

كتاب الطلاق

وهو رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح

كتاب الطلاق

لما كان متأخراً عن النكاح طبعاً آخره وضعاً ومناسبته للرضاع من حيث أن كلاً منهما يوجب حرمة لكنه قدم الرضاع لأن حرمة مؤبدة والطلاق مغياً بغاية، وتقدم الأشد أشد، وهو لغة اسم مصدر بمعنى التخليق كالسلام أو مصدر طلقت بضم اللام أو فتحها طلاقاً كالفاسد، وأنكر الأخفش الضم وعلى كل تقدير فلفظه يدل على الحل والانحلال ومن ثم قال الشارح وغيره: إنه لغة عبارة عن حل القيد ورفع غير أنه استعمل في النكاح بالتفعيل يقال: طلق تطلقاً فهو مطلق فإن كثر منه قيل تطلق ومطلاق وفي غيره بالأفعال تقول أطلقت أسيري وبعيري إن حللت إيساره قال الأزهري: وكلهم يقول: طالق بغير هاء لاختصاص الأنثى به، ولذا لم تدخل في طامث وحائض والمذكور في «الصحاح» أنه يقول: طالقة (و) كأنه لغة ضعيفة، (هو رفع القيد الثابت شرعاً) خرج به عن الثابت حساً، (بالنكاح) خرج به العتق ولو قال كغيره: هو رفع قيد النكاح لكان أخصر والمراد به حكمه.

قال في «البدائع»: وأما ما يرفع حكم النكاح بالطلاق وقال قبله: للنكاح الصحيح أحكام بعضها أصلي وبعضها من التوابع فالأول حل الوطء إلا لعارض والثاني حل النظر وملك المتعة وملك الحبس والقيد وغير ذلك انتهى، وبه عرف أن ما في «البحر» من أن القيد هو صيرورتها ممنوعة عن الخروج والبروز كما صرح في «البدائع» في أحكام النكاح ورفع يحصل بالإذن لها في الخروج والبروز فكان التفريق مناسباً للمعنى اللغوي ليس بصحيح، لما علمت من أن القيد ليس مقصوراً على ما ذكره وليس في كلام «البدائع» ما يوهم هذا، ولم يقل: رفع عقد النكاح لأن الرفع إنما يرد على الموجود وهو الحكم وأما العقد فعرض انقضى ولم يقل من الأهل في المحل لأن هذا شرط في وجوده لا في حقيقته قيل: التعريف غير مطرد لصدقه على الفسوخ كخيار العتق والبلوغ وارتداد أحدهما فكان عليه أن يقول: بلفظ مخصوص كما في «الفتح» لكن يرد عليه أنه مع هذا غير منعكس إذ الرجعي لا شك أنه طلاق ولا رفع فيه لما في «المحيط» الطلاق الرجعي لا يزيل العقد والحل للحال بل في المآل متى انضم إليه اثنتان أو انقضاء العدة فكان عليه أن يقول: ولو مآلاً وركنه اللفظ المخصوص الخالي عن الاستثناء وهو ما اشتمل على مادة طلق ولو هجاء

بلا تركيب أو كناية كمطلقة محققاً أو غيرها كقول القاضي فرقت بينهما عند إباء الزوج عن الإسلام وسببه الحاجة إلى الخلوص عند عروض البغضاء الموجبة عدم إقامة الحدود أي: حقوق الزوجية وشرطه كون المطلق عاقلاً ولو تقديراً كذا في «البدائع» ليدخل السكران كما سيأتي لا مجنوناً ولا معتوهاً ولا مدهوشاً ولا مبرسماً، بالغاً لا صبيماً مستيقظاً، لا مغمى عليه ولا نائماً، وكون المرأة في النكاح أو عدته التي تصلح بها أهلاً محلاً للطلاق، وضبطها في «المحيط» فقال: المعتدة بعدة الطلاق يلحقها الطلاق، والمعتدة بعدة الوطء لا يلحقها الطلاق فلا تقع في عدة عن فسخ كخيار العتق والبلوغ ونحو ذلك، وأورد عليه في «فتح القدير» المعتدة عن تفريق بابائها أو ارتداد أحدهما حيث يلحقها الطلاق مع أنها معتدة عن فسخ وسببه الحاجة إليه أي: سبب شرعيته، وصفته أنه أبغض المباحات على ما رواه أبو داود وغيره / «أبغض المباحات عند الله الطلاق»^(١) وليس المراد بالمباح هنا ما استوى فعله وتركه بل ما ليس تركه بلازم الشامل للمباح والواجب والمندوب والمكروه قاله الشمني، وهو مبني على أنه محظور إلا لحاجة.

قال في «الفتح»: وهو الأصح ويحمل لفظ المباح على ما أبيح في بعض الأوقات يعني أوقات تحقق الحاجة ككبر وريبة أو أن يلقي إليه عدم اشتهاها أو لا طول له، أو لم ترض بالإقامة بلا قسم لكن في «الغاية» تبعاً «للدراية» ذهب بعض الناس إلى أنه غير مباح إلا للضرورة لقوله ﷺ: «لعن الله كل مذواق مطلق»^(٢) والعامية على إباحته بالنصوص المطلقة، وهذا خلاف ما يرجحه في «الفتح» وهو الحق إذ لا خلاف لأحد في عدم كراهة المسنون منه يعني المباح ولا ينافيه قولهم: الأصل فيه الحظر وإنما أبيح للحاجة لأن معناه أن الشارع ترك هذا الأصل فأباحه كقولهم: الأصل في النكاح الحظر والإباحة للحاجة، وبهذا التقرير عرف أن ما في «الفتح» من أن بين حكمهم بإباحته وتصريحهم بأنه محظور وإنما أبيح للحاجة ما ذكرنا في بيان سببه تدافعاً ممنوع، بل الحاجة أعم من ذلك ومنها إرادته التخلص منها وهي بالواحدة تندفع، ويكون مستحباً وهو ما إذا كانت مؤذية أو تاركة للصلاة لا تقيم حدود الله كما في «غاية البيان» وهذا يفيد أن معاشرته من لا تصلي لا إثم فيها، وواجباً كما إذا فات الإمساك بالمعروف كامرأة العينين والمحبوب، وسيأتي أنه يكون حراماً، وحكمه زوال الملك عن المحل موجباً لانقضاء العدة في الرجعي

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٠١٨)، والبيهقي في سننه الكبرى (١٤٦٧١).

(٢) لم أعثر عليه.

تطبيقها واحدة في طهر لا وطء فيه وتركها حتى تمضي عدتها أحسن وثلاثاً في أطهار حسن وسني،

وبدونه في البائن وزوال حل المناكحة في الثلاث وهذا معنى قوله في «الجوهرة»: الطلاق عندهم لا يزيل الملك وإنما يحصل زوال الملك عقبيه إذا كان طلاقاً قبل الدخول أو بائناً وإن كان رجعياً وقف على انقضاء العدة وسيأتي ألفاظه مبينة، وأما أقسامه فسني وبدعي وكل منهما من حيث العدد ومن حيث الوقت فالسني حسن وأحسن وقد مر أن المراد به المباح المستوجب للثواب لأن الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له ثواب، فمعنى المسنون منه ما ثبت على وجه لا يستوجب عتاً فأفاد المصنف القسم الأول من السنون بقوله: (تطبيقها واحدة) يعني رجعية (في طهر) هذا صادق بأوله وآخره قيل: والثاني أولى احترازاً من تطويل العدة عليها وقيل: الأول.

قال في «الهداية»: وهو الأظهر أي: من كلام محمد (لا وطء فيه) جملة في محل جر صفة لظهر، ولم يقل: منه ليدخل في كلامه ما لو وطئت بشبهة فإن طلاقها والحالة هذه فيه بدعي نص عليه الإسبيجاني لكن يرد عليه الزنا فإن الطلاق في طهر وقع فيه سني حتى لو قال لها: أنت طالق للسنة وهي طاهرة ولكن وطئها غيره فإن كان زناً وقع وإن بشبهة لا كذا في «المحيط»، وكان الفرق أن وطء الزنا لم يترتب عليه أحكام النكاح فكان هدراً بخلاف الوطء بشبهة وبهذا عرف أن كلام المصنف أولى من قول غيره لم يجامعها فيه لكن لا بد من أن يقول: ولا في حيض قبله ولا طلاق فيهما، ولم يظهر حملها ولم تكن آيسة ولا صغيرة، كما في «البدائع» لأنه لو طلقها في طهر وطئها في حيض قبله كان بدعياً، وكذا لو كان قد طلقها فيه وفي هذا الطهر لأن الجمع بين تطليقتين في طهر واحد مكروه عندنا ولو طلقها بعد ظهور حملها وكانت ممن لا تحيض في طهر وطئها فيه لا يكون بدعياً لعدم العلة أعني تطويل العدة عليها. (وتركها) أي: من غير تطليق (حتى تمضي عدتها أحسن) قال الشمني: أي: بالنسبة إلى البعض الآخر فلا ينافي كون الطلاق مبغضاً لما أسند ابن أبي شيبه عن إبراهيم النخعي: «كان أصحابه عليه الصلاة والسلام يستحبون أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تنقضي العدة»^(١) وإن هذا أفضل عندهم من أن يطلق امرأته ثلاثاً عند كل طهر واحدة وإنما كان هذا القسم أحسن من الثاني لأنه لا خلاف لأحد في عدم الكراهة فيه كما مر بخلاف الثاني فإن مالكاً يقول فيه بالكراهة.

(و) تطبيقها (ثلاثاً في) ثلاثة (أطهار حسن وسني)، تخصيص هذا باسم طلاق

وثلاثاً في طهر، أو بكلمة بدعي،

السنة لا وجه له لما علمت من أن الأول أيضاً كذلك فالمناسب تمييزه بالمفضول من طلاقي السنة كذا في «الفتح»، وعن هذا حذفه في «الوافي» واقتصر على الأحسن والحسن وأجاب في «البحر» بأنهم إنما خصوه اتباعاً لما جاء في واقعة ابن عمر: «السنة أن يستقبل الطهر فتطلق لكل طهر تطليقة»^(١) انتهى.

لكن لو قيل: إنه إنما خص الحسن بهذا ليعلم أنه في الأحسن سني بالأولى لكان في الجواب أولى، ولم يقل لا وطء فيه اكتفاء بالأول ولا بد أن يكون في حيض قبله ولا طلاق فيه أيضاً، ولو كان غائباً وأراد أن يطلقها للسنة / كتب إليها إذا جاءك كتابي هذا ثم حضت فطهرت فأنت طالق لجواز أن يكون قد امتد طهرها الذي جامعها فيه، ولو أراد أن يفعل ذلك ثلاثاً كتب ثلاثاً إذا حضت وطهرت فأنت طالق ثلاثاً للسنة، وإن كانت لا تحيض كتب ثم أهل الشهر فأنت طالق ثلاثاً للسنة، وهذه الكتابة على هذا الوجه واجبة كما في «الفتح» ثم التعليل بجواز امتداد طهرها يفيد أنه لو سافر وهي حائض لم يجامعها فيه كتب إليها إذا جاءك كتابي هذا فأنت طالق إلا أن يقال: جاز أن تكون في غيبته وطئت بشبهة.

(و) تطليقتها (ثلاثاً) متفرقة (في طهر، أو بكلمة) واحدة (بدعي) منسوب إلى البدعة وهي اسم من الابتداع غلب استعمالها فيما هو نقص في الدين أو زيادة، ثم هي محرمة وغير محرمة والمراد هنا الأول ولو قال: والبدعي ما خالفها لكان أوجز وأفود إن تطليقتها اثنتين في طهر أو بكلمة واحدة كذلك ويستغني عن قوله بعد وطلاق الموطوءة حائضاً بدعي واختلفت الرواية في البائن وظاهر الرواية أنه كذلك لأنه لا حاجة في الخلاص إلى إثبات البينونة وهذا يقتضي عدم كراهة الخلع، وبه صرح غير واحد بل حكى الإسبيجاني الإجماع على عدم كراهته ولو في حالة الحيض لكن ذكر الحدادي أن هذا رواية «المنتقى» وفي رواية «الزيادات» يكره إيقاعه حالة الحيض والكلام في الخلع على ما لفت علة في «المحيط» عدم الكراهة بأنه لا يمكن تحصيل العوض إلا به، واستدل في «المعراج» بإطلاق قوله تعالى: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] قال: وكذا الطلاق على ما انتهى، وهذا بإطلاقه يعم ما لو طلبت منه أن يطلقها ثلاثاً بألف فإن له أن يوقع الثلاث لتحصيل الألف.

وقوله في «البحر»: لم أر المسألة ولكن لا ضرورة إلى الثلاث لأن بعض العوض

(١) أخرجه ابن ماجه في السنن (٢٠٢١).

وغير الموطوءة تطلق للسنة، ولو حائضاً، وفرق على الأشهر فيمن لا تحيض،

حاصل بالواحدة وللغائب كمال الألف بخلاف الخلع مدفوع بما علمت على أن استحقاق ثلث الألف ليس متفقاً عليه فجائز أن يرفع إلى من يرى عدم استحقاقه شيئاً لو فعل فكان مضطراً إلى الكل فتدبره، ثم كون الثلاث في طهر بدعي مقيد بما إذا لم يراجعها بغير الجماع فإن راجعها كان له أن يطلقها فيه آخرين عند الإمام وزفر لأن الرجعة فاصلة وقال: غير فاصلة فلا يطلقها وتفرع على هذا الخلاف ما لو قال لها: أنت طالق ثلاثاً للسنة وهو ممسك يدها بشهوة وقعت الثلاث عنده متعاقبة لما أنه صار مراجعاً بالمس عن شهوة والرجعة فاصلة، وعندهما تقع واحدة للحال واثنان في طهرين آخرين لأنها غير فاصلة، وأجمعوا أن النكاح يعتبر فاصلاً حتى لو كان الأول بائناً لا يكره الثاني، وأنه لو راجعها بالجماع ولم تحمل يكره إيقاع الثاني، كذا في «المحيط» وتقدم أن ظاهر الرواية أن الرجعية لا تكون فاصلة انتهى، وعلى هذا يحمل قول من قال: إنه في تحلل الرجعة ليس له أن يطلقها اتفاقاً، وحينئذ فلا حاجة لقوله في «الفتح»: ولا وجه أنه على اختلاف الرواية عنه.

(وغير الموطوءة) حقيقة (تطلق للسنة) يعني: تطليقة رجعية (ولو) كانت (حائضاً) نبه بهذا على أن السنة في الطلاق من حيث العدد لا فرق فيها بين المدخول بها وغيرها حتى لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً للسنة وقعت واحدة للحال ولو حائضاً ولا تقع الثانية والثالثة إلا أن يتزوجها أما من حيث الوقت أعني الطهر الخالي عن الجماع فهو في المدخول بها خاصة، والفرق أن الرغبة متوفرة فيها ما لم يذوقها فطلاقها في الحيض يقوم دليلاً على الحاجة بخلاف المدخول بها دل على ذلك قوله في حديث ابن عمر «فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء»^(١) وقوله فليراجعها والعدة والمراجعة فرع سبق الدخول.

(وفرقت) أي: فرق الزوج الطلاق (على الأشهر فيمن لا تحيض) بأن بلغت بالسن ولم ترد ما لو كانت حاملاً أو صغيرة لم تبلغ تسع سنين على المختار أو آيسة بلغت خمساً وخمسين سنة على الراجح، أما معتدة الطهر فمن ذوات الإقراء ولا يطلقها للسنة إلا واحدة ما لم تدخل في حد الإياس إذ الحيض مرجو في حقها، صرح به غير واحد، والأصح الأشهر قائمة مقام الحيض قيل: ومقام الطهر أيضاً ولا ثمرة لهذا الخلاف، ثم إن أوقعه في أول كل شهر أعني أول ليلة يرى فيها الهلال اعتبرت الأشهر بالأهلة اتفاقاً وإن في وسطه فبالأيام في التفريق اتفاقاً فلا يوقع الثانية في اليوم الموفى

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩٥٣)، ومسلم في صحيحه (١٤٧١).

وحل طلاقهن بعد الوطء، وطلاق الموطوءة حائضاً بدعي، فيراجعها، ويطلقها في طهر ثانٍ،

ثلاثين بل في الحادي والثلاثين وكذا في العدة عند الإمام وعندهما / يعتبر واحد بالأيام وشهران بالأهلة قيل: والفتوى على قولهما كذا في «الكافي».

قال في «الفتح»: (و) ليس بشيء أي: (حل طلاقهن) يعني من لا تحيض (بعد الوطء) من غير فصل، لأن الكراهة في ذوات الحيض باعتبار توهم الحمل وهو مفقود هنا فصارت كالحامل ومن ثم قال الحلواني: هذا في صغيرة لا يرجى حملها أما من يرجى فالأفضل أن يفصل بين وطئها وطلاقها بشهر كما قال زفر، واعترضه في «الفتح» بأن قول زفر ليس هذا في أفضليته الفصل بل لزومه وأجاب في «البحر» بأن التشبيه في أصل الفصل لا في الأفضلية (وطلاق الموطوءة) حال كونها (حائضاً) أو نفساء (بدعي) لقوله تعالى: ﴿فطلقوهن لعدتهن﴾ [الطلاق: ١] أي: لإظهار عدتهن وقال عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر لما أن طلق زوجته وهي حائض: «ما هكذا أمرنا الله تعالى»^(١) ولا خلاف بين الفقهاء أنه بهذا الإيقاع عاص قيد بالطلاق لأن تفريق القاضي باختيار نفسها بالبلوغ والتخيير والاختيار فيه غير مكروه وكذا الخلع والطلاق على مال كما مر.

(فيراجعها) في الحيض خروجاً عن المعصية بقدر الإمكان لأن رفعه غير ممكن فلم يبق إلا رفع أثره وهو العدة بالمراجعة، وهذا يؤذن بوجوبها وهو الأصح إذ الأمر في قوله عليه الصلاة والسلام لعمر: «مر ابنك فليراجعها»^(٢) حقيقة في الوجوب (ويطلقها في طهر ثانٍ) هذا ظاهر المذهب، وهو المذكور في «الأصل» وذكر الطحاوي أنه يطلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قال الكرخي موقفاً بين الروایتين: ما ذكره الطحاوي قول الإمام وما في «الأصل» قولهما لكن الظاهر أن ما في «الأصل» قول الإمام أيضاً لأنه إنما يحكى قوله، فإن كان ثمة خلاف ذكره وعن هذا والله أعلم. قال في «الكافي»: إنه ظاهر الرواية ومنشأ الخلاف اختلاف الرواية في حديث ابن عمر فجاء في رواية الجماعة إلا ابن ماجه: «مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر وتحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله تعالى تطلق لها النساء»^(٣) وفي «مسلم» وغيره: «ثم ليطلقها إذا طهرت أو وهي

(١) سيأتي تخريجه.

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٣٣٩٦).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٧١)، والبخاري (٤٩٥٣)، وأبو داود في السنن (٢١٧٩)،

والنسائي في سننه (٣٣٩٠).

ولو قال لموطوءته: أنت طالق ثلاثاً للسنة، وقع عند كل طهر طلقة، وإن نوى أن تقع الثلاث الساعة أو عند كل شهر واحدة صحت،

حائل»^(١) قال البيهقي: وبهذا جاء أكثر الروايات ولو لم يراجعها حتى طهرت تقررت الحيضة كما هو المفهوم من كلام الأصحاب عند التأمل كذا في «الفتح».

قال في «البحر»: وهو ظاهر على رواية الطحاوي أما على ظاهر الرواية فينبغي أن لا يتقرر حتى يأتي أو أن طلاقها وهو الطهر الثاني، (ولو قال لموطوءته: أنت طالق ثلاثاً) أو اثنتين كما في «البدائع» (للسنة) أو فيها أو عليها أو معها أو طلاق عدلاً أو طلاق العدل أو العدة أو عدة أو القرآن أو الإسلام أو أحسن الطلاق أو أجمله أو طلاق الحق أو القرآن أو الكتاب.

(وقع عند كل طهر طلقة) لأن هذه الألفاظ محمولة على أوقات السنة لأن ذلك لا يكون إلا في المأمور به، ولو قال: في كتاب الله أو بكتاب الله أو معه فإن نوى طلاق السنة وقع في أوقاتها وإلا فللحال ولو على كتاب الله أو به أو على قول القضاة أو الفقهاء وقع في القضاء للحال وإن نوى السنة دين، ولو عدلية أو سنوية وقع عند الثاني للسنة ولو حسنة أو جميلة ففي الحال، وقال محمد في «الجامع الكبير»: للحال في كليهما قيد بالموطوءة لأنه في غيرها تقع واحدة للحال لا يقع قبلها قبل الزوج شيء كذا في «الشرح» وغيره، فما في «الدراية» من وقوع الثلاث للحال سبق قلم وأشار بقوله طهر إلى أنها من ذوات الحيض فلو كانت من ذوات الأشهر أو حاملاً وقعت واحدة للحال، وبعد كل شهر طلقة، وفي «المنتقى» أنت طالق للشهور يقع عند كل شهر طلقة ولو قال: للحيض فعند كل حيضة واحدة، وتكره الثانية في رواية ولا تكره في أخرى، وقيده في «الدراية» بأن ينوي الثلاث معللاً بأنه أضاف الطلاق إلى ما له عدد وإلى أنها لو كانت وقت قوله في طهر لم يجمعها فيه واحدة للحال، وإلا فلا بد أن تحيض ثم تطهر.

(ولو نوى) بقوله أنت طالق ثلاثاً للسنة (أن تقع الثلاث الساعة أو) نوى أن يقع (عند) رأس (كل شهر طلقة صحت) نيته، نبه بهذا على أن وقوع الثلاث على الأطهار مقيد بما إذا نواه أو أطلق أما إذا نوى غيره فإنه يصح لأن اللفظ يحتمله، وهذا لأن اللام كما جاز أن تكون للوقت جاز أن تكون للتعليل أي: لأجل السنة التي أوجبت وقوع الثلاث وإذا صحت نيته للحال فأولى أن تصح عند رأس كل شهر لأنه إما أن / [ب/٢٠١]

يكون زمان حيضها أو طهرها فعلى الثاني هو السنوي وقوعاً وإيقاعاً وعلى الأول سنوي

(١) أخرجه مسلم (١٤٧١)، والترمذي في السنن (١١٧٦).

ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ،

وقوعاً، فنيته الثلاث مع العلم بأن رأس الشهر قد تكون حائضاً فيه نية الأعم من السني وقوعاً وإيقاعاً معاً أو أحدهما، قيد بذكر الثلاث لأنه لو لم يذكرها وقعت واحدة للحال إن كانت في طهر لم يجامعها فيه، وإلا فحتي تطهر لأن اللام فيه للاختصاص أي: الطلاق المختص بالسنة ولو نوى ثلاثاً مفرقاً على الأطهار صح لأن المعنى في أوقات طلاق السنة، ولو نوى ثلاثاً جملة ذهب صاحب «الهداية» تبعاً لفخر الإسلام والصدر الشهيد إلى أنه لا يصح وذهب الدبوسي وشمس الأئمة وشيخ الإسلام إلى الصحة.

قال في «الفتح»: والأول أوجه لأنه مع نية الجملة لا تكون اللام للوقت مقيدة للعموم وما وقع الثلاث إلا عند ضرورة تعميمها بالوقوع لأن مجرد طالق لا يصح فيه نية الثلاث انتهى. ولو أراد بطالق واحدة وبقوله للسنة أخرى لم يقع غير واحدة، لأن لفظ السنة ليس من ألفاظ الطلاق وباللام لأنه لو صرح بلفظ الأوقات لم تصح نية الثلاث لعدم احتمال اللفظ، والنية إنما تعمل مع لفظ وهذا التعليل يفيد أنه لا فرق بين جمع الوقت وإفراده إذ هو مع الأفراد لا يحتمل غيره أيضاً والله أعلم.

(ويقع طلاق كل زوج) هذه الكلية منقوضة بزواج المبانة إذ لا يقع طلاقه بائناً عليها في العدة وأجيب بأنه ليس بزواج من كل وجه أو أن امتناعه لعارض هو لزوم تحصيل الحاصل ثم كلامه شامل لما إذا وكل به وأجازه من الفضولي ولو زوجته بأن قال نعم ما صنعت أو أصبت لا على وجه الإنكار، وفي «القنية» في نعم ما صنعت قال أبو بكر لا يكون إجازة، ولو قال: بئس ما صنعت فهو إجازة، وعندني على عكسه وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو الظاهر، وفي «الخانبة» عن ابن الفضل التسوية بين نعم وبئس في أن كلا منهما لا يكون إجازة وفي «البرزازية» وتطبيق الفضولي والإجازة قولاً وفعلاً كالنكاح انتهى. فلو حلف لا يطلق فطلق فضولي إن أجاز بالقول حنث وبالفعل لا، أقول: ويمكن أن يكون كيفية الإجازة بالفعل أن يدفع إليها مؤخر صداقها بعدما طلقها الفضولي، (عاقل بالغ) لصدوره من أهله مضافاً إلى محله، وخرج غيرهما على ما مر ويؤخذ من قوله بعد الإطلاق النائم اشتراط كونه مستيقظاً وقد قدمناه، وبقي أنه لا بد أن يضاف إلى المحل وحده حتى لو جمع بين زوجته ورجل، فقال: إحداكما طالق لم يقع شيء عند الإمام، ولو كان المجموع بهيمة أو حجراً وقع عندهما خلافاً لمحمد ولو كانت إحداهما ميتة أو أجنبية وقع، أما لو كانت إحداهما صحيحة النكاح والأخرى فاسدة لا تطلق صحيحة النكاح كذا في «الخانبة»، وكان ينبغي أن يكون الرجل كالحجر والبهيمة كما قال أبو يوسف بجامع أن كلا ليس بمحل للطلاق

ولو مكرهاً،

لكن وجه في «المحيط» قول الإمام بأن إضافة الطلاق إلى الرجل وإن لم تصح إلا أن حكمه يثبت في حقه وهو الحرمة ولهذا لو أضاف الزوج الحرمة والبيئونة إلى نفسه صح فصار كالأجنبية، وفيه لو قال لزوجته وأجنبية: إحداكما طالق فالقول له أنه لم يرد امرأته مع يمينه لأنه صادق في هذا الإخبار في حق الأجنبية أعني كونها فارغة عن قيد النكاح، ولو قال: طلقت إحداكما وقع على امرأته لأنه إيقاع ظاهر مستعمل فيه عرفاً انتهى، وهذا يجري فيما لو جمع بينهما وبين رجل بالأولى.

(ولو) كان الزوج (مكرهاً) على إنشاء لفظ الطلاق لكنه لا يصير فاراً فلا ترث منه كما في «القنية» وإنما وقع لما صححه الحاكم: «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والعتاق واليمين»^(١) ولا خلاف أنه لو أكره على الإقرار به لا يقع كذا في غير كتاب، يعني قضاء وديانة بخلاف ما لو أقر به وادعى أنه كان هازلاً أو كاذباً حيث يقع قضاء إلا إذا أشهد قبل ذلك لزوال التهمة به كما في «القنية» وقيد البزازي بالمظلوم والإقرار بالحرية كالطلاق ولو أكره على كتابته فكتب فلانة بنت فلان طالق لم يقع علله في «الخانية» بأن الكتابة أقيمت مقام العبارة باعتبار الحاجة ولا حاجة هنا. وفيها أكره على أن يوكل به فقال: أنت وكيل ثم قال لم أوكله بطلاقها لم يسمع منه لأنه أخرج الكلام جواباً لكلام الأمر والجواب يتضمن إعادة ما في السؤال وقد حصر غير واحد ما يصح مع الإكراه في مواضع عشرة وأوصلها في «الخزانة» إلى ثمانية عشر وهي: الطلاق والنكاح والرجعة والحلف بطلاق / أو عتاق والمظاهر والإيلاء والعتق وإيجاب الصدقة والعفو عن دم العمد وقبول قوله الطلاق على مال والإسلام وقبول الصلح عن دم العمد على مال والتدبير والاستيلاء والرضاع واليمين والنذر ولم يذكر الفيء مع أن من اقتصر على العشرة عده فهي تسعة عشر والعشرون الإكراه على قبول الوديعة ففي «القنية» أكره على قبول الوديعة فتلفت في يده فلمستحقها تضمين المودع إن كان بفتح الدال وهو الظاهر ولا يخفى أن الطلاق ولو على مال والعتق كذلك يشمل المعلق والمنجز وكذلك النذر ويشمل إيجاب الصدقة فهي ستة عشر كذا في «البحر» وقد نظمتها فقلت وبالله المستعان:

طلاق وإيلاء وظهار ورجعة	نكاح مع استيلاء عفو عن العمد
رضاع وأيمان وفيء ونذره	قبول لإيداع كذا الصلح عن عمد
طلاق على جعل يمين به أنت	كذا العتق والإسلام تدبير للعبد

(١) ذكره الشيباني في الحجة (٣/١٧٩).

..... أوسكران،

وإيجاب إحسان وعتق فهذه تصحح مع الإكراه عشرين في العبد ثم ظهر لي بعد ذلك أن ما في «القنية» إنما هو بكسر الدال فليس من المواضع في شيء وذلك أنه في «البزازية» قال: أكره بالحبس على إيداع ماله عند هذا الرجل وأكره المودع أيضاً على قبوله فضاخ لا ضمان على المكره والقابض لأنه ما قبضه لنفسه كما لو هبت الريح فآلقته في حجره فأخذ ليرده فضاخ في يده لا يضمن انتهى. وأطلق كثير صحة إسلام المكره. قال في «البحر»: وقيده في سير «الخانية» بكونه حربياً وإن كان ذمياً لا يكون مسلماً انتهى.

وأقول: وهذا التقييد لم يوجد في سير «الخانية» بل في «المبسوط» إنه مذهب الشافعي (أو) كان الزوج (سكران) خلافاً لما اختاره الطحاوي والكرخي أنه لا يقع، ولنا أن عقله زال بسبب هو معصية فجعل باقياً حكماً زجرأله حتى لو شرب فصعد رأسه وزال عقله بالصداع لم يقع كذا في «الهداية» وفي كون العقل به قد زال مسامحة لا تخفى بل هو مغلوب، وإلا لم يكن مخاطباً لكن لما كان المغلوب كالمعدوم أطلق عليه اسم الزوال كذا في «العناية»، لكن قدمنا في الطهارة إنه سرور يزيل العقل فلا يعرف به السماء من الأرض، وقال: بل يغلب عليه فيهدي في كلامه وأنهم قد رجحوا قولهما في الطهارة والأيمان والحدود وما في «الفتح» من تفسيره هنا بمن لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الأرض إنما هو على قول الإمام ونقل عن «شرح بكر» أن السكر الذي تصح به التصرفات أن يصير بحال يستحسن ما يستقبحه الناس ويستقبح ما يستحسنونه لكنه يعرف الرجل من المرأة انتهى.

قال في «البحر»: والمعتمد في المذهب هو الأول ثم الإطلاق يشمل من سكر من الأشربة المتخذة من الحبوب والعسل كما هو قول محمد وهو المختار كما في «البزازية» وفي «الفتح» وبه يفتى لأن السكر من كل شراب حرام وعندهما لا يقع بناء على أنه حلال وصححه في «الخانية».

قال في «الجوهرة»: والخلاف مقيد بما إذا شربه للتداوي أما إذا كان للهو والطرب فيقع بالإجماع وكذا يقع طلاق من غاب عقله بأكل الحشيش، قال في «أشربة الجوهرة»: أو البنج أو الأفيون لأن كل ذلك حرام لكن تحريمه دون تحريم الخمر انتهى، وهذا في الحشيش مسلم لاتفاق مشايخ المذهبين من الشافعية والحنفية على التحريم وذلك لما أنه فشي أكله في زمن المزني أفتى بالتحريم وكان أول ظهور ذلك في عراق العرب والمزني ببغداد فبلغ ذلك أسد بن عمر صاحب الإمام وكان بعراق العجم فقال: إنه يباح ما لم يسكر فلما عمت بليته وشملت الأماكن

فتنته اتفق أئمة ما وراء النهر على ما أفتى به المزني وأمروا بإحراقه مع حظر قيمته وتأديب بائه والتشديد على آكله وإيقاع طلاقه زجراً.

وأما البنج والأفيون فصرح في «البدائع» وغيرها بعدم وقوع الطلاق بأكله معللاً بأن زوال عقله لم يكن بسبب هو معصية وفي «شرح المنار»^(١) لابن الملك أن فخر الإسلام والمصنف وكثيراً ذكروا البنج من أمثلة المباح مطلقاً وذكر قاضي خان في «شرح الجامع» عن الإمام أنه إن علم تأثيره في العقل فأكله فسكر يصح طلاقه وعتاقه وهذا يدل على أنه حرام انتهى، والحق التفصيل وهو أنه إن كان للتداوي لم يقع لعدم المعصية وإن لم يكن بل للهو وإدخال الآفة قصداً فينبغي أن لا يتردد في الوقوع وقد قيد ابن الملك في «شرح المنار» بإباحة البنج والأفيون بما إذا كان للتداوي وفي «تصحيح القدوري» معزياً إلى «الجوهرية» وفي هذا الزمان إذا سكر من البنج والأفيون يقع طلاقه زجراً وعليه الفتوى وأما من سكر مكرهاً أو مضطراً/ فالأصح عدم وقوع [ب/٢٠٢] طلاقه كما في «التحفة» و«شرح الجامع» و«الفتاوى» لقاضي خان في كتاب الطلاق وأعادته في الأشربة وقال: الصحيح أنه لا يقع وعن محمد أنه يقع والصحيح الأول، وجزم في «الخلاصة» بالوقوع معللاً بأن زوال عقله حصل بفعل هو محذور وإن كان مباحاً بعراض الإكراه ولكن السبب الداعي للحظر قائم فأثر في حق الطلاق.

قال في «الفتح»: والأول أحسن لأن موجب الوقوع عند زوال العقل ليس إلا السبب في زواله بمحذور وهو منتفٍ وفي «تصحيح القدوري» وهو التحقيق وإطلاق المصنف بناء على ما في «الخلاصة» وكان له العذر في اختياره ما في «المحيط» من أن القول بعدم الوقوع خلاف إجماع الصحابة فإن بعضهم قالوا: لا يقع معذوراً وغير معذور ومنهم من قال: يقع في الحالين فمن فرق بينهما كان قوله خلاف قول الصحابة فيكون باطلاً انتهى، وقد استثنى الأصوليون من تصرفات السكران الإقرار بالحدود الخالصة والردة زاد في خلع «الخانية» الإشهاد على شهادة نفسه وفي السير منها هذا إذا كان لا يعرف الأرض من السماء فإن كان يعرف فكفره صحيح وزاد في «البرزازية» رابعة وهي ما لو وكله بطلاقها على مال فطلقها في حال السكر فإنه لا يقع ولو كان التوكيل والإيقاع حال السكر وقع، ولو بلا مال وقع مطلقاً لأن الرأي لا بد منه لتقدير البدل، والخامسة الأب أو الجد إذا زوج الصغير والصغيرة بأكثر من مهر المثل

(١) هو للإمام عبد اللطيف بن ملك، المتوفى سنة (٨٨٥هـ)، تقريباً وهو شرح مشهور متداول بين الناس وعليه حواشي كثيرة. اهـ. كشف الظنون (٢/١٨٢٥).

وأخرس بإشارته، حرراً أو عبداً،.....

أو بأقل وهو سكران لا ينفذ، السادسة الوكيل بالبيع لو سكر فباع لم ينفذ على موكله، السابعة لو غصب من صاح ورد عليه وهو سكران وهي في «العمادية».

(و) لو كان الزوج (أخرس) وقع طلاقه ونفذت سائر تصرفاته (بإشارته) إذا كانت له إشارة معروفة استحساناً للضرورة ولا يخفى أن المراد بها المقرونة بتصويت منه لأن العبارة منه ذلك فكان ذلك بياناً لما أجمله كذا في «الفتح». وهذا الإطلاق قيده الشارح عن «الينابيع» بما إذا ولد أخرس أو طراً عليه ذلك ودام أما إذا لم يدم فإنه لا يقع وفي آخر «النهاية» عن التمرتاشي تقديره بسنة وعن الإمام أنه لا بد أن يدوم إلى الموت، قالوا: وعليه الفتوى انتهى، وعلى هذا فتصرفاته قبل ذلك موقوفة عن بعض الشافعية إن كان يحسن الكتابة لم يقع طلاقه بدونها.

قال في «الفتح»: وهو قول حسن فالخلاف إنما هو في قصر صحة تصرفاته على الكتابة وإلا فغيره يقع طلاقه بكتابته ويحتاج إلى النية حيث كان على وجه الرسم فما بالك به، حرراً أي: سواء كان الزوج (حرراً أو عبداً) ولو مدبراً أو مكاتباً للعمومات ولما سيأتي ثم بين المحترزات، فقال: لا يقع طلاق الصبي ولو مراهقاً أو أجازة بعد البلوغ والمجنون لخبر «كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي والمجنون»^(١) وأراد بالجواز النفاذ كذا في «الفتح»، ثم المراد بالمجنون من في عقله اختلال فيدخل المعتوه والمبرسم والمغمى عليه والمدهوش كذا في «البحر»، والتحقيق ما قدمناه من أن المغمى عليه كالثائم وفي «الخانبة» لو طلق المبرسم امرأته فلما صح قال قد طلقت امرأتي إن كان قال في حال البرسام لا يقع وإلا وقع، ولا يرد على المصنفين ما لو كانا مجنونين وأسلمت الزوجة وأبى أبواه الإسلام أو كان المجنون عنيماً وأجل بطلبها ففرق القاضي حيث يكون طلاقاً لمن تأمل.

وقالوا: لو علق طلاقها أو قال لها: طلقي نفسك إن شئت ثم جن فوجد الشرط وطلقت نفسها حال جنونه وقع وقد قال الشيباني: كل شيء يملك الرجوع فيه يبطل بالجنون وإلا فلا، ولا النائم حتى لو طلقها وهو نائم ثم قال: أجزت ذلك الطلاق أي: أوقعت ما تلفظت به في النوم لم يقع، أما لو قال: أوقعت ذلك الطلاق أو جعلته طلاقاً وقع لأنه ابتداء إيقاع ولا طلاق السيد على امرأة عبده لرواية ابن ماجه وغيره: «قال رجل: يا رسول الله إن سيدي زوجني أمته وزعم أن طلاقها بيده فقال عليه الصلاة والسلام: إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»^(٢) أما إذا قبل العبد النكاح على أن

(١) تقدم تخريجه.

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٠٨١)، والدارقطني في السنن (١٠٢).

واعتباره بالنساء وطلاق الحرة ثلاث، والأمة ثنتان.

باب الطلاق

..... الصريح هو كانت طالق ومطلقة.....

أمرها بيده يطلقها كيف يشاء صح وكان الأمر في يده بخلاف ما لو قال له: زوجني أمتك على أن أمرها بيدك فزوجها منه حيث لا يكون في يده كما في «الخانية» وفيها لو قال العبد إذا تزوجتها فأمرها في يدك أبداً كان الأمر في يده ولا يمكنه إخراجه أبداً وسيأتي نظيره في المحلل (واعتباره) أي: اعتبار عدده له (بالنساء وطلاق الحرة ثلاثاً) حراً كان زوجها أو عبداً.

(و) طلاق (الأمة اثنتان) حراً كان زوجها أيضاً أو عبداً لما أخرجه الترمذي وغيره «طلاق الأمة اثنتان وعدتها حيضتان»^(١) ولا خلاف في كونه مفرداً مضافاً فيعم كل أمة من غير نظر إلى حرية الزوج أو رقبته / ولا خلاف في اعتبار العدة بحال النساء [١/٢٠٣] والله الموفق بمنه وكرمه وجوده وإحسانه لإتمامه.

باب الطلاق الصريح

لما فرغ من بيان أصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه كذا في «العناية» يعني تنويع ما به الإيقاع إلى الصريح والكناية فبدأ أولاً ببيان الصريح ثم أعقبه بالكناية وفي «الفتح» ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية السني والبدعي وإعطاء لبعض الأحكام تلك الكليات، وهذا الباب لبيان أحكام وجزئيات تلك الكليات فإن المورد فيه خصوص ألفاظ كانت طالق ومطلقة، وطلاق لإعطاء أحكامها هكذا أو مضافة إلى بعض المرأة وإعطاء أحكام الكلي وتصويره قبل الجزئي منزل منزلة تفصيل يعقب إجمالاً، (الصريح هو) لغة: إما من صرح خالص من تعلقات الغير وزناً ومعنى فهو صريح وكل خالص صريح ومنه قوله صريح وهو الذي لا يفتقر إلى إضمار أو تأويل، أو من صرحه أظهره، وفقهاً: ما استعمل في الطلاق دون غيره وفي «التحرير» هو ما يثبت حكمه الشرعي بلا نية هو (كانت طالق ومطلقة) بتشديد اللام ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال: أردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء في رواية أبي سليمان وهو حسن كذا في «الفتح»، وهو الصحيح كما في «الخانية»، ثم قال في «الفتح»: وينبغي على قياس ما في العتق لو سماها طالقاً ثم

(١) أخرجه الترمذي في السنن (١١٨٢)، والبيهقي في سننه الكبرى (١٤٩٤٣).

وطلقتك،
 ناداها به لا تطلق أما بتحقيقها فيعطى حكم الكناية (وطلقتك) عدل عن قول القدوري فالصريح قوله أنت طالق إلخ لأن ظاهر الحمل يفيد أن لا صريح سوى ذلك وليس مراداً، فمن أتى بالكاف المشعرة بعدم الحصر إيذاناً بأن منه غير هذه الألفاظ فيذكر منه مطلق التطلق بالمصدر، وعلى هذا فلا يصح ضبط الصريح بأنه ما اجتمع في ط ل ق بصيغة التفعيل لا الأفعال إلا أن يقال: الوقوع بالمصدر لتأوله بطالق كذا في «الفتح».

وأقول: عبارة القدوري فالصريح قوله أنت طالق إلى آخره وقوله أنت الطلاق إلى آخره وحينئذ فلا يرد عليه ما ذكر، وقوله في «البحر»: أن منه شئت ورضيت طلاقك ووهبتك لك وكذا أودعتك ورهنتك وخذي طلاقك في الأصح ولا يفتقر إلى قولها أخذت كما في «البرزانية» ظاهر في أنه فهم أن الصريح يكون بغير الثلاثة والمصدر وليس كذلك إذ الوقوع فيما ادعاه إنما هو بالمصدر على أنه في «تصحيح القدوري» نقل عن قاضي خان وهبتك طلاقك الصحيح فيه الوقوع انتهى، ففي أودعتك ووهبتك بالأولى، وسيأتي أن رهنتك كناية وفي «المحيط» لو قال: رهنتك طلاقك قالوا: لا يقع لأن الرهن لا يفيد زوال الملك وعلل في «الصيرفية» الوقوع بأن الرهن والإيداع لا يكونان إلا في الموجود، وفي أعرتك صار الأمر بيدها كقولي أنا طالق وكذا إذا بدل الطاء تاء والقاف عيناً أو غيناً أو كافاً أو لاماً ولم يصدق أنه لم يرد الطلاق إلا إذا أشهد على ذلك قبل التكلم سواء كان عالماً أو جاهلاً وعليه الفتوى، وقوله أنت أطلق من فلانة كناية كما في «اللولوجية» فإن كان جواباً لقولها إن فلاناً طلق امرأته وقع ولا يدين كما في «الخلاصة» لأن دلالة الحال قائمة مقام النية حتى لو لم تكن قائمة لم يقع إلا بالنية وأما طلقك الله ففي «النوازل» أنه يقع وبه جزم في «المحيط» معللاً بأنه لا يطلقها الله إلا وهي طالق وشرط النية في موضع آخر.

قال في «الفتح»: وهو الحق، وفيه لو قال: أطلقك لم يقع إلا إذا غلب استعماله في الحال وفي «الصيرفية» لو كان جواباً لسؤالها الطلاق وقع عند مشايخ سمرقند كآنه لأن سؤالها إياه قرينة معينة للحال لكن ينبغي أن لا يختلف في عدم الوقوع فيما إذا قرنه بحرف التنفيس إلا إذا نواه فتكون السين لمجرد التأكيد نحو ﴿ولسوف يعطيك ربك فترضى﴾ [الضحى: ٥] واختلف في قوله طلاقك علي واجب أو لازم أو ثابت أو فرض فرجح بعضهم عدم الوقوع في الكل وفي «البرزانية» هو المختار وفي «الواقعات» الأصح الوقوع وفي «فتاوى الخاصي» أنه المختار، قال في «الفتح»: وقد تعورف في عرفنا الحلف بالطلاق يلزمني لا أفعل كذا يريد إن فعلته لزم الطلاق ووقع

وتقع واحدة رجعية، وإن نوى الأكثر أو الإبانة،.....

فيجب أن يجري عليهم لأنه صار بمنزلة قوله إن فعلت فأنت كذا، وكذا تعارف أهل الأرياف بقوله علي الطلاق لا أفعل كذا انتهى، ويؤيده ما سيأتي في قوله كل حل على أنه حرام أو أنت علي حرام أو حلال الله علي حرام حيث قال المتأخرون: وقع بائن بلا نية لغلبة الاستعمال بالعرف، ولو قال: علي الطلاق أو الطلاق يلزمني أو الحرام ولم يقل لا أفعل كذا لم أجده في كلامهم وفي «الفتح» لو قال: طلاقك علي لا يقع وفي «تصحيح القدوري» ومن الألفاظ المستعملة في مصرنا وريفنا الطلاق يلزمني والحرام يلزمني وعلي الطلاق وعلي الحرام.

قال في «المختارات»: وإن لم يكن له امرأة يكون يمينا فتجب الكفارة [ب/٢٠٣] بالحنث وهكذا ذكر الشهيد في «واقعاته» وبه كان يفتي الإمام الأوزجدي وكان نجم الدين النسفي يقول: إن الكلام يبطل ولا يجعل هذا يمينا انتهى. قيد بخطابها لما في أيمان «البرزائية» قال لها: لا تخرجي من الدار إلا بإذني فإني حلفت بالطلاق فخرجت لا يقع لعدم ذكر حلفه بطلاقها ويحتمل الحلف بطلاق غيرها والقول له انتهى.

ولو قال: فلانة طالق ولم ينسبها أو نسبها إلى ابنها أو أمها أو أختها أو ولدها وامراته بذلك الاسم والنسب فقال: عنيت غيرها لم يصدق قضاء ولو سماها بغير اسمها لم تطلق إلا بالنية، وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال: إن خرجت من البلد قبل أن أعطيك فامراته فلانة كذا واسم امراته فلانة غيرها لا تطلق إذا خرج قبله ولم يقيد لام طالق بالكسر إيماء إلى أنه لو فتحها وقع أيضاً ولو كان تركياً فقال: أردت به الطحال لأنه لغتي لم يصدق كما في «الخانية» وفيها لو حذف القاف فإن كسر اللام أو كان ذلك في مذاكرة الطلاق وقع بلا نية، وإلا توقف عليها ووجه الوقوع بأنه ترخيم قال في «الفتح»: وهو غلط لأنه إنما يكون اختياراً في هذا وفي غيره اضطراراً في الشعر انتهى.

وأقول: الترخيم لغة: يقال على مطلق الحذف كما نص عليه الجوهري وغيره وهو المراد هنا ولو قال: يا طال بكسر اللام وقع بلا نية كذا في «الخانية» أيضاً أقول: وينبغي أن يكون الضم كذلك إذ هو لغة من ينتظر بخلاف «الفتح» فإنه يتوقف على النية وفي «البحر» لو حذف اللام أو الطاء معها لم يقع، (ويقع) بما ذكر من الألفاظ الثلاثة (واحدة رجعية وإن نوى الأكثر أو الإبانة) لا بالصريح مطلقاً لما سيأتي من أنه لو نوى بالمصدر منه الثلاثة صحت نيته، أما وقوع الواحدة ولو نوى الأكثر فهو ظاهر الرواية، وإليه رجع الإمام وكان الإمام يقول أولاً: بأنه يقع ما نوى وبه قالت الأئمة الثلاثة، لأنه نوى ما لا يحتمله لفظه ووجه المرجوع إليه أن هذا الخبر أعني: أنت

أو لم ينو شيئاً،.....

طالق نقله الشارع إليّ إنشاء الواحدة لأنه لا يفهم منه لازمته أعني احتمال الصدق والكذب فجعله موقعاً به ما شاء استعماله في غير المنقول إليه، قيد بنيته لأنه لو قال: جعلتها بائنة أو ثلاثاً كانت كذلك عند الإمام، ومعنى جعل الواحدة ثلاثاً على قوله أنه ألحق بها اثنتين لا أنه جعل الواحدة ثلاثاً كذا في «البدائع»، ووافق الثاني في البينونة دون الثلاث ونفاهما الثالث ولو راجعها ثم قال جعلتها بائنة لأنه لا يملك إبطال الرجعة وعلى هذا تفرع ما في «اليتيمة» لو طلقها واحدة ثم قال: جعلتها بائنة رأس الشهر إن لم يراجعها فهي بائنة لا إن راجعها بخلاف ما لو قال: جعلتها ثلاثاً رأس الشهر حيث يكون مطلقاً والفرق بين لمن تدبر، ولو علق طلاقها بدخول الدار ثم قال قبل الدخول: جعلتها بائنة ثلاثاً فهو لغو وأما وقوع الرجعي بها ولو نوى الإبانة بنيته إياها قصد بهذا اللفظ تنجيز ما علقه الشرع بانقضاء العدة فرد عليه قصده قيل: هذا مقيد لما إذا لم يعرض عارض كتسمية مال أو ذكر وصف على ما سيأتي.

قال في «الفتح»: وقد يقال: الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة إلى القيد لكن جعل «البدائع» الصريح على قسمين: رجعي وبائن والثاني: ما كان بحروف الإبانة أو بحروف الطلاق قبل الدخول أو بعده مقروناً بالثلاث نصاً أو إشارة أو موصوفاً بصفة تنبئ عن البينونة أو تدل عليها، والرجعي: بخلافه وهو الظاهر، للقطع بأنه قبل الدخول أو على مال أو نحو ذلك ليس كناية وإلا لاحتاج إلى النية أو دلالة الحال، فتعين أن لا يكون صريحاً إذ لا واسطة بينهما وفي «القنية» لو قال: على أن لا رجعة لي عليك فبائنة ولو قال: ولا رجعة لي عليك فرجعية، فإن قلت: لو قال وإن نوى غيرها لكان موفياً بالمراد مع أخصريته؟ قلت: لو قاله لاقتضى إطلاقه وقوع الواحدة الرجعية فيما إذا نوى الطلاق عن وثاق وكان مكرهاً لصدق الغيرية بذلك والحكم أنه لا يقع شيء ويقبل منه ذلك قضاء أيضاً كما في «فتح القدير» وسيأتي بقية تفاريعه، (أو لم ينو شيئاً) لأن المعنى لا يحتاج إلى النية يعني إذا لم ينو شيئاً أصلاً يقع ولم يقل أو لم ينوهما لئلا يرد عليه ما لو نوى غيرهما بأن نوى الطلاق عن وثاق فإنه يصدق ديانة أما عن العمل فلا إلا في رواية، ولو صرح بالمنوي ففي العمل لا يصدق قضاء وفي الوثاق بفتح الواو وكسرهما بمعنى القيد يصدق لأنه يستعمل قليلاً وهذا الإطلاق قيده في «المحيط» بما إذا لم يقرنه / بالثلاث أما إذا قال أنت طالق من هذا القيد ثلاثاً لم يصدق في القضاء أنه لم ينو طلاقاً لأنه لا يتصور رفع القيد ثلاث مرات فانصرف إلى قيد النكاح كيلا يلغو انتهى، وهذا التعليل يفيد اتحاد الحكم فيما لو قال: مرتين.

ولو قال: أنت الطلاق.....

قال في «البحر»: وفي قولهم لو قرن بالعمل وقع قضاء دلالة على أنه لو قال: علي الطلاق من دراعي كما يحلف به العوام أنه يقع قضاء بالأولى ثم قال: والحاصل أن قولهم الصريح لا يحتاج إلى النية إنما هو في القضاء أما في الديانة فمحتاج إليها لكن وقوعه في القضاء بلا نية بشرط أن يقصدها بالخطاب بدليل ما قالوه لو كرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول: أنت طالق ولا ينوي لا تطلق، وفي متعلم يكتب ناقلاً من كتاب رجل قال: ثم يقف ويكتب امرأتي طالق وكلما كتب قرن الكتابة بالتلفظ يقصد الحكاية لا يقع عليه وفي «القنية» امرأة كتبت أنت طالق ثم قالت لزوجها: اقرأ علي هذا فقرأ لا تطلق، وما في «الفتح» ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالماً بمعناه أو النسبة إلى الغائبة كما يفيد.

فروع: وذكر ما ذكرناه فليس بصحيح لأنه صرح بالوقوع قضاء فيمن سبق لسانه وإن كان شرطاً للوقوع ديانة لا قضاء فكذلك لأنه يقتضي الوقوع قضاء فيما لو كرر مسائل الطلاق بحضرتها وفي المتعلم فالحق ما اقتصرنا عليه انتهى، وأقول: هذا وهم بل هو صحيح وذلك أنه أراد أنه شرط للوقوع قضاء وديانة فخرج ما لا يقع به لا قضاء ولا ديانة كمن كرر مسائل الطلاق وما يقع فيه قضاء فقط كمن سبق لسانه، وبه عرف أنه لا يرد عليه من سبق لسانه لأنه لا يقع فيه ديانة كما أفصح عنه في «الفتح» في آخر كلامه حيث قال: وقد يشير إليه أي: إلى الوقوع قضاء فقط قوله في «الخلاصة» بعد ذكر ما لو سبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعتاق يدين انتهى، يعني ولا فرق بين الطلاق والعتاق وبهذا يبطل قوله في «البحر» أن الوقوع في القضاء بشرط أن يقصد خطابها لظهور أن من أراد أن يقول: اسقني فسبق لسانه بالطلاق ولم يقصد خطابها به فعم الهازل يقع عليه قضاء وديانة لأنه مكابر فاستحق التغليط.

وفي «البرزانية» لقنته الطلاق بالعربية وهو لا يعلم أو العتاق أو التدبير أو لقنتها الزوج الإبراء عن المهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم، قال الفقيه أبو الليث: لا يقع ديانة، وقال مشايخ أوزجند: لا يقع أصلاً صيانة لأملاك الناس عن الإبطال بالتلبيس وكما إذا باع أو اشترى بالعربية وهو لا يعلم، والبعض فرقوا بين البيع والشراء والطلاق والعتاق والخلع والهبة باعتبار أن للرضا أثر في وجود البيع لا الطلاق، والهبة تمامها بالقبض وهو لا يكون إلا بالتسليم وكذا لو لقنت الخلع وهي لا تعلم وقيل: يصح الخلع بقبولها والمختار ما ذكرنا وكذا لو لقن المديون الدائن الإبراء عن الدين بلسان لا يعرفه الدائن لا يبرأ فيما عليه الفتوى نص عليه في «هبة النوازل» انتهى، ولا خلاف أنه لو أراد شيئاً فجرى على لسانه النذر يلزمه أو الكفر لا يلزمه، (ولو قال: أنت الطلاق)

أو أنت طالق الطلاق، أو أنت طالق طلاقاً تقع واحدة رجعية بلا نية، أو نوى واحدة، أو ثنتين وإن نوى ثلاثاً فثلاث،

أو طلاق (أو) قال: (أنت طالق الطلاق، أو أنت طالق طلاقاً يقع عليه) بهذه الألفاظ (واحدة رجعية بلا نية، أو نوى واحدة، أو اثنتين) قيده في «النهاية» بما إذا لم ينوهما بالتوزيع أما إذا نواهما به بأن نوى بالمصدر واحدة أخرى وقعتا رجعيتين وهو يروى عن الثاني وبه قال أبو جعفر، ومقتضى الإطلاق عدم الصحة وبه قال فخر الإسلام لأن طالقاً نعت وطلاقاً مصدر فلا يقع إلا واحدة وكذا في أنت طالق الطلاق.

قال في «الفتح»: ويؤيده أن طلاقاً نصب ولا يرفع بعد صلاحية اللفظ لتعذره وصحة الإرادة به ليست إلا بإهدار لزوم صحة الإعراب في الإيقاع من العالم والجاهل انتهى، وسيأتي أنه المرجح في المذهب (وإن نوى ثلاثاً فثلاث) أما بالأولى فلأن المصدر حيث استعمل في الطلاق كان الغالب إرادة الاسم به كرجل عدل ومن ثم كان صريحاً فيه ويحتمل أن يراد أنت ذات طلاق أو أنه جعلها عينه ادعاءً مبالغاً وبتقديرها تصح الثلاث ولما كان هذا من محتملات اللفظ توقف على النية، وبهذا اندفع ما أورد من أنه إذا أريد به الاسم يلزم أن لا تصح نية الثلاث والجواب بما أشرنا إليه أوجه مما قيل أنه وإن أريد به الاسم لم يخرج عن كونه مصدراً لأن الإرادة باللفظ ليست إلا باعتبار معناه فإذا فرض أن معناه الذي أريد به ليس إلا ما يصلح إرادته معه فكيف يراد به ذلك الذي لا يصلح كذا في «الفتح» ملخصاً.

واعلم أن نية الثلاث إنما صحت باعتبار أنها جنس / واحد بخلاف الاثنتين في الحرة فإنها عدد محض وألفاظ الوجدان لا يراعى فيها العدد المحض بل التوحيد وهو بالفردية الحقيقة والجنسية والمثنى بمعزل عنهما وأفاد في «البحر» أنه لو كان طلقها واحدة فنوى الاثنتين لم يقع إلا واحدة كما في «الخانية» لو طلق الحرة واحدة ثم قال: أنت بائن ناوياً الاثنتين لم يقع إلا واحدة وعلله في «البدائع» بأن الباقي ليس كل جنس طلاقها وما في «الجوهرة» أنه إذا تقدم على الحرة واحدة فإنه يقع اثنتان إذا نواهما يعني مع الأولى فسهو ظاهر انتهى.

وأقول: فيه نظر لأنه إذا نوى الاثنتين مع الأولى فقد نوى الثلاث وإذا لم يبق في ملكه الاثنتان وقعتا وقصر الطحاوي نية الثلاث على المعرف أما المنكر فتقع به واحدة لا أصل له في الرواية المشهورة بل لا فرق بينهما كما قال الخصاف، وأما الباقي فظاهر لأن ذكر النعت وحده يقع به مع المصدر المؤكد له أولى غير أن وقوع الثلاث بطالق طلاق إن لم يكن بالمصدر ويلغو طالق في حق الإيقاع كما إذا ذكر معه العدد وإن الواقع إنما هو بالعدد وإلا فمشكل فإنه حينئذ يقع به واحدة وإن نوى

الثلاثة، ويجب أن يكون طالق الطلاق مثله وإن لم يذكر إلا في المنكر قيدنا نية الاثنتين بمجموعهما كذا في «الفتح». تتميم: في «مغني الليث» كتب الرشيد إلى أبي يوسف ليسأله عن قول القائل:

فإن ترفقي يا هند فالرفق أيمن وإن تخرقي يا هند فالخرق أشأم
فأنت طلاق والطلاق عزيمة ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم^(١)

ماذا يلزمه إذا رفع الثلاث أو نصبها؟ قال أبو يوسف: فقلت هذه مسألة نحوية فقهية ولا آمن الخطأ فيها إن قلت فيها برأيي فأتيت الكسائي وهو في فراشه فسألته فقال: إن رفع ثلاثاً وقعت واحدة لأنه قال أنت طلاق ثم أخبر أن الطلاق التام ثلاث وإن نصبها طلقت ثلاثاً لأن معناه أنت طالق ثلاثاً وما بينهما جملة معترضة فكتبت بذلك إلى الرشيد فأرسل إلي جوائز فوجهتها إلى الكسائي، قال ابن هشام: والصواب أن كلا من الرفع والنصب محتمل لوقوع الثلاث والواحدة أما الرفع: فلأن ال في الطلاق إما لمجاز الجنس كما تقول: زيد الرجل أي: هو الرجل المعتد به، وإما للعهد الذكري أي: وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ولا تكون للجنس الحقيقي لئلا يلزم الإخبار عن العام بالخاص، كما يقال: الحيوان إنسان وذلك باطل إذ ليس كل حيوان إنساناً ولا كل طلاق عزيمة وثلاث فعلى العهدية يقع الثلاث وعلى الجنسية يقع واحدة، وأما النصب: فلأنه محتمل لأن يكون على المفعول المطلق فيقتضي وقوع الثلاث إذ المعنى فأنت طالق ثلاثاً ثم اعترض بينهما بقوله والطلاق عزيمة ولأن يكون حالاً من الضمير المستتر في عزيمة فلا يلزم وقوعها لأن المعنى والطلاق عزيمة إذا كان ثلاثاً فإنما يقع ما نواه كذا فيه تأمل هذا ما يقتضيه معنى هذا اللفظ وأما الذي أراده الشاعر فهو الثلاث لقوله بعد:

فبيني بها إن كنت غير رفيقة وما لامرئ بعد الثلاث مقدم

انتهى ملخصاً، وفيه أبحاث الأول: أن من شرط الاجتهاد معرفة العربية وأساليبها لأنه يقع في الأدلة السمعية واتصاف أبي يوسف به يبعد أن يحتاج مع إمامته وجلالته في مثل هذا التركيب إلى غيره والذي نقل أهل الدار خلاف هذا ففي «المبسوط» ذكر ابن سماعه أن الكسائي بعث إلى محمد بفتوى فرفعها إلي فإذا فيها ما مر وأنه أجاب بما سبق كذا في «الفتح» قلت: وهو المروي في «تاريخ الخطيب البغدادي»^(٢)

(١) ذكرهما في خزنة الأدب (٣/٤٥٩).

(٢) وهو للإمام الحافظ أبو بكر، أحمد بن علي المعروف بالخطيب البغدادي، المتوفى سنة (٤٦٣هـ)،

فكتب على طريقة المحدثين. اهـ. كشف الظنون (١/٢٨٨).

كما ذكره الحافظ السيوطي في «حاشية المغني»، الثاني: نازعه ابن الصائغ في منع كونها للجنس الحقيقي وكان وجهه أنه لا يلزم ما ادعاه إذ المعنى كل طلاق يملكه عليها تام الثلاثة ثلاث، الثالث: أنه سوى بين احتمالي الرفع مع أن الظاهر كما قال البهاء السبكي في «شرح التلخيص» وقوع الثلاث لكون النكرة أعيدت معرفة فتكون هي الأولى كما قرره علماء البيان وعليه جرى في «فتح القدير»، ثم قال: فجواب محمد بناء على ما هو الظاهر كما يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات إلى الاحتمال، وأنت خبير بأن هذا إنما يتم لو كان جوابه مطابقاً لما ادعاه لكنه مخالف كما قد علمته إلا أن يكون قوله فجواب محمد حينئذ مقصور على النصب كما سيأتي، الرابع: أن يكون النصب على المفعولية المطلقة يقتضي وقوع الثلاث إنما يتم أن لو كانت اللام للعهد أما إذا كانت للجنس وثلاثاً مفعول مطلق [١/٢٠٥] للثاني فلا قاله الشمني، الخامس: أنه يجوز أن يكون / النصب على التمييز من الأول كما قال القرافي في «قواعده».

ثم قال: فإن قلت: يمكن أن يكون منصوباً على الحال من الثاني أيضاً أي: الطلاق معزوم عليه في حال كونه ثلاثاً أو تمييزاً له فلم خصيتموه بالأول؟ قلت: لأنه منكر يحتمل بسبب تنكيره جميع مراتب الجنس وأعداده وأنواعه من غير تخصيص على شيء من ذلك لأجل التنكير فاحتاج للتمييز ليحصل المراد من ذلك المنكر المجهول، وأما الثاني فمعرفة استغنى بتعريفه واستغراقه الناشئ عن اللام التفريق عن البيان فهذا هو المرجح انتهى. السادس: أن عدم وقوعها بتقدير أن يكون حالاً من المستتر في عزيمة ممنوع بل يحتمل وقوع الثلاث أيضاً بجعل ال فيه للعهد الذكري كأنه قال: والطلاق الذي ذكرت ليس بلغو ولا لعب بل معزوم عليه حال كونه ثلاثاً ولا يقدر حينئذ إذا كان بل إذا كان قاله الدماميني^(١) وأجاب الشمني بأنه إنما نفى لزوم الثلاث وهو صادق، السابع: أنه سوى بين الاحتمالين مع أن الظاهر هو الأول ولقلة الفائدة في إرادة أن الطلاق عزيمة إن كان ثلاثاً كذا في «فتح القدير» وقول الشارح في وجه الرفع الطلاق مبتدأ وثلاث خبره وعزيمة إن رفعها خبر وإن نصبها حال معناه

(١) هو محمد بن أبي بكر بن عمر المخزومي القرشي بدر الدين المعروف بابن الدماميني، عالم بالشريعة وفنون الأدب، ولد سنة (٧٦٣هـ)، في الإسكندرية وتصدر لإقراء العربية في الأزهر، توفي سنة (٨٢٧هـ)، من آثاره: تحفة الغريب شرح فيه مغني اللبيب. اهـ. شذرات الذهب (١٨١/٧)، الأعلام (٥٧/٦).

وإن أضاف الطلاق إلى جملتها، أو إلى ما يعبر به عنها كالرقبة، والعنق، والروح،.....

أن الثلاث خبر ثان كما قال الزجاج وابن يعيش وجواز أن يكون بدلاً وأن يكون نصب عزيمة مع رفع الثلاث على احتمال فعل كأنه قال: والطلاق ثلاث أعزم عليه عزيمة ويجوز أن يكون التقدير والطلاق إذا كان عزيمة ثلاث كذا في « حاشية المغني » للسيوطي ولم يذكر كثير نصبها وعليه فالخبر محذوف أي: واقع. واعلم أن هذه التكاليف إنما يحتاج إليها بناء على ما قدمناه من أن طلاقاً من الصريح أما على أنه كناية كما قال الشافعية فالعبرة بما نواه سواء رفع أو نصب ثم في « شرح الشواهد » للجلال الجليل أيضاً الرفق ضد العنف يقال: رفق بفتح الفاء يرفق بضمها والخرق بالضم وسكون الراء الإثم من خرق بالكسر يخرق به «الفتح» خرقاً بفتح الخاء والراء وهو ضد الرفق وفي «القاموس» إن ماضيه بالكسر كفرح وبالضم ككرم وأيمن من اليمن وهو البركة وأشأم من الشؤم وهو ضد اليمن وذكر ابن يعيش أن في البيت الثاني حذف الفاء والمبتدأ أي: فهو أعق وإن تعليله واللام مقدرة أي: لأجل كونك غير رفيقة والمقدم مصدر ميمي من قدم بمعنى تقدم أي: ليس لأحد تقدم إلى العشرة والألفة بعد تمام الثلاث إذ بها تمام الفرقة، وهذا الجمع المحرر من خواص هذا الكتاب فنرجو أن يكون مقبولاً عند العزيز الوهاب، (وإن أضاف) أي: نسب (الطلاق إلى جملتها) كأنت طالق.

قال في «العناية»: هذا وإن عرف مما مر إلا أنه ذكره تمهيداً لقوله (أو إلى ما يعبر به عن الجملة) يعني إلى الجزء الذي يعبر به عن الإنسان من حيث هو إنسان كذا في «الحواشي السعدية» وبه يندفع ما في «الفتح» من أن الإضافة في أنت طالق ورقبتك طالق إلى ما يعبر به عن الجملة وأن التحقيق أن ما يعبر به عن الجملة إما بالوضع أو التجوز لأنه بتسليمه يلزم عليه استعمال اللفظ أعني ما يعبر به عن الجملة في حقيقته وهو أنت طالق ومجازه وهو رقبتك طالق وأن الجملة الأولى حشو محض فتدبره، وبهذا التقرير علمت أن الإضافة إلى الجملة مقصورة على أنت طالق وأن ما عداه من أمثلة ما يعبر به عن الجملة فقول الشارح من الإضافة إلى الجملة أيضاً الروح والجسد والبدن ممنوع، أما الروح فلأنها جزء من الإنسان وكذا الجسد أيضاً باعتبار الروح وأما البدن فلأن الرأس والأطراف غير داخلين فيه بخلاف الجسد كذا فرق بينهما في «إيضاح الإصلاح» (كالرقبة والعنق) قال تعالى: ﴿ فتحري رقبه ﴾ [النساء: ٩٢] أي: ذات وقال: ﴿ فظلت أعناقهم ﴾ [الشعراء: ٤] أي: ذواتهم (والروح)

والبدن، والجسد، والفرج، والوجه،

والنفس يقال: هلكت روحه وقال تعالى: ﴿النفس بالنفس﴾ [المائدة: ٤٥] (والبدن والجسد والفرج) ومنه ما روي: «لعن الله الفروج على السروج»^(١) لكنه غريب جداً وفي بضعك ما يقع وما في بعض النسخ من أنه يقع قال شمس الأئمة: تصحيف، وإنما هو بضعك وفي «الخلاصة» استك كفرجك بخلاف الدبر قال الإيتقاني: وعندني فيه نظر لأن الاست بمعنى الدبر ورده في «فتح القدير» بأن البضع أيضاً بمعنى الفرج ويقع في الفرج دونه لجواز تعارف أحدهما في الكل دون الآخر (والوجه) والرأس قال تعالى: ﴿ويبقى وجه ربك﴾ [الرحمن: ٢٧] أي: ذاته ويقال: أمري حسن ما دام رأسك سالماً كذا في «الشرح» وعدل عن استدلال كثير بقوله يا وجه العرب ويا رأس القوم لأنه فاسد إذ معنى الأول أنك في العرب بمنزلة الوجه والثاني أن القوم كالجسد وفلان الرأس منه لا أنه عبر عن جملة العرب بالوجه وناداهم به وبفلان عن القوم كلهم قال في «الفتح»^[٢/٢٠٥]: وهو مبني / على أن الاستعارة مكنية لكن يجوز أن تكون حقيقية بأن يكون شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الأعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته فأطلق عليه رأس القوم ووجه العرب أي: أشرفهم انتهى، وسكت عن الدم مع أنهم صححوا الكفالة به لما في «الخلاصة» الأصح أنه لا يقع به والعق كالطلاق فكأنه تعورف إطلاقه على الكل في الكفالة كما يقال: دمه هدر دون غيرها لكن صحح في «الجوهرة» الوقوع، والقلب والعين.

وقد قال في «الظهيرية»: لو أضاف إلى قلبها لا رواية لهذا في «الكتاب» وجزم الشارح بأنه لا يقع به إلا أن يتعارف إطلاقه في الكل وفي كفالة «فتح القدير» لم يذكر محمد ما إذا كفل بعينه قال البلخي: لا تصح كما في الطلاق إلا أن ينوي به البدن، والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر بها عن الكل يقال: عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفاً في زمانهم، أما في زماننا فلا شك في ذلك، قيد بالإضافة إلى ما يعبر به عن الجملة لأنه لو قال: الرأس أو الوجه منك طالق أو وضع يده على أحدهما أو قال: هذا العضو طالق لم يقع في الأصح كذا في «الشرح» وفي «الخانية» لو قال: هذا الرأس طالق وأشار إلى رأس امرأته فالصحيح أنه يقع كما لو قال: رأسك هذا طالق ولهذا لو قال لغيره: بعت منك هذا الرأس بألف درهم وأشار إلى رأس عبده فقال المشتري: قبلت جاز البيع، وعليه بالإضافة إلى ما يعبر به عن الكل ليست مقصورة على الإتيان بضمير المخاطبة بل قد يكون بالإشارة إليه أيضاً وكأن هذا هو السر في عدم إتيان المصنف بضمير المخاطبة، ولو نوى اقتصار الطلاق على ذلك العضو قال الحلواني: لم يبعد أن يصدق، قال في «الفتح»:

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٢٢٨)، وقال غريب جداً

أو إلى جزء شائع منها كنصفها، أو ثلثها تطلق، وإلى اليد والرجل والدبر لا،
 وينبغي أن يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى، أما في القضاء إذا كان التعبير به عرفاً مشهوراً لا يصدق وسيأتي ما يؤيده، (أو) أضافه (إلى جزء شائع منها كنصفها وثلثها) لأنه محل لسائر التصرفات فيكون محلاً للطلاق إلا أنه لا يتجزأ فيثبت في الكل.

قال في «البحر»: والتقييد بالشائع ليس بالاحتراز عن المعين لما في «الخلاصة» لو قال: نصفك الأعلى طالق واحدة ونصفك الأسفل اثنتين وقعت المسألة ببخارى فافتى بعضهم بوقوع الواحدة لأن الرأس في النصف الأعلى وبعضهم اعتبر الإضافتين لأن الفرج في الأسفل، وبه علم أنه لو اقتصر على أحدهما وقعت واحدة اتفاقاً وأقول: بل هو احتراز عن المعين الذي لا يعبر به عن الكل كما سيأتي والوقوع بالنصف الأعلى أو بهما ليس إلا باعتبار أن في كل منهما ما يعبر به عن الكل كما أفصح عنه التعليل، ثم ظاهر قوله وبعضهم اعتبر الإضافتين يعني فأوقع الثلاث واحدة بالأول واثنتين بالثاني وبه عرف أن قوله: لو اقتصر على أحدهما وقعت واحدة اتفاقاً ممنوع في الثاني كما هو الظاهر، (تطلق) ظاهر الكلام أن المضاف إلى الجزء المعبر به عن الكل.

(وإلى) الجزء الشائع صريح إذا لم يشترط في الوقوع به النية وهذا يؤيد ما مر من أنه لا يصدق قضاء لو نوى غيره إذا كان التعبير به عرفاً مشتهراً وأن إضافة (اليد والرجل والدبر) مما لا يعبر به عن الجملة، كالشعر والأنف والساق والفخذ والظهر والبطن واللسان والأذن والفم والصدر والذقن والسن والريق والحمل والقلب، (لا) أي: لا تطلق لأن هذه أتباع وذكر التبع لا يكون ذكراً للأصل بخلاف ما مر وأورد أنه جاء إطلاق اليد على الكل في قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترد»^(١) وأجيب بأن المراد صاحبها، وعندنا أنه إذا قال عنيت بها صاحبها فهو على ما قال بخلاف السن ونحوه كذا قالوا. وفيه بحث من جهتين الأول: أن هذا التقرير ممكن في قوله تعالى: ﴿فتحري رقية﴾ [النساء: ٩٢] ونحوه أي: فتحري صاحب رقية، الثاني أن تأنيث الفعل في الحديث يباه ويمكن أن يجاب عن الأول بأنه لا محوج إليه والشرط موجود لأن الأخذ ينسب إلى اليد أيضاً ولا كلام أنه في الآية لشيوع إطلاق الرقية على الذات بخلافه في الحديث، وعن الثاني أجاب في «الحواشي السعدية» بأن التأنيث بناء على اكتسابه إياه من المضاف إليه والشرط موجود لأن الأخذ ينسب إلى اليد أيضاً ولا كلام أنه إذا تعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع بالإضافة إليها والعتاق

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١٢٦٦)، وأبو داود في سننه (٣٥٦١).

ونصف التطليقة، أو ثلثها طلقة، وثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث،.....

والظهار والإيلاء وكل سبب من أسباب الحرمة والعفو عن القصاص كالطلاق وما كان من أسباب الحل لا تصح إضافته إلى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف ونصف الطلقة بالرفع على الابتداء وهو الظاهر لبعده عن التكلف البعيد [١/٢٠٦] والنصب على أنه صفة لمصدر محذوف يعني أنت طالق تطليقاً نصف التطليقة/ هذا من حيث التركيب.

(و) أما من حيث الإيقاع فهو أن يقول: أنت طالق (نصف التطليقة) وكذا قوله: (أو ثلثها) وعلى الثاني فقله: (طلقة) خبر لمحذوف لأن ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله صوتاً لكلام العاقل عن الإلغاء ولذا جعل الشارع العفو عن بعض القصاص عفواً عن كله وخصوا النصف الثاني بالتمثيل لزيادة الإيضاح وإلا فكل جزء شائع كذلك ولذا يتكرر عليه لو قال: نصف تطليقة وثمان تطليقة بخلاف ما إذا قال: وسدسها وثمانها حيث يقع واحدة فقط لأن النكرة إذا أعيدت كذلك كانت غيراً وإن أعيدت معرفة كانت عيناً إلا إذا زادت الأجزاء فتقع أخرى وهكذا وهو المختار كما في «المحيط» وغيره وفي «المبسوط» الأصح في اتحاد المرجع وإن زادت الأجزاء واحدة أن تقع واحدة فقط وفي «الظهيرية» أنت طالق ثلاثاً إلا نصف تطليقة قيل: على قول أبي يوسف يقع اثنتان لأنها لا تجزأ في الاستثناء أيضاً وعلى قول محمد تقع الثلاث لأن النصف في الطلاق يتجزأ في الإيقاع لا في الاستثناء ولو قال: تطليقة إلا نصفها تقع واحدة وهذا إشارة إلى ما قال محمد انتهى، يعني أن وقوع الواحدة في الفرع الثاني اتفاق وهو شاهد لمحمد وقد يمنع بأن وقوع الواحدة على قول الثاني لا من حيث تجزؤ النصف بل لا يتجزأ أيضاً لكنه استثناء الكل من الكل فلغا.

(وثلاثة أنصاف) طلقتين ثلاث لأن نصف التطليقتين واحدة فثلاثة أنصاف (تطليقتين ثلاث) تطليقات ضرورة قيل: ينبغي أن يقع اثنتان لأن التطليقتين إذا نصفتا كانت أربعة أنصاف فثلاثة منها طلقة ونصف فتكمل تطليقتين وأجيب بأن هذا التوهم منشؤه اشتباه قلنا: نصفها طلقتين وكلا من طلقتين والثاني هو الموجب للأربعة أنصاف واللفظ وإن كان يحتمله ولذا لو نواه دين لكنه خلاف الظاهر، ولقائل أن يقول هذا الكلام إما أن يكون حقيقة فيما أراد أو مجازاً لا سبيل إلى الأول لأن اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا إلى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال والجواب أنه مجاز وتصور الحقيقة ليس بشرط عند أبي حنيفة والاتصال موجود لأنه من باب ذكر الجزء وإرادة الكل كذا في «العناية» وفيه بحث لأن تصور الحقيقة إذا لم يكن شرطاً عنده فينبغي أن تكون المسألة خلافية ولم ينقلوه، وأيضاً كون العلاقة

ومن واحدة، أو ما بين واحدة إلى اثنتين واحدة، وإلى ثلاث ثنتان.....

هنا ما ذكر ممنوع إذ لا يعقل كون ثلاثة أنصاف جزء الشيء إلا أن يراد باعتبار المجموع وعرف من كلامه وقوع الثلاث فيما إذا زاد على ثلاثة أنصاف بالأولى، أما إذا قال: نصفي طلقتين فثنتان كنصف ثلاث تطليقات كما في «الذخيرة» قيد بالتطليقتين لأنه لو أفرد وقعت طلقتان، وقيل: ثلاث والأول أصح كما في «العناية» وهو المنقول في «الجامع الصغير» والحاصل أن المضاف مع المضاف إليه إما أن يتحد إفراداً أو تثنية أو جمعاً أو لا، فإن اتحد كنصف تطليقة واحدة ونصفي تطليقتين ثنتان وثلاث أنصاف أو أربعة أنصاف تطليقات ثلاث، وإن لم يتحد كنصف تطليقتين واحدة وتطليقات ثلاث وأربعة تطليقة واحدة وتطليقتين أو ثلاث اثنتان (و) في أنت طالق (من واحدة أو) قال (ما بين واحدة إلى اثنتين) تقع (واحدة و) قال: من واحدة (إلى ثلاث) يقع (اثنتان) وهو قول الإمام، وقالوا: في الأول اثنتان وفي الثاني ثلاث ولم يوقع زفر بالأولى شيئاً وأوقع بالثانية واحدة وهو القياس أي: قضية الأصل لا الأصولي.

قال في «الهداية»: لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية انتهى. وقد نص غير واحد على أن قولهما استحسان لكن قولهم في وجه قول الإمام أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر يعني إذا كان بينهما عدد يفيد أن قوله استحسان أيضاً، ومن ثم قال في «الفتح»: إن قول كل من الثلاث استحسان بالعرف إلا أنهما أطلقا فيه وأبو حنيفة يقول: إنما وقع كذلك فيما مرجعه الإباحة كخذ من مالي أو بع من عبدي ما بين مائة إلى ألف وكل من الحامض إلى الحلو أما ما أصله الحظر حتى ما يباح إلا لحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم إرادة الكل، قيل: إن الأصمعي حاج زفر عند باب الرشيد فقال له الأصمعي: ما تقول في رجل قيل له: كم سنك؟ فقال: من ستين إلى سبعين أيكون سنه تسع سنين؟ ونسب ذلك إلى الإمام غير أنه قال له: كم سنة فقال: ما بين ستين إلى سبعين فقال الإمام: سنك إذا تسع سنين / .

قال في «الفتح»: وهذا يفيد أنه يجب أن يجيب فيما بين واحدة إلى ثلاث ونحوه بذلك ثم يقال كم سنك فيجيب بلفظ ما بين أن يقال: خمسة وستون ونحوه مع ظهور ورود الإلزام حينئذٍ إلا وقد أعد جوابه فلم يكن حيث ينقطع، على أنه روي أنه قال عند إلزام الأصمعي: استحسن في مثل هذا يعني إرادة الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر، وقد جمعت مسائل الغاية في هذا المقام بلغنا الله منها المرام ففي أنت طالق إلى سنة وقع بعد السنة إلا أن ينوي الوقوع للحال، وأمرك بيدك إلى عشرة أيام

وواحدة في اثنتين، واحدة إن لم ينو، أو نوى الضرب،.....

كان الأمر بيدها من هذا الوقت إلى عشرة أيام بحفظ الساعات، ولو نوى إذا مضت عشرة أيام لا يصدق قضاء كذا في «الخلاصة».

والعتق والكفالة إلى شهر كالطلاق وعن الثاني أنه كفيل في الحال والفتوى على أنه كفيل بعد شهر كذا في «البرازية» وفي «التتارخانية» وغيرها أنت علي كظهر أمي إلى شهر لا يكون مظاهراً قبل، وفي «جامع الفصولين» حلف ليقضين دينه إلى خمسة أيام لا يحنث ما لم تغرب الشمس من اليوم الخامس وكذا لا يكلمه إلى عشرة أيام دخل العاشر، وكذا إن تزوجت إلى عشر سنين دخلت العاشرة وفي «الخلاصة» من الأمر باليد البيع إلى شهر تأجيل للثمن إلى شهر والوكالة تقبل التأقيت حتى لو تصرف بعد مضي الوقت لا يصح، وفي «فتاوى» شمس الأئمة يصير وكيلاً بعد الشهر، وفي رواية يصير وكيلاً مطلقاً، أجرتك إلى شهر تثبت الإجارة في الحال وتنتهي بمضي الشهر، والمزارعة كذلك والصلح إلى شهر لا يصح والقسمة والشركة كالإجارة والإبراء عن الدين إلى شهر كالطلاق إلا إذا قال: عنيت به التأخير فحينئذ يكون تأخيراً إلى شهر، والإقرار إلى شهر إن صدقه المقر له ثبت الأجل وإن كذبه فالقول قوله ويجب حالاً ويستحلف في الأجل، إذن العبد في التجارة لا يتوقف ويصير مأذوناً مطلقاً، والتحكيم والقضاء يقبلان التأقيت انتهى. وسيأتي أن العارية تنوقت وفي «الجوهرة» لو شرط الخيار في البيع إلى الليل أو إلى الغد أو إلى الظهر كان له الخيار وفي الغد كله والليل كله ووقت الظهر كله عند الإمام وقال: الخيار في الليل إلى غروب الشمس، وفي الظهر إلى الزوال وفي الغد إلى طلوع الفجر انتهى، قيد بقوله: إلى ثلاث لأنه لو قال: ما بين واحدة وثلاث وقمت واحدة عند الكل إلا أن يتعارف ما يقع في «الغاية» ولو قال: عشرة فائنتان عنده وقيل تقع الثلاث بالإجماع.

قال في «القنية»: وهذا حسن من حيث المعنى، وفيها أنت طالق من ثلاث إلى واحدة يقع ثلاث قال بديع الدين: ينبغي أن يكون هذا بالاتفاق ثم ظهر أنه منصوص عليه في بعض الكتب وإن هذا قولهما وعندهما يقع اثنتان والله الموفق بمنه قال: أنت طالق (واحدة في اثنتين) يقع (واحدة) و(إن لم ينو) شيئاً (أو نوى الضرب) أي: ضرب واحدة في اثنتين عالماً يعرف الحساب، ولو قال: وإن نوى الضرب يعرف منه أن تقع الواحدة فيما إذا لم ينو شيئاً بالأولى وقال زفر: يقع اثنتان فيما إذا نوى الضرب لأن عرفهم فيه تضعيف أحد العددين بقدر الآخر فقوله: واحدة في اثنتين كقوله مرتين ولنا أن عمل الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب، إذ لو أفاده لما وجد في الدنيا فقير وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها كذا قالوا.

وإن نوى واحدة وثنتين فثلاث وثنتين في ثنتين ثنتان وإن نوى الضرب ومن هاهنا إلى الشام
واحدة رجعية.....

قال في «الفتح»: وهذا لا معنى له بعد قولنا أن عرف الحساب في التركيب اللفظي كون أحد العددين مضعفاً بعدد الأجزاء والعرف لا يمنع والغرض أنه تكلم بعرفهم وأرادَه فصار كما لو أوقع بلغة أخرى فارسية أو غيرها وهو يديرها، وكذا الإلزام بأنه لو كان كذلك لم يبق في الدنيا فقير لأن ضرب درهمه في مائة ألف مثلاً إن كان على معنى الإخبار كقوله عندي درهم في مائة فهو كذب، وإن كان على وجه الإنشاء كجعلته في مائة لا يمكن لأنه لا ينجعل بقوله ذلك، وليس الكلام في ذلك وعن هذا اختار قوله في «غاية البيان» أيضاً وما أجاب به في «البحر» من أن اللفظ لما لم يكن صالحاً لم يعتبر فيه العرف ولا النية كما لو نوى بقوله اسقني الماء الطلاق ممنوع بالفرق البين بينهما.

(وإن نوى) بقوله في اثنتين (واحدة واثنتين فثلاث) إن كانت مدخولاً بها وإلا فواحدة لأنه نوى ما لا يحتمله كلامه وفيه تشديد على نفسه، وذلك أن الواو للجمع والظرف بمعنى المظروف أما لو نوى معنى لفظة مع وقع الثلاث ولو غير مدخول بها لأن كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى: ﴿فادخلي في عبادي﴾ [الفجر: ٣٠] عند بعض أهل التأويل/ وهذا لأن أحد العددين لا يصلح ظرفاً للآخر وبين (١/٢٠٧)

الظرف والمظروف معنى المعية فاستعير له كذا في «العناية» لكن لا مانع من حمل الظرفية في الآية على بابها بل هو الظاهر وإليه يرشد قول العلامة: المراد ادخلي في عبادي وقيل: في أجساد عبادي ويؤيد قراءة في عبادي، قال في «الفتح»: على أن تأويلها بمعنى مع ينبو عنه وادخلي جنتي فإن دخلها معهم ليس إلا إلى الجنة، فالأوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى: ﴿ونتجاوز عن سيئاتهم في أصحاب الجنة﴾ [الأحقاف: ١٦] وسكت عما إذا نوى الظرفية لأن حكمه كما إذا لم ينبو شيئاً، (و) قال: أنت طالق (اثنتين في اثنتين) فالواقع (اثنتان) يعني: إذا لم ينبو شيئاً أو نوى الضرب أو الظرف، (وإن نوى) معنى الواو أو مع فعلى ما مر.

(و) لو قال: أنت طالق (من هنا إلى الشام) بسكون الهمزة تقع (واحدة رجعية) وقال زفر: بائنة لأنه وصفه بالطول وأورد عليه أنه لو وصفه به أو بالعرض صريحاً تقع واحدة رجعية عنده وأجيب باحتمال كونه يفرق بين وصفه به صريحاً فيوقع به الرجعي وكناية فيوقع به البائن لأن الكناية أقوى من الصريح لكونها دعوى الشيء بيينة، ألا ترى أن قولهم: فلان كثير الرماد أبلغ من جواد، وجوز في «الكافي» أن يكون عنه روايتان.

وبمكة، أو في مكة أو في الدار تنجيز، وإذا دخلت مكة تعليق.

قال في «العناية»: وهذا أقرب قلنا: بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع في مكان وقع في كل الأماكن فتخصيصه بالشام تقصير بالنسبة إلى ما وراءه ثم هو لا يحتمل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو بالرجعي وطوله بالبائن ولأنه لم يصفها بعظم ولا كبير بل مدها إلى مكان وهو لا يحتمله فلم يثبت به زيادة في شدة على أن التمر تاشي يقول: إنما قصد المرأة لا الطلاق ووجهه في «الفتح» بأنه حال ولا يصلح صاحب الحال في التركيب إلا الضمير في طالق حتى لو وصفها بكبير أو عظم أو طول بأن قال: كبيرة أو عظيمة أو طويلة كانت بائناً كما في «المحيط».

(و) لو قال: أنت طالق (بمكة أو في مكة أو في الدار) أو في ثوب كذا وعليها غيره أو مريضة أو مصلية أو وأنت مريضة أو في الظل أو في الشمس فهو (تنجيز) لأن الطلاق لا يتصور أن يتعلق بمكان بعينه دون غيره بخلاف الزمان لأن بينه وبين الفعل مناسبة من حيث أنهما لا بقاء لهما ولا كذلك المكان، ولو عنى إذا أنت بمكة أو إذا لبست أو مرضت أو صليت ونحو ذلك صدق ديانة.

(و) لو قال: (إذا دخلت مكة) فهو (تعليق) لوجود الشرط وكذا لو قال: في دخولك إياها أو في مرضك أو صلاتك لصحة استعارة الظرف لأداة الشرط المقاربة بين معنى الشرط والظرف من حيث أن المظروف لا يوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعذر معناه، أعني: الظرف، وفي «المحيط» أنت طالق تطليقة حسنة في دخولك الدار إن رفع حسنة طلقت للحال وإن نصبها تعلق والفرق أنه على الرفع يكون نعتاً للمرأة فكان فاصلاً وعلى النصب يكون نعتاً للتطليقة فلم يكن فاصلاً وفيه أيضاً معزياً إلى «الجامع» ولو قال: أنت طالق فيها دخولك الدار طلقت للحال لأنه جعل الطلاق ظرفاً للدخول وأنه لا يصلح ظرفاً فبقي مرسلًا انتهى. إن الضمير حينئذ يرفع للطلقة الواحدة وهو ظاهر في أنه لو قال: فيه فالحكم كذلك بل هو أظهر لرجوع الطلاق وفي «الخانبة» لو قال: لدخولك الدار ولحيضك طلقت، ولو بالباء الموحدة لا تطلق حتى تدخلها وتحيض وفي «المحيط» أنت طالق في حيضك وهي حائض لم تطلق حتى تحيض أخرى ولو قال: في حيضة أو في حيضتك فحتى تحيض وتطهر ولو في ثلاثة أيام طلقت للحال لأن الوقت يصلح ظرفاً لكونها طالقاً ومتى طلقت في وقت طلقت في سائر الأوقات، ولو عنى في مجيء ثلاثة أيام لم تطلق حتى يجيء الثالث لأن المجيء فعل فلم يصلح ظرفاً فصار شرطاً ولا يحتسب باليوم الذي حلف فيه لأن الشروط تعتبر في المستقبل لا في الماضي جزء منه، ولو قال في مضي يوم طلقت في الغد من مثل تلك الساعة، ولو قال: في مجيء يوم طلقت يطلع الفجر من الغد والله الموفق بمنه وكرمه.

فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان

أنت طالق غداً، أو في غد تطلق عند الصبح، ونية العصر تصح في الثاني، وفي اليوم غداً، أو غداً اليوم يعتبر الأول.....

فصل

يعني في إضافة الطلاق إلى الزمان وهو تأخير حكمه عن وقت التكلم إلى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط كذا في «العناية» لكنه غير شامل لإضافته إلى الزمن الماضي نحو أنت طالق أمس وقد نكحها قبل أمس، مما يذكر في هذا الفصل (أنت طالق غداً أو في غد تطلق عند) طلوع (الصبح) ولم يقل الفجر لأنه كما مر فجران وذلك لأنه وصفها بالطالقية في الغد فيقع في أول جزء منه ضرورة، وكذا لو قال: تطليقة تقع عليك غداً بخلاف ما لو قال لا تقع عليك إلا غداً حيث تقع للحال / لأنه وصفها [ب/٢٠٧] بما لا تتصف إذ ليس من الطلاق ما لا يقع إلا في غد فلغا ذكر الوصف فبقي مرسلًا كما لو قال: تصير أو تصبح، ولو قال: بعد يوم الأضحى طلقت حين يمضي اليوم، ولو قال: بعدها يوم الأضحى طلقت للحال والفرق أن البعدية في الأول صفة للطلاق فصار الطلاق مضافاً إلى ما بعد يوم الأضحى فلم يقع قبله وفي الثاني صفة لليوم فيتأخر الطلاق عن اليوم فبقي مرسلًا، ولو قال: أنت طالق لا بل غداً طلقت الساعة واحدة وفي الغد أخرى كذا في «المحيط».

(ونية العصر) آخر النهار (تصح في الثاني) قضاء وقالوا: لا تصح كالأول ولا خلاف في صحتها فيهما ديانة والفرق له عموم متعلقتها بدخولها مقدرة لا ملفوظاً للفرق لغة بين صمت سنة وفي سنة وشرعاً بين لأصوم من عمري حيث لا يبر إلا بصوم كله، وفي عمري حيث يبر بساعة وبين قوله إن صمت شهراً فعبده حر حيث يقع على صوم جميعه بخلاف إن صمت في الشهر حيث يقع على صوم ساعة منه، كما في «المحيط» بخلاف ما لا يتجزأ من الزمان كصمت يوم الجمعة وفيها فإذا نوى جزءاً من الزمان مع ذكرها فقد نوى الحقيقة، وإذا نواه مع حذفها فقد نوى تخصيص العام وهو خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء كذا قيل: وفيه نظر إذ الغد نكرة في الإثبات فلا يعم وجوابه أنهم نزلوا الأجزاء منزلة الأفراد تجوزاً، وعلى هذا الخلاف أنت طالق كذا شعبان وفي شعبان فتطلق في أول جزء وإن نوى آخره فعلى ما مر.

(وفي) أنت طالق (اليوم غداً، أو غداً اليوم يعتبر) اللفظ (الأول) فيقع في اليوم في الأول وفي الثاني في غداً لأنه بذكره إياه ثبت حكمه تنجيزاً في الأول وتعليقاً في الثاني فلا يحتمل التغيير بذكر الثاني لأن المنجز لا يقبل التعليق والمعلق التنجيز ولو

أنت طالق قبل أن أتزوجك، أو أمس، ونكحها اليوم لغو،

قال: أنت طالق اليوم وغداً أول النهار وآخره فالحكم كذلك أعني لا يقع إلا واحدة، لأنها طالق في الغد وآخر النهار بطلاقها في اليوم وأول النهار بخلاف ما لو قال: إذا جاء غداً حيث لا تطلق إلا بطلوع الفجر لاتصال مغير الأول بالآخر، وما لو قال: غداً واليوم وآخر النهار وأوله حيث تقع اثنتان لأن الأول وقع مضافاً صحيحاً والواو في عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقدير ما في الأولى بما بعدها فصار الحاصل أنت طالق اليوم، وبعد غد طلقت اثنتان في قول الإمام والثاني وقياس ما مر أن تقع واحدة لأنها طالق بعد غد بطلاقها في اليوم الأول، وفي «التنقيح» لو قال بالنهار: أنت طالق بالليل والنهار يقع اثنتان وفي النهار والليل واحدة ولو كان بالليل انعكس الحكم.

قال في «البحر»: فما مر من التفرقة بين قوله أول النهار وآخره أو آخره وأوله مقيد بما إذا كانت هذه المقالة في أول النهار فلو كانت في آخره انعكس الحكم انتهى، يعني فيقع في قوله أول النهار وآخره إذا قال: في آخر النهار اثنتان وفي آخر النهار وأوله واحدة، وأقول: قد يشكل عليه ما في «المحيط» لو قال: وسط النهار أنت طالق أول النهار وآخره وقعت واحدة لأنه بدأ بالوقت الكائن فجعل الماضي بقيد كونه فيه كائناً وهذا يفيد كونه لو كان في آخر النهار وقعت واحدة أيضاً لأنه بدأ بالوقت الكائن وبه يحصل الفرق بين هذا وما في «التنقيح» وذلك أنه لو قال في النهار: أنت كذا في ليلك ونهارك أو قلبه وهو في الليل لا يمكن أن يقال: إنه بدأ بالكائن بعد مضيه فوقعتا وفي «المحيط» أيضاً الأصل أنه متى أضاف الطلاق إلى وقتين أحدهما كائن والآخر مستقبل بحرف العطف فإن بدأ بالكائن وقع طلاق واحد وإن بالمستقبل فطلاقان، ثم قال: لو قال أمس واليوم فاثنتان لأن الواقع في اليوم لا يكون واقعاً في أمس ولو قال اليوم وأمس فهو واحدة مثل قوله اليوم وغداً انتهى.

وأنت خير بأن العلة المذكورة في أمس واليوم تأتي في اليوم وأمس فتدبر في الفرق فإنه دقيق على أن مقتضى الضابط وقوع واحدة في أمس واليوم لأنه بدأ بالكائن والله الموفق، ولو قال أنت طالق ما خلا أو في دخولك الدار وقع للحال، ولو: قال اليوم أو رأس الشهر اتحد الواقع في الأصح وفي «الخانية» أنت طالق غداً إن شئت كانت المسألة إليها في الغد، ولو قال إن شئت فأنت طالق غداً كانت المشيئة للحال عن محمد وقال الثاني: المشيئة إليها في الغد فيهما وقال زفر: للحال في الفصلين وهو قول الإمام انتهى، ولو قال: (أنت طالق قبل أن أتزوجك أو) قال: أنت كذا (أمس [٢٠٨/١] و) الحال أنه قد (نكحها اليوم) فهو (لغو) بإجماع الفقهاء لأنه أسنده إلى حالة

وإن نكحها قبل أمس وقع الآن

معهودة منافية لمالكية الطلاق، فصار كما لو قال: طلقتك وأنا مجنون وقد عهد جنونه، ولو قال في الأولى: إن تزوجتك فأنت طالق قبله أو عكس لغت القبلية ووقع الطلاق عند وجود الشرط اتفاقاً، أما إذا قدم القبلية فلائن التعليق ناسخ للإضافة فصار كما لو قال: أنت كذا قبل أن تدخل الدار إذا دخلتها حيث تلغو ويتعلق بالدخول وأما إذا أخرها فلائنه قصد إبطال التعليق ولو أخر الجزء فكذلك عندهما خلافاً للثاني لأن ذكر الفاء رجح جهة الشرطية والمعلق بالشرط كالممنجز عند وجوده (وإن نكحها قبل أمس وقع) الطلاق (الآن) لأنه لم يسنده إلى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخباراً لكذبه وعدم قدرته على الإسناد فكان أنشأ في الحال.

قال في «الفتح»: وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا في مسألة الدور المنقولة عن متأخري الشافعية وهي إن طلقك فأنت طالق قبله ثلاثاً بوقوع الطلاق وحكم أكثرهم أنها لا تطلق بتنجز طلاقها لأنه لو لم تنجز وقع المعلق قبله ثلاثاً ووقوع الثلاث سابقاً على التنجز يمنع المنجز والمعلق لأن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال ونقول أيضاً: إن هذا تغيير لحكم اللغة لأن الأجزاء تنزل بعد الشرط أو معه لا قبله، ولحكم العقل أيضاً لأن مدخول أداة الشرط سبب والخبر مسبب عنه ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغو البتة فيبقى الطلاق جزاء للشرط غير مقيد بالقبلية، ولحكم الشرع لأن النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدي إلى رفعها فيتفرع في المسألة المذكورة وقوع ثلاث للواحدة المنجزة واثنان من المعلقة، ولو طلقها اثنتين وقعت واحدة من المعلقة أو ثلاث وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف أهلية فيلغو ولو كان قال: إن طلقك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع اثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك انتهى، وما اختاره من الوقوع جزم به في «القنية» حيث قال في آخر الإيمان: قال لها كلما وقع عليك طالق فإنك طالق قبله ثلاثاً ثم طلقها بعد ذلك ثلاثاً يقعن وهذا طلاق الدور وإنه لا يقع عند الشافعي انتهى.

لكن الذي رجحه الشيخان عندهم وقوع المنجزة دون المعلقة وقد منع في «البحر» كون عدم الوقوع فيه تغييراً لحكم العقل والشرع، أما الأول فلائنا لا نسلم أنه يلزم كون مدخول أداة الشرط سبباً والجزاء مسبب عنه فقد قال الرضي: لا يلزم مع الفاء كون الأول سبباً للثاني بل اللازم أن يكون ما بعدها لازماً لمضمون ما قبلها كما في جميع صور الشرط والجزاء ففي قوله تعالى: ﴿وما بكم من نعمة فمن الله﴾ [النمل: ٥٣] كون النعمة منه لازم حصولها معنى ولا تعتبر من قول بعضهم أن الشرط

وأنت طالق ما لم أطلقك، أو متى لم أطلقك، أو متى ما لم أطلقك وسكت طلقت.....

سبب في الجزاء انتهى، وحينئذٍ فلا يلغو قوله قبله لعدم المنافاة وأما الثاني فلأننا عهدنا
شراً أن من أزم نفسه بشيء لزمه وإن كان فيه سد باب المشروع له ألا ترى أنه لو قال
كلما تزوجت امرأة فهي طالق ضح وإن كان فيه سد باب النكاح المشروع له انتهى.

وأقول: فيه نظر من وجهين الأول: ما قاله الرضي إنما هو مذهب النحاة يفصح
عن ذلك ما في «المطول» لا نسلم أن الشرط النحوي ما يتوقف عليه وجود الشيء بل
هو المذكور بعد إن وأخواته معلق عليه حصول مضمون الجزاء أي: حكم بأنه
يحصل مضمون تلك الجملة عند حصوله، فهو في الغالب ملزوم والجزاء لازم وانتفاء
اللازم يوجب انتفاء الملزوم من غير عكس، ثم قال: الشرط عندهم أعم من أن يكون
سبباً نحو لو كانت الشمس طالعة فالعالم مضيء وشرطاً نحو لو كان لي مال لحججت
أو غيرها نحو لو كان النهار موجوداً لكانت الشمس طالعة انتهى، الثاني: سلمنا أن
أداة الشرط لا يلزم أن تكون سبباً لكن بطلان تقدم الشيء على شرطه ضرورة لأنه
موقوف عليه فلا يحصل قبله كما في «التلويح» وفيه الحق أن بطلان تقديم الشيء
على شرطه أظهر من بطلان تقديمه على السبب لجواز أن يثبت بأسباب شتى انتهى،
وبهذا يبطل قوله: فلا يلغو قوله: قبله لعدم المنافاة.

(و) لو قال: (أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك) أو
زمان لم أطلقك أو حيث لم أطلقك أو يوم لم أطلقك (وسكت طلقت) باتفاق
العلماء لأنه أضاف الطلاق إلى زمان أو مكان خال عن طلاقها وبمجرد سكوته وجد
المضاف إليه فيقع وهذا لأن ما عدا ما وحيث من ظروف الزمان / وأما ما فهي وإن
كانت مصدرية إلا أنها تأتي نائية عن ظرف الزمان ومنه ﴿ما دمت حياً﴾ [مريم:
٣١] وهي وإن استعملت للشرط إلا أن الوضع للوقت، لأن التطبيق استدعى الوقت لا
محالة فترجحت جهة الوقت قاله المصنف قال الشارح: وهذا تحكم لأن الطلاق
يتعلق بالشرط أيضاً فينبغي أن يكون أولى كيلا يقع بالشك انتهى، وهذا بعد
تسليمه فيه خرق لإجماعهم، وحيث من ظروف المكان فكأنه قال: أنت كذا مكان
لم أطلقك على أن الأخفش جعلها للزمان أيضاً ولو ذكر لا بدل لم بأن قال: زمان لا
أطلقك أو حين لا أطلقك لم تطلق حتى تمضي ستة أشهر، والفرق أن لم تقلب
المضارع ماضياً مع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيها فوق، ولا للاستقبال غالباً
فإن لم يكن له نية لا يقع في الحال وأوسط استعمال الحين ستة أشهر فحمل عليه
وكذا الزمان لاستوائهما في الاستعمال، ولو قال: يوم لا أطلقك لا تطلق حتى يمضي
يوم كما في «المحيط» وسيذكر المصنف محترز قوله وسكت ثم لا يخفى أن الفرق

وفي إن لم أطلقك، أو إذا لم أطلقك، أو إذا ما لم أطلقك لا حتى يموت أحدهما.....

 بين البر والحنث لا يظهر له أثر في أنت طالق ما لم أطلقك ونحوه كما قال المصنف
 ومن ثم قيد بعض المتأخرين موضوع المسألة بقوله: ثلاثاً وهو الأولى، نعم لو قال:
 كلما لم أطلقك فأنت طالق وقع الثلاث متتابعات ولذا لو كانت غير مدخول بها
 وقعت واحدة لا غير.

(وفي) أنت طالق (إن لم أطلقك وإذا لم أطلقك) هذه المسألة مع ما بعدها من
 التعليق لا الإضافة فذكرها فيه أنسب (أو إذا ما لم أطلقك لا)، يعني: لا تطلق (حتى
 يموت أحدهما) لأنه جعل الشرط عدم طلاقها ولن يتحقق ذلك إلا باليأس وذلك في
 آخر جزء من أجزاء حياته فتطلق قبيل الموت وهذا يقتضي التسوية بين موته وموتها
 وهو الأصح خلافاً، ولو كان الطلاق ثلاثاً ولا ميراث له في موتها مطلقاً أعني سواء
 كان بعد الدخول أو قبله وكان الطلاق واحدة أو ثلاثاً لأنها لما أن بانق قبيل الموت
 لم يبق بينهما زوجية حال الموت وما في «الشرح» من التقييد بكونه ثلاثاً في
 المدخول بها لأنه منه وجد سهو، هذا كله إذا لم يكن ثمة نية وما يدل على الفور
 فإن كان طلقت غير مقيد بالموت ثم الدلالة قد تكون لفظية وقد تكون معنوية فمن
 الأول طلقتي طلقة فقال إن لم أطلقك فأنت كذا كان على الفور كما في «القنية»
 ومن الثاني ما لو طلب جماعها فأبقت فقال: إن لم تدخلي البيت فأنت كذا فدخلته
 بعدما سكنت شهوته طلقت، والبول لا يقطعها وينبغي أن يكون الطيب ونحوه وكل
 ما كان من دواعي الجماع كذلك، وفي الصلاة خلاف وسيأتي ثم التسوية بين أن وإذا
 قول الإمام وجعلها كمتى كما في قوله:

وإذا تكون كربة أذعى لها^(١)

وله أنها استعملت للشرط كما في قوله:

وإذا تصبك خصاصة فتجمل

فلا يقع الطلاق بالشك أي: إن تصبك فقر ومسكنة فأظهر الغنى من نفسك
 والتزين وتكلف الجميل أو كل الجميل وهو الشحم المذاب قال الشاعر:
 قد كنت قدماً مثيراً متمولاً متجماً متعففاً متديناً
 فالآن صرت وقد عدت تمولي متجماً متعففاً متديناً

أي كنت ذا ثروة وعفة وديانة فصرت آكل شحم مذاب وشارب عفاة أي: بقية
 ما في الضرع من اللبن وزاد ديني كذا في «التلويح» واعترض بأن الشك يوجب
 الوقوع تقدماً للمحرم وأجيب بأن ذلك إنما هو إذا تعارض دليل الحرمة والحل أما هنا

(١) البيت من الكامل، وهو لابن أحمير الكناني، انظره في لسان العرب، مادة: حيس.

أنت طالق ما لم أطلقك، أنت طالق طلقت هذه الطلقة، أنت كذا يوم أتزوجك فنكحها ليلاً
حنث بخلاف الأمر باليد.....

لو اعتبرنا الحرمة لم نعمل إلا بالشك والخلاف مقيد بما إذا لم ينو شيئاً أما إذا نوى
معنى الشرط أو الظرف فهو على ما نوى، (أنت طالق ما لم أطلقك، أنت طالق طلقت
هذه الطلقة) بيان لما علم من التقييد بالسكوت في المسألة السابقة ولو أواه بها قائلاً
بعد قوله طلقت إلا أن يقول: أنت طالق فتطلق هذه الطلقة لكان أولى يعني هذه
الطلقة فقط لا المعلقة أيضاً والقياس أن يقع به قال زفر: لأنه وجد زمان لم يطلقها
فيه وهو زمان قوله أنت كذا قبل أن يفرغ. وجه الاستحسان أن زمان البر مستثنى عن
اليمين بدلالة حاله لأنه المقصود ولا يمكنه تحقيقه إلا بجعله مستثنى.

وفي «المحيط» إن لن أطلقك اليوم فأنت كذا ثلاثاً فحيلته أن يقول لها: أنت
كذا ثلاثاً على ألف ولا تقبل المرأة فإن مضى اليوم وقعت الثلاث في قياس ظاهر
الرواية وعن الإمام أنها لا تطلق وعليه الفتوى / لأنه أتى بالتطليق وإن كان مقيداً،^[٢/٢٠٩]
(أنت كذا يوم أتزوجك فنكحها ليلاً) يعني بعد غروب الشمس (حنث، بخلاف الأمر
باليد) أي: بخلاف ما لو قال لها: أمرك بيدك يوم يقدم زيد فقدم ليلاً حيث لا يكون
الأمر بيدها ولو قال: الأمر باليد لكان أولى والفرق أن م ظروف اليوم إن كان مما لا
يمتد أي: لا يصح ضرب المدة له كالطلاق والعتاق والتزويج والدخول والقدوم يراد
باليوم معناه المجازي أعني: مطلق الوقت ومنه ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾ [الأنعام:
١٤١] وقال تعالى: ﴿ومن يولهم يومئذ دبره﴾ [الأنفال: ١٦] والتولي عن الزحف
حرام مطلقاً وقيل: حقيقة والأول أصح وإن كان مما يمتد أي: يصح ضرب المدة له
كالسير والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق يراد به المعنى الحقيقي وهو بياض
النهار ولأن م ظروف اليوم لما امتد كان الظاهر من ذكر الظرف دون حرف في ضرب
المدة تقرير والحقيقة هي الأصل فضرب إليها وإذا لم يمتد الفعل لم يمتد الظرف لأن
الممتد لا يكون معياراً لغير الممتد، وأورد أنه قد يمتد الفعل مع كون اليوم لمطلق
الوقت نحو اركبوا يوم يأتيكم العدو وأحسنوا الظن بالله يوم يأتيكم الموت
وبالعكس كانت طالق يوم يصوم زيد وأنت حر يوم تنكس الشمس وأجيب بأن ما
مر إنما هو عند الإطلاق والخلو عن الموانع ولا تمتنع مخالفة بمعرفة القرائن، كذا في
«التلويح» واختلف في الكلام فجزم في «الهداية» بأنه من الأول والهندي في «شرح
المغني» بأنه من الثاني وجعل الأول ظناً لبعض المشايخ، ولم أر من أظهر لهذا
الخلاف ثمرة وينبغي أن تظهر في اشتراط استيعاب النهار فيما يمتد وعدمه فمن
اشترطه جعل الكلام مما لا يمتد، ومن لم يشترطه جعله من الممتد وإذا عرف هذا

أنا منك طالق لغو وإن نوى

فما في «البحر» المراد بالامتداد امتداد يمكن أن يستوعب النهار لا مطلق الامتداد لأنهم جعلوا التكلم من غير الممتد ولا شك أنه قد يمتد زماناً لكن لا بحيث يستوعب النهار، وكذا في شرح «الوقاية» مبني على أحد القولين، نعم اختار في «التلويح» أنه مما لا يمتد معللاً بأن امتداد الأعراس إنما هو بتجدد الأمثال كالضرب والجلوس والركوب ومما يكون في المرة الثانية مثلها في الأولى من كل وجه فجعل كالعين الممتد بخلاف الكلام فإن المتحقق في المرة الثانية لا يكون مثله في الأولى فلا يتحقق تجدد الأمثال انتهى، وأنت خبير بأن من جعله من الممتد نظر إلى أن المرة الثانية كالأولى أيضاً من حيث النطق بالحروف والاختلاف بالوصف لا يبالي به ألا ترى أن الجلوس لو اختلفت كلفيته عد ممتداً فكذا هذا ثم المحققون على أن المراد بالممتد وغير الممتد هو الجواب، وتسامح بعضهم فاعتبر المضاف إليه حيث لم يختلف الجواب بأن كانا ممتدين نحو أمرك بيدك يوم يركب زيد أو غير ممتدين نحو أنت طالق يوم يقدم زيد أما إذا اختلفا نحو أمرك بيدك يوم يقدم زيد فقد اتفقوا على أن المعتبر هو ما يتعلق به الظرف لا ما أضيف إليه حتى لو قدم ليلاً لا يكون الأمر بيدها، والمضاف إليه وإن كان مظروفاً أيضاً إلا أنه لم يقصد بذلك الظرف بل لتعيين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب، ولا شك أن اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف الحقيقي أهو أم المجازي أولى من اعتبار ما يقصد له، وإذا تحققت هذا ظهر لك أن ما قاله صدر الشريعة من أنه ينبغي اعتبار الممتد منهما.

قال الشارح: وهو الأوجه وعليه مسائلهم فيه نظر ظاهر إذ مقتضاه أنه لو قال لها: أنت كذا يوم يركب زيد فركب ليلاً أنه لا يقع، وقد علمت أنهم اتفقوا على خلافه.

قال في «البحر»: وهذا أعني: كون اليوم لمطلق الوقت فيما لا يمتد مقيد بما إذا كان اليوم منكرراً أما إذا كان معرفاً باللام التي للعهد الحضوري فإنه يكون لبياض النهار ولذا قال في أيمن «الظهيرية» لو قال: والله لا أكلمك اليوم ولا غداً ولا بعد غد كان له أن يكلمه في الليالي ولو قال: اليوم وغداً وبعد غد فهو كقوله ثلاثة أيام يدخل فيه الليالي انتهى، يعني على أن اليوم لمطلق الوقت لكن لو خرج الفرع الأول على أن الكلام مما يمتد لاستغنى عن هذا التقييد ولو قال لامرأته، (أنا منك طالق) فهو (لغو وإن نوى) به الطلاق لأن محلية الطلاق إنما هي قائمة بها لا به فالإضافة إليه إضافة إلى غير محله فيلغو، وقد قال ابن عباس في امرأة جعل زوجها أمرها بيدها

وتبين في البائن والحرام، أنت طالق واحدة أو لا، أو مع موتي، أو مع موتك لغو، ولو ملكها أو شقصها أو ملكته، أو شقصه بطل العقد،

فقالت: طلقتك خطا الله نوؤها هلا قالت: طلقت نفسي والنوء كوكب تستمطر به العرب وروى خطا الله وصوبه مولانا نجم الدين عمر النسفي قال ولا يجوز خطا وصاحب «الفائق» عكسه والخط من الخطيطة وهي أرض لم تمطر/ كذا في [ب/٢٠٩] «الدراية».

(وتبين بالبائن والحرام) أي: في قوله: أنا منك بائن أو عليك حرام لأن لفظ الإبانة موضوع لإزالة الوصلة والتحرير لإزالة الحل وكل منهما مشترك بينهما فصحت الإضافة ولذا لو لم يقل: منك أو عليك لم يقع بخلاف ما لو قال: أنت بائن أو حرام حيث يقع إذا نوى وما في «خزانة الأكمل» معزياً إلى «العيون» لو قال: أنت بائن أو حرام ولم يقل: مني فهو باطل، قال الزاهدي: إنه سهو والمذكور فيها إنما هو إذا كان الخطاب من جانبها بأن جعل أمرها بيدها فقالت: أنت علي حرام أو أنت مني بائن أو حرام أو أنا عليك بائن أو حرام وقع، ولو قالت: أنت بائن أو حرام ولم تقل مني فهو باطل ولو قال لها: (أنت طالق واحدة أو لا أو) أنت طالق (مع موتي أو مع موتك) فهو (لغو)، أما الأول فهو قول الإمام والثاني آخراً وقال محمد: وهو قول الثاني أولاً تطلق رجعية لأنه أدخل الشك في الواحدة فبقي قوله أنت طالق، ولهما أن الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بالعدد بدليل ما أجمعوا عليه من أنه لو قال لغير المدخول بها: أنت كذا ثلاثاً وقعن ولو كان الوقوع بالوصف للغى ذكر الثلاث.

ولو قال: أنت كذا واحدة إن شاء الله أو ماتت قبل ذكر العدد واحدة أو ثلاثاً لم يقع شيء، ولم ينقلوا خلافاً في أنه لو أراد أن يقول: أنت طالق بائن أو للسنة فمات قبل أن يقول: بائن أو للسنة لا يقع شيء وخلاف محمد هنا لا يلزم منه الخلاف في هذه القاعدة، أعني: أن الوقوع بالعدد أو الصفة كما قد ظن، بل لأنه يصرف الشك إلى العدد فكأنه لم يتلفظ به، وهما صرفاه إلى أصل الإيقاع فلم يقع شيء ومن ثم أجمعوا أنه لو قال: أنت طالق أو لا وغير طالق أو لا شيء أنه لا يقع شيء وأما الثاني فلأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له وهو موته وموتها لأن موته بناء في الأهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد في الوقوع من الأهلية وفي الموقع عليها من المحلية، (ولو ملكها) أي: ملك الزوج زوجته بشراء أو هبة أو إرث كلها (أو شقصها) أي: جزءها (أو ملكته) أي: الزوج كذلك (شقصه بطل العقد) أي: انفسخ للمنافاة بين الملكين أما في ملكه إياها فلأن ملك النكاح ضروري، ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين كذا في «الهداية» وبين في «العناية» بأن ملك النكاح إثبات الملك

فلو اشتراها، وطلقها لم يقع،

على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضروري فإذا طرأ عليه الحل القوي وهو ملك اليمين ينتفي الحل الضروري لضعفه.

قال في «الحواشي السعدية»: ولقائل أن يقول ثبوت ملك اليمين على الآدمي على خلاف القياس أيضاً فالكبرى ممنوعة، ولو قال: وهو على خلاف الأصل لحاجة الناس لكان سالماً انتهى، وعن هذا قرر في «فتح القدير» وجه كونه ضرورياً بأن إثباته على الحرة للحاجة إلى إبقاء النسل فكان ملك النكاح في الأصل مع المنافي وهو حرية المملوكية للضرورة وقد اندفعت بقيام ملك اليمين لثبوت الحل الأقوى به فيرتفع الأضعف وهذا ظاهر في ملك كلها وأما في بعضها فأقيم ملك اليمين مقام الحل لأنه سببه احتياطاً وظاهر أن بطلانه مقتصر لا مستنداً لما قالوه: من أنه لو طلقها اثنتين ثم ملكها لا تحل إلا بعد زوج آخر وفي «المحيط» لو ظاهر من امرأته أو لاعنها وفرق بينهما ثم ارتدت فسببت لا يحل للزوج وطئها بملك اليمين لأن حكم اللعان والظهار باق فحرم الاستمتاع والاجتماع معها، أطلقه فانصرف إلى حقيقته الكاملة فخرج ما لو اشترى المكاتب زوجته حيث يبقى النكاح بينهما لأن الثابت له حق الملك لا حقيقته وهو لا يمنع بقاء النكاح وإن منع ابتداءه، حتى امتنع على المولى نكاح جارية مكاتبه، وما لو تزوج أمة ثم حرة على رقبة الأمة فأجازته المولى صارت ملكاً للحرة ولا ينفسخ النكاح وإن انتقل منه إلى الحرة لكنه غير مستقر، وأما في ملكها فلا اجتماع المالكية والمملوكية.

(فلو اشتراها) أي: ملكها تفريع على أن ملكه يبطل العقد (ثم طلقها لم يقع)

لأن الطلاق فرع قيام النكاح، ولا وجود له مع المنافي لا من وجهه ولا من كل وجه، ولو قال: فلو طلقها تفريعاً على ما لو ملكها أو ملكته لكان أولى، لأنه لا فرق في ظاهر الرواية عن الثلاثة بينهما وعن محمد أنه لو طلقها بعدما ملكته وقع لقيام العدة والمنقول في المنظومة عنه تقييد الوقوع بما إذا أعتقته أما إذا لم تعتقه حتى طلقها لم يقع اتفاقاً فيحمل على اختلاف الروايتين وظهر بهذا أن ما في «الكافي» من نسبة هذا إلى محمد صحيح لا أنه سهو / كما ادعى الشارح بخلاف ما إذا ملكها لأنه لا [٢/٢١٠] عدة عليها يعني منه، وظاهره أنه يحل تزويجه إياها وقد قيل: لكن الأصح أنه لا يجوز فعلم بهذا أنها لا تجب العدة عليها في حق من اشتراها، وفي غيره روايتان كذا في «الكافي»، وعن هذا قلنا: لو أعتقها بعدما ملكها ثم طلقها وهي في العدة وقع لزوال المانع، وعلى هذا تفرع ما لو علق طلاقها بشرط أو آلى منها أو قال: أنت كذا للسنة قبل الشراء فوجد الشرط أو جاء وقت السنة أو مضت مدة الإيلاء بعده قبل

أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك،
 العتق لم يقع، وإلا وقع اتفاقاً، ولو كان المشتري هي وقع أيضاً على قياس قول محمد
 وعلى قياس قول أبي يوسف لا يقع وعليه الفتوى، كذا في «الولوالجية» .

وفي «المحيط» تزوج أمة وارثة ثم قال لها: إن مات مولاك فأنت طالق اثنتين
 فمات المولى وقع الطلاق عند أبي يوسف خلافاً لمحمد، وفيه وكل بشراء زوجته من
 سيدها فاشتراها قبل الدخول فلا مهر عليه، ولو باعها المولى لرجل ثم اشتراها الزوج
 منه كان عليه للسيد الأول نصف المهر، والفرق انفساخ النكاح في الأولى وقع من
 المولى بخلافه الثانية، (أنت طالق اثنتين مع عتق مولاك إياك) فأعتق له الرقبة فليُنظر لأنه
 علق التطلق بالإعتاق غير أنه عبر عنه بالعتق مجازاً من استعارة الحكم للعلة والمعلق
 يوجد بعد الشرط فتطلق وهي حرة، وهذا لأن الشرط ما يكون معه وما على خطر
 الوجود وللحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة وما في «الهداية» من أنه علقه بالعتق
 أيضاً لأن لفظ العتق ينتظمهما فمشكل، لأنه لازم وإنما يعمل في المفعول أعني لفظ
 إياك المتعدي كذا في «كافي المصنف»، وهو مبني على أنه مصدر وجوابه إن أعمل
 فيه على اعتبار كونه اسم مصدر كأعجبني كلامك زيداً، والعجب مما نقل في جوابه
 من أنه لما علق التطلق بالإعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه وأين هذا من
 صحة الأعمال، وفي «العناية» إنما يقال ذلك لتبيين أثره فيما إذا قال أنت طالق مع
 عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في «الكتاب» وعبرة
 «الوقاية» مع عتق سيدك لك. قال بعض المتأخرين: إنما قال: لك دون إياك لغلا
 يتعين المعنى المجازي للعتق وهو الإعتاق فإن المراد تقدير المسألة على وجهين
 فينتظم المعنيين لعدم الفرق في الجواب.

وأقول: فيه نظر وذلك أن العتق حيث أضيف إلى السيد تعين أن يكون بمعنى
 الإعتاق لأنه هو الموجد له، وأما العتق فوصف قائم بالمعتق لا تصح إضافته إلى
 السيد، نعم مع عتقك يصح أن يكون بمعنى إعتاقك، فيكون مضافاً إلى مفعوله وأن
 يبقى على بابه فيكون مضافاً إلى فاعله، ليشمل ما لو اشتراها من تعتق عليه حيث
 يقع الطلاق ويملك الرجعة، ولو عبروا به لكان أولى، وأورد أن كلمة مع للقران
 فيكون منافياً لمعنى الشرط وأجيب بأنها قد تذكر للتأخير تنزيلاً له منزلة القارن
 لتحقق وقوعه، ومنه ﴿فإن مع العسر يسراً﴾ [الشرح: ٥] وصير إليه هنا الموجب هو
 وجود معنى الشرط لها، وطولب بالفرق بين هذا وبين قوله أنت طالق مع نكاحك فإنه
 يصح فيه أن يكون بمعنى إن نكحتك مع أن الطلاق لا يقع بنكاحه لها، وأجيب بأن
 عدم وقوعه للمانع وهو عدم ملكه ذلك أعني التعليق بغير صريح الشرط بخلاف ما

فأعتق له الرجعة، ولو تعلق عتقها وطلقتها بمجيء الغد فجاء لا،

بعد النكاح فإنه يملك التعليق به وبمعناه، ولقائل أن يقول: الدليل إنما قام على ملك اليمين المضافة إلى الملك فتعلق بما يوجب معناها كيف ما كان اللفظ، والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكماً، ولذا قال في «الدراية»: هذا الجواب لم يتضح لي فإنه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي أن يحمل عليه كذا في «الفتح».

قال في «البحر»: ويمكن أن يجاب بأن الطلاق مع النكاح يتنافيان فلم تصح الحقيقة فيه بخلاف ما نحن فيه لأن الطلاق والعتق لا يتنافيان وأقول: هذا مأخوذ مما في «الشرح» حيث قال في جوابه: أصل الإشكال قلنا: إنما تركنا الحقيقة فيما نحن فيه باعتبار أن الزوج مالك للطلاق تنجيزاً أو تعليقاً وتصرفه نافذ فلزم من صحته تعلقه به وأما الأجنبي فلا يملك ذلك ولكن يملك اليمين فإن صح التركيب بذكر حروفه كإن تزوجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين مع المنافي فيما لم يلزم العدول فيه عن الحقيقة وفيما لم يؤدي إلى التنافي / والطلاق والعتق لا يتنافيان انتهى [٢١٠/ب]

ملخصاً، وأنت إذا تحققته علمت أن ما أجاب به في «البحر» لا يمس ما نحن فيه، على أنه غير صحيح في نفسه إذ صحته الحقيقة ليس هو المدعى ليرتب نفيها على التنافي، (ولو تعلق عتقها) أي: علق المولى عتق أمته (وطلقتها) يعني علقهما الزوج (بمجيء الغد فجاء) أي: فجاء الغد ووقع العتق والطلاق (لا) أي: لا يملك الزوج الرجعية اتفاقاً في رواية أبي سليمان وجعل في رواية أبي حفص هذا عندهما، وقال محمد: يملكهما، وأصله أن العلة مع المعلول يفترقان في الخارج عند الجمهور وقيل: يتعاقبان ومنهم من خص العلة بالشرعية فجعلها تستعقب المعلول لأنها اعتبرت كالأعيان واقية فأمكن فيها اعتبار الأصل وهو تقديم المؤثر على أثره، بخلاف نحو الاستطاعة مع الفعل لأنها عرض لا يبقى فلم يمكن اعتبار تقديمها وإلا بقي الفعل بلا قدرة.

قال في «الفتح»: والذي نختاره التعقب في العلل الشرعية والعقلية حتى أن الانكسار يعقب الكسر في الخارج غير أنه لسرعة أعباه مع قلة الزمن إلى الغاية إذا كان آتياً لم يقع تمييز التقدم والتأخر فيهما وهو لأن المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده، وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتاً فلا بد أن يكمل به هويته ليقوم به عارضه وإلا لم يكن مؤثراً انتهى، وأفاد المولى سعد الدين أنه لا نزاع في تقدم العلة على المعلول بمعنى احتياجه إليها ويسمى التقديم بالعلية وبالذات، ولا في مقارنة العلة العقلية لمعلولها بالزمان كيلا يلزم التخلف، والخلاف في العلل الشرعية، وإذا

وعدها ثلاث حيض، أنت طالق هكذا، وأشار بثلاث أصابع فهي ثلاث،

عرف هذا فمن الأوجه لمحمد وهو معتمده أنهما تعلقا بشرط واحد وجب أن تطلق زمان نزول الحرية فيصادفها وهي حرة لاقترانها وجوداً فلا تحرم بهما حرمة غليظة، ولهما أن زمان ثبوت العتق زمان ثبوت الطلاق ضرورة تعلقهما بشرط واحد ولا خفاء أن العتق في زمان ثبوته ليس بثابت لإطباق العقلاء على أن الشيء في زمان ثبوته ليس بثابت فلا تصادفها التطليقات وهي حرة بخلاف المسألة الأولى، لأن العتق ثمة شرط فيقع الطلاق بعده وبهذا التقرير اندفع ما في «غاية البيان» من أن قول محمد أقرب إلى التحقيق وهو الأصح عندي (وعدها) في المسألتين (ثلاث حيض) اتفاقاً، لأنها حكم الطلاق فيعقبه ولأنه يحتاط فيها.

قال في «المبسوط»: «ولو كان الزوج مريضاً لا ترث منه لأنه حين تكلم بالطلاق لم يقصد الفرار إذ لم يكن لها حق في ماله ولأن العتق والطلاق يقعان معاً ثم الطلاق يصادفها وهي رقيقة فلا ترث انتهى، ومقتضى ما مر عن محمد أن ترث، (أنت طالق هكذا وأشار بثلاث أصابع) جمع إصبع مثلث الهمزة والباء والعاشره أصبوع كعصفور وقد جمعها بن مالك في قوله:

أثليث يا إصبع مع شكل همزته من غير قيد مع الأصبوع قد كملنا

إلا أن المشهور منها كسر الهمز وفتح الباء ولم يقل وأشار بالإبهام والسبابة والوسطى كما قال محمد لأنه أخصر وأفود، لأن الإشارة لا تختص بها ولأن التعبير بالسبابة جاهلي على ما قيل والاسم الشرعي إنما هو المسبحة، وإن أجيب عن هذا بأنه جاء في رواية ابن عباس في صفة ظهوره عليه الصلاة والسلام: «وأدخل السبابتين في أذنيه»^(١) ولو كان جاهلياً لتحامى عنه ابن عباس بناء على أن الحديث روي لا بالمعنى (فهي ثلاث) لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم قال عليه الصلاة والسلام: «الشهر هكذا أو هكذا»^(٢) الحديث كذا في «الهداية»، واعترض بأن الذي يكتنى به عن العدد المبهم هو لفظ كذا أما هكذا إنما يستعمل بها ما يقصد به معاً في أجزاء لفظها نحو ﴿أهكذا عرشك﴾ [النمل: ٤٢] فقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الإشارة وهذا هو المراد هنا في الحديث فقوله: أنت طالق هكذا تشبيهه بعدد المشار إليه وهو العدد المفاد كميته بالأصابع المشار إليه بذا، بخلاف كذا الكناية فإنه لم يقصد بها معاني الأجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس والمقدار.

(١) أخرجه البيهقي في سننه (٥٥/١)

(٢) أخرجه مسلم (١٠٨٠)، والبخاري (١٨٠٩).

أنت طالق بائن، أو البتة، أو أفحش الطلاق، أو طلاق الشيطان، أو البدعة،

وأقول: المراد بالعدد المبهم ما لم يصرح فيه بكميته لا ما كان كناية عنه ولا شك أن كونه تشبيهاً بعدد المشار إليه بذا في هكذا ليس صريحاً في الكمية ويدللك على ذلك عنوانه صاحب «الهداية» الفصل بقوله في تشبيه الطلاق وهذا أولى من كونه غلطاً لفظاً ومعنى كما في «فتح القدير» قيد بهكذا بأنه لو قال: أنت طالق وأشار / بالثلاث فقط تقع واحدة ولو سألته الطلاق فأشار إليها مريداً بها ثلاث طلقات [٢/١١١] ولم يقل هكذا لم تطلق كذا في «المحيط»، وفي «المبتغى»: أنت طالق مثل هذا وأشار إلى أصابعه الثلاث فهي ثلاثاً إن نواها وإلا فهي واحدة أي بائة كقوله أنت طالق كالف كذا في «المحيط» وأيضا لم يقل: منشورة لأن الإشارة إنما تقع بها ولو نواها بالمضمومة منها أو بالكف صدق ديانة وفي «الدرية» الإشارة بالكف أن تكون الأصابع كلها منشورة، وقيد بالثلاث لأنه لو أشار بواحدة أو اثنتين وقع بما أشار به.

(أنت طالق بائن أو البتة) شروع في بيان وقوع البائن بوصف الطلاق بما ينبئ عن الشدة والزيادة، والبتة مصدر بت أمره إذا قطع به وجزم، وإنما وقع البائن فيها بلا نية لأنه وصف الطلاق بما يحتمله ألا ترى أن البيونة قبل الدخول وبعده عند ذكر المال وبعد العدة تحصل به، وأورد أنه لو احتملها لصحت إرادتها بطالق مع أنه لا يصح وأجيب بأن عمل النية في الملفوظ لا في غيره، ولفظ بائن ما صار ملفوظاً بالنية ورد بأنه ليس معنى عمل النية في الملفوظ إلا توجيهه إلى بعض محتملاته فإذا فرض اللفظ ذلك صح عمل النية فيه وقد فرض بطالق ذلك، على أن هذا قد يعطي بظايره افتقار وقوع البائن فيما نحن فيه إلى النية، ولو نوى بطالق واحدة وبائن أو البتة أخرى فهو على ما نوى، قيد بقوله: بائن لأنه لو قال: ثم بائن وقال: لم أعن بذلك شيئاً فهي رجعية ولو بائناً فهو بائن كذا في «الذخيرة».

(و) أنت طالق (أفحش الطلاق) وأراد به كل وصف على أفعل مراداً به أصله كأخبثه وأسوأه وأشره وأخشنه وأطولوه وأعظمه وأكبره بالموحدة لأن الطلاق إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البيونة في الحال لا باعتبار ذاته لأنه غير محسوس، وما هو كذلك فإنما يعرف بأثره، فصار كأنه قال أنت بائن قيد بأفحش الطلاق، لأنه لو قال أجمل الطلاق أو أكمله أو عدله أو أحسنه وقعت رجعية إلا أن ينوي ثلاثاً، (و) أنت طالق (طلاق الشيطان أو) طلاق (البدعة) لأن الرجعي هو السنة فيكون البدعة وطلاق الشيطان بائناً كذا في «الهداية»، وفيه تساهل بل السنني أعم لأنه لو طلقها في الحيض كان رجعياً ولو سنياً.

قال في «البدائع»: لو قال: أنت طالق طلاق البدعة والشيطان ولا نية له فإن

أو كالجبل، أو أشد الطلاق، أو كالف، أو ملء البيت،
 كان في طهر جامعها فيه وهي في حالة الحيض وقع من ساعته وإن لم يكن لا يقع الحال ما لم تحض أو يجامعها في ذلك الطهر، ومقتضى كلام المصنف وقوع بئنة للحال وإن لم تتصف بهذا الوصف، وهذا لأن البدعي لم ينحصر فيما ذكره، إذ البائن بدعي كما مر.

(و) أنت طالق (كالجبل) أي: مثله في الثقل والعظم وقال الثاني: يقع رجعيًا لجواز أن يكون التشبيه فيما ذكرنا فيثبت أشده في وصفه للفظ وتتوقف الواحدة على النية، ولا خلاف في وقوع البئنة فيما لو قال: كعظم الجبل (أو) أنت طالق (أشد الطلاق) لأنه وصفه بالشدة لما مر من أن أفعل يراد به أصل الوصف أي: الشديد وهذا إنما يكون بالبائن، لأنه لا يحتمل النقص والرجعي يحتمله (أو) أنت طالق (كالف) أي: مثلها في القوة كما يقال: زيد كالف رجل أي: بأسه وقوته كقوتهم، ويحتمل أن يراد في العدد أي: كعدد ألف أو قدر عددها وفيه يقع الثلاث اتفاقاً فأيهما نوى صحت نيته وعند عدمها يثبت الأقل إذ التشبيه في القوة أشهر، وبه اندفع قول محمد من وقوع الثلاث بلا نية وفي «الظهيرية» أنت طالق كالنجوم فهي واحدة بئنة بناء على أن التشبيه في ضيائها لا في عددها وفي «البرازية» أنت حرام ألف مرة تقع واحدة ولو شبيهة بما لا عدد له كعدد الشمس أو التراب وقعت واحدة بئنة في قياس قول الإمام قاله الحدادي: ولو قال كعدد الرمل فهي ثلاث إجماعاً أقول: إنما كان التراب غير معدود لأنه اسم جنس إفرادي بخلاف الرمل فإنه اسم جنس جمع لا يصدق على أقل من ثلاثة.

قال في «الصحيح»: الرمل واحد الرمال والرملة أخص منه انتهى. وبعده معلوم البقى كعدد شعر بطن كفي أو مجهول النفي والإثبات كعدد شعر إبليس فكذلك أو بما من شأنه الثبوت لكنه كان زائلاً وقت الحلف بعارض عدد شعر ساق أو ساقك وقد تنور لم يقع لعدم الشرط، كذا في «الفتح» وفي «الظهيرية»: أنت طالق عدد ما في هذا الحوض من السمك وليس فيه سمك تقع واحدة، ولو قال: عدد ما في هذه القصة من الثريد إن قال هذا بعد صب المرققة فهي واحدة، وعلل في «المحيط» مسألة السمك وشعر إبليس بأنه إذا لم يكن على جسده شعر ولا في الحوض سمك لم يعتبر ذكر عدد السمك بل يصير لغواً وصار كأنه قال أنت طالق / وهكذا علل في شعر بطن كفي وبه يعلم الفرق بين هذه (أو) أنت طالق (ملء البيت) من حيث العظم في نفسه أو في كثرته فأيهما نوى صحت نيته وعند عدمها يثبت الأدنى كما مر.

أو تطليقة شديدة، أو طويلة، أو عريضة فهي واحدة بئنة إن لم ينو ثلاثاً.

(و) أنت طالق (تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة) لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن، وقيد بذكر التطليقة لأنه لو قال: أنت طالق قوية أو شديدة أو طويلة أو عريضة كان رجعيًا، لأنه لا يصلح صفة للطلاق بل للمرأة قاله الإسيبجاني وقد يقال: لم لا يجوز أن يكون الموصوف محذوفاً دل عليه لفظ طالق للطلاق ويمكن أن يجاب بأن هذا احتمال ويحتمل أن يكون لفظ قوية حالاً من الضمير في طالق فلا تثبت البينونة بالشك أو بطويلة لأنه لو قال: طول كذا أو عرض كذا لم تصح نية الثلاث وإن كانت بئنة أيضاً (فهي) في كل هذه المسائل (واحدة بئنة)، والأصل أنه إن وصف الطلاق بما لا يوصف به نحو طلاق لا يقع عليك أو علي أنني بالخيار يلغو الوصف ويقع رجعيًا، وإن لم يوصف به فإما أن لا ينبئ عن زيادة في أثره كأحسن الطلاق وأجمله وأعدله وأتمه وأفضله يقع رجعيًا أيضاً أو ينبئ كأشده وأطولاه يقع بئناً، أو شبهه بأي شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لا كرأس إبرة وسمسمه وحب خردل وقع بئناً عند الإمام لأن التشبيه يقتضي زيادة وصف، واشترط الثاني ذكر العظم ومحمد قيل: مع الإمام وقيل: معه واشترط زفر كونه عظيماً عند الناس، وأثر الخلاف يظهر في قوله مثل سمسمه أو عظمها وفي «الشرح» كالثلج بائن عند الإمام لكن للزيادة وعندهما إن أراد بياضه فرجعي وإن أراد به برده فبائن انتهى، ولهذا التفصيل جزم البرازي على أنه بيان المذهب.

قال في «الفتح»: وهذا يقتضي أن أبا يوسف لا يقصر البينونة في التشبيه على ذلك العظم بل يقع بدونه عند قصر الزيادة وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة لو قال: أنت طالق كأعدل الطلاق وكانسبه وحسنه قال في «الحواشي السعدية»: وأنت خبير باحتياج صحة التفريع بقوله وكذا إلى آخره إلى توجيهه وأقول: يمكن أن يوجه بالمعنى مثل ما اقتضى ما ذكر عن الثاني اقتضى أن التشبيه مطلقاً يوجب البينونة عند الإمام لأنه جعله مقابلاً للتفصيل وقدم أن كلمتهم عليه متفقة لكن يبعد كل البعد في قوله: أنت طالق أعدل الطلاق إلى آخره (إن لم ينو) بهذه الألفاظ (ثلاثاً) فإن نواها وقعت لتنوع البينونة إلى خفيفة وغليلة فأيهما نوى صحت نيته لكن قال العتابي: الصحيح أنها لا تصح في تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة لأن النية إنما تعمل في المحتمل وتطليقة بئنة الوحدة لا تحتمل الثلاث ونسبه إلى السرخسي رحمه الله.

فصل في الطلاق قبل الدخول

طلق غير الموطوءة ثلاثاً وقعن، وإن فرق بانة بواحدة،

فصل في الطلاق قبل الدخول

لما كان من العوارض على خلاف الأصل أخره وأفرده بفصل على حدة لكثرة شعبه، (طلق غير المدخول بها) ثلاثاً بأن قال: أوقعت عليك ثلاث تطليقات أو أنت كذا (ثلاثاً وقعن) بلا خلاف في الأول، وفي الثاني بين السلف خلاف والجمهور على أنه يقع وهو المروي عن علي وابن مسعود قال محمد: وبلغنا ذلك عنه عليه الصلاة والسلام، وهذا لأنه متى ذكر العدد كان الوقوع به على ما سبق وفي «الحافظية» قال لغير المدخول بها: أنت طالق يا زانية ثلاثاً قال الإمام: لا حد ولا لعان لأن الثلاث وقع عليها وهي زوجته ثم بانة بعده وأنه كلام واحد يتبع لأوله آخره والمرأة طالق ثلاثاً، وقال الثاني: تقع واحدة وعليه الحد، لأن القذف فصل بين الطلاق والثلاث ألا ترى أنه لو لم يدخل بها حتى قال أنت طالق طالق طالق تقع واحدة، وكذا قوله: أنت طالق يا طالق ثلاثاً، وكذا: أنت طالق يا زانية ثلاثاً لأن قوله يا زانية فيه حكم أشد من قوله يا طالق وهو الحد وليس مثله قوله أنت طالق يا عمرة ثلاثاً لأنه لا يقع به شيء بل هو نداء محض، ثم قال: يا طالق أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن شاء الله تقع وصرف الاستثناء إلى الوصف، وكذا أنت طالق يا طالق إن شاء الله وكذا أنت طالق يا صببية إن شاء الله يصرف الإنشاء إلى الكل انتهى، وفي «المحيط» لو قال لنسائه: أنت طالق وهذه وهذه ثلاثاً طلقت كل واحدة ثلاثاً، ولو قال واحدة وهذه ثلاثاً طلقت الأولى واحدة والثانية ثلاثاً.

(وإن فرق) الطلاق بأن قال: أنت طالق طالق أو كرر المبتدأ أيضاً أو فرق بحرف العطف وذكره بعدما انعطف الخاص ومنه ما في «الظهرية» / أنت طالق ثلاثاً متفرقات [٢١٢/١] (بانة بواحدة) لأنها بانة بالأولى لا إلى عدة فلا يقع ما بعدها ثم عند الثاني تبين بالأولى قبل الفراغ من الكلام الثاني ومحمد يعتبر الفراغ منه ويرجح السرخسي في «أصوله» قول أبي يوسف، وفائدة الخلاف تظهر فيمن مات قبل الفراغ فعند أبي يوسف يقع خلافاً لمحمد لجواز أن يلحق بآخره شرطاً أو استثناء كذا في «الدراية» وغيرها لكن هذا الخلاف إنما يتحقق عند العطف بالواو ولأن بدونه لا يلحق به الشرط والاستثناء كذلك في المبيع وحمل في «التحرير» قول محمد على أنه بعد الفراغ يعلم الوقوع بالأول لتجويز إلحاق المغير ولو كان المراد أن نفس الوقوع متأخراً إلى الفراغ من الثاني لوقوع الكل ومن ثم قال في «الفتح»: لا خلاف بينهما في

ولو ماتت بعد الإيقاع قبل العدد لغا، ولو قال: أنت طالق واحدة وواحدة، أو قبل واحدة، أو بعدها واحدة تقع واحدة،.....

المعنى لأن الوقوع بالأول وظهور الفراغ من الثاني ونازعه في «البحر» بما مر من أثر الخلاف فهو معنى، قيد بغير المدخول بها لأن المدخول بها يقع عليها الكل، وبالتفريق لأنه لو جمع وقع الكل، ومنه أنت طالق واحدة وعشرين فيقع الثلاث، ولو قال واحدة ونصفاً وقع اثنتان لأنه إذا أراد الإيقاع بهما ليس لهما عبارة يمكن النطق بها أخصر منها، ولو قال: واحدة وأخرى وقع اثنتان لعدم استعمال أخرى ابتداء كذا في «الشرح» وفي «المحيط» نصفاً وواحدة وقعت واحدة لأنه غير مستعمل على هذا الوجه فلم يجعل كله كلاماً واحداً، وفيه لو قال واحدة وعشراً وقعت واحدة بخلاف أحد عشر حيث يقع الثلاث لعدم العطف، وكذا لو قال: واحدة ومائة أو واحدة وألفاً أو واحدة وعشرين فتقع واحدة لأن هذا غير مستعمل في المعنى فإنه يقال في العادة: مائة وواحدة وألف وواحدة فلم يجعل هذه الكلمة كلاماً واحداً بل اعتبر عطفاً، وقال أبو يوسف: يقع الثلاث انتهى، وجزم الشارح به في واحدة وعشرين يومئ إلى ترجيحه، وفي «الظهيرية» لو قال: أنت طالق واحدة يتقدمها اثنتان وقع الثلاث، وكذا لو قال: أنت طالق فاشهدوا ثلاثاً وإن بالواو فواحدة، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إن شئت فقالت: شئت واحدة واحدة واحدة وقع الثلاث.

(ولو ماتت) الزوجة (بعد الإيقاع) بقوله أنت طالق (قبل العدد) أي: قبل قوله واحدة أو اثنتين أو ثلاث والواحدة وإن لم يكن عدد إلا أنه مبدؤه وقد مر أن الوقوع بالواحدة عند ذكرها لا بقوله أنت طالق (لغا) كلامه فلم يقع شيء وهذه المسألة تجانس على ما قبلها من حيث المعنى وهو فوات المحل عند الإيقاع قيد بالعدد لأنه لو قال: أنت كذا ثلاثاً يا زينب فماتت قبل نداؤها وقع الثلاث كما في «المحيط» وفيه لو قال: أنت طالق إن شاء الله فماتت قبل الاستثناء لم يقع شيء ويرثها، وبموتها لأنه لو أراد أن يقول: أنت طالق ثلاثاً فمات أو أخذ إنسان فاه قبل أن يقول: ثلاثاً تقع واحدة كذا في «الخانية» (ولو قال: أنت طالق واحدة وواحدة أو قال): أنت طالق واحدة (قبل واحدة أو) قال: أنت طالق واحدة (بعدها واحدة تقع واحدة) أما في العطف بالواو فلائها بانت بالأولى إلى عدة فلا تلحقها الفاتئة وفيه إيماء إلى أن الحكم كذلك في العطف بالفاء وثم وبل وبه صرح في «المحيط» وأما قبل وبعد فالضابط فيها حيث ذكر بين شيئين أنهما إن أضيفا إلى ظاهر كان صفة للمذكور أولاً كجاءني زيد قبل عمرو وإن أضيف إلى ضمير كان صفة للمذكور آخرأ نحو قبله أو بعده عمرو ولأنه في هذه الحالة خبر عنه والخبر وصف للمبتدأ والمراد بالصفة

وفي بعد واحدة أو قبلها واحدة، أو مع واحدة أو معها اثنتان إن دخلت الدار، فأنت طالق واحدة، وواحدة، فدخلت يقع واحدة، وإن أخرج الشرط فثنتان.

المعنوية والمحكوم عليه بالوصفية هو الظرف فقط وإلا فالجملة في قبله عمرو حال من زيد لوقوعها بعد معرفة، والحال وصف إذا عرف هذا فعن واحدة قبل واحدة وقعت واحدة قبل الثانية المذكورة في اللفظ أعني المضاف إليه فلم تلحق، وفي بعدها واحدة أوقع طليقة موصوفة ببعديتها لها أخرى فوقعت الأولى فلا تلحقها الثانية، (وفي) قوله أنت طالق واحدة (بعد واحدة أو قبلها واحدة أو مع واحدة أو معها) يقع (اثنتان)، لأنه في بعد واحدة أو قبلها واحدة موصوفة بأنها بعد أخرى موصوفة بقبليتها أخرى لها ولا قدرة له عليه إن لم يكن في الواقع لها وجود، والإيقاع في الماضي إيقاع في الحال فيقتربان فيقعان ولا فرق في الحاصل بين إضافة مع إلى الظاهر أو إلى الضمير لأنها للقران فيتوقف الأول على الثاني تحقيقاً لمعناها وفي مسائل قبل وبعد ما قبل منظوماً:

ما يقول الفقير أيده الله ولا زال عنده الإحسان /

[ب/٢١٢]

في فتى علق الطلاق بشهر قبل ما بعد قبل رمضان

وهذا البيت يمكن إنشاده على ثمانية أوجه حاصلها أنه إما أن يكون المذكور محض قبل أو بعد أو الأولين قبل أو بعد أو الأول فقط أو قبل بين بعين أو عكسه فعند الاجتماع يلغي قبل وبعد لأن كل شهر بعد قبله وقبل بعده فيبقى قبله رمضان وهو شوال أو بعده رمضان وهو شعبان وعند عدمه في قبل يقع في ذي الحجة وفي بعد يقع في جمادى الآخرة، ولو قال لها (إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت) الزوجة (يقع) طليقة (واحدة) عند الإمام، وقالوا: تقع اثنتان، لهما لأن الواو للجمع أعني جمع المتعاطفين بما قبلها وما بعدها في الحكم سواء كان هناك عامل كجاء زيد وعمرو وبكر، أم لا زيد وعمرو وبكر جاؤوا بلا قيد معية أو ترتيب بل أعم من ذلك وقد جمع بين الواحد والواحدة في التعليق فصار كما إذا جمع بينهما بلفظ الجمع، وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب فعلى الأول يقع الكل وعلى الثاني لا يقع إلا واحدة فلا يقع الزائد بالشك، قيد بحرف العطف لأنه لو حذف وقعت واحدة اتفاقاً عند وجود الشرط ولغا الباقي لعدم ما يوجب تشريكه معه، وبكونه وواو لأنه لو كان فاء وقعت واحدة أيضاً اتفاقاً في الأصح، قاله الفقيه، أو كلمه ثم تعلق الأول وتنجز الثاني ولغا الثالث (وإن أخرج الشرط فاثنتان) أي: فالواقع اثنتان اتفاقاً، لأن صدر الكلام يتوقف على آخره لا فرق في ذلك بين الواو والفاء، أما في ثم فتقع واحدة للحال ويلغو الباقي وفي المدخول بها يقع اثنتان وتتعلق الثالثة وعلى

باب الكنايات

هذا الخلاف لو قال لغير المدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق وأنت علي كظهر أمي والله لا أقربك فدخلت طلقت وسقط الظهار عنده والإيلاء، وعندهما هو مطلق مظاهر مؤول، ولو قال ذلك لأجنبية فتزوجها فعلى ما مر من الخلاف ما لو قدم الظهار والإيلاء، فتزوجها حيث يقع الكل عند الكل أما عندهما فظاهر وأما عنده فلسبق الإيلاء ثم هي بعد محل للظهار وبعدهما هي محل للطلاق فتطلق وفي «الحاوي القدسي»: يوم أتزوجك فأنت طالق وطالق وطالق فتزوجها وقعت واحدة ولغى ما بقي ولو أخرج اليوم وقع الثلاث والله الموفق للصواب.

باب الكنايات

لما فرغ من أحكام الصريح الذي هو الأصل في الكلام لما أنه موضوع للإفهام والصريح أدخل فيه، شرع في الكنايات وهو مصدر كنى يكون إذا ستر وعند النحاة واللغويين أن يعبر عن شيء معين لفظاً أو معنى بلفظ غير صريح إما للإبهام على السامع كقولك: جاءني فلان وأنت تريد معيناً، أو للشناعة كالكهن للفرج أو للاختصار كالضمير، أو لنوع من الفصاحة كثير الرماد، وعند الأصوليين ما استتر المراد منه في نفسه وخرج بالأخير ما استتر المراد في الصريح بواسطة نحو غرابة اللفظ، أو انكشف المراد في الكناية بواسطة التفسير والبيان، وهما أعني الصريح والكناية من أقسام الحقيقة والمجاز فالحقيقة التي لم تهجر صريح والمهجور التي غلب المجازي كناية، والمجاز الغالب الاستعمال صريح وغير الغالب كناية، وعند علماء البيان لفظ قصد بمعناه معنى ثان وملزوم له أي: استعمل في معناه الموضوع له لكن لا ليتعلق به الإثبات والنفي ويرجع التصديق والتكذيب إليه بل لينتقل منه إلى ملزومه فيكون هو مناط الإثبات والنفي ومرجع الصدق والكذب، بخلاف المجاز فإنه استعمل في غير ما وضع له فينافي إرادة الموضوع له فقولنا: فلان طويل النجاد وقصد بطول النجاد إلى طول القامة فيصح الكلام وإن لم يكن له نجاد قط، بل وإن استحال المعنى الحقيقي نحو ﴿والسموات مطويات بيمينه﴾ [الزمر: ٦٧] و﴿الرحمن على العرش استوى﴾ [طه: ٥] وأمثال ذلك فإن هذه كلها كنايات عند المحققين كذا في «التلويح» وإذا عرف هذا فما في «البحر» من أنها أن لا يصرح اسم المستعار بل يذكر رديفه ولازمه فتلك الاستعارة بالكناية التي من المجاز بعلاقة المشابهة، ولا يصرح إرادتها في شيء من الألفاظ الآتية بخلاف الكناية بالمعنى

لا تطلق بها إلا بنيتها، أو دلالة الحال

المذكور فإنه يصح إرادتها في نحو اعتدى كما سيأتي، وعند الفقهاء ما احتمل طالق وغيره (لا تطلق بها) أي: بالكناية يعني قضاء (إلا بالنية) أي: نية الطلاق (أو دلالة الحال) / وهي حالة مذاكرة الطلاق أو الغضب، أما في الديانة فيصدق بيمينه ويكفي تحليفها له في البيت فإن امتنع رفعته إلى القاضي، فإن نكل فرق بينهما كما مر في «المجتبى» وقد سوى المصنف بين هذه الألفاظ في أنه لا يصدق مع الدلالة إذا قال: نويت غير الطلاق تبعاً للإمام السرخسي والمشايخ كفخر الإسلام وغيره قالوا: هذا إنما هو فيما لا يصلح رداً أما ما يصلح له فيصدق إذا ادعى الرد وجملة الأمر أن الأحوال ثلاثة: حالة مطلقة، وحالة مذاكرة الطلاق، وحالة الغضب، والكنايات ثلاثة أقسام منها ما يصلح جواباً فقط، وهو: أمرك بيدك واختاري اعتدي ومرادفها، وقسم يصلح جواباً وشمماً لا رداً: هي خلية برية بنة بائن حرام ومرادفها، وقسم يصلح جواباً ورداً لأسباب: أخرجني اذهبي اغربي قومي تقنعي ومرادفها ومعنى الرد في هذه أي: اشتغلي بالتقنع الذي هو أنفع لك ففي الرضى لا يقع بشيء منها إلا بالنية، والقول له مع اليمين في عدمها وفي حال المذاكرة وهي أن تسأله هي أو أجنبي الطلاق يقع بها في القسم الأول والثاني دون الثالث، وفي حالة الغضب يقع بالقسم الأول فقط وأجاب بعض المتأخرين بأن صلاحيته وكان معارضة لحال مذاكرة الطلاق فلم يبق دليلاً فكانت الصور المذكورة خالية عن دلالة لحال ولذا توقف فيها على النية.

قال في «فتح القدير»: وحقيقة التقسم في الأحوال قسمان الرضى والغضب وأما المذاكرة فيصدق مع كل منهما بل لا يتصور سؤالهما الطلاق إلا في إحدى الحاليتين لأنهما ضدان لا واسطة بينهما فتحرير التقدير أن في حالة الرضى المجرد عن سؤال يصدق في الكل، والمسؤول فيه الطلاق يصدق فيما يصلح رداً وفي حالة مع الغضب المجرد يصدق فيما يصلح سبباً أو رداً لا فيما يصلح جواباً ففي الغضب مع السؤال يجتمع في عدم التصديق في المتمحض جوابان سببيان، وكذا في قبول قوله: فيما يصلح رداً وفيما يصلح للسبب ينفرد الغضب فلا تتغير الأحكام انتهى، ملخصاً.

قال في «البحر» - بعد نقله - : وبه علم أن الأحوال ثلاثة حالة مطلقة عن قيدي الغضب والمذاكرة وحالة المذاكرة وحالة الغضب انتهى، وعندني أن الأولى هو الاقتصار على حالة الغضب والمذاكرة إذ الكلام في الأحوال التي تؤثر فيها الدلالة لا مطلقاً ثم رأيت في «البدائع» بعد أن قيم الأحوال ثلاثة كالشارح قال: ففي الحالة حالة الرضى يدين في القضاء وإن كان في حالة مذاكرة الطلاق أو الغضب فقد قالوا: إن الكنايات أقسام ثلاثة وذكر ما مر وهذا هو التحقيق. واعلم أن دلالة الحال تعم

فتطلق واحدة رجعية في اعتدي، واستبري رحمك، وأنت واحدة،.....

دلالة المقال أيضاً وعلي هذا فتفسير المذاكرة بسؤال الطلاق أو تقديم الإيقاع كما سيأتي في اعتدي ثلاثاً، (وتطلق) الزوجة (واحدة رجعية) يعني عند النية (أو) دلالة الحال (في) قوله: (اعتدي) لأنه عليه الصلاة والسلام قال لسودة: «اعتدي»^(١) ثم راجعها فيصح أن تكون الثلاث كنايات بتفسير علماء البيان بناء على أنها أريد بها معانيها لينتقل منها إلى الطلاق الملزوم إلا أنها لا دلالة في معانيها على البينونة بخلاف لفظ بائن أو حرام وبيان اللزوم أن اعتدي يحتمل عدي الدراهم والدنانير أو نعم الله عليك أو ما بعد من الإقراء فإذا نواه ثبت الطلاق بطريق الاقتضاء ضرورة أن وجود عد الأقراء يقتضي سابقة الطلاق والضرورة تندفع بإثبات واحدة رجعية فلا يصر إلى الزائد، وفي هذا تنبيه على الملزوم المنتقل إليه في الكناية قد يكون لازماً متقدماً على ما هو المعتبر في الكناية هذا إذا كان ذلك بعد الدخول فإن كان قبله فلا جهة للاقتضاء فيجعل مجازاً عن كوني طالقاً بطريق إطلاق اسم المسبب على السبب لأن الطلاق سبب لوجوب الاعتداد ولا يجعل مجازاً عن طلقي أن لا يقع به طلاق ولا عن أنت طالق أو طلقتك لأنهم يشترطون التوافق في الصفة والحاصل أنه لما جاز إرادة المعنى الحقيقي جعل اللفظ كناية، ولما تعذر جعل مجازاً وأما تفسير علماء الأصول فهو كناية على التقديرين لاستتار المراد منه، وقد يقال: أن اعتدي من باب الإخبار أي: طلقتك فاعتدي أو اعتدي لأنني طلقتك ففي المدخول بها يثبت الطلاق وتجب العدة وفي غيرها يثبت الطلاق عملاً بنيته ولا تجب العدة كذا في «التلويح».

واختار في «الفتح» أنه في غير المدخولة من إطلاق الحكم وإرادة العلة لأن شرط إطلاق المسبب على السبب اختصاصه بالسبب لتحقيق الاتصال من جانبه أيضاً والعدة لا تختص بالطلاق لثبوتها في أم الولد وما أجيب من أن ثبوتها فيما ذكر لا بأصالة / فغير دافع سؤال الاختصاص انتهى، وما في «البحر» من قوله في «التلويح»: [ب/٢١٣] وقد يقال إلى آخره يفيد أنه من باب الاقتضاء في غير المدخولة أيضاً ففيه نظر، وقد جعله مقابلاً له فتدبره (و) في قوله: (استبري رحمك) لاحتمال أن يريد لأنني طلقتك ويجب أن يكون فيما إذا كانت آيسة أو صغيرة مجازاً عن كوني طالقاً، كما إذا لم تكن مدخولاً بها (و) قوله: (أنت واحدة) أي: طالق تطليقة واحدة ويحتمل أنت واحدة عندي أو في قومك مدحاً أو ذماً فإذا نوى الأول فكأنه قال: ولا اعتبار بإعراب الواحدة عند العامة وهو الأصح لأن العوام لا يميزون بين وجوهه والخواص لا يلتزمون

(١) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى (١٤٧٨٣).

وفي غيرها بائنة، وإن نوى ثنتين، وتصح نية الثلاث، وهي بائن بته.....

في مخاطباتهم بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم، ولذا ترى أهل العلم في مجاري كلامهم لا يلتزمون على أن الرفع لا ينافي الوقوع لاحتمال أن يريد أن تطلق واحدة فجعلها نفس الطلقة مبالغة كرجل عدل لكن قد اعتبروه في الإقرار فيما لو قال له: على درهم غير دائق رفقاً ونصباً فيطلب الفرق وكأنه عملاً في الاحتياط في البابين فتدبره، قيل: كونه نعتاً لمصدر محذوف تكلف غير محتاج إليه بل يحتمل أن يراد به منفردة عن الزوج ورده في «الفتح» بأن التطبيق بالمصدر الملفوظ به شائع في طلاق العرب كما مر في قوله فانت طالق والطلاق عزيمة بخلافه بلفظ أنت منفردة عن الزوج فكان احتمال أنت واحدة هو للمصدر أظهر من الاحتمال الثاني فضلاً عن تعيينه.

(و) تقع (في غيرها) أي: غير هذه الألفاظ الثلاثة من الكنايات تطلق (بائنة، وإن نوى اثنتين) ولو كان طلقها واحدة قبل ذلك ولم يبق إلا الاثنتين كما في «المحيط» (وتصح نية الثلاث) لأنها كل الجنس ولذا صحت نية الاثنتين في الأمة لا في غيرها، لأن نية العدد في الجنس لا تصح وفي كلامه مؤاخذه من وجهين الأول أن كون ما عدا الثلاث يقع به بائن ممنوع بل يقع الرجعي ببعض الكنايات سوى الثلاث كإن أبرئ من طلاقك، الطلاق عليك يقع، وهبتك طلاقك، بعتك طلاقك، خليت سبيل طلاقك أنت مطلقة بسكون الطاء، أنت أطلقت من امرأة فلان وهي مطلقة، أنت طالق بلا قاف لكن في «فتح القدير» الوجه إطلاق التوقف على النية مطلقاً إذا لم يكن هناك دلالة حال، خذي أقرضتك أعرتك طلاقك وفي برئت من طلاقك خلاف، والأصح لا يقع.

قال في «الفتح»: والأوجه عندي أن يقع بائناً، الثاني أن من الكنايات المذكورة اختاري ولا تصح نية الثلاث وغاية ما أجاب به في «البحر» عن الأول بأن تلك الألفاظ ملحقة بالثلاثة وعن الثاني بأنه مقيد بغير اختاري لما سيذكره في بابه وأرى أن في قوله (وهي) أي: غير الثلاث من الكنايات التي يقع بها البائن هذه الألفاظ المحصورة فكأنه قال: وفي غيرها التي هي كذا لا غيرية مطلقة دفعا للإيراد نعم قوله في «الهداية» وذلك مثل قوله أنت بائن حينئذ يرد عليه ما ذكر وفرق بين العبارتين لمن تأمل، (بائن) من بان الشيء انفصلاً وتطبيقاً بائنة بمعنى مبانة فيحتمل عن وصلة النكاح أو عن الخير أو بائن مني نسباً فلا بد من المعين لا فرق في ذلك بين المنجز والمعلق، (بته) من البت بمعنى القطع جاء المضارع منه من باب ضرب وقتل وأبت طلقها لغة وفي «أدب الكاتب»^(١) أن سيبويه لا يميز إلا البت بالألف واللام وأجاز القراء

(١) وهو لأبي محمد عبد الله بن مسلم المعروف بابن قتيبة النحوي، المتوفى سنة (٢٧٠هـ). اهـ.

بتلة حرام خلية برية، حبلك على غاربك الحقي بأهلك، وهبتك لأهلك.....

إسقاطهما وحكى أنهما لغتان، وقد جاء مجرداً في «مسلم» فيحتمل ما مرفي بائن، (بتلة) من البتل وهو الانقطاع وبه سميت مريم لانقطاعها عن الرجال وفاطمة الزهراء لانقطاعها عن نساء زمانها فضلاً وديننا وحسناً، وقيل: عن الدنيا إلى ربها وفيه من الاحتمال ما مر، (حرام) من حرم الشيء بالضم حراماً امتنع أريد به هنا الوصف ومعناه الممنوع فيحتمل ما سبق وسيأتي وقوع البائن به بلا نية في زماننا للتعارف، لا فرق في ذلك بين محرمة وحرمتك سواء قال: علي أو لا وحلال المسلمين علي حرام وكل حل علي حرام أو أنت معي في الحرام، وفي قوله: حرمت نفسي لا بد أن يقول عليك، وأورد أنه إذا وقع الطلاق بهذه الألفاظ بلا نية فينبغي أن يكون كالصريح في إعقابه الرجعة، وأجيب بأن المتعارف إنما هو إيقاع البائن به لا الرجعي، حتى لو قال: لم أنو لم يصدق ولو قال مرتين ونوى بالأول واحدة وبالثانية ثلاثاً صحت نيته عند الإمام وعليه الفتوى كذا في «البزازية».

(خلية) بفتح الخاء المعجمة فعليه بمعنى فاعله أي: خالية إما عن النكاح أو عن الخير، (برية) بالهمز وتركه أي: منفصلة إما عن قيد النكاح أو عن حسن الخلق / أو عن الدنيا مدحاً أو ذماً، (حبلك على غاربك) تمثيل لأنه تشبيه بالصورة [٢١٤/١] المنتزعة من أشياء وهي هيئة الناقة إذا أريد إطلاقها للرعي وهي ذات رسن، فألقى الحبل على غاربها، وهو ما بين السنام والعنق كيلاً يتعقل به إذا كان مطروحاً فشبّه بهذه الهيئة الإطلاقية انطلاق المرأة من قيد النكاح، أو العمل والتصرف من البيع والشراء والإجارة والاستعجار، وصار كناية في الطلاق لتعدد صور الطلاق كذا في «الفتح» وحاصله أنه استعارة تمثيلية وقال غيره: هذا اللفظ استعير للمرأة وجعل كناية عن طلاقها أي: خلّيت سبيلك كما يخلى البعير في الصحراء ويترك حبله على غاربه فاذهبي حيث شئت إما لأنني طلقتك أو لأنني لا أمنعك، (الحقي بأهلك) أو برفقتك بكسر الهمز وفتح الحاء من اللحق قيل: وفتح الهمز مع كسر الحاء خطأ لأنه يصير من الإلحاق المتعدي لكن في «المصباح» لحقته ولحققت به من باب تعب لاحقاً بفتح اللام أدركته وألحقته بالألف مثله وعليه فلا يكون خطأ والمعنى لأنني طلقتك أو سيرى كسيرهم، (وهبتك لأهلك) أو لأبيك أو لأملك عفوت عنك لأجلهم أو رددتك إليهم مجازاً، ولذا لم يشترط قبولهم فتصير إلى حالتها الأولى وهي البينونة، وعلم منه ما لو قال: وهبتك لنفسك بالأولى وقيد بالأهل لأنه لو قال: وهبتك الطلاق وقع قضاء بلا نية، وأراد بهم من ترد إليهم عادة، فلو قال لأخيك أو لأختك أو لعمتك أو لخالنتك لم يقع وإن نوى، وعرف منه عدم الوقوع فيما لو قال

سرحتك فارقتك أمرك بيدك اختاري أنت حرة تقنعي تخمري استتري اغربي، اخرجي، اذهبي قومي، ابتغي الأزواج،

للأجانب بالأولى بخلاف وهبتك الأزواج حيث يقع بالنية، (سرحتك) من السراح بفتح السين وهو الإرسال وفي «الخانية»: أنت السراح كآنت خلية، (فارقتك) لأنهما لا يتعينان في النساء بل يقال سرحت إبلي وفارقت مالي وما لا يتعين يكون كناية كذا في «الشرح» وقد يقال: ليس الكلام في المطلق من التسريح والمفارقة بل في المضافين إليهما ولو قيل: إن سرحتك بمنزلة أرسلتك لأنني طلقتك أو لحاجة لي وكذا فارقتك لأنني طلقتك أو في هذا المنزل فلم تمكثي فيه لاحتمال الطلاق وغيره وفي «المجتبى» ومشايخ خوارزم من المتقدمين والمتأخرين كانوا يفتون بأن لفظ التسريح بمنزلة الصريح يقع به الرجعي بلا نية، (أمرك بيدك اختاري) كناية عن تفويض الطلاق.

قال في «الحواشي السعدية»: وهذا لا يناسب ذكره في هذا المقام ولقد وقع بسبب ذلك خطأ عظيم من بعض المفتيين فزعم أنه يقع به الطلاق وأفتى به وحرّم حلالاً نعوذ بالله من ذلك ثم هو يحتمل عملك بيدك أو في تصرف آخر وفي الطلاق واختاري نفسك بالفراق أو في عمل، فإذا نوى الطلاق وطلقت نفسها وقع، (أنت حرة) لبراءتك من الرق أو عن رق النكاح وأعتقتك مثل أنت حرة كما في «الفتح» وكذا كوني حرة أو أعتقي كما في «البدائع»، (تقنعي) أمر بأخذ القناع أي: الخمار على الوجه أو بالقنعة، (تخمري) يقال: تخمرت المرأة واختمرت لبست الخمار، (استتري) لأنه حرام علي النظر إليك بالبينونة أو لئلا ينظر إليك الأجانب، ولو قال: مني خرج عن كونه كناية، (اغربي) جاء بالغيث المعجمة والراء المهملة بمعنى تباعدي وبالعين المهملة والزاي من العزوبة أي: كوني عازبة أو تباعدي عني أيضاً يقال: غرب عني فلان يغرب ويغرب أي: بعد كذا في «الصحاح» اذهبي لحاجتك وافلحي بمعنى اذهبي لغة واطفري بمرادك (اخرجي قومي) إليها أو لأنني طلقتك، ولو قال: فبيعي لا يقع وإن نوى عند أبي يوسف، لأن معناه عرف لأجل البيع فكان صريحه خلاف المنوي ووافقه زفر، ولو قال: (اذهبي) فتزوجي وقال: لم أنو لم يقع لأن معناه إن أمكنك قاله قاضي خان والمذكور في «الحافظية» وقوعه بالواو بلا نية، ولو قال: إلى جهنم وقع إن نوى كما في «الخلاصة» والله الموفق، (ابتغي الأزواج) إن قدرت أو لأنني طلقتك ومثله تزوجي.

تتمة: في الكنايات أيضاً تنجي واختلف في قوله لم يبق بيني وبينك عمل أو شيء قيل: يقع إذا نوى وقيل: لا ومنها فسخت النكاح وإن نوى الطلاق وقع بائناً ولو

وتطلق بلسيت لي بامرأة أو لست لك بزواج إن نوى طلاقاً والصريح يلحق الصريح.....

اعتدي أو عطفه بالواو والفاء فإن نوى واحدة يعني لا غير وقعت واحدة أو اثنتين وقعتا، وإن لم يكن له نية فعن الثاني أنه في الفاء تقع واحدة وفي الواو اثنتان وبه جزم في «المحيط» على أنه المذهب والمذكور في «الخانية» وقوع الاثنتين في الوجوه الثلاثة، (وتطلق) رجعيًا (بلسيت لي امرأة أو) كذا بقوله: (لست لك بزواج) أو ما أنا لك بزواج (إن نوى طلاقاً) عند الإمام وقالوا: لا يقع لأن نفي النكاح ليس طلاقاً بل كذب محض وله أن اللفظ يحتمل لأنني طلقتك كما يحتمل لأنني لم أتزوجك فيتعين الأول بالنية، ولو قالت له: لست لي بامرأة سواء^(١) ولو قال: صرت غير امرأتي أو فسخت النكاح تطلق إذا نوى، ولو قال لها: لست بامرأتي إن دخلت الدار وقع إذا دخلت الدار، وأجمعوا أنه لو أكده بالقسم أو قال: لم أتزوجك أو قال: لم يبق بيني وبينك شيء، أو قال: مالي امرأة أو قال: علي حجة إن كانت لي امرأة أنه لا يقع وإن نوى، وفي «الأجناس» أجمعوا على أنه لو قال: لا سبيل لي عليك يقع إذا نوى، كذا في «الخلاصة» وفيها من النكاح عن «المنتقى» قال لها: ما أنت لي بزوجة وأنت طالق فليس بإقرار بالنكاح.

قال البزازي: لقيام القرينة المتقدمة على أنه ما أراد الطلاق حقيقة انتهى. يعني ولو أراده حقيقة لكان إقراراً بنكاح سابق وقع ولذا ذكر في «البزازية» قبله لو قالت له: أنا امرأتك فقال لها: أنت طالق كان إقراراً بالنكاح وتطلق لاقتضاء الطلاق النكاح وضعاً وإذا عرف هذا فقول المصنف: وتطلق مستغنى عن تقييده بما إذا كان النكاح ظاهر كما في «البحر» أخذاً من الفرع الأول، لأنه إذا كان مع الصريح لا يقع فالكناية أولى، إن المسألة مفروضة فيما إذا نوى الطلاق ولا خفاء أنه في هذه الحالة مقر بالنكاح اقتضاء إذا لم يكن ثابتاً قيل: ويقع ولم يذكر الدلالة هنا لما مر من أنها إنما تعمل فيما يصلح جواباً فقط وهو ألفاظ مخصوصة ليس هذا منها (والصريح) وهو ما لا يحتاج إلى نية بائناً كان الواقع به أو رجعيًا كذا في «الفتح» (يلحق / الصريح) [١/٢١٥] ويلحق البائن حتى لو قال لها: أنت طالق ثم طلقها على مال وقال: أنت بائن أو خالعه على مال ثم قال: أنت طالق أو طالق بائن وقع الثاني، وكذا لو طلقها ثلاثاً بعدما أبانها، لكن مقتضى التعريف أنه لو أبانها ثم قال لها في العدة: اعتدي ينوي الطلاق أنه لا يقع وهو رواية عن الثاني، وظاهر الرواية يقع كما في «البدائع» إلا أن

والبائن يلحق الصريح لا البائن.....

يدعي أن نحو اعتدي صريح حكماً وسيأتي ما يؤيده ويرد على إطلاقه ما في «البرزازية» لو قال: كل امرأة له طالق لم يقع على المختلعة، ولو قال: إن فعلت كذا فامرأته كذا لم يقع على المعتدة من بائن انتهى، (والبائن يلحق الصريح) حتى لو قال لها: أنت طالق ثم قال في العدة: أنت بائن وقع إن نواه.

قال في «البحر»: أطلقه فشمّل ما لو خالعهما أو طلقها على مال بعد الطلاق الرجعي حيث يصح ويجب الحال كما في «الخلاصة».

وأقول: قوله أو طلقها على مال سهو لما مر أن هذا من الصريح لا من البائن الذي يلحق الصريح نعم ما في «القنية» راقماً لشمس الأئمة والأوزجندي طلقها على ألف فقبلت، ثم قال في عدتها: أنت بائن لا يقع مشكل وكذا ما في «الخلاصة» طلقها على مال ثم خلعهما في العدة لم يصح، وحمله على عدم لزوم المال بدليل ما صرح به في عكسه وهي ما لو خلعهما ثم طلقها على مال ولا يجب المال بعيد ولا بد من عدم لزوم المال في وقوع الطلاق من قبولها كما في «البرزازية»، (لا) يلحق البائن (البائن) أراد به ما كان بلفظ الكناية عرف ذلك من استدلالهم الذي أطبقوا عليه كذا في «الفتح» وفي «تحرير الكرماني» لفظ الكنايات التي تقتضي البينونة لا يقع على المبانة وما هو في حكم الصريح يلحقها فذكر اعتدي واستبري رحمك وأنت وحدة وفي «المنصوري» «شرح المسعودي»: المختلعة يلحقها صريح الطلاق إذا كانت في العدة والكناية أيضاً تلحقها إذا كانت في حكم الصريح، فذكر الألفاظ الثلاثة ثم قال والكنايات والبائن لا تلحقها وإن كان الطلاق رجعياً تلحقها الكنايات.

قال في «عقد الفرائد»: وهذا مؤيد لما في «الفتح» ومعنى العطف في كلام المنصوري ما أوقع من البائن لا بلفظ الكناية فإنه يلغو ذكر البائن كما أطبقوا عليه فلا حاجة إلى جعله إنشاء، حتى لو قال: عنيته به البينونة الغليظة يصدق في نيته وقيل: لا يصدق وحكماهما في «المحيط» واقتصر على الأول غير واحد بلفظ ينبغي والظاهر أن معناه يجب لا أنه بحث كما فهمه كثير، قال في «عقد الفرائد»: والذي ظهر لي أن مقتضى تعليلاتهم أنه إذا تعذر حمله على الإخبار يكون إنشاء فيلحق، ففي «البرزازية» قال للمبانة: أبنتك بأخرى يقع لأنه لا يصلح إخباراً وفيها قال للمبانة: أنت طالق بائن يقع أخرى بائنة، ولو قال: أنت بائن لا يقع لأنه إخبار بخلاف الأول، ولو قال لها: أبنتك بتطبيق لا يقع انتهى، وذلك لأنه يصلح إخباراً ثم نقل ما قدمناه عن «القنية» طلقها على ألف فقبلت ثم قال في عدتها أنت طالق لا يقع وكذا لو قال: أنت بائن ثم قال في عدتها: أنت بائن بتطبيق أخرى يقع، ثم برقم لو قال

إِذَا كَانَ مَعْلَقًا بَأَن قَال لَهَا: إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ بَائِنٌ. ثُمَّ قَالَ: أَنْتِ بَائِنٌ.

لمبائنته: أبنتك بتطبيقه لا يقع قال: ونحوه في «البدائع» وقد علم الوجه فيه مما مر انتهى، وهو ظاهر في أن وجه عدم الوقوع فيما قدمناه عن «القنية» أنه يصلح إخباراً وفيه نظر ظاهر والله الموفق، (إِذَا كَانَ) البائِن (مَعْلَقًا) قبل إيجاد المنجز أو مضافاً حتى لو أبانها ثم علق البائِن في العدة لم يصح اعتباراً بتنجيزه كذا في «البدائع»، ولو قال لها: أَنْتِ بَائِنٌ غَدًا نَاوِيَا الطَّلَاقِ ثُمَّ أَبَانَهَا ثُمَّ جَاءَ الغد وقعت أخرى كذا في «الذخيرة» وظاهر أنه لو أبانها ثم أضافه لا يقع كما في التعليق وهذا لأنه إنما لم يقع في غير المعلق لجواز أن يكون خبراً عن الأول كما مر وفي هذه الحالة لا يصلح أن يكون خبراً بل الواقع إنما هو أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجود الشرط وهي محل فيقع، وعلى هذا تفرع ما لو قال: إِنْ فَعَلْتَ كَذَا فَحَلَّالَ اللهُ عَلَيَّ حَرَامٌ ثُمَّ قَالَ هَكَذَا لِأَمْرٍ آخَرَ ففعل أحدهما وقع طلاق بائن ولو حنث في اليمين الثاني وهي في العدة قيل: لا يقع والأشبه الوقوع لالتحاق البائِن بالبائِن إِذَا كَانَ مَعْلَقًا كَمَا فِي «البيزانية».

تتمة: قال في «عقد الفرائد»: نظم شيخنا سعد الدين الديرى ما يلحق وما لا

يلحق فقال:

وكل طلاق بعد آخر واقع سوى بائن مع مثله لم يعلق

قال: يعني والده وقوله: لم يعلق مطلق يشمل البائِن الأول والثاني والمراد الأول

لا الثاني فهو طلاق في محل التقييد فقلت مفرداً من الرجز:

كلاً أجز لا بإيلاء مع مثله إلا إذا علقت من قبله

قلت: وقد فات الشيخين التنبيه على أن ذلك خاص بالعدة فقلت منبهاً على

[٢١٥/ب] ذلك مفرداً من الرجز: /

بعده كل طلاق لحقاً لا بائن لمثله ما علقا

وقولي لحقاً يشعر بكون البائِن هو المعلق ووصفت البائِن بأنه مثل البائِن مشعراً

بإخراج البيونة الكبرى لما فيها من الخلاف الذي قدمته انتهى، ولا يخفى أن

الضمير في ويعلق يتعين أن يرجع إلى البائِن لا إلى المثل لما استقر من أن ما بعد مع

متبوع لما قبلها نحو جاء زيد مع عمرو، ولا شك أن البائِن هو التابع للمثل أي:

اللاحق فإن لم يعلق يقع وإلا بأن سبق تعليقه وقع نعم يرد عليه أنه يشترط كما مر أن

يعلقه قبل المنجز وليس في بيته ما يفيد هذا المعنى، وهذا وارد على بيت الشيخ البر

أيضاً فبيت والده من الحسن بمكان غير أنه لا يخفى ما في قوله كلاً من الإبهام ويرد

باب تفويض الطلاق

ولو قال لها: اختاري ينوي به الطلاق فاخترت في مجلسها بانث بواحدة،.....

على الكل ما قدمناه لو قال: كل امرأة له طالق لم يقع على المختلعة ولو قال: إن فعلت كذا فامرأته كذا لم يقع على المعتدة من بائن فقلت مفرداً من الرجز مبينا لما عن الكلية قد خرج:

ألا بكل امرأة وقد خلع والحق الصريح بعد لم يقع

باب التفويض

لما كان الطلاق بولاية مستفادة من الغير على خلاف الأصل ذكره بعد بيان ما هو الأصل، ثم التفويض بالاستقراء لثلاثة فصول الاختيار والأمر باليد والمشيمة بدأ المصنف منها بالاختيار لثبوته بصريح الأخبار، ولم يجعله فصلاً على حدة كصاحب «الهداية» لأنه لم يسبقه شيء يفصل به عما قبله بخلاف الأخيرين فاكتفى فيه بالباب، (قال لها: اختاري) حال كونه (ينوي به) تفويض (الطلاق) دل على هذا المضاف عقد الباب ولم يذكر الدلالة اكتفاء بما مر (فاخترت في مجلسها) أو مجلس علمها لو غائبة، فإن قيده بوقت اعتبر مجلس علمها فيه، حتى لو مضى ثم علمت خرج الأمر من يدها، ولو قال: اختاري اليوم واختاري غداً كان اختيارين في اليوم وغداً اختيار واحد، ولو جعل لها الخيار رأس الشهر كان لها الخيار في الليلة الأولى واليوم الأول منه، (بانث) منه (بواحدة) لأن المخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة إجماعاً سكوتياً، ولأنه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي جواباً في المجلس فإن قلت: لا نسلم أنه تمليك بل توكيل إذ لو كان للزم إما انتفاء ملكه أو كون الشيء كله مملوكاً لأكثر من واحد.

والأول ممنوع بدليل صحة طلاقه بعد والثاني محال، وكونه عاملاً لنفسه لا ينافي كونه وكيلاً ألا ترى أن رب الدين لو وكل المديون بإبراء نفسه صح مع أنه عامل لنفسه، وأيضاً لو خيرها ثم حلف أن لا يطلقها فاخترت نفسها حنث ولو كان تمليكاً لم يحنث؟ قلت: ما ذكرت إنما يلزم في الأعيان لا في الأفعال كما هنا، ألا ترى أن القصاص يثبت لأكثر من واحد على وجه الكمال وما في «العناية» من أن ملكها إنما يثبت بالقبول فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه ظاهر في أن القبول هو اختيارها نفسها، وبه صرح بعضهم لكن رده في «فتح القدير» بأنه لا يتم إذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكه مع أنه مناف لما سيأتي من أن الإعراض يبطله،

ولم تصح نية الثلاث فإن قامت، أو أخذت في عمل آخر بطل خيارها،.....

وأبي شيء يبطل إذا لم يثبت لها ملك؟ وفي «الحواشي السعدية» هذا يجبر إلى أن يوجد التملك والتملك ولا يحصل الملك للمتملك وصرح في «الدراية» بأن هذا التملك لا يتوقف على القبول لكونها تطلق بعد التفويض وهو بعد تمام التملك ويبقى إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبة، وبهذين خالف سائر التمليكات وهكذا ذكر في «الذخيرة» وزاد، وإنما لا يصح الرجوع عنه لتضمنه معنى التعليق.

قال في «فتح القدير»: حيث كان الملك يثبت فيه بالمملك وحده لم يصح القول بأنه يخالف سائر التمليكات من حيث أنه يبقى إلى ما وراء المجلس بل بقاؤه وهو الموافق لسائر التمليكات التي يثبت الملك عندها، وإنما لا يقدر على الرجوع لأنه تم به وحده لا لكونه متضمناً معنى التعليق لأنه اعتبار ممكن في سائر الوكالات لتضمنها معنى إذا بعته فقد أخبرته، والولايات لتضمنها معنى إذا حكمت بين من شئت فقد أجزته انتهى ونازعه في «البحر» بأن تعليق الإجازة بالشرط غير صحيح.

وأقول: فرق ما بين الضمني والقصدي وقد أجازوا القضاء على الغائب ضمناً ومنعوه قصداً وأما المديون فوكيل في الإبراء وثبت أثر التصرف لنفسه في ضمنه ومسألة اليمين ممنوعة والحث إنما هو قول محمد وفي «العمادية» تفويض الطلاق. قال بعض العلماء: هو وكالة يملك قولها فيه والأصح أنه لا يملكه وخرج باختيارها نفسها ما لو اختارت زوجها بأن قالت: اخترت زوجي أو قالت: بل / نفسي وزوجي حيث لا يقع وخرج الأمر من يدها ولو كان بالواو اعتبر المتقدم ولغى ما بعده وما في «الاختيار» من أنها لو قالت: اخترت نفسي لا بل زوجي لا يقع لأنه للإضراب عن الأول سهو، وقيد بمجلسها لأنه لو خيرها ثم قام هو لم يبطل بخلافها ووضع المسألة في اختاري نفسك لأنه لو قال لها: اختاري الطلاق فاخترته فهي رجعية كما سيأتي (ولم تصح نية الثلاث) لأن اختيارها إنما يفيد الخلوص والصفاء والبيونة ثبتت فيه مقتضى ولا عموم له، بخلاف أنت بائن وأمرك بيدك وما قيل: من أن الوقوع بالاختيار على خلاف القياس بإجماع الصحابة بخلاف بائن ونحوه لأن الوقوع مقتضى نفس الألفاظ ومقتضاها البيونة وهي متنوعة ففيه نظر لانتفاء الإجماع فقد روي عن زيد وقوع الثلاث قولاً بكمال الاستخلاص.

(فإن قامت وأخذت في عمل آخر) يدل على الإعراض (بطل خيارها) لأنه تملك فيبطل بما يدل على الإعراض، ولو قال: فإن فعلت ما يدل على الإعراض بطل لكان أخصر وأفود إلا أنه حاول أنه يبطل بتبدل المجلس حقيقة كالقيام أو حكماً كالأخذ في عمل آخر لكن كونه يبطل بكل قيام سواء دل على الإعراض أو لا إنما هو قول

وذكر النفس، أو الاختيار في أحد كلاميهما شرط، ولو قال لها: اختاري، فقالت: أنا أختار نفسي، أو اخترت نفسي تطلق،.....

البعض والأصح أنه لا بد أن يدل على الإعراض وأثر الخلاف يظهر فيما لو قامت لتدعو الشهود ولو أقامها أو جامعها مكرهة بطل لتمكنها من المبادرة إلى اختيارها نفسها فعدم ذلك دليل الإعراض، وقيدنا العمل بكونه دالاً على الإعراض لأنها لو أكلت ما ليس كثيراً أو شربت أو لبست ثوباً قاعدة لم يبطل خيارها بخلاف ما إذا امتشطت أو خاضت في كلام آخر.

(وذكر التقبيل) وما يقوم مقامها كما أفاده بقوله: (والاختيار) يعني التي هي مصدر اختاري أو التطليقة أو تكرار لفظ اختاري وكذا قولها: اخترت أبي أو أمي أو أهلي أو الأزواج بخلاف اخترت قومي وذا رحم محرم وينبغي أن يحمل على ما إذا كان لها أب أو أم أما إذا لم يكن لها ولها أخ ينبغي أن يقع لأنها تكون عنده عادة كذا في «الفتح» ولم أر ما لو قالت: اخترت أبي أو أمي وقد ماتا ولا أخ لها وينبغي أن يقع لقيام ذلك مقام اخترت نفسي، (في أحد كلاميهما) أي: الزوج والزوجة (شرط) لأن الوقوع به إنما عرف بإجماع الصحابة وهو في المفسر من أحد الجانبين فيقتصر على مورد النص فيه ولولا هذا لا يمكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد أن نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادفاً عليه لكنه باطل وإلا لوقع لمجرد النية مع لفظ لا يصلح له كاسقني الماء كذا في «الفتح» وهو مخالف لما في «الفوائد التاجية» من أن عدم الوقوع فيما لو قال لها: اختاري فقالت: اخترت مقيد بما إذا لم يصدقها الزوج أنها اختارت نفسها، فإن صدقها وقع الطلاق بتصادقهما وإن خلا كل منهما عن ذكر النفس وذكره في «العناية» بقيل، وفيه إيحاء إلى ضعفه وهو الحق.

وفي «المحيط» لو قال لها: اختاري فقالت: فعلت لا يقع لأنه كناية عن قولها اخترت وبه لا يقع ولو زاد نفسك وقع وفي «جامع الفصولين» قال لها: اختاري فقالت: ألحقت نفسي بأهلي لا يقع واكتفى بما ذكر في أحد كلاميهما لأنها إذا كانت في كلامه فقد تضمن جوابها وإعادته وإن كان في كلامها فقد وجد ما يختص بالبينونة فإذا نوى الزوج الطلاق تمت عليه البينونة وإنما كان مصدر اختاري مفسراً لأن التاء فيه للوحدة واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعدد أخرى فإن كرر لفظ اختاري ثلاثاً فقالت: اخترت يقع الثلاث فلما قيد بالوحدة ظهر أنه أراد تخييرها في الطلاق فكان مفسراً، فإن قلت: هذا مناقض لما مر من أن الاختيار لا يتنوع قلت: لا تناقض إذ لا يلزم مما ذكر كون الاختيار نفسه يتنوع كالبينونة إلى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير لفظ آخر.

(ولو قال لها: اختاري فقالت: أنا أختار نفسي أو) قالت: (اخترت نفسي تطلق)

قال: اختاري اختاري اختاري، فقالت: اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة أو اختيارة، وقع الثلاث.....

يعني بائناً ولم يقيده به إحالة على ما قدمه، وبين بهاتين الجملتين أن قوله في أول الباب: فاخترت لا فرق فيه بين الماضي والمضارع سواء ذكرت أنا أو لا لكن القياس في المضارع عدم الوقوع لأنه وعد أو محتمله فصار كما إذا قال لها: طلقي نفسك فقالت: أنا أطلق نفسي وجه الاستحسان حديث عائشة في «الصحیحین»: «فإنها قالت لما قال لها عليه الصلاة والسلام حين نزول آية التخيير إنني مخيرك بأمر فلا / [ب/٢١٦] تجيني حتى تستأمرني أبويك ثم أخبرها بالآية: أفي هذا أستأمر أبوي بل اختار الله ورسوله والدار الآخرة»^(١) واعتبره عليه الصلاة والسلام جواباً يفيد قيام معناه في الحال، وإن كان التخيير في الآية ليس هو التخيير الذي الكلام فيه بل إذا اختارت نفسها طلقها كما هو ظاهر من الآية ولأن المضارع حقيقة في الحال كما في كلمة الشهادة وأداء الشهادة في أنا أطلق نفسي تعذر الحمل على الحقيقة لأنه ليس حكاية عن حالة قائمة كأختار نفسي، إذ الإيقاع إنما يكون باللسان دون القلب وفعل اللسان لا يصح أن يكون حكاية عن فعل قائم باللسان على طريق لأنه معدوم والحكاية تقتضي وجود المحكي عنه، والاختيار عمل القلب فكأن الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم لا محالة، وقيد المسألة في «المعراج» بما إذا لم ينو شيئاً الطلاق وإن نواه وقع، وفي «الفتح» قدمنا أنه لو تعورف يعني الإيقاع بنفس أطلق جاز، وفي «البرزانية» لو قالت اخترت أن أطلق نفسي جاز، وفيها لو قال: إن شفى الله مريضني فانا أحج كان نذراً وفي الكفالة لو قال: إن لم يؤده فلان فانا أدفعه إليك كان كفالة لما علم أن المواعيد باكتساب صور التعاليق تكون لازمة انتهى.

وعلى هذا لو قال: إن دخلت الدار فانا أطلقك، ولو (قال) لها: (اختاري اختاري اختاري، فقالت: اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة أو) قالت: اخترت (اختيارة) أو الاختيارة أو مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو اختيارة واحدة (يقع الثلاث) عند الإمام في المسألة الأولى، وقالوا: واحدة وفيما عداها بالإجماع (بلانية) لدلالة التكرار على إرادة الطلاق، إذ الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر وهذا رأي الشهيد وعليه جرى المصنف تبعاً لصاحب «الهداية» لأنه لم يشترطها في «الجامع الصغير» وشرطها في «الزيادات» و«الجامع الكبير» قال الإيتقاني: وهو الظاهر واختاره أبو المعين النسفي وقاضي خان حيث قال في شرح «الزيادات»: قال لها: أمرك بيدك أو

بلا نية، ولو قالت: طلقت نفسي، أو اخترت نفسي بتطبيقه بانت بوحدة،.....

وأمرك بيدك أو فأمرك بيدك فقالت اخترت نفسي وقال الزوج: لم أنو الطلاق كان القول قوله لأن التكرار لا يزيل الإبهام، وكذا لو كرر الاختيار انتهى، وغاية الأمر أن ما في «الجامع» مطلق وما في غيره مقيد فيحمل المطلق على المقيد وفي «الكافي» قيل: لا بد من ذكر النفس وإنما حذف لشهرته لأن غرض محمد التفريع دون بيان صحة الجواب قال الشارح: وعلى هذا فينبغي أن تكون النية حذفت بهذا المعنى لا أنها ليست بشرط، ويدل على ذلك ما في «البدائع» قال لها: اختاري ثلاثاً فاختارت نفسها فقال: نويت بالأولى الطلاق وبالباقيتين التأكيد لم يصدق قضاء لأنه لما نوى بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فكان طلاقاً ظاهراً ومثله في «المحيط» وهذا يدل على اشتراطها بل يصرح به .

قال في «الفتح»: وهو الوجه لأن تكرار أمره بالاختيار لا يصير ظاهراً في الطلاق لجواز أن يريد اختاري في المال واختاري في المال واختاري في المسكن ونحوه انتهى، وبهذا تبطل تلك المقدمة القائلة إن الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر، لهما في الأولى أن ذكر الأولى وما جرى مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب فيفيد من حيث الأفراد، وله أن هذا الوصف لغو لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه والكلام للترتيب والأفراد من ضروراته فإذا لغى في حق الأصل لغى في حق التبع فبقي قولها اخترت وهو يصلح جواباً للكل، ولقائل أن يقول: لا نسلم أن الأفراد من ضرورة الترتيب بل كل منهما مدلول اللفظ بالأصالة إذ الأول اسم لفرد سابق فالفردية مدلول تضمنين، والجواب بعد تسليم هذا أنه قد يكون أحد جزأي المدلول المطابق هو المقصود والآخر تبعاً فينتفي بانتفاء المقصود، والوصف كذلك لأنه ما وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود ومعنى السبق هو المقصود فكان الترتيب أصلاً والأفراد من ضروراته، وأجمعوا أنها لو قالت: اخترت التطبيق الأولى وقعت واحدة، ثم لا فرق على قوله بين العطف وتركه ولو قال: على ألف لزمها الكل عنده وعندهما مع العاطف لا يقع شيء ومع عدمه إن اختارت الأخيرة لزمها المال وإلا لا، (ولو قالت) في جواب / التخيير ثلاثاً (طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطبيقه بانت بوحدة) لأنها [٢١٧/١] أتت ببعض ما فوض إليها إذ التطبيق داخل في ضمن التخيير والتخيير هو العامل، والواقع به بائن ألا ترى إلى ما سيأتي من أنه لو أمرها بالبائن فأوقعت رجعيًا وقع ما أمر به وما وقع في «الهداية» من أنه يملك الرجعة .

قال الشارحون: إنه غلط من «الكتاب» والأصح من الرواية فهي واحدة ولا يملك الرجعة، لأن روايات «المبسوط» و«الجامع الكبير» و«الزيادات» وعامة نسخ

أمرك بيدك في تطليقة، أو اختاري تطليقة، فاخترت نفسها طلقت رجعية.

«الجامع الصغير» هكذا سوى «الجامع الصغير» لصدر الإسلام فإنه ذكر فيه مثل ما ذكر في «الكتاب» كذا في «العناية».

وأقول: كيف يكون ما في «الهداية» غلطاً من «الكتاب» وقد علل المسألة بأن هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة فالصواب كما في «الشرح» إطلاق كونه غلطاً نعم ما وقع في بعض نسخ «الجامع الصغير» خال عن التعليل فكونه غلطاً من «الكتاب» صحح وما في «البحر» من أن صدر الشريعة قال: إن في المسألتين روايتين في رواية تقع رجعية وفي أخرى بئنة وهذا أصح وبه ظهر أن ما في «الهداية» هو إحدى الروايتين، فقول من قال: إنه غلط أو سهو مما لا ينبغي غلط إلا أن صدر الشريعة لا يعني أنهما روايتان عن الإمام إنما أراد بالأولى رواية «الجامع الصغير» لصدر الإسلام وفي هذه قال الشهيد: إنها غلط من الكاتب، وكيف يقول ذلك فيما هو مروى عن الإمام؟ قال: (أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة فاخترت نفسها طلقت رجعية) لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطليقة وهي تعقب الرجعة قيل: لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلقتي نفسك مع أنه لا يقع ما اخترت له جواباً له، وأجيب بأن آخر كلامه لما فسر الأول كان القائل هو المفسر وهو الأمر باليد والتخير وقولها اخترت يصلح جواباً له؛ قيد بقوله في تطليقة لأنه لو قال لها: تطلقتي نفسك أو لتطلعتي نفسك أو حتى تطلعتي فطلقت فهي بئنة كذا في «جامع الفصولين».

تتمة: قال لرجل: خير امرأتي فلا خيار لها ما لم يخيروها، ولو قال: أخبرها بالخيار فسمعت من غيره واخترت نفسها وقع لأن الأمر بالإخبار يقتضي تقدم المخبر به فكأنه إقرار منه بثبوت الخيار لها كذا في «المحيط»، ولو قال لها: أنت طالق إن شئت واخترتي فقالت: شئت واخترت وقعت اثنتان كذا في «الفتح»، والبائن منهما هو الثانية وفي «البزاية» زوجني امرأة فإذا فعلت فأمرها بيدها فزوجه الوكيل ولم يشترط ذلك كان الأمر بيدها بحكم التعليق من الزوج، ولو قال: واشترط لها على أي إن تزوجتها فأمرها بيدها لم يكن بيدها بلا اشتراط الوكيل والله الموفق للصواب.

فصل في الأمر باليد

أمرك بيدك ينوي ثلاثاً، فقالت: اخترت نفسي بواحدة وقعن،.....

فصل

في الأمر باليد التفويض بالاختيار والأمر باليد لا يعلم فيه خلاف بل هو صحيح قياساً واستحساناً غير أن التفويض بالاختيار عرف بإجماعهم نصاً بخلافه بلفظ الأمر باليد فإنه لم يقع به ذلك النقل صريحاً فلا جرم قدم الأول (أمرك بيدك) أو في يدك أو بيمينك أو شمالك أو كفك أو فمك أو لسانك ولو قال: في عينك سئل عن نيته، وأمري بيدك المختار أنه كأمرك بيدك كذا في «الخلاصة»، وفي «الولوالجية» أعرتك طلاقك كأمرك بيدك ولو قال بيدي ويدك لم تنفرد حملاً على التعليق، وفي أمرك بيد الله ويدك تنفرد وذكر اسمه تعالى للتبرك ذكره في «تلخيص الجامع» وفي «المحيط» أنت طالق أو أمرك بيدك لا تطلق حتى تختار نفسها في مجلسها وحينئذ يخير الزوج إن شاء أوقع تطليقة وإن شاء أوقع باختيارها ولو جعل أمرها بين رجلين فطلقها أحدهما لم يقع كذا في «الفصول» وفي «الخانبة» وكلهما بطلاقها لكل أن يطلق إلا أن يكون بمال وكذا العتق انتهى، فيطلب الفرق ولا فرق بين صغيرة أو كبيرة إذ هو تعليق الطلاق بإيقاعها وعن هذا قال في «الخانبة»: جعل أمر امرأته بيد مجنون أو صبي لا يعقل صح وليس للزوج أن يرجع ثم نقل بعده عن «الأصل» أن الصبي إن كان ممن يعبر يجوز قال: ولو جعل أمرها بيد آخر فجن المجعول إليه فطلق.

قال محمد: إن كان لا يعقل ما يقول لا يقع طلاقه انتهى، ومعنى يعبر ينطق بالطلاق والفرق بين ما إذا فوضه إلى مجنون أو عاقل فجن في الأول علق بإيقاع غير العاقل وفي الثاني بإيقاع العاقل ولم توجد نية لخطابها (ينوي ثلاث) أي: ينوي التفويض في ثلاث (فقالت) في مجلسها كما أفاده بالفاء التعقيبية وسيأتي تعاريفه: (اخترت نفسي بواحدة) أو اخترت أمري أو قبلت نفسي أو قال أبوها قبلتها كما في

«الخلاصة» وينبغي أن تقيد مسألة / الأب بالصغيرة ولو قالت في جواب الأمر باليد: [ب/٢١٧] أنت علي حرام أو أنت مني بائن أو أنا منك بائن كان جواباً، لأن هذه الألفاظ تفيد الطلاق وكذا لو قالت: أنا منك طالق وأنا طالق بخلاف أنت مني طالق (وقعن) أي: الثلاث لأن الاختيار يصلح جواباً للأمر باليد لكونه تمليكاً كالتخيير والواحدة صفة للاختيار فصار كأنها قالت: اخترت نفسي واحدة بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث، قيد بنية الثلاث لأنه لو نوى واحدة أو اثنتين وكانت حرة أو لم ينو شيئاً وقعت واحدة، ولو طلقت ثلاثاً فقال الزوج: ما نويت إلا واحدة حلف كما في «الفتح» إلا إن كان في حالة الغضب أو مذاكرة الطلاق فلا يصدق أنه لم يردّها، فإن ادعت أنه

وفي طلقت نفسي واحدة، أو اخترت نفسي بتطبيقه بانة بواحدة، ولا يدخل الليل في أمرك بيدك اليوم، وبعد غد، وإن ردت الأمر في يومها بطل الأمر ذلك اليوم، وكان بيدها بعد غد،

كان في هذه الحالة أو أنه نوى وأنكر كان القول له مع يمينه، وتقبل بينتها في إثبات هذه الحالة لا على نيته إلا أن تقام على إقراره بها، كذا في «العمادية» وبذكر النفس يعني أو ما يقوم مقامها لأنها لو قالت: اخترت أو طلقت لم يقع شيء كما في «المحيط»، وبهذا ظهر أن الأمر باليد كالاختيار إلا في نية الثلاث فقط وما في «البدائع» من عدم اشتراط ذكر النفس فيه فمخالف لعامة الكتب وتعليق الأمر باليد كالتخيير حتى لو قال لها: إن دخلت الدار فأمرك بيدك، فإن طلقت نفسها حين وضعت قدمها ما وقع وإن بعد ما مشت خطوتين لا يقع لخروج الأمر من يدها كذا في «المحيط».

(وفي) الفصول دعوى المرأة على زوجها أنه جعل أمرها بيدها لا تسمع إلا إذا طلقت نفسها بحكم الأمر ثم ادعت وقوع الطلاق ووجوب المهر بناء على الأمر فتسمع وفي قولها جواباً للأمر باليد: (طلقت نفسي بواحدة أو اخترت نفسي بتطبيقه بانة بواحدة)، لأن الواحدة صفة لمصدر هو طلاقة إذ خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر، وبهذا وقع الفرق بين جوابها بهذا أو اخترت نفسي بواحدة واندفع به ما أورد من أنه ينبغي وقوع الواحدة في الثاني أيضاً لأن الموصوف كما احتمال أن يكون مرة احتمال أن يكون طلاقة لما قد علمته من أن الاحتمالين ليسا على حد سواء، (ولا يدخل الليل في) قوله لها: (أمرك بيدك اليوم وبعد غد) لأنهما تمليكان، وجعلها زفر تمليكاً واحداً قياساً على طلقتي نفسك اليوم وبعد غد حيث لا يقع إلا طلاق واحد.

قلنا: الطلاق لا يحتمل التأقيت بخلاف الأمر باليد غير أن عطف زمن على زمن مماثل له مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهر في قصده تقييد الأمر المذكور بالأول وتقييد أمر آخر بالثاني وإذا كان كذلك فيكون للفظ يوم مفرداً غير مجموع على ما بعده في الحكم المذكور من باب عطف الجمل فلا يدخل الليل، (وإن ردت الأمر في يومها) ولو أتى بالفاء لكان أولى (بطل أمر ذلك اليوم)، قيد بقوله: اليوم لأنه لو قال: في اليوم تقييد بمجلسها (وكان بيدها بعد غد) وهو الأمر الثاني، وهذا أعني الحكم بصحة ردها مناقض لما صرح به في «الذخيرة» من أنه لو جعل أمرها بيدها أو يد أجنبي لا يصح لأن هذا تملك شيء لازم فيقع لازماً والمسألة مروية عن أصحابنا رحمهم الله تعالى.

وفي أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل، وإن ردت في يومها لم يبق، في الغد،

قال العمادي في «فصوله»: والتوفيق أنه يرتد بالرد عند التفويض أما بعدما قبله ثم أراد المفوض إليه رده لا يرتد نظيره الإقرار فإن من أقر لإنسان بشيء فصدقه المقر له ثم رد إقراره لا يصح الرد انتهى.

قال في «فتح القدير»: وحاصله أنه كالإبراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد واختار قبله توفيقاً آخر هو أن المراد بردها هنا اختيارها زوجها اليوم وحقيقته انتهى ملكه وهناك المراد أن يقول: رددت انتهى، وإليه يرشد قول صاحب «الهداية» حيث قال بعد ما حكى عن الإمام أنها إذا ردت الأمر في اليوم كان لها الخيار غداً: والظاهر أنها إذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في غد فكذا إذا اختارت زوجها يرد الأمر، وقال ابن قاضي سماونة في «جمعه»: يحتمل أن يكون في المسألة روايتان لأنه تملك من وجه فيصح رده قبل قبوله نظراً إلى التملك ولا يصح نظراً للتملك وفساده نظراً للتعليق، واعلم أن هاهنا تناقضاً آخر.

قال في «الذخيرة»: جعل أمرها بيدها ثم طلقها طلاقاً بائناً خرج الأمر من يدها في ظاهر الرواية وفي «النوادر» عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يخرج وإن كان الطلاق رجعياً لا يخرج وفي موضع آخر لا يخرج وإن كان الطلاق بائناً ووقف / بأن [١/٢١٨] الخروج فيما إذا كان التفويض منجزاً وعدمه فيما إذا كان معلقاً بأن قال إن فعلت كذا فأمرك بيدك ثم طلقها بائناً وعبارة العمادي في «فصوله» بعدما حكى ما قدمناه.

قالوا: هذا إذا كان الأمر منجزاً أما إذا كان معلقاً لا يبطل سواء تزوجها في العدة أو بعد انقضائها والرواية في «المنتقى» انتهى، وأصله ما مر من أن البائن لا يلحق البائن إلا إذا كان معلقاً فما في «القنية» من أن المعلق لا يبقى بعد الطلاق البائن في ظاهر الرواية ثم رقم إن تزوجها قبل انقضاء العدة فالأمر باق وإلا لا مشى على إطلاق ظاهر الرواية وقد علمت أنه مقيد والتوفيق هو وفي (أمرك بيدك اليوم وغداً يدخل) الليل لأنه لم يتخلل بين الوقتين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام فكان جمعاً بحرف الجمع في التملك الواحد، وصار كقوله: أمرك بيدك في يومين وفيه تدخل الليلة المتوسطة استعمالاً لغوياً وعرفياً (وإن ردت) الأمر (في يومها لم يبق في الغد)، قيد بقوله وغداً لأنه لو قال: أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غداً كان من أمرين كذا عن الثاني، قال السرخسي: وهذا صحيح لأنه لما ذكر لكل وقتاً عرفنا أنه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد والأصل في كل كلام الاستقلال ولم يحك قاضي خان فيه خلافاً.

قال في «الفتح»: فلم يبق تخصيص أبي يوسف إلا أنه مخرج للفرع ويتفرع عليه عدم جواز اختيارها نفسها ليلاً فلا يغفل عنه وفي «جامع التمراشي» أمرك

ولو مكثت بعد التفويض يوماً ولم تقم أو جلست عنه، أو اتكأت عن القعود، أو عكست، أو دعت أباها للمشورة، أو شهوداً للإشهاد، أو كانت على دابة، فوفقت بقي خيارها،

بيدك اليوم غداً أو بعد غد أمر واحد في ظاهر الرواية ولو قال: أمرك بيدك فأمرك بيدك فأمر واحد، كأنه لأن الفاء في الثاني فصيحة وفي «اللولوالية» أمرك بيدك إلى رأس الشهر فلها أن تطلق نفسها مرة واحدة في الشهر، لأن الأمر متحد، ولو قالت اخترت زوجي بطل خيارها في اليوم، ولها أن تختار نفسها في الغد عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: خرج الأمر من يدها في الشهر كله، ولو قال: هذه السنة واختارت نفسها ثم تزوجها لم يكن لها خيار في باقي السنة، ولو طلقها واحدة قبل الدخول ثم تزوجها في تلك السنة كان لها الخيار عند الإمام، وقال أبو يوسف: لا خيار لها انتهى، وأنت خبير بأن الفرع الأول لا يخلو من احتياج إلى تأمل، وجهه إذ مقتضى كونه أمراً واحداً أن لا يبطل خيارها في الغد كما قال المصنف ثم رأيت في «الدرية» وجه قول الإمام بأن الأمر باليد تملك نصاً تعليق معنى فمتى لم يذكر الوقت فالعبرة بالتملك ومتى ذكره فالعبرة للتعليق.

(ولو مكثت) مكانها (بعد التفويض) أي: تفويض الزوج (يوماً) ليس بقيد وإنما خصه لأنه غاية ما تمكث عادة مع ضعف بنيتها ولما كان معنى مكثت بقيت مكانها بعد التفويض وهذا صادق بما إذا كانت قائمة إلا أنه لما قرره بيوم وكان قيامها في كله غير ممكن عادة أردفه بقوله (ولم تقم) فكأنه قال: مكثت قاعدة يوماً وأراد بذلك أن بإطالة مكثها لا يخرج الأمر من يدها لأنه لا دلالة فيه على الإعراض، فلا يرد عليه أنه مقيد بما إذا لم يوجد منها ما يدل على الإعراض أو جلست عنه أي: عن القيام (أو اتكأت عن القعود أو عكست) بأن قعدت عن الاتكاء أو كانت محتببة فتربعت أو عكست، قيد بالاتكاء لأنها لو اضطجعت فإن هيأت الوسادة كما يفعل للنوم بطل، وقيل: لا يبطل مطلقاً كذا في «الخلاصة» (أو دعت أباها للمشورة) بفتح الميم وضم الشين أي: المشاورة (أو) دعت (شهوداً للإشهاد) ولم يكن عندها من يدعوهم سواء تحولت من مكانها أو لا، ولا خلاف في الثاني واختلف في الأول بناء على أن المعتبر في بطلان الخيار إعراضها أو تبدل المجلس فعند البعض أيهما وجد، وعند البعض الإعراض وهذا أصح وفي «الفتح» لو قامت لتدعوهم ولم تنتقل قيل: لا يبطل وإن انتقلت ففيه روايتان (أو كانت على دابة فوقعت) بإيقافها أو اتفاقاً (بقي خيارها) لأنه لم يوجد منها ما يدل على الإعراض ومن ثم لم يبطل فيما لو نامت قاعدة أو كانت تصلي المكتوبة أو الوتر فآتمتها أو السنة المؤكدة في الأصح أو ضمت إلى النافلة أخرى أو لبست من غير قيام أو أكلت قليلاً أو شربت أو قرأت قليلاً

وإن سارت لا، والفلك كالبيت .

أو سبحت أو قالت: لم لم تطلقني بلسانك. قال في «الذخيرة»: وفيه نظر لأن هذا كلام زائد به يتبدل المجلس ورد في «الفتح» بأن المبدل له ما يكون قطعاً للكلام الأول وإفاضة في غيره وليس هذا كذلك بل الكل يتعلق / بمعنى واحد هو الطلاق [٢١٨/ب] انتهى .

ويدل عليه ما في «الخلاصة» لو قالت: ما تصنع بالولد ثم طلقت نفسها وقع وكذا لو قالت لله علي نسمة أو هدي بدنة أو حجة أو الحمد لله شكراً لما فعلت، ولو جعل أمرها وأمر عتق العبد بيدها فبدأت بالعتق قيل: إن كان عبد زوجها كان إعراضاً وإلا لا، (وإن سارت لا) أي: لا يبطل خيارها لأن سيرها مضاف إليها قيل: لو اختارت نفسها مع سكوته والدابة تسير طلقت لأنه لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك إذ اتحاد المجلس إنما يعتبر ليصير الجواب متصلاً بالخطاب وقد وجد إذا كان من غير فصل كذا في «الفتح» وفسر الإسراع في «الخلاصة» بأن يسبق جوابها خطواتها ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة أو الأرض إذ دلالة الإعراض قائمة في الكل، ولذا يبطل خيارها لو كانت نازلة فركبت أو تحولت إلى أخرى أو أمرت وكيلها أو أجنبياً ببيع أو شراء أو دعت بطعام فأكلته أو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جومعت أو نامت أو قالت: أعطني كذا إن طلقتني كما في «الخلاصة» (والفلك) يعني السفينة (كالبيت) لأن سيرها غير مضاف إلى راجبها بل إلى غيره من الريح ودفع الماء في ماله جرية فلا يبطل بسعيها بل بتبدل المجلس، وعند الثاني أنها إذا كانت واقفة فسارت بطل وقالوا: لو كانا في محل تقوده الجمال لا يبطل خيارها بالسير.

قال في «الفتح»: لأنه والحالة هذه كالسفينة يعني بجامع أن السير في كل منهما غير مضاف إلى راجب، وقياس هذا أنها لو كانت على دابة وثمة من يقودها أن لا يبطل بسيرها.

تكميل: طلب أولياء المرأة من الزوج أن يطلقها فقال الزوج لأبيها ما تريد مني أفعل ما تريد وخرج فطلقها أبوها لم تطلق إن لم يرد الزوج التفويض، والقول له أنه لم يرده كذا في «الخلاصة» جعل أمرها بيدها حال غيابها فطلقت نفسها ثم اختلفا، فقال: علمت منذ أيام ولم تطلقني في مجلس العلم وقالت: بل علمت الآن فالقول لها ولو جعل الأمر بيدها إن ضربها بغير جناية تطلق نفسها متى شاءت فضربها ثم اختلفا فقال: ضربتها بجناية فالقول له لأنه ينكر صيرورة الأمر بيدها وإن يبين الجنائية كذا في «فصول العمادي» وفي الفصل الثالث عشر منه: لو أقامت بينة أنه ضربها بغير

فصل في المشيئة

ولو قال لها: طلقي نفسك، ولم ينو، أو نوى واحدة فطلقت وقعت رجعية، وإن طلقت ثلاثاً، ونواه وقعن.....

جناية ينبغي أن تقبل وإن قامت على النفي لكونها على الشرط يجوز إثباته بالبينة وإن كان نفيًا.

ولو قال: إنما طلقت نفسها في ذلك المجلس بلا تبدل فالقول لها لأنه وجد سببه بإقراره وهو التخيير فالظاهر عدم الاشتغال بشيء آخر، قال: خيرتك أمس فلم تختاري وقالت: قد اخترت فالقول له قال لقنّه: جعلت أمرك بيدك في العتق أمس فلم تعتق نفسك وقال القن: فعلت لا يصدق إذ المولى لم يقر بعتقه لأن جعل الأمر بيده لا يوجب العتق ما لم يعتق القن نفسه والقن يدعي ذلك والمولى ينكر ولا قول للقن في الحال لأنه يخبر بما لا يملك إنشاؤه لخروج الأمر من يده بتبدل مجلسه.

قال ابن القاضي سماونة: أقول: على هذا في مسألة الاشتغال بكلام آخر ينبغي أن لا يقبل قولها وفرق في «البحر» بينهما بأنه في الأول اتفقا على صدر الإيقاع منها بعد التفويض والزواج يدعي إبطاله فلم يقبل منه بخلافه في الثانية إذ المولى يقر بالإيقاع من العبد بعده، وفي «العمادية» فضولي قال لامرأة الغير: جعلت أمرك بيدك فاخترت نفسها فأجازة الزوج لا يقع لكن يصير الأمر بيدها لأن إيقاعها ليس له مجيز إن وقوعه لما مر من أن الزوج لا يملك الإيقاع وعلى هذا لو قالت: جعلت أمري بيدي واخترت نفسي لا يقع ويصير الأمر بيدها بخلاف ما لو قالت بدل اخترت: طلقت وفي «المحيط» جعل أمر كل امرأة يتزوجها بيد امرأته حيث يقع بالإجازة وفي «البرزانية» جعل أمرها بيدها في النكاح الفاسد أن ضربها بلا جرم فطلقت نفسها بحكم التفويض إن قيل: يكون متاركة كالطلاق وهو الظاهر فله وجه لأن المتاركة فسخ، وتعليق الفسخ بالشرط لا يصح، ولو قال: طلقي نفسك فطلقت نفسها يكون متاركة والله أعلم بالصواب.

فصل في المشيئة

(ولو قال: لها طلقي نفسك و) الحال أنه (لم ينو) شيئاً (أو نوى) طلقة (واحدة) ولو حذف هذا لعلم بالأولى (فطلقت) نفسها (وقعت) واحدة (رجعية وإن طلقت) نفسها (ثلاثاً، ونواه) أي: الزوج أي: نوى الثلاث (وقعن) / معناه افعلي فعل التطليق فهو مذكور لغة لأنه جزء معنى اللفظ فتصح نية العموم غير أنه في حق الأمة اثنتان وفي الحرة ثلاث، ولا فرق بين إيقاعها بلفظ واحد ومتفرقا، ولو قالت: فقلت وقد

وبأبنت نفسي طلقت لا باخترت، ولا يملك الرجوع، وتقيد بمجلسها.....

نوى الثلاث وقعن كما في «الخانية» قيد بخطابها لأنه لو قال لها: طلقي أي نسائي شئت أو أمر نسائي بيدك فطلقت نفسها لم يقع كذا في «الخانية» وفيها طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت فقالت: أنا أطلق أو قد شئت أن أطلق نفسي كان باطلاً، واعلم أن المناسب للترجمة الابتداء بمسألة فيها ذكر المشيئة كذا في «العناية».

وأجاب في «الحواشي السعدية» بأن ما ذكر فيه المسألة بما لم يسبق المركب يذكر فيها بمنزلة المركب من المفرد يعني والمفرد يسبق المركب وكذا ما نزل منزلته، (وبأبنت نفسي) أو طلقت نفسي طلاقاً بائناً جواباً لقوله لها: طلقي نفسك وزاد تطليقة رجعية (طلقت) بشرط نيتها كما في الأمر «تلخيص الجامع» وفيه إيحاء إلى أنه رجعي، (لا باخترت) وخرج الأمر من يدها والفرق أن الإبانة من ألفاظ الطلاق التي تستعمل في إيقاعه كناية فقد أجابت بما فوض إليها غير أنها أرادت فيه وصفاً فيلغو بخلاف الاختيار إذ ليس هو من الصريح ولا من الكناية ومن ثم لو قالت: أبنت نفسي توقف على إجازته وفي اخترت لا تلحقه الإجازة بل يبطل (ولا يملك) الزوج (الرجوع) عن تفويض الطلاق إليها بعد صدوره منه لما فيه من معنى التعليق (وتقيد بمجلسها) لأنه تمليك فإذا قامت أو أتت بما يدل على الإعراض بطل فالتفويض به أحكام تترتب على جهة التمليك وأحكام على جهة التعليق.

قال في «الفتح»: والظاهر أن كلها بما يمكن ترتيبها على التمليك فصحة التوقيت على أنه تمليك ضعيفة وقدمنا أن إلحاقها بالعارية أقرب، ثم من صور التوقيت ما يوجب التوقف سواء امتداد الملك الذي تحقق في الحال وكذا عدم صحة الرد بل سكوته بلا علة وأما عدم صحة الرجوع فيناسب كلا من التعليقين والتمليك لأنه لو ثبت يلزم بلا قضاء ولا رضا بخلاف قوله طلقي ضرتك وقوله لأجنبي: طلقها أو لها: طلقي فلانة وقول رب الدين للمديون: أبرئ ذمتك فإنه في هذه المسائل محض توكيل، والمديون وإن كان عاملاً لنفسه إلا أنه ضمنه على أن الشارح في الوكالة جزم بأنه تمليك غير أن مقتضاه عدم صحة الرجوع وتقبيده بالمجلس والمصرح به صحته وعدم تقييده.

وفي «الظهيرية» قال للمدخل بهما: طلقا أنفسكما ثلاثاً فطلقت كل واحدة منهما نفسها أو صاحبته ثلاثاً على التعاقب طلقتا ثلاثاً بتطبيق الأولى وتطبيق الثانية باطل ولو بدأت الأولى بتطبيق صاحبته ثم طلقت نفسها لم يقع عليها شيء لخروج الأمر من يدها ووقع على صاحبته والفرق بين البداية بنفسها وبصاحبته لا يخفى على متأمل، فإن قلت: صرح في «الخلاصة» وغيرها بأن اشتغالها بطلاق ضرتها لا

إلا إذا زاد متى شئت ولو قال لرجل: طلق امرأتي لم يتقيد بالمجلس إلا إذا زاد إن شئت،

يخرج الأمر من يدها قلت: ذلك في الأمر باليد والكلام في الأمر بالتطبيق ولا خفاء أنها فيه وكيلة ولذا لو نهاهما كان لكل واحدة أن تطلق نفسها في المجلس دون غيرها كما في «المحيط» (إلا إذا زاد متى شئت) أو إذا شئت أو إذا ما شئت أو حين شئت أو أردت أو رضيت أو أحببت فإن لها أن تطلق في المجلس وبعده لأن هذه الألفاظ لعموم الأوقات فصار كما إذا قال: في أي وقت شئت، وكلما كمتى مع إفادة التكرار إلى الثلاث بخلاف أن وكيف وحيث وكم وأين وأينما فإن في هذه تقيد بالمجلس.

قال في «المحيط» ولو قال: إن شئت فأنت طالق إذا شئت كان لها مشيئة في الحال وأخرى في عموم الأحوال لأنه علق بمشيئتها في الحال طلاقاً معلقاً بمشيئتها في أي وقت كما إذا شئت في المجلس صار كأنه قال أنت طالق إذا شئت انتهى، وهذا ظاهر في أنها لو قامت عن المجلس بطل الثاني أيضاً. واعلم أنه متى ذكر المشيئة سواء أتى بلفظ يوجب العموم أو لا إذا طلقت نفسها بلا قصد غلطاً لا يقع بخلاف ما إذا لم يذكرها حيث يقع.

قال في «الفتح»: وقد منّا ما يوجب حمل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطاً على الوقوع قضاء لا ديانة ولو طلقت نفسها بعد جنونه مطبقاً، قال محمد: كل شيء يملك الزوج إن رجع عن كلامه يبطل بالجنون وكل شيء لم يكن له أن يرجع عن كلامه لم يبطل، (ولو قال لرجل) عاقل: (طلق امرأتي لم يتقيد) أمره (بالمجلس) لأنه توكيل ولذا كان له الرجوع إلا إذا زاد وكلما عزلتك فأنت وكيله فإنه لا يقبل الرجوع ويصير لازماً كما في «الخلاصة» وغيرها (إلا إذا زاد إن شئت) / [ب/٢١٩]

كما في «المحيط»، ولو قال لها: أنت طالق إن دخلت الدار فدخلت لم يقع وكذا لو وكل بطلاقها وقال زفر: هذا والأول سواء، والتصريح بالمسألة كعدمه إذ الفعل الاختياري لا يتحقق بدونها وإذا تساوى كان الثاني توكيلاً كأول وصار كما لو قال له: بع عبدي إن شئت فإن ذكر المشيئة لا يخرج التوكيل إلى التملك قلنا: المشيئة نوعان مشيئة تفتقر إليها الحركة الإرادية وهي ثابتة في كل متحرك بها ومشيئة يترتب عليها استحسان الفعل وتركه والأولى ثابتة في التوكيل مع جهة خطر رفعها قوله طلقها إيقاعاً للفعل الموكل به والثانية إنما تكون في الملاك وقد فوضها إليه بقوله إن شئت هذا ما أمكنني تلخيصه من كلام المشايخ، ثم أقول: الوكيل في الطلاق كالرسول وحيث لا يتصور أن يكون الإنسان رسولاً لنفسه كان قوله طلقتي نفسك تملكاً وأما قوله: طلقتي ضرتك وقوله لأجنبي: طلق امرأتي فيحتملان الرسالة فلم

ولو قال لها: طلقي نفسك ثلاثاً، فطلقت واحدة وقعت واحدة لا في عكسه،

يذكر كلمة إن شئت كان توكيلاً وإن ذكرها كان تمليكاً صوناً للزيادة عن الإلغاء، إذ التوكيل يحصل بدون كذا في «الغاية» وإنما لغى ذكر المشيئة في البيع لأنه لا يحتمل التعليق ألا ترى أنه إذا علقه به بطل الشرط وصح البيع كما في «المحيط» واعترض بأن المعلق إنما هو الوكالة بالبيع وهي قابلة للتعليق لا البيع نفسه وأجيب بأنه اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع.

قال في «الفتح»: وهذا غلط يظهر بأدنى تأمل وذلك لأن التوكيل هو قوله: بع فكيف يتصور كون نفس قوله معلقاً بمشيئة غيره، بل وقد تحقق وفرع منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق بالتوكيل أو عدم القبول والرد، وادعى في «البحر» أن هذا سهو إذ المدعى إنما هو تعليق الوكالة التي هي أثر التوكيل فجاز إطلاق التوكيل عليها في قوله، وكأنه اعتبر التوكيل أي: الوكالة ثم قال: والحق أن المعلق إنما هو الوكالة وتعليقها صحيح فيحتاج إلى الفرق انتهى.

أقول: لا نسلم أن الوكالة معلقة بمشيئته لاتصافه بها يكون قبل مشيئة البيع ولا وجود للمشروط دون شرطه وإنما المعلق فعل متعلقها واعتبار التوكيل بالبيع غير صحيح لأن الأول قابل للتوكيل بخلاف الثاني فكيف يعتبر به، واعلم أنه لو قال له: طلقها إن شاءت لا يصير وكيلاً ما لم تشأ ولها المشيئة في مجلس علمها، فإن شاءت وصار وكيلاً فلو طلقها في مجلس وقع ولو قام عن مجلسه بطل التوكيل هو الصحيح لأن ثبوت الوكالة بالطلاق بناء على ما فوض إليها من المشيئة ومشيئتها تقتصر على المجلس فكذا الوكالة كذا في «الخانية».

قال الحلواني: ينبغي أن يحفظ هذا فإنه مما عمت به البلوى فإن الوكلاء يؤخرون الإيقاع عن مشيئتها ولا يدرون أن الطلاق لا يقع وهذا مما يستثنى من قوله: لم يتقيد بالمجلس، ومن الفروع طلقها فأبتها أو أبانها لم يقتصر على المجلس ولو قال: طلقها وقد جعلت أمرها بيدها أو جعلت أمرها بيدك فطلقها كان الثاني غير الأول يعني فيقتصر التفويض دون، (ولو قال) لزوجته: (طلقي ثلاثاً) أو اثنتين (فطلقت) نفسها (واحدة وقعت واحدة) لأنها ملكت إيقاع أكثر من واحدة فتملك إيقاع الواحدة ضرورة، وكذلك الوكيل إلا أن يقول: بألف فإنه إن طلقها واحدة بألف وقعت وإلا لم يقع شيء كما في الحاكم الشهيد (لا) يقع شيء (في عكسه) وهو ما إذا قال لها: طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً عند الإمام وقالوا: تقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة كما إذا طلقها الزوج ألفاً، وله أنها أتت بغير ما فوض إليها وهذا لأن الزوج إنما ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة بخلاف الزوج لأنه يتصرف

وطلقي نفسك ثلاثاً إن شئت، فطلقت واحدة وعكسه لا،

بحكم الملك وكذا هي في الأولى، واعترض بأن مذهب أهل الحق أن الجزء من الثلاثة ليس عيناً ولا غير وأجيب بأن ذلك في الأمور الموجودة بخلاف نحو الطلاق، ولا يخفى أن هذا اصطلاح للمتكلمين، فالإلزام به إلزام بمجرد الاصطلاح، وغاية ما يلزم بعد التزامه أن التعبير بلفظ غير مجاز كذا في «الفتح».

قال في «الحواشي السعدية»: والأولى أن يقال: المراد المغايرة اللغوية لا ما اصطلاح عليه المتكلمون، والخلاف مقيد بما إذا وقعت الثلاث بكلمة واحدة أما إذا قالت: واحدة وواحدة وقعت واحدة اتفاقاً، قيد بقوله: طلقي لأنه لو قال لها: أمرك بيدك ينوي واحدة فطلقت ثلاثاً وقعت واحدة اتفاقاً كما في «المبسوط».

وفي «الخانية»: قالت: اللهم نجني منك فقال الزوج: أمرك بيدك ونوى به الطلاق / ولم ينو العدد فقالت: طلقت نفسي فقال الزوج: نجوت لا يقع شيء في قول الإمام، لأنه إذا لم ينو الثلاث كان كأنه قال لها: طلقي نفسك ولم ينو العدد وقوله نجوت يحتمل الاستهزاء وتقع واحدة في قول صاحبيه انتهى، وهذا يخالف ما قدمناه أول الباب أنه إذا لم ينو شيئاً في الأمر باليد تقع واحدة وفي وكالة الحاكم وكله أن يطلقها فطلقها الوكيل ثلاثاً إن نوى الزوج الثلاث وقعن، وإن لم ينو لم يقع شيء في قوله، وقالوا: تقع واحدة.

(و) لو قال لها: (طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت) الثلاث (فطلقت) نفسها (واحدة) (و) في (عكسه) وهو قوله طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثاً (لا) يقع شيء في الوجهين، أما الأول فلأن تفويض الثلاث معلق بشرط هو مشيئتها بها ولم يوجد الشرط، وأما الثاني فهو قول الإمام وقالوا: تقع واحدة على ما مر إذ مشيئة الثلاث ليست مشيئة الواحدة وانتقضت المطابقة بين ما أوقعته وما فوض إليها، ومن هنا قالوا:

لو قال لها: طلقي نفسك واحدة إن شئت فقالت شئت نصف واحدة وعشراً إن شئت فقالت: طلقت نفسي ثلاثاً لم يقع شيء، ولو قالت: ثلاثاً أنت طالق إن شاء زيد، فقال زيد: شئت واحدة، قال البلخي: لا يقع ولو قالت: شئت أربعاً فكذلك في قول الإمام وقالوا: لا تقع الثلاث، ولو قال: أنت طالق إن شئت وشئت وشئت لا يقع شيء حتى تقول ثلاث مرات شئت الكل في «الخانية».

وفي «المحيط»: لو قالت في المسألة الأولى: طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة إن فصلت بينها بسكون لم يقع شيء لأن السكون فاصل فلم توجد مشيئة الثلاث وإلا وقع الثلاث وعلى هذا تفرع ما في «الخانية» أنت طالق واحدة إن شئت

ولو أمرها بالبائن، أو الرجعي فعكست، وقع ما أمر به أنت طالق إن شئت فقالت: شئت إن شئت فقال: شئت ينوي الطلاق، أو قالت: شئت إن كان كذا لمعدوم بطل.....

أنت طالق اثنتين إن شئت، فقالت: قد شئت واحدة وقد شئت اثنتين إذا وصلت فهي طالق ثلاثاً، (ولو أمرها بالبائن) بأن قال لها: طلقي نفسك بائنة (أو الرجعي فعكست) بأن قال رجعية فأوقعت في الأولى رجعية وفي الثانية بائنة (وقع ما أمر به) الزوج ولغي وصفها وبهذا عرف أن المخالفة في الوصف لا تبطل الجواب، بخلاف ما إذا كانت في الأصل كما إذا فوض إليها واحدة فطلقت ثلاثاً على ما مر وفي «الخانية» لو أمره بالرجعي فقال الوكيل: أبنتها لا يقع شيء.

ولو قال: طلقتك بائنة تقع رجعية وهو صريح في أن الوكيل يكون مخالفاً بإيقاعه بالكناية، وقد مر أنه يقع بقولها: أبنت نفسي وكأنه للترفة بين المالك والوكيل على ما مر أنه لو علق البائن أو الرجعي بمشيئتها فعكست لم يقع شيء على قول الإمام، وبه صرح في «الخانية» ولو قال: (أنت طالق إن شئت) أنت (فقالت: شئت) حال كونه (ينوي الطلاق أو قالت: شئت إن كان كذا المعدوم) كإن جاء المطر (بطل) كل من كلامه فلا يقع شيء لأنه علق طلاقها بالمشيئة المطلقة منها وهي أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط، ثم هو اشتغال بما لا يعينها فخرج الأمر من يدها ولا يقع بقوله: شئت وإن نوى إذ ليس في كلامه ذكر الطلاق أصلاً ولا في كلامها حتى لو قالت: شئت طلاقي إن شئت أو قال الزوج: شئت طلاقك ينويه يقع بخلاف أحبته ونضيته وأردته والفرق أن المشيئة تنبئ عن الوجود لأنها من الشيء وهو الموجود، فكان شئت بمنزلة أوجدت وليس إيجاد الطلاق إلا بإيقاعه وأما الإرادة فهي الطلب لغة وليس من ضرورة الطلب الوجود.

وأورد أن أهل السنة على أنه لا فرق بينهما في صفاته تعالى فلا يدخلها أي: لا يكون الوجود جزء مفهوم أحدهما غير أن ما شاء الله كان وكذا ما أراه فكذلك أهل اللغة ففي المهموزة من «الصحاح» المشيئة الإرادة وفي الدال الإرادة المشيئة فما هذه التفرقة وأجيب بأنه لا مانع منها بالنسبة إلى العباد عملاً بالعرف وهذا التخاطب العرفي إذا شئت كذا فمعناه أوجدته عن اختياره وبلا خلاف أردت كذا مجرداً يفيد عرفاً عدم الوجود غير أن الوجود في المشيئة لما كان محتمل اللفظ لا موجه احتياج إلى النية، وبهذا ظهر أن فرق الإمام بين الإرادتين في حق العباد ليس رواية عنه في الفرق بينهما في صفاته، وأن ما قاله الإتقاني من أن التفرقة ضعيفة مستنداً إلى أن أهل اللغة والأصول لم يفرقوا بينهما وارتضاه العيني مدفوع بما علمت، يفرع على عدم التفرقة بالنسبة إليه تعالى ما لو قال: أراد الله طلاقك / فإنه يقع كشاء الله [ب/٢٢٠]

وإن كان لشيء مضى طلقت وأنت طالق متى شئت، أو متى ما شئت، أو إذا شئت، أو إذا ما شئت فردت الأمر لا يرتد، ولا يتقيد بالمجلس،.....

طلاقك على التفرقة بالنسبة إلى العباد، ولو قال: شاء طلاقك ناوياً فقالت: شئت وقع، ولو قال: أريديه أو أهويه وأحبيه أو أرضيه فقالت: أردته هويته أحببته رضيته لا يقع بخلاف ما لو علقها كأن أردت إن أحببت إلى آخرها فإنه يقع وإن لم ينو كذا في «الفتح». ونقل في «البحر» عن «المحيط» إن شئتي طلاقك لا يتوقف على النية لأنه بمعنى أوجدي، وفيه أنت كذا إن أحببت فقالت: شئت وقع، ولو قال: إن شئت فقالت: أحببت لا يقع، ولو قال: إن شئت فانت كذا فقالت نعم أو قبلت فقالت: شئت فعن «البحر» أنه يقع.

قال في «البحر»: ولم أر حكم ما إذا علقه بالإرادة فأجابت بالمحبة أو عكسه أو بالرضا، (وإن كان) قولها: شئت إن كان كذا (لشيء مضى) أي: سبق وجوده كإن قدم زيد من البصرة وكان قد قدم، أو إن كان هذا ليلاً أو نهاراً أو هي فيه، وإن كان هذا أبي أو أمي أو زوجي وكان الأمر كذلك (طلقت) لأن التعيين بالكائن تنجيز، (أنت طالق متى شئت، أو متى ما شئت، أو إذا شئت، أو إذا ما شئت) بزيادة ما فيهما للتوكيد (فردت الأمر) بأن قالت: لا أشاء (لا يرتد) وكان لها بعد ذلك أن تشاء، لأنه لم يملكها في الحال بل إضافة إلى وقت مشيئتها وقولها: طلقت إيجاد للشرط الذي هو مشيئتها وليس الواقع إلا طلاقه المعلق، نعم هذا صحيح في قوله: أنت طالق إن شئت كذا في «الفتح»، وقد يجاب بأن هذا بالنظر إلى صورته وأما بالنظر إلى معناه فتمليك لأن المالك هو الذي يتصرف عن مشيئته وإرادته لنفسه وهذه كذلك، وأجاب في «البحر» بأنهم أجروه مجرى التمليك في جميع الوجوه فيتقيد بالمجلس ويبطل بما يدل على الإعراض انتهى.

وهذا بعد أن الكلام في متى شئت سهو ظاهر يرشد إليه قول المصنف: (ولا يتقيد بالمجلس)، أما في كلمة متى ومتى ما فلأنها للوقت وهي عامة في الأوقات كلها كأنه قال: في أي وقت شئت وأما إذا وإذا ما فكمتى عندهما، وعند الإمام وإن كانت تستعمل للشرط كما تستعمل للوقت لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالقيام عن المجلس بالشك، نعم لو قال: أردت مجرد الشرط لنا أن نقول يتقيد بالمجلس ويحلف لنفي التهمة لكن كونه صار بيدها مناف لما مر من أنه لم يملكها في الحال شيئاً بل إضافة إلى وقت مشيئتها فتدبر، والحين كإذا كما في «المحيط».

ولو قال: إذا شئت إن شئت أو عكسه فهما سواء تطلق نفسها متى شاءت، وعن الثاني أنه إن قدم الشرط تعتبر المشيئة في الحال فإن شاءت في المجلس تطلق

ولا تطلق إلا واحدة، وفي كلما شئت لها أن تفرق الثلاث، ولا تجمع، ولو طلقت بعد زوج آخر لا يقع، وفي حيث شئت، وأين شئت، لم تطلق حتى تشاء في مجلسها، وفي كيف شئت يقع رجعية فإن شئت بائنة أو ثلاثاً ونواه وقع،

نفسها بعد ذلك إن شاءت، ولو قامت عن المجلس قبل أن تقول شيئاً بطل، وقال شمس الأئمة: هنا مشيئتان أولى على المجلس وأخرى مطلقة إليها معلقة بالمؤقتة فمتى شاءت بعد هذا طلقت وإن لم تقل في المجلس حتى قامت بطلت مشيئتها كذا في «الفتح» وبمقالة شمس الأئمة جزم في «المحيط» (ولا تطلق) المرأة بهذه الألفاظ (إلا) طلقة (واحدة) لأنها تعم الأزمان دون الأفعال (وفي) قوله لها: (كلها شئت) فأنت أي: (وليس لها أن تجمع) لأنها لعموم الأفراد لا لعموم الاجتماع.

قال في «الهداية»: فلا تملك الإيقاع جملةً وجمعاً وفي «العناية» معناهما واحد وقيل: الجملة أن تقول: طلقت نفسي ثلاثاً والجمع أن تقول: طلقت واحدة وواحدة وواحدة هذا هو الظاهر انتهى. يعني في تفسير الجمع يشير ما في «الدراية» حيث فسّر بأن يقول طلقت وطلقت وطلقت قال: والأول أصح يعني كونهما بمعنى واحد، وعلى هذا فليس لها أن تطلق اثنتين أيضاً ولو فعلت لم يقع شيء عند الإمام وقالوا: تقع واحدة بناء على ما مر.

وفي «المبسوط» لو قالت: شئت أمس تطليقة وكذبها الزوج فالقول له لأنها أخبرت عما لا تملك إنشاؤه وهذا لأنها إنما تملك المشيئة في الحال وهي غير المشيئة في أمس، (ولو طلقت) نفسها بعد ما أوقعت ثلاثاً متفرقة وعادت إليه (بعد زوج آخر لا يقع)، لأن التعليق والتقييد بكونها أوقعت ثلاثاً مرموز إليه بقوله بعد زوج آخر، حتى لو طلقت نفسها واحدة أو اثنتين ثم عادت إليه بعد زوج آخر كان (لها أن تفرق الثلاث وفي) قوله: أنت طالق (حيث شئت، وأين شئت) من ظروف المكان (لم تطلق حتى تشاء في مجلسها) لأن الطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويجعل مجازاً عن الشرط الذي هو إن لأن كلاً منهما يفيد ضرباً من التأخير وهو أولى من الغاية أصلاً

وإن أصل الباب لأنها لمحض الشرط / والاعتبار بالأصل أولى وبهذا اندفع إيرادان [٢٢١/١١] ظاهران (في) قوله لها: أنت طالق (كيف شئت تقع) طلقة (رجعية) يعني قبل مشيئتها كما أوماً إليه بقوله: (فإن شاءت بائنة أو ثلاثاً و) الحال أن الزوج (نواه وقع) ما شاءت للمطابقة هذا في المدخول بها، أما غير المدخول بها فتبين وخرج الأمر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة، قيد بقوله ونواه يعني الذي شاءته لأنه لو نوى خلاف ما شاءته وقعت رجعية، لأن مشيئتها لغت لعدم الموافقة فبقي إيقاع الزوج بالصريح ومجرد نيته لا تعمل في جعله بائناً ولا ثلاثاً ولو لم تحضره نية لم يذكرها في

وفي كم شئت، أو ما شئت تطلق ما شاءت فيه، وإن ردت ارتد، وفي طلقي من ثلاث ما شئت تطلق ما دون الثلاث.

«الأصل» ويجب أن تعتبر مشيئتها وهذا أعني وقوع الرجعي قبل مشيئتها قول الإمام، لأنه أوقع الطلاق وخيرها في وصفه وقالوا: لا يقع شيء ما لم تشأ وعلى هذا الخلاف أنت حر كيف شئت وأثر الخلاف يظهر فيما لو قامت عن المجلس فعنده وقعت رجعية وعندهما لا يقع شيء وقول الشارح وتبعه العيني وفيما إذا كان ذلك قبل الدخول فعنده تقع رجعية وعندهما لا يقع شيء سهو ظاهر ومثله يعد من سهو القلم، والصواب وفيما إذا كان ذلك بعد الدخول (وفي) قوله: أنت طالق (كم شئت أو) قوله: (ما شئت تطلق) نفسها (ما شاءت) إلى الثلاث ولا يكون بدعياً لأنها مضطرة إليه (فيه) أي: المجلس فلا يقع شيء قبل مشيئتها اتفاقاً لأن كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد إذا ذكر، وليس الواقع إلا بالعدد فصار التفويض في نفس الواقع فلا يقع شيء ما لم تشأ، والواحد عدد في اصطلاح الفقهاء وما عامة تتناول الكل (وإن ردت) الأمر (ارتد) وخرج من يدها، وكذا لو أتت بما يدل على الإعراض على ما مر (وفي) قوله: (طلقي) نفسك (من ثلاث ما شئت تطلق ما دون الثلاث) فلا تملك إيقاع الثلاث عند الإمام خلافاً لهما، وعلى هذا الخلاف اختاري من ثلاث ما شئت، لهما أن ما للعموم ومن للبيان وله أنها للتبعية حقيقة إذا دخلت على ذي أبعاد والطلاق منه وما للعموم وقد أمكن العمل بهما بأن يجعل المراد بعضاً عاماً والاثنان كذلك لأنه بالنسبة إلى الواحدة عام وإلى الثلاث بعض وأورد أنه حينئذ لا يتناول الواحد إذ لا عموم فيه وأجيب بأنه يتناوله دلالة ولا يحسن هنا طلقي نفسك ما شئت الذي هو الثلاث، لأن ما موصولة معرفة فلا بد من كون موصوفة معرفة وهو هنا العدد فانحل إلى طلقي نفسك العدد الذي شئته الذي هو الثلاث، ويستلزم سبق العهد بالعدد الذي شاءته أو تشاؤه وأنه هو الثلاث، وإنما تملك الواحدة لأنها جزء ما ملكته بالتفويض فليس المعنى عليه بل على التفويض حيث لا يستلزم بنوه المعنى عدداً شئته على أن ما نكرة موصوفة بالجملة والجار والمجرور في موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف، قيد في العدد يزيل إبهامه كذا في «فتح القدير» وفي «التحرير» تقديره على البيان ما شئت مما هو الثلاث وطلقي ما شئت وإن به فالتبعية مع زيادة من الثلاث أظهر والله الموفق.

تتميم: أنت كذا ثلاثاً إلا أن تشائي فشاءت واحدة وقعت عند الثاني وقال محمد: لا يقع شيء، أنت طالق إن شاء الله وفلان أو ما شاء الله وفلان أو طلقها إن شاء الله وشئت لا يقع بالمشيئة شيء لأنه عطف على باطل فيبطل، أنت كذا إن

باب التعليق

إنما يصح في الملك كقوله لمنكوحته: إن زرت فأنت طالق،

شئت أو أبيت أو إن شئت ولم تشائي لم تطلق أبداً لأنه جعل المشيئة والإباء شرطاً واحداً ولا يمكن اجتماعهما، ولو قال: إن شئت وإن لم تشائي فشاءت في المجلس طلقت ولو قامت بلا مشيئة تطلق أيضاً ولو قال أنت طالق وطالق وطالق إن شاء زيد فقال: شئت واحدة أو أربعاً لا يقع شيء قالت له: طلقني وطلقني وطلقني فقال طلقت فهي ثلاث ولو بلا واو فطلق فإن نوى واحدة وإن نوى ثلاثاً فثلاثاً الكل من «فتح القدير» والله الموفق للصواب.

باب أحكام التعليق

ذكره بعد بيان تنجيز الطلاق صريحاً وكناية لأنه مركب من ذكر الطلاق والشرط فأخر عن المفرد وهو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون أخرى، وفي بعض النسخ باب الأيمان في الطلاق كما في «الهداية» قيل: والأول أصح وفيه وهو الأولى لشمول التعليق ما ليس عيناً كالتعليق بحيضها أو طهرها أو بحيضها حيضة أو بما تملك الامتناع عنه كطلوع الشمس ومجيء الغد أو يفعل من أفعال قبلها كالمحبة / والمشيئة أو من أفعال قلبه فإنه في هذه ليس بيمين كما في «المحيط» فلا يحث لو حلف أن لا يحلف بها مع أن بعضها مذكور في هذا الباب كالمحبة والحيض.

وأقول: فيه نظر لأنه إنما لم يحث لأنها ليست يميناً عرفاً وهذا لا ينافي كونها يميناً في اصطلاح الفقهاء ومن ثم قال في «الدراية»: اسم اليمين تقع على الحلف بالله تعالى على التعليق ووجهه في «الفتح» بأن اليمين في الأصل القوة وسمي الحلف يميناً لإفادته القوة على المحلوف عليه ولا شك في إفادة تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعاً عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الأمر وتعليق المحبوب لها على ذلك الحمل عليه فكان يميناً نعم التعليق في الحقيقة إنما هو شرط وجزاء الطلاق اليمين عليه، مجاز لما فيه من معنى السببية فكان التعبير بالتعليق أولى، (إنما يصح) التعليق أي: يلزم (في الملك كقوله) أي: الرجل (لزوجه المنكوحه إن زرت) زيارة (فأنت طالق) من زاره زيارة وزوراً قصده ونسوة زور أيضاً وزوار وزائرات وموضع الزيارة في العرف قصد المزور إكراماً له واستئناساً به كذا في «المصباح» وعلى هذا فينبغي توقف الحث على زيارتها للإكرام حتى لو ذهبت من

أو مضافاً إليه كإن نكحتك فأنت طالق، فيقع بعده.....

غير قصده لم يحنث وفي عرفنا زيارة المرأة لا تكون إلا بطعام معها يطبخ عند المذكور كذا في «البحر» ثم نقل في «المحيط» أنه لو حلف ليزورن فلاناً غداً أو ليعودنه فأتى بابه واستأذن فلم يؤذن له لا يحنث وإن لم يستأذن حنث والفرق أن في الأولى لم يتصور البر فلم تنعقد اليمين وفي الثاني يتصور وهكذا ذكر في «العيون» وعلى قياس من قال: إن لم أخرج من هذا المنزل اليوم فممنع أو قيد حيث يجب أن يحنث هنا في الوجهين وهو المختار لمشايخنا (أو مضافاً إليه) أي: إلى الملك قيدنا باللزوم لأنهما في غير الملك والمضاف إليه من الأجنبي موقوفاً على الإجازة (كإن نكحتك فأنت طالق) في كون هذا من المضاف إلى الملك نظر من وجهين، الأول أنه تعليق محض إضافة، الثاني أن النكاح ليس بملك وإنما هو اسم للعقد.

وأجاب في «الفتح» عن الأول بأنه استعمل الإضافة في المفهوم اللغوي وفي غيره وأجيب عن الثاني بأن الإضافة إلى النكاح إضافة إلى سبب الملك فاستعير اسم السبب للمسبب فكأنه قال: إن ملكتك بالنكاح فأنت طالق (فيقع) أي: الطلاق بعد (بعده) أي: بعد وجود الشرط فيهما وفيه إيحاء إلى أن الحكم يتأخر عنه وهو المختار لأن الطلاق المقارن لا يقع، كقوله: أنت طالق مع نكاحك إذ لا يثبت الشيء منتفياً كذا في «الفتح»، وفي «الدراية» وكذا لو قال: في نكاحك ولو قال: مع تزوجي إياك وقع.

قيل: والفرق أن الكلام في هذا قام لذكر الفاعل والمفعول فجعل مجازاً عن الملك ومع بمعنى بعد بخلاف ما مر إذا الكلام معه ناقص فلم يكن مع بمعنى بعد، وبقي من الشروط أن يكون الشرط على خطر الوجود فلو كان محققاً نحو أنت طالق إن كانت السماء فوقنا كان تنجيهاً ولذا قال في «الخانية»: لو قال لصحيحة: إن صحت فأنت طالق أو قال: إن أبصرت أو سمعت وهي كذلك طلقت انتهى، ولو قال: إن حضت أو مرضت وهي حائض أو مريضة فعلى ما يستقبل لأنهما لا يمتدان فلم يكن لبقائهما حكم الابتداء وكان مستحيلاً نحو إن دخل الجمل في سم الخياط لم يقع ومنه ما في «القنية» سكران طرق الباب فلم يفتح له، فقال: إن لم تفتح الباب الليلة فأنت طالق ولم يكن في الدار أحد فمضت الليلة ولم يفتح لا تطلق، وفي «الخانية» إن لم تردي علي الدينار الذي أخذته في كيسي فأنت كذا فإذا الدينار في كيسه لا تطلق، وأن يكون التعليق في المعينة بصريح الشرط لا بمعناه بخلاف غير المعينة حتى لو قال: المرأة التي أتزوجها طالق طلقت بتزوجها ولو قال: هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لأنه عرفها بالإشارة فلا تؤثر فيها الصفة.

فلو قال لأجنبية: إن زرت فأنت طالق فنكحها، فزارت لم تطلق، وألفاظ الشرط.....

قال في «الذخيرة»: والتعريف بالاسم والنسب كالتعريف بالإشارة فلو قال: فلانة بنت فلان التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق، وأن لا يقصد به المجازاة فلو وصفته بنحو سفلة فقال: إن كنت كما قلت فأنت طالق تنجيز سواء كان الزوج كذلك أو لا، وأن يكون الشرط متصلاً فلو أتى به بعد سكونه لم يصح إلا أن لا يمكنه إتمام الكلام إلا بعد مدة كما في «الظهيرية» ووجود رابط / حيث تأخر الجزء [١/٢٢٢] كما سيأتي وذكر المشروط حتى لو اقتصر على الأداة لم يكن تعليقاً اتفاقاً، واختلف في تنجيزه فلو قال: أنت طالق إن ولم يزد عليه أو أنت كذا ثلاثاً لولا أو إن كان أو إن لم يكن لم تطلق في قول الثاني وبه يفتى ووافق محمد للحال، واعلم أن للحاكم الحنفي أن يرفع الأمر إلى شافعي ليفسخ اليمين المضافة فإذا كانت بالثلاث فلما تزوجها ادعت الطلاق عند الشافعي فحكم ببقاء العصمة وأن الطلاق ليس بشيء حل له ذلك ولو وطئها بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ كان حلالاً، ولو قال: كل امرأة أتزوجها فهي كذا فتزوج امرأة ثم فسخ اليمين فتزوج أخرى لم يحتج إلى الفسخ في كل امرأة كذا في «الخلاصة» وهذا قول محمد وبه يفتى كما في الظهيرية وحكم المحكم كالقضاء على الصحيح كما في «الخانية».

قال الحلواني: وهذا مما يعلم ولا يفتى به، وعن أصحابنا ما هو أوسع من ذلك وهو أنه لو استفتى فقيهاً عدلاً فأفتاه ببطلان اليمين حل له العمل بفتواه ولو أفتاه آخر بالحرمة عمل بالإفتاء الثاني في حق امرأة أخرى والتزوج فعلاً أولى من فسخ اليمين في زماننا، ثم صحة الفسخ مقيدة بأن لا يكون طلقها ثلاثاً كما في «الخانية».

قال الزاهدي: وظفرت برواية عن محمد أنه في المضافة لا يقع وبه كان يفتي كثير من أئمة خوارزم، (فلو قال) تفريع على ما مهد (لأجنبية: إن زرت) فلاناً (فأنت طالق فنكحها، فزارت لا يقع) لأن الحالف لم يضيفه إلى الملك ولا إلى سببه ولا بد من أحدهما واعتراض بأنه لم يعتبر تمام الكلام مضمراً تصحيحاً له والتقدير إن تزوجتك فزرت وأجيب بأن اليمين مذموم شرعاً أو غير مطلوب فلا يحتاط في تصحيحه ورده في «العناية» بأن التعليق ليس بيمين حقيقة على ما مر فالصواب أن يقال: المقدر إما أن يكون محذوفاً أو مقتضى لا جائز أن يراد الأول لأن المذكور غير متوقف عليه لغة ولا الثاني لأن من شرطه أن يكون المقدر أحط رتبة من المذكور وأن لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر والشرطان منتفیان، (وألفاظ الشرط) عدل عن الأسماء والحروف لاشتمالهما عليهما وهو بسكون الراء مشتق اشتقاقاً كبيراً من الشرط محركة بمعنى العلامة سمي بذلك لأنه علامة على ترتيب الثانية على الأولى،

وسمى الثاني جواباً لأنه لما لزم على القول الأول صار كالجواب الآتي بعد كلام السائل وجزاء تجوزاً لأنه لما ترتب على فعل آخر أشبه الجزاء وهذا أولى من قول صاحب «الهداية» وهذه الألفاظ يليها أفعال فتكون علامات على الحنث ولا يلزم من كونها وليها فعل أن يكون ثمة حنث .

وأشار في «الفتح» إلى الجواب بأن قوله فتكون علامات على الحنث فهي ألفاظ الشرط علامات وجود الجزاء أي: تدل على ذلك بالذات وأراد به اللغوي، واعلم أن جواب الشرط يجب اقترانه بالفاء حيث لم يصلح جعله شرطاً وذلك في مواضع جمعت في قوله:

طلبية واسمية وبجامد وبما وقد وبلن وبالتنفيص

أي: جملة طلبية كالأمر والنهي والاستفهام والتمني والعرض والتحضيض وبالتنفيص والدعاء، وأراد بالجامد نعم وبئس وعسى وفعل التعجب وقوله: وبما أي: وبالجملة الفعلية المقرونة بما النافية وبقد وهي ظاهرة أو مقدره كما في «التسهيل» وعبارة الرضى كل فعلية مصدره بحرف سوى لا ولم في المضارع سواء كان الفعل المصدر ماضياً أو مضارعاً فدخل النفي بأن كما زاده المرادي وزاد المقرونة بالقسم أو رب لكن جعل ابن هشام في «مغنيه» القسمية من الطلبية وجعل الشارح المواضع سبعة بناء على أن التنفيص واحد وإن عم السين وسوف وعلى عد بهما موضعين كما فعل غيره مع إدخال القسمية في الطلبية تكون تسعة فلو حذف الفاء في الجواب تنجز سواء أبدل مكانها واواً أو لا، فإن نوى التعليق دين ولو أدخلها على الشرط كأنت طالق فإن دخلت الدار.

قال في «الدراية»: لا رواية في هذا ولقائل أن يقول: تعلق انتهى، والأول أوجه إذ التعليق حينئذ ليس مدلولاً للفظ والفاء وإن كانت حرف تعليق لكنه لا توجيه إلا في محله فلا أثر له هنا، ولو أتى بالواو طلقت بكل حال لأنها في مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور وتقديره إن لم تدخل الدار وإن دخلت وإن هذه هي الوصلية كذا في «الفتح»، وفي «المحيط» وثم كالواو وفيه لو قال: أنت طالق لدخلت الدار أو لدخولك الدار تنجيز، ولو قال: لا دخلت الدار أو بدخولك الدار تعلق بالدخول، ولو قال: على دخولك الدار فإن قبلت وقع وإلا لا، وفي «الفتح» / ادخلي الدار وأنت طالق تعلق بالدخول لأن الحال شرط وفي «الدراية» أدى إلي الفاء فأنت طالق تنجيز، ولو قال: أنت طالق ووالله لا أفعل كذا كان تعليقاً ويميناً، ولو قال: والله لأفعلن كذا تنجيز ثم المذكور هنا من ألفاظ الشرط سبعة وسيأتي ما زيد

إِنْ وَإِذَا إِذَا مَا، وَكُلِّ، وَكَلِمًا،

عليها أولها (إِنْ) المكسورة بدأ بها لأنها أصل الباب وجوزي بغيرها لتضمينه معناه وبكل مع اختصاصها بالاسم لاتصالها بفعل لا محالة فكان في معنى الشرط، فلو فتحها وقع للحال وهو قول الجمهور، لأنها للتعليل ولا يشترط وجود العلة وزعم الكسائي مناظراً للشيباني في مجلس الرشيد أنها شرطية بمعنى إِذَا وهو مذهب الكوفيين ورجحه في «المغنى» بأمور ثلاثة وعلى كل حال فإذا نوى التعليق ينبغي أن تصح نيته.

(و) الثاني (إِذَا) والغالب أن تكون ظرفاً للمستقبل مضمناً معنى الشرط وتختص بالدخول على الفعلية ويكثر كون الفعل ماضياً أما نحو ﴿إِذَا السَّمَاءُ انشقت﴾ [الانشقاق: ١] فالسمااء فاعل بفعل محذوف لا مبتدأ والمحققون على أن العامل فيها شرطها لا ما في جوابها من فعل أو شبهة كما قال الأكثر، والجمهور على أنها لا تخرج عن الظرفية قيل وقد تخرج عن الشرطية نحو ﴿والذين إِذَا أصابهم البغي هم ينتصرون﴾ [الشورى: ٣٩] فإذا ظرف للخبر ولو كانت شرطية والجمله اسمية لوجب اقترانها بالفاء وقول بعضهم: إنه على إضمارها مردود، والثالث (إِذَا مَا) بزيادة ما للتوكيد لا للتكرير وإلا لم تكن زائدة ومن ثم لم تكن زائدة في كلما وتزاد في كل شرط نحو ﴿فإِذَا نذهب بك﴾ [الزخرف: ٤١] وفي أيان قليل، إلا في حيثما وإِذَا مَا فإنها ليست زائدة لأنها هي المصححة لكونهما جازمتين وهي كافة عن الإضافة قاله الرضي.

(و) الرابع (كُلِّ) وهو اسم عام معنى لاستغراق أفراد المنكر نحو ﴿كل نفس ذائقة الموت﴾ [العنكبوت: ٥٧] والمعرف المجموع نحو ﴿وكلهم آتية يوم﴾ [مريم: ٩٥] وأجزاء المفرد المعرف نحو كل زيد حسن فإذا قلت: أكلت كل الرغيف لزيد كان لعموم الأفراد فإن أضفت الرغيف إلى زيد صارت لعموم أجزاء فرد واحد ومن ثم وجب في قراءة غير أبي عمرو وأبي ذكوان ﴿كذلك يطبع الله على كل قلب متكبر﴾ [غافر: ٣٥] بإضافة قلب بتقدير كل بعد قلب ليعم أفراد القلوب كما عم كل أجزاء القلب، الخامس (كَلِمًا) قال العيني: زيد على كلما للتوكيل ثم قيل: يجوز أن يكون حرفاً مصدرياً وأن يكون اسماً نكرة انتهى.

وهذا سهو ظاهر إذ الزائدة لا تكون كذلك وكيف تكون زائدة مع أنها إفادة معنى لم يكن موجوداً قبل، نعم نقل النحاة أن كلما المقتضية للتكرار منصوبة على الظرفية والعامل فيها محذوف دل عليه جواب الشرط والتقدير أنت طالق كلما كان كذا وكذا وما التي معها هي المصدرية التوقيتية وزعم ابن عصفور: أنها مبتدأ وما

ومتى ، ومتى ما . ففيها إن وجد الشرط انتهت اليمين . إلا في كلما

نكرة موصوفة والعائد محذوف وجملة الشرط والجزاء في موضع الخبر ورده أبو حيان بأن كلما لم تسمع إلا منصوبة، وأنت خير بأن هذا بعد تسليمه لا ينافي كونها مبتدأ إذا الفتحة فيها فتحة بناء وبنيت لإضافتها إلى مبني ومحل الخلاف وجود الفاء فإن لم تكن فالعامل هو الجواب، على أن بعضهم جوز ذلك مع الفاء ذكره أبو البقاء في قوله تعالى: ﴿وَأما بنعمة ربك فحدث﴾ [الضحى: ١١] وغيره في قوله: ﴿إذا جاء نصر الله إلى قوله فسبح﴾ [النصر: ١-٣]، (و) السادس (متى) نحو متى دخلت الدار فأنت كذا، (و) السابع (متى ما) بزيادة ما وبقي من نحو من دخلت منكن الدار فهي طالق، فلو دخلت واحدة مراراً طلقت بكل مرة لأن الدخول أضيف إلى جماعة فيراد به تعميمه عرفاً مرة كذا في «الدراية» وهي من غريبه وأين وأيان وأنى وأي وكلها تجزم والمشهور في إذا اختصاص جزمها بالشعر ولم يذكر كثير لو مع أنها من أدوات الشرط كلما غير أن لما وضعت لإفادة أن الشرط قد وجد وفرغ فخصت بقولنا: حرف وجود لوجود، ولو وضعت لإفادة امتناع الملزوم ودلت على الوجود للوجود بالالتزام كباقي الأدوات فخصت بحرف امتناع لمنافاتها التعليق على ما هو خطر الوجود لأنها أفادت تحقيق عدمه فلا يحصل بمعنى اليمين ولعدم حصوله لم يذكر لما في «النهاية» إنما لم يذكر لو لأنها تعمل عمل الشرط معنى لا لفظاً وغيرها تعمل عمله لفظاً ومعنى ورده في «العناية» بأن هذا لا مدخل له في علم الفقه .

أقول: وعلى ما قرر فهي أولى بالذكر لأن الفقيه إنما نظره للمعنى ألا ترى إلى أن كل ذكرت نظراً إلى ما فيها من معنى الشرط وهو التعليق بأمر على خطر الوجود على ما مر، وقد تخرج عن معناها الأصلي وعلى هذا تفرع ما في «الحاوي» أنت طالق لو تزوجتك تطلق إذا تزوجها وما في «المحيط» أنت كذا لو دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل الدار وفي «الفتح» لو قال: لولا دخولك أو لولا أبوك أو مهرك / لم يقع وكذا في الإخبار لو قال: طلقتك بالأمس لولا كذا (ففيها) أي: الألفاظ (إن وجد الشرط انتهت اليمين) أي: تمت وإذا تمت حنث فلا يتصور الحنث ثانياً إلا بيمين أخرى لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة (إلا في كلما) فإن اليمين لا ينتهي بوجود الشرط مرة وأفاد حصره أن متى لا تفيد التكرار، وقيل: تفيد الحق أنها إنما تفيد عموم الأوقات ففي متى خرجت فأنت طالق المفاد أن أي وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق فإذا تحقق في وقت وقع ثم لا يقع بخروج آخر وإن المقرونة بلفظ أبداً كمتى منفردة فإذا قال: إن تزوجت فلانة أبداً فهي كذا فتزوجها فطلقت، ثم تزوجها ثانياً لا تطلق، كذا أجاب الدبوسي وعلله البزازي بأنه إنما ينفي التوقيت لا

لاقتضائه عموم الأفعال كإقتضاء كل عموم الأسماء. فلو قال: كلما تزوجت امرأة يحنث بكل امرأة، ولو بعد زوج آخر. وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها.....

التوحيد فيتأبد عدم التزوج ولا يتكرر، وإن أبا كذلك حتى لو قال: أي امرأة أتزوجها فهي طالق على امرأة واحدة كما في «المحيط» وغيره بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث نعم بعموم الصفة واستشكل لم لم يعم أي امرأة أتزوجها بعموم الصفة (لاقتضائها عموم الأفعال كإقتضاء كل عموم الأسماء) تعليل لعدم انتهاء اليمين لأن كلاً منهما وضع لاستغراق ما دخل عليه، وكل تدخل على الأسماء وكلما على الأفعال وعموم الأسماء ضروري كما أن عموم الأفعال في كل كذلك، وخص كلما وإن كانت كل كذلك باعتبار بقاء اليمين لا تنتهي فيها بوجود الشرط مرة بخلاف كل فإنها تنتهي في حق ذلك الاسم وبه تبين أنه لو قال: إلا في كل وكلما إلا وهم أن اليمين لا تنتهي بمرة فيهما وقد علمت أن هذا مطلقاً في كل غير صحيح، لكن لما كان في كل عموم لا ينتهي بمرة باعتبار ما مر بينه بقوله كإقتضاء كل عموم الأسماء وجعلها مشبهاً بها لأنها الأصل وأدخلها عليها ولم أر من نبه على هذا وبه عرف أن ما في «البحر» من أنه لو قال: إلا في كل وكلما لكان أولى لما مر من فروع.

(فلو قال: كلما تزوجت امرأة) فهي كذا تفريع على اقتضائها عموم الأفعال (حنث بكل امرأة ولو) كان التزوج (بعد زوج آخر)، لأن الشرط ملك يوجد في المستقبل وهو محصور وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك فيتبعه جزاؤه ومن فروع كلما اللفظية ما لو قال لمدخول بها: كلما طلقته فأنت طالق فطلقها واحدة وقعت اثنتان ولو قال: كلما وقع عليك طلاقي فطلقها واحدة وقع الثلاث، والفرق أن الشرط في الثانية اقتضى تكرر الجزاء بتكرر الوقوع فيتكرر غير أن الطلاق لا يزيد على الثلاث فيقتصر عليها، وفي الأولى اقتضى تكرره بتكرر طلاقه، ولا يقال: طلقها إذا طلقت بوجود الشرط فيقع تطليقتان أحدهما بحكم الإيقاع والأخرى بحكم التعليق (وزوال الملك) يعني ملك النكاح واليمين (بعد اليمين لا يبطلها)، لأن الشرط لم يوجد والجزاء باق لبقاء محله فبقية، حتى لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار مثلاً ثم تزوجها فدخلت فطلقت وكذا لو قال ذلك لعيده فباعه ثم اشتراه فدخل عتق وسيأتي أن تنجز الثلاث يبطل تعليقه وكذا يبطل بلحاظه بدار الحرب عند الإمام خلافاً لهما، حتى لو دخلت الدار معتدة بعد لحاقه لا تطلق عنده خلافاً لهما وأثر الخلاف يظهر فيما إذا جاء ثانياً مسلماً فتزوجها لم ينتقض من عد الطلاق شيء عنده وعندهما انتقض كذا في «الفتح».

قال في «البحر»: والبطلان عنده لخروج المعلق عن الأهلية لا لزوال الملك.

وأقول: الظاهر أنه لزوال ملكه بدليل عتق مدبرته وأمهات أولاده ويلزم على ما ادعى أنه لو عاد ثانياً بعد الحكم بلحاظه وهي في العدة ووجود الشرط أن يقع، وإطلاقهم بطلاق التعليق يقتضي عدمه، وأيضا خروج المعلق عن الأهلية لا يوجب البطلان ألا ترى أنه لو علق عاقلاً ثم جن فوجد الشرط حال جنونه وقع كما مر، نعم لو وصفها بوصف فزال بزوال الملك بطلت كقوله إن كنت زوجتي غداً فأنت طالق ثلاثاً فجعلها في الغد ولم ينو كونها زوجة له في بعض النهار لم تطلق كما في «المحيط» وفي «القنية» إن سكنت في هذه البلدة فامرأته طالق وخرج في الفور وخلع امرأته ثم سكنها قبل انقضاء العدة لا تطلق لأنها ليست امرأته وقت وجود الشرط وفيها إن فعلت كذا فحلل الله علي حرام ففعل أحد الفعلين حتى بانت امرأته ثم فعل الآخر قيل لا يقع الثاني لأنها ليست بامرأته عند الشرط، وقيل: يقع وهو الأظهر.

قال في «البحر»: والأظهر عندي أنه مثل امرأته طالق كما لا يخفى وفيه نظر ظاهر وفي «القنية» أيضاً إن خرجت من الدار إلا بإذني فأنت طالق فوقع لها غرق أو حرق غالب فخرجت لم يحنث قيد بزوال الملك / لأن زوال إمكان البر المصحح [٢٢٣/ب] للتعليق مبطل له وعلى ذلك تفرع ما في «البرزانية» إن لم أدفع الدينار الذي علي إلي شهر فأبرأته قبل الشهر بطل اليمين وسيأتي بقية تفاريع المسألة في الأيمان وهنا فرعان كثر وقوعهما، الأول حلف بالطلاق ليؤدين له اليوم كذا من دينه فعجز عنه بأن لم يكن معه شيء ولم يجد من يقرضه، الثاني ما يكتب في التعاليق متى نقلها أو تزوج عليها أو أبرأته من كذا من باقي صداقها فدفع لها جميع ما لها عليه قبل الشرط فهل تبطل اليمين والجواب أن ظاهر قوله في «القنية» والحاصل أنه متى عجز عن اليمين واليمين مؤقتة فإنها تبطل يقتضي بطلانها في الفرع الأول وكذا في «البحر».

وأقول: نقل في «عقد الفرائد» عن «التجنيس» ما حاصله لا أسكن في هذا البيت فأغلق الباب أو قيد المختار أنه لا يحنث فيهم، ولو قال: إن لم أخرج من هذا المنزل فكذا فقيد ومنع أو قال لها في منزل أبيها: إن لم تحضري الليلة إلى منزلي فأنت كذا فمنعها أبوها حنث فيهما هو المختار للفتوى، والفرق أن شرط الحنث في الأول الفعل وهو السكنى والإكراه يؤثر فيه وفي الثاني عدم الفعل والإكراه لا يؤثر فيه.

قال في «العقد»: وهذا معنى ما نقله بعض علمائنا الأصل في هذا الباب أن شرط الحنث إن كان عدماً وعجز عن مباشرة المختار الحنث وإن كان وجودياً وعجز فالمختار عدم الحنث انتهى واعتبارها الأصل يفيد الحنث في مسألتنا إذ شرط

فإن وجد الشرط في الملك طلقت، وانحلت وإلا لا، وانحلت، وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول له. إلا إذا برهنت.....

الحنث فيها عدمي كما هو ظاهر والله الموفق، وهذا من المواضع المهملة فكن فيه على بصيرة، وأما الثاني: ففي «نظم ابن وهبان» في الهبة وعزاه في «الشرح» إلى «المبسوط» لو قبض البائع الثمن ثم أبرأ المشتري منه صح الإبراء ويرجع على البائع بما دفعه إليه وهذا يقتضي بقاء اليمين لصحة الإبراء بعد القبض ويرجع بما وقع الإبراء به عليها إذ لا فرق بين دين ودين في هذا المعنى والمراد براءة الإسقاط لا براءة الاستيفاء كما لا يخفى (فإن وجد الشرط) الذي تقع به الطلاق بدليل قوله بعد طلقت فعم كلامه ما لو علقه بشرطين فإنه يشترط الملك إلى آخرهما وتنصيبه على ذلك بعد لخلاف زفر ولخفائه (في الملك) الذي ملك حبسهما، وهذا شامل لما إذا وجد في العدة (طلقت) لقبول المحل للجزاء (وانحلت) اليمين أي: انتهت لأن بقائهما ببقاء الشرط والجزاء لا وجود لها، (وإلا) أي: وإن لم يوجد الشرط في الملك (لا) أي: لا تطلق لعدم قبول المحل للجزاء (وانحلت) اليمين لوجود الشرط (وإن اختلفا) أي: الزوجان (في وجود الشرط) المعلق عليه طلاقها أي: في تحققه وثبوتها سواء كان وجودياً أو عدماً فتعبير بعض المتأخرين الوجود بالوقوع ليس فيه كبير فائدة (فالقول له)، لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ولأنه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك وهي تدعيه كذا في «الهداية» والعلة الثانية شاملة لما إذا علق طلاقها بعد دخولها الدار أو بعدم جماعها في الحيض وقالت: لم أدخل ولم تجمعي في فيه فإن القول له مع أن الأصل عدم ذلك وإنما كان القول لها فيما إذا قال وهي طهر خال عن الجماع أنت طالق للسنة، ثم قال: جامعتك في حيضك وأنكرت لأنه يريد إبطال حكم واقع بعد وجود السبب والمضاف إليه، أما الأول فلأن المضاف سبب للحال وأما الثاني فلأن الوقت وقت طلاق السنة بالفرض حتى لو كانت حائضاً قبل قوله، وعلى هذا لو ادعى قربانها بعدما آلى منها فإن كان بعد مضي المدة لم يقبل قوله وإلا قبل، وكذا لو قال: عبده حر إن طلقته ثم خيرها فقالت: اخترت نفسي وادعى أنها أخذت في عمل آخر قبل ذلك وأنكرت فالقول لها ووقع العتق لوجود سبب الطلاق والظاهر وقوعه ودعواه الإعراض دعوى المبطل فلا تقبل كذا في «الكافي» واعلم أن إطلاق «الكتاب» كغيره يقتضي أنه لو علق طلاقها بعدم وصول النفقة إليها عشرة أيام مثلاً فادعى الوصول وأنكرت أن القول له وبه جزم في «القنية» لكن صحح في «الخلاصة» وغيرها أن القول لها يعني في وجود الشرط فيقع الطلاق.

قال في «البحر»: وكأنه ثبت في ضمن قبول قولها في عدم وصول المال (إلا إذا

برهنت) أي: أقامت البرهان / يعني البينة على دعواها سواء كانت بينة على نفي أو [١/٢٢٤]

وما لا يعلم إلا منها فالقول لها في حقها كإن حضت فأنت طالق، وفلانة أو إن كنت تحبيني فأنت طالق، وفلانة فقالت: حضت، أو أحبك طلقت هي فقط.....

إثبات فقد ذكر السرخسي أن الشرط يجوز إثباته بالبرهان وإن كان نفيًا، كما لو قال لعبده: إن لم أدخل الدار اليوم فأنت حر فأقام بينته أنه لم يدخل تقبل، فعلى هذا يتخرج جواب واقعة الفتوى، ولو جعل أمرها بيدها إن ضربها بغير جنابة ينبغي أن تقبل وفي «شهادات الصغرى» إن لم تجئ صهرتي في هذه الليلة ولم أكلمها في كذا فامرأته كذا فشهد أنها لم تجئه ولم يكلمها وأنها طلقت قبلت كذا في الفصل الثالث عشر من «العمادية» لكن يشكل عليه ما سيأتي.

لو قال: إن لم أحج العام فعبدي حر فشهد بنحره بالكوفة لم يقبل عندهما خلافاً لمحمد لأنها قامت على النفي معنى نعم إن كان عدم القبول لاشتراط دعوى العبد كما قد قيل فلا إشكال، (وما) أي: وكل شرط (لا يعلم) وجوده (إلا منها فالقول لها في حقها) ظاهره من غير يمين ويدل عليه قوله: فقالت: حضت أو أحبك طلقت وهذا لأن الطلاق إنما تعلق بإخبارها وقد وجد، والمراهقة في هذه كالبالغة، واختلف فيما لو قال لعبده: إن احتلمت فأنت حر فقال: احتلمت فروى هشام أنه لا يصدق والأصح أنه يصدق لأن الاحتلام لا يعرفه غيره كالحيض كذا في «المحيط» (كإن حضت فأنت طالق، وفلانة أو إن كنت تحبيني) سواء قال بقلبك أو لا أو تحبيني يعذبك الله بنار جهنم أو تحبين الفراق أو الطلاق كما في «المحيط» أو تكرهين الجنة أو تبغضيني (فقالت: حضت) وهي حائض فإن طهرت لم يقبل قولها لأنه ضروري فيشترط قيام الشرط ولم أر ما لو كانت صغيرة لا تحيض مثلها أو آيسة وينبغي أن يقبل قول الآيسة لا الصغيرة (أو) قالت: (أحبك) أو أحب أو أكره أو أبغض (طلقت هي فقط) دون فلانة إذا كذبها الزوج بإجماع الأربعة، فإن صدقها طلقت فلانة أيضاً وكذا تطلق فلانة إذا علم وجود الحيض منها كما في «الجوهرة». فإن قلت هذا الحصر ممنوع فإنه لو قال: إن شربت مسكراً بغير إذنك فأنت كذا وشربه ثم اختلفا في الإذن فالقول له والبينة لها كذا في «الحافظية».

ولو قال: إن ذهبت إلى بيت أبي بغير إذنك فأنت طالق فادعى إذنها وأنكرت فالقول له لأنه ينكر وقوع الطلاق نص عليه في «الصيرفية» ومعلوم أن الإذن لا يستفاد إلا منها قلت: كل من الحيض ونحو المحبة لا يطلع عليها غيرها بخلاف الإذن فإنه يطلع عليه غيرها بقولها إذ هو فعل اللسان، قيد بمحبتها لأنه لو علقها بمحبة غيرها توقف الوقوع على تصديقه فقد نص في «المحيط» على أنه لو قالت: أنت كذا إن لم تكن أملك تهوى ذلك فقالت الأم: أنا لا أهواه وكذبها الزوج لا تطلق فإن صدقها

وبرؤية الدم لا يقع فإن استمر ثلاثاً وقع من حين رأت، وفي.....
 طلقت وعن محمد لو قال: إن كان فلان مؤمناً فأنت طالق لا تطلق لأن هذا لا يعلمه
 غيره وإن كان هو من المسلمين ويصلي ويحج.

ولو قال: لي إليك حاجة فقال: امرأته طالق إن لم أقضها، فقال: هي أن تطلق
 زوجتك كان له أن لا يصدقه وفي «الخانية» إن سررتك فأنت طالق فضررها فقالت:
 سرتي قالوا: لا تطلق لأننا تيقنا بكذبها واستشكله بأن السرور لا يتوقف عليه فينبغي
 أن يتعلق الطلاق بخبرها وإن تيقنا بكذبها كقوله: إن كنت تحبيني يعذبك الله بنار
 جهنم فقالت: أحب ولو أعطها ألف درهم فقالت: لم يسرتي كان القول لها
 لاحتمالها طلبها الألفين فلم يسرها الألف انتهى، وقد يفرق بينهما بأن إبلام الضرب
 القائم بها دليل ظاهر على كذبها بخلاف مجرد محبة العذاب فإنه لا دليل فيه على
 التيقن بكذبها بل لشدة بغضها إياه، وقد تحب التخلص منه به وعلى هذا فينبغي أنه
 لو قال لها: إن كنت تحبين العذاب فأنت كذا فحرقها بالنار فقالت: أحببته أنه لا يقع
 ثم رأيت في «فتح القدير» ما يومئ إلى ذلك حيث قال: جاز أن تحملها شدة بغضها
 مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب للحال على الخلاص منه بالعذاب، واعلم أن
 تسوية المصنف بين الحيض والمحبة في الطلاق لا يقتضي عدم الفرق بينهما من
 وجه آخر فقد فرقوا بينهما بأن التعليق بالمحبة يقتصر على المجلس بخلاف الحيض
 وأنها لو كانت كاذبة في الإخبار طلقت ديانة في التعليق بالمحبة بخلاف الحيض.
 وفي «الفوائد الظهيرية» أنت طالق إن كنت أنا أحب كذا ثم قال: لست أحبه فهي
 امرأته ديانة أيضاً.

قال السرخسي: هذا مشكل لأنه يعرف ما في قلبه وإن كان لا يعرف ما في
 قلبها لكن الحكم يدار على الظاهر وهو الإخبار وجوداً وعدمياً (وبرؤية الدم لا يقع)
 الطلاق المعين بحيضها لجواز أن يكون المرئي دم استحاضة (فإن استمر) الدم (ثلاثة
 أيام وقع) الطلاق (من حين رأت) الدم لأنه بالاستمرار تبين أن المرئي كان حيضاً من
 الابتداء وفائدة / هذا الإسناد تظهر فيما إذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت
 الدم، أو كان المعلق بالحيض عتقاً فجنى العبد أو جنى عليه بعد رؤية الدم قبل أن
 يستمر فإذا استمر صح النكاح وكانت الجنائية جنائية الإحرام، (و) فيها إذا خالعتها
 (في) الثلاث حيث يبطل الخلع لأنها مطلقة قاله الحدادي ونظر فيه بأن البائن يلحق
 الصريح لكن الظاهر أنه محمول على ما إذا لم تكن مدخولاً بها وعليه فلا إشكال
 وعلى المفتي بأن يقول: طلقت حين رأت الدم ولا تحسب هذه الحيضة من العدة
 لأن الشرط حيث كان هو رؤية الدم لزم أن يكون الوقوع بعد بعضها، ومن ثم قالوا:

إن حضت حيضة يقع حين تطهر وفي إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة وإن ولدت أنثى فثنتين فولدتها، ولم يدر الأول تطلق واحدة قضاء وثلثين تنزهاً ومضت العدة.....

(إن) الطلاق بدعي ولو ماتت بعدما تزوجت من ساعتها كان ميراثها للزوج الأول دون الثاني كما في «الخانية».

وفي قوله: (حضت حيضة يقع) الطلاق (حين تطهر) أي: يحكم بطهرها إما بانقطاعه لعشرة أو بالاعتسال أو بما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة ديناً في ذمتها فيما إذا انقطع لما دونها، لأن الحيضة اسم للكامل منها، وكذا لو قال: أنت كذا نصف حيضة كان الحكم كما في حيضه، ولو قال: إذا حضت نصفها فأنت كذا وإذا حضت نصفها الآخر فأنت كذا لا يقع شيء ما لم تحض وتطهر فإذا طهرت وقع طلقتان كذا في «الجوهرة» ولو كانت حائضاً لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض، فإن نوى ما يحدث من هذا الحيض فهو على ما نوى، وكذا إذا قال: إن حبلى إلا أنه هنا إذا نوى الحبل الذي فيه لا يحنث لأنه ليس له أجزاء متعددة بخلاف الحيض قاله الحدادي.

ولو قال لطاهرة: إذا طهرت فأنت كذا لم تطلق حتى تحيض فتطهر، قيد بقوله إن حضت لأنه لو قال لها: أنت كذا قبل أن تحيض حيضة طلقت إذا حاضت ولا ينتظر طهرها (وفي) قوله: (إن ولدت ولداً ذكراً فأنت طالق) طلقة (واحدة وإن ولدت أنثى فثنتين فولدتها) أي: واحداً بعد واحد (ولم يدر الأول) منهما (تطلق واحدة قضاء واثنتين تنزهاً) تباعداً عن الحرمة.

(ومضت العدة) أي: انقضت لأن الغلام إن كان أولاً تقع واحدة وبوضع الجارية تنقضي العدة ولا يقع، شيء لما استقر أن الطلاق المقارن لانقضائها لا يقع وإن كانت الجارية أولاً وقعت اثنتان ولا يقع بالغلام لما قلنا ولو اختلفا فالقول للزوج وقيدنا بكون الولادة واحداً بعد واحد لأنه لو تحقق ولادتهما معاً وقع الثلاث وتعتد بالإقرار ولم يذكره لاستحالة عادة، وقيد بكونه لم يدر الأول لأنه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع بالآخر شيء لما مر ويكون المولود غلاماً أو جارية لأنها لو ولدت معه جاريتين وقع اثنتين قضاء وثلث تنزهاً لأن الغلام إن كان أولاً تطلق ثلاثاً واحدة به واثنتان بالجارية الأولى وإن كان آخرها وقع اثنتان بالجارية الأولى ولم يقع بالثانية شيء ولا بالغلام لما مر ولو ولدت غلامين وجارية واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث، قيد بالولادة لأنه لو قال: إن كان حملك غلاماً فأنت طالق واحدة وإن كان جارية ثنتين

والملك يشترط لآخر الشرطين،.....

فأنتان فولدتهم والمسألة بحالها لم تطلق لأنه اسم جنس مضاف فيعم كله فما لم يكن الكل غلاماً أو جارية لم تطلق، وكذا لو قال إن كان ما في بطنك غلاماً والباقي بحاله لأن كلمة ما عامة، ولو قال: إن كان في بطنك والمسألة بحالها وقع الثلاث ولو علق طلاقها بحبلها لم تطلق حتى تلد لأكثر من سنتين من وقت اليمين، ويندب أن يستبرئها قبل أن يطأها لتصور حدوثة، (والملك) أي: ملك الطلاق (يشترط) وجوده (لآخر الشرطين) دون أولهما يعني بعد انعقاد اليمين لقوله أول الباب: إنما يصح في الملك أو تضاف إليه. اعلم أن تحقق الشرطين إنما يكون بتكرار إرادتهما وهو على وجهين بواو وبغيره، أما الثاني فكقوله إن أكلت إن لبست فأنت طالق لا تطلق ما لم يوجد بأن تلبس ثم تأكل لا فرق في ذلك بين تقديم الجزاء أو تأخيره أو توسطه، ويشترط الملك عند آخرهما وهو الملفوظ به أولاً في التقديم والتأخير وفي التوسط عندهما.

ففي «التجريد» قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلاناً لا بد من اعتبار الملك عند الشرط الأول فإن طلقها بعد الدخول ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلاناً وهي في العدة طلقت انتهى.

وعلله في «البدائع» بأن جعل الدخول شرط انعقاد اليمين كأنه قال عند الدخول: إن كلمت فلاناً فأنت طالق واليمين لا تنعقد إلا في الملك أو مضافة إليه فإن كانت في ملكه عند دخول الدار صحت اليمين المتعلقة بالكلام / فإذا كلمت يقع، وإن لم تكن في ملكه عند الدخول لم يصح التعليق فما في «فتح القدير» من أن ما في «التجريد» بناء على الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده فيه تأمل، إذ لو كان كذلك لكان الشرط الأول هو الكلام وما في «التجريد» ظاهر في أنه الدخول وبه صرح في «البدائع» هذا إذا كان الثاني غير الأول فإن كان عينه كأن دخلت هذه الدار إن دخلت هذه الدار فعبدي حر حنث بدخول واحد استحساناً، ويجعل الثاني تكراراً والقياس أن لا يحنث إلا بدخولين، ولقائل أن يقول لو جعل تكراراً لزم ثبوت الحرمة حالاً ويصير الثاني فاصلاً كما في أنت حر وحر إن شاء الله تعالى، وحاصل الجواب أن مع العطف لا يمكن جعل الثاني تكراراً لفظاً وإن كان تكراراً معنى إذ لا يعطف الشيء على نفسه، فكان فاصلاً لانتفاء التكرار بخلافه مع عدمه كما في «البرزازية»، وفي «الخانية» إن دخلت الدار وإن دخلت الدار فأنت طالق فهذا على دخلتين انتهى، فإما أن يفرق بين صورتين أو أن هذا اختيار لوجه القياس، وفي «المحيط» لو قال: إن تزوجتك وإن

ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه،

تزوجتك فأنت طالق لم يقع حتى يتزوجها مرتين بخلاف ما إذا قدم الجزاء أو وسطه وعلى هذا فيفرق بين ما إذا كان بالواو أو بدونه فيما إذا أجزأه وكان بمعنى واحد فليحفظ كذا في «البحر» .

أما الأول فإذا قال: أنت طالق إذا قدم فلان وفلان أو ذكر بكلمة إن أو متى فأيهما قدم أولاً وقع الطلاق ولا ينتظر قدوم الآخر، وكذا إذا خلل الجزاء بين الشرطين ولا بد من الملك عند أيهما وجد، فإن قدما معاً لم يقع إلا واحدة فإن أخره لم يقع حتى يقدم، أما إذا لم يكرر الأداة بل ذكر شرطاً متعلقاً بشيئين من حيث هو متعلق بهما كان كلمت أبا عمر وأبا يوسف، وإن دخلت دار زيد ودار عمرو فأنت كذا اشترط قيام الملك عند آخرهما عندنا، وقال زفر عند كل منهما، وقياسه فيما إذا كان فعلاً قائماً باثنين من حيث هو قائم بهما أن يكون كذلك نحو إن جاء زيد وعمرو فأنت طالق فلا يقع إلا أن يجيء كل منهما، وإذا علم هذا فالمراد بالشرطين أمر يتعلق الطلاق بهما ولا يقع بأحدهما، سواء كانا شرطين حقيقة بتعدد أداتهما أو لا فقصر الشارح كلام المصنف على ما إذا كان الشرط ذا وصفين مما لا ينبغي، واعترض الكمال على الشارح في جعله مسألة الكلام من تعدد الشرط سهو لأنه إنما جعله من قبيل الشرط المشتمل على وصفين، وعلى حمل عبارة المصنف لا من قبيل تعدد الشرط ويرد عليه ما إذا وسط الجزاء فإنه حينئذ يشترط الملك لأولهما وعن هذا أجاب ابن الملك إنما اشترط في الأولى لانعقاد الثانية وقد مر أن التعليق إنما يصح في الملك أو مضاف إليه، وأنت خبير بأن هذا فيه إيهام خلاف الواقع وذلك أن الشرطين صادقان بالعطف أيضاً، وقد علمت أنه يقع الطلاق معه بأولهما، ودعواه أن الشارح لم يجعله من تعدد الشرط كما فهمه في «فتح القدير» سهو وذلك أنه قال بعد ذكر كلام المصنف يعني إذا كان الشرط ذا وصفين إلى آخره وهو ظاهر في أن هذا من تعدد الشرطين وكان العذر للشارح أنه لا يصح أن يراد كل شرطين لما قد علمته بخلاف كل شرط ذا وصفين فإن اشتراط الملك آخره صحيح فتدبر هذا المقام فإنه من مزال الأقدام، (ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه) أي: تعليق الثلاث قال مسكين: وإلى هذا يشير أكثر الكتب والأولى أن يعود إلى الزوج يشمل ما دون الثلاث .

وفي «البحر» الأولى أن يعود إلى الطلاق ولا يخفى أن إضافة المصدر إلى فاعله هي الأصل ومعنى المسألة أنه لو علق طلاقها ثلاثاً أو واحدة أو اثنتين بدخول الدار فطلقها ثلاثاً ثم عادت إليه بعد زوج آخر ثم دخلت لم تطلق لأن المعلق إنما هو طلاقات هذا الملك وقد فات قيد بالثلاث لأنه لو طلقها اثنتين فعادت إليه بعد زوج

ولو علق الثلاث، أو العتق بالوطء.....

آخر وقد كان المعلق الثلاث فوجد طلقت ثلاثاً عندهما وعند محمد ما بقي من الأول بناء على مسألة الهدم الآتية، وعلى هذا تفرع ما لو كان المعلق واحدة والمنجز اثنتين فعادت إليه بعد زوج آخر ووجد الشرط حرمت عنده حرمة غليظة، وعندهما لا تحرم، وأورد بعض الأفاضل أنه يجب أن لا يقع إلا واحدة لقولهم: المعلق طلقتان هذا الملك.

وأجاب في «الفتح» بأن هذه قضية مشروطة بدوام ملكه لها فإذا زال بتطليقها اثنتين بقي المعلق ثلاثاً مطلقة ما بقيت محليتها، وأمكن وقوعها وهذا ثابت في تنجيذه الاثنتين فيقع وقيد بالطلاق لأن الظهار لا يبطل به لأنه تحريم الفعل لا الحل الأصلي إلا أن قيام النكاح من شرطه فلا يشترط / بقاؤه لبقاء المشروط. تتميم: مما [٢٢٥/ب] يبطل به أيضاً الحكم بلحاظه مرتداً بدار الحرب كما مر، وفوت محل البر نحو إن كلمت فلاناً أو دخلت هذه الدار فمات أو جعلت بستاناً ومنه ما في «القنية» لا يخرج من بخارى إلا بإذن هؤلاء الثلاثة فجن أحدهم لا يخرج، ولو مات لم يحنث لبطان اليمين وستأتي مسألة الكون بفروعها، (ولو علق) الطلقات (الثلاث أو) علق (العتق بالوطء) في الجماع بأن قال: إن وطئتك أو جامعتك فأنت كذا حنث بالتقاء الختانيين ولو نوى بالأول الدوس بالقدم لم يصدق في صونه عن الجماع لكن يحنث به أيضاً.

ولو قال: إن وطئت كان على الدوس بالقدم باتفاق أصحابنا، كذا في «الدراية» وبالثاني الموافقة لها في شيء من الأشياء فالظاهر أنه لا يصدق أيضاً، حكى عن الطحاوي: أنه كان يملئ أمته مسائل قائللاً فيها إننا جامعناكم على كذا أستم جامعتمونا على كذا مريداً هذا المعنى فتبسمت يوماً فقال لها: ما شأنك فتبسمت أيضاً فلما أحس أنها ذهبت إلى الجماع المعروف بهذا اللفظ غضب وقطع الإماء وقال: اللهم إني لا أريد الحياة بعد هذا فمات بعد خمسة أيام وكان سنه اثنتين وستين أو إحدى وستين بناء على الاختلاف في ولادته فقبل سنة تسع وعشرين وقيل ثلاثين ومائتين ولم يختلفوا في أن موته سنة إحدى وعشرين وثلاث مائة، وله من الكتب «أحكام القرآن ومعاني الآثار ومشكل الآثار والمختصر الفقهي والشروط الكبير والصغير والأوسط والمحاضر والسجلات والوصايا والفرائض وتاريخ كبير ومناقب أبي حنيفة والنوادر الفقهية والنوادر والحكايات واختلاف الفقهاء وعقيدة في أصول الدين وحكم أراضي مكة وقسمة الفيء والغنائم» وشرح «الجامع الصغير» و«الكبير» والعقيدة وغير ذلك تفقه على جعفر أحمد بن أبي عمران وموسى بن عيسى وغيره

لم يجب العقر باللبث، ولم يصر به مراجعاً في الرجعي، إلا إذا أولج ثانياً ولا تطلق في إن نكحتها عليك، فهي طالق فنكح عليها في عدة البائن ولا في أنت طالق إن شاء الله

تغمده الله برضوانه، (لم يجب العقر) بضم العين دية الفرج المغصوب وصدّاق المرأة كذا في «القاموس» وفي «المصباح» إنه دية فرج المرأة إذا غضب ثم كثر حتى استعمل في المهر وبفتحتها الجرح، (باللبث) بفتح اللام وسكون الباء المكث من لبث كسمع وهو نادر لأن المصدر من فعل بالكسر قياسه بالتحريك إذا لم ينفذ كذا في «القاموس» أيضاً وعن الثاني وجوبه في الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وجه الظاهر أن الجماع الثاني هو الإدخال ليس له دوام حتى يكون لدوامه حكم الابتداء.

(ولم يصر به) أي: بالمكث (مراجعاً في) الطلاق (الرجعي)، هذا قول محمد لأنه فعل واحد فليس لآخره حكم على حدة، وقال الثاني: يصير مراجعاً لوجود المس بشهوة وهو القياس (إلا إذا أولجه ثانياً) حقيقة أو حكماً بأن حرك نفسه فإنه يجب عليه العقر ويصير مراجعاً اتفاقاً، لكن لا يجب الحد ولقائل أن يقول: هذا في الطلاق مسلم لوجود العدة أما في العتق فينبغي أن يجب لخلو الوطاء عن الملك وشبهته وجوابه أن هذا ليس بابتداء فعل من كل وجه لاتحاد المجلس والمقصود، واعلم أنه روي عن محمد أنه لو زنى بامرأة فتزوجها في تلك الحالة فإن لم ينزع من ساعته بل لبث وجب مهران مهر بالوطء ومهر باللبث لأن دوامه على ذلك فوق الخلوة، وهذا يشكل على ما مر إذ قد جعل لآخر هذا الفعل الواحد حكم على حدة.

(ولا تطلق) الجديدة (في) قوله للقديمة: (إن نكحتها) أي: فلانة (عليك فهي طالق فنكح) فلانة (عليها في عدة) الطلاق (البائن)، لأن الزوج هو أن يدخل عليها من يشاركها في القسم ولو يوجد، قيد بقوله عليك لأنه لو لم يقله طلقت الجديدة بالبائن لأنه لو كان رجعياً طلقت كذا في «شرح مسكين» وينبغي أن يقيد بما إذا أراد رجعتها لما مر من أنه لا يقسم لها إلا عند هذه الإرادة، وهذه واردة على المصنف (ولا) تطلق في قوله: (أنت طالق إن شاء الله)، حاصله أنه إذا علقه بمشيئة من لا تعلم مشيئته أو بإرادته أو محبته أو رضاه كالباري والملائكة والجن والإنس والحائط وأشرك معه من تعلم مشيئته كإن شاء الله وزيد بأداة هي إن أو إلا إن أو إذا أو ما أو الباء أو إن لم تطلق لرواية الترمذي: «من حلف على يمين وقال: إن شاء الله لم يحنث»^(١) ولو قال: بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو بعلمه أو بقدرته أو بعونه وقع

(١) أخرجه الترمذي (١٥٣٢).

للحال، سواء أضافه إلى الله أو إلى العبد، بخلاف ما إذا أضاف المشيئة وما بعدها إلى العبد حيث يكون تملكاً يقتصر فيه على مجلس علمه فإن شاء فيه بأن قال: شئت وكله إلى فلان وقع ذكر الطلاق أولى، ولو أتى باللام التعليلية / وقع في الوجوه كلها [٢١٦/٢١٦] سواء أضافه إلى الله تعالى أو إلى العبد، ولو بقي لم يقع في الوجوه كلها إن أضافه إلى الله تعالى إلا في العلم والقدرة إن أراد حقيقتها وإن أضافه إلى العبد كان تملكاً في الأربعة الأولى وما بمعناها من الهوى والرؤية تعليقاً في الباقي، والحاصل أن هذه المسألة أعني ما إذا لم يعلق بإن على ستين وجهاً وذلك أن كل واحد من هذه الألفاظ العشرة إما أن يضاف إلى الله تعالى أو إلى العبد وكل وجه على ثلاثة لأنه إما أن يكون بالباء أو اللام أو بقي. واعلم أن عدم الوقوع فيما شاء الله مسلم بتقدير كون ما مصدرية ظرفية لا ما إذا قدرت موصولاً اسماً أي: الذي شاء الله تعالى من الواقع واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ولا شك في أنت طالق المذكور هنا فصار كقوله: أنت طالق كيف شئت كذا في «الفتح».

ولكنه إنما يتم بتقدير إرادة المقدر الذي شاء الله تعالى وليس بمتعين لجواز أن يراد الطلاق الذي شاء الله تعالى ومشيعته لا تعلم فلم يقع إذ العصمة ثابتة بتعين فلا تزول بالشك ثم التعليق بالمشيئة إبطال عندهما، وقال الثاني: إنه تعليق وقد نقل الخلاف بين الشيخين على عكسه، وأثر الخلاف يظهر فيما إذا قدم الشرط فقال: إن شاء الله أنت طالق، فعلى التعليق تطلق لعدم إلغاء في عدم وجوبها إلا على الإبطال وفي «المجمع» وإن شاء الله أنت طالق يجعله تعليقاً وهما تطبيقاً، وشرحه المصنف بناء على ما هو الظاهر فنسب إلى الثاني عدم الإيقاع بناء على أنه تعليق وإليهما الإيقاع قال في «الفتح»: وهو غلط فاجتنبه، والظاهر أن هذا الغلط واقع في المتن أيضاً إذ مقابلة التعليق بالتطبيق يقتضي عدم الوقوع على الأول والوقوع على الثاني وما في «البحر» أن الذي يقتضيه ما في المتن أنه يقع على التعليق لعدم الرباط ولا يقع عندهما ياباه قوله: وهما تطبيقاً، وفيما إذا جمع بين يمينين فقال: أنت طالق إن دخلت الدار وعبدي حر إن كلمت زيدا إن شاء الله فعلى التعليق يعود إلى الثانية وعلى الإبطال إلى الكل وفيما إذا حلف لا يحلف بالطلاق وقال حنث على التعليق لا الإبطال، وفيما إذا قال: كنت طلقك أمس إن شاء فعندهما لا يقع وعند أبي يوسف يقع.

قال في «الفتح»: وفي «فتاوى» قاضي خان الفتوى على قول أبي يوسف إلا أنه عزى إليه الإبطال فتحصل على أن الفتوى على أنه ظاهر على أنه باطل أو إبطال وجزم

في «البحر» بأن هذا سهو، وإنما عزي إليه قاضي خان اليمين حيث قال: لو قال: إن شاء الله أنت طالق لا تطلق في قول أبي يوسف وتطلق في قول محمد والفتوى على قول أبي يوسف، وكذا لو قال: إن شاء وأنت طالق، ثم اختلف أبو يوسف ومحمد أن الطلاق المقرون بالاستثناء في موضع يصح الاستثناء هل يكون يمينا؟ قال أبو يوسف: يكون يمينا حتى لو قال: إن حلفت بطلاقك فعبدني حر ثم قال لها: أنت طالق إن شاء الله حتى صح الاستثناء عندهما حنث في قول أبي يوسف، وقال محمد: لا يكون يمينا ولا يحنث وكذا لو قال لامرأته: أنت طالق إن دخلت الدار وعبدني حر إن كلمت فلانا إن شاء الله تعالى على قول محمد ينصرف الاستثناء إلى الطلاق والعتاق جميعاً وعلى قول أبي يوسف ينصرف إلى اليمين الثانية انتهى، قال: فظهر بهذا أن أبا يوسف قائل بأنها يمين لا إبطال وأن على القول بالتعليق لا يقع الطلاق فيما إذا قدم الشرط ولم يأت بالغاء كما في «شرح المجمع» لأنه يقع الطلاق فيما إذا قدم الشرط على القول به، وإن «شارح المجمع» قد غلط كما توهمه في «فتح القدير».

وأقول: أنت خبير بأن مقتضى الإبطال القابل للتعليق عدم الوقوع فيما إذا قدم المشيئة فقله في «الفتح» إلا إليه عزي إليه الإبطال أي الموماً إليه بعدم الوقوع لا خصوص هذا اللفظ كما توهمه في «البحر» فجزم بأنه سهو ولا يصح أن يخرج هذا على القول بالتعليق إذ لا يعرف ثبوته مع عدم الرابط، فتعين أن يخرج على الإبطال فعليك أبدأً بالتدبير في كلام هذا الإمام مخافة أن تنزل بك الأقدام، وما في «البنزاية» أن الفتوى على قول الثاني من الحنث فيما إذا حلف لا يحلف فخرج على التعليق، وقد علمت أن بعض المشايخ نسبه إليه، وما فيها أيضاً أنت طالق إن شاء الله أنت طالق فالاستثناء ينصرف إلى الأول ويقع الثاني وقال زفر: لا يقع شيء، وكذا أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله تعالى طالق وقعت واحدة في الحال مبني على كل القولين أعني التعليق والإبطال، وهذا لأن الجملة الثانية منعطفة على الأولى وتوهم في «البحر» بناء على ما سبق له من أنه يصح أن يوجد التعليق مع عدم الرابط ولا يقع فقال: ينبغي أن تكون الفتوى على قول زفر لما مر من عدم الوقوع في إن شاء / الله أنت طالق وأنت قد علمت ما هو الواقع (متصلاً) بما قبله بأن لم يكن بين اللفظين فاصل حقيقي ولا حكمي، فمن الأول السكون بلا عذر تنفس أو جشاء أو تفل لسان أو إمساك لفيه، ومن الثاني أنت طالق إن شاء الله تعالى وثلاثاً وواحدة إن شاء الله عند الإمام وقالوا: يقع وأجمعوا أنه لو قال: طالق واحدة وثلاثاً إن شاء الله لم يقع،

وإن ماتت قبل قوله: إن شاء الله.....

وفي «النوازل» والله لا أكلم فلاناً أستغفر الله إن شاء الله فهو مستثنى ديانة لا قضاء ولو قال: أنت طالق ثلاثاً بواوين وقع، ولو قال: واحدة بائنة لم يقع كذا في «الشرح» وعلى هذا تفرع ما في «القنية» أنت طالق رجعياً إن شاء الله وقع وبائناً لا يقع ولو قال: رجعياً أو بائناً يسأل عن نيته فإن عنى البائن يقع وادعى في «البحر» أن الصواب عكس هذا لأن الفاصل موجود فيما إذا عنى الرجعي دون البائن.

وأقول: بل الصواب ما في «القنية» وذلك أن معنى كلامه أنت طالق أحد هذين ولهذا لا يكون الرجعي لغواً وإن نواه بخلاف ما إذا نوى البائن، وأما البائن فليس لغواً على كل حال (وإن ماتت) الزوجة (قبل قوله: إن شاء الله) لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجاباً والموت ينافي الوجوب دون المبطل، بخلاف ما إذا مات الزوج وهو يريد له لأنه لم يتصل به الاستثناء وتعلم إرادته بأن ذكر الآخر ذلك قبل الطلاق.

تتمة: ادعى الاستثناء أو الشرط في الطلاق أو الخلع وكذبتة فالقول له إلا إذا ذكر البدل كما في «الصغرى» ولو قال: ما قبضته إنما هو حق لي عليك وقالت: بل هو بدل الخلع فالقول له كذا في «الفصول» وإلا إذا شهد عليه بأنه طلق أو خالع بغير استثناء وقال: لم يستثن وهو من المسائل التي تقبل فيها الشهادة على النفي فإن لم يشهد عليه بل قال: لم نسمع منه غير لفظة الطلاق والخلع والزواج يدعي الاستثناء ففي «المحيط» القول له وفي «فوائد» شمس الإسلام^(١) لا يقبل قوله وفي «الفصول» وهو الصحيح.

وفي «الخانية» لو قال الزوج: طلقك أمس وقلت إن شاء الله ففي ظاهر الرواية القول قول الزوج وذكر في «النوادر» خلافاً بين أبي يوسف ومحمد، فعلى قول أبي يوسف يقبل وعلى قول محمد لا يقبل وعليه الاعتماد والفتوى احتياطاً في أمر الفروج في زمن غلب على الناس الفساد انتهى، ويوافقه ما نقله نجم الدين النسفي عن شيخ الإسلام أبي الحسن أن مشايخنا أجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق أن لا يصدق الزوج إلا ببينة لأنه خلاف الظاهر.

قال في «الفتح»: والذي عندي أن ينظر إلى حال الزوج فإن عرف بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي أن يؤخذ بما في «المحيط» من عدم الوقوع وإلا فبالوقوع، ومن الاستثناء أنت كذا لولا أبوك ولولا حسنك أو لولا أنني أحبك فلا

(١) وهي فوائد شمس الإسلام الأوزجندي، ذكرها في كشف الظنون فانظره (١٢٩٨/٢).

وفي أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة يقع ثنتان وفي إلا ثنتين واحدة وفي إلا ثلاثاً ثلاث.

يقع شيء كما في «الخانية» قال أبو الليث: ويقرب منه إن دخلت الدار فله علي أن أتصدق بمائة مثلاً لأن من الأمثال ما هو حقيقة ومنها ما ليس على الحقيقة وبه نأخذ، لأن في المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه إيجاب إلا أن يريد الرجل الإيجاب على نفسه فيلزمه كذا في «المحيط» (وفي) قوله: (أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة يقع اثنتان) شروع في بيان الاستثناء الوضعي بعد الفراغ من العرفي والحق بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام عن إثبات موجهه إلا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض وقدم المشيئة لمشابهتها للشرط في منع الكل وذكر إرادة التعليق غير أنه منع لا إلى غاية والشرط منع إلى غاية تحققه، ثم الاستثناء بيان بإلا وإحدى أخواتها أن ما بعدها لم يرد بحكم الصدور بما سبق إلى الفهم أن في المتصل تناقضاً من حيث أن قولك لزيد علي عشرة إلا ثلاثة إثبات للثلاثة في ضمن العشرة ونفي لها صريحاً فاضطروا إلى بيان كيفية عمله على ثلاثة أقوال:

الأول: - وعليه أكثرهم - : أن العشرة مجاز عن السبعة ولا قرينة، الثاني: أن المراد بعشرة معناها أي: عشرة أفراد فيتناول الثلاثة والسبعة معاً ثم أخرج منها ثلاثة حتى بقيت سبعة ثم أسند الحكم إلى العشرة المخرج منها الثلاثة فلم يقع الإسناد إلا على سبعة، الثالث: أن عشرة إلا ثلاثة موضوع بأن السبعة حتى كأنه وضع له اسمان مفرد وهو سبعة ومركب وهو عشرة إلا ثلاثة، وحجة كل قول مبسوط في «التلويح» وغيره (وفي) قوله: أنت طالق ثلاثاً (إلا اثنتين يقع واحدة) وفيه إيماء إلى صحة استثناء الأكثر وهو الأصح.

وعند الثاني: أنه لا يصح وبه قال أكثر البصريين، وظاهر الرواية هو الأول ولا خلاف في عد جواز استثناء الكل وإلى ذلك أشار بقوله: (وفي) أنت طالق (إلا ثلاثاً) يقع (ثلاث) لا فرق / في ذلك بين أن يكون بلفظ المصدر كما مثل أو مساويه كعبيدي أحرار لا ممالكي فيعتقون كما في «المبسوط» وغيره. [١/٢٢٧]

وفي «الولوالجية» قال لعبيده الثلاث: أنتم أحرار إلا فلاناً أو فلاناً وقع العتق ولا يصح استثناء الكل من الكل انتهى، ومنه أيضاً أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة علله في «المحيط» بأنه استثناء الكل من الكل، لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع وقالوا: لو قال: عبيدي أحرار إلا فلاناً أو فلاناً وليس له غيرهما لم يعتقوا وكذا نسائي طوالق إلا فلانة وفلانة لأن المساواة في الوجود لا يمنع صحة الاستثناء إن عدم وضعاً كقوله كل امرأة لي طالق إلا هذه أو قال: إلا هؤلاء وليس له غير هؤلاء كما في «المحيط» وعلى هذا فينبغي أنه لو قال: أنتن طوالق إلا فلانة وفلانة وليس له

غيرهما أن يقع، ولو قال: أنت طالق واحدة إلا نصفها وقعت واحدة أي: اتفاقاً وإنما اختلفوا في التوجيه فقيل: إن استثناء النصف وإن صح لكنه يصير كأنه قال: أنت طالق نصف تطلقه وهي مما لا يتجزأ فيتكامل، وقيل: لأنه استثناء الكل لأن ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله وأثر الخلاف يظهر فيما لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف واحدة وقع الثلاث على الأول وهو قول محمد وهو المختار، وعلى الثاني يقع اثنتان ونسب إلى الثاني وفي «الخانية» أنت طالق ثلاثاً إلا نصفها يقع اثنتان، ولو قال: إلا أنصافهن يقع الثلاث، ثم كون المتفرق لغواً مقيداً بما إذا لم يكن بعده استثناء آخر يكون خبراً للصدر فإن كان صح وعلى هذا تفرع ما لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة حيث يقع واحدة وقعت اثنتان لأن الاستثناء إذا تعدد بلا واو كان الكل إسقاطاً مما يليه فيلزم أن كل فرد إسقاط من الصدر وكل شفيح خبر له، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة أو اثنتين طولب بالبيان فإن مات قبله طلقت واحدة في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف وهو قول محمد وهو الصحيح لأنه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك.

وفي «المحيط» لو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة للسنة طلقت اثنتين للسنة في كل طهر واحدة، بخلاف ما لو قال: ثلاثاً بوائن إلا واحدة حيث يقع بائنتان، ولو قال: اثنتين إلا واحدة بائنة وقعت واحدة رجعية إلا أن ينوي بالبائنة الاثنتين، ولو قال: أنت طالق اثنتين إلا واحدة البتة وقعت بائنة والله الموفق بمنه ويمنه.

تمتة: اعلم أن الأصل أن المستثنى إذا وصف بما يليق بالمستثنى يجعل صفة للمستثنى ويبطل ببطلان المستثنى وإن كان يليق بالمستثنى منه لا غير قيل: يجعل وصفاً حتى يثبت بثبوته تصحيحاً بقدر الإمكان وقيل: يجعل وصفاً للكل تخفيفاً للمجانسة بين المستثنى والمستثنى منه لأنه الأصل ظاهراً وإن ذكر وصفاً يليق بهما قيل يجعل وصفاً للكل تحقيقاً للمجانسة وقيل للمستثنى منه لا غير لأنه لو جعل للمستثنى بطل هذا إذا ذكر وصفاً زائداً أو إن ذكر وصفاً أصلياً لا يعتبر أصلاً ويجعل ذكره وعدمه سواء، بيانه أنت طالق اثنتين إلا واحدة بائنة إلا واحدة بائناً تطلق رجعية لأنها لا تصلح صفة للمستثنى منه لا يقال طلقتان بائن بل للمستثنى فبطل ببطلانه، ولو قال: أنت طالق اثنتين البتة إلا واحدة تقع واحدة بائنة، وكذا أنت طالق اثنتين إلا واحدة البتة تقع واحدة بائنة، لأن البتة لا تصلح للمستثنى لعدم وقوعه بل للمستثنى منه فيجعل صفة للكل والمستثنى منه كأنه قال اثنتين البتة إلا واحدة، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً بائناً إلا واحدة يقع رجعيتان لأن كل منهما وصف أصل للثلاث لا يوجد

باب طلاق المريض

طلقها رجعياً، أو بائناً في مرضه،.....

بدونها فلا يفيد إلا بما أفاد الثلاث فلا يعتبر، فصار كأنه قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة كذا في «البرزانية» والله الموفق للصواب.

باب طلاق المريض

ويقال الفار أيضاً، وبه عنون بعض المتأخرين لأن حكم الباب لا يختص بالمريض والمصنف كغيره إنما ترجم به نظراً إلى أصلته فيه، ثم حده هنا أن يعجز عن قضاء مصالحه خارج البيت هو الأصح كما في «الشرح» وفي «البرزانية» وفي حقها أن تعجز عن المصالح الداخلة، وهذا أولى من قوله في «فتح القدير»: وأما في المرأة فإذا لم يمكنها الصعود إلى السطح فهي مريضة انتهى. وهو مذكور في «الذخيرة» ومقتضى الأول أنها لو قدرت على نحو الطبخ دون صعود السطح لم تكن مريضة وهو الظاهر والمفلوج والمسلول والمقعد / ما دام يزداد ما به فهو غالب الهلاك وإلا فكالصحيح وبه كان يفتي برهان الأئمة والصدر الشهيد، والمقرب للقتل كالمريض وكذلك المرأة في حال الطلقة وهل كذلك الصحيح في حال فشو الطاعون قال الشافعية: نعم.

قال في «الفتح»: ولم أره لمشايعنا انتهى، لكن قواعدهم تقتضي أنه كان كالصحيح قال العسقلاني في كتابه «بذل الطاعون»^(١) وهو الذي ذكره لي جماعة من علمائهم واستدل عليه في «الأشبه» كما سيأتي: إن من كان في صف القتال إذا طلق لا يكون فاراً وغيابة من كان ببلد فيها الطاعون أن يكون كذلك انتهى، (طلقها رجعياً، أو بائناً) طائعا احترازاً عما لو أكره على طلاقها فإنها لا ترث كما لو أكرهت على سؤالها الطلاق حيث ترث كما في «القنية» وعرف منه أن لو جامعها ابنه مكرهة فإنها ترث، ولم يقيده به لأن الطواعية هي الأصل فصرف الطلاق إليها، نعم الطلاق ليس بقيد بل كذلك لو أبانها بخيار بلوغ وتقبيل أمها وابنتها وردته كما في «البدائع» وكأنه أراد به كل فرقة جاءت من قبله (في مرضه)، قيد في البائن أما الرجعي فيتوارثان فيه مطلقاً ما بقيت العدة ولا يشترط فيه أهليتها لميراثه إلا وقت الموت

(١) واسمه بذل الماعون في فضل الطاعون للشيخ شهاب الدين أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، المتوفى سنة (٨٥٢هـ)، وهو مختصر جمع فيه الأحاديث الواردة في الطاعون وشرح غريبها. اهـ. كشف الظنون (١/٢٣٧).

ومات في عدتها ورثت، وبعدها لا.....

حتى لو كانت وقت الطلاق مملوكة أو كتابية فأعتقت أو أسلمت في العدة ورثته بخلاف البائن فإنه يشترط أهليتها فيه لإرثها من وقت الطلاق إلى الموت، وخرج به ما لو أبانها وهو صحيح ثم مرض (ومات) وهي في العدة فإنها لا ترث وعندني إنه كان ينبغي حذف الرجعي من هذا الباب لأنها فيه ترث، ولو طلقها في الصحة ما بقيت العدة بخلاف البائن فإنها لا ترثه إلا إذا كان في المرض، ولقد أحسن القدوري في اقتصاره على البائن، ولم أر من نبه على هذا ثم المراد بالمرض الذي اتصل به الموت حتى لو صح ثم مات (في عدتها) لم ترث أما إذا لم يصح حتى قتل أو مات من غيره (ورثت)، وكذا لو علق طلاقها بمرضه كما صححه في «الخانية» أو وكل به وهو صحيح فأوقعه حال مرضه فأدوا على عزله لا إذا لم يقدر كما في «الظهيرية»، وفي «الكافي» قال صحيح لزوجتيه: إحدكما طالق ثم بين ذلك في المرض صار بالموت فار.

أقول وعلى هذا فينبغي أنه لو حلف وهو صحيح لكنه حنث وهو مريض فبينة في واحدة أنه يكون فاراً أيضاً، ولم أره ولو كذبها الورثة بعد الموت في كون الطلاق فيه فالقول لها، بخلاف ما لو كانت أمة فادعت العتق قبل موته وقالت الورثة: إنما كان بعده حيث يكون القول لهم، واعلم أنه لو ارتد وهو صحيح وقتل على رده أو لحق بدار الحرب ورثته بخلاف ردها وهي صحيحة، والفرق أن رده في معنى مرض موته بخلاف ردها أما لو ارتدت وهي مريضة ورثها ومات في العدة فيه إيماء إلى أنها مدخول بها قيد بموته لأنها لو ماتت وهي مريضة في العدة لم يرثها الزوج لأنه بطلاقه إياها رضي بإسقاط حقه ورثت منه سواء علم أهليتها لإرثه أو لا، حتى لو كانت أمة أعتقها المولى أو كتابية أسلمت ولم يعلم حتى أبانها في مرضه ورثت، كما في «الظهيرية» وفي «الخانية» قال المولى لأمته: أنت حرة غدا وقال الزوج: أنت طالق ثلاثاً بعد غد إن علم بكلام المولى كان فاراً وإلا لا (وبعدها لا)، لأن الزوجية سبب لإرثها في مرضه وقد قصد إبطاله فرد عليه قصده بتأخير علمه إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها وقد أمكن، لأن النكاح في العدة يبقى في حق بعض الآثار فجاز أن يبقى في حق إرثها عنه بخلاف ما بعد الانقضاء لأنه لا إمكان وما في «البحر» قد علم من كلامهم أنه لا يجوز للزوج المريض التطلق لتعلق حقها بإرثه فيه نظر لأن الشارع حيث رد عليه قصده لم يكن آتياً إلا بصورة الإبطال لا بحقيقته فتدبره، وفي «البدائع» اختلف في الوقت الذي يصير النكاح سبباً لاستحقاق الإرث، فالمتأخرون على أن النكاح القائم وقت المرض هو السبب ويقولنا قال كثير من الصحابة بل لم

ولو أبانها بأمرها، أو اختلعت منه، أو اختارت نفسها بتفويضه لم ترث. وفي طلقني رجعية فطلقها ثلاثاً ورثت، وإن أبانها بأمرها في مرضه أو تصادقاً عليها في الصحة، ومضى العدة فأقر أو أوصى لها.....

يعلم عن صحابي خلفه كما في «الفتح» (ولو أبانها بأمرها) نبه بهذا على أن ذلك الإطلاق مقيد بما إذا كان الطلاق بغير رضاها، وأورد أن أمرها لا يزيد على قولها أسقطت ميراثي منك وثم لا يسقط، وأجيب بأن الميراث لا يحتمل السقوط مقصوداً ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض قيد بالبائن / لأن سؤالها الرجعي لا يمنع إرثها كما سيأتي وفي كلامه إشارة إلى أنها لو فارقته بجنب أو عنة أو خيار بلوغ أو عتقها لم ترث ولو وجدت هذه الأمور منها حال مرضها ورثها كذا في «الشرح» والمذكور في «الجامع» أنه في الفرقة بالجنب واللعان لا يرثها لأنه طلاق فكانت مضافة إليه وجزم به في «الكافي» (أو اختلعت منه) أي: من الزوج (أو اختارت نفسها بتفويضه) واحدة وهي قوله لها: اختاري نفسك (لم ترث) لأنها رضيت بإسقاط حقها، أما في الأول فالأمر منها بالعلة، وأما في الأخيرين فلأنهما باشرا العلة، أما في التخيير فظاهر لأنه تمليك منها وأما في الخلع فلأن التزام المال علة العلة لأنه شراء الطلاق ومباشرة إحدى وصفي العلة كمباشرتها.

وقالوا: لو طلقت نفسها ثلاثاً في صحته أو مرضه فأجازها الزوج في مرضه ورثته مع أن تطليقها ظاهر في رضاها به، وأجاب الشارح وغيره بأن المبطل للإرث إنما هو إجازته وأنت خيرير بأن هذا لا يجدي نفعاً فيما إذا كان الطلاق في مرضه إذ دليل المرض فيه قائم وفي «الخانبة» أبانها في مرضه ثم قال لها: إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثاً فتزوجها في العدة ومات في مرضه لم ترث لأنه موت في عدة مستقبلية فأبطل حكم الفرار بالطلاق الأول، والثاني وإن وقع إلا أن شرطه حصل بفعلهما فلا يكون فراراً خلافاً لمحمد قيد باختلاعها لأن الاختلاع الأجنبي لا يبطل إرثها، (وفي) قولها: (طلقني رجعية فطلقها ثلاثاً ورثت) تصريح بمفهوم قوله أبانها بأمرها، وهذا لأنها لم تكن بسؤالها الرجعي راضية بإبطال حقها، ولو قال: وفي طلقني فأبانها ورثت لكان أفود وأخصر إذ يعلم منه ما لو نصت على الرجعي أو أوقع ثلاثاً بالأولى.

وفي «البحر» أراد بالرجعي نفي سؤالها البائن وبالثلث البائن، ولك أن تقول: قيد بقوله رجعية احترازاً عما لو قالت بائنة فطلقها ثلاثاً فإنها لا ترث، كما هو مقتضى إطلاقه المتقدم، (وإن أبانها بأمرها) أي: الزوجة (في مرضه) أي: الزوج وأعاد المسألة ليجرب عليها وجوب الأقل من الإرث ومما أقر به (أو تصادقاً عليها) أي: على وجوب البيئونة منه (في الصحة و) على (مضى العدة فأقر) لها بدين (أو أوصى لها)

فلها الأقل منها ومن إرثها.....

بشيء تنازع فيه أقر وأوصى، (فلها الأقل منه) أي: من المقر والموصى به (ومن إرثها) منه ليست من فيها صلة لا فعل التفضيل لاقتضائه أن يكون الواجب أقل من كل واحد منهما بل للبيان وأفعل استعمل باللام فيجب أن يقال: أو من الإرث لأنه لما كان الأقل بينه بأحدهما وصلة الأقل محذوفة وهو من الأجزاء فلها أحدهما الذي هو أقل من الآخر، فتكون الواو بمعنى أو تكون على معناها لكن لا يراد بها المجموع بل الأقل الذي هو الإرث تارة والموصى به أخرى فتكون الواو للجمع لأن الأقلية ثابتة لكن بحسب زمانين قاله صدر الشريعة، واعترضه يعقوب باشا بأنها إذا كانت للجمع في أفعل بحسب زمانين لا يجب إذا كانت صلة أن يكون الواجب أقل من كل واحد منهما ومعلوم أن لها أحدهما لا غير، نعم لا يجتمع من واللام وجعلها في «إيضاح الإصلاح» متعلقة بالظرف أي: يثبت لها دائماً من الموصى به ومن الإرث ما هو أقل وهذا عند الإمام، وقالوا: في التصادق يجوز قراءة ووصية لأنها صارت أجنبية عنه فأنعدمت التهمة، ألا يرى أنه يقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها بخلاف الأولى، لأن بقاء العدة سبب للتهمة وله أن التهمة قائمة في المسألتين أما في الأولى فلبقاء العدة وأما في الثانية فلأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية فيزيد، والزوجان قد يتواضعان على ذلك لیبوئها الزوج بماله زيادة على ميراثها فيفتح، وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ولا تهمة في قدر الميراث ولا في حق الزكاة والشهادة، قال السروجي: وينبغي تحكيم الحال إن تركت خدمته في مرضه لخصومة سبقت فيصح لعدم التهمة، وإلا لا يصح أخذاً مما في «الذخيرة» قالت: تزوجت علي فقال: كل امرأة لي طالق قيل: الأولى تحكم الحال إن كان قد جرى بينهما خصومة نزل على غضه يقع الطلاق عليها أيضاً وإلا لا.

قال في «الفتح»: وقد يفرق بأن حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها: تزوجت علي ونحوه إذا أقرت بالمشاجرة أما هنا فلا إذ الإيضاء بما هو أكثر من الميراث ظاهر في أن تلك الخصومة ليست على حقيقتها، وكثير ما يفعل أهل الحيل ذلك للإعراض، وأنت خبير بأن اعتزالها عنه في مرضه الذي هو زمان للحرمة والشفقة ظاهر أيضاً في خصومته والإيضاء لها بالأكثر قد يكون طمعاً في إبراء ذمته وتذكيراً بسبق مودته وقد قرر في العدد عند قول صاحب «الهداية» / ومشايعنا يعني بخارى وسمرقند [٢٢٨/ب] يفتون في الطلاق إن ابتدأها من وقت الإقرار نفياً للتهمة والمواضعة انتهى، يعني ليصح إقرار المريض لها بالدين أو ليتزوج أختها أو أربعاً سواها وإذا كان مخالفة هذا الحكم بهذه التهمة فينبغي أن يتجزى به محال التهمة، والناس الذين هم مظانها،

ومن بارز رجلاً، أو قدم ليقتل بقود، أو رجم، فأبانها ورثت.....

ولذا فصل السعدي حيث قال ما ذكر محمد من أن ابتداء بها من وقت الطلاق محمول على ما إذا كانا متفرقين من الوقت الذي أسند الطلاق إليه أما إذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامه ظاهر فلا يصدقان في الإسناد انتهى، وهذا كما ترى ظاهر في تحكيم الحال، وإذا ثبتت التهمة وكان ابتداءها من وقت الإقرار على ما عليه الفتوى فينبغي أن لا تقبل الشهادة ولا يجوز دفع الزكاة لها أيضاً، وظاهر أنه لو مات بعدما انقضت عدتها من وقت الإقرار كان لها جميع ما أقر لها به أو أوصى كما في «العمادية» وقالوا: إنما تأخذه له شبهة بالميراث فلو توى شيء من التركة قبل القسمة كان على الكل، ولو طلبت أخذ الدراهم والتركة عروض لم يكن لها ذلك، وبالدين حتى كان للورثة أن يعطوها من غير التركة، وظاهر كلامهم أن ما تأخذه فيما لو أوصى لها فيه الشبهان أيضاً وهو ظاهر فيما لو أوصى لها بدراهم مرسله ففي وصايا «البرزانية» هي على ثلاثة أنواع: أن يكون الموصى له كالمودع والوصية في يد الموصي وورثته كالوديعة بأن يوصي بعين مال قائم يخرج من الثلث حتى لو هلك بلا تعد لا يضمن، الثاني: أن يكون الموصي كالشريك مع الورثة بأن يوصي بثلث ماله ولهذا لو استفاد مالا بعد الوصية يعطي ثلث المستفاد أيضاً.

الثالث: أن يكون الموصى له كالغريم بأن يوصي بالدراهم المرسله فإن لم تكن حاضرة تباع التركة وتعطى تلك الدراهم كالدين إلا أن الدين من كل التركة وهذه من الثلث انتهى. وفي «جامع الفصولين» قال لها في مرضه: كنت أبنتك في صحتي أو تزوجتك بلا شهود أو جامعك أمك أو ابنتك أو بيننا رضاع قبل النكاح أو تزوجتك في العدة وأنكرت بانته منه وترثه، لا لو صدقته، ولو ادعت عليه مريضاً أنه أبانها ثلاثاً فجحده وحلفه القاضي فحلف ثم صدقته ومات ترثه صدقته قبل موته لا لو بعده.

(ومن بارز رجلاً) أي: خرج عن صف المقاتلين لقتاله بيان لأن الفرار لا ينحصر في المرض بل كما يكون عند غلبة الهلاك بالمرض يكون عند غلبته مع عدمه أيضاً ولذا قيد بعضهم المسألة بما إذا علم أن المبارز ليس من أقرانه بل أقوى منه، (أو قدم ليقتل بقود) أي: قصاص (أو رجم) بزنا ثبت عليه، أو كان في سفينة فتلاطمت الأمواج بها وانكسرت به وبقي على لوح، أو افترسه سبع وبقي في فمه وقدمنا أن من هذا القبيل الحامل وقت الطلق، واختلف في تفسير الطلق، فقيل: هو الوجع الذي لا يسكن حتى يموت أو تلد، وقيل: وإن سكن لأن الوجع يسكن تارة ويهيج أخرى كذا في «المجتبى» (فأبانها) في هذه الأحوال (ورثت) لثبوت الفرار بهذه، وفي

إن مات في ذلك الوجه، أو قتل، ولو محصوراً، أو في صف القتال لا، ولو علق طلاقها بفعل أجنبي، أو بمجيء الوقت، والتعليق والشرط في مرضه، أو بفعل نفسه، وهما في مرضه، أو الشرط فقط، أو بفعلها ولا بد لها منه وهما في المرض، أو الشرط ورثت.....

قوله: (إن مات في ذلك الوجه أو قتل) عليه دون أن يقول: بذلك الوجه دلالة على أنه لا فرق بين أن يموت بهذا السبب أو بسبب آخر، ولذا قال في «الأصل»: مريض صاحب فراش أبان امرأته ثم قتل ورثته وما في «البحر» من أن تلاطم الأمواج قيده الإسبيجاني أن يموت من ذلك الموج أما لو سكن ثم مات لا ترث مما لا حاجة إليه، لأنه في هذه الحالة لم يمت في ذلك الوجه بخلاف ما لو قدم للقتل بسبب من الأسباب المتقدمة ثم خلى سبيله ثم قتل أو مات في ذلك الوجه.

(ولو) كان (محصوراً) أي: ممنوعاً في حصن لخوف عدو يقال: حصره العدو حصراً من حد قتل أحاطوا به ومنعوه من المضي لأمره (و) كان (في صف القتال) أو في مسبعة أو راكب في سفينة، أو محبوساً ليقتل في حد أو قصاص (لا) ترث، إذ الغالب فيه السلامة وإطلاقه يفيد أنه لا فرق بين أن تكون فئة من كان في القتال قليلة بالنسبة إلى الأخرى أو لا، ولم أره لهم (ولو علق) الزوج (طلاقها) يعني البائن ولم يقيده به اكتفاء بما مر أول الباب وهذا لأن قوله وهما في المرض أو الشرط فقط، إنما يتم في البائن (بفعل أجنبي) أراد به غير الزوجين لا خصوصه، إذ لو علق طلاقها بفعل ولدها منه كان كالأجنبي.

(أو بمجيء الوقت) كإن جاء رأس الشهر فانت كذا (و) الحال أن (التعليق والشرط في مرضه أو) علقه (بفعل نفسه) سواء كان له منه بد، ككلام زيد ودخول الدار أو لا، كالأكل والصوم والصلاة وكلام الأبوين وقضاء الدين واستيفاءه، دل على ذلك اشتراطه إلا أن يكون لها منه بد، (وهما) أي: التعليق والشرط (في مرضه أو الشرط) في مرضه (فقط أو) علقه (بفعلها ولا بد لها منه) طبعاً أو شرعاً كما مر (وهما في المرض أو الشرط) / فقط (ورثت) إذا كان التعليق بفعل أجنبي أو بمجيء الوقت [١/٢٢٩]

ووجدنا في المرض فلأن القصد إلى الفرار وقد تحقق بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله، ولذا لو كان الموجود في المرض إنما هو الشرط فقط لم ترث عندنا خلافاً لزرفر، وأما إذا كان بفعل نفسه وكانا في المرض أو كان الشرط في المرض فقط فلأنه قصد إبطال حقها بالتعليق والشرط أو بالشرط وحده لأن للشرط شيها بالعلل لما أن الوجود عنده فكان متعدياً من وجه صيانة لحقها، واضطراره لا يبطل حق غيره كإتلاف مال الغير حالة الاضطرار وعلى هذا تفرع ما في «البدائع» إن لم أطلقك أو إن لم أتزوج عليك فأنت طالق ثلاثاً فلم يفعل حتى مات ورثته ولو ماتت هي لم يرثها،

وفي غيرها لا، ولو أبانها في مرضه فصح فمات، أو أبانها فارتدت فأسلمت، فمات لم ترث وإن طاوعت ابن الزوج أو لاعن، أو آلى مريضاً ورثت،

وفي «الخانية» إن شئت أنا وفلان فانت طالق ثلاثاً ثم مرض فشاء الزوج والأجنبي معاً أو الزوج ثم الأجنبي ومات لم ترث، وإن شاء الأجنبي أولاً ثم الزوج ورثت انتهى. والفرق لا يخفى إذ بمشيئة الأجنبي أولاً صار الطلاق معلقاً على فعله فقط، وأما إذا كان بفعلها الذي لا بد منه وكان الشرط في المرض فلأنها مضطرة في المباشرة لما لها من الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا وفي العقبى، ولا رضى مع الاضطرار، وقال محمد: إذا كان التعليق في الصحة فلا ميراث لها مطلقاً قال فخر الإسلام: وهو الصحيح (وفي غيرها لا) أي: غير ما ذكر وهو ما إذا كانا في الصحة والتعليق فقط في الوجه الأول وكيف ما كان في فعلها الذي لها منه بد، والحاصل أن هذه المسألة على ستة عشر وجهاً وذلك أن التعليق إما بمجيء الوقت أو بفعل الأجنبي أو بفعله وكل وجه على أربعة، لأن التعليق والشرط إما أن يوجد في الصحة أو في المرض أو يوجد أحدهما دون الآخر وتفصيل الأوجه يعرف مما مر والله الموفق.

(ولو أبانها في مرض فصح) منه (أو أبانها فارتدت فأسلمت فمات لم ترث) في الوجهين، أما الأول فلأنه تبين أن هذا المرض ليس هو مرض الموت لما مر من أنه لا بد أن يتصل به الموت، فلم يتعلق حقها بماله، قيل: هذا الإطلاق مقيد بما إذا لم يكن به حمى ربع وهي ما كانت داخل العروق، فإن كانت فزالت ثم عادت جعلت الثانية عين الأولى فترث.

قال في «الدراية»: وفيه نظر لأنها لما زالت لم يبق لها تعليق بماله وفي هذا تصريح بأن المحموم مريض ووقع في «ملتقى الأبحر»^(١) لبرهان الدين الحلبي أنه ليس مريضاً ويمكن التوفيق بينهما بحمل الأول على ما إذا جاءت نوبتها، والثاني على ما إذا تأتى والله الموفق، وأما الثاني فلأنها بالردة أبطلت أهلية إرثها حتى لو مات أو لحق بدار الحرب وهي في العدة ورثت كما مر وفي «المحيط» لو ارتدا معاً ثم أسلم الزوج ومات لا ترث منه وإن أسلمت هي ثم مات مرتداً ورثته، لأن الفرقة وقعت ببقائه على الردة فصار بمنزلة ارتداده، (وإن طاوعت ابن الزوج) يعني بعدما أبانها ليخرج بذلك ما لو وقعت الفرقة بالمطوعة، ولو في عدة الرجعي فإنها لا ترث لما مر (أو لاعن) زوجته بعدما قذفها (أو آلى) منها حال كونه (مريضاً) قيد فيها (ورثت)

(١) هو للإمام الشيخ إبراهيم بن محمد الحلبي، المتوفى سنة (٩٥٦هـ)، جعله مشتملاً على مسائل القدوري والمختار والكنز والوقاية بعبارة سهلة. اهـ. كشف الظنون (٣/١٨١٤).

وإن آلى في صحته، وبانت منه في مرضه لا .

باب الرجعة

هي : استدامة الملك القائم في العدة، وتصح إن لم يطلق ثلاثاً،

أما في المطاوعة بعد البينونة فلأنها إنما ثبتت المحرمية وهي لا تنافي الإرث، وأما في اللعان والإيلاء فلأن الفرقة جاءت بسبب منه وهي ملجأة إلى اللعان لدفع العار عنها، ولا فرق في ذلك بين كون القذف في الصحة أو المرض وقال محمد: إن كان القذف في الصحة واللعان في المرض لا ترث ولا خلاف أنهما لو كانا فيه ورثت (وإن آلى) الزوج (في صحته، وبانت منه) بمضي المدة (في مرضه لا) أي: لا ترث لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق، وبمضي مدته الخالية عن الوقاع فيكون ملحقاً بالتعليق بمجيء الوقت والله الموفق للصواب .

باب الرجعة

ذكرها بعد الطلاق لأنها متأخرة عنه طبعاً فكذا وضعاً والجمهور على أن الفتح فيها أصح من الكسر خلافاً للزهري في دعوى أكثرية الكسر، وللمكي تبعاً لابن دريد في إنكار الكسر على الفقهاء، يتعدى ولا يتعدى يقال: رجع إلى أهله ورجعته إليهم رددته رجعاً ورجوعاً ومرجعاً، (هي استدامة النكاح القائم في العدة) زاد بعض المتأخرين بعد الوطء لما مر أن الخلوة الصحيحة تجب العدة بعدها ولا تصح الرجعة، ولا حاجة إليه في الماهية لأن هذا من الشروط، وعلى هذا فلو قال المصنف: هي استدامة القائم لكفاه إذ العدة من الشرط أيضاً ونقل البزازي وغيره أنه لو ادعى الوطء بعد الخلوة / وأنكرت كان له الرجعة لا في عكسه، ثم الدليل على ذلك قوله [٢٢٩/ب] تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢] أي: قاربن الانقضاء، والإمسك استدامة القائم لا إعادة الزائل ولذا صح منها الإيلاء والظهار واللعان وتناولها قوله: زوجاتي طوالق ولم يشترط فيها شهود، ولم يجب عوض مالي حتى لو راجعها على ألف توقف لزومها على قبولها وتجعل زيادة في مهرها وقال أبو بكر: لا تصير زيادة فلا تجب، ولو راجع الأمة على الحرة التي تزوجها بعد طلاقها صح، نبه بقوله: في العدة على أن غير المعتدة لا تراجع سواء كان انقضاؤها بالحيض في مدة تحتمل ذلك إلا إذا قالت: أسقطت سقطاً فإن طلب يميناً بذلك حلفت اتفاقاً .

(وتصح) الرجعة (إن لم يطلق) الزوج (ثلاثاً) أو اثنتين إن كانت أمة ولم يقترن الطلاق الواحد بعوض ما إذ لا صفة تنبئ عن البينونة ولا مشيئة ولم يكن بكناية يقع

ولو لم ترض براجعتك، أو راجعت امرأتي، وبما يوجب حرمة المصاهرة.....

بها البائن، وعلى هذا فلو قال: إن لم يطلق بائناً لكان أولى وفي «الخبانية» لو كان اللقيط امرأة أقرت بالرق لآخر بعدما طلقها اثنتين كان له الرجعة، ولو بعد ما طلقها واحدة لا يملكها، والفرق أنها بإقرارها في الأول تبطل حقاً يثبت له وهو الرجعة، بخلافه في الثاني إذ يثبت له حق البتة وفي «القنية» قال لزوجته الأمة: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً ثم أعتقت ودخلت وقع اثنتان وملك الرجعة، ولعل وجهه أن المعلق إنما وهو طلقات هذا الملك هو اثنتان وبالعتق ثبت له ملك آخر كما هو ظاهر.

(ولو لم ترض) بذلك بعد علمها ولو لم تعلم بها أصلاً، وما في «العناية» من أنه يشترط إعلام الغائبة بها فسهو، ولما استقر من أن إعلامها إنما هو مندوب فقط ولو قال: أبطلت رجعتي أو لا رجعة لي كان له الرجعة كما في «البدائع» (راجعتك) في حال خطابها بيان لركنها وهو قول أو فعل بدأ بالقول لأنه لا خلاف فيه، (وراجعت امرأتي) في حال غيابها أو حضورها وهذا من الصريح ومنه أرجعتك ورجعتك ورددتك أمسكتك، واشترط في بعض المواضع في الصلة بأن يقول إلي أو إلى نكاحي أو إلى عصمتي.

قال في «الفتح»: وهو حسن إذ مطلقه يستعمل في ضد القبول ومنه النكاح والتزويج عند محمد وعند الإمام لا تكون رجعة وعن الثاني روايتان، وجعل في «البدائع» قول محمد هو ظاهر الرواية وفي «الينابيع» وعليه الفتوى، والكناية أنت عندي كما كنت وأنت امرأتي فلا يصير مراجعاً إلا بالنية لأن حقيقته تصدق على إرادته باعتبار الميراث، (وبما) أي: وبكل فعل (يوجب حرمة المصاهرة) من الوطاء في قبلها واللمس والتقبيل على أي موضع كان من بدنها والنظر إلى فرجها الداخل بشهوة لا فرق بين كون اللمس وما بعده منه أو منها بعد كونه باختيار منه، فإن كان اختلاصاً بأن كان نائماً أو مكرهاً قيل: على قول أبي حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافاً لأبي يوسف وأجمعوا أنها لو أدخلت فرجه في فرجها وهو نائم أو مجنون كان رجعة، ومقتضى ظاهر كلامه أن الوطاء في الدبر لا يكون رجعة لما مر من أنه لا يوجبها لكن الفتوى على أنه رجعة وإن لم يوجب حرمة المصاهرة ولم أره لهم، وفي «المحيط» يكره التقبيل واللمس بغير شهوة إذا لم يرد الرجعة قيل فيه دلالة على أنهما لا يكونان رجعة يعني إذا تجردا عنها، لكن قولهم في الاستدلال على أن الفعل يكون رجعة بأن يصلح دليلاً على الاستدامة والدلالة إنما تكون بفعل يختص بالنكاح أي: يختص حكمه به يفيد عدم اشتراطها في القبلة لأن القبلة مطلقاً يختص حكمها به كذا في «الفتح».

والإشهاد مندوب عليها، ولو قال بعد العدة: راجعتك فيها فصدقته تصح، وإلا لا، كراجعتك فقالت مجيبة: مضت عدتي،

واختلفوا في رجعة المجنون على أقوال ثالثها اختصاصها بالفعل وجزم به البزازي وتقديم الشارح له يؤذن بترجيحه لما عرف من أنه مؤاخذ بأفعاله دون أقواله، (والإشهاد) أي: إظهار عدلين (مندوب عليها) أي: على الرجعة بالقول لثلا يجري التناكر فيها، وقيدنا بالعدلين أخذاً من قولهم إن الأمر في قوله تعالى: ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ [الطلاق: ٢] محمول على الندب والحاصل أن الرجعة سننية وبدعية فالسننية هي أن يراجعها بالقول معلماً بها وأن يشهد عليها عدلين ومن ثم قال في «الحاوي القدسي»: لو راجعها بقبلة أو لمس فالأفضل أن يراجعها بالإشهاد ثانياً، وخلافها بدعية (ولو قال) الزوج لها (بعد انقضاء العدة راجعتك فيها وصدقته تصح) الرجعة لأن النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى (وإلا) / أي: وإن لم تصدقه (لا) أي: لا تصح الرجعة لأنه أخبر عما لا يملك إنشاءه ولا مصدق له حتى لو أقام البرهان على أنه قال في العدة راجعتها أو جامعتها قبل قوله، قال السرخسي: هذا من أعجب المسائل حيث يثبت إقرار نفسه بالبرهان، ولو أقر به في الحال لم يقبل، ثم إذا لم يكن له برهان فلا يمين عليها لما سيأتي، (كراجعتك) أي: كما لا تصح إذا قال لها: راجعتك (فقالت مجيبة) له: (مضت عدتي) عند الإمام، وقالوا: تصح لأنها صادفت العدة إذ هي باقية ظاهراً إلى أن تخبر، وله أنها صادفت حالة الانقضاء لأنها أمينة في الإخبار عنه فإذا أخبرت دل ذلك على سبقه وأقرب أحواله حال قول الزوج وفي قوله: فقالت مجيبة إيماء إلى أنها قالت موصولاً إذ شأن الجواب المعتد بقولها أن يكون كذلك، فلو قالت مفصلاً ثبتت الرجعة اتفاقاً.

قال في «البحر»: وأشار بكون الزوج بدأ إلى أنها لو بدأت فقالت: انقضت عدتي فقال الزوج: راجعتك فلقول لها اتفاقاً وفي «الفتح» لو وقع الكلامان معاً ينبغي أن لا تثبت الرجعة، ثم لا يخفى أن هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتل الانقضاء، فلو لم تحتمله ثبتت الرجعة إلا إذا ادعت أنها ولدت وثبت ذلك، وتستحلف المرأة هنا على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها بالإجماع، فإن نكلت ثبتت الرجعة بناء على ثبوت العدة بنكولها ضرورة، والفرق لأبي حنيفة بين هذا وما قبلها أن إلزام اليمين لفائدة النكول وهو بدل عنه وبدل الامتناع عن الزوج والاحتباس في منزله جائز بخلاف الرجعة. واعلم أن حكاية الإجماع والاستحلاف هنا وقع للشارح وتبعه في «فتح القدير» وفيه بحث وذلك لأنها صحيحة عندهما فعلم تستحلف؟ والذي في «البدائع» وغيرها الاقتصار على قول الإمام.

ولو قال زوج الأمة بعد العدة: راجعت فيها فصدقه سيدها، وكذبتة، أو قالت مضت عدتي، وأنكرا فالقول لها. وتنقطع إن طهرت من الحيض الأخير لعشرة، وإن لم تغتسل ولأقل، لا حتى تغتسل، أو يمضي وقت صلاة،

وأجاب في «الحواشي السعدية»: بأن المراد أنهما قالوا كما قال الإمام من عدم صحة الرجعة ونظير ذلك في المزارعة فراجعها انتهى، وبعده لا يخفى والله الموفق، (ولو قال زوج الأمة بعد) انقضاء (العدة راجعتك فيها فصدقه سيدها وكذبتة) ولا بينة (أو قالت مضت عدتي وأنكرك) الزوج والمولى (فالقول لها) في المسألتين، أما الأولى فهو قول الإمام وقالوا: القول للمولى لأنه أقرب بما هو خالص في حقه فيقبل، كما لو أقر عليها بالنكاح، وله أن حكم الرجعة من الصحة وعدمها مبني على العدة من قيامها أو انقضائها وهي أمانة فيها مصدقة بالإخبار بالانقضاء لا قول للمولى فيها أصلاً، وإنما قبل قوله بالنكاح لانفراده به بخلاف الرجعة، قيد بقوله وكذبتة لأنهما لو صدقا ثبتت الرجعة اتفاقاً، ولو كذبه المولى وصدقته فكذلك في الأصح، والفرق للإمام هذا وما مر أنها منقضية العدة في الحال ويستلزم ظهور ملك المولى المتمتع فلا يقبل قولها في إبطاله بخلاف ما مر، لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقرر بقيام العدة فلم يظهر ملكه لها فيقبل قوله، وقيدنا بعدم البينة لأنه لو أقامها ثبتت الرجعة وأما الثانية فلأنها أمانة في ذلك إذ هي العالمية به، ولو قالت: بعد ذلك لم تنقضي كان له الرجعة لأنها أخبرت بكذبها في حق عليها كذا في «شرح النقاية».

وفي «فتح القدير» لو قالت: انقضت بالولادة لا يقبل إلا ببينة، أو قالت: أسقطت سقطاً مستبين بعض الخلق، له أن يطلب يمينها على أن صفته كذلك لا فرق في ذلك بين الأمة والحرّة، (وتنقطع) الرجعة (إن طهرت) المعتدة (من الحيض الأخير) لم يقل كما «الهداية» من الحيضة الثالثة ليشمل الأمة (لعشرة) علة لظهرت أي: لأجل تمامها سواء انقطع الدم أو لا (وإن لم تغتسل، ولأقل) أي: وإن طهرت لأقل منها (لا) أي: لا ينقطع (حتى تغتسل) ولو بماء مشكوك كسؤر الحمار، (أو يمضي) عليها (وقت صلاة) لأن احتمال العدد فيما إذا انقطع لما دون العشرة قائم، ولا بد أن يعتضد بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطهارات بمضي وقت الصلاة بأن يخرج وقتها الذي طهرت فيه فيصير ديناً في ذمتها، وعلى هذا لو طهرت وقت الشروق لا تنقطع إلا بدخول وقت العصر، ودل كلامه أن هذا فيمن يخاطب بالغسل أو الصلاة أما الكتابية فبمجرد الانقطاع لما دون العشرة تنقطع رجعتها لعدم خطابها، وينبغي أن تكون المجنونة والمعتوهة كذلك ولقائل أن يقول: اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتمام العادة / قبل العشرة يردّه الدليل وهو قوله تعالى ﴿ثلاثة قروء﴾ [البقرة 230 ب]

أو تيمم، وتصلي.....

[٢٢٨] لخلوه عن اشتراطه فإن أجيب بأن تعين الانقضاء منتف لفرض أنه ليس أكثر من الحيض، واحتمال عود الدم دفع بأن هذا الاغتسال الزائد لا يجدي قطع هذا الاحتمال لا في الواقع ولا شرعاً، لأنها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد أن قلنا انقطعت الرجعة فكان الحال موقوفاً على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله، ولو راجعها بعد هذا الغسل الذي قلنا: إن به تنقطع الرجعة ثم عاودها ولم يجاوز العشرة صحت رجعية، وكذا الكلام في التيمم فليس جواب المسألة في الحقيقة إلا مقيداً هكذا إذا انقطع لأقل من عشرة ولم يعاودها أو عاودها وتجاوزها ظهر انقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لانقضاء العدة إذ ذاك، حتى لو كانت تزوجت قبل الغسل ظهر صحته، وإن عاودها ولم يجاوز فالأحكام المذكورة بالعكس كذا في «فتح القدير» قال في «البحر»: وهذا أعني: صحة الرجعة والنكاح فيما إذا عاودها الدم فيما دون العشرة أفاده في «فتح القدير» بحثاً وهو وإن خالفه ظاهر المتون لكن المعنى يساعده انتهى، وأنت قد علمت بأن البحث ليس إلا في اشتراط الغسل فقط ولا نسلم المخالفة لظاهر المتون، لأنه إذا عاودها تبين عدم انقطاعه والله الموفق.

(أو) حتى (تيمم) إن فقد الماء (وتصلي) ولو نفلاً صلاة تامة في الأصح وقيل: تنقطع بمجرد الشروع، قيد بالصلاة لأنها لو قرأت القرآن أو دخلت المسجد أو مست المصحف لا تنقطع فيما اختاره الرازي، وقال الكرخي: تنقطع، وتقييد المصنف بالصلاة يومئ إلى اختيار الأول وهذا عندهما وقال محمد: تنقطع لمجرد التيمم وهو القياس لأنها طهارة مطلقة، ولهما أنه ملوث غير مطهر وإنما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات وهذه الضرورة محققة حال أداء الصلاة لا فيما قبلها من الأوقات والأحكام الثابتة أيضاً ضرورة اقتضائية، وأورد أن محمداً منع اقتداء المتوضئ بالتيمم لأنه طهارة ضرورية وجوزاه لأنها مطلقة واتفقت كلمتهم على جواز أداء الفرائض المتعددة بالتيمم الواحد، لأنه طهارة مطلقة وجعلناه هنا ضرورية، والجواب أن فيه جهة الإطلاق وجهة الضرورة وفيه أيضاً أنه ملوث في نفسه مغير لا يظهر أي: لا ينظف فمعنى الإطلاق أنه يزيل الحدث أو الماء ومعنى الضرورة أن شرعيته ضرورة أداء المكتوبات، وهذا يفيد الإحلال بمعنى الإطلاق، وأما كونه ملوثاً ومغيراً فهو سبب عدم شرعيته ابتداء كالماء، ولا تتناقض في الأقوال.

قال في «فتح القدير» - بعدما أطل في التوجيه وأطاب - : وعندي أن قولهما في الاقتداء أحسن من قول محمد وقول محمد في الرجعة أحسن من قولهما، لأن

ولو اغتسلت ونسيت أقل من عضو تنقطع، ولو عضواً لا، ولو طلق ذات حمل أو ولد، وقال:
لم أطأها راجع،.....

الضعف الكائن فيه لم يظهر له تأثير في شيء من الأحكام عندنا فعلمنا أنه شيء له
معنى في نفسه فتقطع الرجعة به .

(ولو اغتسلت ونسيت أقل من عضو) كالإصبع وبعض الساعد (تنقطع) الرجعة
لأن تسارع الجفاف إليه بعد إصابته بالماء غير بعيد، ولا سيما في الحر الشديد لكن
لا يحل لها التزوج، وكذا لا يحل قربانها حتى تغسله احتياطاً في أمر الفروج، أو
يمضي عليها وقت صلاة. قيد بقوله نسيت لأنها لو تعمدت إخلاءه عن إصابة الماء
له لم تنقطع، (ولو) نسيت (عضواً) كاليد والرجل (لا) أي: لا تنقطع لأن احتمال
جفافه بعد الإصابة يبعد جداً، وترك المضمضة والاستنشاق كالعضو عند الثاني وعنه
كما دون العضو وهو قول محمد، لأن في فرضيتها اختلاف فعلى الافتراض لا تنقطع
وعلى السنة تنقطع فقطعها ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطاً، ولو بقي أحد المنخرين
لم تنقطع كذا في «الفتح» .

(ولو طلق) امرأته وقد كانت (ذات حمل أو ولد) قبل الطلاق وهي في عصمته
(وقال) الزوج (لم أطأها) سواء قال ذلك حال التطليق أو بعده (راجع) أي: كان له أن
يراجعها، أما إذا ولدت منه فلأنها بولادتها لسته أشهر فصاعداً من وقت التزوج ثبت
نسبه منه وصار مكذباً في زعمه شرعاً، وأما ذات الحمل ففيها إشكال، وذلك أن
وجود الحمل وقت الطلاق إنما يعرف إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقته، وإذا
ولدت انقضت العدة فكيف يملك الرجعة ولا يراد / أنه يملك الرجعة قبل وضع [١/٢٣١]
الحمل، لأنه لما أنكر الوطاء لم يكن مكذباً شرعاً إلا بعد الولادة لأقل من ستة أشهر
لا قبلها ففي العبارة تساهل، والصواب أن يقال: ومن طلق حاملاً منكراً وطأها
فراجعها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر صحت الرجعة، هذا حاصل ما قاله صدر
الشريعة.

قال في «الحواشي اليعقوبية»: وفيه كلام من وجهين الأول أنه سيجيء في
المسألة الآتية أنه لو راجعها ثم ولدته لأقل من عامين ثبت نسبه فعلم أن الحمل
يعرف بالولادة لأكثر من ستة أشهر اللهم إلا أن تحمل هذه المسألة على إقرارها
بمضي العدة لكنه بعيد، الثاني أن الحمل يعرف بدون الولادة بقول النساء ويحكم به
كما صرحوا به في دعوى النسب لسبب الحمل، وصرح أيضاً في «الهداية» وسائر
الكتب في باب ثبوت النسب إذا كان الحبل ظاهراً وصدر الاعتراف من قبل الزوج
يثبت النسب قبل الولادة فيحكم بها هاهنا حملاً لقوله على الحمل انتهى، ولو حمل

وإن خلا بها، وقال: لم أجامعها، ثم طلقها لا، وإن راجعها، ثم ولدت بعدها لأقل من عامين صحت تلك الرجعة، إن ولدت فأنت طالق، فولدت، ثم ولدت من بطن آخر فهي رجعة. كلما ولدت فأنت طالق فولدت ثلاثة في بطن فالرولد الثاني والثالث رجعة، والمطلقة الرجعية تتزين،.....

الأول على ما إذا أقرت بمضي العدة والثاني على ما إذا لم تقر لكان حسناً ولا بعد، وإلى ذلك يشير قوله في «الهداية» في وجه الثانية والمرأة فيه لم تقر بانقضاء العدة فتدبره، (وإن خلا بها) يعني خلوة صحيحة (وقال: لم أجامعها ثم طلقها لا) أي: لا يراجع لأنه تأكد الملك بالوطء وقد أقر بعدمه والرجعة حقه فيصدق في حق نفسه وليس مكذباً شرعاً لأن تأكيد المهر بني على تسليم المبدل لا على القبض، قيد بإنكاره لأنه لو أقر وأنكرته كان له الرجعة كما مر ولو لم يخل بها فلا رجعة له لأن الظاهر شاهد لها كذا في «الولوالجية».

(فإن راجعها) والمسألة بحالها (ثم ولدت بعدها لأقل من عامين) من وقت الطلاق (صحت تلك الرجعة) أي: يظهر صحتها لتكذيب الشارع له في قوله: لم أراجعها حيث جعله واطئاً حكماً، لأن الرجعة تنبني على الدخول، وقد ثبت لثبوت النسب لأنه لا نسب بلا ماء ونزل واطئاً قبل الطلاق لا بعده وإن أنكر لأن تكذيبه أولي من حمله على الزنا، (إن ولدت فأنت طالق، فولدت) ووقع الطلاق (ثم ولدت) ولداً آخر (في بطن آخر) يعني بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة، لأن الطهر لا غاية له إلا الإياس (فهي) أي: الولادة (رجعة) لأن الثاني يضاف إلى علوق حادث بعد الطلاق في العدة وبه يصير مراجعاً، قيد بالبطن الآخر لأنهما لو كان بينهما أقل من ستة أشهر لم تكن رجعة لأنهما حينئذ من بطن واحد، إذا لم يتم دليل على كون الثاني من بطن على حدة، (كلما ولدت فأنت طالق فولدت ثلاثة) أولاد (في بطن) مختلفة وهو أن يكون بين كل ولادتين ستة أشهر (فالرولد الثاني والثالث رجعة) أي: تظهر بهما الرجعة السابقة لأن العلوق بوطن حادث في العدة، فإن قلت: فيه حكم عليه بالوطء في النفاس وهو حرام قلت: ليس للنفاس كمية خاصة إذ جوز أن لا ترى شيئاً أصلاً، قيد بقوله: في بطن لأنهما لو كان بينهما أقل من ستة أشهر كانا توأمين فيقع طلقتان بالأولين لا غير، وبالثالث تنقضي العدة ولو كان الأول في بطن والثالث في بطن تقع واحدة بالأول لا غير وتنقضي العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شيء، ولو كان الأول في بطن والثاني والثالث في بطن تقع اثنتان بالأول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شيء.

(والمطلقة الرجعية تتزين) لأنها زوجة والتزين للأزواج مندوب لأنه حامل على

ونذب أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها، ولا يسافر بها، والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء.

فصل فيما تحل به المطلقة

وينكح مبانته في العدة، وبعدها.....

الرجعة وهي مندوبة أيضاً كذا في «الشرح» وفيه إيماء إلي أن زوجها حاضر إذ لا تكون حاملاً مع غيبته، وعليه فلا تفعل ذلك لو كان غائباً وقيده مسكين بكونها مرجوة فإن كانت لا يرجوها لشدة بغضه إياها لا تفعل.

قال في «البحر»: وصرحوا بأن للزوج أن يضرب زوجته على ترك الزينة إذا طلبها وهي شامل للمطلقة الرجعية، قيد بالرجعية لأن المعتدة عن بائن أو وفاة يحرم عليها ذلك، (ونذب أن لا يدخل عليها) أي: على المطلقة رجعيّاً (حتى يؤذنها) أي: يعلمها بما به الإعلام عادة، يعني إذا لم يكن من قصده مراجعتها لأنه ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعاً ثم يطلقها فتطول العدة عليها كذا في «الهداية» وعليه جرى الشارح وغيره، قال في «البحر»: ولا حاجة إلى هذا الحمل بل كلامهم شامل لما إذا أراد رجعتها أيضاً لأنه لا يأمن من أن يرى الفرج بشهوة فتكون / رجعة بالفعل من غير إشهاد وهو مكروه من وجهين كما مر. [٢٣١/٤]

وأقول: الداعي إلى هذا الحمل تقدم إفادة ذلك الحكم تلويحاً بقوله والإشهاد مندوب عليها وقد علمته، (ولا يسافر بها) أي: بالمطلقة الرجعية لقوله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن﴾ [الطلاق: ١] نزلت في الرجعة وبحرمته لم يجعل رجعه لأنها مندوبة والمسافرة حرام قيل: ولا دلالة له لأن الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها، وكذا لا يحل إخراجها إلى ما دون السفر لأن مناط الحرمة إنما هو الخروج لا خصوص السفر إلا إذا أشهد على رجعتها وفي «الهداية» ما يدل على أن الحرمة مقيدة بما إذا لم يراجعها في العدة فإن راجعها زالت الحرمة كذا في «البحر» وفيه نظر يعرفه من تدبر ما في «الهداية» والله الموفق، (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء) لأن الله تعالى سمى المطلق بعلاً بقوله: ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾ [البقرة: ٢٢٨] والتسمية حقيقة تستلزم قيام الزوجية وقيامها يستلزم حال الوطء إجماعاً والله الموفق للصواب بمنه ويمنه.

فصل فيما تحل به المطلقة

لما ذكر ما يتدارك به الرجعي ذكر ما يتدارك به غيره، (وينكح مبانته) بما دون الثلاث (في العدة وبعدها) أي: بعد انقضائها لأن الحل الأصلي باق ما لم يتكامل العدد ومنع غيره إلى انقضائها خوفاً من اشتباه الأنساب والاشتباه بالنسبة إليه، واعترض بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحبيضة الثانية

لا المبانة بالثلاث لو حرة، وبالثنتين لو أمة، حتى يطأها غيره، ولو مراهقاً.....

والثالثة فإنه لا اشتباه في هذه المواضع ولا يجوز التزوج في العدة، وأجيب بأن هذه حكمة للحكم ووجودها يراعى في الجنس لا في كل فرد قال في «العناية» أقول: اشتباه النسب مانع من جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق وأما أنه يلزم جوازه إذا عدم هذا المانع فليس بلازم لجواز أن يكون ثمة مانع آخر هو جهة التعبد انتهى، ورد بأن هذا أيضاً تعليل في مقابلة النص فالأولى أن يقال: المنع علم في العدة بالنص وهو قوله تعالى: ﴿ولا تعزموا عدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله﴾ [البقرة: ٢٣٥] خص منه العدة من الزوج نفسه بالإجماع (لا) ينكح (المبانة بالثلاث لو) كانت (حرة) و (لا المبانة بالثنتين لو) كانت (أمة) ولا بملك يمين بأن ارتدت المطلقة ثلاثاً أو لحقت بدار الحرب ثم استرقها، أو طلق زوجته اثنتين ثم ملكها ففي هاتين لا يحل له الوطاء إلا بعد زوج آخر، ودخولهما في قول المصنف بعد لا بملك يمين كما ادعاه في «البحر» أبعد من البعيد، وعم كلامه غير المدخول بها أيضاً وما في «مشكلات» القدوري من أن له أن يتزوجها بلا تحليل لقوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] يعني المدخول بها.

قال في «فتح القدير»: إنه منزلة عظيمة والأمر به من ضروريات الدين الذي لا يبعد إكفار مخالفه انتهى، لكن الأولى حمله على إذا طلقها ثلاثاً متفرقة لا أنه أوقع الثلاث بكلمة واحدة كما ذكر البخاري «شارح الدرر» نعم في الإطلاق مؤاخذاً لا تخفى، (حتى يطأها) ولو حائضاً أو نفساء أو محرمة في المحل المتعين به فلو جامع المفوضة لا يحلها ما لم تحمل، ولو صغيرة لا يجامع مثلها لا يحلها وإن كان مثلها يجامع حلت، وإن أفضاها وفي «الفتية» أولج في مكان البكارة تحل للأول وكأنه ضعيف لما في «الشرح» يشترط أن يكون الإيلاج موجباً للغسل وهذا ليس كذلك ففي طهارة «المحيط» لو أتى امرأة وهي عذراء لا غسل عليه لأن العذرة مانعة من مواراة الحشفة وفيه إيماء إلى أن الإيلاج شرط دون الإنزال يقيد كونه عن قوة نفسه ولو بحائل توجد معه لذة حرارة المحل، فلا يحلها الشيخ الذي لا يقدر على الإيلاج إلا بمساعدة اليد إلا إذا انتفش وعمل، وخرج المحبوب لم يبق له شيء يولجه في محل الحمل فلا تحل بسحقه إلا إذا حملت وفي «التجريد»: إن حملت وولدت حلت للأول عند أبي يوسف خلافاً لمحمد وفي «الخلاصة» لو كان مسلولاً وجامعها حلت عند أبي يوسف خلافاً لزرر والحسن، (غيره) أي: زوج غيره ولو ذمية كانت تحت مسلم أو مجنوناً حراً كان أو عبداً (ولو) صبياً (مراهقاً) وهو الداني من البلوغ، وفسره في «الجامع» بأن يجامع مثله وقيل: هو الذي تتحرك آلتة ويشتهي النساء كذا

بنكاح صحيح، وتمضي عدتها.....

في «الفتح» ولا يخفى أنه لا تنافي بين القولين وقدره شيخ الإسلام بعشر سنين وفي «العمادية» معزياً إلى «فتاوى النسفي» لو صاح المراهق قائلاً: أنا بالغ فالقول له بشرط أن يكون ابن ثلاث عشرة سنة لأن أقل من ذلك نادر فانتبه انتهى. وينبغي أن يحمل هذا على ما إذا تم له اثنا عشرة سنة وطعن في الثالثة فلا ينافي قولهم: أقل مدة البلوغ / اثني عشر سنة، (بنكاح صحيح) متعلق ببطأ وخرج الفاسد، ومنه ما لو كان الزوج غير كفؤ على ما عليه الفتوى هذا إذا كان لها ولي فإن لم يكن صح اتفاقاً وعلى هذا فكون الزوج عبداً مفرع على ظاهر الرواية، أو محمول على عدم وجود الولي ولا بد أن يكون نافذاً إذ الموقوف لا يحلها كما لو تزوجها عبد بغير إذن المولى ودخل بها، نعم لو وطئها بعد الإجازة حلت ولو قالت: دخل بي وأنكر أو عكسه اعتبر قولها، ولو قال: النكاح فاسد لأنني جامعته أمها فإن صدقته لا تحل وإلا حلت.

قال في «النهاية»: ولم يمر بي ما لو قالت المحلل بعد الدخول: كنت حلفت بطلاقها إن تزوجها قلت: يبني الأمر على غالب ظنها فإن كان صادقاً عندها لا تحل وإلا حلت، واعلم أن هذا كله فرع صحة النكاح الأول ومن ثم قال في «البرازية»: لو كان النكاح بلا ولي فطلقها ثلاثاً ثم تزوجها بلا تحليل وقضى نحبها أخذاً بقول محمد أولاً والشافعي رضي الله تعالى عنه والقاضي شافعي أو حنفي جاز.

قال صاحب «المنظومة»: وكان أستاذي شيخ الإسلام لا يرى ذلك للحنفي لأن محمداً قال: بكرهه هذا النكاح ولكن يبعثه بالكتاب إلى الشافعي، وبه لا يظهر أن الوطاء في النكاح الأول كان حراماً وإن في الأولاد خبثاً لأن القضاء اللاحق كدليل النسخ يعمل في القائم والآتي لا في المقتصر انتهى، والولي مثال إذ كذلك لو كان بلفظ الهبة أو بحضرة فاسقين ولا فرق مع صحة الأول بين أن يعترف الزوج بالطلاق الثلاث أو لا، حتى لو علمت بذلك وأنكره كان لها أن تتزوج بآخر سراً إذا غاب ثم إذا حضر التمسست منه تجديد النكاح قيل: هذا في الديانة، أما في القضاء فليس لها ذلك ونقل في «القنية» عن العلاء الترجماني أنه لا يجوز في المذهب الصحيح وفي «البرازية» إن الزوج غائباً ساغ لها التزوج بآخر ولو كان غائباً لا ولو لم تقدر على منعه إلا بقتله فإنها تقتله بالدواء ولا تقتل نفسها وكان الإسيبيجابي يقول: ليس لها أن تقتله وعليه الفتوى وذكر الأوزجندي أنها ترفع الأمر إلى القضاء فإن حلفته حيث لا بينة لها وحلف فالإثم عليه، وفي «القنية» سئل عن امرأة حرمت على زوجها ولا يقدر أن يتخلص عنها ولو غاب عنها سحرته وردته إليها هل يحتال في قتلها بالسم؟ قال: لا يحل ويبعد عنها بأي وجه قدر، (وتمضي عدته) أي: عدة النكاح الصحيح بعد الطلاق ويجوز أن يرجع الضمير إلى الزوج وعليه جرى الشارح لكنه مجاز.

لا بملك يمين، وكره بشرط التحليل للأول،.....

قال العيني: والأول أقرب، والثاني أظهر وفيه إيحاء إلى وقوع الفرقة بينهما إذ لا عدة دونها، ثم هذا أولى من قول القدوري ثم يطلقها أو يموت عنها لأن الطلاق ليس له غاية إنما الغاية مضي عدته لا نفسه وأيضاً لا وجه لتخصيص الطلاق أو الموت بالذكر إذ الحكم في الفرقة بغير طلاق كذلك، وحذف بعض المتأخرين هذه الجملة لأن الكلام في الحرمة الثابتة بالثلاث وهي تنتهي بدخول الزوج الثاني، والباقي بعد ذلك إلى أن يطلقها الزوج الثاني وتنقضي عدتها منه حرمة أخرى وتظهر بنكاح الثاني ولا اختصاص لها بالثلاث بل يعم الأجنبية كلهن، وعلى وفق هذا وقعت الإشارة في قوله تعالى: ﴿حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة: ٢٣٠] ومن ذكر عليه ما ذكر من الفرق الدقيق ذكر منها وتمضي عدة طلاقه أو موته انتهى وفيه نظر لأن قولهم حتى يطأها ويمضي عدتها وقع غاية لقوله تنكح أي: (لا) يعقد وأما الآية لا تحل المبانة بالاثنتين لو أمة إذا وطئها مولاها (بملك يمين)، لأن النص إنما جعل الحرمة نكاح زوج آخر والمولى ليس بزواج، (وكره) النكاح كراهة تحريم (بشرط التحليل) بأن يقول: تزوجتك على أن أحلك أو تقول هي، وعلى هذا حمل ما صححه الترمذي: «لعن رسول الله ﷺ المحلل والمحلل له»^(١) قيد باشتراط لأنهما لو نوياه فقط لم يكره بل يكون الرجل مأجوراً لقصده الإصلاح، وإن وصلية حلت (للأول) لوجود الدخول في نكاح صحيح لما عرف من أنه لا يبطل بالشرط الفاسد وعن الثاني أنه لا يحلها لفساده وعن محمد كذلك لكن لا لفساده بل لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجأزى بمنع مقصوده، كما لو قتل المورث، ومن الحيل إذا خافت أن لا يطلقها المحلل أن تقول: زوجتك نفسي على أن أمري بيدي أطلق نفسي متى شئت، فإذا قبل على هذا جاز النكاح وصار الأمر بيدها، وهذا إنما يحتاج إليه بناء على أن شرط التحليل يبطل ويصح النكاح لكن في «روضة الزندويستي» أن الإمام قال بجوازهما حتى لو امتنع الثاني من تطليقها أجبره القاضي عليه وتحل للأول قال الإمام ظهير الدين هذا البيان لم يوجد في غيره من الكتب كذا في «العناية»، وفي «فتح القدير» وهذا مما لم يعرف في ظاهر الرواية ولا ينبغي أن يعول عليه ولا يحكم به لأنه مع كونه ضعيف الثبوت تنبو عنه قواعد المذهب لأنه لا شك أنه شرط في النكاح لا يقتضيه / العقد وهو مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح فيجب [ب/٢٣٢]

بطلان هذا وأن لا يجبر على الطلاق.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٧٦)، وابن ماجه (١٩٣٦).

ويهدم الزوج الثاني ما دون الثلاث، ولو أخبرت مطلقة الثلاث بمضي عدته، وعدة الزوج الثاني، والمدة تحتمله، له أن يصدقها إن غلب على ظنه صدقها.

وفي «الفصول» لو قال لها: تزوجتك على أن أمرك بيدك فقبلت جاز النكاح ولغي الشرط لأن الأمر إنما يصبح في الملك ومضاف إليه ولم يوجد واحد منهما بخلاف ما مر فإن الأمر صار بيدها مقارناً لصيرورتها منكوحة، ومن الحيل أيضاً أن يقول لها: إن تزوجتك فأمرك بيدك بعدما أتزوجك تطلقني نفسك، ومنها أن يقول: إن تزوجتك وجامعتك فأنت بائن، وإن خافت أن يمسكها من غير وطء يقول لها: إن تزوجتك وأمسكتك فوق ثلاثة أيام ونحوها كذا في «الفصول» أيضاً.

(ويهدم) نكاح (الزوج الثاني ما دون الثلاث) في الحرة واثنين في الأمة أي: يجعل ذلك الباقي من الملك الأول كأن لم يكن كذا قيل ورده الهندي بأن هذا من سوء تصوره للهدم بل الزوج الثاني يهدم ما وقع من الطلقة والطلقتين فجعلهما كأن لم يكونا لا أنه يهدم ما بقي وهذا عندهما وقال محمد وباقي الأئمة: لا يهدم لأن الزوج غاية للحرمة بالنص فيكون منهيماً ولا أنها لها قبل الثبوت قلنا يثبت لها وصف آخر بنص آخر وهو إثبات الحل مطلقاً بقوله عليه الصلاة والسلام أي: المثبت للحل فالمعنى حينئذ لعن الله مثبت الحل إذا شرطه، وبهذا عرف أن ما تقدم من حمل الحديث على شرطه لا ينافي كونه مثبتاً للحل، وأورد أنه أنها جعل محللاً في صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها، وأجيب بأنها نفي الحقيقة أولى، والخلاف مقيد بما إذا دخل بها لا يهدم اتفاقاً وانتصر الكمال لمحمد بما يطول ثم قال: فظهر أن القول ما قاله وهو الحق.

(ولو أخبرت مطلقة الثلاث بمضي عدته) أي: الزوج الأول أسند العدة إليه لأنه سببها (و) أخبرت أيضاً بمضي (عدة الزوج الثاني) ليس المراد أنها قالت: مضت عدتي من الثاني فقط بل قالت: تزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي كما ذكره في «الهداية» (والمدة تحتمله) أي: تحتل مضي العدتين جاز (له أن يصدقها إن غلب على ظنه صدقها)، لأن هذا معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به، وقول الواحد فيهما مقبول وإنما لم يكن ذلك مراداً لأن قولها مضت عدتي لا يفيد ما ذكر لوجوبها بالخلو، وبمجردها لا تحل، ومن ثم قال الإمام الفضلي: لو قالت: تزوجني فإنني تزوجت غيرك وانقضت عدتي ثم قالت: ما تزوجت صدقت، إلا أن تكون أقرت بدخول الثاني منها لأنها غير متناقضة بحمل قولها تزوجت على العقد وقولها ما تزوجت معناها ما دخل بي فإذا أقرت بالدخول ثبت تناقضها كما أفاده في «الفتح» وفي «النهاية» إنما ذكر صاحب «الهداية» إخبارها مبسوطاً لأنها لو قالت: حللت لك

باب الإيلاء

هو الحلف على ترك قربانها.....

فتزوجها ثم قالت: لم يكن الثاني دخل بها إن كانت عالمة بشرائط الحل لم تصدق وإلا تصدق، وفيما ذكر مبسوطاً لا تصدق بكل حال عن السرخسي لا يحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها، للاختلاف بين الناس في حلها بمجرد العقد وفي التفريق لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت: ما تزوجت أو ما دخل بي صدقت والمنقول في «الخلاصة» أنها لو قالت بعدما تزوجها الأول: ما تزوجت بآخر وقال الأول: تزوجت بآخر ودخل بك لا تصدق المرأة، واختلف في أقل ما تصدق فيه إذا ادعت انقضاء العدة بالإقرار فقال الإمام: ستون يوماً إن كانت حرة وقالوا: تسعة وثلاثون يوماً ولو علق طلاقها بولادتها لم تصدق عنده في أقل من خمسة وثمانين يوماً على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق في أقل من مائة، وعند الثاني في حق الأول تصدق في خمسة وستين يوماً وعند محمد في أربعة وخمسين يوماً وساعة والتوجيه معروف في المطولات والله الموفق للصواب.

باب الإيلاء

كل من الرجعي والإيلاء يوجب حرمة الزوجة لا في الحال غير أنها بلفظ الطلاق تنجيزاً أو تعليقاً هي الأصل فقدمت ثم أولى الإيلاء لعدم استلزامه للمعصية بخلاف الظهار واللعان فإنهما لا ينفكان عنها، والخلع وإن شاركه في ذلك إلا أنه لاختصاصه بالمال كان بمنزلة المركب من المفرد، والإيلاء لغة مصدر آلى كأعطى حلف والجمع ألياً كعطايا ومنه قوله:

قليل الألياء حافظ ليمينه وإن نذرت منه الألية برت^(١)

والأصل بر في يمينه فحذف المضاف مع حرف الجر ثم انقلب الضمير المجرور مرفوعاً كما في قوله تعالى: ﴿والذي خبث لا يخرج إلا نكداً﴾ [الأعراف: ٥٨] على ما عرف في «الكشاف» كذا في «النهاية» والذي في «الكشاف» أن قوله: لا يخرج أي: نباته فحذف المضاف وانقلب الضمير المجرور مرفوعاً وقياس هذا أن يكون الأصل في برت بر فيها فحذف الجار/ وانقلب المجرور مرفوعاً وعلي ما قال^[١/٢٣٣] يكون الأصل برت يمينه فوق الحذف والانقلاب ثم أسند البر إلى اليمين مجازاً فيه من التعسف ما لا يخفى، وجوابه أن قوله: على ما عرف في «الكشاف» أي: من انقلاب الضمير المجرور مرفوعاً فقط وعرف ما أفاده بقوله: (هو الحلف على ترك قربانها) أي:

(١) وهو لكثير عزة في ديوانه (٣٢٥).

أربعة أشهر، أو أكثر،

وطئها (أربعة أشهر) فإن هذا التعريف غير مانع لصدقه بنحو إن وطئتك فله علي أن أصلي ركعتين مع أنه لا يكون مولياً بذلك كما سيأتي فلا بد من أن يقال: بالله أو يتعلق ما يستشقه على القربان ليخرج مثل ذلك، فإنه ليس مما يشق في نفسه وإن تعلق إشقاؤه بعارض ذميم في النفس من الجبن والكسل، بخلاف إن وطئتك فعلي حج ونحوه كما سيأتي.

وأجاب في «البحر» بجوابين: الأول: أن هذا تعريف لأحد قسمي الإيلاء وهو الحقيقي أعني ما اشتمل على القسم وأما ما كان فيه معناه فسيأتي، الثاني: ما ذكر فيه خلاف الشيخين فجاز أنه أراد تعريف المتفق عليه.

وأقول: في كل منهما نظراً، أما الأول فلا نسلم أنه أراد تعريف الحقيقي فقط إذ لو أراد لذكر للثاني تعريفاً فلما لم يذكره علمنا أنه أدرج القسمين تحت تعريفه بناء على أن الحلف أعم من كونه بالله أو بمعناه، وأما الثاني فلأنه لو أراد تعريف المتفق عليه لذكر ما يشق إذ الخلاف إنما هو فيما لا يشق كما سيأتي وبهذا عرف أن هذا المولي هو الذي لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم ما يشق عليه وهو أولى من قولهم المولي من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة لعدم تناوله لنحو إن قربتك فعبدي حر وأورد على هذا في «البحر» إيلاء الذمي فإنه يصح عنده ولا كفارة عليه لو قربها وأما لو قال لنسائه الأربع: والله لا أقربكن فإنه يمكنه قربان واحدة منهن من غير شيء يلزمه انتهى.

وأقول: إنما لم تجب الكفارة في حنث الذمي لما أنها عبادة وهو ليس من أهلها، ولذا وقع الطلاق عليه بمضي العدة، وأما الثاني فأجاب عنه شراح «الهداية» بما حاصله أن الإيلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد فيكون مولياً منهن وعدم وجوب شيء لعدم الحنث لأنه يفعل المحلوف عليه وذلك بقربان جميعهن والموجود قربان بعضهن قال في «الفتح»: وحاصل هذا تخصيص اطراد الأصل بما إذا حلف على واحدة بأدنى تأمل.

وفي «البدائع» لو قال لامرأته وأمته: والله لا أقربكما لا يكون مولياً من امرأته حتى يقرب الأمة، وركنه الحلف المذكور وشروطه محلية المرأة بكونها منكوحه وقت تنجيز الإيلاء فلا حاجة إلى إدخاله في التعريف بقولنا حاصلاً في النكاح أو مضافاً إليه كما في «الإصلاح» قال: وهذا التقييد لا بد منه ولا يشكل ما لو قال لأجنبية: إن تزوجتك فوالله لا أقربك خمسة أشهر فتزوجها قبل مضي شهر فإنه يكون مولياً، لأن شأن الشروط خروجها عن الماهية، وأهلية الحالف بأهلية الطلاق عنده

كقوله: واللّه لا أقربك أربعة أشهر، أو واللّه لا أقربك،

وأهلية الكفارة عندهما فيصح إيلاء الذمي بما فيه كفارة عنده كما مر، ولا خلاف في صحته بما لا يلزم قرينة كإِنْ قربتك فعبدني حر كما لا خلاف في عدم صحته بما هو قرينة كقوله فعلي حج أو صوم ومن الشرائط أيضاً عدم النقص عن أربعة أشهر كما سيأتي ولا خلاف أنه إن وقع في غرة الشهر اعتبرت مدته بالأهلة ولو وقع في بعضه فلا رواية فيه عن الإمام وقالوا: يعتبر بالأيام وعن زفر اعتبار بقية الشهر بالأيام والشهر الثاني والثالث بالأهلة وتكمل أيام الشهر الأول بالأيام من أول الشهر الرابع كذا في «البدائع»، وسببه كالسبب في الرجعي وهو الداعي من قيام المشاجرة وعدم الموافقة، وألفاظه صريح وكناية نبه على الأول بقوله (كقوله) لمنكوحته: (والله) وتالله أو بصفة من صفاته التي ينعقد بها اليمين لا مالا ينعقد بها على ما نبين في الأيمان، إن شاء الرحمن (لا أقربك أربعة أشهر) سواء كانت طاهرة أو حائضاً.

(أو) كقوله (والله لا أقربك) بشرط أن لا تكون حائضاً كذا في «الحواشي السعدية» وأصله في «غاية البيان» معزياً إلى «الشامل» علله بأنه ممنوع عن الوطء بالحيض فلا يصير المنع مضافاً إلى اليمين ونبه بالكاف على أنه ليس منحصراً في هذين بل منه أيضاً لا أجامعك لا أطأك لا أباضعك لا أغتسل منك من جنابة فإن ادعى أنه لم يعن الجماع لم يدين في القضاء، وجعل في «البدائع» الصريح وهو لا أجامعك وإن ما عداه يجري مجرى الصريح وذكر منه الافتضاض في البكر.

قال في «الفتح»: والثاني أولى لأن الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال سواء كان حقيقة أو مجازاً لا بالحقيقة وإلا لوجب كون الصريح لفظ لا آتيك فقط والكناية لا أمسك لا آتيك / لا أغشاك لا أمسك لأغيطانك لأسؤنك لا أدخل عليك [ب/٢٣٣] لا أجمع رأسي ورأسك لا أضاجعك لا أقرب فراشك، ولو آلى من إحدى زوجتيه ثم قال للأخرى: أشركتك معها لم تصح بخلاف الظهار وبخلاف ما لو قال للأولى: أنت علي حرام ثم قال للثانية: أشركتك معها حيث يكونان إبلاتين والفرق مبني على أن قوله: واللّه لا أقربكما إيلاء واحد وبالتشريك يلزم نقض مدته وقوله: أنتما علي حرام إيلاء فلا يلزم أنه لو علقه بشرط أو أضافه إلى وقت صار مولياً من وقت وجود الشرط والوقت، ولو وقته بغاية فإن لم يتصور وجودها في مدة الإيلاء كان مولياً كقوله في شعبان: واللّه لا أقربك حتى تصومي من المحرم وإلا في مكان كذا وبينه وبين ذلك المكان أربعة أشهر فصاعداً وكذا لو قال حتى تخرج الدابة أو الدجال أو تطلع الشمس من مغربها استحساناً وكذا حتى تقوم الساعة وإن تصور، فإن لم يتصور بقاء النكاح معه حتى تموتي أو أموت أو تقتلي أو أقتل أو أقتلك أو تقتليني كان مولياً

فإن وطئ في المدة كفر، وسقط الإيلاء وإلا بانت، وسقط اليمين لو حلف على أربعة أشهر، وبقيت لو على الأبد، ولو نكحها ثانياً وثالثاً ومضت المدتان بلا فيء بانت بأخرين، ولو نكحها بعد زوج آخر لم تطلق، فلو وطئها كفر لبقاء اليمين. ولا إيلاء فيما دون أربعة أشهر، والله لا أقربك شهرين، وشهرين بعد هذين الشهرين إيلاء،

أيضاً، وإن تصور كحتى أشتريك لا يكون مولياً، لأن مطلق الشراء لا يزيل النكاح، حتى لو قال: نفسي وأقبضك كان مولياً، واختلف فيما لو قال: حتى أعتق عبدي أو أطلق زوجتي فعندهما يكون مولياً خلافاً لأبي يوسف، ولا خلاف أنه لا يكون مولياً فيما لو قال: حتى أدخل الدار أو أكلم فلانا كذا في «البدائع» ملخصاً (فإن وطئ) المولي (في المدة كفر) لحنثه، ونبه بذلك على أنه لو كفر قبله لم يجزه ولا فرق في الحنث بين كونه يوجبها وهو الكفارة (وسقط الإيلاء وإلا) أي: وإن لم يطأها في المدة (بانت) منه بواحدة هو المأثور عن العبادلة الثلاثة وغيرهم، ولو ادعاه بعد مضي المدة لم يقبل قوله إلا إذا نور دعواه في البرهان كما في «المبسوط».

(وسقط) الإيلاء (لو حلف على أربعة أشهر) لأنها مؤقتة بوقت فلا تبقى بعده، (وبقيت اليمين لو) حلف (على الأبد) بأن يصرح أو يطلق بشرط أن تكون طاهرة على ما مر إلا أنه لا يتكرر عليه الطلاق قبل التزوج في المختار، لأنه لم يوجد منه منع الحق بعد البيونة وسيأتي بقاء اليمين في حق الحنث ثم قالوا: لا يصح الإيلاء من المبانة في العدة وهو الأصح (فلو نكحها) يعني المبانة بالإيلاء نكاحاً (ثانياً وثالثاً ومضت المدتان) أي: مدة الإيلاء بعد التزوج الثاني والثالث (بلا فيء بانت) منه (بأخرين) لأنها لما تزوجها ثانياً ثبت حقها في الجماع وبامتناعه عنه صار ظالماً فيجازى بإزالة نعمة النكاح واختلف في اعتبار ابتداء مدته ففي «الهداية» وعليه جرى في «الكافي» أنها من وقت التزوج وقيده في «النهاية» و«العناية» تبعاً للتمرتاشي والمرغيناني بما إذا كان التزوج بعد انقضاء العدة فإن كان فيها اعتبر ابتداءه من وقت الطلاق قال الشارح: وهذا لا يستقيم إلا على قول من يقول بتكرار الطلاق قبل التزوج وقد مر ضعفه. قال في «الفتح»: فالأولى الإطلاق كما في «الهداية» (فإن نكحها) يعني التي بانت منه بالإيلاء بثلاث (بعد زوج آخر لم تطلق) لتقييده بطلاق هذا الملك، ولو نكحها بعدما بانت بالإيلاء مرة أو مرتين وعادت إليه بثلاث بانت كلما مضت أربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث (فلو وطئها) بعد ذلك (كفر لبقاء اليمين) في حق الحنث وإن لم تبق في حق الطلاق، (ولا إيلاء) صحيح (فيما دون أربعة أشهر) رجع إليه الإمام حين بلغه فتوى ابن عباس بذلك وبه قالت الأئمة الثلاثة، والكلام في الحرة وسنذكر أحكام الأمة، ولو قال: (والله لا أقربك شهرين، وشهرين بعد هذين الشهرين إيلاء) والتقييد بالظرف اتفاقي إذ كونه إيلاء ثابت بدونه،

ولو مكث يوماً، ثم قال: والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين،.....

قيد بالعطف لأنه لو ذكر معه حرف النفي أو القسم لم يكن مولياً لأنها يمينان تداخلت مدتهما ولذا لو قال: والله لا أكلم فلاناً يومين ولا يومين أو قال: والله لا أكلمه يومين فكلمه في اليوم الأول والثاني لزمه كفارتان ولو كان بدون حرف النفي أو القسم يلزمه كفارة واحدة، ولو قال: والله والله لا أفعل كذا فظاهر الرواية أنها يمينان، وفي «نوادير» ابن سماعة يمين واحد وفي «المنتقى» جعل كونهما يمينين قياساً وكونهما واحدة استحساناً (ولو مكث يوماً) يعني بعد قوله: والله لا أقربك لشهرين ويوماً يجوز أن يراد به مطلق الوقت أو أنه اتفاقي (ثم قال: والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين) / لم يكن مولياً، لأن الثاني إيجاب مبتدأ فلم تتكامل [١/٢٣٤] المدة، والتقييد بالظرف لا لأنه يكون مولياً مع حذفه بل لتعيين مدة اليمين الثانية، حتى لو حذف كانت مدتهما واحدة وتتأخر الثانية عن الأولى بيوم، ولو قربها في الشهرين الأولين في مسألة «الكتاب» لزم كفارة واحدة وما توارد عليه شرح «الهداية» من أنه يلزمه بالقربان كفارتان.

قال في «الفتح»: وإنه خطأ لأنه لم يجتمع على شهرين يميناً بل على كل شهرين يمين واحدة يعني: وإذا كان لكل يمين مدة على حدة فلا تداخل بين المديتين حتى تلزم الكفارتان إلا أن يراد بالقربان في مديتهما، كذا في «الحواشي السعدية» وعندني أن هذا الحل مما يجب المصير إليه عرف ذلك من تأمل قوله في «العناية» ويكون كلامه يمينين مستقلين يلزمه بالقربان كفارتان ولك أن تجعله بالقربان للجنس وغير خاف عنك ما مر أنه لا تلازم بين الإيلاء الشرعي واليمين فلذا قد يتعدد البر والحنث وقد يتجددان وقد يتعدد البر ويتجدد الحنث وعكسه، فالأول نحو إذا جاء غد فوالله لا أقربك، إذا جاء غد فوالله لا أقربك فإن قربها في أربعة أشهر من اليوم الأول بر في الأولى وبانت فإذا مضى يوم آخر بر في الثانية وطلقت أيضاً ولو قربها في الغد وجب عليه كفارة واحدة وبعد الغد كفارتان، والثاني نحو والله لا أقربك أربعة أشهر ومنه مسألة «الكتاب» كما مر والثالث كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر فإن تركها أربعة أشهر من اليوم الأول بانت وإذا مضى يوم آخر بانت بأخرى وإن قربها وجب عليه كفارة واحدة لاتحاد الحنث.

قال في «الفتح»: وفي هذا المثال نظر لأن اليمين وقع جزاء لشرط متكرر فيتكرر بتكرره ولعله اشتبهه بوالله كلما دخلت الدار لا أقربك بكلما دخلت الدار فوالله لا أقربك وأجاب في «البحر» بأنه لا اشتباه لأن المنقول في «الفتاوى»: أن

أو قال : والله لا أقربك سنة إلا يوماً،
 الطلاق والعناق والظهار متى علق بشرط متكرر يتكرر بخلاف اليمين حتى لو قال :
 كلما دخلت الدار فوالله لا أأكلم زيدا فدخلها مراراً لا يتكرر اليمين لأنه إنشاء عقد
 والإنشاء لا يتكرر بلا تكرر صيغته ألا ترى أنه لا يتعدد وإن سمي المتعدد، لأن
 الكفارة لا تلزم بلا هتك حرمة اسم الله تعالى والرابع إذا جاء غد فوالله لا أقربك ثم
 قال في المجلس : إذا جاء غد فوالله لا أقربك فهو إيلاء واحد في حكم البر حتى لو
 مضت أربعة أشهر من الغد طلقت وإذا قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد
 الاسم .

(أو قال والله لا أقربك سنة إلا يوماً) أو قال : لا أقربك إلا يوماً لم يكن مولياً أيضاً
 في الحال حتى لو قربها وبقي بعد يوم القربان أربعة أشهر لم يقربها فيها حنث عندنا
 وقال زفر : يكون مولياً ويصرف الاستثناء إلى آخر السنة كما لو قال : أجزت داري
 سنة إلا يوماً وكما لو أجل الدين سنة إلا يوماً وكما إذا قال في مسألة « الكتاب » إلا
 نقصان يوم قلنا : المولي من لا يمكنه القربان إلا بشيء يلزمه وهاهنا يمكنه إذ
 المستثنى يوم منكر فيصدق على كل يوم من أيام تلك السنة حقيقة فيمكنه قربانها
 قبل مضي أربعة أشهر من غير شيء يلزمه وصرفه إلى الآخر إخراجاً له عن حقيقته،
 أعني التنكير إلى التعيين بلا حاجة بخلاف الإجارة فإن الحاجة دعت إليه تصحيحاً
 لها والمقصود من التأجيل تأخير المطالبة فتعين بدلالة الحال، وكذا النقصان
 ينصرف إلى الأخير، وأورد هنا في « النهاية » ما لو قال : والله لا أأكلم فلاناً سنة إلا يوماً
 فإنه ينصرف الاستثناء فيه إلى الأخير مع تنكير اليوم وأجاب بأن المعنى هو الحائل
 وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه في الحال، ورد الشارح بما حاصله أنه مشترك
 الإلزام إذ الإيلاء أيضاً يكون عن المغايظة قال تاج الشريعة : ونحن نقول في الفرق بين
 اليمينين أن الاستثناء لو انصرف إلى آخر السنة يلزمه أحد المكروهين لأنه إما أن
 يقربها فتلزم الكفارة أو لا، فيلزمه الطلاق عند انقضاء المدة ولا كذلك اليمين
 انتهى .

قال في « الحواشي السعدية » : ولعل مراده أنه تعارض جهة المغايظة ولزوم أحد
 المكروهين فمقتضى الأول صرف اليوم إلى آخر السنة ومقتضى الآخر خلافه فتساقطا
 وعمل بمقتضى اللفظ وهو التنكير انتهى، وأنت خبير بأن هذا إنما يحتاج إليه بتقدير
 تسليم أنه مشترك الإلزام وهو في حيز المنع إذ الإيلاء لا يلزم أن يكون الحامل فيه
 المغايظة بل قد يكون عن رضا كخوف غيل على ولدها وعدم موافقة مزاجهما
 فيتفقان عليه لقطع لجاج النفس كما نبه عليه في « فتح القدير » أول الباب بخلاف

أو قال بالبصرة: والله لا أدخل مكة وهي بها لا. وإن حلف بحج، أو صوم، أو صدقة، أو عتق، أو طلاق، أو آلى من المطلقة الرجعية فهو مول،.....

اليمين على عدم الكمام (أو قال): وهو مقيم (بالبصرة والله لا أدخل / مكة وهي) أي: المرأة (بها) يعني بمكة (لا) أي: لا يكون مولياً في هذه المسألة ووجه الأخيرة أنه يمكنه قربانها في المدة من غير شيء يلزمه بأن يخرجها من مكة فإن كان لا يمكنه بأن كان بينهما ثمانية أشهر صار مولياً على ما في «جوامع الفقه» واعتبر قاضي خان أربعة أشهر فقط، (وإن حلف بحج) أو عمرة شروع في الثاني من نوعي الإيلاء وهو الحلف بذكر الشرط والجزاء ولا يخفى حسن تقديم الأول بأن قال: إن قربتك فله علي حج أو عمرة (أو صوم) غير معين كيوم وشهر، أما المعين فإن بقدر مدة الإيلاء أو أكثر كقوله فله علي صوم أربعة أشهر أولها هذا الشهر فكذلك أما لو قال: هذا الشهر فإنه لا يكون مولياً لأنه يمكنه ترك القربان إلى أن يمضي ثم يطأها بلا شيء ولذا يكون مولياً بقوله: فله علي (صدقة أو عتق) سواء كان المعتق معيناً كعبيدي هذا حر، أو كان معلقاً كقوله: فكل مملوك اشتريته فهو حر وفي «الخانية» إن قربتك فعبيدي هذا حر فمضت المدة وفرق بينهما فبرهن العبد أنه حر الأصل وقضى القضاء بحريته يبطل الإيلاء وترد المرأة إلى زوجها، لأنه تبين أنه لم يكون مولياً وظاهر أنه في العبد المعين لو باعه أو مات سقط الإيلاء ولو اشتراه صار مولياً من وقت الشراء إن لم يكن قريهما أو طلاق منجز ولا فرق بين كونه طلاقها.

(أو طلاق) غيرها، حتى لو قال: إن قربتك فكل امرأة أتزوجها من أهل الإسلام طالق صار مولياً وكذا لو قال: فله علي هدي أو عتاق أو يمين أو كفارة، أو قال: علي مائة ركعة فهو مول، ولو قال: وإن حلف بما يستشقه لكان أفود وأخصر، فخرج ما لو قال: فعلي اتباع الجنازة أو سجدة التلاوة أو قراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس أو تسبيحة أو أن أغزو أو نقل في الصلاة خلاف محمد فعنده يكون مولياً، وينبغي على قياس مائة ركعة أنه لو قال: مائة ختمة أو اتباع مائة جنازة أن يكون مولياً ولم أره، فإن قلت: ينبغي أن يكون مولياً اتفاقاً في الصلاة في بيت المقدس لأنها مما يشق كالحج قلت: هذا مسلم لو تعين لكن المذهب عدم تعين المكان في النذر حتى يسقط بالصلاة في غيره كتعيين الدرهم والفقير وكذا لو قال: فعلي أن أتصدق بهذه الدراهم على هذه المساكين لم يصح إلا أن ينوي التصدق به وكذا لو قال: مالي هبة في المساكين (أو آلى من المطلقة الرجعة فهو مول) في هذه المسائل، أما في الشرط والجزاء فلأن هذه الأجزاء مانعة من الوطء فكانت في معنى اليمين وأما المطلقة رجعيًا فلأنها زوجة فتناولها النص فإن امتد طهرها فكانت من ذوات الأقراء

ومن المبانة والأجنبية لا ومدة إيلاء الأمة شهران وإن عجز المولى عن وطئها بمرضه، أو مرضها أو بالرتق أو بالصغر أو بعد مسافة ففيه أن يقول: فئت إليها وإن قدر في المدة ففيه الوطء.....

بانت بمضي مدة الإيلاء، وإن انقضت عدتها قبل مضي مدة بطل، وأورد أن وقوع الطلاق في الإيلاء لظلمها بمنع حقها في الوطء ولا حق لهذه في الجماع، فلا يكون بالمنع ظالماً وأجاب شمس الأئمة الكردي وهو أول من قرأ «الهداية» على مؤلفها بأن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه وهذه من نسائنا فيشمئها نص الإيلاء، بدليل أن الله تعالى سمي المطلق رجعيّاً بعلاً، وهو الزوج حقيقة ومجرد عدم ثبوت حقها في الجماع في أثر له في عدم صحة الإيلاء ألا ترى إلى أنه يصح ولو أسقطت حقها من الوطء.

(و) لو آلى (من المبانة) بثلاث أو ببائين (و) من (الأجنبية لا) لفوات محله وهو الزوجية ولأنه لو صح لوقع به البائن بمضي مدته والبائن لا يلحق مثله، ولو وطئها كفر كما مر من عدم التلازم بين الإيلاء واليمين، قيد بالمبانة لما في «الخانية» لو آلى من امرأته ثم أبانها إن مضت مدة الإيلاء وهي في العدة بانت بأخرى لا إن انقضت، ولو أعادها إن قبل انقضاء العدة بقي الإيلاء على حاله وإن بعدها اعتبرت مدته من وقت التزوج، (ومدة إيلاء الأمة) المنكوحه (شهران) لأن هذه المدة ضربت إحلالاً لبينونة فأشبهت العدة فتتصف بالرق لأنها من حقوق النكاح، وإطلاقه يعم ما لو كان زوجها حراً أيضاً، ولو أعتقت في أثنائها بعدما طلقت انتقلت إلى مدة الحرائر، (وإن عجز المولى عن وطئها بمرضه أو) بسبب (مرضها أو) عجز عنه (بالرتق) وهو انسداد فم الرحم بنحو لجة أو القرن (أو) عجز عنه (بالصغر أو بعد مسافة) لا يقدر على قطعها في مدة الإيلاء أو جب أو عنة أو أسر أو وكانت في مكان لا يعرفه وهي ناشزة أو حال القضاء بينهما بالشهادة عليه بالثلاث للتزكية أو كان أحدهما محبوساً ولا يقدر على وطئها في السجن (ففيه أن يقول) فيه إيلاء إلى أنه لا اعتبار بالقلب: (فئت إليها)، وما دل عليه كأبطلت الإيلاء ورجعت عنه وأرجعتك / وارتجعتك ونبه بهذه الأسباب [١/٢٣٥] على أنه لو كان محرماً وقت الإيلاء وبينه وبين الحج أربعة أشهر لا يكون مولىً فيه باللسان، لأن المتسبب باختياره فيما لزمه فلا يستحق تحقيقاً ولو آلى مؤبداً وهو مريض وبانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض لم يصح فيه باللسان عندهما وصح عند أبي يوسف قالوا: وهو الأصح.

(وإن قدر) المولى على الوطء (في المدة ففيه الوطء) لأن الفيء بالقول خلف عن الوطء فحيث قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف بطل حكمه

أنت عليّ حرام إيلاء إن نوى التحريم، أو لم ينو شيئاً وظهار إن نواه، وكذب إن نوى الكذب، وبائنة إن نوى الطلاق، وثلاث إن نواه.

كالمتميم إذا وجد الماء، ونبه بهذه الجملة على أنه يشترط دوام العجز من وقت الإيلاء إلى مضي مدته، وبقي شرط ثالث نبه عليه في «البدائع» هو قيام النكاح وقت الفيء باللسان حتى لو أبانها ثم فاء بلسانه لم يصح فلو تزوجها ومضت المدة بانت منه، (أنت عليّ حرام) أو حرمتك أو أنت محرمة عليّ أو لم يقل عليّ أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسي عليك، وفي هذا يشترط أن يقول عليك وأنت معي في الحرام وحلال المسلمين عليّ حرام وأنت عليّ كالخمر أو الخنزير أو ما كان محرم العين كانت عليّ حرام (إيلاء إذا نوى التحريم، أو لم ينو شيئاً) لأن تحريم الحلال يمين (وظهار إن نواه) لأن الحرمة أعم من الحرمة التي فيها هي ظهار أو لا، والأعم يحتمل الخصوصيات فنية الظهار نية محتمل كلامه لا نية خلاف ظاهره فيصدق قضاء، وذكر في «الهداية» خلاف محمد في ذلك ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية وإنما نقله السرخسي عن «النوادر» والمذكور في «جوامع الفقه» عن محمد كقولهما.

(وكذب) بفتح الكاف مع كسر الذال ويجوز كسرها مع إسكان الذال (إن نوى الكذب)، لأنه نوى حقيقة كلامه هنا لأن وصفها بالحرمة وهو حلال كذب ظاهر الرواية واعترض بأن الحقيقة لا تتوقف في صحة إرادتها على النية وأجيب بأن هذه حقيقة أولى واليمين الحقيقة الثانية بواسطة الاشتهار وعن هذا قال السرخسي إنما يصدق في نية الكذب ديانة، لأن هذا يمين ظاهر فلا يصدق في القضاء في نية خلافه الظاهر.

قال في «الفتح»: وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكره والأول ظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث انتهى، وفيه نظر لأن الفتوى إنما هو في انصرافه إلى الطلاق لا في كونه يميناً كذا في «البحر» (بائنة إن نوى الطلاق) أو عليه دلت الحال وفي «البرزازية» أنت عليّ حرام ألف مرة تقع واحدة وفي «الفتح» لو طلقها طلقة ثم قال: أنت عليّ حرام ونوى اثنتين لم يقع شيء انتهى. يعني بنيته وإن وقع بلفظ أنت عليّ حرام بائنة وبهذا عرف أنه لا منافاة بين هذا وبين قول غيره لم تصح نيته واندفع ما في «البحر» من أنه سبق قلم إن عبارة غيره لم تصح نيته، (وثلاث إن نواه) أي: الثلاث لأن هذا اللفظ من الكنايات على ما مر وفيها تصح نية الثلاث والأول أولى وفي الفتوى أي: التي بها يفتي المفتي ووقع في كثير من النسخ وفي الفتاوى والأول أولى، إذا قال لامرأته: أنت عليّ حرام والحرام عنده طلاق ولكن لم ينو طلاقاً وقع الطلاق يعني البائن ولم يقيده به اكتفاء بما قدمه من أن هذا حكم كل

باب الخلع

هو: الفصل من النكاح.....

كناية وقد عده منها نعم كان ينبغي حين استغنى عن النية أن يكون الواقع به رجعيًا وأجيب بأن المتعارف إنما هو إيقاع البائن به كما أفتى به المتأخرون، ولذا لا يحلف به إلا الرجال حتى لو حلفت به يلزمها بالحنث كفارة اليمين وفي الفتاوى لو كان له أكثر من امرأة وقع على كل واحدة تطليقة بائنة، فإن لم يكن له امرأة كان عليه كفارة اليمين وأفتى الأوزجندي وغيره بأنها إنما تقع واحدة فقط وإليه البيان، وفي «الذخيرة» و«الخلاصة» وهو الأشبه.

قال في «الفتح»: وعندي أن ما في «الفتاوى» أشبه لأن قوله حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة فإذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله: هن طوالق لأن حلال الله يشملهن على سبيل الاستغراق.

وأقول: هذا لا يتم في قوله: أنت علي حرام مخاطباً لواحدة كما قال المصنف وقول الشارح: ولو كان له أربع نسوة والمسألة بحالها يقع على كل واحدة منهن طليقة بائنة وقيل: تطلق واحدة منهن وإليه البيان وهو الأظهر، والأشبه يجب أن يكون معناه والمسألة بحالها يعني في التحريم لا بقيد أنت كما لا يخفى، بل في هذا يجب أن لا يقع إلا على المخاطبة، ولو قال: إن فعلت كذا فحلال الله علي حرام ثم قال كذلك لأمر آخر ففعل أحدهما حتى وقع الطلاق ثم فعل الآخر في العدة قيل: لا يقع والأشبه الوقوع لالتحاق البائن بالبائن إذا كان معلقاً كذا في «الذخيرة».

باب الخلع

أخره عن الإيلاء لأنه بخلوه عن المال كالمفرد وبذلك كان أقرب إلى الطلاق أي: الرجعي والخلع باستلزامه إياه / كالمركب كما مر، وأيضاً الفرقة فيه لا تحصل إلا بعد مدة وفي الخلع تحصل في الحال فكانت نسبته إلى الخلع نسبة الرجعي إلى البائن، وهو لغة النزاع واستعمل في نزع الزوجية بالضم وفي غيره بالفتح يقال: خالعت المرأة زوجها خلعاً افتدت منه والخلعة لغة فيه وخلع ثوبه ونعله خلعاً نزعاً، صيغ منهما المفاعلة ملاحظة لملازمة كل الآخر كالثوب الملبوس قال تعالى: ﴿هن لباس لكم وأنت لباس لهن﴾ [البقرة: ١٨٧] وعرفاً (هو الفصل من النكاح) هذا تعريف المطلقة أعني سواء كان معه مال أو لا لكن لا بد أن يتأد بلفظ الخلع فإن الطلاق على

الواقع به، وبالطلاق على مال طلاق بائن،

مال ليس هو الخلع بل في حكمه من وقوع البائن به لا مطلقاً، وإلا لجرى فيه الخلاف في أنه فسخ وفي سقوط المهر به لو كان المسمى غيره والصحيح في تعريف الأول كما في «الفتح» إزالة ملك النكاح ببدل بلفظ الخلع في إزالة ملك النكاح كالجنس لشمولها الإزالة بالطلاق وخرج بملك النكاح الخلع في النكاح الفاسد وبعد الردة فإنه لغو كما في «الفصول» ويقول بلفظ الخلع الطلاق على مال زاد في «البحر» أو ما في معناه المتوقف على قبولها ليدخل ما إذا كان بلفظ المبرأة فإنه كما سيأتي يقع به البائن وتسقط به الحقوق وما إذا كان بلفظ البيع والشراء فإنه كذلك على ما صححه في «الصغرى» وإن صرح في «الخانية» بخلافه، وخرج بالمتوقف ما لو قال لها: خلعتك ناوياً بالطلاق فإنه يقع بائناً غير مسقط شيئاً كما سيأتي، وأما خلعتك ولم يسم شيئاً فقبلت كان خلعاً مسقطاً للحقوق فلا يرد على التقييد بالبدل كما لا يخفى.

وأقول: من تأمل قوله في «الفتح» كما مر الطلاق على مال ليس هو الخلع بل في حكمه لا مطلقاً وإلا لجرى فيه الخلاف في أنه فسخ وفي سقوط المهر علم أن المبرأة من ألفاظ الخلع، وأما الخلع بلفظ البيع والشراء فلا يرد لأنه يرى ما في «الخانية» وشرطه كالطلاق وصفته أنه يمين من جانبه معاوضة من جانبها عند الإمام على ما سيأتي، وحكمه ما أفاده بقوله: (الواقع به) أي: بالخلع سواء كان على مال أو لا (وبالطلاق على مال طلاق بائن) لخبر «الخلع تطليقة بائنة»^(١) وأما الثاني فلأنها لم تبذل المال إلا لتسلم لها نفسها ولا يكون ذلك في الرجعي، وخرج بالتقييد بالمال ما لو قالت: طلقني على آخر مالي عليك ففعل الزوج كان الطلاق رجعياً، فلو قضى قاض بكون الخلع فسخاً ففي نفاذه قولان حكاهما في «الخلاصة» ولو ادعى فيه شرطاً أو استثناء فالفتوى على صحة دعواه، إلا إذا وجد التزام البدل أو قبضه، ولو قال: إنما هو من حق لي عليك وقالت: من بدل الخلع فالقول له، ولو قال لها: بعتك طلاقك بمهرك فقالت: طلق نفسي بانته منه، وقيل: يقع رجعياً والأول أصح، وفي آخر «القنية» من مسائل لم يوجد فيها رواية ولا جواب شاف للمتأخرين، قالت: أبرأتك من المهر بشرط الطلاق الرجعي فقال لها: أنت طالق طلاقاً رجعياً يقع بائناً للمقابلة في المال كمسألة «الزيادات» أنت طالق اليوم رجعياً وغداً أخرى بألف، فالألف مقابل بهما وهما بائنتان أو رجعياً وهل يبرأ لوجود الشرط صورة أو لا يبرأ؟ انتهى.

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٣٤).

ولزمها المال . وكره له أخذ شيء إن نشز وإن نشزت لا

وفي «الذخيرة» لو قال: أنت طالق الساعة واحدة أملك الرجعة وغداً أخرى أملك الرجعة بألف فقبلت انصرف البذل إليهما وهما في «الزيادات» و«الذخيرة» نص في أنهما بئنتان (ولزمها المال) لأنه لم يرض بخروج البضع عن ملكه إلا به .

قال في «البحر»: ولو قال: وكان له المسمى لكان أولى ليشمل إبراءها عما لها عليه أصالة أو كفالة فإنه في هذه الحالة يقع بئناً أيضاً، والمراد بالكفالة الكفالة بالمال لما في «التاتارخانية» طلقها على أن تبرئه من كفالة نفس فلان فالظاهر رجعي، ولو على أن تبرئه عن ألف الذي كفل عن فلان فالطلاق بئناً انتهى، ولو اتفقا على الخلع غير أنها قالت: إنه كان بغير عوض فالقول لها ومعلوم أنه لا بد أن تكون غير محجورة بالسفه، أما لو كانت وقبلته لم يلزمها المال وكذا لو كانت مكرهة، ولو اختلفا في الطواعية والإكراه فالقول له مع اليمين كما في «القنية» .

وأما المريضة إذا اختلفت اعتبر من الثلث حتى يكون له الأقل من ميراثها ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث، فإن لم يخرج كان له الأقل من الإرث ومن الثلث إذا ماتت وهي في العدة ولو بعد انقضائها، أو كانت غير مدخول بها كان له بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث / زادت في البذل بعد تمامه فالزيادة غير صحيحة كما في «الخانبة» وفي «المجتبى» لو تخالعا ولم يذكر ما لا يصح الخلع في رواية عن محمد والأصح أنه يصح انتهى . يعني ويسقط المهر على ما مر .

(وكره له) كراهة تحريم (أخذ شيء) له قيمة قليلاً كان أو كثيراً ويلحق به الإبراء من صداقها (إن نشز) أي: كرهها والنشوز يكون من الزوجين وهو كراهة كل منهما صاحبه كذا عن الزجاج وفي «المصباح» نشزت المرأة من زوجها نشوزاً من بابي قعد وضرب عصته ونشز الرجل من امرأته نشوزاً بالوجهين تركها وجفاها والحق أن الأخذ في هذه الحالة حرام للنهي القطعي (وإن نشزت) المرأة أي (لا) يكره الأخذ لأن قوله تعالى: ﴿فلا تأخذوا منه شيئاً﴾ [النساء: ٢٠] حمل على ما إذا كان النشوز منه وقوله: ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة: ٢٢٩] على ما إذا كان النشوز منها سواء كان منه نشوز أيضاً أو لا غير أنه إن كان النشوز منهما كانت إباحة الأخذ بعبارة النص وإن كان منها فقط فبدلالته ومن هنا قال الشارحون في قول القدوري: وإذا تشاق الزوجان فلا بأس أن تفتدي المرأة نفسها منه أي: تخصما وخافا أي: علما أن لا يقيما حدود الله أن هذا الشرط خرج مخرج الغالب إذ الباعث على الاختلاع غالباً لا أنه شرط معتبر المفهوم وهو منتف فيهما .

قال في «الفتح»: وقد يقال: جواب الشرط بالإباحة فإنه قال: لا بأس وإباحة

وما صلح مهراً صلح بدل الخلع.....

الأخذ مشروطة بمشاقتها فهو معتبر شرطاً في ذلك قال في «الحواشي السعدية»: وفيه نوع تأمل وإطلاقة يشمل أخذ الزائد على المهر وهو المذكور في «الجامع الصغير» لإطلاق ما تلونا في الأصل تكره الزيادة «لقوله ﷺ حين قال لجميلة زوجة ثابت بن قيس أتردين حديقته عليه؟ قالت: نعم وزيادة: وأما الزيادة فلا»^(١) وأورد أن شرط قبول خبير الواحد أن لا يعارض الكتاب وهذا كذلك وأجيب بأنه إذا خص منه شيء آخر أو عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية فجاز أن يخص بعد بخبر الواحد مع أنه إن كان معارضاً لنص فهو موافق لآخر وهو النهي عن الأخذ مطلقاً فكان في الحقيقة معارضة الكتاب.

قال في «الفتح»: وفيه نظر لأن النهي عن الأخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده وإطلاق الأخذ منها قيد بنشوز كل منهما عن الآخر فلا تعارض فلا تخصيص، لأن مورد العام غير صادق على مورد الخاص، وعلى هذا فيظهر كون رواية «الجامع» أوجه نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الأولى لكن صحح الشمني رواية «الأصل» وفي «الحواشي السعدية» بعد ذكر النظر أقول: ممنوع بل بخوف كل منهما أن لا يقيم حدود الله وذلك يحصل بنشوز الواحد فإنه إذا نشزت المرأة فقط يجوز أن يخاف الرجل من استيلاء الغضب عليه فلا يقيم حدود الزوجية وكذا إذا نشز الرجل فقال قوله: فيه بحث فتدبره.

(وما) أي: كل شيء (صلح مهراً صلح بدل خلع) لأن ما يصلح أن يكون عوضاً للمتقوم وهو البضع حالة الدخول فلأن يصلح لأن يكون عوضاً لغيره وهو حالة خروجه أولى فظاهر أن القضية الموجبة تنعكس جزئية وانعكاسها كلية قضية كاذبة، والصادق ما جاز بدل خلع جاز كونه مهر فالبعض كالأقل من العشرة وما في يدها وما في بطن غنمها وبطن جاريتها يجوز وله ما في بطونها ولا يجوز مهراً بل يجب مهر المثل، والفرق أن ما في البطن ليس مالاً في الحال بل في المال فكأنه تعليق بالانفصال من البطن وأخذ العوضين هنا يقبل التعليق فكذا الأخذ عن المال ولا يقبله سابقاً بل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوض الآخر، وجوز الإتقاني انعكاسها كلية صادقة وعليه جرى العيني إذ الغرض من طرد الكلي أن يكون متقوماً ليس فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة بهذه المثابة، ومن عكسه أن لا يكون مالاً متقوماً أو أن يكون فيه جهالة مستتمة وما دون العشرة مال متقوم لا جهالة فيه

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٧٦)، والبيهقي في الكبرى (٣١٤/٧).

فإن خالعتها، أو طلقها بخمر، أو خنزير، أو ميتة وقع بائن في الخلع رجعي في غيره مجاناً كخالعني على ما في يدي، ولا شيء في يدها، وإن زادت من مال، أو دراهم ردت مهرها، أو ثلاثة دراهم.....

ولا يخفى أن الصلاحية المطلقة هي الكاملة، وكون مطلق المال المتقوم خالياً عن الكمية يصلح مهراً ممنوعاً فلذا منع المحققون انعكاسها كلية والله الموفق، (فإن خالعتها، أو طلقها بخمر، أو خنزير، أو ميتة) بما ليس بمال (وقع) طلاق (بائن في الخلع رجعي في غيره) وقوعاً (مجاناً) فيهما وزنه فعال.

قال الفارابي: يقال: هذا الشيء لك مجاناً أي: بلا بدل لأنها لا غرور منها حيث لم يسم مالا والخلع من الكنايات والواقع بها بائن بخلاف غيرها، لكن بشرط النية أو دلالة الحال على ما مر لتسمية البدل، وإن لم يكن مالا من دلالة الحال وفي «البرزانية» قالت: خالعني بمال أو على مال ولم تذكر قدره لا يتم في ظاهر الرواية بلا قبول وإذا لم يجب البدل هل يقع الطلاق؟ قيل: يقع وبه يفتى وقيل لا / وهو الأشبه بالدليل (كخالعني) أي: كما يقع الطلاق مجاناً في قولها: خالعني (على ما في يدي) والحال أنه (لا شيء في يدها) لما قلنا، وسواء قالت: من شيء أو لا، وكذا لو قالت: على ما في بيتي أو من بيتي، أو على ما في بطن جاريتي أو غنمي، أو على ما في نخلي فإذا لا شيء فيها كذا في «المحيط» (وإن زادت) على قولها خالعني على ما في يدي (من مال) أو متاع أو قالت: من مال من المهر وقد أوفاه لها أو على ما في جاريتي أو غنمي من حمل (أو) زادت من (دراهم) أو دنانير منكرأ أو معرفاً ولم يكن في يدها شيء (ردت) في الصورة الأولى وما ألحق بها (مهرها) لأنها لما سميت مالا لم يكن الزوج راضياً بالزوال إلا بالعوض، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا إلى قيمة البضع أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج، فتعين إيجاب ما قام على الزوج.

وفي قوله: ردت إيماء إلى أنه مقبوض لا فرق في ذلك بين كونه مسمى أو مهر المثل، فإن لم يكن مقبوضاً فلا شيء عليها كما في «العمادية» وكذا لو كانت قد أبرأته منه كما في «الجوهرة» وفي «اللولوالية» أما إذا وقع الخلع على مهرها فإن لم يكن مقبوضاً لها سقط عنه وإلا رده، وفي «اللولوالية» خلعهما بما لها عليه من المهر ظاناً أن عليه بقية فإذا هو قد أوفى الكل ردت عليه، أما إن علم أنه لا شيء عليه وقع مجاناً، (أو) ردت (ثلاثة دراهم) لأنها ذكرت الجمع وأقصاه لا غاية له وأدناه ثلاثة فوجبت، واعترض بأن هذا في المنكر ظاهر أما في المحلى فينبغي أن يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام إلى الجنسية وهو يصدق بالواحد وأجيب بأن هذا عند عدم

وإن خالع على عبد أبق لها على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ.....

إمكان العهدية مع إمكان الاستغراق وقد أمكنت العهدية لأن قولها: على ما في يدي أفاد كون المسمى مظلوف يدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها فصار بالدراهم عهد في الجملة من حيث هو كل صدقات لفظة ما، وهو مبهم ولفظة من وقعت بيانا له ومدخولها وهو الدرهم هو المبين لخصوص المظلوف، والاستغراق هنا غير ممكن ولذا لم تكن للجنس في لا أشتري العبيد فلم يبر إلا بثلاثة وكانت له في لا أشتري العبيد^(١) حتى حث بواحد لإمكانه في النفي، ولو قال: على ما في المكان من الشياه والخيل والبغال أو الحمير أو الثياب لزمها ثلاثة أيضاً كذا في «الدراية»، قال في «البحر»: وفي الثياب نظر للجهالة.

وأقول: ينبغي إيجاب الوسط في الكل وبه يندفع ما قال، قيد بقوله ولا شيء في يدها لأنه لو كان في يدها شيء من المال كان له ولو قليلاً في الأولى إلا أنه في الثانية لو كان في يدها درهم لزمها أن تكمل الثلاثة وبهذا عرف نفي الشيئية فيما لم تسم شيئاً معناه نفي الوجود فيما إذا سمت مالاً أو دراهم معناه نفي وجود ما سمت، وعلى هذا فلا مسامحة أصلاً إلا أن مقتضاه أنها لو سمت دراهم فإذا في يدها دنائير أنه لا يجب له غير الدراهم ولم أره.

(وإن خلعتها على عبد أبق لها) أي: المرأة (برأته من ضمانه) إن لم يعد من إباقه بل إن وجدته سلمت وإلا فلا شيء عليها، (لم تبرأ) وكان عليها تسليم عينه إن قدرت وقيمه إن عجزت وأفاد كلامه أن التسمية صحيحة وأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح، وإنما صحت لأنه مبني على المسامحة لما أنه اعتياض عن غير مال، فالعجز عن تسليمه لا يفضي إلى المنازعة في القيمة وإذ صحت وجب تسليم المسمى، فاشتراط البراءة عن ضمانه باطل لأنه اشتراط عدم البدل في عقد المعاوضة، قيد بالبراءة من ضمانه لأن البراءة من عينه صحيحة، ومن الشروط الفاسدة ما لو اختلعت على أن يكون صداقها لولدها أو لأجنبي أو على أن تمسك ولدها عندها، وفي «القنية» خالعتها على ثوب بشرط أن تسلم إليه الثوب فقبلت فهلك الثوب قبل التسليم لم تبين، لأنه يجعل نفس التسليم شرطاً، وهبت مهرها لأخيها فأخذ أخوها منه المهر قبالة ثم اختلعت نفسها منه بشرط أن تسلم إليه القبالة غداً فقبل ولم تسلم إليه القبالة غداً لم تحرم، ولو اختلعت بشرط الصك أو بشرط أن يرد إليها أقمشتها

(١) هكذا العبارة في الأصل، ولعل الصواب حذف كلمة [لا] من قوله: (لا أشتري العبيد فلم ...)

قالت: طلقني ثلاثاً بألف، فطلق واحدة له ثلث الألف وبانت، وفي علي ألف وقع رجعي مجاناً.....

فقيل: لا تحرم ويشترط كتبه الصك ورد الأقمشة في المجلس (له ثلث الألف، وبانت) لأن البائن تصحب العوض وهو ينقسم على العوض، قيدنا بكونه في المجلس لأنه لو قام فطلقها لم يجب شيء، والمسألة مقيدة بما إذا لم يكن طلقها قبل ذلك اثنتين فإن كان واحدة كان له كل الألف كما في «المبسوط» وغيره كما لو طلقها ثلاثاً سواء كانت بلفظ واحد أو متفرقة بعد أن يكون في مجلس واحد، ولم أر ما لو طلقها واحدة وقد بقي من طلاقها اثنتان والظاهر أن عليها ثلث الألف أيضاً، نعم لو طلقها اثنتين باقيتين / من طلاقها كان الألف كاملة بالأولى، وقيد بقوله: ثلاثاً لأنها لو قالت له: طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً بألف فإن قبلت وقع الثلاث بألف وإلا لم يقع شيء، فإن لم يذكر المال وقع الثلاث بغير شيء في قول الإمام، وقالوا: تقع واحدة بثلث الألف واثنتان بغير شيء كما لو أوقعها متفرقة. [١/٢٣٧]

(وفي) قولها: طلقني ثلاثاً (علي ألف) فطلقها واحدة (وقع) طلاق (رجعي) وقوعاً (مجاناً) عند الإمام وقالوا: هذا والأول سواء بناء على أنها في المعاوضات كالبناء والإمام جعلها هنا للشرط وهذا لأنها حقيقة في الاستعلاء إذا اتصلت بالأجسام الممسوحة كقمت على السطح والعتبة وهو محمل النحاة وفي غير ذلك حقيقة في معنى اللزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو ﴿يباعنك على أن لا يشركن بالله شيئاً﴾ [المتحنة: ١٢] وأنت طالق على أن تدخل الدار وما يجب فيه المعاوضة الشرعية المحض كعني هذا على ألف، والعرفية كافعل هذا على أن أشفع لك عند زيد، وما نحن فيه مما يصح فيه كل من الأمرين لأن الطلاق على الشرط المحض والاعتياض.

فإن قلت: كون مدخولها مال مما يرجح الثاني قلت: المال يصح جعله شرطاً محضاً حتى لا تنقسم أجزاءه على أجزاء مقابلة كما في قولها: إن طلقنتي ثلاثاً فلنك ألف كما يصح جعله عوضاً منقسماً كما في بألف، فعلى اعتبار المعاوضة يكون له بالطلقة الواحدة الثلث، وعلى اعتبار الشرط لا، فلا يلزم بالشك ولا يختلط في اللزوم إذ الأصل براءة الذمة، وأورد على قوله ما لو قالت: طلقنتي وضرتي على ألف فطلقها واحدة كان عليها حصتها من الألف وأجيب بأنه لا غرض لها في طلاق فلانة ليجعله كالشرط بخلاف إيقاع الثلاث على نفسها لتحصل البينة الغليظة قيل: ولا يخلو عن شيء بل لها غرض في عدم بقاء ضررتها معه بعدها ورأيت بخط بعض أهل العصر فرقا هو أن طلبها للفرقة منشؤه شدة بغضها له فلا تطلب نجاتها منها، وأنت خبير بأن

طلّقي نفسك ثلاثاً بألف، أو على ألف فطلقت واحدة لم يقع شيء، أنت طالق بألف، أو على ألف فقبلت لزم، وبانت

هذا الفرق ضعيف جداً لظهور أن بغضها لضررتها إنما لزوجها منها بغضها، والأقرب ما قيل: إنها على الخلاف.

قال في «التاتارخانية»: وهو الأصح، وفيها لو زادت على فطلق إحداهما ولقائل أن يقول: لزمها حصتها من الألف ولقائل أن يقول: لا حتى يطلقها وعندني أن الثاني أوجه لأنها إذا كانت شرطاً مع عدم قولها على فمعه أولى فتدبره، وفي «المحيط» قالت: طلقني وفلانة وفلانة على ألف على فطلق واحدة ومهورهن سواء وجب ثلث الألف لأنها امرأته بعقود لأن طلاق كل واحد على مال خلع حدة فانقسم الألف عليهن ضرورة أنه لا بد أن يكون لكل عقد بدل على حدة ولو قال لها: (طلّقي نفسك ثلاثاً بألف، أو على ألف فطلقت) المرأة نفسها (واحدة لم يقع شيء) لأنه لم يرض بالبينة إلا بسلامة كل ألف له بخلاف ما مر، لأنها لما رضيت بالبينة بألف كانت ببعضها أولى أن ترضى ولو أراد بالسنة فقالت: طلقت نفسي ثلاثاً فإن كانت طاهرة من غير جماع طلقت للحال واحدة يعني بثلث الألف ولا تقع الثانية والثالثة إلا بتجديد الإيقاع في وقت مجلس السنة فيقعان بغير شيء لأنها بانت بالأولى فلا تملك نفسها بالثانية والثالثة ولو كان غير مدخول بها طلقت واحدة بثلث الألف ثم إذا تزوجها ثانياً وثالثاً فكذلك ولا يحتاج قبول جديد كذا في «المحيط».

ولو قال لها: (أنت طالق بألف) أي: بعوض يجب لي عليك (أو على ألف) أي: على شرط ألف يكون لي عليك على قول الإمام كما مر (فقبلت) المرأة ذلك في مجلسها (لزم) المال (وبانت) منه، نبه بذلك على أنه يمين من جانبه فصلح تعليقه وإضافته، ولا يصح رجوعه فيه وبالقيام عن المجلس لا يبطل معاوضة من جانبها، فإن قلت: هذه الأحكام تتوقف على قبولها وظاهر إطلاقهم صحة تعليقه، لأنه لا فرق بين القبول والإيجاب إلا أنه في «فتح القدير» نقل عن «كافي الحاكم» أنها لو قالت له: إن طلقتني ثلاثاً فلك علي ألف فإن قبل في المجلس فله الألف وإلا فلا شيء، وهذا يفيد تخصيص بطلان التعليق منها بالقبول، ولا فرق في اشتراط القبول بين هذا وبين قوله: على أن تعطيني ألفاً، أما إذا قال: أعطيتني أو متى أعطيتني ألفاً فإنها لا تطلق حتى تعطيه ثم إن أعطيتني يشترط لوقوع الطلاق إعطاؤها في المجلس وفي إذا ومتى لا يشترط / الإعطاء في المجلس وادعى في «البحر» أن هذا تكرار لأنه علم مما سبق [٢٣٧/٣] أول الباب غير أنه زاد القبول، ولو ألحقه ثمة لتوج بالقبول وأنت إذا تأملت ما أشرنا إليه من التقرير علمت أن كلامه خال عن التكرير وفي «التاتارخانية» لو قال: أنت

أنت طالق، و عليك ألف، أو أنت حر و عليك ألف طلقت، و عتق مجاناً.....

طالق واحدة بألف فقبلت نصف تطليقة بألف طلقت واحدة بلا خلاف، ولو قبلت نصفها بخمسائة كان باطلاً، ولو ابتدأتها هي بأن قالت له: طلقني واحدة فقال الزوج: أنت طالق نصف تطليقة بألف طلقت واحدة ولو قالت: بخمسائة طلقت واحدة بخمسائة.

قال في «البحر»: وقد طلب مني الفرق بين علي أن تعطيني حيث توقف على القبول وبين علي أن تدخلني الدار حيث توقف على الدخول وبين أنت كذا علي دخولك الدار حيث توقف على قبولها لا علي الدخول كما في «الخانية» وعلي أن تدخلني حيث لا يكفي القبول، مع أن أن والفعل بمعنى المصدر ولم يبد فرقا.

فـرـع

قال: لأجنبية أنت طالق على ألف إن تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول إلا بعد التزوج، ولم يحك فيه خلافاً كذا في «جوامع الفقه» والحق قول أبي حنيفة لأنه خلع بعد التزوج فيشترط القبول بعده كذا في «فتح القدير»، ولو قال: (أنت طالق، و عليك ألف أو) قال لعبد: (أنت حر و عليك ألف) أو قالت: هي أو العبد: طلقني أو أعتقني ولك ألف (طلقت وعتق) العبد بمجرد ذكرهما سواء قبلا أو لم يقبلا، وفي الثاني إذا أجاب (مجاناً) أي: بغير شيء في الكل عند الإمام وقالوا: لا يقع شيء ما لم يقبلا فكأنه قيل: أنت طالق في حال وجوب الألف لي عليك أو لك علي ولن يتحقق ذلك إلا بالقبول وبه يلزم المال إن الواو للعطف حقيقة فيكون الزوج قد عطف بعد الإيقاع جملة أخرى تامة هي دعوى المال، وكذا قولها: ولك ألف إيجاب صلة مبتدأة وعدا منها، والمواعيد لا يتعلق بها اللزوم إلا أن فيه عطف الخبر على الإنشاء وهو ممتنع على ما ذكره في الأصول فيجب أن يكون واو الاستئناف، وحينئذ إن ادعى أنها حقيقة فيها تبادر إليه المنع فيحتاج في ترجيحه على الحال إلى دليل، والجواب أن احتمال الواو للحال أو الاستئناف حاصل وبأحدهما يلزم المال وبالأخر لا فلا يلزم بالشك، على أنا نمنع كون جملة أنت طالق إنشائية بل خبرية، والطلاق يقع عنده شرعاً بالتطليق الثابت ضرورة كذا في «الفتح».

وعطف الخبر على الإنشاء ليس ممنوعاً مطلقاً بل إنما هو في الجمل التي لا محل لها من الإعراب كما نحن فيه، فالإطلاق مقيد بخصوص المسألة وكون الخلع معاوضة عندهما ممنوع، بل يمين من جانب الزوجين فإن قلت: إنما قال ذلك على طريق الإلزام قلت: لو سلم ذلك منعنا كون هذا خلعاً ولا خلاف أنها للحال في أد إلي

وصح خيار الشرط لها في الخلع لا له . طلقتهك أمس بألف فلم تقبلي، فقالت : قبلت صدق

ألفاً وأنت حر وبمعنى في اعمل هذا ولك ألف، والعطف في خذه واعمل به في البر ومحملة للأميرين في نحو أنت طالق وأنت مريضة فتنجيز قضاء ويتعلق ديانة إن عناه والضابط اعتبار الصلاحية وعدمها فإن تعين المال تعين وإلا فإن احتمل فالمعنى النية وإلا كانت الجملة .

(وصح خيار الشرط لها في الخلع) لما مر من أنه معاوضة من جانبها، (لا) يصح (له) لأنه يمين من جانبه وهو قول الإمام وقالوا: لا يصح بناء على أنه يمين من جانبها، فإن قلت: ثبوته في البيع على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره قلت أثبتناه هنا دلالة وذلك أن ثبوته في البيع إنما كان لدفع الغبن في الأموال ولا شك أن الغبن في النفوس أضر، والحاجة إلى التروي فيه أكثر فإنه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل مثله لها أبداً كذا في «الفتح» وفيه نظر من وجهين:

الأول: أن الحاجة في حقه موجودة أيضاً .

الثاني: لا نسلم أن الخلع على خلاف القياس كالبيع ليحتاج إلى الإلحاق بطريق الدلالة وقد قال في «الكشف الأصولي»: إن اشتراطه في البيع على خلاف القياس لأنه من التمليكات فيقتصر فيه على مورد النص وفي الخلع على وفقه لأنه من الإسقاطات والمال وإن كان مقصوداً فيه بالنظر إلى العاقد لكنه تابع في الثبوت في الطلاق الذي هو مقصود العقد، كما أن القن تابع في البيع وبالنظر إلى / المقصود يلزم أن لا يتقرر خلعها وقالت: إن لم أؤد البدل إلى أربعة أيام فالخلع باطل فمضت المدة ولم تؤد فهذا بمنزلة الخيار في الخلع، وهو على الخلاف إذا كان من جانبها .

قال في «البحر»: وينبغي أنها لو طلقته كان لها الخيار خيار المجلس فإن قامت منه بطل، استنباطاً مما إذا أطلقا في البيع لما أن له شهاً بالبيع انتهى، وعندني فيه نظر لاقتضائه أنه يقبل النقص بعد التمام والظاهر أنه لا يقبله بدليل أنه لا يجري التقايل فيه بخلاف البيع وهذا كما سيأتي في البيع مع أن ثبوته عند الإطلاق مقيد بما إذا قال له البائع ذلك بعد البيع، أما حين العقد فيفسد البيع عند الإمام والفرق بينهما سيأتي في البيع إن شاء الله تعالى، وأما خيار الرؤية فلا يثبت كما في «العمادية» وفيها أن خيار العيب الفاحش وهو ما يخرج من الجودة إلى الرداءة ثابت فيه دون اليسير، ولو قال لها: (طلقتهك أمس بالألف فلم تقبلي فقالت): بل (قبلت صدق) الزوج بيمينه كما في «الفتح» ولم تطلق، وكذا لو قال لعبدته: أعتقتك أمس على ألف فلم تقبل وقال: قبلت فالقول للمولى بخلاف البيع أي: بخلاف ما لو قال لغيره: بعتهك هذا العبد فلم تقبل أو قال: بعتهك طلاقك أمس بألف فلم تقبلي، أو قال

ويسقط الخلع، والمبارأة كل حق لكل واحد على الآخر مما يتعلق بالنكاح،

لعبده: بعتك نفسك منك بألف فلم تقبل، وقال: قبلت حيث لا يصدق الزوج ولا السيد، والفرق أن الطلاق على مال يمين من جانبه فالإقرار به لا يكون إقراراً بالشرط لصحته بدون، أما البيع فلا يتم إلا بالقبول فالإقرار به إقرار بما لا يتم إلا به، فإنكاره القبول رجوع منه، ولو أقاما بينة فبينة المرأة أولى كما في «التاتارخانية» وفي «القنية» أقامت بينة أن زوجها المجنون خالعهما في صحته وأقام وليه أو هو بعد الإفافة أنه خالعهما في جنونه فبينة المرأة أولى.

وفي «كافي الحاكم» قال لها: طلقتك واحدة بألف فقبلت قالت: إنما سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني واحدة قيد ثلثها فالقول لها مع اليمين، ولو أقاما بينة فبينة الزوج أولى وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع أو قالت: اختلفت بغير شيء فالقول قولها والبينة بينة الزوج، وفي «الفصول» ادعى أنه خالعهما وهي تنكر كان القول لها والطلاق واقع بإقرار الزوج لأنه أقر بالطلاق ثم ادعى عليها البدل وهي تنكر فكان القول لها، (ويسقط الخلع) في النكاح الصحيح ولو بلفظ البيع والشراء على ما رجحه بعضهم واعتمده العمادي في «فصوله» (والمبارأة) بفتح الهمزة مفاعلة من البراءة وترك الهمز خطأ وهي أن يقول الزوج: برئت من نكاحك بكذا قاله صدر الشريعة وفي «الفتح» هو أن يقول: بارأتك على ألف فتقبل وعبارة القدوري والمبارأة كالخلع.

قال في «المختارات»: أي: يقع بها الطلاق البائن بدون البينة كما في الخلع والمبارأة أن يبرئ كل واحد منهما صاحبه وفي «البرزانية» وغيرها نية الطلاق في الخلع والمبارأة شرط للصحة إلا أن المشايخ لم يشترطوه في الخلع لغلبة الاستعمال ولأن الغالب كون الخلع بعد مذاكرة الطلاق فلو كانت البراءة أيضاً كذلك فلا حاجة إلى النية وإن لم تكن كذلك بقيت مشروطة في المبارأة وسائر الكفائيات على الأصل، معناه إذا خليا عن ذكر المال وكذا. قال في «الإيضاح»: والخلع والمبارأة طلاق بائن بعوض (كل حق) ثابت وقتهما (لكل واحد) من الزوجين (على الآخر مما) أي: من الحق الذي (يتعلق بالنكاح) هذا مقيد بالمهر والنفقة الماضية إذا كانت معروضة أما نفقة العدة والسكنى في العدة فلا تقع البراءة منهما، وإن كان من حقوق النكاح بل للمختلعة النفقة والسكنى إلا إذا اختلفت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لأنها حق الشرع إلا إذا أبرأته عن مؤنة السكنى فتصح كذا في «الفتح»، وأنت خبير بأن فيما أشرنا إليه استغناء عن هذا التقييد إذ النفقة والسكنى لم يجئ وقتها بل

بعدهما والمراد بالمهر الواجب بالنكاح الذي وقع الخلع منه حتى لو تزوجها على مهر مسمى ثم طلقها بائناً ثم تزوجها ثانياً على مهر آخر فاختلفت منه على مهرها برئ عن الثاني دون الأول، كذا في «الخلاصة» والمتعة كالمهر.

قال البزازی: ولو خالعه قبل الدخول ولم يسم مهرًا سقطت المتعة، قيد بالخلع والمبارأة لأن في الطلاق على مال روايتين، وأكثرهم على أنه لا يوجب البراءة عن المهر وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى كذا في «الفصول» وذكر القاضي أنه عندهما كالخلع والصحيح من الروايتين عن الإمام كقولهما بقوله مما يتعلق بالنكاح لأن ما وجب من الدين / بسبب غير النكاح لا يسقط بالاتفاق على ظاهر الرواية هو الصحيح، وفي «البزازیة» اختلفت على أن لا دعوى لكل على صاحبه ثم ادعى أن له عندها كذا من القطن يصح لأن البراءة تختص بحقوق النكاح حتى لو خالعه بين ذلك على أن المراد بالخلع المسقط للحقوق ما كان بلفظ المخالعة.

حتى لو قال لها: خلعتك لا يسقط شيء من المهر ويقع به البائن إذا نواه سواء قبلت أم لا كما في «البزازیة» أو بارأها قيد به لأنه لو قال: برئت من نكاحك وقع الطلاق وينبغي أن لا يسقط به شيء، بمال متقوم قيد به لأنه لو كان مجهولاً جهالة غير مستدركة كثوب بطلت التسمية وردت ما قبضته من المهر، وكذا لو قالت: على ما في هذا البيت وليس فيه شيء أو على ما يثمر نخلي العام بخلاف ما لو كانت مستدركة كثوب هروي، ولو خالعه على إرضاع ولده ونفقته بعد الفطام عشر سنين صح والجهالة لا تمنع هنا كذا في «البزازیة» كان له ما سمت إنما فرض المسألة فيما إذا كان البدل عليها، لأنه لو كان عليه ففيه خلاف قيل: لا يجوز والمختار جوازه بأن يحمل على الاستثناء من المهر.

وكأنه قال: الإقرار من المهر فإنه لا يسقط عني فإن لم يكن عليه مهر جعل كأن ذلك المقدر استثنى من نفقة العدة فإن زاد عليها جعل كأنه زاد على مهرها ذلك ثم خالعه تصحيحاً للخلع بقدر الإمكان كذا في «البزازیة» والذي ذكره غيره الحمل على الاستثناء من المهر أو الزيادة فيه وفيها أيضاً خالعه على مهرها ونفقة عدتها على أن يرد الزوج عليها عشرين دليله ما ذكر في «الأصل» خالعه على دار على أن يرد الزوج عليها ألفاً لا شفعة فيها، وفيه دليل على أن إيجاب بدل الخلع عليه يصح وكذا إذا لم يذكر نفقة العدة في الخلع ويكون تقرير النفقة العدة وهذا من الحسن بمكان، ولم يبق لأحدهما قبل صاحبه دعوى في المهر مقبوضاً أو غير مقبوض قبل الدخول بها أو بعده.

وإن خلع صغيرته بمالها لم يجز عليها،

اعلم أن قوله: ويسقط الخلع إلى آخره ليس على إطلاقه فإنه لو خالعهما على مهرها أو بعضه وكان مقبوضاً ردت ما وقع الخلع عليه، وحاصل وجوه المسألة أن البدل إما أن يكون مسكوتاً عليه أو منفياً أو مثبتاً على الزوج أو عليها أو على مهرها أو بعضه أو مال آخر وكل من الستة على وجهين إما أن يكون مقبوضاً أو لا وكل من الاثني عشر إما أن يكون قبل الدخول بها أو بعده فإن كان البدل مسكوتاً عنه ففيه روايتان، أصحها براءة كل منهما عن المهر لا غير، فلا يطالب به أحدهما الآخر، وهذا شامل لما إذا قبضت بعضه وبقي عليه بعضه وبه صرح في «المحيط» وإن كان منفياً كما إذا قال: اخلعي نفسك مني بغير شيء، ففعلت وقبل الزوج صح بغير شيء لأنه صريح في عدم المال ووقوع البائن كذا في «البرزازية».

قال في «البحر»: فلا يبرأ كل منهما عن حق صاحبه وإن كان معيناً على الزوج فقد يزداد عليها على مهرها فإن كانت قبضته رده ولو شرطته لولدها أو لأجنبي كان للزوج كما في «البرزازية»، ولو كانت وهبته لإنسان أو باعته منه رجع بقيمته لو قيمياً وبمثلته إن كان مثلياً، ولو خالعه بغير خسران يلحقه فإن برأته عن مهرها وقع الطلاق وإلا لا، لأن ارتفاع الخسران يكون بسلامة المهر له كذا في «البرزازية» وهو ظاهر في أن المهر لو كان مقبوضاً ثم رده وقع الطلاق أو على بعضه فإن كان مقبوضاً رجع بالمسمى فقط إن كان بعد الدخول وإن قبله فنصفه، وإن لم يكن سقط الكل مطلقاً وإن سماه مالاً آخر فقد مر، واعلم أن الخلع لو وقع في نفقة العدة أو الولد ثم مات الولد في أثناء المدة أو تزوجها فإنه يرجع عليها ببقية نفقة العدة وبقية نفقة الولد كما في «القنية» ويستفاد منه أنها لو نشرت وهي في العدة أنه يرجع عليها بالنفقة وموتها أو عدم وجود ولد في بطنها كموت الولد في أثناء المدة كما في «المحيط» فلو ترك الولد وهربت للزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها، ولو خالعه على نفقة عشر سنين وهي معسرة فطالبت به أجبر عليها وعليه الاعتماد لا على ما أفتى به بعضهم من سقوطها، ولو تزوجت كان للزوج أخذ الولد منها ولو اتفقا على تركه، وينظر إلى مثل إمساك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها كذا في «الفتح»، وفي «الخانية» الحيلة في براءتها مع موت الولد أن تقول فإن مات الولد قبل المدة فلا رجوع لي عليك.

(و) قياسه أنها لو شرطت براءتها إذا نشرت (إن) يصح الشرط ولو (خلع) الأب (صغيرة بمالها) من صداق أو غيره (لم يجز) خلعه أي: لم ينفذ (عليها) هذا اللفظ، وإن احتمل عد وقوع الطلاق بسؤال الأب لكنه / متعين أن يراد به عدم لزوم المال، [1/238]

ولو بألف على أنه ضامن طلقت، والألف عليه.

لأنه لا نظر لها فيه مع وقوع الطلاق لا أنه الأصح فإن كان بلفظ الطلاق وقع رجعيًا، وإن بلفظ الخلع وقع بائنًا فلو بلغت وأجازت ما فعله الأب جاز كذا في «الفتح» هذا إذا قبل الأب، فإن قبلت هي وهي تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب وقع اتفاقًا، قيد بالأب لأن الأم لو وقع الخلع بينهما وبين زوج الصغير فإن أضافت البدل إلى مال نفسها أو قبلت تم الخلع كالأجنبي وإن لم تضيف ولم تضمن لا رواية فيه والصحيح أنه لا يقع الطلاق بخلاف الأب كذا في «البرازية»، وبالصغيرة لأن الكبيرة لا يلزمها المال بالأولى إلا إذا قبلت وهذا دليل على أن الطلاق واقع قيل: لا يقع هاهنا إلا بإجازتها وقد ذكروا لسقوط المهر والمتعة عن الزوج في الصغيرة حيلاً، منها أن يجعل بدل الخلع على أجنبي بقدر المهر ثم يجعل به الزوج من له ولاية قبض ذلك منه، ومنها أن يحيل الزوج بالصدّاق على الأب وهو يملك قبولها إذ المحتمل عليه أملى والغالب كونه من الزوج أيسر حتى لو كان مثله ذكر إسحاق «اللولوجية» أنه لا يملك قبولها، ومعنى هذه الحيلة إن بدل الخلع كان على الأب وإلا فالمحتمل عليه يرجع بمثل ما أحيل به عليه إذا كانت الحوالة بإذن المحيل، ومنها أن يقر الأب بقبض ذلك ثم يطلقها الزوج بائنًا لكن هذه غير شرعية فيما إذا كان الأب كاذبًا إذ لا يبرأ الزوج بذلك عند الله تعالى ويحرم عليه ذلك وفي «الظهيرية» وكلت الصغيرة بالخلع ففعل الوكيل في رواية يصح ويتم الخلع وفي أخرى لا، إلا إذا ضمن البدل وإن لم يضمن الطلاق ولو قال لصغيرة: إن غبت عنك فأمرك بيدك فطلقتي نفسك متى شئت بعد أن تبرئي ذمتي من المهر فوجد الشرط فطلقت نفسها بعدما أبرأته لا يسقط المهر ويقع الرجعي، (ولو) جعلها أي: الأب (بألف) درهم (على أنه ضامن) لها أو ملتزم لا كفيل لعدم وجوب المال عليها (طلقت و) تجب (الألف عليه) لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح فعلى الأب وإنه يملك التصرف في نفسها ومالها أولى، وكذلك لو خلعتها على مهرها على أنه ضامن له صح ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل في ولاية الأب، فإذا بلغت تأخذ نصف الصّدّاق قبل الدخول وكله إن كان بعده من الزوج ويرجع هو على الأب الضامن، أو ترجع على الأب ولا يرجع على الزوج ولو كان المهر عينا أخذته كله من الزوج إن كان بعد الدخول، ونصفه إن كان قبله ويرجع الزوج على الأب الضامن بقيمته كذا في «الفتح».

وقوله في «البحر»: هذا ليس بصحيح لأن هذا حكم ما لو خالعتها على صدّاقها على أنه ضامن له وكلامنا فيما إذا خالعتها على ألف على أنه ضامن لها وفي هذا إذا رجعت على الزوج بمهرها لا يرجع به على أبيها لأنه لم يضمن خطأ فاحش، وأنى

باب الظهار

يفهم هذا مع قوله في «فتح القدير» سواء خلعها الأب على مهرها وضمنه أو ألف مثلاً فيجب الألف عليه ثم قال: ولا يسقط مهرها يعني فيما إذا وقع الخلع عليه كما هو ظاهر، وبالجملة فالأولى بالإنسان حفظ اللسان.

تتمة: فيها خلع الفضولي وحاصل الأمر فيه أنه إذا خاطب الزوج فإن أضاف البديل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إياه بأن قال: اخلعها بألف علي أو على أني ضامن لها أو على ألفتي هذه، أو عبدي هذا ففعل فالخلع تام والبديل عليه فإن استحق لزم قيمته ولا يتوقف على قبول المرأة، وإن أرسله بأن قال: على ألف أو على هذا العبد فإن قبلت المرأة لزمها تسليمه أو قيمته إن عجزت، وإن أضافه إلى غيره بأن قال: على عبد فلان اعتبر قبول فلان ولو خاطبها الزوج أو خاطبته بذلك اعتبر قبولها لأن الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة في العقد، ولا يطالب الوكيل بالخلع بالبديل إلا إذا ضمنه فإن أداه رجع به عليها لأنه يملك الخلع من ماله، ففائدة أمرها به الرجوع عليها بخلاف الوكيل بالنكاح إذا ضمن المهر وأداه فإنه لا يرجع على الزوج إلا إذا كان الضمان بأمره، لأنه لا يملك إنكاحه إلا بأمره، والزيادة في الخلع بعد تمامه باطلة ولو كان تحته أمتان خلعهما سيدهما بعد الدخول على رقبة الصغرى صح في الكبرى وبطل في الصغرى ولو خلع كل منهما على رقبة الأخرى طلقت مجاناً، ولو كان لها ابنا عمهما وارثان تزوجت بأحدهما ودخل بها ثم خلعها بمهرها في مرض موتها ولا مال لها غيرها / وماتت في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث إذ لا يصح ذكر البديل في حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتبين، ويرثان بالقرابة رزقنا الله قربه والإنابة ومن علينا بمنازل الإنابة.

باب الظهار

كل من الخلع والظهار يكون عن النشوز غالباً، وقدم الخلع لأنه أكمل في التحريم إذ هو تحريم يقطع النكاح وهذا مع بقاءه، وهو لغة: مصدر ظاهر فأقبل ظهره بظهره وغايظه ونصره وبين ثوبين لبس أحدهما فوق الآخر، ومن امرأته، وأظهر وتظاهر والظاهر وتظهر قال لها: أنت علي كظهر أمي وعدي بمن مع أنه متعد لتضمينه معنى التبعية، لأنه كان طلاقاً ثم في «الكشاف» فالظهر كناية عن البطن لئلا يذكر البطن الذي ذكره يقارب ذكر الفرج، وكينى به عنه لأنه عموده، ووجه آخر وهو أن إتيان المرأة وظهرها إلى السماء كان محرماً، ظاهر امرأته شبهها بالظهر ثم لم يقنع بذلك حتى جعله كظهر أمه انتهى.

هو : تشبيه المنكوحة بمحرمة عليه على التأبيد.....

قال في «الفتح» بعدما حكى الوجه الأول: لكن لا يظهر ما هو الصارف عن الحقيقة من النكات، وأنت خبير بأن في كلام «الكشاف» ما يفيد الصارف فلا تكن عنه مصروفاً، (هو تشبيه المنكوحة) مصدر مضاف إلى مفعوله أي: تشبيه الزوج المنكوحة يعني المسلم العاقل ولو حكماً، البالغ فلا يصح ظهار الذمي والمجنون والصبي والمعتوه والمدهوش والمبرسم والمغمى عليه والنائم، أما السكران فيصح ظهاره وكذا المكره والمخفي والآخس بإشارته المفهمة ولو بكتابة الناطق أو بشرط الخيار كما في «البدائع» وأراد بالمنكوحة المملوكة بملك النكاح من كل وجه مسلمة أو كتابية صغيرة أو كبيرة مدخولاً بها أو لا عاقلة أو لا، ولو رتقاء فلا يصح الظهار من الأمة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة والمستسعاة ولا من الأجنبية إلا إذا أضافه إلى سبب الملك كإن تزوجتك فانت علي كظهر أمي، ولا من المبانة بواحدة أو ثلاثة وسيأتي أن الجزء الشائع أو العضو الذي يعبر به عن الكل كالكل، (بمحرمة) أي: بأنثى محرمة (عليه) أي: المشبه خرج بذلك ما لو شبهها بظهر أبيه .

قال في «البدائع»: من شرائط الظهار التي ترجع إلى المظاهر به أن يكون من جنس النساء، حتى لو قال لها: أنت علي كظهر أبي أو ابني لا يصح الظهار، لأنه إنما عرف بالشرع والشرع إنما هو ورد بها فيما إذا كان المظاهر به امرأة انتهى . وبه عرف الجواب ما في «المحيط» لو شبهها بفرج أبيه وقريبه، وينبغي أن يكون مظاهراً إذ فرجهما في الحرمة كفرج أمه واندفع ما في «البحر» من أنهم لو قالوا من محرم صفة شخص المتناول للذكر والأنثى لكان أولى، أخذاً ما في «المحيط» وجزم ولم ينقله بحثاً وأنت قد علمته ما هو الواقع، نعم يرد على المصنف ما في «الخانية» أنت علي كالدّم والخنزير فالصحيح أنه إن نوى طلاقاً أو ظهاراً فكما نوى وإن لم ينو شيئاً كان إيلاء على التأبيد خرج بذلك ما لو شبهها بأخت زوجته أو بأمّتة الغير وأمواله والمراد تأبد الحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله، لا باعتبار وصف يمكن زواله فإن المجوسية محرمة (على التأبيد) ولو قال: كظهر مجوسية لا يكون ظهاراً ذكره في «الجامع» لأن التأبيد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز إسلامها بخلاف الأمية والأختية كذا في «الفتح» .

لكن قال في «البحر»: والتحقيق أن حرمة المجوسية ليست مؤبدة لما في «المحيط» إن حرمة المجوسية ليست مؤبدة وكذا المرتدة وعندني أن التحقيق ما في «فتح القدير»، ألا ترى إلى قولهم أن اللعان يوجب حرمة مؤبدة ولو شبهها بامرأته الملاعنة لا يصير مظاهراً كما في «الجامع» أيضاً لأن هذا الوصف يمكن زواله بأن

يكذب نفسه كما سيأتي فإن قلت: لو ظاهر من امرأته فكفر أو ماتت ثم قال لأخرى: أنت علي مثل هذه كان مظاهراً مع أن المشبه بها ليست محرمة على التأبيد وكذا لو ظاهر رجل من امرأته فقال لها: أنت علي مثل فلانة قلت: إنما كان مظاهراً باعتبار تضمن قوله لها أنت علي مثل أمي لأن تشبيهها بمن قيل لها ذلك إنما هو في ذلك، واقتضى كلامه أنها لو قالت له: أنت علي كظهر أمي أو أنا عليك كظهر أمك لا يكون ظهاراً قالوا: ولا يميناً أيضاً وهو الصحيح وفي «الجوهرة» وعليه الفتوى، بقي أنه لا بد أن يكون المشبه به مجمعاً على تحريمه على التأبيد ليخرج أم المزني بها وبنيتها فإنه لو شبهها بها لا يكون مظاهراً نص عليه في «شرح الطحاوي» كذا في «النهاية» لكن هذا قول محمد وقال أبو يوسف: يكون مظاهراً قيل: وهو قول الإمام قال القاضي والإمام ظهير الدين: وهو الصحيح لكن رجح العمادي قول محمد والخلاف مبني على نفاذ / حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد وقال أبو يوسف: لا ينفذ.

قال في «الفتح»: فظهر أن مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس كون الحرمة المؤبدة مجمعاً عليها أو لا، بدليل بل كونها يسوغ فيها الاجتهاد أو لا، وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الإجماع أو النص الغير المحتمل للتأويل من غير معارضة نص آخر في نظر المجتهد انتهى، على أنك قد علمت ترجيح قول أبي يوسف، وأن الإمام معه وحينئذ فلا حاجة إلى ما زيد في «الدراية»، زنى أبوه بامرأة أو ابنه فشبهها بأُمها أو بنتها يصير مظاهراً عند أبي يوسف ولا ينفذ حكم الحاكم بحلها له، وعند محمد لا يصير مظاهراً وينفذ حكم الحاكم. قال في «الفتح»: وهذا مشكل لأن غاية أم مزنية الأب والابن أن تكون كأم زوجة الأب والابن ولا تحرم أم زوجة الأب ولا أم زوجة الابن على الأب انتهى.

وادعى في «البحر» أن التعبير يكون ما في «الدراية» غلط أو سبق قلم أولى من كونه مشكلاً فقط، وكأنه لأن المشكل يمكن الجواب عنه وهذا لا يمكن الجواب عنه وعندني أن الضمير يرجع في شبهها إلى الزاني المستفاد من الزنى وعليه فلا إشكال، إذ الخلاف المذكور إنما هو فيما إذا شبهها بالزاني وإكمال أدب الكمال دعاه إلى محض الإشكال والله الموفق، وفيها أيضاً أنت علي كظهر أختي من لبن الفحل لا يكون مظاهراً كأن وضع على امرأة لها لبن من زوج له بنت من غير المرضعة فإن الرضيع بعد بلوغه لو شبه زوجته بهذه البنت لا يكون مظاهراً.

قال في «الفتح»: كأنهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد فيها أما إن أريد من

حرم عليه الوطء، ودواعيه، بأنت علي كظهر أمي حتى يكفر فلو وطئ قبله استغفر ربه فقط،
وعوده عزمه على.....

أرضعه نفس الفحل فلا إشكال لكنه بعيد انتهى، (حرم الوطء ودواعيه) من القبلة
والمس والنظر إلى فرجها بشهوة لدخول الدواعي تحت النص الموجب لحرمة الوطء
أعني قوله تعالى: ﴿من قبل أن يتماسا﴾ [المجادة: ٣] إذ لا موجب للحمل على
المجاز وهو الوطء بل الوطء من أفراد التماس وأما المس بغير شهوة فخارج بالإجماع
وكذا النظر إليها أو إلى نحو ظهرها بشهوة وكما يحرم عليه ذلك يحرم عليها أن
تمكنه منه كما في «البدائع» وعن محمد للمظاهر تقييلها إذا قدم من سفر للشفقة
كذا في «الدراية»، وما في «البحر» من تقييده بعدم الشهوة فتحرif لأن ذلك لا
يخص المسافر، (بأنت علي كظهر أمي) الباء للسببية بيان لركنه وأنت معي ومني
وعندي وكأنت علي وكذا أنا منك مظاهر وقد ظاهرت منك فإذا نوى غيره لا يصدق
لأنه صريح فيه، ولو حذف علي.

قال في «البحر»: لم أره وينبغي أن لا يكون مظاهراً وفيه نظر بل ينبغي أن
يكون مظاهراً فتدبره، وفي «الخانبة» أنت علي كظهر أمك كان ظهاراً وسيأتي
كناياته، (حتى يكفر) أفاد بالغاية أنه لو طلقها ثلاثاً ثم عادت إليه تعود بالظهار،
وكذا لو كانت أمة فاشتراها وانفسخ العقد أو كانت حرة فلحقت بعد ردتها بدار
الحرب وسببت ثم اشتراها لا تحل له ما لم يكفر، قالوا: ولها أن تطالبه بالوطء وعلى
القاضي إجباره على التكفير حيث أبي بالحبس، فإن تمرد به إلى أن يكفر زاد في
«التاتارخانية» أو يطلق فإن قال: كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب، هذا إذا أطلقه
أما إذا قيده بوقت كشه أو سنة سقط الظهار بمضي ذلك الوقت كذا في «النهاية»
ولو علقه بمشيئة الله تعالى بطل ولو بمشيئة فلان أو بمشيئتها كان على المشيئة في
المجلس كما في «الخانبة».

(فلو وطئ) المظاهر (قبله) أي: قبل التكفير (استغفر ربه) أي: تاب إلى الله
تعالى عما وقع منه من ارتكاب حرمة الوطء (فقط) أي: دون أن تجب عليه كفارة
أخرى بالوطء كما نقل عن ابن جبير أو غيره أو ثلاث كفارات كما نقل عن الحسن
البصري، أما الاستغفار فلم يعرف فيه حديث، نعم في «الموطأ» قال مالك فيمن
يظاهر ثم يمسه قبل أن يكفر: يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر فذلك أحسن ما
سمعت، وأما عدم تعدد الكفارة فلرواية الترمذي في المظاهر لو واقع قبل أن يكفر
قال: كفارة واحدة، (وعوده) بيان لسبب وجوب الكفارة أي: العود المفاد بقوله
تعالى: ﴿ثم يعودون لما قالوا﴾ [المجادلة: ٣] هو (عزمه) عزمًا مؤكداً (على) إباحة

وطئها وبطنها، وفخذها، وفرجها كظهرها، وأختها وعمته وأمه رضاعاً كامه، ورأسك وفرجك وظهرك ووجهك ورقبتك ونصفك، وثلاثك كأنت، وإن نوى بأنت عليّ مثل أمي برءاً، أو ظهاراً، أو طلاقاً، فكما نوى وإلا لغا،

(وطئها) أي: يعودون لضد ما قالوا ولتداركه نزل القرآن في منزلة القول، والتقييد بالمؤكد يفيد أنه لو عزم ثم بدا له أن لا يعود لا كفارة عليه لأنها وجبت بنفس العزم ثم سقطت كما قال بعضهم: لأن الكفارة بعد سقوطها لا تعود إلا لسبب جديد كذا/ في «البدائع» وبه سقط ما قيل: مجرد العدم لا يصلح سبباً إذ الكفارة لا تتقرر به، نعم يرد على قيل: تتكرر بتكرر السبب وإنما تتكرر بتكرر الظهار لا العزم وأيضاً لو قدمها على العزم، صح ولو كان سبباً لم يصح، وأجيب عن الثاني بأنها إنما وجبت لدفع الحرمة الثابتة فيجوز بعد ثبوتها كما جازت الطهارة قبل إرادة الصلاة مع أنها سببها لأنها رفع الحدث فتجوز بعد وجوده وفيه نظر، وكون العود هو السبب لا ينافي كون الظهار شرطاً، وقيل: الظهار هو السبب والعود شرط وقيل: السبب هما وعليه العامة.

(وبطنها) أي: الأم (وفخذها، وفرجها كظهرها) لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة نكاحاً بالحرمة تأييداً وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه بخلاف نحو اليد والرجل والجنب لأنه يجوز النظر إليه ولمسه بلا شهوة، وقياس هذا أن تكون ركبتها أيضاً كظهرها إلا أنه في «الخانبة» قال: في القياس يكون مظاهراً ولو قال: فخذك كفخذ أمي لا يكون مظاهراً انتهى. والوجه فيه ظاهر إذ يشترط في المشبه أن يكون عضواً يعبر به عن الكل، (وأخته) أي: الزوج المظاهر (وعمته وأمه رضاعاً) قيد في الكل (كامه) نسباً بيان وإيضاح لقوله لمحرمته عليه على التأيد، ولو حذف هذه الجملة لكان أولى لأن حرمتها المؤبدة معلومة من الرضاع المتقدم.

(ورأسك) بين بذلك أن تشبيه المنكوحة إما بعضو يعبر به عن الكل، أو بجزء شائع كرأسك (ووجهك وفرجك ورقبتك ونصفك وثلاثك) علي كظهر أمي (كأنت) أي: كقوله أنت علي، فخرج ما لا يعبر به عن الكل والجزء المعين وقد مر، (وإن نوى) شروع في كنياته يحتاج إلى النية (بأنت علي مثل أمي) أو كأمي وكذا لو حذف علي كما في «الخانبة» (برءاً) أي: من جهة البراء الكرامة (أو ظهاراً أو) نوى (طلاقاً فكما نوى) يعني أنه يستغفر عن نيته لأن اللفظ يحتمل كلاً من هذه المعاني، وفيه إيماء إلى أن الصريح ما كان فيه ذكر العضو وفي نيته الطلاق يقع بائناً (وإلا) أي: وإن لم ينو شيئاً (لغا) عندهما لأنه يحمل في حق جهة التشبيه فما لم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشيء كذا في «الفتح» وفي «الشرح» لما كانت كاف التشبيه لا

وبأنت عليّ حرام كأمي ظهاراً، أو طلاقاً فكما نوى وبأنت عليّ حرام كظهر أمي طلاقاً، أو إيلاء فظهار، ولا ظهار إلا من زوجته. فلو نكح امرأة بغير أمرها فظاهر منها، فأجازته بطل أنتن عليّ كظهر أمي ظهاراً منهن، وكفر لكل.

عموم لها تعين الأدنى يعني الكرامة، وعلى هذا فمعنى كونه لغواً يعني في حق الظهار والطلاق وقال محمد: يكون ظهاراً لو نوى التحريم لا غير قيل: عند أبي يوسف يكون إيلاء، وعند محمد يكون ظهاراً والأصح أنه ظهار عند الكل، قيد بالمثل لأنه لو قال: أنت أمي لا يكون مظاهراً وينبغي أن يكره، فقد صرحوا بكراهة قوله لزوجته يا أختي للنهي عن ذلك، ومثله يا ابنتي ويا أختي ونحوه، إن نوى (بأنت عليّ حرام كأمي ظهاراً، أو طلاقاً كما نوى).

أما إذا نوى الطلاق فلأن هذا اللفظ من الكنايات وبها يقع فلا أنه شبهها في الحرمة بأمه وهو إذا شبهها بظهرها يكون مظاهراً فبكلها أولى، ولم أر ما لو قامت دلالة الحال على إرادة الطلاق بأن سألته إياه وقالت: نويت الظهار ولم ينو شيئاً كان ظهاراً لأن حرمة الطلاق وجعله الثاني إيلاء والصحيح الأول كذا في «الخانية»، (و) إن نوى (بأنت عليّ حرام كظهر أمي طلاقاً، أو) نوى (إيلاء فظهار) أي: فهو ظهار عند الإمام إذ الصريح لا تعمل فيه النية وعرف منه أنه يكون ظهاراً فيما إذا لم ينو شيئاً بالأولى وقالوا: هو على ما نوى فإن لم ينو شيئاً فظهار، (ولا ظهار) صحيح (إلا من زوجته) ولو أمة مدبرة كانت أو أم ولد فخرجت أمته كذلك ومبانت والأجنبية إلا إذا أضافه على ما مر لأن النص خصه بنسائنا وليست أمته كذلك، وقدمنا أنه لو ظاهر من زوجته الأمة ثم اشتراها بقي الظهار لا باعتبار أنها محل له بقاء فكذا ابتداء لأن حرمة الظهار إذا صادفت المحل لا تزول إلا بالكفارة.

(فلو نكح امرأة بغير أمرها فظاهر منها، فأجازته) أي: النكاح (بطل) الظهار لأنه صادق في التشبيه في ذلك الوقت وإنما لم يتوقف على الإجازة كالنكاح، لأنه ليس من حقوقه وتوقف عتق المشتري من الفضولي، لأنه من حقوق الملك على معنى أنه يثبت له بالملك حق أن يعتق إن شاء ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهي عنه، وإن كان لو قاله نفذ حكمه، ولهذا عرف الجواب عن كون الطلاق / ليس من حقوقه [٢٤٧/١] أيضاً، ولذا صرحوا بأنه لو طلقها ثلاثاً في الموقوف لا تحرم إذ هو محظور في الجملة، (أنتن عليّ كظهر أمي ظهاراً منهن) بلا خلاف لوجود ركنه وهو التشبيه، ولأنه أضاف الظهار إليهن فكان كإضافة الطلاق ولما احتمل قوله منهن من جميعهن أو من مجموعهن فالمراد الأول أردفه بقوله: (وكفر للكل) أي: لكل واحدة منهن عند عزمه على استباحة وطئها، قيده بالظهار لأنه لو آلى منهن كان عليه كفارة واحدة، والفرق

فصل في الكفارة

وهي: تحرير رقبة.....

أنها في الظهار لرفع الحرمة وهي متعددة بتعددهن وفي الإيلاء لهتك حرمة الله تعالى وهو الواحد، ولو كرر الظهار من واحدة في مجلس أو مجالس تكررت الكفارة عليه إلا إذا نوى التأكيد بالثاني فيصدق قضاء ولو علقه بنكاحها بأن قال: إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي مائة مرة كان عليه بكل مرة كفارة كما في «التاتارخانية».

فروع

أنت علي كظهر أمي في رجب ورمضان وكفر في رجب أجزاء عنهما، ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلاً لم يجز كذا في «الفتح» وفي «التاتارخانية» إذا تزوجتك فأنت طالق ثم قال: إذا تزوجتك فأنت كظهر أمي فتزوجها وقع الطلاق ولا يلزم الظهار عند الإمام وقالوا: لزمه جميعاً كذا في «البحر» والمذكور في «الخانبة» لزومها جميعاً في هذه الصورة لأنهما يقعان في حالة واحدة وكذا لو قال: إذا تزوجتك فأنت علي كظهر أمي فأنت طالق فتزوجها لزمه، ولو قال: إذا تزوجتك فأنت طالق وأنت علي كظهر أمي فتزوجها يقع الطلاق ولا يلزمها الظهار في قول الإمام وقالوا: لزمه جميعاً بناء على أن الترتيب في التعليق يوجب الترتيب في النزول عنده وعندهما لا يوجب انتهى والله الموفق للصواب.

فصل في الكفارة

وهي كما في «القاموس» ما كفر به من نحو صدقة وصوم وقال غيره: هي من كفر الله عنه الذنب وكفر عن يمينه فعل الكفارة، والمراد بها هنا التكفير ولذا قال: (وهي: تحرير رقبة) أي: إعتاقها بنية الكفارة نبه بذلك على أنه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة مقارناً لموت المورث لم يجزه، وإطلاقه يشمل الكبير ولو شيخاً فانياً والصغير ولو رضيعاً والمسلم والكافر والمرتدة وفي المرتد خلاف وبالجملة قال الكرخي: كما لو أعتق حلالاً لدم ومن منع قال: إنه بالردة صار حربياً وصرف الكفارة إليه لا يجوز كذا في «المحيط»، أما العبد الحربي في دار الحرب فلا يجوز كما في «الفتح» وفي «التاتارخانية» هذا إذا لم يخل سبيله فإن خلي سبيله اختلف المشايخ فقليل: يجزئه وقيل: لا يجزئه وعلله في «المحيط» بأنه صرف الكفارة إلى الحربي فلا يجوز كما لو صرف إليه الطعام والكسوة، والصحيح والمريض إلا مريضاً لا يرجى برؤه لأنه ميت حكماً كما في «التجنيس» ومباح الدم والمديون

ولم يجز الأعمى، ومقطوع اليدين، وإبهاميهما أو الرجلين والمجنون، والمدبر، وأم الولد والمكاتب الذي أدى شيئاً.....

والمرهون كما في «الجوامع» ولو اختار الغرماء استبقاء المديون، وعن محمد إن مباح الدم لا يجوز ولو عفي عنه والمغصوب إذا وصل إليه كذا في «المحيط» والآبق إذا علمت حياته، واعلم أنه يشترط في هذه الرقبة أن تكون كاملة الرق خالية عن بدل وما يفوت به جنس المتعة ومن ثم قال: (ولم يجز الأعمى) وفيه إيحاء إلى جواز الأعور والأعمش والأعشى والأرمد (ومقطوع اليدين) أو أكثرهما وهو ثلاثة أصابع من كل يد غير الإبهامين لأن للأكثر حكم الكل، قيد بذلك لأن مقطوع أحد اليدين أو الرجلين من خلاف جائز بخلاف مقطوع أحد اليدين والرجلين من جهة واحدة فلا يجوز.

(أو الإبهامين أو الرجلين) لأن بفوات هذه يفوت جنس المنفعة فيكون هالكاً معنى، ومن ثم لم يجز الأصم الذي لا يسمع شيئاً على المختار ولأنه بمنزلة الأعمى ولا ساقط الأسنان العاجز عن الأكل وجاز مقطوع المذاكير والأذنين وذاهب الحاجبين وشعر اللحية والرأس ومقطوع الأنف والشفنتين إذا كان يقدر على الأكل، والعينين والمجبوب والخصي والرتقاء والقرناء (والمجنون) أي: المطبق لأن المنافع كلها في حقه فائتة، أما الذي يجن ويفيق فعتقه في حال إفاقته جائز.

(و) لم يجز أيضاً (المدبر وأم الولد) لنقصان الرق فيهما باستحقاقهما الحرية لجهة، أما المكاتب فرقه كامل وإن نقص الملك فيه فجاز عتقه ولا تلازم بينهما لعموم الملك فيه فجاز بثبوته في غير الآدمي فقول السروجي: لو قال: كل مملوك لي حر عتق مدبروه وأمهات أولاده وفيه دليل على كمال الرق فيهما رد بأنهم إنما أعتقوا لاقتضاء التركيب ملكاً تاماً والكلام في مكاتب لا يستحق / العتق لا بجهة المكاتب حتى لو كانت أم ولده ثم أعتقها عن الكفارة لم يجز.

(و) لم يجز أيضاً عتق (المكاتب الذي أدى شيئاً) من بدل الكتابة في المشهور من الرواية، لأنه عتق ببدل وفي «الاختيار» لو أبرأه عن الكتابة أو وهبه عتق فلو قال: لا أقبل صح عتقه ولم يبرأ من مال الكتابة.

قال في «البحر»: وعلى هذا فينبغي أن لا يجزئ عن الكفارة وأقول: يعني لو أبرأه ناوياً بذلك العتق عن الكفارة فإن يراد الإبراء أجزاءه عن الكفارة ولو رده لا يجزئه إلا إن صححت بنيته عن الكفارة مع الإبراء يحتاج إلى نقل، وعندني أنها لا تصح لأن نيته إنما اقترنت بالشرط وهو الإبراء المتضمن للاستيفاء فلا يعتبر، ألا ترى أنه لو قال لعبد الغير: إن اشتريتك فأنت حر واشترته ينوي به عن الكفارة لا يجوز لما قلنا، بخلاف ما لو قال: فأنت حر عن كفارة ظهاري فأبرأه يجزئه عن الكفارة قلت: ولم أر

فإن لم يؤد شيئاً أو اشترى قريبه ناوياً بالشراء الكفارة، أو حرر نصف عبده عن كفارته، ثم حرر باقيه عنها صح، وإن حرر نصف عبد مشترك، وضمن باقيه، أو حرر نصف عبده، ثم وطئ التي ظاهر منها ثم حرر باقيه لا.....

المسألة في كلامهم والذي ينبغي أن يقال: إن لم يقبل الإبراء لا يصح لأنه عتق ببدل وإن قبله صح والله الموفق، ثم المسألة مقيدة بما إذا لم يعجز نفسه فإن عجز بعدما أدى شيئاً فاعتقه جاز وهي الحيلة لجواز عتقه بعد أدائه شيئاً (فإن لم يؤد شيئاً) يعني جاز عتق المولى لما مر من أن الرق فيه كامل، وإذا جاز انفسخت كتابته ضمناً، ولذا سلمت الأولاد والأكساب له، وقيدنا العتق بكونه من المولى لأنه لو مات فاعتقه الوارث عن كفارته لم يجز إجماعاً والفرق أنه لا ملك له بالإرث لعدم قبوله النقل، بخلاف المولى فإن به فيه ملكاً وإن كان ناقصاً، وإنما صح عتق الوارث له ابتداء لتضمنه الإبراء عن بدل الكتابة، (أو اشترى) المظاهر أي: دخل في ملكه بسبب اختياري ولو بهبة أيضاً أو قبول صدقة أو وصية (قريبه)، أي: محرمة (ناوياً) حال من الفاعل (بالشراء الكفارة) جاز أيضاً لأن النية قارنت علة العتق فتصح على ما مر، قيد بالشراء لأنه لو نوى عند موت مورثه إعتاقه عنها لم يجز، وباقتران النية به لأنها لو تأخرت عنه لم يجز أيضاً وفي «الخانية» وكله بأن يشتري أباه ليعتقه بعد شهر عن ظهاره فاشتراه عتق كما اشتراه عن ظهار الأمر انتهى يعني ويلغو قوله بعد شهر لأن فيه تغييراً للمشروع.

(وحرر نصف عبده عن كفارته ثم حرر باقيه عنها، صح) جواب للمسائل والصحة في الثالثة استحسان إذ غاية الأمر أنه أعتق رقبة كاملة لكلامين والنقصان في الباقي من آثار العتق الأول فلا يمنع، قيد بقوله ثم حرر باقيه لأنه لو حرر نصفاً من رقبة أخرى لم يصح وكذا لو كمل بالإطعام عند الإمام وعندهما إنما جاز لأن العتق لما لم ينجز صار متبرعاً بالإطعام كذا في «المحيط»، وفيه لو أعتق عبيدين بينه وبين غيره لم يجز عند الكفارة انتهى، وينبغي أنهما لو أعتقاهما معاً عن كفارتهما أن يصح (وإن حرر) المظاهر (نصف عبد مشترك) بينه وبين غيره عن كفارته (وضمن) لشريكه حرر (باقيه) أي: النصف الآخر وأعتقه.

(أو حرر نصف عبده، ثم وطئ) المرأة (التي ظاهر منها ثم حرر باقيه قيد)، في المسألتين في الأولى إعتاق النصف الآخر بعد التضمين وإلا فمجرد الضمان لا يكفي لوضع المسألة لم يجز، أما في الأولى فلأن نصيب صاحبه انتقص على ملكه ثم تحول إليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة وهذا بناء على تجزؤ العتق عند الإمام، وعندهما لا يتجزأ، فإن كان موسراً أجزأه (لا) إن كان معسراً، لأنه عتق ببدل وعلى

فإن لم يجد ما يعتق صام شهرين متتابعين ليس فيهما رمضان وأيام منية،
 هذا تفرعت الثانية فإن إعتاق النصف الثاني إنما حصل بعد التماس عنده وعندهما قبله لعدم تجزئته، وأورد على قول الإمام بأنه لو كان عتق النصف الثاني مانعاً من الإجزاء لما جاز عتق كامله بعده أيضاً مع أنه يجوز، وأجيب بأنه إنما جاز لأنه قبل المسيس الثاني، وتقرر الإثم بذلك المسيس لعدم وجود شرط حله وهو إعتاق رقبة كاملة (فإن لم يجد) أي: يملك المظاهر (ما يعتق) من رقبة بأن لم يكن في ملكه أو لم يقدر على ثمنها وقت الأداء ولو كانت في ملكه لكنه يحتاج إليها لزمه العتق كما في «التاتارخانية».

قال في «الخزانة»: بخلاف المسكن وعلى هذا فما في «الحدادي» لو كان له عبد للخدمة لا يجوز له الصوم إلا أن يكون زمناً انتهى يعني العبد هذا هو الموافق لكلام «التاتارخانية» ويحتمل أن يرجع الضمير إلى المولى لكنه يحتاج إلى نقل، وغير خاف فإن الاحتياج شامل لما إذا احتاج إليها لقضاء الدين أيضاً وهو مذكور في «البدائع» أيضاً معللاً بأنه واجد حقيقة / وأما إذا كان له مال لكن عليه دين فإن أدى [١/٢٤٢] الدين أجزاء الصوم فإن لم يؤده فقيل: يجزئه أيضاً وقيل: الابن يشتري رقبة ويعتقها حكاهما في «المحيط» قال: وعن محمد ما يدل على القولين وفيه معسر له دين على الناس أو عبد غائب يجزئه الصوم يريد بالغائب غير المملوك أما إذا كان في ملكه لا يجزئه الصوم، وبالدين ما لم يكن قادراً على أخذه فإن قدر لا يجزئه أيضاً، وكذا لو تزوجت على عبد من قادر عليه ووجبت عليها كفارة لم يجزها الصوم انتهى.

وبه عرف أنه لو كان مال غائب انتظره وإن نقل الرازي ذلك عن أصحاب الشافعي موافق لمذهبننا أيضاً، وفي «المحيط» لا يجوز صومه لأنه صام وهو قادر على التكفير بالمال ويستفاد منه أنه لو كان عليه كفارتا ظهار وفي ملكه رقبة فصام عن أحدهما ثم أعتق عن الأخرى أنه لا يجوز، بخلاف ما لو أعتق أولاً، (صام شهرين) فإن كان صومه بالأهله أجزاءه ولو كانت الأيام ثمانية وخمسين يوماً، وإن بالأيام فلا بد من ستين يوماً (متتابعين) فلو أفطر يوماً منها بعذر سفر أو مرض استقبل بخلاف ما لو أفطرت للحيض في كفارة القتل أو الفطر في رمضان حيث لا تستأنف فتصل قضاءها بعد الحيض لأنها لا تجدد شهرين وليس فيهما أيام حيض عادة، وعن هذا روي عن محمد أيضاً لو آيست بعدما حاضت استقبلت كما في «المحيط».

وقالوا: إن النفاس يقطع التتابع ولو لم تصل القضاء بعد الحيض استقبلت كما في «البدائع» (ليس فيهما) شهر (رمضان وأيام منية) يعني يومي العيد وأيام التشريق

وإن وطئ فيهما ليلاً، أو يوماً ناسياً، أو أفطر استأنف الصوم، ولم يجز للعبد إلا الصوم وإن أطمع أو أعتق عنه سيده فإن لم يستطع الصوم.....

لأن التتابع منصوص عليه وهو في سعة من صومهما خاليتين عن هذه الأيام فبدخولها ينقطع التتابع، لأن رمضان لم يشرع غيره في حق الصحيح المقيم، والصوم في تلك الأيام منهي عنه فلا يتأدى به الكامل، وكل صوم شرط فيه التتابع كالمندور والمشروط فيه ذلك معيناً أو مطلقاً فهو كالكفارة وأما الخالي عن اشتراطه كرجب مثلاً فإن التتابع فيه وإن لزم لكنه لا يستقبل لأنه لا يزيد على رمضان كذا في أيمن «فتح القدير».

(فإن وطئ) المظاهر (فيهما ليلاً) لم يقل كما قال القدوري: عامداً لأنه لا فرق بين العمد والنسيان كما في «البدائع» والتقييد به اتفاقي للاحتراز عن النسيان كما قد توهم (أو يوماً ناسياً) قيد بالنسيان لأنه لو جامعها نهاراً عامداً استأنف اتفاقاً ولم يعف عن وطئ الناسي، كما عفي عنه في الصوم لأنه فيه على خلاف القياس بالحديث وبهذا عرف أن قوله: ناسياً ليس قيماً فيهما ولم يقل: نهاراً ليدخل فيه ما بين الفجر إلى طلوع الشمس كذا في «الشرح» وكأنه عنى العرفي وإلا فالشرعي من طلوع الفجر وقد مر في الصوم، (أو أفطر) ولو بعذر سفر (استأنف الصوم) عندهما وخصه الثاني بالإفطار ولما أن الشرط كونه قبل المسيس بالنص وهو مفقود هنا، والخلاف مقيد بوطئ المرأة المظاهر منها أما بوطئ غيرها ناسياً فلا يستأنف به اتفاقاً كذا في «النهاية»، وقيد بكفارة الظهار لأنه في كفارة القتل لو وطئ ناسياً لا يستأنف لأن المنع من الوطء فيها لمعنى يختص بالصوم كذا في «الجوهرة».

(ولم يجز للعبد) ولو مكاتباً أو مستسعى (إلا الصوم) المذكور وهو شهران متتابعان، (ولو أعتق عنه المولى أو أطمع) ولو بأمره لم يجز لأنهما يعتمدان الملك ولا أهلية فيه له، إلا في الإحصار فإن إطعام المولى عنه جائز جزم به في جنايات «الفتح» وفي «البدائع» نقلاً عن «مختصر» الكرخي أن المولى لا يلزمه ذلك لأن لزومه لحق العبد ولا يجب للعبد على مولاه حق فإذا أعتق وجب عليه وذكر القاضي في «شرح مختصر» الطحاوي أن على المولى ذلك لأنه وجب لبلىة ابتلي بها العبد بإذن المولى فصار بمنزلة النفقة وليس للمولى منعه من هذا الصوم لتعلق حق المرأة به بخلاف سائر الكفارات، وإنما لم تتنصف لما فيها من معنى العبادة، واعلم أن المحجور عليه بالسفه بناء على قولهما الراجح يكفر بالصوم لا بالمال فلو أعتق عبده في كفارة الظهار سعى في قيمته ولم يجز عن تكفيره كذا في «خزانة الأكمل» وغيرها.

وذكره ابن وهبان في «منظومته» في الحجر (فإن لم يستطع الصوم) لمرض لا

أطعم ستين فقيراً كالفطرة أو قيمته، فلو أمر غيره أن يطعم عنه عن ظهاره، ففعل أجزاءه،
وتصح الإباحة في الكفارات، والفدية.....

يرجى زواله أو لكبر (أطعم ستين مسكيناً) ولو حكماً فإن كان فيهم من ليس بمراهق / [٢٤٢ / ب]
لم يجز كذا في «البدائع» أي: ملكهم قدرأ (كالفطرة) يعني نصف صاع من بر أو
صاعاً من تمر أو شعير ودقيق كل كأصله، وكذا السويق ولو دفع البعض من الحنطة
والبعض من الشعير جاز ويكون التشبيه في المصرف على ما مر ودفع قيمته يعني من
غير ما نص عليه حتى لو دفع نصف صاع تمر يبلغ قيمة نصف صاع بر أو صاعاً من
البر (أو) أقل من نصف صاع بر عن صاع تمر و (قيمته) تبلغه لم يجز لأن العبرة في
المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه، ولو لم يعتبر لزم إبطال التقدير المنصوص عليه
في كل صنف وهو باطل، وعليه أن يتم للذين أعطاهم ما قدر من ذلك الجنس فإن لم
يجدهم استأنف هكذا في «الفتح».

وما في «البحر» من أنه أفاد ذلك أعني كونه من غير المنصوص عليه بالعطف
ففيه نظر إذ القيمة أعم من قيمة المنصوص عليه أو غيره ولا يجوز في سائر الكفارات
أن يعطي الواحد أقل من نصف صاع وفي الفطرة خلاف، وقدمنا أن الجواز جزم به
غير واحد وأنه صحيح وعليه فالفرق أن العدد المنصوص عليه في الكفارة بخلاف
غيرها وقوله في «البحر»: إن هذا الفرق مفرع على القول الضعيف ممنوع.

(فلو أمر غيره أن يطعم عنه عن ظهاره، ففعل) الغير ذلك (أجزاءه)، لأنه طلب منه
التمليك معنى ويكون الفقير قابضاً له أولاً ثم لنفسه وهل يرجع؟ إن قال: على أن
يرجع علي رجوع وإن سكت لم يرجع عند الإمام في ظاهر الرواية، خلافاً للثاني
وأجمعوا أنه في الدين يرجع بمجرد الأمر، وفرق في وكالة «السراج» بأنه لو رجع
بمجرد الأمر لرجع بأكثر مما أسقط عن ذمة الأمر بدليل أن الوجوب كان من أحكام
الآخرة وثبوت الرجوع يقتضي وجوبه في الدنيا والآخرة ولا يجوز أن يرجع بأكثر مما
أسقط عن ذمته، أما الدين فحق مضمون في الدنيا والآخرة انتهى، ومقتضاه أنه لا
يرجع ولو شرطه وقد علمت أنه يرجع، قيد بالآمر لأنه لو أطعم عنه بلا أمر لم يجز،
وبالإطعام لأنه لو أمره بالعتق عن كفارته لم يجز عندهما خلافاً لأبي يوسف، ولو
بجعل سماه جاز اتفاقاً وتكفير الوارث بالإطعام جائز وفي كفارة اليمين بالكسوة أيضاً
بخلاف الإعتاق، ولذا امتنع تبرعه في كفارة القتل كما في «المحيط» (وتصح الإباحة
في) إطعام (الكفارات) أعني كفارة الظهار واليمين والصوم وقول العيني: والقتل
سهو.

(و) في (الفدية) كفدية الشيخ الفاني عن الصوم والجنائيات في الحج ونحوها

دون الصدقات، والعشر والشرط غداءان أو عشاءان مشبعان، أو غداء وعشاء وإن أعطى فقيراً شهرين صح، ولو في يوم لا إلا عن يومه،

(دون الصدقات والعشر) لأن المنصوص عليه في الكفارات والفدية الإطعام وهو حقيقة في التمكين وجواز التملك بدلالة النص، وفي غيرها الإيتاء وهو للتمليك حقيقة (والشرط) في إطعام الإباحة أكلتان مشبعتان (غداءان) تثنية غداء والسحور كالغداء (أو عشاءان) تثنية عشاء (مشبعان، أو غداء وعشاء)، لأن المعبر دفع حاجة اليوم وذلك بالغداء أو العشاء عادة ويقوم قدرهما مقامهما فاكتفى بغدائين أو عشاءين مما يؤكل غالباً من غير أدام، أما خبز الشعير والذرة فلا بد فيهما من الأدام بناء على القول بإجزائهما فيه وإليه مال الكرخي، وجزم به الشارح وغيره معللاً اشتراط الأدام بقوله ليتمكنه الاستيفاء إلى الشبع، وعلى هذا فاشتراط الأدام يؤخذ من قوله مشبعان وقيل: بالمنع وأفاد به أيضاً أنه لو كان فيهم شعبان.

قال: الشارح أو فطيم لم يجز، وقدمنا عن «البدائع» أنه ما لم يكن مراهقاً لا يجوز، وأنه لا يعتبر في الإباحة كونه نصف صاع ولذا روي عن الإمام في كفارة اليمين أنه لو قدم بين يدي عشرة أربعة أرغفة أو ثلاثة فشبعوا أجزأهم وإن لم يبلغ ذلك نصف صاع، نعم يعتبر ذلك المقدار في التملك ولو جمع بينهما بأن غداً واحداً وأعطاه مداً ففيه روايتان وجزم في «البدائع» بالجواز وكذا لو ثلاثة وأعطاهم قيمة العشاء أو عكسه وفي «الينابيع» لم أطعم مائة وعشرين مسكيناً أكلة واحدة مشبعة لم يجز إلا عن نصف الإطعام وفي «البدائع» لو أوصى بأن يطعم عنه فعد الوصي العدد المنصوص عليه ثم ماتوا قبل العشاء استأنفه انتهى.

ولو غابوا انتظرهم فإن لم يجدهم استأنف أيضاً، وهل يجب الانتظار على الوصي؟ لم أر المسألة في كلامهم، وينبغي القول بالوجوب في حقه دون غيره إلى أن يغلب على ظنه عدم وجودهم فيستأنف.

(ولو أعطى فقيراً) واحداً أي: أعطاه ما يطعم (شهرين صح) لأن المقصود سد خلة الفقير بفتح المعجزة أي: حاجته وهي تتجدد بتجدد الأيام فكان الدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره كذا قالوا: / لكنه إنما يتم بها على أن ستين مسكيناً مراده به الأعم من الستين حقيقة أو حكماً فستين حاجة أعم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحد إذا تحقق تكررها فيكون من عموم المجاز بلا خلاف، أما في التملك.

(لو) ملكه (في يوم) واحد بدفعات فقيل: إنه جائز والأصح أنه (لا) يجوز (إلا عن يومه) فقط لانعدام حاجته في ذلك اليوم فإن قلت: لو كسى مسكيناً واحداً عشرة

ولا يستأنف بوطئها في خلال الإطعام، ولو أطعم عن ظهارين ستين فقيراً كل فقير صاعاً صح عن واحد، وعن إفطار وظهار صح عنهما، ولو حرر عبيدين عن ظهارين، ولم يعين صح عنهما ومثله الصيام والإطعام وإن حرر عنهما رقبة، أو صام شهرين صح عن واحد، وعن ظهار، وقتل لا.

أثواب في عشرة أيام جاز مع انتفاء حاجته له في اليوم الثاني قلت: تجدد الحاجة إليه تختلف باختلاف أحوال الناس ولا يمكن تعليق الحكم فيه بغير الحاجة فأقيم مضي الزمان مقامها لأنها به تتجدد وأدنى ذلك اليوم وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها.

(ولا يستأنف) الإطعام (بوطئها) أي: يطأ المظاهر منها (في خلال الإطعام) لأنه تعالى ما شرطه فيه أن يكون قبل المسيس، ومن قواعدها أنا لا نحمل المطلق على المقيد وإن كانا في حادثة واحدة إلا أن يكونا في حكمين وإنما منع من الوطاء قبله منع تحريم لجواز قدرته على العتق والصيام فيقعان بعده كذا قالوا، وفيه نظر فإن القدرة حال قيام العجز بالفقر والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله أمر موهوم، وباعتبار الأمور الموهومة لا تثبت الأحكام ابتداء بل تثبت بالاستحباب.

(ولو أطعم) المظاهر أي: ملك ما يطعم ناوياً عن كونه (عن ظهارين) لمتحدة أو متعددة (ستين فقيراً كل فقير صاعاً) من البر (صح عن) ظهار (واحد) عندهما لأنه زاد في قدر الواجب ونقص عن المحل والتعيين مع اتحاد الجنس لغو وقال محمد: يجوز عنهما وعلى هذا الخلاف لو أعطى عشراً كل واحد صاعاً عن يمينين والخلاف مقيد بما إذا كان دفعة واحدة فإن كان بدفعات جاز اتفاقاً ذكره الشارح وغيره.

(و) لو أطعمهم ذلك المقدار ناوياً كونه (عن) كفارة (إفطار وظهار صح عنهما) لاختلاف الجنسين، (أو حرر) أي: عتق (عبيدين عن ظهارين، ولم يعين) نية أحدهما (صح) الإعتاق (عنهما وكذا) حكم (الصيام) يعني لو صام أربعة أشهر عن ظهارين ولم يعين، (والإطعام) بأن أطعم مائة وعشرين مسكيناً عن ظهارين ولم يعين صح أيضاً لاتحاد الجنس فلا حاجة إلى التعيين، ولو كان عليه كفارات مختلفة الأجناس أعتق عنها عبداً لا يجزئه عن كفارة، ولو نوى بكل واحدة لا بعينها جاز إجماعاً ولا تضر جهالة المكفر عنه كذا في «المحيط».

(وإن حرر عنهما) أي: الظهارين (رقبة واحدة، أو صام) عنهما (شهرين صح عن واحد) يعينه المعتق (و) حرر مؤمنة (عن ظهار وقتل لا) أي: لا يجوز عن واحد منهما، قيد بالمؤمنة لأنه لو أعتق كافرة كانت عن الظهار استحساناً، وإن اختلف الجنس لعدم صلاحيتها للثانية، والأصل أن نية التعيين في الجنس المتحد لغو فبقي

باب اللعان

هي : شهادات

مطلق النية وحينئذٍ فله أن يعين أيهما شاء مقيدة في المختلفة كما أشرنا إليه وتعرف الأول باتحاد السبب والثاني باختلافه، ولذا كان صوم رمضان من قبيل الأول والصلاة من الثاني وكذا صوم يومين من رمضانين فإذا لم يعرفهما ينوي مما علي من رمضان الأول والثاني ولو نوى ظهراً أو عصرًا أو صلاة جنازة لم يكن شارعاً في شيء للتنافي بخلاف ما إذا نوى ظهراً أو نفلًا حيث يقع عن الظهر عند أبي يوسف وهو رواية ترجيحاً للقوي، وعند محمد لا يصير شارعاً أصلاً للتنافي، ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع كان على الأقوى عند أبي يوسف، وعند محمد عن التطوع لأن النيتين لما لغتا بقي مطلق النية، ولو نوى حجة الإسلام والتطوع كان على حجة الإسلام اتفاقاً أما عند أبي يوسف فللقوة، وأما عند محمد فلما ذكرنا.

قال في «الفتح»: وقد يعكر على هذا الأصل ما عن أبي يوسف لو تصدق عن يمين وظهار فله أن يجعله عن أحدهما استحساناً وهو مبني على ما هو الظاهر من أن المراد نية بعض الأفراد في الجنس المتحد لغو لكن قال في «النهاية»: أراد به تعميم الجنس في النية ألا ترى أنه إذا عين ظهار أحدهما صح وحل له قربانها للتكفير والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب.

باب اللعان

هو لغة: مصدر لاعن سماعاً والقياس الملاعنة لكن ذكر غير واحد من النحاة أنه قياس أيضاً نعم تنفرد المفاعلة غالباً بما فاؤه ياء كياسر مياسرة ومن غير الغالب ياءومه [ب/٢٤٣] مياومة ويوماً حكاهما ابن سيده وهو من: اللعن بمعنى الطرد والإبعاد ورجل / لعنة بفتح المهملة كثير اللعن ويسكونها لعنه الناس كثيراً، ولقب الباب به لما فيه من لعن الرجل نفسه في الخامسة من تسمية الشيء باسم جزيه ولم يسم بالغضب وإن كان موجوداً فيه من جانبها لأن لعنه أسبق والسبق من أسباب الترجيح، وشرعاً ما أفاده بقوله (هي) أي: اللعان والتأنيث فيه باعتبار الخبر أعني (شهادات) نبه بذلك على أنهما لو تلاعنا فلم يفرق القاضي بينهما حتى مات أو عزل فإن الثاني يعيده، كما لو شهدا عنده فمات أو عزل فإن الثاني يعيده قبل القضاء وهذا عند أبي يوسف.

مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها، ولو قذف زوجته بالزنا وصلحاً شاهدين،

وقال محمد: اللعان أيمان فينبني كذا في «الجوهرة» (مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن) هذا ركنه وليس من الأيمان ما يتعدد في جانب المدعى عليه إلا هنا وفي القسامة وشرطه في المتلاعنين أن يكونا زوجين عاقلين بالغين مسلمين ناطقين غير محدودين كذا في «البدائع» زاد في «الجوهرة» وأن يكون النكاح صحيحاً وقد أشار المصنف إليه بما سيأتي من قوله: فلو قذف زوجته بالزنا، وفي القاذف عدم إقامة البينة على دعواه، وفي المقذوف إنكاره، وسببه قذف الزوجة بما يوجب الحد في الأجنبية وحكمه حرمة الوطء بعد التلاعن، وسيأتي بيان أهله، (قائمة مقام حد القذف في حقه) لأن الاستشهاد بالله تعالى مهلك كالحد بل أشد فقام مقامه، ولذا لو قذفها مراراً كفاه لعان واحد بخلاف ما لو قذف أكثر من واحدة من نسائه بكلمة أو بكلمات حيث يتعدد عليه اللعان ولو كن أجنبيات حد حداً واحداً، والفرق أن المقصود وهو دفع العار عن الكل حاصل بواحد، وفي الجمع لم يحصل لتعذر الجمع بين كلمات اللعان، وجاز أن يكون صادقاً في البعض، وظاهر إطلاقه يقتضي عدم قبول شهادته أبداً، وبه جزم العيني هنا تبعاً لما في «الاختيار».

(و) ذكر الشارح في القذف أنها تقبل قائمة (مقام حد الزنا في حقها) ولذا لم يصح العفو عنه ولا الإبراء والصلح، إذ كل من حد الزنا والقذف لا يحتمل ذلك، والمراد أنه قائم مقام حد القذف في حقه إن كان كاذباً ومقام حد الزنا في حقها إن كانت كاذبة وهو صادق إليه أشار في «الفتح» (فلو قذف زوجته) الحية بنكاح صحيح ولو في عدة الرجعي لا البائن في دار الإسلام (بالزنا) الكائن في نكاحه أو قبله بأن قال لها: يا زانية أو زانيت، ولو قال لها: يا زانية أنت طالق ثلاثاً فلا حد ولا لعان، ولو قال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية وجب الحد كذا في «البدائع» وغيرها ولو حذف التاء اتفق أبو حنيفة وصاحبه على وجوب اللعان والحد في الأجنبية ثم قاس محمد عليه ما لو قال الرجل يا زانية فأوجب الحد، وفرق بأن الترخيم شائع في النداء والخطاب دليل على إرادة التاء والحقيقة مقصورة بخلاف الثاني، وفي كون التاء للمبالغة شك فلا يجب بالشك كذا في «شرح المجمع» للمصنف، قيد بالزنا لأنه لو قذفها بعمل قوم لوط أي: رماها به لم يجب اللعان عند الإمام بناء على عدم وجوب الحد وعندهما يجب بناء على وجوب الحد ذكره في «البدائع».

(وصلحاً) أي: الزوجان (شاهدان) عند القاضي يعني صلحاً لأداء الشهادة فلا لعان بين الكافرين والمملوكين ولا فيما إذا كان أحدهما مملوكاً أو صبيّاً أو مجنوناً

وهي ممن يحد قاذفها، أو نفى نسب الولد، وطالبته بموجب القذف وجب اللعان،.....

أو محدوداً في قذف، فإن قلت: قد أجرى اللعان بين الأعميين والفاستقين ولا أداء لهما قلت: هما من أهله إلا أنه لا يقبل للفسق ولعدم قدرة الأعمى على التمييز وهو هنا يقدر على أن يفضل بين نفسه، وأيضاً الأعمى من أهل الشهادة فيما يثبت بالتسامع كالموت والنكاح والنسب وهذا الثاني بالتوجيه أنسب، وما في «الشرح» من أن الأعمى أهل لها ولذا يعقد النكاح بحضوره مدفوع بأن الكلام في أهلية الأداء إلا في أهلية التحمل، (وهي) أي: المرأة (ممن يحد قاذفها) حتى لو كانت ممن لا يحد قاذفها بأن دخل بها الزوج في نكاح فاسد أو قال: كان لها ولد ولم يعرف له أب، أو زنت في عمره مرة أو وطئت وطئاً حراماً ولو مرة بشبهة لم يجز اللعان بينهما، وخصها مع أن هذا شرط في جانب الرجل أيضاً حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه فلا لعان بينهما، لأنها لو لم تكن محصنة لا يجب شيء أما قذف الزوج عند عدم إحصانه فموجب للحد لا لعان كذا في «النهاية» ورده الشارح بأنه يوجب اللعان أيضاً إذ غاية الأمر أنه فاسق وقد مر إجراؤه بين الفاستقين وإنما حصنها لتثبت عفتها وهذا لأن / حد القذف لا يجب إلا إذا كان المقدوف عفيفاً. [١/٢٤٤]

قال في «الفتح»: والحاصل أن المرأة هي المقدوفة دونه فاخصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس مقدوفاً وهو شاهد فاشتراط أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه، (أو نفى) الزوج (نسب الولد) منه أو من غيره ورمأها بالزنا أولاً والتقييد بكونه مولداً على فراشه في كلام بعضهم اتفريقي، لأنه لو نفى نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف لاعت لكونه أيضاً قاذفاً كما لو نفاه أجنبي، (وطالبته) عند القاضي. نبه بالواو على أن التقادم لا يسقطه ولهذا قلنا: لو تركته ثم طلبته كان لها ذلك إلا أن الأفضل لها عدم المطالبة أصلاً ويستحسن للقاضي أن يدعوها إلى الترك.

قال في «البحر»: ومراده طلبها إذا كان القذف بصريح الزنا أما بنفي الولد فالطلب حقه أيضاً لاحتياجه إلى نفي من ليس هو ولده عنه (بموجب القذف) الذي أنكرته، ولم يبرهن على ما ادعى أما إذا برهن بأربعة رجال رجعت لو محصنة وإلا جلدت، ولو أقام رجلين أو رجلاً وامرأتين على إقرارها به فلا حد ولا لعان هذا إذا كان مقراً بالقذف ولو أنكره فطلبت يمينه لا يستحلف، فإن أقامت رجلين أو رجلاً وامرأتين على قوله لاعت ولو صدقته، ولو نفى الولد فلا حد ولا لعان لأن النسب إنما ينقطع حكماً باللعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في إبطاله كذا في «الشرح» وغيره، وبه اندفع ما في «شرح الوقاية» من أن نسب الولد ينتفي (وجب اللعان)

فإن أبي حبس حتى يلاعن، أو يكذب نفسه، فيحد فإن لاعن وجب عليها اللعان فإن أبت حبست حتى تلاعن، أو تصدقه، فإن لم يصلح شاهداً حد وإن صلح وهي ممن لا يحد قاذفها فلا حد، ولا لعان،

بينهما إذ ألحق وجب لها (فإن أبي) امتنع حبس لامتناعه عن أداء ما وجب لها عليه (حتى يلاعن، أو يكذب نفسه، فيحد) لارتفاع سبب اللعان بالتكذيب، وفيه دلالة على أنه لا يحد لمجرد امتناعه خلافاً لمن شد من المشايخ (فإن لاعن وجب عليها اللعان) بعده، ولو أخطأ القاضي فبدأ بالمرأة ينبغي أن يعيده لأنه شهادة والمرأة بشهادتها تقدر في شهادة الزوج فلا يصح إلا بعد وجود شهادته كذا في «البدائع» ولو فرق قبل الإعادة.

قال في «الاختيار»: جاز لها لأن المقصود تلاعنهما وقد وجد وعلل في «البدائع» المسألة بأن التفرقة صادفت كل الاجتهاد ولأنه يزعم أن اللعان ليس بشهادة بل يمينين ويجوز تقديم أحد اليمينين على الأخرى انتهى، وهذا يؤذن بأن المفرق لو كان ممن يرى أنه شهادة لا ينفذ فتدبره، (فإن أبت حبست حتى تلاعن، أو تصدقه) فيسقط عنها طلبه وما في بعض نسخ «القدوري» فتحذف غلط من الناسخ لأن الحد لا يجب بالإقرار فكيف بالتصديق الذي دونه بدليل أنها لو صدقته أربع مرات لا تحد، ولم يذكر ما لو امتنع منه بعد ثبوته والمذكور في الإسيبجاني أنهما يحبسان وينبغي حمله على ما إذا لم تعف المرأة كذا في «البحر» وعندني في حبسها بعد امتناعه نوع إشكال وهذا لأنه لا يجب عليها إلا بعده فقبله ليس امتناعاً لحق وجب عليها، وكان هذا هو السرفي إغفال المصنف وغيره لهذا فتدبره.

(فإن لم يصلح) للزوج (شاهداً) وصلحت لوصف قام به مع بقاء تكليفه بأن كان عبداً أو محدوداً في قذف أو كافراً بأن أسلمت ثم قذفها قبل عرض الإسلام عليه بقريئة قوله: (حد) فلا يرد الصبي والمجنون وهذا لأن الحد إنما يقام على المكلف ولما تعذر اللعان لمعنى من جهته صير إلى الموجب الأصلي (وإن صلح) الزوج شاهداً (و) الحال أنها (هي ممن لا يحد قاذفها) لوصف قام بها، وهو إما عدم تكليفها لصغر أو جنون أو كونها غير عفيفة (فلا حد) عليه (ولا لعان) لعدم أهليتها للشهادة، ولعدم إحصانها وإذا انتفى اللعان لعدم صلاحيتها فلعدم صلاحيتها أولى، فإن قلت: يرد عليها أنها لو كانت ممن يحد قاذفها بأن كانت عفيفة إلا أنها لا تصلح للشهادة بأن كانت محدودة في قذف فلا حد ولا لعان أيضاً، وكان ينبغي أن يجب الحد لأن امتناع اللعان لعدم شرطه لا يستلزم امتناع الحد كما في جانبه لكن لما لم يكن حكم قذفه إلا اللعان لا الحد فإذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب بخلاف حكم قذفه

وصفته ما نطق به النص فإن التعنا بانت بتفريق الحاكم،

فإنه الحد لا اللعان قلت في كلامه جملة حالية مطوية أي: وإن صلح شاهداً ولم تصلح وهذا لأن قوله فلو لم تصلح شاهداً إلى آخره تصريح مفهوم قوله: وصلحها شاهدين، وهي ممن يحد قاذفها احتراز عما إذا لم يصلح وصلحت أو عكسه / وبهذا عرف أنه لو قال بدل قوله: وهي ممن يحد قاذفها وهي ليست من أهل الشهادة كما في «البحر» لغاية الاحتراز عن قوله وهي ممن يحد قاذفها فإذا تحققت هذا ظهر لك أن الإيراد منشؤه عدم التدبير في كلامه.

(وصفته) أي: اللعان يعني كفيته (ما نطق به النص) أي: نص الشارع فعم الكتاب والسنة، وقد سبق في الطهارة نحوه وبه استغنى عما في «البحر» الظاهر أنه أراد بالصفة الركن يعني الماهية إذ صفته على وجه السنة لم ينطق به النص وهو أن القاضي يقيمهما متقابلين ويقول: التعن فيقول الزوج: أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا وفي الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير إليها في كل مرة، ثم تقول المرأة أربع مرات: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وفي الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا، وخصت المرأة بالغضب دون اللعن لأنها تكثره كما جاء في السنة فلا تبالي به والقصد إنما هو التغليظ عليها للحث على اعترافها بالحق والغضب أردع لها، وفي «البقاعي» أنه أبلغ من اللعن لأنه قد يكون بسبب غير الغضب، ولو كان القذف بنفي الولد ذكره أو به وحده اقتصر عليه ولو وجد بينة على صدقه بعد اللعان.

قال في «البحر»: ينبغي أن لا يقبل لأن القذف أخذ موجب وكأنها حدث للزنا فلا تحد ثانياً انتهى. ولقائل أن يقول: لم لا يجوز أن يقبل ليرتب عليه حل نكاحها له وقد علل في «الهداية» حل نكاحها فيما إذا كذب نفسه فحد بأنه لما حد لم يبق أهلاً للعان فارتفع بحكمه المنوط به وهو التحريم وهذا يتأتى هنا فإنه إذا ثبت أنها غير عفيفة لم يبق أهلاً للعان فارتفع حكمه فتدبره، (فإن التعنا) ولو أكثر اللعان (بانت بتفريق الحاكم) لا باللعان لخبر الشيخين «أن عويمر العجلاني لاعن امرأته عنده عليه الصلاة والسلام فلما فرغا قال: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثاً»^(١) ولم ينكر ذلك عليه عليه السلام وإنما وقع الطلاق لبقاء النكاح وعن هذا قلنا: لو آلى منها أو ظاهر صح ولو مات أحدهما ورثه الآخر ولو زالت أهلية اللعان في

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٩٢)، والبخاري في صحيحه (٤٩٥٩).

وإن قذف بولد نفى نسبه، وألحقه بأمه.....

هذه الحالة بما لا يرجى زواله بأن كذب نفسه أو قذف أحدهما إنساناً فحد أو خرس أحدهما أو وطعت وطئاً حراماً ولم يفرق بينهما، بخلاف ما لو جن أحدهما حيث يفرق لأنه يرجى زواله ولو تلاعنا فغاب أحدهما أو وكل بالتفريق يفرق كذا في «التاتارخانية» وهو ظاهر في أنه إذا لم يوكل ينتظر، قيدنا بذلك بأكثر اللعان لأنه لو فرق بعد التعانها مرتين لا تقع الفرقة ذكره الإسيبيجي فيما في «التاتارخانية» لو فرق بينهما بعد التعان الزوج قبل التعان المرأة نفذ حكمه لكونه مجتهداً فيه مشكل، ويمكن أن يقال: بأنه قضى في الثاني في فصل مجتهد فيه فينفذ لأن الشافعي قائل بوقوع الفرقة بلعان الزوج فقط بخلافه في الأول، وعلى هذا فيجب أن يقيد القاضي بالمجتهد وأشار بقوله: بتفريق الحاكم إلى أنه غير متوقف على رضاهما، واعلم أن النكاح وإن كان باقياً قبله إلا أنه يحرم عليه وطؤها لخبر «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً»^(١) كذا في «الفتح».

(وإن قذف) الزوج (بولد نفى) القاضي (نسبه) عن أبيه (وألحقه بأمه) هذا غير لازم في النفي وإنما خرج مخرج التأكيد كما في «النهاية» وظاهر صنيعه يعطي أنه يفرق ويقول: قد ألزمت أمه وأخرجته من نسب الأب كذا عن الثاني لأنه ينقل عنه فلا بد من ذكره، وإن التفريق غير كاف في النفي.

قال في «النهاية» عن «المبسوط»: وهذا صحيح إذ ليس من ضرورة التفريق نفي النسب وفي ابن الملك وهو الصحيح ولا بد أن يكون العلوق في حال يجري بينهما اللعان حتى لو علقت وهي كافرة أو أمة ثم عتقت وأسلمت فنفي نسب ولدها لا ينتفي لأنه لا تلاعن ولا بد أيضاً أن يكون النكاح صحيحاً كما مر والمصنف استغنى عن هذا الشرط بذكره النفي بعد اللعان وحيث لا لعان فكيف يتصور النفي، وسيأتي بيان شرائط صحة النفي ثم إذا قطعه بقي في سائر الأحكام من الزكاة والشهادة والقصاص وعدم صحة دعوى غيره له إلا في حق النفقة والإرث كما في «التاتارخانية» وزاد في «البحر» كون النكاح صحيحاً وكونه في حال يجري التلاعن بينهما كما قدمناه والحق ما أسلفناه / من أن هذا من شرائط اللعان لا من شرائط النفي.

فائدة: يقال: إن الإمام محمد بن حبيب كان ولد ملاءنة ومن ثم قيل: إنه اسم أمه وأنه غير منصرف وقيل: هو اسم أبيه والأكثر على الأول وكان بغدادياً عالمياً

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه موقوفاً (١٢٤٣٣).

فإن أكذب نفسه حد، وله أن ينكحها وكذا إن قذف غيرها فحد أو زنت فحدت، ولا لعان بقذف الأخرس، ولا ينفى الحمل.....

بالنسب وأخبار العرب مكثراً من رواية اللغة موثقاً به في روايته توفي في ذي الحجة سنة خمس وأربعين ومائتين قاله الدماميني في «حواشي المغني».

قال في «فتح القدير» - في كتاب الشهادات بعدما أثنى على الدماميني - :
ودمامين بالنون بلدة بالصعيد : (فإن أكذب نفسه) صريحاً بأن اعترف بذلك أو قامت عليه بينة بذلك أو دلالة بأن مات الولد المنفي عن مال فادعى نسبه (حد) لإقراره بوجوب الحد عليه، وهذا إذا كان بعد اللعان كما اقتضاه كلامه ليس القذف الأول لأنه أخذ موجب بل لأنه نسبها في كلمات اللعان إلى الزنا، وهو شهادة وشهود الزنا إذا رجعوا يحدون، ولو كان المنفي ترك ولداً يثبت نسبه من الأب وورثه لاحتياجه إلي النسب ولو ترك بنتاً ولها ابن فأكذب الملاعن نفسه ثبت نسبه أيضاً عند الإمام خلافاً لهما وقيل: الخلاف على العكس، له أن الابن يصير بانتفاء نسب أمه كأبيه فهو محتاج إلى ثبوت نسبها كذا في «الفتح».

(وله أن ينكحها) سواء حد أو لا وكذا إذا صدقته كذا في «البحر» وهذا عندهما وقال الثاني: ليس له ذلك لما روينا، ولهما أن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها في حق الراجع فيرتفع اللعان لئلا يجتمع الحد واللعان كذا في «الشرح» وهذا إنما يتم بتقدير أن يكون الحد بعد الإكذاب للقذف الأول لا ما إذا كان لما تضمنه كلمات اللعان من الرمي بالزنا كما قدمناه، وخبر: «المتلاعنان لا يجتمعان أبداً» لا يمكن إجراؤه على حقيقته لأنهما كما فرغنا منه زالت الحقيقة فلم يبق إلا من بينهما تلاعن حكماً وبالإكذاب انتهى. الحكم أيضاً، وفيه نظر لم لا يجوز أن يراد من وجد بينهما تلاعن في الخارج وارتفاع الحكم لا يوجب ارتفاع هذا.

(وكذا) له أن ينكحها (إذا قذف غيرها فحد) لخروج القاذف بعد الحد عن أهلية اللعان، (أو زنت) بتشديد النون نسبت غيرها للزنا فيكون قوله: (فحدت) قيلاً معتبر المفهوم بخلافه على التخفيف إذ لا يشترط في حل نكاحها بعدما زنت أن تحد سواء زنت قبل الدخول أو بعده بل ولا أن يكون موجباً للحد حتى لو وطئت بشبهة كان له ذلك كما ذكره الإسيبجاني وأيضاً حدها بعد الدخول الرجم فلا يتصور حلها للزوج وبه يصير المؤلف مستوفياً لقذفه وقذفها، (ولا لعان بقذف الأخرس) زوجته الناطقة لتعذر الركن منه وهو التلطف بالشهادة وكذا لا تلاعن بالكتابة ولا بقذف الناطق الأخرس لاحتمال تصديقها إياه لو كانت ناطقة، (ولا) لعان أيضاً (بنفي الحمل) عند الإمام وقالوا: يجب وقت الوضع إذا تحقق وجوده بأن وضعته لأقل من

وتلاعنا بزنيته، وهذا الحمل منه، ولم ينف الحمل، ولو نفى الولد عند التهنئة، وابتاع آلة الولادة صح وبعدها لا، ولاعن فيهما وإن نفى أول التوءمين، وأقر بالثاني حد، وإن عكس لاعن، ويثبت نسبهما فيهما.

سنة أشهر من وقت القذف، وله أنه مع التيقن بقيامه فيه تعليق القذف بالشرط ولذا قلنا: يصح عتق الحمل لصحة تعليقه بالشرط وأما رد المبيعة بعيب الحبل فلظهوره وكونه ربحاً شبهة والرد به يثبت معها (وتلاعنا بزنيته) أي: بقوله: زنيته (وهذا الحمل منه) أي: من الزنا للقذف الصريح (ولم ينف) القاضي (الحمل) لعدم ترتب الأحكام عليه قبل ولادته، ونفيه عليه الصلاة والسلام ولد هلال وقد قذف زوجته حاملاً لعلمه به بالوحي.

(ولو نفى) الزوج (الولد عند التهنئة) بالهمز من هنأته بالولد بالثقل والهمز مشروع في شرائط صحة النفي، وبقي منها أن يكون المنفي حياً نص عليه في «البدائع» ولم يقدر لمدتها مقدار في ظاهر الرواية بل ما جرت العادة وعن الإمام تقديره بثلاثة أيام وفي رواية الحسن بسبعة وضعفه السرخسي بأن نصب المقادير بالرأي لا يجوز.

(وابتباع) أي: شراء (آلة الولادة) كالمهد ونحوه قاله العيني والأولى أن يفسر بالكروسي التي تولد عليه المرأة ونحوه، كشراء ما يشتريه حال ولادتها هذا هو آلة الولادة، (صح) نفيه ولو غائباً اعتبرت المدة التي ذكرناها على الأصليين (لا) يصح (بعده) لأن تقادم العهد دليل التزام وعندهما تعتبر مدة النفاس لأنها أثر القياس، ودل كلامه أنه لو أقر به صحيحاً أو دلالة بأن قبل التهنئة / أو سكت عندها ثم نفاه لا [ب/٢٤٥] يصح، (ولاعن) الزوج (فيهما) لوجود القذف منه (وإن نفى أول التوءمين، وأقر بالثاني حد) لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني، وعلى هذا لو كانوا ثلاثة أقر بالأول والثالث ونفى الثاني، ولو قال بعد ذلك هما أبنائي أو ليسا أبنائي فلا حد عليه كذا في «الفتح».

(وإن عكس) بأن أقر بالأول ونفى الثاني (لاعن) لأنه قاذف بنفي الثاني مصر عليه (ويثبت نسبهما فيهما) أي: في صورتين لأنهما خلقا من ماء واحد وثبوت النسب الذي أقر به يستلزم ثبوت نسب الآخر.

فرع

نفى نسب التوءمين ثم مات أحدهما عن أخيه المنفي وأخ لأمه وأمه فالإرث أثلاثاً فرضاً ورداً للأم السدس وللأخوين الثلث والنصف الباقي يرد عليهم كذا في «شرح التلخيص» وبه عرف أن نفيه يخرج عن كونه عصبية والله الموفق للصواب بمنه وكرمه.

باب العنين وغيره

هو: من لا يصل إلى النساء، أو يصل إلى الثيب دون الأبيكار، وجدت زوجها محبوباً
فرق في الحال.....

باب العنين وغيره

من الم محبوب شروع في بيان من به مرض تعلق بالنكاح يقال: رجل عنين لا يقدر على إتيان النساء ولا يشتهي، سمي بذلك لأن ذكره يعن بقبل المرأة يميناً وشمالاً أي: يعترض إذا أراد الإيلاج وامرأة عنيته لا تشتهي الرجال والفقهاء يقولون: به عنة، وفي كلام الجوهري ما يشبهه ولم أجده لغيره والمشهور بين التعنن كذا في «المصباح» وجمعه عنين فعيل بمعنى مفعول (هو من لا يصل) أي: من لا يقدر أن يصل (إلى النساء) أي: إلى جماعهن في القبل مع قيام الآلة لآفة أصلية أو لمرض أو ضعف أو كبر سن أو سحر (أو يصل إلى الثيب دون البكر) أو إلى بعض النساء الثيبات دون البعض انتصبت آتته أو لا، وليس منه من قصرت آتته بحيث لا يمكن إدخالها داخل الفرج كما في «المحيط».

وفي «المعراج» لو أولج الحشفة فقط فليس بعنين وإن كان مقطوعاً فلا بد من إيلاج بقية الذكر ولو أنزل قبل أن يخالطها ثم لم تنتشر آتته بعد فهو عنين، قيدنا بالقبل لأنه لو قدر على إدخاله في الدبر فقط كان عنيماً خلافاً لأبي عقيل فإنه يقول الدبر أشد من القبل كذا في «المعراج».

(وجدت) الحرة البالغة الخالية عن الرتق ولو مجنونة (زوجها) ولو مريضاً أو صغيراً أو مجنوناً (محبوباً) أي: مقطوع الذكر والخصيتين يقال جيبته جيباً من باب قتل قطعته ولم يذكروا مقطوع الذكر فقط والظاهر أنه يعطى هذا الحكم أيضاً (فرق للحال)، إذ لا فائدة في التأخير لكن بطلبها إذ لا يقيد كونه على الفور حتى لو أقامت معه زماناً وهو يضايعها كانت على خيارها ما لم تعلم بحاله وقت العقد أو علمت ولم ترض، ولو أقام الولي بينة على رضاها بجبهه أو عنته أو علمها بحاله عند العقد لم يفرق، ولو طلب يمينها على ذلك حلفت فإن نكلت لم يفرق، وفي قوله: وجدت إيماء إلى أنه لو جب بعدما وصل إليها لا خيار، وفي «التتارخانية» لو لم تعلم بحاله حتى جاءت بولد فادعاه وأثبت القاضي نسبه منه ثم علمت به وطلبت التفريق كان لها ذلك انتهى، وعلى هذا قالوا لو جاءت بولد بعد التفريق إلى سنتين ثبت نسبه منه ولا يبطل التفريق، وفي العنين يبطل ونظر فيه الشارح بأنه بالتفريق في العنين وقع

وأجل سنة لو عنيناً، أو خصياً.....

البائن فكيف يبطل، ألا ترى أنها لو أقرت بعد التفريق أنه كان وصل إليها لا يبطل، وجوابه أنه بثبوت النسب في العنين ثبت أنه ليس بعنين بخلاف المَجْبُوبِ فإن ثبوت النسب منه باعتبار إنزاله بالسحق وهذا لا ينافي كونه مجبوباً، وإنما لم يقبل إقرارها لتناقضها مع احتمال كذبها، وفي «الخانية» لو شهد شاهدان على إقرارها قبل التفريق بأنه وصل إليها بطل التفريق، قيدنا بالحرّة لأن الخيار في الأمة إنما هو للمولى عند الإمام وقال الثاني: لها ومحمد قيل: مع الإمام وقيل: مع الثاني كذا في «الخانية»، وبالبلغة لأن الصغيرة ينتظر بلوغها لجواز رضاها به بعد وبالخالية عن الرتق لأن الرتقاء لا خيار لها كما في «الخانية» والخصم فيما إذا كان أحدهما مجنوناً وليه فإن لم يكن نصب القاضي من يخاصم ولو كان يجن ويفيق هل تنتظر إفاقته لم أر المسألة والذي ينبغي أن يقال: إن كان هو الزوج لا ينتظر وفي الزوجة ينتظر لجواز رضاها به إذا هي أفاقت، كما لو كانت غير بالغة ويثبت كونه مجبوباً بالمس من وراء الثياب فإن لم يمكن إلا بالنظر أمر القاضي أميناً لينظر إليه ويخبر كذا في «الخانية».

(وأجل) أي: أجل القاضي الزوج (سنة) قمرية بالأهلة في ظاهر الرواية ورجحه في «الواقعات» أو شمسية بالأيام على ما عليه الفتوى كما في «الخلاصة» وهي تزيد على القمرية أحد عشر يوماً وقيل عشرة أيام وربع عشر يوم تقريباً / ولا خلاف في [1/٢٤٦] الاعتبار بالأيام فيما إذا كان التأجيل في أثناء الشهر كما في «المجتبى» ودل كلامه على أن تأجيل غير القاضي لا عبارة فيه، وأطلق الزوج فشمّل المجنون والمعتوه إلا أن يكون مريضاً فيؤخر تأجيله إلى صحته مطلقاً على المفتى به، أو صغيراً فينتظر بلوغه فإن بلغ أربعة عشر سنة ولم يصل إليها ووصل إلى غيرها يؤجل كما في «الخانية»، أو محرماً فبعد الإحرام ولو مظاهراً لا يقدر على الإعتاق أمهله القاضي شهرين ثم أجله، ولو ظاهر بعد التأجيل لا يلتفت إليه وتحسب المدة عليه وتحسب منها أيام حيضها ورمضان وحجه وغيبته وكذا مرضه ومرضها وعليه فتوى المشايخ كذا في «غاية البيان» وعن محمد هذا فيما دون الشهر أما الشهر التام فلا.

وفي «الخانية» وهو أصح الأقاويل ولا يحسب منها حجها وغيبتها وحبسها وامتناعها عن المجيء إلى السجن بعد أن يكون فيه موضع خلوة ولو على مهرها (لو) كان عنيناً لأنه بعد السنة تبين أن العجز أصلي فيه، (أو) كان (خصياً) بفتح الخاء فقيل: بمعنى مفعول تقول: خصيت العبد أخصيه خصياً بالمد والكسر سللت خصيته، والفرس قطعت ذكره فهو مخصي، ويجوز استعمال فعيل ومفعول فيهما ولا بد أن لا ينتشر ذكره فلو انتشر فليس به كما في «المحيط»، وعلى هذا فعطفه عليه

فإن وطئ، وإلا بانة بالتفريق إن طلبت فلو قال: وطئت، وأنكرت وقلن: بكر خيرت، وإن كانت ثيباً صدق.....

من عطف الخاص على العام لخفائه وإن كان بأو ولأن الفقهاء يتسامحون في ذلك، ولو قال الشيخ الكبير: لا أرجو الوصول إليها أو كان خنثى يبول مبال الرجال أجل أيضاً، وفي كلامه إيماء إلى دفع ما عن الهندواني من أنه يؤتى بطشت فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فإن تقلص ذكره أو تروى علم أنه لا عنة به وإلا علم أنه عنين، إذ لو اعتبر هذا لزم أن لا يؤجل.

(فإن وطئ) مدة واحدة في المدة بطل التأجيل لاستيفائها حقها بمرة وما زاد فهو مستحق عليه ديانة، ولذا يآثم إذا تركها متعناً مع القدرة وعليه فالأمة مع احتياجها إليه ينبغي أن لا يآثم كذا في «النهاية» (وإلا) أي: وإن لم يطأ بإقراره (بانة) منه أي: طلقت طليقة بائنة (بالتفريق) أي: بتفريق القاضي بينهما عند امتناعه عن تطبيقها لأنه وجب عليه التسريح بالإحسان حين عجز عن الإمساك بالمعروف فإذا امتنع كان ظالماً فتاب عنه، وأضيف فعله إليه وقيل: يكفي اختيارها نفسها ولا يحتاج إلى القضاء كخيار العتق قيل: وهذا الأصح كذا في «غاية البيان» وجعل في «المجمع» الأول قول الإمام والثاني قولهما فظاهر أن قوله: تطبيقه إياها لا يقال: فيه تفريق فقول العيني أي: تفريق الزوج أو القاضي فيه مؤاخذه ظاهرة، (إن طلبت) المرأة قيد في الأفعال كلها أعني فرق وأجل وبانة لا بقيد كونه على الفور أيضاً حتى لو وجدته عنيناً ومضت مدة من غير أن تخاصم أو مضت مدة الأجل ولم تخاصمه كذلك لا يبطل حقها.

(فلو قال) الزوج يعني بعد السنة دل على ذلك الإتيان بالغاً: (وطئت، وأنكرت) المرأة ذلك نظر إليها النساء، فإذا فعلن (وقلن) إنها (بكر خيرت) للحال بين الإقامة والفرقة في مجلسها، فإن اختارت نفسها أمره القاضي بالتطبيق فإن أبي فرق بينهما والواحدة تكفي وشرط الحاكم عدلتها والاثنتان أحوط في بعض الكتب أفضل وعلى هذا فقوله قلن بناء على ما هو الأولى، غاية الأمر أنه أطلق الجمع على المثني وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع يعني المرأة في فرجها أصغر بيضة للدجاج فإن دخلت من غير عنف فهي ثيب وإلا فبكر، أو تكسر وتسكب في فرجها فإن دخل فثيب وإلا فبكر، وقيل: إن أمكنها تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب، وظاهر كلامه أنها لا تستحلف، ولم أر ما لو رجعت الواحدة عن الشهادة أو الاثنتان بعد التفريق هل يضمنان نصف المهر كشهود الطلاق قبل الدخول أو مقتضى كونه إخباراً حتى اكتفى فيه بالواحدة عدم الضمان، (وإن كانت ثيباً) يعني بأن قلنا: إنها ثيب (صدق)

بحلفه، وإن اختارته بطل حقه ولم يخير أحدهما بعيب.

الزوج (بحلفه) إذ ليس من ضرورة ثبوت الثيابة الوصول إليها لجواز زوالها بغيره فيحلف، بخلاف البكارة وفيه إيماء إلى إلغاء قولهن ولذا لو كانت الثيابة فيها أصلية قبل قوله بيمينه. وقال الشارح: هذا كله في الانتهاء وسكت المصنف عن كيفية ثبوت العنة للتأجيل ابتداء ولا بد منه أيضاً وأجاب في «البحر» بأن قوله فلو قال: وطأت حينئذ شامل لما إذا اختلف في الابتداء / والانتهاء، وقوله: خيرت أي: في التأجيل أو التفريق وقوله: وإن كانت ثيباً صدق شامل لهما أيضاً، وأنت خبير بأن الإتيان بإلغاء بعد قوله وأجله حينئذ ينبو عنه كما أشرنا إليه وكان المصنف استغنى بذكر الانتهاء عن الابتداء لاتحاد الحال فيهما ولو امتنع عن الحلف وقد وطئها فرق القاضي بينهما ولا يسعها أن تتزوج بآخر ولا يسعه أيضاً أن يتزوج بأختها كذا في «المحيط».

(وإن اختارته) ولو دلالة بأن وجد منها ما يدل على الإعراض بأن قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضي أو قام القاضي عن مجلسه كما في «الخانية» (بطل خيارها) لأن المخير بين شيئين ليس له أن يختار إلا أحدهما وفي كلامه إيماء إلى أنه لو فرق بينهما ثم تزوجته فلا خيار لها كما لو تزوجته عالمة بحاله على ما عليه الفتوى.

واختلفت الروايات فيما لو تزوج بأخرى عالمة بحاله وذكر في الأصل أنه لا خيار لها وبه يفتى، وذكر الخصاص: أن لها الخيار لأن العجز عن الأولى لا يدل عن العجز عن غيرها، قال في «الخانية»: وهو الصحيح (ولم يخير أحد الزوجين بعيب) في الآخر سواء كان عيباً يخل بالجماع كالقرن والرتق أو يعافه الطبع كالجنون والبرص والجذام وهذا عندهما، وقال محمد: لها الخيار وإذا كان في الزوج واحد من الثلاثة الأخيرة وقيدته في الحقائق بما إذا كانت بحال لا تطبق المقام معه ولنا أن نقول: فوت الاستيفاء أصلاً بالموت لا يوجب الفسخ فإحلاله بهذه العيوب أولى كذا في «الهداية»، وتعقب بأن النكاح يوقت بحياتهما يعني وإنما لا يوجب لعدم قبوله إياه أما مع هذه العيوب فيقبله ولم أر من أجاب عنه من الشارحين وأجاب في «البحر» بجوابين: الأول: أن النكاح بالموت ينتهي لا أنه يفسخ، والشيء بانتهائه لا يفسخ والثاني: وهو الأحسن أنه على حذف مضاف أي لا يوجب خيار الفسخ حتى لا يسقط به شيء من مهرها.

وأقول: كل من الجوابين غير مانع في دفع هذا الإيراد لمن تأمل والذي ينبغي أن يقال أراه إن فوت الاستيفاء أصلاً بالموت يعني قبل التسليم لا يوجب فسخ

باب العدة

هي: تربص يلزم المرأة.....

النكاح قبل الموت مع أنا عهدنا ذلك شرعاً في البيع فعلمنا أن اختلاله بهذه العيوب أولى أن لا يوجبه وهذا لأنه قبل التسليم هو الذي يفوت به الاستيفاء أصلاً لا بعده وبهذا يظهر المراد ويندفع الإيراد والله الموفق.

والقرن: بفتح القاف وسكون الراء كما في «النهاية» وقيل بفتحها في الفرج غدة غليظة أو عظم يمنع سلوك الذكر، والرتق: بفتح التاء الالتحام جمع رتقة ومصدر قولك امرأة رتقاء وفي كراهية القنية له شق الرتق من أمته المشتراة وإن تألمت وقالوا في وجه عدم رد الزوجة بعيب الرتق لإمكان شقه بقي هل يشق جبراً عليها، قال في «البحر»: لم أره، أقول: ينبغي أن تجبر عليه لأن التسليم الواجب عليها لا يمكن بدونه.

باب العدة

ذكرها بعد الفراق من النكاح لترتيبها في الوجود عليه وهي بكسر العين.

قال الجوهري: عدة المرأة إقرائها انتهى، وقيل: تربصها المدة الواجبة وبالضم الاستعداد للأمر وما أعددت لحوادث الدهر من مال وسلاح وعرفاً أفاده بقوله: (هي تربص يلزم المرأة)، أي: انتظار انقضاء مدة بالتزوج فحقيقته ترك لزوم شرعاً للتزوج والزينة. قالوا: ركنها وحرمان تثبت عند الفرقة وعند الشافعي الكف عنها، وينبغي على الخلاف تداخل العدتين عندنا لا عنده.

قال في «الفتح»: فعلى هذا ينبغي أن يقال هي لزوم التربص لأنه فعلها والحرمان أحكام الله فلا يكون نفسه وهذا التقرير غير محتاج إليه في كلام المصنف مع قوله يلزم المرأة كما توهمه في «البحر» إذ لا معنى لوصف التربص باللزوم مع إضافته إليها نعم.

قال في «الحواشي السعدية»: إذا كان ركنها الحرمان أي حرمة التزوج والخروج فيكون التعريف بالتربص على هذا تعريف باللائم خص المرأة باللزوم بناء على أن العدة اصطلاحاً تختص بتربصها لا بتربصه، وإن كان هو في العدة أيضاً لأن وجوب الانتظار بالتزوج يشمله وقد حصر مواضع وجوبها عليه في «الخزانة» في عشرين موضعاً حاصلها يرجع إلى أن من امتنع نكاحها عليه لمانع لا بد من زواله كنكاح أختها وأربع سواها وعرفها في «البدائع» بالأجل المضروب لانقضاء ما بقي

عند زوال النكاح، أو شبهته عدة الحرة للطلاق، أو الفسخ ثلاثة أقراء.....

من آثار النكاح وهو شامل / لعدة الصغيرة بخلاف تعريف المصنف وإن مسماها [٢٤٧/١] الحرمان فإنه لا يشملها أيضاً وأكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب عليها بل يقولون تعند والوجوب إنما هو على الولي بأن لا يزوجها حتى تنقضي العدة.

قال شمس الأئمة: مع أنها مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي إلى توجيه خطاب الشرع عليها فإن قلت كون مسماها المدة لا يستلزم انتفاء خطاب الولي أن لا يزوجها قلت: إذا كان كذلك فالثابت فيها عدم صحة التزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم صحة التزوج لو فعل (عند زوال النكاح) المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت قال في «البحر»: ولم أر ما لو أدخلت منيه في فرجها من غير إيلاج في قبلها والمذكور في كتب الشافعية وجوبها ولا يبعد أن يحكم على أهل المذهب به لاحتياجها منه إلى تعرف براءة الرحم انتهى.

وأقول: ينبغي أن يقال إن ظهر حملها كان عدتها وضع الحمل وإلا فلا عدة عليها (أو شبهته) عطف على النكاح دخل فيه العدة من النكاح الفاسد وما لو زفت إليه غير امرأته فوطئها زاد بعض المتأخرين أو فراشه لتدخل عدة أم الولد وفي بعض النسخ أو شبهه بالإضافة إلى ضمير النكاح وعلى كل فهو عطف على النكاح ليكون الزوال ملاحظاً فيه، وعلى هذا فلا حاجة إلى ما زيد إلا أنه يلزم عليه أن لا يكون جامعاً لمن زفت إليه غير امرأته على ما مر وسبب وجوبها النكاح أو شبهته وزوال ذلك شرط بالإضافة في عدة الطلاق إلى الشرط وحكمه حرمة نكاح أختها أو أربع سواها، وما قيل: من أن منه حرمة نكاحها على غيره رده في «الفتح» بأن هذا من جزئيات تلك الحرمان التي هي أركانها كما مر وأنواعها حيض ووضع حمل وأشهر (عدة الحرة) ولو كتابية تحت مسلم (للطلاق، أو الفسخ) زاد في «إيضاح الإصلاح» أو الرفع وقرر أن النكاح بعد تمامه لا يقبل الفسخ عندنا فكل فرقة بغير طلاق قبل تمام النكاح كالفرقة بخيار البلوغ والفرقة بخيار العتق والفرقة بعدم الكفاءة فسخ، وكل فرقة بغير طلاق بعد تمام النكاح كالفرقة بملك أحد الزوجين الآخر والفرقة بتقبيل ابن الزوج ونحوه رفع وهذا واضح على من له خبرة في هذا الفن وهذا التقسيم لم نر من عرج عليه والذي ذكره أهل الدار أن القسم ثنائية وإن الفرقة بالتقبيل من الفسخ كما قدمناه (ثلاثة أقراء) بالنصب على الظرفية أي: في مدة ثلاثة أقراء خبر عدة ليلائم كون مسمى العدة لزوم تربص أو تربص يلزم المرأة على ما مر والرفع إنما يناسب كون مسماها نفس الأجل إلا أن يكون أطلقها على المدة فجاز كما في «فتح القدير» ولما كانت الأقراء التي هي جمع قرء بالضم والفتح واقتصر الجوهرى على

أي حيض وثلاثة أشهر إن لم تحض وللموت أربعة أشهر وعشراً،
 الفتح مشتركاً لفظياً بين الحيض والطهر، والمراد الأول قيل أو معنوياً فسرته بقوله:
 (أي حيض) بكسر الحاء وفتح الياء جمع حيضة ولم يقل ابتداء ثلاث حيض اتباعاً
 للنص أعني قوله تعالى: ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ [البقرة: ٢٢٨]
 وجملة يتربصن خبر واقع موقع الأمر والظاهر أن المفعول محذوف أي: تربص
 التزويج أو الازدواج أو هو ثلاثة قروء أي مضيتها وبأنفسهن متعلق بـ يتربصن والياء
 للسببية وقيل تأكيد معنوي والياء زائد قاله السمين.

وفي ذكر الأنفس تهيج لهن على التربص لأنهن لما كانت نفوسهن طوامح
 للرجال أمرن أن يتربصن ويغلبنهن على التربص وأتى بتمييز العدد جمع كثرة مع أنه لا
 يعدل عن جمع القلة غالباً أعني أقراء إما لأن الحكم لما عم جمع المطلقات تضمن
 جمع الكثرة فحسن أو أنهم يستعيرون كل واحد من البابين مكان الآخر اتساعاً أو
 عدتها ثلاثة أشهر هلالية اتفاقاً إن وقع الطلاق في أول الشهر وإن في أثنائه اعتبرت
 بالأيام عند الإمام وعندهما يكمل الأول ثلاثين من الشهر الأخير والشهران
 المتوسطان بالأهلة وجعل في «الصغرى» الاعتبار فيها بالأيام إجماعاً والخلاف بين
 الإمام وصاحبيه إنما هو في الإعادة وإن لم تحض بأن بلغت ولم تر دماً أو رأته دون
 مدته أو كانت مستحاضة نسيت عاداتها أو صغيرة لم تبلغ تسعاً على المختار أو
 كبيرة بلغت سن الإياس قيد بالتي لم تحض لأن التي حاضت ثم امتد طهرها لا تعد
 بالأشهر إلا إذا بلغت سن الإياس. وعن مالك انقضاؤها بحول وقيل بتسعة أشهر ستة
 لاستبراء الرحم (وثلاثة أشهر) للعدة ولو قضى به قاض نفذ.

قال الزاهدي: وقد كان بعض أصحابنا يفتون به للضرورة خصوصاً الإمام
 والدي / وفي «البيزانية» والفتوى في زماننا على قول مالك في عدة الآيسة وأنت خبير [ب / ٢٤٧]
 بأنه لا داعي إلى الإفتاء بقول نعتقد أنه خطأ يحتمل الصواب مع إمكان الترافع إلى
 مالكي يحكم به وفي نكاح «الخلاصة» قيل: لحنفي ما مذهب الإمام الشافعي في
 كذا؟ وجب عليه أن يقول: قال أبو حنيفة كذا لما قلنا. واعلم أن الصغيرة لو حاضت
 في أثناء الشهر استأنفت كالكبيرة إذا آيست في أثناء الحيض تحامياً عن الجمع بين
 الأصل والخلف.

(و) العدة أي: عدة الحرة (للموت) أي: لموت الزوج سواء كان مدخولاً بها
 أو لا، صغيرة كانت أو كبيرة ولو آيسة مسلمة أو كتابية حراً كان زوجها أو عبداً
 (أربعة أشهر وعشراً) لقوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم﴾ [البقرة: ٢٣٤] الآية
 وتأنيث العشر باعتبار الليالي لأنها غرر الشهور والأعوام ولعل المقتضي لهذا التقرير

والأمة قرءان ونصف المقدر،.....

أن الجنين في غالب الأمر يتحرك في ثلاثة إن كان ذكراً وفي أربعة إن أنثى فاعتبر أقصى الأجلين وزيد عليه العشرة استظهاراً قاله القاضي في «تفسيره» وتعقب بما في «الصحيح» أنه يكون في البطن أربعين نطفة ومثلها علقه ومثلها مضغة ثم تنفخ فيه الروح اللهم إلا أن يكون معنى الحديث أن كمال النفخ في كل عضو لا يكون إلا بعد المدة المذكورة وهذا لا ينافي النفخ في بعضها قبل المدة المذكورة قاله الكازروني، وابتدؤها من وقت الموت فإن مات في أول الشهر اعتبرت الأشهر بالأهلة وإن في أثناءه فعلى ما مر من الخلاف.

قال في «المحيط»: ومدة الإيلاء واليمين أن لا يكلم فلاناً أربعة أشهر والإجارة سنة وفي أثناء الشهر وسن الرجل ولد كذلك وصوم الكفارة إذا شرع فيه في وسط الشهر على هذا الاختلاف.

أقول: ومقتضى هذا إجراء الخلاف أيضاً في العنين إذا أجل في أثناء الشهر وقدمنا أنه لا خلاف في اعتباره بالأيام فيحتاج إلى الفرق ولا بد من بقاء النكاح صحيحاً إلى وقت الموت حتى لو اشترى المكاتب زوجته ومات عن وفاء لم تجب عدة الوفاة لفساد النكاح قبل الموت فتعتد بحيضتين إن لم تلد منه وقد دخل بها فإن ولدت سعت وسعى ولدها على نجومه فإن عجزا فعدتها شهران وخمسة أيام، فإن أديا فكان الأداء في العدة كان عليها ثلاث حيض مستأنفة تستكمل فيها شهرين وخمسة أيام. من يوم مات زوجها فإن أديا بعدما انقضت كان عليها ثلاث حيض مستقبلية كذا في «البدائع» فإن لم يدخل بها فلا عدة أيضاً (و) العدة (للأمة) قنة كانت أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة أو مستسعاة على قول الإمام كمعتقة البعض والمعتقة في مرض الموت والمدبرة إذا لم يخرجها من الثلث (قرءان) لقوله عليه الصلاة والسلام: «طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان»^(١).

(ونصف المقدر) من ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر وعشرين إن كانت ممن لا تحيض لصغر أو كبر أو غيرهما، على ما مر إن طلقها بعد الدخول أو مات عنها مطلقاً والعدة للحال وضعه حرة كانت أو أمة مسلمة أو كتابية وسواء كانت عن طلاق أو وفاة أو متاركة أو وطئ بشبهة وضع الحمل لقوله تعالى: ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾ [الطلاق: ٤] والمحافظة على هذا العموم أولى من المحافظة على عموم قوله تعالى: ﴿والذين يتوفون منكم﴾ [البقرة: ٢٣٤] الآية لأن عموم أولات

(١) أخرجه الترمذي في سننه (١١٨٢)، وابن ماجه في سننه (٢٠٧٩).

والحامل وضعه وزوجة الفار أبعد الأجلين.....
 الأحمال بالذات وعموم أزواجاً بالعرض والحكم يتعلل هنا بخلاف ثم كذا في «تفسير» القاضي.

قال في «الحواشي السعدية»: وكان عموم الأول ذاتياً لأن الجمع المعرف من صيغ العموم، والثاني عرضياً لكونه واقعاً في خبر صلة العام وإلا فالجمع المنكر لا عموم له في المختار وأقول: صدر القاضي بأن المبتدأ محذوف والتقدير وأزواج الذين يتوفون منكم ولا خفاء أن الجمع المعرف بالإضافة عام إلا أن يدعى عمومه عرضي أيضاً بالإضافة، لكن بقي أن يقال: المحكوم عليه إنما هو ذوات الأحمال ودعوى أن العموم إنما هو من الجمع المعرف ممنوعة بل من إضافة أولات إليه وعليه فيستوي مع آية الوفاة بالتقدير المتقدم وهذا الإشكال لم أر من عرج عليه وهو قوي يحتاج إلى الجواب والحق إن مشى كلام القاضي هنا على أن الذين مبتدأ والخبر ما يترتب أو محذوف أي فيما يتلى نعطيكم حكم الذين فتدبره، والحكم معلل بكون المعتدة ذات حمل فبراءة الرحم من حق الغير يصلح أن يكون مبيحاً للتزوج بآخر ويتعلل ذلك بخلاف الآية الأخرى حيث لا يعقل تأثير كون المرأة متوفى عنها في تربصها أربعة أشهر وعشراً وإنما هو تعبدى وللمعل قوة على غيره لكن قدمنا عن القاضي ما يفيد أنه / معقول المعنى أيضاً إلا أن يدعى أنه حكمة لا علة فإذا عرف هذا إنما هو مما في «البحر» مع أن معنى كون عموم أولات بالذات وأزواجهن بالعرض لأن الموصول من صيغ العموم وعموم أزواجاً بدل سهو خلافاً لما اشتهر من أن أولات ليس موصولاً بل اسم جمع ملحق بجمع المؤنث السالم.

وفي «البدائع» قد تنقضي العدة من الزنا بوضع الحمل بأن تزوجت الحامل منه ثم طلقها انقضت عدتها عندهما بالوضع ولو خرج أكثر الولد قال في «الهارونيات»: لم تصح الرجعة وحلت للأزواج، وقال مشايخنا: لا تحل للأزواج أيضاً احتياطاً، وفي «البرازية» لو قالت المعتدة: ولدت، لا يقبل قولها بلا بينة فإن طلب يمينها بالله لقد أسقطت سقطاً مستبين الخلق حلفت اتفاقاً.

فرع

لو مات الحمل في بطنها ومكث مدة بماذا تنقضي عدتها؟ لم أر المسألة وينبغي أنها تبقى معتدة إلى أن ينزل أو تبلغ مدة الإياس، (و) عدة (زوجة الفار) إذا مات قبل انقضاء عدتها من طلاق بائن (أبعد الأجلين) أي: أطولهما من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض فإن تم الأجل الأول ولم تحض بأن امتد طهرها لم تنقض عدتها

ومن عتقت في عدة الرجعي لا البائن، والموت كالحرة.....

حتى تدخل في حد الإياس، وكذا لو حاضت ولم يتم الأجل الآخر ولهذا فمن فسر
أبعد الأجلين بأن تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض فقد قصر كذا في
«الفتح»، يعني لعدم شموله له ما لو امتد طهرها حتى مضت مدة الوفاة فإن الحيض
يكون خارجاً عنها، وبقي أن فيه قصوراً من وجه آخر وذلك أن الحيض يعتبر من وقت
الطلاق لأن الموت كما في «المجتبى» حتى لو حاضت حيضتين ثم مات احتسبت
تلك الحيضة من العدة كما في «البرازية» وهذا عندهما استحساناً.

وقال الثاني: وهو القياس يكتفى بثلاث حيض يعني فيمن تحيض لانقطاع
النكاح بالبائن ولهما أنه بقي في حق الإرث فيبقى في حق العدة احتياطاً ولا خلاف
أنها في عدة الرجعي تنتقل إلى عدة الوفاة، واختلف فيما لو قتل زوجها المرتدة علي
ردته أو مات فذكر الكرخي أنه على الخلاف أيضاً، وقيل: عدتها بالحيض إجماعاً
ويستند استحقاقها الإرث إلى وقت الردة ثم هذا الحكم ثابت فيما إذا قال لزوجاته:
إحداكن طالق بائن ومات بلا بيان فإن على كل واحدة أن تعتد بأبعد الأجلين وفيما إذا
مات سيد أم الولد وزوجها ولم يدر أيهما أول وحكم أن بينهما شهرين وخمسة أيام
فصاعداً فإنها تعتد عدة الوفاة للحرة إجماعاً فإن لم يعلم قال الإمام: عليها أربعة أشهر
وعشر لا حيض فيها، وقالوا: فيها ثلاث حيض كذا في «البدائع» وفيما إذا أسلم وتحتة
أكثر من أربع ومات بلا بائن على قول محمد من تخييره وهما إبطال نكاح الكل.

واعلم أن المعتدة لو حملت في عدتها، ذكر الكرخي أن عدتها وضع الحمل
ولم يفصل بين المعتدة عن طلاق أو وفاة والذي ذكره محمد أن هذا في عدة
الطلاق، أما عدة الوفاة فلا تتعين بالحمل وهو الصحيح كذا في «البدائع» وأراد حلت
بالوطء لشبهة (و) عدة (من عتقت في عدة) الطلاق (الرجعي لا) إن عتقت في عدة
الطلاق (البائن، والموت كالحرة) حتى تنتقل عدتها إلى عدة الحرائر في الرجعي لأن
النكاح فيه قيام من كل وجه وبالبنونة والموت قد زال ولو عتقت بعدما آلى منها ثم
أبانها انتقلت مدتها إلى مدة الحرائر، وقد صور الانتقال إلى جميع كميات العدة
البسيطة وهي أربعة في أمة صغيرة منكوحة طلقت رجعياً فعدتها شهر ونصف فلو
حاضت في أثنائها انتقلت إلى حيضتين فلو أعتقت قبل مضيها صارت ثلاث
حيض فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت إلى أربعة أشهر وكأنه أطلق الجمع على
الأكثر وإلا فبقي من الكميات عدة الآيسة، ويمكن أن يزداد في التصوير ثم استمرت
طهارة بعدما حاضت الثانية بعد العتق فهي في العدة إلى أن تدخل في حد الإياس
فتنقضي عدتها بثلاثة أشهر.

ومن عاد دمها بعد الأشهر الحيض والمنكوحة نكاحاً فاسداً، والموطوءة بشبهة.....

(و) عدة (من عاد دمها) على جري عدتها (بعدما اعتدت) عدة (الأشهر) / لإياسها (الحيض) أي: ينتقض ما مضى من عدتها حتى يظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك المدة، ولو ولدت معه لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح قيدنا بكونه على عاداتها لأن مجرد وجوده لا يوجب كونه حيضاً لجواز كونه دمًا فاسداً، وفسره بعضهم بكونه دمًا كثيراً وقيدوه أيضاً بكونه أحمر وأسود فلو كان أصفر أو أخضر أو تربية لا يكون حيضاً ومنهم من لا يتصرف فيه وهو يفيد أنها إذا كان عاداتها قبل الإياس أصفر أو نحوه فرأته كذلك كان حيضاً، والفتوى على الأول كما في «المعراج» وهو رواية «النوادر» وعليه المشايخ كما في «البرزازية»، وإطلاق المصنف الاستئناف بنائه في «الإيضاح» على ظاهر الرواية من عدم تقدير الإياس عدة بل هو أن تبلغ من السن مالا تحيض فيه مثلها ويمكن أن يكون المراد بمثلها المماثلة في تركيب البدن والسمن والهزال.

أما على رواية تقديره بخمس وخمسين سنة وعليه الفتوى أو خمسين فقد قيل: وعليها الفتوى فلا تستأنف، وقيل: لا يستأنف أيضاً على رواية عدم التقدير، قال الإسيبجاني: وهو المختار، واختار الشهيد أنها إن رأته قبل تمام الأشهر استأنف لا بعدها، قال في «المجتبى»: وهو المختار للفتوى، وقيل: إنما ينتقض هذا في المستقبل فلا تعند بعد ذلك إلا بالحيض لا فيما مضى فلا تفسد الأنكحة وصححه في «النوازل» وفي بعض الروايات ما يفيد عدم الانتقاض ما إذا حكم القاضي بالإياس وتقيد الانتقاض بعدم حكمه، وفي «الخلاصة» الآيسة إذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم يكون النكاح فاسداً عند بعض المشايخ إلا إذا قضى القاضي بجواز النكاح فإنه لا يكون فاسداً، والأصح أن النكاح جائز ولا يشترط القضاء وفي المستقبل بالعدة بالحيض انتهى. وهذا مبني على رواية «النوازل» وهي أعدل الروايات وفي «البرزازية» ولا تبطل الأنكحة وبه يفتى، ولك أن تخرج كلام المصنف عليها والله الموفق.

(و) عدة (المنكوحة نكاحاً فاسداً) كالنكاح بغير شهود ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل عند الإمام وامرأة الغير ولا علم للثاني بذلك فإن علم كان زناً ولا عدة فيه ولا يحرم على زوجها وطئها وبه يفتى، (والموطوءة بشبهة) كالتي زفت إلى غير زوجها والموجودة ليلاً على فراشه إذا ادعى الاشتباه كذا في «الفتح»، وأدخل في «شرح السمرقندي» منكوحة الغير تحت الموطوءة بشبهة حيث قال: أي شبهة الملك أو العقد بأن زفت إليه غير امرأته فوطئها أو تزوج منكوحة الغير ولم يعلم

بحالها وأنت خبير بأن هذا يقتضي الاستغناء عن المنكوحة فاسداً إذ لا شك أنها موطوءة بشبهة العقد أيضاً، بل هي أولى بذلك من منكوحة الغير إذ اشتراط الشهادة في النكاح مختلف فيه بين العلماء بخلاف الفراغ عن نكاح الغير، وقد وقع الاستغناء عنها، اشترى أمة ووطئها ثم ادعت الحرية الأصلية وحكم لها بذلك هل عليها عدة؟ وكنت ممن مال إلى وجوبها لقول السمرقندي: أي لشبهة الملك، ثم رأيت في «المحيط» اشترى الحرة فوطئها لا حدّ عليه لأن بعض المشايخ قال بانعقاد النكاح بلفظ البيع فكان بشبهة انتهى، وهو ظاهر بل نص في وجوبها فإن قلت قد مر أن الأصح انعقاده بلفظ البيع والشراء وحينئذ فمعنى ما في «المحيط» أن العقد خال عن الشهود قلت: لا يحتاج إلى ذلك لما قدمناه من أنه كناية فيحتاج إلى النية وعلم أن الشهود وفرض المسألة أنه إنما نوى الشراء لا النكاح ودخلت تحت الشبهة ما لو وطئ معتدته وادعى الشبهة بأن تزوجها قبل زوج آخر وقال: ظننت أنها تحل لي أو كان منكراً طلاقها ولذا تستقبل في هذه الحالة بخلاف ما إذا كان عالماً بحرماتها كما في «الفتح».

قال البزاري: فليس لها طلب النفقة في العدة المستأنفة ولا يقع الطلاق فيها ولا يحرم نكاح الأخت لأنها عدة وطئ لا طلاق نعم للموطوءة بشبهة النفقة والسكنى على زوجها الأول ولها الخروج في هذه العدة بإذنه قاله الإسيبجاني: وفي «الخانية» تزوجت / المنكوحة ففرق بينهما بعد الدخول لا يجب على الأول نفقتها [١/٢٤٩] ما دامت في العدة لأنها صارت ناشرة فتحمل الأول على ما إذا لم تعلم أن الواطئ غير زوجها.

وفي نكاح الرقيق من «فتح القدير» قالوا: في أمة تزوجت بغير إذن مولاها فباعها المولى للمشتري الإجازة لأنه لا يحل له وطئها لأنها صارت معتدة، فإذا حاضت بطل العقد لحلها للمشتري فما في «المحيط» وعليه جرى في «الاختيار» من أنه لا عدة في النكاح الموقوف كنكاح الفضولي قبل الإجازة لأن النسب لا يثبت فيه لأنه موقوف فلم ينعقد في حق حكمه فلا يورث شبهة الملك والحل والعدة وجبت احترازاً عن اشتباه الأنساب فيه نظر، وقد صرح في «الأصل» بأن الأمة التي تزوجت بغير إذن دخل بها الزوج لو جاءت بولد لسته أشهر فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج وصورته على ما في «المحيط» زوجها فضولي وقبل عنها ولم تعلم بذلك ولم تجز حتى وطئها الزوج وأم الولد الحيض للموت أي موت الواطئ وغيره من تفريق أو عزمه على ترك وطئها أو عتق أم الولد إن لم تكن حاملاً ولا آيسة ولم يقيد المسألة

وأُم الولد الحيض للموت وغيره، وزوجة الصغير الحامل عند موته وضعه، والحامل بعده الشهور، والنسب منتف فيهما، ولم يعتد بحيض طلقت فيه، وتجب عدة أخرى بوطء المعتدة بشبهة، وتداخلتا والمرئي منهما، وتم الثانية إن تمت الأولى،

بذلك إحالة على ما قدمه لأن عدة هؤلاء لتعرف براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح، والحيض هو المعروف في غير الحامل والآيسة فلا يختلف بين الموت وغيره ولم يكتب بحيضة لأن الوطء بشبهة كالفاسد، والفاسد ملحق بالصحيح.

(و) عدة (أُم الولد) وجبت بزوال الفراش فأشبهت عدة النكاح (و) عدة (زوجة الصغير) يعني الصغير غير المراهق (الحامل) صفة زوجة خص بالإناث الحائض فاستغنى عن علامة التأنيث (عند موته) يعني الصغير (وضعه) ويعرف ذلك بأن تضعه لأقل من ستة أشهر من موته في الأصح وهذا استحسان، وعن الثاني رواية شاذة أن عدتها عدة الوفاة (و) عدة (الحامل بعده) أي: بعد موته (للشهور) لأنه لم يثبت وجوده وقت الموت لا حقيقة ولا حكماً فتعينت الأشهر وذلك بأن ولدته لأكثر من ستة أشهر من موته وقيل أن تلده لأكثر من سنتين وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع.

قال في «الفتح»: وليس بشيء لأن التقدير للحدوث بأكثر من سنتين، أو بسنتين كوامل ليس إلا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة إلى تأخير الحكم بالحدوث إلى السنتين قيدنا بكونه غير مراهق، لأنه إذا كان مراهقاً وجب أن يثبت النسب منه إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من العقد (والنسب) أي: نسب الولد (منتف فيهما) أي: في الموجود عن الموت وفي الحادث بعده وفي «كافي» الحاكم المجبوب إن لم ينزل لم يلزمه الولد فكان بمنزلة الصبي في الولد والعدة (ولم تعتد) المطلقة من الاعتداد (بحيض طلقت فيه) لأن ما وجد قبل الطلاق لا تحتسب به منها لعدم السبب فكذا ما بعده لعدم السبب، فكذا ما بعده لعدم التجزؤ فلو احتسب لكل من الرابعة فوجبت كلها لعدم التجزؤ أيضاً، (وتجب عدة أخرى) بعد الأولى (بوطء المعتدة بشبهة) من أجنبي أو من الزوج ولو بعد الثلاث، إذا قال: ظننت أنها تحل لي على ما مر.

قال في «الدراية»: وفيه نظر لأن هذا من قبيل شبهة الفعل، والنسب لا يثبت فيها بالوطء ولو ادعى ظن الحل وإذا لم يثبت النسب لم تجب العدة وقيد بالمعتدة مع أن المنكوح لو وطئت بشبهة ثم طلقها كان عليها عدة أخرى وتداخلتا لأنه وضع المسألة في وجوب الثانية بالوطء وهذه بالطلاق (وتداخلتا) أي: العدتان وبينه بقوله: (والمرئي) من الدم يحتسب (منها، وتتم) المرأة العدة (الثانية إن تمت الأولى)

ومبدأ العدة بعد الطلاق والموت.....

حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من الأولى فعليها حيضتان للأولى ويحتسب بهما من عدة الثاني، فإذا حاضت واحدة بعد ذلك تمت الثانية أيضاً هذا إذا كانت ممن تحيض فإن كانت ممن لا تحيض كما إذا وطئت الحامل بشبهة أو كانت حاملاً فحملت من وطء في العدة فإن عدتها وضع الحمل فيهما، وكما إذا كانت آيسة ووطئت بشبهة في خلال عدتها فإنها تتم الثانية بالأشهر أيضاً، ويرد عليه المعتدة عن وفاة إذا وطئت في خلال العدة وكانت ممن تحيض وسمي ذلك بالتداخل من جنسين فإن المرثي من الحيض محسوب من عدة الوطء كما في «الدراية» ولو حذف / قوله والمرثي منها ويتم الثانية إلى آخره لدخل في كلامه الحامل والآيسة وفي «الخلاصة» وكل من حملت في عدتها فعدتها أن تضع حملها وفي المتوفى عنها زوجها إذا حملت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور انتهى، وقد مر عن «البدائع».

(ومبدأ العدة) أي: ابتداءها (بعد الطلاق) يعني عقبه (و) بعد (الموت) أي: موت الزوج لأن عدة الطلاق والموت يتم السبب فيستعقبها من غير فصل فيكون هو المبدأ ضرورة وعم كلامه ما لو اعترف به أو أنكر حتى لو ادعته عليه في شوال وقضى به في المحرم فالعدة من وقت الطلاق لا من وقت القضاء كما في «البرازية» وفي «الخانية» طلقها ثلاثاً أو بائناً ثم أقام معها زماناً إن أقام وهو ينكر طلاقها لا تنقضي عدتها وإن تعدى به تنقضي، وعلى هذا ينبغي أن يخرج ما في «المجتبى» قال لها: إن فعلت كذا فأنت طالق ثم فعلته ولم تعلم الزوج به ومضى عليه ثلاثة أقرء وتزوجت بآخر ودخل بها، ثم طلقها واعتدت ثم أخبرت بما صنعت فصدقها لم تحل له لأن عدة المطلقة ثلاثاً من وقت الفراق لا من الطلاق عندنا، وعند زفر تحل له من وقت الطلاق.

وفي «الخلاصة» وغيرها: العدة في الطلاق المبهم من وقت البيان وفي «فتح القدير» جعل أمر امرأته بيدها إن ضربها فضربها فطلقت نفسها فأنكر الضرب وأقيمت البينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء أو من وقت الضرب، وينبغي أن يكون من وقت الضرب انتهى، أي: يجب وفي «الذخيرة» شهدا عليه بطلاقها ثلاثاً فلم يعدلا حتى مضت أيام، ثم عدلا وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت الشهادة لا القضاء انتهى. ولو أقر بطلاقها في زمان ماض فإن كذبه أو قالت: لا أدري، كان ابتداءها من وقت الإقرار وتجب لها النفقة والسكنى، وإن صدقته فالفتوى أنه من وقت الإقرار أيضاً نفياً للتهمة المواقعة كإقراره إذا كان مريضاً بدين لها أو لتزوج أختها أو أربع سواها.

وفي النكاح الفاسد بعد التفريق، أو العزم على ترك وطئها، وإن قالت: مضت عدتي، وكذبها الزوج، فالقول قولها مع الحلف.....

قال في «الفتح»: وإذا كان مخالفة هذا الحكم ومذهب الأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغي أن يتحرى به محل للتهمة والناس الذين هم مظانها، ولذا فصل السعدي حيث قال: ما ذكره محمد من أن ابتداءها من وقت الطلاق محمول على ما إذا كانا متفرقين، أما إذا كانا مجتمعين، فالكذب في كل منهما ظاهر، ثم قال: وعرف أن تقييده بالإقرار يفيد أنه لو ثبت بالبينة، ينبغي أن يعتبر من وقت قامت لعدم التهمة انتهى.

ثم مع تصديقها لو كان قد وطئها كان عليه مهر ثان كما في «الاختيار» ولا نفقة لها ولا كسوة (و) مبدؤها (في النكاح الفاسد بعد التفريق)، أي: تفريق القاضي وهو حكمه بذلك بينهما ولو وطئها بعد...^(١) كما في «الجوهرة» وغيرها يعني لعدم الشبهة وينبغي أن لا يقيد بما إذا انقضت منه، (أو العزم) أي: عزمه (على ترك وطئها) بأن أخبرها أنه ترك وطئها لأنه أمر ظاهر، فيدار الحكم عليه كذا في «الدراية» وهذا لأن العزم أمر باطني لا اطلاع لها عليه فأدير الحكم على دليله، وهو إخباره بذلك، وعن هذا قال بعض المتأخرين: وإظهار عزمه ومنه تطليقها.

قال في «البحر»: وقد يكون من جانبها أيضاً ذكر مسكين أن من صورها أن يقول: تركتك وقدمنا ما يدفعه وفي «الخلاصة» المتاركة في الفاسدة بعد الدخول لا تكون إلا بالقول كتركتك وما يقوم مقامه كخليت سبيلها، أما عدم المجيء أو إنكار نكاحها فلا، (وإن قالت) المعتدة: (مضت عدتي، وكذبها الزوج) والمدة تحتمله ولم يقيد به هنا إحالة على ما مر في الرجعة (فالقول قولها مع الحلف) لأنها أمانة، والقول قول الأمين مع اليمين كالمودع إذا ادعى الرد فإن كانت المدة لا تحتمله فإن قالت: أسقطت سقطاً قبل قولها وكما لا يقبل قولها مع عدم احتمال المدة، كذلك لا يقبل قوله فيما لو قال: أخبرتني بانقضائها أيضاً إلا أن يبين مما هو محتمل من إسقاط مستبين الخلق، ثم لو كذبت في المحتمل لم تسقط نفقتها، وله التزوج بأختها لأنه أمر ديني يقبل قوله فيه.

وفي «القنية» قالت: انقضت عدتي في يوم أو أقل تصدق أيضاً، وإن لم تقل أسقطت لاحتماله والظاهر أنه لا بد من بيانها صريحاً كما مر. وفي «البزائية» قالت: ولدت لم تقبل إلا أن تبين ولو قالت: أسقطت مستبين الخلق قبل / قولها وله أن يحلفها. وفي «الخلاصة» قالت: طلقني زوجي وانقضت عدتي ووقع في قلبه

[١/٢٥٠]

ولو نكح معتدته، وطلقها قبل الوطاء وجب مهر تام، وعدة مبتدأة ولو طلق ذميّ ذمية لم تعتد.

صدقها، وهي عدلة أو لا حلّ له تزوجها، وإن قالت: وقع نكاح الأول فاسداً لم تحل ولو عدلة.

(لو نكح معتدته) عن بائن (وطلقها قبل الوطاء) ولو حكماً (وجب) عليه (مهر تام، وعدة مبتدأة) أي: مستقبله عندهما وقال زفر: عليه نصف المهر ولا عدة، ووافقه محمد غير أنه أوجب إتمام العدة الأولى، ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره وهو العدة فإذا جدد النكاح، ناب ذلك القبض عن المستحق في هذا النكاح كالغاصب يشترى المغصوب الذي في يده، إلا أن هذا ليس من كل وجه بل في حق تكميل المهر ووجوب استئناف العدة احتياطاً فلا يرد أنه حينئذ يملك الرجعة وهذا الأصل، وهو أن الدخول في النكاح الأول يكون دخلاً في الثاني عندهما. فرع عليه مسائل منها ما في الكتاب، ومنها ما لو تزوجها في عدة الفاسد وطلقها قبل الدخول كان عليه مهر كامل، وعليه عدة مستقبله.

وفي قلته لا يجب شيء، ومنها ما لو طرأ له المرض فتزوج معتدته فيه وطلقها قبل الدخول يكون فاراً، ومنها لو فرق بينهما بعدم الكفاءة بعد الدخول فنكحها في العدة وفرق بينهما أيضاً قبله كان عليه مهر تام أيضاً، وعدة مستقبله عندهما استحساناً.

ومنها تزوجها في العدة فارتدت قبل الدخول، ومنها تزوجها في العدة فاخترت نفسها قبل الدخول، ومنها لو أعتقت بعد الدخول، ومنها اخترت نفسها بالبلوغ بعد الدخول فنكحها في العدة ثم طلقها قبل الدخول، ومنها لو أعتقت بعد الدخول فاخترت نفسها فتزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول.

(ولو طلق ذميّ ذمية لم تعتد)، أي: لا يجب عليها ذلك عند الإمام فلها التزوج من ساعتها وقالوا: عليها العدة والخلاف فيما كانوا لا يدينونها، فإن دانوها وجبت اتفاقاً ولا خلاف أيضاً أنها إذا كانت حاملاً كان عليها العدة أطلقه في «الهداية» لأن في بطنها ولداً ثابت النسب.

وقيده غيره لما إذا دانوا ذلك، وعن الإمام أنها كالحامل من الزنا، والأول أصح ودل كلامه أنه لا عدة عليها لو مات، إذ لا فرق بين عدة وأخرى وقيد بالذمي لأن المسلم لو كانت تحته ذمية وجبت عليها العدة من طلاقه ومن وفاته أيضاً بلا خلاف ولو كانت لا تدينها لأنها حقه ومعتدة كما في «الفتح».

فصل في الإحداد

تحد معتدة البت والموت بترك الزينة، والطيب والكحل، والدهن،

فصل في الإحداد

لما ذكر العدة ومن عليه تجب أردفه بذكر ما يجب فيها على المعتدات فإنه في المرتبة الثانية من أصل وجوبها والإحداد مصدر: أحدت المرأة تحد إحداداً فهي محد، ويقال أيضاً: الحداد من حدت المرأة تحد من حد نصر وضرب حداد فهي حد، ولم يجوز الأصمعي غير الأول. والمشهور بالحاء المهملة، ويروى بالجيم من جددت الشيء قطعته، فكأنها انقطعت عن الزينة وما كانت عليه (تحد) بضم الحاء وكسرها على ما مر من اللغتين (معتدة البت)، أي: القطع يعني المبتوت طلاقها وحذفه للعلم به ولكثرة الاستعمال، وهي المطلقة ثلاثاً أو واحدة بائنة، والمختلعة، والفرقة بخيار الجب والعنة ونحوهما قيد به لأن المطلقة الرجعية لا تحد، أي: لا يجب عليها ذلك بل له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريد بها، وهذا الإحداد مباح لها لا واجب عليها، وبه يفوت حقه. (و) معتدة (الموت) حرة كانت أو أمة وفيه إيماء إلى أنه لا يجب الإحداد عليها بسبب غيرها.

قال في «الفتح»: ولا نعلم فيه خلافاً وهل يباح؟ قال محمد في «النوادر»: لا يحل الإحداد لمن مات أبوها أو ابنها أو أمها أو أخوها، وإنما هو الزوج خاصة قيل: أراد به فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من إباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام.

أقول: وينبغي أن يقيد عدم حل ما زاد على الثلاث بما إذا لم يرضَ الزوج بذلك، فإن رضي فقد أسقط حقه منها، أما غير ذات الزوج إذا لم تكن معتدة فينبغي أن يحل لها ذلك، بقي هل له منعها في الثلاث؟ مقتضى الحديث أنه ليس له ذلك، والمذكور في كتب الشافعية أن له ذلك، وقواعدنا لا تأباه وحينئذٍ فيحمل الحل في الحديث على عدم منعه والله الموفق، ولو أمرها المطلق أو الميت بتركه لم يحل له لأنه حق الشرع كذا في «المعراج» (بترك الزينة) أي: التزين بما يتحلى به من ذهب وفضة وجوهر / وقصب، قال العيني: ولبس حرير وغيره من الثياب المصبوغة انتهى. [٢٥٠/ب]

ومنه الامتناساط بضيق الأسنان (و) ترك (الطيب) أي: التطيب.

قال في «الفتح»: ولا تحضر عمله ولا تجبر فيه وإن لم يكن لها كسب فيه (و) ترك (الدَّهن) بالفتح مصدر دهن اسم معنى وبالضم اسم غين، وفي عطفه على

إلا بعذر والحناء، ولبس المعصفر والمزعفر إن كانت بالغة مسلمة لا معتدة العتق، والنكاح الفاسد،

الطيب إيماء إلى منعه وإن لم يكن مطيباً كالزيت الخالص ونحوه (والكحل) بالفتح وهو استعمال الكحل بالضم (والحناء إلا بعذر) قيد في الكحل فيجوز لها لبس الحرير للحكة والقمل، والثوب المصبوغ لعدم وجود غيره، واستعمال الطيب والدهن للتداوي والكحل للرمد ونحوه.

وقوله في «البحر»: لو أخر هذا عن الجميع لكان أولى لما مر من جواز لبس المصبوغ إذا لم تجد غيره مدفوع بما قدمناه من أن قوله بترك الزينة شامل لكل والمذكور بعده تفصيل لذلك الإجمال (و) هو (لبس المعصفر) وهو الثوب المصبوغ بالمعصفر، (والمزعفر) وهو المصبوغ بالزعفران، والثوب الممشق وهو المصبوغ بالمشق أي: المغرة ولم يقل لبس المصبوغ بل بين ما به الصبغ لأن الأسود لا بأس به لأنه لا يقصد به الزينة، وكذا الأزرق فيما ينبغي، وعن هذا قيد الحلواني أي منع المعصفر ونحوه بالجديد، أما الحلق فيجوز لما قلنا.

واعلم أن ما قدمناه من جواز لبس المصبوغ بما ذكر لستر العورة مثلاً ينبغي أن يقيد بقدر ما تستحدث ثوباً غيره أما بيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها إن كان لها مال، كذا في «الفتح» ومن الممنوع أيضاً العصب عندنا وهو نبت يصبغ به الثياب هذا هو الصحيح في تفسيره (وإن كانت مسلمة) فلا حداد على كافرة، نعم لو أسلمت في خلالها لزمها فيما بقي قاله الحدادي: بالغة فلا حداد على صغيرة لعدم تكليفها وفيه إيماء إلى أنه لا يجب على مجنونة أيضاً، وقياس ما مر أنها لو بلغت أو أفاقت في أثنائها وجب عليها فيما بقي ومنعت من ذلك لخبر أبي داود من حديث أم سلمة قال عليه الصلاة والسلام: «لا تلبسن المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشقة ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل»^(١) وفي الباب أحاديث أخر دالة على المدعى يطول الكلام بذكرها، (لا) تحد (معتدة العتق) بأن مات عن أم ولده أو أعتقها وقصره عن الثاني قصور.

(و) لا معتدة (النكاح الفاسد) والموطوءة بشبهة لأنه لإظهار التأسف على فوات نعمة النكاح وهي مفقودة، وأفاد في «البدائع» أنه لو ملك زوجته بعدما ولدت منه وفسد النكاح بينهما لا يجوز لغيره أن يتزوج بها حتى تحيض حيضتين، فلو أعتقها كان عليها عدة العتق أيضاً ولا حداد فيها بل تحد في حيضتين دون الثالثة،

(١) أخرجه أبو داود في السنن (٢٣٠٤)، وابن حبان في صحيحه (٤٣٠٦).

ولا تخطب معتدة، وصح التعريض ولا تخرج معتدة الطلاق.....

لأنه لما فسد النكاح صارت معتدة في حق غيره وفي حقه بعد العتق، وعدة النكاح يجب فيها الإحداد ولو كان طلقها بائناً ثم اشتراها حل له وطؤها وسقط عنها الإحداد انتهى.

(ولا تخطب معتدة) من الخطبة بكسر الخاء، وحكي عن يونس ضمها وهو غريب، وهي طلب النكاح، وخطب فلان فلانة سألها أمراً وشأناً في نفسها وخاطبها بذلك، قال العيني: أي معتدة كانت وهذا شامل للمعتدة عن عتق أو نكاح فاسد أو غيرهما قيد بالمعتدة لا الخالية تخطب، وقيده بعض الشافعية بما لم يخطبها غيره وترضى به فإن سكت فقولان وقواعدنا لا تأباه (وصح) أي: جاز (التعريض) وهو خلاف التصريح والفرق بينه وبين الكناية أن التعريض تضمنين الكلام دلالة ليس فيها ذكر نحو ما أقبح البخل تعريض بأنه بخيل، والكناية ذكر الرديف وإرادة المردوف كطويل النجاد وكثير الرماد يعني أنه طويل القامة ومضيف كذا في «المغرب» والمراد به هنا أن يذكر شيئاً يدل على شيء لم يذكره لقول ابن عباس فيما أخرج البخاري في قوله تعالى: ﴿لا جناح عليكم فيما عرضتم به﴾ [البقرة: ٢٣٥] «يقول إني أريد أن أتزوج ولوددت أن تيسر لي امرأة صالحة»^(١) وما قيل من أنه يقول لها إنك جميلة، وإني فيك لراغب فإنني لأرجو أن أجمع أنا وأنت، فرده في «البدائع» بأنه غير سديد إذ لا يحل لأحد أن يشافه أجنبية لا يحل له نكاحها للحال بذلك انتهى. وفيه نظر فقد أخرج البيهقي عن ابن جبير في قوله تعالى: ﴿إلا أن تقولوا قولاً معروفاً﴾ [البقرة: ٢٣٥] يقول: إني فيك لراغب وإني لأرجو أن نجمع^(٢).

قال / في «الفتح»: ونحوه إنك لجميلة أو صالحة فلا يصرح بنكاحها ولم يعول على ما في «البدائع». واعلم أن كلامه صريح في جواز التعريض لكل معتدة وليس بالواقع بل خاص بالمتوفى عنها زوجها، أما المطلقة فلا يجوز التعريض لها بالإجماع لأنها لا تخرج فلا يتمكن من التعريض على وجه يخفى على الناس. وكذا في «المعراج» معزياً إلى شرح «التأويلات» ثم نقل عن «الينابيع» ولا يجوز التعريض في عدة الطلاق لإفضائه إلى عداوة المطلق ولم أر حكم المعتدة من عتق أو نكاح فاسد أو وطء بشبهة، ومقتضى التعليل أن يجوز (ولا تخرج معتدة الطلاق) ولا الفسخ ولا إلى ضمن دار فيها منازل لغيره لقوله تعالى: ﴿لا تخرجوهن من بيوتهن ولا

(١) أخرجه البخاري في النكاح، باب قول الله عز وجل ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به﴾.

(٢) أخرجه البيهقي في الكبرى (١٣٨٠٢).

من بيتها ومعتدة الموت تخرج اليوم، وبعض الليل،

يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة ﴿ [الطلاق : ١] يعني الزنا وأفاد إطلاقه المنع ولو أذن لها ولو في عدة الرجعي لأنهما لا يمكنهما إبطال حق الله تعالى بخلاف ما قبله قيد بمعتدة الطلاق لأن معتدة الوطاء لا تمنع من الخروج كالمعتدة عن عتق ونكاح فاسد ووطء بشبهة إلا إذا منعها لتحصين مائه كذا في « البدائع » وفي « الظهيرية » خلافه حيث قال : سائر وجوه الفرق التي توجب العدة من النكاح الصحيح والفاسد سواء يعني في حق حرمة الخروج (من بيتها) وحكى فتوى الأوزجندی أنها لا تعتد في منزل الزوج، وشمل إطلاقه المختلفة على نفقة عدتها كما أفتى به الشهيد وصحح في « جامع قاضي خان » وعليها أن تكتري بيت الزوج .

قال في « الفتح » : والحق أن على المفتي أن ينظر في خصوص الوقائع فإن علم في واقعة عجز هذه عن المعيشة إن لم تخرج أفتاها بالحل وإلا فالحرمة، ولا بد أن تكون حرة، أما الأمة فتخرج لخدمة المولى إلا إذا بوأها منزلاً ثم طلقت بالغة عاقلة مسلمة، أما الصغيرة إلا أن تكون مراهقة والمجنونة والكتابية فلمن الخروج لعدم الخطاب كذا في « البدائع » وفي « الظهيرية » الكتابية لا تخرج إلا بإذن بخلاف المسألة فإنها لا تخرج ولو بالإذن، (ومعتدة الموت تخرج يوماً) أي : يباح لها الخروج في اليوم (وبعض الليل) قدر ما تستكمل به حوائجها لأنها لا نفقة لها فتححتاج إلى الخروج نهاراً لطلب المعاش، وقد يمتد إلى أن يهجم الليل كذا في « الهداية » ويعرف من التعليل أنها لو كان لها قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها الخروج لزيارة أهلها ليلاً ولا نهاراً كذا في « الفتح » .

قال في « البحر » : لو صح هذا لعم أصحابنا الحكم وقالوا : لا تخرج المعتدة عن طلاق أو موت إلا لضرورة لأن المطلقة تخرج لها فأين الفرق ؟ فالظاهر من كلامهم جواز خروج معتدة الموت ولو كانت قادرة على النفقة انتهى . وفيه نظر، إذ المتوفى عنها زوجها إنما أبيع لها الخروج لضرورة اكتساب النفقة، فإذا قدرت عليها فلا ضرورة تلحقها، بخلاف المطلقة فإن نفقتها عليه وبهذا اتضح الفرق، وقد رجع رحمه الله في آخر كلامه إلى أن هذا، واعلم أن جواز الخروج إذا كان لأمر المعاش اختص بالنهار .

قال في « الكافي » : إن الخروج لنفقتها غير أن أمر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليل فأبيع الخروج لها بالنهار دون الليالي ووافق في « البدائع » وإنما المتوفى عنها زوجها فلا تخرج ليلاً ولا بأس أن تخرج بالنهار في حوائجها فيحمل ما في « الكتاب » على ما إذا اضطرت إلى ذلك وإليه ما قدمناه عن « الهداية » وفي « القنية »

وتعتدان في بيت وجبت فيه إلا أن تخرج، أو ينهدم.....

خرجت المعتدة لإصلاح ما لا بد منه كالزراعة وطلب النفقة وإخراج الكرم ولا وكيل لها فلها ذلك انتهى. ولا بد أن يقيد ذلك بأن تبيت في منزلها، (وتعتد) المتوفى عنها زوجها إن أمكن (في بيت وجبت فيه) العدة بأن كان نصيبها من الإرث منه يكفيها أو لم يكفها لكن إذنها للورثة بالسكنى وهم كبار وتركوها أن تسكن فيه بأجر وهي قادرة على ذلك، كذا في «الشرح» وجعل العيني الألف ضمير التثنية ويبعده توحيد الضمير في (إلا أن تخرج) وقياسه أن يثنى إلا أن يعود الضمير إلى المعتدة إلا أن يخرجها الورثة فيما إذا كان نصيبها لا يكفيها أو صاحب المنزل لعدم قدرتها على الأجرة وفي «المجتبى» كان نصيبها من الدار لا يكفيها اشترت من الأجانب والأولاد الكبار، وكذا في الطلاق البائن انتهى، يعني فيما إذا اختلف على السكنى.

قال في «البحر»: وهو ظاهر في وجوب الشراء عليها لو كانت قادرة، والمراد إن لم ترض الورثة بإجارتها إياه (أو ينهدم) البيت قال في «البحر»: والمراد خوفه وليس بمتعين / بل لو انهدم جانب منه وخافت على نفسها أو مالها من اللصوص كان لها [ب/٢٥١] أن تخرج إلى غيره قال في «الدراية»: يعني إلى أقرب موضع إليه وفي الطلاق إلى حيث شاء الزوج، فإطلاق الشارح وغيره من أن تعين ما تنتقل إليه في الوفاة إليها مقيد بكونه قريباً، ومن الأعداء ما لو كانت لا تجد الكراء وتجد ما هو بلا كراء منها ما لو خافت نقلتها من أمر الميت والموت ليلاً خوفاً شديداً وليس عندها من يؤنسها كما في «الظهيرية» ومنها ما لو كانت في السواد وخافت من سلطان أو غيره فلها أن تنتقل إلى المصر كما في «الدراية»، ومنها ما لو كان في الورثة من ليس محرماً لها وحضنها غير كافية لها فلها أن تخرج، وإن لم يخرجوها كما في «الخانية» وغيرها ومنها ما في «القنية» طلقها بالبادية وهي معه في خيمة والزوج ينتقل إلى موضع آخر للكلاً والماء فإن كان يدخل عليها ضرر بين في نفسها ومالها فلها أن تتحول وإلا فلا، ومنها ما لو ضاق منزل الطلاق بالزوج والزوجة أو لم يضق لكن تعذر وجود امرأة ثقة تعذر على الحيلولة لفسقه والأولى خروجه في الحالتين.

قال في «الفتح»: ولعل المراد به أنه أرجح فيجب الحكم به كما يقال إذا تعارض المحرم والمبيح ترجح المحرم أو المحرم أولى ويراد ما قلنا: وهذا لأنهم عللوا أولوية خروجه بأن مكثها واجب لا مكثه فإن كان المكان يسعهما لا بد من سترة بينهما كذا في «الهداية» وفي «المجتبى» الأفضل أن يحال بينهما في البينونة بسترته إلا أن يكون الزوج فاسقاً فيحال بامرأة ثقة تعذر على الحيلولة انتهى. ونفقتها في

بانة ، أو مات عنها في سفر ، وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إليه ، ولو ثلاثة رجعت ، أو مضت معها ولي أو لا ، ولو في مصر تعتد ثم ، فتخرج بمحرم .

باب ثبوت النسب

ومن قال : إن نكحتها فهي طالق ، فولدت لسته أشهر مذ نكحها لزمه نسبه ،

بيت المال كما في تلخيص «الجامع» وفائدة السترة لثلا تقع الخلوة بالأجنبية واكتفى بها لاعترافه بالحرمة كذا قالوا ، وفيه دليل على أن الحائل يمنع الخلوة الحرمة بالأجنبية (بانة أو مات عنها في سفر وبينها وبين مصر أقل من ثلاثة أيام رجعت إليه) سواء كان من مصر أو لا إذ ليس في ذلك إنشاء سفر قيل ثم إذا كان مقصدها ثلاثة أيام ولو أقل خيرت الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج ، وفي «المبسوط» عليها أن ترجع أيضاً لأنها تصير مقيمة بالرجوع وبالمعنى تصير مسافرة وإطلاق المصنف يقتضيه ، قال في «الفتح» : وهو أوجه (ولو) كان بينها وبين مصرها (ثلاثة) أيام وبينهما وبين مقصدها كذلك (رجعت) أي : عادت إلى منزلها (أو مضت) إلى مقصدها والرجوع أولى (معها ولي أو لا) قيد راجع إلى الصورتين ، (ولو) كانت (في مصر تعتد ثمة) أي : في المصر عند الإمام سواء كان معها محرم أو لا ، وقالوا : إن كان معها (محرم تخرج) وإلا فلا ، وفي «البدائع» وغيرها لو كان بين الجهتين مدة سفر فمضت أو رجعت وبلغت أدنى مواضع التي تصلح للإقامة أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرماً بلا خلاف ، وكذا إن وجدت عند الإمام قيد بالبائن لأن معتدة الرجعي تابعة لزوجها والله الموفق .

باب ثبوت النسب

لما فرغ من ذكر أنواع المعتدات وذكر ما يلزم من اعتداد ذوات الحمل وهو ثبوت النسب وهو مصدر نسبه إلى أبيه (ومن قال : إن نكحتها) أي : عقدت عليها صدر الباب بهذه المسألة لأنها كما قال فخر الإسلام : من خواص مسائل «الجامع الصغير» (فهي طالق فولدت لسته أشهر مذ) أي : من حين (نكحتها) من غير زيادة ولا نقصان (لزمه نسبه) هذا استحسان وهو قول محمد الآخر لأن النسب يحتاط في إثباته والتصور ثابت بأن يتزوجها وهو مخالطها بتكلمهما أو بسماع الشهود كلامهما أو وكلا في ذلك فوافق النكاح الإنزال قال صدر الشريعة : على أن الزوج إن علم أنه لم يكن على هذه الصفة وأنه لم يطأها في تلك الليلة فهو قادر على اللعان فلما لم ينف الولد باللعان فليس علينا نفيه عن الفراش مع تحقق الإمكان انتهى . وفيه

ومهرها ويثبت نسب ولد معتدة الرجعي، وإن ولدته، لأكثر من سنتين.....

بحث إذ كيف يقدر واللعان لا يتم إلا به؟ ثم من شرائط اللعان قيام الزوجية وهي مطلقة عقب النكاح كذا في «الحواشي السعدية» يعني وبوضع الحمل انقضت العدة وإلا فالطلاق الرجعي لا يمنع اللعان، بقي أن في حمله على أنه تزوجها وهو مخالطها حمل المسلم على ما لا يجوز أن المراد به الوطء كما في «الفتح»، ولذا عدل بعض المشايخ عن هذا بأن قيام الفراش كاف ولا يعتبر إمكان الدخول كما في تزوج المشرق بالمغربية ورد / بأن التصور شرط وهو الحق ولذا لم يثبت النسب من زوجة الصبي وهو موجود وفي المشرق بأن يكون صاحب حظوة كرامة له اقتصر عليه في «الدراية» زاد في «الفتح» وأن يكون له استخدام والاقتصار على الثاني أولى لما استقر من أن طي المسافة عندنا ليس من الكرامة في شيء ولا كلام في عدم ثبوت النسب لو ولدته لأقل منها لأنه من زوج سابق ولا لأكثر لاحتمال حدوثه بعد الطلاق لأننا حكمنا بعدم وجوب العدة لكونه قبل الدخول، فلم يتبين بطلان هذا الحكم ولا يخفى أن منعهم النسب فيما إذا جاءت به لأكثر في مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان ينافي الاحتياط في إثباته واحتمال كونه بعد الطلاق فيما إذا جاءت به لستته ويوم في غاية البعد فإن العادة مستمرة بكونه أكثر منها وربما يمضي دهور ولم يسمع فيها ولادة لنصف حول فكان الظاهر عدم حدوثه احتمال فأي احتياط في إثبات النسب إذا انتفيا لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركناه ظاهراً يقتضي ثبوته، وليت شعري، أي الاحتمالين أبعد الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلق منه أو احتمال كونه إذا زاد على ستة يوماً يكون من غيره كذا في «الفتح».

وفي «النهاية» معزياً إلى «المنتقى» أنه لا يكون به محصناً (و) لزمه (مهرها) لأنه بثبوت النسب منه جعل واطئاً حكماً، وما قيل من أنه لا يلزم إذ قد يكون الحمل من إدخال الماء الفرج دون جماع رد بأنه نادر والوجه الظاهر هو المعتاد قال الشارح: وكان ينبغي أن يجب مهران، مهر بالوطء، ومهر بالنكاح كما لو تزوج امرأة حال وطئها انتهى. لكن إذا كان الأصح في ثبوت هذا النسب إمكان الدخول وتصوره ليس إلا بما ذكر وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية فالفرع المشبه به مشكل لمخالفته لصريح المذهب، وأيضاً الفعل واحد وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد به هذا حاصل ما في «فتح القدير»، (ويثبت نسب ولد المعتدة) بالطلاق (الرجعي) سواء اعتدت بالحيض أو بالأشهر لا بأسها، (وإن ولدته لأكثر من سنتين) ولو لعشرين سنة فأكثر لاحتمال العلق في العدة لجواز كونها ممتدة الطهر ولا مجال للحمل على الزنا والوطء بشبهة مع إمكان الحل وهو أولى أيضاً من كونها تزوجت

ما لم تقر بمضي العدة، فكانت رجعة في الأكثر منهما، لا في الأقل منهما، والبت لأقل
منهما وإلا لا.....

بغيره لأن البقاء أسهل من الابتداء، وأفهم كلامه أنها لو جاءت به لأقل منهما ثبت
نسبه بالأولى وقيد بقوله (ما لم تقر بانقضاء العدة) لأنها لو أقرت بانقضائها في مدة
تحتمله بأن تكون ستين يوماً على قوله، وتسعة وثلاثين يوماً على قولهما، ثم جاءت
بولد لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، فإنه يثبت
نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الإقرار فيظهر كذبها (وكانت) الولادة (رجعة في الأكثر
منها) لما بينا أن العلوق في العدة فيصير بالوطء مراجعاً (لا في الأقل) لأنه كما
احتمل أن يكون العلوق بعد الطلاق واحتمل أن يكون قبله فلا يكون مراجعاً بالشك
وأورد أن الاحتمال الأول مرجحاً هو أن الظاهر أن الحوادث تضاف إلى أقرب أوقاتها
وأجيب بأن محله ما لم يعارضه ظاهر آخر وهو الوطء في العصمة لا في العدة وفيه
أيضاً مخالفة السنة في الرجعة بالوطء والعادة، وهو الرجعة باللفظ فكان ما قضت به
العادة والسنة أرجح ولم يكتف بقوله في الأكثر بل صرح في المفهوم لأنها لو جاءت
به لسنتين كان كالأكثر كما في «الاختيار».

(و) يثبت نسب ولد معتدة (البت لأقل منهما) أي: من السنتين من وقت
الطلاق لجواز كون الحمل وقت الطلاق (وإلا) أي: وإن لم تأت به لأقل منهما (لا)،
أي: لا يثبت نسبه منه هذا ظاهر فيما إذا جاءت به لأكثر من سنتين إذ الحمل حادث
بعد الطلاق فلا يكون منه وأما إذا جاءت به لتمام سنتين فعدم ثبوته منه كما هو
ظاهر كلامه مخالف لما سيأتي من أن أكثر مدة الحمل سنتان، ورواية «الإيضاح»
والإسبيجاني والأقطع من أنه يثبت إذا جاءت به لسنتين، ومن ثم جزم الشارح بحمل
كلامه على الأول.

وأجاب في «البحر» بأنه لو ثبت النسب فيما إذا جاءت به لسنتين لزم أن يكون
العلوق سابقاً على الإطلاق لحل الوطء وبه يلزم أن يكون الولد في البطن أكثر منهما
بخلاف غير المبتوتة لحل الوطء بعد الطلاق وأقول كون لزوم الولد في البطن أكثر
ممنوع بالحمل على جعل العلوق في حال الطلاق لأنه حينئذ قبل زوال الفراش كما
قدره قاضي خان وهو حسن، / وفي «الجوهرة» إن قول القدوري بعدم ثبوت النسب
فيما إذا جاءت به لسنتين سهو والمذكور في غيره من الكتب أنه يثبت والحق حملة
على اختلاف الروايتين لتوارد المتون على عدم ثبوته - كما قال القدوري - إذ قد
جرى عليه المصنف هنا وفي «الوافي» وهكذا صدر الشريعة وصاحب «المجمع»
وهم بالرواية أدري والمسألة مقيدة إذا لم تلد توأمين أحدهما لأقل من سنتين والآخر

إلا أن يدعيه، والمراهقة لأقل من تسعة أشهر، وإلا لا والموت لأقل منهما.....

خلافاً لمحمد هذا وأما حكم العدة فإن جاءت به لأكثر من سنتين فقد انقضت قبل ولادتها ستة أشهر عندهما فترد نفقتها، وقال أبو يوسف: بوضع الحمل فلا ترد (إلا أن يدعيه) استثناء مفرغ من قوله وإلا لا، أي لم يثبت في حال من الأحوال إلا في الحال التي هي دعواه لأنه التزمه، وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة وفي اشتراط تصديقها روايتان.

قال في «الفتح»: والأوجه عدم اشتراطه لأنه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض، ولذا لم يذكر الاشتراط السرخسي والبيهقي في «الكامل» وذلك ظاهر في الضعف والغرابة، قيل: هذا مناقض لما نص عليه في «حدود الحدود» من أن المطلقة بالثلاث إذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة في الفعل وفيها لا يثبت النسب وإن ادعاه، وأجيب بأن الشبهة هنا لم تتمحض بالفعل بل شبهة عقد أيضاً كذا في «البحر» والذي ادعاه في «الفتح» أن المذكور هناك إذا لم يدع شبهه والمذكور هنا محمول على كونه وطئاً بشبهة والأجنبية يثبت النسب بوطئها بشبهة، فكيف بالمعتدة؟ فيجب الجمع مثلاً بأن يقال ينبغي أن يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل، ثم قال: والوجه أن لا يشترط غير دعواه لأنه لم يشترط في «الكتاب» سواه ثم يحمل على مجرد الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحمل.

(و) يثبت نسب ولد المطلقة ولو بائناً (المراهقة) إذا جاءت به (لأقل من تسعة أشهر) من وقت الطلاق (وإلا)، أي: وإن لم تأت به لأقل منها لا يثبت عندهما لأنهما لصغرهما ينزل سكوتها منزلة الإقرار بانقضاء عدتها، وقال أبو يوسف: يثبت في الطلاق البائن إلى سنتين وفي الرجعة إلى سبعة وعشرين شهراً، والمسألة مقيدة بما إذا دخل بها فإن لم يدخل بها فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه (لا) لأكثر وبما إذا لم تقر بانقضاء العدة فإن أقرت ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت نسبه فإن لسته أو أكثر لا يثبت لانقضاء العدة بإقرارها وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها للتيقن بكذبها وبما إذا لم تقر بالحمل فإن أقرت به كان إقراراً منها بالبلوغ فيقبل قولها فصارت كالكبيرة في حق ثبوت النسب إذ أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه لظهور كذبها بيقين وإلا لم يثبت قيد بكونها مطلقة لأنها لو مات عنها زوجها فإن جاءت به لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت نسبه وإلا لا عندهما، وقال الثاني: يثبت إلى سنتين كالكبيرة فإن أقرت بانقضائها بعد أربعة أشهر وعشر فولدته لسته أشهر فصاعداً لم يثبت نسبه.

(و) يثبت نسب معتدة (الموت) إذا جاءت به (لأقل منهما) أي: من السنتين

والمقرة بمضيها، لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار وإلا، لا. والمعتدة إن جحدت، ولادتها بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين.....

من وقت الموت ولو غير مدخول بها لا فرق في ذلك بين أن كانت من ذوات الأقران أو الأشهر إلا أنه في «البدائع» قيدها بذوات الأقران قال: وأما ذوات الأشهر فإن كانت آيسة أو صغيرة فحكمها في الوفاة ما هو حكمها في الطلاق، وهذا لم أجده في «البدائع» والذي في «الشرح» أن الصغيرة إذا توفي عنها زوجها فإن أقرت بالحبل فهي كالكبيرة يثبت نسبه إلى سنتين وإن أقرت بانقضاء عدتها بعد أربعة أشهر ثم ولدت لستة فصاعداً لم يثبت نسبه وإن لم تدع حبلاً ولم تقر بانقضاء عدتها فعندهما إذا ولدت لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت النسب منه وإلا لم يثبت، ثم قال: والآيسة إذا كانت معتدة عن وفاة فهي والتي من ذوات الأقران سواء لأن عدة الوفاة تكون بالأشهر في حق كل واحدة منهما إذا لم تكن حاملاً.

(و) يثبت نسب ولد (المقرة بمضيها) إذا جاءت به (لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار) للتيقن بكذبها / هذا إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الفراق وإن [١/٢٥٣] لأكثر لا يثبت ولو لأقل من ستة أشهر، واعلم أن التيقن ظاهر فيما إذا قالت: انقضت عدتي الساعة ثم جاءت به لأقل من ستة أشهر من قبل وقت الإقرار، أما إذا جاءت به لأقل من ستة من وقت الإقرار ولأقل من سنتين من وقت الفراق فالتيقن بكذبها غير ظاهر لجواز أن عدتها انقضت في ثلاثة أشهر مثلاً ثم أقرت بعد ذلك بزمان طويل وعلى هذا ينبغي أن لا يثبت النسب وأن يقيد إطلاق المتون بما إذا قالت انقضت عدتي الساعة (وإلا) أي: وإن لم تأت به لأقل منهما بل جاءت به لأكثر (لا) أي: لا يثبت النسب لعدم التيقن بكذبها لاحتمال الحدوث بعده.

(و) يثبت نسب ولد (المعتدة إن جحدت ولادتها بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتان) هذا بإطلاقه يعم المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعي وبه صرح فخر الإسلام وعليه جرى الإمام قاضي خان، وقيده السرخسي بالبائن.

قال في «البحر»: والحق أنها في الرجعي إن جاءت به لأقل من سنتين احتيج إلى الشهادة كالبائن، وإن لأكثر يثبت نسبه بشهادة القابلة اتفاقاً لقيام الفراش وهذا قول الإمام، واكتفياً بالقابلة، وفي اشتراط لفظ الشهادة خلاف على قولها وهل تقبل شهادة رجل واحد؟ قيل: نعم ولا يفسق لما سيأتي، ومبنى الخلاف على أن الفراش باق أم انقضى؟ قالوا: بالأول لقيام العدة والحاجة إلى شهادة الواحدة لتعين الولد، وقال الإمام بالثاني لإقرارها بوضع الحمل والمقتضى ليس بحجة فمست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداءً وذلك بكمال النصاب على ولادتها، وأورد أن شهادة الرجل تستلزم

أو حبل ظاهر، أو إقرار به، أو تصديق الورثة والمنكوحه لسته أشهر فصاعداً إن سكت وإن جحد، فبشهادة امرأة على الولادة.....

... (١) فلا تقبل، وأجيب بأنها لا تستلزم النظر كما إذا دخلت بيتاً بحضرتهم يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت ومعها ولد فيعلمون أنها ولدته ولئن استلزمه فجاز أن يقع اتفاقاً من غير قصد (أو حبل ظاهر) يعرفه كل أحد (أو إقرار به) أي: بالحبل من الزوج لأن النسب في هذين ثابت قبل الولادة كذا في «الفتح»، وهذا ظاهر في أنها لو ولدت وقد كان الحبل ظاهراً فأنكره اكتفي بالشهادة بكونه كان ظاهراً (أو تصديق الورثة) على ولادتها لأن الإرث خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم، وفيه إيماء إلى أنه لا يشترط فيه لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم ولا العدد ولا العدالة.

وأما في حق ثبوت النسب من الميت ليظهر في حق الناس كافة فقالوا: إذا كان من أهل الشهادة بأن يكونوا ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المنكرين أيضاً، وعلى هذا قيل: يشترط لفظ الشهادة في مجلس الحكم والأصح أنه لا يشترط لأن الثبوت في حق غيرهم ولا يراعي التبع شرائطه إذا ثبت أصالة وعلى هذا فلو لم يكونوا من أهل الشهادة لا يثبت النسب في حق المقرين منهم كذا في «الفتح»، وصرح في «شرح الجامع الصغير» بأنه كما لا يعتبر لفظ الشهادة لا تعتبر الخصومة بين يدي القاضي نظراً إلى شبه الإقرار واشترطنا العدد نظراً إلى شبهة الشهادة، واعلم أن ظاهر كلامه يعطي عدم الاحتياط في ثبوت النسب إلى شهادة القابلة مع ظهور الحبل والإقرار وبه صرح في «البدائع» وعليه جرى السرخسي، ورده الشارح بأنه سهو فإن شهادة القابلة لا بد منها لتعيين الولد إجماعاً إنما الخلاف في ثبوت نفس الولادة بقولها فعنده ثبت بقولها وعندهما لا يثبت إلا بشهادة القابلة، وأما نسب الولد فلا يثبت إلا بشهادتها إجماعاً لاحتمال أن يكون غير هذا وأثر الخلاف يظهر في حق الطلاق والعتاق بأن علقهما بولادتها فعنده يثبت بقولها وعندهما لا تثبت إلا بشهادة القابلة. قال ابن بندار.

وأقول: شهادة القابلة شرط زوال التهمة كاليمين في رد الوديعة واليمين في انقضاء العدة فإذا لم تشهد قابلة بقية متهمة فلا يقبل قولها، قال في «البحر»: وهذا حسن به يحصل التوفيق بين كلامهم، فمن نفاها أراد أنها ليس بشرط في نفس الأمر ومن أثبتها أراد أنها شرط لزوال التهمة انتهى. وللبحث فيه مجال فتدبره.

(و) يثبت نسب ولد (المنكوحه) إذا جاءت (لسته أشهر فصاعداً) أي: أكثر من وقت الزوج نصب على الحال وصاحبه محذوف تقديره وذهب صاعداً (إن سكت وإن جحد) أي: أنكر ولادتها (فشهادة امرأة) حرة مسلمة عدلة (على الولادة) / لأن [ب/٢٥٣]

فإن ولدت ثم اختلفا، فقالت: نكحتني منذ ستة أشهر وادعى الأقل فالقول لها، وهو ابنه ولو علق طلاقها بولادتها، وشهدت امرأة على الولادة لم تطلق، وإن كان أقر بالحبل طلقت بلا شهادة، وأكثر مدة الحمل سنتان، وأقلها ستة أشهر فلو نكح أمة فطلقها.....

الفراش قائم والمدة قامت فوجب القول بثبوته فإن نفاه لاعتن، قيد بستة أشهر لأنها لو جاءت به لما هو دونها لم يثبت النسب ويفسد النكاح لجواز كونه من زوج أو من وطء بشبهة وكذا لو أسقطت لأقل من أربعة أشهر إذا كان قد استبان خلقه لأنه لا يستبين في أقل منها ولو جاءت له لسته من غير زيادة كانت كالأكثر لاحتمال أنه تزوجها واطئاً لها فوافق الإنزال النكاح والنسب يحتاط في إثباته.

(فإن ولدت ثم اختلف) في المدة بأن (قالت: نكحتني منذ ستة أشهر وادعى الأقل فالقول لها وهو ابنه) لأن كلاً منهما وإن كان معه ظاهر شهد له هو أنها لا تلد إلا من نكاح وكون الحوادث تضاف إلى أقرب أوقاتها إلا أنه ترجح ظاهرها بأن النسب يحتاط في إثباته، وسيأتي أن الفتوى أنها تحلف ولا يحرم عليه بهذا الجواز أن تكون حاملاً من زنا حين تزوجها وتقدير أن لا يكون من زنا فقصارى الأمر أن يكون مقراً بفساده لكن لما صار مكذباً شرعاً بإثبات النسب فبطل إقراره، وكذا في «الفتح»، إلا أن المذكور في «الخلاصة» من القضاء أنه إنما يبطل إذا كان التكذيب بالبرهان فالتوجيه الأول أسلم.

(ولو علق الزوج طلاقها بولادتها) بأن قال: إن ولدت فأنت طالق (فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق) عند الإمام وقالوا: تطلق لأن شهادتها حجة في ذلك وله أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة. قيد بالطلاق لأن النسب وما كان من لوازمه كأمومية الولد لو كانت أمة واللعان ووجوب الحد عند أهليته له يثبت بشهادتها (وإن كان) الزوج (أقر بالحبل) أو كان ظاهراً (طلقت بلا شهادة) عند الإمام خلافاً لهما لأن الإقرار به إقرار يفضي إليه وهو الولادة، (وأكثر مدة الحمل سنتان) لرواية البيهقي والدارقطني عن عائشة أنها قالت: «لا يبقى الولد في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل»^(١) أي: ولو بقدر ظله مثل لقلته لأنه ظله حالة دورانه أسرع زوالاً من سائر الظلال ومثله لا يدرك بالرؤى فحمل على السماع (وأقله ستة أشهر) إجماعاً لقوله تعالى: ﴿وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] وفسر الفصال في الآية الأخرى بكونه في عامين فلزم كون الفاصل في الحمل ستة أشهر

(فلو نكح أمة فطلقها) بعد الدخول واحدة رجعية أو بائنة أما لو طلقها قبل

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٨٠)، والبيهقي في الكبرى (١٥٣٢٩).

فاشترها فولدت لأقل من ستة أشهر منه لزمه وإلا لا. ومن قال لأتمته: إن كان في بطنك ولد فهو مني، فشهدت امرأة بالولادة فهي أم ولده، ومن قال لغلام هو ابني، ومات فقالت أمه: أنا امرأته، وهو ابنه يرثانه فإن جهلت حريتها، فقال وارثه: أنت أم ولد أبي فلا ميراث.

الدخول لم يلزمه إلا أن تأتي به لأقل من ستة أشهر منذ فارقها أو كان بعده والطلاق اثنتان ثبت نسبه إلى سنتين من وقت الطلاق (فاشترها) ليس بقيد بل المراد أنها دخلت في ملكه بأي سبب كان والطلاق ليس بقيد أيضاً حتى لو اشترها ولم يطلقها فالحكم كذلك ولا بد من كونه قبل الإقرار بانقضاء عدتها قيد به في «فتح القدير». قال في «البحر»: ولم يبين مفهومه.

وأقول: إنما لم يبينه استغناء بما مر من أنه مع الإقرار يشترط أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار لا من وقت الشراء، كما قال هنا (فولدت لأقل من ستة أشهر منه) أي: من وقت الشراء (لزمه) أي: الولد لأنه ولد المعتدة لتحقق كون العلوق سابقاً على الشراء، وولدها يثبت نسبه بلا دعوة (وإلا) أي: وإن تلده لأقل من ذلك بل ولدته لستة فصاعداً (لا) أي: لا يلزمه ولد المملوكة وقد عرف أن نسبه لا يثبت بدون الدعوة.

(ومن قال لأتمته: إن كان في بطنك ولد) أو كان بها حبل (فهو مني، فشهدت امرأة) طاهرة سواء كانت هي القابلة أو غيرها (على الولادة فهي أم ولده) إجماعاً، لأن سبب وجود النسب وهو الدعوة قد وجد والحاجة إلى تعيين الولد وشهادة المرأة حجة فيه قيد هذا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فإن كان لأكثر لم تكن أم ولد لاحتتمال أن العلوق بعد المقال قيد بالتعليق لأنه لو قال هذه حامل مني لزمه الولد وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر إلى سنتين جيء نفيه كذا في «غاية البيان».

(ومن قال لغلام: هو ابني ومات) بعد ذلك (فقالت أمه) المعروفة بحرية الأصل وأنها أمه دل على ذلك قوله فإن جهلت حريتها (أنا امرأته، وهو ابنه يرثانه) استحساناً لأن المسألة حيث فرضت فيما ذكر لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفاً وكونه من فاسد أو وطء بشبهة احتمالان لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوي وكذا احتمال / [٢٠٤] كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها لأنه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله (فإن جهلت حريتها فقال وارثه: أنت أم ولد أبي فلا ميراث) لها ليس بقيد إذ الجهل بالحرية كاف بمنع إرثها سواء قال الوارث ذلك أم لا أو كان صغيراً وما أحسن قول من قال بأن للوارث أن يقول ذلك وفي سكوته عن المهر إيذان بعدم وجوبه وأوجب التمرتاشي لها مهر المثل لأنهم أقرروا بالدخول ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم وارتضاه في «فتح القدير» ورده الإيتقاني بأن الدخول إنما يوجب مهر المثل

باب الحضانة

في غير صورة النكاح إذا كان الوطاء عن شبهة ولم يثبت النكاح هنا والأصل عدم الشبهة والله الموفق للصواب بمنه .

باب الحضانة

لما ذكر ثبوت النسب عقيب أحوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد؛ والحضانة: بفتح الحاء وكسرها تربية الولد، والحاضنة: المرأة توكل بالصبي، وقد حضنت ولدها حضانة من باب طلب كذا في «المغرب»، والحضن ما دون الإبط إلى الكشح، وحضن الشيء جانباه وهل هي حق من ثبتت لها الحضانة أو حق الولد خلاف؟ قيل بالأول فلا تجبر إذا هي امتنعت ورجحه غير واحد في «الواقعات» وغيرها وعليه الفتوى .

وفي «الخلاصة» قال مشايخنا: لا تجبر الأم عليها، وكذلك الخالة إذا لم يكن لها زوج لأنها ربما تعجز عن ذلك وقيل بالثاني فتجبر واختاره أبو الليث وخواهر زاده والهندواني وأيده في «الفتح» بما في «كافي» الحاكم لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لأنه حق الولد فأفاد أن قول الفقهاء جواب الرواية، ثم قال في «الفتح»: فإن لم يوجد غيرها أجبرت بلا خلاف انتهى .

وعلى هذا فما في «الظهيرية» قالت الأم: لا حاجة لي به وقالت الجدة أنا آخذه دفع إليها لأن الحضانة حقها فإذا أسقطت حقها صح الإسقاط منها لكن إنما ذلك إذا كان للولد ذو رحم محرم كما هنا أما إذا لم يكن أجبرت على الحضانة كيلا يضيع الولد كذا اختاره الفقهاء الثلاثة انتهى، قيده في «الظهيرية» بما إذا لم يكن للصغير ذو رحم فحينئذ تجبر الأم كيلا يضيع الولد، وأنت قد علمت أنه إذا لم يكن له أحد فليس من محل للخلاف في شيء هذا ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه من الأم لأن نفقته وصيانته عليه بالإجماع، بقي أن قولهم فإن لم يوجد يعم ما إذا وجد وامتنع من القبول .

فرع

قال في «السراج»: تستحق الأم الأجرة على الحضانة حيث لم تكن منكوحة ولا معتدة قال في «الفتح»: ولو كان الأب معسرا وأبت الأم أن تربي إلا بأجر وقالت العمة أنا أربي بغير أجر فالعمة أولى وهو الصحيح، واختلف في هذا المسكن الذي يحضن فيه الصبي فقيل يجب في...^(١) إن كان وإلا فعلى من تجب نفقته عليه وفي

(١) بياض في الاصل .

أحق بالولد أمه قبل الفرقة، وبعدها، ثم أم الأم، ثم أم الأب،

«التفاريق» لا تجب كذا في «الخرانة» وينبغي ترجيحه إذ وجوب الأجر لا يستلزم وجوب المسكن بخلاف النفقة (بالولد) أي: بتربيته (أمه) النسبية (قبل الفرقة) من أبيه (وبعدها) ولو كتابية أو مجوسية كما سيأتي لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين وهي أشفق عليه منه لأنه خلق من مائها الخارج من ترائبها القريب من القلب كما في «أبي داود» قالت امرأة: يا رسول الله إن ابني هذا كانت بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال عليه الصلاة والسلام: «أنت أحق به ما لم تنكحي»^(١) ورواه الحاكم أيضاً وصححه، والحواء بالكسر: بيت من الشعر والجمع الأحوية، وهذا الإطلاق مفيد بما إذا لم تقع الفرقة ببردتها لحقت بدار الحرب أو لا فإن وقعت فلا حق لها لأنها تحبس وعلى الإسلام تجبر وبما إذا كانت أهلاً للحضانة فإن لم تكن أهلاً لها بأن كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البنات ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة فلا حق لها فيها. قال في «البحر»: وينبغي أن يكون المراد بالفسق هنا هو الزنا المقتضي لاشتغال الأم عن الولد للخروج من المنزل ونحوه، ولا مطلقة الصادق بترك الصلاة لما سيأتي من أن الذميمة أحق بولدها المسلم ما لم يعقل إلا بإذن فالفاسقة أولى.

وأقول: في قصره على الزنا قصور إذ لو كانت سارقة أو مغنية / أو نائحة فالحكم كذلك، وعلى هذا فالمراد فسق يضيع الولد به، وفي «القنية» الأم أحق بالولد وإن كانت سيئة السيرة معروفة بالفجور ما لم تفعل ذلك انتهى. أي: ما لم يثبت فعله عنها أي الأم وإن علت إذا لم يكن أم بأن كانت ميتة أو ليست أهلاً للحضانة لأن هذه الولاية مستفادة من قبل الأم فكانت التي من قبلها أولى وعلى هذا فالجدة من قبل الأم أولى من أم الأب ومن الخالة في الأصح، كما في «الولوالجية» وذكر الخصاف إذا كان للصغيرة جدة لأم من قبل أبيها وهي أم أبي أمه لم تكن بمنزلة قرابة (أم الأم) من قبل أمها وهذا ظاهر في تأخير أم أب الأم عن أم الأب بل عن الخالة أيضاً، وهي واقعة الفتوى كذا في «البحر».

(ثم أم الأب) وإن علت وقال زفر: الشقيقة أو الخالة أحق لأنهن يدلين بقرابة الأم وقد قال عليه الصلاة والسلام: «الخالة أم»^(٢) قلنا هي أم ولذا تحوز ميراث الأم من السدس وغلبة الشفقة تتبع الولاد ظاهراً فكانت مقدمة على من ذكر وما روي

(١) أخرجه أبو داود في السنن (٢٢٧٦)، والحاكم في المستدرک (٢٨٣٠).

(٢) أخرجه أبو داود في السنن (٢٢٧٨)، والنسائي في الكبرى (٨٥٧٩).

ثم الأخت لأب وأم، ثم لأم، ثم لأب، ثم الخالات كذلك، ثم العمات كذلك. ومن نكحت غير محرمة سقط حقها، ثم تعود بالفرقة.....

يحتمل كونه في ثبوت الحضانة أو غيره إلا أن السياق إرادة الأول فبقي أعم من كونه في ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق به من كل من سواها ولا دلالة على الثاني والأول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بأنها أحق من أحد بخصوصه فبقي المعنى المتقدم بلا معارض كذا في «الفتح»، (ثم الأخت لأب وأم) لأنها أشفق (ثم لأم)، وقال زفر: يشتركان لاستوائهما في الإدلاء بالأم وهو المعتبر وجهة الأب لا مدخل لها فيه ونحن نقول إنها تصلح للترجيح (ثم لأب) هذا رواية «كتاب النكاح» اعتباراً لقرب القرابة وفي رواية «كتاب الطلاق» الخالة أولى لأنها تدلي بالأم وتلك بالأب.

قال في «الفتح»: فعلى رواية «كتاب النكاح» تدفع الأخت لأب إلى بنت الأخت الشقيقة ثم إلى بنت الأخت لأم ثم إلى بنت الأخت لأب ثم إلى الخالة الشقيقة انتهى. وفي غيره كان أولاد الأخوات لأب وأم أو لأم أحق من العمات والخالات باتفاق الروايات، وأما أولاد الأخوات لأب والأصح أن الخالة منهن أولى (ثم الخالات) أي: خالات الصغير (كذلك) يعني تقدم الشقيقة ثم التي لأم ثم التي لأب (ثم العمات كذلك) وبعدهن خالة الأم الشقيقة ثم لأم ثم لأب ثم عماتها كذلك وخالة الأم أولى من خالة الأب عندنا ثم خالات الأب وعماته على هذا الترتيب، وأما بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات فلا حق لهن في الحضانة لأن قرابتهن لم تتأكد بالحرمة، (ومن نكحت) ممن لها حق الحضانة (غير محرم) للصغير (سقط حقها) لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام: «أنت أحق به ما لم تتزوجي»^(١) فينتقل الحق إلى غيرها كأما مثلاً، وقيده في «القنية» بقيد حسن هو أن لا تمسك الصغير في بيت الأجنبي مع المتزوجة فإن فعلته كان للأب أن يأخذه منها. قال في «البحر»: وقد وقع التردد فيما لو أمسكته الخالة في بيت أجنبي عن الصغير عازبة والظاهر سقوط حضانتها قياساً على ما مر.

وأقول: الظاهر عدم سقوطها للفرق البين بين زوج الأم والأجنبي قيد بغير المحرم لأنه لو كان محرماً له كعمة مثلاً لا يسقط حقها لعدم الضرر في حقه بخلاف ما لو كان رحمياً فقط كابن العم فإنها تسقط، ولو ادعى تزوجها وأنكرت فالقول لها ولو أقرت به لكنها ادعت الطلاق فإن لم يتعين الزوج فالقول لها إلا إن عينته وينبغي أن يكون مع اليمين في الفصلين (ثم يعود) حق الحضانة (بالفرقة) البائدة أما الرجعية

ثم العصابات بترتيبهم والأم والجدة أحق به حتى يستغني، وقدر بسبع سنين وبها حتى تحيض.....

فلا بد من انقضاء العدة فيها وعاد لزوال المانع كالناشزة إذا عادت لمنزل الزوج وبه تبين أن قوله سقط حقها فيه تجوز لا يخفى، (ثم) بعدما ذكره (العصابات بترتيبهم) يعني في الإرث فيقدم الأب ثم الجد وإن علا ثم الأخ الشقيق ثم لأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم الأب وكذا كل من سفل من أولادهم ثم العم شقيق الأب ثم لأب أما أولاد الأعمام ومولى العتاق فإنما يندفع إليهم الصغير دون الصغيرة.

قال في «البحر»: وينبغي أن يقيد بما إذا كانت تشتهي وكان غير مأمون عليها فإن لا تشتهي وكان مأموناً عليها فلا مانع، وقالوا: لو كان في المحارم من لم يؤمن على الصبي والصبية فلا حق له في الحضانة، وفي «تحفة الفقهاء» ليس للجارية غير ابن العم / فالاختيار للقاضي إن رآه أصلح ضمها إليه وإلا وضعها عند أمينة وسكت المصنف عن ذوي الأرحام وقد قالوا: إذا لم يكن له عصابة دفع إليهم فيدفع إلى الأخ للأب ثم إلى ولده ثم إلى العم ثم إلى الخال لأب وأم ثم لأب ثم لأم وإذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة فأصلحهم أولى فإن تساوا فأسنهم (والأم والجدة) ونحوهما دل على ذلك ما مر من بيان من له حق الحضانة بالغلام (حتى يستغني) عن النساء لاحتياجه إذ ذاك إلى الأدب والرجال على ذلك أقدر.

(وقدر بسبع) أي: قدر الخصاف بذلك قالوا: وعليه الفتوى، وفسر القدوري الاستغناء: بأن يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده أي: يتطهر، وقيل: معناه أن يزيل النجاسة عنه وإن لم يقدر على تمام الطهارة وحده، قال الشارح: وهو قريب من الأول بل عينه لأنه إذا بلغ سبع سنين يستنجي وحده انتهى. ويدل على ذلك أنهم جعلوا ذلك مرجعاً عند اختلافهما في كونه بلغ سبعا أو لا، والأم والجدة

(و) نحوهما أحق (بها) أي: بالجارية (حتى تحيض) لأنها بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة أدب النساء والأم أقدر على ذلك فإذا حاضت احتاجت إلى التزوج والصيانة وللأب ولاية ذلك وهذا هو ظاهر الرواية كما في «التجنيس» ولو ادعى الأب حيضتها وأنكرت قال في «البحر»: ينبغي أن يكون القول لها كما ادعى تزوجها وأنكرت.

وأقول: ينبغي أن ينظر إلى سنها فإن بلغت سنأ تحيض فيه الأنثى غالباً فالقول له وإلا لها، وعن محمد أنها إذا بلغت حد الشهوة فالأب أحق بها، قال صدر الشريعة: وهو المعتبر لفساد الزمان، وعزاه الخصاف إلى الثاني، قال الشارح: وبه يفتى، وفي «الخلاصة» وعليه الاعتماد والفتوى على تقدير حد الشهوة بتسع سنين.

وغيرهما أحق بها حتى تشتهي، ولا حق للأمة، وأم الولد ما لم يعتقا، والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يعقل ديناً، ولا خيار للولد، ولا تسافر مطلقة بولدها إلا إلى وطنها وقد نكحها ثم.

(وغيرهما) أي: الأم والجدة من قبل الأم والأب (أحق بها) أي: الجارية (حتى تشتهي) بأن تبلغ تسع سنين على ما مر وفي «الجامع الصغير» حتى تستغني وعدل عنه المصنف إيماء إلى أن المراد به ما ذكر لأن غيرهم لا يقدر على استخدامها شرعاً وتعليم آداب النساء من نحو طبخ وغسل ثياب وإنما يحصل بذلك، وهذا الفرق إنما يحتاج إليه على ظاهر الرواية كما لا يخفى.

(ولا حق للأمة) ولو مدبرة أو مكاتبة جاءت بالولد قبل كتابتها (وأم الولد) في الحضانة (ما لم يعتقا) لأن فيها نوع ولاية ولا ولاية لهما على أنفسهما فعلى غيرهما أولى، بل هي للمولى إن كان الولد رقيقاً ولا يفرق بينه وبينها حيث كان في ملكه على ما سيأتي وإن كان حراً كانت لأقربائه الأحرار، وقالوا: المكاتبة أحق بولدها المولود في كتابتها فإن أعتقها ثبت لهما حق الحضانة في أولادهما الأحرار، (والذمية) ولو مجوسية (أحق بولدها المسلم) لأن الحضانة تنبني على الشفقة وهي أشفق عليه من غيرها (ما لم يعقل الأديان) فينزع منها لاحتمال الضرر، ولم أر من قدر لذلك مدة وينبغي أن يقدر بسبع سنين، ففي فتاوى قارئ «الهداية» المراد بقولهم ويصح إسلام الصبي العاقل من بلغ سبعا فما فوقها لأنه روي أنه عليه الصلاة والسلام «عرض الإسلام على عليّ وهو ابن سبع سنين فأجاب» انتهى.

زاد في «الهداية» وعليه جرى في «الإصلاح» أو يخاف أن يآلف الكفر وفي أكثر النسخ ويخاف أن يآلف الكفر وحذفه المصنف لأنه إذا علقها خيف عليه أن يآلف الكفر نعم ما في بعض النسخ يحتاج إلى التوجيه، وفي «فتح القدير» ويمنع أن تغريه بالخمير والخنزير فإن خيف ضم إلى ناس من المسلمين، (ولا خيار للولد) ذكراً كان أو أنثى إذا بلغ سبعا أو بلغت الأنثى تسعاً بل يأخذ الأب ولو اختار أمه لضعف عقله يختار من عنده الراحة والتخلية بينه وبين اللعب وتخيره عليه الصلاة والسلام الغلام لأنه دعا له بالهداية فوافق اختيار الأنظر ولذا لم يثبت عن الصحابة بعده تخيير، وفي «الفتح» والمعته لا يخير ويكون عند الإمام وظاهر أن هذا مفرع على القول بالتخيير كما هو مذهب الشافعي، وإذا عرف هذا في المعته فالمجنون أولى (ولا تسافر) المرأة (المطلقة) طلاقاً بائناً عند انقضاء عدتها (بولدها) لما فيه من الإضرار به (إلا إلى وطنها /).

(و) الحال أنه (قد نكحها ثمة) أي: فيه لأنه فيه التزم المقام فيه شرعاً وعرفاً فلا

باب النفقة

يملك منها ولو بعدت المسافة إلا أن تسافر به إلى دار الحرب وهو مسلم أو ذمي وإن كانت هي حربية ولو كانا مستأمنين جاز ذلك، والظاهر أن المراد بالسفر هنا اللغوي الذي هو قطع المسافة لا الشرعي إذ لا يشترط أن يقصد مسيرة ثلاثة أيام غير أنها لو قربت بحيث يتمكن من مطالعة ولده ويرجع إلى وطنه في يوم جاز لها النقل وكذلك لها أن تنقله من القرابة إلى المصر أما إلى غيرها فليس لها إلا بالشرطين المذكورين وعلم منه أنها لو أرادت الخروج به إلى ما نكحها فيه لكنه غير وطنها لم تمكن من ذلك في الأصح خلافاً لما في «الجامع الصغير» وفي التعبير بالمطلقة إيماء إلى أن المنكوح لا تسافر به بالأولى ومنه المطلقة طلاقاً رجعيّاً وأما المعتدة من بائن فقدم أنها لا تخرج وإن لم يكن معها ولد وبالولد المضاف إليها إشارة أيضاً إلى أن الجدة ليس لها ذلك وكذلك أم الولد إذا اعتقت لأنه لا عقد بينهما، كذا في «الفتح» وغيرها بالأولى وقيد بالأم لأن الأب ليس له إخراج الولد من بلد أمه ما بقي حق الحضانة لها.

وقيده في «الحاوي القدسي» بغير القريب أما المكان القريب الذي لا يقطعه عنها إلا إذا أرادت أن تنظر ولدها كل يوم فإنه يجوز كما في جانبها وهو حسن، وفي «السراجية» لو أخذ المطلق ولده منها لزواجها هل له أن يسافر به؟ قال: نعم له ذلك إلى أن يعود حق أمه انتهى. وهذا يجب أن يقيد بما إذا لم يكن له من ينتقل الحق إليه بعدها، واعلم أنه لو أخرج الولد ثم طلقها فطالبت بإعادته إن كان الإخراج بإذنها ليس عليه الرد، ويقال لها اذهبي وخذيهِ وإن كان بغير إذنها كان عليه الإعادة والله الموفق.

باب النفقة

ذكر العلامة أن كل ما فآؤه نون وعينه فإنه يدل على معنى الخروج والذهاب كنفق ونفر ونفخ ونفس ونفذ قال في «البحر»: وهي في اللغة ما ينفقه الإنسان على عياله ونحو ذلك كذا في «ضياء الحلوم»، وبه علم أن النفقة المرادة هنا ليست مشتقة من النفوق بمعنى الهلاك بل هي اسم للشيء الذي ينفقه الرجل على عياله، وفي الشرع كما قال هشام: سألت محمداً عنها فقال: هي الطعام والكسوة والسكنى.

وأقول: كونها عبادة عما ذكر لا يمنع الاشتقاق المذكور لمن تأمله، وما قاله محمد إنما هو باعتبار المعنى الأغلب وإلا فقد عرفها في «العناية» وارتضاه في

تجب النفقة.....

«الفتح» بأنها الإدرار على الشيء بما به بقاؤه، وأنت خبير بأن هذا شامل لنفقة الدواب كما سيأتي، ثم النفقة على الغير تجب بأسباب الزوجية والقرابة والملك، بدأ المصنف بالأول لمناسبته لما مر من أن النكاح والعدة (تجب النفقة) المنصوص الصريحة فيها، وعلى ذلك انعقد الإجماع وهي الإدرار عليها بما تحتاجه أعم من كونه طعاماً أو شراباً أو نقداً لما قالوه من أنها لو شكت منه عدم الإنفاق عليها ولم يكن صاحب مائدة فإن القاضي يفرض عليه دراهم ونبه بوجوبها على أن لها أن تأكل من طعامه وتلبس من كرباسه بغير إذنه كما في «الذخيرة» فإن قلت هل تملك الدراهم المفروضة بقبضها حتى كان لها خذي هذه الدنانير الخمسة لنفقتك ولم يعين الوقت فهو تملكك الإباحة.

وفي «الذخيرة» فرض لها عشرة نفقة شهر فمضى الشهر وقد بقي منها شيء تفرض لها أخرى وفي «الخلاصة» لو سرقت المفروضة لا يفرض لها أخرى بخلاف المحارم ولا يعارضه ما في «الخلاصة» أيضاً وغيرها من أن الزوج هو الذي يلي الإنفاق إلا إذا ظهر مطله فيؤمر بأن يعطيها لتنفق عليه لأن ذلك لرفع الضرر عنه لا لعدم ملكها وفي «الخلاصة» وللزوج أن يرفعها إلى القاضي ليأمرها بلبس الثوب لأن الزينة حقه وهو ظاهر في أنها لو قترت على نفسها كما هو شأن نساء زماننا حتى صارت هزيلة كان له أن يرفعها إلى القاضي ليأمرها بصرف ما يمنع من ذلك أو أن الزوج يتعاطى ذلك بنفسه.

واعلم أنه لو شرط في العقد أن النفقة تموين كان الشرط غير لازم / ولو حكم بموجب العقد حاكم يرى ذلك عرف ذلك من مارس كتبهم بقي أنه لو حكم الحنفي بفرضها دراهم واستوفى ما لا بد منه هل للشافعي أن يحكم بعد ذلك بالتموين؟ قال الشيخ قاسم في «موجبات الأحكام» بعدما ذكر صورة سجل النفقة قلت: هذا دليل لما أقوله من أنه ليس للشافعي ذلك بناء على أن الزوجية والقرابة سبب لوجوبها بشرطها وإن كان كل يوم سبباً لنفقتة أيضاً وأن القضاء يعتمد السبب وتبدل الحال والسعر ونحو ذلك يعتمد السبب الثاني انتهى.

وعلى هذا فلو حكم الشافعي بالتموين ليس للحنفي أن يحكم بخلافه وهذا من الحوادث المهمة فليحفظ، وفي «البحر» من القضاء فإن قلت هل تقدير القاضي النفقة حكم منه؟ قلت: هو حكم وطلب التقرير بشرطه دعوى فقد وجد بعد الدعوى والحادثة ويدل عليه ما في نفقات «خزانة المفتين» وإذا أراد القاضي أن يفرض النفقة يقول: فرضت عليك نفقة امرأتك كذا وكذا في مدة كذا وكذا أو يقول

..... للزوجة على زوجها والكسوة.....

فرضت عليك النفقة مدة كذا يصح ويجب على الزوج حتى لا تسقط بنص المدة لأن نفقة الزمان المستقبل تصير واجبة بقضاء القاضي حتى لو أبرأت بعد الفرض صح انتهى، فإن قلت إذا فرض لها كل يوم أو كل شهر هل يكون قضاء بالجميع ما دامت في العصمة؟ قلت: نعم ما لم يمنع مانع بدليل ما في «الخرزانة» فرض كل شهر عشرة دراهم فأبرأته من نفقة ما مضى وما يستقبل برئ مما مضى ومن شهر مما يستقبل وتماهه فيها انتهى. ولو طلبت منه كفيلاً بها خوفاً من غيته استحسنت الثاني أنها تأخذ كفيلاً بنفقة شهر وبه يفتى، أي: يجبر الزوج على ذلك.

قال في «الفتح»: ولو علم القاضي أنه يمكن في السفر أكثر من شهر أخذ الكفيل بأكثر من شهر ولو كفّل لها النفقة كل شهر وقالاً يلزمه نفقة شهر وقال الثاني: ما دام النكاح قائماً وهو أرفق بالناس وعليه الفتوى، وأجمعوا أنه لو قال ما دمتما زوجين أو على الأبد كان الأمر كما قال ولو كان له دين عليها التقيا قصاصاً إن رضي الزوج لأن دين النفقة يضعف عن سائر الديون ودين الزوج أقوى فاشترط رضاه بخلاف سائر الديون (للزوجة) مسلمة كانت أو كتابية وفيه إيماء إلى أنه لا نفقة لها في الفاسد لأنها ليست زوجة وفي «البرازية» بعدما ذكر أنها في الفاسد لا تلزم قال: وفي النكاح بلا شهود تلزم، وفيه نظر إذ هو من أفرادها (على زوجها) ولو فقيراً أو صغيراً له مال (و) تجب (الكسوة) أيضاً، وهي كما قال محمد درعان وخماران وملحفة في كل سنة، وثنى الدرع والخمار باعتبار الصيف والشتاء وأراد بالملحفة الملاءة التي تلبسها عند الخروج، وقيل: هي غطاء الليل ولم يذكر السراويل ولا بد منها في الشتاء وهذا في عرفهم، أما في عرفنا فتجب لها ثياب آخر كالجبة والفراش الذي تنام عليه واللحاف وما يدفع به أذى الحر والبرد ولم يذكر الخف والمكعب لأن ذلك إنما يحتاج إليه للخروج وليس للزوج تهيئة أسباب الخروج كذا في «الظهيرية»، وهذا يعين كون المراد بخطا الليل والخصاف أبطل الدرع بالقميص، قال في «الفتح»: وهما سواء إلا أن القميص يكون مجيباً من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر، وذكر شمس الأئمة أن لها فراشاً على حدة ولم يكتف بفراش واحد لأنها ربما تعتزل عنه في أيام الحيض أو في زمان مرضها.

قال في «البحر»: وقد استفيد من هذا أنه لو كان لها أمتعة من فرش ونحوها لا يسقط عن الزوج ذلك بل يجب عليه، وقد رأينا من يأمرها بفرش أمتعتها له ولا ضيافة جبراً عليها وذلك حرام انتهى. لكن قدمنا عنه في باب المهر معزياً إلى «المبتغى» أنها لو زفت إليه بلا جهاز يليق بها فله مطالبة الأب بما دفعه من الدراهم والدنانير إلا

بقدر حالهما ولو مانعة نفسها للمهر لا ناشزة.....

إذا سكت انتهى. وعلى هذا فإذا زفت إليه به لا يحرم عليه الانتفاع به وفي عرفنا يلتزمون كثرة المهر لكثرة الجهاز وقلته بقلته ولا شك أن المعروف كالمشروط فينبغي العمل بما مر، (بقدر حالهما) فإن كانا موسرين وجبت نفقة اليسار أو معسرين فنفقة الإعسار ولو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً / فظاهر الرواية وبه قال [ب/٢٥٦] الكرخي ورجحه غير واحد اعتبار حال الزوج، والخصاف وغيره اعتبر حالهما فأوجب نفقة وسطاً يعني فوق نفقة المعسر ودون نفقة الموسر فيخاطب بقدر وسعه والباقي دين عليه إلى الميسرة قالوا: وعليه الفتوى، وعلى هذا فلا تجب عليه إذا كان موسراً وهي فقيرة أن يطعمها مما يأكل نعم يندب له ذلك ثم إذا كانت دراهم فإن كان محترفاً دفع لها يوماً بيوم عند المساء عن اليوم الآتي، وإن كان تاجراً دفع نفقة شهر بشهر، وإن كان من الدهاقين دفع سنة بسنة، أو من الصناع الذي لا يبقى عملهم إلا بانقضاء الأسبوع فكذلك كذا في «الفتح» ومعناه إذا تراضيا عن ذلك أما لو قال التاجر: أنا أدفع لها كل يوم كان لها ذلك، وفي «التجنيس» لو طلبت بعد فرض الشهر النفقة كل يوم كان لها ذلك.

(ولو) كانت (مانعة نفسها للمهر) المعجل سواء دخل بها أو لا على قول الإمام كما مر لأن المنع بحقه حتى لو كان كله مؤجلاً كانت بالمنع ناشزة إلا على قول الثاني من أن لها المنع وبه يفتى (لا ناشزة) بالجر عطفاً على الزوجة وجعله العيني خيراً لكان المحذوفة مع اسمها وهي لغة: العاصية على الزوج المبغضة له، وعن الزجاج نشوز المزوجين كراهة كل منهما صاحبه كذا في «المغرب»، وعرفاً: الخارجة عن منزل الزوج بغير عذر شرعي فالممتنعة عن المجيء منزله خارجة عنه وأما التي لم تمكنه من الدخول إلى منزلها المملوك الذي كانت تسكن معه فيه قبل أن تسأله أن يحولها إلى منزله أو يكتري لها منزلاً فكالخارجة إلى موضع آخر ولو سلمت نفسها بالليل دون النهار أو عكسه كانت ناشزة.

قال في «المجتبى»: وبه عرف جواب مسألة في زماننا هي ما لو تزوج من المحترفات التي تكون في النهار في مصالحتها وبالليل عنده فإنه لا نفقة لها انتهى. وفيه نظر سيأتي إيضاحه ولو ادعى عليها نكاحاً فجددت ثم أقام البينة فلا نفقة لها وكذلك لو كان الإنكار منه كما «الفتح» وخرج ما لو مانعته من الوطء فإنها لا تكون ناشزة، وقولنا كذلك لو أجزت نفسها لإرضاع صبي وزوجها شريف وقيل تكون ناشزة وبقولنا بغير عذر شرعي ما لو أبت السكنى في مكانه المغصوب أو بعث أجنبياً بحملها إليه أبت أن تذهب معه وسيأتي أنها تخرج لزيارة أحد أبويها، وقالوا: إنها

وصغيرة لا توطأ، ومحبوسة بدين، ومغصوبة.....

تخرج أيضاً لمسألة وقعت لها لم يعرفها زوجها وعنها لم يسأل ولو عادت إلى منزله بعدما سافر أجابوا بأنها خرجت عن أن تكون ناشزة كذا في «الخلاصة» وفيها شهدوا أنه أوفأها المعجل وليست في بيته فلا نفقة لها ولو شهدوا أنها في طاعة الزوج للجماع لا تقبل انتهى. وبه علم أن القول لها في عدم النشوز مع يمينها (وصغيرة) أي: لا تجب النفقة لصغيرة (لا توطأ) أي: لا تطبق الوطاء سواء كانت تصلح للخدمة والاستئناس أو لا لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها وأورد أن هذا المعنى موجود في الرتقاء والقرناء ومن بها مرض يمنع الجماع مع أن النفقة واجبة لهن سواء أصابهن هذا بعدما انتقلت إلى بيت الزوج أو قبله وأجيب بأن المعتمد في إيجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج بالوطء أو الدواعي والثاني موجود هنا وعلى هذا قالوا: إذا كانت الصغيرة مشتتة يمكن جماعها في ما دون الفرج تجب النفقة كذا في «الذخيرة».

قال في «الفتح»: والظاهر أن من تشتهى للجماع فيما دون الفرج مطيقة للجماع في الجملة والأصح أن الإطاعة ليس لها حد مقرر بالسن وأن السمينية تطيقه ولو صغيرة، قيد بالنفقة لأن المهر يجب لها ولو كانت ولدت ويجبر الزوج على دفعه وبالصغيرة لأن الكبيرة تجب نفقتها ولو كان زوجها صغيراً جداً في ماله فإن لم يكن له مال لا تجب على أبيه إلا إذا ضمنها كالمهر كما في «الخلاصة»، (ومحبوسة بدين) أطلقه تبعاً للجامع الصغير ليعم ما إذا كانت قادرة على إيفائه أو لا لفوات الاحتباس واستشهد له محمد بما لو غصب العين المؤجر ضمن يد المستأجر فإن الأجرة تسقط لفوات الانتفاع لا من جهته / وعليه الاعتماد وفي «الفتح» وغيره وعليه الفتوى. [٢٠٧/١]

قال الحدادي: ولو حبسها هو بدين له عليها فلها النفقة على الأصح وعليه ففي إطلاقه مؤاخذه وقيد بالدين حملاً لحال المسلم على الإصلاح وإلا فالمحبوسة ظلماً لا نفقة لها أيضاً كما في «الذخيرة».

قال الإيتقاني: وفرض محمد المسألة في المفروضة لأنه في غيرها لا تتصور المسألة لسقوطها، وفيه نظر لأن عدم الوجوب لشيء لا يستلزم ثبوته أولاً قيد بحبسها لأن حبسه مطلقاً غير مسقط لنفقتها كذا غير كتاب إلا أنه في «تصحيح القدوري» نقل عن قاضي خان أنه لو حبس في سجن السلطان ظلماً اختلفوا، والصحيح أنها لا تستحق النفقة انتهى. ولو طلب أن تحبس معه لا يجاب إلى ذلك كما في «الخلاصة» وفي «مآل الفتاوى» إذا خيف عليها الفساد يجاب إلى ذلك عند المتأخرين، (ومغصوبة) أي: ممنوعة عنه لما قلنا وهذا هو ظاهر الرواية، وعن الثاني عدم السقوط في الفصلين

وحاجة مع غير الزوج، ومريضة لم تزف، ولخادمها لو موسراً.....

والفتوى على السقوط، (وحاجة) أي: فرضاً أو نفلاً (مع غير الزوج) سواء كان معها محرم أو لا بعدما سلمت نفسها أو قبلها في ظاهر الرواية لما مر ولو تطوعاً أما إذا حج معها فلها النفقة اتفاقاً يعني نفقة الحضر على مضي أنه ينظر إلى قيمة الطعام فيدفع لها أما الكراء ونفقة السفر فلا، وقال أبو يوسف: إن حجت مع محرم كان لها النفقة، والأول قول محمد وهو الأظهر وأما إذا حجت قبله التعلقة فلا نفقة لها بالإجماع ولو بمحرم كذا في «الجوهرية» وهذا مناف لما مر، (ومريضة لم تزف) إلى بيت الزوج صحيحة هذا ظاهر في أنها لو سلمت نفسها وهي مريضة فلا نفقة لها، أما إذا كانت صحيحة فمرضت بعدما زفت إليه فإن لها النفقة استحساناً لقيام الاحتباس فإنه يستأنس بها وبمسها وتحفظ البيت والمانع لعارض فأشبهه الحيض كذا في «الهداية».

قال في «الفتح»: وهذا مبني على اشتراط التسليم لوجوبها وقدمنا أنه مختار بعض المشايخ ورواية عن أبي يوسف والفتوى على ظاهر الرواية وهو الأصح تعلقها بالعقد الصحيح ما لم يمنع نشوزه والمستحسنون لهذا التفصيل هم المتأخرون لتلك الرواية والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواعي، قال في «الخلاصة»: لو كانت مريضة ومعها زوجها أو قبل الدخول أو بعده تجب، وفي «الجامع الكبير» سواء أصابتها هذه العوارض بعدما انتقلت إلى بيت زوجها أو قبله فيما إذا لم تكن مانعة نفسها وهذا جواب ظاهر الرواية انتهى. ومثله في «البدائع» وادعى في «البحر» أن ما ذكر المشايخ ليس مفرعاً على ما عن الثاني بل إطلاق ظاهر الرواية يفيد بأن يمكنها الانتقال معه أما إذا لم يمكنها فإنها لا تجب وأنت خبير بأن ما في «الكتاب» ظاهر في أن المريضة لا نفقة لها حيث لم تزف إليه سواء كان يمكنها الانتقال إليه أو لا، وهذا برواية الثاني أليق.

(و) تجب النفقة والكسوة أيضاً (لخادمها لو موسراً) أي: الزوجة يعني المملوك لها في ظاهر الرواية عن أصحابنا الثلاثة كما في «الذخيرة» الذي لا شغل له غير خدمتها بالفعل فلو لم يكن في ملكها أو كان له شغل غير خدمتها أو لم يكن له لكنه لم يخدمها فلا نفقة له وقيد المسألة في «الخلاصة» بينات الأشراف ويوافقه ما قيد به أبو الليث إطلاق الخصاص من أنها لو أبت عن الطبخ ونحوه لا تجبر عليه، وعلى الزوج أن يأتيها بمن يكفيها عمل ذلك بأن هذا إذا كان بها علة لا تقدر على ذلك، أو كانت ممن لا تباشر العمل بنفسها فإن كانت ممن تخدم بنفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه وفي بعض المواضع وتجبر على ذلك، وقال السرخسي: لا

ولا يفرق بعجزه عن النفقة وتؤمر بالاستدانة عليه.....

يجبر ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيها الأدام، وهو الصحيح أي أدام هو طعام لا مطلقاً كما لا يخفى وفي كلامه إيحاء إلى أنه لا يفرض لها أكثر من نفقة واحد ولو تعددت خدامها وهذا عندهما، وقال الثاني: يفرض لها نفقة خادمين ولا خلاف أنه لو كان له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه نفقة خادمين أو أكثر كما في «الفتح»، ولو جاء الزوج بخادم / يخدمها لم يقبل منه إلا برضاها كذا قالوا: وينبغي أن يقيد إذا لم يتضرر من خادمها، أما إذا تضرر منه بأن كان يختلس من ثمن ما يشتريه كما هو دأب صغار العبيد في ديارنا ولم يستدل به غيره وجاءها بخادم أمين فإنه لا يتوقف على رضاها قيد يساره لأن المعسر لا تجب عليه ذلك فيما رواه الحسن عن الإمام وهو الأصح خلافاً لمحمد وجه الظاهر أنها تكتفي بخدمة نفسها وإنما الخادم لزيادة التعم فلا يلزمه إلا حالة اليسار.

قال في «الفتح»: وهذا يخالف ما مر من اعتبار حالهما وأنه عند إعساره دونها تنفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه أن تجب نفقة الخادم ديناً عليه، قال في «البحر»: وقد يقال إنما قبل ذلك في نفقتها للجمع بين الدليلين أعني الآية وحديث هند وليس ذلك في الخادم فكان على الأصل من اعتبار حاله.

وأقول: وفيه نظر إذ لو اعتبر حاله فيه لوجب عليه نفقته لها إذا كان موسراً وهي فقيرة وقد علمت أنها لا تجب ولو ادعت يساره وأنكر فالقول له إلا أن تقيم البينة على ذلك ولو طلبت من القاضي السؤال عن حاله من جيرانه لا يجب عليه ذلك ولو سأل فأخبره عدلان يساره ثبت ليساره بخلاف سائر الديون، كذا في «البرازية» (ولا يفرق) أي: لا يفرق القاضي بين الزوجين (لعجزه عن النفقة) لأن التفريق إبطال حقه وفي عدمه تأخير حقه والثاني أحق صدرًا من الأول، فكان أولى على أن غاية النفقة أن تكون ديناً في الذمة وقد أعسر الزوج بها فكانت مأمورة بالانتظار بالنص، (وتؤمر بالاستدانة عليه) يعني بعد فرض القاضي نفقتها عليه وهي أن تشتري الطعام على أن يؤدي الزوج ثمنه، وقال الخصاف: وهي الشراء بالنسيئة ليقضي الثمن من مال الزوج، وفائدة الأمر بها إحالة الغريم على الزوج وإن لم ترض.

وقال في «التحفة»: هي أن لصاحب الدين أخذ دينه من الزوج أو من المرأة وبدون الأمر لها ليس له الرجوع إلا على المرأة وأيضاً ومن الفوائد أنها لا تسقط بموت أحدهما في الصحيح بخلاف القضاء وحده، وإنما لم يؤمر الرجل بالاستدانة لأنه بعد ثبوت إعساره لا يأمنه أحد غالباً على ماله ولو كان للزوجة ابن أو أخ موسر أمر الابن أو الأخ بالإفناق عليها ويرجع به على الزوج إذا أيسر فإن امتنع حبس لأن هذا من

وَتَمَّ نَفَقَةُ الْيَسَارِ بَطْرُوهُ وَإِنْ قَضَى بِنَفَقَةِ الْإِعْسَارِ.....

الموروث كذا في «شرح المختار». قال الشارح: وبهذا تبين أن الإدانة لنفقتها إذا كان الزوج معسراً وهي معسرة تجب على من كانت تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم تقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الأب كالأب وكالأخ والعم ثم ترجع به على الأب.

وقوله في «البحر» ما في «شرح المختار» ينبغي أن يكون محله ما إذا لم تجد أجنبياً يبيعها بالنسبة أو يقرضها مدفوع بالتعليل بالمورث إذ ليس منه أن يقترض من أجنبي لنفقتها مع وجود من هو قادر عليها من أقاربها، واعلم أنه إذا لم يوجد من هؤلاء أحد ولا من يدينها استحسن علماؤنا أن يأمر القاضي شافعي المذهب أن يفرق بينهما وينفذ قضاؤه، فإن كان الزوج غائباً وأقامت بينة على إعساره فالصحيح أن قضاءه لا ينفذ ولو نفذ قاض آخر لا ينفذ أيضاً في الأصح كذا في «الذخيرة» يعني القاضي الحنفي فلا ينافيه ما في فتاوى قارئ «الهداية» ولو فسخ مع البينة فإن نفذه قاض آخر وتزوجت صح الفسخ والتنفيذ والتزويج فلا يرتفع بحضور الزوج وادعائه أنه ترك عندهما نفقة من عينه وأقامت البينة بذلك لأن المرأة بعدم النفقة اتصل بها القضاء فلا تنقض، كذا في فتاوى قارئ «الهداية».

(وتتم نفقة اليسار بطروته) أي: حدوثه (وإن قضى) عليه (نفقة الإعسار) لأن القضاء إنما كان للإعسار وقد زال فبطل، قال الشارح: هذه المسألة تستقيم على قول الكرخي من اعتبار حاله لا على ما ذكر الخصاص من اعتبار حالهما، فيكون فيه نوع تناقض لأنه جرى في أول الباب على قول الخصاص وهنا على قول الكرخي وعبارته في «الهداية» وإذا قضى القاضي لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تم لها نفقة الموسر.

قال في «الفتح»: هكذا مشى عليه أيضاً / صاحب «الكنز» بعد اعتبار حال الزوج والزوجة في وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه فحكى ما مر وأجاب في «البحر» بأنه مستقيم على قول الكل لأن الخلاف إنما يظهر فيما إذا كان أحدهما معسراً والآخر موسراً وكلام المصنف أعم من ذلك فإنهما إذا كانا معسرين ثم أيسرا يتم نفقة اليسار اتفاقاً وإذا أيسر وحده قضى بنفقة يساره وهي الوسط عند الخصاص، وكذا إذا أيسرت وحدها إذا لم يقيد بها يسار الزوج وإن قلنا إن المراد كما وقع التصريح به في «الهداية» فهو محول على يسارها أيضاً، ومتى أمكن الحمل فلا تناقض.

وأقول: ما ذكر مبني على أن نفقة الوسط تسمى نفقة يسار وهو ممنوع، وقال العيني: بل هو مستقيم على قول الخصاص أيضاً لأن المعبر على قوله عند إعسار

ولا تجب نفقة مضت إلا بالقضاء، أو الرضا،

أحدهما النفقة المتوسطة فبعد يساره يتم نفقة الموسرين انتهى . لكن يرد عليه أن العبارة صادقة بما إذا كانا معسرين فأيسرت وعكسه فإنه لا يتم لها نفقة الموسرين على قول الخصاف فيهما ويتم على قوله الكرخي فيما إذا أيسر هو وحينئذ قال في اليسار بدل من المضاف إليه أي يسار الزوج كما فهمه الشارح وجرى عليه في «فتح القدير» كما قد علمت، وهذا لأن الكلام السابق فيه أعني قوله ولا يفرق بعجزه عن النفقة وكذا قوله وإن قضي عليه بنفقة الإعسار والله الموفق .

(ولا تجب نفقة مضت) يعني ديناً في الذمة وكذلك كسوة لأنها صلة فلم تستحكم الوجوب فيها (إلا بالقضاء) بفرضها عليه أصناً أو دراهم ودنانير (أو الرضى) بينهما بأن يصلحها الزوج على مقدار منها، كذا في «الشرح» وفي «الفتح» والحاصل أن نفقتها لا تثبت ديناً في ذمته إلا بقضاء القاضي بفرض أو اصطلاحهما على مقدار انتهى، والمراد به الماضية فإذا اصطلاحا في الماضي على مقدار معين صار ديناً في ذمته لأن ولايتهما على أنفسهما فرق ولاية القاضي .

قال في «البحر»: والمراد بالرضى اصطلاحهما على قدر معين أصناً أو دراهم وكذا عبر الحدادي بالفرض والتقدير فإذا فرض لها الزوج شيئاً معيناً كل يوم ثم مضت مدة فإنها لا تسقط فهذا هو المراد بقولهم، وأما ما توهمه بعض حنفية العصر من أن المراد بالرضى أنه إذا مضت مدة بغير فرض ولا رضى ثم رضى الزوج بشيء فإنه يلزمه فخطأ ظاهر لا يفهمه من له أدنى تأمل .

وأقول: رأيت في «الظهيرية» ما يؤيد ما في «البحر» ولفظه فإن فرض لها القاضي أو صالحت زوجها من النفقة على شيء معلوم كل شهر ولم ينفق عليها حتى أنفقت من مال نفسها أو استدانة أولى، وفي «الذخيرة» وغيرها اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء ومن وقت الصلح فالقول للزوج والبينة لها، وهذا الثاني أظهر من الأول ومقتضى ما في «البحر» أن الصلح بناء على ما ادعاه من خطأ ذلك الفهم غير صحيح، وكان وجهه أنه صلح عما لم يجب في الذمة

واعلم أنه ينبغي على كونها لا تثبت ديناً في الذمة إلا بما ذكر، أن الإبراء عنها قبل ذلك صحيح لما أنه أبرأ قبل الوجوب ولو كان القاضي فرض لها ذلك كل شهر كذا صح في الشهر الأول فقط وكذا لو قالت أبرأتك عن نفقة سنة لا يبرأ إلا عن شهر إلا أن يكون فرض لها كل سنة كذا ولو أبرأته بعد مضي شهر عما مضى وعما يستقبل برئ عما مضى وشهر فيما يستقبل كذا في «الفتح» يعني إذا فرض كل شهر

وبموت أحدهما تسقط المقضية،

كذا وقياسه أنه لو فرض لها كل سنة كذا فلما مضت سنة برأته عما مضى وعما يستقبل أن يبرأ عن سنتين ماضية ومستقبلية، وأنها لو فرض لها كل يوم نصفاً فأبرأته عن النفقة برئ عن يوم فقط وكذا الكفالة بها كما في «الذخيرة» .

وذكر ما قدمناه عن الثاني من أنه يجبر على إعطاء كفيل ينفقه شهر استحساناً عند الثاني قال: لما فرق في هذا الحكم بين أن تكون النفقة معروضة أو لا انتهى، وكأنه جعل نفقة الشهر لا تسقط بمضي المدة حتى صحت الكفالة بها والذي ذكره في «الغاية» عن «الذخيرة» إن عم السقوط يقيد بما دون الشهر فيحمل على أن قولهما توفيقاً وفيها الأصل أن الصلح متى حصل بشيء يجوز للقاضي أن يفرضه كان تقديره للنفقة سواء كان فرض القاضي أو التراضي أو بعد أحدهما وإن وقع على شيء لا يجوز فرضه كالثوب والعبء إذا كان قبل قضاء القاضي أو التراضي اعتبر تقديره أيضاً، وإن كان بعد أحدهما اعتبر معاوضة، وفائدة الأول أن تجوز الزيادة عليه والنقصان عنه، وفائدة الثاني أن لا يجوز ذلك انتهى، وفي قوله أو بعد أحدهما إيماء إلى أن الصلح بعد فرض القاضي مبطل لفرضه حتى لا يلزمه إلا ما تراضيا عليه وبه يعرف / أنهما لو اتفقا على أن تأكل معه تمويناً بعد الفرض والإنفاق على قدر معين فإنه يبطل ما مضى كذا في «البحر» .

(وبموت أحدهما) أي: الزوجين (تسقط) النفقة (المقضية) أي: المقتضى بها لأنها صلة، والصلاة بالموت كالهبة والدية إلا إذا استدانها بأمر القاضي فلا تسقط بخلاف ما لو كانت الاستدانة بغير الأمر لأن للقاضي ولاية عامة فنزلت استدانها منزلة الاستدانة وسكت عن سقوطها بالطلاق فإن فيه خلافاً فليل لا تسقط والذي جزم به الخصاف السقوط حيث قال: وتسقط بموته وموتها وتسقط أيضاً إذا طلقها أو أبانها انتهى، وهو صريح في سقوطها بالرجعي ما لم يأمرها القاضي بالاستدانة وتستدين في الأصح، وفي «البرازية» وبالطلاق تسقط بلا خلاف، والبقالي ذكر الخلاف بين الثاني ومحمد وعلى ثبوت الخلاف فالأصح السقوط كما في شرح «المنظومة» للشيخ عبد البر لابن الشحنة، وادعى في «البحر» أنه ينبغي ضعف القول بالسقوط لما في «البدائع» لا خلاف بينهم في الطلاق على مال أنه لا يبرأ به عن سائر الحقوق التي وجبت لها بسبب النكاح، وقال قبله: وأما حكم الخلع فإن كان بغير بدل بأن قال: خالعتك ونوى الطلاق لا يسقط شيء من المهر والنفقة الماضية، وفي «غاية البيان» فإن كان بلفظ الطلاق على مال ففي ظاهر الرواية لا تقع البراءة عن الحقوق المتعلقة بالنكاح، وفي رواية الحسن تقع وهو ظاهر في أنه إذا كان على غير

ولا ترد المعجلة، ويبيع القن في نفقة زوجته ونفقة الأمة المنكوحه، إنما تجب بالتبوة والسكنى.....

مال لا تقع البراءة اتفاقاً قال: وهذا مما يتعين المصير إليه، وفيه نظر، (ولا ترد) النفقة (المعجلة) ولو قائمة بموت أحدهما أو تطليقه إياها وبالثانية صرح في «الخانية» وهذا عندهما وقال محمد: ترد القائمة، والفتوى على قولهما.

(وبيع القن) وهو العبد الذي لا حرية فيه بوجه (في نفقة زوجته) فيه إيماء إلى أن النكاح بإذن المولى، قيل: لأنه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة، وفي هذا التعليل إيماء إلى أنه إنما يبيع في المفروضة كما في «الفتح» وغيره المتجمدة عليه ما لم يختر المولى فداه، وفي «الذخيرة» فإذا اجتمع عليه من النفقة ما يعجز عن أدائه يبيع فيه ما لم يفديه المولى، وبه عرف أنه لا يبيع في نفقة يوم ولو اختارت استسعاؤه ينبغي أن يجاب إلى ذلك كالمأذون على ما سيأتي ولو قتل سقطت في الأصح، وكذا لو مات اشتراه من علم بحاله أو لم يعلم ثم على فرض ظهر السبب في حقه أيضاً فإذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى يبيع ثانياً وكذا حاله عند المشتري الثالث وهلم جراً، ولا يبيع مرة بعد أخرى إلا في دين النفقة كذا في «الفتح».

وفي قوله: فإذا اجتمعت حينئذ إيماء إلى أنه لو بيع فلم تف قيمته بما عليه لم يبع في الباقي ثانياً وما وقع في صدر الشريعة من أنه يبيع في الباقي أيضاً فسهو قيد بالعبد لأن المكاتب والمدبر صوابه ولد أم الولد، وأم الولد إنما يستسعون إلا إذا عجز المكاتب وأطلق في الزوجة فشمّل الحرّة ولو بنت المولى كما في «الذخيرة» والأمة إلا أمة المولى ونفقتها لأن نفقة أولادها لا تجب عليه.

وهل يبيع في كفر زوجته بناء على ما مر من وجوبه على الزوج مطلقاً؟ على قول الثاني ينبغي أن يبيع (ونفقة الأمة المنكوحه) ولو مدبرة وأم ولد، أما المكاتبه فكالحرّة (إنما تجب بالتبوة) وهي: أن يخلي المولى بينه وبينهما ولا يستخدمهما كذا في «كافي الحاكم»، وهو ظاهر في أنها لو خدمته من غير استخدامه تجب وبه صرح في «الذخيرة» وفيها أن استخدام أهله كاستخدامه ولو استخدمها وهي في منزل الزوج فظاهر ما في «الكافي» سقوطها إلا أن تعليلهم السقوط بعدم التبوة بأنه فات الاحتباس يفيد خلافه قيد بالأمة لأن الحرّة تجب نفقتها بدونها ولو كان زوجها عبداً ولو بوأها بعد الطلاق لا تجب بخلاف الحرّة إذا نشزت ثم عادت بعد الطلاق والفرق لا يخفى، وفي قوله إنما تجب إيماء إلى فرضها قبلها غير صحيح (و) تجب أيضاً (السكنى) بمعنى الإسكان للزوجة على زوجها بقدر حالهما ولم يقيدهما بذلك

في بيت خال عن أهله، وأهلها ولهم النظر، والكلام معها.....

استغناء بما مر وهذا لأن اسم النفقة يعمها أيضاً، غير أنه أفردتها لأن لها حكماً يخصها (في بيت) لأنها في كفايتها تجب لها كالنفقة ولم يقل في دار لأنه لو أسكنها في بيت منه مفرد وله غلق كفاها لحصول المقصود، وكذا في «الهداية» وفيه إفادة إلى أنه كاف ولو كان الخلاء مشتركاً بعد أن يكون له غلق يخصه فليس لها أن تطالبه بمسكن آخر، وبه قال القاضي الإمام: لأن الضرر بالخوف هنا على المتاع وعدم التمكّن / من الاستمتاع قد زال ولا بد من كون المراد كون الخلاء مشتركاً بينهم وبين غير الأجنبي، والذي في شرح «المختار» أنه إن أخلى لها بيتاً وجعل له مرافق وغلقاً على حدة ليس لها أن تطالب بيتاً، كذا في «الفتح» وهذا يفيد أنه لا بد من بيت للخلاء ومطبخ وينبغي الاعتناء به كذا في «البحر».

[١/٢٥٩]

(خال عن أهله) ولو ولده من غيرها إلا أن يكون صغيراً لا يفهم الجماع فله إسكانه معها كأمته (وأهلها) كأصلها وفرعها من غيره ولم نجد في كلامهم ذكر المؤنسة إلا أنه في فتاوى قارئ «الهداية» قال: إنها لا تجب ويسكنها بين قوم صالحين بحيث لا تستوحش وهو ظاهر في وجوبها فيما إذا كان البيت خالياً عن الجيران ولا سيما إذا كانت تخشى على عقلها من سفه (ولهم النظر، والكلام معها) أي وقت شاء أو تحامياً عن قطيعة الرحم مع عدم الضرر عليه بدخول بيته، وفيه إيماء إلى أنهم يمتنعون من الدخول بخلاف القيام على باب الدار كما في «الخانية» لكن الأصح أنه لا يمنع الأب والأم من الدخول عليها ولا تمنع هي من خروجها إليهما في كل جمعة وفي غيرهما من المحارم في كل سنة وإنما يمنعهم من البيتوتة عندها وعليه الفتوى، وقيد في «النوادر» عن الثاني خروجها بأن لا يقدر على إتيانها فإن قدرا لا تذهب.

قال في «الفتح»: وهو حسن، ثم قال: واختار بعض المشايخ منعها من الخروج إليهما، والحق الأخذ بقول أبي يوسف إذا كان الأبوان بالصفة التي ذكرت وإن لم يكونا كذلك ينبغي أن يأذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر يتعارف، أما في كل جمعة فهو بعيد فإن في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصاً إذا كانت شابة والرجل من ذوي الهيئات ولو كان أبوها زمناً مثلاً وهو محتاج إلى خدمتها وهو يمنعها كان عليها أن تعصيه مسلماً كان الأب أو كافراً انتهى. قالوا: وله أن يأذن لها في الخروج إلى زيارة الأبوبين وعبادتهما وتعزيتها أو أحدهما وزيارة المحارم فإن وقعت لها نازلة فسأل الزوج عنها وأخبرها بحكمها لا تخرج، وإن امتنع خرجت بلا إذن وإن أرادت أن تخرج لتعلم مسألة من مسائل الصلاة أو الوضوء فإن

وفرض لزوجه الغائب، وطفله، وأبويه في مال له عند من يقربه، وبالزوجية ويؤخذ كفيل منها ولمعتدة الطلاق.....

أغناها الزوج عن ذلك لا تخرج وإلا فالأولى أن يأذن لها أحياناً وإن لم يأذن فلا شيء عليه لو كانت غاسلة أو قابلة أو لم تقبض معجل مهرها أو كان لها على آخر حق تخرج بغير الإذن والحج على هذا يعني الفرض وينبغي أن يقيد خروجها فيما إذا كان لها حق بكونها غير محذرة لأنه لا يقبل التوكيل منها حينئذ فإن كانت وكلت وقول الفقيه: إنها تمنع من الحمام، خالفه الناس. قال في «الفتح»: وحيث أبحننا الخروج فإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة على ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة والله الموفق.

(وفرض) أي: فرض القاضي النفقة (لزوجة الغائب) ولو مفقوداً (وطفله وأبويه من مال له) وديعة أو مضاربة أو ديناً ويشترط أن يكون من جنس النفقة كالدراهم والدنانير وغلة العبد والدار لأن خلاف الجنس يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب اتفاقاً لأنه لما أقر بذلك فقد أقر بحق الأخذ (عند من يقربه وبالزوجية) ولا بد أن يقر بالنسب أيضاً في الوالد والولد قالوا: وعلم القاضي بذلك كاف قيد بإقراره لأنه لو أنكر وطلب يمينه لا يستحلف، ولو أقامت البرهان بما ادعته عليه لم تقبل لأنه ليس خصماً (ويؤخذ كفيل منها) بما أخذته لا بنفسها وجوباً في الأصح وسكت عن تحليفها، وقد قالوا: إن القاضي يسألها هل عجل لها نفقة؟ ولم تكن ناشزة ولا مطلقة انقضت عدتها وبهذا ظهر اختصاصها بأخذ الكفيل منها فاندفع بعض ما في نسخ «المستصفي» من قوله ويؤخذ كفيل منه أي من أخذ النفقة إذ ليس في الأخذ من غير الزوجة فائدة إذ غاية الأمر أن يكون قد عجل النفقة أيضاً، ولو ادعى القريب هلاكها أو سرقتها قضى بأخرى فلو جاء الغائب وأقام البرهان على تعجيلها أو إرسالها رجع عليها أو على الكفيل، قيل: ولو نكلت عن اليمين فكذلك قيد بالنفقة لأن دين الغائب لا يقضى منه ولو أقر به من عنده المال وبالمال لأنه لو لم يترك مالاً وطلبت من القاضي فرض النفقة لا يفرض لها القاضي شيئاً أقامت بينة على النكاح أو لا، قال زفر: يسمعها ويفرض لها النفقة أمراً لها بالاستدانة فإن حضر الزوج وأنكر النكاح / كلفها القاضي إقامة البينة ثانياً.

[٢٥٩/ب]

قال الخصاف: وهذا أرفق بالناس، وفي «ملتقى البحار» وهو المختار وفي غيره وبه يفتى، وفي «الفتح» ونقل مثل قول زفر عن أبي يوسف يقوي عمل القضاة لحاجة الناس إلى ذلك ولو غاب وترك صغاراً والمسألة بحالها أجبرت الأم على الإنفاق عليهم بعد فرضه لترجع وإلا استدانت، (و) تجب أيضاً النفقة والسكنى (لمعتدة الطلاق) لا

لا للموت والمعصية،

فرق في ذلك بين البائن والرجعي كذا في «الشرح» ولم يذكر محمد الكسوة واعتذر عنه بأنها لا تبقى في العدة زمناً تحتاج إليها حتى لو بقيت يعني بأن كانت ممتدة الظهر وجبت لها أيضاً وهذه النفقة كما هي في النكاح وتسقط بمضي المدة إلا بفرض أو صلح وإن استدان عليه بعد فرضها فإن بقضاء رجعت وإن بغيره ففيه اختلاف الروايات والمشايخ، وأشار السرخسي إلى أنها تسقط وهو الصحيح لعدم قيام السبب حينئذٍ.

وقال الحلواني: المختار عندي لا تسقط، وإطلاق المتون يشهد للثاني، وفي «فروق المحبوبي»^(١) لو نشزت المبانة في العدة أو قبلت ابن الزوج لا تسقط نفقتها بخلاف المنكوحه لأن السكنى في الأول حق الله تعالى فكذا النفقة، وفي الثاني حقها وإن ادعت حبلاً أنفق عليها ما بينها وبين سنتين من يوم طلقها فإذا مضت هذه المدة وادعت أن الذي بها ریح وأنها ظنت الحمل به وأنها ممتدة الظهر ألزمه القاضي بالنفقة إلى انقضاء عدتها بحيضها، (لا) تجب النفقة لمعتدة (للموت) ولو حاملاً لأن احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع.

قال في «الجوهرة»: إلا إذا كانت أم ولد وهي حامل فلها النفقة من جميع المال، كذا في «الفتاوى»، وينبغي أن يكون معناه إذا حبلت أمة من سيدها واعترف بأن الحمل منه لكنها لم تلد إلا بعد الموت فتدبره. وفي «الظهيرية» لو أنفق الوصي على الحامل فضمنه رجع بما أنفقه عليها إلا أن يكون بإذن القاضي أي قاض يرى ذلك لأن علياً وشريحاً كانا يريان ذلك من جميع المال، (و) لا تجب أيضاً بفرقة (المعصية) من قبلها كتمكينها ابن الزوج وإبائها إذا أسلم هو وهي مجوسية أو وثنية ولم يقل من قبلها لأن نفي وجوبها محصور في كون المعصية منها لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كالناشزة بل أبعد قيد بالمعصية لأنها لو كانت بغيرها بخيار بلوغ وعتق وعدم كفاءة ووطئ ابن الزوج بها مكرهه وجبت نفقتها، وبكونها منها لأنها لو كانت منه كتقبيل بنت زوجته أو إبلائه مع عدم فيه حتى مضت المدة أو إبائه عن الإسلام إذا أسلمت هي وارتد فأبى عن الإسلام وجبت لها النفقة لأن بمعصيته لا تحرم هي النفقة.

قال في «الفتح»: ولها السكنى في جميع الصور لأن القرار في منزل الزوج حق

(١) وهو في فروع الحنفية للإمام أحمد عبيد الله بن إبراهيم المحبوبي النيسابوري، واسمها تلقيح العقود. اهـ. كشف الظنون (٢/١٢٥٧).

وردتها بعد البت تسقط نفقتها لا تمكين ابنه، ولطفله الفقير ولا تجبر أمه لترضع.....

عليها فلا تسقط بمعصيتها، أما النفقة فحق لها فتجازى سقوطه بمعصيتها انتهى .
والظاهر أن الكسوة كالنفقة بجامع أن كلا منهما حق لها (وردتها بعد) الطلاق (البت تسقط نفقتها) لأن الشارع أوجب حبسها ولا نفقة للمحبوسة وكذا لو لحقت بدار الحرب حتى لو لم تلحق ولم تحبس كان لها النفقة، ولو حبست أو لحقت فعادت إلى الإسلام ورجعت إلى بيتها عاد، ولم يقيد المسألة الأولى بحبسها لأن أوامر الشرع لا يتخلف عنها المكلف فحكم سقوطها بمجرد ردتها إيذاناً بأنه موجود عقب ردتها بلا تخلف .

(و) يجب النفقة والكسوة والسكنى (لطفله) وهو الصبي حين يسقط من بطن أمه إلى أن يحتلم، ويقال جارية طفل وطفله كذا في «المغرب» وقيل أول ما يولد صبي ثم طفل (الفقير) لقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن﴾ [البقرة: ٢٣٣] الآية، أوجب على الأب رزق الوالدات وعبر بالمولود تنبيهاً على علة الإيجاب عليه وهي الولادة، وإذا وجبت نفقة غيره بسببه فنفقة نفسه أولى قبل بالطفل لأن الكبير القادر على الكسب لا تجب نفقته على أبيه بخلاف العاجز كالذي به زمانة أو عمى أو شلل أو ذهاب عقل ومنه الأنثى إلى أن تتزوج وليس له أن يؤجرها وأبناء الكرام إذا كانوا لا يجدون من يستأجرهم وكذا طلبة العلم إذا كانوا لا يهتدون إلى الكسب، وقيد الحلواني بأن يكون لهم رشد وبالفقير لأنه لو كان غنياً فنفقته في ماله إلا أن يكون المال غائباً فتجب على الأب فإذا أراد أن يرجع أنفق بإذن القاضي فلو أنفق بلا إذن لم يرجع إلا إذا / أشهد أنه أنفق ليرجع، فلو لم يشهد لم يرجع وإن جاز له ذلك ديانة وإطلاقه يعم ما لو كان الأب فقيراً أيضاً لكنه قادر على الكسب فإن أبي عنه حبس، وإن كان عاجزاً.

قال الخصاف: يتكفف الناس وينفق عليهم ولو لولده الصغير مال كانت نفقته في مال ابنه وفي «الذخيرة» إذا خاصمت الأم في نفقة الصغار ففرضها القاضي على الأب فإنها تدفع إليها، فإن قال الأب لا تنفق عليهم لم يقبل قوله ولو طلب من القاضي السؤال من جيرانها فأخبروا بما قال منعها وزجرها ومن مشايخنا من قال: إن القاضي مخير إن شاء دفع النفقة إلى ثقة يدفعها إليها صباحاً ومساءً وإن شاء أمر غيرها أن ينفق على الأولاد ولو صالحته على نفقتهم موسراً كان أو معسراً جاز، (ولا تجبر أمه لترضع) يعني قضاء وإن لزمها ديانة لأنه كالنفقة وهي على الأب، وإطلاقه يعم ما إذا لم يكن للأب ولا للصغير مال، وذكر الخصاف أنها في هذه الحالة تجبر.

قال في «الاختيار»: وهو الصحيح، وفي «الخانية» تجبر في هذه الحالة عند

ويستأجر من ترضعه عندها لا أمه لو منكوحه أو معتدة وهي أحق بعدها ما لم تطلب زيادة

الكل وما إذا لم تجد من ترضعه أو وجد إلا أن الولد لا يأخذ ثدي غيرها لأنه لا يتغذى بالدهن وغيره من المائعات، لكن الأصح أنها تجبر أيضاً، قال في «المجتبى»: عند الكل وفيه نظر، وفي «الخانية» وعليه الفتوى، وقال في «الفتح»: إنه الأصوب لأن فطم الصبي الذي لم يانس الطعام على الدهن والشراب سبب بمرضه وموته (ويستأجر) الأب (من ترضعه عندها) لأن الحضانة حقها والنفقة عليه.

قال في «الهداية»: وقوله عندها معناها إذا أرادت ذلك لأن الحجر لها بناء على ما قدمه من أن الأم لا تجبر على الحضانة لكن قدمنا عن الفقهاء الثلاثة إجبارها، واعلم أن المرضعة لا يلزمها أن تمكث في بيت الأم إلا أن يشترط ذلك بل لها أن ترضعه ثم ترجع إلى منزلها فيما يستغنى عنها من الزمان أو تقول: أخرجوه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي إلى أمه أو تحمل الصبي معها إلى البيت كذا في «الشرح» ولو انقضت المدة وأبت أن ترضعه ولم يقبل ثدي غيرها. قال محمد: أجبرها عليه، قاله الإيتاني، (الأمه لو منكوحه أو معتدة) أي: لا يجوز ذلك لأن الإرضاع مستحق عليها بالنص فإن امتنعت عذرت لاحتمال عجزها غير أنه بالأجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجباً عليها ولا يجوز أخذ الأجرة عليه وهو ظاهر في عدم جواز أخذ الأجرة ولو من مال الصغير، وذكر في «الذخيرة» أنه يجوز قال: وما ذكر من عدم جواز استئجار زوجته فتأويله إذا كان ذلك من مال نفسه كيلا يؤدي إلى اجتماع أجرة الرضاع ونفقة النكاح في مال واحد، وجزم به في «المجتبى»، والأوجه عندي عدم الجواز ويدل على ذلك ما قالوه من أنه لو استأجر منكوحه لإرضاع ولده من غيرها جاز من غير ذكر خلاف لأنه غير واجب عليها مع أن فيه اجتماع أجرة الرضاع والنفقة في مال واحد ولو صلح مانعاً لما جاز هنا فتدبره، وأطلق المعتدة ولا خلاف في الرجعي.

وفي البائن روايتان: قيل: وظاهر الرواية الجواز وهي أصح الروايتين كذا في «الجوهرة» «والقنية» معللاً بأن النكاح قد زال فهي كالأجنبية إلا أن ظاهر «الهداية» يفيد ترجيح عدمه وهو رواية الحسن عن الإمام وهو الأولى، (وهي) أي: الأم (أحق) بإرضاعه وهو رواية الحسن بإرضاعه بأجر (بعدها) أي: بعد العدة (ما لم تطلب زيادة)، أي: زيادة أجر على الأجنبية لأنها أشفق ونظراً لأن طلبها الزيادة فيه إضرار بالزوج فلا يجبر عليه، وأورد أنه المانع من جواز استئجارها منكوحته وهو وجوب الإرضاع عليها وهو القدر موجوداً بعد العدة، وأجيب بأنه مقيد بإيجاب رزقها عليه بقوله: ﴿وعلى المولود له رزقهن﴾ [البقرة: ٢٣٣] الآية، وهذا المعنى مفقود فيما

ولأبويه، وأجداده وجداته.....

بعد العدة، قال الشارح: ولو رضيت الأجنبية بلا أجر أو بدون أجر المثل والام بأجر المثل فالأجنبية أولى انتهى. أي: بالإرضاع، أما الحضانة فهي للأم وتستحق أجرة عليها كما في فتاوى قارئ «الهداية».

وفي «اللولوجية»: لو طلبت العمة أن تربيه وتمسكه من غير أجر ولا تمنع الأم عنه، فالصحيح أن يقال للأم إما أن تمسكه بغير أجر وإما أن يدفع إلى العمة انتهى. والعمة ليست بقيد فيما يظهر، بقي أن الأجنبية هل تكون كذلك؟ قال في «البحر»: ظاهر المتون أن الأم تأخذه/ بأجر المثل ولا تكون الأجنبية أولى، وظاهر كلامهم أن هذه الأجرة لا تتوقف على عقد إجارة مع الأم بل تستحقه بالإرضاع في المدة المذكورة، وعليه أيضاً نفقته وكسوته فقد صرح الشارح في إجازة «الظهيرية» بأن الطعام والثياب على الوالد انتهى. ولا تسقط هذه الأجرة بموته بل هي أسوة الغرماء كذا في «اللولوجية» هذا إذا لم يكن للصغير، مال فإن كان له كانت مؤونة الرضاع ونفقته بعد الفطام في ماله كذا في «المجتبى» وتجب النفقة والكسوة والسكنى أيضاً على الابن الموسر وهو من تحرم عليه الصدقة وبه يفتى، وشرط في «الأجناس» نصاب الزكاة قال الصدر: وبه يفتى.

قال في «الفتح»: هذا إذا لم يكن كسوباً فإن كان كسوباً يعتبر قول محمد وهو أن اليسار بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه ويكفيه أربعة دنانق وجب عليه الدانقان للغريب، وهذا يجب أن يعول عليه في الفتوى لا يديه، وليس من المعروف تركهما بالجوع والعري وأن تتقلب هي في التنعيم إلا أن محلها على غير الحربيتين، فأما الآباء الحربيون وإن كانوا مستأمنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم (وأجداده وجداته) من قبل الأم والأب لو فقيراً.

قال في «البدائع»: اختلف في حد المعسر الذي يستحق النفقة، قيل: هو الذي لا تحل له الصدقة ولا تجب عليه الزكاة، وقيل: هو المحتاج ولو كان له خادم ففي استحقاقه روايتان في رواية لا يستحق وفي أخرى يستحق وهو الصواب، ولو قال الابن هو غني وادعى الأب الإعسار فالقول للأب والبينة بينة الابن، ودل إطلاقه أن الأب لو كان مع فقره يقدر على الكسب تجب نفقته أيضاً وهذا قول السرخسي حيث قال: وقال الحلواني: أي: لا تجب، وجزم الحاكم بما قاله السرخسي حيث قال في «كافيه»: ولا يجبر الموسر على نفقة أحد من قرابته إذا كان رجلاً صحيحاً إلا إذا كان لا يقدر على الكسب إلا في الوالد خاصة أو في الجد أب الأب فإنني أجبر الولد على نفقته وإن كان صحيحاً انتهى.

لو فقراء، ولا تجب مع اختلاف الدين إلا بالزوجية، والولاد ولا يشارك الأب والولد في نفقة ولده وأبويه أحد،

ومن هنا قيل: إن ما قاله السرخسي هو ظاهر الرواية وفي كلام المصنف إيماء إليه إذ لم يشترط فيه غير الفقر، وفي القريب شرط معه العجز عن الكسب، وهل تجب نفقة زوجة أبيه أيضاً؟ قيل: نعم، وقال الحلواني: أي هذا أجدى الروائين، وفي أخرى لا بد أن يكون مريضاً أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة، وبالثنائية جزم في «البدائع»، وعلى هذا فما في «الخانية» منه أنه يجب عليه أيضاً نفقة الخادم خادم الأب امرأة كانت الخادم أو جارية إذا كان الأب محتاجاً إلى من يخدمه محمول على أن المراد بالحاجة ما ذكرنا قيدنا بيسار الابن لأنه لو كان معسراً لا تجب عليه نفقته إلا إذا كان زمنياً أو لا يقدر على عمل كان على الابن أن يضمه إلى عياله وينفق على الكل، وفي «المبتغى» لو سرق الأب عند إباء الابن الإنفاق عليه من ماله ما يكفيه إن كان في البلدة قاض أثم وإلا لا، ولا بد أن تقيده نفقة الأم بما إذا لم تكن متزوجة لا إن كانت متزوجة إلا إذا كان الزوج معسراً فإنه يؤمر بأن يقرضها ليرجع عليه إذا أيسر.

(ولا تجب) النفقة لأحد (مع اختلاف الدين إلا بالزوجية) لأن وجوبها باعتبار الحبس المستحق بالعقد الصحيح دون اتحاد الدين (والولاد) وإن علا وفرعه وإن سفل كذمي تحته ذمية جاءت منه بولد فأسلمت وتبعها ولدها فقبل الإسلام على الأب النفقة عليه لأنه كما لا تمتنع نفقة نفسه لكفره فكذا نفقة جزئه، (ولا يشارك الأب والولد في نفقة ولده وأبيه أحد) لف ونشر مرتب أما الولد: فلما مر لا فرق في ذلك بين الصغير والكبير وفي رواية إن نفقة الابن الكبير تجب على الأبوين ثلاثاً اعتباراً بالإرث والظاهر هو الأول غير أن الأب إذا كان معسراً وكان للولد أم وجد معسران أمر القاضي الأم بالإنفاق لترجع عليه إذا أيسر، ولو لم يكن له إلا جد موسر فكذلك فيما ذكره القدوري.

قال في «الذخيرة»: فلم تجعل النفقة عليه حال عسرة الأب، وقد ذكرنا في أول الفصل أن الأب الفقير يلحق بالميت في استحقاق النفقة على الجد وهذا هو الصحيح من المذهب انتهى. وهو ظاهر في أنه لا رجوع له على الأب إذا أيسر ولو كان زمنياً لم يرجع الجد / بالإنفاق على أحد يعني اتفاقاً لأن نفقة الأب عليه في هذه الحالة فكذا أولاده الصغار، ثم قال في «الذخيرة»: فإن لم يكن له قرابة من قبل الأب قضيت بالنفقة على أبيه وامرأة قرابة الأم بالإنفاق ليكون ديناً عليه، وهذا الجواب إنما يستقيم إذا لم يكن في قرابة الأم من يكون محرماً للصغير ويكون أهلاً للإرث فإن كان تجب النفقة عليه ويلحق الأب المعسر بالميت لما ذكرنا انتهى، وأما الأبوان

ولقريب محرم فقير عاجز عن الكسب بقدر الإرث لو موسراً.....

فلأن الولد أقرب الناس إليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهم عليه وهي على الذكور والإناث بالسوية بينهما في ظاهر الرواية وهو الصحيح.

(و) تجب النفقة أيضاً (لقريب محرم) على قريبه صغيراً كان أو كبيراً حتى يفرض على الصغير في ماله، قيد بالقریب كالأخ من الرضاع لا تجب نفقته وبالمحرم لأن غير المحرم كان العم لا تجب نفقته أيضاً كابن العم إذا كان أخاً من الرضاع فإنه قريب محرم ولا تجب نفقته (فقير عاجز عن الكسب) حقيقة كالزمن والأعمى ومقطوع اليدين أو الرجلين أو حكماً كالأنثى لقوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾ [البقرة: ٢٣٣] وقرأ ابن مسعود: «ذي الرحم المحرم» والمراد به من هو أهل للميراث لا لكونه وارث حقيقة إذ لا يتحقق ذلك إلا بعد الموت حتى لو كان له خال وابن عم فنفقته على خاله وميراثه لابن عمه نعم عند الاستواء في الحرمة النفقة على الوارث كالعم مع الخال وأفاد بقوله (بقدر الإرث) أنه لو تعذر من تجب عليه النفقة قسمت عليهم بقدر الإرث كام وعم للصغير أو أم وأخ شقيق، فلو كان الأقرب معسراً والأبعد موسراً فكل من كان حاز جميع المال وهو معسر جعل كالميت، وكانت النفقة على الباقي بقدر الإرث وكل من حاز بعضه لم يجعل كالميت على قدر موارث من يرث معه. بيانه: معسر له ابن فقير أو صغير وثلاثة إخوة متفرقين فنفقة الأب على الشقيق والأخ للأم أسداساً خمسة أسداسهما على الشقيق والباقي على الآخر ونفقة الولد على الشقيق خاصة كما في «البدائع».

ولو اجتمع المعسرون والموسرون ووجبت النفقة على الموسرين اعتبر الموسرون أحياء في حق إظهار قدر ما يجب على الموسرين، ثم يجب الكل على الموسرين. بيانه: صغير له أم وأخت شقيقة ولأم فقط ولأب كذلك والشقيقة والأم موسرتان فالنفقة عليهم على أربعة أسهم ثلاثة على الشقيقة والباقي على الأم، قاله الخطابي والخصاف.

(لو) كان (موسراً) لأن المعسر عاجز عنه ولا نفقة على العاجز بخلاف نفقة الزوجة وأولاده الصغار، واعلم أن هذه النفقة لا تجب إلا بالقضاء أو الرضا بخلاف الأصول والفروع والزوجة، ولذا لا يقضى بها على الغائب وليس لهم أخذ شيء ظفروا به من جنس النفقة بخلاف الأصول ونحوهم لأن وجوبها للقريب مختلف فيه فقضاء القاضي يكون إيجاباً مبتدأً والقضاء على الغائب باطل بخلاف غيره فإن القضاء إنما هو إعانة لهم على أخذ حقهم، كذا في «الذخيرة».

قال السروجي: وهذا مشكل جداً فإن القاضي غير مشرع فكيف جعل له ولاية

وصح بيع عرض ابنه لا عقاره للنفقة، ولو أنفق مودعه على أبويه بلا أمر ضمن،.....

الإيجاب ابتداء بل الموجب هو الله تعالى لما تلونا ولا إرث للاختلاف في نفيه، ألا ترى أن القضاء بنفقة المبتوتة ليس إعانة مع ثبوت الخلاف فيه، وأجاب تاج الشريعة بأن معنى قولهم لا تجب، أي: لا تجب أداؤها أما نفس الوجوب فثابت عندنا انتهى. وعلى هذا فقوله يكون إيجاباً مبتدأ أي للاداء إلا أن مقتضاه جواز أخذ شيء ما ظفروا من جنس النفقة وليس كذا فتدبر.

(وصح بيع) الأب الفقير (عرض ابنه) الكبير الغائب (لا عقاره للنفقة) قيد في صورتين، وهذا أعني جواز بيع العرض استحسان، وبه قال الإمام والقياس أن لا يجوز كالعقار وهو قولهما لزوال ولايته بالبلوغ ولذا لا يملكه حال حضرته، وجه الاستحسان أن للأب ولاية حفظ مال الغائب وبيع المنقول من الحفاظ دون العقار قيد بالأب لأن الأم وغيرها من الأقارب وكذا القاضي ليس لهم ذلك إجماعاً لكن في الأقضية جواز بيع الأبوين، وهكذا القدوري في «شرح» فيحتمل أن يكون في المسألة روايتان وبتقدير الاتفاق فتأويل ما ذكر فيهما أن الأب هو الذي يتولى البيع لكن لنفقتهما فأضيف البيع إليهما لأنه بعد بيع الأب يصرف الثمن إليهما، وهذا هو الظاهر فإن جواز بيع الأم بعيد كذا في «الدرية»، وقيدنا بالكبير لأن له بيع عرض الصغير والمجنون وكذا عقارهما اتفاقاً وليس لغير الأب بيع العقار / مطلقاً كذا في «الفتح» [٢٦١/ب]

يعني للنفقة وإلا فسيأتي أن للوصي ذلك عند استيفاء الشروط الآتية.

وفي قوله للنفقة إيماء إلى أنه لا يجوز له بيع زيادة على قدر حاجته فيها كذا في «شرح الطحاوي» ولم يقل لنفقتة لما مر من أنه ينفق على الأم أيضاً من الثمن، وينبغي أن تكون الزوجة وأولاده الصغار كذلك، وقيد بالنفقة لأنه ليس له البيع لدين سواها إجماعاً، قال الشارح: وفيه نوع إشكال وكذلك أن البيع حيث كان من الحفاظ، فما المانع منه لدين آخر؟ وجوابه: أن دين النفقة خالف سائر الديون على ما مر ولو جاز بيعه للدين للنزح القضاء على الغائب وهو لا يجوز، (ولو أنفق مودعه) أراد به من له عنده مال أن مديونه كذلك كما في «الولوالجية» (على أبويه) وزوجته وأولاده الصغار وكأنه إنما خص الأبوين ليعم غيرهما مما ذكر بالأولى (بلا أمر) المالك أو القاضي (ضمن) قضاء لا ديانة حتى لو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته أنه بريء وللمسألة أخوات معروفة وهذا الإطلاق قيده في «النوادر» بما إذا وجد قاضياً فإن لم يجده لم يضمن استحساناً، وقالوا إذا ضمنه للغائب لم يرجع شيء لأنه بالضمان ظهر ملكه لما دفعه حالة دفعه فيظهر أنه كان متبرعاً بملكه وينبغي أنه لو انحصر إرثه في المدفوع إليه كالأب مثلاً فلا ضمان كما لو أطمع المغصوب

ولو أنفقا ما عندهما لا، ولو قضى بنفقة الولاد، والقريب، ومضت مدة سقطت إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة.....

للمالك بغير علمه، وهذا لأنه وصل إليه عين ما يستحقه وأنه لا فرق في وجوب الضمان بين الإنفاق ودفع الوديعة ضمن بالأولى كما في «الذخيرة» وظاهره ولو بأمر القاضي لأنه قضاء على الغائب وهو لا يجوز، كذا في «البحر» (ولو أنفقا) أي: الأبوان (ما) أي: المال الذي (عندهما) للابن (لا) أي: لا ضمان عليهما لأنهما استوفيا حقهما.

ولو قال الابن: أنفقت وأنت موسر، وكذبه الأب حكم الحال ثم الخصومة فإن كان موسراً فالقول له استحساناً وإلا فللأب ولو أقاما بينة، فالبينة بينة الابن كذا في «الخلاصة» لما عندها من زيادة العلم إذ اليسار ليس أصلياً في الإنسان بل طارئ عليه قيد بالأبوين لأن القريب المحرم ولو أنفق ما عنده بغير قضاء ضمن والفرق ما مر، (ولو قضى بنفقة الولاد) وهم الأبوان والأولاد كما مر (والقريب) المتقدم ذكره وهو المحرم (ومضت مدة) طويلة (سقطت) لأن نفقة هؤلاء باعتبار الحاجة وقد وقع الاستغناء عن الماضي قيدنا بالطويلة لأن القصيرة وهي ما دون الشهر لا تسقط بل تصير ديناً.

قال في «الدراية»: وكيف لا تصير القصيرة ديناً؟ والقاضي مأمور بالقضاء، ولو لم تصر ديناً لم يكن للأمر بالقضاء بالنفقة فائدة، ولو كان كلما مضى تسقط لم يكن استيفاء شيء، واستثنى الشارح تبعاً لغيره نفقة الصغير فإنها تصير ديناً بالقضاء (إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة) فلا تسقط لأنه لعدم ولايته يصير إذنه كما مر في الغائب، وهذا الإطلاق مقيد بما إذا وقعت الاستدانة بالفعل، حتى لو أنفق من ماله أو من صدقة تصدق بها فلا رجوع له لعدم الحاجة، كذا في «المبسوط».

وما في «البحر» من أنه مقيد أيضاً بالإنفاق مما استدانه وعزاه إلى «الهداية» وغيرها ففيه نظر، إذ لا أثر لإنفاقه مما استدانه حتى لو أنفق بعدما استدان من مال آخر ووفى مما استدانه لم تسقط أيضاً والمذكور في «الدراية» عن «الجامع» أن نفقة المحارم تصير ديناً بالقضاء ولا تسقط واختلف المشايخ فيه، قيل: ما ذكر في «الجامع» إذا استدان المقضي له بالنفقة وأنفق فكانت الحاجة قائمة لقيام الدين وما ذكر في غيره إذا أنفق من غير الاستدانة، بل أكل من الصدقة أو بالمسألة وإليه مال السرخسي في «كتاب النكاح» وقيل ما في سائر الكتب إذا طالت المدة وما في «الجامع» إذا قصرت، وفي «البدائع» لو امتنع عن نفقة القريب المحرم يضرب ولا

ولمملوكة فإن أبي ففي كسبه،

يحبس بخلاف الممتنع من سائر الحقوق لأنه لا يمكن استدراك هذا الحق بالحبس لأنه يفوت بمضي الزمن فيستدرك بالضرب بخلاف سائر الحقوق انتهى.

وينبغي أن يقيد بما زاد على الشهر أما الشهر وما دونه فيحبس عليه لعدم سقوطه على ما مر، تجب النفقة أيضاً لمملوكة منفعة أعم من أن تكون الرقبة له أو لا، فلا يجب للمكاتب ووجب للمدير وأم الولد وللموصى بخدمته على الموصى له بها إلا إذا مرض مرضاً يمنع من الخدمة أو كان صغيراً لا يقدر على الخدمة فنفقته على الموصى له بالرقبة حتى يصح ويبلغ الخدمة وللقاضي أن يبيع المريض / [١/٢٦٢] ويشترى بثمنه عبداً يقوم مقام الأول في الخدمة، ولو أوصى بجارية لإنسان وبما في بطنها لآخر، فالنفقة على من له الجارية ومثله لو أوصى بدار لرجل وسكنها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى.

وقالوا: إنها على الراهن والمودع فلو غاب فجاء المودع وطلب من القاضي أن يأمره بالنفقة أو بالبيع أمره أن يؤجره وينفق عليه من الأجرة، وإن رأى القاضي بيعه فعل ونقلوا في أخذ الأبق إذا طلب من القاضي ذلك فإن رأى الإنفاق أصلح أمره وإن خاف أن تأكله النفقة أمره بالبيع فيقال: إن أمره بالأجرة أصلح كالمودع فلم لم يذكره، وأما المغصوب فنفقته على الغاصب ولو طلب من القاضي أمره بالإنفاق لم يجبه وفي «القنية» نفقة المبيع على البائع ما دام في يده هو الصحيح وفيه إشكال إذ لا ملك له لا رقبة ولا منفعة فينبغي أن تكون على المشتري وتكون تابعة للملك كالمرهون كالجثة بعضهم انتهى.

ولو شهدا بحرية أمته فوضعها القاضي على يد عدل ليسأل عن الشهود فالنفقة على من هي في يده إن طلبت الأمة ذلك ادعت الحرية أو لا، ولا رجوع بما أنفق إذا ثبت حريتها إلا إذا أجبره القاضي على الإنفاق أو أكلت في بيته بغير إذنه وإن كان عبداً أمره بالاكتساب وأن ينفق على نفسه ولو أن عبداً صغيراً في يد آخر قال لغيره: هذا عبدك أودعته عندي فأنكر يستحلف ما أودعه ثم يقضي بنفقته على من هو في يده ولو كان كبيراً لا يحلف كذا في «الفتح».

(فإن أبي) الإنفاق عليه (ففي كسبه) إن كان له كسب ولو نهاه المولى عن الكسب كان له أن يتناول بقدرها من ماله كالعاجز (وإلا) أي: وإن لم يكن له كسب بأن كان زمنياً أو كانت جارية لا يؤجر مثلها، أما الصحيح الذي لا يعرف حرفة فليس بعاجز لإمكان أن يؤجر نفسه في بعض الأعمال لحمل شيء وتحويله كمعين البناء

وإلا أمره ببيعه.

كذا في «الفتح»، امرؤ (أمره) القاضي أمر إجبار (ببيعه) بأن يحبسه حتى يبيعه حيث كان قابلاً له لأن فيه إبقاء حقه والمولى حقه باق أيضاً بالخلف، وما قيل من أن القاضي يبيعه فقال الأقطع: ينبغي أن يكون على قولهما لأنهما يريان جواز البيع على الحر لأجل حق الغير وسيأتي في الحجر أن الفتوى عليه، فأما الإمام فإنه لا يرى ذلك ولكن يحبسه فإن لم يكن قابلاً كالمدبر وأم الولد أجبر على الإنفاق لا غير، قيد بالرقيق لأن غيره من الحيوانات لا يجبر المولى على الإنفاق عليها في ظاهر المذهب لأنه فيه نوع قضاء وهو يعتمد المقضي له وأهلية الاستحقاق في المقضي وليس فليس لكنه يؤمر ديانة ويكون إثماً معاقباً بحبسها عن البيع مع عدم الإنفاق، وعن الثاني أنه يجبر وبه أخذت الأئمة الثلاثة، قال الطحاوي: وبه نأخذ، وفي «الفتح» وهو الحق وغاية ما فيه أن يتصور فيه دعوة حسية، قال: فيجبره القاضي على ترك الواجب ولا بدع فيه. والله الموفق للصواب.