القاعدة الحادية عشرة

« الطلاق الرجعي ، هل يقطع النكاح ، أولا ؟ قولان »

قال الرافعي : والتحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما ، لاختلاف الترجيح في فروعه :

فمنها : لو وطئها في العدة وراجع ، فالأصح : وجوب المهر ، بناء على أنه ينقطع .

ومنها : لو مات عن رجعية ، فالأصح : أنها لا تغسله ، والثاني : تغسله ، كالزوجة :

ومنها : لو خالعها ، فالأصح : الصحة ، بناء على أنها زوجة :

ومنها : لو قال : نسائي ، أو زوجاتي : طوالق ، فالأصح : دخول الرجعية فيهن :

تنبيهات

الأول : جزم بالأول ، في تحريم الوطء والاستمتاعات كلها ، والنظر ، والخلوة ، ووجوب استبرائها ، لو كانت رقيقة واشتراها :

وجزم بالثاني في الإرث ، ولحوق الطلاق ، وصحة الظهار والإيلاء ، واللعان ، ووجوب النفقة :

الثاني : في أصل القاعدة قول ثالث ، وهو الوقف ، فان لم يراجعها حتى انقضت العدة تبينا انقطاع النكاح بالطلاق ، وإن راجع ، تبينا أنه لم ينقطع :

ونظير ذلك : الأقوال في الملك زمن الخيار :

الثالث : يعبر عن القاعدة بعبارة أخرى ، فيقال : الرجعة ، هل هي ابتداء النكاح أو استدامته ؟ فصحح الأول فيما إذا طلق المولى في المدة ثم راجع ، فانها تستأنف ، ولا تبنى : وصحح الثاني ، في أن العبد يراجع بغير إذن سيده ، وأنه لا يشترط فيها الاشهاد ، وأنها تصح في الاحرام :

القاعدة الثانية عشرة

« الظهار ، هل المغلب فيه مشابهة الطلاق ، أو مشابهة اليمين ؟ فيه خلاف »

والترجيح مختلف ، فرجح الأول في فروع :

منها : إذا ظاهر من أربع نساء بكلمة واحدة ، فقال : أنتن على كظهر أمي ، فاذا أمسكهن لزمه أربع كفارات ، على الجديد ، فان الطلاق لا يفرق فيه بين أن يطلقهن بكلمة ، أو كلمات ، والقديم : كفارة ، تشبيها باليمين ، كما لو حلف لا يكلم جماعة ، لا يلزمه إلا كفارة واحدة .

ونظير هذا : الخلاف فيمن قذف جماعة بكلمة واحدة ، فيحد لكل واحد حدا فى الأظهر والثانى حدا واحدا :

ومنها : هل يصح بالخط ؟ الأصح : نعم ؛ كالطلاق ، صرح به الماوردى ، وأفهمه كلام الأصحاب ، حيث قالوا : كل ما استقل به الشخص ، فالخلاف فيه . كوقوع الطلاق بالخط ، وجزم القاضى حسين بعدم الصحة فى الظهار ، كاليمين ، فانها لا تصح إلا باللفظ ؛

ومنها : إذا كرر لفظ الظهار فى امرأة واحدة على الاتصال ، ونوى الاستئناف . فالجديد يلزمه بكل كفارة ، كالطلاق ، والثانى : كفارة واحدة ، كاليمين ؛

ولو تفاصلت ، وقال : أردت التأكيد ، فهل يقبل منه ؟ الأصح : لا ، تشبيها بالطلاق ؛ والثانى : نعم ، كاليمين .

ورجح الثانى فى فروع :

منها : لو ظاهر مؤقتا ، فالأصح الصحة مؤقتا كاليمين ، والثانى : لا ، كالطلاق .

ومنها : التوكيل فيه ، والأصح المنع ، كاليمين ، والثانى : الجواز ، كالطلاق ؛

ومنها : لو ظاهر من إحدى زوجتيه ، ثم قال للأخرى : أشركتك معها ، ونوى الظهار ، فقولان ، أحدهما : يصير مظاهرا منها أيضا ، كما لو طلقها ، ثم قال للأخرى أشركتك معها ؛ ونوى الطلاق ، والثانى : لا ، كاليمين .

القاعدة الثالثة عشرة

« فرض الكفاية ؛ هل يتعين بالشروع ، أولا ؟ فيه خلاف »

رجح فى المطلب : الأول ، والبارزى فى التمييز : الثانى ؛

قال فى الخادم : ولم يرجح الرافعى والنووى شيئا ، لأنها عندهما من القواعد التى لا يطاق فيها الترجيح ، لاختلاف الترجيح فى فروعها :

فمنها : صلاة الجنازة ، الأصح تعيينها بالشروع ، لما فى الإعراض عنها من هتك حرمة الميت ؛

ومنها : الجهاد ، ولا خلاف أنه يتعين بالشروع ؛ نعم جرى خلاف فى صورة منه وهى : ما إذا بلغه رجوع من يتوقف غزوه على إذنه ؛ والأصح : أنه تجب المصابرة ، ولا يجوز الرجوع ؛

ومنها : العلم ، فمن اشتغل به وحصل منه طرفا وأنس منه الأهلية ، هل يجوز له تركه أو يجب عليه الاستمرار ؟ وجهان . الأصح : الأول ؛ ووجه بأن كل مسئلة مستقلة برأسها منقطعة عن غيرها ؛

قال العلائى : مقتضى كلام الغزالى : أن الأصح فيما سوى القتال ، وصلاة الجنازة ، من فروض الكفاية : أنها لاتتعين بالشروع ، ويلبغى أن يلحق بها غسل الميت وتجهيزه ؛

قلت : صرح بما اقتضاه كلام الغزالى البارزى فى التمييز ؛

ولك أن تبدل هذه القاعدة بقاعدة أعم منها . فتقول : فرض الكفاية ، هل يعطى حكم فرض العين ، أو حكم النفل ؟ فيه خلاف ، والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : الجمع بينه وبين فرض آخر بتيمم : فيه وجهان : والأصح : الجواز .

ومنها : صلاة الجنازة قاعدا مع القدرة . وعلى الراحلة : فيه خلاف : والأصح : المنع ؛ وفرق بأن القيام معظم أركانها ، فلم يجز تركه مع القدرة ، بخلاف الجمع بينها وبين غيرها بالتيمم ؛

ومنها : هل يجبر عليه تاركه ، حيث لم يتعين ؟ فيه صور مختلفة ، فالأصح الإجبار فى صورة الولى والشاهد إذا دعى للأداء ، مع وجود غيره ، وعدمه فيما إذا دعى للتحمل وفيما إذا امتنع من الخروج معها للتغريب ، وفيما إذا طلب للقضاء ، فامتنع .

القاعدة الرابعة عشرة

« الزائل العائد ، هل هو كالذى لم يزل ، أو كالذى لم يعد ؟ »

فيه خلاف ؛ والترجيح مختلف ، فرجح الأول فى فروع :

منها : إذا طلق قبل الدخول ، وقد زال ملكها عن الصداق وعاد ، تعلق بالعين فى الأصح ؛

ومنها : إذا طلقت رجعيا ؛ عاد حقها فى الحضانة فى الأصح ؛

ومنها : إذا تخمر المرهون بعد القبض ، ثم عاد خلا ، يعود رهنا فى الأصح ؛

ومنها : إذا باع ماشتراه ، ثم علم به عيبا ، ثم عاد إليه بغير رد : فله رده ، فى الأصح ؛

ومنها : إذا خرج المعجل له الزكاة فى أثناء الحول عن الاستحقاق ، ثم عاد : تجزىء فى الأصح ؛

ومنها : إذا فاتته صلاة فى السفر ، ثم أقام ، ثم سافر . يقصرها ، فى الأصح .

ومنها : إذا زال ضوء إنسان ، أو كلامه ، أو سمعه ، أو ذوقه ، أو شمه ، أو أفضاها ثم عاد ؛ يسقط القصاص ، والضمان ، فى الأصح ؛

ورجح الثانى فى فروع :

منها : لو زال الموهوب عن ملك الفرع ، ثم عاد ؛ فلا رجوع للأصل فى الأصح ؛

ومنها : لو زال ملك المشترى ، ثم عاد وهو مفلس ، فلا رجوع للبائع فى الأصح ؛

ومنها : لو أعرض عن جلد ميتة ، أو خمر ، فتحول بيد غيره : فلا يعود الملك فى الأصح :

ومنها : لو رهن شاة ، فماتت ، فدبغ الجلد ، لم يعد رهنا فى الأصح .

ومنها : لو جن قاض ، أو خرج عن الأهلية ، ثم عاد : لم تعد ولايته فى الأصح ،

ومنها : لو قلع سن مثغور ، أو قطع لسانه ، أو أليته . فنبتت ، أو أوضحه ؛ أو أجافه ، فالتأمت . لم يسقط القصاص ، والضمان فى الأصح .

ومنها : لو عادت الصفة المخاوف عليها ، لم تعد اليمين فى الأصح .

ومنها : لو هزلت المغصوبة عند الغاصب ، ثم سمنت : لم يجبر : ولم يسقط الضمان فى الأصح :

ومنها : إذا قلنا : المقرض الرجوع فى عين القرض ، مادام باقيا بحاله : فلو زال وعاد فهل يرجع فى عينه ؟ وجهان فى الحاوى :

قلت : ينبغى أن يكون الأصح : لا :

تنبيـــه

جزم بالأول فى صور :

منها : إذا اشترى معيبا وباعه ، ثم علم العيب ورد عليه به ، فله رده قطعا :

ومنها : إذا فسق الناظر ، ثم صار عدلا ، وولايته بشرط الواقف منصوصا عليه : عادت ولايته ، وإلا فلا : أفتى به النووى ، ووافقه ابن الرفعة :

وجزم بالثانى فى صور :

منها : إذا تغير الماء الكثير بنجاسة ، ثم زال التغير : عاد طهورا : فلو عاد التغير بعد زواله والنجاسة غير جامدة ، لم يعد التنجيس قطعا : قاله فى شرح المهذب :

ولو زال الملك عن العبد قبل هلال شوال ، ثم ملكه بعد الغروب . لاتجب عليه فطرته قطعا :

ولو سمع بينته ثم عزل قبل الحكم ثم عادت ولايته فلابد من إعادتها قطعا :

ولو قال : إن دخلت دار فلان مادام فيها ، فأنت طالق ، فتحول ، ثم عاد إليها ، لايقع الطلاق قطعا ، لأن إدامة المقام ، التى انعقدت عليها اليمين قد انقطعت : وهذا عود جديد ، وإدامته إقامة مستأنفة ، نقله الرافعى :

فـــــرع

وقع فى الفتاوى : أن رجلا وقفت على امرأته مادامت عزبا ، يعنى بعد وفاته : فتزوجت ثم عادت عزبا ، فهل يعود الاستحقاق أولا ؟ : وقد اختلف فيه مشايخنا : فأفتى شيخنا

قاضي القضاة شرف الدين المناوى ، وبعض الحنفية : بالعود ؛ وأفتى شيخنا البلقيني ، وكثير : بعدمه . وهو المنجه ؛

ثم رأيت في تنزيه النواظر ، في رياض الناظر الأسنوى مانصه : الحكم المعلق على قوله : «مادام كذا وكذا» ينقطع بزوال ذلك ، وإن عاد .

مثاله : إذا حلف لايصطاد مادام الأمير في البلد . فخرج الأمير ، ثم عاد ، فاصطاد الحالف فانه لايحنث . لأن الدوام ، قد انقطع بخروجه ، كذا نقله الرافعي .

قال الأسنوى : وقياسه : أنه إذا وقف على زيد ؛ مادام فقيرا ، فاستغنى ، ثم افتقر لم يستحق شيئا .

القاعـدة الخامسة عشرة

« هل العبرة بالحال ، أو بالمآل ؟ »

فيه خلاف ، والترجيح مختلف ؛

ويعبر عن هذه القاعدة بعبارات :

منها : ماقارب الشيء ، هل يعطى حكمه ؟.

والمشرف على الزوال ، هل يعطى حكم الزائل؟.

والمتوقع ، هل يجعل كالواقع ؟.

وفيها فروع :

منها : إذا حلفت ليأكلن هذا الرغيف غدا ، فأتلفه قبل الغد ، فهل يحنث في الحال أو حتى يجيء الغد ؟ وجهان ؛ أصحهما : الثاني ؛

ومنها : لو كان القميص ، بحيث تظهر منه العورة عند الركوع ، ولا تظهر عند القيام فهل تنعقد صلاته ثم إذا ركع تبطل ، أو لاتنعقد أصلا؟ وجهان : أصحهما : الأول .

ونظيرها : لو لم يبق من مدة الخف مايسع الصلاة ، فأحرم بها ، فهل تنعقد ؟ فيه وجهان ، الأصح : نعم ؛

وفائدة الصحة في المسئلتين : صحة الاقتداء به ، ثم مفارقته ؛

وفي المسئلة الأولى : صحتها إذا ألقى على عاتقه ثوبا قبل الركوع ؛

قال صاحب المعين : وينبغي القطع بالصحة فيما إذا صلى على جنازة ، إذ لاركوع فيها ؛

ومنها : من عليه عشرة أيام من رمضان ، فلم يقضها حتى بقي من شعبان خمسة أيام فهل يجب فدية مالا يسعه الوقت في الحال ، أو لايجب ، حتى يدخل رمضان؟ فيه وجهان شبههما الرافعي وغيره بما إذا حلفت ليشربن ماء هذا الكوز غدا ، فانصب قبل الغد .

قال السبكى : وفى هذا التشبيه نظر ؛ لأن الصحيح فيما إذا انصب بنفسه ، عدم الحنث ؛

ونظيره هنا : إذا لم يزل عذره إلا ذلك الوقت ؛ ولا شك أنه لايجب عليه شىء ، فيجب فرض المسئلة فيما إذا كان التمكن سابقا ، وحينئذ فنظيره : أن يصب هو الماء ، فانه يحنث ، وفى وقت حنثه : الوجهان ؛

قال الرافعى : الذى أورده ابن كج : أنه لايحنث إلا عند مجىء الغد ، وعلى قياسه هنا : لايلزم إلا بعد مجىء رمضان ؛

ومنها : لو أسلم فيما يعم وجوده عند المحل ، فانقطع قبل الحلول ، فهل يتنجز حكم الانقطاع ؛ وهو ثبوت الخيار فى الحال ، أو يتأخر إلى المحل ؟ وجهان : أصحهما : الثانى ؛

ومنها : لو نوى فى الركعة الأولى الخروج من الصلاة فى الثانية ، أو علق الخروج بشىء يحتمل حصوله فى الصلاة ، فهل تبطل فى الحال ، أو حتى توجد الصفة ؟ وجهان ؛ أصحهما : الأول ؛

ومنها : من عليه دين مؤجل يحل قبل رجوعه ، فهل له السفر ، إذ لامطالبة فى الحال أولا ، إلا باذن الدائن ، لأنه يجب فى غيبته ؟ وجهان . أصحهما : الأول ؛

ومنها : إذا استأجر امرأة أشرفت على الحيض لكنس المسجد . جاز ، وإن ظن طروءه ، والقاضى حسين : احتمال بالمنع ، كالسن الوجيعة ، إذا احتمل زوال الألم .

والفرق على الأصح : أن الكنس فى الجملة جائز ، والأصل عدم طروء الحيض .

ومنها : هل العبرة فى مكافأة القصاص بحال الجرح ، أو الزهوق ؛

ومنها : هل العبرة فى الاقرار للوارث بكونه وارثا حال الاقرار ، أو الموت ؟ وجهان أصحهما : الثانى ، كالوصية ؛

ومنها : هل العبرة بالثلث الذى يتصرف فيه المريض بحال الوصية أو الموت ؟ . وجهان أصحهما : الثانى ؛ ومقابله ، قاسه على مالو نذر التصدق بماله ؛

ومنها : هل العبرة فى الصلاة المقضية بحال الأداء ، أو القضاء ؟ وجهان يأتيان فى مبحثه .

ومنها ، هل العبرة فى تعجيل الزكاة بحال الحول أو التعجيل ؛

ومنها ، هل العبرة فى الكفارة المرتبة بحال الوجوب أو الأداء ؟ قولان أصحهما : الثانى ،

ومنها : هل العبرة فى طلاق السنة ، أو البدعة بحال الوقوع أو التعليق

ومنها : تربية جرو الكلب لما يهاج تربية الكبير له ؛

ومنها : الجارية المبيعة ، هل يجوز وطؤها بعد الترافع إلى مجلس الحكم قبل التحالف؟ وجهان ، أصحهما نعم ، وبعد التحالف وجهان مرتبان ، وأولى بالمنع .

ومنها : لو حدث فى المغصوب نقص يسرى إلى التلف ، بأن جعل الحنطة هريسة ، فهل هو كالتالف أولا ، بل يرده مع أرش النقص ؟ قولان أصحهما : الأول .

تنبيه

جزم باعتبار الحال فى مسائل :

منها : إذا وهب للطفل من يعتق عليه - وهو معسر - وجب على الولى قبوله ، لأنه لايلزمه نفقته فى الحال ، فكان قبول هذه الهبة تحصيل خير ، وهو العتق بلا ضرر ولا ينظر إلى مالعله يتوقع من حصول يسار للصبى ، وإعسار لهذا القريب لأنه غير متحقق أنه آيل .

وجزم باعتبار المآل فى مسائل :

منها : بيع الجحش الصغير جائز ، وإن لم ينتفع به حالا لتوقع النفع به مآلا .

ومنها : جواز التيمم لمن معه ماء يحتاج إلى شربه فى المآل ، لا فى الحال .

ومنها : المساقاة على مالا يثمر فى السنة ويثمر بعدها ، جائز بخلاف إجارة الجحش الصغير لأن موضوع الإجارة تعجيل المنفعة ولا كذلك المساقاة ، إذ تأخر الثمار محتمل فيها .

كذا فرق الرافعى .

قال ابن السبكى ، وبه يظهر لك أن المنفعة المشترطة فى البيع ، غير المشترطة فى الإجارة إذ تلك أعم من كونها حالا أو مآلا ، ولا كذلك الاجارة .

تنبيه

يلتحق بهذه القاعدة قاعدة « تنزيل الاكتساب منزلة المال الحاضر »

وفيها فروع :

منها : فى الفقير والمسكين ، قطعوا بأن القادر على الكسب كواجد المال .

ومنها : فى سهم الغارمين ، هل ينزل الاكتساب منزلة المال ؟ فيه وجهان ، الأشبه : لا وفارق الفقير والمسكين بأن الحاجة تتجدد كل وقت ، والكسب يتجدد كذلك ، والغارم محتاج إلى وفاء دينه الآن ، وكسبه متوقع فى المستقبل .

ومنها : المكاتب إذا كان كسوبا ، هل يعطى من الزكاة ؟ فيه وجهان : الأصح : نعم ، كالغارم .

ومنها : إذا حجر عليه بالفلس ، أنفق على من تلزمه نفقته من ماله إلى أن يقسم ، إلا أن يكون كسوبا .

ومنها : إذا قسم ماله بين غرمائه وبقي عليه شيء وكان كسوبا ، لم يجب عليه الكسب لوفاء الدين ؛

قال الفراوى : إلا أن يكون الدين لزمه بسبب هو عاص به ، كإتلاف مال إنسان عدوانا ، فانه يجب عليه أن يكتسب لوفائه ، لأن التوبة منه واجبة ومن شروطها : إيصال الحق إلى مستحقه فيلزمه التوصل إليه ، حكاه عنه ابن الصلاح فى فوائد رحلته

ومنها : من له أصل وفرع ولا مال له ، هل يلزمه الاكتساب للإنفاق عليهما؟ وجهان أحدهما : لا ، كما لا يجب لوفاء الدين ، والأصح : نعم ، لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب ، فكذلك إحياء بعضه ؛

وفى التتمة : أن محل الخلاف بالنسبة إلى نفقة الأصول ، أما بالنسبة إلى نفقة الفروع فيجب الاكتساب قطعا ، لأن نفقة الأصول سبيلها سبيل المواساة فلا تكلف أن يكتسب ليصير من أهل المواساة ونفقة الفروع بسبب حصول الاستمتاع ؛ فألحقت بالنفقة الواجبة للاستمتاع وهى نفقة الزوجة ؛

قال الرافعى : هذا ذهاب إلى القطع بوجوب الاكتساب لنفقة الزوجة ، وهو الظاهر لكن فى كلام الإمام وغيره : أن فيها أيضا وجهين مرتبين على وجوب الاكتساب لنفقة القريب ، وهى أولى بالمنع ، لالتحاقها بالديون ؛

ومنها : المتفق عليه من أصل وفرع لو كان قادرا على الاكتساب فهل يكلف به ؟ ولا تجب نفقته؟ أقوال: أصحها : لا يكلفها الأصل. لعظم حرمة الأبوة فتجب نفقته ، بخلاف الفرع ؛

والثانى : يكلفان ، لأن القادر على الكسب مستغن عن أن يحمل غيره كله ؛

والثالث : لا يكلفان ، وتجب نفقتهما إذ يقبح أن يكلف الانسان قريبه الكسب مع اتساع ماله ؛

ومنها : إذا كان الأب قادرا على كسب مهر حرة ، أو ثمن سرية . لا يجب إعفافه . وينزل منزلة المال الحاضر ؛ قاله الشيخ أبو على ؛

قال الرافعى : وينبغى أن يجىء فيه الخلاف المذكور فى النفقة ؛

ومنها : لو أجر السفيه نفسه ، هل يبطل ، كبيعه شيئا من أمواله ؟ .

حكى القاضى حسين العبادى فيه وجهين : وفى الحاوى : إن آجر نفسه فيما هو مقصود من عمله ، مثل أن يكون صانعا ، وعمله مقصود فى كسبه لم يصح ، ويتولى العقد عليه وإن كان غير مقصود ، مثل أن يؤجر نفسه فى حج ، أو وكالة فى عمل صح ، لأنه إذا جاز أن يتطوع عن غيره بعمله ، فأولى أن يجوز بعوض ، كما قالوا : يصح خلعه لأن له أن يطلق مجانا ، فبالعوض أولى انتهى ؛

تنبيـه

وأعم من هذه القاعدة : قاعدة « ماقارب الشيء هل يعطى حكمه ؟ »
وفيه فروع :
منها — غير ماتقدم — الديون المساوية لمال المفلس : هل توجب الحجر عليه ؟ وجهان.
الأصح : لا وفى المقاربة للمساواة الوجهان وأولى بالمنع :
ومنها : الدم الذى تراه الحامل حال الطلق ليس بنفاس على الصحيح .
ومنها : لايملك المكاتب مافى يده على الأصح ووجه مقابله أنه قارب العتق .

القاعـدة السادسة عشرة

« إذا بطل الخصوص هل يبقى العموم ؟ »

فيه خلاف . والترجيح مختلف فى الفروع :
فمنها : إذا تحرم بالفرض فبان عدم دخول الوقت بطل خصوص كونها ظهرا مثلا ، وبقى نفلا فى الأصح ؛
ومنها : لو نوى بوضوئه الطواف — وهو بغير مكة — فالأصح : الصحة ، إلغاء للصفة :
ومنها : لو أحرم بالحج فى غير أشهره بطل . وبقى أصل الإحرام ، فينعقد عمرة فى الأصح
ومنها : لو علق الوكالة بشرط فسدت . وجازله التصرف ، لعموم الإذن فى الأصح .
ومنها : لو تيمم لفرض قبل وقته : فالأصح البطلان ، وعدم استباحة النفل به .
ومنها : لو وجد القاعد خفة فى أثناء الصلاة ، فلم يقم . بطلت . ولا يتم نفلا فى الأظهر :

تنبيه

جزم ببقائه فى صور :
منها : إذا أعتق معيبا عن كفارة ، بطل كونه كفارة ، وعتق جزما .
ومنها : لو أخرج زكاة ماله الغائب ، فبان تالفا ، وقعت تطوعا قطعا .
وجزم بعدمه فى صور :
منها : لو وكله ببيع فاسد . فليس له البيع قطعا ، لاصحيحا ، لأنه لم يأذن فيه ولا فاسدا ، لعدم إذن الشرع فيه ؛
ومنها : لو أحرم بصلاة الكسوف ، ثم تبين الانجلاء قبل تحرمه بها . لم تنعقد نفلا قطعا ، لعدم نفل على هيئتها ، حتى يندرج فى نيته ؛
ومنها : لو أشار إلى ظبية ، وقال : هذه أضحية لغا . ولا يلزمه التصدق بها قطعا ، قاله فى شرح المهذب .

القاعدة السابعة عشرة

« الحمل، هل يعطى حكم المعلوم أو المجهول ؟ »

فيه خلاف ؛ والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : بيع الحامل إلا حملها ، فيه قولان . أظهرهما : لايصح ، بناء على أنه مجهول ؛ واستثناء المجهول من المعلوم يصير الكل مجهولا .

ومنها : بيع الحامل بحر ، وفيه وجهان . أصحهما : البطلان ، لأنه مستثنى شرعا ، وهو مجهول ؛

ومنها : لو قال : بعتك الجارية أو الدابة وحملها أو بحملها أو مع حملها ؛ وفيه وجهان: الأصح : البطلان أيضا لما تقدم .

ومنها : لو باعها بشرط أنها حامل : ففيه قولان أحدهما البطلان ؛ لأنه شرط معها شيئا مجهولا وأصحهما : الصحة بناء على أنه معلوم ، لأن الشارع أوجب الحوامل فى الدية ؛

ومنها : هل للبائع حبس الولد إلى استيفاء الثمن ؟ وهل يسقط من الثمن حصته ، لو تلف قبل القبض ؟ وهل للمشترى بيع الولد قبل القبض ، الأصح نعم فى الأولين ، ولا فى الثالثة ، بناء على أنه يعلم ويقابله قسط من الثمن .

ومنها : لو حملت أمة الكافر الكافرة من كافر فأسلم ؛ فالحمل مسلم فيحتمل أن يؤمر مالك الأمة الكافرة بإزالة ملكه عن الأم إن قلنا ، الحمل يعطى حكم المعلوم قاله فى البحر

ومنها : الإجازة للحمل والأظهر كما قال العراقى الجواز ؛ بناء على أنه معلوم .

تنبيه

جزم بإعطائه حكم المجهول فيما إذا بيع وحده فلا يصح قطعا وبإعطائه حكم المعلوم فى الوصية له أو الوقف عليه فيصحان قطعا .

القاعدة الثامنة عشرة

« النادر . هل يلحق بجنسه أو بنفسه ؟ »

فيه خلاف ، والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : مس الذكر المبان فيه وجهان ، أصحهما أنه ينقض لأنه يسمى ذكرا ؛

ومنها : لمس العضو المبان من المرأة ، فيه وجهان أصحهما عدم النقض لأنه لا يسمى امرأة ، والنقض منوط بلمس المرأة ؛

ومنها : النظر إلى العضو المبان من الأجنبية ، وفيه وجهان أصحهما : التحريم .

ووجه مقابله : ندور كونه محل فتنة ، والخلاف جار فى قلامة الظفر ؛

ومنها : لو حلف لا يأكل اللحم ، فأكل الميتة ففيه وجهان ، أصحهما عند النووى : عدم الحنث ، ويجريان فيما لو أكل مالا يؤكل ، كذئب وحمار .

ومنها : الاكتساب النادر ، كالوصية واللقطة والهبة : هل تدخل فى المهايأة فى العبد المشترك ، وجهان : الأصح نعم .

ومنها : جماع الميتة يوجب عليه الغسل والكفارة عن إفساد الصوم والحج ولا يوجب الحد ولا إعادة غسلها ، على الأصح فيهما ، ولا المهر .

ومنها : يجزىء الحجر فى المذى والودى على الأصح .

ومنها : يبقى الخيار للمتبايعين إذا داما أياما على الأصح .

ومنها : فى جريان الربا فى الفلوس إذا راجت رواج النقود . وجهان أصحهما : لا .

ومنها : مايتسارع إليه الفساد فى شرط الخيار . فيه وجهان أصحهما لا يجوز .

تنبيه

جزم بالأول فى صور :

منها : من خلق له وجهان لم يتميز الزائد منهما ، يجب غسلهما قطعا .

ومن خلقت بلا بكارة لها حكم الأبكار قطعا .

ومن أتت بولد لستة أشهر ولحظتين من الوطء يلحق قطعا وإن كان نادرا .

وجزم بالثانى فى صور :

منها : الأصبع الزائدة ، لا تلحق بالأصلية فى الدية قطعا ، وكذا سائر الأعضاء .

القاعدة التاسعة عشرة

« القادر على اليقين هل له الاجتهاد والأخذ بالظن »

فيه خلاف ؛ والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : من معه إناآن ، أحدهما نجس ، وهو قادر على يقين الطهارة بكونه على البحر أو عنده ثالث طاهر ، أو يقدر على خلطهما وهما قلتان . والأصح : أن له الاجتهاد .

ومنها : لو كان معه ثوبان ، أحدهما نجس ، وهو قادر على طاهر بيقين ، والأصح أن له الاجتهاد .

ومنها : من شك فى دخول الوقت وهو قادر على تمكين الوقت ، أو الخروج من البيت المظلم لرؤية الشمس ، والأصح أن له الاجتهاد .

ومنها : الصلاة إلى الحجر ، الأصح : عدم صحتها إلى القدر الذى ورد فيه أنه من البيت .

وسببه : اختلاف الروايات ، ففى لفظ «الحجر من البيت» وفى لفظ «سبعة أذرع» ، وفى آخر «ستة» وفى آخر «خمسة» والكل فى صحيح مسلم ، فعدلنا عنه إلى اليقين ، وهو الكعبة :

وذكر من فروعها أيضا : الاجتهاد بحضرته صلى الله عليه وسلم وفى زمانه والأصح جوازه :

تنبيه

جزم بالمنع فيما إذا وجد المجتهد نصا ، فلا يعدل عنه إلى الاجتهاد جزما ، وفى المكى لايجتهد فى القبلة جزما :

وفرق بين القبلة والأوانى : بأن فى الإعراض عن الاجتهاد فى الآنية إضاعة مال وبأن القبلة فى جهة واحدة ، فطلبها مع القدرة عليها فى غيرها عبث والماء جهاته متعددة .

وجزم بالجواز ، فيمن اشتبه عليه لبن طاهر ونجس ومعه ثالث طاهر بيقين ، ولا اضطرار فانه مجتهد بلا خلاف ، نقله فى شرح المهذب :

القاعدة العشرون

« المانع الطارئ هل هو كالمقارن »

فيه خلاف ، والترجيح مختلف فى الفروع :

فمنها : طريان الكثرة على الاستعمال والشفاء على المستحاضة فى أثناء الصلاة والردة على الإحرام ، وقصد المعصية على سفر الطاعة وعكسه ، والإحرام على ملك الصيد وأحد العيوب على الزوجة والحلول على دين المفلس الذى كان مؤجلا ، وملك المكاتب زوجة سيده والوقف على الزوجة ، أعنى إذا وقفت زوجته عليه :

والأصح فى الكل : أن الطارئ كالمقارن فيحكم للماء بالطهورية وللصلاة والإحرام بالإبطال ، وللمسافر بعدم الترخص فى الأولى ، وبالترخص فى الثانية ، وبإزالة الملك عن الصيد وبإثبات الخيار للزوج ، وبرجوع البائع فى عين ماله ، وبانفساخ النكاح فى شراء المكاتب ، والموقوفة كما لايجوز له نكاح من وقفت عليه ابتداء :

ومنها : طريان القدرة على الماء فى أثناء الصلاة ، ونية التجارة بعد الشراء ، وملك الابن على زوجة الأب والعتق على من نكح جارية ولده واليسار ونكاح الحرة على حر نكح أمة وملك الزوجة لزوجها بعد الدخول قبل قبض المهر ، وملك الإنسان عبدا له فى ذمته دين ، والإحرام على الوكيل فى النكاح . والارتقاق على حربى استأجره مسلم والعتق على عبد آجره سيده مدة :

والأصح فى الكل أن الطارئ ليس كالمقارن فلا تبطل الصلاة ولاتجب الزكاة ، ولا

ينفسخ النكاح فى الصور الأربع ؛ ولايسقط المهر والدين عن ذمة العبد ، ولا تبطل الوكالة ولاتنفسخ الإجارة فى الصورتين ؛

تنبيه

جزم بأن الطارئ كالمقارن ، فى صور :

منها : طريان الكثرة على الماء النجس والرضاع المحرم ، والردة على النكاح ، ووطء الأب أو الابن أو الأم أو البنت بشبهة ، وملك الزوج الزوجة أو عكسه ؛ والحدث العمد على الصلاة ، ونية القنية على عروض التجارة ، وأحد العيوب على الزوج ؛

وجزم بخلافه فى صور :

منها : طريان الإحرام وعدة الشبهة ، وأمن العنت على النكاح والإسلام على السبى ، فلا يزيل الملك ووجدان الرقبة فى أثناء الصوم ، الإباق ، وموجب الفساد على الرهن ، والإغماء على الاعتكاف ، والاسلام على عبد الكافر فلا يزيل الملك ، بل يؤمر بإزالته ، ودخول وقت الكراهة على التيمم لايبطله بلا خلاف ؛ ولو تيمم فيه للنفل لم يصح ؛

خاتمة

يعبر عن أحد شقى هذه القاعدة بقاعدة :

«يغتفر فى الدوام مالا يغتفر فى الابتداء» ؛

ولهم قاعدة عكس هذه ، وهى :

«يغتفر فى الابتداء مالا يغتفر فى الدوام» .

ومن فروعها :

إذا طلع الفجر وهو مجامع ، فنزع فى الحال صح صومه ؛

ولو وقع مثل ذلك فى أثناء الصوم أبطله ؛

ومنها : لو أحرم مجامعا بحج أو عمرة ، فأوجه ؛

أحدها : ينعقد صحيحا ؛

وبه جزم الرافعى فى باب الاحرام ، وأقره فى الروضة ؛

فان نزع فى الحال استمر وإلا فسد نسكه ، وعليه البدنة والقضاء والمضى فى الفاسد ؛

فعلى هذا اغتفر الجماع فى ابتداء الاحرام . ولم يغتفر فى أثنائه ؛

والوجه الثانى : لاينعقد أصلا وهو الأصح فى زوائد الروضة ؛

والثالث ، وهو الأصح ينعقد فاسدا ، فان نزع فى الحال لم تجب البدنة ، وإن مكث وجبت .

والفرق بينه وبين الصوم أن طلوع الفجر ليس من فعله بخلاف إنشاء الاحرام .

ومنها : الجنون ، لايمنع ابتداء الأجل فيجوز لوليه أن يشترى له شيئا بثمن مؤجل ويمنع دوامه على قول ، صححه فى الروضة فيحل عليه الدين المؤجل إذا جن .

ولكن المعتمد خلافه .

ومنها - وهى أجل مما تقدم - : الفطرة ، لايباع فيها المسكن والخادم :

قال الأصحاب ، هذا فى الابتداء فلو ثبتت الفطرة فى ذمة إنسان بعنا خادمه ومسكنه فيها ، لأنها بعد الثبوت التحقت بالديون :

ومنها : إذا مات للمحرم قريب وفى ملكه صيد ، ورثه على الأصح ثم يزول ملكه عنه على الفور :

ومنها : الوصية بملك الغير ، الراجح صحتها حتى إذا ملكه بعد ذلك أخذه الموصى له :

ولو أوصى بما يملكه ثم أزال الملك فيه ، بطلت الوصية ، كذا جزموا به :

قال الأسنوى ، وكان القياس أن تبقى الوصية بحالها ، فان عاد إلى ملكه أعطيناه الموصى له كما لو لم يكن فى ملكه حال الوصية ، بل الصحة هنا أولى انتهى

وعلى ماجزموا به ، قد اغتفر فى الابتداء مالم يغتفر فى الدوام

ومنها : إذا حلفت بالطلاق لايجامع زوجته ، لم يمنع من إيلاج الحشفة على الصحيح ، ويمنع من الاستمرار ، لأنها صارت أجنبية

الكتاب الرابع

فى أحكام يكثر دورها ويقبح بالفقيه جهلها

« القول فى الناسى ، والجاهل ، والمكره »

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

هذا حديث حسن . أخرجه ابن ماجة ، وابن حبان فى صحيحه ، والحاكم فى مستدركه بهذا اللفظ من حديث ابن عباس :

وأخرجه الطبرانى والدار قطنى من حديثه بلفظ « تجاوز » بدل « وضع » :

وأخرجه أبو القاسم الفضل بن جعفر التميمى فى فوائده من حديثه ، بلفظ « رفع » :

وأخرجه ابن ماجة أيضا ، من طريق أبى بكر الهذلى عن شهر عن أبى ذر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

وأخرجه بهذا اللفظ الطبرانى فى الكبير من حديث ثوبان :

وأخرجه فى الأوسط من حديث ابن عمر ، وعقبة بن عامر ، بلفظ « وضع عن أمتى » إلى آخره :

وإسناد حديث ابن عمر صحيح :

وأخرجه ابن عدى فى الكامل ، وأبو نعيم فى التاريخ ، من حديث أبى بكرة ، بلفظ « رفع الله عن هذه الأمة الخطأ ، والنسيان ، والأمر يكرهون عليه » :

وأخرجه ابن أبى حاتم ، فى تفسيره من طريق أبى بكر الهذلى ، عن شهر بن حوشب ، عن أم الدرداء : عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن الله تجاوز لأمتى عن ثلاث : الخطأ ، والنسيان ، والاستكراه » :

قال أبو بكر : فذكرت ذلك للحسن ، فقال : أجل ، أما تقرأ بذلك قرآنا (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا) ؟ :

وأبو بكر ضعيف ، وكذا شهر ، وأم الدرداء إن كانت الصغرى فالحديث مرسل ، وإن كانت الكبرى فهو منقطع :

وقال سعيد بن منصور فى سننه : حدثنا خالد بن عبدالله ، عن هشام ، عن الحسن ، عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن الله عفا لكم عن ثلاث : عن الخطأ ، والنسيان ، وما استكرهتم عليه » :

وقال أيضا : حدثنا إسماعيل بن عياش ، حدثنى جعفر بن حبان العطاردى : عن الحسن قال سمعته يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تجاوز الله لابن آدم عما أخطأ ، وعما نسى ، وعما أكره ، وعما غلب عليه » .

وأخرج ابن ماجه من حديث أبى هريرة « إن الله تجاوز لأمتى عما توسوس به صدورها مالم تعمل ، أو تتكلم به ، وما استكرهوا عليه » :

فهذه شواهد قوية تقضى للحديث بالصحة :

اعلم أن قاعدة الفقه : أن النسيان والجهل ، مسقط للاثم مطلقا :

وأما الحكم : فان وقعا فى متروك مأمور لم يسقط : بل يجب تداركه ، ولا يحصل الثواب المترتب عليه لعدم الائتمار ، أو فعل منهى ، ليس من باب الإتلاف فلا شىء فيه ، أو فيه إتلاف لم يسقط الضمان ، فان كان يوجب عقوبة كان شبهة فى إسقاطها :

وخرج عن ذلك صور نادرة ، فهذه أقسام :

فمن فروع القسم الأول :

من نسى صلاة ، أو صوما أو حجا ، أو زكاة ، أو كفارة ، أو نذرا : وجب تداركه بالقضاء بلا خلاف :

وكذا لو وقفت بغير عرفة : يجب القضاء اتفاقا :

ومنها : من نسى الترتيب فى الوضوء :

أو نسى الماء فى رحله ، فتيمم وصلى ثم ذكره ؛

أو صلى بنجاسة لايعفى عنها ناسيا ، أو جاهلا بها ؛

أو نسى قراءة الفاتحة فى الصلاة :

أو تيقن الخطأ فى الاجتهاد ، فى الماء ، والقبلة ، والثوب وقت الصلاة ، والصوم ، والوقوف ، بأن بان وقوعها قبله :

أو صلوا لسواد ظنوه عدوا ، فبان خلافه :

أو دفع الزكاة إلى من ظنه فقيرا : فبان غنيا ؛

أو استناب فى الحج لكونه معضوبا : فبرأ .

وفى هذه الصور كلها خلاف ؛

قال فى شرح المهذب : بعضه كبعض ، وبعضه مرتب على بعض ، أو أقوى من بعض : والصحيح فى الجميع : عدم الإجزاء ، ووجوب الاعادة ؛

ومأخذ الخلاف : أن هذه الأشياء ، هل هى من قبيل المأمورات التى هى شروط ، كالطهارة عن الحدث ، فلا يكون النسيان والجهل عذرا فى تركها ، لفوات المصلحة منها ، أو أنها من قبيل المناهى : كالأكل ، والكلام ، فيكون ذلك عذرا ؟ والأول : أظهر ؛

ولذلك تجب الاعادة ؛ بلا خلاف ، فيما لو نسى نية الصوم ، لأنها من قبيل المأمورات .

وفيما لو صادف صوم الأسير ، ونحوه : الليل ، دون النهار، لأنه ليس وقتا للصوم كيوم العيد ، ذكره فى شرح المهذب ؛

ولو صادف الصلاة أو الصوم ، بعد الوقت ، أجزأ بلا خلاف ، لكن هل يكون أداء للضرورة ، أو قضاء ، لأنه خارج عن وقته ؟ قولان ؛ أو وجهان : أصحهما : الثانى ؛

ويتفرع عليه :

مالو كان الشهر ناقصا ورمضان تاما ؛

وأما الوقوف : إذا صادف مابعد الوقت : فان صادف الحادى عشر : لم يجز ، بلا خلاف ، كما لو صادف السابع ، وإن صادف العاشر ؛ أجزأ ، ولاقضاء، لأنهم لوكلفوا به لم يأمنوا الغلط فى العام الآتى أيضا .

ويستثنى : ماإذا قل الحجيج ، على خلاف العادة ، فانه يلزمهم القضاء ، فى الأصح لأن ذلك نادر ؛

وفرق بين الغلط فى الثامن والعاشر بوجهين ؛

أحدهما : أن تأخير العبادة عن الوقت ، أقرب إلى الاحتساب من تقديمها عليه ؛

والثانى : أن الغلط بالتقديم يمكن الاحتراز عنه ، فانما يقع لغلط فى الحساب ، أو لخلل فى الشهود ، الذين شهدوا بتقديم الهلال ؛

والغلط بالتأخير : قد يكون بالغيم المانع من الرؤية ، ومثل ذلك لايمكن الاحتراز عنه .

ثم صورة المسئلة كما قال الرافعى : أن يكون الهلال غم ، فأكملوا ذا القعدة ثلاثين ، ثم قامت بينة برؤيته ليلة الثلاثين .

أما لو وقع الغلط ، بسبب الحساب : فانه لايجزئ ، بلا شك ، لتفريطهم ، وسواء تبين لهم ذلك بعد العاشر ، أو فيه ، فى أثناء الوقوف ، أو قبل الزوال : فوقفوا عالمين ؛ كما نقله الرافعى عن عامة الأصحاب ، وصححه فى شرح المهذب ؛

ولو أخطأ الاجتهاد فى أشهر الحج. فأحرم النفير العام فى غير أشهره ؛ ففى انعقاده حجا وجهان :

أحدهما : نعم ، كالخطأ فى الوقوف العاشر ؛

والثانى : لا ؛

والفرق : أنا لو أبطلنا الوقوف فى العاشر ، أبطلناه من أصله ، وفيه إضرار .

وأما هنا : فينعقد عمرة ، كذا فى شرح المهذب ، بلا ترجيح ؛

ومن فروع هذا القسم ، فى غير العبادات :

مالو فاضل فى الربويات جاهلا ، فان العقد يبطل اتفاقا ، فهو من باب ترك المأمورات لأن المماثلة شرط ، بل العلم بها أيضا ؛

وكذا لو عقد البيع ، أو غيره على عين يظنها ملكه . فبانت بخلافه ، أو النكاح ، على محرم ، أو غيرها من المحرمات جاهلا ، لايصح .

ومن فروع القسم الثانى :

من شرب خمرا جاهلا ؛ فلا حد ، ولا تعزير ؛

ومنها : لو قال : أنت أزنى من فلان ، ولم يصرح فى لفظه بزنى فلان ، لكنه كان ثبت زناه باقرار ، أو بينة . والقائل جاهل ، فليس بقاذف ، بخلاف مالوعلم به ، فيكون قاذفا لهما ؛

ومنها : الإتيان بمفسدات العبادة ناسيا ، أو جاهلا ، كالأكل فى الصلاة ، والصوم وفعل ماينافى الصلاة : من كلام ، وغيره . والجماع فى الصوم ، والاعتكاف ، والإحرام ؛ والخروج من المعتكف ، والعود من قيام الثالثة إلى التشهد ؛ ومن السجود إلى القنوت ، والاقتداء بمحدث ، وذى نجاسة ، وسبق الإمام بركنين ، ومراعاة المزحوم ترتيب نفسه إذا ركع الإمام فى الثانية ، وارتكاب محظورات الإحرام ، التى ليست بإتلاف ،

كاللبس . والاستمتاع ، والدهن ، والطيب . سواء جهل التحريم ، أو كونه طيبا ؛

والحكم فى الجميع : عدم الافساد ، وعدم الكفارة ، والفدية . وفى أكثرها خلاف .

واستثنى من ذلك :

الفعل الكثير فى الصلاة ، كالأكل ، فانه يبطلها فى الأصح . لندوره ؛

وألحق بعضهم الصوم بالصلاة فى ذلك . والأصح : أنه لا يبطل بالكثير ، لأنه لا يندر فيه : بخلاف الصلاة ، لأن فيه هيئة مذكرة .

ومنها : لو سلم عن ركعتين ناسيا ، وتكلم عامدا ، لظنه إكمال الصلاة ، لا تبطل صلاته لظنه أنه ليس فى صلاة ؛

ونظيره : مالو تحلل من الاحرام ، وجامع ، ثم بان أنه لم يتحلل ، لكون رميه وقع قبل نصف الليل ؛ والمذهب : أنه لا يفسد حجه ؛

ومن نظائره أيضا :

لو أكل ناسيا ، فظن بطلان صومه ، فجامع ، ففى وجه : لا يفطر قياسا عليه ؛

والأصح : الفطر ؛ كما لو جامع على ظن أن الصبح لم يطلع ، فبان خلافه ، ولكن لا تجب الكفارة ، لأنه وطىء وهو يعتقد أنه غير صائم ؛

ونظيره أيضا :

لو ظن طلاق زوجته بما وقع منه ، فأشهد عليه بطلاقها ؛

ومن فروع هذا القسم أيضا

مالو اشترى الوكيل معيبا جاهلا به ؛ فانه يقع عن الموكل ، إن ساوى مااشتراه به ، وكذا إن لم يساو فى الأصح ، فانه بخلاف ماإذا علم ؛

تنبيه

من المشكل : تصوير الجهل بتحريم الأكل فى الصوم ، فان ذلك جهل بحقيقة الصوم . فان من جهل الفطر جهل الامساك عنه ، الذى هو حقيقة الصوم ، فلا تصح نيته ؛

قال السبكى : فلا مخلص إلا بأحد أمرين : إما أن يفرض فى مفطر خاص من الأشياء النادرة ، كالتراب : فانه قد يخفى ، ويكون الصوم الامساك عن المعتاد ، وما عداه شرط فى صحته ، « وإما أن يفرض » كما صوره بعض المتأخرين فيمن احتجم أو أكل ناسيا ، فظن أنه أفطر ، فأكل بعد ذلك ، جاهلا بوجوب الامساك ، فانه لا يفطر على وجه ؛ لكن الأصح فيه : الفطر ؛ انتهى ؛

وقال القاضى حسين : كل مسئلة تدق ، ويغمض معرفتها ، هل يعذر فيها العامى ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ؛

ومن فروع القسم الثالث إتلاف مال الغير

لو قدم له غاصب طعاما ضيافة ، فأكله جاهلا ، فقرار الضمان عليه فى أظهر القولين ويجريان فى إتلاف مال نفسه جاهلا ؛

وفيه صور :

منها : لو قدم له الغاصب المغصوب منه ، فأكله ضيافة جاهلا ، برئ الغاصب فى الأظهر ؛

ومنها : لو أتلفت المشترى المبيع قبل القبض جاهلا ، فهو قابض فى الأظهر ؛

ومنها : لو خاطب زوجته بالطلاق جاهلا بأنها زوجته ، بأن كان فى ظلمة ، أو نكحها له وليه ، أو وكيله ، ولم يعلم . وقع ، وفيه احتمال للامام ؛

ومنها : لو خاطب أمته بالعتق ، كذلك قال الرافعى ؛

ومن نظائرها : ما إذا نسى أن له زوجة ، فقال : زوجتى طالق ؛

ومنها : كما قال ابن عبد السلام : ما إذا وكل وكيلا فى إعتاق عبد ، فأعتقه ظنا منه أنه عبد الموكل ، فاذا هو عبد الوكيل ، نفذ عتقه ؛

قال العلائى : ولا يجىء فيه احتمال الامام ، لأن هذا قصد قطع الملك ، فنفذ ؛

ومنها : إذا قال الغاصب ، لمالك العبد المغصوب : أعتق عبدى هذا ، فأعتقه جاهلا عتق على الصحيح . وفى وجه : لا ، لأنه لم يقصد قطع ملك نفسه ؛

قلت : خرج عن هذه النظائر مسئلة ، وهى :

ما إذا استحق القصاص على رجل ، فقتله خطأ ، فالأصح : أنه لا يقع الموقع ؛

ومن فروع هذا القسم أيضا .

محظورات الاحرام ، التى هى إتلاف ، كإزالة الشعر ، والظفر ، وقتل الصيد . لا تسقط فديتها بالجهل والنسيان ؛

ومنها : يمين الناسى والجاهل ، فاذا حلف على شىء بالله ، أو الطلاق ، أو العتق : أن يفعله ، فتركه ناسيا ، أو لا يفعله ، ففعله ناسيا للحلف ، أو جاهلا أنه المحلوف عليه ، أو على وغيره ، ممن يبالى بيمينه ، ووقع ذلك منه جاهلا ، أو ناسيا ؛ فقولان فى الحنث ، رجح كلا المرجحون ؛ ورجح الرافعى فى المحرر عدم الحنث مطلقا ؛ واختاره فى زوائد الروضة والفتاوى ؛

قال : لحديث « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » وهو عام ، فيعمل بعمومه ، إلا ما دل دليل على تخصيصه ، كغرامة المتلفات ؛

ثم استثنى من ذلك : ما لو حلف لا يفعل عامدا ، ولا ناسيا ؛ فانه يحنث بالفعل ناسيا بلا خلاف ، لالتزام حكمه ؛ هذا فى الحلف على المستقبل ؛

أما على الماضى ، كأن حلف أنه لم يفعل ، ثم تبين أنه فعله ؛ فالذى تلقفناه من مشايخنا أنه يحنث ؛

ويدل له قول النووى فى فتاويه : صورة المسئلة أن يعلق الطلاق على فعل شىء ، فيفعله ناسيا لليمين ، أو جاهلا بأنه المحلوف عليه :

ولابن رزين : فيه كلام مبسوط ، سأذكره :

والذى فى الشرح والروضة : أن فيه القولين . فى الناسى ومقتضاه ، عدم الحنث :

وعبارة الروضة : لو جلس مع جماعة ، فقام ولبس خف غيره ، فقالت له امرأته : استبدلت بخفك ، ولبست خف غيرك ، فحلف بالطلاق : أنه لم يفعل ، إن قصد أنى لم آخذ بداله كان كاذبا : فإن كان عالما طلقت : وإن كان ساهيا ، فعلى قولى طلاق الناسى انتهى :

ولك أن تقول : لايلزم من إجراء القولين الاستواء فى التصحيح ، وابن رزين أبسط من تكلم على المسألة :

وها أنا أوزد عبارته بنصها ، لما فيها من الفوائد :

قال : للجهل والنسيان والاكراه ، حالتان :

إحداهما : أن يكون ذلك واقعا فى نفس اليمين أو الطلاق . فمذهب الشافعى أن المكره على الطلاق ، لايقع طلاقه ، إذا كان غير مختار لذلك من جهة غير الاكراه ، بل طاوع المكره ، فيما أكرهه عليه بعينه ، وصفته .

ويستوى فى ذلك : الاكراه على اليمين ، وعلى التعليق :

ويلتحق بالاكراه فى ذلك : الجهل الذى يفقد معه القصد إلى اللفظ ، مع عدم فهم معناه ، والنسيان وذلك بأن يتلفظ بالطلاق ، من لايعرف معناه أصلا ، أو عرفه ، ثم نسيه . فهذان نظير المكره ، فلا يقع بذلك طلاق ، ولا ينعقد بمثله يمين :

وذلك إذا حلف باسم من أسماء الله تعالى ، وهو لايعرف أنه اسمه :

أما إذا جهل المحلوف عليه ، أو نسيه ، كما إذا دخل زيد الدار ، وجهل ذلك الحالف أو علمه ، ثم نسيه فحلف بالله أو بالطلاق : أنه ليس فى الدار فهذه يمين ظاهرها تصديق نفسه فى النفى وقد يعرض فيها أن يقصد أن الأمر كذلك (فى اعتقاده أو فيما انتهى إليه علمه أى لم يعلم خلافه ، ولا يكون قصده الجزم بأن الأمر كذلك) فى الحقيقة ، بل ترجع يمينه إلى أنه حلف أنه يعتقد كذا ، أو يظنه ، وهو صادق فى أنه يعتقد ذلك ، أو ظان له فان قصد الحالف ذلك حالة اليمين أو تلفظ به متصلا بها لم يحنث ، وإن قصد المعنى الأول ، أو أطلق ففى وقوع الطلاق ، ووجوب الكفارة قولان مشهوران :

مأخذهما : أن النسيان ، والجهل هل يكونان عذرا له فى ذلك ، كما كانا عذرا فى باب الأوامر والنواهى ، أم لايكونان عذرا ، كما لم يكونا عذرا فى غرامات المتلفات ؟

ويقوى إلحاقهما بالاتلافات ، بأن الحالف بالله أن زيدا فى الدار ، إذا لم يكن فيها :

قد انتهك حرمة الاسم الأعظم جاهلا ، أو ناسيا ، فهو كالجاني خطأ : والحالف بالطلاق إن كانت يمينه بصيغة التعليق ، كقوله : إن لم يكن زيد في الدار ، فزوجتي طالق ، إذا تبين أنه لم يكن فيها : فقد تحقق الشرط ، الذي علق الطلاق عليه ، فانه لم يتعرض إلا لتعليق الطلاق على عدم كونه في الدار ، ولا أثر لكونه جاهلا ، أو ناسيا في عدم كونه في الدار :

وأما إذا كان بغير صيغة التعليق ، كقوله لزوجته : أنت طالق ، لقد خرج زيد من الدار : وكقوله : الطلاق يلزمني ليس زيد في الدار : فهذا إذا قصد به اليمين ، جرى مجرى التعليق وإلا لوقع الطلاق في الحال ، وإذا جرى مجرى التعليق ، كان حكمه حكمه .

والحالة الثانية : الجهل ، والنسيان ، والاكراه ، أن يعلق الطلاق على دخول الدار أو دخول زيد الدار ، أو يحلف بالله لايفعل ذلك ، فإذا دخلها المحلوف عليه ناسيا ، أو جاهلا ، أو مكرها ، فإن جرد قصده عن التعليق المحض ، كما إذا حلف لايدخل السلطان البلد اليوم ، أو لايحج الناس في هذا العام : فظاهر المذهب : وقوع الطلاق ، والحنث في مثل هذه الصورة : وقع ذلك عمدا ، أو نسيانا ، اختيارا ، أو مع إكراه ، أو جهل :

وإن قصد باليمين تكليف المحلوف عليه ذلك ، لكونه يعلم أنه لايرى مخالفته مع حلفه أو قصد باليمين على فعل نفسه ، أن تكون يمينه رادعة عن الفعل ، فالمذهب في هاتين الصورتين أنه لايحنث إذا فعل المحلوف عليه ناسيا أو جاهلا إذ رجعت حقيقة هذه اليمين إلى تكليف نفسه ذلك ، أو تكليف المحلوف عليه ذلك ، والناسي لايجوز تكليفه ، وكذلك الجاهل :

وأما إن فعله مكرها فالإكراه لاينافي التكليف ، فإنا نحرم على المكره القتل ونبيح له الفطر في الصوم ، وإذا كان مكلفا - وقد فعل المحلوف عليه - فيظهر وقوع الطلاق والحنث كما تقدم في المسألة الأولى إلحاقا بالإتلاف ، لتحقق وجود الشرط المعلق عليه .

إذ لفظ التعليق عام يشمل فعل المعلق عليه مختارا ، ومكرها وناسيا وجاهلا وذاكرا ليمين وعالما ، وبهذا تمسك من مال إلى الحنث ، ووقوع الطلاق في صورة النسيان والجهل.

لكنا إنما اخترنا عدم وقوع الطلاق فيهما ، لأن قصد التكليف يخصهما ، ويخرجهما عن الدخول تحت عموم اللفظ ، فلا ينهض لأن مخرج الإكراه لكونه لاينافي التكليف ، كما ذكرنا :

هذا ما ترجح عندي في الصورة التي فصلتها :

وبقي صورة واحدة وهي :

ما إذا أطلق التعليق ولم يقصد تكليفا ولا قصد التعليق المحض بل أخرجه مخرج اليمين

فهذه الصورة : هى التى أطلق معظم الأصحاب فيها القولين ؛

واختار صاحب المهذب والانتصار والرافعى ، عدم الحنث وعدم وقوع الطلاق ؛

وكان شيخنا ابن الصلاح : يختار وقوعه ويعلله بكونه مذهب أكثر العلماء ، وبعموم لفظ التعليق ظاهرا ، لكن قرينة الحث والمنع تصلح للتخصيص وفيها بعض الضعف ؛

ومن ثم توقف صاحب الحاوى ، ومن حكى عنه التوقف من أشياخه فى ذلك ؛

فالذى يقوى التخصيص : أن ينضم إلى قرينة الحث ، والمنع : القصد للحث ، والمنع ، فيقوى حينئذ التخصيص كما اخترناه .

والغالب : أن الحالف على فعل مستقبل من أفعال من يعلم أنه يرتدع منه بقصد الحث أو المنع فيختار أيضا : أن لا يقع طلاقه بالفعل مع الجهل والنسيان ، إلا أن يصرفه عن الحث أو المنع بقصد التعليق على الفعل مطلقا ، فيقع فى الصور كلها بوجود الفعل .

وأما من حلف على فعل نفسه ، فلا يمتنع وقوع طلاقه بالنسيان أو الجهل إلا عند قصد الحث أو المنع ، انتهى كلامه بحروفه ؛

وما جزم به من الحنث فى الحالة الأولى وهى : الحلف على الماضى ناسيا أو جاهلا — : ذكره بحروفه القمولى فى شرح الوسيط جازما به ، ونقله عنه الأذرعى فى القوت ؛

وقال : إنه أخذه من كلام ابن رزين ونقل غير واحد أن ابن الصلاح صرح بتصحيحه وبتصحيح الحنث فى المستقبل أيضا ، فإذا جمعت بين المسألتين حصلت ثلاثة أقوال ؛

ثالثها : الحنث فى الماضى دون المستقبل ، وهو الذى قرره ابن رزين ، ومتابعوه ، وهو المختار ؛

تنبيه

من المشكل قول المنهاج : ولو علق بفعله ففعل ناسيا للتعليق أو مكرها ، لم تطلق فى الأظهر أو بفعل غيره ممن يبالى بتعليقه وعلم به ؛ فكذلك وإلا فيقع قطعا .

ووجه الاشكال أن قوله «وأن لا يدخل فيه» ما إذا لم يبال بتعليقه ولم يعلم به .

وما إذا علم به ولم يبال ، وما إذا بالى ولم يعلم ، والقطع بالوقوع فى الثالثة مردود ؛

وقد استشكله السبكى وقال : كيف يقع بفعل الجاهل قطعا ، ولا يقع بفعل الناسى على الأظهر ، مع أن الجاهل أولى بالمعذرة من الناسى ؟ .

وقد بحث الشيخ علاء الدين الباجى فى ذلك هو والشيخ زين الدين بن الكتانى فى درس بن بنت الأعز ، وكان ابن الكتانى مصمما على ما اقتضته عبارة المنهاج والباجى فى مقابله ؛

قال السبكى : والصواب أن كلام المنهاج محمول على ما إذا قصد الزوج مجرد التعليق ، ولم يقصد إعلامه ليمتنع ؛

وقد أرشد الرافعى إلى ذلك ، فان عبارته وعبارة النووى فى الروضة : ولو علق بفعل

الزوجة أو أجنبي ، فان لم يكن للمعلق بفعله شعور بالتعليق ، ولم يقصد الزوج إعلامه :
ففي قوله «ولم يقصد إعلامه» مايرشد إلى ذلك .
وقال في المهمات : أشار بقوله «ولم يقصد إعلامه» إلى قصد الحث والمنع ، وعبر عنه به ، لأن قاصده يقصد إعلام الحالف بذلك ليمتنع منه :
ولهذا لما تكلم على القيود ، ذكر الحث والمنع عوضا عن الاعلام :
قال : والظاهر أنه معطوف بأو ، لا بالواو ، حتى لايكون المجموع شرطا فان الرافعي شرط بعد ذلك ، لعدم الوقوع شروطا ثلاثة : شعوره ، وأن يبالي ، وأن يقصد الزوج الحث والمنع .
قال : وما اقتضاه كلام الرافعي من الحنث ، إذا لم يعلم المحلوف عليه ، رجحه الصيدلاني ، فيما جمعه من طريقة شيخه القفال فقال : فان قصد منعه ، فان لم يعلم القادم حتى قدم ، حنث الحالف وإن علم به ثم نسي فعلى قولين :
ومنهم من قال : على قولين بكل حال وكذلك الغزالي في البسيط فقال : إذا علق بفعلها في غيبتها فلا أثر لنسيانها ، وإن كانت مكرهة فالظاهر الوقوع ، لأن هذا في حكم التعليق : لاقصد المنع ، ومنهم من طرد فيه الخلاف ، انتهى .
وخالف الجمهور فخرجوه على القولين : الشيخ أبو حامد والمحاملي وصاحبا المهذب والتهذيب والجرجاني والخوارزمي انتهى .
وقال ابن الرفيب : القسم الثالث وهو :
ماإذا بالى ، ولم يعلم ، ليس في الشرح والروضة هنا ، ويقتضي المنهاج : الوقوع فيه قطعا ، فليحرر :

فرع

«في المسائل المبنية على الخلاف في حنث الناسي والمكره»
قال : لأقتلن فلانا ، وهو يظنه حيا فكان ميتا ، ففي الكفارة خلاف الناسي :
قال : لاأسكن هذه الدار ، فمرض وعجز عن الخروج ، ففي الحنث خلاف المكره
قال : لأشربن ماء هذا الكوز ، فانصب ، أو شربه غيره أو مات الحالف قبل الامكان ، ففيه خلاف المكره :
قال : لاأبيع ازيد مالا ، فوكل زيد وكيلا وأذن له في التوكيل ، فوكل الحالف فباع وهو لايعلم ، ففيه خلاف الناسي .
قال : لأقضين حقك غدا ، فمات الحالف قبله أو أبرأه أو عجز ، ففيه خلاف المكره .
قال : لأقضين عند رأس الهلال ، فأخره عن الليلة الأولى للشك فيه ، فبان كونها من الشهر ، ففيه خلاف الناسي .

قال : لارأيت منكرا إلا رفعته إلى القاضى فلم يتمكن من الرفع لمرض أو حبس أو جاء إلى باب القاضى فحجب ، أو مات القاضى قبل وصوله إليه ، ففيه خلاف المكره .

قال : لاأفارقك حتى أستوفى حقى ، ففر منه الغريم ، ففيه خلاف المكره :

فان قال : لاتفارقنى ففر الغريم ، حنث مطلقا لأنها يمين على فعل غيره ، بخلاف الأولى ولا يحنث مطلقا إن فر الحالف ، فان أفلس فى الصورة الأولى فمنعه الحاكم من ملازمته ، ففيه خلاف المكره ، وإن استوفى فبان ناقصا ففيه خلاف الجاهل .

فرع

« خرج عن هذا القسم صور عذر فيها بالجهل فى الضمان »

منها : إذا أخرج الوديعة من الحرز على ظن أنها ملكه فتلفت ، فلا ضمان عليه ؛ واوكان عالما ضمن ، ذكره الرافعى :

قال الأسنوى : ومثله الاستعمال والخلط ونحوهما :

ومنها : إذا استعمل المستعير العارية ، بعد رجوع المعير جاهلا فلا أجرة عليه نقله الرافعى عن القفال وارتضاه :

ومنها : إذا أباح له ثمرة بستان ثم رجع فان الآكل لايغرم ما أكله بعد الرجوع ، وقبل العلم كما ذكره فى الحاوى الصغير ؛

وحكى الرافعى : فيه وجهين من غير تصريح بترجيح ؛

ومنها : إذا وهبت المرأة نوبتها من القسم لضرتها ثم رجعت فانها لاتعود إلى الدور من الرجوع على الصحيح بل من حين العلم به ؛

ومن فروع القسم الرابع

« الواطىء بشبهة فيه مهر المثل ، لاتلاف منفعة البضع دون الحد »

منها : من قتل جاهلا بتحريم القتل ، لاقصاص عليه ؛

ومنها : قتل الخطأ ، فيه الدية والكفارة دون القصاص ؛

ومن ذلك مسألة الوكيل : إذا اقتص بعد عفو موكله جاهلا فلا قصاص عليه ، على المنصوص وعليه الدية فى ماله والكفارة ولا رجوع له على العافى لأنه محسن بالعفو وقيل لادية ، وقيل هى على العاقلة ، وقيل يرجع على العافى لأنه غره بالعفو ؛

ونظير هذه المسألة : مالو أذن الامام للولى فى قتل الجانية ، ثم علم حملها فرجع ولم يعلم الولى رجوعه فقتل ، فالضمان على الولى ؛

ومن ذلك : بعد أقسام مسئلة الدهشة ولنلخصها فنقول :

إذا قال مستحق اليمين للجانى : أخرجها ، فأخرج يساره فقطعت فله أحوال ؛

أحدها أن يقصد إباحتها ، فهى مهدرة لاقصاص ولا دية سواء علم القاطع أنها اليسار وأنها لاتجزئ أولا لأن صاحبها بذلها مجانا ؛ ولأن فعل الاخراج اقترن بقصد الاباحة فقام مقام النطق ، كتقديم الطعام إلى الضيف ولأن الفعل بعد السؤال والطلب ، كالاذن كما لو قال ناولنى يدك لأقطعها ، فأخرجها أو ناولنى متاعك لألقيه فى البحر فناوله ، فلا ضمان ؛

نعم ، يعزر القاطع إذا علم ويبقى قصاص اليمين كما كان ؛

فان قال : ظننت أنها تجزئ أو علمت أنها لاتجزئ ولكن جعلتها عوضا عنها سقط وعدل إلى دية اليمين لرضاه بسقوط قصاصها اكتفاء باليسار ؛

الحال الثانى : أن يقصد المخرج إجزاءها عن اليمين ، فيسأل المقتص ؛

فان قال : ظننت أنه أباحها بالاخراج أو أنها اليمين ، أو علمت أنها اليسار ، وأنها لاتجزئ ولاتجعل بدلا ، فلا قصاص فيها فى الصور الثلاث فى الأصح لتسليط المخرج له عليها ولكن تجب ديتها ويبقى قصاص اليمين ؛

وإن قال : علمت أنها اليسار وظننت أنها تجزئ ، سقط قصاص اليمين وتجب لكل الدية على الآخر ؛

الحال الثالث : أن يقول : دهشت فأخرجت اليسار ، وظنى أنى أخرج اليمين فيسأل المقتص ، فان قال ظننت أنه أباحها ؛

قال الرافعى : فقياس المذكور فى الحال الثانى ، أن لايجب القصاص فى اليسار .

قال الأذرعى : وصرح به الكافى لوجود صورة البدل ، قال البلقينى هو السديد .

قال البغوى : تجب كمن قتل رجلا وقال ظننته أذن لى فى القتل ، لأن الظنون البعيدة لاتدرأ القصاص .

وإن قال : ظننتها اليمين أو علمت أنها اليسار وظننتها تجزئ ، فلا قصاص فى الأصح أما فى الأولى ، فلأن الاشتباه فيهما قريب ؛

وأما فى الثانية ، فلعذره بالظن ؛

وإن قال : علمت أنها اليسار وأنها لاتجزئ ، وجب القصاص فى الأصح لأنه لم يوجد من المخرج بذل وتسليط ؛

وفى الصور كلها يبقى قصاص اليمين ، إلا فى قوله : ظننت أن اليسار تجزئ ؛

وإن قال : دهشت أيضا ، لم يقبل منه ويجب القصاص لأن الدهشة لاتليق بحاله ؛

وإن قال : قطعتها عدوانا وجب أيضا .

وإن قال المخرج لم أسمع أخرج يمينك وإنما وقع فى سمعى يسارك ؛

أو قال : قصدت فعل شىء يختص بى أو كان مجنونا فهو كالمدهوش ؛

هذا تحرير أحكام هذه المسألة ؛

وفى نظيرها من الحد يجزئ ، ويسقط قطع اليمين بكل حال .

والفرق أن المقصود فى الحد ، التنكيل وقد حصل ، والقصاص مبنى على التماثل وأن الحدود مبنية على التخفيف ، وأن اليسار تقطع فى السرقة فى بعض الأحوال ، ولا تقطع فى القصاص عن اليمين بحال .

فرع

وخرج عن هذا القسم صور ، لم يعذر فيها بالجهل :

منها : ما إذا بادر أحد الأولياء ، فقتل الجانى بعد عفو بعض الأولياء ، جاهلا به فان الأظهر وجوب القصاص عليه لأنه متعد بالانفراد .

ومنها : إذا قتل من علمه مرتدا أو ظن أنه لم يسلم ، فالمذهب : وجوب القصاص لأن ظن الردة لا يفيد إباحة القتل ، فان قتل المرتد إلى الامام ، لا إلى الآحاد .

ومنها : ما إذا قتل من عهده ذميا أو عبدا ، وجهل إسلامه وحريته : فالمذهب وجوب القصاص ، لأن جهل الإسلام والحرية لا يبيح القتل .

ومنها : ما إذا قتل من ظنه قاتل أبيه ، فبان خلافه . فالأظهر وجوب القصاص لأنه كان من حقه التثبت .

ومنها : ما إذا ضرب مريضا ـ جهل مرضه ـ ضربا يقتل المريض دون الصحيح فمات فالأصح : وجوب القصاص لأن جهل المرض لا يبيح الضرب .

وعلم من ذلك : أن الكلام فيمن لا يجوز له الضرب .

أما من يجوز له للتأديب ، فلا يجب عليه القصاص قطعا ، وصرح به فى الوسيط .

وخرج عنه صور عذر فيها بالجهل حتى فى الضمان :

منها : ما إذا قتل مسلما بدار الحرب ، ظانا كفره ، فلا قصاص قطعا ، ولا دية فى الأظهر .

ومنها : إذا رمى إلى مسلم تترس به المشركون فان علم إسلامه : وجبت الدية وإلا فلا .

ومنها : إذا أمر السلطان رجلا بقتل رجل ظلما ، والمأمور لا يعلم ، فلا قصاص عليه ولا دية ، ولا كفارة .

ومنها : إذا قتل الحامل فى القصاص ، فانفصل الجنين ميتا ، ففيه غرة وكفارة : أو حيا . فمات ، فدية .

ثم إذا استقل الولى بالاستيفاء : فالضمان عليه : وإن أذن له الإمام ، فإن علما أو جهلا أو علم الإمام : دون الولى ، اختص الضمان بالامام على الصحيح ، لأن البحث عليه ، وهو الآمر به .

وفى وجه : على الولى ، لأنه المباشر .

وفى آخر : عليهما .

وإن علم الولى ، دون الامام ، اختص بالولى على الصحيح . لاجتماع العلم والمباشر .

وفى وجه : بالامام لتقصيره .

ولو باشر القتل جلاد الامام ؛ فإن جهل ، فلا ضمان عليه بحال ، لأنه آلة الامام ؛ وليس عليه البحث عما يأمره به ، وإن كان عالما ، فكالولى إن علم الامام ، فلا شىء عليه وإلا اختص به .

ولو علم الولى مع الجلاد ، ففى أصل الروضة : الأصح أنه يؤثر ، حتى إذا كانوا عالمين ضمنوا أثلاثا .

قال فى المهمات : وهذا غير مستقيم ، لأن الأصح فيما إذا علما ، أو جهلا : أن الضمان على الامام خاصة ، فكيف يستقيم ذلك هنا ؟ .

قال : فالصواب تفريع المسئلة على القول بالوجوب عليهما إذا علما .

ثم من المشكل : أنهما صححا هنا اختصاص الضمان بالامام ؛ إذا علم هو والولى ؛ وصححا فيما إذا رجع الشهود ، واقتص الولى بعدحكم الحاكم ، بأن القصاص واجب على الكل ، بل لم يقل أحد بأن الضمان فى هذه الصورة يختص بالحاكم .

وصححا فيما إذا أمر السلطان بقتل رجل ظلما وكان هو والمأمور عالمين اختصاصه بالمأمور ، إذا لم يكن إكراه .

فهذه ثلاث نظائر مختلفة .

قال فى ميدان الفرسان : وكأن الفرق : أن الاحاطة بسبب المنع من الإقدام على القتل فى غير مسئلة الحامل لايتوقف على إخبار الحاكم به بخلاف فيها ، فإن مناط المنع فيها الظن الناشىء من شهادة النسوة بالحمل ؛ ومنصب سماع الشهادة يختص بالحاكم ، فإذا أمكن من القتل بعد أدائها ؛ آذن ذلك بضعف السبب عنده ، فأثر فى ظن الولى . فذلك أحيل الضمان على تفريط الحاكم ، ولم يقل به عند رجوع الولى والقاضى ، لعدم ذلك فيه : انتهى .

من يقبل منه دعوى الجهل . ومن لايقبل

كل من جهل تحريم شىء مما يشترك فيه غالب الناس . لم يقبل ، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام ، أو نشأ ببادية بعيدة يخفى فيها مثل ذلك : كتحريم الزنا ، والقتل ، والسرقة والخمر ، والكلام فى الصلاة ، والأكل فى الصوم ، والقتل بالشهادة إذا رجعا ، وقالا تعمدنا ، ولم نعلم أنه يقتل بشهادتنا ؛ ووطء المغصوبة ، والمرهونة بدون إذن الراهن ، فإن كان بإذنه قبل مطلقا لأن ذلك يخفى على العوام .

ومن هذا القبيل أعنى الذى يقبل فيه دعوى الجهل مطلقا ، لخفائه كون التنحنح مبطلا للصلاة ، أوكون القدر الذى أتى به من الكلام محرما ، أوالنوع الذى تناوله مفطرا فالأصح فى الصور الثلاث : عدم البطلان .

ولو علم تحريم الطيب ، واعتقد فى بعض أنواع الطيب أنه ليس بحرام . فالصحيح وجوب الفدية لتقصيره ، كذا فى كتب الشيخين :

فقد يقال : إنه مخالف لمسئلتى الصلاة ، والصوم :

ولا يقبل دعوى الجهل ، بثبوت الرد بالعيب . والأخذ بالشفعة من قديم الإسلام ، لاشتهاره وتقبل فى ثبوت خيار العتق ، وفى نفى الولد فى الأظهر ، لأنه لايعرفه إلا الخواص :

قاعدة

(كل من علم تحريم شىء ، وجهل ما يترتب عليه ، لم يفده ذلك)

كمن علم تحريم الزنا ، والخمر ، وجهل وجوب الحد : يحد بالإتفاق ، لأنه كان حقه الامتناع :

وكذا لو علم تحريم القتل ، وجهل وجوب القصاص : يجب القصاص :

أو علم تحريم الكلام ، وجهل كونه مبطلا : يبطل :

وتحريم الطيب ، وجهل وجوب الفدية : تجب :

فرع

علم بثبوت الخيار ، وقال : لم أعلم أنه على الفور : قالوا : فى الرد بالعيب ، والأخذ بالشفعة . يقبل : لأن ذلك مما يخفى . كذا أطلقه الرافعى ، واستدركه النووى : فقال : شرطه أن يكون مثله ممن يخفى عليه :

وفى عتق الأمة نقل الرافعى عن الغزالى : أنها لاتقبل : وجزم به فى الحاوى الصغير . لأن من علم ثبوت أصل الخيار علم كونه على الفور :

ثم قال الرافعى : ولم أر لهذه الصورة تعرضا فى سائر كتب الأصحاب : نعم : صورها العبادى فى الرقم : بأن تكون قديمة عهد بالاسلام ، وخالطت أهله : فان كانت حديثة عهد ، ولم تخالط أهله ، فقولان :

وفى نفى الولد : سوى فى التنبيه بينه وبين دعوى الجهل بأصل الخيار ، فيفصل فيه بين قديم الإسلام وقريبه . وأقره النووى فى التصحيح ، ولا ذكر للمسئلة فى الروضة وأصلها .

تذنيب

« فى نظائر متعلقة بالجهل »

منها : عزل الوكيل قبل علمه : فيه وجهان ؛ والأصح : انعزاله ؛ وعدم نفوذ تصرفه .

ومنها : عزل القاضى قبل علمه : والأصح فيه : عدم الانعزال ، حتى يبلغه ؛ والفرق : عسر تتبع أحكامه بالإبطال ، بخلاف الوكيل :

ومنها : الواهبة نوبتها فى القسم إذا رجعت ولم يعلم الزوج : لايلزمه القضاء ، وقيل : فيه خلاف الوكيل .

ومنها : لو قسم للحرة ليلتين ، والأمة ليلة فعتقت ولم يعلم . قال الماوردى : لاقضاء وقال ابن الرفعة : القياس أن يقضى لها ؛

ومنها : لو أباح ثمار بستانه ، ثم رجع ، ولم يعلم المباح له : ففى ضمان ماأكل خلاف الوكيل :

ومنها : النسخ قبل بلوغ المكلف ، فيه خلاف الوكيل ، قاله الرويانى ؛

ومنها : لو عفا الولى ، ولم يعلم الجلاد : فاقتص ، ففى وجوب الدية قولان ، مخرجان من عزل الوكيل . أصحهما : الوجوب .

ومنها : لو أذن لعبده فى الإحرام : ثم رجع ، ولم يعلم العبد : فله تحليله فى الأصح :

ومنها : لو أذن المرتهن فى بيع المرهونة : ثم رجع ، ولم يعلم الراهن : ففى نفوذ تصرفه وجهان : أصحهما : لاينفذ :

ومنها : إذا خرج الأقرب عن الولاية : فهى للأبعد : فلو زال المانع من الأقرب ، وزوج الأبعد وهو لايعلم . ففى الصحة : الوجهان :

ومنها : لو عتقت الأمة ، ولم تعلم ، فصلت مكشوفة الرأس فقولان : أصحهما : تجب الاعادة :

ومنها : لو وكله وهو غائب ، فهل يكون وكيلا من حين التوكيل ، أومن حين بلوغ الخبر ؟ وجهان : مقتضى مافى الروضة : تصحيح الأول :

ومنها : لو أذن لعبده فى النكاح ، ثم رجع ولم يعلم العبد : ففى صحة نكاحه : وجهان :

ومنها : لواستأذنها غير المجبر ، فأذنت ، ثم رجعت ، ولم يعلم حتى زوج : ففى صحته خلاف الوكيل .

فصل

وأما المكره : فقد اختلف أهل الأصول فى تكليفه على قولين

وفضل الإمام فخر الدين وأتباعه ، فقالوا : إن انتهى الإكراه إلى حد الإلجاء ، لم يتعلق به حكم ؛ وإن لم يلته إلى ذلك ، فهو مختار . وتكليفه جائز شرعا وعقلا :

وقال الغزالى فى البسيط : الإكراه يسقط أثر التصرف عندنا ، إلا فى خمس مواضع ، وذكر إسلام الحربى ، والقتل ، والارضاع ، والزنا ، والطلاق ، إذا أكره على فعل المعلق عليه .

وزاد عليه غيره مواضع :

وذكر النووى فى تهذيبه : أنه يستثنى مائة مسئلة ، لاأثر للاكراه فيها ، ولم يعددها ؛

وطالما أمعنت النظر فى تتبعها ، حتى جمعت منها جملة كثيرة ، وقد رأيت الاكراه يساوى النسيان : فإن المواضع المذكورة : إما من باب ترك المأمور ، فلا يسقط تداركه ولا يحصل الثواب المرتب عليه ، وإما من باب الإتلاف ، فلا يسقط الحكم المترتب عليه وتسقط العقوبة المتعلقة به ، إلا القتل على الأظهر ؛

وها أنا أسرد مايحضرنى من ذلك :

الأول : الاكراه عن الحدث ، وهو من باب الإتلاف : فإنه إتلاف للطهارة ، ولهذا لو أحدث ناسيا انتقض ، وفى مس الفرج وجه ضعيف : أنه لاينقض ناسيا ؛

وإذا نوعت هذه الصورة إلى أسباب الحدث الأربعة والجماع كثرت الصور ؛

الثانى : الإكراه على إفساد الماء بالاستعمال ؛ أو النجاسة ، أو مغير طاهر : فانه يفسد وهو أيضا من باب الإتلاف ، إذ لافرق فيه بين العمد وغيره ؛

الثالث : قال فى الروضة : لو ألقى إنسان فى نهر مكرها ، فنوى فيه رفع الحدث ؛ صح وضوءه ؛

وقال فى شرح المهذب : قال الشيخ أبو على : أطلق الأصحاب صحة وضوئه ؛ ولا بد فيه من تفصيل :

فان نوى رفع الحدث ، وهو يريد المقام فيه ، ولو لحظة ؛ صح ، لأنه فعل يتصور قصده ؛

وإن كره المقام ، وتحقق الاضطرار من كل وجه ؛ لم يصح وضوءه ؛ إذ لاتتحقق النية به ؛

الرابع ، والخامس : الإكراه على غسل النجاسة ، ودبغ الجلد ؛

السادس : الإكراه على التحول عن القبلة فى الصلاة : فتبطل ؛

السابع : الإكراه على الكلام فيها : فتبطل فى الأظهر ، لندوره ؛

الثامن : الإكراه على فعل ينافى الصلاة ، فتبطل قطعا ، لندوره ؛

التاسع : الإكراه على ترك القيام ، فى الفرض ؛

العاشر : الإكراه على تأخير الصلاة عن الوقت ، فتصير قضاء ؛

الحادى عشر : الاكراه على تفرق المتصارفين قبل القبض . فيبطل ، كما ذكره فى الاستقصاء وغيره ، وكذلك يبطل مع النسيان ، كما نص عليه ، والجهل ، كما صرح به الماوردى ؛

قال الزركشى : وقياسه فى رأس مال السلم كذلك ؛

الثانى عشر : لو ضربا فى خيار المجلس حتى تفرقا ؛ ففى انقطاع الخيار قولا حنث المكره ؛

الثالث عشر : الاكراه على إتلاف مال الغير ، فانه يطالب بالضمان ؛ وإن كان القرار على المكره فى الأصح .

الرابع عشر : الاكراه على إتلاف الصيد كذلك ، بخلاف مالو حلق شعر محرم مكرها لايكون للمحرم طريقا فى الضمان على الأظهر ، لأنه لم يباشر ؛

الخامس عشر : الاكراه على الأكل فى الصوم ، فإنه يفطر فى أحد القولين ، وصححه الرافعى فى المحرر ؛

السادس عشر : الاكراه على الجماع فى الصوم فيه الطريقان الآتيان ؛

السابع عشر : الاكراه على الجماع فى الاجرام فيه طريقان فى أصل الروضة ، بلا ترجيح ؛

أحدهما : يفسد قطعا ، بناء على أن إكراه الرجل على الوطء لايتصور ؛

والثانى : فيه وجهان ، بناء على الناسى .

الثامن عشر : الاكراه على الخروج من المعتكف فانه يبطل فى أحد القولين ، كالأكل فى الصوم ؛

التاسع عشر : الاكراه على إعطاء الوديعة لظالم ، فإنه يضمن فى الأصح ، ثم يرجع على من أخذ منه ؛

العشرون : الاكراه على الذبح ، أو الرمى من محرم ، أو مجوسى ، لحلال ومسلم ؛

الحادى والعشرون : إكراه الحربى ، على الاسلام ؛

الثانى والعشرون : إكراه المرتد عليه ؛

الثالث والعشرون : إكراه الذمى على وجه ، الأصح : خلافه ؛

الرابع والعشرون : الاكراه على تخليل الخمر بلا عين ؛

قال الأسنوى : يحتمل إلحاقه بالمختار ، ويحتمل القطع بالطهارة ؛

الخامس والعشرون – إلى الثلاثين : الاكراه على الوطء ، فيحصل الاحصان ، ويستقر المهر ، وتحل للمطلق ثلاثا ، ويلحقه الولد ، وتصير أمته به مستولدة ، ويلزمه المهر فى غير الزوجة ؛

قلته تخريجا ، ثم رأيت الأسنوى ذكر بحثا أنه كاتلاف المال ؛

الحادى والثلاثون : الاكراه على القتل ؛ فيجب القصاص على المكره فى الأظهر .

الثانى والثلاثون : الاكراه على الزنا لايبيحه ؛

الثالث والثلاثون : وعلى اللواط ؛

الرابع والثلاثون : ويوجب الحد فى قول ؛

الخامس والثلاثون : الاكراه على شهادة الزور ، والحكم بالباطل فى قتل ، أو قطع ، أو جلد .

السادس والثلاثون : الاكراه على فعل المحلوف عليه ، فى أحد القولين ؛

السابع والثلاثون ، والثامن ، والتاسع والثلاثون : الاكراه على طلاق زوجة المكره أو بيع ماله ، أو عتق عبده ، لأنه أبلغ فى الاذن ؛

أما لو أكره أجنبى الوكيل على بيع ماوكل فيه ، ففى نظيره من الطلاق احتمالان للرويانى . حكاهما عنه فى الروضة وأصلها ، أصحهما عنده : عدم الصحة ، لأنه المباشر ؛

الأربعون : الاكراه على ولاية القضاء ؛

الحادى والأربعون : لو أكره المحرم ، أو الصائم على الزنا ؛

قال الأسنوى : لايحضرنى فيها نقل ، والمتجه : أنه يفسد عبادته ، لأنه لايباح بالاكراه ؛

قال : إلا أن عدم وجوب الحد ، قد يرجح عدم الافساد ؛

الثانى والأربعون : لو أكره على ترك الوضوء ، فتيمم ؛

قال الرويانى : لاقضاء : قال النووى : وفيه نظر ؛

قال : لكن الراجح ماذكره ؛ لأنه فى معنى من غصب ماؤه ؛

قال الأسنوى : والمتجه خلافه ، لأن الغصب كثير معهود ، بخلاف الاكراه على ترك الوضوء ، فعلى هذا يستثنى .

الثالث والأربعون : الاكراه على السرقة : لايسقط الحد فى قول ؛

الرابع والأربعون : لايرث القاتل مكرها ، على الصحيح .

الخامس ، والسادس والأربعون : الاكراه على الارضاع : يحرم اتفاقا ، ويوجب المهر إذا انفسخ به النكاح على المرضعة ، على الأصح .

قال الأسنوى : وفيه نظر .

السابع والأربعون : الإكراه على القذف : يوجب الحد فى وجه .

الثامن والأربعون : الاكراه بحق له ، وتحت ذلك صور :

الاكراه على الأذان ، وعلى فعل الصلاة ، والوضوء وأركان الطهارة ، والصلاة ، والحج ، وأداء الزكاة ، والكفارة ، والدين ، وبيع ماله فيه ، والصوم ، والاستئجار للحج ، والانفاق على رقيقه ، وبهيمته ، وقريبه ، وإقامة الحدود ، وإعتاق المنذور عتقه كما صرح به فى البحر ، والمشترى بشرط العتق ، وطلاق المولى إذا لم يطأ ، واختيار من أسلم على أكثر من أربع ، وغسل الميت ، والجهاد .

فكل ذلك يصح مع الاكراه .

فهذه أكثر من عشرين صورة فى ضابط الاكراه بحق .

ومنه فيما ذكر الأسنوى : أن يأذن أجنبى للعبد فى بيع ماله : فيمتنع ، فيكرهه السيد ، فلا شك فى الصحة ، لأن للسيد غرضا صحيحا فى ذلك : إما لتقليد إمامه ، أو أخذ أجرة .

فهذه أكثر من سبعين صورة ، لا أثر للاكراه فيها .

وفى بعض صورها مايقتضى التعدد باعتبار أنواعه ، فيبلغ بذلك المائة .

وفيها نحو عشر صور على رأى ضعيف .

تنبيه

من المشكل ، قول المنهاج فى الخلع ، وإن قال : أقبضتنى : فقبل : كالاعطاء : والأصح كسائر التعليق ، فلا يملكه : ولا يشترط للاقباض مجلس . ويشترط لتحقق الصفة أخذه بيده منها ، ولو مكرهة .

ووجه الاشكال : أن المعلق عليه إقباضها ، والإقباض مع الإكراه ملغى شرعا ، فلا اعتبار به .

قال السبكى : فذكره فى المنهاج لامخرج له إلا الحمل على السهو : ولم يذكر ذلك فى الروضة والشرح ، إلا فيما إذا قال : إن قبضت منك ، لا فى قوله : إن أقبضتنى .

قال البلقينى : فما وقع فى المنهاج وهم ، انتقل من مسئلة « إن قبضت » إلى مسئلة « إن أقبضتنى » .

مايباح بالاكراه وما لا يباح

فيه فروع :

الأول : التلفظ بكلمة الكفر ، فيباح به ، للآية : ولا يجب ، بل الأفضل : الامتناع

مصابرة ، على الدين ، واقتداء بالسلف . وقيل : الأفضل التلفظ ، صيانة لنفسه. وقيل إن كان ممن يتوقع منه النكاية فى العدو ، والقيام بأحكام الشرع : فالأفضل ، التلفظ ، لمصلحة نقائه ، وإلا فالأفضل الامتناع :

الثانى : القتال المحرم لحق الله ، ولا يباح به ، بلا خلاف : بخلاف المحرم للمالية ، كنساء الحرب ، وصبيانهم ، فيباح به .

الثالث : الزنا ، ولا يباح به بالاتفاق أيضا : لأن مفسدته أفحش من الصبر على القتل وسواء كان المكره رجلا ، أو امرأة .

الرابع : اللواط ، ولا يباح به أيضا . صرح به فى الروضة :

الخامس : القذف . قال العلائى : ولم أر من تعرض له : وفى كتب الحنفية : أنه يباح بالاكراه : ولا يجب به حد ، وهو الذى تقتضيه قواعد المذهب : انتهى :

قلت : قد تعرض له ابن الرفعة فى المطلب . فقال : يشبه أن يلتحق بالتلفظ بكلمة الكفر ولا نظر إلى تعلقه بالمقذوف ، لأنه لم يتضرر به .

السادس : السرقة ، قال فى المطلب : يظهر أن تلتحق باتلاف المال ، لأنها دون الإتلاف .

قال فى الخادم : وقد صرح جماعة باباحتها ، منهم القاضى حسين ؛ فى تعليقه :

قلت : وجزم به الأسنوى فى التمهيد :

السابع : شرب الخمر ، ويباح به قطعا ، استبقاء للمهجة ، كما يباح لمن غص بلقمة أن يسيغها به ، ولكن لا يجب على الصحيح ، كما فى أصل الروضة :

الثامن : شرب البول ، وأكل الميتة ، ويباحان ، وفى الوجوب : احتمالان للقاضى حسين :

قلت : ينبغى أن يكون أصحهما : الوجوب :

التاسع : إتلاف مال الغير ، ويباح به ، بل يجب قطعا ، كما يجب على المضطر أكل طعام غيره :

العاشر : شهادة الزور ، فان كانت تقتضى قتلا ، أو قطعا ، ألحقت به ، أو إتلاف مال ألحقت به ، أو جلدا ، فهو محل نظر ، إذ يفضى إلى القتل ، كذا فى المطلب .

وقال الشيخ عز الدين : لو أكره على شهادة زور ، أو حكم باطل . فى قتل ؛ أو قطع ، أو إحلال بضع ، استسلم للقتل ، وإن كان يتضمن إتلاف مال ، لزمه ذلك. حفظا للمهجة :

الحادى عشر : الفطر فى رمضان ، ويباح به ، بل يجب على الصحيح :

الثانى عشر : الخروج من صلاة الفرض : وهو كالفطر :

فائدة

ضبط الأودنى هذه الصور : بأن مايسقط بالتوبة ، يسقط حكمه بالاكراه ، ومالا فلا ، نقله فى الروضة وأصلها ؛

قال فى الخادم : وقد أورد عليه شرب الخمر ، فانه يباح بالاكراه ، ولا يسقط جده بالتوبة وكذلك القذف ؛

مايتصور فيه الاكراه ، ومالا

قال العلماء : لايتصور الإكراه على شىء من أفعال القلوب ؛

وفى الزنا : وجهان : أصحهما : أنه يتصور ، لأنه منوط بالايلاج ؛

والثانى : لا ، لأن الايلاج ، إنما يكون مع الانتشار ، وذلك راجع إلى الاختيار والشهوة ؛

وفى التلبيه : ولا يعذر أحد من أهل فرض الصلاة فى تأخيرها عن الوقت ، إلا نائم أو ناس ، أو من أكره على تأخيرها ؛

واستشكل تصوير الاكراه على تأخير الصلاة ؛ فان كل حالة تلتقل لما دونها إلى إمرار الأفعال على القلب ، وهو شىء لايمكن الاكراه على تأخيره ؛ وهو يفعله غير مؤخر ؛

وصوره فى شرح المهذب بالاكراه على التلبس بمناف ؛

وقال القاضى زين الدين البلغيائى : المراد أكره على أن يأتى بها على غير الوجه المجزىء ، من الطهارة ونحوها ؛ ولا يكون الاكراه عذرا فى الاجزاء ، لندوره ؛ أو يكره المحدث على تأخيرها عن الوقت ؛ ويمنع من الوضوء فى الوقت .

وقال الشيخ تاج الدين السبكى ، فى التوشيح : قد يقال : المكره قد يدهش ، حتى عن الايماء بالطرف ؛ ويكون مؤخرا معذورا ، كالمكره على الطلاق ؛ لايلزمه التورية إذا اندهش قطعا ؛

مايحصل به الاكراه

قال الرافعى : الذى مال إليه المعتبرون : أن الاكراه على القتل لايحصل إلا بالتخويف بالقتل ، أو مايخاف منه القتل ؛

وأما غيره ، ففيه سبعة أوجه .

أحدها : لايحصل إلا بالقتل .

الثانى : القتل ، أو القطع ، أو ضرب يخاف منه الهلاك .

الثالث : مايسلب الاختيار ، ويجعله كالهارب من الأسد الذى يتخطى الشوك والنار ولا يبالى ، فيخرج عنه الحبس :

الرابع : اشتراط عقوبة بدنية ، يتعلق بها قود :

الخامس : إشتراط عقوبة شديدة تتعلق ببدنه ، كالحبس الطويل :

السادس : أنه يحصل بما ذكر ، وبأخذ المال ، أو إتلافه ، والاستخفاف بالأماثل ، وإهانتهم ، كالصفع بالملأ ، وتسويد الوجه : وهذا اختيار جمهور العراقيين ، وصححه الرافعى :

السابع : — وهو اختيار النووى فى الروضة — : أنه يحصل بكل مايؤثر العاقل الاقدام عليه ، حذرا ما هدد به ، وذلك يختلف باختلاف الأشخاص ، والأفعال المطلوبة ، والأمور المخوف بها فقد يكون الشيء إكراها فى شيء دون غيره ، وفى حق شخص دون آخر .

فالإكراه على الطلاق يكون بالتخويف بالقتل ، والقطع ، والحبس الطويل ، والضرب الكثير ، والمتوسط لمن لايحتمله بدنه ولم يعتده ، وبتخويف ذى المروءة بالصفع فى الملأ وتسويد الوجه ، ونحوه ، وكذا بقتل الوالد وإن علا والولد ، وإن سفل على الصحيح : لاسائر المحارم : وإتلاف المال على الأصح :

وإن كان الاكراه على القتل ، فالتخويف بالحبس ، وقتل الولد ليس إكراها :

وإن كان على إتلاف مال ، فالتخويف بجميع ذلك إكراه :

قال النووى : وهذا الوجه أصح : لكن فى بعض تفصيله المذكور نظر .

والتهديد بالنفى عن البلد إكراه على الأصح ، لأن مفارقة الوطن شديدة ، ولهذا جعلت عقوبة للزانى .

وكذا تهديد المرأة بالزنا ، والرجل باللواط :

ولا بد فى كل ذلك من أمور :

أحدها : قدرة المكره على تحقيق ماهدد به بولاية ، أو تغلب ، أو فرط هجوم :

ثانيها : عجز المكره عن دفعه بهرب ، أو استغاثة ، أو مقاومة :

ثالثها : ظنه أنه إن امتنع مما أكره عليه أوقع به المتوعد :

رابعها : كون المتوعد مما يحرم تعاطيه على المكره .

فلو قال ولى القصاص للجانى : طلق امرأتك ، وإلا اقتصصت منك . لم يكن إكراها .

خامسها : أن يكون عاجلا :

فلو قال : طلقها وإلا قتلتك غدا ، فليس بإكراه .

سادسها : أن يكون معينا ؛

فلو قال : اقتل زيدا ، أو عمرا ، فليس بإكراه ؛

سابعها : أن يحصل بفعل المكره عليه التخلص من المتوعد به ؛

فلو قال : اقتل نفسك ، وإلا قتلتك ، فليس بإكراه ؛

ولا يحصل الإكراه بقوله : وإلا قتلت نفسي ، أو كفرت ، أو أبطلت صومي ، أو صلاتي ؛

ويشترط في الاكراه على كلمة الكفر طمأنينة القلب بالإيمان ؛

فلو نطق معتقدا بها كفر ، ولو نطق غافلا عن الكفر والإيمان ففي ردته وجهان في الحاوي ؛ قال في المطلب : والآية تدل على أنه مرتد .

قال الماوردي : والأحوال الثلاثة يأتي مثلها في الطلاق ، ولا يشترط في الطلاق التورية ، بأن ينوي غيرها على الأصح ؛

وفي شرب المهذب : نص الشافعي على أن من أكره على شرب خمر ، أو أكل محرم يجب أن يتقيأ إذا قدر .

أمر السلطان ، هل يكون إكراها ؟

اختلف في أمر السلطان : هل ينزل منزلة الإكراه ؟ على وجهين ، أو قولين :

أحدهما : لا ، وإنما الإكراه بالتهديد صريحا ، كغير السلطان .

والثاني : نعم ، لعلتين :

إحداهما : أن الغالب من حاله السطوة عند المخالفة ؛

والثاني : أن طاعته واجبة في الجملة ، فيتهض ذلك شبهة ؛

قال الرافعي : ومقتضى ماذكره الجمهور صريحا ودلالة : أنه لاينزل منزلة الإكراه ؛

قال : ومثل السلطان في إجراء الخلاف : الزعيم ، والمتغلب . لأن المدار على خوف المحذور من مخالفته .

وأما حكم الحاكم وحكم الشرع ، فهل ينزلان منزلته ؟

فيه فروع :

منها : لو حلف لايفارقه ، حتى يستوفي حقه فأفلس ؛ ومنعه الحاكم من ملازمته ، ففيه قولا المكره ؛

ومنها : لوحلف ليطأن زوجته الليلة ؛ فوجدها حائضا ، لم يحنث ، كما لو أكره على ترك الوطء .

ومنها : قال ، إن لم تصومي غدا فأنت طالق ، فحاضت فوقوع الطلاق على الخلاف في المكره ؛ ذكره الرافعي .

ومنها : من ابتلع طرف خيط ليلا ، وبقي طرفه خارجا ، ثم أصبح صائما ؛ فان نزعه أفطر ، وإن تركه لم تصح صلاته ؛ لأنه متصل بنجاسة ؛

وقال في الخادم : فطريقه أن يجبره الحاكم على نزعه ، ولا يفطر لأنه كالمكره ؛

قال : بل لو قيل : لا يفطر بالنزع باختياره لم يبعد تنزيلا لإيجاب الشرع منزلة الاكراه ، كما إذا حلفت : أن يطأها في هذه الليلة ، فوجدها حائضا لا يحنث ؛

ومنها : لو حلفت لا يحلف يمينا مغلظة ، فوجب عليه يمين وقلنا بوجوب التغليظ حلفت ، وحنث .

ومنها : لو كان له عبد مقيد ، فحلفت بعتقه أن في قيده عشرة أرطال ؛ وحلف بعتقه لا يحله هو ولا غيره ، فشهد عند القاضي عدلان أن في قيده خمسة أرطال ، فحكم بعتقه ، ثم حل القيد ، فوجده عشرة أرطال ؛ قال ابن الصباغ : لا شيء على الشاهدين ؛ لأن العتق حصل بحل القيد ، دون الشهادة لتحقق كذبهما ؛ حكاه الرافعي في أواخر العتق ؛

تنبيـــه

يقع في الفتاوى كثيرا أن رجلا حلف بالطلاق لا يؤدي الحق الذي عليه ، فيفتى في خلاصه بأن يرفع إلى الحاكم ، فيحكم عليه بالأداء ؛ وأنه لا يحنث ، تنزيلا للحكم منزلة الاكراه .

وعندي في هذه وقفة :

أما أولا : فلأن الشيخين : لم ينزلا الحكم منزلة الاكراه في كل صورة ، ولا قررا ذلك : قاعدة عامة ، بل ذكراها في بعض الصور ؛ وذكر اخلافه في بعضها ، كما تراه ؛ فليس إلحاق هذه الصورة بالصورة التي حكما فيها بعدم الحنث أولى من إلحاقها بالتي حكما فيها بالحنث .

أما ثانيا : فلأن الاكراه بحق ، لا أثر له في عدم النفوذ ، بدليل صحة بيع من أكرهه الحاكم على بيع ماله لوفاء دينه ، وطلاق المولى إذا أكرهه الحاكم لأن الاكراه فيهما بحق ؛

فالذي ينشرح له الصدر فيما نحن فيه : القول بالحنث ، ولا أثر للحكم في منعه ؛

هذا إذا كان معترفا بالحق ؛ فان كان منكرا له ، وثبت بالبينة قوي في هذه الحالة عدم الحنث لأنه يزعم أنه مظلوم في هذا الحكم ، فلم يكن الاكراه بحق في دعواه ؛ والطلاق لا يقع بالشك ؛ وقولي في هذه الحالة : بعدم الحنث : أي ظاهرا ؛

فلو كانت البينة صادقة في الواقع ، وهو عالم بأن عليه ما شهدت به ؛ وقع باطنا ؛ والله أعلم ؛

ثم رأيت الزركشي قال في قواعده : ذكر الرافعي في كتاب الطلاق : أنه لو قال : إن أخذت مني جعلك ، فأنت طالق . فأكرهه السلطان ، حتى أعطى بنفسه فعلى القولين في فعل المكره .

وقضيته : ترجيح عدم الحنث ، والمتجه خلافه ، لأنه إكراه بحق هذه عبارته .

القول : في النائم ، والمجنون ، والمغمى عليه

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاث : عن النائم ، حتى يستيقظ ، وعن المبتلى ، حتى يبرأ ، وعن الصبي ، حتى يكبر » .

هذا حديث صحيح ، أخرجه أبو داود بهذا اللفظ . من حديث عائشة رضي الله عنها .

وأخرجه من حديث علي وعمر بلفظ « عن المجنون ، حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يعقل »

وأخرجه أيضا عنهما بلفظ « عن المجنون حتى يفيق » ، وبلفظ « عن الصبي ، حتى يحتلم » وبلفظ « حتى يبلغ » .

وذكر أبو داود : أن ابن جريج رواه عن القاسم بن يزيد ، عن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم ، فزاد فيه « والخرف » .

وأخرجه الطبراني من حديث ابن عباس ، وشداد بن أوس ، وثوبان والبزار من حديث أبي هريرة .

قلت : قد ألف السبكي في شرح هذا الحديث كتابا ، سماه « إبراز الحكم ، من حديث : رفع القلم » ، ذكر فيه ثمانية وثلاثين فائدة تتعلق به .

وأنا أنقل منه هنا في مبحث الصبي ما تراه إن شاء الله تعالى .

وأول ما نبه عليه : أن الذي وقع في جميع روايات الحديث : في ستن أبي داود ، وابن ماجه ، والنسائي ، والدارقطني « عن ثلاثة » باثبات الهاء ، ويقع في بعض كتب الفقهاء « ثلاث » بغير هاء .

قال : ولم أجد لها أصلا .

قال الشيخ أبو إسحاق : « العقل » صفة يميز بها الحسن والقبيح .

قال بعضهم : ويزيله الجنون والإغماء والنوم .

وقال الغزالي : الجنون يزيله والإغماء يغمره والنوم يستره .

قال السبكي : وإنما لم يذكر المغمى عليه في الحديث ، لأنه في معنى النائم وذكر الخرف في بعض الروايات ، وإن كان في معنى المجنون لأنه عبارة عن اختلاط العقل بالكبر ، ولا يسمى جنونا ، لأن الجنون يعرض من أمراض سوداوية ويقبل العلاج ، والخرف بخلاف ذلك .

ولهذا لم يقل في الحديث «حتى يعقل» لأن الغالب أنه لا يبرأ منه إلى الموت ؛

قال : ويظهر أن الخرف رتبة بين الإغماء والجنون ، وهي إلى الإغماء أقرب انتهى ؛

واعلم : أن الثلاثة قد يشتركون في أحكام ، وقد ينفرد النائم عن المجنون والمغمى عليه تارة ويلحق بالنائم ، وتارة يلحق بالمجنون ؛

وبيان ذلك بفروع

الأول : الحدث يشترك فيه الثلاثة .

الثاني : استحباب الغسل عند الإفاقة للمجنون ، ومثله المغمى عليه ؛

الثالث : قضاء الصلاة إذا استغرق ذلك الوقت ، يجب على النائم ، دون المجنون ، والمغمى عليه كالمجنون ؛

الرابع : قضاء الصوم إذا استغرق النهار ، يجب على المغمى عليه بخلاف المجنون ؛

والفرق بينه وبين الصلاة : كثرة تكررها ؛

ونظيره : وجوب قضاء الصوم على الحائض والنفساء ، دون الصلاة ؛

وأما النائم : إذا استغرق النهار وكان نوى من الليل - فانه يصح صومه على المذهب ؛

والفرق بينه وبين المغمى عليه : أنه ثابت العقل ، لأنه إذا نبه انتبه بخلافه ؛

وفي النوم وجه : أنه يضر كالإغماء .

وفي الإغماء وجه : أنه لا يضر كالنوم ، ولا خلاف في الجنون ؛

وأما غير المستغرق من الثلاثة ، فالنوم لا يضر بالإجماع ، وفي الجنون قولان : الجديد البطلان ، لأنه مناف للصوم ، كالحيض وقطع به بعضهم ؛

وفي الإغماء طرق :

أحدها : لا يضر إن أفاق جزءا من النهار ، سواء كان في أوله أو آخره ؛

والثاني : القطع بأنه إن أفاق في أوله صح ، وإلا فلا ؛

والثالث : وهو الأصح - فيه أربعة أقوال ، أظهرها لا يضر إن أفاق لحظة ما ؛

والثاني : في أوله خاصة ؛

والثالث : في طرفيه ؛

والرابع : يضر مطلقا فيه ، فتشترط الإفاقة جميع النهار ؛

والفرع الخامس : الأذان ؛

لو نام أو أغمي عليه أثناءه ، ثم أفاق ؛ إن لم يطل الفصل بنى ، وإن طال ، وجب والاستئناف على المذهب ؛

قال في شرح المهذب ، قال أصحابنا : والجنون هنا كالإغماء ؛

السادس : لو لبس الخف ، ثم نام حتى مضى يوم وليلة انقضت المدة ؛

قال البلقيني : ولو جن أو أغمى عليه ، فالقياس أنه لاتحسب عليه المدة لأنه لاتجب عليه الصلاة ، بخلاف النوم لوجوب القضاء ؛

قال : ولم أر من تعرض لذلك ؛

السابع : إذا نام المعتكف حسب زمن النوم من الاعتكاف قطعا ، لأنه كالمستيقظ ؛ وفي زمان الإغماء وجهان : أصحهما يحسب ولا يحسب زمن الجنون قطعا ، لأن العبادات البدنية لايصح أداؤها في حال الجنون ؛

الثامن : يجوز للولي أن يحرم عن المجنون بخلاف المغمى عليه كما جزم به الرافعي ؛

التاسع : الوقوف بعرفة لايصح من المجنون ؛ والمغمى عليه مثله في الأصح ، بخلاف النائم المستغرق في الأصح ؛

وحكى الرافعي عن المتولي ـ وأقره ـ : أنه إذا لم يجزه في المجنون يقع نفلا ، كحج الصبي ؛

وكذا المغمى عليه ، كما في شرح المهذب .

العاشر : يصح الرمي عن المغمى عليه ، ممن أذن له قبل الإغماء ، في حال تجوز فيه الاستنابة ؛

قال في شرح المهذب : والمجنون مثله ، صرح به المتولي وغيره ؛

الحادي عشر : يبطل بالجنون كل عقد جائز ، كالوكالة إلا في رمي الجمار ، والإيداع والعارية والكتابة الفاسدة ، ولا يبطل بالنوم : وفي الإغماء وجهان : أصحهما كالجنون ؛

الثاني عشر : ينعزل القاضي بجنونه وبإغمائه بخلاف النوم ؛

الثالث عشر : ينعزل الإمام الأعظم بالجنون : ولا ينعزل بالإغماء لأنه متوقع الزوال

الرابع عشر : إذا جن ولي النكاح ؛ انتقلت الولاية للأبعد والإغماء إن دام أياما ، في وجه : كالجنون ، والأصح لا ، بل ينتظر كما لو كان سريع الزوال .

الخامس عشر : يزوج المجنون وليه بشرطه المعروف ولا يزوج المغمى عليه كما يفهم من كلامهم ، وهو نظير الاحرام بالحج ؛

السادس عشر : قال الأصحاب : لايجوز الجنون على الأنبياء لأنه نقص ويجوز عليهم الاغماء لأنه مرض ، ونبه السبكي على أن الاغماء الذي يحصل لهم ليس كالاغماء الذي يحصل لآحاد الناس ، وإنما هو اغلبة الأوجاع للحواس الظاهرة فقط دون القلب ؛

قال : لأنه قد ورد « أنه إنما تنام أعينهم دون قلوبهم » فإذا حفظت قلوبهم وعصمت من النوم الذي هو أخف من الإغماء ، فمن الاغماء بطريق الأولى ، انتهى : وهو نفيس جدا ؛

السابع عشر : الجنون يقتضي الحجر ، وأما الاغماء فالظاهر أنه مثله ، كما يفهم من كلامهم .

الثامن عشر : يشترك الثلاثة فى عدم صحة مباشرة العبادة والبيع والشراء ، وجميع التصرفات من العقود والفسوخ كالطلاق والعتق ، وفى غرامة المتلفات وأروش الجنايات .

التاسع عشر : لاينقطع خيار المجلس بالجنون والاغماء على الصحيح .

ولم أر من تعرض للنوم .

العشرون : لو قال إن كلمت فلانا فأنت طالق ، فكلمته وهو نائم أو مغمى عليه أو هذت بكلامه فى نومها وإغمائها ، أو كلمته وهو مجنون طلقت أو وهى مجنونة : قال ابن الصباغ : لاتطلق ، وقال القاضى حسين تطلق .

قال الرافعى : والظاهر تخريجه على حنث الناسى .

الحادى والعشرون ، لو وطئ المجنون زوجة ابنه حرمت عليه ، قاله القاضى حسين .

الثانى والعشرون : ذهب القاضى والفورانى إلى أن المجنون لايتزوج الأمة ، لأنه لايخاف من وطء يوجب الحد والإثم ، ولكن الأصح خلافه ، كذا فى الأشباه والنظائر لابن الوكيل .

ثم ذكر أن الشافعى نص على أن المجنون لايزوج منه أمة .

فرع

قال النووى فى شرح المهذب : يسن إيقاظ النائم للصلاة ، لاسيما إن ضاق وقتها .

وقال السبكى فى كتابه المتقدم ذكره : إذا دخل على المكلف وقت الصلاة وتمكن من فعلها وأراد أن ينام قبل فعلها ، فان وثق من نفسه أنه يستيقظ قبل خروج الوقت بما يمكنه أن يصلى فيه ، جاز وإلا لم يجز ، وكذا لو لم يتمكن ولكن بمجرد دخول الوقت قصد أن ينام ، فان نام حيث لم يثق من نفسه بالاستيقاظ أثم إثمين ؛ أحدهما إثم ترك الصلاة ، والثانى إثم التسبب إليه ، وهو معنى قولنا : يأثم بالنوم .

وإن استيقظ على خلاف ظنه ؛ وصلى فى الوقت لم يحصل له إثم ترك الصلاة ،

وأما ذلك الاثم الذى حصل ، فلا يرتفع إلا بالاستغفار .

ولو أراد أن ينام قبل الوقت وغلب على ظنه أن نومه يستغرق الوقت ، لم يمتنع عليه ذلك لأن التكليف لم يتعلق به بعد ، ويشهد له ماورد فى الحديث « أن امرأة عابت زوجها بأنه ينام حتى تطلع الشمس ، فلا يصلى الصبح إلا ذلك الوقت فقال : إنا أهل بيت معروف لنا ذلك - أى ينامون من الليل حتى تطلع الشمس - فقال النبى صلى الله عليه وسلم : إذا استيقظت فصل » .

وأما إيقاظ النائم الذى لم يصل ، فالأول - وهو الذى نام بعد الوجوب - يجب إيقاظه من باب النهى عن المنكر .

وأما الذى نام قبل الوقت فلا ، لأن التكليف لم يتعلق به ، لكن إذا لم يخش عليه ضرر فالأولى إيقاظه ؛ لينال الصلاة فى الوقت انتهى ملخصا .

القول فى السكران

« اختلف فى تكليفه على قولين »

والأصح المنصوص فى الأم : أنه مكلف .

قال الرافعى : وفى محل القولين أربع طرق أصحهما ، أنهما جاريان فى أقواله وأفعاله كلها ، ماله وما عليه .

والثانى : أنهما فى أقواله كلها ، كالطلاق والعتاق والاسلام والردة ، والبيع والشراء وغيرها .

وأما أفعاله : كالقتل والقطع وغيرها ، فكأفعال الصاحى بلا خلاف لقوة الأفعال .

الثالث : أنهما فى الطلاق والعتاق والجنايات .

وأما بيعه وشراؤه وغيرهما من المعاوضات ، فلا يصح بلا خلاف ، لأنه لا يعلم ما يعقد عليه والعلم شرط فى المعاملات .

الرابع أنهما فيما له ، كالنكاح والاسلام .

أما ما عليه كالإقرار والطلاق والضمان ، فينفذ قطعا تغليظا .

وعلى هذا لو كان له من وجه ، وعليه من وجه ، كالبيع والاجارة نفذ تغليبا بطريق التغليظ .

هذا ما أورده الرافعى .

وقد اغتر به بعضهم فقال تفريعا على الأصل :

السكران فى كل أحكامه كالصاحى ، إلا فى نقض الوضوء .

قلت : وفيه نظر ، فالصواب تقييد ذلك بغير العبادات

ويستثنى منه الاسلام .

أما العبادات ، فليس فيها كالصاحى كما تبين ذلك .

فمنها الأذان ، فلا يصح أذانه على الصحيح ؛ كالمجنون والمغمى عليه ، لأن كلامه لغو وليس من أهل العبادة ، وفيه وجه أنه يصح بناء على صحة تصرفاته .

قال فى شرح المهذب ، وليس بشىء .

قال ، أما من هو فى أول النشوة ، فيصح أذانه بلا خلاف .

ومنها ، لو شرب المسكر ليلا وبقى سكره جميع النهار ، لم يصح صومه ، وعليه القضاء ، وإن صحا فى بعضه فهو كالاغماء فى بعض النهار .

ومنها لو سكر المعتكف ، بطل اعتكافه وتتابعه أيضا .

واعلم ، أن فى بطلان الاعتكاف بالسكر والردة ، ستة طرق ، نظير مسألة العفو عما لايدركه الطرف فى الماء والثوب :

الأول ، وهو الأصح ، يبطل بهما قطعا لأنهما أفحش من الخروج من المسجد .

والثانى ، لا ، قطعا .

والثالث ، فيهما قولان .

والرابع ، يبطل فى السكر دون الردة ، لأن السكران ليس من أهل المقام فى المسجد لأنه لايجوز إقراره فيه ، فصار كما لو خرج من المسجد ، والمرتد من أهل المقام فيه ، لأنه يجوز إقراره فيه .

والخامس ، يبطل فى الردة دون السكر ، لأنه كالنوم بخلافها ، لأنها تنافى العبادات .

والسادس ، يبطل فى السكر لامتداد زمانه ، وكذا الردة إن طال زمانها ، وإلا فلا .

قال الرافعى ، ولاخلاف أنه لايحسب زمانهما .

ومنها : لايصح وقوف السكران بعرفة ، سواء كان متعديا أم لا ، كالمغمى عليه ، ذكره فى شرح المهذب .

ومنها : فى وجوب الرد عليه إذا سلم ، وكذا المجنون ، وجهان فى الروضة بلاترجيح قال فى شرح المهذب ، والأصح أنه لايجب الرد عليهما ، ولا يسن ابتداؤهما .

فهذه فروع ليس السكران فيها كالصاحى .

وبقى فرع ، لم أر من ذكره وهو :

لو بان إمامه سكران ، فهل تجب الاعادة كما لو بان مجنونا ، لأنه لايخفى حاله أولا ، كما لو بان محدثا ؟ الظاهر الأول .

حد السكر

« فيه عبارات »

قال الشافعى : السكران هو الذى اختلط كلامه المنظوم وانكشف سره المكتوم .

وقال المزنى : هو الذى لايفرق بين السماء والأرض ولا بين أمه وامرأته .

وقيل : هو الذى يفصح بما كان يحتشم منه .

وقيل : الذى يتمايل فى مشيه ويهذى فى كلامه .

وقيل : الذى لايعلم مايقول .

وقال ابن سريج : الرجوع فيه إلى العادة ، فإذا انتهى تغيره إلى حالة يقع عليه اسم

السكران ، فهو المراد بالسكران ؟

قال الرافعي : وهو الأقرب ؟

ولم يرتض الامام شيئا من هذه العبارات ؟

وقال: الشارب له ثلاثة أحوال:

أولها هزة ونشاط ، يأخذه إذا دبت الخمر فيه ولم تستول عليه بعد ، ولا يزول العقل في هذه الحالة بلا خلاف ، فهذا ينفذ طلاقه وتصرفاته لبقاء عقله ؟

الثانية نهاية السكر : وهو أن يصير طافحا ويسقط كالمغشى عليه ، لا يتكلم ولا يكاد يتحرك ، فلا ينفذ طلاقه ولا غيره ، لأنه لا عقل له ؟

الثالثة حالة متوسطة بينهما : وهو أن تختلط أحواله ولا تنتظم أقواله وأفعاله ويبقى تمييز وفهم وكلام، فهذه الثلاثة سكر، وفيها القولان ؟

وما ذكره في الحالة الثانية تابعه عليه الغزالي ، وجعلا لفظه كلفظ النائم .

قال الرافعي في الطلاق : ومن الأصحاب من جعله على الخلاف ، لتعديه بالتسبب إلى هذه الحالة ؟

قال : وهو أوفق لإطلاق الأكثرين ؟

قال الأسنوي : وقد خالف في مواضع ، فجزم بأن الطافح الذي سقط تمييزه بالكلية كلامه لغو ؟

ومنها : في ولاية النكاح — فقال : السكر إن حصل بسبب يفسق به ، فان قلنا الفاسق لا يلي ، فذاك ، وإن قلنا ، يلي أو حصل بسبب لا يفسق ، فان لم ينفذ تصرف السكران فالسكر كالاغماء ، وإن جعلنا تصرفه كتصرف الصاحي ؛ فمنهم من صحح تزويجه ومنهم من منع لاختلال نظره ؟

ثم الخلاف فيما إذا بقي له تمييز ونظر ؟

فأما الطافح الذي سقط تمييزه بالكلية فكلامه لغو ؟

ومنها : في أواخر الطلاق قال : إن كلمت فلانا فأنت طالق فكلمته وهو سكران ، أو مجنون طلقت ؟

قال ابن الصباغ: يشترط أن السكران بحيث يسمع ويتكلم ؟

وأما كلامها في سكرها ، فتطلق به على الأصح إلا إذا انتهت إلى السكر الطافح ؟

وذكر مثله في الأيمان ؟

تنبيـــه

من المشكل : قول المنهاج فى عدة مواضع :

منها : « فى الطلاق » يشترط لنفوذه : التكليف إلا السكران ؛

وقال فى الدقائق وغيرها : إن قوله « إلا السكران » زيادة على المحرر ، لابد منها ؛ فانه غير مكلف ، مع أنه يقع طلاقه ؛

قال الأسنوى : وهذا كلام غير مستقيم ، فان الصواب : أنه مكلف .

وحكمه كحكم الصاحى فيما له وعليه ، غير أن الأصوليين قالوا : إنه غير مكلف ، وأبطلوا تصرفاته مطلقا ؛ فخلط النووى طريقة الفقهاء بطريقة الأصوليين ، فانه نفى عنه التكليف ومع ذلك حكم بصحة تصرفاته ، وهما طريقتان لا يمكن الجمع بينهما ؛

وقال فى الخادم : ماذكره الأسنوى مردود ، بل الأصوليون قالوا : إنه غير مكلف مع قولهم بنفوذ تصرفاته ، صرح بذلك الامام والغزالى ، وغيرهما ؛ وأجابوا عن نفوذ تصرفاته بأنها من قبيل ربط الأحكام بالأسباب ، الذى هو خطاب الوضع ، وليس من باب التكليف ؛

وعن ابن سريج : أنه أجاب بجواب آخر ، وهو أنه لما كان سكره لا يعلم إلا من جهته ، وهو متهم فى دعوى السكر لفسقه . ألزمناه حكم أقواله ، وأفعاله ؛ وطردنا مالزمه فى حال الصحة ؛

القول فى أحكام الصبى

قال فى كفاية المتحفظ : الولد مادام فى بطن أمه فهو جنين ، فاذا ولدته سمى صبيا ، فاذا فطم سمى غلاما ، إلى سبع سنين ، ثم يصير يافعا ، إلى عشر ، ثم يصير حزورا ، إلى خمسة عشر ؛ انتهى ؛

والفقهاء يطلقون الصبى على من لم يبلغ ، وهو فى الأحكام على أربعة أقسام :

الأول : مالا يلحق فيه بالبالغ ، بلا خلاف ، وذلك فى التكاليف الشرعية : من الواجبات والمحرمات ، والحدود ؛ والتصرفات : من العقود ، والفسوخ ، والولايات ؛

ومنها : تحمل العقل ؛

الثانى : مايلحق فيه بالبالغ ، بلا خلاف عندنا

وفى ذلك فروع :

منها : وجوب الزكاة فى ماله ، والانفاق على قريبه منه ، وبطلان عبادته بتعمد المبطل لا خلاف فى ذلك : فى الطهارة ، والصلاة ، والصوم ، وصحة العبادات منه ، وترتب الثواب عليها ، وإمامته فى غير الجمعة ، ووجوب تبييت النية فى صوم رمضان ؛

قال فى الروضة ، فى باب الغصب : الرجل ، والمرأة ، والعبد ، والفاسق ، والصبى المميز يشتركون فى جواز الإقدام على إزالة المنكرات ، ويثاب الصبى عليه ، كما يثاب البالغ ، وليس لأحد منعه من كسر الملاهى ، وإراقة الخمر ، وغيرها من المنكرات ، كما ليس له منع البالغ ، فإن الصبى - وإن لم يكن مكلفا فهو من أهل القرب ، وليس هذا من الولايات .

وقال السبكى : خطاب الندب ثابت فى حق الصبى ، فإنه مأمور بالصلاة ، من جهة الشارع أمر ندب ، مثاب عليها ، وكذلك يوجد فى حقه خطاب الإباحة ، والكراهة ، حيث يوجد خطاب الندب ، وهو ما إذا كان مميزا . انتهى .

الثالث : مافيه خلاف ، والأصح أنه كالبالغ

وفيه فروع :

الأول : إذا أحدث الصبى ، أو أجنب ، وتطهر ، فطهارته كاملة ، فلو بلغ صلى بها ، ولم يجب إعادتها .

وفى وجه ، حكاه المتولى عن المزنى : أنها ناقصة ، فتلزمه الإعادة إذا بلغ .

ولو تيمم ، ثم بلغ ، لم يبطل تيممه فى الأصح ، ويصلى به الفرض فى الأصح .

وفى وجه : يبطل ، وفى آخر : يصلى به النفل ، دون الفرض .

الثانى : فى صحة أذانه : وجهان : الصحيح - وبه قطع الجمهور - : صحته ، لكن يكره .

الثالث : القيام فى صلاة الفرض : هل يجب فى صلاة الصبى ، أو يجوز له القعود ؟ وجهان فى الكفاية ، بلا ترجيح .

قال الأذرعى : والأصح عند صاحب البحر : المنع .

قال الأسنوى : ويجريان فى الصلاة المعادة .

قال : وكلام الأكثرين مشعر بالمنع .

قلت : ولا ينبغى أن يجريا فيما إذا خطب الصبى للجمعة بل يقطع بمنع القعود .

الرابع فى صحة إمامته فى الجمعة قولان أصحهما الصحة بشرط أن يتم العدد بغيره .

الخامس فى سقوط فرض صلاة الجنازة به وجهان أصحهما السقوط لأنه تصح إمامته فأشبه البالغ .

وفى نظيره : من رد السلام وجهان أصحهما عدم السقوط .

والفرق : أن المقصود هناك الدعاء وهو حاصل ، وهنا الأمان .

وفى سقوط فرض صلاة الجماعة بالصبيان : احتمالان للمحب الطبرى .

السادس : فى جواز توكيله فى دفع الزكاة وجهان : الأصح الجواز .

السابع : يجوز اعتماد قوله فى الإذن ودخول دار وإيصال هدية فى الأصح .
ومحل الوجهين : ما إذا لم تكن قرينة وإلا فيعتمد قطعا .
الثامن : يحصل بوطئه التحليل على المشهور ، إذا كان ممن يتأتى منه الجماع .
أما الصغيرة المطلقة ثلاثا إذا وطئت ففيها طريقان ، أصحهما الحل قطعا .
والثانى : فى التى لا تشتهى ، الوجهان فى الصبى .
التاسع : التقاطه صحيح على المذهب ، كاحتطابه واصطياده .
العاشر : فى وجوب الرد عليه إذا سلم ، وجهان أصحهما الوجوب .
الحادى عشر : فى حل ما ذبحه ، قولان أصحهما الحل ، فان كان مميزا حل قطعا .
الثانى عشر : فى صحة إسلام الصبى المميز استقلالا ، وجهان المرجح منهما البطلان والمختار عند البلقينى : الصحة وهو الذى أعتقده .
ثم رأيت السبكى مال إليه فقال فى كتابه «إبراز الحكم» استدل من قال ببطلانه بالحديث بمثل ما احتج به لبطلان بيعه .
ووجه الدلالة فى البيع : أنه لو صح لاستلزام المؤاخذة بالتسليم ، والمطالبة بالعهدة ، والحديث دل على عدم المؤاخذة .
ولو صح أيضا لكلف أحكام البيع وهو لا يكلف شيئا ، وكذا فى الإسلام : لو صح لكلف أحكامه واللازم منتف بالحديث .
قال : وهذا استدلال ضعيف لأنه يكفى فى ترتيب أحكامه ظهور أثرها بعد البلوغ .
والقائل بصحة إسلامه يقول : أنه إذا بلغ ووصف الكفر صار مرتدا وهذا لا ينفيه الحديث ، إنما ينفى المؤاخذة حين الصبى والإسلام كالعبادات ، فكما يصح منه الصوم والصلاة والحج وغيرها : يصح منه الإسلام انتهى .
قلت : ومما يدل لصحته من الحديث : ما رواه أبو داود فى سننه عن مسلم التميمى : قال «بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سرية ، فلما هجمنا على القوم تقدمت أصحابى على فرس ، فاستقبلنا النساء والصبيان يضجون ، فقلت لهم : تريدون أن تحرزوا أنفسكم؟ قالوا نعم : قلت قولوا : نشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله ، فقالوها فجاء أصحابى فلاموني وقالوا : أشرفنا على الغنيمة فمنعتنا ، ثم انصرفنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أتدرون ما صنع ؟ لقد كتب الله له بكل إنسان كذا وكذا ، ثم أدنانى منه»
الثالث عشر : فى كونه كالبالغ فى تحريم النظر ، حتى يجب على المرأة الاحتجاب منه وجهان . أصحهما نعم .
الرابع عشر : فى استحقاق سلب القتيل الذى يقتله ، وجهان أصحهما نعم .
الخامس عشر : فى جواز القصر والجمع له : رأيان .

قال صاحب البيان : لايجوز لأنهما إنما يكونان فى الفرائض ، والأصح الجواز ؛
قال العبادى : فلوجمع تقديما ثم بلغ، لم تلزمه الإعادة .
السادس عشر : فى كون عمده فى الجنايات عمدا ، قولان الأظهر نعم ؛
ويلبنى على ذلك فروع :
منها : وجوب القصاص على شريكه بجرح أو إكراه ؛
ومنها : تغليظ الدية عليه ؛
ومنها : فساد الحج بجماعه ، ووجوب الكفارة والقضاء ؛
ومنها : وجوب الفدية إذا ارتكب باقى المحظورات ؛
ومنها : إذا وطىء أجنبية ، فهو زنا إلاأنه لاحد فيه لعدم التكليف ، وعلى القول الآخر : هو كالواطىء بشبهة ، فيترتب عليه تحريم المصاهرة ؛
الرابع : مافيه خلاف ، والأصح أنه ليس كالبالغ .
وفيه فروع :
الأول : سقوط السلام برده ، كما مر ؛
الثانى : وجوب نية الفرضية فى الصلاة ؛ الأصح : لايشترط فى حقه ، كما صوبه فى شرح المهذب ؛
الثالث : قبول روايته ، فيه وجهان ، والأصح : المنع ؛
الرابع ، والخامس : فى وصيته ، وتدبيره ، قولان ؛ والأظهر : بطلانهما ؛
السادس : فى منعه من مس المصحف ، وهو محدث : وجهان ، والأصح : لا ؛
قال الأسنوى : ولم أر تصريحا بتمكينه فى حال الجنابة ؛ والقياس : المنع ، لأنها نادرة وحكمها أغلظ ؛
قلت : صرح النووى بالمسألة فى فتاويه ، وسوى فيه بين الجنابة ، والحدث ؛
قال فى الخادم : وفيه نظر ، لأنها لاتتكرر ، فلا يشق ؛
قال : وعلى قياسه : يجوز المكث فى المسجد ، وهو بعيد ، إذ لاضرورة ؛
السابع : فى منعه من لبس الحرير : وجهان : أصحهما لايمنع ؛
الثامن : إذا بطل أمان رجال ، لايبطل أمان الصبيان ، فى الأصح ؛
التاسع : هل يجوز أن يلتقط المميز ؟ وجهان ؛ الصحيح : نعم ، كغيره ؛
العاشر : إذا انفرد الصبيان بغزوة وغنموا ، خمست ؛ وفى الباقى أوجه : أصحها تقسم بينهم كما يقسم الرضخ ، على مايقتضيه الرأى ، من تسوية ، وتفضيل ؛
الثانى : يقسم ، كالغنيمة . للفارس : ثلاثة أسهم ، وللراجل : سهم ؛
والثالث : يرضخ لهم منه ؛ ويجعل الباقى لبيت المال ؛
الحادى عشر : فى صحة الأمان منه : وجهان ؛ أصحهما : لايصح ؛

ضابط

حاصل المواضع التي يقبل فيها خبر المميز : الإذن في دخول الدار ، وإيصال الهدية ، وإخباره بطلب صاحب الدعوة ، واختياره أحد أبويه في الحضانة ، ودعواه : استعجال الإنبات بالدواء ، وشراؤه المحقرات ، نقل ابن الجوزي الإجماع عليه .

مايحصل به البلوغ

« هو أشياء »

الأول : الإنزال ، وسواء فيه الذكر والأنثى ؛

وفي وجه : لايكون بلوغا في النساء ، لأنه نادر فيهن ؛

ووقت إمكانه : استكمال تسع سنين ، وفي وجه : مضي نصف العاشرة ؛ وفي آخر استكمالها ؛

قال الأسنوي : وهذان الوجهان في الصبي ؛

أما الصبية : فقيل : أول التاسعة ؛ وقيل : نصفها ، صرح به في التتمة .

وتعليل الرافعي يرشد إليه ؛

ونظيره : الحيض ، والأصح فيه : الأول ، وفيه وجه : مضي نصف التاسعة ؛ وفي آخر : الشروع فيها ، واللبن . وجزم فيه بالأول ؛

الثاني : السن ، وهو استكمال خمسة عشر سنة ؛

وفي وجه : بالطعن في الخامسة عشرة ؛

وفي آخر : حكاه السبكي : مضي ستة أشهر منها ؛

قال السبكي : والحكمة في تعليق التكليف بخمس عشرة سنة : أن عندها بلوغ النكاح وهيجان الشهوة ، والتوقان ، وتتسع معها الشهوات في الأكل ، والتبسط ، ودواعي ذلك ويدعوه إلى ارتكاب مالا ينبغي ، ولا يحجره عن ذلك ويرد النفس عن جماحها ، إلا رابطة التقوى ، وتسديد المواثيق عليه والوعيد ، وكان مع ذلك قد كمل عقله ، واشتد أسره ، وقوته ، فاقتضت الحكمة الإلهية توجه التكليف إليه ، لقوة الدواعي الشهوانية ، والصوارف العقلية ، واحتمال القوة للعقوبات على المخالفة ؛

وقد جعل الحكماء للانسان أطوارا ، كل طور سبع سنين ، وأنه إذا تكمل الأسبوع الثاني ، تقوى مادة الدماغ ، لاتساع المجاري ، وقوة الهضم ؛ فيعتدل الدماغ ، وتقوى الفكرة ، والذكر ، وتتفرق الأرنبة ؛ وتتسع الحنجرة ؛ فيغلظ الصوت ، لنقصان الرطوبة وقوة الحرارة ؛ وينبت الشعر لتوليد الأبخرة ، ويحصل الإنزال ، بسبب الحرارة ؛

وتمام الأسبوع الثاني : هو في أواخر الخامسة عشر (لأن الحكماء يحسبون بالشمسية ،

والمشرعون يعتبرون الهلالية وتمام الخامسة عشر) متأخر عن ذلك شهرا ؛ فإما أن تكون الشريعة حكمت بتمامها ، لكونه أمرا مضبوطا ، أو لأن هناك دقائق اطلع الشرع عليها ، ولم يصل الحكماء إليها اقتضت تمام السنة :

قال : وقد اشتملت الروايات الثلاث فى حديث « رفع القلم » وهو قوله « حتى يكبر » ، و « حتى يعقل » و « حتى يحتلم » : على المعانى الثلاثة التى ذكرنا أنها تحصل عند خمس عشرة سنة :

فالكبر : إشارة إلى قوته وشدته ، واحتماله التكاليف الشاقة ، والعقوبات على تركها ؛

والعقل : المراد به فكرة ، فانه وإن ميز قبل ذلك ، لم يكن فكره تاما ، وتمامه عند هذا السن ، وبذلك يتأهل للمخاطبة ، وفهم كلام الشارع ، والوقوف مع الأوامر ، والنواهى ؛

والإحتلام : إشارة إلى انفتاح باب الشهوة العظيمة ، التى توقع فى الموبقات ، وتجذبه إلى الهوى فى الدركات ؛

وجاء التكليف كالحكمة فى رأس البهيمة يمنعها من السقوط ، انتهى كلام السبكى .

ثم قال : وأنا أقول : إن البلوغ فى الحقيقة المقتضى للتكليف : هو بلوغ وقت النكاح للآية ، والمراد ببلوغ وقته بالاشتداد ، والقوة ، والتوقان ، وأشباه ذلك .

فهذا فى الحقيقة : هو البلوغ المشار إليه فى الآية الكريمة ،

وضبطه الشارع بأنواع :

أظهرها : الإنزال ؛

وإذا أنزل تحققنا حصول تلك الحالة : إما قبيل الإنزال ، وإما مقارنه ؛

الثالث : إنبات العانة ، وهو يقتضى الحكم بالبلوغ فى الكفار . وفى وجه : والمسلمين أيضا :

ومبنى الخلاف : على أنه بلوغ حقيقة ، أو دليل عليه ؟ وفيه قولان ؛ أظهرهما : الثانى :

فلو قامت بينة على أنه لم يكمل خمس عشرة سنة ، لم يحكم ببلوغه ؛

الرابع : نبات الإبط ، واللحية ، والشارب ، فيه طريقان :

أحدهما : أنه لا أثر لها قطعا ؛

والثانى : أنها كالعانة ، وألحق صاحب التهذيب الإبط بها ، دون اللحية ، والشارب ؛

الخامس : انفراق الأرنبة ، وغلظ الصوت ، ونهود الثدى ، ولا أثر لها على المذهب وتختص المرأة بالحيض ، والحبل .

فـــرع

إذا بلغ فى أثناء العبادة ، فان كانت صلاة ، أو صوما : وجب إتمامها ، وأجزأت على الصحيح .

والثانى : يستحب الإتمام ، وتجب الإعادة ، لأنه شرع فيها ناقصا :

أو حجا ، أو عمرة : فان كان قبل الوقوف فى الحج ، والطواف فى العمرة : أجزأته عن فرض الاسلام ، وإلا فلا : وفى الحال الأول : تجب إعادة السعى ؛ إن كان قدمه :

فلو بلغ بعد فعلها ، أجزأته الصلاة ، دون الحج ، والعمرة :

والفرق : أنه مأمور بالصلاة ، مضروب عليها : بخلاف الحج ، وأن الحج لما كان وجوبه مرة واحدة فى العمر : اشترط وقوعه فى حال الكمال ، بخلاف الصلاة :

وعتق العبد ، وإفاقة المجنون ، كبلوغ الصبى .

فائدة

ذكر السبكى فى الحديث السابق سؤالين :

أحدهما : أن قوله « حتى يبلغ » و « حتى يستيقظ » و « حتى يفيق » غايات مستقبلة ، والفعل المغيى بها ، هو رفع ماض ، والماضى لايجوز أن تكون غايته مستقبلة ، لأن مقتضى كون الفعل ماضيا : كون أجزاء المغيى جميعها ماضية ، والغاية طرف المغيى : ويستحيل أن يكون المستقبل طرفا للماضى ، لأن الآن فاصل بينهما .

والغاية : إما داخلة فى المغيى فتكون ماضية أيضا ، وإما خارجة مجاورة ، فيصح أن يكون الآن : غاية للماضى : وإما أن تكون منفصلة ، حتى يكون المستقبل المنفصل عن الماضى غاية له : فيستحيل :

الثانى : أن الرفع قد يقال : إنه يقتضى سبق وضع : ولم يكن القلم موضوعا على الصبى :

وأجاب عن الأول : بالتزام حذف ، أو مجاز ، حتى يصح الكلام ، فيقدر : رفع القلم : فلا يزال مرتفعا ، حتى يبلغ ، أو فهو مرتفع :

وعن الثانى : بأن الرفع لايستدعى تقديم وضع ، وبأن البيهقى قال : إن الأحكام ؛ إنما نيطت بخمس عشرة سنة ، من عام الخندق ، وقبل ذلك كانت تتعلق بالتمييز :

فان ثبت هذا احتمل أن يكون المراد بهذا الحديث انقطاع ذلك الحكم ، وبيان أنه ارتفع التكليف عن الصبى ، وإن ميز حتى يبلغ ، فيصح فيه : أنه رفع بعد الوضع ، وهو الصحيح فى النائم ، بلا إشكال ، باعتبار وضعه عليه قبل نومه : وفى المجنون قبل جنونه ، إذا سبق له حال تكليف :

القول فى أحكام العبد

قال أبو حامد فى الرونق : يفارق العبد الحر فى خمسين مسئلة :

لا جهاد عليه ، ولا تجب عليه الجمعة ، ولا تنعقد به ، ولا حج عليه ، ولا عمرة إلا بالنذر ، وعورة الأمة كعورة الرجل ، ويجوز النظر إلى وجهها لغير محرم ، ولا يكون شاهدا ، ولا ترجمانا ولا قائفا ، ولا قاسما ، ولا خارصا ، ولا مقوما ، ولا كاتبا للحاكم ولا أمينا للحاكم ، ولا قاضيا ، ولا يقلد أمرا عاما ، ولا يملك ، ولا يطأ بالتسرى ، ولا تجب عليه الزكاة إلا زكاة الفطر ، ولا يعطى فى الحج فى الكفارات مالا ، ولا يأخذ من الزكاة والكفارة شيئا إلا سهم المكاتبين ، ولا يصوم غير الفرض إلا باذن سيده ، ولا يلزم سيده إقراره بالمال ، ولا يكون وليا فى النكاح ، ولا فى قصاص ، ولا حد ، ولا يرث ، ولا يورث ، وحده النصف من حد الحر ، ولا يرجم فى الزنا : وتجب فى إتلافه قيمته ، وما نقص منه بقيمته ، ولا يتحمل الدية ، ولا يتحمل عنه ، ولا تتحمل العاقلة قيمته ، ولا يتزوج بامرأتين ، سواء كانتا حرتين أم أمتين ، وطلاقه اثنتان : وعدة الأمة قرءان ولا لعان بينها وبين سيدها ، فى أحد القولين ، ولا ينفى فى الزنا ، فى أحد القولين ، ولا يقتل به الحر ، ولا من فيه بعض الحرية ، ولا يؤدى به فروض الكفارة ولا يتزوج بنفسه ويكره على التزويج ، وقسم الأمة على النصف من قسم الحرة ، ولا يحد قاذفه ، ولا يسهم له من الغنيمة ، ويأخذ اللقطة على حكم سيده ، ولا يكون وصيا ، ولا تصح كفالته إلا باذن سيده ، ويجعل صداقا ويجعل نذرا ، ويكون رهنا : انتهى :

قلت : لقد جمع أبو حامد فأحسن ، وبقى عليه أشياء ، أذكرها بعد أن أتكلم على ماذكره :

فقوله : ولا حج ، ولا عمرة إلا بالنذر ، فيه أمران :

أحدهما : أنه يلزمه الحج والعمرة بغير طريق النذر ، وهو الافساد ، إذ أحرم ، ثم جامع فانه يلزمه القضاء على المذهب ، وبه قطع جماهير الأصحاب ، لأنه مكلف ، وهل يجزيه فى حال رقه ؟ قولان : أصحهما : نعم :

والأمر الثانى : إذا لزمه ذلك بالنذر ، فهل يصح منه فى حال رقه ؟ قال الروياني : فيه وجهان : كما فى قضاء الحجة التى أفسدها : كذا فى شرح المهذب عنه :

وصرح فى زوائد الروضة بتصحيح الإجزاء :

وقوله : وعورة الأمة كعورة الرجل ، هو الأصح : وفى وجه : أنها كالحرة ، إلا الرأس ، وفى آخر : إلا الرأس والساق : وفى ثالث : إلا مايبدو فى حال الخدمة ، وهما المذكوران ، والرقبة ، والساعد :

وقوله : ويجوز النظر إلى وجهها ، هو وجه صححه الرافعى ، وصحح النووى ، أنها فى ذلك كالحرة :

وقوله : ولا يكون شاهدا : استثنى منه صورتان على رأى ضعيف :

الأولى : هلال رمضان إذا اكتفينا فيه بواحد : فى جواز كونه عبدا : وجهان : أصحهما : المنع :

والثانية : إسماع القاضى الأصم إذا لم يشترط فيه العدد فى جواز كون المسمع عبدا : وجهان ، كالهلال : أصحهما المنع :

وقوله : ولا قائفا ، هو الأصح وفيه وجه :

وقوله : ولا كاتبا لحاكم ، هو الصحيح : وقال القفال فى شرح التلخيص : يجوز كونه كاتبا لأن الكتابة لا يتعلق بها حكم ، لأن القاضى لا يمضى ما كتبه حتى يقف عليه والمعتمد إنما هو شهادة الشهود الذين يشهدون بما تضمنه المكتوب :

وقوله : ولا يملك ، هو الأظهر وفى قول قديم : أنه يملك بتمليك السيد ملكا ضعيفا للسيد الرجوع فيه متى شاء وفى احتياجه إلى القبول وجهان ، بناء على إجباره فى النكاح :

قال الرافعى : ولا يجرى الخلاف فى تمليك الأجنبى :

وفى المطلب : أن جماعة أجروه فيه ، منهم القاضى حسين والماوردى :

وقوله : ولا تجب عليه الزكاة إلا زكاة الفطر إن أراد الوجوب بسببه ، فيجب فيه وزكاة التجارة أيضا ، وإن أراد أن الوجوب يلاقيه وهو مبنى على الخلاف فى زكاة الفطر هل الوجوب يلاقى المؤدى عنه ثم يتحملها المؤدى ، أولا ؟ فيه قولان : أصحهما الأول :

قال : وتظهر فائدتهما فيما إذا لم يخرج السيد عنه ثم عتق ، هل يخرج مامضى ؟ :

قوله : ولا يورث ، قد يستثنى منه مسألة وهو مالو وجب له تعزير بقذف ومات ، فان الأصح أن حقه ينتقل إلى سيده لأنها عقوبة وجبت بالقذف ، فلم تسقط بالموت كالحد :

قال الأصحاب : وليس ذلك على سبيل الإرث ولكنه أخص الناس به :

فلو ثبت له فى حياته يكون لسيده بعد موته بحق المال :

وفى وجه : يستوفيه أقاربه ، لأن العار يعود عليهم :

وفى ثالث : يستوفيه السلطان ، كحر لا وارث له :

وفى رابع : يسقط ، فعلى هذا يفارق الحر :

قوله : ولا تتحمل العاقلة قيمته هو قول ، والأظهر خلافه وعلى الأول لا يجرى فيه القسامة وتجرى على الثانى :

وعجبت لأبى حامد ! كيف جزم بذلك القول ، ولم يذكر مسئلة القسامة ؟ ! :

قوله : وطلاقه ، اثنتان :

قوله : وعدة الأمة قرءان ، بنى عليه ذات الأشهر ولها شهر ونصف فى الأظهر .
والثانى : شهران : والثالث : ثلاثة كالحرة : والمتوفى عنها ولها شهران وخمسة أيام ؛
قوله : ولا لعان بينها وبين سيدها فى أحد القولين وهو الأظهر ؛
قوله : ولا ينفى فى الزنا فى أحد القولين ، والأظهر أنه ينفى نصف سنة ، وفى قول : سنة ، كالحر :
قوله : ويكره على التزويج هو فى الأمة كذلك ، وفى العبد قول ، والأظهر أنه لا يجبر سواء كان كبيرا أو صغيرا :
قال ابن الرفعة : القياس أن إحرام السيد عن عبده كتزويجه ؛
قوله : ولا يسهم له من الغنيمة ، هذا إن كان فى المقاتلة حر ، فان كانوا كلهم عبيدا فأوجه ، أصحها يقسم بينهم أربعة أخماس ماغنموه كما يقسم الرضخ على مايقتضيه الرأى من تسوية وتفضيل ؛
والثانى : يقسم كالغنيمة ، والثالث يرضخ لهم منه ويجعل الباقى لبيت المال ؛
قوله : ويأخذ اللقطة ، الأظهر أنه لا يصح التقاطه ولا يعتد بتعريفه ؛
قوله : ولا تصح كفالته إلا بإذن سيده ، كذلك ضمانه ؛
هذا مايتعلق بما ذكره ؛
وبقى عليه أنه لا يؤذن لجماعة ولا يحضرها إلا بإذن سيده ، ذكر الأول فى شرح المهذب والثانى : القاضى حسين ، والحر أولى منه فى الأذان كما فى شرح المهذب .
والإمامة والجنازة ونذره للحج صحيح بلا إذن كما فى الروضة وأصلها ، والصلاة والصوم ؛
قال فى الجواهر : ينبغى صحتها ؛
وللقرب المالية فى الذمة . قال فى الكفاية : كضمانه فيتوقف على الإذن ؛
ولا يصح منه بيع ولا غيره من العقود إلا بإذن السيد ولا يكون وكيلا فى إيجاب النكاح ولا عاملا فى الزكاة ، إلا إذا عين له الإمام قوما يأخذ منهم قدرا معينا وهل يعطى حينئذ من سهم العاملين ؟ ؛
وفى استحقاقه : سلب القتيل الذى يقتله ، وجهان : أصحهما نعم ؛
وفى قبول الوصية والهبة وتملك المباحات بلا إذن ، وجهان ؛
ولا جزية عليه ولا فطرة عن امرأته ، بل تجب على سيدها إن كانت أمة ونفقته نفقة المعسرين ولا تنكح الأمة إلا بشروط ولا على الحرة ولا تخدم وإن كانت جميلة فى الأصح لنقص الرق ؛
فاذا نكحها العبد على الحرة ، ففى استحقاقها السبع والثلاث وجهان : أصحهما نعم

كالحرة ، لأنه شرع لارتفاع الحشمة وحصول المباسطة ، وهو يتعلق بالطبع فلا يختلف بالرق والحرية ؛

وفى وجه : تستحق الشطر كالقسم ، ففى وجه يكمل المنكسر كالأقراء والطلاق والأشبه لا ، لأن التنصيف فيه ممكن ؛

ولا تصير الأمة فراشا بمجرد الملك حتى توطأ وتصير الحرة فراشا بمجرد العقد ؛

وإذا زوجها السيد استخدمها نهارا وسلمها للزوج ليلا ، ولا نفقة على الزوج حينئذ فى الأصح ويسافر بها السيد بدون إذنه ؛

ويضمن العبد باليد ويقطع سارقه ويضمن منافعه بالفوات بخلاف الحر فى الثلاث ؛

ويصح وقفه ، ولا يصح وقف الحر نفسه ، ولا تصح وصيته وقيل إن عتق ثم مات صحت ؛

ولا يصح الوقف عليه لنفسه ولا الإيصاء له ؛

ولا توطأ الأمة بمجرد الملك حتى تستبرأ وتوطأ الحرة بمجرد العقد ويحصل استبراؤها بوضع حمل زنا ولا يتصور انقضاء عدة الحرة بحمل زنا ؛

وتجب نفقة العبد والأمة وفطرتهما ، وإن عصيا وأبقا بخلاف الزوجة لأنها فى الرقيق للملك ، وهو باق مع الإباق والعصيان . وفى الزوجة للاستمتاع وهو منتف مع النشوز ، ونفقة الزوجة مقدرة ولا تسقط بمضى الزمان ونفقة الرقيق للكفاية وتسقط بمضيه ؛

ويفضل بعض الإماء على بعض فى النفقة والكسوة بخلاف الزوجات ولا حصر لعدد التسرى ولا يجب لهن قسم ، ويجوز جمعهن فى مسكن بغير رضاهن ولا يجرى فيهن ظهار ولا إيلاء ولا تطالب سيدها العنين بوطء ولا تمنع منه إن كان به عيب ؛

ولا تجب نفقة الرقيق على قريبه ولا حضانة له ولا يحضنه أقاربه ، بل سيده ولا عقيقة له كما ذكره البلقينى تخريجا ولو كان أبوه غنيا لأنه لا نفقة له عليه وإنما يخاطب بالعقيقة من عليه النفقة ولا يسن للسيد أن يعق عن رقيقه وفى ذلك قلت ملغزا :

أيها السالك فى الفقـ ـه على خير طريقه
هل لنا نجل غنى ليس فيه من عقيقه !

ولا يسقط ضمان قتله أو قطعه بإذنه فى ذلك ؛ وفى سقوط القصاص باذنه لمثله وجهان فى الروضة بلا ترجيح . قال البلقينى أصحهما السقوط ؛

وفى اللباب : الجناية على العبد مثلها على الحر إلا فى سبعة أشياء :

لا يقتل به الحر ولا من فيه حرية ؛ وتجب فيه القيمة بالغة ما بلغت ويعتبر نقصان أطرافه من ضمان نفسه ولا يختلف الذكر والأنثى وتجب فى جنايته نقد البلد ولا تجرى فيه القسامة .

قلت : الأصح تجرى فيه كما مر ؛

تنبيه

الجناية على العبد تارة تكون من غير إثبات يد وتارة بإثبات اليد فقط وتارة بهما :
فالأول تجب فيه القيمة فى نفسه وفى أطرافه من القيمة مافى أطراف الحر من الدية وفى غير المقدرة مانقص منها :
والثانى فيه أرش النقص فقط :
والثالث فيه أكثر الأمرين منهما :

حكم إقراره

« يقبل فيما أوجب حدا أو قصاصا لانتفاء التهمة »

فلو أقر بالقصاص فعفا على مال فالأصح تعلقه برقبته وإن كذبه السيد لأنه إنما أقر بالعقوبة واحتمال المواطأة فيها بعيد وإن أقر بسرقة قطع ولا يقبل فى المال إذا كان تالفا فى الأظهر بل يتعلق بذمته كما لو أقر به ابتداء وإن كان باقيا وهو فى يد السيد لم ينزع منه إلا ببينة أو فى يد العبد فقيل يقبل قطعا وقيل لاقطعا وقيل قولان والأظهر لايقبل مطلقا وإن أقر بدين جناية أو غصب أو سرقة لايوجب القطع أو إتلاف وصدقه السيد تعلق برقبته وإلا فبذمته أو معاملة ولم يكن مأذونا له لم تتعلق برقبته بل بذمته أو مأذونا قبل وأدى من كسبه :

الأموال المتعلقة بالعبد

« هى أقسام »

الأول مايتعلق برقبته فيباع فيه ، وذلك أرش الجناية وبدل المتلفات سواء كان بإذن السيد أم لا اوجوبه بغير رضى المستحق :

ويستثنى :

ماإذا كان العبد صغيرا لايميز أو مجنونا أو أعجميا يرى وجوب طاعة الأمر فى كل شىء فلا يتعلق برقبته ضمان على الأصح لأنه كالآلة ، فأشبه البهيمة والثانى : نعم لأنه بدل متلف :

الثانى مايتعلق بذمته فيتبع به إذا عتق وهو ماوجب برضى المستحق دون السيد كبدل المبيع والقرض إذا أتلفهما وكذا لو نكح وزاد على ماقدره له السيد فالزائد فى ذمته أو امتثل وليس مكتسبا ولا مأذونا له :

وفى قول هو فى هذه الحالة على السيد وفى آخر فى رقبته :

ولو نكح بغير إذن سيده ووطئ فهل يتعلق مهر المثل بذمته لكونه وجب برضى مستحقه أو برقبته لأنه إتلاف قولان أظهرهما الأول :

فان كان بغير رضاه كأن نكح أمة بغير إذن سيدها ووطئها فطريقان

أحدهما طرد القولين والثانى القطع بتعلقه بالرقبة وبه قال ابن الحداد كما لو أكره أمة أو حرة على الزنا ؛

ولو أذن سيده فى النكاح فنكح فاسدا ووطئ فهل يتعلق بذمته أو رقبته أو سنه ؟ أقوال أظهرها الأول ؛

ولو أفطرت فى رمضان لحمل أو رضاع خوفا على الولد فالفدية فى ذمتها قاله القفال ؛

الثالث : مايتعلق بكسبه وهو ماثبت برضاهما وذلك المهر والنفقة إذا أذن له السيد فى النكاح وهو كسوب أو مأذون له فى التجارة وكذا إذا نكح صحيحا وفسد المهر أو أذن له فى نكاح فاسد ووجب مهر المثل كما ذكره الرافعى قياسا أو ضمن بإذن السيد أو لزمه دين تجارة ؛

وحيث قلنا يتعلق بالكسب فسواء المعتاد والنادر على الصحيح ويختص بالحادث بعد الإذن دون ماقبله ؛

وحيث كان مأذونا تعلق بالربح الحاصل بعد الإذن وقبله وبرأس المال فى الأصح .

وحيث لم يوف فى الصور تعلق الفاضل بذمته ولا يتعلق بكسبه بعد الحجر فى الأصح .

وفى وجه أن المال فى الضمان متعلق بذمته وفى آخر برقبته .

الرابع مايتعلق بالسيد وذلك جناية المستولدة والعبد الأعجمى وغير المميز كما مر والمهر والنفقة إذا أذن فى النكاح على القديم .

تنبيـــه

من المشكل قول المنهاج فان باع مأذون له وقبض الثمن فتلف فى يده فخرجت السلعة مستحقة رجع المشترى ببدلها على العبد وله مطالبة السيد أيضا ، وقيل لا ، وقيل إن كان فى يد العبد وفاء ، فلا ؛

ولو اشترى سلعة ، فنى مطالبة السيد بثمنها هذا الخلاف ؛

ثم قال : ولايتعلق دين التجارة برقبته ولا ذمة سيده ، بل يؤدى من مال التجارة ؛ وكذا من كسبه ؛

فما ذكره : من أن دين التجارة لايتعلق بذمة السيد ، مخالف لقوله قبل : إن السيد يطالب ببدل الثمن التالف فى يد العبد وبثمن السلعة التى اشتراها أيضا ؛

وقد وقع الموضعان كذلك فى المحرر والروضة وأصلها ؛

قال فى المطلب : ولا يجمع بينهما بحمل الأول على مجرد المطالبة والثانى على بيان محل الدفع ، فان الوجه الثالث المفصل يأبى ذلك ؛

قال السبكى والأسنوى : وسبب وقوع هذا التناقض أن المذكور أولا هو طريقة

الإمام ، وأشار فى المطلب إلى تضعيفها ، وثانيا هو طريقة الأكثرين فجمع الرافعى بينهما فلزم منه مالزم.

وحمل البلقينى قولهم : إن دين التجارة لايتعلق بذمة السيد على أن المراد بسائر أمواله :

القول فى أحكام المبعض

« هى أقسام » .

الأول : ماألحق فيه بالأحرار بلا خلاف

وفى ذلك فروع

منها : صحة البيع والشراء ، والسلم ، والإجارة ، والرهن ، والهبة ، والوقف ، وكل تبرع إلا العتق ، والإقرار ، بأن لا يضر المالك :

ويقبل فيما يضره فى حقه ، دون سيده ويقضى مما فى يده :

ومنها : ثبوت خيار المجلس ، والشرط والشفعة :

ومنها : صحة خلعها ، وفسخ النكاح بالإعسار ، وأن السيد لايطؤها ولا يجبرها على النكاح ، ولا يقيم عليها الحد :

الثانى : ما ألحق فيه بالأرقاء ، بلا خلاف .

وفيه فروع

منها : أنه لاتنعقد به الجمعة ، ولاتجب عليه فى غير نوبته ، ولايجب عليه الحج ، ولايسقط حجه حجة الاسلام .

ولا ضمان إن لم يكن مهايأة ، أو ضمن فى نوبة السيد :

ولا يقطع بسرقة مال سيده : ويقطع سارقه :

ولاينكح بلاإذن ، وينكح الأمة ولوكان موسرا ، نقل الامام الاتفاق عليه كما ذكره فى المهمات ولاينكح الحر مبعضة ولا من يملك بعضها ، أو تملك بعضه :

ولايثبت لها الخيار تحت عبد ويثبت بعتق كلها تحت مبعض :

ولايقتل به الحر ولو كافرا :

ولايكون واليا ، ولاوليا ، ولاشاهدا ، ولاخارصا ، ولاقاسما ، ولامترجما ، ولاوصيا ، ولا قائفا : ولايحمل العقل : ولايكون محصنا فى الزنا ، ولافى القذف . ولا يجزئ فى الكفارة ، ولايرث ، ولا يحكم لبعضه ولايشهد له ، ولايجب عليه الجهاد : وطلاقه طلقتان ، وعدتها قرءان :

الثالث : ما فيه خلاف ، والأصح أنه كالأحرار

وفيه فروع

منها : وجوب الزكا فيما ملكه ، ويورث ، ويكفر بالطعام والكسوة ، ويصح التقاطه ، ويدخل فى ملكه إن كان فى نوبته ، وكذا زكاة الفطر ؛

ولو اشترى زوجته بالمال المشترك باذن سيده ملك جزءها ، وانفسخ النكاح ، وكذا بغير إذنه فى الأظهر ، أو بخالص ماله فكذلك ، أو مال السيد فلا .

ولو أوصى لنصفه الحر خاصة أو الرقيق خاصة ، ففى الصحة وجهان أصحهما : فى زوائد الروضة : يصح ، ويكون له خاصة فى الأولى ، ولسيده خاصة فى الثانية والثانى : لا ، كما لا يرث ؛

ولو أوصى لـ — وبعضه ملك وارث الموصى — فان كان مهايأة ومات فى نوبته صحت ، أو نوبة السيد فوصية لوارث ، وكذا إن لم يكن مهايأة ؛

قال الامام : يحتمل أن تبعض الوصية ؛

الرابع : مافيه خلاف ، والأصح أنه كالأرقاء

وفيه فروع

منها : أنه لاتجب عليه الجمعة فى نوبته ؛ ولا يقتل به مبعض ، سواء كان أزيد حرية منه أم لا ، ونفقته نفقة المعسرين ، ويحد فى الزنا ، والقذف حد العبد ويمنع من التسرى ، ولا تجب عليه نفقة القريب ولا الجزية ؛ وعورتها فى الصلاة كالأمة ، واشتراط النجوم ، إذا كوتب ؛

الخامس : ماوزع فيه الحكم

ونيه فروع

منها : زكاة الفطر ، حيث لامهايأة ، على كل منه ومن سيده نصف صاع ، والكسب النادر كذلك ؛

وتجب على قريبه من نفقته بقدر حريته ؛

وتحمل عاقلته نصف الدية فى قتله الخطأ ؛

وفى قتله ، والجناية عليه ؛ وغرته من الدية بقدر الحرية ، وبقدر الرق من القيمة ؛

ويزوج المبعضة السيد مع قريبها ؛ فإن لم يكن ، فمع معتقها ؛ فان لم يكن ، فمع الحاكم ؛ وقيل ، لايزوج ؛

ويعتكف فى نوبته ، دون نوبة السيد ؛

من غرائب هذا القسم

ماذكره الروياني

لو ملك المبعض مالا بحريته ، فاقترضة منه السيد ، ورهن عنده نصيبه الرقيق صح .

قال العلائى : وهذه من مسائل المماناة ، لأنه يقال فيها : مبعض لا يملك مالك النصف عتق نصيبه إلا بإذن المبعض ، لأن هذا النصف إذا كان مرهونا عنده لم يتمكن السيد من عتقه إذا كان معسرا إلا باذنه : انتهى :

وبقى فروع لا ترجيح فيها

منها : ما لا نقل فيه :

ومنها : لو قدر على بعضه ، هل ينكح الأمة ؟ فيه تردد للامام ، لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله ، كذا فى أصل الروضة ، بلا ترجيح :

ومنها : إذا التقط لقيطا فى نوبته ، هل يستحق كفالفته ؟ وجهان ، نقلهما الرافعى عن صاحب المعتمد :

ومنها : لو سرق سيده ماملك بحريته : قال القفال : لايقطع :

وقال أبو على : يقطع .

ومنها : لو قبل الوصية ، بلا إذن فهل يصح فى حصته ؟ وجهان .

ومنها : القسم للمبعضة : هل تعطى حكم الحرائر ، أو الإماء ، أو يوزع ؟ :

قال العلائى : لانقل فيه :

قلت : بل صرح الماوردى ، بأنها كالأمة ، وجزم به الأذرعى فى القوت ، ثم ذكر التوزيع بحثا :

ومنها : هل له نكاح أربع ، كالحر ، أولا ، كالعبد : أو يوزع ؟ .

قال العلائى : الظاهر الثانى ، لأن النصف الرقيق منه غير منفصل ، فيؤدى إلى أن ينكح به أكثر من اثنتين :

قلت : ويؤيده مسئلتا الطلاق ، والعدة .

ثم رأيت الحكم المذكور مصرحا به : منقولا عن الماوردى : وصاحب الكافى ، والرونق ، واللباب :

وبحث الزركشى فيه التوزيع ، تخريجا من وجه ، فى الحد :

ونظيره : مالو سقى الزرع بمطر ، أوماء اشتراه ، سواء ، فإن فيه ثلاثة أرباع العشر .

ومنها : هل يصح الوقف عليه ، أولا ، كالعبد ؟ ، قال العلائى : لانقل فيه :

قلت : بل هو منقول ، صرح بصحته ابن خيران فى اللطيف :

قال الزركشى : فلو أراد سيده أن يقف عليه نصفه الرقيق ، فالظاهر الصحة ، كالوصية .

ومنها : لو اجتمع رقيق ومبعض : قال العلائى : الظاهر : أن المبعض أولى بالإمامة .

ومنها : يغسل الرجل أمته بخلاف المبعضة : فيما يظهر ، لأنها أجنبية ، قاله العلائى .

قال : وهى أولى من المكاتبة : وقد جزموا بأنها لاتغسل السيد .

ومنها : يجوز توكيل مكاتب الراهن فى قبض المرهون ، لأنه أجنبى ، لاعبده ، وفى المبعض نظر .

قال العلائى : يحتمل أن يكون كالمكاتب .

ومنها : هل يسهم له من الغنيمة ، قال العلائى : فيه نظر .

ويقوى ذلك : إذا كان فى نوبته وقاتل باذن سيده ، ويكون ذلك كما لو اكتسب . ولا يخرج على الأكساب النادرة لأن إذنه فى القتال لايجعل الغنيمة نادرة .

وليس له أن يقاتل بلا إذن قطعا ، ولم يتعرضوا له . وإن لم يكن مهايأة بعد الإسهام .

ومنها : هل يرى سيدته ، إذا قلنا بجوازه للعبد .

قال العلائى : فيه نظر : وينبغى أن لايراها .

قلت : صرح الماوردى بمنعه ، وقال : لايختلف فيه أصحابنا .

ومنها : هل يرى من نصفها له ، والباقى حر .

قال العلائى : يحتمل أن يكون فيه الخلاف فى الصلاة ، وقد رجح الماوردى أنها كالحرة .

ورجح ابن الصباغ ، وطائفة أنها كالأمة .

ومنها : لو اعتدت عن الوفاة ، أو بالأشهر .

قال العلائى : لم أر فيه نقلا .

وقد قالوا : إن عدتها قرءان ، فالظاهر أنها فى الأشهر على النصف كالأمة .

وكذا قال الأذرعى وغيره بحثا .

تنبيه

« يدخل فى المهايأة : الكسب ، والمؤن المعتادة قطعا »

وفى النادر من الأكساب : كاللقطة ، والوصية ، والمؤن ، كأجرة الحجام ، والطبيب قولان ، أو وجهان . أصحهما : الدخول .

ولا يدخل أرش الجناية بالاتفاق ، لأنها متعلقة بالرقبة ، وهى مشتركة . كذا

فى الروضة نقلا عن الامام ، وهو صريح فى أن فرض المسئلة فى جنايته هو ، وبه صرح الإمام .

أما لو جنى عليه ، فالظاهر أيضا : أنه كذلك قاله .

فائدة

« التبعيض ، يقع ابتداء فى صور »

الأولى : ولد المبعضة من زوج أو زنا ، سئل عنه القاضى حسين : فقال : يمكن تخريجه على الوجهين : فى الجارية المشتركة إذا وطئها الشريك وهو معسر ، ثم استقر جوابه على أنها كالأم حرية ورقا :

قال الامام : وهذا هو الوجه : لأنه لاسبب لحريته إلا الأم ، فيقدر بقدرها .

الثانية : الولد من الجارية المشتركة إذا وطئها الشريك المعسر : اختلف فيه التصحيح :

ففى المكاتبة بين اثنين يطؤها أحدهما ، وهو معسر : قال الرافعى : وتبعه فى الروضة فى الولد وجهان : أصحهما : نصفه حر ، ونصفه رقيق : والثانى : كله حر ، للشبهة :

وقال فى استيلاد أحد الغانمين المحصورين ، إذا أثبتنا الاستيلاد : أنه إذا كان معسرا هل ينعقد الولد حرا أو بقدر حصته ، والباقى رقيق : وجهان : وقيل : قولان :

أحدهما : كله حر : لأن الشبهة تعم الجارية : وحرية الولد تثبت بالشبهة ، وإن لم تثبت الاستيلاء :

ووجه الثانى : أنه تبع للاستيلاد ، وهو متبعض :

قالا : وهذا الخلاف يجرى فيما إذا أولد أحد الشريكين المشتركة ، وهو معسر :

فان قلنا : كله حر لزم المستولد قيمة حصة الشركاء فى الولد ، وهذا هو الأصح. كذا قاله القاضى أبو الطيب ، والرويانى ، وغيرهما .

قال البلقينى : والصحيح أنه يتبعض :

الثالثة : إذا استولد الأب الحر جارية مشتركة بين ابنه وبين غيره — وهو معسر — فيكون نصف الولد حرا ، ونصفه رقيقا على الأظهر .

الرابعة : العتيق الكافر بين المسلم والذمى : إذا نقض العهد ، والتحق بدار الحرب ، فسبى ، فانه يسترق نصيب الذمى على الأصح ، ولا يسترق نصيب المسلم ، على المشهور :

الخامسة : ضرب الإمام الرق على بعض شخص ، فى جوازه وجهان أصحهما فى الروضة ، وأصلها : الجواز :

قال البغوى : فان منعناه ، فان ضرب الرق على بعضه رق كله :

وهذه صورة يسرى فيها الرق ، ولا نظير لها ، وإياها عنيت بقولى :

أيها الفقيه ، أيدك الله ولا زلت فى أمان ويسر
هل لنا معتق نصيبا فيلغى ولنا صورة بها الرق يسرى؟

السادسة : إذا أوصى بنصف حمل الجارية ، ثم أعتق الوارث الجارية بعد الموت ، ثم حدث ولد ، فان نصفه حر ، ونصفه رقيق للموصى له .

وأما التبعيض فى عبده الخالص : فلا يقع إلا فى ثلاث صور :

الأولى : رهن بعض عبده وأقبضه ، ثم أعتق غير المرهون وهو معسر ، فانه يعتق ذلك البعض فقط .

الثانية : جنى عبد بين اثنين ، ففداه أحدهما ، ثم اشترى الذى لم يفد ذلك النصف المفدى وأعتقه - وهو معسر - عتق فقط .

الثالثة : وكل وكيلا فى عتق عبده ، فأعتق الوكيل نصفه ، فأوجه أصحها فى الروضة وأصلها : يعتق ذلك النصف فقط .

والثانى : يعتق كله ، ورجحه البلقينى ، تنزيلا لعبارة الوكيل منزلة عبارة الموكل .

والثالث : لا يعتق شىء لمخالفة الوكيل .

القول فى أحكام الأنثى

« تخالف الذكور فى أحكام »

لا يجزئ فى بولها النضح ، ولا الحجر ، إن كانت بنتا .

والسنة فى عانتها : النتف ، ولا يجب ختانها فى وجه .

ويجب عليها غسل باطن لحيتها ، ويسن حلقها ، وتمنع من حلق رأسها .

ولبنها طاهر على الصحيح .

وفى لبن الرجل كلام ، سنذكره .

ومنها نجس فى وجه : وتزيد فى أسباب البلوغ : بالحيض ، والحمل .

ولا تؤذن مطلقا ، ولا تقيم للرجال .

وعورتها تخالف عورة الرجل ، وصوتها عورة فى وجه ، ويكره لها الحمام ، وقيل يحرم .

ولا تجهر بالصلاة فى حضرة الأجانب ، وفى وجه مطلقا ، وتضم بعضها إلى بعض فى الركوع والسجود ، وإذا نابها شىء فى صلاتها صفقت ، والرجل يسبح ، ولا تجب عليها الجماعة .

ويكره حضورها للشابة ، ولا يجوز إلا بإذن الزوج ، وهى فى بيتها أفضل من المسجد .

ولا يجوز اقتداء الرجل ، والخنثى بها : وتقف إذا أمت النساء وسطهن .
ولها لبس الحرير ، وكذا افتراشه فى الأصح ، وحلى الذهب والفضة .
ولا جمعة عليها : ولا تنعقد بها .
ولا ترفع صوتها بتكبير العيد ، ولا تلبية الحج ، ولا تخطب بحال .
والأفضل : تكفينها فى خمسة أثواب ، وللرجال ثلاثة . ويقف المصلى عليها عند عجزها وفى الرجل عند رأسه : ويندب لها ، نحو القبة فى التابوت .
ولا يسقط بها فرض الجنازة مع وجود الرجال فى الأصح .
ولا تحمل الجنازة ، وإن كان الميت أنثى .
ولا تأخذ من سهم العاملين ، ولا سبيل الله ، ولا المؤلفة فى وجه .
ولا تقبل فى الشهادات : إلا فى الأموال ، وما لا يطلع عليه الرجال .
ولا كفارة عليها بالجماع فى رمضان .
ويصح اعتكافها فى مسجد بيتها فى القديم . ويكره لها الاعتكاف ، حيث كرهت الجماعة .
ولا تسافر إلا مع زوج ، أو محرم فيشترط لها ذلك فى وجوب الحج عليها : ويشترط لها أيضا : المحمل ، لأنه أستر . ويندب لها عند الإحرام : خضب يديها ، ووجهها .
ويباح لها : الخضب بالحناء مطلقا ، ولا يجوز للرجل إلا لضرورة ، ولا يحرم عليها فى الإحرام المخيط ، وستر الرأس : بل الوجه والقفازان : ولا تقبل الحجر ، ولا تستلمه ولا تقرب من البيت : إلا عند خلو المطاف من الأجانب . ولا ترمل فى الطواف ، ولا تضطبع ، ولا ترقى على الصفا والمروة ، ولا تعدو بين الميلين : ولا تطوف . ولا تسعى إلا بالليل وتقف فى حاشية الموقف والرجل عند الصخرات وقاعدة ، والرجل راكب .
ولا تؤمر بالحلق : ولا ترفع يدها عند الرمى .
والتضحية بالذكر أفضل منها فى المشهور .
ويعق عنها بشاة ، وعن الذكر بشاتين ، والذكر فى الذبح أولى منها .
ويجوز بيع لبنها سواء كانت أمة أم حرة ، على الأصح : بخلاف لبن الرجل .
ولا يجوز قرضها : والتقاطها للتملك لغير المحرم فى الأصح ، بخلاف العبد .
ولا تكون وليا فى النكاح ، ولا وكيلا فى إيجابه ، ولا قبوله . ولا فى الطلاق فى وجه .
والغناء منها غير متقوم ، ومن العبد متقوم .
ولا تصح معها المسابقة ، لأنها ليست من أهل الحرب .
ولا يقبل قولها فى استحقاق الولد إلا ببينة فى الأصح ، بخلاف الرجل .

وهى على النصف من الرجل فى الإرث ، والشهادة ، والغرم عند الرجوع ، والدية نفسا ، وجرحا : وفى هبة الوالد فى وجه : وفى النفقة على القريب فى أحد الوجهين :

ولا تلى القضاء ، ولا الوصاية فى وجه :

وتجبر الأمة على النكاح ، بخلاف العبد فى الأظهر : ولا تجبر سيدها على تزويجها قطعا إذا كانت تحل له ويجبر على تزويج العبد فى قول ، ويحرم عليها ولدها من زنا . بخلاف الرجل :

ويحل لها نكاح الرقيق مطلقا :

وبضعها يقابل بالمهر ، دون الرجل .

ويحرم لبنها ، دون لبن الرجل على الصحيح .

وتقدم على الرجال فى الحضانة ، والنفقة ، والدعوى ؛ والنفر من مزدلفة إلى منى ، والانصراف من الصلاة :

وتؤخر فى الفطرة والموقف فى الجماعة ، وفى اجتماع الجنائز عند الإمام : وفى اللحد.

وتقطع حلمة الرجل بحلمتها لا عكسه ، وفى حلمتها الدية. وفى حلمته الحكومة على الأصح .

وفى استرسال نهدها : الحكومة ، بخلاف الرجل .

ولا تباشر استيفاء القصاص :

ولا تدخل فى القرعة ، على الأصح فى الشرح والروضة .

ولا تحمل الدية ، ولا ترمى او نظرت فى الدار ، فى وجه :

ولا جهاد عليها ، ولا جزية : ولا تقتل فى الحرب ، مالم تقاتل .

وفى جواز عقد الأمان لها استقلالا ، من غير إدخال رجل فى العقد : فيه وجهان . فى الشرح ، بلا ترجيح ، ولا يسهم لها ، ولا تستحق السلب ، فى وجه :

ولا تقيم الحد على رقيقها ، فى وجه :

ويحفر لها فى الرجم إن ثبت زناها ببينة ، بخلاف الرجل ، وتجلد جالسة ، والرجل قائما .

ولا تكلف الحضور للدعوى إذا كانت مخدرة ، ولا إذا توجه عليها اليمين ، بل يحضر إليها القاضى فيحلفها ، أو يبعث إليها نائبه :

تنبيـــه

فى مواضع مهمة ، تقدمت الإشارة إليها

منها : تقدم أن لبنها طاهر :

وأما ابن الرجل : فلم يتعرض له الشيخان : وصرح الصيمرى فى شرح الكفاية بطهارته : وصححه البلقينى : وصرح ابن الصباغ بأنه نجس :

ومنها : المرأة فى العورة : لها أحوال :

حالة مع الزوج ، ولا عورة بينهما ، وفى الفرج وجه :

وحالة مع الأجانب ، وعورتها : كل البدن ، حتى الوجه ، والكفين فى الأصح :

وحالة مع المحارم والنساء ، وعورتها : مابين السرة والركبة :

وحالة فى الصلاة ، وعورتها : كل البدن ، إلا الوجه والكفين : وصرح الإمام فى النهاية : بأن الذى يجب ستره منها فى الخلوة : هى العورة الصغرى ، وهو المستور من عورة الرجل :

ومنها : المجزوم به ، وهو الوارد فى الحديث « إن المرأة إذا نابها شىء فى صلاتها تصفق : ولا تسبح » :

قال الأسنوى : وقد صححوا أنها تجهر فى الصلاة بحضرة زوج، أو محرم ، أونسوة أو وحدها : وقياس ذلك : أن تسبح فى هذه الأحوال : كالرجل : ويحمل الحديث على غير ذلك ، لأن التسبيح فى الصلاة أليق من الفعل ، خصوصا التصفيق :

ومنها : هل يحرم على الأجانب تعزية الشابة ؟ لاتصريح بذلك فى كتب الرافعى ، والنووى ، وابن الرفعة :

وذكر أبو الفتوح فى أحكام الخنائى : أن المحارم يعزونها، وغير المحارم يعزون العجوز دون الشابة .

قال الأسنوى : ومقتضاه التحريم :

ومنها : هل يجوز أن تكون المرأة نبية اختلف فى ذلك :

وممن قيل بنبوتها : مريم :

قال السبكى فى الحلبيات : ويشهد لنبوتها ذكرها فى سورة مريم ، مع الأنبياء : وهو قرينة :

قال : وقد اختلف فى نبوة نسوة غير مريم ، كأم موسى ، وآسية ، وحواء : وسارة ولم يصح عندنا فى ذلك شىء انتهى :

القول فى أحكام الخنثى

قال الأصحاب « الأصل فى الخنثى : ماروى الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال - فى مولود له ماللرجال ، وما للنساء - : « يورث من حيث يبول » : أخرجه البيهقى : وهو ضعيف جدا :

ولكن روى ذلك عن على رضى الله عنه وغيره :

وقال سعيد بن منصور فى سننه « حدثنا هشيم عن مغيرة : عن الشعبى : عن على أنه

قال : "والحمد لله الذى جعل عدونا يسألنا عما نزل به من أمر دينه : إن معاوية كتب إلى يسألنى عن الخنثى ، فكتبت إليه : أن يورثه من قبل مباله » :

قال النووى : الخنثى ضربان : ضرب له فرج المرأة ،وذكر الرجال : وضرب ليس له واحد منهما : بل له ثقبة يخرج منها الخارج ، ولا تشبه فرج واحد منهما :

فالأول : يتبين أمره بأمور :

أحدها : البول : فان بال بذكر الرجال وحده : فرجل ، أو بفرج النساء : فامرأة أو بهما اعتبر بالسابق ، إن انقطعا معا : وبالمتأخر إن ابتدآ معا : فان سبق واحد ، وتأخر آخر : اعتبر بالسابق : فان اتفقا فيهما ، فلا دلالة فى الأصح ، ولا ينظر إلى كثرة البول من أحدهما ، ولا إلى التزريق بهما ، أو الترشيش :

الثانى ، والثالث : خروج المنى والحيض فى وقت الإمكان. فان أمنى بالذكر ، فرجل أو الفرج أو حاض ، فامرأة :

بشرط أن يتكرر خروجه ليتأكد الظن به ، ولا يتوهم كونه اتفاقيا : كذا جزم به الشيخان :

قال الأسنوى : وسكوتهما عن ذلك فى البول يقتضى عدم اشتراطه فيه ، والمتجه : استواء الجميع فى ذلك :

قال : وأما العدد المعتبر فى التكرار : فالمتجه : إلحاقه بما قيل فى كلب الصيد : بأن يصير عادة له : فان أمنى بهما ، فالأصح أنه يستدل به :

فان أمنى نصفه منى الرجال فرجل : أو نصفه منى النساء ، فامرأة :

فان أمنى من فرج الرجال نصفه منهم : ومن فرج النساء نصفه منهن ، أو من فرج النساء نصفه منى الرجال ، أو عكسه ، فلا دلالة :

وكذا إذا تعارض بول وحيض ، أو منى : بأن بال بفرج الرجال . وحاض أو أمنى بفرج النساء : وكذا إذا تعارض المنى والحيض فى الأصح :

الرابع : الولادة : وهى تفيد القطع بأنوثته ، وتقدم على جميع العلامات المعارضة لها :

قال فى شرح المهذب : ولو ألقى مضغة : وقال القوابل : إنه مبدأ خلق آدمى : حكم به : وإن شككن دام الإشكال :

قال : ولو انتفخ بطنه ، وظهرت أمارة حمل : لم يحكم بأنه امرأة ، حتى يتحقق الحمل :

قال الأسنوى : والصواب الاكتفاء بظهور الأمارة. فقد جزم به الرافعى فى آخر الكلام على الخنثى . وتبعه عليه فى الروضة : وكذا فى شرح المهذب فى موضع آخر وهو

الموافق ، الجارى على القواعد المذكورة فى الرد بالعيب ، وتحريم الطلاق ، واستحقاق المطلقة النفقة ، وغير ذلك :

الخامس : عدم الحيض فى وقته علامة على الذكورة ، يستدل بها عند التساوى فى البول : نقله الأسنوى عن الماوردى :

قال : وهى مسئلة حسنة ، قل من تعرض لها :

السادس : إحباله لغيره ، نقله الأسنوى عن العدة ، لأبى عبد الله الطبرى ، وابن أبى الفتوح وابن المسلم :

قال : ولو عارضه حبله قدم على إحباله ، حتى لو وطىء كل من المشكلين صاحبه ، فأحبله ، حكمنا بأنهما أنثيان ، ونفينا نسب كل منهما عن الآخر :

السابع : الميل ويستدل به عند العجز ، عن الأمارات السابقة : فانها مقدمة عليه : فان مال إلى الرجل فامرأة ، أو إلى النساء فرجل :

فان قال : أميل إليهما ميلا واحدا ، ولا أميل إلى واحد منهما ، فمشكل :

الثامن : ظهور الشجاعة ، والفروسية ، ومصابرة العدو ، كما ذكره الأسنوى تبعا لابن المسلم :

التاسع إلى الثانى عشر : نبات اللحية ، ونهود الثدى ، ونزول اللبن ، وتفاوت الأضلاع فى وجه : والأصح أنها لادلالة لها :

وأما الضرب الثانى

فى شرح المهذب عن البغوى : أنه لايتبين إلا بالميل :

قال الأسنوى : ويتبين أيضا بالمنى المتصف بأحد النوعين ، فانه لامانع منه :

قال : وأما الحيض ، فينبغى اعتباره أيضا : ويحتمل خلافه : لأن الدم لايستلزم أن يكون حيضا ، وإن كان بصفة الحيض ، لجواز أن يكون دم فساد : بخلاف المنى :

وأما أحكام الخنثى . الذى لم يبن فأقسام

والضابط أنه يؤخذ فى حقه بالاحتياط ، وطرح الشك :

القسم الأول

ماهو فيه كالأنثى

وذلك : فى نتف العانة ، ودخول الحمام ، وحلق الرأس ؛ ونضح البول ، والأذان والإقامة ، والعورة ، والجهر فى الصلاة ، والتصفيق فيما إذا نابه شىء ، والجماعة ، والاقتداء والجمعة ، ورفع الصوت بالتكبير ، والتلبية ، والتكفين ، ووقوف المصلى عند عجزها ،

وعدم سقوط فرض الجنازة بها ، وكونها لاتأخذ من سهم العاملين ولا سبيل الله ، ولا المؤلفة ؛ وشرط وجوب الحج ، ولبس المخيط ، والقرب من البيت ، والرمل ، والاضطباع والرقى ، والعدو ، والوقوف ، والتقديم من مزدلفة ، والعقيقة ، والذبح ، والتوكيل فى النكاح وغيره ، والقضاء ، والشهادة ، والدية ، وعدم تحمل العقل ؛ وفى الجهاد ، والسلب والرضخ ، والجزية ؛ والسفر بلا محرم ؛ ولا يحلل وطؤه ؛

القسم الثانى

ماهو فيه كالذكر

وذلك فى لبس الحرير ، وحلى الذهب ، والوقوف أمام النساء إذا أمهن ، لاوسطهن لاحتمال كونه رجلا ، فيؤدى وقوفه وسطهن إلى مساواة الرجل للمرأة ، وفى الزكاة ، وليس وطؤه فى زمن الخيار فسخا ، ولا إجازة . ويقبل قوله فى استلحاق الولد ، كما صححه أبو الفتوح ، ونقله الأسنوى احتياطا للنسب ، ولايحرم رضاعه ، ولادية فى حلمتيه ، ولا حكومة فى إرسال ثديه ، أو جفاف لبنه ؛

القسم الثالث

ماوزع فيه الحكم

وفى ذلك فروع :

الأول : لحيته ، لايستحب حلقها ؛ لاحتمال أن تتبين ذكورته ، فيتشوه ؛ ويجب فى الوضوء غسل باطنها ، لاحتمال كونه امرأة ، كما جزم به الشيخان وغيرهما ؛

وذكر صاحب التعجيز فى شرحه : أنه كالرجل ، لأن الأصل : عدم الوجوب ؛

الثانى : لاينتقض وضوءه ، إلا بالخروج من فرجيه ، أو مسهما ، أولمسه رجلا وامرأة ولا غسله إلا بالانزال منهما ، أوبايلاجه ، والايلاج فيه .

قال البغوى : وكل موضع لايجب فيه الغسل على الخنثى المولج ؛ لايبطل صومه ، ولا حجه ، ولا يجب على المرأة التى أولج فيها عدة ، ولامهر لها ؛

وأما الحد : فلا يجب على المولج فيه ، ولا المولج ؛ ويجب على الخنثى الجلد والتغريب ولو أولج فيه رجل ، وأولج الخنثى فى دبره ، فعلى الخنثى الجلد ؛ وكذا الرجل إن لم يكن محصنا . فان كان محصنا ؛ فان حده بتقدير أنوثة الخنثى : الرجم ، وبتقدير ذكورته : الجلد ؛

والقاعدة : أن التردد بين جنسين من العقوبة ، إذا لم يشتركا فى الفعل ، يقتضى اسقاطهما بالكلية ، والانتقال إلى التعزير ، لأنه لايمكن الجمع بينهما ، وليس أحدهما بأولى من الآخر ؛ كذا ذكره ابن المسلم ، فى أحكام الخنثى ؛

وقال الأسنوى: إنه حسن متجه ، وحينئذ فيجب على الرجل التعزير .

وهذه من غرائب المسائل : شخص أتى مايوجب الحد : فان كان محصنا عزر ، وإن كان غير محصن : جلد ، وعزر : وإياها عنيت بقولى ملغزا :

قل للفقيه ، إذا لقيت محاجيا ومغربا :
فرع بدا فى حكمه لأولى النهى مستغربا
شخص أتى ماحده قطعا غدا مستوجبا
إن تلفه بكر اجلد ت مئا تم وغربا
وإذا تراه محصنا عزرته مترقبا
قد أصبح النحرير مما قلته متعجبا
فأبنه دمت موضحا للمشكلات مهذبا

الثالث : إذا حاض من الفرج ، حكم بأنوثته وباوغه ، ولايحرم عليه محرمات الحيض لجواز كونه رجلا ، والخارج دم فاسد .

الرابع : يجب عليه ستر كل بدنه ، لاحتمال كونه امرأة ؛ فلو اقتصر على ستر عورة الرجل وصلى : فوجهان : أصحهما فى التحقيق : الصحة ، للشك فى وجوبه .

قال الأسنوى : والفتوى عليه : فانه الذى يقتضيه كلام الأكثرين .

وصحيح فى شرح المهذب وزوائد الروضة : البطلان ، لأن الستر شرط وقد شككنا فى حصوله .

الخامس : لاتجب عليه الفدية فى الحج إلا لستر رأسه ووجهه معا ، والأحوط له : أن يستر رأسه دون وجهه وبدنه بغير المخيط : كما قال القفال . ونقله الأسنوى .

السادس : الإرث : يعامل فى حقه كالمرأة ، وفى حق سائر الورثة كالرجل ، ويوقف القدر الفاضل للبيان . فان مات ، فلا بد من الاصطلاح على المذهب .

القسم الرابع
ما خالف فيه النوعين

فيه فروع :

منها : ختانه والأصح تحريمه : لأن الجرح لايجوز بالشك .

ومنها : لايجوز له الاستنجاء بالحجر ، لافى ذكره . ولافى فرجه ، لالتباس الأصلى بالزائد ؛ والحجر : لايجزئ ، إلا فى الأصلى .

ومنها : إذا مات لايغسله الرجال ، ولا النساء الأجانب كما اقتضاه كلام الرافعى : وصحح فى شرح المهذب : أنه يغسله كل منهما .

ومنها : أنه فى النظر والخلوة مع الرجال كامرأة ومع النساء كرجل .

ومنها : أنه لا يباح له من الفضة كما يباح للنساء ، ولا يباح للرجال .

ومنها : لا يصح السلم فيه لندوره . ولا يصح قبضه عن السلم فى جارية ، أو عبد ، لاحتمال كونه عكس ما أسلم فيه .

ومنها : لا يصح نكاحه .

القسم الخامس

ما وسط فيه الذكر والأنثى

وفى ذلك فروع :

منها : أوصى بثوب لأولى الناس به : قدمت المرأة ، ثم الخنثى ، ثم الرجل .

ومنها : يقف خلف الإمام . الذكور ، ثم الخناثى ، ثم النساء .

ومنها : ينصرف بعد الصلاة : النساء ، ثم الخناثى ثم الرجال .

ومنها : يقدم فى الجنائز إلى الإمام ، وإلى اللحد : الذكور ، ثم الخناثى ، ثم النساء .

ومنها : الأولى بحمل الجنازة : الرجال ، ثم الخناثى ثم النساء .

ومنها : التضحية بالذكر أفضل ، ثم الخنثى ثم الأنثى .

ومنها : الأولى فى الذبح : الرجل ، ثم الخنثى ، ثم الأنثى .

فرع

إذا فعل شيئا فى حال إشكاله ، ثم بان ما يقتضى ترتب الحكم عليه : هل يعتد به ؟ فيه نظائر :

الأول : إذا اقتدى بخنثى : فبان رجلا ، ففى الإجزاء : قولان : أظهرهما : عدم الإجزاء

الثانى : إذا عقد النكاح بخنثيين ، فبانا ذكرين ، ففى صحته وجهان ، بناء على مسئلة الاقتداء .

قال النووى : لكن الأصح هنا : الصحة : لأن عدم جزم النية يؤثر فى الصلاة .

الثالث : لو تزوج رجل بخنثى ، ثم بان امرأة ، أو عكسه : جزم الرويانى فى البحر : بأنه لا يصح : واقتضى كلام ابن الرفعة الاتفاق عليه ، وأنهم لم يجروا فيه خلاف الاقتداء .

ثم فرق بين النكاح ، والصلاة : بأن احتياط الشرع فى النكاح أكثر من احتياطه فى الصلاة ، لأن أمر النكاح غير قاصر على الزوجين ، وأمر الصلاة قاصر على المصلى . ولهذا لا يجوز الاقدام على النكاح بالاجتهاد ، عند اشتباه من تحل : بمن لا تحل : ويجوز ذلك فيما يتعلق بالصلاة : من طهار ، وسترة ، واستقبال .

قال الأسنوى : الصواب إلحاقه بما إذا كان شاهدا ، لاستواء الجميع فى الركنية ، وقد صرح به ابن المسلم .

قال : ويؤيد الصحة .مافى البحر :أنه لو تزوج امرأة، وهما يعتقدان بينهما أخوة من الرضاع ثم تبين خلاف ذلك ، صح النكاح على الصحيح .

الرابع : إذا توضأ، أو اغتسل حيث لم يحكم باستعمال الماء فلو بان .فهل يتبين الحكم باستعماله ؟ يلبنى على طهارة الاحتياط هل ترفع الحدث الواقع فى نفس الأمر ؟ أم لا ؟ والأصح : لا، فلا يحكم عليه بالاستعمال .

ذكره الأسنوى تخريجا .

الخامس : لو صلى الظهر ثم بان رجلا وأمكنه إدراك الجمعة ، لزمه السعى إليها فان لم يفعل لزمه إعادة الظهر ، بناء على أن من صلى الظهر قبل فواتها لم يصح ، قاله فى شرح المهذب.

السادس : لو خطب فى الجمعة أو كان أحد الأربعين ثم بان رجلا ، لم يجز فى أصح الوجهين .

السابع : لو صلى على الجنازة مع وجود الرجل ، ثم بان رجلا لم يسقط الفرض على أصح الوجهين .

وهما مبنيان على مسئلة الاقتداء .

قال الأسنوى : ووجهه ، أن نية الفرضية واجبة وهو متردد فيها .

الثامن : إذا قلنا بجواز بيع لبن المرأة دون الرجل ، فبيع لبن الخنثى ثم بان امرأة ففيه القولان ، فيمن باع مال مورثه ظانا حياته فبان ميتا .

التاسع : أسلم فى عبد أو جارية ، فسلمه خنثى لم يصح .

فلو قبضه ، فبان بالصفة التى أسلم فيها فوجهان : كالمسئلة التى قبلها ذكره ابن المسلم ويجريان أيضا : فيما لو نذر أن يهدى ناقة أو جملا ، فأهدى خنثى وبان .

أو أن يعتق عبدا أو أمة ، فأعتق خنثى وبان .

قاله ابن المسلم أيضا .

العاشر : وكل خنثى فى إيجاب النكاح أو قبوله فبان رجلا ، ففى صحة ذلك وجهان كالمسئلة قبلها ، قاله ابن المسلم .

الحادى عشر : رضع منه طفل ثم بان أنثى ، ثبت التحريم جزما .

الثانى عشر : وجبت الدية على العاقلة ، لم يحمل الخنثى فان بان ذكرا فهل يغرم حصته التى أداها غيره ؟ قال الرافعى ، فيه وجهان فى التهذيب .

وصحح فى الروضة من زوائده : الغرم بحثا ونقله الأسنوى عن أبى الفتوح وصاحب البيان .

الثالث عشر : لاجزية على الخنثى ، فلو بان ذكرا فهل يؤخذ منه جزية السنين الماضية ؟ وجهان فى الشرح :

قال فى الروضة : ينبغى أن يكون الأصح الأخذ :

وقال الأسنوى : بل ينبغى تصحيح العكس ، فان الرافعى ذكر أنه إذا دخل حربى دارنا وبقى مدة ثم اطلعنا عليه ، لانأخذ منه شيئا لما مضى على الصحيح ، لأن عماد الجزية القبول ، وهذا حربى لم يلتزم شيئا وهذا موجود هنا ، بل أولى لأنا لم نتحقق الأهلية فى الخنثى :

وقال ابن المسلم : إن كان الخنثى حربيا ودخل بأمان ، ثم تبين أنه رجل فلا جزية لعدم العقد وإن كان ولد ذمى ، فان قلنا إن من بلغ من ذكورهم يحتاج إلى عقد جديد فلا شىء عليه وإلا وجبت :

قال الأسنوى : والذى قاله مدرك حسن :

الرابع عشر : لو ولى القضاء ثم بان رجلا ؛ لم ينفذ حكمه الواقع فى حال الإشكال على المذهب وقيل فيه وجهان وهل يحتاج إلى تولية جديدة :

قال الأسنوى : القياس نعم ، فقد جزم الرافعى بأن الإمام لو ولى القضاء من لايعرف حاله لم تصح ولايته وإن بان أهلا :

الخامس عشر : لو لم يحكم بانتقاض طهره بلمس أو إيلاج أو غيرهما ، فصلى ثم بان خلافه ، ففى وجوب القضاء طريقان :

أحدهما : أنه على القولين فيمن تيقن الخطأ فى القبلة ، والأصح القطع بالإعادة كما لو بان محدثا .

والفرق : أن أمر القبلة مبنى على التخفيف بدليل تركها فى نافلة السفر بخلاف الطهارة :

فرع

لايجوز اقتداء الخنثى بمثله لاحتمال كون الإمام امرأة والمأموم رجلا

ونظيره : لو اجتمع أربعون من الخناثى فى قرية لم تصح إقامتهم الجمعة ذكره أبو الفتوح ولو كان له أربعون من الغنم خناثى ، قال الأسنوى : فالمتجه أنه لايجزيه واحد منها لجواز أن يكون المخرج ذكرا والباقى إناث ، بل يشترى أنثى بقيمة واحد منهما :

قال : ويحتمل أن يجزى لأنه على صفة المال ، فلا يكلف المالك سواه :

فرع

الخنثى : إما ذكر أو أنثى ، هذا هو الصحيح المعروف :

وقيل : إنه نوع ثالث :

وتفرع على ذلك فروع

منها : إذا قال إن أعطيتنى غلاما أو جارية فأنت طالق، طلقت بالخنثى على الصحيح ولا تطلق على الآخر .

ومنها : لو حلف لايكلم ذكرا ولا أنثى ، فكلم الخنثى حنث على الصحيح ولا يحنث على الآخر .

ومنها : وقف على الأولاد ، دخل الخنثى أو البنين أو البنات لم يدخل ولكن يوقف نصيبه ، كالإرث أو البنين والبنات دخل على الصحيح لأنه إما ذكر أو أنثى ، وقيل لا لأنه لايعدو واحدا منهما .

فرع

فى أحكام الخنثى الواضح

منها : أن فرجه الزائد له حكم المنفتح تحت المعدة مع انفتاح الأصلى .

ومنها : أنه لايجوز له قطع ذكره وأنثييه لأن الجرح لايجوز بالشك ذكره أبو الفتوح .

قال : ولا يتجه تخريجه على قطع الساعة ، نقله الأسنوى .

ومنها : لو اشترى رقيقا فوجده خنثى واضحا ثبت الخيار فى الأصح كما لو بان مشكلا وكذا لو بان أحد الزوجين فى قول .

ولو اشتراه عالما به فوجده يبول بفرجيه معا ثبت الخيار أيضا ، لأن ذلك لاسترخاء المثانة .

فائدة

حيث أطلق الخنثى فى الفقه ، فالمراد به المشكل

القول : فى أحكام المتحيرة

إنما يطلق هذا الاسم على ناسية عادتها فى الحيض قدرا ووقتا ، وتسمى أيضا محيرة — بكسر الياء — لأنها حيرت الفقيه فى أمرها .

وقد ألف الدارمى فى أحكامها مجلدة واختصرها النووى .

فالأصح — وبه قطع الجمهور — أنها تؤمر بالاحتياط .

وبيان ذلك بفروع

الأول : يحرم على زوجها وسيدها وطؤها بكل حال لاحتمال الحيض .

فى وجه : لايحرم ، لأنه يستحق الاستمتاع فلا نحرمه بالشك .

فعلى الأول : لو وطىء عمدى ولا يلزمه التصدق بدينار على القديم ، وإذا لم تليق الوطء فى الحيض وما بين سرتها وركبتها كحائض ، وعلى الزوج نفقتها ويقسم لها ، ولا خيار له فى فسخ النكاح لأن جماعها ليس مأيوسا عنه بخلاف الرتقاء .

قال الأذرعى : ولو اعتقد الزوج إباحة الوطء ، فالظاهر أنه ليس لها المنع .

الثانى : يحرم عليها المسجد كالحائض .

قال فى شرح المهذب : إلا المسجد الحرام فانه يجوز دخوله للطواف المفروض وكذا المسنون فى الأصح ولا يجوز لغيرها .

الثالث : يحرم عليها قراءة القرآن خارج الصلاة ، واختار الدارمى جوازها .

وأما فى الصلاة : فقراءة الفاتحة وكذا غيرها فى الأصح .

الرابع : يجوز تطوعها بالصلاة والصوم والطواف فى الأصح ، لأن النوافل من مهمات الدين وفى منعها تضييق عليها ولأنها مبنية على التخفيف وقيل : يحرم لأن حكمها كالحائض وإنما جوز لها الفرض للضرورة ولا ضرورة هنا ، وقيل : يجوز الراتبة وطواف القدوم دون النفل المطلق .

الخامس : يجب عليها الغسل لكل فرض إذا لم تعلم وقت انقطاعه ، فان علمته كعند الغروب ، وجب كل يوم عقب الغروب .

ويشترط وقوع الغسل فى وقت الصلاة لأنها طهارة ضرورة ولا يشترط المبادرة بالصلاة بعده ، على الصحيح فيهما .

السادس : يجب عليها أداء الصلاة والصوم لوقتهما ، مع قضاء الصوم أيضا ، اتفاقا ومع قضاء الصلاة ، على ما صححه الشيخان وصحح الأسنوى خلافه ونقله عن نص الشافعى . وتقضى الطواف أيضا إذا فعلته .

السابع : لا يجوز أن يقتدى بها طاهرة ولا متحيرة لاحتمال مصادفة الحيض ، فأشبه صلاة الرجل خلف الخنثى .

الثامن : ليس لها الجمع بين الصلاتين تقديما ، لأن شرطه تقدم الأولى وهى صحيحة يقينا ، أو بناء على أصل ولم يوجد هنا .

التاسع : لو أفطرت لحمل أو رضاع خوفا على الولد ، فلا فدية على الصحيح لاحتمال الحيض ، والأصل براءتها .

العاشر : يجب عليها طواف الوداع ولو تركته فلا دم عليها لما ذكر ، قاله الرويانى .

الحادى عشر : عدتها بثلاثة أشهر فى الحال ولا تؤمر بانتظار سن اليأس على الصحيح هذا إذا لم تحفظ دورها ، فان حفظته اعتدت بثلاثة أدوار سواء كانت أكثر من ثلاثة أشهر أم أقل .

الثانى عشر : استبراؤها ، قال البلقينى لم يتعرضوا له فى الاستبراء وتعرضوا له فى العدة وهو من المشكلات ، فانها وإن كان لها حيض وطهر ، إلا أن ذلك غير معلوم فنظر إلى الزمان والاحتياط المعروف فى عدتها فإذا مضت ، خمسة وأربعون يوما ، فقد حصل الاستبراء .

وبيان ذلك : أن يقدر ابتداء حيضها فى أول الشهر مثلا ، فلا يحسب ذلك الحيض فاذا مضت خمسة عشر يوما طهرا ثم بعد ذلك خمسة عشر يوما حيضة كاملة ، فقد حصل الاستبراء .

الثالث عشر : هل يجوز نكاحها لخائف العنت إذا كانت أمة ، لم أر من تعرض له والظاهر ، المنع لأن وطأها ممتنع شرعا فلا تندفع الحاجة بها .

وهل يجوز نكاح الأمة لمن عنده متحيرة ؟ الظاهر المنع أيضا لأنها ليست مأيوسا من جماعها بخلاف الرتقاء ويحتمل الجواز ؟

القول فى أحكام الأعمى

قال أبو حامد فى الرونق : يفارق الأعمى البصير فى سبع مسائل :

لا جهاد عليه ، ولا يجتهد فى القبلة ، ولا تجوز إمامته على رأى ضعيف ، ولا يصح بيعه ولا شراؤه ولا دية فى عينيه ، ولا تقبل شهادته إلا فى أربع مسائل :

الترجمة والنسب وما تحمل وهو بصير وإذا أقر فى أذنه رجل فتعلق به حتى شهد عليه عند الحاكم انتهى .

قلت : وبقى أشياء أخر ؟

لا يلى الإمامة العظمى ولا القضاء ولا تجب عليه الجمعة ولا الحج إلا إن وجد قائدا .

قال القاضى الحسين فى الجمعة إن أحسن المشى بالعصى من غير قائد لزمته ؟

قال فى الخادم وينبغى جريانه فى الحج ، بل أولى لعدم تكرره ؟

ولا تصح إجارته ولا رهنه ولا هبته ولا مساقاته ولا قبضه ما ورث ، أو وهب له أو اشتراه سلما أو قبل العمى أو دينه ؟

نعم يصح أن يشترى نفسه أو يؤجرها ، لأنه لا يجهلها أو أن يشترى ما رآه قبل العمى ولم يتغير .

ويحرم صيده برمى أو كلب فى الأصح ؟

ولا يجزئ عتقه فى الكفارة ؟

ويكره ذبحه وكونه مؤذنا راتبا وحده والبصير ولى منه بغسل الميت ؟

ولا يكون محرما فى المسافرة بقريبته ؛ ذكره العبادى فى الزيادات ؛

وهل له حضانة ، قال ابن الرفعة ، لم أر لأصحابنا فيه شيئا غير أن فى كلام الإمام

مايؤخذ منه أن العمى مانع فانه قال ، إن حفظ الأم للولد الذى لايستقل ليس مما يقبل (القرائن) فان المولود فى حركاته وسكناته لو لم يكن ملحوظا من مراقب لاينهو ولايغفل لأوشك أن يهلك .

ومقتضى هذا أن العمى يمنع ، فان الملاحظة معه كما وصفت لاتتأتى .

قال الأذرعى فى القوت ورأيت فى فتاوى ابن البرزى أنه سئل عن حضانة العمياء فقال لم أر فيها مسطورا ، والذى أراه أنه يختلف باختلاف أحوالها ، فان كانت ناهضة بحفظ الصغير وتدبيره والنهوض بمصلحته ، وأن تقيه من الأسواء والمضار فلها الحضانة وإلا فلا

وأفتى قاضى قضاة حماة ، بأن العمى ليس بقادح فى الحضانة بشرط أن يكون الحاضن قائما بمصالح المحضون ، إما بنفسه أو بمن يستعين به .

وفى فتاوى عبد الملك بن إبراهيم المقدسى الهمدانى شارح المفتاح من أقران ابن الصباغ أنه لاحضانة لها .

قال الأذرعى ولعله أشبه .

وقد قلت قديما :

يخالف الأعمى غيره ، فى مسائل ... فدونكها نظما ، وأفرغ لها فكرا
إمامته العظمى ، قضاء ، شهادة ... وعقد ، وقبض منه ، أبطلهما طرا
سوى السلم التوكيل ، لإنكاح عتقه ... ولا يتحرى قط فى القبلة الغرا
وكره أذان وحده ، وذكاته ... وأولى اصطياد منه ، أو رميه حظرا
ولا جمعة ، أو حج ، إذ ليس قائد ... ولا عتقه يجزى ، لفرض خلا النذرا
وليس له فى نجله من حضانة ... وفى غسل ميت غيره منه قل أحرى
ولا دية فى عينه ، بل حكومة ... ولا يكف فى الأسفار مع مرأة خدرا
فهذا الذى استثنى وقد زاد بعضهم ... أمورا على رأى ضعيف فطب ذكرا

ويقى مسائل فيها خلاف ، والراجح أنه كالبصير .

منها : الإمامة فى الصلاة فيها أوجه ، قيل البصير أولى لأنه أشد تحفظا من النجاسات وقيل الأعمى لأنه أخشع والأصح أنهما سواء .

ومنها : هل يجوز اعتماد صوت المؤذن العارف فى الغيم والصحو ، فيه أوجه أصحها الجواز للبصير والأعمى ، وثالثها يجوز للأعمى دون البصير ، ورابعها يجوز للأعمى مطلقا وللبصير فى الصحو دون الغيم ، لأن فرض البصير الإجتهاد والمؤذن فى الغيم مجتهد فلا يقلده من فرضه الإجتهاد ، وصححه الرافعى .

ومنها : فى صحة السلم منه : وجهان ، الأصح : نعم ، والثانى : إن عمى قبل تمييزه لم يصح .

ومنها : فى إجزاء عتقه ، فى النذر : القولان المشهوران : أصحهما : الاجزاء :

ومنها : هل يجوز أن يكون وصيا ؟ وجهان : الأصح : نعم ، لأنه من أهل التصرف فى الجملة ، وما لا يصح منه يوكل فيه :

ومنها : فى كونه وليا فى النكاح وجهان : الأصح : بلى :

ومنها : فى قتله إذا كان حربيا : قولان : الأظهر : يقتل ، والثانى : يرق بنفس الأسر ، كالنساء :

ومنها : فى ضرب الجزية عليه طريقان : المذهب : الضرب :

ومنها : فى كونه مترجما للقاضى : وجهان : أصحهما : الجواز ، لأن الحاكم يرى المترجم عنه ، والأعمى يحكى كلاما يسمعه :

ومنها : فى قبول روايته ما تحمله بعد العمى : وجهان : أصحهما : القبول : إذا كان ذلك بخط موثوق به ، واختار الإمام ، والغزالى : المنع :

ومنها : فى قبول شهادته بالاستفاضة : وجهان : الأصح : نعم ، إذا كان المشهود به وله وعليه معروفين : لا يحتاج واحد منهم إلى إشارة :

ومنها : هل يكافىء البصير ؟ وجهان : الأصح : نعم .

ومنها : هل يصح أن يكاتب عبده ؟ وجهان : الأصح : نعم ، تغليبا لجانب العتق :

أما قبول الكتابة من سيده ، فيصح جزما :

وأما مسائل اجتهاده

فلا خلاف أنه يجتهد فى أوقات الصلاة ، لأن مدركها الأوراد والأذكار ، وشبهها ، وهو يشارك البصير فى ذلك .

ولا خلاف : أنه لا يجتهد فى القبلة ، لأن غالب أدلتها بصرية :

وفى الأوانى قولان : أظهرهما ، يجتهد ؛ لأنه يمكنه الوقوف على الأمارات ، باللمس والشم ، واعوجاج الاناء ، واضطراب الغطاء ، وغير ذلك : والثانى : لا ، لأن للنظر أثرا فى حصول الظن بالمجتهد فيه ، لكنه فى الوقت مخير بين الاجتهاد والتقليد ، وفى الأوانى لا يجوز له التقليد .

والفرق : أن الاجتهاد فى الأوقات ، إنما يأتى بأعمال مستغرقة للوقت ، وفى ذلك مشقة ظاهرة ، بخلافه فى الأوانى :

فإن تحير فى الأوانى : قلد ، ولا يقلد البصير إن تحير ، بل يتيمم :

وأما اجتهاده فى الثياب ، ففيه القولان ، فى الأوانى : كما ذكره فى الكفاية :

أما أوقات الصوم والفطر : فقال العلائى : لم أظفر بها منقولة ، فيحتمل أن يكون كأوقات الصلاة .

ويمكن الفرق بينهما ، بما فى مراعاة طلوع الفجر ، وغروب الشمس دائما من المشقة فالظاهر : جواز التقليد ، فان لم يجد من يقلده : نحن ، وأخذ بالأحوط .

قلت : هذا كلام غير منتهض ، لأنه يشعر بأنه ليس له التقليد فى أوقات الصلاة ، والمنقول خلافه ، فاذن أوقات الصلاة والصوم سواء ، فى جواز الاجتهاد والتقليد . وهو مقتضى عموم كلام الأصحاب ، والله اعلم .

وَمن مسائل الأعمى

أنه يجوز له وطء زوجته ، اعتمادا على صوتها .

وفى جفنه : الدية ، ويقطع به جفن البصير .

القول فى أحكام الكافر

اختلف : هل الكفار مكلفون بفروع الشريعة ؟ على مذاهب . أصحها : نعم .

قال فى البرهان : وهو ظاهر مذهب الشافعى : فعلى هذا يكون مكلفا بفعل الواجب وترك الحرام ، وبالاعتقاد فى المندوب ، والمكروه ، والمباح .

والثانى : لا ، واختاره أبو إسحاق الاسفرائينى .

والثالث : مكلفون بالنواهى ، دون الأوامر .

والرابع : مكلفون ، بما عدا الجهاد . أما الجهاد : فلا ، لامتناع قتالهم أنفسهم .

والخامس : المرتد مكلف ، دون الكافر الأصلى .

وقال النووى فى شرح المهذب : اتفق أصحابنا على أن الكافر الأصلى ، لايجب عليه الصلاة ، والزكاة ، والصوم ، والحج ، وغيرها من فروع الاسلام ، والصحيح فى كتب الأصول أنه مخاطب بالفروع ، كما هو مخاطب بأصل الايمان .

وليس مخالفا لما تقدم ، لأن المراد هنا غير المراد هناك ، فالمراد هناك ، أنهم لايطالبون بها فى الدنيا ، مع كفرهم . وإذا أسلم أحدهم لم يلزمه قضاء الماضى ولم يتعرضوا لعقوبة الآخرة .

ومرادهم فى كتب الأصول : أنهم يعذبون عليها فى الآخرة ، زيادة على عذاب الكفر ، فيعذبون عليها ، وعلى الكفر جميعا ، لاعلى الكفر وحده .

ولم يتعرضوا للمطالبة فى الدنيا ، فذكروا فى الأصول حكم طرف . وفى الفروع حكم الطرف الآخر .

قال : وإذا فعل الكافر الأصلى قربة ، يشترط النية لصحتها ، كالصدقة ، والضيافة والإعتاق ، والقرض ، وصلة الرحم ، وأشباه ذلك فان مات على كفره ، فلا ثواب له عليها فى الآخرة ، لكن يطعم بها فى الدنيا ، ويوسع فى رزقه ، وعيشه : فاذا أسلم ، فالصواب المختار ، أنه يثاب عليها فى الآخرة : للحديث ، الصحيح : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إذا أسلم العبد ، فحسن إسلامه كتب الله له كل حسنة كان أزلفها» أى قدمها :

وفى الصحيحين عن حكيم بن حزام : قال قلت « يارسول الله : أرأيت أمورا كنت أتحنث بها فى الجاهلية : من صداقة ، أوعتاقة ، أوصلة رحم ، ألهما أجر ؟ فقال : أسلمت على ماأسلفت من خير » :

فهذان حديثان صحيحان لايمنعهما عقل ، ولم يرد الشرع بخلافهما : فوجب العمل بهما : وقد نقل الاجماع على ماذكرته من إثبات ثوابه إذا أسلم :

وأما قول أصحابنا ، وغيرهم : لاتصح من كافر عبادة ، ولو أسلم لم يعتد بها . فمرادهم لايعتد بها فى أحكام الدنيا ، وليس فيه تعرض لثواب الآخرة :

فان أطلق مطلق أنه لايثاب عليها فى الآخرة : وصرح بذلك ؛ فهو مجازف غالط ، مخالف للسنة الصحيحة : التى لامعارض لها :

وقد قال الشافعى ، والأصحاب ، وغيرهم من العلماء : إذا لزم الكافر كفارة ظهار أوقتل ، أوغيرهما ، فكفر فى حال كفره . أجزأه ، وإذا أسلم لاتلزمه إعادتها اهـ كلام شرح المهذب :

قاعدة

تجرى على الذمى أحكام المسلمين

إلا مايستثنى من ذلك :

لايؤمر بالعبادات ولا تصح منه ولا يمنع من المكث فى المسجد جنبا بخلافه حائضا : وليس له دخوله بلا إذن ويعزر إن فعله ولا يؤذن له لنوم أو أكل ، بل لسماع قرآن أو علم ؛ ولا يصح نذره :

وللإمام استئجاره على الجهاد :

ولا يحد لشرب الخمر ولا تراق عليه ، بل ترد إذا غصبت منه إلا أن يظهر شربها أو بيعها :

ولا يمنع من لبس الحرير والذهب ولا من تعظيم المسلم بحنى الظهر عند الرافعى :
وينكح الأمة بلا شرط :

ولا تلزمه إجابة من دعاه لوليمة
ولو تناكحوا فاسدا أو تهايعو فاسدا أو تقابضوا وأسلموا لم يتعرض لهم
والأمة الكتابية لاتحل لمسلم ولو كان عبدا فى المشهور
ومايجرى عليه فى أحكام المسلمين:
وجوب كفارة القتل والظهار واليمين والصيد فى الحرم وحد الزنا والسرقة

ضابط

الإسلام ، يجب ماقبله فى حقوق الله ، دون ماتعلق به حق آدمى، كالقصاص وضمان المال ؛

ويستثنى من الأول صور :
منها : أجنب ثم أسلم ، لايسقط الغسل خلافا للإصطخرى ؛
ومنها : لو جاوز الميقات مريدا للنسك ، ثم أسلم وأحرم دونه وجب الدم خلافا للمزنى ؛
ومنها : أسلم وعليه كفارة يمين أو ظهار أو قتل ؛ لم يسقط فى الأصح ؛
ولو زنا ثم أسلم ، فعن نص الشافعى أن حد الزنا يسقط عنه بالإسلام ؛

فرع

اختص اليهود والنصارى بالإقرار بالجزية ، وحل المناكحة والذبائح ؛ وديانهم ثلث دية المسلمين ؛

ويشاركهم المجوس فى الأول فقط ، وديانهم ثلثا عشر دية المسلمين ؛
ومن له أمان من وثنى ونحوه ، له الأخير فقط ؛

فرع

لاتوارث بين المسلم والكافر ، وكذا العقل وولاية النكاح ؛
ويرث اليهودى النصرانى، وعكسه إلا الحربى والذمى وعكسه ؛
وينبنى على ذلك ، العقل وولاية النكاح ؛

القول فى أحكام الجان

قل من تعرض لها من أصحابنا ؛
وقد ألف فيها من الحنفية القاضى بدر الدين الشبلى كتابه « آكام المرجان : فى أحكام الجان » ؛

قال السبكى فى فتاويه(١):

وقال ابن عبد البر : الجن عند الجماعة مكلفون مخاطبون ؛

وقال القاضى عبد الجبار : لانعلم خلافا بين أهل النظر فى ذلك ، والقرآن ناطق بذلك فى آيات كثيرة ؛

وهذه فروع :

الأول : هل يجوز للإنسى نكاح الجنية ، قال العماد بن يونس فى شرح الوجيز نعم وفى المسائل التى سأل الشيخ جمال الدين الأسنوى عنها قاضى القضاة شرف الدين البارزى إذا أراد أن يتزوج بامرأة من الجن - عند فرض إمكانه - فهل يجوز ذلك أو يمتنع فان الله تعالى قال (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا) فامتن البارى تعالى بأن جعل ذلك من جنس مايؤلف .

فان جوزنا ذلك - وهو المذكور فى شرح الوجيز لابن يونس - فهل يجبرها على ملازمة المسكن أولا؟ وهل له منعها من التشكل فى غير صور الآدميين عند القدرة عليه ، لأنه قد تحصل النفرة أولا ، وهل يعتمد عليها فيما يتعلق بشروط صحة النكاح من أمر وليها وخلوها عن الموانع أولا ، وهل يجوز قبول ذلك من قاضيهم أولا ، وهل إذا رآها فى صورة غير التى ألفها وادعت أنها هى ، فهل يعتمد عليها ويجوز له وطؤها أولا ، وهل يكلف الإتيان بما يألفونه من قوتهم ، كالعظم وغيره إذا أمكن الاقتيات بغيره أولا ؛

فأجاب : لايجوز له أن يتزوج بامرأة من الجن ، لمفهوم الآيتين الكريمتين ، قوله تعالى فى سورة النحل (والله جعل لكم من أنفسكم أزواجا) وقوله فى سورة الروم (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا) .

قال المفسرون فى معنى الآيتين (جعل لكم من أنفسكم) أى من جنسكم ونوعكم وعلى خلقكم ، كما قال تعالى (لقد جاءكم رسول من أنفسكم) أى من الآدميين ، ولأن اللاتى يحل نكاحهن : بنات العمومة وبنات الخؤولة ، فدخل فى ذلك من هى فى نهاية البعد كما هو المفهوم من آية الأحزاب (وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك) والمحرمات غيرهن ، وهن الأصول والفروع ، وفروع أول الأصول وأول الفروع من باقى الأصول ، كما فى آية التحريم فى النساء ، فهذا كله فى النسب ، وليس بين الآدميين والجن نسب ؛

هذا جواب البارزى ؛

فان قلت : ماعندك من ذلك ؟

قلت : الذى أعتقده التحريم ، لوجوه ؛

منها : ماتقدم من الآيتين ؛

---

(١) بياض بالأصل.

ومنها : ماروى حرب الكرمانى فى مسائله عن أحمد وإسحاق : قال : حدثنا محمد ابن يحيى القطيعى حدثنا بشر بن عمر حدثنا ابن لهيعة عن يونس بن يزيد عن الزهرى قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن نكاح الجن » :

والحديث وإن كان مرسلا فقد اعتضد بأقوال العلماء :

فروى المنع منه عن الحسن البصرى ، وقتادة ، والحكم بن عيينة : وإسحاق بن راهويه ، وعقبة الأصم :

وقال الجمال السجستانى من الحنفية ، فى كتاب « منية المفتى عن الفتاوى السراجية » لايجوز المناكحة بين الإنس والجن ، وإنسان الماء لاختلاف الجنس :

ومنها : أن النكاح شرع للألفة ، والسكون ، والاستئناس ، والمودة ، وذلك مفقود فى الجن ، بل الموجود فيهم ضد ذلك ، وهو العداوة التى لاتزول :

ومنها : أنه لم يرد الإذن من الشرع فى ذلك ، فإن الله تعالى قال (فانكحوا ماطاب لكم من النساء) والنساء : اسم لإناث بنى آدم خاصة ، فبقى ماعداهن على التحريم : لأن الأصل فى الأبضاع الحرمة حتى يرد دليل على الحل :

ومنها : أنه قد منع من نكاح الحر للأمة ، لما يحصل للولد من الضرر بالارقاق ، ولا شك أن الضرر بكونه من جنية وفيه شائبة من الجن خلقا وخلقا ، وله بهم اتصال ومخالطة أشد من ضرر الإرقاق الذى هو مرجو الزوال بكثير : فاذا منع من نكاح الأمة مع الاتحاد فى الجنس للاختلاف فى النوع ، فلأن يمنع من نكاح ماليس من الجنس من باب أولى :

وهذا تخريج قوى ، لم أر من تنبه له :

ويقويه أيضا أنه نهى عن إنزاء الحمر على الخيل ، وعلة ذلك : اختلاف الجنس وكون المتولد منها يخرج عن جنس الخيل : فيلزم منه قلتها ، وفى حديث النهى « إنما يفعل ذلك الذين لايعلمون » فالمنع من ذلك فيما نحن فيه أولى : وإذا تقرر المنع ، فالمنع من نكاح الجنى الإنسية أولى وأحرى :

لكن روى أبو عثمان سعيد بن العباس الرازى ، فى كتاب : الإلهام والوسوسة ، فقال : حدثنا مقاتل ، حدثنى سعيد بن داود الزبيدى : قال : كتب قوم من أهل اليمن إلى مالك يسألونه عن نكاح الجن ، وقالوا : إن ههنا رجلا من الجن يخطب إلينا جارية يزعم أنه يريد الحلال ، فقال « ماأرى بذلك بأسا فى الدين ولكن أكره إذا وجد امرأة حامل ، قيل لها : من زوجك ؟ . قالت : من الجن . فيكثر الفساد فى الاسلام بذلك » انتهى :

الفرع الثانى : لو وطىء الجنى الانسية ، فهل يجب عليها الغسل ؟ لم يذكر ذلك أصحابنا :

وعن بعض الحنفية والحنابلة : أنه لاغسل عليها ، لعدم تحقق الإيلاج ، والإنزال ، فهو كالمنام بغير إنزال :

قلت : وهو الجارى على قواعدنا :

الثالث : هل تنعقد الجماعة بالجن :

قال صاحب آكام المرجان : نعم : ونقله عن ابن الصيرفى الحنبلى : واستدل بحديث أحمد عن ابن مسعود فى قصة الجن : وفيه « فلما قام رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى أدركه شخصان منهم . فقالا : يارسول الله إنا نحب أن تؤمنا فى صلاتنا : قال : فصففنا خلفه ، ثم صلى بنا ، ثم انصرف » :

وروى سفيان الثورى فى تفسيره عن إسماعيل البجلى عن سعيد بن جبير : قال « قالت الجن للنبى صلى الله عليه وسلم : كيف لنا بمسجدك : أن نشهد الصلاة معك ، ونحن نائون عنك فنزلت (وأن المساجد لله فلا تدعو مع الله أحدا) » :

قلت : ونظير ذلك مافى الحلبيات للسبكى : أن الجماعة تحصل بالملائكة ، كما تحصل بالآدميين .

قال : وبعد أن قلت ذلك بحثا رأيته منقولا .

فى فتاوى الحناطى من أصحابنا : فيمن صلى فى فضاء من الأرض بأذان وإقامة ، وكان منفردا ، ثم حلف أنه صلى بالجماعة : هل يحنث أم لا ؟ :

قال : يكون بازا فى يمينه ، ولا كفارة عليه ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أذن وأقام فى فضاء من الأرض ، وصلى وحده ، صلت الملائكة خلفه صفوفا » :

فاذا حلف على هذا المعنى ، لايحنث اه :

قال السبكى : وينبنى على ذلك أن من ترك الجماعة لعذر ، وقلنا بأنها فرض عين هل نقول : يجب القضاء كمن صلى فاقد الطهورين ، فان كان كذلك ، فصلاة الملائكة إن قلنا : بأنها كصلاة الآدميين ، وأنها تصير بها جماعة ، فقد يقال : إنها تسكفى لسقوط القضاء :

قلت : وعلى هذا يندب نية الجماعة للمصلى ، أو الإمامة :

الرابع : قال فى آكام المرجان : نقل ابن الصيرفى عن شيخه أبى البقاء العكبرى الحنبلى : أنه سئل عن الجنى ، هل تصح الصلاة خلفه فقال : نعم ، لأنهم مكلفون ، والنبى صلى الله عليه وسلم مرسل إليهم :

الخامس : إذا مر الجنى بين يدى المصلى ، فهل يقطع صلاته ؟ فيه روايتان ، عن أحمد :

قلت : أما مذهبنا : فالصلاة لايقطعها مرور شيء : لكن يقاتل ، كما يقاتل الإنس :

السادس : قال ابن تيمية لايجوز قتل الجنى بغير حق ، كما لايجوز قتل الانسى بغير حق والظلم محرم فى كل حال :

فلا يحل لأحد أن يظلم أحدا ، ولو كان كافرا ، والجن يتصورون فى صور شتى ، فاذا كانت حيات البيوت قد تكون جنيا فيؤذن ثلاثا ، كما فى الحديث : فان ذهبت فيها ؛ وإلا قتلت ، فإنها إن كانت حية أصلية قتلت ، وإن كانت جنية ، فقد أصرت على العدوان بظهورها للإنس فى صورة حية تفزعهم بذلك : والعادى : هو الصائل الذى يجوز دفعه بما يدفع ضرره : ولو كان قتلا اهـ :

وقد روى ابن أبى الدنيا « أن عائشة رأت فى بيتها حية ، فأمرت بقتلها ، فقتلت : فأتيت فى تلك الليلة ، فقيل لها : إنها من النفر الذين استمعوا الوحى من النبى صلى الله عليه وسلم ، فأرسلت إلى اليمن ، فابتيع لها أربعين رأسا ، فأعتقتهم » :

وروى ابن أبى شيبة فى مصنفه ، نحوه : وفيه «فلما أصبحت أمرت باثنى عشر ألف درهم ، ففرقت على المساكين » :

وكيفية الإيذان ـ كما فى الحديث ـ « نسألك بعهد نوح ، وسليمان بن داود : أن لاتؤذينا » :

السابع : فى رواية الجن للحديث : أورد فيه صاحب آكام المرجان آثارا مما رووه ، فكأنه رأى بذلك قبول روايتهم .

والذى أقول : إن الكلام فى مقامين : روايتهم عن الانس ، ورواية الانس عنهم .

فأما الأول : فلا شك فى جواز روايتهم عن الانس ماسمعوه منهم ، أو قرىء عليهم وهم يسمعون ، سواء علم الانسى بحضورهم أم لا ، وكذا إذا أجاز الشيخ من حضر ، أو سمع ، دخلوا فى إجازته ، وإن لم يعلم به ، كما فى نظير ذلك من الانس :

وأما رواية الإنس عنهم : فالظاهر : منعها ، لعدم حصول الثقة بعدالتهم :

وقد ورد فى الحديث « يوشك أن تخرج شياطين كان أوثقها سليمان بن داود ، فيقولون حدثنا وأخبرنا » :

وأما الآثار التى أوردها صاحب آكام المرجان ، وهى : ماأخرجه الحافظ أبو نعيم حدثنا الحسن بن إسحاق بن إبراهيم : حدثنا أحمد بن عمرو بن جابر الرملى . حدثنا أحمد ابن محمد بن طريف : حدثنا محمد بن كثير عن الأعمش ، حدثنى وهب بن جابر عن

أبي ابن كعب قال خرج قوم يريدون مكة ، فأضلوا الطريق ، فلما عاينوا الموت ، أوكادوا أن يموتوا ، لبسوا أكفانهم ، وتضجعوا للموت ، فخرج عليهم جني يتخلل الشجر ، وقال أنا بقية النفر الذين استمعوا على محمد صلى الله عليه وسلم ، سمعته يقول « المؤمن أخو المؤمن ودليله : لايخذله » هذا الماء ، وهذا الطريق .

وقال ابن أبي الدنيا : حدثني أبي ، حدثنا عبد العزيز القرشي ، أخبرنا إسرائيل عن السدى عن مولى عبد الرحمن بن بشر قال « خرج قوم حجاجا فى إمرة عثمان ، فأصابهم عطش ، فانتهوا إلى ماء ملح ، فقال بعضهم : لو تقدمتم ، فانا نخاف أن يهلكنا هذا الماء فساروا حتى أمسوا ، فلم يصيبوا ماء ، فأدلجوا إلى شجرة سمر ، فخرج عليهم رجل أسود شديد السواد ، جسيم . فقال : يامعشر الركب ، إنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليحب للمسلمين مايحب لنفسه ، ويكره للمسلمين مايكره لنفسه » فسيروا حتى تنتهوا إلى أكمة ، فخذوا عن يسارها ، فان الماء ثم » .

وقال أيضا : حدثنى محمد بن الحسين ، حدثنا يوسف بن الحكم الرقى ، حدثنا فياض ابن محمد أن عمر بن عبد العزيز بينا هو يسير على بغلة إذا هو بجان ميت على قارعة الطريق فنزل فأمر به ، فعدل عن الطريق ، ثم حفر له ، فدفنه وواراه ، ثم مضى ، فاذا هو بصوت عال ، يسمعونه ، ولايرون أحدا : ليهنك البشارة من الله ياأمير المؤمنين ، أنا وصاحبي هذا الذى دفنته من الجن الذين قال الله فيهم (وإذ صرفنا إليك نفرا من الجن يستمعون القرآن) فلما أسلمنا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحبي هذا « ستموت فى أرض غربة يدفنك فيه يومئذ خير أهل الأرض » .

فالجواب عنها : أن رواتها ممن سمع من النبي صلى الله عليه وسلم ، فالظاهر أن لهم حكم الصحابة فى عدم البحث عن عدالتهم .

وقد ذكر حفاظ الحديث ، ممن صنف فى الصحابة ، مؤمنى الجن فيهم .

قال الحافظ أبو الفضل العراقى : وقد استشكل ابن الأثير ذكر مؤمنى الجن فى الصحابة دون من رآه من الملائكة ، وهم أولى بالذكر .

قال : وليس كما زعم ، لأن الجن من جملة المكلفين الذين شملتهم الرسالة والبعثة فكان ذكر من عرف اسمه ، ممن رآه حسنا ، بخلاف الملائكة . انتهى .

الثامن : لايجزئ الاستنجاء بزاد الجن ، وهو العظم ، كما ثبت فى الحديث .

فوائد

الأولى : الجمهور على أنه لم يكن من الجن نبي ، وأما قوله تعالى (يامعشر الجن

والانس ألم يأتكم رسل منكم) ، فتأولوه على أنهم رسل عن الرسل ، سمعوا كلامهم ، فأنذروا قومهم ، لاعن الله ؛

وذهب الضحاك ، وابن عزم إلى أنه كان منهم أنبياء ؛ واستدل بحديث « وكان النبي يبعث إلى قومه خاصة » .

قال : وليس الجن من قومه ، ولا شك أنهم قد أنذروا ، فصح أنهم جاءهم أنبياء منهم ؛

الثانية : لاخلاف فى أن كفارة الجن فى النار ؛

واختلف : هل يدخل مؤمنهم الجنة ، ويثابون على الطاعة ؟ على أقوال ، أحسنها : نعم ، وينسب للجمهور ؛

ومن أدلته : قوله تعالى (ولمن خاف مقام ربه جنتان فبأى آلاء ربكما تكذبان) إلى آخر السورة ، والخطاب للجن والانس ، فامتن عليهم بجزاء الجنة ووصفها لهم ، وشوقهم إليها ، فدل على أنهم ينالون ماامتن به عليهم إذا آمنوا ؛

وقيل : لايدخلونها ، وثوابهم النجاة من النار ؛

وقيل : يكونون فى الأعراف ؛

الثالثة : ذهب الحرث المحاسبى إلى أن الجن الذين يدخلون الجنة يكونون يوم القيامة نراهم ولا يرونا ، عكس ماكانوا عليه فى الدنيا ؛

الرابعة : صرح ابن عبد السلام ، بأن الملائكة فى الجنة لايرون الله تعالى ؛

قال : لأن الله تعالى (لاتدركه الأبصار) وقداستثنى منه مؤمنو البشر ؛ فبقى على عمومه فى الملائكة ؛

قال فى أحكام المرجان : ومقتضى هذا أن الجن لايرونه ، لأن الآية باقية على العموم فيهم أيضا ؛

القول فى أحكام المحارم

قال الأصحاب : المحرم من حرم نكاحها على التأبيد ، بنسب أو بسبب مباح ، لحرمتها فخرج بالأول : ولد العمومة ، والخؤولة ؛

وبقولنا « على التأبيد » أخت الزوجة وعمتها ، وخالتها ؛

وبقولنا « بسبب مباح » أم الموطوءة بشبهة ، وبنتها ، فانها محرمة النكاح ، وليست محرما ، إذ وطء الشبهة لايوصف بالاباحة ؛

وبقولنا « لحرمتها » الملاعنة ، فإنها حرمت تغليظا عليه ؛

والأحكام التى للمحرم مطلقا ، سواء كان من نسب ، أو رضاع ، أو مصاهرة :

تحريم النكاح وجواز النظر ، والخلوة ، والمسافرة ، وعدم نقض الوضوء ؛
أما تحريم النكاح فلا يشاركه فيه على التأبيد إلا الملائكة ، وسائر المحرمات ، فليست على التأبيد :
فأخت الزوجة ، وعمتها ، وخالتها : تحل بمفارقتها ؛
والأمة : تحل إذا عتقت ، أو أعسر ؛
والمجوسية : تحل إذا أسلمت ؛
والمطلقة ثلاثا : تحل إذا نكحت زوجا غيره ؛
وأما جواز النظر ؛ فهل يشاركه فيه العبد ؟ وجهان ؛ صحح الرافعي منهما : الجواز ووافقه النووى فى المنهاج ؛
وقال فى الروضة من زوائده : فيه نظر ؛
وصحح فى مجموع له على المهذب : التحريم ؛ وبالغ فيه ؛ وعبارته : هذه المسئلة مما تعم بها البلوى ؛ ويكثر الاحتياج إليها ؛ والخلاف فيها مشهور ؛
والصحيح عند أكثر أصحابنا : أنه محرم لها ، كما نص عليه الشافعى ؛ ونقل عن جماعة تصحيحه ؛
وقال الشيخ أبو حامد : الصحيح عند أصحابنا أن لايكون محرما لها ؛ لأن الحرمة إنما تثبت بين الشخصين لم تخلق بينهما شهوة ، كالأخ ، والأخت ، وغيرهما ؛
وأما العبد ، وسيدته : فشخصان خلقت بينهما الشهوة ؛
قال : وأما الآية ، وهى قوله تعالى (أو ماملكت أيمانهن) ؛ فقال أهل التفسير فيها : المراد بها : الاماء ، دون العبيد ؛
وأما الخبر : وهو مارواه أبو داود والبيهقى عن أنس ، «أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى فاطمة بعبد ، وقد وهبه لها ، وعلى فاطمة ثوب إذا قنعت به رأسها ، لم يبلغ رجليها ، وإذا غطت به رجليها لم يبلغ رأسها . فلما رأى النبى صلى الله عليه وسلم ماتلقى قال : إنه ليس عليك بأس ، إنما هو أبوك ، وغلامك » فيحتمل أن يكون الغلام صغيرا ؛
قال : وهذا الذى صححه الشيخ ابو حامد : هو الصواب ، بل لايليغى أن يجرى فيه خلاف بل يقطع بتحريمه ، وكيف يفتح هذا الباب للنسوة الفاسقات ؟ مع حسان المماليك ، الذين الغالب من أحوالهم الفسق ؛ بل العدالة فيهم فى غاية القلة ؟ ؛ وكيف يستجيز الانسان الافتاء بأن هذا المملوك يبيت ويقيل مع سيدته ، مكررا ذلك ، مع ماهما عليه من التقصير فى الدين ؟ وكل منصف يقطع بأن أصول الشريعة تستقبح هذا تحرمه أشد تحريم ؛

ثم القول بأنه محرم : ليس له دليل ظاهر ؛ فان الصواب فى الآية أنها فى الاماء ، والخبر محمول على أنه كان صغيرا ؛ انتهى كلام النووى ؛

وقد اختار التحريم أيضا : السبكى فى تكملة شرح المهذب ؛ وفى الحلبيات ؛

وقال : إن تأويل الحديث على أنه كان صغيرا جدا ، لاسيما والغلام فى اللغة إنما يطلق على الصبى ؛ وهى واقعة حال ، ولم يعلم بلوغه ، فلا حجة فيها للجواز . ولم يحصل مع ذلك خلوة ، ولا معرفة ماحصل النظر إليه ، وإنما فيه نفى البأس عن تلك الحالة التى علمت حقيقتها ؛ ولم تجد فاطمة مايحصل به كمال الستر الذى قصدته ؛

وغايته : التعليل باسم الغلام ؛ وهو اسم للصبى ، أو محتمل له ، والاحتمال فى وقائع الأحوال يسقط الاستدلال ؛ انتهى ؛

واختاره أيضا الأذرعى وغيره من المتأخرين ، وأفتيت به مرات . ولا أعتقد سواه ؛

وأما الخلوة ، والمسافرة ، فالعبد فيهما مبنى على النظر إن شاركه المحرم فيه شاركه فيهما ، وإلا فلا ؛ ويشاركه الزوج فيهما لامحالة ؛ بل يزيد فى النظر ، ويكتفى فى سفر حج الفرض بنسوة ثقات ؛ على ماسيأتى تحريره ، فى أحكام السفر .

وأما عدم نقض الوضوء ، فلا يشاركه فيه غيره ؛

ومن أحكام المحرم

جواز إعارة الأمة ، وإجارتها ، ورهنها عنده ، وإقراضها

ومن اطلع إلى دار غيره ، وبها محرم له ، لم يجز رميه ؛

ويجوز أن يساكن الرجل مطلقته مع محرم له ، أولها ، ولو عاشرها فى عدة الرجعية كزوج مع وجود محرم : لم يمنع انقضاء العدة ؛

ويختص المحرم النسيب بأحكام

منها : تغليظ الدية فى قتله خطأ ، فلا تغلظ فى المحرم بالرضاع ، والمصاهرة قطعا ، ولا فى القريب غير المحرم على الصحيح ؛

ومنها : يكره قتله فى جهاد الكفار ، وقتال البغاة ، والمجلاد ؛

قال ابن النقيب : وأما غير القريب من المحارم ، فلم أر من ذكر المنع من قتله ؛

ومنها : غسل الميت ، فيقدم فى المرأة نساء المحارم على نساء الأجانب ؛

ويجوز لرجال المحارم التغسيل .

ويختص الأصول والفروع من بين سائر المحارم بأحكام :

الأول : عدم الاجتماع فى الملك :

فمن ملك أباه ، أو أمه ، أو أحد أصوله من الأجداد والجدات ؛ من جهة الأب ،

أوالأم، أوأحد أولاده وأولادهم، وإن سفلوا : عتق عليه، سواء ملكه قهرا بالإرث، أم اختيارا بالشراء ، أو غيره :

الثانى : جواز بيع المسلم منهم للكافر . لأنه يستعقب العتق ، فلا يبقى فى الملك :

وفى وجه : لايصح ، لما فيه من ثبوت الملك :

الثالث : وجوب النفقة عند العجز ، والفطرة :

الرابع : لايقطع أحدهما بسرقة مال الآخر . لشبهة استحقاق النفقة .

الخامس : لايعقل أحدهما عن الآخر ، لأن الأصل والفرع بعض الجانى ، فكما لايحتمل الجانى ، لايحتمل أبعاضه :

السادس : لايحكم ، ولا يشهد أحدهما للآخر :

السابع : يدخلون فى الوصية للأقارب :

الثامن : تحريم موطوءة كل منهما ، ومنكوحته على الآخر :

ويختص الأصول فقط بأحكام :

الأول : لايقتلون بالفرع ، ولا له : سواء الأب ، والأم ، والأجداد والجدات ، وإن علوا من قبل الأب والأم :

وحكى فى الأجداد والجدات قول شاذ ، ولو حكم بالقتل حاكم : نقض حكمه ، بخلاف مالو حكم بقتل الحر بالعبد :

الثانى : لايحدون بقذف الفرع ، ولاله كالقتل :

الثالث : لاتقبل شهادة الفرع عليهم بما يوجب قتلا فى وجه :

الرابع : لايجوز المسافرة ، إلا بإذنهم ، إلا مايستثنى : وسواء الكافر ، والمسلم ، والحر ، والرقيق :

الخامس : لايجوز الجهاد إلا باذنهم : بشرط الاسلام . وقيل ، لايشترط إذن الجد، مع وجود الأب : ولا الجدة ، مع وجود الأم ، والأصح خلافه :

السادس : لايجوز التفريق بينهم بالبيع حتى يميز الفرع ، وفى قول حتى يبلغ ، فان فعل لم يصح البيع ، ومثله الهبة ، والقسمة : وكذا الاقالة ، والرد بالعيب ، كما صححه ابن الرفعة ، والسبكى والأسنوى :

وليس فى الروضة ترجيح فى السفر ، كما نقله ابن الرفعة ، والأسنوى عن فتاوى الغزالى : وأقراه : بخلاف العتق ، والوصية :

وإنما يعتبر الأب والجد للأم ، عند فقد الأم ، فلو فرق بينهما ، وهو مع الأم : جاز : وفى الأجداد والجدات للأب : أوجه :

يجوز بين الأجداد ، لاالجدات :

والمجنون ، كالطفل فى ذلك : قاله فى الكفاية :

السابع : إذا دعاه أحد الأبوين ؛ وهو فى الصلاة ؛ ففيه أوجه : حكاها فى البحر :

أحدها : تجب الاجابة ؛ ولا تبطل الصلاة :

وثانيها : تجب ، ولكن تبطل ؛ وصححه الروياني :

وثالثها : لاتجب ، وتبطل :

قال السبكى ، فى كتاب بر الوالدين : المختار : القطع بأنه لايجب إن كانت الصلاة نفلا ، سواء ضاق الوقت أم لا ؛ لأنها تلزم بالشروع ، وإن كانت نفلا . وجبت الاجابة ، إن علم تأذيهما بتركها : ولكن تبطل :

قال القاضى جلال الدين البلقينى : والظاهر : أن الأصول كلهم فى هذا المعنى . كالأبوين :

الثامن : للأبوين منع الولد من الإحرام بحج التطوع :

قال الجلال البلقينى : والظاهر : أنه يتعدى للأجداد والجدات أيضا :

التاسع : لهم تأديب الفرع وتعزيره ، وهذا ، وإن فرضه الشيخان فى الأب ؛ فقد قال الجلال البلقينى : يشبه أن تكون الأم ـ إذا كان الصبى فى حضانتها ـ كذلك : فقد صرحوا فى الأمر بالصلاة ، والضرب عليها : بأن الأمهات كالآباء فى ذلك :

قلت : وكذا الأجداد والجدات :

العاشر : لهم الرجوع فيما وهبوه للفروع بشرطه :

والمذهب : أن الأب ، والأم ، والأجداد ، والجدات ؛ فى ذلك سواء :

الحادى عشر : تبعية الفرع لهم فى الاسلام إذا كان صغيرا :

الثانى عشر : لايحتسبون بدين الولد فى وجه ، جزم به فى الحاوى الصغير :

الثالث عشر : يسن أن يهنأ كل من الأصول بالمولود ، واختص الأصول الذكور بوجوب الإعفاف ، سواء الأب والجد له والجد للأم :

واختص الأب والجد للأب بأحكام

منها : ولاية المال : وقيل : تلى الأم أيضا :

وتولى طرفى العقد فى البيع ونحوه :

وولاية الاجبار فى النكاح : للبنت ، والابن :

والصلاة فى الجنازة ، والعفو عن الصداق ، على القديم :

والاحرام عن الطفل والمجنون : وقيل : يجوز للأم أيضا :

وقطع السلعة ، واليد المتأكلة إذا كان الخطر فى الترك أكثر :

واعلم أن الجد فى كل ذلك معتبر بفقد الأب ، وقيل : له الاحرام مع وجوده ؛
واختص الأب بأن فقده شرط فى اليتم ، ولا أثر لوجود الجد ؛
واختص الجد للأب بأنه يتولى طرفى العقد فى تزويج بنت ابنه بابن ابنه الآخر ؛
واختصت الأم بامتناع التفريق كما تقدم ؛

قاعـدة

كل موضع كان للأم فيه مدخل ، فالشقيق مقدم فيه قطعا ، كالارث ، ومهر المثل ؛
وكل موضع لامدخل لها فيه ، فى تقديمه خلاف: والأصح أيضا : تقديمه ؛ كصلاة الجنازة ، وولاية النكاح ؛

قاعدة أخرى

لايقدم أخ لأم ، وابنه على الجد إلا فى الوصية ، أو الوقف لأقرب الأقارب ؛
ولا أخ شقيق ، أو لأب على الجد إلا فى ذلك ، وفى الولاء ؛

فائدة

قال البلقينى : الجد أبو الأب يتقسم فى تنزيله منزلة الأب ، وعدم تنزيله منزلة الأب إلى أربعة أقسام ؛
منها : ماهو كالأب ، قطعا ؛
وذلك : فى صلاة الجنازة بولاية النسب ، وولاية المال ، وولاية النكاح بالنسب ، وأنه لايجوز للأب أن يوصى على الأولاد ، مع وجود أبى أبيه ، كما لايجوز أن يوصى عليهم ، مع وجود أبيه ، وفى الاجبار للبكر الصغيرة ، والحضانة ، والاعفاف ، والانفاق وعدم التحمل فى العقل ، والعتق بالملك ، وعدم قبول الشهادة له ، والعفو عن الصداق إن قلنا به ؛
وليس كالأب قطعا فى أنه لايرد الأم إلى ثلث مايبقى فى صورة : زوج ، وأبوين ، أو زوجة وأبوين ، فلوكان بدل الأب جد أخذت الأم الثلث كاملا ؛
وأن الأب يسقط أم نفسه ، ولا يسقطها الجد ؛
وكالأب على الأصح فى أنه يجمع بين الفرض والتعصيب وأنه يجبر البكر البالغة وأن له الرجوع فى هبته له ، وأنه لايقتل بقتله ؛
وليس كالأب على الأصح فى أنه لايسقط الأخوة والأخوات لأبوين أو لأب ، بل يشاركهم ويقدم أخ المعتق العاصب على جده فى الإرث والتزويج وصلاة الجنازة والوصية

لأقرب الأقارب ويدخل فى الوصية للأقارب ولايحتاج إلى ذكره فى الوصية لليتامى ، ولا فى قسم الفيء والغنيمة .

فائدة

قال فى اللباب : يترتب على النسب اثنا عشر حكما .

توريث المال والولاية وتحريم الوصية ، وتحمل الدية وولاية التزويج ، وولاية غسل الميت والصلاة عليه ، وولاية المال وولاية الحضانة ، وطلب الحد ، وسقوط القصاص وتغليظ الدية .

القول في أحكام الولد

قال الأصحاب : الولد يتبع أباه فى النسب وأمه فى الرق والحرية ، وأشرفهما دينا وأخسهما نجاسة وأخفهما زكاة وأغلظهما فدية .

ويقال أيضا أحكام الولد أقسام :

أحدها : مايعتبر بالأبوين معا .

وذلك فيه فروع :

منها : حل الأكل ، فلابد فيه من كون أبويه مأكولين .

ومنها : مايجزئ فى الأضحية كذلك .

ومنها : مايجزئ فى جزاء الصيد .

ومنها : الزكاة ، فلا تجب فى المتولد بين النعم والظباء .

ومنها : استحقاق سهم الغنيمة ، فلا يسهم للبغل المتولد بين الفرس والحمار .

ومنها : المناكحة والذبيحة ، وفيهما قولان والأظهر الاعتبار بهما . والثانى : الاعتبار بالأب .

الثانى : يعتبر بالأب خاصة .

وذلك : النسب وتوابعه من استحقاق سهم ذوى القربى والكفارة ومهر المثل والولاء فانه يكون لموالى الأب .

وقدر الجزية : إذا كان لأبيه جزية ، وأمه من قوم لهم جزية أخرى ، فالمعتبر : جزية أبيه .

الثالث : ما يعتبر بالأم خاصة وذلك : الحرية والرق .

ويستثنى من الرق صور :

منها : إذا كانت مملوكة للواطئ أو لإبنه فان الولد ينعقد حرا ؛

ومنها : أن يظنها حرة ، إما بأن يغتر بحريتها فى تزويجها أو يطأها بشبهة ظانا أنها أمته أو زوجته الحرة ؛ ولو كان الواطئ رقيقا ، وحينئذ فهذا حر تولد بين رقيقين ؛

ومنها : إذ نكح مسلم حربية ثم غلب المسلمون على ديارهم واسترقت بالأسر بعد احملت منه ، فان ولدها لايتبعها فى الرق لأنه مسلم فى الحكم ؛

الرابع : ما يعتبر بأحدهما غير معين ؛

وذلك فى الدين وضرب الجزية والنجاسة وتحريم الأكل ، والأكثر فى قدر الغرة تغليبا لجانب التغليظ فى الضمان والتحريم ، وفى وجه أن الجنين يعتبر بالأقل ، وفى آخر بالأب .

وأما فى الدية فقال المتولى : إنه كالمناكحة والذبح ، ومقتضاه اعتبار الأخس وجزم فى الانتصار باعتبار الأغلظ ، كما يجب الجزاء فى المتولد من مأكول وغيره ، ونقله فى الحاوى عن النص .

وقد قلت قديما :

يتبع الابن فى انتساب أباه ... ولأم فى الرق والحريه
والزكاة الأخف والدين الاعلى ... والذى اشتد فى جزاء وديه
ولأخس الأصلين رجسا وذبحا ... ونكاحا والأكل والأضحيه

مايتعدى حكمه إلى الولد الحادث، ومالا يتعدى

فيه فروع :

الأول : إذا أتت المستولدة بولد من نكاح أو زنا ، تعدى حكمها إليه قطعا فيعتق بموت السيد ؛

الثانى : نذر أضحية ، فأتت بعد ذلك بولد فحكمه مثلها قطعا .

الثالث : ولد المغصوبة مضمون مثلها قطعا ؛

الرابع : عين شاة عما فى ذمته بالنذر فأتت بولد ، تبعها فى الأصح كولد المعينة ابتداء وفى وجه : لا ، وفى وجه آخر : إن ذبحت لزم ذبحه معها ، وإن ماتت فلا .

الخامس : ولد المشتراة قبل القبض للمشترى على الصحيح ، وهو فى يد البائع أمانة ؛ فلو مات دون الأم ، فلا خيار للمشترى لأن العقد لم يرد عليه ؛

السادس ، ولد الأمة المنذور عتقها إذا حدث بعد النذر ، فيه طريقان الأصح القطع بالتبعية ، والثانى فيه الخلاف فى المدبرة .

السابع : ولد المدبرة من نكاح أو زنا ، فيه قولان : أظهرهما يسرى حكمها إليه حتى

لو ماتت قبل السيد أو فرق بينهما حيث يجوز ، أو رجع عنه إن جوزناه ، لم يبطل فيه ، أو لم يف الثلث إلا بأحدهما ، أقرع فى الأصح .

والثانى : يوزع العتق عليهما ، لئلا تخرج القرعة على الولد فيعتق ويرق الأصل .

الثامن : ولد المكاتبة الحادث بعد الكتابة من أجنبى ، فيه القولان ، والأظهر التبعية فيعتق بعتقها مادامت الكتابة باقية ، ثم حق الملك فيه للسيد كولد المستولدة ، وقيل : للأم ، لأنه مكاتب عليها .

التاسع : ولد المعلق عتقها بصفة ، هل يتبعها ؟ فيه القولان ، فى المدبرة .

لكن المنع هنا : أظهر ، وصححه النووى .

والفرق : أن التدبير يشابه الاستيلاد فى العتق بالموت .

العاشر : إذا قال لأمته : أنت حرة بعد موتى بسنة ، فأتت بولد قبل موت السيد ، فيه القولان فى المدبرة ، أو بعده فطريقان :

أحدهما : القطع بالتبعية ، لأن سبب العتق تأكد .

والثانى : أنه على القولين .

الحادى عشر : ولد الموصى بها ، فيه طريقان أصحهما القطع بعدم التبعية .

الثانى عشر : ولد العارية ، والمأخوذة بالسوم ، فيه وجهان أصحهما ، أنه غير مضمون .

الثالث عشر : ولد الوديعة الحادث فى يد المودع ، فيه وجهان :

أحدهما : أنه وديعة كالأم .

والثانى : أمانة ، كالثوب تلقيه الريح ، يجب رده فى الحال حتى لو لم يرده كان ضامنا له .

الرابع عشر : ولد الموقوفة بملكه الموقوف عليه كالدور والثمر ونحوها : سواء البهيمة والجارية على الأصح ، وقيل إنه وقف تبعا لأمه كالأضحية .

الخامس عشر : ولد المرهونة الحادث بعد الرهن ، ليس برهن فى الأظهر فان انفصل قبل البيع لم يتبعها اتفاقا .

فائدة

قال ابن الوكيل قد يظن أن الولد لا يلحق إلا بستة أشهر وهو خطأ ، فإن الولد يلحق لدون ذلك فيما إذا جنى على حامل ، فألقت جنينا لدون ستة أشهر فإنه يلحق أبويه وتكون العبرة بهما وكذا لو أجهضته بغير جناية ، كان مؤنة تجهيزه وتكفينه على أبيه .

وإنما يتقيد بالستة الأشهر ، الولد الكامل دون الناقص .

تنبيه

اختلف كلام الأصحاب فى مسائل الحمل ، هل يعتبر فيه الانفصال التام أو لا .

فاعتبروا الإنفصال التام فى انقضاء العدة ووقوع الطلاق المعلق بالولادة والإرث ، واستحقاق الوصية ، والدية ؛

فلو خرج نصفه فضربها ضارب ثم انفصل ميتا ، فالواجب الغرة دون الدية .

فلو كانت الصورة بحالها وصاح ، فحز رجل رقبته ، ففيه القصاص أو الدية على الأصح .

ولا يعتبر فى وجوب الغرة أيضا : الانفصال التام على الأصح ؛

القول فى أحكام تغييب الحشفة

يترتب عليها مائة وخمسون حكما

وجوب الغسل والوضوء ، وتحريم الصلاة والسجود والخطبة ، والطواف وقراءة القرآن ، وحمل المصحف ومسه ، وكتابته على وجه والمكث فى المسجد وكراهة الأكل والشرب والنوم والجماع ، حتى يغسل فرجه ويتوضأ ، ووجوب نزع الخف والكفارة وجوبا أو ندبا فى أول الحيض بدينار وآخره بنصفه وفساد الصوم ووجوب قضائه ، والتعزير والكفارة ، وعدم انعقاده إذا طلع الفجر حينئذ وقطع التتابع المشروط فيه ، وفى الاعتكاف ، وفساد الاعتكاف ، والحج ، والعمرة ، ووجوب المضى فى فاسدهما ، وقضائهما والبدنة فيهما ، والشاة بتكرره أو وقوعه بعد التحلل الأول ، أو بعد فوته ، وحجه بامرأته التى وطئها فى الحج والعمرة والنفقة عليها ذهابا وإيابا ، والتفريق بينهما على قول وعدم انعقادهما إذا أحرم حالة الإيلاج ، وقطع خيار البائع والمشترى فى المجلس والشرط أو سقوط الرد إذا فعله بعد ظهور العيب أو قبله وكانت بكرا ، وكونه رجوعا عند الفلس أو فى هبة الفرع أو الوصية فى وجه فى الثلاث ، ووجوب مهر المثل للمكرهة حرة أو مرهونة أو مغصوبة أو مشتراة من الغاصب أو شراء فاسدا أو مكاتبة والموطوءة بشبهة أو فى نكاح فاسد أو عدة التخلف أو الرجعة ، ولحوق الولد بالسيد وسقوط الاختيار والولاية ، فلا يتزوج حتى يبلغ ، ويحرم التعريض بالخطبة لمن طلقت بعده ، لآبائنا وبيع العبد فيه ، إذا نكح بغير إذن سيده ، أو بإذنه نكاحا فاسدا ، على قول وتحريم الربيبة ، وتحريم الموطوءة إذا كانت بشبهة أو أمة على آبائه وأبنائه ، وأصولها وفروعها عليه ، وتحريم أمته عليه إذا كان الواطئ أصلا ، وحلها للزوج الأول ولسيدها الذى طلقها ثلاثا قبل الملك وتحريم وطء أختها أو عمتها أو خالتها إذا كانت أمة ، وكونه اختيارا ممن أسلم على أكثر من أربع فى قول ، ومنع اختيار الأمة فيما إذا أسلم على حر قوطئها . وأمة فتأخرت وأسلمت

الأمة ومنع نكاح أختها إذا أسلم على مجوسية تخلفت حتى تنقضى العدة وكذا أربع سواها ومنع تنجيز الفرقة فيمن تخلفت عن الإسلام أو أسلمت أو ارتدت أو ارتدا معا أو متعاقبا وزوال العنة وإبطال خيار العتيقة ؛ أو زوجة المعيب أو زوج المعيبة حيث فعل مع العلم وزوال العنت ، وثبوت المسمى ، ووجوب مهر المثل للمفوضة ومنع الفسخ إذا أعسر بالصداق بعده ، ومنع الحبس بعده حتى تقبض الصداق وعدم عفو الولى بعده إن قلنا له العفو ، وسقوط المتعة فى قول ووقوع الطلاق المعلق به ، وثبوت السنة والبدعة فيه وكونه تعيينا للمبهم طلاقها على وجه ، وثبوت الرجعة والفيئة من الإيلاء ووجوب كفارة اليمين حينئذ ومصير كفارة المظاهر قضاء ، ووجوب كفارة الظهار المؤقت فى المدة واللعان وسقوط حصانة الفاعل والمفعول به بشرطه ، ووجوب العدة بأقسامها ، وكون الأمة به فراشا ، ومنع تزويجها قبل الاستبراء ، وتحريم لبن ثاربه ووجوب النفقة والسكنى للمطلقة بعده ، والحد بأنواعه : فى الزنا واللواط وقتل البهيمة فى قول ، ووجوب ثمنها عليه حيئذ ووجوب التعزير إن كان فى ميتة ، أو مشتركة أو موصى بمنفعتها أو محرم مملوكة أو بهيمة أو دبر زوجة بعد أن نهاه الحاكم ، وثبوت الإحصان وعدم قطع نكاح الأسيرة بعده على وجه ، وانتقاض عهد الذمى إن فعله بمسلمة بشرطه ، وإبطال الإمامة العظمى على وجه والعزل عن القضاء والولاية والوصية والأمانة ورد الشهادة ، وحصول التسرى به مع النية على وجه ، ووقوع العتق المعلق بالوطء .

قواعد عشرة

الأولى : قال البغوى فى فتاويه : حكم الذكر الأشل حكم الصحيح إلا أنه لا يثبت النسب ولا الإحصان ولا التحليل ، ولا يوجب مهرا ولا عدة ولا تحريم بالمصاهرة ، ولا يبطل الإحرام .

قال : وهكذا القول فى الذكر المبان .

الثانية : لا فرق فى الايلاج بين أن يكون بخرقة أولا ، إلا فى نقض الوضوء .

الثالثة : ما ثبت للحشفة من الأحكام ثابت لمقطوعها إن بقى منه قدرها .

ولا يشترط تغييب الباقى فى الأصح ، وإن لم يبق قدرها لم يتعلق به شىء من الأحكام ، إلا فطر الصائمة فى الأصح .

الرابعة : قال فى الروضة : الواطىء فى الدبر كهو فى القبل ، إلا فى سبعة مواضع : التحصين والتحليل والخروج من الفيئة ومن العنة ، ولا يغير إذن البكر على الصحيح وإذا وطئت الكبيرة فى فرجها وقضت وطرها واغتسلت ثم خرج منها المنى ، وجب إعادة الغسل فى الأصح ، وإن كان ذلك فى دبرها لم يعد ولا يحل بحال .

والقبل : يحل فى الزوجة والأمة .

واستدرك عليه صور :

منها : لو وطىء بهيمة فى دبرها لايقتل إن قلنا نقتل فى القبل ؛

ومنها : وطىء أمته فى دبرها فأتت بولد ، لايلحق السيد فى الأصح ، كذا فى الروضة وأصلها فى باب الاستبراء ، وخالفاه فى باب النكاح والطلاق فصححا اللحوق ؛

ومنها : وطىء زوجته فى دبرها فأتت بولد ، فله نفيه باللعان ؛

ومنها : وطىء البائع فى زمن الخيار ، فسخ على الصحيح ، لافى الدبر على الأصح ؛

ومنها : أن المفعول به يجلد مطلقا وإن كان محصنا ؛

ومنها : أن الفاعل يصير به جنبا لايجدثا بخلاف فرج المرأة ؛

ومنها : لاكفارة على المفعول به فى الصوم بلا خلاف ، رجلا كان أو امرأة ، وفى القبل الخلاف المشهور ؛

ومنها : قال البلقينى تخريجا : وطء الأمة فى دبرها عيب يرد به ، ويمنعه من الرد القهرى بالقديم ؛

ومنها : — على رأى ضعيف — أن الطلاق فى طهر وطئها فى الدبر لايكون بدعيا ؛

وأن المفعول به لاتسقط حصانته ولايوجب العدة ولاالمصاهرة ، والأصح فى الأربعة : أنه كالقبل ؛

الخامسة : قال ابن عبدان ، الأحكام الموجبة للوطء فى النكاح الفاسد سبعة : مهر المثل ولحوق الولد وسقوط الحد ، وتحريم الأصول والفروع وتحريمها عليهم ، وتصير فراشا ، ويملك به اللعان ؛

وفى ملك اليمين سبعة :

تحريمها على أصوله وفروعه ، وتحريم أصولها وفروعها ، ووجوب الاستبراء وتصير فراشا ، وتحريم ضم أختها إليها ؛

السادسة : كل حكم تعلق بالوطء لايعتبر فيه الانزال إلافى مسئلة واحدة وهى : مالوحلف لايتسرى ، لايحنث إلا بتحصين الجارية والوطء والانزال ؛

السابعة : قال الأصحاب : لايخلو الوطء فى غير ملك اليمين عن مهر ، أو عقوبة ، إلافى صور :

الأولى : فى الذمية إذا نكحت فى الشرك على التفويض ، وكانوا يرون سقوط المهر عند المسيس ؛

الثانية : إذا زوج أمته بعبده ؛

الثالثة : إذا وطىء البائع الجارية المبيعة قبل الإقباض ؛

الرابعة : السفيه إذا تزوج رشيدة بغير إذن الولى ووطىء ؛

الخامسة : المريض إذا عتق أمته وتزوجها ووطئ ومات ، وهى ثلث ماله وخيرت فاختارت بقاء النكاح ؛

السادسة : إذن الراهن للمرتهن فى الوطء ، فوطئ ظانا الحل ؛

السابعة : وطئت المرتدة والحربية بشبهة ؛

الثامنة : العبد إذا وطئ سيدته بشبهة ؛

التاسعة : بحثها الرافعى فيما لو أصدق الحربى امرأته مسلما استرقوه ، وأقبضها ؛ ثم أسلما وانتزع من يدها ، أنه لايجب مهر كما لو أصدقها خمرا وأقبضها ، ثم أسلما ؛

العاشرة : الموقوف عليه إذا وطىء الموقوفة ؛

القاعدة الثامنة

قال العلائى : الذى يحرم على الرجل وطء زوجته مع بقاء النكاح ، الحيض والنفاس والصوم الواجب ، والصلاة لضيق وقتها والاعتكاف والإحرام والإيلاء ، والظهار قبل التكفير وعدة وطء الشبهة ؛ وإذا أفضاها حتى تبرأ وعدم احتمالها الوطء لصغر أو مرض أو عبالته ، والطلاق الرجعى والحبس قبل توفية الصداق ، ونوبة غيرها فى القسم ؛

قلت : ومن غرائب مايلحق بذلك ، ماذكره الشيخ ولى الدين فى نكته أن فى كلام الامام مايقتضى منع الزوج من وطء زوجته التى وجب عليها القصاص وليس بها حمل ظاهر لئلا يحدث منه حمل يمنع من استيفاء ما وجب عليها ؛

ويقرب من ذلك : من مات ولد زوجته من غيره يكره له الوطء حتى يعلم هل كانت عند موته حاملا ، ليرث منه أم لا ؟ ؛

فائدة

قال الإمام : الجماع مع دواعيه أقسام :

الأول : ما يحرم فيه دون دواعيه ؛ وهو : الحيض ، والنفاس ، والمستبرأة ، والمسبية ؛

الثانى : ما يحرم فيه ، ولا يحرم دواعيه ، بشرط أن لايحرك الشهوة ، وهو الصوم ؛

الثالث : ما يحرم فيه ، وفى دواعيه قولان ؛ وهو : الاعتكاف .

الرابع : ما يحرمان فيه ، كالحج ، والعمرة والمستبرأة ، والرجعية ؛

القاعدة التاسعة

إذا اختلف الزوجان فى الوطء ، فالقول قول نافيه ؛ عملا بأصل العدم ، إلا فى مسائل :

الأولى : إذا ادعى العنين الإصابة ، فالقول قوله بيمينه سواء كان قبل المدة ، أو بعدها ؛ ولو كان خصيا ، ومقطوع بعض الذكر ، على الصحيح .

الثانية : المولى إذا ادعى الوطء يصدق بيمينه ، لاستدامة النكاح ؛

الثالثة : إذا قالت : طلقتنى بعد الدخول فلى المهر ، وأنكر فالقول قوله للأصل ، وعليها العدة ، وإخذة بقولها ولا نفقة لها ولا سكنى . وله نكاح بنتها وأربع سواها فى الحال ؛ فاذا أتت بولد لزمن محتمل ، ولم يلاعن ، ثبت النسب وقوى به جانبها فيرجع إلى تصديقها بيمينها ويطالب الزوج بالنصف الثانى . فان لاعن زال المرجح ، وعدنا إلى تصديقه كما كان .

الرابعة : إذا تزوجها بشرط البكارة فقالت زالت بوطئك : فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ . وقوله : بيمينه ، لدفع كمال المهر حكاه الرافعى عن البغوى وأقره .

الخامسة : إذا ادعت المطلقة ثلاثا أن الزوج الثانى أصابها قبلت لتحل للمطلق لا لاستقرار المهر : ذكره الرافعى فى التحليل ؛

السادسة : إذا قال لطاهرة : أنت طالق للسنة ، ثم قال : لم يقع ، لأنى جامعتك فيه فأنكرت ؛ قال اسماعيل البوشنجى : مقتضى المذهب قبول قوله ، لبقاء النكاح ، حكاه عنه الرافعى ؛

وأجاب بمثله القاضى حسين فى فتاويه فيما إذا قال إن لم أنفق عليك اليوم فأنت طالق ، ثم ادعى الانفاق ؛ فيقبل ، لعدم الطلاق ، لا لسقوط النفقة ؛

لكن فى فتاوى ابن الصلاح : أن الظاهر الوقوع فى هذه المسئلة ؛

السابعة : إذا جرت خلوة بثيب ، فانها تصدق على قول : ولكن الأظهر خلافه ؛

الثامنة :— وهى على رأى ضعيف أيضا — إذا عتقت تحت عبد ، وقلنا : يثبت الخيار إلى الوطء فادعاه وأنكرت ، ففى المصدق وجهان فى الشرح ، بلا ترجيح لتعارض الأصلين : بقاء النكاح وعدم الوطء ؛

وقد نظمت الصور الستة التى على المرجح فى أبيات ؛ فقلت :

يا طالبا مافيه قولا مثبت وطء ... نقبله ونافيه لا يثول مقالا
من أنكر وطئا حليلها ، وأتته ... بابن ولعانا أبى وقال محالا
أو طلق فى الطهر سنة ونفاه ... إذ قال : بوطء ومن يعن وآلى
أو زوج بكرا بشرطها فأزيلت ... قالت : هو منه ، وعند زوجى زالا
أو زوجت البت وادعته بوطء ... صارت وإن الزوج قد نفاه حلالا
هذاك جوابى بحسب مبلغ علمى ... والله له العلم ذو الجلال تعالى

القاعدة العاشرة

لا يقوم الوطء مقام اللفظ ، إلا مسألة واحدة ؛

وهى : الوطء فى زمن الخيار ؛ فانه فسخ من البائع ؛ وإجازة من المشترى ؛

وأما وطء الموصى بها ، فإن اتصل به إحبال فرجوع ، وإلا فلا فى الأصح ، فان عزل : فلا ، قطعا ؛