

الباب الثالث

الحكم بين أهل الذمة

إن الشريعة الإسلامية أحكامها عامة شاملة لكل المسلمين . ففرضاتها لهم الولاية التي بتمتضاها يصدر عن الأحكام على المسلمين . ثم قد يسكن في دار الإسلام بعض غير المسلمين كالذميين والمستأمنين . فيرفعون إلى القاضي المسلم دعواهم طالبين منه الحكم فيما بينهم . فذكر الفقهاء ما يجب على القاضي في تلك الحالة . وقد انحصر نزاعهم في ثلاثة أقوال .

أحدها وجوب القضاء عليهم إذا ترفعوا إلينا بما يأمر به الشرع الإسلامي . وهذا قول أبي حنيفة . والدليل عليه قوله تعالى « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » فأفادت هذه الآية اشتراط المجيء . ثم خير عند المجيء بين الحكم والأعراض ثم نسخ التخيير بقوله تعالى « وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » .

وروى عن الحسن « خلوا بين أهل الكتاب وبين حاكمهم : وإذا ترفعوا إليكم فأقيموا عليهم ما في كتابكم » . روى سفيان بن حسين عن الحكم عن مجاهد عن ابن عباس قال « آيتان نسختا من سورة المائدة ، آية القلائد وقوله تعالى « فاحكم بينهم أو أعرض عنهم » فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم مخيراً إن شاء حكم أو أعرض عنهم . فردهم إلى أحكامهم حتى نزلت (وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك » فزال التخيير ووجب الحكم عليهم بشريعتنا :

وثانيها : — التخيير بين الحكم والأعراض عند مجيئهم : وهو قول مالك ، والحسن ، والشعبي ، ذهاباً منهم إلى عدم النسخ في آية التخيير . وقد روى القولان السابقان عن الشافعي .

وثالثها : — وجوب الحكم عليهم وإن لم يترافعوا إلينا . واحتجوا على ذلك بأن
الاجماع قد وقع على أن الذمى إذا سرق تقطع يده . فتكون الأحكام جارية عليهم
وإن لم يترافعوا . ورد هذا بأنه قياس مع الفارق . فإن السارق إنما حكم بقطع يده
زجراً له عن الوقوع فى السرقة . والتعدي على أموال غيره . فكان الحكم بالقطع
من باب العقوبة . والعقوبة يحكم بها على المسلم والذمى على السواء . ولأن ضرر
السرقة يرجع بالخلل على النظام العام . وأما غير ذلك فلا يقع الخلل فى النظام العام
بسببه . فلا داعى إلى إلزامهم بالحكم الشرعى فيه . إلا إذا ترافعوا إلينا . لأنهم فى تلك
الحالة رضوا بأحكامنا . فيلزمون بها .

هذا ملخص ما فى الجصاص وبداية المجتهد فى هذا الموضوع . ولقد أردت أن
أوفى هذا البحث بذكر مذاهب الفقهاء فيه على وجه التفصيل . وبيان الأدلة
الموجودة لكل قول . فعثرت على تحقيق لبعض الأفاضل فى تلك المسألة . فقال
« وقع الاشتباه فيما إذا وقع نزاع بين ذميين فى حق من الحقوق . ورفع أحدهما
أمره إلى قاض من قضاة المسلمين وطلب إحضار خصمه . فهل يجب إحضار خصمه
ويلزم الحكم بالحكم بينهما بشرع الاسلام فى معين الحكم وبعض فتاوى أهل العصر
ما يقتضى أنه لا بد من مرافعة الخصمين لدى القاضى ورضاهما بحكمه عملاً بقوله
تعالى « فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو اعرض عنهم » ولما كان ما ذكر فى معين الحكم
ليس مذهب الحنفية . أردت أن أذكر ما هو منصوص فى ذلك . فأقول تحقيق
المقام إن آية « فإن جاؤك » الخ ظاهرها التخيير . وهى معارضة لقوله تعالى « وأن
أحكم بينهم بما أنزل الله » فذهب قوم إلى أن التخيير منسوخ بالآية الأخرى . وإليه
ذهب كثير من السلف . وقيل إن آية « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو اعرض عنهم »
نزلت فى غير أهل الذمة . وآية « وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم »
نزلت فى أهل الذمة . وعلى هذا فلا نسخ . قال البيضاوى فى تفسيره . « لو تحكم
كتايبان إلى القاضى لم يجب عليه الحكم . وهو قول الشافعى . والأصح الوجوب إذا
كان المترافعان أو أحدهما ذمياً . لأننا التزمنا الذنب ورفع الظلم عنه والآية ليست

في أهل الذمة . وعند أبي حنيفة يجب مطلقاً لأن الآية منسوخة بقوله تعالى ، وأن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ، وذلك لأن الجزم بالحكم بينهم رفع للتخيير بين الحكم وبين الأعراض . وروى النسخ بذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما .

وأما مذهب الشافعى فقد قال فى « العزيز ، شارح الوجيز للغزالي . إذا ترفع الينا ذميان فى نكاح أو غيره . فإن كانا متفقى الملة ففيه قولان . أحدهما أنه يجب الحكم بينهما ولا تخيير لقوله تعالى « وإن أحكم بينهم بما أنزل الله ، ولأنه يجب على الإمام أن يمنع الظلم عنهم . فيجب أن يحكم بينهم كما يحكم بين المسلمين . وروى هذا عن أبي حنيفة . واختاره المزنى وثانیهما واليه ذهب الإمام مالك رضى الله عنه أنه يجب الحكم بينهما . لقوله تعالى « فإن جاؤك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ، وعلى هذا لا يتركهما على النزاع بل يحكم بينهما أو يردهما إلى حاكم ملتتهما . ورجع الشيخان « أبو حامد ، و « ابن الصباغ ، القول الثانى . ولكن أكثرهم على ترجيح القول الأول .

وحاصل الأقوال فى هذه المسألة أن مذهب السادة المالكية اشتراط مرافعة الخصمين ورضاهما بأحكامنا مطلقاً ذميين كانا أو معاهدين . أو أحدهما ذمياً والآخر معاهد . بناء على أن حاكم المسلمين مخير بين الحكم . والأعراض أن ترفعا اليه فى الأنكحة وغيرها من حقوق الله . وحقوق العباد . وإذا أعدى (١) كان المعدى بالخيار فى الحضور ، ولا يحضر جبراً . وإن كان أحدهما مسلماً والآخر ذمياً أو معاهداً وجب الحكم بأحكام الإسلام . فإذا أعدى يجب احضار المعدى ويحبر على الحضور . ومذهب الشافعية ان كانا ذميين متفقى الملة فقولان . أحدهما وجوب الحكم بينهما بحكم الإسلام مطلقاً فى الأنكحة وغيرها . من حقوق الله وحقوق العباد ، وإن كانا مختلفى الملة فقولان أيضاً : أحدهما القطع بوجوب الحكم بحكم الإسلام

(١) أى طلب حضور خصومه .

ومثلهما ذمى مع معاهد . ومسلم مع ذمى أو معاهد . وعلى هذا اذا أعدى أحد الخصمين وجب احضار المعدى ويجبر على الحضور . وان كانا معاهدين أو حريين أو كانا أحدهما معاهداً والآخر حريباً . فلا يحكم بينهما الا اذا رضى الخصمان بحكنا . فإذا أعدى أحدهما فلا يجب احضار المعدى ولا يجبر على الحضور . واذا حكنا فأنما نحكم بحكم الاسلام . كل ذلك فى الأنسكة وغيرها بلا فرق .

وأما مذهب الحنفية فإنه يستوى غير المسلمين قاطبة والمسلمون فى الأحكام فيما عدا الأنسكة ونفى المهر وتمليك الخمر والخنزير وتملكهما .

ويجب اجراء أحكام الاسلام على غير المسلمين كما وجب على المسلمين . الا أهل دار الحرب لانقطاع ولا يتنا عليهم ، وعدم امكان تنفيذ أحكامنا فى دار الحرب ^(١)

(١) الجصاص > ٢ ص ٤٣٤ - ٤٣٨ ، بداية المجتهد > ٢ ص ٣٩٤ ، وارشاد الأمة إلى أحكام الحكم بين أهل الزمة .

نكاح غير المسلم

المراد بغير المسلم في هذا الباب ما يشمل المشرك وغيره من أهل الكتاب والدينية . وقد قسم نكاح غير المسلم صاحب تنوير الأبصار وأرجع مسأله إلى ثلاثة أصول :

الأول : أن كل نكاح صح بين المسلمين فهو صحيح بين غيرهم لأنهم يعتقدون جوازه . ونحن نعتقد ذلك في حقهم أيضاً . وذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «بعثت إلى الأحمر والأسود» ومن المعلوم في الأصول أن خطاب الواحد خطاب الجماعة فالذي توافقنا في اعتقاد جوازه يكون ثابتاً في حقهم . وقال مالك رضي الله عنه «إن نكاح من لا يكون مسلمه غير صحيح في حقه ولو صح بين المسلمين» وقوله مردود لأن الله تعالى قال في حق أبي لهب (وامرأته حمالة الحطب) ولا شك أن الإضافة هنا قاضية لغة وعرفاً بثبوت النكاح بينهما .

الثاني : — أن كل نكاح فسد بين المسلمين لفقد شرطه يجوز في حق غيرهم إذا اعتقدوه . ومن صور فقد الشرط ما إذا تزوج غير المسلم بغير شهود . فإنه لا يجوز عندنا — ويجوز عند غير المسلمين . ففي هذه الصورة يقول أبو حنيفة وصاحباؤه رضي الله عنهم بصحتها ولو بعد الاسلام . وقال زفر رحمه الله لا يتعرض لهم في ذلك إلا أن يسلّموا أو يترافعوا إلينا . فحينئذ يفرق القاضي بينهم . لقوله تعالى « وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم » . ولأنهم بعقد الذمة صاروا منادراً والتزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى الاسلام فيثبت في حقهم ما هو ثابت في حقنا . وللامام وصاحبيه أن الأشهاد على النكاح من حق الشرع وهم لا يخاطبون بحقوق الشرع بما هو أهم من هذا . كحرمة الخمر والخنزير . ولأن النكاح بغير

شهود بجوزة بعض المسلمين . كابن أبي ليلى وعثمان البتي . ونحن نعلم أنهم لم يلتزموا أحكام الإسلام بجميع الاختلافات .

ثم من المعلوم أن يترك أهل الكتاب وما يعتقدون . إلا ما استثنى عليهم . كالرياء والزنى .

والجواب عن الآية المذكورة في دليل زفر أن حكم خطاب الشرع في حقهم كأنه غير نازل لأعتقادهم خلاف ذلك . ألا ترى أن الحر والخزير يكونان مالا مثقوماً في حقهم . فينفذ تصرفهم فيه بهذا الطريق . فكذا مانحن فيه . وإذا انعقد النكاح بغير شهود . انعقد صحيحاً فيما بينهم . ويكون الحال بعد الإسلام والمرافعة كما كان قبلهما . والشهود شرط ابتداء النكاح لا شرط البقاء .

ومن صور فقد الشرط ما إذا تزوج غير المسلم امرأة معتدة من غير مسلم . فانه يجوز النكاح عند أبي حنيفة . ولا يفرق بينهما بعد الإسلام أو المرافعة . وقال صاحبان وزفر لا يجوز النكاح ويفرق بينهما . وذلك لأن النكاح في حال العدة يجمع على بطلانه فيما بين المسلمين . فكان باطلاً في حقهم أيضاً . إلا أنا لا نتعرض لهم لمكان عقد الذمة . فاذا ترافعوا أو أسلموا وجب الحكم عليهم بما هو حكم الإسلام .

وقد اختلفت المشايخ في تعليل مذهب أبي حنيفة . فقال بعضهم إن العدة لا تجب من الذمى . لأن وجوبها لحق الشرع . أو لحق الزوج . ولا يمكن إيجابها لحق الشرع هنا لأنهم لا يخاطبون بذلك . ولا لحق الزوج لأنه لا يعتقد ذلك . فإذا لم تجب العدة كان النكاح صحيحاً . وبعضهم يقول إن العدة واجبة لسكنها ضعيفة لا تمنع النكاح بناء على اعتقادهم وبعد المرافعة أو الإسلام الحال حال بقاء النكاح والعدة لا تمنع بقاء النكاح . كالمكوحه اذا وطئت بشبهة ،

الأصل الثالث :- أن كل نكاح حرم لحرمة المحل كنكاح المحارم مثل الأم

والبنات والأخت يقع جائزاً عندهم ولهذا تجب النفقة . ويحد القاذف فيه حد القذف كما يحد في النكاح الصحيح : وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله : وقال الصاحبان : هو باطل في حقهم . ولكننا لا نتعرض لهم في ذلك لمكان عقد الذمة . فإذا أسلم الزوجان أو ترافعا إلينا حكمنا عليهما بحكم الإسلام . وأجمعوا على أنهم لا يتوارثون بذلك النكاح : لأن الأثر ثبت بالنص على خلاف القياس في النكاح الصحيح من كل وجه . وهذا صحيح بالنسبة لهم ، وليس صحيحاً بالنسبة إلينا . فلا توارث بينهم^(١)

(١) المبسوط ج ٥ ص ٣٨ - ٤١ ، وابن عابدين ج ٢ ص ٣٩٥ - ٣٩٦ ، والزبلي ج ٢

حكم نكاح المسلم بغير المسلمة

والمسلمة بغير المسلم

غير المسلمة لا تخلو من أن تكون مشركة أو كُتَابِيَّة . أما نكاح المسلم للمُشْرِكَة فلا يجوز لقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) :

نهى الله تعالى عن نكاح المشركة حتى تؤمن ، ولأن المشركة في اختيارها الشرك لم تثبت عقيدتها على الحجة والدليل . بل على التقليد لوجود الآباء على ذلك . فالظاهر أنها لا تنظر في الحجة . ولا تلتفت إليها عند الدعوة . مع قيام العداوة الدينية المانعة من السكن والازدواج والمودة . والله تعالى يقول : ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة . فلهذه المفاسد حرم الشارع زواج المسلم للمُشْرِكَة .

وأما نكاح المسلم للكتابية فجائز لقوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، الآية والأصل أنه لا يجوز نكاح المسلم للكتابية لأن غير المسلمة ازدواج والمخالطة معها مع قيام العداوة الدينية . لا يحصل به السكن والمودة للذات هما قوام مقاصد النكاح .

ولكن استثنى من ذلك نكاح الكتابية . لرجاء إسلامها لأنها آمنت بكتب الأنبياء والرسول في الجملة . وإنما نقضت الجملة بالتفصيل بناء على أنها أخبرت عن الأمر على خلافه حقيقة . فالظاهر أنها متى نهت إلى حقيقة الأمر تنهت . فتأتى بالإيمان على التفصيل على حسب ما كانت أتت به على الجملة . فكان في نكاح المسلم إياها رجاء إسلامها ، فجوز نكاحها للمسلم نظراً لهذه العاقبة الحميدة وهذا الحكم يثبت للكتابية الحرة أو الأمة عندنا

وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز نكاح الأمة الكتابية . ويحل وطؤها بملك المِثْنين واحتج بقوله تعالى . (ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن) والكتابية مشركة على

الحقيقة . وذلك لأن المشرك من يشرك بالله تعالى في الألوهية وأهل الكتاب مشركون في الألوهية . ويدل لذلك قول الله تعالى (وقالت اليهود عزير بن الله وقالت النصارى المسيح بن الله) فعموم النص يقتضى حرمة نكاح جميع المشركات . إلا أنه خص منه الحرائر من الكتابيات ودليل التخصيص قوله تعالى « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » . فإن المراد بالمحصنات في الآية الكريمة الحرائر ، فبتميت الأماء داخلة تحت النهى على ما يقتضيه عموم النص ، ولأن جواز نكاح الأماء في الأصل ثبت بطريق الضرورة والضرورة تتمدر بقدرها ، فتندفع بنكاح الأمة المؤمنة ولنا عمومات النكاح نحو قوله عز وجل « أحل لكم ما وراء ذلكم » وقوله تعالى « فأنكحوا ما طاب لكم من النساء » من غير فصل بين الأمة المؤمنة وغير المؤمنة .

وأما الجواب عن الآية : فهو أنها في غير الكتابيات من المشركات . لأن أهل الكتاب وإن كانوا مشركين في الحقيقة . لكن هذا الاسم في متعارف الناس يطلق على المشركين من غير أهل الكتاب . قال تعالى « ما يورد الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين » . فقد فصل بين الفريقين في الاسم . لأن العطف يقتضى المغايرة .

والجواب عن الدليل العقلي أن نكاح الأماء ليس للضرورة . بل الأصل فيه الجواز . فهو مباح كنكاح الحرائر .

وعن ابن عمر أنه لا يحل نكاح الكتابية مطلقاً لأنها مشركة . وذلك لأنهم يبدون المسيح وعزيراً . وحمل المحصنات في الآية على من أسلم منهن . وللجمهور قوله تعالى « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ، والمشرك ليس من أهل الكتاب . ولهذا عطف على أهل الكتاب في قوله تعالى « لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين » ، والعطف يقتضى المغايرة . وليس المراد بالمحصنات من أسلم منهن . بل المراد بالمحصنات العفائف منهن . ثم هذا الحكم السابق يثبت في حق كل من يعتقد ديناً سماوياً وله كتاب منزل .

كصحف إبراهيم وشيث وزبور داود عليهم السلام . فهو من أهل الكتاب . فتجوز منا كحتم . وتؤكل ذبائحهم .

ثم أنه قد وقع الخلاف بين الفقهاء في الشهادة على ذلك النكاح . فقال أبو حنيفة وأبو يوسف « إذا تزوج مسلم ذمية بشهادة ذميين جازت الشهادة وصح النكاح سواء كانا موافقين لها في الملة أو مخالفين .

وقال محمد وزفر والشافعي « لا يجوز نكاح المسلم الذمية بشهادة الذميين . أما الكلام مع الشافعي رضي الله عنه . فهو مبني على أن شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض غير مقبولة على أصله . ومقبولة على أصلنا .

وأما الكلام مع محمد وزفر فإنهما احتجا بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إنه قال « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » . والمراد منه عدالة الدين لا عدالة التعاطي . لأجماعنا على أن فسق التعاطي لا يمنع انعقاد النكاح . ولأن الأشهاد شرط جواز العقد . والعقد يتحقق بالطرفين : طرف الزوج . وطرف المرأة . ولم يوجد الأشهاد على الطرفين لأن شهادة غير المسلم حجة في حق غير المسلم وليست بحجة في حق المسلم . فكانت شهادتهما في حقه ملحقة بالعدم فلم يوجد الأشهاد في جانب الزوج . فصارا كما نهما سمعا كلام المرأة دون كلام الرجل . وفي هذه الحالة لم يكن النكاح صحيحاً . فكذا هذا .

واستدل أبو حنيفة وأبو يوسف بعمومات النكاح من الكتاب والسنة . فمن الكتاب قوله تعالى « فأنكحوا ما طاب لكم من النساء » . ومن السنة نحوه قوله عليه السلام « تزوجوا ولا تطلقوا ، إلى غير ذلك مطلقاً من غير شرط . إلا أن إسلام الشاهد صار شرطاً في نكاح الزوجين المسلمين بالأجماع . فمن ادعى كونه شرطاً في نكاح المسلم الزمية فعليه الدليل .

وأما نكاح المسلمة غير المسلم فلا يجوز لقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » فقد نهى الله تعالى عن إنكاح المسلمة للمشرك حتى يؤمن . ولأن في نكاح المؤمنة لغير المؤمن خوف وقوع المؤمنة في الكفر . لأن الزوج يدعوها

إلى دينه والنساء في الغالب يتبعن الرجال ويقلدنهم . وإلى هذا المعنى وقعت الإشارة في آخر الآية الكريمة . بقوله عز وجل ، أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بأذنه ، . وذلك لأنهم يدعون المؤمنين إلى الكفر والدعاء إلى الكفر دعاء إلى النار . لأن الكفر يؤدي إلى النار . فكان نكاح الكافر المسلمة سبيلاً داعياً إلى الحرام فكان حراماً .

والنص وإن ورد في المشركين . لكن النص معطل بعلّة . وهي الدعاء إلى النار وتلك العلة تعم غير المسلمين أجمعين . فيعم الحكم بسبب عموم العلة . فلا يجوز إنكاح المسلمة الكتابي كما لا يجوز إنكاحها الوثني والمجوسي . لأن الشرع قطع ولاية الكافرين على المؤمنين . بقوله تعالى ، ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً ، فلو جاز إنكاح الكافر المؤمنة لثبت له عليها سبيل ، وهو ممنوع بالنص ^(١) .

(١) ابتدئ ج ٢ ص ٢٥٥ - ٢٧٢ ، والزلمي ج ٢ ص ١٠٠ - ١٠١ ، والنهاية ج ٢

نكاح المرتد والمرتدة

لا يجوز للمرتد أن يتزوج مرتدة ولا مسلمة ولا كافرة . لأن النكاح يعتمد الملة .
ولاملة المرتد . وذلك لأنه ترك ما كان عليه من الدين ، وأصبح غير مقرر على ما اعتقده
وقد علل ذلك بوجهين .

أحدهما أن النكاح مشروع لمعنى البقاء . فإن بقاء النسل يكون به . وكذلك
بقاء النفوس بالقيام بمصالح المعيشة . والمرتد مستحق للقتل . فما كان سبب البقاء
لا يكون مشروعاً في حقه .

وثانيهما أن قتله بنفس الرد صار مستحقاً وإنما يهل ثلاثة أيام ليتأمل فيما
عرض له من الشبهة فقيها وراء ذلك جعل كأنه لا حياة له حكماً فلا يصح منه عقد
النكاح لأن اشتغاله بعقد النكاح يشغله عما لأجله حياته وهو التأمل .

ولا يجوز نكاح المرتدة من أحد لأنها مأمورة بالتأمل لتعود إلى الاسلام .
وممنوعة من الاشتغال بشيء آخر . ولأنها بالردة صارت محرمة . والنكاح مختص
بمحل الحل ابتداء فلاجل ما تقدم لا يجوز نكاحها من أحد .

هذا إذا كانت الردة قائمة وقت ابتداء النكاح . وأما إذا طرأت على النكاح
كأن يرتد المسلم . فإنه تبين منه امرأته مسلمة كانت أو كفاية . دخل بها أو لم يدخل
بها عندنا .

وقال ابن أبي ليلى لا تقع الفرقة بردة أحدهما قبل الدخول ولا بعده حتى يستتاب
المرتد . فإن تاب فهي امرأته . وإن مات أو قتل ورثته . وجعل هذا كاسلام أحد
الزوجين . ولكن نقول الردة تنافي النكاح . واعتراض سبب المنافي للنكاح موجب
للفرقة بنفسه . ثم إن كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر إن لم يدخل بها . وكاله
إن دخل بها . وإن كانت هي المرتدة فلها كل المهر إن دخل بها . وإن لم يدخل
بها فلا مهر لها . وإن ارتدا معا ثم أسلما معاً فهما على نكاحهما استحساناً . وفي القياس

تقع الفرقة بينهما . وهو قول زفر . لأن في ردتها ردة أحدها وزيادة . فإذا كانت ردتها تنافي ابتداء النكاح . فهي تنافي بقاءه أيضا . ولكن تركنا القياس لاتفاق الصحابة رضي الله عنهم . فإن بني حنيفة ارتدوا بمنع الزكاة . فاستتابهم أبو بكر رضي الله عنه ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة . بعد التوبة . ولا أحد من الصحابة رضوان الله عليهم غيره ولأن وقوع الفرقة عند ردة أحدهما لظهور فساد عميدته عند المقابلة بعقيدة المسلم . فإذا ارتدا معا لا يظهر ذلك الفساد لتساويهما في العقيدة فلم يختلف لهما دين فيبقى النكاح بينهما . وإن لم يعرف سبق أحدهما في الارتداد يجعل في الحكم كأنهما وجدا معا . كذا في الظهيرية . ولو أجزت كلمة الكفر على لسانها مغايظة لزوجها . أو إخراجاً لنفسها عن حبالته . أو لاستيجاب المهر عليه بنكاح مستأنف . تحرم على زوجها . فتجبر على الإسلام . ولكل قاض أن يحدد النكاح بأدنى شيء ولو بدينار سخطت أو رضيت . وليس لها أن تزوج إلا بزوجها : قال الهندواني « أخذنا بهذا » قال أبو الليث « وبه نأخذ » كذا في في التمر تاشي^(١) .

مهور غير المسلمين

ما يصلح مهراً في نكاح المسلمين . فإنه يصلح مهراً في نكاح أهل الذمة . وما لا يصلح مهراً في نكاح المسلمين . لا يصلح مهراً في نكاحهم أيضاً . إلا الخمر والخنزير لأن ذلك مال متقوم في حقهم بمنزلة الشاة والخل في حق المسلمين . فيجوز أن يكون مهراً في حقهم في حكم الإسلام . فإن تزوج ذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلم أو أسلم أحدهما فإن كان الخمر والخنزير بعينه ولم يقبض فليس لها إلا العين وإن كان بغير بينة بأن كان في الذمة فلها في الخمر القيمة وفي الخنزير مهر مثلها وهو قول أبي حنيفة .

وقال أبو يوسف لها مهر مثلها سواء كان بعينه أو بغير عينه . وقال محمد لها القيمة سواء كان بعينه أو بغير عينه .

والدليل لها على أنه لا يجوز أن يكون لها العين . أن الملك في العين وأن ثبت لها قبل الإسلام . لكن في القبض معنى التمليك . لأنه مؤكد للملك . لأن ملكها قبل القبض ضعيف غير متأكد . فكان القبض مؤكداً للملك . والتأكيد إثبات من وجه . فكان القبض تمليكاً من وجه . والمسلم منهي عن ذلك .

ولأبي حنيفة أن المرأة تملك المهر قبل القبض ملكاً تاماً . لأنها تملك التصرف في المهر قبل القبض من كل وجه . فلم يبق إلا صورة القبض .

والمسلم غير منهي عن صورة قبض الخمر والخنزير وأقباضهما . كأن ينصب مسلم من مسلم خمرًا فإن الناصب يكون دأموراً بالتسليم والمغصوب منه يكون مأذوناً له في القبض .

وحجة أبي يوسف في وجوب مهر مثلها أن الإسلام لما منع القبض جعل كأن المنع كان ثابتاً وقت العقد . فيصار إلى مهر المثل . كما لو كانا عند العقد مسلمين .

وحجة محمد في وجوب قيمة الخمر أو الخنزير أن العقد وقع صحيحاً . والتسمية في العقد قد صحت . إلا أنه تعذر التسليم بسبب الإسلام . لما في التسليم من التملك من وجه . والمسلم ممنوع من تملك الخمر أو الخنزير فتجب القيمة .

ولو نكح ذمي ذمية . أو حربي حربية في دار الحرب بمئة أو بلامهر . وذلك بأن سكنا عنه أو نفياه . وكان ذلك جائزاً عندهم . فدخل بها أو طلقها قبل الدخول أو مات عنها فلا مهر لها .

ولو أسلما أو ترافعا إلينا كان الحكم كما سبق . لأننا أمرنا بتركهم وما يدينون . وهذا عند أبي حنيفة رضى الله عنه واستدل بأن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا في الديانات . كالصوم والصلاة . وفيما يعتقدون خلافه في المعاملات : وولاية الألزام بالسيف وبالمحاجة . وهذا منقطع عنهم نظراً لعقد الذمة بيننا وبينهم لأننا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون . فصاروا في هذه الحالة كأهل الحرب ، بخلاف حكم الزنا لأنه حرام في الأديان كلها فيحرم عليهم ، وبخلاف حكم الربا فإنه مستثنى من عقودهم التي يعتقدون حلها لقوله صلى الله عليه وسلم : « إلا من أربى فليس بيننا وبينه عهد » .

ووافق الصحابان الإمام في الحريين دون الذميين فقالا : لها مهر المثل إذا دخل بها أو مات عنها والمتعة إذا طلقها قبل الدخول واستدلا بأن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الإسلام وولاية الألزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف أهل الذمة لأنهم التزموا أحكامنا فيما يرجع إلى المعاملات كالربا والزنا ، وولاية الألزام متحققة لا اتحاد الدار

وقيل إن أبا حنيفة روى عنه وجوب مهر المثل كما قال الصحابان في الميتة والسكوت عن المهر ، بخلاف ما إذا نفي المهر ، ويفرق بناء على هذه الرواية بين السكوت والنفي بأن النكاح معاوضة البضع بالمال فالتنصيص عليه بمنزلة اشتراط العوض كالتنصيص على البيع بين المسلمين ، فما لم يوجد التنصيص على نفي العوض

يكون العوض مستحقاً للمرأة ، والميتة ليست بمتقومة عند أحد ، فكان ذكرها بمنزلة السكوت عن المهر .

لكن الأصح أن الكل على الخلاف ، فعنده لا يجيب شيء في جميع الصور ، وعندها يجب مهر المثل

وقال زفر بوجوب مهر المثل في الكل لأن الشرع لم يشرع ابتغاء النكاح إلا بالمال وهذا الشرع وقع عاماً فيثبت الحكم على العموم .

وحاصل هذا الخلاف أنه لو تزوج كافر ذمية أو حر بي حرية على ميتة أو سكتنا عن المهر أو نفياه ، فرأى أبي حنيفة أنه لا مهر لها مطلقاً دخل بها أو مات عنها ، أو طلقها قبل الدخول ورأى زفر وجوب مهر المثل في الصورتين ، إن دخل بها أو مات عنها ، والمتعة قبل الدخول .

وأما صاحبان رحمهما الله ، فهما مع الإمام في الحرين ومع زفر في الذميين^(١)

(١) البدائع ج ٢ ص ٣١٢ - ٣١٤ ، وابن عابدين ج ٢ ص ٣٧٨ ، وفتح القدير والمنايه

ج ٢ ص ٤٨٣ - ٤٨٤ .

ما تحصل به الفرقة بين غير المسلمين

تحصل الفرقة بين غير المسلمين بأمر متعده منها ما إذا أسلت الذمية، وزوجها غير مسلم فإنه يعرض عليه الإسلام. فإن أسلم فهي امراته وأن أبى فرق القاضي بينهما سواء كان الزوج كتابياً أو غيره إذ لا يصح تزوج غير المسلم مطلقاً بمسليه. وكان ذلك طلاقاً عند أبي حنيفة ومحمد رضى الله عنهما. خلافاً لأبي يوسف.

ومنها ما لو أسلم الزوج وتحتة بجوسية فيعرض عليها الإسلام. فإن أسلت فهي امراته وإن أبى فرق القاضي بينهما. ولم تكن الفرقة طلاقاً بالاتفاق.

واستدل أبو حنيفة ومحمد على أنه بأبائه الزوج تكون الفرقة طلاقاً. وبأبائه المرأة تكون فسخاً. بأنه قد فات الأمساك بالمعروف. فوجب التسريح بأحسن. فإن طلق الزوج فيها وإلا ناب القاضي منابه في ذلك فتكون الفرقة طلاقاً. لأن القاضي نائب عن من كان مالكا للطلاق. وهو الزوج. بخلاف المرأة. فإن الذى بيدها عند قدرتها على الفرقة إنما هو الفسخ. كما فى خيار البلوغ فإذا أبى نائب القاضى منابها فيما كان بيدها وهو الفسخ فلا تكون الفرقة إلا فسخاً.

واستدل أبو يوسف على أن الفرقة فسخ فى الصورتين. بأن الفرقة حدثت بسبب يشتركان فيه. وهو الإباء عن الإسلام. وقد تحقق من كل واحد منهما. وكل فرقة بسبب يشترك فيه الزوجان لا تكون طلاقاً كالفرقة الواقعة بسبب ملك أحد الزوجين الآخر.

وقال الشافعى رحمه الله إن كان قبل الدخول تقع الفرقة بإسلام أحدهما. وإن كان بعد الدخول يتوقف وقوع الفرقة بينهما على انقضاء ثلاث حيضات. ولا يعرض الإسلام على الآخر. واستدل على ذلك بأننا قد التزمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم فى الإيجاب على الإسلام. والتفريق عندنا بالإسلام. ولكن النكاح قبل الدخول غير متأكد. فينقطع بنفس اختلاف الدين. وبعد الدخول

أصبح النكاح متأكدا فلا يرتفع بنفس اختلاف الدين . فضممنا إليه ما يؤثر في الفرقة . وهو انقضاء العدة .

ولنا في عرض الاسلام ما روى أن نصرانية أسلمت في عهد عمر رضى الله عنه فأمر أن يعرض الاسلام على زوجها فأبى . ففرق بينهما .

وأن دهقاناً أسلم في عهد على رضى الله عنه فعرض الاسلام على امرأته فأبت ففرق بينهما . ولم ينقل إلينا أن أحداً خالفهما في ذلك . فكان بمثابة الأجماع على فعلهما .

هذا هو الكلام على الفرقة بأسلام أحد الزوجين . وبعد هذا أتكلم على المهر المترتب على هذه الفرقة . فأقول :

إن كانت المرأة هي التي أبت الاسلام حتى فرق القاضى بينهما فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها لعدم تأكده بالدخول .

وإن كان بعد الدخول فلها كمال المهر لتأكده بالدخول . وليس لها نفقة العدة لأن الفرقة جاءت من قبلها . وإن كان الزوج هو الذى أبى الاسلام . فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر .

وإن كان بعد الدخول فلها المهر ونفقة العدة لأن الفرقة جاءت من قبله . ومنها أن يسلم أحد الزوجين في دار الحرب ولم يكونا من اهل الكتاب ، او كانا والمرأة هي التي أسلمت ، فإنه يتوقف انقطاع النكاح بينهما ، على انتضاء ثلاث حيضات عندنا ، سواء دخل بها أو لم يدخل ،

وقال الشافعى إن كان قبل الدخول تقع الفرقة بأسلام أحدهما وإن كان بعد الدخول تتوقف على انتضاء العدة ، وهذا لأن الإسلام ليس سبباً في الفرقة عندنا قبل عرضه على الآخر حتى تكون الفرقة بالاباء منه وعرض الاسلام عليه متعذر لقصور ولا يتنا على الحربيين ، ولا بد من الفرقة دفعاً للفساد لفوات الإمساك

بالمعروف الذى هو مقصود النكاح ، فيقام ثلاث حيضات مقام ثلاث عرضات
فى تقرير سبب الفرقه .

ومنها ان يسلم زوج الكتابية فانه يبقى النكاح بينهما ولا يتعرض لهما لأن
ابتداء النكاح صحيح فلأن يبقى على صحته ها هنا اولى ، وذلك لأن البقاء اسهل
من الإبتداء . فكم من شيء يتحمل فى النكاح حالة البقاء ولا يتحمل فى الإبتداء ؟
ألا ترى أن المنكوحه إذا وطئت بشبهة تعدد لذلك النكاح وتبقى منكوحه ،
ولا يجوز نكاح المعتدة من وطء بشبهة ابتداء ؟

ومنها أن يخرج أحد الزوجين من دار الحرب إلى دار الاسلام مسلما أو معاهدا ،
فانه تمتع الفرقه بينهما ، فيجوز للرجل الذى خرج أن يتزوج أربعا غير التى تركها
فى دار الحرب ، وإن كان لمن تركها فى دار الحرب أخت فى دار الاسلام جازله
أن يتزوجها لأنه لا عدة على التى تركها فى دار الحرب ، ويجوز للمرأة التى خرجت
الىنا مهاجرة أن تتزوج فوراً ، لأنه لا عدة عليها عند أبى حنيفة إذا كانت غير حامل
وإن كانت حاملا لا يجوز تزوجها حتى تضع حملها . وقال أبو يوسف ومحمد :
تجب عليها العدة إذا كانت غير حامل ، لأنها حرة فارقت زوجها بعد الاصابة ،
وفرقتها وقعت فى دار الاسلام ، فتلزمها العدة كالمطلقة فى دارنا ، ولأن العدة حق
الزوج كى لا يجتمع ماء رجلين فى رحمها .

واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى « ولا جناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتهن »
أجورهن ، فأباح نكاح المهاجرة مطلقا فتقيده بما بعد العدة زيادة ، والزيادة على
النص نسخ ، وهو لا يجوز بالرأى . وبقوله تعالى « ولا تمسكوا بعصم الكوافر »
فمن منع فقد أمسك بعصمة الكافرة . واحترم عقدة نكاحها الموجودة فى حالة
الكفر . ولأنها فرقة وجبت بتباين الدارين ، فلا توجب العدة كما فى المسبية .
وهذا لأن تباين الدارين مناف للنكاح . فيكون منافيا لأثره . والعدة من أثره .
ولأنه لو وجب الإمساك عن نكاحها حتى تنقضى العدة لوجب حقا للزوج .
ولا حرمة للحربى حتى صار محلا للملك . فكيف يكون للملكة محل فى الحرمة .

هذا حكم المهاجرة إذا خرجت إلى دار الإسلام . وكانت غير حامل وأما إذا كانت حاملا فلا نقول بوجوب العدة عليها . ولكن لا يصح نكاحها حتى تضع حملها . لأن في بطنها ولداً ثابت النسب من الغير . وذلك يمنع النكاح .

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يصح النكاح ولا يقربها حتى تضع حملها . لأنه لا حرمة لماء الحربي . فكان كالزاني . وقول أبي حنيفة الأول أصح . لأن نسبه ثابت . فكان الرحم مشغولا بحق الغير . بخلاف الحامل من الزنا . وقال الشافعي لاتقع الفرقة بينهما للدليل الآتي في المسألة التالية .

ومنها أن يسبي أحد الزوجين . فانه تقع الفرقة بينهما وأما إذا سبيا معا فلا تقع الفرقة بينهما . لعدم تباين داريهما .

وقال الشافعي وقعت الفرقة في الصورتين . واستدل بأن التباين أثره في انقطاع الولاية . واتقطاع الولاية لا يؤثر في الفرقة : وذلك كالحربي إذا جاء دارنا بأمان فأن ولايته قد زالت وكالمسلم إذا ذهب ودخل إلى دار الحرب بأمان فأن ولايته قد زالت ولم تؤثر في الفرقة بينه وبين زوجته .

هذا هو دليل الشافعي على عدم وقوع الفرقة بتباين الدارين : وأما وقوع الفرقة بالسبي مطلقا فلأن السبي يقتضي أن يكون المسبي خالصا للسبي : فلو حكمنا ببقاء النكاح بينهما لم يكن خالصاً له .

واستدل الحنفية على وقوع الفرقة بالتباين : بأن تباين الدارين حقيقة وحكما ينافي انتظام المصالح المقصودة من النكاح وما ينافي انتظام المصالح يقطع النكاح وذلك كالمحرمة فانه يمنع النكاح فيها لمنافاتها لمصالح النكاح .

ولأن السبي يوجب ملك الرقبة وهو لا ينافي ابتداء النكاح فكذا بقاؤه وهو يقتضي الخلوص في محل عمله فيثبت الملك في رقبة المسبي للسبي على الخلوص لا في محل النكاح وهو منافع البضع لأن ذلك ليس محل عمله : وذلك لأن هذا من خصائص الإنسانية لا المالية بخلاف الحربي المستأمن أو المسلم المستأمن فانه لم تباين دارهما حكما لقصد كل منهما الرجوع إلى داره

وحاصل الخلاف بيننا وبين الشافعي في هذه المسألة والتي قبلها أن علة وقوع
البيئونة بين الزوجين عندنا هو تباين الدارين حقيقة أو حكماً سواء وجد السبي أو لم يوجد
وعند الشافعي العلة السبي سواء وجد التباين للدارين الزوجين أو لم يوجد وتفرع
على هذا الخلاف صور أربع منها اثنتان وفاقيتان وهما أن يخرج الزوجان الينا
معاذمين أو مسلمين أو مستأمنين ثم أسلما أو صارا ذميين . لا تقع الفرقة اتفاقاً . وأن
يسبي أحدهما فإنه تقع الفرقة عنده لوجود العلة وهو السبي . وعندنا لوجود العلة
وهي تباين الدارين . واثنتان خلافتان وهما أن يخرج أحدهما الينا مسلماً أو ذمياً
أو مستأماً ثم أسلم أو صار ذمياً فإنه تقع الفرقة عندنا . فإن كان الرجل هو الذي
خرج حل له الزوج بأربع في الحال . وباخت امرأته التي في دار الحرب إذا كانت
في دار الإسلام . وعنده لا تقع الفرقة بينه وبين زوجته التي في دار الحرب إلا في
المرأة تخرج مراغمة لزوجها . أي بقصد الاستيلاء على حقه . فتبين عنده بالمراغمة
والأخرى أن يسبي الزوجان معا فعنده تقع الفرقة وللسابي أن يطأها بعد الاستبراء
وعندنا لا تقع لعدم تباين داريهما ^(١)

(١) المبسوط ج ٥ ص ٤٥ — ٥٧ ، الزيلعي والشلي ج ٢ ص ١٧٤ — ١٧٧

والهداية وحواشها ج ٢ ص ٥٠٦ — ٥١٣

عدة غير المسلمة

تجب العدة على غير المسلمة في مواضع :

منها ما لو طلق الذمية الذي فأما أن تكون حاملا أو غير حامل فإن كانت حائلا فلا عدة عليها عند أبي حنيفة إذا كانوا يعتقدون ذلك . لانا أمرنا بتركهم وما يعتقدون . ولأن العدة لا تجب الا لحق الله أو لحق الزوج . والمرأة في هذه الحالة غير مخاطبة بحق الله فأنها لا تخاطب بالصلاة والصوم والعدة مثلها . وبحق الزوج فد سقط لأنه قد اعتقد عدم وجوب العدة وكذلك إذا مات عنها زوجها فلا عدة عليها عند أبي حنيفة . وقال صاحبان رضي الله عنهما عليها العدة في الصورتين لأن العدة حق الزوج وإن كان فيها حق الشرع . ولهذا تجب على الصغيرة . والكافرة مخاطبة بحقوق العباد

هذا كله إن كانت حائلا وأما إن كانت حاملا فقد اتفق الكل على أن عدتها تكون بوضع الحمل لأنه ثابت النسب ومنها ما لو طلق المسلم الذمية الكتابية أو مات عنها فإنه تجب عليها العدة اتفاقا سواء كانت حاملا أو حائلا وسواء اعتقدتها أو لم تعتقدتها لأن العدة وجبت لحق الزوج فلتزمها سواء اعتقدتها أم لم تعتقدتها لأنها صارت ملزمة بحقوق العباد ومنها ما لو سى أحد الزوجين فإنه تنقطع العصمة بينهما ثم في تلك الحالة لا عدة على المرأة وإن كانت هي المسيية لأنها تحل للسبب بعد الاستبراء . فلو سى الزوج بعدها لم يعد النكاح بينهما لارتفاع النكاح بالسبب المتأني

ويتفرع على ذلك أنه لو طلقها لا يقع طلاقه عاها لأنها ليست في عدته ولا يجب على الزوج شيء من المهر سواء دخل بها أو لم يدخل لأنها بالسبب خرجت عن أن تكون أهلا لملك المال

ومنها ما لو خرجت الحرية النسا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت بعد الأمان أو صارت ذمية فإنه لا تجب عليها العدة في هذه الأحوال عند أبي حنيفة واستدل بقوله تعالى في حق المهاجرات « ولا جناح عليكم أن تنكحوهن، والنكاح في الآية مطلق من غير قيد بعدة ولأن العدة إذا وجبت فإنما تجب لحق العبد والحرى لا حرمة لفراشه وقال الصحابيان رضى الله عنهما تجب عليها العدة لأن هذه فرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام بسبب التباين فتجب عليها العدة كما تجب إذا وقعت بسبب آخر نحو الموت ومطauعة ابن الزوج هذا حاصل الخلاف إذا كانت المرأة هي المهاجرة

وأما إذا هاجر الزوج وتركها في دار الحرب فلا تجب عليها العدة اتفاقاً لعدم إمكان الولاية عليها في دار الحرب ولذا جاز للزوج المهاجر أن يتزوج أختها وأربعاً سواها عقب دخوله في دار الإسلام ومنها ما لو ارتدت المرأة « والعياذ بالله، ولحقت بدار الحرب فإنه لا تجب عليها العدة لأنها صارت كالموتى ولا عدة على الأموات ولزوجها أن يتزوج أختها وأربعاً سواها من ساعته لانعدام العدة عاها كالميتة وإن عادت مسلمة أو سييت لم يلتقض نكاح الأخت والأربع لأن نكاحها لا يعود ولها أن تتزوج من ساعته لعدم العدة عاها . ثم لو ولدت في دار الحرب لأقل من ستة أشهر من وقت الردة ثبت نسبه من الزوج . وإن كان لاكثر لا يثبت نسب ذلك الولد من الزوج^(١) .

النفقة لغير المسلمين

قد بينت نكاح غير المسلم فيما سبق . وفصلت الأنواع التي تكون لهم . فهم على وجه الاجمال . إما أن يكون نكاحهم صحيحاً عندنا وعندهم . وإما أن يكون صحيحاً عندهم غير صحيح عندنا لفقد شرط . أو لكونه لرحم محرم كبنت وأم . وعلى هذا التفصيل يظهر حكم نفقة الزوجية فيما بينهم .

فأقول اذا تزوج الذمي الذمية وكانت غير محرم سواء كان بشهود أو بغير شهود ، وجبت عليه نفقة الزوجية كما تجب على المسلم لزوجته ، لأن سبب الوجوب هو الحبس الثابت بالنكاح للزوج ، وهو متحقق بالنسبة للزوج المسلم والذمي ، ولأن شرط وجوب نفقة الزوجية هو تسليم المرأة نفسها الى زوجها وقت وجوب التسليم ، وهو متحقق في المسلم والذمي على السواء ، فيحكم بينهما بالتساوي في النفقة ولأن الأدلة التي دلت على وجوب نفقة الزوجية لم توجب الفصل بين المسلم والذمي وتلك الأدلة هي قوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، وقوله عليه السلام « اتقوا الله في النساء فإنهن عندكم عوار لا يملكن لأنفسهن شيئاً . وإنما اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله لكم عليهن حق ألا يواطئن فراشكم أحداً . ولا يأذن في بيوتكم لأحد تكرهونه . فإن خفتم نشوزهن فعظوهن وأهجروهن في المضاجع واضربوهن ضرباً غير مبرح . ولهن عليكم كسوتهن ورزقهن بالمعروف - ثم قال ثلاثاً - ألا هل بلغت ،

ولإجماع الأمة على هذا . وللدليل العقلي . وهو أن المرأة حبست نفسها بالنكاح حقاً للزوج ، ومنعت عن الكسب فكان نفع حبسها راجعاً إليه . فلزمه كفايتها وذلك لأن الغرم بالغنم ، وقال عليه السلام في سياق تشريعه لأهل الذمة « وإذا قبلوا عتد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ،

هذا هو الحكم اذا كانت زوجة غير المسلم غير محرم له وأما اذا كانت زوجة

الذى من محارمه كأخته وبنته فيقدوقع الخلاف بين أصحابنا في وجوب نفقة الزوجية في هذه الحالة ، فقال أبو حنيفة رضى الله عنه اذا طلبت الزوجة النفقة من القاضى فإن القاضى يقضى بالنفقة لها

وقال الصحبان وزفر والشافعى رحمهم الله (لا يقضى القاضى لها بنفقة الزوجية) ومبنى الخلاف في هذه الصورة صحة النكاح أو فسادة ، فقد ذكر بعض المشايخ أن أبا حنيفة حكم بصحته عندهم . ولهذا قال انهما يقران عليه ، ولا تتعرض له الا اذا ترافعا الينا أو أسلم أحدهما .

وذكر الكرخى أنه لا خلاف بينهم في أن النكاح فاسد . وإنما أوجب أبو حنيفة المنفعة مع فسادة لأنهما يقران عليه على هذا الوجه . فلم يجعل وجوب النفقة الزوجية لأهل الذمة منوطاً بصحة النكاح ، بل قال : إني أفرض النفقة على الزوج لكل امرأة أقرت على نكاحها ، جائزاً كان النكاح عندى أو باطلاً

والوجه في ذلك أن أبا حنيفة لما أقرهم على هذا النكاح مع فسادة ، وحكم بوجوب النفقة ، فقد الحق هذا النكاح بالنكاح الصحيح ، وقد يلحق النكاح الفاسد بالصحيح في بعض الأحكام كما في النسب والعدة .

ثم إنه قد يطراً على نفقة الزوجية بين الذميين ما يوجب اسقاطها وذلك كأن يسلم الذمى وامراته من غير أهل الكتاب وتأتى عن الاسلام ، ففرق بينهما فلا نفقة لها في العدة . وإن كانت المرأة هي التى أسلمت فأبى الزوج عن الاسلام ففرق بينهما كانت عليه النفقة والسكنى ما دامت في العدة كما في مبسوط السرخسى

والحكم بين أهل الذمة في النفقات ، كالحكم بين أهل الاسلام ، وإن اختلفت مللهم ، لأن ملة غير الاسلام ملة واحدة في حق النفقة ، فيحكم بينهم إذا ترافعوا إلينا كما يحكم بين المسلمين في أنواع النفقات ، من نفقة الزوجية ، ونفقة القرابة . وإذا تزوج المسلم ذمية كتايبة وجبت عليه النفقة لها ، كما تجب عليه نفقة الزوجة المسلمة لأن سبب الاستحقاق عليه لنفقة الزوجية موجود في حق الذمية . كما هو

موجود في حق المسئلة . والاختلاف في الدين لا يمنع نفقة الزوجية لأنها لم تجب عليه إلا جزاء الاحتباس لحقه .

هذا حكم نفقة الزوجية لغير المسلمين ، وأما نفقة القرابة عندهم فلا تجب إلا في قرابة الولاد من الأب والجد والجدة والولد وولد الولد ، وذلك لأن نفقة القرابة لأجل الصلة ، ولا صلة تجب عند اختلاف الدين إلا لقرابة الولاد .

والأدلة على ذلك قوله تعالى في حق الوالدين « وصاحبهما في الدنيا معروفاً » ، وفسرها النبي صلى الله عليه وسلم بحسن العشرة ، بأن يطعمهما إذا جاعا ، ويكسوهما إذا عريا . وهذه الآية الكريمة نزلت في حق الأبوين غير المسلمين بدليل ما قبلها وهو قوله تعالى « وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما » والأجداد والجندات كالأبوين ، ولهذا يقومان مقام الأبوين في الأثر وغيره . ولأنهم تسببوا لأحيائه ، فاستوجبوا عليه الأحياء كالأبوين ، وأما نفقة الوالد وولد الولد ، فلأن الولد جزؤه وجزء المرء في معنى نفسه ، فكما لا يمتنع عن نفقة نفسه لكفره لا يمتنع عن نفقة جزئه لكفره .

وهذا الحكم يثبت عند عدم وجود أحد من تقدم في دار الحرب . وأما إذا كان أحدهم في دار الحرب فلا تجب النفقة له . فلا تجب على المسلم نفقة أبويه الحريين ، وإن كانا مستأمنين ، وذلك لأن المستأمن من أهل دار الحرب حكماً . وإنما دخل دارنا لحوائج يقضيها ثم يعود ، ولهذا يمكنه الإمام من الرجوع ، ولا يمكن من اطالة الإقامة في دارنا ، فإن ضرب له الإمام وقتاً ولم يخرج عند انتهائه صار ذمياً ، ولا يمكن من العود إلى دار الحرب ، بخلاف الذمى ، فإنه لا يمكن من الرجوع إلى دار الحرب أصلاً فاستقر الفرق بين حالتي الأب إذا كان ذمياً أو حريباً ، فوجبته النفقة للأب الذمى دون الحربي لأننا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا ، لقوله تعالى « إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين . وأخرجوكم من دياركم ، وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم ومن يتولهم فأولئك هم الظالمون » ،

وكذلك لا يجبر الحربى على الاتفاق على أييه المسلم أو الذمى ، لعدم الولاية فيما بينهم ، ولهذا لا يجرى الأثر بين من هو فى دارنا وبين من هو فى دار الحرب وإن اتحدت ملتهم .

هذا حكم نفقة قرابة الولاد ، وأما نفقة قرابة غير الولاد فلا تجب عند اختلاف الدين وعلى ذلك لا تجب على النصرانى نفقة أخيه المسلم وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصرانى لأن النفقة ها هنا منوطة بالأثر ، ولا اثر بينهما فلا نفقة (١)

(١) البدائع ج ٤ ص ١٥ - ٤٠ والفتاوى الهندية ج ١ ص ٦٨ وفتح القدير ج ٢ ص ٣٤٨ والزيلعى ج ٣ ص ٦٣

دين ولد غير المسلم

لما كان الصبي قبل أن يعقل الإسلام أو غيره من الأديان محتاجاً إلى من يتبعه في العقيدة جعل الشارع التبعية لأقرب الناس إليه . وهما الوالدان . فأن كان دين أحدهما خيراً له تبع خير الأبوين ديناً . لأنه أحسن له . وهذا إذا لم تختلف الدار . بأن كانا في دار الإسلام . أو في دار الحرب . أو كان الصغير في دار الإسلام وأسلم الوالد في دار الحرب لأنه من أهل دار الإسلام حكماً وأما إذا كان الولد في دار الحرب والوالد في دار الإسلام فأسلم فإنه لا يتبعه ولده ولا يكون مسلماً لأنه لا يمكن أن يجعل الوالد من أهل دار الحرب . والمجوسى والثنى وسائر أهل الشرك شر من الكتابى لأن الكتابيين لهم دين سماوى ولهذا تؤكل ذبيحتهم ويحل نكاح نسائهم للمسلمين فكان المجوسى شراً من الكتابى حتى إذا ولد بينهما ولد يكون كتابياً تبعاً للكتابى وقال الشافعى إن الولد المولود بين مجوسى وكتابى يكون مجوسياً لأن المعارضة قد تحققت فيه فأحدهما يوجب الحرمة والآخر يوجب الحل ويرجح ما يوجب الحرمة لقوله عليه السلام (ما اجتمع الحلال والحرام فى شيء إلا غلب الحرام الحلال) بخلاف ما إذا كان أحدهما مسلماً لأن الكفر لا يعارض الإسلام . ولنا أن حل الذبيحة والمناكحة من أحكام الإسلام فيرجع بهما كما يرجح بالإسلام . فلا تتحقق المعارضة بينهما . ولأنه يعتقد التوحيد فكان فى جعل الولد تابعاً له نوع نظر للولد والنظر لمصلحته واجب . وقول الشافعى فى دليله إنه يرجح ما يوجب الحرمة منتقض بما لو كان أحدهما مسلماً .

وإنما حكم بتبعية الولد لخير أبويه ديناً . لأن الصبي لا بد له من دين تجرى عليه أحكامه . وهو لا يهتم بذلك إما لعدم عقله أو لقصوره فلا بد أن يجعل تبعاً لغيره وجعله تبعاً للأبوين أولى لأنه تولد منهما .

ثم إذا سبى الصبى من دار الحرب فحاله لا يخلو من أحد ثلاثة أوجه :

فأما أن يسبى مع أبويه . وإما أن يسبى مع أحدهما . وإما أن يسبى وحده .
فإن سبى مع أبويه أو مع أحدهما فما دام في دار الحرب فهو على دين أبويه حتى لو مات
لا يصل على . وكذلك إذا خرج إلى دار الإسلام ومعه أبواه أو أحدهما . فإن
مات الأبوان بعد ذلك فهو على دينهما حتى يسلم بنفسه . ولا تنقطع تبعية الأبوين
بموتهما . لأن بقاء الأصل ليس بشرط لبقاء الحكم في التبع ، وأما أن أخرج إلى دار
الإسلام وليس معه أحدهما فهو مسلم ، لأن التبعية انتقلت إلى الدار ، وهذه التبعية
التي حكمنا بها للوالدين وللدار إنما تعتبر إذا لم يسلم بنفسه وهو يعقل الإسلام فأما
إذا أسلم بنفسه وهو يعقل الإسلام فلا تعتبر التبعية ، ويصح إسلامه عندنا ، وعند
الشافعي رحمه الله لا يصح واحتج بقوله عليه السلام (رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي
حتى يحتلم ، وعن المجنون حتى يفريق ، وعن النائم حتى يستيقظ) فقد أخبر عليه
السلام بأن الصبي قد رفع القلم عنه ، ولأنه لو صح إسلامه فأما أن يصح فرضاً أو
نفلاً ومعلوم أن النفل بالإسلام غير صحيح ، والفريضة بكتاب الشرع ، والقلم
مرفوع عنه ، فلا خطاب يتوجه إليه .

ولأن صحة الإسلام من الأحكام الضارة بالصبي في هذا الموضع ، فإنه سبب
لحرمان الميراث والنفقة ووقوع الفرقة بين الزوجين والصبي ليس من أهل التصرفات
الضارة ؛ ولهذا لم يصح طلاقه وعتاقه ولم تجب عليه الصلاة والصوم فلم يصح إسلامه
ولنا أنه آمن بالله سبحانه وتعالى عن غيب فيصح إيمانه كالبالغ ، وهذا لأن الإيمان
عبارة عن التصديق لغة وشرعاً ، وهو تصديق الله سبحانه وتعالى في جميع ما أنزل
على رسله أو تصديق رسله في جميع ما جاءوا به عن الله تبارك وتعالى ، وقد وجد
ذلك منه لوجود دليله ، وهو إقرار العاقل عن طوع فترتب عليه الأحكام ، لأنها
مبنية على وجود الإيمان حقيقة ، قال تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا)
وقال عليه السلام (لا يرث المؤمن الكافر ولا الكافر المؤمن) والجواب عن
قول الشافعي إنه قد رفع القلم عنه مسلم أن هذا في الفروع دون الأصول العقلية ،

لأن وجوب الإيمان من الأحكام العقلية فيجب على كل عاقل ، والحديث محمول على الأحكام الشرعية توفيقاً بين الأدلة .
والقاعدة في إسلام الصبي بالتبع اتنا نحنكم بأسلامه تبعاً لإسلام أبويه وبكفره تبعاً لكفرهما . ولا ننظر إلى داره عند وجود الأبوين أو أحدهما . وعند عدم وجود الأبوين أو أحدهما في الدار التي هو فيها تنتقل التبعية من الوالدين إلى الدار .
لأن الدار تستتبع الصبي في الإسلام في الجملة . كاللقيط إذا وجد في دار الإسلام فأننا نحنكم بأسلامه تبعاً للدار ^(١) .

(١) البدائع جزء ٧ صحيفة ١٠٤ ، الزيلعي جزء ثان صحيفة ١٧٣

وقف الذمی

الوقف لغة الحبس ، وشرعا عند الامام رحمه الله حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها ، وعند الصاحبين رضي الله عنهما حبسها لاعلى ملك أحد غير الله تعالى ، وسببه إرادة محبوب النفس في الدنيا ببر الاحباب ، وفي الآخرة بالتقرب إلى الله عز وجل ، وشرطه شرط سائر التبرعات من الحرية والبلوغ والعقل وان يكون منجزا غير معلق والا يكون الواقف محجورا عليه بسفه أو دين وأما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمی على ولده ولسله وجعل آخره للمساكين جاز وشرطه الخاص بخروجه عن الملك عند أنى حنیفة رضي الله عنه هو الاضافة إلى ما بعد الموت ، وهو الوصية به أو يحكم به حاكم ، وعند أبي يوسف رضي الله عنه كونه المحل قابلا له كالعقار والدور ، وزاد محمد على شرط أبي يوسف كونه مؤبدا مقسوما غير مشاع فيما يحتمل القسمة ومسلما إلى متول ، وركنه الالفاظ الخاصة ، كأن يقول أرضی هذه صدقة موقوفة مؤبدة على المساكين ^(١) . وحكمه أنه إذا جاز على اختلاف العلماء في ذلك زال الموقوف عن ملك الواقف ، ولا يدخل في ملك الموقوف عليه ، لسكنه ينتفع بغلته بالتصدق عليه ، لأن الوقف حبس الأصل ، وتصدق بالفرع ، والحبس لا يوجب ملك المجوس كالرهن ^(٢) وقد علم من عدم اشتراط الاسلام في الواقف صحة وقف الذمی ، وهذا هو ما يتعلق بوقفه :

القاعدة في صحة وقف الذمی أن كل ما كان قرابة عند أهل دين من الأديان وهو عند المسلمين قرابة فإنه يجوز على ما حده الواقف وشرطه ، وذلك كالوقف

(١) فتح القدير جزء خامس صحيفة ٣٧ - ٣٩

(٢) البدائع جزء سادس صحيفة ٢٢٠ - ٢٢٣

على بيت المقدس ، فانه قربة عندنا وعندهم ، وأما إذا كان قربة عندنا فقط فلا يجوز ، كالوقف على الحج والعمرة ، وكذلك لا يجوز إن كان قربة عندهم فقط ، كالوقف على البيعة والسكنيسة ، وتفرع على هذه القاعدة لو وقف اليهودي أو النصراني أو المجوسي وكان ذميا داره أو عقاره أو أرضه على ولده وولد ولده ونسله وعقبه أبدا ما تناسلوا وجعل آخر ذلك للمساكين صح الوقف ، ثم إن سمي الواقف المساكين فرق على من سماهم ، وإن لم يسم صح تفريقه على مساكين أهل الذمة ومساكين المسلمين ، ولو وقف الذمي وقفاً وجعل غلته في فقراء المسلمين صح ذلك ، وفرقت الغلة في فقراء المسلمين ، وذلك لأن هذا مما يتقرب به أهل الذمة في دينهم ، فهو طاعة لله عز وجل .

والنساء من أهل الذمة بمنزلة الرجال في وقفهن ، ولو جعل المسلم أرضه أو داره صدقة موقوفة على أهل بيته أو على قرابته وهم من أهل الذمة ثم من بعدهم على المساكين صح ذلك ، ويكون وقفاً على من وقفه عليهم ، وعلى ما اشترط من ذلك ، وللذمي أن يشترط في وقفه ما يشترطه المسلم من الزيادة والنقصان ، وإدخال من أراد أن يدخله في الوقف ، وإخراج من رأى إخراجاً ، والاستثناء لنفسه أن ينفق من غلة الوقف (١) .

وقف الحربى

لو دخل حربى دار الاسلام بأمان فاشتري أرضاً أو داراً فوقفها صح الشراء والوقف ، كما يصح من الذمي ، فإن مات في دار الاسلام بعد أن وقف فهذا الوقف جائز ، كما يجوز من الذمي ، وكذلك إن رجع إلى دار الحرب بعد الوقف ، فانه يجوز ، لأن الرجوع إلى دار الحرب بعد تمام الوقف لا يبطله ، فإن عاد إلى دار

الاسلام بعد ذلك بأمان ، ثم أراد الرجوع في هذا الوقف فليس له الرجوع ، والوقف نافذ عليه ، ولا يصير الحربى بذلك الشراء ذميا ^(١) .

وقف المرتد والمرتدة

لو ارتد شخص عن الاسلام — والعياذ بالله — وانتحل ديناً من أديان أهل الذمة ، فوقف وقفاً في حال رده ، قال أبو حنيفة هو موقوف غير نافذ ، فإن عاد إلى الاسلام صح ، وإن قتل على رده أو مات بطل وقفه ، ولم يجوز ما صنع من ذلك ، ولا رواية في هذا الحكم عن أبي يوسف وعند محمد يجوز منه ما يجوز من القوم الذين انتقل إلى دينهم ، وأما المرتدة فيجوز وقفها اتفاقاً لأنها لا تقتل ، إلا أن يكون على حج أو عمرة ونحو ذلك فلا يجوز .

وهذا حكم وقف المرتد والمرتدة في حال الردة ، أما إذا طرأت الردة بعد الوقف ، بأن وقف المسلم ثم ارتد بعد ذلك فالوقف باطل لحبوط عمله بالردة . قال ابن عابدين : ونظر فيه ابن الشحنة في شرحه بأن الحبوط في إبطال الثواب لا فيما تعلق به حق الفقراء ، وأجاب ابن عابدين بأن الوقف على الفقراء قرينة باقية إلى حال الردة تبطل القرينة التي قارنتها ، كما لو ارتد في حال صلته أو صومه ، بخلاف ارتداده بعد صلته أو صيامه ، فانه لا يبطل نفس الفعل ، بل ثوابه فقط ، وأما حق الفقراء فإنما هو في الصدقة فقط ، فإذا بطل التصديق الذى هو معنى الوقف بطل حقهم ضمناً ، وإن كان لا يمكن إبطاله قصداً ، كما يبطل في خراب الوقف وخروجه عن المنفعة ^(٢) .

(١) الاوقاف للخصاف صحيفة ٣٣٢

(٢) الخصاف صحيفة ٣٤٠ ، ابن عابدين جزء ثالث صحيفة ٣٧١ ، ٤٠٨

وقف الصابئة والخطائية وأهل الأهواء

وقع الخلاف في وقف الصابئة ، فقال أبو حنيفة هم بمنزلة أهل الذمة ، توضع عليهم الجزية ، وتجري عليهم أحكام أهل الذمة . وقال غيره : إن كانوا دهرية ممن يقولون ما يهلكنا إلا الدهر فهم صنف من الزنادقة ، وإن كانوا ممن يقولون بقول أهل الكتاب كانوا بمنزلة أهل الكتاب .

أما الخطائية ومن اختلف من أهل القبلة وقال بقول بعض أهل الأهواء ، فحكم وقفهم ووصاياهم كحكم وقف ووصايا سائر المسلمين ، ألا ترى أنه روى عن أبي يوسف أنه قال أجزى شهادة أهل الأهواء جميعا إلا الخطائية ، فانهم صنف من الرافضة ، وذلك أنه يقال إن بعضهم يشهد لبعض فيما يقول ويصدق في دعواه فأما وصاياهم ووقفهم فانه يجوز لهم من ذلك ما يجوز للمسلمين ، ويلزمهم في ذلك ما يلزم المسلمين ^(١) .

حكم بيع الذمي

البيع لغة مبادلة شيء بشيء . وشرعاً مبادلة شيء مرغوب فيه بمثلته على وجه مفيد مخصوص ، فخرج مبادلة ما ليس بمرغوب فيه كالتراب والميتة والدم ، فانها لا تعد بيعاً شرعاً ، وخرج مالا يفيد كبيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة ، والمراد بالوجه المخصوص الإيجاب والقبول أو التعاطي ، فيخرج التبرع من الجانبين والهبة بشرط العوض ؛ لأن المبادلة فيهما ليست على الوجه المخصوص ، وهو كونها بإيجاب وقبول ومحله المال المتقوم ، والمال ما تميل إليه النفس ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، وثبت المالية بتمول الناس كافة أو بتمول بعضهم ؛ والتقوم يثبت بها وبإباحة الانتفاع به شرعاً ، فما يباح بلا تمول لا يكون مالا كحبة حنطة وما يتمول بلا إباحة انتفاع لا يكون متقوماً كالخمر ، وإذا عدم الأمران لم يثبت واحد منهما كالدم ، وحكم البيع ثبت ملك البائع في الثمن ، والمشتري في المبيع وحكمته بقاء نظام المعاش على الوجه الذي أراده تعالى .

وصفة البيع أنه مباح عند عدم العوارض المغيرة له ، وقد يعرض له ما يوجب الكراهة كالبيع بعد النداء في الجمعة ، وقد يعرض له ما يوجب الحرمة كبيع الخمر لمن يشربها ، وقد يعرض له ما يؤدي إلى الوجوب كبيع شيء لمن يضطر إليه . وركنه الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من التعاطي .

وشرائط البيع متنوعة إلى أربعة أنواع . إنعقاد ونفاذ . وصحة . ولزوم . الأول شرائط الإنعقاد : وهي أحد عشر شرطاً ، إثنان في العاقد . وإثنان في العقد وواحد في مكان العقد ، وستة في المعقود عليه ، فيشترط في العاقد أولاً العقل ، فلا ينعقد بيع المجنون والصبي الذي لا يعقل . وثانياً التعدد بوجود مبتاعين فلا ينعقد بيع وكيل واحد عن الجانبين إلا في الأب ووصيه والقاضي ، ويشترط في العقد أولاً موافقة القبول للإيجاب ، بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع بما أوجبه على نفسه . وثانياً أن

يكون بالفظ الماضي إن حمل التعاقد بالقول ، ويشترط في مكان العقد اتحاد المجلس بأن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، ويشترط في المعتمد عليه أولاً أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم ؛ كبيع نتاج التاج والحمل وهذا الفص على أنه باقوت فإذا هر زجاج ، أو هذا الثوب الهروى فإذا هو مروزي وثانياً أن يكون مالا ، فلا ينعقد البيع في نحو الحر والمدبر والميتة والدم ، وثالثاً أن يكون متقوماً ، فلا ينعقد بيع الخمر والخنزير في حق المسلم ، وأما في حق الذمي فينعقد . ولا ينعقد أيضاً في خبز ، لأن أدنى القيمة التي تشترط لجواز البيع فلس . ورابعاً أن يكون مملوكاً في نفسه ، فلا ينعقد بيع الكلاء ولو في أرض مملوكة له ؛ ولا الماء في نهره أو في بئر وخامساً أن يكون ملك البائع فيما يبيعه لنفسه ، فلا ينعقد بيع ما ليس بمملوك له وإن ملكه بعده إلا السلم ، ولو باع الغاصب المغصوب ثم ضمن قيمته نفذ بيعه لاستناد الملك إلى وقت البيع ، فتبين أنه باع ملك نفسه ، وأما بيع النائب عن غيره فانه نافذ وإن لم يكن البائع ما لكا ، لأنه بيع للغير لا لنفسه ؛ وبيع الفضولي موقوف على الاجازة وسادساً أن يكون مقدور التسليم : فلا ينعقد بيع الطير في الهواء بعد أن كان في يده وطار ، ولا السمك بعد الصيد والالقاء في الحظيرة إذا كان لا يمكن أخذه إلا بصيد جديد والثاني شرائط النفاذ . فيشترط أولاً الملك ، فلا ينفذ بيع الفضولي عندنا ، وأما شراؤه فنفاذ . وثانياً الولاية إما بانابة المالك أو الشارع ، فالأول الوكالة والثاني ولاية الأب ومن قام مقامه بشرط إسلام الولي وحرية وعقله وبلوغه وصغر المولى عليه .

والثالث شرائط الصحة وهي خمسة وعشرون عامة وهي سبعة عشر وخاصة . وهي ثمانية ، فالعامة لكل بيع هي شرائط الانعقاد السابقة ، لأن مالا ينعقد لا يصح ويضاف إليها . أولاً ألا يكون البيع مؤقتاً . وثانياً . أن يكون الثمن معلوماً . وثالثاً أن يكون المبيع معلوماً علماً يمنع المنازعة ، فالمجهول جهالة مفضية إليها غير صحيح ، كبيع شاة من هذا القطيع وبيع الشيء بحكم فلان . ورابعاً خلو البيع عن شرط مفسد بأن يكون في وجوده غرر كاشتراط حمل الهيمة وكاشتراط خيار مؤبد . وخامساً

الرضا ، فيفسد بيع المكره وشرأؤه وسادساً الفائدة ، فيع ما لا فائدة فيه وشرأؤه فاسد ، كبيع درهم بدرهم استويا وزنا وصفة .

والشروط الخاصة لصحة البيع ثمانية : أولاً . معلومية الأجل في البيع بضمن مؤجل ، فيفسد البيع ان كان الأجل مجهولاً . وثانياً القبض في بيع المشتري المنقول فلو اشترى منقولاً ولم يقبضه فباعه لا يصح بيعه . وثالثاً أن يكون البديل مسمى في المبادلة القولية ، فلو سكت عنه فسد البيع وملك بالقبض . ورابعاً المماثلة بين البديلين في أموال الربا . وخامساً الخلو عن شبهة الربا . وسادساً . وجود شرائط السلم . وسابعاً القبض في الصرف قبل الافتراق . وثامناً أن يكون الثمن الأول معلوماً في بيع المراجحة والتولية والاشراك والوضيعة .

والرابع شرائط اللزوم ، وهي تسعة وثلاثون جميع ما تقدم من شروط الانعقاد والنفاذ والصحة ، والخلو عن الخيارات كخيار العيب والرؤية ، لجميع شروط البيع سبعة وسبعون وقد تقدمت مفصلة^(١) ثم البيع قد يتنوع بالنظر إلى ذاته ، وبالنظر إلى تعلقه بالمبيع وبالنظر إلى تعلقه بالثمن . وبالنظر إلى تعلقه بوصف الثمن ، فإن نظر إليه بالنظر إلى ذاته تنوع إلى أربعة أنواع : نافذ وهو ما أفاد حكمه للحال . وموقوف وهو ما أفاد حكمه بعد الاجازة ، وفاسد وهو ما لا يفيد حكمه إلا بالقبض ، وباطل وهو ما لا يفيد حكمه أصلاً . وإن نظر إليه من جهة تعلقه بالمبيع تنوع إلى أربعة أنواع مقايضة إن حصل فيه تبادل عين بعين ، وصرف إن حصل فيه تبادل ثمن بضمن ، وسلم إن حصل فيه تبادل ثمن بعين ، والمراد بالثمن هنا ما في الذمة وهو المسلم فيه كما حققه الرافعي في تقريره ، وبيع مطلق وهو ما حصل فيه تبادل عين بضمن ، وإن نظر إليه من جهة تعلقه بالثمن أو بمقداره تنوع إلى أربعة أنواع أيضاً فإن كان يمثل الثمن الأول مع زيادة فراجحة ، وإن كان بدون زيادة فتولية ، وإن كان مع نقص عن الثمن الأول فوضيعة ، وإن كان بدون زيادة ولا نقص

فساومة . وإن نظر إليه من جهة تعلقه بوصف الثمن كان حالاً ومؤجلاً^(١) ثم بعد معرفة حقيقة البيع وشروطه وأنواعه يعلم أن الاسلام ليس بشرط في العاقد ، لأنه لم يشترط في العاقد إلا العقل والتعدد ، وعلى هذا قالوا : أن الذمي كالمسلم في البيع من صرف وسلم وربا وغيرها إلا في الخمر والخنزير على قول بعض المشايخ بأنه يباح لهم الاتفاع شرعاً بهما كالحل والشاة عندنا ، فكانا مالا في حقهم فيجوز بيعهما ، وروى عن سيدنا عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى عشاره بالشام أن ولوهم بيعها ، وخذوا العشر من أثمانها ، ولو لم يحز بيعهم الخمر لما أمرهم بتوليتهم البيع ، والصحيح من مذهب أصحابنا أن حرمة الخمر والخنزير ثابتة في حقهم ، لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمة ، لكنهم لا يمنعون عن بيعها ، لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولونها ، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون ، فلو باع ذمي من ذمي خمرأ أو خنزيراً ثم أسلم أو أسلم أحدهما قبل القبض يفسخ البيع ، لأنه بالاسلام حرم البيع والشراء ، فيحرم القبض والتسليم أيضاً ، لأنه يشبه الإنشاء أو هو إنشاء من وجه ، فتلحق به في باب الحرمات احتياطاً ، واصله قوله تعالى : يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين ، والأمر بترك ما بقى من الربا هو النهي عن قبضه ، ويؤيده قوله تعالى في آخر الآية الشريفة : وإن تبتم فلکم رهوس أموالکم لا تظلمون ولا تظلمون ،

وإذا حرم القبض والتسليم لم يكن في بقاء العقد فائدة ، فيبطله القاضي ، كمن باع عبداً فأبق قبل القبض ، هذا إذا كان الاسلام قبل القبض ، وأما إذا كان اسلامهما أو اسلام أحدهما بعد القبض مضى البيع ، لأن الملك قد ثبت على الكمال بالعقد والقبض في حالة الكفر ، وإنما وجد بعد الاسلام استمرار الملك ، والاسلام غير مانع من ذلك فإن من تخمر عصيره لا يؤمر بإبطال ملكه فيها . ولو أقرض الذمي ذمياً خمرأ ثم أسلم أحدهما فإن أسلم المقرض سقطت الخمر ،

ولا شيء له من قيمتها على المستقرض ، أما سقوط قيمة الخمر قلآن العجز عن
فبض المثل جاء من قبله ، فلا شيء له ، ولو أسلم المستقرض فالمرؤى عن أبى يوسف
عن أبى حنيفة رحمه الله أنه تسقط الخمر وليس عليه قيمتها ، كما لو أسلم المقرض ،
وذلك لأنه لا سبيل إلى تسليم المثل لأنه يمنع منه ، ولا إلى القيمة لأن ذلك يوجب
ملك المستقرض ، والإسلام يمنع ملكه ، وروى محمد وزفر وعافية بن زياد القاضى
عن أبى حنيفة رضى الله عنهم ، أن عليه قيمة الخمر ، وهو قول محمد ، وهذا لأن
امتناع التسليم من المستقرض إنما جاء لمعنى من قبله وهو إسلامه ، فكانه استهلك
عليه خمره ، والمسلم إذا استهلك خمر الذمى بضمن قيمته^(١)

عقوبات غير المسلم

لما كان المقصود من شرع العقوبة صلاح المجتمع الانساني ، ليعيش الناس في أمن على أنفسهم وأموالهم ، كان من الضروري تساوى الناس في الأمور الزاجرة لهم عن التعدي على الغير في النفس أو في المال ، لذلك جعل الشارع الخطاب بالعقوبة منتظماً لغير المسلم لأنه أهل للزجر عن التعدي على الغير إذ الغرض من العقوبات المشروعة الانزجار في الدنيا عن الأقدام على أسبابها ، وهذا المعنى مطلوب من غير المسلم كما هو مطلوب من المؤمن ، بل غير المسلم أليق بما هو عقوبة وجزاء من المؤمن لأن الوازع الديني قد تمكن من نفس المؤمن حتى أحب لأخيه ما يحبه لنفسه ، ولا يجب لنفسه الضرر ، فلا يحبه لأخيه ، فكانت العقوبة أليق بغير المسلم من المؤمن .

القصاص بين المسلم والذمي والمستأمن

يشترط لوجوب القصاص أن يكون القاتل عاقلاً بالغاً فإن كان مجنوناً أو صبيّاً لا يجب القصاص ، وأن يكون متعمداً في القتل قاصداً إياه . فإن كان مخطئاً لا قصاص عليه وأن يكون القتل منه عمداً محضاً ليس فيه شبهة العمد ، فلو قتل بضربة أو ضربتين لا يجب القود ، لأن الضربة أو الضربتين بما لا يقصد به القتل عادة ، بل يقصد به التأديب والتهذيب ، فتمكنت في القصد شبهة العمد وأن يكون القاتل مختاراً فلو كان مكرهاً فلا قصاص عليه . وأن يكون القتل عدواناً ، وألا يكون المقتول فرع القاتل : فلو قتل الأب ولده لا قصاص عليه لقوله عليه السلام (لا يقاتل الوالد بولده) وألا يكون للقاتل فيه ملك أو شبهة ملك حتى لا يقتل المولى بعبده لقوله عليه الصلاة والسلام (لا يقاتل الوالد بولده ولا السيد بعبده) وما فيه شبهة الملك كالمسكاتب إذا قتل عبداً من كسبه ، لأن للمسكاتب شبهة الملك في اكسابه ، والشبهة في هذا الباب ملحقه بالحقيقة ، وأن يكون المقتول معصوم الدم مطلقاً ،

فلا يقتل مسلم ولا ذمى بكافر حربى ولا بمرتد لعدم العصمة ، ولا بحربى مستأمن فى ظاهر الرواية ، لأن عصمة الحربى المستأمن مؤقتة إلى وقت الخروج من دار الاسلام إلى دار الحرب .

هذه هى الشروط المعتمدة فى القتال والمقتول ، وهناك أشياء غير مشترطة فى وجوب القصاص فلا يشترط أن يكون المقتول مثل القاتل فى كمال الذات ، وهو سلامة الأعضاء ، ولا أن يكون مثله فى الشرف والفضيلة ، فيقتل سليم الأطراف بمقطوعها وبالأشل ، ويقتل العالم بالجاهل ، والشريف بالوضيع ، والعاقل بالمجنون ، والبالغ بالصبي ، والذكر بالأنثى ، والحربى بالعبد ، والمسلم بالذمى الذى يؤدى الجزية وتجربى عليه أحكام الإسلام . وقال الشافعى رحمه الله كونه المقتول مثل القاتل فى شرف الاسلام والحرية شرط وجوب القصاص ونقصان الكفر والرق فى المقتول يمنع من الوجوب فلا يقتل المسلم بالذمى ، ولا الحر بالعبد ، وينحصر الخلاف بيننا وبين الشافعى فى هذا الموضوع فى مسألتين الأولى أن الحر لا يقتل بالعبد عنده ، ويقتل عندنا . والمسألة الثانية أن المسلم لا يقتل بالذمى عنده ويقتل عندنا .

والثانية هى المقصودة بالبحث ههنا ، وهما هى ذى أدلة الطرفين فيها استدلل الشافعى أولاً بما روى الشعبى عن جحيفة قال سألت علياً رضى الله عنه هل عندكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم غير القرآن ؟ قال والذى فلق الحبة وبرأ النسمة ما عندنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن وما فى هذه الصحيفة . قلت : وما فى هذه الصحيفة ؟ قال : العقل ، وفسكك الأسير ، وألا يقتل مسلم بكافر . وعن قيس بن عباد قال : انطلقت أنا والاشترى إلى على فقلنا هل عهد إليك رسول الله صلى الله عليه وسلم عهداً لم يعهده إلى الناس ؟ قال : لا ، إلا ما كان فى كتابى هذا ، فأخرج كتاباً من قراب سيفه ، فإذا فيه : المؤمنون تكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ، وهم يد على من سواهم لا يقتل مؤمن بكافر ، ولا ذو عهد فى عهده — الحديث . وقبل الجواب عن هذا الدليل أذكر القاعدة التى ذكرت عند الحنفية لفهم مثل قوله عليه الصلاة والسلام (لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد فى عهده) وهذه

القاعدة على ما فهم الغرالى والآمدى هي (أن عموم المعطوف عليه يستلزم عموم المعطوف) وتلزم هذه القاعدة قاعدة أخرى وهي (أن تخصيص المعطوف يستلزم تخصيص المعطوف عليه بما خص به المعطوف) وخالف الشافعية في هاتين القاعدتين والخنفية لم يصرحوا بهما في كتبهم كما يفهم من المسلم والتحرير ، وبعد ذلك يحاج عن الحديثين اللذين ذكرهما الشافعي بأن الثاني منهما وهو قوله عليه السلام (لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهده) يقدر فيه بكافر في جانب المعطوف فيكون المعطوف بمثابة المعطوف عليه فيما صرح به فيه ، وهو الجار والمجرور الذي هو نكرة في سياق النفي فتفيد العموم وقد قام الإجماع على أن ذا العهد يقتل بمثله فعلم أن الكافر الذي في المعطوف هو الحرى فقط ، فليكن المراد به في جانب المعطوف عليه الحرى فقط كما هو مقتضى القاعدة الثانية ، فلم يفد الحديث النهى عن قتل المسلم بالذمي وأما الحديث الأول فالعام فيه يحمل على الحرى جمعاً بين الروايتين . واستدل الشافعي ثانياً على عدم المساواة بين المسلم والكافر بقوله تعالى (لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة) . والجواب أن المراد نفي الاستواء في الآخرة في الثواب والعقاب ، ويؤيد ذلك قوله عز وجل في آخر الآية « أصحاب الجنة هم الفائزون » ، فأن ذلك نص في الفوز الأخرى ولأن كون الشخص صاحب الجنة أو النار بما لا يدرك فإنه موقوف على الخاتمة ، وذلك بما لا يدرك أصلاً ؛ فلا يدخل تحت حكم القاضى أنه من أهل الجنة ، فلا يقتل بمن هو من أهل النار .

واستدل ثالثاً بأن في عصمته شبهة العدم لثبوتها مع قيام المنافي وهو الكفر لأنه مبيح في الأصل لكونه جناية متناهية ؛ فيوجب عقوبة متناهية ، وهي القتل لكونه من أعظم العقوبات الدنيوية ، إلا أنه منع من قتله لغيره وهو نقض العهد الثابت بالذمة فقيامه يورث شبهة . والجواب يمنع شبهة في العصمة ، بل دمه حرام لا يحتمل الإباحة بحال مع قيام عقد الذمة وهو بمنزلة دم المسلم مع قيام الإسلام ، والكفر لا يبيح الدم على الإطلاق ، بل الكفر المبيح للدم هو الكفر الباعث على الحراب ، فلا يكون مبيحاً للدم أما أدلتنا في هذا الحكم فهي أولاً عمومات آيات القصاص ، نحو قوله عز وجل « كتب عليكم القصاص في القتلى » ، وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ، من غير فصل بين قتل وقيل ونفس ونفس . وقوله تعالى

« ولكم في القصاص حياة » ، وتحقيق معنى الحياة في قتل المسلم بالذمي أبلغ منه في قتل المسلم بالمسلم ، لأن العداوة الدينية تحمله على القتل .

وثانياً عموم قوله عليه السلام « العمد قود » وقد صح عن عبد الرحمن بن البيهاني ومحمد بن المنكدر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل من المسلمين قد قتل معاهداً من أهل الذمة فأمر به فقتل ، وقال « أنا أولى من وفي بذمته » وثالثاً بأن القصاص يعتمد المساواة في العصمة والكافر بعقد الذمة صار معصوم الدم نظراً إلى الدار وإلى التكليف ، لأن شرط التكليف القدرة على ما كلف به من القيام بما يوجبه عقد الذمة ، ولا يتمكن من إقامة ما كلف به إلا بدفع أسباب الهلاك عنه ، وذلك بأن يكون محرم الدم ورابعاً بأن الذمي لو قتل ذمياً ثم أسلم القاتل قبل أن يقتل قتل به بالاجماع ؛ وهذا قتل مسلم بكافر ، فلو لا أن المسلم يجب عليه القتل بقتل الذمي ابتداء لما دام وجوب قتل القاتل الذمي إلى ما بعد الإسلام ، لأن حالة البقاء في مثل هذا معتبرة بالابتداء تعظيماً لأمر الدم ، ألا ترى أن مسلماً لو جرح مسلماً فارتد المجروح والعياذ بالله ثم مات بعد الجرح سقط القصاص ، وبعبارة لو جرح مرتداً ثم أسلم المجروح يجب القصاص ولا يقتل المسلم والذمي بالمستأمن ، لأن دم المستأمن غير محقون على التأييد ، ولأن كفره باعث على الحراب لقصد الرجوع إلى دار الحرب .

ولما وقع الخلاف بين الأحناف والشافعية في القصاص في النفس وقع الخلاف بينهما في القصاص بين المسلم والذمي في الأطراف . فقال الأحناف يجب القصاص بينهما في الأطراف لوجود التساوي بينهما في الارش .

وقال الشافعية لا يجب القصاص بينهما ، لأن كل الذي يقتل به يقطع به ، والذي لا يقتل به لا يقطع به وقد تقدم أن المسلم لا يقتل بالذمي عند الشافعية ، للأدلة المتقدمة ، فلا يقطع به والحنفية قد قالوا بالقتل بين المسلم والذمي ، فيقولون بالقطع في الأطراف بينهما ^(١)

(١) التحرير جزء أول صحيفة ٢٣٢ --- ٢٣٤

مسلم الشبوت جزء أول صحيفة ٢٨٩ --- ٢٩٩

البدائع جزء سابع صحيفة ٢٣٤ --- ٢٣٨

الزيلعي جزء سادس صحيفة ١٠٢ --- ١٠٥

حدود الذمى والحربى

الحد لغة عبارة عن المنع ، وفى الشرع عقوبة مقدرة واجبة حقاً لله تعالى ،
تفجر التعزير لعدم التقدير فيه ، والقصاص لأنه حق العبد . والحدود خمسة أنواع :
حد الزنا ، وحد الشرب ، وحد السكر ، وحد القذف ، وحد السرقة . وسأذكر
حكم كل واحد من هذه الحدود بالنسبة للذمى والحربى .

حد الزنا

الزنا هو الوطء الحرام فى قبل المرأة الحية فى حالة الاختيار فى دار العدل ممن
التزم أحكام الاسلام العارى عن حقيقة الملك وعن شبهته ، كوطء الأب جارية
الإبن ، وعن حق الملك كوطء الغانم جارية من الغنيمة قبل القسمة ، وعن حقيقة
النكاح وشبهته كنكاح بغير شهود ، وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى
الملك والنكاح جميعاً ، فشبهة الاشتباه فى الملك كوطء الإبن جارية الأب إذا ادعى
أنها تحمل له ، وشبهة الاشتباه فى النكاح كوطء المطلقة ثلاثاً فى العدة إذا ادعى الشبهة
فانه لا يحد .

والأصل فى اعتبار الشبهة فى هذا الباب الحديث المشهور وهو قوله صلى الله
عليه وسلم « ادرءوا الحدود بالشبهات » ، فيعلم من هذا التعريف أن الصبي والمجنون
لا حد عليهما عند وطء الأجنبية لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة ، وأن الوطء
فى دار الحرب أو فى دار البنى لا يوجب الحد حتى إن من زنى فى دار الحرب أو
فى دار البنى ثم خرج إلينا لا يقام عليه الحد ، لأن الزنا لم ينعقد سبباً لوجوب الحد
حين وجوده ، لعدم الولاية فلا يستوفى بعد ذلك وكذلك إذا زنى الحربى المستأمن

بمسلمة أو ذمية أو زنى ذمى بحرية مستأمنة لا حد على الحربى والحريية عندهما لأن الحربى لم يدخل دار الاسلام على سبيل الإقامة والتوطن ، بل على سبيل العارية ليعاملنا ونعامله ثم يعود فلم يكن دخوله دار الاسلام دلالة التزامه حق الله سبحانه وتعالى خالصا ، وهذا بخلاف حد القذف ، لأنه لما طلب الأمان من المسلمين فقد التزم أمانهم عن الإيذاء بنفسه ، وظهر حكم الاسلام فى حقه ، وعند أبى يوسف يحدان لأنهما لما دخلا دار الاسلام بأمان فقد التزما أحكام الاسلام مدة اقامتهما فصارا كالذمى ، ولهذا يقام حد القذف على المستأمن كما يقام على الذمى .

ثم اختلف أبو حنيفة مع محمد فى حد المسلمة والذمية عند زنا الحربى بهما . فعند أبى حنيفة يحدان ، لأن فعل الحربى حرام محض ، ألا ترى أنه يؤاخذ به فكان زنا فكاتنا زانيتين إلا أن الحد لم يجب على الرجل لعدم التزامه احكامنا ، وهذا أمر يخصه ، وعند محمد لا يحدان ، لأن الأصل فعل الرجل ، وفعلهما يقع تبعا ، فلما لم يجب الحد على الأصل لا يجب على التابع ، وذلك كالمطوعة من المرأة للصبي والمجنون .

ويحد الذمى بلا خلاف عند زناه بالمستأمنة فى هذه المسألة ، وهو يستوى مع المسلم فى حد الجلد ، فالمواضع التى يحد فيها المسلم حد الجلد يحد فيها الذمى ، لأنه بالذمة والعهد التزم أحكام الاسلام مطلقاً إلا فى قدر ما وقع الاستثناء فيه ، ولم يوجد ههنا ، وأما حده بالرجم فقد اختلف فيه ، هل يكون مثل المسلم فيرجم كما يرجم المسلم أم لا ؟ ومنشأ النزاع هو اعتبار الاسلام شرطاً فى الإحصان وعدم اعتباره ، وشرائط الإحصان الموجب للرجم فى الزنا سبعة : العقل ، والبلوغ ، وهما شرط لأهلية العقوبات ، والحرية والاسلام والتزوج بنكاح صحيح ، والدخول بالنكاح الصحيح ، وكونهما محصنين حالة الدخول ، وإنما شرطت هذه الشروط لأجل وجود المانع من الزنا ، حتى إذا وجد هذا الجرم العظيم استحق المجرم هذا الجزاء الذى يفقده الحياة ، ويظهر منه الوجود ، ولا خلاف فى هذه الشروط إلا فى الاسلام ، فقال الشافعى وورى عن أبى يوسف مثله : إن الاسلام ليس من

شرائط الاحصان . واستدلا بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهوديين اللذين زنيا في عهده ، ولو كان الاسلام شرطاً لما رجمهما النبي عليه السلام

وأجيب بأن ذلك كان بحكم التوراة قبل نزول آية الجلد ، وكان ذلك في أول دخول النبي عليه السلام المدينة ، ثم صار الحكم منسوخاً بعد ذلك بآية الجلد ثم نسخ الجلد في حق المحصن وثبت الرجم ، والكافر ليس بمحصن ، فلا يثبت في حقه الرجم .

واستدلا ثانياً بأن اشتراط الإسلام للزجر عن الزنا ، والدين مطلقاً يصلح للزجر عن الزنا لأن الزنا حرام في الأديان كلها ، وأجيب بأن الزجر لا يتكامل إلا بدين الاسلام ، لانه نعمة ، فيكون الزنا من المسلم وضع الكفران في موضع الشكر ودين الكفر ليس بنعمة ، فلا يكون زاجراً عن الفواحش مثل دين الاسلام ولنا على اشتراط الاسلام قوله عليه الصلاة والسلام (من أشرك بالله فليس بمحصن) والذمي مشرك على الحقيقة فلم يكن محصناً .

وقوله عليه السلام لحذيفة رضى الله عنه حين أراد أن يتزوج يهودية ، دعها فإنها لا تحصنك ، ولنا أيضاً أن زنا الكافر لا يساوى زنا المسلم في كونه جنائية ، فلا يساويه في استدعاء العقوبة ، لأن زنا المسلم اختص بمزيد قبح ، لأنه بالزنا وضع الكفر موضع الشكر ، لأن دين الاسلام نعمة ، ولم يوجد ذلك بالنسبة للكافر فلا يساويه في العقوبة .

ثم إذا فقد شرط من شرائط الاحصان المتقدمة لا يرم الزاني بل يجلد ، لأن الواجب بنفس الزنا هو الجلد بآية الجلد ، ولأن زنا غير المحصن لا يبلغ الغاية في القبح فلا تبلغ عقوبته النهاية ، فيكتفى بالجلد .

ويثبت الزنا إما بالبينه وهي أربعة رجال . وإما بالاقرار أربع مرات في أربعة

مجالس من مجالس المقر، وخذ الجلد مائة جلدة للحر عند عدم الاحصان ،
ونصفها للعبد^(١) .

حد الشرب والسكر

يجب الحد بشرب الخمر وإن كان قليلا ، والخمر هي عصير العنب إذا غلى واشتد
وقذف بالزبد ، ويجب الحد بالسكر الحاصل بشرب ما سوى الخمر من الأشربة ،
كنقيع الزبيب والمطبوخ أدنى طبخة من عصير العنب ، وشرط وجوب الحد في
الشرب والسكر العقل والبلوغ .

وعدم الضرورة ، فلا يحد من إصابتة بمخصة بشرب القليل منها ، ويشترط
أيضاً بقاء اسم الخمر للشروب وقت الشرب ، فإن خلط بالماء وجب الحد إن كان
الخمر غالباً أو مساوياً ، وإن كان الماء غالباً فلا حد ، ويشترط أيضاً الإسلام ،
فلا حد ، على الذمي والحربي المستأمن بالشرب ولا بالسكر في ظاهر الرواية ،
وشرب الخمر مباح لأهل الذمة عند أكثر مشايخنا ، فلا يكون جنائية ، وعند بعضهم
هو حرام ، لكن نهينا عن التعرض لهم وأمرنا بتركهم وما يدينون ، وفي إقامة
الحد عليهم تعرض لهم من حيث المعنى ، لأننا نمنعهم من الشرب ، وعن الحسن بن
زياد أنهم إذا شربوا أو سكروا يحدون لأجل السكر لا لأجل الشرب لأن السكر
حرام في الأديان كلها ، قال صاحب البدائع : وما قاله الحسن حسن . وحد الشرب
والسكر ثمانون سوطاً للحر ، لأجماع الصحابة رضي الله عنهم . وللعبد أربعون سوطاً ،
لأن الرق منصف للعقوبة كما ينصف النعمة^(٢)

(١) بدائع الصنائع جزء سابع صحيفة ٣٣ - ٣٩

الزيلعي جزء ثالث صحيفة ١٦٣ - ١٧٤

فتح القدير جزء رابع صحيفة ١٢١ - ١٣٨

(٢) بدائع الصنائع جزء سابع صحيفة ٣٩ - ٤٠

فتح القدير جزء رابع صحيفة ١٧٨ - ١٩٠

حد القذف

القذف هو الرمي بالزنا صريحا . كأن يقول شخص لغيره يا زاني ، ويجب بذلك القول الحدان طلب المقذوف إقامة الحد بأن كان الطلب في حياته ، وبعد مماته يطالب بحد القذف من يقع القذف في نسبه بذلك القذف ، كالابن ، وحد القذف ثمانون سوطا للحر ، وأربعون للعبد ، ويشترط في القاذف أن يكون عاقلا بالغاً لأن فعل الصبي والمجنون ليس جناية . فلا عقوبة فيه ، وأن يكون القاذف عاجزاً عن الأتيان بأربعة شهود ، فإن أتى بهم فلا حد عليه ، ووجب الحد على من ثبت عليه فعل الزنا .

ويشترط في المقذوف أن يكون محصنا رجلا كان أو امرأة .

ثم شرائط الإحصان في القذف خمسة : العقل والبلوغ والحرية والإسلام والعفة عن الزنا ، فإن كان المقذوف رجلا يشترط أن يكون عفيفا ، بأن لم يكن وطئ في عمره امرأة بالزنا ولا بالشبهة ولا بنكاح فاسد ، فإن وجد ذلك منه في عمره مرة واحدة لا يكون محصنا ، ولا يحد قاذفه . وإن كانت امرأة يشترط ألا تكون محدودة في الزنا وألا يكون معها ولد لا يعرف له أب وألا تكون لا عنت بولد ، لأن هذه الأشياء أمارات الزنا ، فيسقط إحصانها ، فلا حد على القاذف ويشترط أن يكون المقذوف معلوما ، فلو كان مجهولا كأن يقول لرجلين أحدهما زان - فلا حد على القاتل . ويشترط ألا يكون القاذف أباً للمقذوف ولا جداً ، وأن يكون القذف واقعا في دار العدل ، فلو كان في دار الحرب أو في دار البغي فلا يوجب الحد ، لأن المقيم للحدود هم الأئمة ، ولا ولاية لأمام أهل العدل على أهل دار الحرب ، ولا على أهل دار البغي .

ثم بعد تعريف القذف وبيان شروطه يتبين أن القاذف يقام عليه الحد ولو كان غير مسلم لأنه إن كان ذميا فهو مثل المسلم في هذا الحكم ، وأن كان حربيا مستأمنا

فلانه طلب منا ألا يتعرض له أحد بإيذاء ، فيكون ملزما بألا يؤذى أحدا من المسلمين ، فإن حصل منه إيذاء موجب للحد لزمه الحد ، ولأن حد القذف فيه حق العبد ، وقد التزم إيفاء حقوق العباد . ويعلم من اشتراط احصان المقدوف أنه لا بد أن يكون مسلما ، وعلى هذا لا يحمد من قذف غير المسلم حد القذف ، بل يعزر لوجود المانع من وجوب الحد : وهو عدم الاحصان .

وإذا حد غير المسلم في القذف سقطت شهادته على أهل الذمة ، لأن له شهادة على مثله ، ورد هذه الشهادة من تمام الحد ، فتسقط شهادته بحده . ثم إذا أسلم قبلت شهادته على الذميين وعلى المسلمين ، وذلك لأنه بالاسلام استفاد أهلية جديدة للشهادة مغايرة للأهلية التي كانت قبل إقامة الحد عليه ^(١)

حد السرقة

السرقة هي أخذ المكلف الناطق البصير عشرة دراهم أو ما يساويها بما لا يسرع إليه الفساد كالفاكهة مقصودة بالأخذ ظاهرة الإخراج خفية من صاحب يد صحيح فلا يقطع السارق من سارق ولا من دخل الحرز ثم ابتلع دينارا بل يضمته ، ولا الأخرس لاحتمال نطقه بشبهة ولا الأعمى لجهله بمال غيره ، ولا فرق في السارق بين الرجل والمرأة ، والحر والعبد والمسلم والذمي ، ويشترط أن يكون المكان الذي وقعت فيه السرقة دار العدل ، فلا يقطع بالسرقة في دار الحرب أو في دار البغي لأنه لا يد للإمام على أهل دار الحرب والبغي ، فالسرقة الموجودة فيهما لا تنعقد سببا لوجوب القطع . وعلى ذلك لا يقطع التجار أو الأسارى من أهل الاسلام إذا دخلوا دار الحرب وسرق بعضهم من بعض ثم خرجوا إلى دار الاسلام ، لأنه لا يد للإمام في دار الحرب ، فالسرقة الموجودة هناك لم تنعقد سببا لوجوب القطع

(١) بدائع الصنائع جزء سابع صحيفة ٤٠ - ٦٥
المجهرة النيرة جزء ثالث صحيفة ١٥٨ - ١٦٣

فلا يستوفى جزاؤها في دار الاسلام ، وكذلك لا يقطع التجار من أهل العدل في معسكر أهل البغي أو الأسارى في أيديهم إذا سرق بعضهم من بعض ثم خرجوا إلى أهل دار العدل لأن السرقة لم تنعقد موجبة للقطع ، لعدم ولاية الاستيفاء فيه ولأنه أخذ عن تأويل ، لأن لأهل العدل أن يأخذوا أموال أهل البغي ويحبسوها عندهم حتى يتوبوا فكان في العصمة شبهة العدم ، وكذلك لا يقطع الرجل من أهل البغي إذا سرق من معسكر أهل العدل وعاد إلى معسكره . لأنهم يعتقدون إباحة أموالنا ولهم منعة ، فكان أخذه عن تأويل ، فلا يقطع بالسرقة كما لا يضمن بالاتلاف ولو أن رجلا من أهل العدل سرق من إنسان مالا وهو يشهد عليه بالكفر ويستحل دمه وماله يقطع ، لأن مجرد اعتقاد الإباحة لا عبرة به ، لأننا لو اعتبرنا ذلك لأدى إلى سد باب الحد ، لأن كل سارق لا يعجز عن اظهاره ، ليسقط القطع عن نفسه ويشترط في المسروق أن يكون مالا متقوما مطلقا ، بخلاف الخمر فإنه متقوم عند الكافر دون المسلم ، وإن يكون من حرز وهو ما يمنع وصول يد الغير سواء كان بناء أو حائطا . وتثبت السرقة بإقرار السارق مرة ، وبشهادة رجلين ، وحكمها وجوب قطع يمين السارق من الزند ، وهو المفصل بين الذراع والكف وبعد بيان السرقة وحكمها يظهر أن السارق إن كان ذميا يقطع بلا خلاف وإن كان حريبا مستأمناسرق في دار الاسلام لم يقطع عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أقطعه . وأما إن سرق من الحربي المستأمن في دار الاسلام فيقطع قياسا لأنه سرقة مال معصوم ، لأن الحربي استفاد العصمة بالأمان كالذمي ، ولهذا كان مضمونا بالاتلاف كمال الذمي ، وفي الاستحسان لا يقطع ، لأن هذا مال فيه شبهة الإباحة ، لأن الحربي المستأمن من أهل دار الحرب حقيقة ، وإنما دخل دار الاسلام ليقضى بعض حوائجه ثم يعود عن قريب ، فكونه من أهل دار الحرب يورث شبهة الإباحة في ماله ، ولهذا أورث شبهة الإباحة في دمه ، حتى لا يقتل به المؤمن قصاصا ، ولأنه كان مباحا وإنما تثبت العصمة بعرض الأمان الذي هو على شرف الزوال فعند الزوال يظهر أن العصمة لم تكن بخلاف الذي

لأنه من أهل دار الاسلام ، وقد استفاد العصمة بأمان مؤبد فكان معصوم الدم والمال عصمة مطلقة ليس فيها شبهة الأباحة ، وبخلاف ضمان المال لأن الشبهة لا تمنع وجوب ضمان المال لأنه حق العبد وحقوق العباد لا تسقط بالشبهات (١)

دية الذمي وكفارته

وقع خلاف بين الأحناف والشافعية والمالكية في دية الذمي هل هي مساوية لدية المسلم وذلك بأن تكون دية الرجل الذمي مثل دية الرجل المسلم والمرأة في النفس وما دونها أم لا ؟

فقال الأحناف بالتساوي بينهما وخالف الشافعية والمالكية فقال الشافعي دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسي ثمانمائة .

واستدل أولاً بقوله تعالى « لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة » ، وبقوله تعالى « أمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستوون » ، والجواب عن الآيتين إن المراد أحكام الآخرة .

وثانياً بقوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون تتكافأ دماؤهم » ، فهذا يدل على أن دماء غيرهم لا تتكافأ وأجيب بأن هذا مفهوم مخالفة وهو ليس بحجة .

وبما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم . والجواب أن هذا الحديث لم يعرف رواية ولم يذكر في كتب الحديث .

وثالثاً بأن نقصان الكفر فوق نقصان الأثوثة والأثوثة تنقص الدية فالكفر أولى . وبأن الرق أثر من آثار الكفر ، وهو ينقص الدية فالكفر الموجب له أولى

(١) بدائع الصنائع جزء سابع صحيفة ٧١ - ٨٨

ابن عابدين جزء ثالث صحيفة ١٩٨ - ٢١٢

والجواب عنهما أن النقصان بالأنوثة والرق من حيث النقصان في الملك ، فإن المرأة تملك المال دون النكاح ، وكذلك الرق يوجب نقصان الملك بخلاف الكفر فإنه لا يمنع مساواة الذمي للمسلم في الملك ، ولا يكون الذمي بالكفر مملوكا ، بخلاف الرق فإن العبد يكون بسخيه مملوكا ، فلم تنعدم المساواة بين المسلم والذمي .

وقال مالك رضي الله عنه دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم . واستدل بقوله عليه السلام « عقل الكافر نصف عقل المسلم » ، والكل عنده أثنا عشر ألفا ، والجواب أن ما رواه الأحناف أشهر مما رواه مالك ، ويدل على ذلك عمل الصحابة كما سيأتي في دليله .

وقال الأحناف بالتساوي بين المسلم والذمي في الدية واستدلوا أولا بقوله تعالى « وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله » أطلق سبحانه وتعالى القول بالدية في جميع أنواع القتل من غير فصل ، فدل على أن الواجب في الكل على قدر واحد .

وثانياً بما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه السلام ودى العامريين اللذين كان لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلها عمرو بن أمية الضمري ، فقتل رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهما بدية حرين مسلمين ، وقال « دية كل ذي عهد في عهده ألف دينار » .

وعن الزهري أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما كانا يجعلان دية الذمي مثل دية المسلم ، وقال علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا .

وثالثاً بأنهم معصومون متقومون ، لا حرازهم أنفسهم بالدار فوجب أن يكونوا ملحقين بالمسلمين في وجوب الدية ، ألا ترى أموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب باتلافها ما يجب باتلاف مال المسلم فإذا كان هذا في أموالهم فما ظنك في أنفسهم ؟ قال صاحب العناية (وإن لم يكن لنا في المسألة إلا ما روى الزهري

أن دية الذمي كانت مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان ، فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف . وما روى عن علي رضي الله عنه لشهرته إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا . وما روى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم ودى ذميا قتل بمائة من الأبل — لكان لنا من الظهور في المسألة ما لا يخفى على أحد ، وقد جعل صاحب البدائع الخلاف واقعا في دية الذمي والحربي والمستأمن وقال في الدر صحيح في الجوهرة أنه لادية في المستأمن ، وأقره في الشر نبلاية ، لكن بالنسوية جزم في الاختيار ، وصححه الزيلعي ، ولم يتعرض صاحب الدر لحكم دية الحربي ، وصاحب الهداية جعل الخلاف في الذمي ولم يتعرض للحربي والمستأمن وظاهر أدلة الحنفية تؤيد صاحب الهداية كما سبق في الأدلة .

وأما كفارة الذمي فانها لا تجب عليه ان كان قاتلا ، لأن الكفار غير مخاطبين بشرائع هي عبادات ، وكفارة القتل معنى العبادة فيها أغلب ، فلا يخاطب بها الكافر فإن كان الذمي مقتولا من المسلم وجبت الكفارة بقتله ، لأنه معصوم الدم على التأيد وان قتل المسلم حربيا أو باغيا لا تجب عليه الكفارة ، لأن المقتول ليس بمعصوم الدم ^(١) .

(١) البدائع جزء سابع صحيفة ٢٥٢-٢٥٥

، العناية جزء ثامن صحيفة ٣٠٧

، الزيلعي جزء ثالث صحيفة ١٢٨

، ابن عابدين جزء خامس صحيفة ٣٠٨

شهادة الذمي والمستأمن

لا تقبل شهادة الذمي على المسلم ، لقوله تعالى (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) وأما شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض وإن اختلفت مللهم فقد قال الحنفية بقبولها ، وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى لا تقبل ، لأنهم فسقة ، قال الله تعالى « والكافرون هم الظالمون » ، فيجب التوقف في خبرهم ، ولهذا لا تقبل شهادتهم على المسلم ، فصاروا كالمرتدين وللحنفية ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ، ولهم أيضا أنهم من أهل الولاية على أنفسهم وأولادهم الصغار ، فيكونون أهلا للشهادة على مثلهم ، وأن الحاجة مست إلى صيانة حقوق أهل الذمة ، ولا تحصل الصيانة إلا بأن يكون لبعضهم على بعض شهادة ، ولا شك أن الحاجة إلى صيانة حقوقهم ماسة ، لأنهم إنما قبلوا عقد الذمة لتسكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ، لأن هذه المعاملات تكثر فيما بينهم ، والمسلمون لا يحضرون معاقبتهم ليتحملوا حوادثهم ، ولو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والانكار فدعت الحاجة إلى الصيانة إلى قبول شهادة بعضهم على بعض وقال ابن أبي ليلى : ان اختلفت مللهم لا تقبل ، وهذا غير سديد لأن الكفر وان اختلف أنواعه صورة فهو ملة واحدة حقيقة ، فتقبل شهادة بعضهم على بعض كيفما كان ، ولا تقبل شهادة المستأمن على الذمي ، لأنه ليس من أهل دار الإسلام حقيقة ، وإن كان فيها صورة ، لأنه لم يدخل دارنا للسكنى ، بل ليقضى حوائجه ثم يعود عن قريب ، فلم يكن من أهل دار الإسلام ، والذمي من أهل دار الإسلام ، فاختلفت الداران ، فلم تقبل شهادة المستأمن على الذمي ولأنه لا ولاية له عليه لكون الذمي أعلى حالا منه .

وتقبل شهادة الذمي على المستأمن ، كما تقبل شهادة المسلم على المستأمن ،

وعلى الذمى فصار حكم المستأمن مع الذمى كحكم الذمى مع المسلم .
وأما شهادة المستأمن على المستأمن فهي مقبولة إن اتفقت دارهما ، وإن اختلفت
كإيطاليا ومصر لا تقبل لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية ، ولهذا يمنع التوارث
والشهادة من باب الولاية فإذا فقدت الولاية فقد ما يترتب عليها من قبول الشهادة^(١)

انعقاد يمين غير المسلم

اليمين هي عقد يقوى به عزم الخائف على الفعل أو الترك ويشترط في الخائف
أن يكون عاقلاً بالغاً بالاتفاق بين الحنفية وغيرهم ولكن وقع النزاع بعد ذلك
في اشتراط الاسلام ، فشرطه الأحناف وبنوا عليه أنه لا ينعقد يمين غير المسلم ،
وقال الشافعى . أن الاسلام ليس يشترط في اليمين وبنى على ذلك أن اليمين تنعقد
من غير المسلم .

واستدل الشافعى على ذلك بأن غير المسلم يستحلف في الدعوى والخصومات
وكذا يصح إيلاؤه ، ولو لم يكن أهلاً لما انعقد إيلاؤه كما لا ينعقد إيلاء
الصبي والمجنون .

واستدل الأحناف على عدم انعقاد يمين غير المسلم بأن اليمين يستعقب
الكفارة عند الحنث ، والكافر ليس من أهلها ، لأنها عبادة وشرط صحة العبادة
الاسلام والوجه في كون الكفارة عبادة أنها لا تتأدى بدون النية وكذا لا تسقط
بإداء الغير نيابة عن عليه الكفارة وهذان الحكمان مختصان بالعبادات لأن غير
العبادات لا يشترط فيه النية ، ولا يشترط في غير العبادات أن يكون الأداء ممن
عليه الواجب ، وذلك كأداء الدين لا يشترط فيه أن يكون الأداء ممن عليه الدين
وكرد المغصوب ونحوهما ، وإذا كان غير المسلم غير أهل للكفارة التي تبني على
اليمين عند الحنث فإنه لا يكون أهلاً لليمين .

(١) فتح القدير جزء سادس صعيقة ٤١ - ٤٤

بدائع الصنائع جزء سادس ص ٢٨٠ - ٢٨١

والجواب عن دليل الشافعي أن استحلاف غير المسلم في الدعاوى صوري فقط وذلك لأن المقصود من الاستحلاف التحريج عن الكذب والنكول ، فهي يمين صورة ، وغير المسلم وإن لم يثبت في حقه شرعا اليمين الشرعي المستعقب لحكمه وهو الكفارة فهو يعتقد في نفسه تعظيم اسم الله تعالى وحرمة اليمين به كذبا فيمتنع عن اليمين كذبا فيحصل المقصود من ظهور الحق فشرع التزام غير المسلم بصورة اليمين لفائدة إظهار الحق ، والايلام لما كان من آثاره لزوم الكفارة وهي عبادة :

وغير المسلم ليس أهلا لها فلا يصح ايلأؤه .
ولأجل وقوع النزاع بيننا وبين الشافعي في صحة انعقاد يمين غير المسلم وقع الخلاف في الأثر المترتب على الحنث في اليمين وهو الكفارة ، فلو حلف غير المسلم على يمين ثم أسلم فحنث فلا كفارة عليه عندنا ، لأن اليمين لا تنعقد في حقه ، وعند الشافعي عليه الكفارة لانعقاد اليمين ، ويكفر كما يكفر المسلم عن يمينه إذا حنث فيها ، وإن حنث في حال الكفر يكفر بالمال ، لأن الصوم متعذر بالنسبة لغير المسلم ، ولو حلف مسلم ثم ارتد - والعياذ بالله - ثم أسلم فحنث لا يلزمه شيء عندنا ، لأن الكفر يبطل اليمين إذا عرض عليها ، بناء على أن الأوصاف التي ترجع إلى المحل يستوى فيها الابتداء والبقاء ، أي الأصالة والعروض كالحرمية الموجبة لبطلان النكاح ، فانه لا فرق بين أن تكون قائمة في ابتداء النكاح أو عارضة بعد ثبوته ، فلا فرق بين الحالتين في بطلان النكاح ، لحرمة المصاهرة ، كأن يزني شخص بأم امرأته ، فإن الحرمة الطارئة تمنع بقاء صحة النكاح كالحرمية الأصلية ، ولا فرق بين أن يكون قد زنى بأم امرأته قبل أن يعقد على بنتها أو بعد العقد عليها ^(١) .

(١) البدائع جزء ثالث صحيفة ١٠ - ١١

فتح القدير جزء رابع صحيفة ٢٢ - ٢٣

ابن عابدين جزء ثالث صحيفة ٦٤

صبيغة يمين غير المسلم

إذا أريد تحليف غير المسلم في الدعاوى والخصومات لا يحلف إلا بشيء يعظمه ، ويكون له خطر عنده حتى لا يقدم على اليمين إلا في حال صدقه فيستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام ، والنصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى عليه السلام . والذى يدل على معاملة الكافر بهذه المعاملة عند اليمين ما فعله النبي عليه السلام حينما مر يهودى محمم فدعاهم فقال لهم « هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم ؟

قالوا : نعم فدعنا رجلا فقال له ناشدتك الله الذى أنزل التوراة على موسى عليه السلام هكذا تجدون حد الزنا في كتابكم . فقال : اللهم لا فلولاً انك ناشدتنى بهذا لم أخبرك حد الزنا في كتابنا الرجم ، ولكن كثير في أشرافنا فكنا إذا أخذنا الرجل الشريف تركناه ، وإذا أخذنا الضعيف أقمنا عليه الحد ، فقلنا تعالوا نجتمع على شيء نقيمه على الشريف والوضيع ، فاجتمعنا على التحميم وهو تسويد الوجه بالفحم — كذا في المصباح — والجلد وتركنا الرجم فقال النبي صلى الله عليه وسلم « اللهم انى أول من أحيا أمرك إذ أماتوه فأمر به فرجم » وهذا الحديث رواه مسلم وقال شراحه هذا الرجل هو عبدالله بن صوريا فقد علمنا من فعل النبي عليه السلام جواز تحليف اليهودى بذلك ، واليهود يعتقدون نبوة موسى ، والنصارى يعتقدون نبوة عيسى عليهما السلام ، فيغلظ على كل واحد منهم بذكر الكتاب الذى أنزل على نبيه ، ويستحلف المجوسى بالله الذى خلق النار ، هذا ما ذكره محمد رضى الله عنه في الأصل ، والوثنى لا يحلف إلا بالله ، لأن الكفرة بأسرهم يعتقدون الله تعالى ، قال تعالى « ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله » وإنما يعبدون الأصنام لتقربهم إلى الله ، كما قال تعالى حكاية عنهم « ما نعبدكم ألا ليقربونا إلى الله زلفى » وروى بعضهم عن أبى حنيفة في النوادر

أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصا ، وذكر الخصاص رحمه الله أنه لا يستحلف غير اليهودى والنصرانى إلا بالله ، وهو اختيار بعض مشايخنا ، لأن فى ذكر النار مع اسم الله تعالى تعظيمها ولا ينبغى أن تعظم ، بخلاف التوراة والانجيل فانهما يعظمان لأنهما من عند الله ، فيجب تعظيمهما فيجوز ذكرهما مع اسمه تعالى (١)

حكم القاضى غير المسلم وتحكيمه

احتياج الناس إلى قاض ينفذ الأحكام فيهم ويرد ظالمهم عن العدوان أمر تقضى به العقول وتقتضيه نظم العمران وقد حثت عليه الشريعة الإسلامية حثا لا مزيد عليه ، قال فى المبسوط : « أعلم أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض بعد الإيمان بالله تعالى ، وهو من أشرف العبادات ، لأجله أثبت الله تعالى لآدم عليه السلام الخلافة فقال جل جلاله : « إني جاعل فى الأرض خليفة » ، وأثبت ذلك لداود عليه السلام فقال تعالى : « ياداود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله » ، وبه أمر كل نبي مرسل حتى خاتم الأنبياء عليهم السلام قال تعالى : « إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون » .

ولا شك أن فى القضاء بالحق إظهارا للعدل ، وبالعدل قامت السموات والأرض ورفعنا للظلم ، وأمرنا بالمعروف ، ونهيا عن المنكر ، إلى غير ذلك وباب القضاء كثير التفاصيل ، جليل الفائدة ، ولكن لست الآن بصدد بيان معنى القضاء والمقضى له وعليه على وجه البسط ، بل الذى أقصده فى هذه الرسالة هو أن غير المسلم هل يصح توليه القضاء أولا ؟ وإذا صح فهل يحكم بين المسلمين أو بين غيرهم ؟ وكذلك الأمر فى تحكيمه ، فأقول وبالله التوفيق .

نص الفقهاء على أن غير المسلم يجوز تقليده القضاء ويكون حكمه نافذا على أهل الذمة فقط دون المسلمين إلا أن يسلم . وذلك لأن غير المسلم أهل لأن يشهد فى

(١) البدائع جزء سادس صحيفة ٢٢٧ - ٢٢٨

قاضى زاده جزء سادس صحيفة ١٧٦

حق غير المسلمين ، فيكون أهلا للقضاء بينهم ، لأن أهلية القضاء مستمدة من أهلية الشهادة ، وغير المسلم أهل لشهادتهم ، فيكون أهلا لقضائهم ، فإن كلا من الشهادة والقضاء من باب الولاية .

ويجوز تحكيم الذمي ليحكم بين أهل الذمة دون المسلمين ، لأنه أهل للشهادة بين أهل الذمة دون المسلمين ، ويكون تراضيه عليه في حقهم كتقليد السلطان إياه ليحكم بينهم ، فلو حكم الذميان ذميا ثم أسلم أحد الخصمين خرج من الحكومة فيما بينهما ، فلا يحكم على المسلم ، فلو حكم للذمي على المسلم ، لا يجوز ، لأنه ليس أهلا للحكم على المسلم ، وأن حكم للمسلم على الذمي يجوز لبقاء التحكيم في حق الذمي دون المسلم ، ولو حكم ذميان ذميا فأسلم الحكم فهو على حكومته ، وهذا لأن شرط جواز التحكيم أن يكون الحكم من أهل الشهادة وقت التحكيم ووقت الحكم ؛ حتى إذا لم يكن أهلا للشهادة وقت التحكيم وصار أهلا للشهادة وقت الحكم بأن كان الحكم عبدا فاعتق أو ذميا فأسلم وحكم لا ينفذ حكمه ؛ وحكم هذا الحكم بفارق حكم القاضي المولى من حيث إن حكم هذا الحكم إنما ينفذ في حق الخصمين اللذين رضيا بحكمه عليهما ولا يتعدى إلى غيرهما ممن لم يرض بحكمه ، بخلاف القاضي المولى ، فإن حكمه نافذ على جميع من ولاه السلطان القضاء عليهم^(١)

شروط السلطان الذي يولى القضاء

قد يقع بعض بلاد المسلمين في يد غيرهم ، والمسلمون بطبيعة الحال محتاجون إلى من يقيم حدود الله فيما بينهم ، وذلك المنفذ للأحكام بين المسلمين لا يكون إلا من يعرف أحكام الشريعة الإسلامية لذلك نص الفقهاء على أنه يجوز تقلد القضاء من السلطان غير المسلم ، فبلاد الإسلام التي في أيدي غيرهم لا شك أنها بلاد الإسلام لا بلاد الحرب ، لأنهم لم يظهروا فيها الأحكام الإسلام والقضاة مسلمون

(١) الفتاوى الهندية جزء ثالث صحيفة ٣٠٧ - ٣٩٧

ابن عابدين جزء رابع صحيفة ٣١١ - ٣١٣

يطيعون هؤلاء الملوك عن ضرورة فيجوز تقلد القضاء من هؤلاء الملوك إذا كانوا لا يمنعون القضاة من القضاء بالحق ، ولا يتدخلون في تصرفاتهم بشر ، ولا ينهاهم عن تنفيذ بعض الأحكام ، كما تقتضيه قواعد الشريعة الإسلامية . وأما إذا منعوا القضاة المسلمين من القضاء بالحق وتدخلوا في قضاياهم بشر ، فيجزم على القضاة المسلمين أن يتقلدوا القضاء منهم ، أو يطيعوهم فيما أمروهم من مخالفة الحق .

وكل مصر فيه وال مسلم من جهة غير المسلمين تجوز فيه إقامة الجمع والأعياد وأخذ الخراج وتقليد القضاة وتزويج الأيام لاستيلاء المسلم عليهم وأما طاعة الكفر فهي مودة ومخادعة ، وكل بلاد عليها ولاية كفار يجوز للمسلمين إقامة الجمع والأعياد فيها ، ويصير القاضى قاضياً بترضى المسلمين ، ويجب عليهم طلب وال مسلم ^(١) .

تخصيص القضاء

لما كان القضاء متنوعاً إلى أنواع كثيرة وجهات متعددة يتعسر على القاضى أن يحذقها ويحيط بها علماً ، ولما كانت بلاد المسلمين مترامية الأطراف بعيدة النواحي أدى ذلك إلى أن الوالى لا بد له من أن يخصص لكل قاض خطأ معلوماً ليحكم فيه بحيث لا يتعداه إلى غيره وكان الفقهاء فى حاجة إلى بيان أحكام ذلك التخصيص فقالوا : يجوز تأقيت القضاء بالزمان ، وذلك بأن يقول المولى لشخص توفرت فيه شروط تولية القضاء .

« أنت قاض لهذه البلدة هذا الشهر أو هذا اليوم ، ويصير المولى قاضياً بقدر هذا الوقت ويجوز تقييد القضاء بالمكان المعين كبلدة معينة أو جهة معينة ، ويجوز تقييده بالحوادث ، فلو قال السلطان لقاض : اقض فى الحادثة الفلانية ولا تقض فى حادثة كذا ، تقييد حكمه بما أمره بالقضاء فيه ولا يجوز له القضاء فيما نهاه عنه

(١) جامع الفصولين جزء أول صيغة ١١

ابن عابدين جزء رابع صيغة ٣٢٠

ويجوز تقييده بالأشخاص . فعلى هذا يجوز للوالى المسلم أن يولى القضاء للذى لينظر فى قضايا الذميين ، ويحكم عليهم بما تقتضيه شريعتهم وذلك لأن الوالى المسلم مطلوب منه القيام بمصالح الذميين .

والقاعدة فى هذا الباب أن القاضى وكيل عن السلطان والوكيل يستفيد التصرف من موكله ، فإذا خصص له تخصص ، وإذا عمم التوكيل له تعميم ، ثم إذا اختلف المدعى والمدعى عليه فى المنع والاطلاق فالمرجع فى الفصل بينهما هو القاضى ، وذلك لأن وجوب سماع الدعوى وعدم سماعها مختص به ولا تعلق للمتداعيين به ، فإذا قال القاضى للمتداعيين (قد منعى السلطان عن سماع مثل هذه الدعوى فلاحق لى فى نظرها) لا ينازعه أحد فى ذلك وإذا قال القاضى (أطلق السلطان لى فى سماعها) كان القول قوله ، مالم يثبت المحكوم عليه المنع بالبيئة الشرعية بعد الحكم عليه لخصمه ، لأن القاضى مع هذا ليس قاضيا فيما حكم لوجود المانع من السلطان فى حكمه كحكم سائر الأفراد ، فلا عبرة بقضائه^(١)

وصية الذمى والمستأمن والمرتد والمرتدة

الوصية شرعا تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان بعين أو منفعة وركنها الإيجاب من الموصى ، والقبول من الموصى له أو عدم الرد من الموصى له بعد الإيجاب من الموصى ، وذلك بأن يقع اليأس عن رد الموصى له ، ويشترط فى الموصى أن يكون من أهل التبرع لأن الوصية تبرع بالإيجاب بعد الموت ، فلا بد من أهلية التبرع ، فلا تصح وصية الصبي والمجنون ، لأنهما ليسا من أهل التبرع ، وذلك لأن هذا التصرف ضرر محض ، إذ لا يقابله عوض دنيوى ، ولا تصح وصية العبد

(١) جامع الفصولين جزء أول ص ١٤

المجان الزهرية على الفواكه البدرية ص ٧٥

الفتاوى الحيرية جزء ثان ص ٦

المأذون والمكاتب ، لأنهما ليسا من أهل التبرع ، ويشترط الا يكون الموصى مدينا بدين يحيط بماله ، لأن الدين مقدم على الوصية ويشترط في الموصى له أن يكون موجودا لأن الوصية للمعدوم لا تصح ، والا يكون وارث الموصى وقت موته لقوله عليه السلام (ان الله تبارك وتعالى أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث) والا يكون قاتل الموصى قتلا حراما على سبيل المباشرة فان كان قاتلا لم تصح الوصية له عندنا لقوله عليه السلام (لا وصية لقاتل) وأما كونه مسلما فليس بشرط كما لا يشترط اسلام الموصى . ويشترط في الموصى به أن يكون مالا ، فلا تصح الوصية بالميتة والدم من أحد ولا لأحد ، وأن يكون متقوما فلا تصح الوصية بالخمر من المسلم ولاله ، ويجوز ذلك من الذمي لأنها مال متقوم في حقهم وتجوز الوصية بالمنافع ، ولا تجوز بما زاد على الثلث إلا إذا أجازت الورثة ، وبعد الكلام على تعريف الوصية وركنها وشروطها يعلم أن اسلام الموصى والموصى له ليس بشرط وعلى هذا تصبح وصية الذمي بالمال للمسلم والذمي لأن الكفر لا ينافي أهلية التملك ألا ترى أنه يصح بيع الكافر وهبته فكذا وصيته ، وكذا الحربي المستامن إذا أوصى للمسلم أو الذمي تصح وصيته إلا أنه إن كان قد دخل وارثه معه في دار الاسلام وأوصى بأكثر من الثلث وقف ما زاد على الثلث على أجازة وارثه لأنه بالدخول مستامنا التزم أحكام الاسلام لا يمكن اجراء الاحكام عليه ما دام في دار الاسلام ومن أحكام الاسلام أن الوصية بما زاد على الثلث ممن له وارث توقف على أجازة وارثه وان لم يكن له وارث أصلا تصح من جميع المال والدليل على صحة وصية الذمي قوله عليه الصلاة والسلام (فاذا قبلوا عقد الذمة فاعلمهم أن لهم مال للمسلمين وعليهم ما عليهم) وتنحصر وصايا الذمي في ثلاثة أقسام

أحدها جائز بالاتفاق ، وهو أن يوصى بما هو قرابة عندنا وعندهم ، كأن يوصى بأن يسرج في بيت المقدس لأنه وصية بما هو قرابة عندنا ، وفي معتقدهم أيضا قرابة . وثانيها باطل بالاتفاق . وهو أن يوصى بما ليس بقرابة عندنا ولا عندهم كأن يوصى للبغيات والنائحات أو يوصى بما هو قرابة عندنا وليس بقرابة عندهم كأن يوصى بالحج أو ببناء المساجد للمسلمين أو بأن تسرج مساجدهم لأنه معصية عندهم

إلا أن تكون الوصية لقوم بأعيانهم فتصح باعتبار التملك وثالثها يختلف فيه وهو أن يوصى بما هو قرابة عندهم وليس بقرابة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين فعند أبي حنيفة رحمه الله يجوز لأن هذه قرابة في معتقدهم ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون وعندهما لا يجوز لأن هذه الوصية معصية فلا تصح وإن كانت قرابة في معتقدهم وإما إن كانت الوصية لقوم معينين فتجوز بالاجماع .

وتصح وصية المسلم للذمي لقوله تعالى ولا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين ، وأما وصية المسلم للمستأمن ففيها روايتان :

الأولى الجواز لشبهه بالذمي فيقاس عليه . والثانية عدم الجواز لما فيه من اعانة الحربى المستأمن على الحراب .

وأما المرتد فقد اختلف الامام وصاحبا في وصيته فعنده هي موقوفة إلى أن يسلم فتنفذ وصيته أو يموت أو يلحق بدار الحرب . أو يقتل على الردة فتبطل وعندهما هي نافذة قياسا على الاستيلاء من المرتد .

وأما المرتدة فتصح وصاياها على الأصح لأنها تبقى على الردة بخلاف المرتد لأنه يقتل أو يسلم فتكون المرتدة كالذمية قال صاحب النهاية وذكر صاحب الكتاب ، يعنى صاحب الهداية ، فى الزيادات خلاف هذا . وقال قال بعضهم أنها لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها الوصية ، والفرق بينهما وبين الذمية . أن الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها فوجد الفرق بين الذمية والمرتدة (١) .

(١) بدائع الصنائع جزء سابع ص ٣٣١-٣٤١ ومن ٣٥-٣٥٣
الزيلعي جزء سادس ص ١٨٢-٣٨٥ ومن ٢٠٤-٢٠٥

ميراث غير المسلم

لغير المسلم في الميراث حالتان :

الأولى أن يكون مع المسلم .

والثانية أن يكون مع غير المسلم .

فإذا كان مع المسلم فقد وقع الإجماع على أن غير المسلم لا يرث المسلم ولا تكن وقع الخلاف في ميراث المسلم منه فقال على رضي الله عنه وزيد بن ثابت وعامة العلماء رضي الله عنهم وإليه ذهب علماؤنا والشافعي أن المسلم لا يرث غير المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يتوارث أهل ملل شتى » وقال معاذ بن جبل ومعاوية بن أبي سفيان والحسن ومحمد بن الحنفية ومحمد بن علي بن الحسين ومسروق « إن المسلم يرث الكافر » وقولهم هو القياس لقوله عليه السلام (الإسلام يعلو ولا يعلى) ومن العلو ميراث المسلم من الكافر وقد أجيب عن هذا الحديث من قبل المانعين بأن المذكور في الحديث علو نفس الإسلام حتى إن ثبت الإسلام على وجه ولم يثبت على وجه آخر فإنه يحكم بثبوته وعلوه وذلك كالمولود بين مسلم وغير مسلم يحكم بإسلام الولد وأجيب أيضاً بأن المراد العلو بحسب الحجّة أو بحسب القهر والغلبة أي أن النصرّة في العاقبة للمسلمين وإن كان غير المسلم مع غير المسلم فإنه يحصل التوارث بينهما وإن اختلفت الملة لأن الكفر كله ملة واحدة - وذلك لأن شريعة نبينا محمد صلى الله عليه وسلم هي الحق بلا شك والناس بالنسبة إليها فرقان فرقة تقرّبها وهم المؤمنون قاطبة وفرقة تنسكرها وهم غير المسلمين كافة فهذا الاعتبار كانوا ملة واحدة وإن اختلفوا فيما بينهم وقد نص المزني في مختصره على أن ذلك قول الشافعي وذكره أبو القاسم عن مالك وقال ابن أبي ليلى (اليهود والنصارى يتوارثون فيما بينهم ولا توارث بينهما وبين المجوسى) واستدل بأنهما قد اتفقا

على التوحيد والاقرار بنبوة موسى عليه السلام وانزال التوراة فهما على ملة واحدة بخلاف الجوس حيث ينكرون التوحيد ويثبتون آلهين يزدان موجد الخير وأهر من موجد الشر ولا يعترفون بلي مرسل ولا بكتاب منزل فهم أهل ملة أخرى وذهب بعض الفقهاء إلى عدم التوارث بين اليهود والنصارى لاختلاف اعتقادهم في عيسى على نبينا وعليه السلام، ولاختلافهم في الانجيل فهما أهل ملتين كالمسلم مع النصراني وغير المسلمين يتوارثون فيما بينهم بالنسب والولاء وبنكاح يقرون عليه بعد الاسلام، كالنكاح بغير شهود أو في عدة كافر آخر عند أبي حنيفة ولا يتوارثون بنكاح لا يقرون عليه بعد الاسلام وذلك كنكاح المحارم وهذا هو الصحيح.

ثم إنه قد يعرض على الارث الثابت لغير المسلم مانع من الميراث وذلك المانع هو اختلاف الدار بالعسكر والملك لانقطاع العصمة والولاية فيما بينهم. والميراث يبنى على العصمة والولاية والاختلاف حقيقى كاختلاف الحربى والذى فلو مات الحربى فى دار الحرب وله أب أو ابن ذمى فى دار الاسلام أو مات الذمى فى دار الاسلام وله أب أو ابن فى دار الحرب لم يرث أحدهما من الآخر وذلك لأن الذمى من أهل دار الاسلام والحربى من أهل دار الحرب فهما وإن اتحدا ملة لكن لتباين الدارين حقيقة تنقطع الولاية فيما بينهما، فتتقطع الوراثة المبلية على الولاية.

وأما الاختلاف الحكيم فكالمتأمن والذى لأن الحربى إذا دخل فى دار الاسلام بأمان فهو والذى فى دار واحدة حقيقة لكنهما فى دارين مختلفين حكما وذلك لأن المتأمن من أهل دار الحرب حكما ألا ترى أنه يتمكن من الرجوع إليها ولا يتمكن من استدامة الإقامة فى دارنا، بخلاف الذمى فلا توارث بينهما بل إذا مات المتأمن يوقف ماله لورثته الذين فى دار الحرب لأن حكم الأمان باقى فى ماله لحقه ومن جملة حقه إيصال ماله لورثته.

وأما ميراث أهل الردة فله أحوال لأنه لا يخلو حال المرتد من أن يكون رجلا أو امرأة فإن كان رجلا ومات على ردة أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم

القاضي بلحاظه فما اكتسبه في حال رده قبل لحوقه بدار الحرب يوضع في بيت المال ، وذلك هو الحكم عند أبي حنيفة وأما عندهما فالكسبان جميعا لورثته المسلمين وحجة أبي حنيفة رحمه الله ثبوت الفرق بين الكسبين لأن حكم موته مستند إلى وقت رده لأنه صار هالكا بالردة فيمكن استناد التوريث فيما اكتسبه في زمان إسلامه إلى ما قبيل ذلك الوقت ، لأنه كان موجودا في ملكه حقيقة فيكون توريثا للمسلم من المسلم ولا يمكن فيما اكتسبه في حال رده أن يحكم باستناد توريثه إلى زمان إسلامه إذا لم يكن موجودا في ملكه في ذلك الزمان فلو قضى به لورثته لكان توريثا للمسلم من الكافر ، وتوريث المسلم من الكافر غير جائز وحجة الصاحبين أن المرتد يجير على الإسلام فيحكم عليه في حق ورثته بأحكام الإسلام ؛ فكل الكسبين ملك له ولهذا يقضى منهما ديونه ، فكلهما لورثته .

وأما ما اكتسبه بعد اللحق بدار الحرب فهو في ماله وهو المال الحاصل من الكفار بلا إيجاف خيل وركاب ، بالاجماع وذلك لأنه اكتسبه وهو من أهل الحرب والمسلم لا يرث من الحربى ، وأن كان المرتد امرأة فكسبها في حال إسلامها وردتها لورثتها جميعا بشرط أن يكون قبل اللحق لأن المرتدة لا تقتل عندنا بل تحبس حتى تسلم أو تموت لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء .
والمرتد سواء أكان رجلا أو امرأة لا يرث مسلما ولا كافرا ولا مرتدا لأنه جان بارتداده .

فلا يستحق الصلة الشرعية التي هي الارث بل يحرم منها عقوبة له كالقاتل لمورثه بغير حق ولأن المرتد لا ملة له لأن ما انتقل اليه لا يقر عليه ويعتبر في الميراث الملة وهو نظير الحكم في نكاحه فليس للمرتد أن يتزوج مسلمة ولا كافرة ولا مرتدة لأن النكاح يعتمد الملة ولا ملة له وإن ارتد أهل ناحية بأجمعهم فحينئذ يتوارثون فيما بينهم لأن دارهم صارت دار حرب لظهور أحكام الكفر فيها ^(١)