

متن الخطاب مؤن النكاح من مهر وغيره، وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الشيخان: {يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء¹} فقوله: "من استطاع منكم الباءة" يريد المال الموصل للوطء، وليس المراد الوطء، وإلا لفسد قوله: "ومن لم يستطع فعليه بالصوم"، والباءة بالباء الموحدة والمد والهمزة وآخره تاء تأنيث هو النكاح، والمراد به مؤن النكاح فهي على حذف مضاف. قال القاضي عياض في المشرق: قوله عليكم بالباءة ممدود مهموز آخره تاء، [ويقال بالمد⁷⁰⁰] وبغير مد، ويقال له أيضا [البه⁷⁰¹] بالقصر [والباه⁷⁰²] والباهة بتاء بعد الهاء هو النكاح، ويسمى به الجماع، وأصله أن من تزوج تبوأ لنفسه وزوجه بيتا، فعلى هذا أصله من الواو لا من المهموز الأصلي. انتهى. وقوله: [وجاء⁷⁰³] بكسر الواو والمد. قال في المشرق: وهو نوع من الخصاص؛ قيل هو رض الأنثيين، وقيل هو غمز عروقهما، والخصاء هو شق الخصيتين واستئصالهما، والجب قطع ذلك بشفرة محماة من أصله شبه ما يقطع الصوم من النكاح ويكسر من غلمته بذلك، إذا صنع بالفحل انقطع ذلك عنه. انتهى. واعلم أن الصوم يقطع النكاح لإضعافه القوة وتخفيفه الرطوبة التي يتولد منها المنى، وقد يزيد في النكاح في حق المرطوبين فيقربون به من الاعتدال فيقوى عندهم بالصوم، لكنه قليل في الناس. قاله في الذخيرة. ولم يذكر المصنف إلا القسم المندوب، وقيده بأن يكون محتاجا للنكاح ذا أهبة، ولا بد أن يقيد أيضا بأن لا يخشى العنت. قال اللخمي: وإن كان له أرب في النساء إلا أنه يقدر على التعفف، أو كان لا أرب له ويصح منه النسل كان مندوبا. انتهى.

قال في الشامل: تعيين لخوف عنت وعدم إمكان تسر نكاح [إن⁷⁰⁴] لم يكفه صوم وخير فيه، وفي تسر قدر عليه، فإن كفه الصوم [وجب⁷⁰⁵] أحد الثلاثة، والنكاح أولى. انتهى. قال اللخمي: وقد يبدأ بالصوم على النكاح إذا كان لا يقدر على التسري ولا يجد طولا لنكاح الحرة؛ لأن في تزويجه الأمة إرقاق ولده. انتهى. فإن كان لا يقدر على نكاح الأمة أيضا فيتعين عليه الصوم؛ لأنه سيأتي أنه يمنع إذا لم يقدر على نفقة المرأة. ثم قال في الشامل: وأبيح لمن لا يولد له ولا يرغب في النساء. انتهى. قال اللخمي: إذا كان لا أرب له في النساء ولا يرجو نسلا لأنه حصور أو خصي [أو⁷⁰⁶] محبوب أو شيخ فان أو عقيم قد علم ذلك من نفسه كان

الحديث

1- مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، رقم الحديث 1400، ط. مكتبة الرشد.

- يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء. البخاري في صحيحه، كتاب الصوم، ط. دار الفجر، رقم الحديث 5065. وفي رواية له يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء. رقم الحديث 5066.

700- في المطبوع له ويم 104 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 وم 160 والشيخ 173 مايابى 268.

701- في المطبوع وم 160 الباه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 (ومايابى 268 الباءة) (ويم 104 ساقط) والشيخ (173 الباءة).

702- في المطبوع والمد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 (ويم 160 ويم 104 والشيخ 173 مايابى 268 والهاء).

703- في المطبوع وجاه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 وم 160 ويم 104 والشيخ 173 مايابى 268.

704- ساقطة من المطبوع ومايابى 268 وم 160 ويم والشيخ 174 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 403.

705- في المطبوع خير فيه وفي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 وم 160 ويم 105 والشيخ 174 مايابى 268.

706- في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 وم 160 ويم 105 والشيخ 174 مايابى 268.

مباحا. انتهى. ويقيد هذا بما إذا لم يقطعه عن عبادته كما سيأتي، [وبأن⁷⁰⁷] تعلم المرأة منه كونه حصورا أو خصيا/ أو محبوبا؛ لأنه سيأتي أنه يحرم عليه إذا كان يضر بالمرأة لعدم الوطء، وأما العقم فالظاهر أنه لا يجب إخبارها به؛ لأنه ليس بعيب يوجب الخيار، ولأنه لا يقطع به، فلعلمه يولد له من هذه وإن لم يولد له من غيرها. والله أعلم. ثم قال في الشامل: وكره لمن لا يشتهي ويقطعه عن عبادته. [انتهى. ابن عرفة⁷⁰⁸] عن المازري: فإن لم يقطعه فقد يقال يندب إليه، وقد يقال يباح. انتهى. والظاهر أنه يفصل فيه على ما تقدم، فإن كان [يترجى⁷⁰⁹] النسل كان مندوبا، وإن لم يرجه كان مباحا على ما تقدم. ثم قال في الشامل بعد ذكره هذه الأقسام: وكذلك المرأة إلا في التسري. انتهى. وقال ابن عرفة: قلت: ويوجب النكاح على المرأة عجزها عن قوتها أو سترتها إلا بالنكاح. انتهى. ثم قال في الشامل: ومنع لمضر المرأة لعدم نفقة أو وطء أو كسب محرم ولم يخش عنتا. انتهى. ومفهومه أنه لو خشي العنت أنه يتزوج ولو كان عادما للنفقة ونحوها، والظاهر أنه يجب عليه أن يبين لها ذلك. والله أعلم.

تنبيه: قول المصنف: "بكر" ليس قيذا في كون النكاح مستحبا، بل هو مستحب آخر، فلو قال ندب نكاح وبكر لكان أوضح، ولهذا قال ابن غازي في بعض النسخ: "نكاح وبكر" تصريحاً بأنهما مندوبان، وهو المقصود على كل حال. قال في العارضة: ولو لم يكن في البكر إلا أن كل ما فعلته ترى أنه المقصود المحبب، فإذا كانت ثيبا قرنت فعلك مع ما تقدم معها من فعل غيرك، وفاضلت بينكما، فرفضتك [أو⁷¹⁰] [علمتك⁷¹¹] إلى غير ذلك مما يطول. انتهى. ويستحب نكاح الولود للحديث¹. قال في النوادر: ورغب صلى الله عليه وسلم في نكاح الولود، وقالت عائشة بنت الخمسين لا تلد. وقال عمر: بنت عشر سنين تسر الناظرين، وبنت عشرين لذة للمعانقين، وبنت ثلاثين ذات شحم ولين، وبنت أربعين ذات بنات وبنين، وبنت خمسين عجوز في الغابرين. انتهى. وقال في رسم الجامع من سماع أصبغ من كتاب الجامع: ابن القاسم: يرفعه إلى النبي صلى الله عليه وسلم: {لا تنكح المرأة لجمالها ولا لمالها، ففعل جمالها لا يأتي بخير، ولعل مالها لا يأتي بخير، وعليكم بذوات الدين فاتبعوهن حيثما كن²}. انتهى.

فائدة: قال البرزلي: وفي طر ابن عات حديث: {من يمن المرأة تبكيها بالبنت³} ذكره خالد بن سعيد في نوادره، وهو قول لمحمد بن لبابة، وكان من أهل الحديث والمعرفة بطرقه وبالرجال أوحده في ذلك الفن لا نظير له.

الحديث
1- تزوجوا الولود الولود فإني مكاثركم بكم الأمم، أبو داود في سننه، كتاب النكاح، دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 2050.

2- انظر البيان والتحصيل، ج 18 ص 561.

3- من يمن المرأة تبكيها بالانثى، كشف الخفاء، ج 2 ص 378، رقم الحديث 2658.

⁷⁰⁷- في المطبوع وأن ويم 105 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 وم 160 والشيخ 174 ماي 268.

⁷⁰⁸- في المطبوع انتهى من ابن عرفة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

⁷⁰⁹- في المطبوع يرجى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 وم 160 والشيخ 174 ماي 269 (ويم 105 يرتجى).

⁷¹⁰- في المطبوع لو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 وم 160 ويم 105 والشيخ 175 ماي 269.

⁷¹¹*- في م 160 وماي 269 والشيخ 175 ويم 105 أو علمتك.

وَنَظَرَ وَجْهَهَا وَكَفَّيْهَا فَقَطَّ بِعِلْمٍ.

متن الخطاب

قلت: تقدم لنا أن فيها معنى الفرج بعد الشدة كما في تأويل الرؤيا، وفيه دليل على غبطة المرأة بزوجه ومحبتها له. والله أعلم. انتهى.

ص: ونظر وجهها وكفيها فقط بعلم ش: ويكره له أن ينظر إليها بغير علمها عند ابن القاسم. قاله في رسم طلق من سماعه من كتاب النكاح. وقال في التوضيح: فإن لم تعلم كره في رواية ابن القاسم أن يستغفلها، وروى محمد بن يحيى لا بأس أن ينظر إليها وعليها ثيابها. قال في البيان: يحتمل أن يكون متغفلا لها أو بعد إعلامها. انتهى. وانظر الكراهة هل هي على بابها، أو على التحريم؟ وقع في عبارة بعضهم ما يقتضي المنع، وفي عبارة بعضهم ما يقتضي أن الكراهة على بابها. قال الشيخ زروق في شرح الرسالة: مشهور المذهب لا يجوز النظر إليها إلا بعد إعلامها به لا غفلة. انتهى. فظاهره المنع.

وقال القباب في مختصر أحكام النظر لابن القطان: مذهب مالك الجواز إذا كان بإذنها. ثم قال: مسألة: لا يحتاج في نظره إليها بعد عزمه على نكاحها وخطبته لها إلى استئذنها، وأباح مالك ذلك، وكره مالك أن يغفلها من كوة ونحوها، وذكر بعضهم أنه يشترط عند مالك إذنها، ولعله لسد الذريعة مخافة أن يتسبب أهل الفساد بالنظر، فإذا اطلع عليهم يقولون كنا خطابا، وأباح الشافعي وابن وهب النظر من غير شرط. انتهى. فظاهره أن الكراهة على بابها لمقابلة الكراهة بما ذكره بعضهم من الاشتراط، وأكثر عباراتهم الكراهة أو يقولون لا يغفلها أو نحو ذلك مما لا دلالة فيه على المنع، وكلام/ ابن رشد في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح يدل على أن الكراهة على بابها، وكذلك كلام صاحب الإكمال وغيرهما، وما وقع في عبارة بعضهم مما يقتضي المنع فليس بظاهر، والظاهر أن الكراهة على بابها. والله أعلم. وقال ابن رشد: أجاز ذلك ابن وهب، ولم يره بأسا للآثار المروية فيه، وقيل لأصبع بلغنا أن ابن وهب روى عن مالك إجازته فقال: لم يكن ابن وهب يرويه، وإنما كان يقوله برأيه.

405

فرع: قال ابن القطان في أحكام النظر: فإن علم الخاطب أنها لا تجيبه هي أو وليها لم يجز له النظر وإن كان قد خطب. انتهى.

فرع: قال ابن القطان: وللرجل أن يبعث امرأة تنظر له، وروي أنه صلى الله عليه وسلم بعث أم سليم تنظر إلى امرأة وقال لها: {شمي عوارضها وانظري إلى عرقوبها¹} انتهى. فلو بعث خاطبا فقال البرزلي انظر هل يفوض إليه في النظر إليها على حسب ما كان له، وينزل منزلته أم لا يصح ذلك إلا للناكح فقط؟ وقد نزلت وتكلمنا فيها هل يتنزل الوكيل منزلة الموكل على ما تقرر في الأصول أم لا؟ لأن هذا مما لا يصح فيه النيابة، والظاهر الجواز ما لم يخف عليه مفسدة من النظر إليها، وهذا إذا لم يخاطب إلا لمن بعثه، وإن خطب لنفسه معه فجائز كما فعل عمر. انتهى.

نص خليل وَحَلَّ لَهُمَا حَتَّى نَظَرَ الْفَرْجَ كَالْمَلِكِ.

متن الخطاب

فرع: قال ابن القطان: ولها أن تتزين للناظرين، بل لو قيل بأنه مندوب ما كان بعيدا، ولو قيل إنه يجوز لها التعرض لمن [لا⁷¹²] يخطبها إذا سلمت نيتها في قصد النكاح لم يبعد. انتهى.

فرع: هل يستحب للمرأة نظر الرجل؟ لم أر فيه نصا للمالكية، والظاهر استحبابه وفقا للشافعية قالوا يستحب لها أيضا أن تنظر إلى وجهه وكفيه. وقد قال ابن القطان: إذا خطب الرجل امرأة هل يجوز له أن يقصدها متعرضا لها بمحاسنه التي لا يجوز إبدائها إليها إذا لم تكن مخطوبة، ويتصنع بلبسه وسواكه ومكحلتة وخضابه [ومشيته⁷¹³] وركبته، أم لا يجوز له إلا ما كان جائزا لكل امرأة؟ هو موضع نظر، والظاهر جوازه، ولم يتحقق في المنع إجماع، أما إذا لم يكن خطب ولكنه يتعرض [بنفسه⁷¹⁴] ذلك التعرض للنساء فلا يجوز؛ لأنه تعرض للفتن وتعرض لها، ولولا الظاهر ما أمكن أن يقال [بذلك⁷¹⁵] في المرأة التي لم تخطب، على أنها لم نجزم فيه بالجواز. انتهى من مختصر أحكام النظر للقباب.

فرع: قال في التوضيح: يجوز النظر للشابة الأجنبية الحرة في ثلاثة مواضع: للشاهد وللطبيب ونحوه وللخاطب، وروي عن مالك عدم جوازه للخاطب، ولا يجوز لتعلم علم ولا غيره. انتهى. زاد الأقفهسي في المواضع التي يجوز النظر فيها البيع والشراء. انتهى. ومقتضى كلام القباب في مختصر أحكام النظر لابن القطان أنه لا يجوز النظر إليهن للبيع والشراء، فإنه قال: مسألة: ليس من الضرورات احتياجها إلى أن تبيع وتبتاع أو تتصنع، وقد روي عن مالك أرى أن يتقدم إلى الصانع في قعود النساء إليهم، ولا تترك الشابة تجلس إلى الصانع، وأما المتجالة والخادم الدون ومن لا يتهم على القعود عنده ومن [لا يتهم هو فلا بأس⁷¹⁶] بذلك، وهو كله صواب، فإن أكثر هذه ليست بضرورة تبيح التكشف فقد تصنع وتستصنع وتبيع وتشتري وهي مستترة ولا يمنع من الخروج والمشي في حوائجهن ولو كن معتدات وإلى المسجد، وإنما يمنع من التبرج والتكشف والتطيب للخروج والتزين، بل يخرجن وهن [تفلات⁷¹⁷] ولا يخفقن في المشي في الطرقات، بل يلصقن بالجدران. انتهى من مختصر أحكام النظر.

تنبيه: من أبيع له النظر فلا يجوز له قصد اللذة، وكذلك النظر إلى الأورد لا يجوز فيه قصد اللذة. والله أعلم.

ص: وحل لهما حتى نظر الفرج ش: قال البساطي: في كلامه ما يشعر بأنه يجوز نظر الدبر وفيه

الحديث

⁷¹² - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 405 وم 161 ويم 106 والشيخ 176 ماي 270.

⁷¹³ - في المطبوع ويم 106 مشيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 وم 161 والشيخ 176 ماي 270.

⁷¹⁴ - في المطبوع ويم 106 لنفسه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 وم 161 والشيخ 176 ماي 270.

⁷¹⁵ - في المطبوع ذلك وما بين المعقوفين من ن ذي ص 405 وم 161 ويم 106 والشيخ 176 ماي 270.

⁷¹⁶ - في المطبوع ومن لا يتهم فلا بأس وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 وم 161 ويم 106 والشيخ 176 ماي 270.

⁷¹⁷ - في المطبوع منتقبات ويم 106 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 والشيخ 176 ماي 270.

نظر. انتهى. وقال الأقفهسي: المراد بالفرج القبل لا الدبر؛ لأنه لا يجوز التمتع به فلا يجوز النظر إليه، والفرج حيث أطلقتة العرب فلا يريدون به إلا القبل. انتهى. وقال البرزلي بعد ذكره تحريم الوطء في الدبر: وأما/ التمتع بظاهر ذلك المحل فقد فاضت فيه بعض أصحابنا لا شيوخنا لعدم المجاورة عليه في مثل هذا، فأجاب بإباحته ولم يبد له وجهها، ووجهه عندي أنه كسائر جسد المرأة، وجميعه مباح [إذ⁷¹⁸] لم يرد ما يخص بعضه عن بعض بخلاف باطنه، والأمر عندي فيه اشتباه، فإن تركه فهو خير، وإلا فلا حرج لعسر الاحتراز منه. والله أعلم. انتهى. فتأمل مع كلام البساطي والأقفهسي، وما قاله أظهر من كلام البساطي والأقفهسي. وقال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: النكاح والملك المبيح للوطء يحل كل استمتاع من الزوجة والأمة في كل موضع منها إلا الدبر، يعني الوطء في الدبر. انتهى. وهو مما [يساعد⁷¹⁹] ما ذكره البرزلي.

قلت: وهذا كله -والله أعلم- إنما هو في الدبر نفسه، وأما الأليتان فلا كلام في جواز النظر إليهما والاستمتاع بهما، ويدل لذلك إباحة وطء المرأة مقبلة ومدبرة إذا كان الوطء في القبل، وهذا ظاهر. والله أعلم.

فرع: قال القباب في باب نظر النساء إلى الرجال: مسألة: نظر المرأة إلى الزوج أو إلى السيد كنظرهما إليها في جميع ما تقدم سواء، ولا فرق إلا في نظرها إلى فرجه، فإنه لم يرد فيه من النهي ما ورد في نظره هو إلى فرجها. انتهى.

فائدة: قال أصبغ: من كره النظر إلى الفرج إنما [كرهه⁷²⁰] بالطب لا بالعلم، ولا بأس به، وليس بمكروه، قال القباب في باب نظر الرجال إلى النساء: مسألة: إذا كانت المرأة يحل للرجل وطؤها فلا كلام إلا في نظره إلى فرجها فإنه موضع خلاف، أجازته المالكية، وقيل لأصبغ إن قوما يذكرون كراهته فقال: من كرهه؟ إنما كرهه بالطب لا بالعلم، ولا بأس به وليس بمكروه، وقد روي عن مالك أنه قال: لا بأس أن ينظر إلى الفرج في حال الجماع. وزاد في رواية: ويلحسه بلسانه، وهو مبالغة في الإباحة، وليس كذلك على ظاهره. قال القاضي أبو الوليد بن رشد: أكثر العوام يعتقدون أنه لا يجوز أن ينظر الرجل إلى فرج امرأته في حال من الأحوال، ولقد سألتني عن ذلك بعضهم، واستغرب أن يكون ذلك جائزاً، ومثل ذلك مذهب الحنفية وللشافعية قولان الإباحة والمنع، والنظر عندهم إلى داخل أشد. قاله الغزالي. وأعرف لأبي إسحاق منهم أنه قال: يكره النظر إليه لأنه سخف ودناءة ولا يحرم، وجاء في حديث النهي عنه وأنه يورث العمى، فإن صح الخبر لزمه الانتهاء، ولكن الحديث منكر. انتهى. والمسألة في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح بأبسط من هذا، ونصها: قال أصبغ: وسمعت ابن القاسم وسئل أيكلم الرجل امرأته وهو يطؤها؟ قال: نعم ويفديها لا بأس بذلك

⁷¹⁸ - في المطبوع وم 161 إذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 وم 107 والشيخ 177 ما يابى 270.

⁷¹⁹ - في المطبوع يساعده وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 وم 161 وم 107 والشيخ 177 ما يابى 271.

⁷²⁰ - في المطبوع كره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 وم 161 وم 107 والشيخ 177 ما يابى 271.

متن الخطاب

[إجازة⁷²¹] منه، قال أصبغ: قال ابن القاسم: حدثنا الدراوردي عن حدثه عن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه سئل عن النخير عند ذلك. فقال: إذا خلوتهم فاصنعوا ما شئتم. فسئل أصبغ أينظر الرجل إلى فرج امرأته عند الوطء؟ قال: نعم لا بأس بذلك. فقيل له إن قوما يذكرون كراهته. فقال: من كرهه إنما كرهه بالطب ليس بالعلم، لا بأس به وليس بمكروه. قال ابن رشد في أصل السماع عند السؤال عن نظر الرجل إلى فرج امرأته عند الوطء قال: نعم ويلحسه. فطرح العتبي لفظه ويلحسه لأنه استقبحه. وفي كتاب ابن المواز: ويلحسه بلسانه وهو أقبح، إلا أن العلماء يستجيزون مثل هذا إرادة البيان، ولثلا يحرم ما ليس بحرام، فإن كثيرا من العوام يعتقدون أنه لا يجوز للرجل أن ينظر إلى فرج امرأته في حال من الأحوال، وقد سألتني عن ذلك بعضهم فاستغرب أن يكون ذلك جائزا، وكذا [تكلم⁷²²] الرجل امرأته عند الوطء لا إشكال في جوازه، ولا وجه لكراهته، وأما النخير عند ذلك فقبح ليس من أفعال الناس، وترخيص القاسم بن محمد في ذلك لمن سأله عنه على معنى أن ذلك ليس بحرام. والله أعلم.

ص: وتمتع بغير دبر ش: تصويره ظاهر، وانظر هل يجوز له أن يستمني بيدها؟ قال ابن غازي: لم نقف على نص في المذهب، / ونص على جوازه في الإحياء. انتهى ذكره في باب الحيض. وإطلاقات المذهب والأحاديث تقتضي جواز ذلك. والله أعلم. وأما الوطء في الدبر [فا⁷²³] لمشهور ما ذكره المصنف أنه لا يجوز، والقول بالجواز منسوب لمالك في كتاب السر، وموجود له في اختصار المبسوط. قاله ابن عبد السلام. قال: قال مالك إنه أحل من شرب الماء البارد. أما كتاب السر فمكرر، قال ابن فرحون: وقفت عليه فيه من الغض من الصحابة والقدح في دينهم خصوصا عثمان رضي الله تعالى عنه ومن الحط على العلماء والقدح فيهم ونسبتهم إلى قلة الدين، مع إجماع أهل العلم على فضلهم خصوصا أشهب ما لا أستبيح ذكره، وورع مالك ودينه ينافي ما اشتمل عليه كتاب السر، وهو جزء لطيف نحو ثلاثين ورقة. انتهى.

وقال ابن عرفة: سمع عيسى ابن القاسم ما أدركت من يقتدى به يشك فيه، حدثني ربيعة عن سعيد بن يسار عن ابن عمر لا بأس به، وأباحه ابن القاسم قائلا لا أمر به ولا أحب أن لي ملء [هذا⁷²⁴] المسجد الأعظم وأفعله، وكل من استشارني فيه أمره بتركه. انتهى. وقال البرزلي: لقي أشهب رجلا أراه من أهل العراق ممن يقول بتحريمه -يعني الوطء في الدبر- فتكلم فيه، فقال أشهب بتحليله، وقال الرجل بتحريمه، فتحاجا حتى قطعه أشهب بالحجة، فقال له أشهب: أما أنا فعلي من الأيمان كذا وكذا إن فعلته قط، فاحلف لي أنت أيضا أنك لم تفعله فأبى أن يحلف، ثم قال البرزلي: والرواية أن من فعله فإنه يؤدب، وهو بناء على تحريمه، وعلى أنه مكروه أو مباح فلا يؤدب؛ إذ ليس بمجمع على كراهته. انتهى.

الحديث

⁷²¹ - في المطبوع إجازة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 وم 161 ويم 107 والشيخ 177 ما يابى 271.

⁷²² - في المطبوع ويم 108 يكلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 والشيخ 178 وم 161.

⁷²³ - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 161.

⁷²⁴ - ساقطة من المطبوع ويم 108 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 407 وم 162 والشيخ 178 ما يابى 272.

ص: وخطبة بخطبة وعقد ش: الخطبة بكسر الخاء قال في التوضيح: عبارة عن استدعاء النكاح وما يجري من المحاورة. انتهى. وقال القرطبي: الخطبة بكسر الخاء فعل الخطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول. انتهى. والخطبة بالضم واحدة الخطب، وهي مشروعة في الخطبة وفي العقد. قال مالك: ما قل منها أفضل. قال في التوضيح: قال بعض الأكابر أقلها أن يقول الولي الحمد لله والصلاة والسلام على رسوله زوجتك على كذا. ويقول الزوج الحمد لله والصلاة والسلام على رسوله قبلت نكاحها، وفي الذخيرة: قال صاحب المنتقى: تستحب الخطبة بالضم عند الخطبة بالكسر، وصفتها أن يحمد الله ويثني عليه، ويصلي على نبيه عليه السلام، ثم يقول ما رواه الترمذي: ﴿يأيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون﴾ ﴿واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً﴾ ﴿اتقوا الله وقولوا قولا سديدا﴾ الآية. ثم يقول: أما بعد فإن فلانا رغب فيكم وانطوى إليكم وفرض لكم من الصداق كذا وكذا فانكحوه. وفي الجواهر: يستحب أيضا عند العقد. انتهى. وقال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: وتستحب الخطبة بالضم التي هي الثناء على الله والصلاة على نبيه وقراءة آية مناسبة عند الخطبة بالكسر.

قال مالك: وما خف منها أحسن. انتهى. فتحصل من هذا أن الخطبة بضم الخاء تستحب من الخاطب ومن المجيب له قبل إجابته ومن [المزوج⁷²⁵] ومن المتزوج، وحكى ابن عرفة في استحباب خطبة المجيب في الخطبة قولين: أحدهما عدم استحبابها، والثاني استحبابها، وعزا الأول لظاهر قول محمد، والثاني لابن حبيب، وهو الذي تقدم في كلام التوضيح المتقدم، واقتصر عليه في المقدمات، قال: ويستحب إخفاء خطبة النكاح، وأن يبدأ الخاطب قبل الخطبة بالحمد لله والصلاة والسلام على نبيه عليه الصلاة والسلام، ويجيبه المخطوب بمثل ذلك قبل الإجابة. انتهى. وصرح الفاكهاني في أول شرح الأربعين بأنه يستحب البداء بالحمد لله للخاطب والمتزوج والمزوج. والله أعلم.

فروع: الأول: قال في الطراز: قال أبو عبيد: تستحب الخطبة يوم الجمعة بعد العصر وذلك لقربه من الليل وسكون الناس فيه والهدو فيه، [وتكره⁷²⁶] في صدر/ النهار لما فيه من التفرق والانتشار.

الثاني: يستحب عقده في شوال والابتناء بها فيه؛ لأن عائشة حكّت أن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج بها في شوال وبنى بها فيه¹، وقد حكى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يستحب النكاح في رمضان²، والأول أصح. انتهى من الطراز. ولم يحك في مختصر المتيضية إلا أنه صلى الله عليه وسلم كان يستحب النكاح في رمضان، وفيه تزوج عائشة. والله أعلم.

1- عن عائشة قالت تزوجني رسول الله صلى الله عليه وسلم في شوال وبنى بي في شوال وكانت عائشة تستحب أن يبنى بنسائها في شوال، رقم الحديث 1095، سنن الترمذي، كتاب النكاح.

2- كان يستحب النكاح في رمضان رجاء البركة فيه، سنن سعيد بن منصور، باب ما جاء في المناكحة، دار الكتب العلمية، ج 1 ص 211، رقم الحديث 812.

725- في المطبوع الزوج وم 162 والشيخ 179 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 407 وم 108 ماي 272.
726- في المطبوع ويكره وم 162 وم 109 والشيخ 179 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 407 ماي 272.

متن الخطاب

الثالث: قال في التوضيح: ويستحب إعلان النكاح وإشهاره وإطعام الطعام عليه، روى الترمذي والنسائي عنه عليه الصلاة والسلام قال: {أعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف⁷²⁷} وروي أيضا أنه عليه الصلاة والسلام قال: {فصل⁷²⁷ ما بين الحرام والحلال الدف والصوت⁷²⁸}. انتهى [كلام⁷²⁸] صاحب التوضيح. وقال الجزولي في شرح [قول⁷²⁹] الرسالة: "وشاهدين": ومن فضائله الإعلان؛ لأنه روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر بدار فسمع لعبا فقال: {ما هذا؟} ف قيل له: الوليمة. فقال: {هذا نكاح وليس بسفاح اعقدوه في المساجد واضربوا فيه بالدف}. انتهى. فأما استحباب إعلانه فتقدم التصريح به في كلام التوضيح، وهو معنى قول الجزولي: وفضائله، ونص على استحبابه غير واحد من أهل المذهب، وأما العقد في المسجد فعده المصنف وغيره من الجائزات، فقال في باب موات الأرض: "وجاز بمسجد سكنى رجل تجرد للعبادة وعقد نكاح" ولم أر الآن من صرح باستحباب العقد فيه من أهل المذهب. والله أعلم.

الرابع: قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: ويستحب كتمان الأمر إلى العقد. انتهى. وتقدم عن المقدمات نحوه. والله أعلم.

ص: وتهنئته والدعاء له ش: قال في النوادر: قال ابن حبيب: واستحبوا تهنئة النكاح والدعاء له، وكان مما يقال له بالرفاء والبنين برك الله له، ولا بأس بالزيادة على هذا من ذكر السعادة وما أحب من خير قال، والرفاء الملاءمة، يقال رفأت الثوب لاءمت بين حرفيه. انتهى. وذكر النووي في الأذكار أنه يكره أن يقال بالرفاء والبنين، ولم أر كراهته لأحد من المالكية، والرفاء بكسر الراء والمد الالتئام والاتفاق وهمزته أصلية. قال ابن السكيت: إن كان معناه السكون فأصله غير الهمزة من قولهم رفوت الرجل إذا سكنته. انتهى من الشمني على حاشية المغني. ونص ابن السكيت: وقد رفأت الثوب أرفؤه رفاً، وقولهم بالرفاء والبنين بالالتئام والاجتماع، وأصله الهمزة، وإن شئت كان معناه بالسكون والطمأنينة فيكون أصله غير الهمزة، ويقال رفوت الرجل إذا سكنته قال الهذلي:

رفوني وقالوا يا خويلد [لا⁷³⁰] ترع فقلت وأنكرت الوجوه هم هم [أنتهى⁷³¹]

تنبيهه: قال في الشامل: وتهنئة عروس عند عقد ودخول. انتهى. والعروس نعت يستوي فيه الرجل والمرأة. قاله في الصحاح. وكذا قاله في الكبير، ويقال لكل من الزوجين برك الله لكل منكما في صاحبه. انتهى.

الحديث

1- أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدفوف، الترمذي، كتاب النكاح، رقم الحديث 1091.

2- محمد بن حاطب فصل ما بين الحرام والحلال الدف والصوت، الترمذي، كتاب النكاح، رقم الحديث 1090.

727- في المطبوع فضل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 408 وم 162 ويم 109 والشيخ 179 مايبى 273.

728- في المطبوع قول وما بين المعقوفين من ن عدود ص 408 وم 162 ويم 109 والشيخ 179 مايبى 273.

729- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 408 وم 162 ويم 109 والشيخ 179 مايبى 273.

730- * في المطبوع لم تر وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

731- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 408 والشيخ 180.

نص خليل وإشهاد عدلين غير الولي بعقده.

متن الخطاب

فرع: قال في النوادر: [قال⁷³²] ابن حبيب: وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم فيمن ابتنى بزوجه أن يأمرها أن تصلي خلفه ركعتين، ثم يأخذ بناصيتها ويدعو بالبركة¹. انتهى. وقال في الأذكار للنووي: يستحب أن يسمي الله ويأخذ بناصيتها ويقول بارك الله لكل واحد منا في صاحبه، ويقول ما رويناه بالأسانيد الصحيحة في سنن أبي داود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {إذا تزوج أحدكم امرأة أو اشترى خادما فليقل: اللهم إني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه²}. انتهى.

ص: وإشهاد عدلين غير الولي ش: ظاهره اشتراط العدالة عند تحمل الشهادة في النكاح، وهو المذهب فشهادة غير العدول فيه كالعدم، قال في المدونة: وإن نكح مسلم ذمية بشهادة ذميين لم يجز، فإن لم يدخلها أشهدا الآن عدلين مسلمين. انتهى. قال/ أبو الحسن: ويفرق بينهما بعد الدخول بطلقة، ويحد على ما تقدم إن ثبت الوطء. انتهى. وقال القرطبي في أوائل شرح مسلم: ومقتضى الآية أعني قوله: ﴿يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ﴾ الآية. أن الفاسق لا يقبل خبره رواية كان أو شهادة وهو مجمع عليه في غير المتأول، ما خلا ما حكى عن أبي حنيفة من حكمه بصحة عقد النكاح الواقع بشهادة، فاسقين. انتهى. فعزاه لأبي حنيفة، وفي القوانين: ويشترط عدالة الشاهدين فيه خلافا لأبي حنيفة. انتهى.

409

وفي البخاري في كتاب الشهادات ما يقتضي الرد على أبي حنيفة في قوله: يجوز النكاح بشهادة غير العدول. وفي مسائل الطلاق من البرزلي: وسئل السيوري فيمن طلقت ثلاثا وتزوجها آخر ببينة غير عدول ودخل بها، وأقام شهورا قليلة ثم طلقها وتزوجها الأول؟ فأجاب: لا تبقى مع زوجها، ولا تحل له بهذا النكاح إذا كانا غير عدلين، ولو حضر جماعة كثيرة عقد النكاح فقد [أجبت⁷³³] عنه في [غير هذا. اهـ. ⁷³⁴] قال الشيخ يوسف بن عمر في شرح قول الرسالة: "وشاهدين": وشرطهما أن يكونا عدلين، [فإن لم يجدوا العدول استكثروا⁷³⁵] الشهود مثل الثلاثين والأربعين. انتهى.

تنبيهات: الأول: قال البرزلي في مسائل النكاح عن السيوري: لا يشهد في النكاح إلا العدول في الوكالة؛ يعني في توكيل المرأة الثيب من يعقد نكاحها وفي العقد، غير أنه إن ترك ما ذكر يعني من شهادة غير العدول عليها في الوكالة على العقد وعلم منها الرضا والدخول بعد علمها مضى النكاح. انتهى. وقال الدماميني في كتاب الشهادات من حاشية البخاري: قال ابن المنير: ونحن نشترط في

الحديث

1- قال أبو داود زاد أبو سعيد ثم ليأخذ بناصيتها وليدع بالبركة في المرأة والخادم، أبو داود، كتاب النكاح، رقم الحديث 2160.

2- إذا تزوج أحدكم امرأة أو اشترى خادما فليقل اللهم إني أسألك خير ما جبلتها عليه وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه وإذا اشترى عبدا فليأخذ بنحوه سنانه وليقل مثل ذلك، أبو داود، كتاب النكاح، رقم الحديث 2160.

⁷³² - في المطبوع وقال ويم 109 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 408 وم 162 والشيخ 180 ماي 273.

⁷³³ - في المطبوع ويم 110 والشيخ 181 أجيب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 409 وما يابى 274 وم 163.

⁷³⁴ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 409 وم 163 ويم 110 والشيخ 181 ماي 274.

⁷³⁵ * - في المطبوع فإن لم يجدوا العدول وإلا استكثروا وما بين المعقوفين من ماي 272.

نص خليل وَفُسِّخَ إِنْ [دَخَلَ⁷³⁶ س] بِلَاةٍ.

متن الخطاب جواز الدخول تقدم الإشهاد قبل النكاح، ولو دخل قبل أن يشهد حد، ولا بد من الفسخ، وفيه أنه نكاح السر، ثم إنا نجوز شهادة المستأمر على إذن المرأة، وهو ركن في العقد للضرورة. الثاني: قال البرزلي: وفي الطراز: شهادة الخاطبين لا تجوز؛ لأنهما خصمان، وقيل إنما ذلك إذا أخذنا على ذلك أجراً، فإن لم يأخذوا أجراً جازت شهادتهما؛ لأنهما لا يجبران لأنفسهما شيئاً، وكانت الفتيا تجري على هذا، وقال ابن رشد: شهادة الشاهد في عقد النكاح الذي كان خاطباً فيه جائزة إذ ليس فيه وجه من أوجه التهمة القادحة في الشهادات، وأعرف لابن رشد في نوازله أن شهادة المشرف لمن له الإشراف عليه جائزة؛ إذ ليس بيده قبض ولغيره أنها ضعيفة؛ لأن له مطلق النظر. انتهى.

الثالث: قال البرزلي: سئل اللخمي عن زوج أخته البكر بإذن وصيها هل يتم النكاح بشهادة الوصي لعدالته؟ فأجاب: لا يجوز شهادة الوصي في النكاح إذ هو المنكح. انتهى.

الرابع: قال الشيخ يوسف بن عمر: وأجرة كاتب الوثيقة على من جرت العادة بها من الزوج والولي، فإن لم يكن هناك عادة فعليهما معا لأن ذلك حق لهما، ولا تجوز الأجرة على الشهادة باتفاق، ولكن جرى العمل بذلك. قال بعض الشيوخ: ولا أدري من أين أخذوا ذلك، وقد كان قبل هذا الزمان لكاتب الوثيقة معلوم والشاهد معلوم، ولا يعمل إلا وضع شهادته ولا يأخذ شيئاً. انتهى. وقال الجزولي في شرح قول الرسالة: "فإن لم يشهدا": يؤخذ منه أن أجرة الوثيقة عليهما معا، وهذا إذا لم يكن هناك عرف، وأما إذا كان هناك عرف فيقضي به. قال صاحب المنهاج: وأما الأجرة على الشهادة فلا تجوز من غير خلاف، ويا عجباً لمن يفعل ذلك من أين له في ذلك كتاب أو سنة؟ انتهى.

ص: وفسخ إن دخل [بلاهة⁷³⁷] ش: مفهوم الشرط إن دخلا بعد الإشهاد لا يفسخ ولو كان الإشهاد بعد العقد وهو كذلك، إلا أن [يكونا قصداً⁷³⁸] إلى الاستسار بالعقد فلا يصح أن يثبتا عليه، قال في المقدمات: الإشهاد إنما يجب عند الدخول وليس من شروط صحة العقد، فإن تزوج ولم يشهد فنكاحه صحيح، ويشهدان فيما يستقبل، إلا أن يكونا قصداً إلى الاستسار بالعقد فلا يصح أن يثبتا عليه؛ لنهيه عليه/ السلام عن نكاح السر¹، ويؤمر أن يطلقها طليقة، ثم يستأنف العقد، فإن دخلا في الوجهين جميعاً فرق بينهما وإن طال الزمان بطليقة لإقرارهما بالنكاح، وحدا إن أقرا بالوطء، إلا أن يكون الدخول فاشياً، أو يكون على العقد شاهد واحد فيدراً الحد بالشبهة. انتهى. ومراده - والله أعلم - بالوجهين النكاح على وجه الاستسار وعدمه، وقول ابن رشد: "لإقرارهما بالنكاح" تعليل لكونه يفرق بينهما بطليقة وتكون بائنة كما قال ابن الحاجب، قال في التوضيح: لأنه

410

1- عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن نكاح السر، الطبراني في الأوسط، رقم الحديث 6874.

الحديث

⁷³⁶ س - دخل نسخة.

⁷³⁷ * - في المطبوع وسيد 67 ويم 111 بلا هو وما بين المعقوفين من الشيخ 181.

⁷³⁸ - في المطبوع يكون قصد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 409 مايابى 274 وم 163 ومايابى 274 ويم 111 (والشيخ 182 يكون قصداً).

وَلَا حَدَّ إِنْ فَشَا وَلَوْ عَلِمَ وَحَرُمَ خُطْبَةُ رَاكِنَةٍ لَغَيْرِ فَاسِقٍ وَلَوْ لَمْ يُقَدَّرْ صَدَاقٌ.

من الطلاق الحكمي، وقاعدة المذهب أن كل طلاق يوقعه الحاكم فهو بائن إلا طلاق المولى والمعسر بالنفقة. انتهى.

تنبيهات: الأول: قال ابن عرفة: ولا يعقد إلا بعد الاستبراء ويحدان إن أقرا بالوطء، إلا أن يكونا مستفتيين أو فشا نكاحهما، ثم ذكر بقية الكلام على الفشو وعدمه، وقال في الباب: والشاهد الواحد لهما بالنكاح أو بابتنائهما باسم النكاح، وذكره واشتهاره كالأمر الفاشي. انتهى. والله أعلم.

الثاني: شهادة الولي لا تدرأ الحد ولو كان غير عاقد، قال في المدونة: وإن وجد رجل وامرأة في بيت فشده أبوها أو أخوها بعقدها لم يجز نكاحه ويعاقبان، قال أبو الحسن: وفي كتاب الحدود في القذف: وإن ثبت الوطء حدا. انتهى.

الثالث: علم من هذا أنه [إن⁷³⁹] لم يثبت الوطء لا بالإقرار ولا بالبيينة ولكن حصلت الخلوة أنهما يعاقبان، وكذا لو اعترف أحدهما بالوطء، وأنكر الثاني فيحد المعترف ويعاقب الآخر، وقال الشيخ أبو الحسن: يقوم من هنا أن الهاربين يعاقبان، وإن ثبت الوطء حدا، ولا يرفع حكم الخلوة من يكون معهم؛ لأنهم أشرار. انتهى.

الرابع: قال في المدونة: تجوز شهادة الأفضاذ في النكاح والعتاق، عياض: الأفضاذ المتفرون، وهو أن لا يجتمع الشهود على شهادة المتناكحين والولي إذا عقدوا النكاح وتفرقوا قال كل واحد لصاحبه أشهد من لقيت، أبو الحسن: فيكون على هذا شاهدان على الزوج، وشاهدان على الولي، وشاهدان على المرأة إن كانت ثيبا. انتهى. قال ابن فرحون في التبصرة عن أبي إبراهيم: وفي البكر ذات الأب بأربعة شاهدان على المنكح وشاهدان على النكاح، وأما إن أشهد كل منهم الشهود الذين أشهدهم صاحبه مرة بعد مرة فليست بأفضاذ. انتهى. والظاهر أن البكر بلا ولي مجبر مثل الثيب. والله أعلم.

فرع: قال ابن الهندي في وثائقه: شهادة الأفضاذ لا تعمل شيئا إذا أشهد كل واحد منهم بغير نص ما شهد به صاحبه، وإن كان معنى شهادتهم واحدا حتى يتفق شاهدان على نص واحد. انتهى. وسماها ابن فرحون شهادة الأبداد، قال: قال القاضي منذر بن سعيد في غريب المدونة: الأبداد بدالين مهملتين وهم المتفرون، واحدهم بد من التبدد لتفرق الشهود. انتهى كلامه.

ص: ولا حد إن فشا ولو علم ش: قال الأفقهي: يعني لا حد على الزوجين إن ثبت الوطء ببيينة أو إقرار. انتهى. ودخل في كلامه صورتان بالمنطوق، وهما الفشو مع العلم والجهل، ودخل فيه أيضا صورتان بمفهوم الشرط وهو كالمنطوق، وهما عدم الفشو مع العلم والجهل، والحد في الأولى متفق عليه، وفي الثانية عند ابن الماجشون وابن حبيب قائلين الشاهد الواحد كالفسو. انظر التوضيح، وأما إن جاء مستفتيين فلا حد عليهما كما تقدم في كلام ابن عرفة. والله أعلم.

ص: وحرم خطبة راكنة لغير فاسق ش: قال في التوضيح: لقوله عليه السلام: {لا يخطب أحدكم

على خطبة أخيه¹ { واشترط الركون لكونه عليه الصلاة والسلام أباح خطبة فاطمة بنت قيس لأسامة وقد كانت خطبها معاوية وأبو الجهم، وأيضاً فإنها لما ذكرت لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن معاوية وأبا جهم خطباها ولم ينكر ذلك² - ومن العادة أنهما لا يخطبان دفعة - دل ذلك على جواز الخطبة على الخطبة، والركون ظهور الرضا. انتهى.

متن الخطاب

وقال الشيخ زروق: [المشهور أن⁷⁴⁰] الركون [التقارب⁷⁴¹] بوجه يفهم منه إذعان كل واحد لشرط صاحبه وإرادة/ عقده وإن لم يفرض صداق. [قاله⁷⁴²] ابن القاسم. انتهى من شرح الإرشاد. ومقابل المشهور لابن نافع [باشترط⁷⁴³] تقدير الصداق، وهو ظاهر الموطأ. قاله في التوضيح. وقوله: "لغير فاسق" يقتضي أن الراكنة للفاسق يجوز لغيره أن يخطبها. قال البساطي: والمنقول عن ابن القاسم أنها إذا ركنت للفاسق جاز للصالح أن يخطبها، وهذا أخص من كلامهم، فإنه إذا كان الثاني مجهول الحال يصدق عليه كلامهم، ولا يصدق عليه كلام ابن القاسم. انتهى.

411

قلت: والظاهر [أنه مراد⁷⁴⁴] ابن القاسم بالصالح من ليس بفاسق، ولفظ الرواية في رسم القسمة من سماع عيسى: وسئل عن الرجل الفاسق المسخوط في جميع أحواله يخطب المرأة فترضى بتزويجه ويسمون الصداق ولم يبق إلا الفراغ، فيأتي من هو أحسن حالا منه وأرضى وسأل الخطبة فأباح له أن يخطب على الفاسق. انتهى. ولا شك أن المجهول أحسن حالا ممن هو معلوم بالفسق. فروع: الأول: قال في التوضيح: وللمرأة ولمن قام لها فسخ نكاح الفاسق. انتهى.

الثاني: لا يجوز خطبة الذمية الراكنة لذي على المشهور. قاله الشيخ زروق في شرح الرسالة والجزولي. وقال الشيخ يوسف بن عمر: والأخ ليس بشرط، ولا يجوز عند مالك الخطبة على خطبة الذمي، وقال الأوزاعي ذلك جائز. انتهى. وقال في الإكمال ما نصه: وفي قوله: "على خطبة أخيه" دليل أن ذلك إذا كان الأول مسلماً، ولا تضيق إذا كان ذلك يهودياً أو نصرانياً، وهذا مذهب الأوزاعي، وجمهور العلماء على خلافه. انتهى. ولا يقال هو أشد من الفاسق؛ لأن المراد بالفاسق من لم يقره

الحديث

1- الموطأ، كتاب النكاح، ج 1 ص 339.

2- عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو ابن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فإذا حللت فأذنيني قالت فلما حللت ذكرت له أن معاوية ابن أبي سفيان وأبا جهم خطباني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي أسامة بن زيد فكرهته ثم قال انكحي أسامة فنكحته فجعل الله فيه خيراً واغتبطت، مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، رقم الحديث 1480

⁷⁴⁰ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 410 وم 163 ويم 112 والشيخ 183 وما يابى 275.

⁷⁴¹ - في المطبوع التفاوت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 410 وم 163 ويم 112 والشيخ 183 وما يابى 275.

⁷⁴² - في المطبوع وقاله ويم 112 والشيخ 183 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 411 وم 163 ما يابى 275.

⁷⁴³ - في المطبوع وباشترط وما بين المعقوفين من ن ذي ص 411 وم 163 ويم 112 والشيخ 183 ما يابى 275.

⁷⁴⁴ - في المطبوع انه ليس مراد كما قال صوبه الشيخ محمد سالم عدود بـ. و(والظاهر أنه مراد ابن القاسم) بإسقاط

ليس كما في يم 112.

الشارع على فسقه، والشارع أقر الذمي على كفره، وأباح له أن يتزوج من كانت على كفره، والفاسق لا يقر على فسقه، ولا [يجوز أن يزوج⁷⁴⁵] ويفسخ نكاحه. والله أعلم.

الثالث: قال البساطي: ركون ولي المرأة ومن يقوم مقامها من أمها وغيرها كركونها إن لم يظهر منها الرد عند وصول الخبر إليها. انتهى. وقال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: ركون المرأة أو من يقوم مقامها لخطاب مانع من خطبة غيره إياها؛ لقوله عليه السلام: {لا يخطب بكم على خطبة أخيه حتى يترك الخطاب قبله أو يأذن له الخطاب¹} متفق عليه. انتهى. وتقييد البساطي بقوله: "إن لم يظهر منها الرد عند وصول الخبر إليها" إنما هو في غير الولي المجر. والله أعلم.

الرابع: من خطبته امرأة وركنت إليه فهل غيره أن يخطبها؟ للحنبلة قولان، واستظهروا المنع، وفي الإكمال ما يدل على الجواز، قال: في حديث المرأة التي عرضت نفسها على النبي صلى الله عليه وسلم فصعد النظر فيها وصوبه ثم طأطأ رأسه، فقال له رجل: إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها²، وفي قول الرجل هذا دليل على جواز الخطبة ما لم يترأفنا، لا سيما مع ما رأى من زهد النبي صلى الله عليه وسلم فيها. قال الباجي: فيه جواز ذلك إذا كان باستئذان الناكح؛ إذ هو حقه. عياض: وعندي أن الاستدلال بهذا كله ضعيف؛ لأنه لم يكن هناك خطبة إلا من المرأة للنبي صلى الله عليه وسلم في نفسها، والرجل إنما طلب المرأة وخطبها للنبي صلى الله عليه وسلم، ولم يخطبها أحد قبله حتى يقال هي خطبة على خطبة. انتهى. فيؤخذ منه أن المرأة إذا خطبت رجلاً أنه يجوز لغيره أن يخطبها إذا لم يقع من الأول خطبة لها. والله أعلم.

الخامس: هل لمن ركنت له امرأة وانقطع عنها الخطاب لركونها إليه أن يتركها، أو يكره؟ والظاهر أنه [مكروه؛⁷⁴⁶] لأن العدة إنما كرهت في العدة قالوا خوف [اختلاف⁷⁴⁷] الوعد. والله أعلم.

السادس: قال في التوضيح: فرع: قال مالك في سماع ابن أبي أويس: أكره إذا بعث رجل رجلاً يخطب [له⁷⁴⁸] امرأة أن يخطبها الرسول لنفسه، وأراها خيانة، ولم أر أحداً رخص في ذلك. انتهى. وقال ابن عرفة: وخطبة رجل على خطبة آخر قبل مراكنة المخطوب إليه جائزة. ابن رشد: / ولو [اتحد⁷⁴⁹] الخطاب بخطبته لغيره أولاً ولنفسه ثانياً وفعله عمر أبو عمر عن ابن وهب: طلب جرير البجلي عمر أن يخطب له امرأة من دوس، ثم طلبه مروان بن الحكم بذلك لنفسه، ثم ابنه عبد الله كذلك، فدخل عليها عمر فأخبرها بهم الأول فالأول، ثم خطبها لنفسه فقالت:

412

1- نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع بكم على بيع بعض ولا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخطاب قبله أو يأذن له الخطاب. البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، ط. دار الفكر، ج 6 ص 136.

- لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له، مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، رقم الحديث 1412، ط. دار إحياء التراث العربي.

2- حدثنا سهل بن سعد قال كنا عند النبي صلى الله عليه وسلم جلوساً فجاءته امرأة تعرض نفسها عليه فخفض فيها النظر ورفعها فلم يردها فقال رجل من أصحابه زوجنيها يا رسول الله قال أعندك من شيء قال ما عندي من شيء قال ولا خاتم من حديد قال ولا خاتم من حديد ولكن أشق بردي هذه فأعطيتها النصف وأخذ النصف قال لا هل معك من القرآن شيء قال نعم قال اذهب فقد زوجتكها بما معك من القرآن، البخاري الجامع الصحيح، كتاب النكاح، رقم الحديث 5132. ومسلم في صحيحه، كتاب النكاح، رقم الحديث 1425، بزيادة واختلاف.

⁷⁴⁵ - في المطبوع ولا يجوز له أن يزوج وما بين المعقوفين من ن عدود ص 411 وم 164 ويم 112 والشيخ 183 ماي 275.

⁷⁴⁶ - في المطبوع يكره ويم 112 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 411 وم 164 والشيخ 184 ماي 276.

⁷⁴⁷ • - في المطبوع ويم 112 اختلاف وما بين المعقوفين من ذي وم 164 وسيد 67 وماي 176 والشيخ 184.

⁷⁴⁸ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 411 وم 164 وماي 176 ويم 112 والشيخ 184.

⁷⁴⁹ - في المطبوع اتخذ والشيخ 184 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 412 وم 164 ويم 112 ماي 276.

وَفُسِّخَ إِنْ لَمْ يَبْنِ.

نص خليل

متن الخطاب

أهازيء أم جاد؟ فقال: بل جاد فنكحته وولدت له ولدين. قال: وفي سماع ابن أبي أويس: أكره لمن بعث خاطبا أن يخطب لنفسه، وأراها خيانة، وما سمعت فيها رخصة. قلت: هذا إذا خص نفسه بالخطبة لفعل عمر رضي الله عنه. انتهى. وقال في الإرشاد: يباح النظر لإرادة النكاح وخطبة جماعة امرأة. قال الشيخ زروق في شرحه: يعني يجوز في فور [واحد أو متراسلين، ⁷⁵⁰] وقد فعله عمر؛ إذ خطب لجماعة هو أحدهم، فذكرهم وأثنى عليهم، ثم ذكر نفسه فزوجوه، ولم [يتغير ⁷⁵¹] عليه واحد منهم. انتهى. وقال ابن ناجي في شرح الرسالة: وإذا أمر رجل رجلا أن يخطب له فأراد أن يخطب لنفسه فله ذلك، ويعلمه بالبائع له أولا، وفعله عمر حسبا ذكره ابن عبد البر عن ابن وهب، ولولا الإطالة لذكرنا ذلك. ثم ذكر كلام ابن عرفة. انتهى. وقال في الجلاب: ولا بأس أن يخطب جماعة امرأة مجتمعين أو مفترقين ما لم توافق واحدا منهم أو تسكن إليه، فإذا وافقت واحدا منهم وسكنت إليه لم يجز لغيره أن يخطبها حتى يعدل الأول عنها ويتركها، فإن خطبها على خطبته وعقد النكاح على ذلك وثبت عليه فسخ نكاحه قبل الدخول وبعده، ولها بعد الدخول المهر وعليها العدة، وإن فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ولا عدة. انتهى. وقال البساطي: حكم الرسول الخاطب حكم الاثنين، فإذا ركنت لمسله لم يجز له أن يخطب لنفسه، وإلا جاز. انتهى.

السابع: إذا وكل رجل رجلا على أن يزوجه امرأة فتزوجها الوكيل لنفسه فهي له، بخلاف الوكيل على شراء سلعة فيشتريها لنفسه ففيه خلاف مذكور في كتاب الوكالة. قال اللخمي لما تكلم على مسألة الشراء ما نصه: ولا يلزم على هذا النكاح إذا وكله على أن يزوجه امرأة فتزوجها لنفسه فهي زوجة للوكيل، ولا مقال للآمر؛ لأن المرأة لها غرض فيمن تتزوجه فلا يلزمها أن تكون زوجة لمن لم ترض به، ولو وكل رجل على تزويج امرأة ففعل وأظهر أنه الزوج، وأشهد في الباطن أن العقد للآمر لم تكن زوجة للوكيل، وكانت الزوجة بالخيار بين أن ترضى أن تكون زوجة للآمر أو تفسخ النكاح. انتهى.

ص: وفسخ إن لم يبن ش: ظاهره سواء كان الثاني عالما بخطبة الأول أو لا، ولم أر من صرح به ولا بعده. والله أعلم.

فرع: قال البساطي: والفسخ بطلاق، وسواء قام الخاطب الأول بحقه أو تركه. انتهى. وهو ظاهر. وقال أيضا: وحيث استمر النكاح فإنه [يعزر، ⁷⁵²] وينبغي ذلك وإن فسخ. [انتهى. تنبيهه: ⁷⁵³] صحح صاحب الإرشاد القول بأنه لا يفسخ، ونصه: والصحيح أنه لا يفسخ، لكنه يتحلل منه، فإن أبي استغفر الله. انتهى. واقتصر في الجلاب على أنه يفسخ قبل البناء وبعده، ونصه

الحديث

⁷⁵⁰ - في المطبوع واحدا ومتراسلين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 412 وم 164 ويم 113 والشيخ 184 مايلى 276 وسيد 67.

⁷⁵¹ - في المطبوع يعترض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 412 وم 164 ويم 113 والشيخ 184 مايلى 276.

⁷⁵² - في المطبوع يعذر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 412 وم 164 ويم 113 والشيخ 185 مايلى 277.

⁷⁵³ - في المطبوع انتهى كلامه تنبيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 412.

وَصَرِيحُ خُطْبَةٍ مُعْتَدَّةٍ وَمُوَاعِدَتُهَا كَوَلِيَّهَا.

متن الخطاب

إثر كلامه المتقدم: فإن خطب على خطبته وعقد النكاح على ذلك وثبت عليه فسخ نكاحه قبل الدخول وبعده، ولها بعد الدخول المهر، وعليها العدة، وإن فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ولا عدة. انتهى.

ص: وصريح خطبة معتدة ومواعدتها ش: أي وحرمة التصريح بخطبة المعتدة ومواعدتها، سواء كانت عدتها من طلاق أو وفاة. قال ابن عرفة: وصريح خطبة المعتدة حرام. أبو عمر: إجماعاً، وحرمة مواعدتها، والتصريح بالتنصيص، ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَضْتُمْ بِهِ مِنْ خُطْبَةِ النِّسَاءِ أَوْ أَكُنْتُمْ فِي أَنْفُسِكُمْ عِلْمَ اللَّهِ أَنْكُمْ سَتَذَكَّرُونَهُمْ وَلَكِنْ لَا تَوَاعِدُوهُمْ سِرًّا إِلَّا أَنْ تَقُولُوا قَوْلًا مَعْرُوفًا وَلَا تَعْزَمُوا عَقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ﴾ فتضمنت الآية جواز التعريض، وما يضمن في/ النفس والمنع من المواعدة والنكاح، واختلف في معنى قوله: "سرا" فقال ابن عباس وعكرمة ومجاهد والشعبي والسدي وقتادة وسفيان لا يأخذ ميثاقها وهي في عدتها أن لا تتزوج غيره، وقيل السر الزنا، اللخمي: وليس بحسن؛ لأن الزنا محرم في العدة وفي غيرها، وسيأتي تفسير التعريض، والمواعدة أن يعد كل منهما صاحبه بالتزويج فهي مفاعلة لا تكون إلا من اثنين، فإن وعد أحدهما دون الآخر فهذه العدة، وسيأتي أنها مكروهة، وما ذكره من تحريم المواعدة هو ظاهر الآية، وظاهر كلام اللخمي، و[ظاهر⁷⁵⁴] كلام ابن رشد الكراهة. قال ابن عرفة: والمواعدة -قال ابن رشد: - تكره في العدة ابتداءً إجماعاً. ابن حبيب: لا تجوز، وظاهر قول اللخمي: "النكاح والمواعدة في العدة ممنوعان" حرمتها، وروايتها الكراهة. انتهى. يعني أن جعل اللخمي النكاح والمواعدة ممنوعين يقتضي حرمة المواعدة في العدة، ورواية المدونة الكراهة، ويمكن حمل الكراهة في كلام ابن رشد على المنع.

ص: كوليها ش: ينبغي أن يقيد بالمجبر ليوافق كلامه في التوضيح، وعليه اقتصر صاحب الشامل فقال: ومواعدتها كوليها إن كان مجبراً، وإلا كره، وبذلك قطع ابن رشد فقال: وإن واعد وليها بغير علمها وهي مالكة أمر نفسها فهو وعد لا مواعدة، فلا يفسخ به النكاح، ولا يقع به تحريم إجماعاً، ونقل الباجي عن ابن حبيب أن مواعدة المجبر وغيره ممنوعة كظاهر كلام المصنف، وهو ظاهر المدونة عند أبي الحسن وابن عرفة.

قال ابن عرفة: الباجي عن ابن حبيب: لا يجوز أن يواعد وليها دون علمها وإن كانت تملك أمرها، وفي تعليقه أبي حفص: مواعدة الولي [التي⁷⁵⁵] كرهها في الكتاب هو الذي يعقد عليها، وإن كرهت ليس الذي لا يزوجه إلا برضاها، ولابن رشد إن واعد وليها بغير علمها وهي مالكة أمر نفسها فهو وعد لا مواعدة، فلا يفسخ النكاح ولا يقع به تحريم إجماعاً، وفيها كره مالك مواعدة الرجل الرجل في تزويج وليته أو أمته في عدة طلاق أو وفاة، فظاهرها كابن حبيب. انتهى. وقال

الحديث

⁷⁵⁴ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 413 وم 165 ويم 113 والشيخ 185 ماي 277.

⁷⁵⁵ - في المطبوع الذي ويم 114 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 413 وم 165 والشيخ 186 ماي 278.

كَمُسْتَبْرَأَةٍ مِنْ زَنًا.

نص خليل

متن الخطاب

الشارح في الصغير عن ابن المواز أنه قال: ومواعدة الأب في ابنته البكر والسيد في أمته كمواعدة المرأة، وأما ولي لا يزوج إلا بإذنها فمكروه، ولم أفسخه. انتهى. فحاصله أن مواعدة الولي المجرى كمواعدة المرأة، وفي مواعدة غير المجرى ثلاثة أقوال المنع للباجي عن ابن حبيب مع ظاهرها عند ابن عرفة وأبي الحسن، والجواز لأبي حفص، والكراهة لابن المواز مع ظاهر كلام ابن رشد. والله أعلم.

ص: كمستبرأة من زنا ش: لو قال وإن من زنا لكان أحسن؛ ليشمل أنواع الاستبراء، وسواء كان هو الزاني بها أو زنى بها غيره فإنه لا يجوز له أن يتزوجها حتى يستبرئها من الزنى، وإن تزوج بها في مدة الاستبراء فسخ النكاح. قال في النكاح الأول من المدونة: ولا بأس أن ينكح الرجل امرأة كان زنى بها بعد الاستبراء. وقال في النوادر: ومن زنى بامرأة ثم تزوجها قبل الاستبراء فالنكاح يفسخ أبداً، وليس فيه طلاق ولا ميراث ولا عدة وفاة، والولد بعد عقد النكاح لا حق فيما حملت به بعد حيضة إن أتت به لستة أشهر من يوم نكحها، وما كان قبل حيضة فهو من الزنا لا يلحق به. انتهى.

فرعان: الأول: هل يتأبد تحریمها عليه؟ أما إن كانت مستبرأة من زنا غيره ففيه قولان، والقول بالتأبيد مالمالك، وبه أخذ مطرف، وجزم به في الشامل، وهو الذي يؤخذ من كلام المصنف، والقول بعدم التأبيد لابن القاسم وابن الماجشون، وأما إن كانت مستبرأة من [زناه]⁷⁵⁶ فذكر ابن رشد في الأجوبة أنها لا تحرم، ويصح نكاحها بعد الاستبراء.

ونقله البرزلي عنه وعن ابن الحاج، ونص ما في الأجوبة: وسأله رجل عن رجل وامرأة زنيا، ثم إنهما تناكحا بغير استبراء من الماء الفاسد وتوالدا أولادا، ثم إنهما تفرقا بطلاق وتراجعا بعد الطلاق، ثم تفرقا ثانية بطلاق ثان، ثم [إنهما]⁷⁵⁷ اتهمتا أنفسهما/ وأنكرا فعلهما، وسألا عن ذلك أهل الفتوى فأفتوهما بفساد أفعالهما، وأنها كانت على غير استقامة، وأن أولادهما لغير رشدة، ثم إن الرجل زوج المرأة المذكورة مات في خلال ذلك فلم يرث الأولاد منه قليلا ولا كثيرا، وأخذت تركة الميت وفرقت على المساكين، فأفتنا وفقك الله في فعلهما أولا من زواجهما بعد الزنا من غير استبراء، وفي طلاقهما وارتجاعهما بعد الطلاق إلى آخر ذلك من أفعالهما، وفي ميراث الأولاد من الوالد هل يجب لهم ميراث أم لا يجب؟ بين لنا ذلك كله، وإن كان يجب لهم الميراث فهل يلزم المفتيين ضمان ما تصدقوا به أم لا؟ وهذان الزوجان إذا وقع الطلاق بينهما على هذا الوجه المذكور ثلاث مرات هل يكون الحكم عليهما كالحكم على الزواج الصحيح لا يتراجعان إلا بعد زوج، أم يكون الحكم بينهما واحدا بين لنا ذلك أيضا؟ فأجاب: تصفحت السؤال ووقفت عليه، والنكاح الأول الذي وقع عقده عليه قبل الاستبراء من الزنا فاسد لا يلحقه فيه طلاق، فتكون مفارقتة إياها فيه بطلاق فسحا بغير طلاق، والنكاح الثاني صحيح يلحقه فيه الطلاق، فإن كان وقع قبل الدخول وجب لها نصف صداقها ولم يكن لها ميراث، وإن كان وقع بعد الدخول وجب لها جميع الصداق والميراث إن كان مات قبل

414

الحديث

⁷⁵⁶ - في المطبوع زنا وم 165 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 413 ويم 114 والشيخ 186 (مايبي 278 من زنى).

⁷⁵⁷ - ساقطة من المطبوع ويم 114 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 413 وم 165 والشيخ 186 مايبي 278.

انقضاء العدة، إلا أن يكون الطلاق الذي طلقها بائناً، وأما الأولاد فلاحقون به على كل حال يجب لهم الميراث منه، ويلزم من تسور عليه فتصدق به ضمانه، وأما المفتون فلا ضمان عليهم؛ إذ لم يكن منهم أكثر من الغرور بالقول، وإنما الضمان على من استفتاهم، وتسور على ميراثهم بفتواهم فتصدق به دون ثبت ولا أمر واجب على كل حال. وبالله التوفيق. انتهى. قال البرزلي بعد نقله كلام ابن رشد المتقدم: يريد الشيخ النكاح الثاني صحيح إذا كان بعد مدة الاستبراء من الزنا، والنكاح الفاسد لعقده يفتقر للاستبراء كالزنا، وكذا ما يترتب عليه من الميراث، وكذا رأيت لابن الحاج قال: أجاب محمد بن أصبغ إن كانت مراجعته بعد الاستبراء بثلاث حيض فهي صحيحة، وإن كانت قبل الاستبراء فليفارق حتى يستبرئ بثلاث حيض، ثم ينكحها بعد ذلك نكاحاً صحيحاً إن أحبا، ومثله لابن الحاج وابن رشد، وما أفتى به من لحوق الولد بكل حال معناه إذا أتت به لستة أشهر من يوم عقد النكاح الأول فأكثر، وإن أتت به لأقل من ستة أشهر فلا يلحق به ولا ميراث؛ لأنه للزنا، إلا على طريقة الداودي إذا صانها من غيره. حكاه اللخمي في أمهات الأولاد. انتهى. ثم نقلها في موضع آخر بعد هذا بنحو الكراس عن ابن الحاج.

وقال في آخرها: ويتخرج في تأييد تحريمها عليه الخلاف المذكور إذا طرأ النكاح على الماء المجمع على فساده قبل الاستبراء. انتهى. فتحصل من هذا أنها إذا كانت مستبرأة من زناه أنها لا تحرم عليه، ويصح له نكاحها بعد الاستبراء كما ذكره ابن رشد، ونقله البرزلي عنه وعن ابن الحاج، ولم أر في ذلك خلافاً، ويؤيد ذلك ما ذكره المصنف في مسألة المبتوتة، وما ذكره في التوضيح في باب الرجعة فيمن وطئ مطلقته الرجعية في العدة ولم ينو الرجعة أنه لا يجوز له وطؤها إلا بعد الاستبراء من ذلك الوطء بثلاث حيض، ولا تكون له الرجعة إلا في بقية العدة الأولى في الاستبراء، فإذا انقضت العدة الأولى فلا يتزوجها هو أو غيره حتى ينقضي الاستبراء، فإن فعل ففسخ نكاحه، ولا تحرم أبداً كما أحرمها على غيره؛ لأنها عدته، وليس هو وغيره في مائه سواء، وقيل حكمه حكم المصيب في العدة، ومنشأ الخلاف هل التحريم لتعجيل النكاح قبل بلوغه أجله، أو لاختلاط الأنساب؟ وعلى هذا المعنى اختلفوا فيمن طلق زوجته ثلاثاً فتزوجها قبل زوج في عدتها. انتهى. ونحوه لابن عرفة، ونصه في باب الرجعة: وعلى إلغاء وطئه دون نية، روى محمد وسمع عيسى ابن القاسم له مراجعتها فيما بقي من العدة بالقول والإشهاد، ولا يطؤها إلا بعد الاستبراء من مائه الفاسد/ بثلاث حيض.

415

ابن رشد: فإن تزوجها وبنى بها قبل الاستبراء ففي حرمتها عليه للأبد قولان، على كون تحريم المنكوحه [لمجرد⁷⁵⁸] تعجيل النكاح قبل بلوغ أجله أوله مع اختلاط الأنساب. انتهى. وهو أوفى من كلام التوضيح. والله أعلم.

الثاني: قال في التوضيح: من زنت زوجته فوطئها زوجها في ذلك الماء فلا شيء عليه. انتهى. ابن المواز: لا ينبغي له أن يطأها في ذلك الماء. ويأتي الكلام على منع وطئها، وكراهته عند قول المصنف في باب العدة: "ولا يطأ الزوج ولا يعقد". اهـ.

وَتَأْبَدُ تَحْرِيمُهَا بَوَاطٍ وَإِنْ بِشْبَهَةٍ وَلَوْ بَعْدَهَا.

نص خليل

تنبيهه: قال ابن ناجي إثر قول المدونة المتقدم: "ولا بأس أن ينكح الرجل امرأة كان زنا بها بعد الاستبراء" ظاهره وإن لم يتوبا، وهو كذلك باتفاق، والصواب عندي حمل لا بأس لما غيره خير منه. انتهى.

متن الخطاب

ص: وتأبَدُ تحريمها بوطء وإن بشبهة ولو بعدها ش: يعني وتأبَدُ تحريم المرأة التي عقد عليها في العدة إذا وطئها في ذلك العقد، سواء وطئها في العدة أو بعدها، أما إذا عقد عليها في العدة ووطئها في العدة أيضا فلا إشكال في الحرمة، وأما إذا عقد عليها في العدة ووطئها بعد العدة فذكر في المدونة في تأييد حرمتها قولين، قال في طلاق السنة منها: قال مالك وعبد العزيز: ومن نكح في العدة وبني بعدها فسخ نكاحه وكان كالمصيب فيها، وقال المغيرة لا يحرم عليه نكاحها إلا الوطء في العدة، وقال ابن القاسم: قال مالك يفسخ هذا النكاح، وما هو بالحرام البين، قال في التوضيح: قال في الكافي: وقول مالك وعبد العزيز تحصيل المذهب، وإلى ترجيح [قولهما]⁷⁵⁹ أشار المصنف بقوله: "ولو بعدها" والفرقة في النكاح الواقع في العدة فسخ بغير طلاق، ونص عليه في المدونة وابن الجلاب وغيره. والله أعلم. وأشار بقوله: "وإن بشبهة" إلى أنه لا فرق في تأييد تحريمها بين أن يطأها بعقد نكاح أو بشبهة بأن يطأها في عدتها غالطا فيها يظنها زوجته فإنها تحرم [عليه]⁷⁶⁰ بذلك.

تنبيهات: الأول: لا يصح حمل كلام المصنف على ما إذا خطب في العدة أو وعد فيها، ثم تزوجها بعد العدة ووطئها فإنها لا تحرم عليه بذلك على المشهور كما يأتي في كلام المصنف، وحمل الشارح في الكبير والأوسط كلام المصنف على هذا، وهو بعيد مخالف للمشهور.

الثاني: إن كان الزوج الناكح في العدة غير عالم بالتحريم حرمت عليه اتفاقا ولا حد عليه، وإن تزوجها في العدة عالما بالتحريم فالمشهور أنها تحرم على التأبید، والولد لا حق به، والحد ساقط عنه، وقيل إنه زان وعليه الحد، ولا يلحق به الولد، ولا يتأبد تحريمها.

الثالث: هذا التحريم إنما هو في المعتدة من الوفاة ومن الطلاق البائن، وأما الرجعية فلا [تحرم]⁷⁶¹ لأنها زوجة، ومن تزوج امرأة متزوجة لم تحرم عليه، وقال غير ابن القاسم هو ناكح في عدة، قال مالك: وللأول الرجعة قبل فسخ نكاح الثاني وبعده. قاله في التوضيح، وقال ابن ناجي: قول ابن القاسم في المدونة إنها لا تحرم. انتهى. وقال في الشامل: وأما الرجعية فلا تحرم على الأصح. انتهى. الرابع: انظر وطء الصبي هل هو كوطء البالغ أم لا؟ يتأبد به التحريم لعدم الاعتداد كما لا يعتد به في الإحصان والإحلال ونحو ذلك فتأمله. والله أعلم.

الحديث

⁷⁵⁹ - في المطبوع قولها وما بين المعقوفين من ن ذي ص 415 وم 166 ويم 115 والشيخ 188 مايابى 279.

⁷⁶⁰ - ساقطة من المطبوع ويم 115 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 415 وم 166 والشيخ 188 مايابى 280.

⁷⁶¹ - في المطبوع يحرم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 415 وم 166 ويم 115 والشيخ 188 مايابى 280.

نص خليل وَبِمُقَدِّمَتِهِ فِيهَا أَوْ بِمِلْكٍ.

متن الخطاب

الخامس: قال البرزلي في مسائل النكاح بعد أن ذكر [المسألة: 762] ونظيره ما في المدونة إذا تزوجت في العدة ثم تزوجها آخر بعد خروجها من العدة قبل بناء الأول بها فالنكاح ثابت للثاني، والأول لغو؛ لأن المعدوم شرعا كالمعدوم حسا. والله أعلم.

السادس: إذا تزوج شخص امرأة ثم ادعت أنه تزوجها في العدة، فإن ثبت أنها تعلم أن العدة ثلاث حيض واعترفت قبل الزواج أنها قد انقضت عدتها فقال البرزلي: ظاهر المذهب أنه لا يقبل قولها؛ لأنها تريد فسخ النكاح، وما سبق دليل كذبها في دعواها، إلا أن يصدقها الزوج في دعواها، فكأنه التزم فسخ النكاح على الوجه المذكور، قال ابن عرفة في فصل تنازع الزوجين من كتاب ابن سحنون: لو قال [تزوجتها] 763 بعد عدتها، وقالت فيها فالقول قوله. انتهى.

416

فرع: قال البرزلي: / وسئل ابن رشد عن تزوج امرأة طلقها رجل قبله ثم استراب في أنه نكحها قبل تمام عدتها، فما زال يسألها حتى اعترفت أنه تزوجها بعد حيضتين، وقد كانت قبل ذلك حذرت وخوفت في أن تتزوج حتى تتم عدتها من رجل آخر خطبها فيها، فلما ثبت اعترافها بتكرار سؤاله إياها اعتزلها وشاور العلماء فأفتوه بطلاقها وأنها لا تحل له، وشهد عليه بذلك عدلان وعلى اعترافها بذلك، وقد كانت قبل تزويجه (6) [إياها] 764 اعترفت بانقضاء عدتها لامرأة سألتها عن ذلك، فقام الزوج الآن يطلب الصداق، وقد قامت له شهادة نساء أنهن عرفنها أن ذلك لا يجوز، وأنه لا بد من تمام العدة [وأن هذا] 765 يخرجها من الجهالة بالحكم جوابها إن لم يثبت أن المرأة لما حذرت أعلمت أن العدة ثلاث حيض واعتقدت أن العدة أقل فأرى أن تحلف [أنها] 766 ما علمت أن العدة ثلاث حيض، ولا تزوجت إلا وهي تظن أن عدتها من الأول قد انقضت فإن حلفت على ذلك في الجامع فلا يجب عليها رد شيء من الصداق، وإن نكلت رده إلا قدر ما تستحل به. وبالله التوفيق. انتهى. وانظر أواخر النكاح الأول من المدونة.

ص: وبمقدمته فيها ش: أي ويحرم أيضا [إذا] 767 عقد عليها في العدة ثم فعل بها شيئا من مقدمات الجماع كالقبلة والمباشرة. قال في التوضيح: قال محمد: وإن أرخيت الستور ثم تقاررا أنه لم يمس لم تحل له أبدا. انتهى. وقال في مختصر الواضحة: ومن تزوج امرأة في عدتها فأرخی عليها الستر ثم فرق بينهما، وتناكرا الميسيس جميعا فأراد أن يتزوجها بعد انقضاء عدتها فليس ذلك له، وهي تحرم بالخلو للأبد. انتهى. واحترز المصنف بقوله: "فيها" مما إذا عقد في العدة ولم يحصل فيها

الحديث

762- في المطبوع ویم 116 والشیخ 189 مسألة وما بین المعقوفین من ن عدود ص 415 وما یابی 280 وم 166.

763- في المطبوع تزوجها ویم 116 والشیخ 189 وما بین المعقوفین من ن عدود ص 415 وم 166 ما یابی 280.

(6)- علق علیها الشیخ محمد سالم عدود ب الذي فی النسخ (تزویجه) والصواب (تزوجه).

764- في المطبوع إياه ویم 116 وما بین المعقوفین من ن عدود ص 416 وم 166 والشیخ 189 ما یابی 280.

765- في المطبوع وأن هذا لا ویم 166 و 116 والشیخ 189 ما یابی 280 وما بین المعقوفین من ن عدود ص 416.

766- ساقطة من المطبوع وما بین المعقوفین من ن عدود ص 416 وم 166 و 116 والشیخ 189 ما یابی 280.

767- في المطبوع إن ویم 116 وما بین المعقوفین من ن عدود ص 416 وم 166 والشیخ 189 ما یابی 280.

كَعَكْسِهِ لَا بَعْدُ أَوْ بَرْنًا أَوْ بِمِلْكٍ عَنْ مِلْكٍ أَوْ مَبْتُوتَةٍ قَبْلَ زَوْجٍ كَالْمَحْرَمِ وَجَازَ تَعْرِيزُ كَفَيْكَ رَاغِبٌ.

نص خليل

شيء من مقدمات الجماع ثم قبلها أو باشرها بعد العدة فإنها لا تحرم بذلك، بل حكى ابن رشد في البيان الاتفاق على أنها لا تحرم بذلك، لكن قال في التوضيح: فيه نظر؛ لأن عبد الوهاب حكى رواية أنها تحرم بمجرد العقد، فكيف بالمباشرة والقبلة بعد العدة؟، وقد حكى صاحب البيان هذا القول الأول، إلا أن يقال لعل مراده بالاتفاق [اتفاق⁷⁶⁸] ما عدا هذا القول.

متن الخطاب

ص: كعكسه ش: أي عكس الفرع الذي قبله، وهو ما إذا تزوجت الأمة في استبائها من السيد أو من غيره، قال في المتبوتة: وأما المختلف فيه فالوطء بنكاح أو بشبهة نكاح في الاستبراء أو العدة من غير النكاح كأم الولد يموت عنها سيدها أو يعتقها، كان الاستبراء من غصب أو زنا أو من بيع في الإماء أو هبة أو موت أو عتق [الحي⁷⁶⁹] وقد وطئ البائع أو الواهب أو الميت أو المعتق، وأما إن لم يوطأ واحد منهم فلا خلاف في أن متزوجها قبل الاستبراء ليس متزوجا في العدة. انتهى.

ص: أو بملك عن ملك ش: قال في المتبوتة: وأما الذي لا يقع به التحريم باتفاق فالوطء بملك أو بشبهة ملك في استبراء الأمة خاصة أو في عدة من غير نكاح كعدة أم الولد يموت عنها سيدها أو يعتقها، كان استبراؤها من غصب أو زنى أو من بيع أو هبة أو عتق. انتهى.

ص: أو مبتوتة قبل زوج ش: / ذكر في التوضيح في هذه المسألة قولين، وتقدم كلامه عند قول المصنف: "كمستبرأة من زنى" وذكر الشيخ يوسف بن عمر أن المشهور عدم التأبيد، ومثل المبتوتة من يتزوج امرأة تزوجا حراما لا يقر عليه فيفسخ نكاحه بعد الدخول فيتزوجها قبل الاستبراء. قاله في المقدمات، ويريد المصنف أنه [يحد⁷⁷⁰] من يتزوج امرأته المبتوتة إذا كان عالما بالتحريم، قال في كتاب القذف من المدونة: ومن تزوج خامسة أو امرأة طلقها ثلاثا ألبتة قبل أن تنكح زوجا غيره أو أخته من الرضاعة أو النسب أو من ذوات محارمه عالما بالتحريم أقيم عليه الحد ولم يلحق به الولد؛ إذ لا يجتمع الحد وثبوت النسب، قال اللخمي: يريد إذا ثبت أنه عالم بالتحريم قبل النكاح، وإلا فإن لم يعلم أنه كان عالما بالتحريم إلا بعد النكاح فإنه يحد ويلحق به الولد. انتهى.

417

ص: وراز تعريض كفيك راغب ش: قال في التوضيح: والتعريض ضد التصريح، مأخوذ من عرض الشيء وهو جانبه وهو أن يضمن كلامه ما يصلح للدلالة على المقصود وغيره، إلا أن إشعاره بالمقصود أتم ويسمى تلويحا، والفرق بينه وبين الكناية أن التعريض ما ذكرناه، والكناية هي التعبير عن الشيء بلازمه كقولنا في كرم الشخص هو طويل النجاد كثير الرماد. انتهى. وقال في جمع الجوامع: والتعريض لفظ استعمل في معناه ليلوح بغيره فهو حقيقة أبدا. انتهى. النجاد حمائل السيف. قاله في الصحاح وهو بكسر النون، قال ابن عبد السلام: والمذهب جواز التعريض في كل معتدة، سواء كانت في عدة وفاة أو طلاق، وأجازة الشافعي في عدة الوفاة، ومنع منه في عدة المطلقة طلاقا رجعيًا، واختلف

الحديث

⁷⁶⁸ - ساقطة من المطبوع ويم 116 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 416 وم 166 والشيخ 190 ماي 281.

⁷⁶⁹ - في المطبوع الحر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 416 وم 166 ويم 116 والشيخ 190 ماي 281.

⁷⁷⁰ - في المطبوع يحد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 417 وم 166 ويم 117 والشيخ 190 ماي 281.

متن الخطاب

قوله في عدة الطلاق الثلاث وعدة المختلعة. انتهى. وقبله في التوضيح. قلت: وما ذكر ابن عبد السلام مخالف لما ذكره القرطبي في تفسيره، ونصه: لا يجوز التعريض بخطبة الرجعية إجماعاً؛ لأنها كالزوجة، وأما من كانت في عدة البينونة فالصحيح جواز التعريض بخطبتها. والله أعلم. انتهى.

تنبيه: قال ابن عرفة: الباجي عن إسماعيل إنما يعرض بالخطبة ليفهم مراده لا ليجاب، وفي المقدمات يجوز التعريض من كل منهما للآخر معاً، وقال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: قال القاضي أبو إسحاق: وإنما يعرض المعرض ليفهم مراده لا ليجاب، ولو جاوبته بتعريض يفهم منه الإجابة كره ذلك ودخل في باب المواعدة. انتهى. وقال القرطبي: قال ابن عطية: اجتمعت الأمة على أن الكلام مع المعتدة بما هو نص في تزويجها وتنبيه عليه لا يجوز، وكذلك اجتمعت الأمة على أن الكلام معها بما هو رفث أو ذكر جماع أو تحرير عليه لا يجوز، وجوزنا ما عدا ذلك، وجائز أن يمدح نفسه ويذكر مآثره، ومن أعظم التعريض قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت قيس: {كوني عند أم شريك ولا تسبقيني بنفسك¹}. انتهى. وما ذكره ابن عرفة عن المقدمات من جواز التعريض لكل منهما يشير به - والله أعلم - لقوله فيها: الذي يجوز هو التعريض بالعدة أو المواعدة، وهو القول المعروف الذي ذكره الله في كتابه، وصفته أن يقول لها [أو تقول⁷⁷¹] له أو يقول كل واحد لصاحبه إن يقدر الله أمراً يكن، وإني لأرجو أن أتزوجك وإني فيك لمحب أو ما أشبه ذلك، وإلى هذا أشار المصنف بقوله: "كفيك راغب" قال في التوضيح: وهكذا قوله إن النساء من شأني، وإنك علي لكريمة، وإذا حللت فأذنيني، وإن يقدر الله خيراً يكن. انتهى.

ص: والإهداء ش: قال في طلاق السنة من المدونة: وجائز أن يهدي لها. قال أبو الحسن الصغير: والهدية هنا بخلاف إجراء النفقة عليها؛ لأن النفقة عليها كالمواعدة. انتهى. قال اللخمي: والمفهوم من الهدية التعريض، وقال الشيخ أبو الحسن إثر كلامه المتقدم: فإن أنفق أو أهدى ثم تزوجت غيره لم يرجع عليها بشيء.

تنبيه: عزا ابن عرفة هذه المسألة لابن حبيب واللخمي مع أنها في المدونة كما تقدم، وعزاها الشارح لابن حبيب، ونحوه في التوضيح. قال فيه: قال مالك: ولا أحب أن يفتي به إلا من تحجزه التقوى عما وراءه. اهـ.

فرع: قال البرزلي عن أحكام الشعبي: من تزوج امرأة فأخرج ديناراً فقال اشتروا به طعاماً واصنعوه، فوقع الشراء وانفسخ النكاح بعد الشراء، فإن جاء من قبلهم ضمنوا له الدينار والطعام لهم، وإن كان من قبل الزوج فليس له إلا الطعام إن أدركه.

418

1- هذا لفظ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ط. دار الكتاب العربي، ج 3 ص 188، ومسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، رقم الحديث 1480، وفي بعض رواياته وأرسل إليها أن لا تسبقيني بنفسك وأمرها أن تنتقل إلى أم شريك الخ. هذا اللفظ في تفسير القرطبي من قول النبي صلى الله عليه وسلم، ج 2 ص 187.

الحديث

⁷⁷¹ - في المطبوع وتقول ويم 117 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 417 وم 167 والشيخ 191 ما يابى 282.

نص خليل

وَتَفْوِيزُ الْوَلِيِّ الْعَقْدَ لِفَاضِلٍ وَذِكْرُ الْمَسَاوِي وَكُرْهُ عِدَّةٍ مِنْ أَحَدِهِمَا وَتَرْوِيجُ زَانِيَةٍ أَوْ مُصْرَحٍ لَهَا بَعْدَهَا وَتُدْبَ فِرَاقُهَا وَعَرَضُ رَاكِنَةٍ لِغَيْرِ عَلَيْهِ.

متن الخطاب

قلت: فهو كأعوان القاضي إن ظهر لد من المطلوب فالأجرة عليه، وإلا كان الأجر على الطالب، وظاهر ما تقدم لابن رشد أنه من الزوج مطلقا إن فقد ذلك أو تلف. اهـ.

ص: وتفويض الولي العقد لفاضل ش: ظاهر كلام المصنف أن الولي فقط هو الذي يفوض العقد للفاضل، وعلى هذا شرحه الشيخ بهرام والبساطي وقالوا إنه يشير به إلى قول ابن الماجشون في الواضحة، [ولفظ الواضحة يقتضي⁷⁷²] أن الولي والناكح يفوضان للفاضل، وأنه يتولى الطرفين، [وجعل⁷⁷³] المصنف [ذلك جائزا،⁷⁷⁴] ولفظ الواضحة يقتضي أنه الأول؛ لقوله: وكان يفعل فيما مضى، ونصه: قال ابن الماجشون: ولا بأس أن يفوض الناكح وولي المرأة للرجل الصالح أو الشريف أن يعقد النكاح، وكان يفعل فيما مضى، وقد فوض ذلك إلى عروة فخطب واختصر فقال: "الله حق ومحمد رسوله، وقد خطب فلان فلانة وقد زوجته إياها على كتاب الله وشرطه". قال ابن حبيب: وشرطه إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان. انتهى. والله أعلم.

ص: وذكر المساوي ش: قال القرطبي في شرح مسلم في كتاب البر والصلة لما تكلم على الغيبة. وما يجوز فيه ذكر الإنسان بما يكره قال: وقد يخرج عن هذا الأصل صور فتجوز الغيبة في بعضها، وتجوز في بعضها، ويندب إليها في بعضها، فالأول -يعني الجائز- كغيبة المعلن بالفسق المعروف به فيجوز ذكره بفسقه لا بغيره مما لا يكون مشهورا به؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: {بئس أخو العشيرة¹} وقوله: {لا غيبة في فاسق²} وقوله: {لي الواجد يحل عرضه وعقوبته³}، الثاني يعني [الواجب⁷⁷⁵] ذكر جرح الشاهد عند خوف إمضاء الحكم بشهادته، وجرح المحدث الذي يخاف أن يعمل بحديثه أو يروى عنه، وهذه أمور ضرورية في الدين معمول بها مجمع عليها من السلف الصالح، ونحو ذلك ذكر عيب من استنصحت في مصاهرته أو معاملته فهذا يجب عليه الإعلام بما يعلم من هيئاته عند الحاجة إلى ذلك على وجه الإخبار كما قال النبي صلى الله عليه وسلم: {أما معاوية فصعلوك⁴} الحديث، وقد يكون من هذين النوعين ما لا يجب بل يندب إليه كفعل المحدثين

الحديث

- 1- البخاري في صحيحه، كتاب الأدب، رقم الحديث 6032، لفظه عن عائشة أن رجلا استأذن على النبي صلى الله عليه وسلم فلما رآه قال بئس أخو العشيرة وبئس ابن العشيرة. وفي صحيح مسلم، كتاب البر والصلة، رقم الحديث 2591 ببس أخو القوم وابن العشيرة.
- 2- كشف الخفاء، ج 2 ص 493، رقم الحديث 3081.
- 3- سنن أبي داود، كتاب القضاء، رقم الحديث 3628 وأخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الاستقراض، بلفظ لي الواجد يحل عقوبته وعرضه، ج 1 ص 164.
- 4- عن فاطمة بنت قيس أن أبا عمرو ابن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته فقال والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال ليس لك عليه نفقة فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ثم قال تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدي عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك فإذا حللت فأذنيي قالت فلما حللت ذكرت له أن معاوية ابن أبي سفيان وأبا جهم خطباني، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي أسامة بن زيد فكرهته ثم قال انكحي أسامة فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت، مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، رقم الحديث 1480.

⁷⁷² - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 وم 167 ويم 118 والشيخ 191 مايابى 282.

⁷⁷³ - في المطبوع وحمل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 وم 167 ويم 118 والشيخ 192 مايابى 282.

⁷⁷⁴ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 وم 167 ويم 118 والشيخ 192 مايابى 282.

⁷⁷⁵ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 وم 167 ويم 118 والشيخ 192 مايابى 282.

وَرُكْنُهُ وَلِيٌّ وَصَدَاقٌ وَمَحَلٌّ وَصِيغَةٌ بَأَنْكَحْتُ وَزَوَّجْتُ.

متن الخطاب

حين يعرفون بالضعفاء مخافة الاغترار بحديثهم، وكتحذير من لم يسأل مخافة معاملة من حاله يجهل، وحيث حكمنا بوجوب النص على العيب فإن ذلك إذا لم يجد بدا من التصريح والتنصيص، فأما لو أغنى التعريض أو التلويح لحرم التفسير والتصريح فإن ذلك ضروري، والضروري مقدر بالحاجة.

419

انتهى. وقال الشيخ يوسف بن عمر: إذا قال/ له أريد أن أناكح فلانة فإنه يذكر له ما فيها، وفيه ابتغاء النصح لا لعداوة في المشاور فيه. انتهى.

تنبيه: قال الجزولي في شرح الرسالة: إذا استشير الإنسان فإنه يجوز له أن يكشف عما يعلم فيه من خير أو شر، ولا يجب عليه ذلك. الشيخ: إذا كان هناك من يعرف حال المسؤول عنه، وإلا فذلك واجب عليه؛ لأنه من باب النصيحة لأخيه المسلم، وقد قال قبل هذا: وعليه موالة المؤمنين والنصيحة لهم، وقد نص على هذا ابن يونس.

قال بعض الشيوخ: انظر هل يكشف له عن حاله قبل أن يستشار أم لا؟ الشيخ: ظاهر الكتاب أنه يذكر حاله إذا سئل عنه، وإلا فهو غيبة والغيبة حرام. انتهى. وما ذكره الجزولي من أنه لا يجب عليه أن يكشف عما يعلم فيه إذا سئل عنه، إلا إذا لم يكن هناك من يعرف حاله مخالف لما تقدم في كلام القرطبي، وكذلك ما ذكره من أنه لا يكشف عن حاله إلا إذا سئل عنه، وإلا كان غيبة مخالف لما تقدم في كلام القرطبي من أنه مندوب. فتأمل.

ص: وركنه ولي وصدّاق ومحل وصيغة ش: الضمير عائد للنكاح، يعني أن أركان النكاح أربعة وكذا فعل صاحب الجواهر، وفي الحقيقة هي خمسة؛ لأن المحل يشمل الزوج والزوجة، وقد عدها ابن راشد في الباب خمسة، وقال الشارح: جعل ابن محرز الولي والشهود والصدّاق شروطاً، وهو أقرب مما هنا، لكن الأمر في ذلك قريب. انتهى.

قلت: أما الولي والزوجة والزوج والصيغة فلا بد منها، ولا يكون نكاح شرعي إلا بها، لكن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان، والولي والصيغة شرطان، وأما الشهود والصدّاق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي بدونهما، غاية الأمر أنه شرط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصدّاق، ويشترط في جواز الدخول الإشهاد. فتأمل. وقد تقدم أن الإشهاد في العقد مستحب، وأما الصدّاق فقال الشيخ يوسف بن عمر في قول الرسالة: "صدّاق" هذا شرط كمال في العقد؛ لأنه لو سكت عنه لم يضر كالتفويض، نعم لو تعرضوا لإسقاطه فسد النكاح وفسخ قبل الدخول. انتهى مختصراً. فعلم أن ذكر الصدّاق أولى من نكاح التفويض. والله أعلم.

ص: بأنكحت وزوجت ش: قال ابن الحاجب: الصيغة لفظ يدل على التأييد مدة الحياة كأنكحت وزوجت وملكت وبعثت، وكذلك وهبت بتسمية صدّاق. قال في التوضيح: وما ذكره المصنف في الصيغة نحوه في ابن شاس، ومقتضاها أنه لا ينعقد بالكتابة والإشارة ونحو ذلك، وهو مقتضى كلامه في الإشراف، وكذلك في الاستذكار، والنكاح يفتقر إلى التصريح ليقع الإشهاد عليه. انتهى.

متن الخطاب

وكلام ابن عبد السلام يقتضي أنه لا ينعقد بالكتابة والإشارة، وفي الباب: الصيغة من الولي لفظ الخ. تنبيهات: الأول: ينبغي أن يقيد ذلك بمن يمكنه النطق كما سيأتي في الدال على القبول من جهة الزوج، وفي كتاب الحمالة من المدونة: وما فهم عن الأخرس أنه فهمه من الكفالة أو غيرها لزمه. انتهى.

الثاني: لا خلاف في المذهب في انعقاد النكاح بهذين اللفظين كما قاله في التوضيح وقاله غيره، والظاهر أنه لا فرق بين لفظ الماضي والمضارع، قال ابن عرفة: صيغته ما دل عليه كلفظ التزويج والإنكاح. انتهى. فأتى بالمصدر، وقال أبو الحسن في شرح قول المدونة: "زوجني فيقول فعلت" انظر جعل لفظ المستقبل في النكاح [كالماضي، ⁷⁷⁶] ومثله في إرخاء الستور، وإذا قالت له اخلعني ولك ألف فقال قد فعلت لزمها ذلك وإن لم تقل بعد قولها الأول شيئاً. انتهى. وسيأتي لفظ المدونة المتقدم بكماله، وقال ابن فرحون: فإن قلت أنكحت ونكحت خبر عن شيء وقع في الماضي، وكلامنا في لفظ ينعقد به النكاح في المستقبل؟ فالجواب أن المراد بهذه الصيغ الإنشاء، وإن دلت على الإخبار عن الماضي، والإنشاء سبب لوقوع مدلوله كقول الحاكم حكمت. / انتهى.

420

الثالث: قال في المسائل الملقطة: وصيغة العقد مع الوكيل أن يقول الولي للوكيل زوجت فلانة من فلان، ولا يقول زوجت منك، وليقل الوكيل قبلت لفلان، ولو قال قبلت لكفى إذا نوى بذلك موكله. انتهى.

الرابع: ينبغي أن يلحق باللفظين المتقدمين؛ أعني أنكحت وزوجت لفظ فعلت أو قبلت وما أشبهه جواباً لقول الزوج زوجني أو أنكحني، فإنهم لم يذكروا في انعقاد النكاح بذلك خلافاً، قال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب: "ومن الزوج ما يدل على القبول": يعني أن الصيغ المتقدمة هي المشترطة من الولي وقد يتسع الكلام فيها، وأما جانب الزوج فيكفي فيه كل لفظ يدل على القبول دون صيغة معينة، وكذا الإشارة وكل ما يدل على القبول، ولو ابتدأ الزوج فقال للولي قد نكحت فلانة أو تزوجتها فقال الولي في جواب الزوج قد فعلت أو قبلت أو ما أشبه ذلك لكان مثل الأول؛ لأنه لا فرق بين أن يبتدئ الولي أو الزوج. انتهى. وقال ابن عرفة: وجواب قولها [أي ⁷⁷⁷] الصيغة أحد العاقلين بقول الآخر قبلت كاف. انتهى. فالحاصل أنه إذا جرى لفظة التزويج أو الإنكاح من الولي أو من الزوج فأجابه الآخر بما يدل على القبول صح النكاح. والله أعلم.

ص: وبصداق [وهبت ⁷⁷⁸] ش: هذا مذهب المدونة في لفظ الهبة، قال ابن عرفة: وفي كون الصدقة كالهبة ولغوها قولاً ابن القصار وابن رشد. انتهى. ويظهر من كلام المصنف ترجيح قول ابن رشد؛ لاقتضائه على التنصيص على لفظ الهبة، ولم يذكر الصدقة بل أدخلها في التردد، وهو الذي

الحديث

⁷⁷⁶ - في المطبوع الماضي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 419 وم 168 ويم 119 والشيخ 194 ما يابى 284.

⁷⁷⁷ - في المطبوع أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 420 وما يابى 284 والشيخ 194 وم 168 ويم 119.

⁷⁷⁸ - في المطبوع وهبة وما بين المعقوفين من ن ز وذى ص 420 وم 168 ويم 120 والشيخ 195 ما يابى 284.

نص خليل وهل كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة كبعث [كذلك⁷⁷⁹ سر] تردد.

متن الخطاب

يظهر من كلام صاحب الشامل؛ لقوله: وفي وهبت مشهورها إن ذكر مهرها صح وإلا فلا، وقيل يصح بيعت وتصدقت بقصد نكاح. انتهى. وهذا قول ابن القصار، إلا أنه لا يشترط ذكر المهر لا في الصدقة ولا في الهبة. قال في التوضيح: ابن القصار: وسواء عندي ذكر المهر في لفظ الهبة والبيع والصدقة أو لم يذكره إذا علم أنهم قصدوا النكاح. وقال في التوضيح قبل هذا الكلام: ويلحق بالهبة في اشتراط التسمية الصدقة من باب أولى. انتهى. يعني على مذهب المدونة، إلا أنه لم يصرح في المدونة بلفظ الصدقة، والذي ذهب إليه ابن رشد أنه لا يلحق بها. والله أعلم.

تنبيه: قال ابن عرفة: وفي الإباحة والإحلال قولان لبعض أصحاب ابن القصار وله، قلت: حكى أبو عمر الإجماع على الثاني. انتهى. وقوله: "على الثاني" أي على قول ابن القصار أنه لا ينعقد بهما، قال في الذخيرة: وقال صاحب الاستذكار، أجمعوا على أنه لا ينعقد بلفظ الإحلال والإباحة. انتهى. وصاحب الاستذكار هو أبو عمر، ثم قال ابن عرفة: ونقل ابن بشير عن ابن القصار الإطلاق كالتحليل والإباحة [والرهن⁷⁸⁰] والإجارة والعرية والوصية لغو. انتهى. ويعني أن ابن بشير نقل عن ابن القصار [أن⁷⁸¹] الإطلاق كالتحليل والإباحة، وقوله: ["والرهن⁷⁸²"] الخ ابتداء كلام ليس هو من تنمة كلام ابن القصار، يظهر لك ذلك من كلام ابن بشير، ونصه: والنكاح عندنا جائز بكل لفظ اقتضى لفظ الملك كالهبة والصدقة والإنكاح والتزويج والإعطاء، وذكر أبو الحسن بن القصار عن بعض أصحابنا جوازه بلفظ الإباحة والتحليل، والإطلاق إذا أريد بذلك النكاح وكان ميله إلى أن هذا لا يصح لأنه لا يفيد معنى العقد عن البضع بعوض. انتهى. ولم يذكر الرهن وما بعده، وذكر الأربعة في التوضيح عن ابن القصار وعبد الوهاب قال: لاقتضاء الإجارة والعارية [التوقيف،⁷⁸³] والرهن التوثق دون التملك وعدم لزوم الوصية. انتهى بالمعنى. وقال الشارح في الكبير بعد ذكره كلام التوضيح: ولم أر فيه خلافا. انتهى.

ص: وهل كل لفظ يقتضي البقاء مدة الحياة كبعث تردد ش: يشير بالتردد لاختلاف المتأخرين في نقل المذهب، قال في التوضيح: واختلفت طرق الشيوخ/ في نقل المذهب فيما عدا أنكحت وزوجت، فذهب ابن القصار وعبد الوهاب في الإشراف والباقي وابن العربي في أحكامه إلى أنه ينعقد بكل لفظ يقتضي التأييد دون التوقيف، فينعقد بملك وبعت، وأشار الباقي في توجيهه لذلك إلى أنه قول مالك، واستدل جماعة لذلك بما في الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام: {ملكته⁷⁸⁴}

421

الحديث

779 س - كبعث تردد نسخة.

780 - في المطبوع والرمي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 420 وم 168 ويم 120 والشيخ 195 مايابى 284

781 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 420 وم 168 ويم 120 والشيخ 195 مايابى 284

782 - في المطبوع والرمي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 420 وم 168 ويم 120 والشيخ 195 مايابى 284

783 - في المطبوع ويم 120 والتوقيف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 420 وم 168 والشيخ 195 مايابى 285.

784 - في المطبوع ملكناكها وما بين المعقوفين من ن ذي ص 421 وم 168 ويم 120 مايابى 285 (والشيخ 195 ملكتها لك).

بما معك من القرآن¹، وفي رواية {أمكناكها²} وذهب صاحب المقدمات إلى أنه لا ينعقد بما عدا أنكحت وزوجت إلا لفظ الهبة، فاختلف فيه قول مالك. انتهى. وتبع الأولين صاحب الإرشاد وابن بشير، ولفظه: والنكاح عندنا جائز بكل لفظ اقتضى لفظ الملك كالهبة والصدقة والإنكاح والتزويج والإعطاء. انتهى. ثم ذكر كلامه المتقدم، وتبع ابن بشير صاحب الجواهر وابن الحاجب وصاحب اللباب وأكثر أهل المذهب، قال الشيخ بهرام في الشرح الكبير: والذي رأيت عليه الأكثر الانعقاد بذلك، خلافا للمغيرة وابن دينار وما ذكره صاحب المقدمات. انتهى. ويفهم من كلامه في الشامل ترجيح طريقة ابن بشير؛ لأنه قال: وصيغة من ولي بأنكحت وزوجت وفي وهبت مشهورها إن ذكر مهرًا صح وإلا فلا؛ وقيل يصح ببعث وتصدقت بقصد نكاح، وقيل وبتحليل وإباحة، وكل لفظ يقتضي تمليكا مؤبدا لا إجارة وعارية ورهنا ووصية. اهـ.

وما تقدم عن ابن رشد هو كذلك في المقدمات في آخر كتاب النكاح، وله في شرح آخر مسألة في رسم إن أمكنتني من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق ما نصه: وكذلك التزويج ليس من ألفاظ الشراء، والشراء ليس من ألفاظ التزويج، فإذا قال الرجل للرجل قد بعثك ابنتي أو أختي بكذا وكذا لا يكون ذلك نكاحا إلا أن يكون أراد بذلك [النكاح]، وإذا قال في أمته قد زوجتك أمتي بكذا وكذا لا يكون ذلك بيعا إلا أن يكون أراد بذلك⁷⁸⁵ البيع. انتهى. فتأمل مع ماله في آخر كتاب النكاح من المقدمات؛ أعني ما نقله عنه المصنف في التوضيح وغيره. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: قال في التوضيح: ما ذكره ابن الحاجب من أن الصيغة لفظ يدل على التأبيد مدة الحياة صحيح كما بيناه. واعترضه ابن عبد السلام بما حاصله أنه لا يشترط دلالة الصيغة على التأبيد بل أن لا يدل على التوقيت، وذكر أن ذلك هو الذي يؤخذ من كلام أهل المذهب وكلام عبد الوهاب، وذلك أعم من كونها دالة على التأبيد، وفيه نظر؛ لأن عبد الوهاب في الإشراف صرح بما ذكره المصنف، وكذلك غيره. انتهى. واعلم أن أكثرهم يصدر الكلام بما قاله ابن الحاجب، ثم يذكرون الألفاظ المتقدمة، وهي إنما تدل بصريحها على نفي التوقيت، لكن يلزم ذلك الدلالة على التأبيد مدة الحياة، فالسؤال وارد على عبارة غير ابن الحاجب، ومراد الجميع واضح.

الثاني: على قول الأكثر فيخرج منه لفظ الإحلال والإباحة والإطلاق لأنه لم يقل بها إلا بعض أصحاب ابن القصار، ونقل أبو عمر الإجماع على خلافه كما تقدم، ويخرج من ذلك أيضا لفظ التحبيس والوقف والإعمار. قال في التوضيح: فقد يقال حد المصنف للصيغة غير مانع لشموله مثل وقفت وحبست على فلان وأعمرته لدلالة ذلك على التأبيد مدة الحياة. انتهى. ونقله ابن فرحون في شرحه وزاد: ولا مدخل لها في باب النكاح، ولعل قول المصنف: "كعبت" إشارة إلى إخراج ما تقدم. الثالث: ظاهر كلامهم أنه لا يشترط تسمية الصداق لأنهم إنما ذكروا الخلاف في ذلك في الهبة قال

1- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، رقم الحديث 5087، ج 6 ص 122. مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، رقم

الحديث 1425.

2- فتح الباري، ج 9 ص 209، ولفظه وفي رواية أبي غسان أمكناكها.

⁷⁸⁵ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 421 وم 169 والشيخ 196 مايي 285 ويم 121.

وَقَبِلْتُ.

نص خليل

متن الخطاب

422

ابن عرفة: [صيفته⁷⁸⁶] ما دل عليه كلفظ التزويج والإنكاح، وفي قصرها عليهما نقلا أبي عمر عن ابن دينار عن المغيرة ومالك، وعليه قال القاضي: ينعقد بكل لفظ دل على التملك أبدا كالبيع ابن القصار: وإن لم يذكر صداقا، وفي الهبة ثالثها إن ذكر. انتهى. وقال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب: "وكذلك وهبت بتسمية الصداق دون غيرها من الصيغ التي ذكر لأنها ظاهرة في نفي العوض، ويلحق بها لفظ الصدقة وهي أخرى من الهبة؛ لأن هبة الثواب أحد نوعي/ الهبة والصدقة لا عوض فيها البتة، فإن قلت: لفظ الإباحة والتمليك والتحليل لا يستلزم العوض فينبغي أن تلحق [بالهبة⁷⁸⁷] والصدقة لاشتراك الجميع في عدم شرط العوض بخلاف البيع؟ قلت: هي وإن اشتركت فيما ذكرته إلا أن الإباحة والتحليل والتمليك كما لا تدل على شرط العوض لا تدل على نفيه، بخلاف الهبة والصدقة [لأنها تدل⁷⁸⁸] على نفي العوض ظاهرا، فاحتيج [إلى⁷⁸⁹] [التعريض⁷⁹⁰] إلى التسمية. والله [تعالى⁷⁹¹] أعلم. انتهى.

ص: وكقبلت ش: يعني أن الصيغة المطلوبة من الزوج هي كل ما دل على قبوله كقبلت، وقال في الكبير ورضيت واخترت. انتهى. وقال ابن الحاجب: ومن الزوج ما يدل على القبول. قال في التوضيح: دون صيغة متعينة. ابن عبد السلام: وكذلك الإشارة. خليل: ولا أعلم نصا في الإشارة، والظاهر أنها لا تكفي من جهة الزوج، أما أولا فلأن النكاح لا بد فيه من الشهادة ولا تمكن إلا مع التصريح من الولي والزوج ليقع الإشهاد عليها، وأما ثانيا فلأن قوله: "ومن الزوج" معطوف على مقدر تقديره الصيغة من جانب الولي كذا ومن جهة الزوج كذا، وعلى هذا فالظاهر أن مراده بقوله: ["ما يدل⁷⁹²"] كل لفظ لا يشترط فيه تعيين كما في صيغة الإيجاب. انتهى. وقال ابن عرفة: أبو عمر: إشارة الأخرس به كلفظه. انتهى.

وقال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: أبو عمر: إشارة الأخرس كافية إجماعا. انتهى. وانظر ابن فرحون. وقال في الجواهر: ويكفي أن يقول الزوج قبلت إذا تقدم من الولي الإيجاب، ولا يشترط أن يقول قبلت نكاحا وينعقد النكاح [بالاستيجاب والإيجاب⁷⁹³]، فلو قال لأبي البكر أو لأبي الثيب وقد أذنت له أن يزوجه زوجني فلانة فقال قد فعلت، أو قال قد زوجتك فقال الخاطب لا أرضى فقد لزم النكاح. انتهى. ونحوه في المدونة وسيأتي، وقال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: والاستيجاب طلب الإيجاب بقوله زوجني فيقول فعلت، أو يقول قد زوجتك فيقول

الحديث

786- في المطبوع وصيفته ويم 121 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 421 وم 169 والشيخ 196 مايابى 286.

787- في المطبوع به الهبة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 422 وم 169 ويم 121 والشيخ 196 مايابى 286.

788- في المطبوع لأنها لا تدل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 422.

789- في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 422 وم 169 ويم 121 والشيخ 197 مايابى 286.

790- علق عليها الشيخ محمد سالم عدود ب كذا في النسخ والصواب (التعرض).

791- ساقطة من المطبوع وم 169 ويم 121 والشيخ 197 مايابى 286 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 422.

792- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 422 وم 169 ويم 121 والشيخ 197 مايابى 286.

793- في المطبوع بالاستيجاب والاستيجاب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 422 (وم 169 بالاستيجاب والإيجاب)

ويم 122 والشيخ 197 مايابى 286.

نص خليل وَبَزَوَّجَنِي فَيَفْعَلُ وَلَزِمَ وَإِنْ لَمْ يَرْضَ.

متن الخطاب

قبلت، والحاصل أن خلو النكاح عن الصيغة لا يصح [منهما،⁷⁹⁴] وكونها من أحد الجهتين كاف. انتهى. قاله في الجواهر، وتبعه ابن الحاجب فقال: يكفي كل لفظ يدل عليه. انتهى. ويعني الشيخ -والله أعلم- الصيغة المخصوصة التي فيها الإنكاح والتزويج لا مطلق الصيغة، وكلام صاحب الجواهر الذي أشار إليه هو ما تقدم. والله أعلم.

ص: وبزواجني فيفعل ش: أشار بهذا إلى أن الترتيب ليس بشرط إلا أنه الأولى، وقال ابن عرفة: ولزم [استحباب⁷⁹⁵] خطبة الخاطب تقديم إعطاء الولي وتأخير قبول الزوج. انتهى. ولم يظهر لي وجه الملازمة. فتأمل. ولا يقال وجه ذلك أنه لو بدأ الزوج لم يقع الحمد والثناء في ابتداء الأمر؛ لأننا نقول قد تقدم أن الزوج يستحب له أن يخطب عند قبوله، ثم إن كلامه إنما هو في الأولى كما تقدم عن المدونة. والله أعلم.

تنبيه: قال في القوانين: والنكاح عقد لازم لا يجوز فيه الخيار خلافا لأبي ثور، ويلزم فيه الفور في الطرفين، فإن تراخى القبول عن الإيجاب يسيرا جاز، وقال الشافعي لا يجوز مطلقا، وأجازه أبو حنيفة مطلقا. انتهى. وما قاله ظاهر جار على قول ابن القاسم الذي مشى عليه المصنف بعد في الذي يقول إن مت فقد زوجت ابنتي من فلان أنه لا يجوز ذلك في الصحة، وإنما أجازوه في المرض لأن أصبغ قال إنه مجمع على إجازته، وهو من وصايا المسلمين، وقال في التوضيح عن اللخمي: لولا الإجماع الذي نقله أصبغ وإلا فالقياس المنع؛ لأن المرض قد يطول فيتأخر القبول عن الإيجاب بالسنة ونحوها، وكأنهم لاحظوا أن المريض مضطر إلى ذلك، ولذلك اختلف في الصحيح. انتهى. وقال ابن رشد في رسم حلف من سماع ابن القاسم من النكاح: اختلف إذا قال الرجل في حياته إن فعل فلان كذا فقد زوجته ابنتي، فقال مالك في رسم سن بعد هذا في الذي يقول إن جاءني فلان بخمسين فقد زوجته ابنتي: لا يعجبني هذا النكاح، ولا تزويج له. وانظر كلام القرافي في كيفية أداء/ الشهادة، وكلام ابن عرفة في باب الشهادات في الكلام على أداء الشهادة.

423

ص: ولزم وإن لم يرض ش: يعني أن الرجل إذا قال لولي المرأة المجر لها والمفوض إليه نكاحها زوجني وليتك فقال قد فعلت، فقال الزوج لا أرضى بذلك فإنه يلزمه النكاح، وكذلك لو قال [كنت⁷⁹⁶] هازلا. قال في النكاح الأول من المدونة: وإن قال الخاطب للأب في البكر أو لوصي مفوض إليه زوجني فلانة بمائة فقال قد فعلت، ثم قال الخاطب لا أرضى لم ينفعه، ولزمه النكاح بخلاف البيع. قال ابن المسيب: ثلاث ليس فيهن لعب، هزلهن جد؛ النكاح والطلاق والعتاق. انتهى. قال في التوضيح: ويؤخذ من كلام ابن عبد السلام أنه فهم من قول الزوج لا أرضى أن الزوج أنشأ ما

الحديث

⁷⁹⁴ - في المطبوع معها وم 169 وبم 122 والشيخ 197 مايابى 286 وسيد 69 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 422.

⁷⁹⁵ - في المطبوع وبم 122 استجاب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 422 وم 169 والشيخ 197 مايابى 286.

⁷⁹⁶ - في المطبوع قلت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 423 والشيخ 198 وبم 122 وم 169 ومايابى 287.

يقتضي الرضا بعد قول الولي قد فعلت، وليس بظاهر؛ لأننا قد بينا أن قول الزوج زوجني يقوم مقام الرضا. انتهى. يعني أن ابن عبد السلام فهم من قول الزوج لا أرضى [أن⁷⁹⁷] الزوج أنشأ ما يقتضي الرضا بعد قول الولي قد فعلت، فلأجل ذلك لم يقبل قوله لا [أرضى،⁷⁹⁸] وأما إن لم [يفهم⁷⁹⁹] منه ما يدل على الرضا لم يلزمه، وما قاله المصنف من أن ما قاله ابن عبد السلام ليس بظاهر ظاهر. ثم قال في التوضيح: والفرق بين النكاح والبيع من وجهين: أحدهما أن هزل النكاح جد على المشهور، والثاني أن العادة جارية بمساومة السلع وإيقافها للبيع في الأسواق، فناسب أن لا يلزم ذلك في البيع إذا حلف لاحتمال أن يكون قصد معرفة الأثمان ولا كذلك النكاح. انتهى. تنبيه: فهم من هذا أن هزل النكاح لازم، ولو علم [أنهما قصدا⁸⁰⁰] الهزل، وبذلك صرح غير واحد من الشيوخ، قال في النوادر عن كتاب ابن المواز: قال مالك: [و⁸⁰¹] من قال لرجل وهو يلعب زوج ابنتك من ابني وأنا أمهرها كذا، فقال الآخر علي ضحك ولعب: أتريد ذلك؟ قال: نعم زوجتك وهو يضحك، فقال: قد زوجته فذلك نكاح لازم، [و⁸⁰²] للأبوين أن يفسخاه إذا رضيا يريد على وجه الخلع والمباراة.

قال ابن القاسم: ثلاث لا لعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق، وكان في الجاهلية يناكح ويقول كنت لاعبا، وكذلك يقول في الطلاق والعتاق فأنزل الله سبحانه: ﴿ولا تتخذوا آيات الله هزوا﴾ انتهى. وقال ابن رشد في سماع أبي زيد من كتاب النكاح في رجل أحضر رجلا فقيل تراك تبصر هذا وقد بلغنا أنه خنتك؟ فقال: نعم أبصره، واشهدوا أنني قد زوجته ابنتي. فقيل له بكم؟ فقال: بما شاء، ثم قام الرجل فقال امرأتي فقال الأب والله ما كنت إلا لاعبا فقال: يحلف الأب بالله ما كان ذلك منه على وجه النكاح ولا شيء عليه؛ قيل له طلب ذلك بحدثانه أو بعد ذلك بيومين؟ قال: ذلك سواء، قال ابن رشد: هذا من قول ابن القاسم مثل ما حكاه أبو عبيد عن مالك، ورواه الواقدي عنه من أن هزل النكاح هزل، ولا يجوز منه إلا ما كان على وجه الجد خلاف المشهور المعلوم من قول مالك وأصحابه في المدونة وغيرها من أن هزله جد على ما جاء في ذلك عن جماعة من السلف عمر بن الخطاب وسعيد بن المسيب وغيرهما. انتهى. وقال في التوضيح في كتاب الطلاق في شرح قول ابن الحاجب: "وفي الهزل في الطلاق والنكاح والعتق ثالثها إن قام عليه دليل لم يلزم" ما نصه: يلحق بالثلاث الرجعة والمشهور للزوم لما في الترمذي من حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {ثلاث هزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة¹} وهو حديث حسن غريب، والقول بعدم اللزوم

الحديث 1- من حديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة، في الترمذي، من كتاب الطلاق، رقم الحديث 1187.

⁷⁹⁷ في المطبوع وأن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 423 وم 170 ويم 123 والشيخ 198 مايابى 287.

⁷⁹⁸ في المطبوع يرضى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 423 وم 170 ويم 123 والشيخ 198 مايابى 287.

⁷⁹⁹ في المطبوع يقم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 423 وم 170 ويم 123 والشيخ 198 مايابى 287.

⁸⁰⁰ في المطبوع أنه قصد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في م 170 ويم 123 والشيخ 198 مايابى 287 وسيد 70.

⁸⁰¹ ساقطة من المطبوع ويم 123 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 423 وم 170 والشيخ 198 مايابى 287.

⁸⁰² ساقطة من المطبوع ويم 123 والشيخ 198 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 423 وم 170 مايابى 287.

في السليمانية، لكن إنما ذكره في النكاح، والقول الثالث في كلام المصنف نقله ابن شاس عن اللخمي. ابن عبد السلام: والذي يحكيه غير واحد إنما هو قولان، وما ذكر من القول الثالث، وهو شرط قيام الدليل على عدم اللزوم يعدونه من تمام القول الثاني؛ لأن الهزل لا يثبت بمجرد الدعوى، لكن ذكر بعض المتأخرين [أنه اختلف إذا قال⁸⁰³] تزوجني وليتك أو تبيعني سلعتك، فقال قد بعته من فلان أو زوجها على أربعة أقوال: يلزم ولا يلزم، والفرق بين أن يدعي ذلك بأمر متقدم أو لا/ يدعيه إلا بذلك اللفظ، والفرق فيلزم في النكاح لا البيع، والقول الثالث يشبه الثالث من كلام المصنف. انتهى كلام التوضيح. ونحوه لابن عبد السلام وابن فرحون، إذا علم ذلك فما ذكره المشذلي عن القاسمي أنه قال معناه إذا ادعى الهزل بعد الرضا، وأما إن علم الهزل ابتداء فلا يلزم، ونحوه لابن القاسم، ومثله للخمي في كتاب الغرر وغيره مخالف للمشهور الذي ذكره ابن رشد والمصنف في التوضيح، واقتصار المشذلي عليه يوهم أنه المذهب، وكذلك اقتصار الشيخ أبي الحسن الصغير على كلام اللخمي يقتضي أنه المذهب، وقد علمت أنه خلاف المشهور. والله أعلم.

وما ذكره المصنف في التوضيح من الخلاف في مسألة من قال تزوجني وليتك فقال قد زوجها من فلان ذكره ابن رشد في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح، وفي رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح في مسألة ما إذا خطب رجل من شخص ابنته فقال قد زوجها فلانا فقام فلان بذلك وأنكر الأب، وقال كنت معذرا، ونصه: وأما إذا خطبت إلى رجل ابنته البكر فقال قد زوجها فلانا وطلب ذلك المقر له ففي ذلك ثلاثة أقوال؛ أحدها أن النكاح واجب للطالب، سواء كان طلبه بهذا القول أو بنكاح كان قبله لأن النكاح لا لعب فيه ولا اعتذار، وهو قول أصبغ في كتاب الدعوى والصلح، وقول ابن حبيب في الواضحة، والثاني أن النكاح لا يلزم بهذا الإقرار ولا بدعوى متقدمة، وإليه ذهب ابن المواز، والثالث الفرق بين أن يطلبه بذلك القول أو بقول متقدم، وهو قول ابن كنانة في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، وقول أصبغ وروايته عن ابن القاسم في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح فإن طلبه بقول متقدم حلف الزوج بالله لقد كان زوجني وثبت النكاح، وإن طلبه بهذا القول حلف الأب بالله ما كان منه إلا اعتذارا إليه وما زوجه. انتهى ملخصا من رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح، ومن رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، ونقله ابن عرفة في أول النكاح، وقال ابن رشد في سماع أصبغ من كتاب النكاح: إن القول الثاني أشبه الأقوال. انتهى. وهو الجاري على المشهور فيمن أقر اعتذارا أنه لا يلزمه كما ذكره المصنف في باب الإقرار. والله أعلم.

فرع: قال في المتبعية في فصل الاختلاف في الزوجية: واختلف في نكاح الهزل، فقال الشيخ أبو الحسن إذا لم يقدّم دليلا لزم الزوج نصف الصداق ولم يمكن من الزوجة لإقراره على نفسه أن لا نكاح

⁸⁰³ - في المطبوع اختلف أنه إذا قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 423 وم 170 ويم 123 والشيخ 199 ما يابى 288.

وَجَبَرَ الْمَالِكُ أُمَّةً وَعَبْدًا بِلَا إِضْرَارٍ.

متن الخطاب

بينهما، وقال الشيخ أبو عمران: يمكن منها، ولا يضره إنكاره. انتهى. وهذا الأخير هو الذي يوافق قول المصنف: "وليس إنكار الزوج طلاقاً". والله أعلم.

ص: وجبر المالك أمة وعبدًا بلا إضرار ش: نحوه لابن الحاجب، قال ابن عبد السلام: مراده بالمالك الجنس، فيدخل فيه الذكر والأنثى، [والحر ومن⁸⁰⁴] فيه عقد حرية إذا كان له النظر في ماله وهو المكاتب. انتهى. وهذا إنما يكون للمكاتب إذا قصد ابتغاء الفضل، وأما إذا لم يكن في صداقها فضل لم يكن له أن يزوجه إلا بإذن سيده. قاله ابن رشد. انتهى من ابن فرحون. فعلم منه أن المالك إذا كان عبداً أو كانت فيه شائبة حرية، ولكن ليس له التصرف في ماله فليس له أن يزوجه إلا بإذن سيده والجبر في الحقيقة للسيد لا له بل ليس له أن يتولى نكاح الأمة وإن رضي سيده. والله أعلم.

فرع: يلحق بالمالك الوصي قال ابن الحاجب: والوصي يزوج رقيق الموصى عليه بالمصلحة، وقاله ابن عرفة وصاحب الشامل قال ابن عبد السلام: وله جبرهم. انتهى. قلت: ومثل الأب في رقيق ولده مقدم القاضي. والله أعلم.

تنبيه: قال في أوائل النكاح الأول من المدونة: وللوصي أن ينكح إماء اليتامى وعبيدهم على وجه النظر. انتهى. قال أبو الحسن: لأنه/ قد يهرب، فإذا زوجه لم يهرب، وقال في الرسالة في آخر باب الأقضية: "وللوصي أن يتجر بأموال اليتامى ويزوج إماءهم"، قال القلشاني: لسقوط نفقة الإماء عن اليتامى، واختلف هل له تزويج ذكور المماليك، وفي المدونة الجواز، وقيل لا يجوز لأنه يصير العبد مدياناً بالصداق والولد لغيره ويشغل بالزوجة ويترك الأيتام، وحمل بعض الشراح الرسالة على هذا القول. انتهى. وما ذكره عن المدونة يشير به لكلامها المتقدم، وقال ابن ناجي في شرح المدونة إثر كلامها المتقدم: زاد في الأم بعضهم لبعض ومن أجنبيين، ويريد بقوله: "على وجه النظر" إذا خاف أن يأبقوا إذا لم يقع تزويج. انتهى.

فرع: وأما الأمة المخدومة فإن كان مرجعها إلى حرية فليس له جبرها، ولا يزوجه إلا برضاها، قال في النوادر: يريد ورضى المخدم وليس ذلك للمخدم. قاله في ترجمة من يكره على النكاح ممن فيه بقية رق وانظره في رسم الأقضية من سماع عيسى من كتاب النكاح، ونص ما في النوادر: قال مالك فيمن أخدم أمته رجلاً ومرجعها إلى حرية بعد الأجل ولا يزوجه إلا برضاها؛ يريد ورضى المخدم وليس ذلك للمخدم أيضاً. انتهى. ففهم منه [أنه⁸⁰⁵] إذا أخدمها [مدة⁸⁰⁶] ومرجعها إليه فليس له [أن⁸⁰⁷] يزوجه إلا برضا المخدم. والله أعلم.

425

الحديث

⁸⁰⁴ - في المطبوع والعبد ويم 124 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 424 وم 170 والشيخ 200 ما يابى 288.

⁸⁰⁵ - ساقطة من المطبوع ويم 125 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 425 وم 171 والشيخ 200 ما يابى 289.

⁸⁰⁶ - في المطبوع مرة ويم 125 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 425 وما يابى 289 والشيخ 200.

⁸⁰⁷ - في المطبوع أن لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 425 وم 171 ويم 125 والشيخ 200 ما يابى 289.

نص خليل لَا عَكْسُهُ وَلَا مَالِكُ بَعْضٍ وَلَهُ الْوَلَايَةُ وَالرَّدُّ.

متن الخطاب

ص: لا عكسه ش: يحتمل أن يريد لا يجبر السيد على تزويج العبد والأمة إلا إذا قصد الإضرار وقاله ابن عبد السلام، وتبعه في التوضيح، ويكون عكسها من كل وجه، ومعنى جبره ما أشار إليه في التوضيح أنه يؤمر بالتزويج أو البيع ويحتمل أن يريد أن لا يجبر على زواجهما إن احتاجا وإن قصد إضرارهما، ونص كلام التوضيح عند قول ابن الحاجب: "فالمالك يجبر الأمة والعبد ولا يجبر هو لهما" قوله: "ولا يجبر هو لهما" أي إذا طلبا الزواج وأبى هو ذلك فلا يجبر؛ لأنه يتضرر بالتزويج. قال مالك في الموازية: وإن تبين أن العبد والمكاتب محتاجان إلى النكاح، وأن السيد ضار بهما فلا يقضى على السيد بنكاحهما، عبد الحميد: واختلف الناس في هذه المسألة، وكان بعض الشيوخ يقول الصواب عندي أن القول قول العبد؛ لاشتداد الضرر به، إذ ذاك ضرر في الدين وضرر في الدنيا وكان بعض المذاكرين يقول: انظر إلى ما قاله ابن خويز منداد في الحر إذا كان لا قدرة له على التسري وله حاجة إلى النكاح يخاف منه العنت أن النكاح واجب عليه، وإذا كان واجبا فالعبد يشاركه فيها، ولأن بعض أصحابنا أوجبه للأب على ابنه. انتهى. والظاهر أنه يؤمر بالتزويج أو البيع لقوله عليه الصلاة والسلام: {لا ضرر ولا ضرار¹}. انتهى كلام التوضيح.

وقال في العتبية في رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب السلطان: وسئل مالك عن العبد يشكو العزبة فيسأل سيده أن يبيعه لذلك، ويقول وجدت موضعا؟ [قال ليس ذلك⁸⁰⁸] على سيده أن يبيعه، ولو جاز ذلك لقال ذلك المخدم. قال ابن رشد: وهذا كما قال إنه ليس على الرجل [واجبا⁸⁰⁹] أن يبيع عبده ممن يزوجه إذا سأله ذلك وشكى العزبة، وإنما يرغب في ذلك ويندب، وليس امتناعه منه من الضرر الذي يجب به بيعه عليه، كما ليس عليه أن يزوجه واجبا إذا سأله ذلك لأن قول الله عز وجل: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ ليس على الوجوب، إنما هو أمر بالإنكاح على سبيل الحض والترغيب، وإنما يباع عليه إذا ظهر ضرره من تجويعه وتعريته [وتكليفه⁸¹⁰] من العمل ما لا يطيق وضربه في غير الحق إذا تكرر منه ذلك أو كان شديدا منهكا، وهذا مما لا أعلم فيه اختلافا. انتهى. ونقل في النوادر كلام العتبية في آخر كتاب الأقضية الثاني في ترجمة الرفق بالملوك، والنهك المبالغة في العقوبة. قال في الصحاح: نهكه السلطان عقوبة ينهكه نهكا [ونهكة⁸¹¹] إذا بالغ في عقوبته. انتهى. والله أعلم.

فرع: قال الشيخ أبو الحسن في شرح مسألة عقد أحد الشريكين على الأمة المشتركة: ولا يجوز لأحد أن يزوجه الأمة لطول غيبة/ سيدها أو لعزلها. انتهى.

426

ص: ولا مالك بعض وله الولاية والرد ش: يعني أن مالك بعض الرقيق ليس له جبره على النكاح سواء كان البعض الآخر حرا أو رقيقا، إلا إذا اتفق المالكان على الجبر فلهما ذلك، وإذا انتفى عن مالك

الحديث

1- لا ضرر ولا ضرار. الموطأ، كتاب الأقضية، دار الكتب العلمية، ج2 ص469.

⁸⁰⁸ - ساقطة من المطبوع وبيم 125 وما بين المعقوفين من ن عدود ص425 وم171 والشيخ 201 مايابى 289.

⁸⁰⁹ * - في المطبوع واجب وما بين المعقوفين من البيان ج9 ص317.

⁸¹⁰ * - في المطبوع وبيم 125 تكلفه وما بين المعقوفين من م171 وسيد70 ومايابى 289.

⁸¹¹ - في المطبوع وبيم 125 ونهكه وما بين المعقوفين من ذي ص425 وم171 وسيد70 ومايابى 289.

متن الخطاب البعض الجبر فله الولاية على الأمة، وله رد نكاحها ونكاح العبد إذا [تزوجا]⁸¹² بغير إذنه، ويشكل عليه أن كلامه يقتضي [أنه]⁸¹³ إذا زوج الأمة المشتركة أحد السيدين أن للآخر الإجازة والرد وليس كذلك، قال في النكاح الأول من المدونة: ولا ينكح أمة أو عبد بين رجلين إلا بإذنهما، فإن عقد أحد الشريكين للأمة بصدّاق مسمى لم يجر وإن أجازة السيد الآخر، ويفسخ وإن [دخلت،]⁸¹⁴ ويكون بين السيدين الصداق المسمى إن [دخلت،]⁸¹⁵ فإن نقص عن صداق المثل أتم للغائب نصف صداق المثل إن لم يرض بنصف التسمية. انتهى. ولا يصح أن يقال يندفع الإشكال بأن يكون الألف واللام في الولاية والرد للعهد؛ يعني أن الولاية المعهودة في الأمة المملوكة جميعا لشخص واحد والرد الذي للسيد في [رقيقه]⁸¹⁶ الإناث والذكور كل على حسب ما تقرر فيه، وإنما لم يصح هذا لأن الولاية المعهودة في الأمة المملوكة جميعا لشخص واحد ولاية الجبر وقد نفاهما، وقال ابن الحاجب: وإذا [أنكح]⁸¹⁷ الأبعد مع وجود المجبر لم يجر ولو أجازة كالأب، ومثله السيد في أمته على الأرجح ولو كان شريكا. قال في التوضيح: وقيل يجوز في الأمة لخفة الأمر فيها، والأصح ومقابله روايتان. فرع: وعلى المشهور أنه لا بد من فسخه، فإن فسخ قبل البناء سقط الصداق عن الزوج، ورجع به إن استهلكته أو [بما]⁸¹⁸ نقص إن تجهزت به [ولم]⁸¹⁹ يساوه [الجهاز على]⁸²⁰ الذي زوجه إن غره ولم يعلمه أنه شريك؛ يريد ويأخذ الجهاز وإن فسخ بعده، [فإن]⁸²¹ أجازة الشريك فإنما له نصف المسمى، وإن لم يجره أو أجازة ولم يرض بالصداق فالمشهور أن له الأكثر من المسمى وصداق المثل، ويرجع الزوج بالزائد على الذي زوجه إن غره، [ويرد]⁸²² الجهاز بأن قال هي حرة أو هي لي وحدي، والشاذ لأشهب [إنما له]⁸²³ نصف المسمى. ابن المواز: ولا شيء للعائد من الصداق إن غره؛ [بأن]⁸²⁴ قال هي حرة أو هي لي وحدي. قال الشيخان أبو محمد وأبو الحسن:

- 812- في المطبوع تزوجها وم 171 مايابى 290 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426 ويم والشيخ 201.
813- ساقطة من المطبوع وم 171 والشيخ 202 مايابى 290 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426.
814- في المطبوع دخل ويم 126 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426 وم 171 والشيخ 202 مايابى 290.
815- في المطبوع دخل ويم 126 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426 وم 171 والشيخ 202 مايابى 290.
816- في المطبوع رقيق ويم 126 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 426 وم 171 والشيخ 202 مايابى 290.
817- في المطبوع نكح وم 171 ويم 126 مايابى 290 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426 والشيخ 202.
818- في المطبوع أو ما ويم 126 مايابى 290 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426 وم 171 والشيخ 202.
819- في المطبوع وإن لم ويم 126 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426 وم 171 والشيخ 202 مايابى 290.
820- في المطبوع رجع ويم 126 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426 وم 171 والشيخ 202 مايابى 290.
821- في المطبوع ويم 126 والشيخ 202 وم 171 ومايابى 290 وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426.
822- في المطبوع يريد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426 وم 171 ويم 126 والشيخ 202 مايابى 290.
823- في المطبوع أن ماله وما بين المعقوفين من م 171 وسيد 70 ومايابى 290 ويم 126 والشيخ 202.
824- في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426 وم 171 ويم 126 والشيخ 202 مايابى 290.

نص خليل وَالْمُخْتَارُ وَلَا أَنْتَى بِشَائِبَةٍ وَمَكَاتِبٍ بِخِلَافٍ مُدْبِرٍ وَمُعْتَقٍ لِأَجَلٍ إِنْ لَمْ يَمْرُضِ السَّيِّدُ وَيَقْرُبِ الْأَجَلَ ثُمَّ أَبٌ.

متن الخطاب وإذا رجع على الغار بما دفع إليه ترك له ربع دينار، وقيل لا يترك له شيء، وهذا إذا رضي الشريكان في الأمة بقسم المال، وإن أباهما أحدهما فعلى الزوج أن يكمل [لهما⁸²⁵] صداق المثل على المشهور ويكون [بيدهما،⁸²⁶] فإذا اقتسماه رجع على الذي زوجها منه بما استفضل في نصفه إن لم يكن غره، وبجميع الزيد إن غره كما ذكرناه. اهـ كلام التوضيح. ويمكن أن يخرج هذا من كلام المصنف لنفيه عنه الجبر، وهذا مجبر إذا وافقه شريكه.

قال ابن عرفة: المالك ولو تعدد يجبر عبده وأمه. اهـ. وهذا هو الظاهر، فيكون داخلا في قوله بعد: "وبأبعد مع أقرب إن لم يجبر". انتهى. فتحصل من هذا أن مالك البعض ولو انتفى عنه الإيجاب فلا تنتفى عنه الولاية، سواء كان البعض الآخر ملكا لآخر أو حرا، فإن تزوج العبد أو الأمة بغير إذنه فإن كان البعض الآخر ملكا لآخر فتقدم حكمه، وإن كان حرا فقال ابن الحاجب: ومن بعضه حرا لا يجبر، ولكنه كمالك الجميع في الولاية والرد. قال في التوضيح: لأن البعض الحر لا تصرف له فيه، قال في البيان: [ولا خلاف⁸²⁷] في ذلك، وقوله: "كمالك الجميع" [أي ولكن مالك البعض كمالك الجميع⁸²⁸] في الولاية على الأمة وفي رد نكاح العبد أو الأمة إذا [تزوجا⁸²⁹] بغير إذن السيد. انتهى.

وقال ابن عبد السلام: يعني أن المعتق بعضه والمعتق بعضها -سواء كان الجزء العتيق يسيرا أو كثيرا- لا يجبر واحد منهما على التزويج؛ إذ لا تسلط للمالك إلا على الجزء الرقيق، فلو أجبر السيد الأمة أو العبد المذكورين على النكاح لكان متصرفا في ماله ومال غيره، ومعنى قوله: "ولكنه كمالك الجميع [في الولاية والرد]" أن الجبر أخص من الولاية فلا يلزم من نفيه نفيها، بل يبقى له حق الولاية كمالك الجميع،⁸³⁰ ويفترقان في الإيجاب خاصة، وهذا بالنسبة إلى الأمة المعتق بعضها، وأما العبد المعتق بعضه فلا يتصور فيه إلا الجبر خاصة، فإذا انتفى الجبر لم يبق هناك مانع، فقال: ولكنه كمالك الجميع في الولاية بالنسبة إلى الأمة، وفي الرد بالنسبة إلى العبد [أو إليها⁸³¹] انتهى. وهذا يقتضي أن من بعضها حر إذا تزوجت بغير إذن من له البعض فنكاحها باطل، وهو ظاهر؛ لأن غايتها أن تكون كأحد الشريكين في الأمة. والله أعلم.

ص: والمختار ولا أنتى بشائبة ومكاتب ش: تصوره من كلام الشارح ظاهر، وحيث انتفى إيجاب السيد عنهم فلا تنتفى ولايته عنهم، وله فسخ النكاح إن وقع [منهم⁸³²] بغير إذن، قال المتيطي

الحديث

825- في المطبوع لها وم 171 ويم 126 والشيخ 202 مايابى 290 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426.

826- في المطبوع بيدها وم 171 ويم 126 والشيخ 202 مايابى 290 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426.

827- * في المطبوع خلاف وما بين المعقوفين من ن ذي ص 426.

828- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 429 وم 171 ويم 126 والشيخ 202 مايابى 290.

829- في المطبوع ويم 126 تزوجها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426 وم 171 والشيخ 203 مايابى 290.

830- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 426 وم 171 ويم 126 مايابى 290.

831- في المطبوع أو وليهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 427 (وم 171 ويم 126 والشيخ 203 مايابى 291 أو إليهما).

832- ساقطة من المطبوع ويم 126 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 427 وم 172 والشيخ 203 مايابى 291.

نص خليل

وَجَبَرَ الْمَجْنُونَةَ وَالْبَكَرَ وَلَوْ عَانِسًا إِلَّا لِكَخْصِيٍّ عَلَى الْأَصْحِ وَالْثَّيْبِ إِنْ صَغُرَتْ أَوْ بَعَارِضُ أَوْ بِحَرَامٍ وَهَلْ
إِنْ لَمْ تُكْرَرْ الزَّانَا تَأْوِيلَانِ لَا يَفْسِدُ وَإِنْ سَفِيهَةٌ وَبَكَرًا رُشِدَتْ أَوْ أَقَامَتْ بَيْتَهَا سَنَةً وَأُنْكَرَتْ وَجَبَرَ وَصِيُّ
أَمْرُهُ أَبٌ بِهِ أَوْ عَيْنٌ [لَهُ⁸³³ س] الزَّوْجَ وَالْأَ فَخِلَافَ وَهُوَ فِي الثَّيْبِ وَلِيُّ وَصَحَّ إِنْ مُتْ فَقَدْ زَوَّجَتْ ابْنَتِي
بِمَرْضٍ وَهَلْ إِنْ قَبِلَ يَقْرُبَ مَوْتَهُ تَأْوِيلَانِ ثُمَّ لَا جَبَرَ فَالْبَالِغُ إِلَّا يَتِيمَةً خِيفَ فَسَادُهَا وَبَلَغَتْ عَشْرًا
وَشُورَ الْقَاضِي.

متن الخطاب

بعد أن ذكر الأقوال الأربعة التي ذكرها الشارح: واختيار اللخمي ولا يجب لأحد من هؤلاء أن ينكح
إلا بإذن السيد. انتهى. وفي النكاح الأول من المدونة في ترجمة نكاح الخصي والعبد: ولا يتزوج
مكاتب ولا مكاتبة بغير إذن السيد لرجاء فضل أو غيره لأن؛ ذلك يعيبهما إذا عجزا، فإن فعلا
فلسيد فسخه. انتهى.

ص: وجبر المجنونة ش: قال في التوضيح: وينبغي أن يلحق بالأب القاضي، وهذا إذا كانت لا
تفريق، وأما إذا أفاقت أحيانا فلتنتظر إفاقتها. انتهى. وفي شرح العمدة لمصنفها ما نصه: ولا يزوج غير
الأب من الأولياء إلا بإذن، ومن لا إذن لها كالمجنونة والسفينة لا يزوجها إلا من له ولاية الإجماع
والحاكم، والبلوغ المعتبر في الإذن بلوغ المحيض. قال ابن حبيب: أو بلوغ ثمان عشرة سنة،
واختلف في الإنبات فاعتبره ابن القاسم في المحتاجة لدفع الضرر، ولم يعتبره ابن حبيب وقال: إن
زوجت فسخ وإن بنى بها، وقال غيره لا يفسخ لأنه مختلف فيه. انتهى. وسيأتي الكلام على البلوغ
عند قوله: "فالبالغ".

ص: والبكر ش: ويستحب للأب استئذانها. قال ابن العربي في العارضة: بواسطة لا مشافهة؛
لأنها إن استحيت من ذكر النكاح مرة استحيت من ذكره مع أبيها مرارا، وقال فيها: قوله في
الحديث: {آمروا النساء في بناتهن¹} هذا غير لازم بالإجماع، وإنما هو مستحب، فربما يكون عند
أمرها رأي صدر عن علم بها أو بالزوج، ولأنه إذا كان برضاها حسنت صحبة زوج ابنتها.

ص: إلا لكخصي ش: انظر ما قاله هنا مع قوله فيما يأتي: "ولأم التكلم في تزويج الأب".
ص: وهل إن لم [تكرر⁸³⁴] الزنا تأويلان ش: قال في العارضة: هذا إذا كانت مشهورة/ محدودة،
وأما إن كانت غير مشهورة فلا يجوز أن يرتب نكاح على ما لم يثبت، بل يجب الحد على من
ذكره. والله أعلم.

ص: وهو في الثيب ولي ش: وهل يقدم على الولي، أو يقدم عليه الولي؟ قولان والقول بتقديم
الوصي قال فضل هو قول مالك وأصحابه المدنيين والمصريين. انتهى من التوضيح. وقال ابن سلمون
وصي الأب أولى من الأولياء في مذهب مالك وابن القاسم، ويشاور الولي. انتهى. وقال في الإرشاد:
ووصي الأب مقدم في البكر وفي الثيب أسوتهم. انتهى.

ص: فالبالغ ش: قال في الجواهر: السبب الثالث من أسباب الولاية العصوبة كالبنوة والأخوة

الحديث

1- سنن أبي داود، كتاب النكاح، دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 2095.

⁸³³ س - عين الزوج نسخة.

⁸³⁴ - في المطبوع يتكرر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 427 وم 172 ويم 127 والشيخ 203 ما يابى 291.

نص خليل

وَالْأَصَحُّ إِنْ دَخَلَ وَطَالَ وَقُدِّمَ ابْنُ فَابْنِهِ فَابْنُ فَاخُ فَابْنُهُ فَجَدُّ فَعَمُ فَابْنُهُ وَقُدِّمَ الشَّقِيقُ عَلَى الْأَصَحِّ وَالْمُخْتَارُ فَمَوْلَى
ثُمَّ هَلِ الْأَسْفَلُ وَبِهِ فُسِّرَتْ أَوَّلًا وَصَحِّحَ فَكَافِلٌ وَهَلْ إِنْ كَفَلَ عَشْرًا أَوْ أَرْبَعًا أَوْ مَا يُشْفِقُ تَرَدُّدُ وَظَاهِرُهَا شَرْطُ الدَّائَةِ.

متن الخطاب

والجدودة والعمومة، ولا تفيد إلا تزويج العاقلة البالغة برضاها، ثم قال: البلوغ المعتبر في التزويج هو الحيض. قال ابن حبيب: أو بلوغ ثمان عشرة سنة، واختلف في الإنبات، ثم إن [زوجت] ⁸³⁵ به فقال ابن حبيب يفسخ قبل البناء وبعده، وقال محمد لا يفسخ إذا أنبتت، وقال الشيخ زروق في كتاب الحج: فأما الاحتلام والحيض والحمل فلا اختلاف في كونها علامات، ويصدق في الإخبار عنها نفياً، طالبا كان أو مطلوبا، انظر بقية كلامه في باب الحج. وفي البرزلي: وسئل السيوري عن البكر اليتيمة تريد النكاح وتدعي أنها [حاضت] ⁸³⁶ هل يقبل قولها، أو ينظر إليها هل أنبتت أم لا؟ اهـ. [فأجاب يقبل منها إذا أمكن.

قلت: قد تجري على أحكام الحدود والعبادات هل ينظر إليها أم لا؟ ⁸³⁷ اهـ. وسئلت عن بكر غاب أبوها ودعت إلى التزويج وادعت البلوغ؟ فأجبت: إذا غاب الأب عن ابنته البكر غيبة انقطاع بمعنى أنه لا يرتجى قدومه أو غاب غيبة طويلة، وكانت المسافة بعيدة كالشهرين ونحوهما، ودعت البنت البكر إلى التزويج فإن القاضي يزوجه إذا كانت بالغاً، وللبلوغ خمس علامات؛ الاحتلام والإنبات والحيض والحمل والسن وهو [ثمان] ⁸³⁸ عشرة سنة على المشهور، ويقبل قولها في ذلك إذا أشبه، وأما إن كانت غير بالغ فلا تزوج، إلا إذا خيف عليها الفساد، أو احتاجت إلى النفقة. والله أعلم. ص: وإلا صح إن دخل وطال ش: هذا الذي مشى عليه المصنف من أنه إذا زوجت اليتيمة، ولم يخف عليها الفساد، أو لم تبلغ عشر سنين، أو لم/ يشاور القاضي فسخ قبل [الدخول] ⁸³⁹ وبعده ما لم يطل بعد الدخول [هو] ⁸⁴⁰ الذي قال في المتيتية إنه المشهور، وقال الشيخ أبو الحسن الصغير: المشهور أنه يفسخ أبداً، وهو الذي ذكره ابن حبيب، وعزاه إلى مالك. وقال قبل هذا الكلام: وإذا فسخ هذا النكاح على قول من فسخته فالفسخ فيه بطلاق، وما طلق فيه الزوج قبل الفسخ لزمه ويكون فيه الميراث بينهما إن مات أحدهما قبل الفسخ ويكون فيه جميع الصداق المسمى في الموت قبل الدخول وبعده ونصفه إن طلق قبل الدخول وقبل الفسخ. اهـ. ونحوه في المتيتية وابن سلمون. ص: وقدم ابن فابنه ش: يعني أن الابن مقدم على سائر الأولياء، وكذلك ابن الابن وإن سفل. تنبيهه: هذا إذا لم تكن الابنة في حجر أبيها أو في حجر وصي لها، أما إن كانت في حجر أبيها أو

429

الحديث

⁸³⁵ - في المطبوع ویم 127 والشیخ 204 تزوجت وما بین المعقوفین من ن عدود ص 428 وم 172 وما یابی 291.

⁸³⁶ - في المطبوع حائض وما بین المعقوفین من ن عدود ص 428 وم 172 ویم 127 والشیخ 204 ما یابی 291.

⁸³⁷ - ساقطة من المطبوع وما بین المعقوفین من ن عدود ص 428 وم 172 ویم 127 والشیخ 204 ما یابی 291.

⁸³⁸ * - في المطبوع ثمانی وما بین المعقوفین من ن عدود والشیخ 204.

⁸³⁹ - في المطبوع البناء ویم 127 وما بین المعقوفین من ن عدود ص 429 وم 172 والشیخ 204 ما یابی 292.

⁸⁴⁰ - في المطبوع وهو وم 172 ویم 127 والشیخ 204 ما یابی 292 وما بین المعقوفین من ن عدود ص 429.

فَحَاكِمٌ فَوَلَايَةٌ عَامَّةٌ مُسْلِمٍ.

نص خليل

متن الخطاب وصيها فالأب مقدم على الابن، وكذلك الوصي ووصي الوصي. قاله في الوثائق المجموعة وطرر ابن عات، وذكره في شرح رجز ابن عاصم.

ص: فحاكم ش: لا بد من إثبات فصول عند زواجها. ذكره صاحب النوادر وصاحب التلحين وصاحب المفيد والمتيطي وابن سلمون وابن فرحون في تبصرته والبرزلي وغيرهم، قال في المتيطية: فصل إذا لم يكن للثيب ولي ممن ذكرنا ورفعت أمرها إلى السلطان وهي ثيب، وزعمت أنها لا ولي لها، وأنها ثيب مالكة أمر نفسها خلو من زوج وفي غير عدة منه كلفها الإمام إثبات ذلك، قال فضل بن مسلمة وتثبت عنده أنها حرة، وهكذا ذكره أصبغ في كتاب القضاء، وأنها لا تصدق أنها لا زوج لها حتى تثبت أنها خلو من زوج وفي غير عدة منه، وأنها حرة مخافة أن تكون أمة قوم، قال الباجي: وهذا على مذهب من يقول من أصحاب مالك، وهو أشهب وغيره إن الناس بين حر وعبد، وأما على مذهب ابن القاسم الذي يقول إن الناس أحرار فلا تحتاج إلى أن تثبت أنها حرة، فإذا ثبت ما ذكرنا وحضرت مع الخاطب عنده، واتفقا على النكاح والصداق، وأقرت عنده بالرضا والتفويض عقد نكاحها، أو قدم من يباشر عقده. اهـ. ثم قال: وقولنا في المرأة إنها خلو من زوج وفي غير عدة منه، وأن لا ولي لها، وأن ذلك في علم من شهد به هو الصواب؛ لأن المرأة قد يمكن أن يكون لها ولي أو زوج ولا يعلمه الشهود. اهـ.

وما ذكره عن فضل بن مسلمة نحوه للبرزلي ونصه: وزاد فضل/ ابن مسلمة في وثائقه أنها حرة، وذكره أصبغ في كتاب القضاء إذ لعلها مملوكة. الباجي: هذا على قول أشهب إن الناس بين حر وعبد، وعلى قول ابن القاسم إنهم أحرار فلا يحتاج. اهـ. وذكرها أيضا في المسائل الملقوطة عن الجزولي، وذكر أيضا [أنها⁸⁴¹] تثبت أنها حرة، وذكر في موضع آخر أنه لا يحتاج إلى ذلك عند ابن القاسم، وذكر في الباب الثامن والعشرين من التبصرة أنها لا تحتاج إلى إثبات الحرية، وقال في التبصرة أيضا في الفصل الخامس من القسم الثالث في الركن السادس: مسألة: قال ابن راشد: في المذهب ينبغي للحاكم أن لا يمكن المرأة من النكاح إلا بعد ثبوت ما يتوصل به إلى ذلك، وذلك على ثلاثة أقسام؛ الأول: البكر اليتيمة البلدية إذا أرادت الزواج كلفها إثبات يتمها وبكارتها وبلوغها وخلوها من زوج، وأنهم ما علموا أن أباهما أوصى بها إلى أحد، [ولا أن أحدا⁸⁴²] من القضاة قدم عليها مقدما، وتثبت أيضا [أنها لا ولي⁸⁴³] [نسب⁸⁴⁴] لها، أو أن لها وليا [هو⁸⁴⁵] [أحق بعقد النكاح عليها، وتثبت⁸⁴⁶] كفاءة الزوج وأن الصداق صداق مثلها على مثله. قال فضل بن مسلمة: وأنها حرة ويسمع الشهود

430

الحديث

841- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 430 وم 172 والشيخ 205 ويم 128 ماي 292.

842- في المطبوع أحد وأن لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 430 والشيخ 205 ماي 293.

843- في المطبوع أن الأولى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 430 ويم 128 والشيخ 205 ماي 293.

844- في المطبوع بنسب وما بين المعقوفين من تصحيات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في الشيخ 205.

845- في المطبوع فهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 430 وم 172 ويم 128 والشيخ 205 ماي 293.

846- في المطبوع ويثبت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 430 ويم 128 والشيخ 205 ماي 293 (وم 172 وتثبت).

وَصَحَّ بِهَا فِي دَنِيَّةٍ مَعَ خَاصٍّ لَمْ يُجْبَرْ [كَشْرِيفَةً دَخَلَ⁸⁴⁷ س] وَطَالَ.

نص خليل

منها رضاها بالزوج وبالصدّاق، وأنها فوّضت للقاضي في إنكاحها بذلك، وسماعهم منها صمتاً لا نطقاً، الثاني: الثيب البلدية وإذا طلبت الثيب البلدية الزواج كلفها أن تثبت أصل الزوجية وطلاق الزوج لها أو وفاته عنها وأنها لم تخلف زوجاً [إن⁸⁴⁸] تخلل ذلك طول، وأن لا ولي لها، الثالث: أن يكون الأب غير معروف ويأتي إلى الحاكم ليزوج ابنته فقد كلفه بعض قضاة العصر أن يثبت أن له ابنة. اهـ. وذكر في المسائل الملقوطة في موضع آخر مسألة، ونصها: وإذا قدمت المرأة من بلد بعيد بحيث لا يمكن أن تكلف البينة فقالت لا زوج لي فإنها تصدق، وذكرها أبو محمد في النوادر وفي الأحكام لابن أبي زمين، وقال الباجي في وثائقه: إذا قالت كان لي زوج ففارقني في الطريق، ولا أدري أحي هو أو ميت، فلها أن تقف إلى الشهود وتطلق نفسها لعسر النفقة، ولا ترجع إلى القاضي لأنه لا يقضي إلا ببينة. اهـ من التقييد على التهذيب لأبي إبراهيم الأعرج. اهـ كلام المسائل الملقوطة. وفي باب الطلاق على الغائب لعدم النفقة مسائل من هذا المعنى.

متن الخطاب

تنبيهان: الأول: الفصول التي يحتاج إلى إثباتها عند الحاكم إذا أراد أن يزوج إذا كان القاضي هو المتولي للعقد فتثبت عنده، وإن كان القاضي قدم رجلاً للمناكح، فإن كان فوض إليه إثبات تلك الفصول فتثبت عنده، وإلا لم يصح له تزويج المرأة حتى تثبت تلك الفصول عند القاضي ويعلمه القاضي بذلك. قاله ابن رشد في نوازل.

الثاني: فإن زوجها القاضي من غير إثبات ما ذكر فالظاهر أنه لا يفسخ حتى يثبت ما يوجب فسخ النكاح [من⁸⁴⁹] الموانع، فإن هذه موانع يطلب انتفاؤها قبل إيقاع العقد، وإذا وقع العقد لم يفسخ حتى يثبت ما يوجب رفعه ولم أر في ذلك نصاً. والله أعلم.

ص: وصح بها في دنية مع خاص لم يجبر كشريفة دخل وطال ش: إنما تكلم المصنف على هذه المسألة بعد الوقوع، ولم يذكر حكم الإقدام على ذلك، قال في أوائل النكاح الأول من المدونة: يكره أن يتزوج الرجل امرأة بغير إذن ولي، قال أبو الحسن: يعني ولي خاص ثم قال في المدونة: قال ابن القاسم: فإن فعل كره له وطؤها حتى يعلم وليها فيجيز أو يفسخ. قال أبو الحسن: حمل بعض الشيوخ الكراهة على بابها وهو عندي مشكل؛ لأنه قال: يعاقب، وكيف يعاقب على المكروه؟ ويحسن أن يقال [في قولها: ⁸⁵⁰] وكره له وطؤها على المنع. اهـ. وإن اطلع على ذلك فلا شك أنه يوقف حتى ينظر هل يجيزه الولي أو يرده. قاله اللخمي فيما إذا كان الولي غائباً غيبة قريبة، ونقله عنه أبو الحسن، وهو يدل على المنع، وفيها قبل الكلام المتقدم: قيل لمالك من تزوج امرأة بغير إذن ولي بشهود أضرِبَ أحد منهم؟ فقال: أدخل بها؟

الحديث

⁸⁴⁷ س - كشريفة إن دخل نسخة.

⁸⁴⁸ - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 430 وم 172 ويم 128 والشيخ 205 مايابى 293.

⁸⁴⁹ - في المطبوع في وما بين المعقوفين من م 173 وسيد 71 ومايابى 293 ويم 129 والشيخ 206.

⁸⁵⁰ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 430 (وم 173 ويم 129 والشيخ 206 مايابى 293 في قوله).

وَأِنْ قَرَبَ فَلِلْأَقْرَبِ أَوْ الْحَاكِمِ إِنْ غَابَ الرَّدُّ وَفِي تَحْتُمِهِ إِنْ طَالَ قَبْلَهُ تَأْوِيلَانِ.

431 قالوا: لا، وأنكر الشهود أن يكونوا حضروا. / فقال: لا عقوبة عليهم، ابن القاسم: إلا أنني رأيت [منه⁸⁵¹] أنه لو دخل بها لعوقبت المرأة والزوج والذي أنكح، ويؤدب الشهود أيضا إن علموا. اهـ. [قال⁸⁵²] في التوضيح: قوله: "وأنكر الشهود الخ" أي أنكروا أن يكونوا علموا أن هذا النكاح لا يجوز بدليل قوله: ويؤدب الشهود إن علموا هكذا قال أبو الحسن، وجعل بعضهم فاعل أنكر ضميرا يعود إلى مالك؛ أي وأنكر مالك أن يكون الشهود يحضرون مثل هذا. اهـ. قال أبو الحسن: كما قال في موضع آخر، أنتم تقرؤون العلم وتشهدون على مثل هذا. اهـ. قال في التوضيح: وقيد الباجي عدم عقوبتهم قبل البناء بما إذا كان النكاح مشهورا. اهـ. وهو ظاهر لأنه إذا لم يكن مشهورا فهو نكاح سر، وهو يعاقب فيه قبل الدخول وبعده، قال اللخمي: أرى أنه لا عقوبة على الزوجين إذا كانا من أهل الاجتهاد وذلك مذهبهما، أو كانا مقلدين من يرى ذلك، أو كانا يجهلان ويظنان ذلك جائزا، وإن كانا ممن يعتقد فساد ذلك فتستحسن العقوبة، وكذلك البينة إذا علمت أنها تزوجت بولاية الإسلام ينظر إلى مذهبهما أو من يقلدانه. اهـ من أبي الحسن. وقال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: يعني إن عقد صاحب الولاية العامة مع وجود الولي المجبر وهو الأب والمالك والوصي الذي جعل له ذلك فالنكاح باطل يفسخ مطلقا. عياض: اتفاقا. وكذلك الخاص الغير المجبر مع المجبر يبطل عقده إلا ما تقدم في الكافل والحاكم في العضل.

تنبيهان: الأول: الدنية كالسوداء والمسلمانية والمعتقة. قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: ومن في معنهما ممن لا يرغب فيه بحسب ولا مال ولا جمال.

الثاني: يصح العقد بالولاية العامة في الدنية ولو تولى الزوج العقد بنفسه كما قاله اللخمي، وسيأتي كلامه عند قول المصنف: "وابن عم ونحوه". والله أعلم.

ص: وإن قرب فللأقرب أو الحاكم إذا غاب الرد ش: يعني إذا اطلع على النكاح الذي عقد بالولاية العامة مع وجود الولاية الخاصة في الشريفة، وكان ذلك بالقرب للولي [الأقرب⁸⁵³] أن يرده، وسواء دخل بها أو لم يدخل، قال في المدونة: قال ابن القاسم: إذا أجازة الولي جاز، دخل [الزوج⁸⁵⁴] أم لا، وإذا أراد فسخه بحدثن الدخول فذلك له، فأما إن طالعت إقامته معها وولدت الأولاد أمضيته إن كان صوابا ولم يفسخ، وقاله مالك. اهـ. فعلم من كلام ابن القاسم أنه إذا دخل وطال لم يفسخ، وهو الذي قدمه المؤلف، وعلم أيضا أنه إن لم يطل له الإجازة والرد دخل أم لا، وبقي ما إذا لم يدخل وطال، ففهم ابن التبان عنه أنه إذا طال تحتّم فسخه عنده، وعليه اقتصر ابن يونس، ونصه: تحصيل مذهب ابن القاسم فيها أنه إذا طال قبل البناء فلا بد من فسخه، وإن

851- في المطبوع منهم وم 173 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 431 وم 129 والشيخ 206 مايابى 293.

852- في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من ن ذي ص 431 وم 173 وم 129 والشيخ 206 مايابى 293.

853- في المطبوع الخاص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 431 وم 173 وم 130 والشيخ 207 (مايابى 294 القريب).

854- في المطبوع الولي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 431 وم 173 وم 129 والشيخ 206 مايابى 293.

وَبِأَبْعَدَ مَعَ أَقْرَبَ إِنْ لَمْ يُجْبَرْ وَلَمْ يَجْزُ كَأَحَدِ الْمُعْتَقِينَ.

نص خليل

[طال⁸⁵⁵] بعد البناء فلا بد من إجازته، وإنما يخير الولي في القرب، كذا كان يدرسه بعض من لقيته من بعض شيوخنا. اهـ. وكذا قال عنه في التوضيح، ونصه: واختلف الشيوخ في فهم هذا القول، فقال ابن التبان: إن كان قبل البناء بالقرب فللولي إجازته وفسخه، وإن طال قبله فليس له إلا الفسخ، وإن كان بقرب [البناء فللولي⁸⁵⁶] أيضا فسخه وإجازته، وإن طال بعده فليس له فسخه. قال عبد الحق: وقال غير ابن التبان إنه مخير قبل البناء وإن طال على مذهب ابن القاسم. اهـ. وإلى هذين التأويلين أشار المصنف بقوله: "وفي تحتمه إن طال قبله تأويلان" وقوله: "أو الحاكم إن غاب" ظاهره أنه ينتقل الأمر في ذلك إلى الحاكم إذا غاب الولي الأقرب ولا ينتقل للأبعد، وهو كذلك على مذهب المدونة، وظاهره سواء قربت غيبته أو بعدت، وليس كذلك فيما إذا قربت غيبته، بل يكتب إليه.

متن الخطاب

قال في المدونة: وإذا استخلفت امرأة على نفسها رجلا فزوجها ولها وليان؛ أحدهما أقعد بها من الآخر، فلما علما أجازاه الأبعد ورده الأقعد فلا قول هنا للأبعد بخلاف التي زوجها الأبعد وكـره الأقعد؛ لأن ذلك نكاح عقده ولي، وهذا نكاح/ عقده غير ولي، فلا يكون فسخه إلا بيد الأقعد، فإن غاب الأقعد وأراد الأبعد فسخه نظر فيه السلطان، فإن كانت غيبة الأقعد قريبة بعث إليه وانتظره ولم يعجل، وإن كانت غيبته بعيدة نظر السلطان كنظر الغائب في الرد والإجازة وكان أولى من الولي الحاضر. اهـ. وقال أيضا بعده بنحو الورقة: وإن كان وليها غائبا وقد استخلفت رجلا فزوجها [فرفع⁸⁵⁷] أمرها إلى الإمام قبل قدوم وليها نظر الإمام في ذلك، وبعث إلى وليها إن قرب فيفرق أو يترك وإن بعد نظر الإمام كنظره في الرد والإجازة، وقال غيره إن بعدت غيبة الولي لم ينتظر، وينبغي أن يفرق الإمام بينهما ويأتمن نكاحها منه إن أرادته، ولا ينبغي [أن يثبت⁸⁵⁸] نكاح عقده غير ولي في ذات الحال والقدر. اهـ.

432

فرع: قال في المدونة في هذا المحل: وإذا أراد الولي أن يفرق بينهما فعند الإمام إلا أن يرضى الزوج بالفراق دونه. اهـ.

ص: وبأبعد مع أقرب إن لم يجبر ش: يعني أن النكاح يصح إذا عقده الأبعد مع وجود الأقرب إذا لم يكن مجبرا ولو كان الأبعد هو الحاكم، قال في أوائل النكاح الأول [من⁸⁵⁹] المدونة: وإن لم يكن لها ولي فزوجها القاضي من نفسه أو من ابنه برضاها جاز ذلك؛ لأنه ولي من لا ولي له، وإن كان لها ولي فزوجها القاضي من نفسه أو من ابنه برضاها وأصاب وجه النكاح ولم يكن

الحديث

⁸⁵⁵ - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من ن عدود ص 431 وم 173 ويم 129 والشيخ 206 مايابى 293.

⁸⁵⁶ - في المطبوع البناء فليس للولي ويم 130 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 431 وم 173 والشيخ 207 مايابى 294.

⁸⁵⁷ - في المطبوع فرجع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 432 (وم 173 والشيخ 208 ويم 130 مايابى 294 فرفعت).

⁸⁵⁸ - في المطبوع إن ثبت وما بين المعقوفين من م 173 ويم 130.

⁸⁵⁹ - في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 432 وم 173 ويم 130 والشيخ 208 مايابى 295.

وَرِضًا الْبَكْرَ صَمْتُ كَتَفَوِيضِهَا وَتُدَبَّ إِعْلَامُهَا بِهِ وَلَا يُقْبَلُ مِنْهَا دَعْوَى جَهْلِهِ فِي تَأْوِيلِ الْأَكْثَرِ وَإِنْ مَنَعَتْ أَوْ نَفَرَتْ لَمْ تُزَوَّجَ لَا إِنْ ضَحِكَتْ.

نص خليل

[جورا⁸⁶⁰] فليس لوليها فسخ ذلك. أبو الحسن: قوله: "ولي من لا ولي له" مفهومه من لها ولي فليس بولي لها وليس كذلك، بل القاضي ولي [لكل⁸⁶¹] أحد. اهـ. وقوله: "إن لم يجبر" أي فإن كان الولي القريب مجبرا فلا يصح تزويج البعيد، والمجبر هو الأب والوصي. قال ابن عرفة: ولو أنكح بكرا ذات وصي بغير إذن وليها ففي تحتم الفسخ وإجازته بإجازة الوصي، ثالثها إن كان نظرا لم يفسخ لعياض عن ظاهرها وابن شعبان وبعض الشيوخ. اهـ. والمالك أيضا مجبر كما تقدم. تنبيهه: فإذا تعدد الأوصياء [أو كان⁸⁶²] وصي ومشرف فقال ابن رشد في الأجوبة: ليس إنكاح أحد الوصيين دون إذن صاحبه بمنزلة إنكاح الوصي دون إذن المشرف؛ لأن الوصيين وليان جميعا كالسيدين في الأمة لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالعقد عليها دون صاحبه إلا أن يوكله على ذلك، فإن فعل كان العقد فاسدا كنكاح عقده غير ولي، وأما المشاور فليس بولي، ولا له من ولاية العقد شيء، وإنما له المشاورة، فإن أنكح [الوصي⁸⁶³] دون إذنه فالعقد صحيح، إلا أنه موقوف على إجازته، فإن مات المشرف وقف على نظر القاضي. انتهى. ونقله ابن سلمون في أوائله، وفي النوادر إذا عقد كل واحد من الوليين على وليته فنكاح كل واحد منهما مردود، إلا أن يأذن كل واحد لصاحبه [فتكون⁸⁶⁴] للأول منهما، وذلك في الوصيين والسيدين. انتهى بالمعنى. تنبيهه: لو فرض للبننت أبوان كما في مسائل القافة، فانظر هل يكونان كالوصيين؟ وانظر في باب الوصايا كلام المدونة.

متن الخطاب

تنبيهه: يستثنى من مسألة المؤلف عضل الولي، ومسألة الكافل على أحد الأقوال. ص: ورضا البكر/ صمت كتفويضها ش: يعني أن الولي غير المجبر لا يزوج إلا برضاها، ويكفي في رضا البكر الصمات، وكذلك يكفي الصمات في تفويضها إليه العقد، قال المتيطي: وهذا هو ظاهر مذهب الموثقين قال: وانظر إذا كانت غائبة عن موضع الولي والزوج وأرادت التفويض إليه؟ والظاهر أنه لا بد من نطقها، ولا ينبغي أن يختلف في ذلك. انتهى. وفهم من كلام الشيخ أن الولي لا يعقد إلا بتفويض من المرأة، وهو قول ابن القاسم. قاله في التوضيح. فائدة: في الحديث: {البكر تستأذن وإذنها صماتها والأيم تعرب عن نفسها¹} أي تبين والأيم في

433

1- البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، رقم الحديث 5136، ولفظه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تتكح الأيم حتى تستأمر ولا تتكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم وكيف إذنها قال أن تسكت. - مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، رقم الحديث 1421، ولفظه الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها. قال نعم.

الحديث

⁸⁶⁰ - في المطبوع جور وم 173 مايابى 295 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 432 ويم 130 والشيخ 208.

⁸⁶¹ - في المطبوع كل وما بين المعقوفين من ن ذي ص 432 وم 173 ويم 130 والشيخ 208 مايابى 295.

⁸⁶² - في المطبوع وكان وما بين المعقوفين من ن ذي ص 432 وم 173 ويم 130 والشيخ 208 مايابى 295.

⁸⁶³ - في المطبوع الولي ويم 131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 432 وم 174 والشيخ 208 مايابى 295.

⁸⁶⁴ - في المطبوع فيكون ويم 131 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 432 وم 174 والشيخ 208 مايابى 295.

أَوْ بَكَتْ وَالتَّيْبُ تُعْرَبُ كَبِكْرٍ رُشِدَتْ أَوْ عُضِلَتْ أَوْ زُوِّجَتْ بَعْرَضٍ [أَوْ بَرَقٍ⁸⁶⁵] أَوْ [يَعِيبٍ⁸⁶⁶] نَسَ أَوْ يَتِيمَةٍ أَوْ
اِفْتِيَتْ عَلَيْهَا وَصَحَّ إِنَّ قَرَبَ رِضَاهَا بِالْبَلَدِ وَلَمْ يُقَرِّ بِهِ حَالُ الْعَقْدِ وَإِنْ أَجَازَ مُجْبِرٌ فِي ابْنٍ وَأَخٍ وَجَدَ فَوْضَ لَهُ أُمُورُهُ
بَبَيِّنَةٍ جَازَ وَهَلْ إِنَّ قَرَبَ تَأْوِيلَانِ.

نص خليل

اللغة من لا زوج له ذكرًا كان أو أنثى، بكرا كانت أو ثيبا، ولكن فهم من مقابلته بالبكر وتأنيث فعله
تخصيصه بالأنثى الثيب. والله أعلم.
ص: أو بكت ش: قال ابن عرفة: ففي كونه إنكارا قولاً الجلاب مع المتيطي عن ابن مسلمة وابن
مغيث قائلًا: نزلت فاختلف فيها، وحكم بإمضائه.
قلت: الصواب الكشف عن حال بكائها هل هو إنكار أو لا؟ انتهى. وعزا في التوضيح القول بأنه رضا
للموازية أيضا، ولم يعزه له ابن عرفة، فكأنه لم يره. والله أعلم.
ص: كبكر رشدت ش: يعني بعد البلوغ. قاله في معين الحكام.
فرع: فلو أراد الأب أن يرجع عن ترشيدها/ ويردها في ولايته فهل له ذلك؟ [فيه⁸⁶⁷] قولان حكاهما
في المعين. والله أعلم.

متن الخطاب

434

ص: أو افتيت عليها ش: يعني أنه لا يكون رضاها إلا بالنطق، قال في المدونة: قال ابن القاسم:
وإذا بلغت اليتيمة فزوجها وليها بغير أمرها، ثم أعلمها بالقرب فرضيت جاز، ولا يكون سكوتها هنا
رضا، ابن يونس: وإنما لم يجعل [هنا⁸⁶⁸] سكوتها رضا لتعديه في العقد قبل إعلامها، فزوال الحياء
عنها هو الذي أوجب أن [لا⁸⁶⁹] يكون صمتها رضا، والأول إنما عقد بعد إعلامها، فجعل سكوتها
رضا كما جاء في الحديث، ابن يونس: فإن زوجها بغير أمرها، ثم أعلمها بذلك فسكتت فأعلمها أن
سكوتها رضا وترك ردها له نطقا يكون رضا به وأشهد عليها بذلك، وكل ذلك [وهي⁸⁷⁰] ساكتة لعد
ذلك منها رضا، ولا كلام لها بعد ذلك، ابن المواز: قال أشهب عن مالك في امرأة زوجها أخوها، ثم
مات الزوج قبل البناء فقال: ورثته لم تكن رضيت قال: تسأل هي الآن، فإن قالت كنت رضيت
فذلك لها، ومن المدونة: وإن كانت بغير البلد أو فيه [وتأخر⁸⁷¹] إعلامها لم يجز وإن رضيت، قال
سحنون: وهذا قول مالك الذي عليه أصحابنا. انتهى. وقال في التوضيح في المسائل التي لا يعذر فيها
بالجهل: ومنها المرأة تزوج وهي حاضرة فتسكت ولا تنكر حتى يدخل بها الزوج، ثم تنكر النكاح
وتقول لم أرض به وتدعي الجهل. انتهى.
ص: وإن [أجاز⁸⁷²] مجبر الخ ش: تصوره واضح وقوله: "مجبر" يشمل البنت البكر والأمة،

الحديث

⁸⁶⁵ ن - أو رق نسخة.⁸⁶⁶ ن - أو عيب نسخة.⁸⁶⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 434 وم 174 ويم 130 والشيخ 209 مايابى 295.⁸⁶⁸ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 434 وم 174 والشيخ 209 مايابى 296.⁸⁶⁹ - ساقطة من المطبوع والشيخ 209 مايابى 296 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 434 ويم 131.⁸⁷⁰ - في ن ذي ومايابى 296 (هي).⁸⁷¹ - في المطبوع فتأخر ويم 131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 434 وم 174 والشيخ 209 مايابى 296.⁸⁷² - في المطبوع أجازته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 434 وم 174 ويم 131 والشيخ 209 مايابى 296.

وَفُسِّخَ تَزْوِيجُ حَاكِمٍ أَوْ غَيْرِهِ ابْنَتُهُ فِي كَعَشْرِ زَوْجِ الْحَاكِمِ فِي كَافْرِيقِيَّةَ [وُظْهَرَ⁸⁷³ س] مِنْ مِصَرَ وَتَوَلَّتْ
أَيْضًا بِالْإِسْتِيطَانِ كَغَيْبَةِ الْأَقْرَبِ الثَّلَاثَ وَإِنْ أُسِرَ أَوْ فَقِدَ فَلَا بُعْدَ.

نص خليل

وهو كذلك كما صرح به في النكاح الأول من المدونة [في⁸⁷⁴] ترجمة نكاح العبد بغير إذن سيده. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: وفسخ تزويج حاكم أو غيره ابنته في كعشر وزوج/ الحاكم في كإفريقية [وظاهرها⁸⁷⁵] من مصر وتأولت أيضا بالاستيطان كغيبه الأقرب الثلاث وإن أسر أو فقد فلا بعد ش: أشار رحمه الله بهذا الكلام إلى اختصار كلام ابن رشد في رسم مساجد القبائل من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح فإنه قال: غيبة الأب [عن⁸⁷⁶] ابنته البكر على ثلاثة أقسام: أحدها أن تكون قريبة كعشرة أيام وما أشبه ذلك فلا خلاف أنها لا تزوج في مغيبه، فإن زوجت فسخ النكاح، زوجها الولي أو السلطان. قاله في الواضحة. انتهى. قال في التوضيح: زاد في المتبعية عن ابن القاسم ويفسخ وإن ولدت الأولاد، وإن أجازها الأب. انتهى. وإلى هذا القسم أشار المصنف بقوله: "وفسخ [تزوج⁸⁷⁷] حاكم أو غيره ابنته في كعشر" والضمير في قوله: "ابنته" عائذ على المجرى في قوله: "وإن [أجاز⁸⁷⁸] مجبر الخ".

435

تنبيه: قيد الرجراجي عدم تزويجها بأن لا يتبين ضرر الأب، فإن تبين زوجت وهو ظاهر، وسيأتي كلامه، ثم قال ابن رشد: الثاني أن تكون غيبته بعيدة منقطعة مثل إفريقية أو طنجة أو الأندلس من مصر وما أشبه ذلك، فاختلف في ذلك على أربعة أقوال؛ أحدها أن الإمام يزوجه إذا دعت إلى ذلك [وإن⁸⁷⁹] كانت نفقته جارية عليها، ولم يخف عليها، ولا استوطن الأب البلد الذي هو به، وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية، وفي المدونة: وقد تؤول على المدونة من قوله فيها: وأما من خرج [تاجرا وليس⁸⁸⁰] يريد المقام بتلك البلدة فلا تهجم للسلطان على ابنته أنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد، ويطول مقامه فيه العشرين سنة والثلاثين حتى يؤيس من رجعت، وهذا قول ابن حبيب. الثالث: أنها لا تزوج أبدا وإن طال مقامه، وهو ظاهر قول مالك في الموازية، وهو قول ابن وهب

الحديث

⁸⁷³ س - كذا ضبطه عlish وهو ظاهر الدردير وظاهر الميسر أنه بالبناء للفاعل وكذا أحمد بابا وفي نسخة الشارح في الكبير طنجة بدل ظهر كما في تت عنه.

⁸⁷⁴ - في المطبوع وفي ويم 131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 434 وم 174 والشيخ 209 مايابى 296.

⁸⁷⁵ - صححها عدود في المواق بظهر وفي ن محمد يحيى "وُظْهَرَ" بالبناء للمفعول.

⁸⁷⁶ - في المطبوع وم 174 ومايابى 296 على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 435 ويم 132 والشيخ 209.

⁸⁷⁷ - في المطبوع نكاح ويم 131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 435 وم 174 والشيخ 210 مايابى 296.

⁸⁷⁸ - في المطبوع أجازها وما بين المعقوفين من م 174 وسيد 71 ومايابى 296 ويم 132.

⁸⁷⁹ - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 435 وم 174 وسيد 71 ومايابى 296 ويم 132.

⁸⁸⁰ - في المطبوع لغير مقام فلا يزوجه ولي ولا سلطان وإن أرادت ويم 132 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 435 وم 174 والشيخ 210 مايابى 296.

في رسم الأقضية من سماع يحيى. انتهى. [وقول⁸⁸¹] ابن رشد: "مثل إفريقية من مصر" تفسير منه؛ لقول مالك في كتاب النكاح الأول من المدونة: ومن غاب عن ابنته [البكر⁸⁸²] غيبة انقطاع كمن خرج إلى المغازي إلى مثل إفريقية والأندلس وطنجة فأقام بها فرفعت أمرها إلى السلطان فلينظر [لها⁸⁸³] وليزوجها، وأما إن خرج تاجرا أو في سفر لغير مقام فلا يزوجه ولي ولا سلطان وإن أرادته الابنة. انتهى. فحمل قوله في المدونة: "إلى مثل إفريقية" على أن المراد من مصر، واستبعد ذلك ابن عبد السلام، قال: لأن المسألة من كلام مالك في المدونة، ويحتمل أن يريد [مالك⁸⁸⁴] مثل إفريقية من المدينة. انتهى. وعلى ذلك حملها الرجراجي كما سيأتي في كلامه، وإلى هذا القسم أشار المصنف بقوله: "وزوج الحاكم في إفريقية وظهر من مصر وتؤولت أيضا بالاستيطان" فصدر بالقول الأول الذي صدر به ابن رشد، وقال إنه ظاهر المدونة والعقبة، وأشار إلى تفسير ابن رشد [المدونة⁸⁸⁵] بقوله: "وظهر من مصر"، ثم أشار إلى القول الثاني؛ لأن ابن رشد ذكر أن المدونة تؤولت عليه، وأفاد بقوله: "[أيضا⁸⁸⁶] أن المدونة تؤولت على الأول أيضا، واقتصر على [ذكر⁸⁸⁷] هذين القولين لقوتهما عنده؛ لأن المدونة تؤولت عليهما، وصدر بالأول؛ لأن ابن رشد ضعف القول الثاني، فإنه قال/ في آخر شرح هذه المسألة: وأما الاعتبار بالاستيطان فلا وجه له. انتهى.

436

تنبيهات: الأول: علم من كلام المدونة وكلام ابن رشد أن هذا الخلاف إنما هو إذا كانت غيبة الأب عن ابنته غيبة انقطاع، بمعنى أنه طالعت إقامته بحيث لا يرتجى قدومه بسرعة غالبا، وأما من خرج لحاجة أو تجارة ونيته العود ولم تطل إقامته فلا تزوج ابنته، وصرح بذلك الرجراجي وابن الحاجب وغيرهما، وربما يستروح ذلك من قول المصنف: "وتؤولت أيضا بالاستيطان" قال الرجراجي: غيبة الأب عن ابنته البكر على وجهين: غيبة انقطاع، وغيبة ارتجاع، وغيبة [الانقطاع إما على⁸⁸⁸] معنى الغلبة والاضطرار، أو على معنى الترفه والاختيار، فإن كانت على معنى الغلبة والاضطرار كالأسير، فإن كانت البنت في حرز [وتحصين⁸⁸⁹] ونفقة جارية ولم تدع إلى النكاح فلا تزوج في

- 881- في المطبوع وهو قول وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في مايابى 296 وسيد 72 ويم 130 وم 174.
882- ساقطة من المطبوع ويم 132 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 435 وم 174 والشيخ 210 مايابى 296.
883- في المطبوع ويم 130 إليها وما بين المعقوفين من سيد 72 ومايابى 296 وم 74.
884- في المطبوع ذلك وما بين المعقوفين من ن ذي ص 435 وم 174 ويم 132 والشيخ 210 مايابى 296.
885- في ن سيد 72 وم 174 ومايابى 297 للمدونة.
886- في المطبوع أولا ويم 132 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 435 وم 174 والشيخ 210 مايابى 297.
887- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 435 وم 174 ويم 132 والشيخ 210 مايابى 297.
888- في المطبوع انقطاع بمعنى ويم 132 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 436 وم 174 والشيخ 211 مايابى 297.
889- في المطبوع وتخصيص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 436 وم 175 ويم 132 والشيخ 211 مايابى 297.

متن الخطاب [غيبته⁸⁹⁰] إذ لا يجبرها سواه، وإن دعت إلى النكاح زوجت إن كانت بالغة، وإن كانت في غير حرز وتحصين، أو كانت في حرز ولا كفاية ولا مؤنة معها فإنها تزوج إذا خشي عليها الفساد والضيعة، دعت إلى النكاح أم لا، وإن كانت غيبة الانقطاع على معنى الترفه والاختيار فلا يخلو من أن تعلم حياته أو تجهل، فإن علمت حياته وكان موضعه قريبا فلا خلاف أنه لا يفتات عليه في إنكاح بناته دعون إلى ذلك أم لا، إلا أن يتبين ضرره بهن فيكون كالعاضل [الحاضر،⁸⁹¹] فإن الإمام يتقدم إليه إما أن يزوجه، وإلا زوجها عليه الإمام، وإن كان بعيد الغيبة كالأندلس من المدينة فالمذهب على قولين؛ أحدهما أنها تزوج بلا تفصيل، وهو ظاهر المدونة، والثاني أنها لا تزوج إلا أن يخشى عليها الفساد والضيعة، وهو ظاهر قول مالك في كتاب محمد، وإن جهلت حياته فظاهر [المدونة أن⁸⁹²] الإمام ينظر لها ويعقد عليها، ولمالك في كتاب محمد أن الأخ يزوجه برضاها، وهذا الخلاف مبني على الخلاف في المفقود هل حكمه حكم الحي أو الميت؟ وأما إن كانت غيبة الأب غيبة ارتجاع كمن خرج لتجارة أو لطلب حاجة فلا إشكال في هذا الوجه أنه لا يتعرض للنظر في أمور بناته على أي حالة هو عليها كما لو كان حاضرا. انتهى باختصار.

وقال ابن الحاجب: ويعتبر في غيبة أبي البكر إلى مثل إفريقية لغير تجارة، قال في التوضيح: واحترز بقوله لغير تجارة مما لو خرج إلى تجارة فإنها لا تزوج؛ لأن الغالب فيها أن يرجع عاجلا. انتهى. وقال ابن عبد السلام: ومراد المؤلف بقوله: "لغير تجارة" ما قاله في المدونة غيبة انقطاع، لكن فيه مسامحة؛ لأن غير التجارة أعم من الانقطاع، ومثل ما قال في المدونة نص عليه ابن المواز والقاضي عبد الوهاب. انتهى. فعلم من هذا أن المراد بقول المصنف: "زوج الحاكم في إفريقية" ما إذا كانت غيبته غيبة انقطاع؛ يعني أنه لا يرجى عوده بسرعة غالبا، وليس معناه الاستيطان الذي هو السكنى بنية عدم الانتقال؛ لأنه لا يشترط في القول الأول، وقوله في المدونة وابن الحاجب فيمن خرج لتجارة لا تزوج يريد -والله أعلم- إذا لم تطل إقامته، كما يفهم من قوله في التوضيح؛ لأن الغالب أن يرجع عاجلا، ويفهم أيضا ذلك من كلام عبد الوهاب الآتي. والله أعلم.

الثاني: ما ذكره من أنها تزوج في القول الأول الراجح وإن كانت نفقة الأب جارية عليها ولم يخف عليها الضيعة إنما ذلك إذا كانت بالغة، أما إذا كانت دون البلوغ ونفقتها جارية عليها، ولم يخف عليها الفساد فلا تزوج، وهذا ظاهر، فإن اليتيمة إذا كانت بهذه المثابة فلا تزوج فأحرى التي أبوها حي. نعم إذا خيف عليها الفساد أو انقطعت عنها النفقة فتزوج حينئذ قبل البلوغ، وصرح بذلك للخمى، ونقله أبو الحسن عن عبد الوهاب، قال للخمى: إذا كان سفر الأب قريبا لم تزوج، وكذلك إذا كان بعيدا أو أسر أو فقد وهي في حال صيانة ولم تدع إلى التزويج، فإن دعت إليه ولم تكن منه نفقة

⁸⁹⁰ - في المطبوع غيبة وما بين المعقوفين من م 175 وسيد 72 والشيخ 211 وم 132 وما يابى 297.

⁸⁹¹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 436 وم 175 والشيخ 211 ما يابى 297.

⁸⁹² - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 436 وم 175 والشيخ 211 ما يابى 297.

437 وهي تحت حاجة زوجت، وإن كانت نفقته جارية عليها وكان أسيرا أو فقيدا زوجت،/ واختلف إذا علمت حياته ولم يكن أسيرا فظاهر الكتاب أنها تزوج، وفي كتاب محمد لا تزوج، وإن خشي عليها الفساد زوجت ولم تترك، دعت إلى ذلك أم لا، والتزويج إذا كانت النفقة جارية عليها وهي بحال الصيانة إنما يصح بعد البلوغ، وإذا عدت النفقة وكانت تحت الحاجة أو خشي عليها الفساد يصح وإن لم يكن بلوغ. انتهى. وقال أبو الحسن الصغير: قال عبد الوهاب: إذا غاب الأب غيبة انقطاع، فإن كانت حياته معلومة ومكانه معروفا إلا أن استثنائه يتعذر وهي بالغة فاختلف في جواز نكاحها، فقال مالك يزوجها الإمام إن رفعت إليه، وقال عبد الملك لا يجوز إنكاحها في حياة الأب بوجه، وقال ابن وهب إن قطع عنها النفقة جاز إنكاحها برضاها، وإن أكرهها لم يجز، ووجه قول مالك أن طول غيبته ضرر بها فهو كما لو عضلها. انتهى.

الثالث: هذا الخلاف إنما هو إذا كانت نفقته جارية عليها، قال ابن رشد بعد حكاية الأقوال الأربعة المتقدمة: ولا اختلاف بينهم إذا قطع الأب عنها النفقة في غيبته وخشيت عليها الضيعة في أنها تزوج وإن كان ذلك قبل البلوغ، وإنما اختلفوا هل يزوجها هنا السلطان وهو المشهور، أو الولي وهو قول ابن وهب؟ والله أعلم. انتهى. وظاهر كلام عبد الوهاب المتقدم وكلام ابن يونس في التوضيح أن الخلاف جار، سواء كانت النفقة جارية أم لا، فتحصل في ذلك طريقتان، وقد تقدم أن الراجح أنها تزوج مع إجراء النفقة، فأحرى إن انقطعت. والله أعلم. ثم قال ابن رشد في الرسم المذكور: الثالث أن يكون الأب أسيرا أو فقيدا فلا اختلاف في أن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك، وإن كانت في نفقته وأمنت عليها الضيعة. اهـ.

وقال في التوضيح: المشهور أن الولي يزوجها وإن كانت نفقته جارية عليها، ولم يخف عليها الضياع، قال في المتيضية: وبهذا القول القضاء، وقال عبد الملك ليس لهم ذلك إلا بعد أربع سنين من يوم فقد، وقال أصبغ لا تزوج بحال. اهـ. [وفي المتيضية⁸⁹³] -وهو ظاهر كلام الشيخ زروق في شرح الإرشاد- [أن⁸⁹⁴] الولاية تنتقل للأبعد، ونصه: فإن أسر أو فقد انتقل للأبعد، وإن كان مجبرا على المشهور. المتيضي: وبه القضاء، وقال بعض الموثقين: وإذا فرعنا على المشهور فينبغي أن يثبت الولي عند الحاكم طول غيبة الأب وانقطاع خبره والجهل بمكانه، وحينئذ يبيح للولي إنكاحها. اهـ. وفي الطراز أن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك فجعل ذلك، للحاكم دون الولي، وهو الصواب أي وفرق بين هذه والتي قبلها. اهـ. وإلى هذا القسم أشار المؤلف بقوله: "وإن أسر أو فقد فالأبعد" فمشى على ما شهره في المتيضية، وأما قوله: "كغيبه الأقرب الثلاث" يعني أن المرأة إذا كان لها وليان أحدهما أقرب من الآخر فالولاية للأقرب، فإذا غاب هذا الأقرب فهل يسقط حقه وتنتقل الولاية للأبعد، أم لا؟ قال المصنف: "إن كانت غيبته على مسافة ثلاث ليال" يريد فأكثر فإن الولاية تنتقل للحاكم لا للأبعد؛ لأن غيبة الأقرب لا تسقط حقه، والحاكم وكيل الغائب، وهذا معنى قوله:

⁸⁹³ -ساقطة من المطبوع ويم 133 والشيخ 212 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 437 وم 175.
⁸⁹⁴ -في المطبوع وإن ويم 133 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 437 وم 175 والشيخ 212 ما يابى 298.

نص خليل

كَذِي رِقٍّ وَصَغِيرٍ [وَعَتِّهِ⁸⁹⁵ ن] وَأُنْثُوَّةٍ لَا فَسْقَ وَسَلَبَ الْكَمَالِ وَوَكَّلْتَ مَالِكَةً وَوَصِيَّةً وَمُعْتَقَةً وَإِنْ أَجْنَبِيًّا كَعَبْدٍ أَوْصِي وَمُكَاتَبٍ فِي أَمَةٍ طَلَبَ فَضْلًا وَإِنْ كَرِهَ سَيِّدُهُ وَمَنَعَ إِحْرَامًا مِنْ أَحَدِ الثَّلَاثَةِ كَكُفْرٍ لِمُسْلِمَةٍ وَعَكْسِهِ إِلَّا لَأَمَةٍ وَمُعْتَقَةٍ مِنْ غَيْرِ نِسَاءِ الْجِزْيَةِ وَزَوْجٍ الْكَافِرُ لِمُسْلِمٍ وَإِنْ عَقَدَ مُسْلِمٌ لِكَافِرٍ تَرَكَ وَعَقَدَ السُّفِيهُ ذُو الرَّأْيِ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ.

متن الخطاب

“كغيبية الأقرب الثلاث” ومفهومه أنه لو كانت غيبة الأقرب على مسافة أقل من ثلاث ليال لا تنتقل الولاية للحاكم وهو كذلك، إلا أن المصنف لم يذكر ما يفعل، والحكم في ذلك أنه يرسل الولي ويعلمه. قال ابن عرفة: وقرب غيبة الولي كحضوره وبعيدها. قال الشيخ: روى ابن وهب إن بعدت غيبة الولي زوج السلطان، ثم قال: وفي كون السلطان بغيبة الأقرب أحق من الأبعد، أو العكس قولها ونقل اللخمي. انتهى. وانظر إذا أسر الأقرب غير الأب أو فقد؟ وظاهر كلام الشيخ زروق في شرح الإرشاد أن الولاية تنتقل للأبعد، ونصه: فإن أسر أو فقد انتقل للأبعد وإن كان مجبراً على المشهور. المتيطي: وبه القضاء. اهـ. ويمكن أن يحمل كلام المصنف على ذلك ويكون قوله: “وإن أسر” أي الأب أو الولي الأقرب انتقلت الولاية/ للأبعد فتأمله. والله أعلم.

438

فرع: قال المتيطي: إذا زوج الحاكم فإن كانت بكراً ذكرت معرفة الشهود أن النكاح نظر لها، وأن الصداق مهر مثلها كما يفعل في الوصي؛ إذ العلة واحدة، ولا ينبغي أن يذكر في هذا النظر أنه ثبت عنده شيء مما يجب كما يفعل في إنكاحه لها غيره فانظره؟

ص: كذي رق وصغير وعته وأنثوة ش: مراد المصنف -والله أعلم- أن يذكر شروط الولي بنفي الولاية عن من اتصف بضد الشروط، قال ابن الحاجب: ولا ولاية لرقيق على ابنته ولا غيرها، ويقبل لنفسه ولموكله بإذن سيده وبغير إذن ولا صبي ولا معتوه، ولا تزوج امرأة نفسها ولا غيرها، بل تلي على عبدها وعلى الذكر المولاة هي عليه. قال في التوضيح: شروط الولاية ثمانية؛ ستة متفق عليها، واثنان مختلف فيهما، فالسنة أن يكون حراً بالغاً عاقلاً ذكراً حلالاً مسلماً، والاثنان أن يكون رشيداً عدلاً. اهـ. فمراد المصنف رحمه الله بكلامه هذا ذكر شروط الولاية بنفي الولاية عن من اتصف بضد الشروط، فهو مشبه بما تقدم في سقوط الولاية عن من اتصف بوصف من هذه الأوصاف لا في الانتقال، فقد لا يكون هناك غيره، وإلا فقد يشكل ذكر الأنثوة، سواء قلنا التشبيه راجع لانتقال الولاية أو لسقوطها؛ لأن المرأة إذا لم تكن وصية ومالكة ومعتقة لا يمكن أن توصف بالولاية؛ لأن أنوثتها لا تفارقها؛ بخلاف العبد والصبي والمعتوه، فإن المانع لهم عارض غير ذاتي يرتجى زواله. والله أعلم.

ص: كعبد أوصي ش: قال ابن رشد: وأما العبد والكافر في بناتهما فلا يعقدان النكاح عليهن ولا يستخلفان على ذلك أحداً، ولا اختلاف في هذا، فالعبد يزوج ابنه وابن من أوصى إليه، ولا يزوج/ ابنته [ولا يستخلف من يزوجه⁸⁹⁶] ويستخلف من يزوج ابنة من أوصى إليه ولا يزوجه هو وكذلك النصراني سواء مثل العبد في هذا، والمرأة تلي العقد على من إلى نظرها من الذكور ولا تليه

الحديث

⁸⁹⁵ ن - قوله عته يتحصل فيه من كتب اللغة ثلاث لغات فتح الحرفين وسكون الثاني مع ضم الأول وفتحه.
⁸⁹⁶ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 439 وم 176 وم 134 والشيخ 213 ما يابى 299.

نص خليل

وَصَحَّ تَوْكِيلُ زَوْجِ الْجَمِيعِ لَا وَلِيٍّ إِلَّا كَهُوَ وَعَلَيْهِ الْإِجَابَةُ لِكُفٍّ وَكُفُّهَا أُولَى فَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ ثُمَّ زَوْجٌ وَلَا يَعْضُلُ أَبٌ
بِكْرًا بَرْدٌ مُتَكَرِّرٌ حَتَّى يُتَحَقَّقَ وَإِنْ وَكَلْتَهُ مِنْ أَحَبِّ عَيْنٍ وَإِلَّا فَلَهَا الْإِجَارَةُ وَلَوْ بَعْدَ لَا الْعَكْسُ وَلَا ابْنُ عَمٍّ وَنَحْوِهِ
تَزْوِيجُهَا مِنْ نَفْسِهِ إِنْ [عَيْنٌ 897] بِتَزْوِجْتِكَ بِكَذَا وَتَرْضَى وَتَوَلَّى الطَّرَفَيْنِ وَإِنْ أَنْكَرْتَ الْعَقْدَ صَدَقَ الْوَكِيلُ إِنْ
ادَّعَاهُ الزَّوْجُ وَإِنْ تَنَازَعَ الْأَوْلِيَاءُ الْمُتَسَاوُونَ فِي الْعَقْدِ أَوْ الزَّوْجُ نَظَرَ الْحَاكِمُ.

متن الخطاب

عن من إلى نظرها من النساء لكنها تستخلف على ذلك رجلا يصح له العقد. اهـ. وانظر المسألة في
أول رسم من سماع ابن القاسم، وفي آخر رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب النكاح. والله أعلم.
ص: وصح توكيل زوج الجميع ش: يتناول بظاهره المحرم ولا يصح عقده. والله أعلم.
ص: لا العكس ش: يعني إذا وكل الرجل رجلا يزوجه ولم يعين له المرأة فزوجه امرأة، ولم يعينها
لزمه ذلك إذا كانت المرأة من من تليق به. قاله في المتيضية.
ص: ولا بن عم ونحوه إن عين تزويجها من نفسه بتزوجتك بكذا وترضى وتولى الطرفين
ش: قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: يعني أن الولي إذا كان ابن عم أو وصيا أو كافلا أو مولى أعلا
فأراد تزويج وليته من نفسه له ذلك ويتولى طرفي العقد فيعقد عليها لنفسه ولها على نفسه. قال في
المدونة: وليشهد على ذلك غيرهما، وللخمي عن المغيرة لا يعقد، ولا بد أن يوكل غيره فيزوجها منه،
والمشهور الأول، وعليه فلو قالت زوجني من من أحببت فزوجها من نفسه أو لغيره لم يجز حتى
يسمي لها من يزوجه منها، ولها أن تجيز أو ترد. اهـ.
وقال في شرح العمدة: فإذا رضيت به أشهد على رضاها خوف إنكارها، ولا يشترط ذلك، بل
يستحب، فإن كان عقد عليها من غير تعريفها فالمشهور أنه لا يلزمها. اهـ. ونحو ابن العم الحاكم،
وقد صرح به في المدونة، ونقله في الشامل، فظاهر إطلاقاتهم صحة ذلك في الولاية العامة، خصوصا
عبارة التلقين، ونصه: وللولي أن يلي نكاح نفسه من وليته التي يجوز له نكاحها بأي شيء كانت
ولايته. اهـ. وصرح بذلك اللخمي فقال ما نصه: باب إذا كان الزوج وليا هل توكله فيزوجها من
نفسه؟ اختلف فيه، فأجازه مالك وغيره من أصحابه فيكون زوجها وليا، وحكى ابن القصار عن المغيرة
وأحمد أن ذلك جائز إذا وكل غيره، وكذلك إذا كانت المرأة لا ولي لها، وصار الأمر إلى ولاية
الإسلام، أو كانت دنية لا قدر لها يجوز أن توكل من يزوجه على العقد فيعقد ذلك من نفسه وإن لم
يكن من أوليائها، ويمنع ذلك على قول المغيرة وغيره، إلا أن يوكل غيره يعقد لها منه، والأحوط أن
يوكل غيره، فإن [وكلته 898] مضى وجاز. اهـ. والله أعلم.
ص: وإن تنازع الأولياء المتساوون في الزوج أو العقد نظر/ الحاكم ش: هكذا ذكر في التوضيح عن
ابن سعدون أن قوله في المدونة: "وإن اختلفت الأولياء وهم في [القعد 899] سواء نظر السلطان"

440

الحديث

897 - إن عين تزويجها من نفسه نسخة. هذه النسخة هي الصحيحة التي في ق وح وعبق وخش والميسر وس وعليش
وإنما تبع المتن الدردير وكذا في نت.

898 - في المطبوع وكله وما بين المعقوفين من ن ذي ص 439 وم 176 ويم 134 والشيخ 214 ماي 300.

899 - في المطبوع العقد وم 176 ماي 300 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 440 والشيخ 214.

وَأَنْ أَذْنَتِ لَوْلِيَيْنِ فَعَقْدًا فَلِلأَوَّلِ إِنْ لَمْ يَتَلَذَّذْ الثَّانِي بِلَا عِلْمٍ وَلَوْ تَأَخَّرَ تَفْوِيضُهُ.

مقن الخطاب

يحتمل أن اختلافهم فيمن يعقد أو في الزوج، لكن قال ابن عرفة إن كان في الزوج تعيين من عينته المرأة إن كان كفواً وهو ظاهر، فتحمل المسألة فيما إذا لم تعيين أحداً وفوضت إليهم، وأما إذا اختلفوا في من يلي العقد فحصل ابن عرفة في ذلك ستة أقوال؛ الأول للخمي عن المدونة ينظر السلطان، الثاني لعبد الحق عن بعض القرويين تعيين المرأة أحدهم، الثالث للخمي عن ابن حبيب أفضلهم، فإن استووا فأسنهم، فإن استووا وليه كلهم إن تشاحوا، وزاد المتيطي والباجي عن ابن حبيب: وليس للمرأة أن تفوض لأحدهم دون سائرهم؛ لأنه حق الولي.

قلت: وعلى هذا اقتصر ابن الحاجب، وانظر قوله: "وليه كلهم" هل معناه أن يقولوا له جميعاً زوجناك فلانة؟ ولفظه في مختصر الواضحة: فإن استووا في الفضل والسن فذلك إليهم كلهم يجتمعون على عقد ذلك عليها. انتهى. ولا إشكال إن فوضوا جميعاً لرجل يعقد عليها. والله أعلم. الرابع للكافي أفضلهم فإن استووا عقد السلطان أو من يعينه منهم، الخامس أيضاً يعين أحدهم ولا يعقد هو، السادس [للخمي⁹⁰⁰] لو قيل يعقدون [جميعاً⁹⁰¹] دون تعيين الأفضل كان حسناً، ولا إشكال إن بادر أحدهم وعقد في صحة عقده، وإنما الكلام هل يجوز له الإقدام على ذلك؟ قال ابن عبد السلام: ينبغي أن لا يقدم على ذلك حتى يعلم بما عند الباقيين؛ لأن لكل واحد منهم مثل ما للآخر. وقال في التوضيح: لا يقدم على ذلك ابتداءً، لكن مقتضى كلامه في المدونة أن لبعض الأولياء إذا كانوا في درجة أن يزوج ابتداءً بغير إذن الباقيين. والله أعلم.

ص: وإن أذنت لوليَيْنِ فعقداً فللأول إن لم يتلذذ الثاني بلا علم ش: أذنت لوليَيْنِ؛ يعني بأن تكون فوضت إليهما في رجلين معينين، أو لما عين لها الثاني ناسية الأول. قاله في التوضيح. [وقوله: "فللأول إن لم يتلذذ الثاني" الخ أي ويفسخ نكاح الثاني بغير طلاق إذا لم يتلذذ. قاله في التوضيح.⁹⁰²] ومفهوم قوله: "إن لم يتلذذ الثاني" [أنه إن⁹⁰³] تلذذ فهي للثاني وهو كذلك، وانظر لو خلا بها ثم تصادق هو والزوجة على أنه لم يقع منه تلذذ ولا وطء ما الحكم، هل تكون هذه الخلوة فوتاً على الأول، أو لا تكون فوتاً؟ وظاهر نصوصهم أن الدخول فوت، وانظر أيضاً إذا ثبت للثاني هل يفسخ نكاح الأول بطلاق، أو بغير طلاق؟ والظاهر أنه يفسخ بطلاق؛ لأنه مختلف فيه. والله أعلم. فرع: فإن لم يدخل أحدهما وجهل الأول فهل تصدق المرأة أو الوليان أن أحدهما هو الأول فيه قولان، مذهب المدونة عدم التصديق وقول أشهب في الواضحة التصديق. قاله في المقدمات. قال: وانظر إذا أقر أحد الوليين أنه زوج وقد علم بتزويج الآخر قبله هل يصح له النكاح ولا يفرق بينهما أو لا؟ انتهى. ومفهوم قوله: "بلا علم" أنه لو علم ودخل لم تفت بذلك وهو كذلك. قال ابن الحاجب: أما لو دخل بعد علمه لم ينفعه الدخول وكانت للأول منهما، قال في التوضيح: إن من شرط كونها للثاني

الحديث

⁹⁰⁰ - في المطبوع ویم 133 والشیخ 215 للخمي وما بین المعقوفین من ن عدود ص 440 وما یابی 300 وم 176.

⁹⁰¹ - في المطبوع أجمعون (وم 176 ویم 135 ما یابی 300 والشیخ 215 أجمعین) وما بین المعقوفین من ن عدود ص 440.

⁹⁰² - ساقطة من المطبوع وما بین المعقوفین من ن عدود ص 440 وم 176 ویم 135 والشیخ 215 ما یابی 300.

⁹⁰³ - في المطبوع فإن ویم 135 وما بین المعقوفین من ن عدود ص 440 وم 176 والشیخ 215 ما یابی 300.

نص خليل إن لم تكن في عدة وفاة ولو تقدم العقد على الأظهر ففسخ بلا طلاق إن عقدا بزمن أو لبينة يعلمه أنه ثان لا إن أقر أو جهل الزمن.

متن الخطاب أن يدخل وهو غير عالم بالأول لقوة الشبهة، أما لو دخل بعد علمه بأنه ثان فلا. انتهى. ونحوه لابن عبد السلام، ولا يفيد طلاق الأول أو موته. قاله ابن الحاجب. وانظر هل يحد أو لا يحد؟ والله أعلم. فرع: فإن لم يعلم الأول منهما ودخلا جميعا ففسخ النكاحان. قاله في المقدمات. قال: ويدخل الخلاف المذكور في تصديق المرأة أو الوليين على الأول منهما، إلا أنه يكون على كل واحد منهما صداقها المسمى بالمسييس. انتهى. وأما إذا دخلا جميعا وعلم الأول منهما في العقد إلا أن الزوج الثاني لم يعلم بعقد الأول، فلو كان دخول الثاني قبل دخول الأول، فالظاهر أنها له لكونه دخل بها ولم يعلم بعقد الأول، وأما إن كان الأول هو الذي دخل قبل الثاني، قال ابن بشير: لا شك في مضي نكاحه وإبطال [نكاح⁹⁰⁴] الآخر. انتهى.

وقال الرجراجي: لا خلاف أنها للأول، ويفسخ نكاح الثاني. انتهى. إلا أنهما قالاه فيما إذا دخل الأول ولم يدخل الثاني، والظاهر أنه كذلك في مسألتنا؛ لأنه لما أن دخل الأول فانت على الثاني كما قالا [فوطه⁹⁰⁵] الثاني بمنزلة من عقد على زوجة شخص ودخل عليها. والله أعلم.

ص: إن لم تكن في عدة وفاة ولو تقدم العقد على الأظهر ش: هذا شرط في تفويت دخول الثاني بها، وفهم من قوله: "في عدة وفاة" أن طلاق الأول لا يضر الثاني، سواء عقد الثاني ودخل قبل طلاق الأول، أو عقد ودخل بعد طلاقه، أو عقد قبل طلاقه ودخل بعد طلاقه وهو كذلك؛ لأنه طلاق قبل البناء فلا عدة فيه، وأما في وفاة الأول فإن عقد الثاني ودخل قبل موته فهي له ولا ترث الأول، وأما إذا كان العقد والدخول بعد الموت فهي في عدة الأول وترثه، وتحرم على الثاني على التأبيد، وكذلك إن وقع العقد قبل الموت والدخول بعده على ما اختاره ابن رشد، وانظر التوضيح، وكان الأليق بقاعدة المؤلف أن يشير لابن رشد بالفعل؛ لأنه اختاره من نفسه لا من الخلاف، وإنما خرجته على مسألة المفقود. قاله ابن عرفة. والله أعلم.

ص: وفسخ بلا طلاق أن عقدا بزمن أو لبينة بعلمه أنه ثان لا إن أقر أو جهل الزمن ش: اعلم أن المصنف رحمه الله ذكر أربع مسائل يفسخ فيها النكاح، لكن ثنتان بطلاق، وثنيتان بغير طلاق، وبعضها يفسخ فيها النكاحان معا، وبعضها يفسخ نكاح أحدهما، وبعضها يفسخ النكاح قبل الدخول وبعده، وبعضها قبل الدخول فقط، وجمعها المصنف للاختصار، فقله: "وفسخ بلا طلاق إن عقدا بزمن" أشار به إلى إحدى المسألتين اللتين يفسخ النكاح فيهما بلا طلاق وهي مما يفسخ فيها النكاحان معا قبل الدخول وبعده، وما ذكره المصنف هنا من أن الفسخ بلا طلاق هو الذي ارتضاه في التوضيح، وقال ابن الحاجب إن المشهور الفسخ بطلاق، وسلمه ابن عبد السلام، إلا أنه استظهر الفسخ فيها بغير طلاق، وقال المصنف في التوضيح: ولعل ابن عبد السلام اعتمد على المصنف، وما ذكره المصنف

⁹⁰⁴ - في المطبوع إنكاح ويم 135 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 440 وم 176 والشيخ 216 ما يابى 301.

⁹⁰⁵ * - في المطبوع ويم 135 والشيخ فوطى وما بين المعقوفين من سيد 72 وما يابى 301.

-يعني ابن الحاجب- من أنه يفسخ بطلاق مع الاتحاد لم أره، وهو مشكل لاستحالة الشركة في الزوجة شرعا، فلم تدخل في عصمة أحدهما. انتهى، وقال البساطي بعد نقله كلام التوضيح: وأقول لم أر من ذكر هذه المسألة أصلا. انتهى. فإن عني بذلك أنه لم يطلع علي من قال فيها إن الفسخ بطلاق كما قاله المصنف فظاهر، وإن عني بذلك أنه لم يطلع علي من نص على مسألة اتحاد العقدين بزمان واحد فغير ظاهر؛ لأن المسألة نص عليها للخمي والجرجاني، ونقلها ابن عرفة وأبو الحسن الصغير عن اللخمي، وسيأتي كلامهم.

تنبيهه: قال ابن عبد السلام: ولو اتحد زمن العقدين حتى لا يكون أحد الزوجين هو الأول، أو تعدد الزمن ولكن جهل الأول من الزمانين مع الجهل بالأول من الزوجين فلا شك على المشهور أن من دخل من الزوجين أولى، ولظهور الحكم في هذا الوجه سكت عنه المصنف -يعني ابن الحاجب- ولو لم يقع دخول ففيها ثلاثة أقوال وذكرها، فقله: "فلا شك على المشهور أن من دخل من الزوجين أولى" قد يتبادر منه أن ذلك راجع إلى المسألتين معا وليس كذلك، بل هو راجع إلى المسألة الأخيرة فقط، وهي مسألة ما إذا جهل الزمان، وعلى ذلك حمله في التوضيح كما يظهر من كلامه لمن تأمله، ورجوعه لمسألة اتحاد زمن العقدين مشكل؛ لأنه خلاف المنصوص. قال الجرجاني: وأما الوجه/ الثالث وهو ما إذا فوضت أمرها إلى أكثر من واحد مثل أن تفوض أمرها إلى رجلين فزوجها هذا من رجل وهذا من رجل فلا يخلو ذلك من وجهين: أحدهما أن يكونا عقدا معا، والثاني أن يتقدم أحدهما بالعقد على الآخر، فإن عقدا عليها معا فلا خلاف في المذهب في فسخ النكاح من غير اعتبار بالدخول. انتهى. وقال اللخمي: ولو عقد الوليان في مجلس واحد من رجلين معا لم يتقدم أحدهما الآخر يفسخ النكاحان جميعا، دخلا بها أو أحدهما، أو لم يدخلا؛ لأن العقدين فاسدان؛ لعلم كل واحد منهما بعقد الآخر. انتهى.

وقال ابن عرفة: اللخمي: ولو عقد الوكيلان في مجلس واحد فسحا، ولو بنى أحدهما لعلم كل واحد منهما بعقد الآخر. انتهى. وقال أبو الحسن إثر قول المدونة: "وإن لم يدخل بها واحد منهما ولم يعلم الأول فسحا جميعا في الكتاب" في هذه المسألة ثلاث صور: الأولى: إذا علم الأول ولم يدخل الثاني فهذه ترد للأول، ويفسخ نكاح الثاني بغير طلاق. قاله ابن المواز. الثانية: أن يكون دخل بها والمسألة بحالها فهذه مسألة الخلاف، قال في الكتاب الثاني: أحق. الثالثة: أن لا يعلم واحد منهما فهذه أيضا قال فيها في الكتاب: فسحا جميعا، فإن دخل بها الثاني كان أحق بها بطريق الأولى على مذهب الكتاب، وعلى قول ابن عبد الحكم يفسخ، حكى ذلك اللخمي، ومعنى مسألة الكتاب إذا لم يمكن اتفاق العقدين، وأما إن أمكن اتفاقهما فهذه صورة رابعة لا يفيتها دخول أحدهما، ويفسخ النكاحان لإمكان أن يكون وقع [عقدتهما]⁹⁰⁶ في زمن واحد. الخامسة: أن يتحد زمن العقدين يقينا، أما في زمن واحد في مجلس أو مجلسين فقال اللخمي إن كان عقدهما في مجلس فنكاحهما فاسد لعلم كل واحد منهما بعقد الآخر، وقال الغزالي في البسيط: إذ ليس

هذا أولى من هذا ولا سبيل إلى الجمع، وتعليل الغزالي أحسن؛ لأنه يشمل ما كان في مجلس واحد أو مجلسين؛ لأن الزمان متحد، وتعليل اللخمي إنما يشمل ما إذا كان المجلس واحداً. [أهـ.⁹⁰⁷] واستفيد من كلام أبي الحسن أنه لا فرق في اتحاد زمن العقدين بين أن يكون ذلك في مجلس واحد أو مجلسين، وظاهر كلامه أيضاً أن العقدين تارة [يتيقن⁹⁰⁸] اتحاد زمانهما كما ذكره في الصورة الخامسة، وتارة يمكن اتفاقهما كما ذكره في الصورة الرابعة، وأن الحكم في ذلك واحد فتأمله. والله أعلم. وأما قوله: "أو [البينة⁹⁰⁹] بعلمه أنه ثان" فأشار [به⁹¹⁰] إلى المسألة الثانية من المسألتين اللتين يفسخ النكاح فيهما بلا طلاق، وقوله: لا إن أقر أشار به إلى المسألة الأولى من المسألتين اللتين يفسخ فيهما النكاح بطلاق، والضمير في قوله: "بعلمه" يحتمل أن يعود على كل من الوكيل الثاني والزوج الثاني ورجوعه إلى الزوج الثاني أقرب لذكر مقابله بقوله: "لا إن أقر" والحكم مع قيام البينة بعلمه أنه ثان الفسخ بغير طلاق كما تقدم، وأما مع عدمها فالحكم فيما إذا أقر الزوج الفسخ بطلاق كما تقدم وفيما إذا أقر [الولي عدم⁹¹¹] تصديقه.

متن الخطاب

قاله في التوضيح وغيره. والفسخ في هاتين المسألتين قبل الدخول وبعده، والفسخ فيهما لنكاح الزوج الثاني فقط من الزوجين. والله أعلم. وقوله: "أو جهل الزمن" أي جهل زمن الأول منهما، وأشار به إلى المسألة الثانية من المسألتين اللتين يفسخ فيهما النكاح بطلاق، والحكم في ذلك فسخ النكاحين معا بطلاق إن أدرك ذلك قبل الدخول، فإن دخل بها أحدهما كان أحق بها. قال اللخمي: وهذا قول مالك، وعلى قول ابن عبد الحكم يكون حكمه حكم من لم يدخل؛ لأنه على شك فقد يكون الأخير فلا يصح له المقام عليها. اهـ. ونقله في التوضيح.

وقال الرجراجي: فأما إن جهل الأول منهما فلا يخلو من أن يدخل بها أحدهما أو لا يدخل بها واحد منهما فإن دخل بها أحدهما فالمذهب على قولين؛ أحدهما أنه أحق بها، وهو قول مالك في المدونة والثاني لا يكون أحق بها، وأن الدخول لا تأثير له في ثبوت النكاح؛ لأنه على شك أنه قد يكون هو الأخير فلا يصح له المقام على هذا/ النكاح، وهو قول ابن عبد الحكم، فإن لم يدخل بها واحد منهما فلا خلاف في المذهب أن نكاحهما مفسوخ، وظاهر المذهب في ذلك أن الفسخ بغير طلاق؛ لأنه نكاح فسخ بالغلبة، وقيل بطلاق، وهو المنصوص في المذهب. اهـ.

فرع: قال ابن رشد في المقدمات: وإن تزوجها أحدهما بعد زوج كانت عنده على طلقين، وإن تزوجها أحدهما قبل زوج كانت عنده على ثلاث تطليقات؛ لأنه إن كان هو الأول فإنما تزويجه إياها تجديد لنكاحه الأول وذلك لا يوجب طلاقاً، وإن كان الأخير فلا يلزمه طلاق؛ لأنه لم ينعقد له نكاح، ويقع

443

⁹⁰⁷ - ساقطة من المطبوع ویم 136 وما بین المعقوفین من ن عدود ص 442 وم 177 والشیخ 218 ما یابی 302.

⁹⁰⁸ - فی المطبوع یتیقن وما بین المعقوفین من ذی ص 442 وسید 73 ویم 136 والشیخ 218 وفي م 177 یتیقن.

⁹⁰⁹ - فی المطبوع ببینة وما بین المعقوفین من ذی ص 442 والشیخ 218 ویم 136 وم 177 وسید 73.

⁹¹⁰ - ساقطة من المطبوع ویم 136 والشیخ 218 وما بین المعقوفین من ن عدود ص 442 وم 177 ما یابی 302.

⁹¹¹ - فی المطبوع مع ویم 136 وما بین المعقوفین من ن عدود ص 442 وم 177 والشیخ 218 ما یابی 302.

نص خليل وَإِنْ مَاتَتْ وَجْهَلُ الْأَحَقِّ فِي الْإِرْثِ قَوْلَانِ وَعَلَى الْإِرْثِ فَالْصَّدَاقُ وَإِلَّا فَرَّائِدُهُ وَإِنْ مَاتَ الرَّجُلَانِ فَلَا إِرْثَ وَلَا صَدَاقَ وَأَعْدَلِيَّةٌ مُتَنَاقِضَتَيْنِ مُلْغَاةٌ.

متن الخطاب على الذي لم يتزوجها بتزويج الذي تزوجها منهما طلقة فمتى تزوجها كانت عنده على تطليقتين. اهـ. وتعقبه الرجراجي، ونصه إثر كلامه المتقدم: فإن تزوجها أحدهما بعد الفسخ هل ترجع عنده على جميع الطلاق، أو على [ما بقي من طلاق⁹¹²] الملك؟ فقد ذكر بعض المتأخرين عن ابن المواز كلاما متناقضا في نفسه، وقال: لا يخلو الذي تزوجها منهما من أن يكون تزوجها قبل زوج أو بعد زوج، فإن تزوجها قبل زوج ثم ذكر الكلام الذي ذكره ابن رشد برمته، وقال إثره: هذا الكلام مدخول؛ لأن الفسخ الذي فسخ به نكاحهما إن كان بطلاق فكيف ترجع عند الذي تزوجها منهما بعد ذلك على جميع الطلاق؟ لأنه فسخ وقع بحكم حاكم، والأول منهما مجهول، وإن كان بغير طلاق فكيف يلزمه الطلاق بتزويج غيره إياها بعد الفسخ من غير أن يوجب عليه حكم حاكم؟ وهذا الكلام كما تراه، وربك أعلم بمن هو أهدى سبيلا. اهـ.

ص: وإن ماتت وجهل الأحق ففي الإرث قولان ش: الأحق هو الأول إن لم يدخل، وإن دخل أحدهما [فالباني⁹¹³] هو الأحق. قاله ابن عبد السلام. وقوله: "ففي الإرث قولان" أي فهل يقسم الإرث بينهما نصفين أو لا ميراث لهما؟ قاله ابن عرفة، ورجحه التونسي. قال ابن عبد السلام: وعليه أكثر المتأخرين، وعلى القول الأول يكون لغزا يقال ما امرأة يرثها زوجان معا؟ والله أعلم.

ص وعلى الإرث فالصداق ش قال ابن عبد السلام: والأقرب أنه يجب أن لا يستحق أحد الزوجين شيئا من الإرث إلا بعد دفع جميع الصداق. قاله في التوضيح. اهـ بالمعنى. ولم يذكر ابن عرفة هذا البحث، وما [قال⁹¹⁴] ابن عبد السلام إنه الأقرب هو الذي يفهم من قوله في التوضيح عن اللباب: من كان صداقه قدر ميراثه فأقل فلا شيء عليه، ومن كان ميراثه أقل غرم ما زاد على ميراثه؛ لإقراره بثبوت ذلك. اهـ. ونقله ابن عرفة عن ابن محرز، والتونسي عن بعض المذاكرين. ثم قال التونسي: هذا إن ادعى كل منهما أنه الأول، وإن شكا فلا غرم. اهـ. ففهم من هذا الكلام مطالبة كل واحد منهما بالصداق. والله أعلم.

ص: وإلا فزائده ش: أي وإن لم نقل بالإرث فاللزام لكل واحد من الزوجين الزائد على ما يخصه من الإرث، ويشير بذلك لما تقدم عن اللباب في كلام التوضيح، وعن ابن محرز والتونسي في كلام ابن عرفة. والله أعلم.

ص: وإن مات الرجلان فلا إرث ولا صداق ش: قال ابن عرفة: ولو ماتا أو أحدهما فلا إرث لهما. ابن محرز: ولها أخذ من وافقته على أنه الأول؛ لأنه إقرار بمال. اهـ. وقال ابن عبد السلام: وأما إن مات أحدهما مدعيا أنه الأحق وصدقته في دعواه فقال بعضهم لها أخذ الصداق ويختلف في الميراث. اهـ.

⁹¹² - ضبيب عليها محمد عال عدود وهي كذا في النسخ.

⁹¹³ - في المطبوع فالثاني وم 177 ويم 137 والشيخ 218 ما يابى 303 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 443.

⁹¹⁴ - في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من م 178 وما يابى 303.

وَلَوْ صَدَّقَتْهَا الْمَرْأَةُ [وَفُسِّخَ مُوصَى وَإِنْ بَكْتُمْ شُهُودٍ مِّنْ امْرَأَةٍ أَوْ مَنْزِلٍ⁹¹⁵ س] أَوْ أَيَّامٍ إِنْ لَّمْ يَدْخُلْ وَيَطْلُ.

نص خليل

ص: ولو صدقته المرأة ش: قال ابن عبد السلام: يعني أنه لا يلتفت إلى قولها في تصديق من صدقت، وكذلك لو صدقتهما أن أحدهما بعينه هو الأول. اهـ. وعد في التوضيح ما يفите الدخول وما لا يفите، وقال: إن ما يفите الدخول تسع، وما لا يفите خمس، ونظمها بعضهم، ونقله الشيخ بهرام في الكبير والبساطي، وتكلم هنا في المختصر على [كل⁹¹⁶] واحدة في بابها، وبشبه أن يكون مما يفите الدخول على المشهور مسألة من خطب على خطبة أخيه بعد الركون. والله أعلم.

ص: / وفسخ موصى وإن بكتم شهود من امرأة أو بمنزل أو أيام إن لم يدخل ويطل وعوقبا والشهود ش: يعني أن نكاح السر هو الموصى بكتمه وإن بكتم شهود. قال ابن عرفة: قال الباجي عن عيسى عن ابن القاسم وأصبع: ولو كانوا ملء المسجد الجامع. اهـ. وقال أيضا: الباجي: إن اتفق الزوجان والولي على كتمه ولم يعلموا البينة بذلك فهو نكاح سر. اهـ. وقاله المصنف في التوضيح، وقول المصنف: "وفسخ" يدل بطريق الالتزام على أنه ممنوع. قال ابن عبد السلام: ولا خلاف أعلمه في المنع منه. اهـ.

متن الخطاب

444

فرع: قال ابن عرفة: ولو استكتم الولي والزوجة الشهود دون الزوج لم يؤثر شيئا، وعزاه لابن رشد في سماع أصبغ، وما ذكره المصنف أنه نكاح السر قال في توضيحه إنه المشهور، وعند يحيى نكاح السر ما كان بغير بينة أو بشهادة امرأتين أو رجل وامرأتين، وعلى المشهور فإنما يفسد إذا أوصى بالكتمان قبل العقد، وأما لو أمر الشهود بالكتمان بعد العقد فإنه صحيح، ويؤمرون بإشهاره. قال أشهب: وهذا إذا لم تكن له نية، وإن نكح على نية الاستكتام فليفارق. اهـ. قال في التوضيح: قال أصبغ: لا شيء عليه، إلا أن يكون تواطأ الزوج والولي عليه. ابن رشد: تصويب التونسي تعقب أصبغ غير صحيح؛ لأن أشهب لم يقل بفسخ النكاح كما ظنه أصبغ، وإنما رأى فراقه استحسانا لإقراره [بنية⁹¹⁷] وفعل والطلاق بيده لا أنه يحكم عليه به لأنه حكم على الزوجة بما لم يثبت ولا أقرت به. اهـ. وقال في التوضيح في سماع أشهب: يفرق بينهما بطلقة، ولها صداقها إن كان أصابها. انتهى. وقال ابن عرفة: وسمع القرينان من قام من عقد نكاحه لمن قال له كأنتم كنتم على إملاك⁹¹⁸ فقال لا أكرهه [وكتمه،⁹¹⁹] وأحب أن يشاع ولا شيء عليه في قوله هذا. اهـ.

الحديث

⁹¹⁵ س - وفسخ موصى بكتم شهود وإن من امرأة الخ نسخة. أو بمنزل نسخة.

⁹¹⁶ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 443 ويم 135 وم 178 والشيخ 219 وما يابى 304.

⁹¹⁷ * - في المطبوع ببينة وما بين المعقوفين من ن الشيخ سيديا 220 ما يابى 304 ويم 135.

⁹¹⁸ * - علق عليه الشيخ محمد سالم ب نص السماع في مطبوعة البيان ج 4 ص 374 (قال وسئل مالك عن من نكح امرأة في مؤخر المسجد فلقيه رجل فقال له: كأنكم كنتم على إملاك فقال: لا فقال أنا أكره كتمان ذلك وأحب إلي أن يفشى ولا أرى عليه في قوله شيئا).

⁹¹⁹ - في المطبوع وأكتمه ويم 138 والشيخ 220 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 444 ما يابى 304.

نص خليل وعُوقِبَا وَالشُّهُودُ وَقَبْلَ الدُّخُولِ وَجُوبًا عَلَى أَنْ لَا تَأْتِيَهُ إِلَّا نَهَارًا أَوْ بِخِيَارٍ لِأَحَدِهِمَا أَوْ غَيْرٍ أَوْ عَلَى إِنْ لَمْ يَأْتِ
بِالصَّدَاقِ لِكَذَا فَلَا نِكَاحَ وَجَاءَ بِهِ وَمَا فَسَدَ لِمَصْدَاقِهِ أَوْ عَلَى شَرْطٍ يُنَاقِضُ كَأَنْ لَا يُقَسِّمَ لَهَا أَوْ يُؤَثِّرَ عَلَيْهَا.

ص: وعوقبا والشهود ش: الأرجح في الشهود النصب على أنه مفعول معه، ويجوز العطف، وظاهر كلامه كقول ابن شهاب العقوبة على الشاهدين مطلقا، وأما قول مالك فقال في التوضيح عن المدونة: لا يعاقب الشاهدان إن جهلا ذلك. اهـ. وقال ابن عرفة: وروى ابن وهب يعاقب عامد فعله منهم. اهـ. وقال في المسائل الملقوطة بعد ذكره الشاهدين والزوجين والولي: إلا أن يعذروا [بجهل].⁹²⁰ اهـ. والله أعلم.

ص: وقبل الدخول وجوبا على أن لا تأتية إلا نهارا ش: إنما قال وجوبا خشية أن يتوهم أنه على الاستحباب؛ لقوله في الرواية لا خير فيه. قال في التوضيح عن ابن القاسم: فإن دخل ثبت ولها صداق المثل، ويسقط الشرط. اهـ. وما قاله البساطي فيه نظر فانظره، وكونه يفسخ يستلزم المنع منه أو لا. والله أعلم.

ص: أو بخيار لأحدهما أو غير ش: أما خيار المجلس فحكى في التوضيح عن/ بعضهم الاتفاق على جوازه. قال ابن عرفة: وجوزه اللخمي فيما قرب لقول محمد عن ابن القاسم إن شرط مشورة من قرب بالبلد [ياتيانه]⁹²¹ من فورهما جاز. اهـ. ثم قال: وحيث يجوز سمع أصبغ لا إرث فيه وله ترك المشورة ومخالفة رأي المستشار، ابن رشد: اتفاقا، إلا نقل التونسي عن ظاهر كتاب محمد إن سبق رأي المستشار لزم كالبيع وهو بعيد، والإرث فيه بعد الرضا، والمشورة قبل البناء أو بعده. فرع: قال في المدونة: ولها المسمى دون صداق المثل.

ص: وجاء به ش: يريد قبل الأجل. قال في البيان: والخلاف إنما هو إذا أتى الزوج بالصداق قبل الأجل، وأما إن لم يأت بالصداق إلى الأجل حتى انقضى الأجل فلا نكاح بينهما قولاً واحداً. اهـ من التوضيح.

ص: أو على شرط يناقض المقصود كأن لا يقسم لهما ش: من الشروط المناقضة أن يشترط أن لا ينفق عليها، [أو أن]⁹²² تكون النفقة على غيره، قال في رسم حلف أن لا يبيع رجلا من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح: وسئل مالك عن الرجل يزوج ابنه صغيرا، ويشترط على الأب نفقة امرأته؟ قال: لا خير في هذا. قال عيسى: وسألت ابن القاسم عنه قال: يفسخ قبل الدخول، فإن دخل جاز، وكانت النفقة على الزوج. قال: [قال]⁹²³ مالك: أرأيت لو مات الأب أيوقف لها ماله أو كان عليه دين [أيخاص]⁹²⁴ به الغرماء استنكارا لذلك؟ ابن القاسم: قال لي: هذا وشبهه، وأكثر الكلام فيه

الحديث

⁹²⁰ - في المطبوع لجهل وما بين المعقوفين من 138 وما يابى 304 والشيخ 220.

⁹²¹ - في 138 والشيخ 220 بإتيانه.

⁹²² - في المطبوع عليه وأن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 445 وم 178 ويم 138 والشيخ 221 ما يابى 305.

⁹²³ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 445 وم 178 والشيخ 221 ما يابى 305.

⁹²⁴ - في المطبوع يخاص وما بين المعقوفين من ن ذي ص 445 وم 178 ويم 138 والشيخ 221 ما يابى 305.

على وجه الكراهة، ابن رشد: اختلف قول مالك في شرط النفقة في النكاح على والد الابن الصغير حتى يبلغ وولي السفية حتى يرشد، أجازة مرة وكرهه أخرى، وقال بكل منهما كثير من أصحاب مالك، وحكى ابن حبيب عن ابن الماجشون وابن وهب عن مالك إجازة ذلك، وزاد لزوم ذلك ما عاش الأب والزوج مولى عليه، وهذا الخلاف إنما هو إذا لم يقع بيان، إن مات الأب قبل بلوغ الصبي أو الولي قبل رشد اليتيم [فسقطت]⁹²⁵ النفقة بموتهما هل تعود في مال الصبي ومال اليتيم، أو لا تعود عليهما إلى بلوغ الصبي ورشد اليتيم؟ فإن شرط عودها في مالهما جاز النكاح اتفاقاً، وإن شرط سقوطها إلى بلوغ الصبي ورشد اليتيم كان النكاح فاسداً اتفاقاً، وإنما الخلاف إذا وقع الشرط مبهماً، وعلى القول بفساده.

قال ابن القاسم: إن دخل جاز وكانت النفقة على الزوج ولم يبين هل هو بالمسمى أو بمهر المثل، وهو الأظهر، ولو شرط النفقة في نكاح الكبير المالك أمر نفسه في نفس العقد على غيره فسخ قبل البناء، قال ابن حبيب: إلا أن ترضى المرأة بكون النفقة على الزوج ويثبت بعده، وتكون النفقة على الزوج، ولا يدخله الخلاف الذي في المسألة الأولى لظهور الغرر والفساد في هذه، ولا يجوز النكاح على إعطاء الزوج حميلاً بالنفقة؛ لأنها ليست بدين ثابت في ذمته كالمهر، فإن وقع عليه فسخ قبل البناء وثبت بعده بمهر المثل [إن كان أكثر من المسمى إذ لم ترض بالمسمى إلا لأجل ما أشرتته من الحملية وتسقط الحملية]⁹²⁶ ولو وقع في مسألة اشتراط النفقة على غير الزوج بيان رجوعها على الزوج إن مات من [شرطت]⁹²⁷ عليه، أو طرأ عليه دين أو ما يبطل النفقة عنه جاز النكاح على قياس ما تقدم، وقيل يفسخ قبل البناء على كل حال؛ لأن شرطها على غير الزوج خلاف السنة، ويمضي بعده بمهر المثل، ويسقط الشرط، وإليه نحا الأبهري، وما قلناه أبين وأظهر. انتهى بعضه باللفظ وبعضه باختصار. ابن عرفة: وقال في البيان بعده في رسم حلف ليفعلن: وسئل عن العبد يزوج ويشترط النفقة على سيده؟ فقال مالك: لا يجوز لو هلك ذهب الشرط، ولو جاز هذا لأخذ لها النفقة من مال سيده. ومعنى قوله: "فيما نرى -والله أعلم- إذا لم يدخل بها.

قال عيسى: قلت لابن القاسم: فإن دخل بها؟ قال: يثبت النكاح، وتكون النفقة على العبد، وسقط الشرط [عن]⁹²⁸ السيد. ابن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة في رسم حلف أن لا يبيع رجلاً يشير إلى الكلام المتقدم، وفي المتبعية في نكاح العبد، واختلف في اشتراط النفقة على السيد فمنعه في كتاب محمد، وأجازه أبو مصعب. انتهى. فتحصل من هذا أنه إذا اشترط نفقة زوجة العبد على سيده أو زوجة الصبي على أبيه أو المولى عليه على وليه فلا يجوز، ويفسخ قبل الدخول ويثبت بعده ويسقط الشرط، وهذا داخل في قول المصنف: "والغني". والله أعلم.

925- في المطبوع وسقطت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 445 وم 178 ويم 138 والشيخ 221 مايابى 305.

926- ساقطة من المطبوع وما يابى 305 وم 179 ويم 138 والشيخ 222 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 445.

927- في المطبوع اشترطه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 445 وم 179 ويم 138 والشيخ 221 مايابى 305.

928- في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 445 وم 179 ويم 139 والشيخ 221 مايابى 305.

[وَأَلْغِي⁹²⁹ نَسْ] وَمُطْلَقًا كَالنَّكَاحِ لِأَجَلٍ أَوْ إِنْ مَضَى شَهْرٌ فَأَنَا أَتَزَوَّجُكَ.

متن الخطاب

فرع: فلو لم ينعقد [النكاح⁹³⁰] على ذلك وتطوع السيد بالتزام النفقة أو الأب أو الولي فالظاهر أنه يلزمه. قال البرزلي في أثناء مسائل النكاح عن ابن رشد: وسئل عمن زوج عبده وأشهد على نفسه تطوعا بعد العقد أنه ينفق عليها مدة الزوجية ثم مات هل توقف تركته لذلك؟ وكيف إن كان في أصل العقد أو اختلفا في ذلك؟ فأجاب بأنه لا شيء في تركة السيد إن مات لأنه متطوع، وإنما يجب عليه مدة الزوجية ما دام حيا وبعد الموت هبة لم تقبض، ولو شرط في أصل النكاح لكان فاسدا يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بمهر المثل، ويبطل الشرط ويكون على العبد، وقيل لا يفسخ إذا أسقطت شرطها، والنفقة على الزوج، ووجه الأول الغرر؛ إذ قد يموت السيد قبل انقضاء العصمة، ولو شرط أنه إن مات قبل انقضاء العصمة لرجعت على العبد جاز، ولو اختلفا هل كان شرطا أو تطوعا فالقول قول من ادعى الشرط لشهادة العرف له، هذا الذي أقول به على منهاج مذهب مالك. انتهى. ومثله يقال في الصبي والمولى عليه. والله أعلم.

ص: وألغي ش: يعني وألغي الشرط المناقض فلا يعمل بمقتضاه، غير أنه إذا اطلع على هذا النكاح قبل البناء فسخ وجوبا -يريد بطلاق- لأنه مختلف فيه، وإن بادر الزوج ودخل مضى النكاح وسقط الشرط. قال ابن عرفة عن ابن رشد: اتفقوا إن بنى بشرط أن لا نفقة لها على ثبوت النكاح وسقوط الشرط. انتهى. وقال اللخمي لما أن تكلم على أقسام الشروط: السادس: أن يتزوجها على أن لا يأتيها إلا نهارا أو على أن يؤثرها على غيرها، أو على أن لا يعطيها الولد، أو لا نفقة لها أو لا ميراث بينهما، أو على أن أمرها بيدها فهذه شروط لا يصح الوفاء بها، واختلف في النكاح فقيلا يفسخ قبل وبعد، وقيل يفسخ قبل ويثبت بعد، ويمضي على سنة النكاح، ويسقط الشرط. انتهى. والله أعلم.

ص: ومطلقا كالنكاح لأجل ش: هذا نكاح المتعة. قال في التوضيح: والفسخ فيه بغير طلاق، وقيل بطلاق، ويعاقب الزوجان. انتهى. قال ابن عرفة: وظاهرها مع غيرها ولو بعد الأجل بحيث لا يدركه عمر أحدهما، ومقتضى القول بإلغاء الطلاق إليه إلغاء مانعته، فلا يكون النكاح [إليه⁹³¹] متعة لولا أن المانع الواقع في العقد أشد تأثيرا منه واقعا بعده. انتهى. وظاهر كلام الشيخ أبي الحسن أن الأجل البعيد الذي لا يبلغه أحدهما لا يضر، قال: قوله -يعني في المدونة- : لا يجوز النكاح إلى أجل قرب أو بعد. الشيخ: [معناه يبلغه⁹³²] عمرهما أو عمر الزوج.

[انتهى. ومسألة⁹³³] المسافر يتزوج ونيته أن يطلق، والرجل يتزوج/ لهوى انظرها في آخر رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح فإنه حرر الكلام في ذلك وأطال، وهي مذكورة في التوضيح عند الكلام على نكاح السر، وكذا في ابن عرفة وفي الشامل وفي اللخمي، ولكن كلام البيان

447

الحديث

⁹²⁹ ن - وإلا ألغى نسخة.

⁹³⁰ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 446 وم 179 ويم 139 والشيخ 222 مايابى 305.

⁹³¹ - في المطبوع فيه ويم 139 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 446 (وم 179 والشيخ 222 مايابى 306 به).

⁹³² - في المطبوع ما لم ويم 139 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 446 (وم 179 والشيخ 222 مايابى 306 يبلغ).

⁹³³ - في المطبوع وفي ويم 139 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 446 وم 179 والشيخ 222 مايابى 306.

نص خليل وَهُوَ طَلَّاقٌ إِنْ اخْتَلَفَ فِيهِ كَمُحْرَمٍ وَشِغَارٍ.

متن الخطاب

أتم. والله أعلم. وانظر ابن الحاجب في ضابط ما يفسخ قبل البناء وبعده وما يفسخ قبله فقط؟. والله أعلم.

فرع: قال البرزلي: ومن استمتع بالزوجة عالماً بالتحريم لا يحد ويعاقب. قاله في المدونة. وعن ابن نافع أن فيه الرجم على المحصن والجلد على غيره مع العلم. انتهى.

ص: وهو طلاق إن اختلف فيه كمحرم وشغار ش: قال ابن الحاجب: كولاية العبد [والمرأة،⁹³⁴] وكالشغار والمريض والمحرم، وكالصادق الفاسد. انتهى.

تنبيهات: الأول: قال في التوضيح عن أبي عمران: الشغار لا خلاف في منعه، وإنما اختلف في فسحه، وبه يعلم أن قول ابن عبد السلام إن ابن القاسم إنما قال بالفسخ بطلاق في المختلف في جوازه ابتداء ليس بظاهر، ولا أعلم من قال بجواز كون العبد ولياً. انتهى.

الثاني: إذا قلد الزوجان من يرى صحة هذا النكاح، [أو ترافعا⁹³⁵] إلى قاض يرى صحته فإنهما يقرآن عليه. قاله ابن عبد السلام في باب الخلع عند قول ابن الحاجب: "ولو تبين فساد النكاح".

الثالث: فسخ النكاح لعيب أحد الزوجين فسخ بطلاق. قال في باب الخلع من إرخاء الستور من المدونة: وفراقها إياه من أجل الجنون والجدام فسخ بطلاق. انتهى. وكذلك إذا فارقها لعيبها. قاله في المدونة بعد الكلام المتقدم بيسير. والله أعلم.

الرابع: هل يفتقر فسخ النكاح الفاسد إلى حكم حاكم، أو يكفي في ذلك تراضي الزوجين أو الزوج والولي؟ والظاهر أنه لا يفتقر إلى حكم حاكم، قال في النكاح الأول من المدونة في النكاح الذي عقده الأجنبي مع وجود الولي وأراد الولي فسحه: قال ابن القاسم: وإذا أراد الولي أن يفرق بينهما فعند الإمام إلا أن يرضى الزوج بالفراق دونه. انتهى. وقال اللخمي: النكاح خمسة: صحيح لا خيار فيه، وصحيح فيه خيار ولا خلاف فيه، وصحيح فيه خيار مختلف فيه، وفاسد مجمع عليه، وفاسد مختلف فيه، والفراق في الأول بطلاق، والذي فيه الخيار ثلاثة أقسام: الأول: ما كان الخيار فيه قبل تمام العقد، كما لو زوج رجل بغير أمره أو زوجت امرأة بغير أمرها وعلم المتعدى عليه بالقرب كان له الخيار بين الإجازة والرد والرد، فسخ بغير طلاق؛ لأنه لم ينعقد نكاح. الثاني: ما كان الخيار فيه بعد انعقاده لحق تقدم العقد؛ كما إذا اطلع أحد الزوجين على عيب متقدم على العقد يوجب الرد فرد، قال ابن القاسم ذلك طلاق، وقال الأبهري إذا وجد الرجل المرأة مجنونة أو مجذومة إن الرد بغير طلاق، وعلى هذا إذا كان العيب به وأرادت هي الفراق كان فسخاً بغير طلاق، فإذا قال أو قالت رددت بالعيب وقعت الفرقة ولو قال رددت بالعيب هي طالق لم يقع؛ لأنه يقول رددت في غير عصمة، ولو قال أنا راد بالعيب هي طالق لوقع الطلاق، ومن هذا الأصل اختلف في من وكل من يزوجه بألف فزوجه بألفين فلم يرض ورد النكاح، قال ابن القاسم تكون فرقتهما طلاقاً، وذكر عن غيره أنه قال

الحديث

⁹³⁴ - في المطبوع والأمة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 447 وم 179 والشيخ 223 مايابى 306 ويم 139.
⁹³⁵ - في المطبوع والشيخ 223 ويم 138 وترافعا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 447 وم 179 ومايابى 306.

[فسخ⁹³⁶] بغير طلاق، وكذلك إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فرد نكاحه فقال مالك وابن القاسم يكون طلاقاً، وعلى قول الأبهرى يكون فسخاً. الثالث: ما كان الخيار فيه لحق حدث بعد العقد؛ كما إذا حدث بالزوج عيب بعد العقد يوجب الرد فذلك طلاق، وكذا إذا قامت المرأة بالفراق لعدم النفقة، أو لأنه أضر بها أو عتقت الأمة فذلك كله طلاق؛ لأنه أمر حدث بعد العقد وصحته، ويصح أن تكون الفرقة في النكاح الصحيح، وإن كان بأمر طارىء فسخاً؛ كملك أحد الزوجين الآخر والرضاع ونكاح الأم على البنت وما أشبه ذلك، واختلف في ارتداد أحد الزوجين هل هو فسخ أو طلاق؟ وأرى أن ارتداده فسخ، وارتدادها طلاق؛ لأنه إذا ارتد كان كافراً، والكافر لا طلاق عليه، وإذا ارتدت وقع الطلاق؛ لأنه مسلم،/ واختلف في اللعان أيضاً كذلك، ويحتاج إلى هذا على القول بأنه إذا كذب نفسه بعد اللعان له أن يتزوجها فترجع إليه على نكاح مبتدئ على القول بأنه فسخ، وعلى القول بأنه طلاق ترجع على طلقتين. انتهى.

وما ذكره في المرتد من أن ارتداده هل هو فسخ أو طلاق المشهور أنه طلاق كما سيأتي. ثم قال إثر كلامه المتقدم: فصل وإن كان الخيار مختلفاً فيه كالتي تزوج بغير إذن وليها، وكان الولي بالخيار في إجازته ورده فإنه طلاق. [فصل: 937] وإن كان النكاح مجعاً على فساد كانت الفرقة فسخاً، سواء طلق بنفسه أو طلق عليه، وإن كان مختلفاً في فساد كان فيه قولان. قال مالك مرة يكون فسخاً، وقال مرة طلاقاً. وسواء كان الفساد من قبل العقد أو الصداق، أو منهما جميعاً. انتهى من النكاح الأول مختصراً. ونقله الشيخ أبو الحسن، وقال في النكاح الثاني: باب الحكم في الصداق إذا طلق قبل البناء، أو كان النكاح فاسداً: ولا صداق لها في النكاح الفاسد إذا فسخ قبل البناء إذا كان الفساد في الصداق، وكذا إن كان الفساد في العقد وكان مجعاً على فساد، وكذا إن كان مختلفاً فيه وفسخ بحكم أو تفاسخه، وإن طلق قبل النظر فيه فمن لم يراع الخلاف ولا قول من رأى جوازه لم يجعل لها صداقاً ولا ميراثاً إن مات، ويلزم من راعى الخلاف وجعل فيه الميراث وألزم الطلاق أن يجعل لها نصف تلك التسمية.

وقال أشهب في كتاب محمد [فيما⁹³⁸] كان فساد من قبل صداقه فمات قبل البناء لها الصداق والميراث، ولم يجعل لها شيء إن طلق قبل البناء. انتهى. ففي كلامه الأول أن المجمع عليه يكون فسخاً، وسواء وقعت الفرقة في الزوج باختياره، أو فرق عليه جبراً، وفي كلامه الثاني أن تفاسخهما يكفي في ذلك، وهو الذي تقدم في كلام المدونة أنه لا يحتاج إلى الإمام، إلا أن لا يرضى الزوج بالفراق، فإذا كان النكاح مجعاً عليه وتراضيا على فسخه انفسخ، وسواء فسخاه بلفظ الفسخ أو بلفظ الطلاق، وهو فسخ بغير طلاق كما تقدم في كلام اللخمي، ومن وقت المفاسخة تكون العدة كما يأتي في كلام التوضيح وابن عبد السلام، ولا بد من إسهادهما على الفسخ لتشهد لهما البينة على ذلك إن رفعاً إلى

⁹³⁶ - في المطبوع يفسخ ويم 140 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 447 وم 179 والشيخ 223 مايابى 307.

⁹³⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 448 وم 180 ويم 140 والشيخ 224 مايابى 307.

⁹³⁸ - في المطبوع فيمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 448 وم 180 ويم 140 والشيخ 224 مايابى 307.

الحاكم بعد مضي زمن الاستبراء، فإن امتنعا أو الزوج من الفسخ رفعاه إلى الحاكم وفسخه حينئذ الحاكم، وإن كان مختلفا فيه ففسخه الزوج بطلاق فلا شك في لزومه كما تقدم في كلام اللخمي، وإن طلق فيه ظانا أنه صحيح كفاه ذلك، ولا تكون فيه رجعة كما سيأتي في باب الرجعة، فإن أراد أن يجعله فسحا بغير طلاق بأن قال فسخته بغير طلاق، أو تركنا هذا النكاح وما أشبه ذلك لزمه الفسخ وكان طلاقا على ظاهر ما قاله في باب الخلع والصلح من إرخاء الستور من المدونة، إلا أن يقلدا من يقول بأنه فسخ بغير طلاق فله ذلك، كما قال ابن عبد السلام إنهما إذا قلدا من يرى صحة هذا النكاح فإنهما يقران عليه، وتقدم كلامه منقولا من باب الخلع، ونص كلام المدونة المشار إليه: وإن انكشف بعد الخلع أن بها جنونا أو جذاما أو برصا كان له ما أخذ وتم الخلع؛ لأن له أن يقيم، ولو تركها أيضا بغير الخلع لما غرته كان فسحا بغير طلاق. انتهى بلفظه. وكلام التوضيح وابن عبد السلام هو في باب العدة.

قال ابن الحاجب: ويجب على الحرة عدة المطلقة من كل نكاح فاسد بعد الدخول من حين فرق بينهما. قال في التوضيح: قوله: "من كل نكاح" أي سواء كان مجمعا على فساده أو لا، وهذا هو المشهور، وهو مذهب المدونة. اللخمي: وقيل يكفي في المتفق على فساد [حيضة،⁹³⁹] وقوله: "بعد الدخول" [ظاهر؛⁹⁴⁰] لأنه إذا لم يجب على المطلقة قبل البناء في النكاح الصحيح شيء فأحرى الفاسد، وقال: "من حين فرق بينهما" لأنه قد يتوهم أن النكاح المجمع على فساد ما كانت الفرقة فيه لا تحتاج إلى حكم حاكم كانت في كل وقت كالأجنبية فتكون العدة من آخر وطء.

449

وقوله: "ثلاث حيض" بدل من قوله: "عدة المطلقة" أو عطف بيان. انتهى. ونحوه في / ابن عبد السلام، إلا أنه قال في قوله من حين فرق بينهما أنه قد يتوهم أن النكاح المجمع على فساد ما كان قد لا يحتاج إلى التفرقة بينهما فيه إلى حكم حاكم الخ ما تقدم، فقوله "قد يحتاج" يعني -والله أعلم- إذا لم يوافق الزوج على الفسخ، وقوله هو وصاحب التوضيح: "المجمع على فساد ما مفهوم له؛ لأن الطلاق [في المختلف⁹⁴¹] فيه لازم، فإذا فسخه بطلاق فكأنه طلق، ولا شك في لزومه الطلاق بذلك، وتصير بائنا لا رجعة له عليها إلا بنكاح جديد برضاها، وإنما يرجع إلى الحاكم إذا كان مقلدا لمن يرى فسخ النكاح وامتنع من فسخه، وقد ذكروا في البيع الفاسد أن المجمع عليه لا يحتاج إلى حكم حاكم، واختلف في المختلف فيه، فقليل يكفي تراضيها بالفسخ، وقيل إنما يكفي تراضيها مع الإشهاد، وقيل لا بد من الحاكم. حصل الأقوال الثلاثة ابن عرفة في الصرف الفاسد، وقال ابن بشير: الخلاف بذلك مبني على أصل، وهو من فعل فعلا لو رفع إلى الحاكم لم يزد عليه هل يكون فعله بمنزلة الحاكم؟ قولان. انتهى. وسيأتي لذلك مزيد بيان عند قول المصنف في فصل علة طعام الربا: "وإنما ينتقل ضمان الفاسد بالقبض" وفي مسألة النكاح المختلف فيه لا يتأتى لفوات محل الحكم

⁹³⁹ - في المطبوع حقيقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 448 وم 180 ويم 141 والشيخ 225 ما يابى 308.

⁹⁴⁰ - في المطبوع ظاهره ويم 141 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 448 وم 180 والشيخ 225 ما يابى 308.

⁹⁴¹ - في المطبوع بالمختلف وما بين المعقوفين من ن ذي ص 449 وم 180 ويم 141 والشيخ 225 ما يابى 308.

نص خليل وَالْتَّحْرِيمُ بِعَقْدِهِ وَوُطْئِهِ.

متن الخطاب

بالتزام الزوج الفسخ في ذلك. والله أعلم.

ص: والتحرير بعقده ووطؤه ش: هو كقول ابن الحاجب في موانع الزوجية: وكل نكاح اختلف فيه اعتبر عقده ووطؤه ما لم يكن بنص أو سنة ففي عقده قولان. قال في التوضيح: معنى كلامه أن كل نكاح اختلف العلماء في صحته وفساده والمذهب قائل بالفساد فإنه يعتبر عقده فيما يعتبر فيه العقد، ووطؤه فيما يعتبر فيه الوطء، فيحرم بالعقد أمهاتها، [وتحرم على⁹⁴² آباءه وأبنائه، وتحرم عليه البنت بالدخول بالأم فيه، وقوله: "ما لم يكن بنص أو سنة" يعني أنه اعتبر العقد والوطء إلا أن يكون الفساد بنص كتاب الله أو سنته فحذف من الأول ما أثبت نظيره في الثاني، ومن الثاني ما أثبت نظيره في الأول ففي عقده قولان، ويعتبر ووطؤه بالاتفاق.

وقال في المقدمات: والمشهور أن الحرمة تقع بكل نكاح لم يتفق على تحريمه، ونفى غيره الخلاف، ورأى أن المذهب كله على التحريم، فإن قلت: كيف يكون فيه نص كتاب الله أو سنته ويختلف فيه؟ قيل: النص على ثلاث اصطلاحات؛ الأول ما احتمل معنى قطعياً، ولا يحتمل غيره قطعاً، والثاني ما احتمل معنى قطعياً وإن احتمل غيره، والثالث ما احتمل معنى كيف كان، ولا يتأتى الخلاف على الاصطلاح الأول، فإن قلت: فما مثال ذلك؟ قيل: أما ما فيه نص سنة فنكاح المحرم وإنكاح المرأة نفسها، وأما ما فيه نص كتاب فنكاح الخامسة، فإن قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثِلَاتٍ وَرَبَاعٌ﴾ نص في عدم الزيادة، وقد أجاز بعض الظاهرية الزيادة. اهـ.

وفي ابن فرحون نحو ذلك [أو⁹⁴³] أوسع منه فراجع. والله أعلم. فقوله: "فحذف من الأول" الخ هو من النوع المسمى بالاحتباك من أنواع البديع، وهو أن يحذف من أحد شقي الكلام نظير ما أثبتته في الثاني، ومن الثاني نظير ما أثبتته في الأول، ومنه قوله تعالى: ﴿وَمِثْلَ الَّذِينَ كَفَرُوا كَمِثْلَ الَّذِي يَنْعَقُ بِمَا لَا يَسْمَعُ﴾ أي ومثل الأنبياء والذين كفروا كمثل الذي ينطق وينطق به وجعل منه السيوطي قوله تعالى: ﴿لَا يَرُونَ فِيهَا شُمْسًا وَلَا زَمْهَرِيرًا﴾ على أن المراد بالزَمْهَرِير البرد أي لا يرون فيها شمساً ولا قمراً ولا حراً ولا زَمْهَرِيرًا، ومنه قوله تعالى: ﴿وَأَدْخَلَ يَدَكَ فِي جَيْبِكَ تَخْرُجُ بَيْضًا مِنْ غَيْرِ سَوَاءٍ﴾ التقدير تدخل غير بيضاء وأخرجها تخرج بيضاء، وذكر أنه لم يقف عليه في شيء من كتب البديع إلا أنه خطر له في الآية المذكورة؛ أعني قوله: ﴿لَا يَرُونَ فِيهَا شُمْسًا وَلَا زَمْهَرِيرًا﴾ وهذا النوع لطيف، وأنه لا يعرف في أنواع البديع ما يدخل تحته.

ثم ذكر ذلك لصاحبه برهان الدين البقاعي، فأفاده أن بعض شيوخه أفاد أن هذا النوع يسمى الاحتباك، ثم وقف عليه في شرح بديعية ابن جابر لصاحبه أحمد بن يوسف الأندلسي قال: ومن أطفه قوله تعالى: ﴿خَلَطُوا عَمَلًا صَالِحًا وَآخَرَ سَيِّئًا﴾ أي صالحاً بسيئاً وآخر سيئاً بصالحاً، ومأخذه من الحبك الذي معناه الشد والإحكام وتحسين آثار الصنعة، وبيانه أن مواضع الحذف أشبهت الفرج

450

الحديث

⁹⁴² - في المطبوع بالوطء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 449 وم 180 ويم 141 والشيخ 225 ما يابى 309.

⁹⁴³ - في المطبوع والشيخ 226 وما يابى 309 وم 180 ويم 141 وأوسع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 449.

وَفِيهِ الْإِرْثُ إِلَّا نِكَاحَ الْمَرِيضِ [وَأَنْكَاحَ⁹⁴⁴ س] الْعَبْدِ وَالْمَرْأَةِ لَا اتَّفَقَ عَلَى فَسَادِهِ فَلَا طَلَاقَ وَلَا إِرْثَ كَخَامِسَةٍ وَحَرَّمَ وَطْؤُهُ فَقَطَّ وَمَا فُسِخَ بَعْدَهُ فَالْمُسْمَى وَالْأَفْصَاقُ الْمَثَلِ.

نص خليل

بين الخيوط، فلما أدركها الناقد البصير فوضع المحذوف مواضعه كان حابكا له مانعا من خلل يطرقة، فسد بتقديره ما يحصل به الخلل، وقد ذكره الخلوي في بديعيته. والله أعلم. ص: وفيه الإرث ش: قال ابن الحاجب في تمييز ما يفسخ بطلاق وما فسخ بطلاق يقع به التحريم والطلاق والمواريثة ما لم يكن الفسخ لحق الورثة. قال في التوضيح: قوله: "يقع به التحريم" أي تحريم المصاهرة من كونها تحرم على آبائه وأبنائه، وتحرم عليه أمهاتها وبناتها كما تقدم في قوله: والطلاق أي إذا أوقعه الزوج قبل الفراق ويتوارثان قبل الفسخ إلا أن يكون الفسخ لحق الورثة في نكاح المريض فلا إرث فيه؛ لأنه لأجل الإرث فسخناه. اهـ.

متن الخطاب

وقال ابن فرحون: وكذلك المواريثة إن مات أحدهما قبل الفسخ، إلا أن يكون الفسخ لحق الورثة كنكاح المريض فلا مواريثة فيه. اهـ. وقال في النكاح الأول من المدونة: قال ابن القاسم: وكل ما اختلف الناس في إجازته [ورده]⁹⁴⁵ فالفسخ فيه بطلاق، ويقع فيه الطلاق والمواريثة قبل الفسخ كالمرأة تزوج نفسها أو تنكح بغير ولي، والأمة تزوج بغير إذن السيد؛ لأن هذا قاله خلق كثير إن أجازة الولي جاز، ولو قضى به قاض لم أنقضه، وكذلك نكاح المحرم والشغار للاختلاف فيهما. اهـ. وقال الرجراجي في المسألة الحادية عشرة: وكل نكاح اختلف في تحريمه وإن غلبا على فسخه قبل الدخول وبعده ففيه الطلاق والميراث قبل الدخول وبعده، وهو الذي قاله ابن القاسم لرواية بلغته. اهـ. فظهر أن كلام الشارح في شروحه الثلاثة غير ظاهر، وكذلك ما ذكره بعض الفرضيين أن المشهور في النكاح المختلف فيه إذا مات قبل الدخول لا ميراث فيه مخالف لما تقدم. والله أعلم.

ص: لا إن اتفق على فساده فلا طلاق [ولا إرث]⁹⁴⁶ كخامسة ش: صرح هنا بأن نكاح الخامسة من المتفق على فساده، وكذلك ابن الحاجب، وصرح به في أوائل النكاح الأول من المدونة، وقال في التوضيح لما تكلم على ما يحرم بالمصاهرة وأن الفاسد إن كان مختلفا فيه يحرم عقده أن نكاح الخامسة من ذلك. قال: فإن بعض الظاهرية أجاز الزيادة، وكذلك ذكر في التوضيح في تمييز ما يفسخ قبل الدخول وما يفسخ أبدا أن نكاح الخامسة مختلف فيه، وتقدم كلامه، وهو مخالف للمدونة، فإنه جعله من المتفق عليه، وأنه لا ينشر الحرمة. والله أعلم.

ص: وما فسخ بعده فالمسمى ش: يريد إذا كان المسمى صحيحا، وأما إن كان صداقا فاسدا فإنما فيه صداق المثل، فإن قلت لا يحتاج إلى هذا؛ لأن المشهور في النكاح الفاسد لصداقه أنه إنما يفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده بصداق المثل، وكلام المؤلف فيما يفسخ بعد الدخول. قلت: بل يحتاج إليه؛ لأن النكاح قد يكون فاسدا لعقده وصداقه معا، ويكون مما يفسخ بعده فيكون فيه إذا فسخ بعد الدخول

الحديث

⁹⁴⁴ س - بالجر عند غ وغيره وبالنصب عند بن.⁹⁴⁵ - في المطبوع رده وما بين المعقوفين من ن عدود ص 450 وم 181 والشيخ 127 وم 142 وما يابى 309.⁹⁴⁶ - ساقطة من المطبوع وم 181 وم 142 والشيخ 227 ما يابى 310 وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 450.

وَسَقَطَ بِالْفُسْخِ قَبْلَهُ إِلَّا نِكَاحَ الدَّرْهَمَيْنِ فَيَنْصِفُهُمَا كَطَّلَاقِهِ وَتُعَاضُ الْمُتَلَدُّ بِهَا.

صداق المثل. قال اللخمي في النكاح الأول: إذا دخل كان له صداق المثل إن كان فساده من قبل صداقه أو من قبل عقده وصداقه، واختلف إذا كان الفساد في العقد وحده هل يكون/ لها المسمى أو صداق المثل؟. اهـ.

ص: وسقط بالفسخ قبله إلا نكاح الدرهمين فنصفهما ش: اعلم أنه إنما لم يسقط بالفسخ في نكاح الدرهمين؛ لأن المشهور فيه أنه لا يتحتم فسخه، بل يجبر الزوج على أنه يتمه ربع دينار أو أن يفسخ النكاح، فإن اختار الفسخ لزمه نصفهما لأنه كالمختار للطلاق، وإنما كان الزوج مخيراً فيه دون ما عده مما فسد لصداقه؛ لأن التحديد بربع دينار لم يرد فيه نص، بل [ظاهر النص]⁹⁴⁷ خلافه لقوله {التمس ولو خاتماً من حديد¹}. فتأمله. والله أعلم.

تنبيه: ينبغي أن يستثنى هنا أيضاً فسخ نكاح المتلاعنين قبل البناء فإن المعروف أنه فسخ، والمعروف أن فيه نصف الصداق كما قاله في التوضيح في باب اللعان، وعلمه بأنه يتهم أن يكون لاعنها للفسخ [فيسقط]⁹⁴⁸ عنه النصف، فعومل بنقيض مقصوده. والله أعلم.

ص: كطلاقه ش: يعني أن الزوج إذا طلق في النكاح الفاسد قبل الدخول فلا شيء فيه، وإن طلق بعد الدخول ففيه المسمى إن كان، وإلا فصداق المثل. قاله الشارح. وقال ابن غازي: الضمير للنكاح المستحق للفسخ؛ أي فإذا طلق فيه الزوج بعد البناء اختاراً ففيه المسمى إن كان، وإلا فصداق المثل، وإن طلق قبل البناء فلا شيء فيه إلا نكاح الدرهمين. اهـ. وما زاده على الشارح من استثناء نكاح الدرهمين في الطلاق أيضاً صحيح. نص عليه في التوضيح في باب الصداق وغيره. والله أعلم. واعلم أن في كلام المؤلف إطلاقاً وقد أبقوه على إطلاقه، والمنقول خلاف ذلك كما تقدم في كلام اللخمي ونحوه في التوضيح عن نوازل ابن رشد، ونقله ابن عرفة عن سماع أبي زيد في النكاح.

قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: "وما فسخ قبل البناء فلا صداق، فإن طلق الزوج قبل البناء أو مات في النكاح الفاسد فقال ابن رشد في نوازه: الفاسد قسمان: قسم فسد لصداقه، وقسم فسد لعقده، فأما الفاسد لصداقه فالصحيح من المذهب لا شيء فيه للمرأة إلا بالدخول، وروي عن أصبغ في من تزوج بغير ثم مات قبل البناء أن لها صداق مثلها، وإن طلقها فلا شيء لها، فجعله كنكاح التفويض على قول من أوجب فيه صداق المثل بالموت، وأما الفاسد لعقده فإن اتفق على فساده كنكاح ذات محرم أو معتدة والمرأة على عمتها أو خالتها أو ما أشبه ذلك فلا صداق فيه بالموت ولا نصفه بالطلاق اتفاقاً، وإنما يوجب الدخول، وإن كان مختلفاً فيه فهو قسمان: قسم لا تأثير لعقده في الصداق كنكاح المحرم والمرأة بغير ولي فهل يقع فيه الطلاق وتجب فيه الموارثة ويفسخ بطلاق، أو لا؟ في الثلاثة قولان. فعلى القول بوجوب الميراث والطلاق يجب المسمى بالموت ونصفه بالطلاق؛ إذ لا يصح أن يفرق بين الميراث والصداق، فيجب أحدهما ويسقط الآخر؛ إذ لا مزية لأحدهما على صاحبه؛

⁹⁴⁷ - في المطبوع الظاهر وما بين المعقوفين من ن عدود ص451 وم181 ويم142 والشيخ227 مايبأى310.

⁹⁴⁸ * - في المطبوع فسقط وما بين المعقوفين من م181 وسيد74 والشيخ227 ويم142 ومايبأى310.

لأن الله تعالى نص على وجوب الصداق للزوجة، كما نص على وجوب الميراث، وعلى القول الآخر لا يلزم الصداق بالموت ولا نصفه بالطلاق، ولا خلاف أنه لو عثر على هذا النكاح وفسخ قبل البناء أنه لا شيء لها ولو قلنا إن فسخه طلاق؛ لأن الفرقة هنا مغلوب عليها، وقسم له تأثير في الصداق كنكاح المحلل ونكاح الأمة على أن ولدها حر، وعلى أن لا ميراث بينهما فقييل للمرأة بالدخول صداق المثل؛ لأن للفساد تأثيرا في فساد الصداق، وقيل المسمى؛ لأن فسادة في عقده، والصداق فيه صحيح، فهذا القسم لا يجب للمرأة فيه شيء من الصداق بالموت أو الطلاق قبل البناء، وهذا بين على القول بأن لها صداق المثل بالبناء، وأما على القول بالمسمى فينبغي أن لا شيء لها إلا بالدخول، وقد يقال لها نصفه بالطلاق، إذ ليس الصداق عوضا عن البضع وإن كان لا يستباح إلا به؛ لأن الله تعالى سماه نحلة، والنحلة الهبة. [اه بمعناه. ⁹⁴⁹] اه كلام التوضيح بلفظه. وهو نحو ما تقدم في كلام اللخمي. وقال في البيان في شرح مسألة من أواخر [سماع أبي زيد ⁹⁵⁰] من كتاب النكاح: مذهب ابن القاسم في المدونة والذي اختاره لرواية بلغته عن مالك أن كل/ نكاح اختلف الناس فيه فالفسخ فيه طلاق، والطلاق قبل الفسخ لازم، والميراث فيه واجب، والخلع فيه جائز نافذ، وإن كان الفساد في العقد دون الصداق وجب فيه جميع الصداق المسمى بالموت، ونصفه بالطلاق قبل الدخول ما لم يفسخ، وكل نكاح لم يختلف في فسادة فلا طلاق فيه ولا ميراث، والخلع فيه مردود؛ لأن مذهب ابن القاسم أن الخلع تابع للطلاق، خلاف قول ابن الماجشون ومذهب ابن المواز، وقد ذكرنا ذلك في سماع سحنون ثم ذكر القول الثاني الذي عليه أكثر الرواة في فسخ النكاح بطلاق وبغير طلاق. ونقل ابن عرفة كلامه هذا في الكلام على ما يفسخ بطلاق أو بغير طلاق. والله أعلم. ومن البرزلي: سئل المازري عن العقد الفاسد إذا عَقِدَ بعده عقدا صحيحا قبل زوال الفاسد فهل يفسخ الصحيح أم لا؟ وكيف إن دخل بها في الصحيح وطال بالأولاد؟ ما وجه الحكم فيه؟ فأجاب: أن الفاسد إذا وقع في البياعات ووقع بعده عقد صحيح استغنى فيه عن الفسخ، لكن الشيخ أبو محمد تأول ما وقع في هذا معناه أنهما [تفاسخا ⁹⁵¹] العقد الفاسد، وكان شيخنا يجريه على الخلاف في العقد الفاسد هل هو عقد أم لا؟ والظاهر أن العقد مهما وقع فاسدا ثم عقدا صحيحا لعلمهما أن الأول باطل. فقييل له إنما يصح ما ذكره إن كان العاقدان على الفساد أولا هما العاقدان على وجه الصحة وليس كذلك، العقد الثاني من زوج ثان، والفساد من زوج أول، ولا سيما العقد الفاسد [إنما ⁹⁵²] ثبت ببينة سماع فهل العقد الصحيح الثاني ودخوله يزيح الفساد، ويحصل له حرمة

⁹⁴⁹ - ساقطة من المطبوع ورم 143 والشيخ 228 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 451 وم 181 مايابى 311.

⁹⁵⁰ - * في المطبوع وم 181 ومايابى 311 سماع ابن أبي زيد وما بين المعقوفين من سيد 75 ورم 143 والشيخ 228.

⁹⁵¹ - في المطبوع بتفاسخان ورم 143 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 وم 182 والشيخ 229 مايابى 311.

⁹⁵² - في المطبوع إذا ورم 143 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 وم 182 والشيخ 229 ومايابى 311.

نص خليل وَلَوْلِيَّ صَغِيرٍ فَسَخُّ عَقْدِهِ.

متن الخطاب [عن الفسخ؟⁹⁵³] فأجاب: إنما فهمت من السؤال أن العاقد الثاني هو الأول، لكن الجواب عن الثاني أن العقد الصحيح [الثاني أولي⁹⁵⁴] إذ [الأول⁹⁵⁵] كان ظاهر الفساد بحيث يتضح الحكم فيه، لا سيما أنك قلت إنما [ثبت⁹⁵⁶] الأول بشهادة السماع. قلت: إن كان العاقد الثاني هو الأول كما ذكر الشيخ فيجري على مسألة الصرف وغيرها، وهو قوله إذا ثبت الفسخ بينهما هل بتوافقهما على فسادهما [فقط،⁹⁵⁷] أو شهادة أو بحكم الحاكم فيجري هذا عليه كما ذكره الشيخ في عقد البيع الفاسد، أو يفرق بين المجمع على فسادها فلا حرمة له ولا شبهة، والمختلف فيه فله شبهة، وعلى رواية أبي زيد أنه لا تمضي فيه البياعات، ولا ينشر حرمة مطلقاً. حكاه ابن رشد في الأسئلة [والشرح⁹⁵⁸] من كتاب السلطان فلا يفتقر لفسخ ألبتة، وأحفظ من كلام اللخمي في التبصرة أنه يمضي بالعقد، فعلى هذا لا يفتقر [لتجديد⁹⁵⁹] إلا لتصحيح العقد الفاسد خاصة وتكرر العقد فيه [تأكيداً وخروجاً⁹⁶⁰] من الخلاف، وأما إذا عقده ثان فإن كان الأول مجمعا على فسادها صح الثاني ولا يفتقر لفسخ الأول ولا حرمة له، ففي ثالث نكاح المدونة: إذا تزوجها في عدة فلم يبن بها حتى تزوج أمها أو أختها أقام على نكاح الثانية؛ لأن نكاح المعتدة غير منعقد، وهي تحل لأبائهم وأبنائهم، وهو معنى قول الشيخ: "إذا كان الأول ظاهر الفساد [الخ⁹⁶¹]" وإن كان مختلفاً فيه جرى على الخلاف في فسخه هل هو بطلاق [أو لا؟⁹⁶²] وكذا في لزوم بقية الأحكام إذا وقعت قبل الفسخ فمن يلغي هذا العقد ويقول إنه لا طلاق فيه ولا يقع فيه شيء من الأحكام فورود الثاني عليه صحيح لإلغاء الأول، إلا أن يراعي الخلاف فيستحب فسخه ثم يعقد الثاني، [ومن يثبت⁹⁶³] له أحكاماً فلا يرد الثاني حتى يحكم بفسخ الأول، هذا الجاري على الأصول، ويكون الحكم بالفسخ على ما تقدم في القسم الأول. اهـ.

ص: ولولي صغير فسخ عقده ش: هذا شروع منه في الكلام على أحد ركني المحل الذي هو الزوج. قال ابن فرحون [في⁹⁶⁴] شرح ابن الحاجب: والولي أعم من أن يكون وصياً أو غيره. اهـ. وقال

الحديث

953- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 452 (وم 182 والشيخ 229 عن الفسخ) (ويم 143 وما يابى 311 على الفسخ).

954- في المطبوع الثاني أولاً وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

955- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

956- في المطبوع يثبت ويم 143 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 452 (وم 182 والشيخ 229 ما يابى 311).

957- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

958- في المطبوع الشارح وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

959- في المطبوع التحديد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

960- في المطبوع تأكيد أو خروج وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

961- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

962- في المطبوع أم لا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

963- في المطبوع ومن ثم يثبت وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

964- في المطبوع وفي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 (وم 182 ويم 144 والشيخ 230 ما يابى 312).

في الذخيرة: يشترط فيه شروط الصحة وشروط الاستقرار، أما شروط الصحة فأربعة: الأول الإسلام لأن الكفر مانع من استيلاء الكفار على فروج المسلمات، والتمييز والعقل حتى يتأتى منه الإنشاء للعقد فيخرج الصبي غير المميز والمجنون، وأما السكران فقال/ صاحب البيان: [أما⁹⁶⁵] الذي لا يعرف الرجل من المرأة فكالمدون في أقواله وأفعاله اتفاقاً [فيما⁹⁶⁶] بينه وبين الناس [وفيما بينه وبين الله⁹⁶⁷] إلا في قضاء الصلاة، وأما من فيه بقية عقل وهو المختلطه فأربعة أقوال وذكرها، الشرط الرابع تحقق الذكورية، قال اللخمي: الخنثى المشكل لا ينكح ولا ينكح، وذكر بعض أحكامه. ثم قال: وأما شروط الاستقرار فخمسة: [الحرية⁹⁶⁸] والبلوغ والرشد والصحة والكفاءة، وتكلم على كل واحد على انفراده. وزاد في التوضيح الطوع، ونصه: وكذا أيضاً يشترط الطوع. محمد: وأجمع أصحابنا على إبطال نكاح المكره والمكره، [و⁹⁶⁹] لا يجوز المقام عليه وفي قياس بعض مذاهبهم أنه يجوز بحدثن ذلك وإلا لم يجز. اهـ.

وقال في الشامل في فصل الزوج: وشروط صحة عقده إسلام وتمييز وخلو من كإحرام ومرض، وفي السكران خلاف. وهل وإن كان معه ميز، وإلا بطل اتفاقاً، أو بالعكس طريقان غير خنثى مشكل. اهـ. وسيتكلم الشيخ على الشروط التي ذكرها القرافي، لكن على خلاف ترتيبه، فبدأ بالكلام على البلوغ فقال: "ولولي صغير" يعني إذا تزوج الصغير يعني المميز، وأما غيره فلا يصح نكاحه فلوليه فسخ عقده؛ أي وله إجازته علم ذلك من قوله: "ولولي" ففهم من لام الإباحة أن الأمرين له، وقيده في المدونة بقوله: يقوى على الجماع فقال في النكاح الأول منها: وإن تزوج صغير بغير إذن أبيه أو وصيه ومثله "يقوى على الجماع" فإن أجازته من يلي عليه جاز، وإن رأى فسخه فسخه، فإن فسخه قبل البناء أو بعده فلا صداق لها. اهـ. واختلف الشراح في اعتبار هذا القيد وعدم اعتباره، فالذي مشى عليه أبو الحسن عدم اعتباره، وذكره في التوضيح، وهو الظاهر؛ لأنه في السؤال. قال ابن ناجي: وما ذكره في قولها يقوى على الجماع ليس بشرط، وإنما ذكره لأنه الوجه المشكل الذي يتوهم فيه أن لها الصداق فغيره أخرى. قاله المغربي. اهـ. ويعني بالمغربي أبا الحسن الصغير. وقال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: وفي التقريب على التهذيب: إنما قال ومثله يقوى على الجماع؛ [لأنه⁹⁷⁰] إذا لم يقو عليه لم يجز له تزويجه ولا إجازته؛ لأنه ضرر عليه بلا فائدة، إلا أن تكون الزوجة قريبة له يرغب فيها، أو ذات منصب ومال فينظر وصيه في ذلك، وفيما قاله نظر؛

⁹⁶⁵ - في البيان ج 4 ص 258 فأما السكران الذي لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة فلا اختلاف في أنه كالمجنون في جميع أفعاله وأقواله فيما بينه وبين الناس وفيما بينه وبين الله إلا فيما ذهب وقته من الصلوات.

⁹⁶⁶ * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

⁹⁶⁷ * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

⁹⁶⁸ - في المطبوع الجزية وما بين المعقوفين من ن عدود ص 453 وم 182 ويم 144 والشيخ 230 ما يابى 312.

⁹⁶⁹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 453 وم 182 ويم 144 والشيخ 230 ما يابى 312.

⁹⁷⁰ * - في المطبوع إنه وما بين المعقوفين من سيد 75 وم 182 والشيخ 230 وما يابى 312 وم 142.

نص خليل

فَلَا مَهْرَ وَلَا عِدَّةَ وَإِنْ زُوجَ بِشُرُوطٍ أَوْ أُجِيزَتْ وَبَلَغَ [وَكَّرَه⁹⁷¹ س] فَلَهُ التَّطْلِيقُ وَفِي نِصْفِ الصَّدَاقِ قَوْلَانِ عُمِلَ بِهِمَا.

متن الحطاب

لأن هذا الوصف إنما ذكره في السؤال، ولم يتعرض له في الجواب. اهـ كلام ابن فرحون. وقال المشذالي: قوله: "ومثله يقوى على الجماع" في اعتبار هذا الوصف نظر. اهـ. وقول المصنف: "فسخ عقده" يريد -والله أعلم- بطلاق، وهذا لأنه نكاح صحيح. قال الشيخ بهرام في الكبير: حاصله على مذهب ابن القاسم أن النكاح على ثلاثة أقسام: ما كان عقده صحيحاً إلا أن للولي أو لأحد الزوجين فيه خياراً فلا شك أن هذا الفسخ بطلاق، ثم ذكر بقية الكلام، ويؤيده ما يأتي في مسألة السفه، وانظر ما تقدم للخمسي؟ وانظر المتبعية في تزويج البنت البكر بغير أمر وليها؟ وكلام المتبعية في ذلك أعم من كلام الشارح. والله أعلم.

فرع: فلو لم يرد النكاح حتى مات الصغير فالظاهر أن حكمه حكم السفه، وكذلك إذا ماتت الزوجة. انظر ابن عرفة.

فرع: فلو لم يرد نكاح الصبي حتى كبر وخرج من الولاية جاز النكاح. ابن رشد: وينبغي أن ينتقل النظر في ذلك إليه فيمضي أو يرد. اهـ. وقال ابن ناجي في شرح المدونة: ما ذكره يعني في مسألة المدونة أنه إن أجازه جاز هو المشهور، وقال سحنون يفسخ على كل حال، سواء كان إمضاه نظراً أم لا، وإذا فرعنا على قولها وجهل حتى ملك الصبي أمر نفسه فقليل لا خيار له، وقيل له من الخيار فيه ما كان لوليه. اهـ.

تنبيه: قال المشذالي إثر كلام المدونة: وهنا بحث؛ وهو أن يقال إن طلاق الصبي لا يلزم، ولا يخير الولي فيه كالنكاح. أجاب القرافي بأن عقد النكاح سبب للإباحة، والصبي من أهلها، والطلاق سبب [للتحريم⁹⁷² س] ولم يخاطب به.

454

قلت: الأولى في الفرق أن يقال الطلاق حد من الحدود، ولا حد على الصبي، ولذلك تشترط طلاق العبد، والنكاح جرى مجرى المعاوضة فلذلك خير وليه، فإن قلت: لا نسلم أن الطلاق حد؛ لقوله في الكتاب: وليس حداً من الحدود. قلت: قال قبله في الأم: لا تقام الحدود إلا على من احتلم، والطلاق من حدود الله، ولعياض وغيره كلام على اللفظين. وقال تعالى: ﴿تلك حدود الله﴾ والطلاق من جملة المشار إليه. اهـ كلامه. وما نسبته للقرافي هو في الذخيرة، وفي الفرق الأربعين والمائة من القواعد. ص: بلا مهر ش: تصوره ظاهر، قال أبو الحسن إثر قوله في المدونة: "وإن رأى فسخه فلا صداق لها" لأن وطأه كلا وطء، وظاهره وإن افتضها، وإنما يكون عليه ما شأنها لأنها سلطته. اهـ. فجزم بأن عليه ما شأنها. وقال ابن عبد السلام: ينبغي أن يضمن لها ما شأنها. اهـ. فلم يجزم بذلك. فتأمله مع كلام أبي الحسن. والله أعلم.

ص: ولا عدة ش: يريد ما لم يمت، فإن مات قبل الرد فالعدة عليها دخل بها أو لم يدخل، وتقييد الشيخ بهرام لذلك بالدخول ليس بظاهر. فتأمله. والله أعلم.

ص: وإن زوج بشروط أو أجازت وبلغ وكرهت فله التطليق وفي نصف الصداق قولان ش: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: "ولو اشترط عليه شروط من طلاق أو عتق ونحوه فبلغ فكرها

الحديث

971 س - وكرهت نسخة.

972 س - في المطبوع التحريم وما بين المعقوفين من ما يابى 313.

ففي خياره في الفسخ ولزومه قولان كما لو زوجه وليه⁹⁷³: "يعني إذا تزوج الصغير بنفسه فشرط عليه ولي المرأة شروطا من طلاق من يتزوجها أو عتق من [يتسرى⁹⁷³] بها أو نحو ذلك فأجاز ذلك وليه على تلك الشروط ثم بلغ، فإن أقر الشروط فواضح، وإن كرهها فهل [تلزمه⁹⁷⁴] أو لا؟ قولان، والقولان أيضا فيما إذا زوجه أبوه أو وصيه بتلك الشروط، وهو معنى قوله: "كما لو زوجه وليه" اهـ. زاد ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: وكذا لو تزوج الصبي بنفسه وشرط ولي المرأة على الصبي الشروط ولم يطلع وصيه على ذلك، أو لم ينظر حتى بلغ الصبي. اهـ. وعلى القول بعدم لزوم [الشروط⁹⁷⁵] والتخيير في التزامها وثبوت النكاح أو عدم التزامها وفسخ النكاح اقتصر المصنف فقال: "فله التطليق".

متن الخطاب

تنبيه: قد يتبادر أنه لا فائدة لقول المصنف: "فله التطليق: فإن الزوج له التطليق وإن لم يكره الشروط، واعلم أنه إذا كره الشروط المعقود عليها فليل لا شيء له وهي لازمة له، وهو قول ابن وهب، وقيل لا تلزمه، وهو قول ابن القاسم في الموازية، وهو الذي اقتصر عليه المصنف كما تقدم، وعليه فهل تسقط وهو قول ابن العطار، أو يخير في التزامها ويثبت النكاح وعدم التزامها، ويفسخ النكاح وهو قول ابن القاسم، وعليه فهل بطلاق؟ قال الباجي: وهو ظاهر قول ابن القاسم أو بغيره وهو ظاهر قول أصبغ، فأفاد الشيخ بقوله: "فله التطليق" أن الشروط لا تسقط عنه كما يقول ابن العطار، وإنما له التطليق؛ يعني إنما هو مخير في التزامها أو في التطليق. وأفاد أيضا بذكر التطليق أن الفسخ فيه بطلاق كما هو قول ابن القاسم، ويتفرع عليه قوله: "وفي نصف الصداق قولان" والقول بأن عليه نصف الصداق قال في التوضيح: هو قول ابن القاسم في الكتاب، والقول بعدمه هو له في المجالس. اهـ. وقال ابن عرفة: المتيطي عن أكثر الموثقين: إن التزمها بعد البلوغ لزمه النكاح. اللخمي: ولا خيار له. المتيطي: قال ابن الهندي: إنما يصح التزامه بعد بلوغه في الشروط بالطلاق لا بعقد السرية؛ لأن عتقها منه لغو عاجلا وآجلا، إلا أن يلتزمه بعد رشده. اهـ.

فروع: الأول: جميع/ ما قاله المصنف إنما هو إذا لم يحصل دخول منه بها، وأما إن دخل بها فمحصل كلامه في التوضيح أنه إن كان دخوله قبل البلوغ فالشروط ساقطة عنه وإن علم بها؛ لأنها مكنت من نفسها من لا تلزمه الشروط كما قاله المتيطي وغيره، وإن كان دخوله بعد البلوغ فحكى في ذلك طريقتين؛ الأولى أن الشروط تلزمه، فإن ادعى عدم العلم بها ففي ذلك قولان؛ أحدهما لابن القاسم أن القول قوله بيمين، والثاني لابن العطار لا يقبل قوله، والثانية طريقة ابن بشير أنه إن علم بالشروط ففي اللزوم ونفيه قولان، وإن لم يعلم فتلاثة أقوال: اللزوم، ونفيه، والتخيير الآن، ونص كلامه: وهذا كله إذا لم يحصل دخول، فإذا حصل دخول فإما أن يدخل بعد بلوغه أو قبله، فإن دخل بعد بلوغه لزمته الشروط إن علم بها. ابن القاسم: ولو ادعى أنه لم يعلم بها فالقول قوله مع

455

973- في المطبوع يتصرف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 454 وم 183 والشيخ 231 ما يابى 313.

974- في المطبوع يلزمه وما بين المعقوفين من يم 143.

975- في المطبوع ويم 143 الشرط وما بين المعقوفين من م 183 وما يابى 313 والشيخ 232.

وَالْقَوْلُ لَهَا أَنْ الْعَقْدَ وَهُوَ كَبِيرٌ وَلِلْسَيِّدِ رَدُّ نِكَاحِ عَبْدِهِ بَطْلَقَةً فَقَطْ بَائِنَةً إِنْ لَمْ يَبْعَهُ.

متن الخطاب

يمينه. وقال ابن العطار لا يقبل قوله في ذلك، [وتلزمه⁹⁷⁶] بدخوله، وأما إن دخل قبل البلوغ فذكر المتيطي وغيره أن الشروط تسقط عنه وإن علم بها؛ لأن المرأة مكنت من نفسها من لا تلزمه الشروط. وقال ابن بشير: لو دخل الصبي وقد بلغ وهو عالم بالشروط فهل تلزمه أولا؟ قولان أحدهما لا تلزمه، وهذا على القول بسقوط الشروط، الثاني تلزمه، وهذا على القول بأنه مخير، فإذا دخل مع العلم فكأنه التزم ما شرط عليه، وإن دخل قبل العلم فثلاثة أقوال أحدها يلزمه، وهذا بناء على أن الشرط لازم، والثاني لا يلزمه، وهذا بناء على سقوط الشرط، والثالث يخير الآن، وهذا بناء على التخيير. انتهى كلام التوضيح. وجزم في الشامل بأنه إن دخل بعد بلوغه عالما بالشروط أنها تلزمه، ونصه: فإن دخل قبل بلوغه لم تلزمه الشروط، وبعده عالما بها لزمته، وإن لم يعلم فثالثها يخير الآن، وصدق في نفي العلم مع يمينه على الأصح. انتهى.

الثاني: قال في التوضيح: ثم الفسخ بطلاق أو بغير طلاق إنما هو إذا تمسكت المرأة بشروطها، وأما لو رضيت المرأة بإسقاطها فلا، وإذا أسقطته فلا كلام لأبيها ولو [كانت⁹⁷⁷] محجورا عليها، ورأى ابن [الخطار⁹⁷⁸] أن ذلك للأب في المحجورة، واختار الأول ابن الفخار، واحتج بقول مالك في البكر يشترط لها زوجها أن لا يخرجها إلا برضاها فرضيت بترك شرطها أن ذلك جائز وإن كره الأب. انتهى. [وقاله⁹⁷⁹] ابن عبد السلام

الثالث: قوله: "وفي نصف الصداق قولان" وكذا القولان فيمن طلق قبل علمه بالشروط هل عليه نصف الصداق وهو قول محمد، أو لا شيء عليه وروي عن ابن القاسم؟ والخلاف مبني على أصل؛ وهو من طلق ثم علم بعيب هل يرجع بالصداق أم لا؟ قاله في التوضيح.

الرابع: من زوج ولده بشروط قبل البلوغ والتزم القيام عنه بالصداق فلما بلغ كره الابن وطلق فلا يلزمه شيء من الشروط، ولا يلزم الصداق على أحد القولين اللذين ذكرهما المصنف، وبه أفتى ابن رشد في نوازه قال: ولا يلزم أباه ما التزمه.

ص: والقول لها إن العقد وهو كبير ش: قال ابن عرفة: ابن رشد: ولو قال كنت حين شرط أبي صغيرا وقال وليها أبا أو وصيا كنت كبيرا وعجز الزوج عن البينة ففي حلف وليها دونها وعكسه سماع أبي زيد، والتخريج من سماع ابن القاسم فيمن ادعى في تزويج ابنته البكر تسمية بعد موت زوجها، وادعى وارثه تفويضا تحلف الجارية عاجلا إن بلغت، وتؤخر إليه الصغيرة، وإن لم يدع وليها أنه كان كبيرا حلفت المرأة إذا بلغت. انتهى.

ص: وللسيد رد نكاح عبده بطلقة بائنة ش: أي وللسيد يريد أو ورثته رد نكاح عبده يريد ومدبره ومكاتبه ومعتقه إلى أجل والمعتق بعضه بطلقة بائنة فقط لا أزيد على المشهور، واستحسن اللخمي أن

الحديث

⁹⁷⁶ - في المطبوع ولزمه ويم 145 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 455 وم 183 والشيخ 232 ماي 314.

⁹⁷⁷ - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من ن عدود ص 455 وم 183 ويم 146 والشيخ 232.

⁹⁷⁸ - في المطبوع القاسم ويم 146 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 455 والشيخ 233 وم 183 ماي 314.

⁹⁷⁹ - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من م 183 وما يابى 114 والشيخ 233.

نص خليل
إِلَّا أَنْ يُرَدَّ بِهِ أَوْ يُعْتَقَهُ وَلَهَا رُبْعٌ دِينَارٍ إِنْ دَخَلَ وَاتَّبَعَ عَبْدٌ وَمُكَاتَبٌ بِمَا بَقِيَ [إِنْ غَرَا⁹⁸⁰ نَص] إِنْ لَمْ يُبْطَلْهُ سَيِّدٌ أَوْ سُلْطَانٌ وَلَهُ الْإِجَازَةُ إِنْ قَرَبَ وَلَمْ يُرَدِّ الْفُسْخُ أَوْ يَشْكُ فِي قَصْدِهِ.

متن الخطاب
تكون له الرجعة إذا عتق في العدة، وقاله جميعه في التوضيح.
فرع: وعلى المشهور من أن سيده لا يطلق عليه إلا طلاق واحدة فلو طلق عليه سيده طلقتين فهل يلزمه ذلك، أو لا يلزمه إلا واحدة؟ ذكر في التوضيح في ذلك قولين، وأن اللخمي استحسّن القول بعدم لزوم الزائد على الواحدة، / وذكر عن ابن يونس أن أكثر الرواة روى لزوم واحدة فقط، وقال غيره هو اختيار الجمهور

فرع: قال ابن عرفة: ابن العطار: ولو اختلف وارثوه في فسخه وإمضائه فالقول قول ذي الفسخ، فإن قالوا إن وقع لذي إجازته جاز لم تجز القسمة على هذا؛ لأنها إجازة لنكاحه. قلت: وعدم جريان استحسان مسألة وارثي خيار واضح. انتهى.

ص: إلا أن يرد به ش: ظاهره كان عالما حين البيع أو غير عالم، ونقل في التوضيح فيما إذا باعه بعد علمه بالزواج ورد عليه [قولين،⁹⁸¹] ونصه: وقوله: -يعني ابن الحاجب- "قبل علمه" مفهومه أنه لو باعه بعد علمه لكان ذلك دليلا على الرضا فليس له الفسخ إذا رد عليه، وهكذا قال القرويون، وذكر بعض الأندلسيين قولاً أن ذلك لا يسقط حق البائع. انتهى. وصدر في الشامل بالقول بعدم الفسخ، وعطف عليه الثاني بقبيل، وقوله: "به" مفهومه لو رده بغير عيب التزويج أنه ليس كذلك، ولا يخلو إذا رده بغيره إما أن يكون اطلع المشتري على التزويج ورضي أو لم يطلع عليه، فإن لم يطلع عليه فالظاهر أنه إن كان السيد عالماً بالتزويج وقت البيع ففيه القولان، وإن لم يكن عالماً فله الرد، وإن اطلع عليه المشتري ورضيه فاختلف هل يرجع على [المشتري⁹⁸²] بأرضه، أو لا يرجع وله الفسخ على قولين نقلهما في التوضيح. ولو أعتقه المشتري ثم اطلع على التزويج فهل يرجع بالأرض أو لا؟ قولان نقلهما أيضاً فيه.

ص: أو يعتقه ش:
فرع: قال ابن عرفة: ابن محرز: الموهوب له هذا العبد كمبتاعه لا كوارثه. ابن عات: يختلف فيه كالمبتاع.

ص: ولها ربع دينار إن دخل ش: قال ابن عرفة: وفيها لمالك لربه رد المهر من الزوجة برد نكاحها إلا ربع دينار إن بنى. انتهى. زاد في المدونة: فإن أعدمته اتبعت به.

ص: وله الإجازة إن قرب ولم يرد الفسخ أو يشك في قصده ش:

فرع: قال ابن عرفة: المتيطي: إن أجازته بعد بنائه ففي لزوم استبرائه قول سحنون ونقل الليدي عن إسماعيل مع ابن محرز عن عبد الرحمن. انتهى. وانظر هل يأتي مثله في السفيه أو لا؟

980 - وإن لم يغرا نسخة. إن لم يغرا نسخة.

981 - في المطبوع قوله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 456 وم 184 ويم 146 والشيخ 233 مايابى 315.

982 - في المطبوع البائع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 456 وم 184 ويم 146 والشيخ 234 مايابى 315.

نص خليل وَلَوْلِي سَفِيهِ فَسَخُ عَقْدِهِ وَلَوْ مَاتَتْ وَتَعَيَّنَ [يَمُوتِهِ⁹⁸³ س] وَلِمُكَاتِبٍ وَمَأْذُونٍ تَسَرَّ وَإِنْ بَلَإُ إِذْنٍ.

متن الخطاب

فرع: فإن استمتع العبد بزوجه بعد علم سيده بنكاحه على وجه كان سيده يقدر على منعه من ذلك فلا يكون له الفسخ بعد ذلك؛ لأن سكوته قائم مقام الإذن له، وكذلك إذا علم السيد بنكاحه ثم رآه يدخل عليها ولا يمنعه فنكاحه جائز. انتهى من ابن فرحون على ابن الحاجب. وانظر ابن عرفة. وقال الجزيري في وثائقه في عقد فسخ نكاح: وإن علم الأب أو الوصي أو السيد بنكاح من إلى نظرهم وسكتوا عن ذلك مدة مضي النكاح ولم يرد ذلك، بخلاف الأمة إن نكحت بغير إذن/ سيدها فلا يجوز، وإن أجازها السيد وإن لم يعلم حتى عتق العبد، أو باعه فلا رد له ولا للمبتاع رد النكاح، وله رد العبد بعيب النكاح، فإن رده فللبائع الإجازة للنكاح أو الفسخ، وكذلك إن لم يعلم الأب أو الوصي حتى رشد المحجور فإن النكاح ماض. انتهى. وقوله: "أو شك" بفعل ماض مبني للمجهول كذا في أكثر النسخ، وهو معطوف على مفهوم الشرط، وفي بعض النسخ: "أو يشك" بفعل مضارع، فيكون معطوفا على قوله: "ولم يرد الفسخ". والله أعلم.

457

ص: ولولي سفيه فسخ عقده ولو ماتت ش: قال ابن رشد في نوازل في مسائل النكاح: وإذا لم يحضر الوصي العقد وإنما اتصل به بعد أن عقده السفيه بغير أمره فلم يقض فيه برد ولا إجازة حتى مات السفيه فهو بمنزلة إذا لم يعلم به حتى مات، إلا أن يكون دخل بها بعلمه فيكون ذلك إجازة منه. انتهى. والله أعلم.

فرع: فإن لم يعلم الولي بنكاحه حتى خرج من الولاية فإنه يثبت النكاح، وقال بعض القرويين ينتقل إليه ما كان بيد الوصي من النظر. قاله في التوضيح، وصحح الأول في الشامل. فرع: قال ابن عبد السلام: والمنصوص أن الفسخ بطلاق. انتهى كلامه.

تغيبه: لم يتعرض المصنف لما يجب لها وتركه اعتمادا على ما قاله في العبد قبله، ونبه على ذلك السيد في تصحيح ابن الحاجب، ونصه: وسقط هذا الفرع من مختصر خليل، واستغنى عن ذلك بما ذكره في العبد يتزوج بغير إذن سيده ويبني. انتهى. وقد صرح صاحب اللباب بأن المشهور لا بد من الترك لها قال وفي قدره خمسة أقوال: قال ابن القاسم ومالك في رواية ابن وهب يترك لها ربع دينار وبه الحكم، ثم ذكر بقية الأقوال، وقال السيد في تصحيح ابن الحاجب: والقول بترك ربع دينار لمالك وأكثر أصحابه وبه أخذ ابن القاسم وغير واحد، ابن يونس: وهو الجاري على مذهب المدونة في العبد يتزوج ويبني بغير إذن سيده، وجزم به في الشامل. انتهى. وقال ابن عبد السلام لما تكلم على مسألة ما إذا تزوج العبد بغير إذن سيده وبني بالزوجة في شرح قول ابن الحاجب: "فإن بني بها ترك لها ربع دينار" هذا قول ابن القاسم في المدونة، وقد تقدم نكاح السفيه بغير إذن وليه، [والفقه⁹⁸⁴] فيهما قريب. انتهى.

ص: ولمكاتب ومأذون تسر وإن بلا إذن ش: يعني من ماله الموهوب له أو المتصدق به عليه، وأما غير المأذون فلا يجوز له أن يشتري جارية ليطلقها بماله إلا بإذن سيده، ولا يجوز للعبد أن يشتري

الحديث

983 - لموته نسخة.

984 - في المطبوع والعقد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 457 وسيد 76 ويم 145 وم 184 والشيخ 235.

نص خليل وَنَفَقَةُ الْعَبْدِ فِي غَيْرِ خَرَاكِ وَكَسْبٍ إِلَّا لِعُرْفِ كَالْمَهْرِ وَلَا يَضْمَنُهُ سَيِّدٌ بِإِذْنِ التَّزْوِيجِ وَجَبَرَ أَبٌ وَوَصِيٌّ وَحَاكِمٌ مَجْنُونًا احْتِاجَ.

متن الخطاب جارية من مال سيده بإذن السيد إلا إذا وهب له المال أو أسلفه إياه. وانظر رسم باع غلاما من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح ورسم الطلاق من سماع أشهب منه وأول مسألة من كتاب العتق، وقد أشار إلى ما في السماعين المذكورين ابن عرفة فقال: وسمع ابن القاسم [قوله اشترى⁹⁸⁵] أمة من المال الذي بيدك تطوعا لا تحل له بذلك حتى يهبه المال قبل ذلك، وسمع أشهب أو يسلفه إياه، وسمع ابن القاسم هبة السيد عبده الأسود [الخارج⁹⁸⁶] الجارية يعفه بها لا يعجبني ولا يعمل به؛ لأنه تحليل إنما الهبة للعبد التاجر. ابن رشد: لا يجوز هذا. انتهى.

ص: ونفقة العبد في غير خراج وكسب ش: فرع: فإن لم يجد غيره فرق بينهما إلا أن يتطوع السيد بالنفقة، ولا يباع العبد في نفقة زوجته، ولا فرق بين عبد الخراج وغيره. انتهى من التوضيح. ومنه [اللخمي⁹⁸⁷] المدبر والمعتق لأجل كالعبد والمكاتب كالحرة لانه بان عن سيده بماله، فإن عجز طلق عليه/ والمعتق بعضه في اليوم الذي يخصه كالحرة، وفي اليوم الذي يخص سيده كالعبد. [اهـ.⁹⁸⁸]

ص: ولا يضمنه سيد بإذن التزويج ش: هذا إذا أذن له، وأما إن أنكره فهو على من شرط عليه، وإن سكتوا عنه فالمعروف أنه على العبد، وقيل على السيد، وعلى المعروف فالمشهور أنه فيما حصل له من معروف. انتهى.

ص: ووصي ش: يريد الذي له الإجمار، وقاله ابن فرحون في شرح ابن الحاجب، ووصي الوصي كالوصي. قال في الشامل: لا غيرهم على المشهور [وإن أخا،⁹⁸⁹] وفي فسخه وثبوته إن دخل [وطال⁹⁹⁰] قولان. انتهى.

ص: مجنوننا احتاج ش: وأما المجنونة فلا تزوج. قاله اللخمي. وقوله: "احتاج" يشير إلى قول اللخمي: وأما المجنون فإن كان لا يفريق ولا يصح منه طلاق، فإن كان لا يخشى منه فساد لم يزوج، وإن كان يخشى ذلك زوج. انتهى. وقال ابن فرحون: وقول ابن الحاجب: "إن احتاج" يدخل [في⁹⁹¹] هذا الوجه [ما إذا كان⁹⁹²] محتاجا لمن يخدمه ويعانيه. انتهى. وهذا في الذي لا يفريق هكذا فرضه. اللخمي: ابن عرفة ومن يفريق كسفيه، ثم ذكر الخلاف في السفية. والله أعلم.

الحديث

⁹⁸⁵ - في المطبوع من اشترى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 457 وم 184 ويم 147 والشيخ 235 مايابى 316.
⁹⁸⁶ - هكذا في ن عدود وم 184 والشيخ 235 ومايابى 316 وصوبه الشيخ محمد سالم عدود بما في المطبوع (المخارج) وهو الذي في يم 147.

⁹⁸⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 457 وم 184 ويم 147 والشيخ 235 مايابى 316.

⁹⁸⁸ - ساقطة من المطبوع ويم 147 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 458 وم 184 والشيخ 235 مايابى 316.

⁹⁸⁹ - ساقطة من المطبوع وم 184 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 458 ويم 147 مايابى 316 (والشيخ 235 لجاز).

⁹⁹⁰ - في المطبوع فطال ويم 147 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 458 وم 184 والشيخ 235 مايابى 316.

⁹⁹¹ - في المطبوع فيه وم 184 ويم 147 والشيخ 235 مايابى 317 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 458.

نص خليل

وَصَغِيرًا وَفِي السَّفِيهِ خِلَافٌ وَصَدَاقُهُمْ إِنْ أَعْدَمُوا عَلَى الْأَبِّ وَإِنْ مَاتَ أَوْ أَيْسَرُوا بَعْدَ وَلَوْ شَرَطَ ضِدُّهُ وَإِلَّا فَعَلَيْهِمْ إِلَّا لَشَرِّطَ وَإِنْ تَطَارَحَهُ رَشِيدٌ وَأَبٌ فَسُخَّ وَلَا مَهْرَ وَهَلْ إِنْ حَلَفَا وَإِلَّا لَزِمَ النَّكِيلَ تَرَدُّدٌ وَحَلَفَ رَشِيدٌ وَاجْتَنَبِيْ وَأَمْرًا أَنْكَرُوا الرِّضَا وَالْأَمْرَ حُضُورًا إِنْ لَمْ يُنْكَرُوا بِمُجَرَّدِ عِلْمِهِمْ وَإِنْ طَالَ كَثِيرًا لَزِمَ.

متن الخطاب

ص: وصغيرا ش: قال في التوضيح: قال عياض: ولا خلاف في جواز إنكاح ابنه الصغير. وقد ذكر ذلك في كتاب الخلع فقال: إذا كان فيه الغبطة والرغبة كنكاحه من المرأة الموسرة. وتبعه في الشامل فقال: ولأب جبر صغير لغبطة على المنصوص. انتهى.

ص: وفي السفية خلاف ش: قال ابن عرفة عن اللخمي: والصواب إن أمن طلاقه وخشي فساده إن لم يزوج ولا وجه لتسريه وجب تزويجه ولو لم يطلبه، ومقابلته يمنع ولو طلب إلا أن يقل المهر، وإن أمن طلاقه ولم يخش فساده أبيح إلا أن يطلبه فيلزم، ومقابلته إن قدر على صونه منع، وإلا زوج بعد التبرص. انتهى.

ص: وصادقهم إن [أعدموا]⁹⁹³ على الأب وإن مات [وأيسروا بعد]⁹⁹⁴ ولو شرط ضده ش: قال في الشامل كأن زوجه تفويضا ولم يفرض/ حتى بلغ.

459

فروع: الأول: قال في الشامل: فلو كانا عديمين فلا شيء على الأب، قيل ومقتضى المذهب أنه مع الإبهام عليه؛ لأنه متولي العقد فلو كان الابن حين العقد مليا فعليه، إلا أن يشترط على الأب على المعروف، وقيل للمرأة أخذه من حيث شاءت، فإن كان مليا بالبعض فعليه قدر ذلك. قال في التوضيح: ويكون في الزائد حكم من لا مال له. انتهى. فإن شرط الأب في عقده أن يعطيه دارا فكالموسر على الأصح.

الثاني: قال في الشامل أيضا: ولو أذن لولده الصغير فعقد وكتب المهر عليه، ثم مات الزوج فلا شيء على الأب.

الثالث: قال ابن عرفة: وصادق الابن الرشيد بإنكاحه أبوه على من شرط عليه، فإن سكتوا والابن مليء فعليه، فإن كان عديما ففيها ليحيى بن سعيد: إن كان الابن عديما صغيرا أو كبيرا فعلى الأب، قال بعض أصحاب الصقلي: يريد السفية، وقال الصقلي: والرشيد كوكيل شراء لم يتبرأ من ثمنه، [ويرد]⁹⁹⁵ بأنه القابض في البيع وموكله في النكاح. انتهى. وقال في التوضيح: إن تأويل أكثر الشيوخ على أنه على الابن، ونص عليه في الواضحة قال: وقال عياض وغيره في تأويل ابن يونس إنه ضعيف.

ص: إن لم ينكروا بمجرد علمهم ش: قال ابن عرفة: وفيها من زوج ابنه ساكتا فلما فرغ قال ما

الحديث

⁹⁹² - في المطبوع و147 وأما إذا لم يكن (وم184 وأما إذا كان والشيخ235) وما بين المعقوفين من ن عدود ص458.

⁹⁹³ - في المطبوع عدموا وما بين المعقوفين من ن الزايد ص458 وم185 و147 والشيخ236 مايابى317.

⁹⁹⁴ - في المطبوع وأيسر وأبعد وما بين المعقوفين من م185 و146 وسيد76 والشيخ236.

⁹⁹⁵ - في المطبوع ويريد وما بين المعقوفين من ن عدود ص459 وم185 و148 والشيخ236 مايابى317.

نص خليل وَرَجَعَ لأَبٍ وَذِي قَدَرٍ زَوْجَ غَيْرِهِ وَضَامِنٍ لِابْنَتِهِ النُّصْفُ بِالطَّلَاقِ وَالْجَمِيعُ بِالْفَسَادِ وَلَا يَرْجِعُ أَحَدٌ مِنْهُمْ إِلَّا أَنْ يُصْرَحَ بِالْحَمَالَةِ أَوْ يَكُونَ بَعْدَ الْعَقْدِ وَلَهَا الْإِمْتِنَاعُ إِنْ تَعَذَّرَ أَخْذُهُ حَتَّى [يُقَدَّرَ⁹⁹⁶ نَس] وَتَأْخُذَ الْحَالُ وَلَهُ التَّرْكُ وَبَطْلَ إِنْ ضَمِنَ فِي مَرَضِهِ عَنْ وَارِثٍ لَا زَوْجَ [ابْنَتِهِ⁹⁹⁷ نَس] وَالْكَفَاءَةُ الدِّينُ وَالْحَالُ وَلَهَا وَلِلْوَلِيِّ تَرْكُهَا وَلَيْسَ لَوَلِيِّ رَضِيَ [فَطُلَّقَ⁹⁹⁸ نَس] اِمْتِنَاعٌ بِلَا حَادِثٍ.

متن الخطاب وكلته ولا أرضى حلف على ذلك. للخمى⁹⁹⁹ فإن أنكر حين فهم العقد عليه لم يحلف، وبعده حين فراغه فهي على مسألتها، وعلى قولها [لو¹⁰⁰⁰] نكل فالأحسن قول الشيخ لا غرم عليه، لا قول غيره يغرم نصف الصداق، وبعد تمام العقد وتهنئته لا يقبل قوله، ويغرم نصف الصداق، ولو رضي بعد ذلك بالنكاح، فإن قرب رضاه ولم يكن منه إلا الإنكار فله ذلك، واستحسن حلفه أنه لم يرد بإنكاره فسحا، فإن نكل لم أفرق بينهما، وإن رضي بعد طول أو قال رددت العقد لم يكن له ذلك إلا بعقد جديد. انتهى.

ص: ورجع لأب وذي قدر زوج غيره الخ ش: انظر إذا خالعتة الزوجة قبل البناء على رد جميعه فهل للزوج [النصف الذي كانت تأخذه؟¹⁰⁰⁰] في ذلك قولان انظر المتيطي. وقال في التوضيح: قال ابن القاسم جميعه للأب، وقال ابن الماجشون للزوج النصف، ولأب النصف، للخمى: والأول أصوب؛ لأن قصد الأب أن يراه ذا زوجة. المتيطي: وبقول ابن القاسم الحكم. انتهى.

ص: إلا أن يصرح بالحمل / ش: فإذا صرح بالحمل فتكون على حكمها. قال المتيطي: والحمل معناه الضمان، وهي لا تلزم إلا مع عدم الزوج أو مغيبه غيبة بعيدة، فإذا أعدم أو غاب الغيبة المذكورة كان لها اتباع الحميل، ثم له الرجوع على الزوج بما أدى [عنه.¹⁰⁰¹] انتهى.

ص: حتى يقرر ش: كذا في أكثر النسخ حتى يقرر براءين، وفي بعضها بدال مهلة ثم راء، ومعناها متقارب، ويشير بذلك إلى أن الصداق إذا كان على غير الزوج، وتعذر أخذه من الغير، وكان نكاح تفويض فلها منع نفسها حتى يقرر، ويتصور ذلك في مسألة، فإنه قال في التوضيح: إذا زوج الصغير ولا مال له نكاح تفويض ولم يفرض لها حتى بلغ فالصداق في مال الأب حيا وميتا. قاله عيسى. يريد لأن الصداق كان ثابتا حين العقد، وإنما تأخر تعيينه. انتهى. ففي هذه الصورة لو لم يفرض حتى بلغ الابن ورشد، وتعذر أخذ الصداق من الأب فلها الامتناع حتى يقرر لها صداقها ويفرض لها، وهذا ظاهر وإن لم ينص عليه في خصوص هذه المسألة. والله أعلم.

ص: والكفاءة الدين والحال ش: قال في التوضيح: الدين المراد به الإسلام مع السلامة من الفسق، ولا يشترط المساواة لها في الصلاح والحال. قال ابن راشد: المراد به أن يساويها في الصحة؛ أي سالما

الحديث

996 ن - يقرر نسخة.

997 ن - ابنة نسخة.

998 ن - بمطلق نسخة.

999 - في المطبوع أو مايابى 317 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 459 وم 185 ويم 148 والشيخ 236.

1000 - في المطبوع نصف الذي كان يأخذه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 459 وم 185 ويم 148 والشيخ 236.

مايابى 317.

1001 - في المطبوع له (ويم 148 والشيخ 237 بما أدى انتهى) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 460 وم 185.

مايابى 317.

متن الخطاب من العيوب الفاحشة، وهذا هو الذي يؤخذ من كلام ابن بشير وابن شاس وغيرهما من الأصحاب. انتهى. فإن فقد الدين وكان الزوج فاسقا فليس بكفء، ولا يصح نكاحه، قال ابن بشير: والمطلوب من الزوج أن يكون كفؤا في دينه بلا خلاف، وإن كان فاسقا فلا خلاف منصوص أن تزويج الأب من الفاسق لا يصح، وكذا غيره من الأولياء، فإن وقع وجب للزوجة ولمن قام لها فسخه، وكان بعض أشياخنا يهرب من الفتوى في هذا، ويرى أنه يؤدي إلى فسخ كثير من الأنكحة. ابن عبد السلام: وقول ابن بشير: "وإن وقع" يحتمل أن يكون داخلا في غير المختلف فيه وهو ظاهر، ويحتمل أن يكون ابتداء كلام وتأسيس مسألة، مع عدم التعرض لنفي الخلاف. انتهى من التوضيح. وهذا ليس بظاهر؛ لقوله أولا: "لا خلاف أنه لا يصح" وإن كان كذلك فهو فاسد.

وقال ابن سلمون: قال ابن بشير: لا خلاف منصوص أن للزوجة ولمن قام لها فسخ نكاح الفاسق، وسئل ابن زرب عن ولية لقوم نكحها رجل من أهل الشر والفساد، وأنكر ذلك أولياؤها عليها، وذهبوا إلى فسخ النكاح وكان قد بنى بها؟ فقال: لا سبيل إلى حل النكاح إن كان قد دخل بها، قيل له: فلو لم يدخل بها؟ فوقف وقال: الذي لا يشك فيه أنه إذا دخل لم يفسخ، والكفاءة حق للزوجة وللأولياء، فإذا تركوها جاز، ووقع لأصيح في النوادر أنه إذا زوج الأب ابنته البكر من رجل سكير فاسق لا يؤمن عليها لم يجز، وليرده الإمام وإن رضيت هي به، وذكر ابن أبي زمنين عن بعض الموثقين أنه قال: لا بد أن تثبت الكفاءة في الثيب كالبكر. / حكاها عنه ابن فتحون، وحكى أن القاضي أبا الوليد كان يأخذ بهذا القول ويكلف إثبات الكفاءة عنده، ويقول: إن كانت تملك نفسها فإنها إذا دعت إلى غير كفؤ لا يلزمني أن أعينها على ذلك. اهـ.

461

وفي أحكام ابن سهل ذكر فتوى ابن زرب، وأنها في صفر سنة سبع وسبعين وثلاثمائة، وذكر كلام أصيح في النوادر، وزاد في آخره في الوصي: ونحوه في آخر نوازل. اهـ. وفي تفسير القرطبي في أول سورة النور: قال ابن خويز منداد: من كان معروفا بالزنا أو بغيره من الفسوق معلنا به فتزوج إلى أهل بيت ستر، وغرهم من نفسه فلم الخيار في البقاء معه وفراقه، وذلك كعيب من العيوب، واحتج بقوله عليه الصلاة والسلام: { لا ينكح الزاني المجلود إلا مثله¹⁰⁰² } قال ابن خويز منداد: وإنما ذكر المجلود لاشتهاره بالفسق وهو الذي يجب أن يفرق بينه وبين غيره، فأما من لم يشتهر بالفسوق فلا. اهـ. وفي المسائل الملقطة: قال ابن بشير: لا خلاف منصوص أن للزوجة ولمن قام لها فسخ نكاح الفاسق، مراده الفاسق بجوارحه، فزواج الوالد من الفاسق لا يصح، وكذلك غيره من الأولياء، وفي التبصرة: وإن كان كسبه حراما أو كثير الأيمان بالطلاق لم يكن للأب أن يزوجه ابنته منه؛ لأن الغالب على مثل هذا الحنث والتمادي معها، فإن فعل فرق الحاكم بينهما، ويمنع من تزويجها من يشرب الخمر لأنه يدعوها إلى ذلك. انتهى من تسهيل [المهمات¹⁰⁰³]. وممراده بالتبصرة تبصرة اللخمي، وتسهيل [المهمات¹⁰⁰³] شرح والده [على ابن¹⁰⁰⁴] الحاجب، وقال الفاكهاني في شرح قول الرسالة: "ولا يخطب أحد على خطبة أخيه" لما ذكر أنه إذا خطبها الفاسق [وركنت¹⁰⁰⁵] إليه

1- عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكح الزاني المجلود إلا مثله. أبو داود في سننه، كتاب النكاح، رقم الحديث 2052.

¹⁰⁰²- في المطبوع الأمهات وما بين المعقوفين من ن عدود ص 461 وم 185 ويم 149 والشيخ 238 ماياي 318.

¹⁰⁰³- في المطبوع الأمهات وما بين المعقوفين من ن عدود ص 461 وم 185 ويم 149 والشيخ 238 ماياي 318.

¹⁰⁰⁴- في المطبوع المهمات وما بين المعقوفين من ن عدود ص 461 وم 185 ويم 149 والشيخ 238 ماياي 318.

¹⁰⁰⁵- في المطبوع ركنت ويم 149 وما بين المعقوفين من ذي ص 461 وسيد 76 وم 185 والشيخ 238.

نص خليل

وَلَا أَلَمْ التَّكَلُّمُ فِي تَرْوِيجِ الْأَبِ الْمُؤَسَّرَةِ الْمَرْغُوبِ فِيهَا مِنْ فَقِيرٍ وَرُوِيَتْ بِالْثَنِّيِ ابْنُ الْقَاسِمِ إِلَّا لِضَرَرٍ بَيْنَ وَهْلٍ وَفَاقٍ
تَأْوِيلَانَ وَالْمَوْلَى وَغَيْرِ الشَّرِيفِ وَالْأَقْلُ جَاهًا كُفٍّ وَفِي الْعَبْدِ تَأْوِيلَانَ وَحَرَمَ أَصُولُهُ وَفُصُولُهُ وَلَوْ خُلِقَتْ مِنْ مَائِهِ
وَزَوَّجَتْهُمَا وَفُصُولُ أَوَّلِ أَصُولِهِ وَأَوَّلُ فَصْلٍ مِنْ كُلِّ أَصْلٍ وَأَصُولُ زَوْجَتِهِ وَبِتَلَدُّدِهِ وَإِنْ بَعْدَ مَوْتِهَا وَلَوْ بَنَظَرَ فُصُولُهَا.

متن الخطاب

[فللصالح¹⁰⁰⁶] أن يخطبها وهو أحق: قلت: إنما يجيء هذا على أحد القولين أن نكاح الفاسق صحيح، وهو المشهور، وإلا فمتى قلنا بالقول الآخر فما بينهما صيغة أفعّل. والله أعلم. وهذا في الفاسق بالجوارح، وأما الفاسق بالاعتقاد فقال ابن الحاجب: مالك: لا [يتزوج¹⁰⁰⁷] من القدرية ولا يزوجون. قال ابن عبد السلام إنه يفسخ، وقال في التوضيح: هذا لما لك في المدونة، ولا يتأتى هنا توقف الشيخ المتقدم في الفاسق بجوارحه؛ لأنه [لا¹⁰⁰⁸] يؤدي إلى فسخ كثير من الأنكحة، ويشارك القدرية من يساويه في البدعة. اهـ. وفي المسائل الملقطة: قال مالك: لا تزوج إلى القدرية؛ يعني أنه يفسخ النكاح الواقع بين أهل السنة وبينهم، وهذا على القول بتكفيرهم، وأما على القول بأنهم فساق فهم كالفساق بجوارحه [وأشد¹⁰⁰⁹]; لأنه يجرها إلى اعتقاده ومذهبه، ولا يتزوج منهم، ولا يزوجون من نساء أهل السنة، وقول مالك في القدرية جار فيمن يساويهم في البدعة، وفي بعض الروايات أن مالكا تلا قوله تعالى: ﴿وَلْعَبْدٌ مَوْءُونٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ﴾ وهذا يدل على أنه أراد تكفيرهم. اهـ من تسهيل [المهمات.¹⁰¹⁰]

تنبيه: قال ابن فرحون في تبصرته في الفصل الذي في بيان ما يفتقر إلى حكم الحاكم وما لا يفتقر أن من الطلاق الذي يوقعه الحاكم بغير إذن المرأة وإن كرهت إيقاعه نكاحها الفاسق. اهـ بالمعنى. وظاهره سواء كان فاسقا بالجوارح أو بالاعتقاد وظاهر كلامهم أنه يفسخ مطلقا بعد الدخول وقبله، فظاهر كلام ابن فرحون أنه يفسخ بطلاق؛ لأنه جعله من الطلاق الذي يوقعه الحاكم. والله أعلم. وأما الحال فلا إشكال أن للمرأة إسقاطه؛ وإذا علم هذا فيكون قول المؤلف: "ولها وللولي تركها" ليس راجعا إلى الدين.

ص: ولألم التكلم الخ ش: أشار به إلى أن الحال/ اختلف في اعتباره، وانظر البرزلي في أوائل النكاح وفي أثانته [فإنه¹⁰¹¹] تكلم في ذلك [في الموضعين¹⁰¹²،] وذكر في ذلك اختلافا من فتوى الشيوخ فتأملهم والله أعلم وانظر ما تقدم عند قوله: "وجبر المجنونة والبكر ولو عانسا" مع قوله: "ولألم التكلم" الخ هل يعارضه ما هنا. والله أعلم.

ص: ولو خلقت من مائه ش: قال ابن عبد السلام: واعلم أن الذاهبين إلى التحريم اختلفوا، فمنهم من رآها بنتا أو كالبنت، وهؤلاء يرونها محرمة على الواطئ، وعلى كل من حرمت عليه ابنة الواطئ،

الحديث

¹⁰⁰⁶ - في المطبوع وللصالح وم 185 ويم 149 والشيخ 238 ماي 318 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 461.

¹⁰⁰⁷ - في المطبوع لا يزوج وم 185 ويم 149 والشيخ 238 ماي 319 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 461.

¹⁰⁰⁸ - ساقطة من المطبوع ويم 149 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 461 وم 185 والشيخ 238 ماي 319.

¹⁰⁰⁹ * - كذا في يم وسيد والشيخ والمسائل الملقطة ص 175.

¹⁰¹⁰ - في المطبوع الأمهات وما بين المعقوفين من ن عدود ص 461 وم 186 ويم 149 والشيخ 238 ماي 319.

¹⁰¹¹ - في المطبوع وأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 462.

¹⁰¹² - في المطبوع الموضعين في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 462 (وم 186 ويم 149 والشيخ 239 ماي 319 موضعين).

نص خليل

كَالْمَلِكِ وَحَرَّمَ الْعَقْدُ وَإِنْ فَسَدَ إِنْ لَمْ يُجْمَعْ عَلَيْهِ وَإِلَّا فَوْطُوهُ إِنْ دَرَأَ الْحَدَّ وَفِي الزِّنَا خِلَافٌ وَإِنْ حَاوَلَ تَلْدُذَا بَرَزَجَتِهِ فَالْتَدَّ بِابْنَتِهَا فَتَرَدُّدٌ وَإِنْ قَالَ أَبٌ نَكَحَتْهَا أَوْ وَطِئَتْ الْأُمَّةَ عِنْدَ قَصْدِ الْإِبْنِ ذَلِكَ وَأَنْكَرَ نُدْبَ التَّنَزُّهِ وَفِي جُوبِهِ إِنْ فَشَا تَأْوِيلَانِ.

متن الخطاب

ومنهم من يراها كالريبية، وهؤلاء يلزمهم أن يببحوها لأب الواطيء وابنه، والمسألة موضوعة في علم الخلاف والكلام عليها أوسع من هذا. اهـ. وقال القرطبي في تفسير سورة الفرقان: اختلف الفقهاء في نكاح الرجل ابنته أو أخته أو ابنة ابنه من الزنا، فحرم ذلك قوم منهم ابن القاسم، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه، وأجاز ذلك آخرون منهم عبد الملك بن الماجشون، وهو قول الشافعي. اهـ. وصرح في سورة النساء بأن القول إن المخلوقة من مائه لا تحل هو المشهور، وقال في قول ابن الماجشون هو الصحيح، واستدل للأول بحديث جريج¹، وقوله: للغلام: "من أبوك؟ فقال: فلان الراعي. فقال: فإن قيل: يلزم أن تجري أحكام البنوة والأبوة من التوارث والولايات وغير ذلك، وقد اتفق المسلمون على أن لا توارث؟ فالجواب: أن ذلك موجب ما ذكرناه، وما انعقد عليه الإجماع من الأحكام استثنائه، وبقي الباقي على أصل ذلك الدليل. والله أعلم.

ص: كالمالك ش: يعني أن من تلذذ بأمة يملكها بقبلة أو مباشرة أو ملاعبة أو بنظر باطن فإنها تحرم على آبائه وأبنائه.

فرع: قال في التوضيح: واختلف إذا وطئ الصغير بملك اليمين أو قبل أو باشر فقد قال مالك في الموازية: إن قبل أو باشر لم تحرم إذا كان صغيراً، وقال ابن حبيب: إذا بلغ أن يلتذ بالجواري يحرم. انتهى. وقال ابن عرفة: اللخمي: في لغو وطئ الصغير وإيجاب قبليته ومباشرته الحرمة إن بلغ أن يلتذ بالجارية رواية محمد وقول ابن حبيب، وخص ابن بشير القولين بالس ونحوه. انتهى. وحكى في الشامل القولين من غير ترجيح، ويفهم من كلام الجزولي والشيخ يوسف بن عمر أن الخلاف إنما هو في المراهق، وأما غيره فلا خلاف في أن وطأه لا يحرم. والله أعلم.

ص: وحرّم العقد وإن فسد ش: جعل في التوضيح هنا من المختلف فيه نكاح الخامسة، وهو مخالف لما قدمه المصنف في قوله: "كخامسة" ولما قاله في التوضيح أيضاً عند قول ابن الحاجب في تمييز ما يفسخ بطلاق أو بغير طلاق، ومخالف لما قاله في أوائل النكاح الأول من المدونة من أنه متفق على فساده ولا يحرم عقده. فتأمل. والله أعلم.

ص: فالتذ بابنتها ش: احتراز من ابنها فإنها لا تحرم به، قال المازري/ في كشف الغطاء: وقد ذهب بعض الناس إلى أنه تنتشر الحرمة بوطئ الغلام، وهذا بعيد عن أصول الشرع. والله أعلم. وفي تفسير القرطبي في سورة النساء: واختلف العلماء في مسألة اللانط فقال مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحابهم لا يحرم النكاح بالواط، وقال الثوري: إذا لعب بالصبي حرمت عليه أمه، وهو قول أحمد بن حنبل، قال: إذا لاط بابن امرأته أو أبيها أو أخيها حرمت عليه امرأته، وقال الأوزاعي إذا لاط بغلام وولد للمفجور به بنت لم يجز للفاجر أن يتزوجها؛ لأنها بنت من قد دخل به، وهو قول أحمد بن حنبل. انتهى كلامه.

ص: ولو قال أب نكحتها أو وطئت الأمة عند قصد الابن ذلك وأنكر ش: تصويره واضح. قال في

1- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المظالم، رقم الحديث 2482 - مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، رقم الحديث 2550.

الحديث

نص خليل وَجَمْعُ خَمْسٍ وَلِلْعَبْدِ الرَّابِعَةُ أَوْ [اثْنَتَيْنِ¹⁰¹³ نس] لَوْ قُدِّرَتْ آيَةٌ ذَكَرًا حَرَمَ كَوَاطِبُهُمَا بِالْمَلِكِ وَفُسِخَ نِكَاحُ ثَانِيَةٍ صَدَقَتْ.

متن الخطاب التوضيح: إن صارت إليه جارية أبيه أو ابنه بعد موته ولم يقر مالکها بوطه ولا غيره فقال ابن حبيب لا تحل للخمى، وهذا يحسن في العلي، وإن كانت من الوحش ندب أن لا يصيب ولا تحرم، وكذلك إذا باعها ثم غاب قبل أن يسأل. انتهى. وقال في الشامل: وإن ملك أمة أبيه أو ابنه ولم يعلم هل وطئها أم لا لم تحل له للخمى: وهذا في العلي، ويندب في الوحش ولا تحرم. انتهى. وقال ابن عرفة: والتحريم بقول أب أو ابن. قال للخمى: إن عرف ملكه حرمت بقوله: ولو بعد خروجها من ملكه أصبتها، فإن قال لم أصب لم تحرم، ولو غاب أو مات دون قول ففي حرمتها مطلقا، أو إن كانت عليه نقل الباجي عن ابن حبيب مع اللخمى واختياره.

ص: وجمع خمس ش: أي [جمعهن¹⁰¹⁴] في عصمة واحدة فأحرى في عقد، وتقيدده في الكبير بقوله: والمعنى وحرم جمع خمس من النساء في عقدة غير ظاهر، وما في الوسط والصغير أحسن. ص: آية ذكرنا حرم ش: بإدخال تاء التأنيث على أي قال الدماميني في حاشية البخاري في كتاب الشهادات في حديث الإفك: المنصوص أنه إذا أريد بأي المؤنث جاز إلحاق التاء به، موصولا كان أو استفهما أو غيرهما. انتهى. وجعل في الكبير بدل التاء هاء، وبدل أي إن ويشكل عليه قوله: "ذكرنا" بالنصب فإنه في النسخ بألف بعده، وقوله: "حرم" [الضمير¹⁰¹⁵] للوطه.

ص: [كوطينهما¹⁰¹⁶] بالملك ش: قال للخمى: ولا بأس أن يجمع بين الأختين في ملك اليمين من غير وطه وأن يطاء إحداها وأختها في ملكه ويؤمن على أن لا [يصيب الأخرى¹⁰¹⁷]. انتهى.

فرع: قال الباجي وكما يحرم الجمع في الوطه، فكذلك النظر للذة للمعصم والصدر قياسا على ما [سوى¹⁰¹⁸] الشرع فيه بين الوطه والنظر للذة. انتهى. ثم شرع المصنف يتكلم على ما إذا عقد على اثنتين ممن يحرم عليه جمعهما فتارة يعقد عليهما عقدا واحدا وتارة واحدة بعد واحدة، فإن كان عقد على [اثنتين¹⁰¹⁹] ممن يحرم عليه جمعهما عقدا واحدا فيفسخ ذلك بلا طلاق، دخل بهما أو لم يدخل بهما، أو دخل بإحداهما ولو ولدت الأولاد ومن فسخ نكاحها قبل الدخول فلا مهر لها، ومن فسخ نكاحها بعد الدخول فلها المهر، وله أن يتزوج أيتها شاء بعد الاستبراء إن دخل بها، وإن لم يدخل بها فلا استبراء عليه، وإن عقد عليهما واحدة بعد واحدة، فأشار إلى ذلك المصنف بقوله:

ص: وفسخ نكاح ثانية ش: أي قامت عليها البينة أنها ثانية، أو ادعى ذلك الزوج وصدقت هي

الحديث

1013 س - ثنتين نسخة.

1014 - في المطبوع جمع من وما بين المعقوفين من سيد 77 وم 186 ومايaby 320 والشيخ 240.

1015 - في المطبوع والضمير وما بين المعقوفين من ن عدود ص 463 وم 186 ويم 150 والشيخ 240 مايaby 320.

1016 - في المطبوع وسيد 77 كوطينها وما بين المعقوفين من م 182 ويم 150 ومايaby 320 والشيخ 240.

1017 - في المطبوع يصيبها أخرى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 463 وم 186 ويم 150 والشيخ 240 مايaby 320.

1018 - في المطبوع تسوى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 463 وم 186 ويم 150 والشيخ 240 مايaby 320.

1019 - في المطبوع اثنتين وما بين المعقوفين من ن ذي ص 463 وم 186 ويم 150 والشيخ 240 مايaby 320.

وَالْأُحْلَفَ لِلْمَهْرِ بِلَا طَلَاقٍ كَأَمٍّ وَأَبْنَتَهَا يَعْقِدُ وَتَأْبَدُ تَحْرِيمُهُمَا إِنْ دَخَلَ وَلَا إِرْثَ.

متن الخطاب 464
على ذلك، فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر، وإن فسخ بعد الدخول فلها المسمى، وأما الأولى فنكاحها صحيح، دخل بها أو لم يدخل، أما مع قيام البينة فواضح، وأما مع عدم البينة فما ذكره المصنف هو الذي مشى عليه ابن الحاجب، قال في التوضيح: وهو قول/ أشهب ومحمد قال: وقال اللخمي الجاري على مذهب المدونة من عدم قبول تعيين المرأة الأول في مسألة الوليين عدم قبول قولها هنا. انتهى.

ص: وإلا حلف للمهر ش: أي وإن لم تعلم الأولى بالبينة ولم تصدق المرأة التي زعم الزوج أنها ثانية على ذلك بأن قالت لا علم عندي أو ادعت أنها الأولى فإنه يحلف لها ويبرأ من المهر، فإن نكل غرم لها نصف الصداق ولا يمين عليها إن قالت لا علم لي، [وإن¹⁰²⁰] ادعت العلم فعليها اليمين والتي ادعى أنها الأولى [لها¹⁰²¹] الصداق بالدخول ونصفه قبله، وهل يصدق فيه؟ يأتي في ذلك القولان المتقدمان، والذي مشى عليه المصنف أنه يقبل، وإن قال الزوج لا علم عندي فيفسخ النكاحان جميعاً، فإن قالت المرأتان أيضاً لا علم عندنا فسخ النكاحان أيضاً، وعليه نصف صداق واحد، يقتسمانه لأنه وجب عليه نصف صداق لواحدة مجهولة، وإن ادعت إحداها فقط العلم فإنها تحلف وتستحق النصف ولا شيء للأخرى، فإن نكلت اقتسما النصف، وإن ادعت كل واحدة العلم حلفت كل واحدة أنها الأولى وأخذت نصف صداقها. قاله اللخمي والرجراجي. وهذا منقول منهما بالمعنى، والفسخ هاهنا بطلاق. قاله في التوضيح عن محمد والباجي، وقول المصنف: "بلا طلاق" متعلق بقوله: فسخ راجع لقوله: "نكاح ثانية صدقت"، ثم شبه بهذه المسألة في كون الفسخ بلا طلاق ما إذا عقد على الأم وابنتها عقداً واحداً فقال:

ص: كأما وابنتها بعقد ش: أي فإنه يفسخ ذلك بلا طلاق مطلقاً، دخل بهما أم لم يدخل بهما، أو دخل بإحدهما، ثم لما كان يختلف الحكم في تحريمهما أو إحداهما [بسبب¹⁰²²] الدخول وعدمه، وسيأتي من ذلك ثلاثة أقسام أشار إلى الأول بقوله:

ص: وتأبد تحريمهما إن دخل ولا إرث ش: يعني إذا تزوج المرأة وأمها ودخل بهما معا فلا بد من فسخ العقد كما تقدم، ويحرمان عليه أبداً؛ لأن وطه كل واحدة يحرم الأخرى؛ لأنه وإن كان وطئ في نكاح فاسد باتفاق إلا أنه يدرأ الحد، ولا ميراث في ذلك لأنه متفق على فساده، وقد تقدم أن المتفق على فساده لا ميراث فيه، ولكل واحدة صداقها المسمى لأجل [المسيس].

تنبيهه: [قال ابن فرحون إثر قول ابن الحاجب: "وإذا عقد على الأم وابنتها عقداً واحداً فسخ أبداً، فإن دخل بهما حرمتا أبداً" قال ابن [راشد: ¹⁰²⁴] أما إن لم يكن عالماً بالتحريم ودرأ¹⁰²⁵

¹⁰²⁰ - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 464 وم 186 ويم 150 والشيخ 241 ماي 321.

¹⁰²¹ - في المطبوع فلها ويم 150 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 464 وم 186 والشيخ 241 ماي 321.

¹⁰²² * - في المطبوع ويم 151 لسبب وما بين المعقوفين من م 187 وسيد 77 وما يابى 321 والشيخ 241.

¹⁰²³ - في المطبوع انتهى كلامه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 464 وم 187 ويم 151 والشيخ 241 ماي 321.

¹⁰²⁴ * - في المطبوع راشد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في ماي 321

والشيخ 241 وسيد 77 وم 187 ويم 49.

¹⁰²⁵ * - علق عليها الشيخ محمد سالم عدود ب كذا في النسخ والصواب (درئ).

وَأَنْ تَرْتَبْتَا وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بَوَاحِدَةٍ حَلَّتِ الْأُمُّ وَإِنْ مَاتَ وَلَمْ تُعَلِّمِ السَّابِقَةَ فَلِلْإِثْرِ وَلِكُلِّ نِصْفٍ صَدَاقُهَا كَأَنَّ لَمْ تُعَلِّمِ الْخَامِسَةَ.

نص خليل

[عنه¹⁰²⁶] الحد فإنهما يحرمان عليه أبداً، وأما إن كان عالماً بالتحريم ولم يعذر بجهالة لحقه الحد، فيجري التحريم على القولين في التحريم بالزنى، وقول المؤلف: "حرمتا عليه أبداً" يدل على أنه تكلم على الصورة التي يدرأ فيها الحد. قاله ابن راشد. انتهى. ثم بالغ المصنف [بقوله: ¹⁰²⁷] ص: وإن ترتبتا ش: يعني أن دخوله بهما يحرمهما أبداً ولو كان نكاحهما مترتباً واحدة بعد واحدة ولا ميراث كما تقدم، ولو قال: كأن ترتبتا لكان أحسن. قال ابن الحاجب: فإن ترتبتا غير عالم فواضح، وأما العالم ففيها يحد إن لم يعذر بجهالة، قال ابن فرحون: [بقوله: ¹⁰²⁸] "وأما العالم" فهو قسيم قوله: "فإن ترتبتا غير عالم" يعني تزوج أم امرأته ووطنها عالماً فوطؤه لها تحريم للبنت في أحد قولي، ويحد إلا أن يعذر بجهل. انتهى. ثم أشار إلى القسم الثاني

متن الخطاب

ص: وإن لم يدخل بواحدة ش: من الأم وابنتها المعقود عليهما عقداً واحداً فإنه يفسخ ذلك. ص: وحلت الأم له ش: أي نكاحها فأحرى البنت، ولو قال حللتا لكان أخصر وأوضح، ولم يتكلم على القسم/ الثالث وهو ما إذا دخل بإحدهما والحكم فيه أنه يفسخ النكاحان، وتحرم عليه التي لم يدخل بها وتحل له التي دخل بها بعد الاستبراء باتفاق إن كانت البنت، وعلى المشهور إن كانت الأم، ولم يذكر المصنف من أحكام المتربتين إلا المدخول بهما، وبقي ثلاثة آخر، الأول: إذا عثر على ذلك قبل أن يدخل بهما، والحكم أن يفسخ نكاح الثانية بلا طلاق ويمسك الأولى، سواء كانت الأم أو البنت على المشهور، ثم إن كانت التي فسخ نكاحها الأم فهي حرام، وإن كانت البنت كان له أن يطلق الأولى التي هي الأم ويتزوجها.

465

الثاني أن يدخل بالأولى فنكاحها ثابت إن كانت البنت باتفاق، وإن كانت الأم على المشهور، ويفسخ نكاح الثانية ولا تحل له أبداً. الثالث: أن يدخل بالثانية فالحكم أن يفرق بينه وبينها، وحرمت الأولى بوطء الثانية، وأما الثانية فإن كانت هي الأم فهي حرام أيضاً وإن كانت البنت لم تحرم عليه، ثم قال: وإن لم تعلم السابقة منهما -يعني وقد مات ولم يدخل بواحدة منهما- فالإرث لهما يقتسمانه، ولكل منهما نصف صداقها؛ لأن أحد النكاحين صحيح، وأما إن دخل بهما فلا ميراث مع العلم بالترتيب لفساد النكاحين حينئذ فأحرى مع عدم العلم، ويدل على ذلك قوله: "نصف صداقها" لأن الصداق بالدخول يتكامل، فقوله: "كان لم تعلم الخامسة" أي فإن الميراث بينهما، سواء دخل بهن أو لم يدخل، فأما الصداق فإن دخل بهن فلكل واحدة صداقها، [وإن ¹⁰²⁹] دخل بأربع فلهن صداقهن، وللخامسة نصف صداقها، وإن دخل بثلاث فلهن صداقهن، وللأخيرتين صداق ونصف؛ يقتسمانه لكل واحدة ثلاثة أرباع صداقها، وإن دخل باثنتين

الحديث

¹⁰²⁶ - في المطبوع عنهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 464 وم 187 ويم 151 والشيخ 241 مايابى 321.

¹⁰²⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 464 وم 187 ويم 151 والشيخ 241 مايابى 321.

¹⁰²⁸ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 464 وم 187 ويم 151 والشيخ 241 مايابى 321.

¹⁰²⁹ - في المطبوع ويم 151 فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 465 وم 187 والشيخ 242 مايابى 321.

وَحَلَّتِ الْأَخْتُ بِبَيِّنُونَةٍ السَّابِقَةِ أَوْ زَوَالَ مِلْكٍ.

متن الخطاب

فلهما صداقهما وللثلاث الآخر صداقان ونصف، يقتسمنه بينهما، وإن دخل بواحدة فلها صداقها، وللأربع ثلاث صداقات ونصف؛ يقتسمنها بينهما، وإن لم يدخل بواحدة فأربع صداقات يقتسمنها الخمسة. هذا أحد الأقوال، وانظر ابن عرفة. والله أعلم.

ص: وحلت الأخت ببينونة السابقة ش: فقله: "الأخت" يريد ومن في معناها؛ لأن التحريم إنما هو تحريم جمع. قاله في التوضيح وابن عبد السلام، وهذا في النكاح، وأما في الملك فسيترك عليه، وانظر كلام البساطي فإنه غير ظاهر. والله أعلم.

فرع: قال في النكت: قال بعض شيوخنا من القرويين إذا تزوج أختها على أختها علماً بالتحريم وجب عليه الحد إلا أن يكونا اختين من الرضاع فلا يحد لأن هذه لتحريم السنة، والأولى لتحريم القرآن، وأما في تزويجه المرأة على عمتها أو خالتها فلا يحد لأنه تحريم السنة، هذا أصل كل ما كان من تحريم السنة فلا حد فيه وإن كان محرماً بالكتاب ففيه الحد إذا لم يعذر بجهل فاعلمه. انتهى. وقوله: "ببينونة السابقة" قال في التوضيح: وبينونتها بأحد ثلاثة أوجه: وهي الخلع، والطلاق، الثلاث، وانقضاء عدة الطلاق الرجعي. انتهى.

فرع: فإذا قال في الرجعية انقضت عدتها وأكذبت لم يقبل قوله. ابن عبد السلام: ولو مضى لطلاقها ثلاثة أشهر. انتهى. وقال في المدونة في النكاح الثالث: ومن طلق امرأته طلاقاً بائناً فله تزوج أختها في عدتها، وكذلك خامسة في عدة رابعة مبتوتة، وإن طلقها تطليقة فادعى أنها أقرت بانقضاء عدتها وذلك في أمد تنقضي العدة في مثله وأكذبت فلا يصدق في نكاح الخامسة أو الأخت أو قطع النفقة أو السكنى؛ لأن القول في العدة قولها، وإن نكح الأخت أو الخامسة فسخ الثاني، إلا أن يأتي هو على قولها ببينة أو بأمر يعرف به انقضاء العدة. انتهى. قال ابن محرز: قال بعض المذاكرين: وعليها اليمين في النفقة والسكنى، فأما العدة فلا. انتهى من التوضيح. ونقله ابن عرفة.

فرع: فإذا طلقها طلاقاً رجعياً وأراد أن يتزوج خامسة أو أختها فقالت احتبس عني الدم فهي مصدقة حتى تمضي سنة، فإن ادعت التحريك بعد السنة لم تصدق؛ لأن ذلك يظهر فينظر إليها النساء، فإن صدقها وإلا لم يلزم الزوج أن يتربص إلى أقصى أمد الحمل. انتهى من التوضيح.

وقال في النوادر: / قال ابن حبيب: قال أصبغ فيمن أسرت زوجته فغاب خبرها، فأراد نكاح أختها أو عمتها أو خالتها، فإن طلق المأسورة بالبتة جاز ذلك الآن، وإن طلقها دون الثلاث لم يجز له ذلك إلا بعد خمس سنين من يوم سببت إذا كان طلاقه بحدثان السبي؛ لاحتمال تمادي الريبة، [بخلاف الظن¹⁰³⁰] فلا يبرئها إلا خمس سنين، فإن طلق بعد السبي بسنتين فبعد ثلاث سنين، وكذلك إن طلقها بعد ثلاث سنين من السبي فأكثر لاحتمال أن تستراب فتأتيها الحيضة في آخر السنة ويصيبها في الثانية، وكذلك في الثالثة تكمل إما بثلاث حيض أو سنة لا حيض فيها، وإن كانت [مستبرأة

466

الحديث

¹⁰³⁰ - في المطبوع بحبس البطن وم 187 ما يابى 322 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 466 ويم 152 والشيخ 243.

نص خليل

بِعْتَقَ وَإِنْ لَأَجَلَ أَوْ كِتَابَةً أَوْ إِنْكَاحٍ يُحِلُّ الْمَبْتُوتَةَ أَوْ أَسْرٍ أَوْ إِبَاقٍ إِيَّاسٍ أَوْ بَيْعٍ دَلَّسَ فِيهِ لَا فَاسِدٍ لَمْ يَفْتُ وَحَيْضٍ وَعِدَّةٍ شُبْهَةٍ وَرِدَّةٍ وَإِحْرَامٍ وَظَهَارٍ وَاسْتِبْرَاءٍ وَخِيَارٍ وَعَهْدَةٍ ثَلَاثٍ وَإِخْدَامٍ سَنَةٍ وَهَبَةٍ لِمَنْ يَعْتَصِرُهَا مِنْهُ وَإِنْ بَيَّعَ.

متن الخطاب

فما¹⁰³¹] تقدم من المدة يحسب من الخمس سنين التي هي أقصى أمد الحمل، ولو سببت وهي نفساء وطلقها بحدثان ذلك انتظر ذلك سنة كما في ابن عرفة؛ لأنها عدة التي ترفعها الحيضة لنفاسها ابن أبي زيد، وانظر ما معنى قول ابن حبيب: "وكأنه تكلم على أنه تمادى بها الدم وقد تطهر من نفاسها، ثم تستراب، ثم تحيض في آخر السنة، ثم تستراب فكيف لم يأمره بصبر ثلاث سنين؟ وليست تؤمر بخمس سنين؛ لأنه موقن أن لا حمل بها منه إذا لم يطأها بعد النفاس، وهذا صحيح. اهـ. ونقله ابن عرفة واختصره. والله أعلم.

ص: بعثق وإن لأجل ش: قال ابن عرفة: أو عتق بعضها. الشيخ من الواضحة: لو زوجها فطلقت فوطئها في عدتها حلت الأولى قبل انقضاء عدة الثانية لحرمتها عليه. انتهى.

ص: أو بيع دلّس فيه ش: قال في المدونة: لأن للمشتري التماسك. انتهى. فأحرى إذا لم يدلس فيه، فانظر قول البساطي عند قول المصنف: "وحلت الأخت". والله أعلم.

ص: لا فاسد لم يفت ش: أما لو فات حلت الثانية ابن عرفة: فيها بالبيع الصحيح أو الفاسد بعد فوته. اللخمي والشيخ عن الموازية مع الخروج من الاستبراء. انتهى.

ص: وعدة شبهة ش: تقييده العدة بالشبهة حسن لا بد منه؛ لأنها لو كانت من نكاح صحيح لكان النكاح وحده محرماً والعدة من توابعه. قاله ابن عبد السلام، ابن عرفة: الشيخ عن الموازية لو زوجها من عبد فمات أو طلقها قبل مسها حلت له أختها. انتهى. والله أعلم.

ص: وظهار ش: قال ابن عرفة: ولا يجرئه تحریم من وطئ منها بيمين بحريتها. اللخمي عن ابن الماجشون: قوله: "إن أصبتها فهي حرة" لغو؛ لأن أول إصابته إياها حلال فهو الموجب حنثه. انتهى.

ص: وعهدة ثلاث ش: قال في التوضيح: بخلاف عهدة السنة لطول زمانها. انتهى. ونقل ابن أبي زيد في النوادر عن ابن أبي مسلمة العهدة مطلقة فقال في النوادر أيضاً إن محمداً قال يريد عهدة الثلاث.

ص: وهبة لمن يعتصرها منه ش: قال ابن عرفة: وفيها: قيل لو وهبها لابنه الصغير أو الكبير أو عبده الصغير أو يتيمه قال كل ماله أن يصيبها بشراء هو الحاكم فيه أو باعتصار أو انتزاع وما يفسخ من بيع أو نكاح لا يثبتان عليه إن شاء [أو أحدهما]¹⁰³² لغو. انتهى. قال اللخمي: عقب نقل كلام المدونة ولا شيء عليه فيما بينه وبين الله تعالى؛ لأن الملك الآن لغيره

الحديث

¹⁰³¹ - في المطبوع مسترابة بالحيض (وفي م 187 مسترابة بالحس) (والشيخ 243 مسترابة الحبس) (وفي مايابى 322

مسترابة بالحبس) وما بين المعقوفين من ن ذي ص 466.

¹⁰³² - في المطبوع الواحد منهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 466 وم 188 ومايابى 323 (ويم 152 وأحدهما) (والشيخ 244 إن شاء أو أحدهما).

بِخِلَافِ صَدَقَةٍ عَلَيْهِ إِنْ حِيزَتْ وَإِخْدَامِ سِنِينَ وَوُقِفَ إِنْ وَطَّئَهُمَا لِیُحَرِّمَ فَإِنْ أَبْقَى الثَّانِيَةَ اسْتَبْرَأَهَا.

467 فلم يجمع بينهما في ملك. انتهى. ومفهوم قوله: "لمن يعتصرها منه" أن الموهوب/ له إذا كان ممن لا يعتصر منه تحل بالهبة، وهو كذلك إن كانت الهبة لغير ثواب وإن كانت لثواب فلا تحل حتى يعوض عليها أو تفوت عنده وتجب فيها القيمة. قاله الجزولي والشيخ يوسف بن عمر، وظاهر قوله أيضا: "لمن يعتصرها منه" أن الموهوب له إذا كان ممن يعتصر منه أنها لا تحل مطلقا وليس كذلك، بل إذا فاتت عند الذي يعتصر منه فإنها تحل. قاله الشيخ يوسف بن عمر.

ص: بخلاف صدقة عليه إن حيزت ش: قال في التوضيح: فإن تصدق على ولده وحيزت له جاز وطه الأخرى؛ لأنه لا اعتصار في الصدقة، وإن لم [تحز¹⁰³³] فلا. انتهى. وهو لابن عبد السلام، قال ابن فرحون: والظاهر أنه لا يكفي إذ له انتزاعها بالبيع كما في حق اليتيم. فتأمل. والله أعلم.

ص: ووقف إن وطئهما ليحرم ش: قال القرطبي عن مذهب مالك: ولم يوكل ذلك إلى أمانته لأنه متهم. انتهى.

ص: فإن أبقي الثانية استبرأها ش: قوله: "الثانية" مفهومه لو كانت الأولى لم يستبرئ وهو كذلك.

فرع: قال اللخمي: فإن عاود الأولى قبل أن يحرم الثانية وقف عنهما، فأيتهما حرم لم يصب الباقية إلا بعد الاستبراء. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن الصغير في قوله في المدونة: "ولو أنه حين وطئ إحداها وثب على الأخرى فوطئها قبل أن يحرم عليه التي وطئ وقف عنهما حتى يحرم أيتهما شاء" ظاهر الكتاب سواء وطئها علما بأن ذلك لا يجوز أو جاهلا، وقال اللخمي: قال ابن القاسم فيمن كانت عنده أختان فأصابهما، ثم باع إحداها ثم اشتراها قبل أن يطيأ الباقية عنده له أن يطيأ أيتهما أحب؟ وهذا يحسن إذا فعل ذلك وكان وطؤه إياهما جاهلا، وأما إن فعل ذلك وهو عالم لم يجز له أن يصيب واحدة منهما حتى يخرج الأخرى من ملكه؛ [لأنه يتهم¹⁰³⁴] أن يعود إلى مثل ذلك. انتهى كلام الشيخ أبي الحسن من النكاح الثالث.

وقال في النوادر: وإذا وطئ بالملك أختا بعد أخت فليكيف عنهما حتى يحرم فرج واحدة، فإن حرم الأولى استبرأ الثانية، وإن حرم الثانية لم يستبرئ الأولى إلا أن يكون وطئها بعد الثانية فليستبرئها أيضا؛ لأنه وطه لا ينبغي، والجاهل والعالم في جميع ما ذكرناه سواء. انتهى. وذكر قبل هذه المسألة المسألتين اللتين بعد هذه في كلام المؤلف وبعض المسائل المتقدمة، وقال في المدونة قبل الكلام المتقدم: ومن اشترى أختين فوطئ إحداها فلا يطيأ الأخرى حتى يحرم فرج التي وطئها، فإن باع التي وطئ ثم وطئ الباقية ثم اشترى المبيعة تماذى على وطه الباقية، ولو لم يطيأ الباقية حتى اشترى المبيعة وطئ أيتهما شاء. انتهى. وفي النوادر من باع أمة وطئها ثم اشترى أختها فلا يطيؤها حتى تحيض التي باع، ولو حاضت ثم استقاله منها أو ابتاعها فإن كان قد وطئ أختها فلا يقرب هذه حتى يحرم فرج أختها، وإن لم يطيأها فهو مخير في إحداها. انتهى.

1033 - في المطبوع وم188 وما يابى323 وما بين المعقوفين من ن عدود وسيد77 وم153 والشيخ244.
1034 - في المطبوع وم153 لأنه لا يتهم وما بين المعقوفين من م188 وسيد77 وما يابى323 وفي الشيخ لأنه متهم.

نص خليل
وَأِنْ عَقَدَ فَاشْتَرَى فَلْأُولَى [فَإِنْ¹⁰³⁵ س] وَطِئَ أَوْ عَقَدَ بَعْدَ تَلْذُّذِهِ بِأَخْتِهَا بِمَلِكٍ فَكَالْأَوَّلِ وَالْمَبْتُوتَةُ حَتَّى
[يُولِجَ بَالِغٌ¹⁰³⁶ س] قَدَرَ الْحَشْفَةَ.

متن الخطاب
ص: وإن عقد ش: سواء كانت حرة أو أمة. قاله اللخمي.
ص: فالأولى ش: قال في المدونة: ولا يطاء التي اشترى حتى يفارق امرأته. انتهى.
ص: فإن وطئ ش: هذا الشرط جوابه قوله: "فكالأولى"؛ يعني فكما إذا وطئها بملك اليمين فيوقف حتى يحرم إحداهما، وتحريم الأمة بما تقدم، وتحريم الزوجة بالطلاق البائن أو الرجعي إذا انقضت العدة. قاله اللخمي. قال: ولا يقع التحريم بالظهار، ويختلف إذا قال إن وطئت فأنت طالق. انتهى.
ص: أو عقد بعد تلذذه بأختها بملك [فكالأول¹⁰³⁷ س]: اعلم أنه لا يجوز له أولاً، قال أبو الحسن: انظر إذا اختار تحريم الزوجة وذلك قبل البناء هل يكون عليه نصف الصداق أم لا؟ قال: وهذه تشبه مسألة المجوسي يسلم وتحتة عشر. اهـ. والظاهر أنه لو اختار بعد الدخول فلها المسمى/ كاملاً، والظاهر أيضاً أن هذا جار في المسألة التي قبلها، وتحريم الزوجة في هذه مثل تحريمها في تلك، والله أعلم،
فرعان من المدونة: الأول: من باع أمة وطئها ثم تزوج أختها فلم يطاءها حتى اشترى المبيعة لم يطاء إلا الزوجة، والعقد ها هنا كالوطء في الملك.
الثاني: من زوج أم ولده، ثم اشترى أختها فوطئها، ثم رجعت إليه أم ولده أقام على وطء الأمة، ولو ولدت منه الأمة ثم زوجها وأختها ثم رجعتا إليه جميعاً وطئ أيتهما شاء إلا أن يطاء أولاهما رجوعاً.
ص: والمبتوتة ش: تصوره ظاهر والمبتوتة هي التي انقطعت عصمتها.
فرع: قال البرزلي في آخر مسائل النكاح: وسئل المازري عن طلق زوجته ثلاثاً ثم وطئها فحملت عارفاً بالتحريم؟ فأجاب بأنه يلحقه الولد ويحد. قيل: فما الجامع بينهما؟ قال: ربما اجتمعا. انتهى.
ص: حتى يولج بالغ قدر الحشفة ش: فهم منه أن عقد الغير عليها دون وطء لغو وهو كذلك، قال الشارح في الكبير بلا خلاف، وقاله في التوضيح، وفهم من قوله: "بالغ" أن شرط الإيلاج أن يكون الزوج بالغاً، وهو أعم من أن يكون حال العقد بالغاً أو غير بالغ، وهو كذلك. قاله في التوضيح وغيره.
قال ابن عرفة: وفيها وطء الصبي القادر على الجماع ولم يحتلم لغو. اللخمي: إن شارف البلوغ [أحل¹⁰³⁸] وطؤه على قول مالك يحد إن زنى. اهـ. وفهم من قوله: "قدر الحشفة" أنه لو أدخل بعض الحشفة لم تحل وهو كذلك، وكذلك لو وطئها فوق الفرج فأنزل ودخل ماؤه في فرجها فأنزلت لم تحل ولا تحصن. قاله في التوضيح وابن عرفة.

الحديث

¹⁰³⁵ س - وإن نسخة.¹⁰³⁶ س - يولج مسلم بالغ نسخة.¹⁰³⁷ - في المطبوع فكالأولى ويم 153 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 467 وم 188 والشيخ 245 مايابى 324.¹⁰³⁸ - في المطبوع حل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 468 وم 188 ويم 153 والشيخ 246 مايابى 324.

بِلاَ مَنْعٍ وَلَا نَكَرَةٍ فِيهِ بِإِنتِشَارٍ فِي نِكَاحٍ.

متن الخطاب

تنبيه: قال في العارضة عن الحسن البصري: لا تحل إلا بوطه فيه إنزال؛ لقوله: {حتى تذوق عسيلته¹} ورأى العلماء أن مغيب الحشفة هي العسيلة، فأما الإنزال فهي الذبيلة، فإن الرجل لا يزال في لذة من الملاعبة حتى إذا أولج فقد عسل، ثم يتعاطى بعد ذلك بقضاء الله وقدره ما فيه علو نفسه وإتعاظ نفسه ونزف دمه وإضعاف أعضائه، فهي إلى الحموضة أقرب منها إلى العسيلة؛ لأنه يبدأ بلذة ويختم بألم. اهـ.

فرع: إذا كان الزوجان مسلمين فارتد أحدهما بعد طلاق الثلاث لم تسقط الردة الخطاب بأن تنكح زوجا غيره، وإذا ارتدا معا سقط الخطاب عند ابن القاسم دون غيره، وإن كانت الزوجة نصرانية وارتد الزوج بعد الثلاث فعند ابن القاسم لا تحل له إذا رجع للإسلام إلا بعد زوج، وإن أحلها زوج فارتدت هي أو المحلل فالأحسن عند اللخمي أنها تحل من غير زوج. قال جميع ذلك اللخمي، وسيأتي للمصنف بعض هذا في باب الردة. والله أعلم.

ص: بلا منع ش: يدخل فيه كل وطء نهى الله عنه، ومنه وطء الصغيرة التي لا تطبق الوطء. ابن عرفة عن اللخمي: هو لغو؛ لأنه جناية. وفهم ذلك من قول المصنف: "بلا منع" لأن الجناية ممنوعة ومنع الوطء في الدبر فلا اعتراض على المصنف بأنه كان ينبغي له أن يقيد ذلك بالقبل. والله أعلم. ص: ولا نكرة فيه ش: يعني إذا علمت الخلوة وتناكرا في الإصابة والتناكر يصدق بإنكار كل واحد منهما، لكن لما كان إنكارها ظاهرا سكت عنه. [والله تعالى أعلم.¹⁰³⁹] فإذا أنكر المسيس فقال اللخمي: إن طال مقامه معها، واعترف أنه لا آفة به صدقت. انتهى. ونقله ابن عرفة. والله أعلم. فرع: إذا علمت الخلوة وغاب المحلل، أو مات قبل أن يعلم منه إقرار أو إنكار صدقت. قاله اللخمي، ونقله ابن عرفة. قال ابن عرفة أيضا: الباجي: لو بنى وبات عندها ليلة ومات صدقت. انتهى.

ص: بانتشار ش: قال ابن عرفة وابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم: إدخالها ذكر الشئخ: في فرجها دون انتشار إن انتشر بعد ذلك أحلها، وإلا فلا. اللخمي: لمحمد عن ابن القاسم يحل ويحصن، والأول أحسن. وفي تعليقه الشيخ عبد الحميد: لو وطئها غير منتشر ثم انتشر في فرجها أحلها اتفاقا من أصحاب مالك، ولو كان كسل ولم ينتشر ففي كتاب محمد يحل ويحصن، وفي بعض رواياته [محقوق على¹⁰⁴⁰] يحل فتبقى المسألة بلا/ جواب. التونسي وغيره من المذاكرين: الأشبه أنه لا يحل ولا يحصن. بعض المذاكرين إن عرى ذلك عن اللذة المعتادة عند مغيب الحشفة ألغى، وإلا حل وحصن. اهـ.

ص: في نكاح ش: يعني أن المبتوتة لا تحل إلا بوطه في نكاح، فلا تحل بوطه سيدها لمنبتها، ولا [تحل¹⁰⁴¹] باشتراطها الذيبتها. قاله في التوضيح.

469

الحديث

1- عن عائشة رضي الله عنها أن رفاعة القرظي تزوج امرأة طلقها فتزوجت آخر فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أنه لا يأتيها وأنه ليس معه إلا مثل هدبة فقال لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتك، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الطلاق، ج 6 ص 182، مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، رقم الحديث 1433.

¹⁰³⁹ - ساقطة من المطبوع و154 والشيخ 246 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 468 وم 189 مايابى 325.

¹⁰⁴⁰ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 468 ومايابى 325 والشيخ 296 (وم 189 محو) (ويم 154 بياض بالأصل).

¹⁰⁴¹ - ساقطة من المطبوع و154 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 469 وم 189 والشيخ 247 مايابى 325.

نص خليل
لَا زِمَ وَعِلْمُ خُلُوةٍ وَزَوْجَةٍ فَقَطْ وَلَوْ حَصِيًّا كَتَرُوجٍ غَيْرِ مُشَبَّهَةٍ لَيَمِينٍ لَا يَفَاسِدُ إِنْ لَمْ يَنْبُتْ بَعْدَهُ يَوْطٌ ثَانٍ
وَفِي الْأَوَّلِ تَرَدُّدٌ كَمَحَلِّ وَإِنْ مَعَ نِيَّةٍ إِمْسَاكِهَا مَعَ الْإِعْجَابِ وَنِيَّةٍ الْمُطْلَقِ وَنِيَّتِهَا لَغَوٌ.

متن الخطاب
ص: لازم ش: احترازا من نكاح العبد المتعدي، ونكاح ذات العيب والمغرورة أو ذي العيب والمغرور،
فإن أجاز السيد نكاح العبد المتعدي، أو رضي الزوج في عيب المرأة وغرورها، أو رضيت هي في عيب
الزوج وغروره وحصل وطء بعد الإجازة أو الرضا حلت به. قاله ابن الحاجب. والله أعلم.
ص: وعلم خلوة ش: قال ابن عرفة: اللخمي: خلوة الزيارة لغو، وفيها: إن مات قبل بنائه فقالت
طرقها ليلا فأصابها لم تصدق، ولا يقبل قولها. قاله اللخمي.

ص: ولو خصيا ش: يريد بعد علمها به وهو بين، وصرح به ابن عرفة وغيره.
ص: لا بفاسد ش: يدخل فيه نكاح النصراني، وسواء كانت الزوجة مسلمة أو نصرانية؛ لأن
أنكحتهم فاسدة، وقد نص على ذلك في المدونة، فبهذا يستغنى عما في بعض النسخ من قوله: "حتى

يولج بالغ مسلم" ¹⁰⁴² [ش: ويفسخ قبل البناء وبعده بطلاق بائن إذا أقر به بعد العقد، وأما إن أقر
ص: [وكمحلل] قبل النكاح فليس بنكاح. قاله في الموازية. قال في التوضيح: يعني يفسخ بغير طلاق. الباجي: وعندي
أنه يدخله الخلاف في النكاح الفاسد المختلف فيه هل هو بطلاق أم لا؟ وهو تخريج ظاهر، وإن بنى
بها فلها المسمى على الأصح، وقال مالك للمحلل أن يتزوجها بعد ذلك، وقال أشهب أحب إلي أن لا
ينكحها أبدا. اهـ بالمعنى من التوضيح. وقال ابن عرفة: اللخمي: وإن لم يبن بها، فإن أقر قبل العقد
فلا شيء لها، وإن أقر بعده فلها نصف المسمى. اهـ.

فرع: قال ابن عرفة: فإن تزوجها الأول فهذا النكاح فسخ بغير طلاق. اهـ.
ص: ونية المطلق ونيتها لغوش: وإنما المعتبر نية المحلل ولو كانت من غير شرط عند مالك،
خلافًا لغير واحد من أصحابه، ويعاقب هو ومن علم ذلك من الولي والشهود والزوجة، ويجب عليه
أن يأتي الأول فيعلمه أنه قصد تحليلها ليمتنع من نكاحها. اهـ بالمعنى من التوضيح.
فروع: الأول: قال في التوضيح: ولو قال المطلق تزوجي فلانا فإنه مطلق حلت إن تزوجته، وكذلك
إن تزوجته هي لذلك.

الثاني: قال ابن عرفة عن تعليقة عبد الحميد: لو زوجها لعبد له ليسأله طلاقها بعد وطئها حلت به،
ومال إليه بعض الشيوخ.

الثالث: قال ابن عرفة أيضا: اللخمي: ويختلف إن تزوجت غريبا عالمة بأنه لا يريد حبسها على
القول بفساده لا تحل به، ونقله البرزلي في أوائل مسائل النكاح.

الرابع: قال الشيخ عن الموازية: لو تزوج مبتوتة وبني بها وأقر بوطئها كاذبا، ثم أبتها فتزوج بها من
أبتها أولا، وبني بها وأقر بوطئها لم تحل لمن أبتها ثانيا؛ لفساد نكاح من أبتها أولا بعد من أبتها
ثانيا. اهـ.

وَقَبِلَ دَعْوَى طَارِئَةِ التَّزْوِيجِ كَحَاضِرَةِ أَمْنَتْ إِنْ بَعْدَ وَفِي غَيْرِهَا قَوْلَانِ وَمِلْكُهُ أَوْ لَوْلَاهُ.

متن الخطاب

470

ص: وقبل دعوى طارئة التزويج ش: قال اللخمي: الإحلال يصح بشاهدين على نكاح المحلل، وامرأتين على الخلوة وتصادق الزوجين، فإن لم يعلم التزويج إلا من قولها فذكر التفصيل الذي ذكره المؤلف، واعلم أنه إنما يقبل نكاح الطارئة إذا لم يكن الموضع قريباً. قاله اللخمي، ونقله في التوضيح، والظاهر أن مرادهم أنها لا تصدق إذا كان الموضع قريباً. فتأمل. والله أعلم.

ص: إن بعد ش: أما إن قرب الأمد فقولها لغو، أمنت أم لا. قاله اللخمي. ونقله ابن عرفة، وقاله في التوضيح.

ص: وملكه ش: أعم من أن يكون المالك حراً أو عبداً.

فرع: قال ابن عبد السلام: وأما إن دفعت إليه جارية ليستخدمها فرأى بعضهم أنه يجري جواز نكاحه لها على الخلاف في حده إذا زنى بها، فمن يقول بحده يقول بصحة النكاح، ومن يقول بسقوطه يمنع النكاح، وفيه نظر؛ لأنه لا يلزم من كون الحد ساقطاً بالشبهة فسخ النكاح بها. اهـ.

ونقله المصنف، وكأنهم لم يقفوا على نص في المسألة، والمسألة في أوائل الرسم الأول من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح، وفي كتاب الخدمة في رسم البراءة من سماع عيسى، وفي سماع محمد بن خالد عن مالك أنه لا يجزئه أن يتزوجها، وأنها بمنزلة الأمة المشتركة. وفي مختصر الوقار: يكره للرجل أن يتزوج أمته المخدومة وإن أذن في ذلك من أخدمها. اهـ.

فرع: قال ابن عرفة: وفيها لابن القاسم إن أراد أن يزوجه أمة عبده منه انتزاعها، ثم [زوجها]¹⁰⁴³ منه، فإن [زوجها]¹⁰⁴⁴ [منه قبل انتزاعها] [ووطئها]¹⁰⁴⁵ [جاز نكاحه وكان انتزاعاً، وإن أراد سيده ووطئها انتزاعاً ووطئها، فإن ووطئها قبل انتزاعها كان انتزاعاً.

قلت: ويجب استبرأؤها قبل ووطئها وبعده قبل استبرائها. اهـ. وقال المشذلي في حاشيته في النكاح الثاني: وانظر لو زوج أمة عبده من عبد له آخر هل يكون انتزاعاً أم لا؟ قال في سماع عيسى في رجل أخذ جارية لأم ولده فزوجها غلامه فمات، فطلبت أم الولد جارتها هل ترى تزويجه إياها غلامه انتزاعاً؟ قال: لا والجارية لأم ولده، والنكاح ثابت؛ بمنزلة ما لو زوج جارية لعبده غلامه ثم أعتق [سيد]¹⁰⁴⁶ [الجارية ولم يستثن ماله أن الجارية للعبد؛ أعني سيدها والنكاح ثابت. ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن العبد وأم الولد مالكان أموالهما، فلا يحمل فعل السيد ذلك على الانتزاع إذا لم يصرح به، إلا أن يكون مالا يصلح أن يفعله إلا بعد الانتزاع كالوطء والعتق والصلح به [عن]¹⁰⁴⁷ نفسه وشبه ذلك، وقد اختلف إذا رهن السيد عبد عبده في دين على السيد ففي الكتاب لا يكون انتزاعاً. اهـ.

ص: أو لولده ش: سواء كانا حريين أو أحدهما حراً والآخر رقاً. قاله في التوضيح.

الحديث

¹⁰⁴³ - في المطبوع تزوجها وما بين المعقوفين من ن عود ص 470 وم 189 ويم 155 والشيخ 248 مايابى 326.

¹⁰⁴⁴ - في المطبوع تزوجها وما بين المعقوفين من ن عود ص 470 وم 189 ويم والشيخ 248 مايابى 326.

¹⁰⁴⁵ - في المطبوع أو ووطئها ويم 155 وما بين المعقوفين من ن عود ص 470 وم 189 مايابى 326.

¹⁰⁴⁶ - في المطبوع ويم 155 سيده وما بين المعقوفين من م 189 والشيخ 248 مايابى 326.

¹⁰⁴⁷ - في المطبوع على ويم 155 وما بين المعقوفين من ن عود ص 470 وم 189 والشيخ 248 مايابى 326.

وَفُسِّخَ وَإِنْ طَرَأَ بِلَا طَلَاقٍ كَمَرَأَةٍ فِي زَوْجِهَا وَلَوْ بَدَفَعَ مَالٍ لِيُعْتَقَ عَنْهَا لَا إِنْ رَدَّ سَيِّدٌ شِرَاءً مَنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهَا.

نص خليل

[فرع: 1048] أجاز في العتبية للرجل أن يتزوج جارية زوجته، وعن ابن كنانة كراهيته، وهذا في جارية لم تكن في الصداق، وأما جارية الصداق فيجوز ذلك فيها بعد الدخول، ومنع منه في العتبية قبل الدخول، وخرج فيها صاحب البيان قولاً بالجواز. انتهى باختصار من التوضيح.

متن الخطاب

ص: وفسخ ش: فرع: قال ابن عرفة: اللخمي عن محمد: إن اشترى أحدهما الآخر بخيار لم يفسخ نكاحه إلا بيبته، وإن بيع على العهدة فسخ حينئذ، فإن حدث في العهدة عيب [رده، 1049] وقد انفسخ النكاح، وشراء زوجها إياها بشرط الاستبراء يوجب فسخ نكاحها؛ لأن الماء ماؤه. اللخمي: القياس فيها عدم تعجيل الفسخ، فإن [سلمت 1050] مدة العهدة والاستبراء تم البيع وفسخ النكاح، وإلا فلا. اهـ.

ص: وإن طرأ ش: أي بميراث أو غيره. فرع: فإن اشترى زوج أمه أو امرأة أبيه انفسخ النكاح. قاله في التوضيح. فرع: قال ابن عرفة: ولو اشترى أحدهما الآخر وهو مكاتب ففي فسخ نكاحه قولان؛ بناء على أنه ملك رقبته أو كتابته، فإن عجز فسخ/ اتفاقاً. قلت: يريد أن المبيع الكتابة. اهـ.

471

فرع: قال في أول رسم من سماع عيسى من كتاب النكاح: وقال مالك في أمة تحت حر ولدت أولاداً له وأرادوا بيعها وولدها فقال زوجها أنا آخذها، فقال مالك: أرى أنه أحق بها بما أعطوا فيها؛ لأن في ذلك خيراً لعتق ولدها ولا أرى به بأساً. ابن رشد: وهذا كما قال؛ لأن الزوج إذا أراد أن يأخذهم بالثمن الذي أعطوا لهم فبيعههم من غيره بذلك الثمن إضرار بالولد في غير منفعة تصير لهم فلا يمكنون من ذلك. ثم قال: ولو باعوها وحدها لم يكن أحق بها؛ إذ لا تكون أم [ولد 1051] إذا اشتراها وإن ولدت منه أولاداً. اهـ كلام ابن رشد بالمعنى. والله أعلم.

ص: ولو بدفع مال ليعتق عنها ش: قال في كتاب الولاء من المدونة: ومن أعتق عبده عن امرأة للعبد حرة فولأؤه لها بالسنة، ولا يفسخ النكاح لأنها لم تملكه، ولو دفعت الحرة مالاً لسيد زوجها على أن يعتقه عنها فسخ النكاح، وذلك شراء لرقبته وولأؤه لها. وقال أشهب لا يفسخ النكاح لأنها لم تملكه. اهـ. [1052] وقال المشذلي في حاشيته: قوله من أعتق عبده عن [امرأة 1053] معناه لم تسأل عتقه

الحديث

1048- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م 155 ويم 248 والشيخ 248 مايابى 326.

1049- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 470 (وم 189 ردفه) (ويم 155 والشيخ 248 مايابى 326

رد به).

1050- في المطبوع سلمتا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 470 ومايابى 326 (وم 189 بياض) (ويم 155 والشيخ 248

سلمنا).

1051- في المطبوع الولد ويم 155 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 471 وم 190 والشيخ 249 مايابى 227.

1052- في المطبوع ولو دفعت الحرة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 471 وم 190 ويم 155 والشيخ 249 مايابى 327.

1053- هكذا في ن ذي وم 190 والشيخ 249 ومايابى 327 وصوبه الشيخ محمد سالم عدود بما في المطبوع (امراته) وهو

الذي في يم 155.

نص خليل أو [قَصْدًا¹⁰⁵⁴ س] بِالْبَيْعِ الْفَسْخَ كَهَبْتَهَا [لِلْعَبْدِ¹⁰⁵⁵ س] لِيَنْتَزِعَهَا [فَأَخَذَ جَبْر¹⁰⁵⁶ س] الْعَبْدَ عَلَى الْهَبَةِ.

متن الحطاب ولم ترغبه ولو رغبته وقالت أعتقه [عني¹⁰⁵⁷] لكان لها الولاء ويفسخ النكاح كما لو أعطته مالا على العتق. اهـ. وقال أبو الحسن [إثر¹⁰⁵⁸] كلام المدونة المذكور: يريد ولم تسأله في ذلك ولا رغبته. اللخمي: فإن سألته فسخ النكاح على قول ابن القاسم؛ لأنها مستوهبة ولم يفسخ عند أشهب، وانظر [جعل لها الولاء¹⁰⁵⁹] ولم يفسخ النكاح والشيوخ إنما يثبتون الولاء للمعتق عنه بتقدير الملك، ولو قدر ذلك هنا لفسخ النكاح، وإن لم يقدر هنا ملكه ففيه هبة الولاء؛ لأن الولاء فرع عن ثبوت الملك، ولهذا قال: "فولأؤه لها بالسنة". انتهى. واعلم أنه إذا أعتقه عنها ولم تدفع له مالا [فملكها له¹⁰⁶⁰] إنما هو تقديري لا تحقيقي فباعتبار تقديره يثبت لها الولاء وباعتبار كونه غير تحقيقي لم يفسخ النكاح. وقال أبو الحسن: قوله: "ولو دفعت الحرة مالا الخ" الشيخ: وكذلك الأمة لو دفعت لسيد زوجها مالا للإجماع أنه لا يجوز للمرأة أن تتزوج عبدها، وقوله وقال أشهب لا يفسخ النكاح؛ لأنها لم تملكه. قال ابن يونس: ابن المواز عنه كما لو سألته عتقه عنها لغير شيء [أعطته¹⁰⁶¹] قال سحنون: وهو أحسن.

ص: أو قصدا بالبيع الفسخ ش: قال ابن غازي: كذا في كثير من النسخ قصدا بألف التثنية وهو المطابق لقوله في المدونة: إلا أن يرى أنها وسيدها اغتزيا فسخ النكاح فلا يجوز ذلك وتبقى زوجة قال ابن عرفة: ظاهره أن اغتراء وحده لغو، وفيه نظر. اهـ كلام ابن غازي. والذي قاله ابن عرفة فيه نظر لم يتوقف فيه ابن عبد السلام، قال: وينبغي أن يكون قول المؤلف: "تعمدا" بألف التثنية على أنه فاعل كما نص عليه سحنون بقوله: "اغتزيا" أي قصدا، والواقع فيما رأيت من نسخ هذا الكتاب بدون الألف، ولا معنى له. نعم لو تعمدت هي ذلك دون السيد البائع لكان له وجه، كما لو ارتدت قاصدة لفسخ النكاح لم يفسخ وتستتاب. اهـ. وهذا الذي قاله فيما إذا قصدت هي وحدها ظاهر، وأما قوله: "فيما إذا قصد السيد وحده" لا معنى له فغير ظاهر، بل الحق ما قاله ابن عرفة [أن فيه نظرا،¹⁰⁶²] والظاهر أيضا أنه لا يفسخ كما في مسألة الهبة الآتية، وعلى هذا فيقرأ قوله: "قصد" بلا ألف بالبناء للمفعول ليعم القاصد. فتأمله. والله أعلم.

الحديث

1054 س - فُصِدَ نسخة.

1055 س - كهبتها منه لينتزعها نسخة.

1056 س - وأخذ منه نسخة.

1057 - ساقطة من المطبوع ويم 155 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 471 وم 190 والشيخ 249 مايابى 327.

1058 - في المطبوع أترى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 471 وم 155 ويم 249 والشيخ 249 مايابى 327.

1059 - في ن ذي جعل الولاء لها وصوبه الشيخ محمد سالم عدود بما بين المعقوفين وهو الذي في المطبوع وم 190 وسيد 78 ومايابى 327 والشيخ 249 ويم 155.

1060 - في المطبوع فملكها لها وم 190 ويم 155 والشيخ 249 مايابى 327 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 471.

1061 - في المطبوع ويم 156 أعطيته وما بين المعقوفين من م 190 وسيد 78 ومايابى 327 والشيخ 249.

1062 - في المطبوع إذ فيه نظر ويم 156 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 471 وم 190 والشيخ 250 مايابى 327.

وَمَلَكَ أَبُ جَارِيَةِ ابْنِهِ بَتْلُذْدِهِ بِالْقِيَمَةِ وَحَرُمَتْ عَلَيْهِمَا إِنْ وَطَّأَهَا وَعَتَقَتْ عَلَى مُوْلِدِهَا وَلَعَبْدٍ [تَزْوُجُ] 1063
 [س] ابْنَةُ سَيِّدِهِ بِثَقْلٍ وَمِلْكٍ غَيْرِهِ كَحُرٍّ لَا يُؤْلَدُ لَهُ وَكَأَمَةِ الْجَدِّ وَالْأُفَّانِ خَافَ زِنًا وَعَدِمَ مَا يَتَزَوَّجُ بِهِ حُرَّةً
 غَيْرَ مُغَالِيَةٍ وَلَوْ كِتَابِيَّةً أَوْ تَحْتَهُ حُرَّةً وَلَعَبْدٍ بِلَا شِرْكِ وَمُكَاتِبٍ وَغَدِينٍ نَظَرُ شَعْرِ السَّيِّدَةِ كَخَصِيٍّ وَغَدٍ
 لَزَوْجٍ وَرُؤْيٍ جَوَازُهُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ [لَهُمَا] 1064 [س] وَخُيِّرَتِ الْحُرَّةُ مَعَ الْحُرِّ فِي نَفْسِهَا.

نص خليل

ص: وملك أب جارية ابنه بتلذذه بالقيمة ش: وكذلك الجد على قول ابن القاسم، خلافا
 لأشهب. قاله ابن ناجي في شرح الرسالة. ويريد المصنف سواء حملت أو لا، وسواء كان عديما أو
 مليا، فإن كان عديما بيعت إلا أن تكون حملت فلا تباع، وإذا أعطى الأب قيمتها فلا يطؤها حتى
 يستبرئها من مائه الفاسد. قاله في التوضيح. وهذه المسألة في كتاب أمهات الأولاد من المدونة وفي/
 كتاب القذف منها.

متن الخطاب

472

تنبيه: قال في كتاب القذف منها: ولا يحد الأب إذا وطئ أمة ابنه، وكذلك الجد في أمة ولد ولده.
 قال أبو الحسن الصغير: وانظر هل يعاقب الأب؟ فقال في كتاب أمهات الأولاد من كتاب ابن يونس
 في باب الاستلحاق: يعاقب الأب إن لم يعذر بالجهالة. انتهى.

قلت: ذكره ابن يونس في أثناء كلامه لما تكلم على من استلحق ولد أمة ولده فقال إنه يلحق به إن لم
 يدعه الولد لنفسه ولم يحزه نسب معروف، ويغرم قيمة الأمة لولده في ملائه ويتبع بها في عدمه وهي
 له أم ولد وعليه الأدب إن لم يعذر بجهل. انتهى. ولم أر من صرح بالأدب على الأب إلا ما ذكره ابن
 يونس، وانظر هل يمكن أن يقال إنما أدب لأنه سكت حتى بيعت؟ والذي فهمه أبو الحسن إنما هو
 لوطئه. وانظر على ما ذكره ابن يونس من الأدب في الوطء هل يلزم الأدب أيضا في تلذذه بها، أو إنما
 يلزم إذا وطئ؟ لم أر فيه نصا، والظاهر أنه يلزمه لأنه ارتكب محرما؛ بدليل أنه يجب عليه أن
 يستبرئها من وطئه إياها، وسيقول المصنف: "وعزر الإمام لمعصية الله". والله أعلم.

ص: وعتقت على مولدها ش: قال في التوضيح: والحكم أنها تعتق على الابن إذا كان أولدها قبل
 وطء والده وقد أتلّفها الأب بوطنه فيغرم قيمة أم ولد، وإن كان الابن وطئها ولم تحمل ثم وطئها أبوه
 وحملت منه غرم قيمتها أمة وعتقت عليه. انتهى بالمعنى.

ص: ولعبد تزوج ابنة سيده بثقل ش: والمكاتب في الزواج والاستئصال مثل العبد. قاله في
 التوضيح. قال: وكذلك تزويج ابنه لمكاتبته مثله، فإن مات السيد انفسخ النكاح، وقيل لا ينفسخ
 بالموت، بل إذا عجز انفسخ. والله أعلم.

ص: وإلا فإن خاف زنى وعدم ما يتزوج به حرة الخ ش: تصوره واضح.
 فرع: كل ما يمكنه بيعه فهو طول كدينه المؤجل؛ بخلاف دار سكناه، ونقله ابن فرحون في شرح ابن
 الحاجب.

الحديث

1063 س - تزويج نسخة.

1064 س - لها نسخة.

فرع: فإذا فرعنا على المشهور أنه لا ينكح الأمة إلا بشرطين، فإن عدم الشرطان معا فهل يحرم عليه ذلك أو يكره؟ قال الباجي: في المدونة ما يدل على القولين. قاله في التوضيح، ونقل ابن رشد في المقدمات عن مالك جوازه وإن كان لا يخاف عنتا وهو واجد للطول. قال: وهو المشهور عن ابن القاسم، وقال الرجراجي: فإن كانت الأمة ممن لا يعتق ولدها فهل يجوز للحر/ أن يتزوجها، أو لا يجوز؟ فالذهب على ثلاثة أقوال، كلها قائمة من المدونة؛ أحدها أنه لا يجوز إلا بشرطين اثنين عدم الطول وخشي العنت وهو مشهور قول مالك، والثاني [أنه يجوز¹⁰⁶⁵] له أن يتزوجها وهو عادم الشرطين وهو مشهور قول ابن القاسم، وأحد قولي مالك، [والثالث¹⁰⁶⁶] الكراهة، والقول بالمنع يعني القول الأول أنه منع تحريم، وبه قال أشهب وابن عبد الحكم، وهو قائم من المدونة من قوله: "بفسخه" ثم ذكر مأخذ القولين الباقيين من المدونة أيضا، ونسب الخلاف في ذلك وأطال، فراجع إن أردته. والله أعلم. وظاهر كلام المصنف أنه إن وجد ما يتزوج به حرة ولو لم يجد ما ينفقه عليها حصل له الطول، وهي رواية محمد، خلافا لما قاله ابن حبيب عن أصبغ أن الطول ما يصلح لنكاح الحرة من نفقة ومؤنة. اللخمي: وهو أبين، إلا أن يجد من تتزوجه بعد علمها بعدم قدرته على النفقة. ابن رشد: ما رواه ابن حبيب أصح مما رواه محمد. قاله جميعه في التوضيح، وقال ابن الفرس في أحكام القرآن: إن اعتبار النفقة هو الأصح. والله أعلم.

فرع: فإن وقع نكاح الأمة من غير حصول الشرطين فتقدم في نقل الرجراجي في القول الأول من الأقوال الثلاثة عن مالك أنه قال بفسخه، وفي كلام ابن عبد السلام في باب الخلع ما يدل على أنه يفسخ، ونصه: في قول ابن الحاجب ولو تبين فساد النكاح، وفي كتاب ابن المواز: ومن خالغ زوجته ثم وجدها أمة قد أذن لها سيدها في النكاح فإن كان يجد الطول بحرة رجعت بما أعطته. قاله عبد الملك وبه أقول، فإن كان ممن لا يجد الطول ويخشى العنت فله ما أخذ؛ لأنه كان له أن يقيم، وواجد الطول إن لم يكن له المقام عليها فيرد ما أخذ ويرجع على من غره. انتهى. فقله: "وواجد الطول" الخ يدل على أنه يفسخ، وهو ظاهر كلام اللخمي في الأيمان بالطلاق في باب من حلف ليتزوجن هل يبر بتزويج غير الأكفاء؟، ونصه: وإن تزوج أمة لم يبر على قول مالك، وقال ابن القاسم يبر إذا لم يجد طولاً لحرة، وإن كان واجدا عاد الخلاف المتقدم هل يبر بالنكاح الفاسد؟. انتهى. فجعله فاسداً، وهو الذي يظهر من كلام المصنف في موضعين؛ أحدهما عند قول ابن الحاجب: "ولو جمع من لا يجوز له الجمع في عقد بطل في الأمة، وفي الحرة قولان" قال في التوضيح: يعني لو تزوج حرة وأمة في عقد واحد، وكان لا يجوز له الجمع لفقدان الشرطين بطل نكاح الأمة لعدم شرطه، وفي الحرة قولان؛ الصحة لابن القاسم، والبطلان لسحنون، واحتج سحنون بأنها صفقة جمعت حلالاً وحراماً، وما هذا شأنه باطل، فبطل الجمع على المشهور. ثم قال ابن الحاجب: ولو جمع من يجوز له الجمع فكجمع

¹⁰⁶⁵ - في المطبوع لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 473 وم 190 ويم 156 والشيخ 251 مايابى 328.

¹⁰⁶⁶ * - في المطبوع والثالثة وما بين المعقوفين من م 190 ومايابى 328 والشيخ 251 ويم 156.

أربع. قال في التوضيح: هذا الفرع يأتي على القول بأن الطول ما يتوصل به إلى دفع العنت، فعلى هذا القول يجوز له الجمع. ابن شاس: وكذا يأتي على المشهور إذا قلنا إن الطول المال وعدم طول حرتين ولم تكفه حرة واحدة. وقوله: "فكجمع أربع" أي إن سمى لكل واحدة صداقها صح. انتهى. وثاني الموضوعين عند قول ابن الحاجب: "وإذا تزوج الحر الأمة على الحرية وأمضي على المشهور ففيها تخير في نفسها". قال في التوضيح: المشهور الإمضاء بناء على أن الحرية تحته ليست بطول، وعلى القول بأنها طول يفسخ النكاح. انتهى.

وقال ابن عبد السلام إذا تزوج الحر الأمة على الحرية قال المؤلف: وأمضي على المشهور؛ يعني وقلنا بأن النكاح صحيح لأن [الطول المال]¹⁰⁶⁷ لا وجود الحرية تحته، وهذه النكتة هنا أفادت أن المشهور الطول [المال].¹⁰⁶⁸ انتهى. زاد ابن فرحون بعد نقله نحو كلام ابن عبد السلام: ومقابل المشهور أنه يفسخ ولا يمضي، وأن الحرية تحته طول، وهذا هو القول المرجوع عنه من قولي مالك. انتهى. فقوله في التوضيح في مسألة الجمع: "إذا خلا عن الشرطين بطل" وتعليقهم قول سحنون بأنها

صفقة جمعت حلالا وحراما وقوله هو وابن عبد السلام وابن فرحون في المسألة الثانية أن القول/ الثاني أنه يفسخ لوجود الطول، وما تقدم للحمي وابن عبد السلام عن كتاب ابن المواز صريح أو كالصريح في أن نكاح الأمة إذا خلا عن الشرطين يفسخ. والله أعلم. ومما يشهد لفسخ نكاح الأمة إذا عرا عن الشرطين اختلافهم في فسخه إذا طرأ الطول بعد أن تزوج الأمة بالشرطين، فقد قال ابن عرفة ناقلا عن ابن رشد في إلزامه فراق الأمة ثالثها إن تزوج الحرية، وقال عنه أيضا: ولو زال خوف العنت لم يلزمه الفراق اتفاقا. وقال في الكافي: فإن عدم الطول ولم يخش العنت لم يجز له نكاح الأمة، ثم قال: وقد سئل مالك عن رجل يتزوج أمة وهو ممن يجد الطول؟ فقال: أرى أن يفرق بينهما، فقليل إنه يخاف العنت؟ فقال: السوط يضرب به، ثم خففه بعد ذلك. انتهى. والأول هو المشهور، وهذا الذي ظهر لي في هذه المسألة. والله أعلم.

تنبيهان: الأول: إذا ثبت أنه يفسخ ذلك فلا شك أن الفسخ بطلاق؛ لأنه يختلف فيه اختلافا قويا، وتقدم في كلام ابن رشد والرجراجي أن المشهور قول ابن القاسم أنه يجوز من غير شرط. الثاني: قال في النواذر في الجزء الثالث من النكاح في ترجمة نكاح الأمة على الحرية بعد أن تكلم على الشرطين في نكاح الأمة وبيان الطول ما هو قال ما نصه ناقلا له عن كتاب ابن المواز: وإن كان يجد طولاً إلى آخره، أو كانت تحته حرة فهوي أمة حتى يخاف العنت فيها فله نكاحها بعينها. قاله مالك وأصحابه. اهـ. وقال قبله: قال أصبغ: وإنما يجوز نكاحه -يعني الأمة- [وتحتة]¹⁰⁶⁹ الحرية إذا كان فيه الشرطان؛ أن يخشى العنت، ولا تكفيه الحرية ولا يجد طولاً مع [ذلك لحره]¹⁰⁷⁰ أو يهوى الأمة

¹⁰⁶⁷ - في النسخ والمطبوع الطول بالمال وما بين المعقوفين من تصويبات الشيخ محمد سالم عدود.

¹⁰⁶⁸ - في المطبوع والمال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 473 وم 191 ويم 157 والشيخ 252 مايابى 329.

¹⁰⁶⁹ - في المطبوع وتخير وم 191 ويم 157 (والشيخ 252 ويخير) وما بين المعقوفين ظنن عليه عدود ص 474 وهو الذي

في مايابى 329. والذي في النواذر تخير ج 4 ص 519.

¹⁰⁷⁰ - في المطبوع تلك الحرية ويم 157 والشيخ 252 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 474 مايابى 329 وم 191 خارج.

متن الخطاب وهو يخاف على نفسه العنت إن لم يتزوجها. اهـ. وانظر ابن عرفة فإنه استوفى الكلام على ذلك. فرع: فإذا صح نكاح الحر الأمة فنفقة الأمة لازمة للزوج، وكذا لو كان الزوج عبدا. قال ابن الحاجب: ويلزم الزوج نفقة زوجته الأمة مطلقا على المشهور. اهـ. وانظر ابن عرفة فإنه أشبع الكلام في ذلك.

فرع: قال في آخر رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الرضاع: وسئل عن تزوج أمة ثم أعتق سيد الأمة ولده منها؟ قال: أرى الرضاع عليه. قال محمد بن رشد: الهاء من عليه عائدة على الرجل أبي المَعْتَق لا على السيد المَعْتَق؛ لأن السيد لما أعتقه صار حرا، فسقطت عنه نفقته ووجبت على أبيه، ولو كان أبوه معدما أو لم يكن له أب لما سقط عنه رضاعه ونفقته في حال صغره؛ لأن من أعتق صغيرا ليس له من ينفق عليه فنفقته عليه. اهـ. زاد في رسم باع غلاما من سماع ابن القاسم في النكاح لأنه يتهم أن يكون إنما أعتقه ليسقط عن نفسه نفقته. اهـ.

وقال البرزلي في مسائل الأنكحة بعد ذكر الكلام على مسألة: ويؤخذ منه أن من أعتق صغيرا فإنه تلزمه نفقته ما دام لا يقدر على الكسب وقد نص عليه أبو حفص العطار. اهـ. وكأنه لم يقف على كلام ابن رشد هذا. ثم قال: [وانظر من ¹⁰⁷¹] أوصى بعتق صغير هل يلزم الموصي نفقته أم لا؟ ونزلت هذه في زمن ابن عبد السلام في مدبرة، ولم يوجد عنده ولا عند غيره فيها نص بعد البحث [عنه، ¹⁰⁷²] وتوقف [عن ¹⁰⁷³] إيجاب نفقتها في ثلث مدبرها، ووقعت في عصرنا في رجل أعتق صغيرا ومات قبل أن يبلغ، فاختر شيخنا أن يوقف من تركته معتقه ما ينفقه إلى بلوغه، وأشك أن القاضي حكم بذلك، وكان ظهر لي أنه لا يلزم في تركته شيء من مسألة كتاب الجعل في الذي مات بعد أن دفع نفقة ولده أنه يسترجعها الورثة ولا [تلزمه ¹⁰⁷⁴] بعد موته نفقة، وما وجب بالسنة أقوى مما وجب بالاقتراب ¹⁰⁷⁵، وفي المذهب مسائل تشهد لذلك، إلا أن يقال إنما [لزم ¹⁰⁷⁶] رد هذا لأن الشرع إنما أوجب النفقة مدة حياته، فإذا مات سقط الوجوب، وهذا لما التزم العتق، [فكانه ¹⁰⁷⁷] التزم لوازمه فيجري على قاعدة ما لا يتوصل للواجب إلا به فهو واجب: وهو مقدور [للمكلف ¹⁰⁷⁸] كغسل [يسير ¹⁰⁷⁹] من الرأس، لكن هذا مشروط بالحياسة؛ لأن قاعدة المذهب أن كل شيء يتبرع به شرطه الحياسة [زمن

- ¹⁰⁷¹ - في المطبوع إن ويم 157 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 474 وم 191 والشيخ 253 مايابى 330.
- ¹⁰⁷² * - في المطبوع منه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في البرزلي ج 2 ص 382.
- ¹⁰⁷³ - في المطبوع على وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في البرزلي ج 2 ص 382.
- ¹⁰⁷⁴ * - في المطبوع يلزم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في البرزلي ج 2 ص 382.
- ¹⁰⁷⁵ * - علق عليه الشيخ محمد سالم عدود ب كذا في مطبوعة البرزلي والذي يظهر أن الصواب (الإلتزام).
- (10) - علق عليه الشيخ محمد سالم عدود ب كذا في مطبوعة البرزلي والذي يظهر أن الصواب (الإلتزام).
- ¹⁰⁷⁶ - في المطبوع يلزم ويم 157 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 474 وم 191 والشيخ 253 مايابى 330.
- ¹⁰⁷⁷ * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.
- ¹⁰⁷⁸ * - في المطبوع المكلف وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.
- ¹⁰⁷⁹ * - في المطبوع شيء وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

بطلقةً بائنةً [كترزويج¹⁰⁸⁰] أمّةٌ عليّها أو ثانيّةٌ أو عليّها بواحدةٍ فألفت أكثر ولا تُبوّأ أمّةٌ بلا شرطٍ أو عُرِفَ وللسّيد السّفَرُ بمنّ لم تُبوّأ وأنّ يَضَعَ مِنْ صَدَاقِهَا إن لم يَمْنَعْهُ دَيْنُهَا إِلَّا رُبْعَ دِينَارٍ وَمَنْعُهَا حَتَّى يَقْبِضَهُ وَأَخْذُهُ وَإِنْ قَتَلَهَا أَوْ بَاعَهَا بِمَكَانٍ بَعِيدٍ إِلَّا لِظَالِمٍ وَفِيهَا يَلْزَمُهُ تَجْهِيْزُهَا بِهِ [وَهَلْ خِلَافٌ¹⁰⁸¹] وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ أَوِ الْأَوَّلُ لَمْ تُبوّأ أَوْ جَهَّزَهَا مِنْ عِنْدِهِ [تَأْوِيلَانِ¹⁰⁸²] وَسَقَطَ بَيْعُهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ مَنَعُ تَسْلِيمِهَا لِسُقُوطِ تَصَرُّفِ الْبَائِعِ وَالْوَفَاءُ بِالتَّرْزُوجِ إِذَا أُعْتِقَ عَلَيْهِ وَصَدَاقُهَا.

نص خليل

475 صحتها،¹⁰⁸³ وليس المرض والموت والفلس [بزمان¹⁰⁸⁴] حيازة، فلذلك اخترنا/ أنه لا يلزمه شيء، ويصير من فقراء المسلمين. اهـ. وكرره في مسائل الهبة. وقال المشدالي في حاشيته في باب التجارة إلى أرض الحرب بعد أن ذكر كلام ابن رشد المتقدم وغيره: وأقام الشيوخ من هذا أن من أعتق زِمْنًا لزمته نفقته، ومثله في الموازية، وقيل نفقته على المسلمين أو الإمام. اهـ. فرع: قال الشيخ أبو الحسن في كتاب العرايا لما تكلم على سقي العربة وزكاتها: ومما يلحق بهذا الباب من وهب صغيرا يرضع، قيل رضاعه على الواهب، وقيل على الموهوب. حكى القولين ابن بشير.

متن الخطاب

ص: بطلقة بائنة ش: قال ابن الحاجب: ولا يقضى إلا بواحدة بائنة، بخلاف المعتقة تحت العبد، وقيل كالمعتقة. ابن فرحون: لأن بها يزول الضرر، وعلى الزوج فيما زاد عليها ضرر، وهي في ذلك بخلاف المعتقة تحت العبد؛ لأن المذهب أنها تخير في إيقاع طلقتين جميع طلاق العبد، وهي الرواية المرجوع إليها، وقال محمد: إن قضت بثلاث وقعت وقد أساءت، وهو معنى قوله: "وقيل كالمعتقة" يعني أن لها أن تقضي بالثلاث. اهـ.

وقال في التوضيح في أثناء كلامه: والشاذ حكاه ابن يونس عن محمد [فقال: وقال¹⁰⁸⁵] ابن المواز إن فسخت بالثلاث لزمّت وقد أساءت. اهـ. والله أعلم.

فرع: قال في أواخر الجزء الثاني من [الطرر:¹⁰⁸⁶] إن تزوج رجل حرة فأقرت لرجل أنها أمته لم يقبل قولها ولم يفسخ النكاح، ولا يوجب إقرارها رقا على ذريتها؛ لأن إقرارها بذلك إقرار على غيرها، وقد قال تعالى: ﴿ولا تكسب كل نفس إلا عليها﴾ وإقرارها لا يوجب زوال حرّيتها، ولا استرقاق ذريتها، ولا زوال حكم [زواجها الصحيح¹⁰⁸⁷] من الاستغناء. اهـ.

ص: والوفاء بالتزويج ش: قال في التلقين: ومن أعتق أمته على أن تتزوجه بعد العتق فلا يلزمها ذلك، وإن شرط أن عتقها صداقها لم يصح، ولزمه الصداق. ص: وصداقها إن بيعت لزوج ش: يعني لزوجها/ فإن قبضه السيد رده. قاله في المدونة.

476

الحديث

1080 - لتزويج نسخة. بتزويج نسخة.

1081 - وهل هو خلاف نسخة.

1082 - تأويلات نسخة.

1083 - في المطبوع من الصحة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

1084 - في المطبوع بزمان وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

1085 - في المطبوع ويم 158 فقال أو قال وما بين المعقوفين من م 19 والشيخ 254 وما يابى 330.

1086 - في المطبوع الطراز وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

1087 - في المطبوع زوجها حكاه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

نص خليل

وَهَلْ وَلَوْ بَيِّعَ سُلْطَانٌ لِفَلَسٍ أَوْ لَا وَلَكِنْ لَا يَرْجِعُ بِهِ مِنَ الثَّمَنِ تَأْوِيلَانِ وَبَعْدُهُ كَمَالُهَا وَبَطْلٌ فِي الْأَمَةِ
إِنْ جَمَعَهَا مَعَ حُرَّةٍ فَقَطُّ بِخِلَافِ الْخُمْسِ وَالْمَرْأَةِ وَمَحْرَمِهَا وَلِزَوْجِهَا الْعَزْلُ [إذا¹⁰⁸⁸ س] أَذْنَتْ وَسَيِّدَهَا
كَالْحُرَّةِ إِذَا أَذْنَتْ وَالْكَافِرَةُ إِلَّا الْحُرَّةُ الْكِتَابِيَّةُ.

متن الخطاب

ص: وهل ولو [ببيع¹⁰⁸⁹] سلطان [لفلس¹⁰⁹⁰] أو لا ولكن لا يرجع به من الثمن تأويلان
ش: يعني أن ما ذكره من سقوط الصداق إن لم [يدفعه¹⁰⁹¹] يريد والرجوع به إذا دفع اختلف فيه
هل هو مطلق سواء باعها سيدها أو السلطان، أو ما ذكره خاص بما إذا باعها سيدها؟ وأما بيع
السلطان فيخالف ذلك، وهذا معنى قوله: أولاً ثم بين معنى المخالفة بأنه في بيع السلطان لا يرجع
به؛ يعني إذا دفعه لا يرجع به ويحسبه من الثمن؛ لأن الثمن تقرر بالعقد، والفسخ إنما طرأ بعده؛
يعني ويرجع به على السيد بعد ذلك دينا في ذمته. زاد ابن عرفة بعد نقله هذا التأويل: ولا يحاص
به الغرماء؛ لأنه يشبه أن يكون طراً من معاملة أخرى. فراجع ابن عرفة وابن عبد السلام والتوضيح.
ص: وبطل في الأمة إن جمعها مع حرة فقط ش: يعني أنه إنما يبطل نكاح الأمة فقط لا الحرة،
وهذا إذا لم تكن الأمة أمة الزوجة، قال اللخمي: وإن كانت الأمة للزوجة فسد جميع العقد على
المشهور من المذهب؛ لأنه يصير صفقة جمعت حلالاً وحراماً لمالك واحد. اهـ. وقال الشارح: ويريد -
يعني المصنف- حيث لا يجوز له تزويج الأمة، والظاهر في تصويره الصورة التي يجوز له نكاح الأمة
فيها على المشهور أن يتزوج وهو عديم على أن الصداق في ذمته. والله أعلم.
ص: بخلاف الخمس والمرأة ومحرمها ش: تصوره واضح، والفرق بين جمع الحرة والأمة وبين
جمع الخمس والمرأة ومحرمها أن في مسألة جمع الحرة والأمة الحرام معلوم وهو نكاح الأمة، بخلاف
جمع الخمس والمرأة ومحرمها فإن الحرام ليس معلوماً في واحدة بعينها. وانظر أبا الحسن الصغير.
ص: ولزوجه العزل إن أذنت وسيدها ش: تصوره واضح. وأما العزل عن السراري له فجائز من
غير إذن، ونقله في التوضيح والشارح في الكبير والبساطي، ونقله الجزولي عن ابن العربي.
ص: كالحرة إن أذنت ش: قال ابن عرفة: اللخمي: إن امتنع حملها لصغر أو كبر أو لحمل بها
استقلت بإسقاطه، واستحسن استقلالها لتمام طهرها إن أصابها مرة وأنزل. اهـ.
فرع منه أيضاً: ابن عات عن المشاور: للحرة أخذ عوض عنه لأجل معين، ولها الرجوع متى شاءت
برد ما أخذت. ابن عبد السلام: وأشار بعض الأندلسيين إلى أن حق الحرة في ذلك كحقها في القسمة
فقال: وللمرأة أن تأخذ من زوجها مالا على أن يعزل عنها إلى أجل معروف، ولها أن ترجع في ذلك
متى أحببت وترد جميع ما أخذته، وهو عندي ضعيف؛ لأنه أجراه أولاً مجرى المعاوضات، ثم نقض

الحديث

1088 س - إن نسخة.

1089 * - في المطبوع بيع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

1090 - في المطبوع بفلس (وم 192 نقل) وما بين المعقوفين من ن ذي ص 476 ويم 158 والشيخ 254 (ميايبي 330 كفل).

1091 - في المطبوع تدفعه ويم 158 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 476 والشيخ 254 (ميايبي 330 وم 192 يدفع).

نص خليل بكَرِهَ وَتَأَكَّدَ بَدَارِ الْحَرْبِ وَلَوْ يَهُودِيَّةً تَنَصَّرَتْ وَبِالْعَكْسِ وَأَمَتَهُمْ بِالْمَلِكِ.

متن الخطاب 477 ذلك من وجهين: أحدهما أنه جعل لها الرجوع/ عنه، والثاني أنها إذا ردت⁽¹¹⁾

[ردت¹⁰⁹²] الجميع والقياس [كان أن ترد¹⁰⁹³] بقدر ما منعه من الأجل. اهـ.

فروع: الأول: ليس للمرأة أن تلزم زوجها العزل عنها. والله أعلم.

الثاني: قال ابن ناجي في شرح المدونة في القسم بين الزوجات: وأما التسبب في إسقاط الماء قبل أربعين يوما من الوطء فقال اللخمي جائز. وقال ابن العربي في القبس: لا يجوز باتفاق، وحكى عياض في الإكمال قولين في ذلك للعلماء، وظاهره أنهما خارج المذهب. انتهى. وقال البرزلي في مسائل الرضاع: وأما جعل ما يقطع الماء أو يسد الرحم فنص ابن العربي أنه لا يجوز، وأما استخراج ما حصل من الماء في الرحم فمذهب الجمهور المنع مطلقا، وأحفظ للرخمي أنه يجوز قبل الأربعين ما دام نطفة، كما له العزل ابتداء، والأول أظهر؛ إذ زعم بعضهم أنه المؤدة. انتهى كلام البرزلي.

الثالث: قال الجزولي في شرح قول الرسالة: "ونهى عن خصاء الخيل" ولا يجوز للإنسان أن يشرب من الأدوية ما يقلل نسله.

ص: بكره ش: قال في التوضيح عن عبد الحميد: إنما كره ذلك لأنه سكون إلى الكوافر ومودة لهم لقوله تعالى في الزوجين: ﴿وجعل بينكم مودة ورحمة﴾ وذلك ممنوع لقوله تعالى: ﴿لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله﴾ إلى آخر الآية.

ص: وتأكد بدار الحرب ش: قال ابن عرفة عن عياض: أشد ما علل به فيهما سكناه معها بدار الحرب حيث يجري حكمهم عليه، وهو بإجماع جرحه ثابتة. قلت: فيخرج كراهة تزويجها للأسير ومن لا يمكنه الخروج من دار الحرب. انتهى.

ص: ولو يهودية تنصرت ش: ذكر اللخمي في تبصرته هذه الصورة التي ذكرها المصنف، وذكر ما إذا ارتدت اليهودية إلى المجوسية أنها لا تحل، وبقي ما إذا ارتدت المجوسية إلى اليهودية فلم أر من نقله، والظاهر أن حكمها حكم اليهودية. والله أعلم.

ص: وأمتهم بالملك ش: يعني لا بغيره لا لحر ولا لعبد. قاله في النكاح الثالث من المدونة. وقال: ولا يزوجهما ربها لغلामه، ونقله ابن عرفة، وهو منصوب عطفًا على المستثنى.

فرع: فلو أسلم وتحتة أمة فقال ابن عرفة: ففي وجوب الفسخ، ثالثها يستحب لمعروف قول ابن القاسم مع أشهب مرة، ومعروف قول أشهب وابن القاسم¹⁰⁹⁴. انتهى. ووجوب الفسخ هو المشهور. قاله ابن فرحون. وأما المجوسية فلا يجوز له الاستمتاع منها بقبلة ولا غيرها، بملك أو نكاح، حرة أو أمة. قاله في المدونة. وحكى ابن القصار قولًا بجواز نكاح الحرة. قال في التوضيح: بناء على أحد القولين أن لهم كتابا.

الحديث

(11)- علق عليها الشيخ محمد سالم عدود ب كذا في النسخ والصواب (إذا رجعت ردت الجميع).

1092* - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من سيد79 وما يابى331 والشيخ255.

1093* - في المطبوع كان لها أن ترد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

1094* - كذا في النسخ.

وَقَرَّرَ عَلَيْهَا إِنْ أَسْلَمَ وَأَنْكِحَتْهُمْ فَاسِدَةً وَعَلَى الْأُمَّةِ وَالْمَجُوسِيَّةِ إِنْ عَتَقَتْ وَأَسْلَمَتْ وَلَمْ يَبْعُدْ كَالشَّهْرِ وَهَلْ إِنْ غُفِلَ أَوْ مُطْلَقًا تَأْوِيلَانِ وَلَا نَفَقَةٌ.

فرع: قال ابن عرفة في فصل التنازع: لو قال تزوجتها بعد أن أسلمت وكانت مجوسية، وقالت قبل أن أسلم فالحق قوله. وقال ابن عبد الحكم القول قولها، ابن عرفة: وعليهما لو قال بعد أن عتقت وقالت قبله. انتهى.

فائدة: قال الجزولي: قال بعض المؤرخين: كان للمجوس كتاب رفع، وسبب رفعه أن عظيمهم تزوج بابنته فأرادوا رجمه فتحصن بحصنه، وقال لهم نعم؛ الدين دين آدم الذي يزوج الأخ على أخته، فرفع الكتاب عقوبة لهم.

ص: وقرر عليها إن أسلم ش: يعني على الكتابية، قال ابن ناجي في شرح الرسالة: ولكن مع الكراهة في الاستدامة، كما يكره للمسلم نكاح الكتابية ابتداءً، هكذا نبه عليه بعضهم، وقبلة ابن عبد السلام، ورده شيخنا أبو مهدي بأنهما ليسا بسواء لسبقية النكاح في الكافر بخلاف المسلم. انتهى. وقال ابن عرفة عن المدونة: ويقرر على الكتابية إذا أسلم ولو كانت بدار الحرب أو كانت صغيرة زوجها منه أبوها/، ولا خيار لها إن بلغت. ابن القاسم: ويكره وطؤه إياها بدار الحرب لكراهة مالك نكاحه بدار الحرب خوفاً أن يكون الولد على دين الأم. انتهى.

ص: وأنكحتهم فاسدة ش: اجتمعت الشروط أم لم تجتمع، وما قاله هو المشهور، وقيل صحيحة. قال ابن عرفة: وعليهما خلاف شيوخ شيوخنا في جواز شهادة الشهود المنتصبين للشهادة بين الناس لليهود في أنكحتهم بولي ومهر شرعي ومنعه، وألف كل واحد منهما على صاحبه، والصواب ما رجحه ابن عبد السلام من المنع، ويأتي للشيخ ما يرجح الجواز. انتهى.

ص: وعلى الأمة والمجوسية إن عتقت وأسلمت ش: سواء كان قبل الدخول أو بعده، كما صرح به ابن يونس، ونقله أبو الحسن وغيره، ونقله ابن الحاجب عن ابن القاسم، ونقل ابن عرفة قولاً بأنه يلزمه فراقها مطلقاً، وقوله: "إن عتقت" هذا خاص بالأمة، وقوله: "وأسلمت" عام في الأمة والمجوسية، قال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب: "وأما غيرها:" أي وأما غير الكتابية الحرة فيدخل في هذه الغيرية المجوسية، حرة كانت أو أمة، والكتابية الأمة فقال ابن القاسم إن أسلمت -يعني المجوسية- أو عتقت الكتابية -يعني بعد إسلام زوجها- ثبت -يعني نكاحها- وسواء كان قبل البناء أو بعده. انتهى. وإذا كانت الأمة المجوسية إذا أسلمت ثبت عليها فأحرى الأمة الكتابية. والله أعلم. وقال ابن عرفة: الشيخ عن الموازية عن ابن القاسم: إن أسلم حر أو عبد على أمة نصرانية عرض عليها الإسلام، إن أسلمت أو عتقت ثبت نكاحها، وإلا فسخ بغير طلاق. انتهى. وقول المصنف: "والمجوسية" أعم من أن تكون أمة أو حرة، فأما في الحرة فظاهر، وأما في الأمة فهو بمنزلة ما تقدم عن ابن عرفة في الأمة النصرانية إذا أسلمت يثبت نكاحها؛ لأن كلا منهما أمة مسلمة، وهذا إذا كان موصوفاً بالشرطين. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: "وإذا أسلم

نص خليل
أَوْ أَسْلَمَتْ ثُمَّ أَسْلَمَ فِي عِدَّتِهَا وَلَوْ طَلَّقَهَا وَلَا نَفَقَةَ عَلَى الْمُخْتَارِ وَالْأَحْسَنِ وَقَبْلَ الْبِنَاءِ بَأْتَتْ مَكَانَهَا أَوْ
أَسْلَمًا إِلَّا الْمَحْرَمَ وَقَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ وَالْأَجَلِ.

مقن الخطاب
الحربي الكتابي لم تزل عصمته قدم أو بقي إلا إذا سببت ولم تسلم؛ لأنها أمة كافرة. قال في
التوضيح: وأما لو أسلمت بقيت في عصمته، وكذا نص عليه في المدونة، واعترض إطلاقه لبقاء العصمة
مع احتمال أن يكون واجدا للطول، أو لا يخشى العنت، وأجيب بأن مراده التقييد والمسألة في أواخر
النكاح الثالث. والله أعلم.

ص: ولا نفقة ش: قال ابن عرفة: قال ابن شاس إذا طلقت ثم أسلمت فلا نفقة لها مدة التخلف؛
لأن الامتناع منها، وظاهر قول ابن الحاجب: "من سبق إسلامه سقط عنه نفقة ما بينهما" أنه ولو
كان ما بينهما غفلة عن وقفها خلاف ظاهر المذهب، حيث يحكم ببقائها، وخلاف مفهوم قول ابن
شاس. انتهى.

ص: أو أسلمت ثم أسلم في عدتها ش: قال ابن عرفة: وسمع أصبغ ابن القاسم أن إسلامه رجعة
دون إحداث رجعة. الشيخ والصقلي عن المختصر، والرخمي عن الموازية: لو خافت نصرانية أسلمت
إسلام زوجها فأعطته مالا على أن لا يسلم حتى تنقضي عدتها، أو على أن لا رجعة له عليها فهو
أحق بها إن أسلم ويرد ما أعطته، زاد الشيخ عن المختصر: ولو كان شرط أبوها عليه إن أسلم فأمرها
بيدها أو بيده فهو ساقط. انتهى.

ص: ولو طلقها ش: قال ابن عبد السلام: إذا أسلمت وقعدت في زمن الاستبراء منه فطلقها فلا عبرة
بذلك الطلاق، حتى لو أسلم في زمن الاستبراء كان أحق، ولو أسلم بعد انقضاء العدة فتزوجها كانت
[عنده على¹⁰⁹⁵] ابتداء عصمة. نص على الوجهين في المدونة. انتهى.

ص: ولا نفقة ش: وأما السكنى فهي لها بلا خلاف، وإن كانت حاملا فلها النفقة والسكنى أيضا
بلا خلاف. / قاله ابن عبد السلام. قال ابن عرفة: ونقل ابن بشير الخلاف في السكنى لا أعرفه.
انتهى. وسبقه إليه ابن عبد السلام، قال ابن عرفة: وقول ابن الحاجب: "إذا سبق سقطت عنه نفقة
ما بينهما، وإذا سبقت فقولان" يوهم أن القول بثبوتها مشروط بإسلامه وليس كذلك. انتهى. وسبقه
إليه ابن عبد السلام أيضا. والله أعلم.

ص: وقبل البناء بأتت ش: قال ابن عبد السلام: المشهور أنها تبين ولو أسلمت بعده مكانها.
وقاله في التوضيح أيضا. والله أعلم.

ص: وقبل انقضاء العدة ش: أما بعد انقضائها فلا ولو لم يبن بها. قاله في المدونة، ونقله ابن
عرفة، وقال عن المدونة: ولو أسلم في العدة فارقها وعليها ثلاث حيض إن مسها. ابن عرفة: وكذا لو
أسلمت دونه ووطؤه إياها في عدتها في كفره لغو وبعد [إسلامه¹⁰⁹⁶] يحرّمها. ابن عرفة: وكذا بعد
إسلامها.

¹⁰⁹⁵ - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 478 وم 193 ويم 160 والشيخ 257 ماي 333.

¹⁰⁹⁶ - في المطبوع إسلامها والشيخ 257 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 479 وم 193 وما يابى 333.

نص خليل

وَتَمَادِيَا لَهُ وَلَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا وَعَقَدَ أَنْ أَبَانَهَا بِلَا مُحَلٍّ وَفُسِّخَ لِإِسْلَامٍ أَحَدِهِمَا بِلَا طَلَاقٍ لَا رُدَّتِهِ فَبَائِنَةٌ وَلَوْ لِدَيْنٍ زَوْجَتِهِ وَفِي لُزُومِ الثَّلَاثِ لِدِمِّي طَلَّقَهَا وَتَرَفَعَا إِلَيْنَا أَوْ إِنْ كَانَ صَحِيحًا فِي الْإِسْلَامِ أَوْ بِالْفِرَاقِ مُجْمَلًا أَوْ لَا تَأْوِيلَاتٍ وَمَضَى صَدَاقُهُمُ الْفَاسِدُ أَوْ الْإِسْقَاطُ إِنْ قُبِضَ وَدَخَلَ وَإِلَّا فَكَالتَفْوِيزِ وَهَلْ إِنْ اسْتَحْلَوْهُ تَأْوِيلَانِ وَاخْتَارَ الْمُسْلِمُ أَرْبَعًا.

متن الخطاب

ص: وتماديا له ش: الظاهر أن المراد أنهما إذا أسلما قبل انقضاء الأجل فإنه يفسخ؛ بشرط أن يكون مرادهما التماضي إلى الأجل، وأما إن أرادا بعد الإسلام [أن¹⁰⁹⁷] يتماديا على النكاح على الإطلاق فيصح، وهو الذي يؤخذ من كلام التوضيح هنا في شرح قولها: "وصداقها الفاسد كالخمر والإسقاط" وهو خلاف ما فهمه البساطي. فانظره. والله أعلم.

ص: لا رده فبائنة ش: يعني [لا¹⁰⁹⁸] ردة أحد الزوجين [فطلقة¹⁰⁹⁹] بائنة. قال الجزولي ويوسف بن عمر في شرح قول الرسالة: "وإذا ارتد أحد الزوجين" وكذلك إذا ارتدا معا عند مالك، وقال أبو حنيفة لا يفسخ. اهـ من الجزولي. وقال أبو محمد فيمن قال [لزوجته¹¹⁰⁰] [ارتدت¹¹⁰¹] وهي تنكر أنه يلزمه الطلاق، وكذلك من تزوج كتابية [فقال¹¹⁰²] [أسلمت¹¹⁰³] وهي تنكر؛ [لأنه¹¹⁰⁴] أقر أنها أسلمت، ثم ارتدت فكانه أقر بالطلاق، ومن أقر بالطلاق يلزمه. اهـ.

فرع: قال في النكاح الثالث: والردة تزيل الإحصان. قال المشدالي في حاشيته على هذا المحل: قال ابن عرفة: لو ارتد قاصدا لإزالة الإحصان ثم أسلم فزنى فإنه يرجم معاملة له بنقيض ما قصده.

قلت: كرواية علي في التي تترد قاصدة فسخ النكاح، ونقلها ابن يونس/ وابن رشد في سماع يحيى من المرتدين وغير واحد، وتوقف ابن زرب فيها ليس خلافا لرواية علي، ولا أنه لم يطلع عليها، بل لما ذكره في جوابه. اهـ. وقال في الشامل في باب الردة: لو قصدت بردها فسخ نكاحها لم يفسخ. انتهى. وذكر الشيخ سعد الدين في شرح العقائد أن من أفتى امرأة بالكفر لتبين من زوجها فإن ذلك كفر. قاله في أواخر شرح العقائد. وهو الظاهر لأنه قد أمر بالكفر ورضي به.

تنبيه: قال ابن ناجي في شرح قول الرسالة: "ومن اشترى زوجته انفسخ نكاحه" وسلم [المغربي¹¹⁰⁵] إقامة بعض المتأخرين منها أن من ارتد في مرضه وعلم أنه قصد الفرار بماله من الورثة أنهم يرثونه، ويعاقب بنقيض مقصوده. اهـ.

480

الحديث

1097- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 479 وم 193 ويم 160 والشيخ 257 مايابى 333.

1098- في المطبوع لأن والشيخ 257 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 479 وم 193 ويم 160 مايابى 333.

1099- في المطبوع بطلقة وم 193 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 479 ويم 160 مايابى 333 (والشيخ 257 طلقة).

1100- في المطبوع لزوجة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 479 وم 193 ويم 160 والشيخ 257 مايابى 333.

1101- * علق عليها الشيخ محمد سالم عدود ب هكذا في النسخ بدال واحد وظاهر العبارة (ارتدت).

1102- * في المطبوع فقالت وما بين المعقوفين من م 193 وسيد 80 ومايابى 333 والشيخ 257 ويم 160.

1103- * علق عليه الشيخ محمد سالم عدود ب مقتضى التعبير فيما سبق بارتدت بالغيبة أن يقال هنا (أسلمت) بالغيبة وظاهر العبارة هنا أسلمت بالخطاب.

1104- في المطبوع لابد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 479 وم 193 ويم 160 والشيخ 257 مايابى 333.

1105- في المطبوع المغر في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 480 وم 193 ويم 160 والشيخ 258 مايابى 334.

نص خليل [وَأِنْ أَوَّخِرَ¹¹⁰⁶ س] وَإِحْدَى أَخْتَيْنِ مُطْلَقًا [وَأَمَّا¹¹⁰⁷ س] وَأَبْنَتْهَا لَمْ يَمْسَسْهُمَا وَإِنْ مَسَّهُمَا حَرَمَتْمَا وَإِحْدَاهُمَا تَعَيَّنَتْ وَلَا يَتَزَوَّجُ ابْنُهُ أَوْ أَبُوهُ مَنْ فَارَقَهَا وَاخْتَارَ بَطْلَاقَ أَوْ ظَهَارَ أَوْ إيلَاءَ أَوْ وَطْئَ وَالْغَيْرَ إِنْ فَسَخَ نِكَاحَهَا أَوْ ظَهَرَ أَنَّهِنَّ أَخَوَاتٌ مَا لَمْ يَتَزَوَّجْنَ وَلَا شَيْءَ لِغَيْرِهِنَّ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهِ كَاخْتِيَارِهِ وَاحِدَةً مِنْ أَرْبَعِ رَضِيعَاتٍ تَزَوَّجَهُنَّ وَأَرْضَعَتْهُنَّ امْرَأَةً.

متن الخطاب فرغ: قال ابن الحاجب: ولها المسمى بالدخول. قال في التوضيح: وقول ابن الحاجب: "ولها [المسمى بالدخول¹¹⁰⁸] [ظاهر ابن الجلاب¹¹⁰⁹] ولو ارتد قبل الدخول بها سقط صداقها، وكذلك لو ارتد زوجها، ويتخرج فيها رواية أخرى أن لها نصف الصداق، وقال للخمى: إن ارتد الزوج فلها نصف الصداق على القول أنه طلاق، ويختلف على القول أنه فسخ، فقال مالك في المبسوط لها نصف الصداق، وقال عبد الملك لا شيء لها والقول الأول أحسن. اهـ. وقال ابن التلمساني في شرح كلام ابن الحاجب المتقدم، ونقله عن التوضيح: وأما الصداق فإن ارتدت الزوجة قبل البناء فلا شيء لها؛ لأن منع تسليم المبيع وما تستحق عليه العوض منها، وسواء قلنا إنه فسخ أو طلاق، وإن ارتد الزوج كان لها نصف الصداق على القول أنه طلاق، ويختلف على القول إنه فسخ فقال مالك في المبسوط لها نصف الصداق، وقال عبد الملك لا شيء لها. اهـ. وقبله القرافي، ونقله بلفظ أنها منعت التسليم كمنع تسليم المبيع، وهو نص كلام للخمى بالحرف في تبصرته في النكاح الثاني لما تكلم على تنصيف الصداق، على أنه زاد فيه بعد قوله: وقال عبد الملك لا شيء لها ما نصه: وأنكر قول مالك وقال: إنما يكون الصداق حيث وقع الطلاق، والأول أحسن. اهـ. وقال الشيخ أبو الحسن: [أعرف¹¹¹⁰] في بعض [تأليف¹¹¹¹] ابن شعبان في ارتداد المرأة قبل البناء قولين في وجوب نصف الصداق لها، فقليل لا يجب لها، وقال عبد الملك لها نصف الصداق. اهـ. وما اقتصر عليه ابن الجلاب واللكمي، وقبله ابن التلمساني والقرافي هو ظاهر [أنه¹¹¹²] لا شيء لها، سواء قلنا [إنه¹¹¹³] طلاق أو فسخ. فتأمله. والله أعلم. ص: وإن أواخرش: كذا في كثير من النسخ، وهي أحسن من نسخة أوائل؛ لأنها أصرح في الرد على المخالف القائل بأنه يتعين الأوائل. فتأمله. ص: أو ظهر أنهن أخوات ش: انظر بحث ابن عبد السلام، وبحث ابن عرفة معه فإنه حسن. والله أعلم.

ص: كاختياره واحدة من أربع رضيعات تزوجهن وأرضعتن امرأة ش: قال الشارح: يعني أن حكم من تزوج أربع رضيعات وأرضعتن امرأة ثم أسلم/ حكم من تزوج عشر نسوة ثم أسلم

481

الحديث

1106 س - وإن أوائل نسخة.
1107 س - وأم نسخة.
1108 - في المطبوع المسمى في الدخول وما بين المعقوفين من م 193 والتوضيح ج 2 ص 91.
1109 - في المطبوع ظاهره وما بين المعقوفين من م 193 والتوضيح ج 2 ص 91.
1110 - في المطبوع عرف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 480 وم 193 و 160 والشيخ 258 مايابى 334.
1111 - في المطبوع ويم 160 تأليف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 480 وم 193 والشيخ 258 مايابى 334.
1112 - في المطبوع أن ويم 160 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 480 وم 193 والشيخ 258 مايابى 334.
1113 - في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 480 وم 193 و 160 والشيخ 258 مايابى 334.

نص خليل

وَعَلَيْهِ أَرْبَعُ صَدَقَاتٍ إِنْ مَاتَ وَلَمْ يَخْتَرْ وَلَا إِرْثَ إِنْ تَخَلَّفَ أَرْبَعُ كِتَابِيَّاتٍ عَنِ الْإِسْلَامِ أَوْ التَّبَسُّتِ الْمُطْلَقَةِ مِنْ مُسْلِمَةٍ وَكِتَابِيَّةٍ لَا إِنْ طَلَّقَ إِحْدَى زَوْجَتَيْهِ وَجَهِلَتْ وَدَخَلَ بِأَحَدَاهُمَا وَلَمْ تَنْقُصِ الْعِدَّةُ فَلِلْمَدْخُولِ بِهَا الصَّدَاقُ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الْمِيرَاثِ وَلِغَيْرِهَا رُبْعُهُ وَثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ الصَّدَاقِ وَهَلْ يَمْنَعُ مَرَضُ أَحَدِهِمَا الْمَخُوفُ وَإِنْ أَذِنَ الْوَارِثُ أَوْ إِنْ لَمْ يَحْتَجْ خِلَافٌ.

متن الخطاب

الخ وليس هذا الذي حمل عليه هو مراد المصنف؛ لأن هذا معلوم من قول المصنف: "أو إحدى اثنتين مطلقاً" وإنما مراد المصنف أن المسلم إذا تزوج أربع رضيعات يريد أو ثلاثاً أو [اثنتين¹¹¹⁴] فأرضعتهن امرأة فإنه يختار واحدة ويفارق الباقي منهن، ولا شيء لمن فارقتها عند ابن القاسم؛ لأنه مغلوب على الفراق. قاله في المدونة.

ص: وعليه أربع صدقات ش: يريد غير معينة بل يعطى لكل واحدة خمسا صداقها كما يفهم من كلامه في التوضيح وكلام ابن عرفة وغيرهم، وهذا إذا لم يدخل بهن، فإن دخل بهن لزمه لكل واحدة صداقها، وإن دخل ببعض وعلمت المدخول بها فلها صداقها كاملاً.

ص: وهل يمنع مرض أحدهما المخوف وإن أذن الوارث أو إن لم يحتج خلاف ش: يعني [أنه¹¹¹⁵] اختلف في نكاح المريض على قولين مشهورين: أحدهما أنه يمنع سواء كان المريض محتاجاً إلى النكاح لخدمة أو استمتاع، أو ليس بمحتاج، وهذا القول جعله للخمى هو المشهور، والثاني أنه إنما يمتنع إذا لم يحتج المريض إلى النكاح، وهذا [هو¹¹¹⁶] الذي شهره في الجواهر، وأشار المصنف إلى القول الأول بقوله: "وهل يمنع مرض أحدهما المخوف؟" وإلى الثاني بقوله: "أو إن لم يحتج" وأما قوله: "وإن أذن [الوارث]"¹¹¹⁷ فأشار به إلى أن إذن الورثة في نكاح المريض إذا كان ممنوعاً لا يدفع المنع. والله أعلم. فإن قيل منع المريض من النكاح لنهييه عليه الصلاة والسلام [عن¹¹¹⁸] إدخال وارث فلم لا يمنع الوطء خوف إدخال الوارث؟ قيل: إدخال الوارث في النكاح متحقق، وقد يكون من الوطء حمل ولا يكون. قاله القرافي. وكلام الشارح في شرح هذا المحل صواب، وكلام البساطي فيه نظر. والله أعلم.

فرع: وللمريض أن يراجع زوجته، وقاله الجزولي. وليس للمريض نكاح مطلقة البائن في آخر حملها. قاله في النوادر، وهو ظاهر لأنه نكاح في المرض.

فرع: قال اللخمي في نكاح من حضر الزحف أو ركب البحر على الاختلاف في طلاقه وميراث زوجته منه بمنزلة المريض: فإن مات من ذلك لم ترثه على أحد القولين، وإن سلم صح النكاح، ونكاح من

الحديث

¹¹¹⁴ - في المطبوع وم 193 ويم 161 اثنتين وما بين المعقوفين من الشيخ 258 وما يابى 334 وسيد 80.

¹¹¹⁵ - في المطبوع أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 481 وم 194 ويم 161 والشيخ 259 ما يابى 334.

¹¹¹⁶ - ساقطة من المطبوع وم 161 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 481 وم 194 والشيخ 259 ما يابى 334.

¹¹¹⁷ - في المطبوع الورث وما بين المعقوفين من م 194 وما يابى 334 وم 161.

¹¹¹⁸ - في المطبوع من وما بين المعقوفين من م 61.

وَلِلْمَرِيضَةِ بِالدُّخُولِ الْمُسَمَّى وَعَلَى الْمَرِيضِ مِنْ ثُلُثِهِ الْأَقْلُ مِنْهُ وَمِنْ صَدَاقِ الْمَثَلِ وَعُجِّلَ بِالْفَسْخِ إِلَّا أَنْ يَصِحَّ الْمَرِيضُ مِنْهُمَا وَمُنِعَ نِكَاحُهُ النَّصْرَانِيَّةَ وَالْأَمَةَ عَلَى الْأَصَحِّ وَالْمُخْتَارُ خِلَافُهُ.

نص خليل

قرب للقتل غير جائز؛ لأنه مضار، ويختلف إذا نكح وهو في السجن هل يمضي نكاحه أو لا؟ فإن كان القتل حقا لله كالمحارب يكون قد قتل، والزاني المحصن يحبس ليرجم لم أر له أن ترثه، وإن كان حقا لآدمي مما/ يرجى العفو عنه كان الأمر أوسع. اهـ.

متن الخطاب

482

ص: وللمريضة بالدخول المسمى وعلى المريض من ثلثه الأقل منه ومن صداق المثل ش: اعلم أنه إذا لم يدخل المريض على زوجته، أو الزوج الصحيح على المريضة فلا صداق لها، وقاله ابن الحاجب وغيره وإن دخل الصحيح على المريضة فلها المسمى. اللخمي: من رأس ماله قال في التوضيح بلا خلاف، وهذا معنى قوله: "وللمريضة بالدخول المسمى" وإن كان المريض هو الداخل على زوجته الصحيحة فلها من الثلث خاصة الأقل من المسمى ومن صداق المثل، وإلى هذا أشار بقوله: "وعلى المريض" الخ وسيذكر في باب الوصايا ما يبدأ عليه وما يبدأ هو عليه، والظاهر أنه إن كان الزوج مريضا والزوجة مريضة يكون الحكم فيه كالحكم فيما إذا كان الزوج فقط هو المريض؛ لأنه علل في التوضيح كون المسمى لها فيما إذا كانت هي المريضة فقط بأن الزوج صحيح لا حجر عليه. والله أعلم. فرع: وأما إذا غصب المريض امرأة فصادقها من رأس المال قولاً واحداً؛ لأنها لم تدخل على الحجر بخلاف المختارة. قاله في الذخيرة ناقلاً عن صاحب البيان.

فرع: وأما الإرث فإن كان الزوج هو المريض فلا ترثه الزوجة المتزوج بها في المرض ولا يرثها، وكذلك إذا كانت الزوجة هي المريضة وماتت فلا يرثها، وهذان الوجهان منصوص عليهما، ونقله ابن عبد السلام والتوضيح، فلو مات الزوج في هذه الصورة قال ابن عبد السلام: القياس أن لا ترثه، ونص مالك على عكسها، وهي شبيهة بها في المعنى، ونقله في التوضيح، والظاهر أنها لا ترثه ولا يرثها إذا كانا معاً مريضين. والله أعلم.

فرع: قال اللخمي: الإقرار بالنكاح في المرض أو في الصحة لا يجوز، ولا مهر ولا ميراث، وإن أقرت في مرضها بزواج في الصحة فصدقها الولي لم يقبل قولها، وإن أقرت في الصحة ثم مرضت وماتت وقال الولي زوجتها منه في صحتها، وادعى ذلك الزوج فله الميراث، وعليه الصداق. انتهى من الذخيرة. فرع: قال ابن عرفة: لو شهدت بينة بنكاحه صحيحاً، وشهدت بينة به مريضاً مرض المنع ففي تقديم بينة المرض أو الصحة، ثالثها ترجح التي هي أعدل، وانظر عزوها فيه. والله أعلم.

فرع: حكم نكاح التفويض حكم نكاح غيره. قاله في الذخيرة. ص: وعجل بالفسخ ش: أتى بهذه العبارة هنا وفي التوضيح وفيها قلق، وعبارة أهل المذهب أنه على القول بصحة النكاح إذا صح هل يفسخ النكاح مطلقاً، أو قبل الدخول، أو الفسخ على جهة الاستحباب؟. والله أعلم.

ص: إلا أن يصح المريض منهما ش: قال في المدونة: وإن صح ثبثا على النكاح، دخل أو لم يدخل، ولها المسمى. انتهى./

483

فصل الْخِيَارِ إِنْ لَمْ يَسْبِقِ الْعِلْمُ أَوْ لَمْ يَرْضَ أَوْ يَتَلَذَّذْ وَحَلَفَ عَلَى نَفْيِهِ.

متن الخطاب

ص: فصل الخيار إن لم يسبق العلم أو لم يرض أو لم يتلذذ ش: أي يثبت الخيار لكل واحد من الزوجين لعيب صاحبه ولو كان به ذلك العيب أو غيره كما صرح به الرجرجاني قال: وإن كانت العيوب بهما جميعا فاطلع كل واحد على عيب صاحبه، كان من جنس عيب صاحبه أو مخالفا له كان لكل واحد منهما القيام بما اطلع عليه، ويظهر به. انتهى. وانظر قوله: "ويظهر به" لعله ويطلق به، وقال في التوضيح: وإن كانا معيبين بجنسين فقال بعض أهل النظر لكل واحد منهما الخيار. عبد الحميد وغيره: وهو الصواب، وإن كانا بجنس واحد ففيه نظر. قاله غير واحد. انتهى. وعليه اقتصر في الشامل. والله أعلم. وإنما يكون للصحيح منهما الخيار إن لم يسبق له العلم بعيب صاحبه قبل عقده أو حينه. قاله في الشامل. [فإن¹¹¹⁹] سبق فلا خيار له لدخوله على ذلك، وإن عقد ولم يسبق له العلم ثم علم فله الخيار، ما لم [يمكن¹¹²⁰] صاحبه من نفسه، أو ما لم يرض بصريح [القول أو¹¹²¹] ما لم يتلذذ بصاحبه، وفي بعض النسخ بإسقاط لم اكتفاء بالعطف، وعلم من حل [الكلام¹¹²²] أن التلذذ لا يسقط الخيار إلا بعد العلم، وهو كذلك. قاله في النوادر. وإن بنى قبل أن يعلم فلما علم أمسك فهو مخير. انتهى.

وسيقول المصنف: "ومع الرد قبل البناء الخ" وهذا ظاهر، وإنما نبهنا عليه لأنه قد يتبادر من عبارة المصنف: "ومع الرد قبل البناء" أن أحد الأمور كاف في إسقاط الخيار وليس كذلك لما علمت، وكأنه حاول أن يحاذي كلام ابن الحاجب، فلم توف العبارة بما قصد، قال ابن الحاجب: فالعيب الجنون والجذام والبرص وداء الفرج ما لم يرض بقول أو تلذذ أو تمكين أو سبق علم بالعيب. قال ابن عبد السلام: وفي كلام المصنف إشارة إلى حصر دلائل الرضا فيما ذكر؛ لأن السليم من الزوجين إما أن يكون عالما بالعيب قبل العقد أم لا، فالأول هو مراده بقوله: "أو سبق علم بالعيب" والثاني وهو الذي ما علم إلا بعد العقد، إما أن يعلم رضاه بقول أو فعل، أو لا قول ولا فعل وهو الترك، والقول ظاهر، والفعل لا بد أن يكون بينه وبين الرضا به ارتباط، وهو التلذذ، والترك يستحيل أن يكون تركا مطلقا؛ لأن مثل هذا لا دلالة فيه على شيء، فلا بد أن يكون تركا مضافا، وهو التمكين من التلذذ. انتهى. وقال ابن عرفة: وعيب أحد الزوجين جاهلا به الآخر ولا يرضى به يوجب خياره، والتصريح بالرضا واضح، ودليله مثله. أبو عمر: تلذذه بها عالما به رضا، وفيها: تمكينها إياه عالمة بعيبه رضا. قلت: [ومتقدم¹¹²³] دليل اختيار من أسلم على عشر يدل عليه، وفي الطلاق والإيلاء نظر، ودليل اختيار الأمة في الخيار مما يتأتى منه في الزوجة رضا منه. انتهى.

ص: وحلف على نفيه ش: أي فإن ادعى صاحب العيب على السليم أنه علم بالعيب قبل العقد، أو رضي به بعد العقد بقول أو تلذذ به بعد علمه بالعيب، ولم تكن له بينة على دعواه حلف السليم

الحديث

¹¹¹⁹ - في المطبوع وإن ويم 162 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 483 وم 194 والشيخ 260 ماي 335.
¹¹²⁰ - في المطبوع يكن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 483 وم 194 ويم 162 والشيخ 260 ماي 336.
¹¹²¹ - في المطبوع وإن عقد ويم 160 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 483 وم 194 والشيخ 260 ماي 336.
¹¹²² - في المطبوع النكاح وما بين المعقوفين من ن عدود ص 483 وم 194 ويم 162 والشيخ 260 ماي 336.
¹¹²³ - في المطبوع وتقدم ويم 162 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 483 وم 194 والشيخ 261 ماي 336.

نص خليل بَبْرَصٍ [وَعَذِيْطَةٌ¹¹²⁴ س] وَجُذَامٍ لَا جُذَامَ الْأَب.

متن الخطاب

على نفيه؛ أي نفي ما ادعي عليه به. قال في النوادر: فإن ادعت أنه مسها أو تلذذ منها بعد العلم فأنكر حلف وصدق، فإن نكل حلفت وصدقت، وإن لم تدع عليه بذلك فلا يمين عليه. انتهى. وفي الشامل: وحلف على نفيه إن ادعى عليه العلم والرضا ونحوه ولا بينة [له. قال¹¹²⁵] ابن عرفة: لو تنازعا في برص بموضع خفي على الرجل صدق مع يمينه. المتيطي عن بعض الموثقين: إن قالت علم عيبي حين البناء، وأكذبها وذلك بعد البناء بشهر ونحوه صدقت مع يمينها، إلا أن يكون العيب خفيا كبرص بباطن جسدها ونحوه فيصدق مع يمينه، وهذا ما لم يخل بعد علمه عيبيها، فإن فعل سقط قيامه، وإن نكل حيث يصدق حلفت وسقط خياره. انتهى. وانظر لو نكلت هي أيضا ما الحكم، أو نكلت حين تصدق مع يمينها هل يحلف ويستحق الخيار؟ وعلى هذا التقدير إذا نكل هو أيضا، فأني لم أر في ذلك الآن نصا. والله أعلم. ثم شرع يذكر العيوب التي يرد بها بشرط وغير شرط، والتي لا يرد بها إلا بشرط، والأولى هي أربعة فقط على المشهور من/ المذهب، الجذام والبرص وداء الفرج والجنون.

484

وذكر اللخمي العذيفة وكأنها ملحقة بداء الفرج، وهذه العيوب إما أن تكون قديمة أو حادثة بعد العقد، ولكل حكم يخصه، ولما كانت الثلاثة الأول؛ أعني البرص والجذام وداء الفرج حكمها واحد في كونها لا توجب الرد لكل واحد من الزوجين إلا إذا كان قديما - بخلاف الجنون فإنه يوجب له وإن حدث بعد العقد وقبل الدخول على ما قاله المصنف - جمعها وبين حكم القديم منها والحادث، ولما كان الجذام والبرص لا يختلف تفسيرهما بالنسبة إلى الرجل والمرأة، وداء الفرج يختلف تفسيره بالنسبة إلى كل واحد منهما أطلق فيهما، وفصل الثالث، وجمع العذيفة معهما لكونها بمنزلةتهما فقال:

ص: ببرص وعذيفة وجذام ش: فمعنى كلامه الخيار المذكور لأحد الزوجين ثابت ببرص، وهو مرض يلحق الإنسان من ضعف الصورة وهو البياض، وظاهر كلامه أنه يرد به، سواء كان قليلا أو كثيرا، كان في الرجل أو المرأة، وهو كذلك على المشهور، وهذا كله من قبل العقد كما سيقول المصنف: "وعذيفة" [وهي¹¹²⁶] حصول الحدث من أحد الزوجين عند الجماع، ويقال للرجل عذيوط. قال ابن عرفة: هذه الكلمة كذا وجدتها بالعين المهملة ثم الذال المعجمة ثم الياء باثنتين من أسفل ثم الواو ساكنة ثم الطاء المهملة ثم تاء التأنيث، كل ذلك بصورة الحروف، وكذا رأيتها في قانون ابن سينا في الطب، وقال الجواليقي: تقول العامة العذروط لمن يحدث عند الجماع، وإنما هو العذبوط بكسر العين وفتح الباء بواحدة من تحتها والواو والذال ساكنان، والعذروط الذي تقوله العامة هو الذي يخدمك بطعامه، وجمعه عذاريط وعذارطة.

الحديث

¹¹²⁴ س - وعذيوطة نسخة. الأولى نسخة عذيفة كما في طفي وابن.

¹¹²⁵ - في المطبوع انتهى وم 195 ويم 162 والشيخ 261 مايابى 336 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 483.

¹¹²⁶ - في المطبوع وهو ويم 162 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 484 وم 195 والشيخ 262 مايابى 337.

نص خليل وبِخَصَائِهِ وَجَبَّهِ وَعَنْتِيهِ وَاعْتَرَا ضِيَهُ وَيَقْرَنُهَا وَرَتَقَهَا وَبَخَّرَهَا وَعَقَلَهَا وَإِفْضَائُهَا قَبْلَ الْعُقْدِ وَلَهَا فَقَطُّ الرُّدُّ بِالْجُدَامِ الْبَيِّنِ وَالْبَرَصِ الْمُضِرِّ الْحَادِثَيْنِ بَعْدَهُ.

قلت: الكلمة [التي]¹¹²⁷ صوب كذلك في المحكم والصاحح لفظا ومعنى، والتي تعقب لم أجدها في المحكم ولا في الصاحح إلا قول صاحب المحكم: العذارطي الفرج الرخو، والعذروط الخادم بطعام بطنه، وأما بالياء من ثنتين من أسفل فلم أجدها في كتب اللغة بحال. انتهى. وظاهر كلام التوضيح أنها في الصاحح بالياء المثناة من تحت، فإنه قال بعد أن ذكر ضبط الجواليقي: [هكذا ضبطه الجواليقي]¹¹²⁸، وذكره ابن فارس في محكمه، وصاحب الصاحح بالياء. الجوهرى: ويقال للمرأة عذيوطة. انتهى. وهو كذلك في نسخة صحيحة من الصاحح بالياء المثناة من تحت، وكذا في نسخة من القاموس، وظاهر كلامهم أيضا أن الياء مفتوحة، وزاد في القاموس ضبطين آخرين على وزن عصفور وعُتُور قال: وهو التيتاء قال ونصه: [العذيوط]¹¹²⁹ [والعذوط]¹¹³⁰ كجِرْدُون وعصفور وعتور التيتاء. قاله في فصل العين من حرف الطاء. وقال في فصل التاء [من باب الهمزة: التيتاء]¹¹³¹ و [التيتاء والتئتاء من يحدث عند الجماع، أو ينزل قبل الإيلاج. انتهى. وأنشد في الصاحح عن امرأة:

إني بليت بعذيوط له بخر يكاد يقتل من ناجاه إن [كشرا]¹¹³²

قال اللخمي: وقد نزل في زمن أحمد بن نصر من أصحاب سحنون، وادعاه كل واحد من الزوجين على صاحبه فقال أحمد: يطعم أحدهما تينا والآخر فقوسا فيعلم ممن هو منهما. انتهى. وانظر ما المراد بقولهم يحدث هل ذلك خاص بالغائط، أو يجري في البول والريح؟ والظاهر أنه خاص به لذكرهم مسألة/ أحمد بن نصر. وقال الشيخ يوسف بن عمر: ولا يكون كثرة البول عيبا إلا بشرط. انتهى. وقال الجزولي: واختلف إذا وجدها تبول في الفرش هل هو عيب أم لا؟ قولان، وإن وجدها زعراء قيل عيب ترد به، وقيل ليس بعيب. انتهى. والزعرُ قلة الشعر.

ص: وبِخَصَائِهِ ش: بالمد. قاله في الصاحح. وهو المقطوع الخصيتين دون الذكر أو العكس. ابن عرفة: اللخمي قطع الحشفة كقطع الذكر. انتهى. ونحوه في التوضيح.

فرع: قال في الشامل: والأقرب أنها لا خيار لها إن كان خنثى محكوما له بالرجولية. انتهى. ونقله في التوضيح عن الشيخ عبد الحميد، واحترز بقوله: "محكوما له بالرجولية" ممن حكم له بالأنوثة فلا نكاح له، ومن الخنثى المشكل فإنه لا يصح نكاحه.

ص: وإِفْضَائُهَا ش: فسره ابن الحاجب وابن عرفة في الديات باختلاط مسلكي البول والوطء، وبه

الحديث

¹¹²⁷ - في المطبوع الذي وم 195 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 484 ويم 163 والشيخ 262 مايابى 337.

¹¹²⁸ - ساقطة من المطبوع وم 195 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 484 ويم 163 مايابى 337.

¹¹²⁹ - في المطبوع العذوط وما بين المعقوفين من ن ذي ص 484 وم 195 والشيخ 262 مايابى 337.

¹¹³⁰ - في المطبوع والعذيوط وما بين المعقوفين من ن ذي ص 484 وم 195 (وفي الشيخ 262 عذوط).

¹¹³¹ - ساقطة من المطبوع وم 195 ويم 163 والشيخ 262 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 484 مايابى 337.

¹¹³² - في المطبوع كثيرا والشيخ 262 مايابى 377 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 484 ويم 163.

نص خليل لا يَكَاعْتَرِاضَ وَبِجُنُونِهِمَا وَإِنْ مَرَّةً فِي الشَّهْرِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ [أَجَلًا¹¹³³ نس] فِيهِ وَفِي بَرَصٍ وَجُدَامٍ رُجِي [بُرُؤُهُمَا¹¹³⁴ نس] سَنَةً.

متن الخطاب

فسره ابن عمر والجزولي، وفسره البساطي هنا باختلاط مسلكي البول والدبر، وانظر أبا الحسن. ص: لا يَكَاعْتَرِاضُ ش: قال ابن غازي يريد بعد أن يطأ ولو مرة كما في المدونة. فرع: قال في النوادر: فلو وطئها ثم اعترض عنها فلا حجة لها، فإن طلقها ثم تزوجها فرافعه فليضرب لها الأجل إلا أن يعلمها في النكاح الثاني أنه لا يقدر على جماعها. انتهى. وقال ابن عرفة: وسمع يحيى [ابن¹¹³⁵] القاسم امرأة المعترض إن تزوجها بعد فراقها إياه بعد تأجيله [فقامت¹¹³⁶] [بوقفها¹¹³⁷] لا اعتراضه فلها ذلك إن قامت في ابتناؤه الثاني قدر عذرهما في اختيارها له وقطع رجائها إن بان عذرهما/ بأن يكون يطأ غيرها، وإنما اعترض عنها فتقول رجوت برأه. انتهى. فائدة: قال الشيخ يوسف بن عمر: جاء فيما يعالج به المعترض أن تأخذ سبعة أوراق من [السدر¹¹³⁸] وتسحقها وتمزجها بالماء الفاتر، وتقرأ عليها فاتحة الكتاب سبع مرات وآية الكرسي سبع مرات وذوات قل من قل هو الله أحد وغيرها، فيشربه [ثلاث مرات¹¹³⁹] فيبرأ بإذن الله تعالى. انتهى. وانظر البرزلي في كتاب الجامع من نوازله فإنه ذكر شيئاً مما يتعلق بذلك. والله أعلم. تنبيه: قال ابن غازي: ومما يدخل تحت الكاف في كلام المصنف الكبير المانع من الوطء، وقد صرح به ابن عبد البر. انتهى. وقال في الوسط: قوله: "لا يَكَاعْتَرِاضُ" أي فإنه إذا حدث لا يكون موجبا لخيار المرأة وكذلك الجب والخضاء، ولهذا أتى بكاف التشبيه. انتهى. والله أعلم. واعلم أنه لا يسقط خيارها في الجب والخضاء أيضا إلا بعد الدخول والمس على المشهور. قال في سماع محمد بن خالد من كتاب النكاح: قال وسألت ابن القاسم عن الرجل يخصى قبل أن يدخل على امرأته هل لها الخيار في نفسها؟ فقال: نعم لها ذلك. قلت لابن القاسم: فإن حصل بعد ما دخل ومس؟ فقال: لا خيار لها. قال ابن رشد: وهذا هو المشهور في المذهب، وذهب أصبغ إلى أنه لا فرق بين أن يخصى قبل أن يمس، أو بعدما مس لأنها بلية نزلت بها، وليس ذلك من قبله ليضر امرأته، وقوله هو القياس، ووجه القول الأول أن المرأة إنما تزوجت على الوطء، فإن نزل به ما يمنعه من الوطء قبل أن يطأ كان لها الخيار إذ لم يتم لها ما نكحت عليه، وإن نزل به ذلك بعد الوطء لم يفرق بينهما؛ إذ قد نالت منه ما نكحت عليه، ولا حجة لها في امتناع المعاودة إن لم يكن ذلك من قبل إرادة ضرر. وبالله التوفيق. انتهى. ص: وبجنونيهما ش: يعني قبل العقد. ص: قبل الدخول وبعده ش: يعني قبل الدخول وبعد العقد، وكلام ابن غازي كاف في ذلك. والله أعلم.

الحديث

1133 - وأجلا نسخة.

1134 - برؤها نسخة.

1135 - في المطبوع بن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

1136 - * علق عليها الشيخ محمد سالم عدود ب والذي في السماع (فتريد فراقه) انظر البيان ج 5 ص 34.

1137 - في المطبوع بوقفه ويم 163 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 485 وم 195 والشيخ 263 مايابى 337.

1138 - في المطبوع السدرة ويم 163 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 486 وم 195 والشيخ 263 مايابى 338.

1139 - في المطبوع ثلاثا ويم 163 والشيخ 263 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 486 وم 195 مايابى 338.

نص خليل وَيَغْيَرَهَا إِنْ شَرَطَ السَّلَامَةَ وَلَوْ بَوَصَفِ الْوَلِيِّ عِنْدَ الْخُطْبَةِ وَفِي الرَّدِّ إِنْ شَرَطَ [الصُّحَّةُ¹¹⁴⁰] نَسْ تَرَدُّدٌ لَا بِخُلْفِ الظَّنِّ كَالْقَرَعِ وَالسَّوَادِ مِنْ بَيِضٍ وَتَنْنِ الْفَمِ وَالثِّيُوبَةِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ عَذْرَاءُ وَفِي بَكْرِ تَرَدُّدٍ.

متن الخطاب

ص: وبغيرها إن شرط السلامة ولو بوصف الولي ش: يريد أن العقد إذا وقع بشرط السلامة يرد متى وجد عيبا. اللخمي: قولوا واحدا، وإن عرا عن الشرط فلا رد إلا بالعيوب المتقدمة. قاله ابن عبد السلام، وقال ابن عرفة عن ابن رشد: الشرط في النكاح هو أن يتزوجها على صفة كذا أو على أن لها كذا له الرد بفوت الشرط اتفاقا. انتهى.

فرع: وإن وجدها سوداء أو عرجاء أو عمياء وادعى أنه تزوجها على السلامة فالقول قول المرأة. قاله ابن الهندي. انتهى من التوضيح.

فرع منه أيضا: ولو قال له غير الولي الذي زوجها منه أنا أضمن لك أنها ليست سوداء ولا عرجاء ولا عوراء، ودخل بها ووجدها بخلاف ما ضمن لكان له الرجوع بما زاد على صداق مثلها، وليا كان أو غيره، وقوله: "ولو بوصف الولي" هو قول عيسى/ وابن وهب قالا: إذا وصفها الولي عند الخطبة بالبياض وصحة العينين من غير سبب وهي عوراء سوداء فهو بالخيار قبل الدخول إن شاء تقدم على أن عليه جميع الصداق، وإن شاء فارق ولم يكن عليه شيء، وإن لم يعلم حتى دخل ردت إلى صداق مثلها ورجع بالزائد عليها، هذا إذا كان وصف الولي من غير سبب، فأما إن قال الخاطب للمخطوب منه قد قيل إن وليتك سوداء أو عوراء فقال له الولي كذب من قال، بل هي بيضاء فلا اختلاف أن ذلك شرط، هذه طريقة ابن رشد. قال: وكذلك الذي زوج وليته على أن لها من المال كذا فيفرق بين أن يسمى ذلك ابتداء أولا. قاله عنه في التوضيح.

487

ص: وفي الرد إن شرط الصحة تردد ش: التردد بين المتأخرين لعدم نص المتقدمين، وهو بين ابن أبي زيد والباجي، وصورة ذلك إذا كتب في العقد صحيحة البدن فهل هو كالشرط، وهو الذي قاله الباجي في وثائقه، أو ليس بشرط، وهو رأي ابن أبي زيد؟ يريد وأما لو قال سليمة البدن لكان شرطا [عند¹¹⁴¹] أبي محمد أيضا قال: وبه كان يفتي علماؤنا، ونفتي نحن. قاله في التوضيح، وهذه السلامة غير السلامة التي في قول المصنف: "إن شرط السلامة" لأن لفظ سليمة قد يكون مطلقا كما في هذا الأخير، وقد يكون مقيدا بالسلامة كمن كذا مثلا من السواد والعمى أو غير ذلك، وهو الأول في كلام المصنف فتأمل. والله أعلم.

ص: إلا أن يقول عذراء ش:

فرع: قال ابن عرفة: ابن رشد: لو وصفها وليها حين الخطبة بأنها عذراء دون شرط لجرى على الخلاف فيمن وصف وليته بالمال والجمال. انتهى.

ص: وفي بكر تردد ش: وعلى عدم ردها بالثيوبة في هذا قال ابن عرفة: المتيطي وابن فتحون لو بان

الحديث

¹¹⁴⁰ نس - قوله إن شرط الصحة ظاهر تقرير الدردير وغيره أنه بالبناء للفاعل وبذلك صرح الدسوقي في نحوه وهو قوله في فصل إن فوضه وفي حمله على الشرط إن أطلق قولان وبه شكل في نسختين مطبوعتين وقلميتين عتيقتين هنا.
¹¹⁴¹ - في المطبوع عن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 487 وم 196 وم 164 ما يابى 338.

نص خليل
وَالْأُتْرُوجُ¹¹⁴² [س] الْحُرُّ الْأُمَةُ وَالْحُرَّةُ الْعَبْدُ بِخِلَافِ الْعَبْدِ مَعَ الْأُمَةِ وَالْمُسْلِمُ مَعَ النَّصْرَانِيَّةِ إِلَّا أَنْ يَغْرَا
وَأَجَلَ الْمُعْتَرِضُ سَنَةً بَعْدَ الصَّحَّةِ مِنْ يَوْمِ الْحُكْمِ وَإِنْ مَرِضَ وَالْعَبْدُ نِصْفُهَا وَالظَّاهِرُ لَا نَفَقَةَ لَهَا فِيهَا
وَصَدَقَ إِنْ ادَّعَى فِيهَا الْوَطْءَ بَيَمِينِهِ فَإِنْ تَكَلَّ حَلَفَتْ وَإِلَّا بَقِيَتْ.

متن الخطاب
أنها ثيب من زوج كان للزوج الرد. انتهى.
فرع: قال ابن عرفة: قال غير واحد ولا حد على من ادعى أنه وجد امرأته ثيباً؛ لأن العُدْرَةَ تذهب
بغير جماع، ابن رشد: إن أعاد ذلك عليها في عتاب أو بعد مفارقتها بسنين حلف أنه ما أراد قذفاً،
ولا حد عليه. قاله مالك وابن القاسم في المدونة. ابن الحاج عن ابن فرج: إنه إذا قال وجدتها مفتضة
حد، وإن قال لم أجدها بكراً لم يحد. انتهى. ونقل في التوضيح بعض شيء من هذا.
ص: وإلا تزويج الحر الأمة والحررة العبد ش: فإن قيل لم يقل المؤلف وإلا تزويج الحر الأمة
وعكسه كما فعله غير مرة، وهو الاكتفاء بذكر العكس عن بيان كيفية ذلك العكس؟ قيل: لأن
الاصطلاح في العكس أن يجعل الكلمة الأولى ثانية، والثانية أولى، فلو اكتفى هنا بلفظ العكس ما أفاد
شيئاً؛ لأنه يصير التقدير وإلا تزويج الحر الأمة والأمة الحر، وكل واحد هو عين الآخر فلذلك عدل
عنه إلى الكلام الذي أتى به. والله أعلم.

ص: بخلاف العبد مع الأمة/ والمسلم مع النصرانية إلا أن يغرا ش: يعني أن العبد إذا تزوج
امرأة من غير تبين ثم ظهر أنها أمة فلا كلام له، وكذلك هي إن تزوجت رجلاً من غير تبين ثم
ظهر أنه عبد. قاله ابن فرحون في شرح ابن الحاجب وابن غازي وغيرهما، وكذلك إن تزوج المسلم
امرأة من غير تبين ثم ظهر أنها نصرانية، أو تزوجت نصرانية رجلاً من غير تبين ثم ظهر أنه مسلم
نص عليه في النوادر، وقوله: "إلا أن يغرا" يتصور الغرر في هذه الصور الأربع، فأما العبد مع الأمة
إذا غرها بأن قال لها أنا حر فتجده عبداً فلها الخيار. قاله الشارح والبساطي والأمة تغر العبد بأن
تقول له أنا حرة فيجدها أمة فله الخيار. نقله في النوادر وابن يونس، والنصرانية تغر المسلم بأن
يشترط إسلامها أو تظهره ويعلم أنه إنما تزوجها على أنها مسلمة لما كان سمع منها من الكتمان
وإظهار الإسلام. اهـ من ابن يونس. وأما المسلم يغر النصرانية قال ابن يونس بأن يقول لها أنا على
دينك. اهـ. وأما الحر مع الأمة والحررة مع العبد فسكوتهما عن التبيين غرور يثبت الخيار. قاله غير
واحد كابن عبد السلام والشيخ وغيرهما من المتقدمين والمتأخرين. والله أعلم. وحكمهما في الصداق
حكم المغرور والمغرورة. هذا ظاهر الجواهر. والله أعلم.

ص: والظاهر لا نفقة لها [فيها]¹¹⁴³ ش: ما قاله ابن غازي من النص أشار الشارح إلى غالبه إلا
أن كلام ابن غازي أتم فائدة، وفيه التنبيه على ما نظر فيه الشارح بقوله: وانظر هل يجري ذلك في
مسألة المعترض؟ وهو مقتضى كلام الشيخ هنا، فقال ابن غازي: ولا يصح قياس المعترض على
المجنون؛ لأن المجنون يعزل هنا والمعترض يرسل عليه. والله أعلم.
ص: وصدق إن ادعى فيها الوطء بيمينه ش:

وَأِنْ لَّمْ يَدَّعِهِ طَلَّقَهَا وَإِلَّا فَهَلْ يُطَلِّقُ الْحَاكِمُ أَوْ يَأْمُرُهَا بِهِ ثُمَّ يَحْكُمُ بِهِ قَوْلَانِ.

متن الخطاب

فرع: قال ابن عرفة: ولو سألته اليمين قبل تمام الأجل فإن أبى ثم حل الأجل فقال أصبت فله أن يحلف، فإن نكل الآن طلق عليه، ولو قال بعد الطلاق في العدة أنا أحلف لم يقبل [منه ظاهره]¹¹⁴⁴ أنه [بنفس]¹¹⁴⁵ نكوله عند تمام الأجل يطلق عليه، ومثله للمتيطي عن ابن عمر ورواية ابن حبيب. قال: وقال غيره إن نكل حلفت وفرق بينهما. اهـ. والمشهور سواء كانت بكرا أو ثيبا، وقول ابن عرفة ظاهره أنه بنفس نكوله؛ يعني ظاهر قوله: "فإن نكل الآن طلق عليه". والله أعلم.

ص: وإن لم يدعه طلقها ش: ابن عبد السلام: قال بعض الشيوخ يوقع الزوج منه ما شاء، وظاهره أنه يكون له أن يوقع اثنتين أو ثلاثا. اهـ.

489

ص: وإلا فهل يطلق عليه الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم [به]¹¹⁴⁶ قولان ش: / قال ابن عبد السلام: وفي أحكام ابن سهل: اختلاف بين الشيوخ في هذه المسألة [وما في معناها]¹¹⁴⁷ من امرأة المولي والمعتقة تحت العبد وغير ذلك هل تكون المرأة هي الموقعة للطلاق أو السلطان؟. اهـ. وقال في التوضيح في باب المعسر بالنفقة: واختلف هل الحاكم الذي يطلق كما هو ظاهر كلامه -يعني ابن الحاجب- ابن عبد السلام: وهو الصحيح، أو يبيح للمرأة الإيقاع؟ على قولين. اهـ. ونقل ابن عرفة عن المتيطي تشهير القول بأن الإمام هو الذي يوقع الطلاق، ونصه: المتيطي: في كون الطلاق بالعيب للإمام يوقعه أو يفوضه إليها قولان للمشهور [وأبي زيد]¹¹⁴⁸ عن ابن القاسم. اهـ.

ونقل ابن سهل في باب الطلاق أن ابن عات أفتى أن المرأة هي التي توقع الطلاق، ورجحه ابن مالك، ورجحه ابن سهل أيضا، وقال ابن فرحون في التبصرة في [الفصل الثالث من القسم]¹¹⁴⁹ الأول من الركن السادس في كيفية القضاء: والقسم الأول لا بد فيه من حكم الحاكم، وهو ما يحتاج إلى نظر وتحرير وبذل جهد في تحرير سببه، وذلك كالطلاق بالإعسار والطلاق بالإضرار والطلاق على المولي؛ لأنه يقتدر إلى تحقيق الإعسار، وهل هو ممن يلزمه الطلاق [بعدم]¹¹⁵⁰ النفقة أم لا؟ كما إذا تزوجت فقيرا علمت بفقره فإنها لا تطلق بالإعسار بالنفقة، وكذلك تحقيق صورة الإضرار، وكذلك يمين المولي هل لعذر أو لا؟ كمن حلف أن لا يطأها وهي مرضع خوفا على ولده فينظر فيما ادعاه، فإن كان مقصوده الإضرار طلقت عليه، وإن كان لمصلحة لم تطلق عليه، وكذلك التطلاق على الغائب والمعترض ونحوهما.

تنبيه: إذا تقرر أن هذه المسائل وما أشبهها لا بد فيها من حكم الحاكم فهل صدور الطلاق فيها صادر عن الحاكم أو عن الزوجة، أو بعضه عن الزوجة وبعضه عن الحاكم؟ اختلف في هذه المسألة،

الحديث

¹¹⁴⁴ - في المطبوع ابن عرفة ويم 164 والشيخ 265 ماي 339 وما بين المعقوفين من ن عود ص 488.

¹¹⁴⁵ - في المطبوع يتعين وما بين المعقوفين من ن عود ص 488 ويم 160 والشيخ 265 ماي 339.

¹¹⁴⁶ * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من سيد 81 وم 196 وما يابى 339 ويم 164 والشيخ 265.

¹¹⁴⁷ - في المطبوع وفي معناه ويم 164 والشيخ 265 وما بين المعقوفين من ن عود ص 489 وم 196 ماي 339.

¹¹⁴⁸ - في المطبوع وابن زيد وما بين المعقوفين من الشيخ 265 وسيد 81.

¹¹⁴⁹ - في المطبوع في القسم الثالث من الفصل الأول وما بين المعقوفين من ن عود ص 489 وم 196 ويم 164 والشيخ 265 ماي 340.

¹¹⁵⁰ - في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من ن عود ص 489 وم 197 ويم 164 والشيخ 266 ماي 340.

نص خليل وَلَهَا فِرَاقُهُ بَعْدَ الرِّضَا بِلَا أَجَلٍ وَالصَّدَاقُ بَعْدَهَا كَدُخُولِ الْعَيْنِ وَالْمَجْبُوبِ وَفِي تَعْجِيلِ الطَّلَاقِ إِنْ قُطِعَ ذِكْرُهُ فِيهَا قَوْلَانِ وَأَجَلَتِ الرِّثَاءُ لِلدَّوَاءِ بِالْاجْتِهَادِ وَلَا تُجْبَرُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ خُلُقَةً وَجُسَّ عَلَى ثُوبٍ مُنْكَرٍ الْجَبِّ وَنَحْوِهِ.

متن الخطاب فحكى ابن سهل فيها أن القاضي أبا محمد بن سراج أجاب فيها أن الطلاق [للرجال¹¹⁵¹] إلا ما وقع فيه تخيير أو تمليك، ثم ذكر أن ابن عات أجاب بخلاف جوابه، وأطال الكلام في ذلك. ثم قال في آخر كلامه: وجملة القول أن الحق إذا كان للمرأة خالصة فإنفاذ الطلاق إليها مع إباحة الحاكم لها ذلك كما جاء في حديث بريرة ونسبة الطلاق إلى القاضي لكونه ينفذه ويحكم به كما يقال فرق الحاكم بينهما وكما يقال قطع الأمير السارق ورجم وجلد وهو لم يفعل وإنما أمر به، فما جاء من تفريق السلطان فهو من هذا المعنى. اهـ كلام ابن فرحون. وما أفتى به ابن عات تقدم أن ابن مالك رجحه، وكذلك ابن سهل.

فرع: قال ابن عبد السلام عن أصبغ: وأرى في الإمام إن طلق في الإيلاء والنفقة والإضرار والجنون والجذام بأكثر من واحدة لا يلزم منه إلا واحدة. اهـ. ونقله في التوضيح. تنبيه: سيأتي في كلام المصنف في آخر طلاق السنة أنه لا يطلق على من به عيب في الحيض والنفاس حتى تطهر المرأة، وسيأتي في شرحه حكم ما إذا وقع الطلاق فيها. والله أعلم. ص: ولها فراقه بعد الرضا بلا أجل ش: هذا قول ابن القاسم في العتبية والموازية، إلا أنه قال في الموازية ليس لها أن تفارق دون السلطان، وفي العتبية لها أن تطلق نفسها وإن لم ترفع إلى السلطان. قاله في التوضيح.

ص: والصدّاق بعدها ش: أما قبل انقضاء الأجل إذا لم يطل مقامه معها فلها نصف الصداق. قاله في المدونة، ونقله في التوضيح.

ص: وجس على ثوب منكر الجب ونحوه ش: نحو الجب الخضا والعنة فهذه الثلاث، قال ابن/ عرفة: إذا ثبت أحدها بإقراره لزمه. قلت: إن كان بالغاً، وإلا فكمنكر دعوى زوجته عليه. انتهى. يعني أنه بمنزلة المنكر، والجس بظاهر اليد. قاله ابن عرفة. قال ابن عبد السلام: فإن قلت قد نص بعضهم على [أن¹¹⁵²] ما لا يجوز النظر إليه لا يجوز لمسه ولو من فوق الثوب، وهذا يدل على أنهما متساويان في المنع فإذا دعت الضرورة إلى واحد وجب إلحاق الآخر به للمساواة ويترجح النظر؛ لأن حصول العلم للمشهود به أقوى.

قلت: هما متساويان في المنع فقط، ولا شك أن الإدراك بالبصر أقوى، مع أن اللمس [كاف¹¹⁵³] في حصول العلم فوجب الاقتصار عليه. اهـ باختصار. وقال ابن عرفة: المراد بالجس بظاهر اليد، وأصله أقرب للإباحة من النظر. أبو عمر: أجمعوا على مس الرجل فرج حليته، وفي نظره إليه خلاف تقدم.

¹¹⁵¹ - في المطبوع للرجل ويم 164 مايابى 340 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 489 وم 197 والشيخ 266.

¹¹⁵² - ساقطة من المطبوع وم 197 ويم 164 مايابى 340 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 490 والشيخ 266.

¹¹⁵³ - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من ن عدود ص 490 والشيخ 266 وم 197 ومايابى 340 ويم 162.

وَصَدَّقَ فِي الْإِعْتِرَاضِ كَالْمَرْأَةِ فِي دَائِهَا أَوْ وُجُودِهِ حَالَ الْعَقْدِ.

نص خليل

اهـ. وأما الجذام والبرص في الرجل فقال ابن عرفة عن المتيطي: يعرف بالرؤية، ما لم يكن في العورة فيصدق الرجل فيهما وحكى بعض الموثقين عن بعض شيوخه نظر الرجل إليه كالنساء إلى المرأة. اهـ. وقال في مختصر المتيطية: أما الجنون فإن ذلك لا يخفى على جيرانه وأهل مكانه. اهـ. ص: وصدق في الاعتراض ش: واختلف بعد التصديق هل عليه يمين أو لا؟ قال ابن عرفة: والاعتراض إن أقر به فواضح، وإن أنكر دعوى زوجته صدق. المتيطي عن المدونة: بيمين كذا نقله ابن محرز واللخمي، ونحوه لمحمد عن ابن القاسم، ونحوه عن مالك، وقاله ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وابن حبيب. اهـ. ثم نقل خمسة أقوال آخر.

متن الخطاب

تنبيه: قال في المتيطية: ولو نكل قبل الأجل ثم أتى الأجل فادعى أنه أصاب كان له أن يحلف، وليس نكوله والحكم عليه قبل الأجل بشيء كذلك رواه ابن المواز. انتهى. فرع: قال في النوادر: قال أصبغ في امرأة المقعد تدعي أنه لم يمسه، وأنها تمكنه من نفسها فيضعف عنها، وقال هو تدفعني عن نفسها فهي مصدقة مع يمينها، ولا يعجل بفراقه إلا بعد سنة كالمعترض، ولو جعل الإمام بقربه امرأتين، [فإن]¹¹⁵⁴ سمعتا امتناعا منها أمر بها فربطت وشدت وزجرها وأمرها أن تلين له فذلك عندي حسن. انتهى.

ص: كالمراة في دائها ش: ابن عرفة: ولو أنكرت دعواه عيبها فما كان ظاهرا كالجذام والبرص يدعيه بوجهها وكفيها أثبت ذلك بالرجال، وما بسائر بدننها غير الفرج بالنساء، وما بالفرج في تصديقها وعدم نظر النساء إليه وإثباته بنظرهن إليه قولان؛ الأول لابن القاسم، قال بعض الأندلسيين، وهو مذهب مالك وجميع أصحابه إلا سحنون. انتهى. ثم قال: وعلى الأول -يعني القول بتصديقها-. قال ابن الهندي: وتحلف. وقاله الشيخ أبو إبراهيم، ولها رد اليمين على الزوج قال: ورأيت من مضى يفتي به. انتهى. ونقله في التوضيح.

ص: أو وجوده حال العقد ش: اختصر المؤلف هذه المسألة، وملخص ما في البيان في من زوج ابنته على أنها صحيحة [فتجذمت]¹¹⁵⁵ بعد سنة ونحوها، فقال الأب تجذمت بعد النكاح، وقال الزوج قبله [لا يخلو إما]¹¹⁵⁶ أن يتداعيا بعد البناء أو قبله، فإن كان بعد البناء فعلى الزوج البينة والأب مصدق في ذلك ابن رشد ولا بد من يمينه، وينبغي كونها على العلم لأنه مما يخفى، وإن كان ظاهرا الآن لإمكان كونه يوم العقد خفيا لأنه يزيد إلا أن يشهد أن مثله لا يكون يوم العقد إلا ظاهرا فيحلف على البت، فإن نكل الأب حلف الزوج فكان له الرد، [قيل على]¹¹⁵⁷ العلم في الوجهين، وقيل

الحديث

¹¹⁵⁴ - في المطبوع ورم 165 وإن وما بين المعقوفين من م 197 وسيد 81 والشيخ 267 وما يابى 341.

¹¹⁵⁵ - في المطبوع فجذمت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 490 وم 197 ورم 165 والشيخ 267 ما يابى 341.

¹¹⁵⁶ - في المطبوع لأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 490 وم 197 (ويم 165 قبله لأنه لا يخلو) والشيخ 267 قبله

إنه لا يخلو (ما) (ما يابى 341 قبله لا يخلو).

¹¹⁵⁷ - في المطبوع قبل ورم 165 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 490 وم 197 والشيخ 267 ما يابى 341.

نص خليل

أَوْ بَكَارَتِهَا وَحَلَفَتْ هِيَ أَوْ أَبُوهَا إِنْ كَانَتْ سَفِيهَةً وَلَا يَنْظُرُهَا النَّسَاءُ وَإِنْ أَتَى بَامْرَأَتَيْنِ تَشْهَدَانِ لَهُ قَبْلَنَا وَإِنْ عَلِمَ الْأَبُ بِثُبُوبَتِهَا بِلَا وَطْءٍ وَكَتَمَ فَلِلزَّوْجِ الرُّدُّ عَلَى الْأَصَحِّ وَمَعَ الرُّدِّ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَلَا صَدَاقَ كَغُرُورٍ بِحُرِّيَّةٍ وَبَعْدَهُ فَمَعَ عَيْبِهِ الْمُسَمَّى.

مقن الخطاب

على نحو ما وجب على الأب. هذا مشهور المذهب، وإن كان التداعي قبل البناء فالقول قول الزوج مع يمينه، وعلى الأب البينة. انتهى ملخصا من كلام ابن عرفة. والله أعلم.
ص: أو بكارتها وحلفت ش: هذا إنما ذكره أهل المذهب على القول أنها ترد بشرط البكارة، ولا يبعد أن يجيء/ مثله فيما إذا شرط أنها عذراء. والله أعلم.

491

ص: وإن أتى بامرأتين ش: هذا واضح؛ لأنه يؤول إلى المال، بخلاف ما لو أتت امرأة المعترض بامرأتين تشهدان بأنها بكر لم يقبل لأنه يؤول إلى الفراق. قاله ابن عرفة والمصنف في التوضيح وابن عبد السلام.

ص: وإن علم الأب بثيوبتها بلا وطء ش: لا معارضة بين هذا الكلام وبين ما قدمه؛ لأن ذلك مع عدم علم الأب وهذا مع علمه، ولهذا قال: "وإن علم الأب". والله أعلم. وقوله: "بلا وطء" فالوطء أخرى، وأخرى إن كان بزواج، ويبقى ملخص المسألة أنه إن شرط الزوج أنها عذراء فله الرد إذا وجدها قد أزيلت عذرتها قولاً واحداً، سواء أزيلت بوطء أو بغير وطء، وإن شرط أنها بكر فإن أزيلت البكارة بزواج ردت بلا كلام، وإن أزيلت بزنا أو بغير وطء فلا يخلو إما أن يكون الأب عالماً أو لا، فإن لم يكن عالماً ففيه التردد، وإن كان عالماً فيلزمه إعلام الزوج، فإن لم يعلمه ففي الرد قولان؛ الأصح أن له الرد. والله أعلم. وانظر هذا الكلام مع قوله فيما يأتي: "وللولي كتم العمى ونحوه وعليه كتم الخنا" وانظر كلام أبي الحسن وابن رشد على ذلك.

ص: ومع الرد قبل البناء فلا صداق ش: يعني إذا علم أحد الزوجين أن بالآخر عيباً ورده بذلك العيب قبل المسيس فلا/ صداق للمرأة على الرجل، سواء كان هو الراد أو هي الرادة، أما إن كان هو الراد فلا خلاف فيه، إلا أن ابن عبد السلام قال فيما إذا زوج البكر أبوها أو من يعلم أنه عالم بعيبها قد يقال يجب لها على الزوج نصف الصداق، ويرجع به على وليها، وفيه نظر. انتهى. وأما إن كانت هي الرادة فالذي تقدم هو أحد القولين، وهو ظاهر المذهب، وقيل لها نصف الصداق، وهو ظاهر المذهب. والله أعلم.

492

ص: كغرور بحرية ش: لا شك أنه يشمل أربع صور: الأولى والثانية تزويج الحر الأمة والحررة العبد من غير تبين فأحرى إذا شرط أنها حرة أو شرطت هي أنه حر. نص عليهما في النوادر، وفي المدونة على إحداها الثالثة والرابعة إذا غر العبد الأمة بالحرية، أو غرت الأمة العبد بالحرية كما تقدم، وهما مفهومان من عموم كلام الشارح وغيره. والله أعلم.

ص: وبعده فمع عيبه المسمى ش: سواء كان عيبه أحد العيوب الأربعة أو غيرها إن شرط السلامة منه. قاله ابن عبد السلام عند قول ابن الحاجب: "الغرور" وكذلك إن غر العبد الحررة بالحرية لها

وَمَعَهَا رَجَعَ بِجَمِيعِهِ لَا قِيمَةَ الْوَلَدِ عَلَى وَلِيِّ لَمْ يَغْبُ كَابْنٍ وَأَخٍ وَلَا شَيْءٍ عَلَيْهَا.

متن الخطاب

المسمى إن كان أذن له السيد في التزويج ابتداءً، أو أجازته لما أن علم به. قال في النوادر: ومن أذن لعبد في النكاح فنكح حرة ولم يخبرها وأجازته السيد فلها أن تفسخه، ولها المسمى إن بنى، ولا قول للسيد فيه؛ لأنه أجازته، وإن لم يبين فلا شيء لها. انتهى من باب نكاح العبد والأمة بغير إذن السيد، وقال في باب المغرورة بالعبد: وإن غر عبد حرة بأنه حر فتزوجها بغير علم سيده، ثم علم فأجاز فلها الخيار، فإن فارقت قبل البناء فلا شيء لها، وإن بنى فلها الصداق، وإن لم يقل لها إني حر ولا عبد [فلها]¹¹⁵⁸ الخيار أبداً، وهو غار حتى يخبرها أنه عبد. انتهى. وأما العبد يغر الأمة فلم أر من قال إن لها المسمى إلا أنه لازم لما تقدم من أن الخيار له إذا غرها. والله أعلم. وانظر لو غر رجل غير الزوج الحرة أو الأمة وقال لها تزوجي هذا فإنه حر؟ فلم أر من نص عليها، والظاهر أنه لا رجوع لها عليه؛ لأنه غرور بالقول كما سيأتي في قول المصنف: "وعلى غار غير ولي".

ص: ومعها رجع بجميعه لا بقيمة الولد على ولي لم يغب كابن وأخ ولا شيء عليها ش: يعني وأما لو اختار بعد البناء حالة كون العيب معها، وكذلك إذا غره الولي بالحرية لها جميع الصداق ويرجع به الزوج على الولي، وسواء كان الزوج حراً أو عبداً، أما الحر فقال ابن فرحون في شرح قول ابن الحاجب: "إذا غر الولي الزوج بأنها حرة [فظهرت أمة،¹¹⁵⁹] ولم يتبين له ذلك إلا بعد الدخول والولادة فإنه يرجع على الولي بجميع الصداق وهو المشهور". ثم قال: ولا يرجع على الولي بقيمة الولد؛ لأن الولي لم يغر إلا في النكاح. انتهى. وأما العبد ففي النوادر في باب الغارة: وإن غرت أمة عبداً بأنها حرة فسيدها يسترق ولدها ويرجع العبد على من غره بالمهر ثم لا [يرجع من¹¹⁶⁰] غره عليها، وإن لم يغر أحد رجع عليها بالفضل من صداق مثلها. انتهى. وقول المؤلف: "لم يغب" [الخ¹¹⁶¹] هذا راجع إلى غرور المرأة بالعيب، وسواء كانت المرأة بكراً أو ثيباً كان العيب ظاهراً أو خفياً. قاله في التوضيح وغيره. ومفهوم قوله: "لم يغب" أنه لو غاب لم يرجع عليه بشيء، وهو [كذلك، ومعنى¹¹⁶²] هذه الصورة أن يغيب الولي غيبة طويلة، ثم يقدم من غيبته فيعقد نكاح وليته كذا صوره أبو الحسن الصغير، وقال في التوضيح: إذا غاب الولي بحيث يظن خفاء ذلك عليه فلا بن القاسم وابن وهب وابن حبيب، ورواه ابن عبد الحكم عن مالك أنه يسقط عنه الغرم، ويرجع على الزوجة ويترك لها ربع دينار. ابن القاسم: بعد يمينه على جهله بذلك. انتهى بالمعنى. وشهر هذا القول في الشامل.

فرع: وإن زوجها الأخ وهي بكر بإذن الأب فالغرم/ على الأب، وإن كانت ثيباً فعلى الأخ. قاله في النوادر ونقله ابن فرحون وابن عرفة.

493

الحديث

- 1158- في المطبوع فلها وما بين المعقوفين من ن عود ص 492 وم 198 ويم 165 والشيخ 268 مايابى 342.
1159- في المطبوع أنها ويم 166 وما بين المعقوفين من ن عود ص 492 وم 198 والشيخ 268 مايابى 342.
1160- في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عود ص 492 وم 198 ويم 166 والشيخ 268 مايابى 342.
1161- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 492 وم 198 ويم 166 والشيخ 268 مايابى 342.
1162- في المطبوع ومفهوم وما بين المعقوفين من ن عود ص 492 وم 198 ويم 166 والشيخ 269 مايابى 342.

نص خليل

وَعَلَيْهِ وَعَلَيْهَا إِنْ زَوَّجَهَا بِحُضُورِهَا كَاتِمِينَ ثُمَّ الْوَلِيُّ عَلَيْهَا إِنْ أَخَذَهُ مِنْهُ لَا الْعَكْسُ وَعَلَيْهَا فِي كَابِنِ الْعَمِّ إِلَّا رُبْعَ دِينَارٍ فَإِنْ عَلِمَ فَكَالْقَرِيبِ وَحَلَفَهُ إِنْ ادَّعَى عِلْمَهُ كَاتِمًا عَلَيْهِ عَلَى الْمُخْتَارِ فَإِنْ تَكَلَّ حَلَفَ أَنَّهُ غَرَّةٌ وَرَجَعَ عَلَيْهِ فَإِنْ تَكَلَّ رَجَعَ عَلَى الزَّوْجَةِ عَلَى الْمُخْتَارِ وَعَلَى غَارٍ غَيْرِ وَلِيِّ تَوَلَّى الْعُقْدَ إِلَّا أَنْ يُخْبَرَ أَنَّهُ غَيْرُ وَلِيِّ لَا إِنْ لَمْ يَتَوَلَّهُ.

متن الخطاب

فرع: قال ابن عرفة: الصقلي عن محمد حيث يجب غرم الولي إن كان بعض المهر مؤجلاً لم يغرمه للزوج إلا بعد غرمه.

قلت: هذا بين إن لم يخش [فلسه].¹¹⁶³ انتهى. وقوله ولا شيء عليها ظاهره وإن أعدم الولي. قال في التوضيح: وهذا قول مالك وابن القاسم

فرع: فإن مات ولا شيء له فلا يرجع عليها [أيضاً عند]¹¹⁶⁴ ابن القاسم، وسواء كانت بكراً أو ثيباً. قاله في النوادر. والله أعلم.

ص: وعليه أو عليها ش:

فرع: فإذا قلنا يرجع عليها فوجدتها قد اشترت به جهازاً فله عليها قيمته لأنها متعدية. قال اللخمي: وإذا ردت الزوجة بعيب جنون أو جذام أو برص والصدّاق عين ضمنته وإن هلك ببينة أو اشترت به جهازاً كانت في حكم المتعدية، فإن أحب الزوج أخذ نصفه أو ضمنها ما قبضت. انتهى.

ونقله المصنف في التوضيح عند قول ابن الحاجب في فصل الصدّاق وكذا ما اشترته منه أو من غيره من جهاز مثلاً. والله أعلم. وانظر ابن عرفة فيما إذا كان الولي القريب عديماً. والله أعلم.

ص: وعليها في كابن العم إلا ربع دينار ش: دخل تحت الكاف العم والرجل من العشيرة أو من الموالي أو السلطان. قاله في التوضيح.

ص: فإن علم فكالقريب ش: أي فإن علم البعيد سواء كان عما أو ابن عم أو مولى أو من العشيرة أو سلطاناً نص عليه اللخمي، قال في النوادر: وهذا إن أقر أو قامت بينة عليه. انتهى.

ص: وحلفه إن ادعى علمه ش: فإن حلف فلا رجوع له على واحد منهما من الولي أو الزوجة. قاله ابن عرفة.

ص: فإن نكل رجع على الزوجة على المختار ش: ظاهر كلامه أنه إذا نكل الولي ثم نكل أيضاً الزوج يرجع على الزوجة على المختار وليس كذلك، بل لم يذكر اللخمي فيها إلا أنه لا شيء على الولي ولا على الزوجة. والله أعلم.

ص: وعلى غار غير ولي تولى العقد إلا أن يخبر أنه غير ولي ش: غروره بأن يقول إنها حرة أو سالة من العيب. قاله ابن عبد السلام: قال في التوضيح: وينبغي أن يؤدب ويتأكد أدبه على

الحديث

¹¹⁶³ - في المطبوع فلساً وما بين المعقوفين من ن عدود ص 493 وم 198 ويم 166 والشيخ 269 ما يابى 343.¹¹⁶⁴ - في المطبوع عن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 493 وم 198 ويم 166 والشيخ 269 ما يابى 343.

وَوَلَدُ الْمَغْرُورِ الْحُرِّ فَقَطَّ حُرٌّ وَعَلَيْهِ الْأَقْلُ مِنَ الْمُسْمَى وَصَدَاقِ الْمِثْلِ.

المنصوص [بعدم¹¹⁶⁵] الغرامة. انتهى. وإذا قلنا يرجع عليه فلا يرجع بقيمة الولد قاله في المدونة، وقول المصنف إنه يرجع على الغار إذا تولى العقد ولم [يخبر¹¹⁶⁶] أنه غير ولي قيده في المدونة بما إذا علم هذا الغار أنها أمة، وأما إن لم يعلم فلا رجوع [عليه¹¹⁶⁷]، وإن أخبره أنه غير ولي فلا رجوع مطلقاً، علم أو لم يعلم، وكذلك إن لم يتول العقد علم أو لم يعلم. قاله في المدونة. وليس هذا مخالفاً لما تقدم نقله من أنه إذا قال أجنبي أنا أضمن لك أنها غير سوداء [أنه¹¹⁶⁸] يضمن الصداق؛ لأن هذا صرح فيه بلفظ الضمان. والله أعلم.

ص: وولد المغرور الحر فقط حرش: هو ظاهر التصور، قالوا لأنه دخل على أن ولده/ حر فيوفى له، ثم يعاوض السيد عنهم بقيمتهم أو أمثالهم كما ذكر في باب الاستلحاق. ص: وعليه الأقل من المسمى وصداق المثل ش: هذا في الحر إذا غرته الأمة بنفسها، هكذا يفهم من التوضيح، وأما العبد فالمنصوص فيه إذا غرته الأمة [أنه¹¹⁶⁹] يرجع عليها بالفضل على مهر مثلها كما تقدم عن النوادر، ونقله ابن يونس وابن عرفة وغيرهما، وما [ذكره¹¹⁷⁰] من أن الحر إذا غرته الأمة بنفسها أن عليه الأقل من المسمى وصداق المثل، هذا إذا اختار فراقها، وأما لو اختار إمساكها فلها المسمى. قاله في المدونة. فنقل المصنف له في التوضيح عن الجواهر كأنه لم يره في المدونة. والله أعلم. وأما إذا أمسكها فيستبرئها ليفرق بين المائين؛ لأن الماء الذي قبل الإجازة الولد فيه حر، والذي بعدها الولد فيه رق. قاله أبو الحسن الصغير، ولا فرق في جميع ما تقدم من الخلاف في الصداق وغيره بين أن تكون الأمة الغارة قنا أو أم ولد أو مدبرة أو معتقة لأجل. قاله الرجراجي. وكذلك المكاتبه فيما يظهر. والله أعلم. وهذا إذا أذن لها السيد أن تستخلف رجلاً على نكاحها. قاله في المدونة. قال بعض الشيوخ: يريد أذن لها أن تستخلف رجلاً بعينه، ولو أذن لها أن تستخلف من شاءت فاستخلفت ففسخ النكاح.

قال أبو الحسن: وهذا مشكل؛ إذ لا فرق بين أن يعين لها أو لا يعين، ألا ترى أنها لو كانت وصية لها أن تستخلف من شاءت. انتهى. واعلم أنه لا يخلو نكاح الأمة الغارة من ثلاثة أوجه: الأول أن يكون السيد أذن لها في النكاح والاستخلاف، وإنما غرته بالحرية فهذا يصح مقامه عليها بالمسمى، الثاني أن يتزوجها على أنها حرة ولم يكن السيد أذن فيه ولا في الاستخلاف، وهذا يفسخ على المعروف أبداً، الثالث أن يكون أذن في النكاح ولم يأذن في الاستخلاف، وهو كالذي قبله في تحتم الفسخ. انتهى باختصار من شرح الرسالة للشيخ أحمد زروق. وأصله للقلشاني. فانظره وانظر ابن عرفة أيضاً.

¹¹⁶⁵ - في المطبوع من عدم (وفي الشيخ 269 بعد) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 493 وم 198 ويم 166 ما يابى 343.

¹¹⁶⁶ - في المطبوع يجبر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 493 وم 198 ويم 166 والشيخ 269 ما يابى 343.

¹¹⁶⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 493 وم 198 ويم 166 والشيخ 269 ما يابى 343.

¹¹⁶⁸ - في المطبوع لا وما بين المعقوفين من ن ذي ص 493 وم 198 ويم 166 والشيخ 269 ما يابى 343.

¹¹⁶⁹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 494 وم 198 ويم 166 والشيخ 270 ما يابى 343.

¹¹⁷⁰ - في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من ن ذي ص 494 وم 198 ويم 166 والشيخ 270 ما يابى 343.

نص خليل وَقِيَمَةُ الْوَلَدِ دُونَ مَالِهِ يَوْمَ الْحُكْمِ.

متن الخطاب

تنبيهه: قال أبو الحسن: إن الكلام المتقدم فيما إذا اختار فراقها أن عليه الأقل من المسمى وصادق المثل، وإن اختار إمساكها فلها المسمى. انظر كيف جعل له الخيار في الفراق وفي الإقامة عليها، ولم يشترط خوف العنت ولا عدم الطول؟ ولكنه قد يقال إنما تكلم هنا على الوقوع، وقد حصل بوجه جائز، وحكم الابتداء عنده بخلافه، أو يقال إنما تعرض هنا لأحكام باب آخر وهو الغرور، وأما نكاح الإماء فقد تقدم. انتهى.

ص: وقيمة الولد ش: والقيمة لازمة للزوج أمسك أو فارق. قاله في المدونة. فرع: والمنصوص في مختصر الواضحة أنه إذا زوج السيد أمته على أنها ابنته أو ابنة عمه فدخل الزوج وأولدها فعليه قيمة أولاده، وهم أحرار، ونقله ابن عرفة فقال: ولو غر سيد أمة من زوجها منه على أنها ابنته ففي غرم الزوج قيمة ولده منها نقل للخطمي عن ابن حبيب، مع قول ابن الماجشون على من أولد أم ولد ابتاعها من سيدها قيمة ولده منها وتخريجه على قول مطرف لا قيمة عليه. انتهى. فرع: قال ابن يونس: ومن اشترى جارية من رجل وهو يعلم أنها ليست له فوطئها فهو زان، وعليه الحد، وولده رقيق لسيد أمهم، بخلاف أن لو زوجته الأمة نفسها وأخبرته أنها حرة وهو يعلم أنها كاذبة فيطؤها بعد العلم فلا يكون على هذا حد، ويلحق به نسب ولده، وهم وأمهم رقيق لسيدهم، ويفسخ نكاحه. انتهى من النكاح الأول. وقال في مختصر الواضحة فيمن زوج ابنته فبعث إلى الزوج [بأتمته¹¹⁷¹] فوطئها الزوج، ثم ظهر على ذلك فإن الأمة تلزم الزوج بالقيمة، ولا حد عليه، وعلى سيد الأمة العقوبة، ونكاح الابنة ثابت، وعلى الأمة الحد، إلا أن تدعي أنها ظنت أن سيدها زوجها، وقال فضل وماله لا يسقط [عنها¹¹⁷²] الحد حين كان سيدها أخرجها ويكون هذا من جنس الإكراه. انتهى باختصار.

فرع: فلو أقر الزوج أنه عالم أنها أمة وقد فشا وعرف أنها غرته بأنها حرة فلا يصدق الأب على ما يدفع عن نفسه من غرم قيمة ولده، ولا يقبل قوله فيما يريد إرقاقهم وإن صدقه/ السيد على ذلك. انتهى من الرجراجي. وهو في النوادر وابن يونس، ونص النوادر: ومن العتبية: قال أصبغ: ولو أقر الزوج الآن أنه نكحها عالماً بأنها أمة وقد فشا أنها غرته من الحرية والسمع على ذلك أو الشك فلا يصدق [الأب¹¹⁷³] على ما يدفع عن نفسه من غرم قيمة ولده ويريد من إرقاقهم. انتهى. ص: يوم الحكم ش: هذا إذا وقع التنازع فيه بعد الولادة، وأما لو وقع التنازع فيه وهو حمل فإن القيمة يوم الولادة. قاله ابن الحاجب وغيره. والله أعلم.

495

الحديث

¹¹⁷¹- في المطبوع بأمة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 494 وم 199 ويم 167 والشيخ 270 مايابى 344.

¹¹⁷²- في المطبوع عنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 494 وم 199 ويم 167 والشيخ 270 مايابى 344.

¹¹⁷³- في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 495 وم 199 ويم 167 والشيخ 271 مايابى 344.

نص خليل

إِلَّا لِكَجْدَةٍ وَلَا وِلَاءَ لَهُ وَعَلَى الْغَرَرِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدْبِرَةِ وَسَقَطَتْ بِمَوْتِهِ وَالْأَقْلُ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ دِيَّتِهِ إِنْ قُتِلَ أَوْ مِنْ غُرَّتِهِ أَوْ مَا نَقَصَهَا إِنْ أُلْقَتْهُ [مَيِّتًا¹¹⁷⁴ نس].

متن الخطاب

ص: إلا لكجده ولا ولاء له ش: قال سحنون: إذا غرت أمة الابن والده فتزوجها على أنها حرة فإن الأب يغرم قيمتها بمنزلة ما لو وطئها بملك اليمين وتكون أم ولد للأب وليس للابن أخذها ولا شيء على الأب من [قيمة الولد¹¹⁷⁵] والتزويج فيها ليس بتزويج. نقله ابن عبد السلام، ونقله ابن عرفة عن الشيخ في المجموعة قال عنه: ولا قيمة عليه للولد ولا مهر مثل ولا مسمى، ونكاحه لغو، وذلك كوطئه إياها يظن أنها له أو عمدا. انتهى. ثم قال ابن عبد السلام عن سحنون: وأما الابن إذا غرت أمة والده فهو مثل الأجنبي يكون لها صداق مثلها ويأخذها الأب ولا قيمة عليه في الولد، قال ابن عبد السلام: وهذا كله صحيح. انتهى. وقول المصنف: "ولا ولاء [له]"¹¹⁷⁶ [لأنه حر بالأصالة لا بإعتاقه. ابن يونس: قال ابن المواز: [و¹¹⁷⁷] يكون ولاؤهم لأبيهم. انتهى من التوضيح. ثم قال: أما لو زوج الأب أمتة لابنه لكان ولاء الأولاد الكائنين من الأمة لجدهم لأنهم عليه عتقوا.

ص: [وسقطت¹¹⁷⁸] بموته ش: أي وسقطت القيمة بموت الولد في الأمة القن وأم الولد والمدبرة يريد قبل الحكم، أما في القن وأم الولد فنص عليه في التوضيح وابن عبد السلام، وأما في المدبرة فالظاهر أن الحكم كذلك، وكذلك في المكاتب والمعتقة إلى أجل؛ لأن القيمة إنما تجب على المشهور يوم الحكم وأما لو مات السيد ففي القن ورثته بمنزلته وفي أم الولد أو المعتقة إلى أجل تسقط القيمة نص على الأول فقط للحمي، وأما في المدبرة فقال للحمي: إن حمل الثلث قيمته وقيمتها فلا شيء على الأب، وإن كان عليه دين يرقها كانت القيمة قيمة عبد لا عتق فيه وإن لم يخلف مالا سواهما ولا دين عليه كانت على الأب قيمة ثلثيه وتسقط قيمة الثلث. انتهى. وأما في المكاتب فينتقل الحكم الآتي إلى ورثته، ولم يذكر المؤلف الحكم في ولد المعتقة إلى أجل، والحكم فيه على المشهور الذي هو مذهب المدونة أن تكون قيمته على رجاء العتق إن حيي إلى انقضاء الأجل وخوف الرق إن مات قبل انقضائه. قاله للحمي وغيره. وانظر حكم المعتق بعضها. والله أعلم.

ص: والأقل من قيمته أو ديته إن قتل ش: هذا الحكم عام في ولد الأمة القن وولد أم الولد وولد المدبرة، نص على ذلك المصنف في التوضيح وابن عبد السلام وغيرهما، ولا يبعد أن يجري [مثل¹¹⁷⁹] ذلك في ولد المعتقة إلى أجل والمكاتب. والله أعلم. والقيمة هنا على أنه عبد في الجميع. قاله في التوضيح. وحكى في ولد أم الولد قولاً بأنه يقوم على ما فيه من الرجاء والخوف، ونقل عن عبد الحميد أنه يجري مثل ذلك في ولد أم الولد، ونصه: وإذا فرعنا على مذهب المدونة فقتل هذا الولد؛

الحديث

¹¹⁷⁴ نس - ميّتا نسخة.

¹¹⁷⁵ - في المطبوع القيمة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 495 وم 199 ويم 167 والشيخ 271 مايابى 344.

¹¹⁷⁶ * - ساقطة من المطبوع وسيد 82 ومايابى 344 والشيخ 271 وما بين المعقوفين من يم 167 وم 199.

¹¹⁷⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 495 وم 199 ويم 167 والشيخ 271 مايابى 345.

¹¹⁷⁸ * - في المطبوع وسقط وما بين المعقوفين من م 199 ويم 167 والشيخ 271 ومايابى 344 وسيد 82.

¹¹⁷⁹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 495 وم 199 ويم 167 والشيخ 271 مايابى 345.

كَجُرْجِه.

نص خليل

يعني ولد أم الولد قبل الحكم فيه فهل تجب قيمته لسيد أمه على أنه رقيق؛ لأن الترقب قد فقد. عياض: وإليه ذهب معظم الشيوخ، أو قيمته على ما فيه من الرجاء والخوف، وإليه ذهب ابن أبي زيد في المختصر، واستشكله أبو عمران، وصوبه غيره؟ ثم قال في الكلام على ولد المدبرة: عبد الحميد: فإن قتل ولد المدبرة جرى فيه من/ الخلاف ما في ولد أم الولد. اهـ. فرع: قال في التوضيح: والقيمة إنما تجب فيهم إذا قتلوا يوم القتل. اهـ. فرع منه أيضا: لو استهلك الأب الدية ثم أعدم لم يكن للسيد رجوع على القاتل بشيء لأنه إنما دفعها بحكم. اهـ.

متن الخطاب

496

فرع: قال في التوضيح وغيره: ولو هرب القاتل أو اقتص منه في العمد لم يكن على الأب شيء. وذكر فيه أيضا أنه اختلف إذا عفا الأب هل يتبع المستحق الجاني، أو لا شيء له؟ على قولين، وكذلك لو مات الولد وله مال كثير لاختص به الأب، والحكم إذا عفا الأب [كذلك¹¹⁸⁰] لا شيء للمستحق عليه. قاله أبو الحسن في باب الاستحقاق.

فرع: قال ابن عرفة: الشيخ عن الموازية: لو قتل خطأ [اختص¹¹⁸¹] الأب عن سائر ورثته من أول النجوم بقدر قيمته، وورث مع سائر الورثة ما بقي. اهـ.

ص: كجرحه ش: قال القاضي عياض في كتاب الاستحقاق من التنبيهات: ومسألة الجارية تستحق وقد أولدها مشتربها، فقطع رجل يد الولد خطأ، وقيمه أكثر من ألف دينار، فأخذ الأب دية ولده قال يغرم الوالد قيمة الولد أقطع اليد يوم الحكم فيه، ويقال ما قيمته صحيحا وقيمه أقطع يوم جنى عليه فينظر كم بينهما، فإن كان بين ذلك قدر ما أخذ الأب من دية الولد غرمها، وإن كان أقل غرم ذلك [و¹¹⁸²] كان الفضل للأب، وإن كان أكثر لم يكن على الأب إلا ما أخذ، واختصار هذه المسألة أن على الأب قيمته مقطوع اليد يوم الحكم والأقل مما أخذ من دية ولده أو مما نقصه القطع من قيمته يوم الجناية وبيانه أنه يقوم ثلاث تقويمات، [قيمه¹¹⁸³] اليوم أقطع اليد، وقيمه يوم الجنائية سليما، وقيمه حينئذ أقطع، فيضاف ما بين القيمتين إلى [قيمه اليوم أقطع¹¹⁸⁴] فيأخذها السيد إلا أن يكون ما بين القيمتين أكثر من دية اليد التي أخذ الأب فلا يزاد عليها، ولو كان القطع يوم الاستحقاق أو لم تختلف القيمة من يوم القطع إلى يوم الاستحقاق والحكم لقليل له ادفع الأقل من قيمته سليما الآن قبل قطعه ومن قيمته مقطوعا مع ما أخذت في ديته، ولا يحتاج هنا إلى قيمتين

الحديث

1180- في المطبوع وكذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص496 وم199 ويم167 والشيخ272 مايبأ345.

1181- في المطبوع اقتص وما بين المعقوفين من ن عدود ص496 وم199 ويم168 والشيخ272 مايبأ345.

1182- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص496 وم199 ويم168 والشيخ272 مايبأ345.

1183- في المطبوع قيمة وما بين المعقوفين من ن عدود ص496 وم199 والشيخ272 مايبأ345.

1184- في المطبوع قيمة اليوم القطع ويم168 وم199 ويم وما بين المعقوفين من ن عدود ص496 والشيخ272 مايبأ345.

نص خليل

وَلَعَدَمِهِ تُوْخَذُ مِنَ الْإِبْنِ وَلَا يُؤْخَذُ مِنْ وَلَدٍ مِنَ الْأَوْلَادِ إِلَّا قِسْطُهُ وَوُقِفَتْ قِيَمَةُ وَلَدِ الْمَكَاتِبَةِ فَإِنْ أَدَّتْ رَجَعَتْ لِلْأَبِ وَقَبِلَ قَوْلُ الزَّوْجِ إِنَّهُ غُرٌّ وَلَوْ طَلَّقَهَا أَوْ مَاتَا ثُمَّ أُطْلِعَ عَلَى مُوجِبِ خِيَارٍ فَكَالْعَدَمِ وَلِلْوَلِيِّ كَتَمُ الْعَمَى وَنَحْوُهُ. وَعَلَيْهِ كَتَمُ الْخَنَاءِ.

متن الخطاب

سليما ومقطوعا، فإن كان قيمته سليما أقل لم يلزمه سواها، وكان ما فضل من الدية للأب، وإن كانت القيمة أكثر من ذلك كله لم يلزمه إلا قيمته مقطوعا أو ديته. اهـ كلامه بلفظه. ونقله أبو الحسن. وقوله: ["يقوم"¹¹⁸⁵] ثلاث تقويمات؛ [قيمه"¹¹⁸⁶] اليوم أقطع اليد، وقيمه يوم الجنابة سليما وقيمه حينئذ أقطع؛ يعني به أنه يقوم يوم الحكم أقطع اليد، ويقوم أيضا يوم جنى عليه على أنه سالم من قطع اليد وعلى أنه مقطوع اليد. والله أعلم.

تنبيهه: قال في المدونة: وإن كان ما بين القيمتين أقل من دية اليد كان ما فضل من الدية للأب. ابن يونس وعبد الحق: يريد يلي النظر فيه لولده الصغير. اهـ من كتاب الاستحقاق. ونحوه للقاضي عياض في التنبيهات إثر كلامه السابق. والله أعلم.

ص: ولعدهم تؤخذ من الابن ش: يريد ولا يرجع الابن بها على الأب إن أيسر. قاله ابن عبد السلام. فإن كانا عديمين فقال ابن عرفة: وفيها إن كانا عديمين غرمها أو لهما يسارا، ولا رجوع لمن غرمها على الآخر، وموته عديما كحياته كذلك. اهـ. وإن كانا مليونين فقال في التوضيح لا إشكال أن القيمة تؤخذ من الأب، ولا يرجع بها الأب على الولد. اهـ. وإن كان الولد عديما والأب موسرا [فالقيمة"¹¹⁸⁷] على الأب، ولا يرجع على الولد بشيء؛ لأنه إذا كانا مليونين كان الحكم كذلك فأحرى مع عدم الابن. والله أعلم.

فرع: قال ابن عبد السلام عن المدونة: ولا تؤخذ من الابن قيمة الأم في ملاء الأب أو عدمه. اهـ.

فرع: قال ابن عرفة: فلو فلس الأب لحاص المستحق بقيمة الولد غرماء أبيه. اهـ. والله أعلم.

ص: وقبل قول الزوج أنه غر ش: يعني أن ما تقدم إذا قامت بينة للزوج على الغرور أو صدقه السيد، فأما إن تنازعا هو والسيد فيقبل قوله، وانظر هل يمين أم لا؟ لم أر فيه نصا.

ص: ولو طلقها أو مات ثم أطلع على موجب خيار فكالعدم ش: قال ابن عرفة: الشيخ: / روى محمد من ظهر على عيب بامراته يوجب ردها بعد طلاقها لا يرجع بشيء من مهرها ولو كان قبل البناء ويغرمه إن لم يكن دفعه، وإن مات أحدهما قبل الفراق وعلم العيب توارثا وثبت المهر. اهـ.

ص: وللولي كتم العمى ونحوه ش: قال أبو الحسن: قال عبد الحق في الأمهات: أيخبر الولي بعيوب المرأة الزوج؟ قال: أما ما لا ترد به فلا يفعل، ولا يجوز ولا ينبغي، وقد قاله مالك. قال الشيخ أبو الحسن في البيوع إنه لا يجوز للبائع أن يكتم من أمر سلعته شيئا لو ذكره لكرهه المبتاع،

497

الحديث

1185 - في المطبوع يقومه وما بين المعقوفين من م 200 وسيد 82 والشيخ 272 ويم 168 وما يابى 346.

1186 - في المطبوع وم 200 ويم 168 قيمة وما بين المعقوفين من الشيخ 272 وما يابى 346 وسيد 82.

1187 - في المطبوع القيمة وما بين المعقوفين من م 200 وسيد 82 وما يابى 346 والشيخ 272 ويم 168.

نص خليل والأصح منع الأجذم من وطء إماءه وللعربية رد المولى المنتسب لا العربي إلا القرشية تتزوجهُ على أنه قرشي. فصل ولمن كمل عتقها.

متن الخطاب ولو كان أمرا لو ذكره لنقص من الثمن فهو عيب يوجب الرد، وقال في النكاح: لا يذكر إلا ما للزوج أن يرد به ونحن نعلم أن الزوج لو ذكر له ما لا يجب الرد به من عمى أو عور أو سواد أو شلل وما أشبه ذلك لكرهه ولم يعقد، فجعلوا أنه لما لم يكن له رده بهذه الأشياء لم يجب بيانها له، مع علمنا أنه لو ذكرت له لكرهها ولحط من الصداق ولو رضي به صح من الاستلحاق، وقال ابن رشد في النكاح الأول من البيان: والفرق بين النكاح والبيع أن البيع طريقه المكايسة، والنكاح طريقه المكارمة، وليس الصداق فيه ثمنا للمرأة ولا عوضا من شيء يملكه الولي، وإنما هي نحلة من الله عز وجل فرضه للزوجات على أزواجهن. اهـ كلام أبي الحسن. والله أعلم.

ص: والأصح منع الأجذم من وطء إماءه ش: قال في النوادر [في¹¹⁸⁸] كتاب النكاح: روى ابن القاسم عن مالك في الأجذم الشديد الجذام قال: يحال بينه وبين وطء إماءه إن كان في ذلك إضرار يريد إن طلب ذلك، كما يفرق بينه وبين الحرة للضرر. اهـ. ولو قال المصنف والأظهر [لصح؛¹¹⁸⁹] لأن ابن رشد استظهر القول بأنه يمنع من وطء إماءه في آخر سماع عيسى من كتاب السلطان فاعلمه. والله أعلم.

ص: وللعربية رد المولى المنتسب لا العربي إلا القرشية تتزوجه على أنه قرشي ش: نقل ابن عرفة تحصيل ابن رشد في هذه المسألة، وهو أن المرأة إذا وجدت الرجل أفضل مما اشترطت فلا خيار لها، وإن وجدته أدنى مما اشترطت وأدنى منها فلها الخيار، وإن وجدته أدنى مما اشترطت وهو أرفع منها أو مثلها ففي خيارها قولان، قال: والقول بالخيار أظهر، وإذا وجب خيارها واختارت قبل البناء فلا شيء لها من المسمى، وإن لم تعلم ذلك حتى بنى بها واختارت فهي طلقة بائنة ولها المسمى، وحكم الرجل كما تقدم يكون له الرد حيث يكون لها الخيار. اهـ. ملخصا من ابن عرفة، وهذه المسألة في سماع أبي زيد من كتاب النكاح.

ص: فصل ولمن كمل عتقها ش: يريد إما في دفعة أو أكثر، فقد نص في العتبية والموازية فيما إذا تزوجت وهي معتق بعضها وكمل عتقها بعد ذلك على أن لها الخيار. قاله في التوضيح. واحترز بقوله "كمل" [عما¹¹⁹⁰] لو أعتق بعضها أو كوتبت أو دبرت أو [أعتقت¹¹⁹¹] لأجل أو كان زوجها معزولا عنها واستولدها السيد. قاله في التوضيح. قال: ولا يستبعد الاستيلاد لأنه نص في المدونة في

الحديث

¹¹⁸⁸ - في المطبوع وفي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 497 وم 200 ويم 168 والشيخ 273 ما يابى 346.

¹¹⁸⁹ - في المطبوع أصح ويم 168 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 497 وم 200 والشيخ 273 ما يابى 346.

¹¹⁹⁰ - في المطبوع ما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 497 (ويم 168 ممن) وفي م 200 وما يابى 347 والشيخ 273

وسيد 83 مما.

¹¹⁹¹ - في المطبوع عتقت وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في يم 168.

نص خليل

فِرَاقُ الْعَبْدِ فَقَطْ بَطْلَقَةً بَائِنَةً أَوْ اثْنَتَيْنِ وَسَقَطَ صَدَاقُهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ وَالْفِرَاقُ إِنْ قَبِضَهُ السَّيِّدُ وَكَانَ عَدِيمًا وَبَعْدَهُ لَهَا كَمَا لَوْ رَضِيَتْ وَهِيَ مُفَوَّضَةٌ بِمَا فَرَضَهُ بَعْدَ عِتْقِهَا لَهَا إِلَّا أَنْ يَأْخُذَهُ السَّيِّدُ أَوْ يَشْتَرِطَهُ وَصُدِّقَتْ إِنْ لَمْ تُمْكِنْهُ أَنَّهَا مَا رَضِيَتْ.

متن الخطاب

غير موضع على أن السيد إذا وطئ أمته المتزوجة وكان الزوج معزولا عنها تكون له أم ولد. انتهى. وسواء كانت أجبرت على تزويج العبد، أو طلبت أن تتزوج منه. قاله في التوضيح. تنبيهه: قال ابن الحاجب: وإذا عتق جميعها تحت العبد حيل بينهما وخيرت، بخلاف الحر. اهـ. وقال ابن عرفة: في الأيمان بالطلاق منها إن عتقت تحتها حيل بينهما حتى تختار، وعدم ذكر [أكثرهم¹¹⁹²] حيل بينهما محل بفائدة معتبرة. انتهى. والعلة في التخيير ما قاله ابن عرفة، وعلة تخييرها نقص زوجها لعدم حرية. اللخمي: وقيل لأنها كانت مجبرة على النكاح، وانظر بقيته فيه. والله أعلم.

498

ص: فراق العبد بطلقة بائنة/ أو اثنتين ش: اعلم أنها إنما تؤمر بواحدة، فإن أوقعت اثنتين فقال المصنف هنا مضى، وصوب، اللخمي عدم مضيه، فإن لم تصرح بواحدة أو اثنتين بل طلقت، أو قالت اخترت فهي بائنة. قاله في النونسيح. وقد تقدم هل هي التي توقع الطلاق أو الحاكم. والله أعلم. وقوله: "فراق العبد" وكذا من فيه شائبة حرية حكمه حكم العبد نص عليه اللخمي، وظاهر كلام البساطي خلاف ذلك، فانظره.

ص: والفراق إن قبضه السيد أو كان عديما ش: أي وسقط الفراق، والمعنى أن العتق ماض وخيارها ساقط، هكذا نقله في مختصر المنيطية، وقاله في معين الحكام، ونصه: فبقاؤها حرة تحت عبد خير من رجوعها أمة. والله أعلم.

ص: كما لو رضيت وهي مفوضة بما فرضه بعد عتقها ش: يريد وقد أعتقت قبل البناء وبعد الفرض كما فرض المسألة ابن الحاجب وغيره، وأما لو دخل الزوج بها قبل أن يفرض لها وقبل العتق ثم أعتقها السيد، أو أعتقها بعد الدخول والفرض فلا شك أن صداق مثلها واجب لها، وحكمه كما لها فيكون لها، إلا أن يشترطه السيد، وهذا ظاهر، ولم يحضرني الآن من صرح به. والله أعلم. ص: إلا أن [يأخذه¹¹⁹³] السيد ش: قال في التوضيح: وينبغي أن يقيد بما إذا [كان على¹¹⁹⁴] سبيل الانتزاع، وهو الذي يدل عليه لفظ المدونة. انتهى. وهذا التقيد يأتي على كلام ابن الحاجب حيث قال: "قبضه"، وأما قول المصنف: "يأخذه" فإنه يدل على ذلك، ولا يحتاج إلى [التقيد¹¹⁹⁵]. والله أعلم.

ص: وصدقت إن لم تمكنه ش: مذهب المدونة أنها تصدق بلا يمين. قاله في التوضيح. ثم قال تبعا

الحديث

1192- في المطبوع أقصرهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 497 وم 200 ويم 169 والشيخ 274 مايابى 347.
1193- في المطبوع يأخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 498 وم 200 ويم 169 والشيخ 274 مايابى 347.
1194- في المطبوع قبضا ويم 169 والشيخ 274 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 498 وم 200 مايابى 347.
1195- في المطبوع التعبير وما بين المعقوفين من ن عدود ص 498 وم 200 ويم 169 والشيخ 274 مايابى 347.

نص خليل
وَأِنْ بَعْدَ سَنَةٍ إِلَّا أَنْ تُسْقِطَهُ أَوْ تُمَكِّنَهُ وَلَوْ جَهِلَتْ الْحُكْمَ لَا الْعِتْقَ وَلَهَا الْأَكْثَرُ مِنَ الْمُسَمَّى وَصَدَاقِ الْمِثْلِ
أَوْ يُبَيِّنُهَا لَا بَرَجَعِيٍّ أَوْ عَتَقَ قَبْلَ الْإِخْتِيَارِ إِلَّا لِتَأْخِيرِ لِحَيْضٍ.

متن الخطاب
لابن عبد السلام: وفي العتبية تحلف. قال ابن عرفة: إنه لم يجده في العتبية. والله أعلم.
ص: وإن بعد سنة ش: سواء [أوقفها]¹¹⁹⁶ الحاكم أو الزوج، وهو خطأ من الحاكم إن فعله أو لم يوقفها أحد. قاله ابن عبد السلام.

ص: أو تمكّنه ش: أي يستمتع بها أو تستمتع هي به، قال في التوضيح: وهو أقوى في الدلالة. قال ابن عرفة: قال اللخمي: القبلة والمباشرة كالإصابة وكذا إذا مكنته ولم يفعل. اهـ.
ص: لا العتق ش: ابن عبد السلام: وينبغي أن يعاقب الزوج إذا علم بالعتق، والحكم كما قالوا إذا وطئ المملكة والمخيرة وذات الشرط. اهـ.

فرع: قال ابن عرفة: الشيخ عن محمد: لو ادعى وطأها بعد علمها بالعتق وأكذبتة فإن ثبتت خلوة صدق مع يمينه، وإلا صدقت دون يمين، اللخمي: إن اتفقا على المسيس وادعت الإكراه، وزوجها الطوع/ صدق مع يمينه. اهـ.

ص: ولها أكثر المسمى [وصداق]¹¹⁹⁷ المثل ش: يعني إذا عتقت قبل البناء ولم تعلم بذلك ودخل بها الزوج فلها الأكثر، وظاهر كلامهم سواء علم الزوج أم لا. انظر التوضيح. وقال ابن عرفة: اللخمي إن علمت بعد أن دخل بها أنها عتقت قبل أن يدخل بها فلها الأكثر من المسمى ومهر مثلها على أنها حرة، وإن كان العقد فاسدا فمهر مثلها حرة اتفاقا. اهـ.

ص: لا برجعي ش: يريد فلها أن تطلق فيكمل طلاقه. نقله ابن عرفة في الكلام على الطلاق هل هو بائن أو رجعي؟ والله أعلم.
ص: أو عتق قبل الاختيار ش:

فرع: قال ابن عرفة: الشيخ روى محمد إن بيع زوجها قبل عتقها بأرض غربة فظنت أن ذلك طلاق، ثم عتقت فلم تختبر لنفسها حتى عتق زوجها فلا خيار لها. ثم قال: الشيخ عن محمد: إن عتقت وزوجها قريب الغيبة كتب إليه خوف تقدم عتقه، فلو اختارت قبل ذلك لزمه، ولا حجة لزوجها ولو عتق في عدتها ولو بعدت غيبتها حتى يضرها انتظاره، فهي كمن أسلمت وزوجها كافر بعيد الغيبة. اهـ.

ص: إلا لتأخير لحيض ش: فهم منه أنها تؤمر أن تؤخر اختيارها إذا عتقت وهي حائض حتى تطهر، ونقل ابن عرفة عن المدونة أن ابن القاسم قال أكره ذلك؛ يعني الاختيار وهي حائض.
فرع: فإن اختارت في الحيض فلا تجبر على الرجعة. قاله في التوضيح.

¹¹⁹⁶ - في المطبوع أوقعها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 498 وم 201 ويم 169 والشيخ 274 ما يابى 347.
¹¹⁹⁷ - في المطبوع أو صداق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 499 وم 201 ويم 169 والشيخ 274 ما يابى 348.

نص خليل

وَأَنْ تَزُوجَتْ قَبْلَ عِلْمِهَا [وَدُخُولِهَا] ¹¹⁹⁸ س [فَأَتَتْ بِدُخُولِ الثَّانِي وَلَهَا أَنْ أَوْقَفَهَا تَأْخِيرُ تَنْظُرٍ فِيهِ

فصل [الصدّاق] ¹¹⁹⁹ س [كَالْثَمَنِ كَعَبْدٍ تَخْتَارُهُ هِيَ لَا هُوَ وَضَمَانُهُ] ¹²⁰⁰ س [وَاسْتَحْقَاقُهُ وَتَعْيِيبُهُ أَوْ] ¹²⁰¹ س [بَعْضُهُ

س [كَالْبَيْعِ] ¹²⁰² س [وَأَنْ وَقَعَ بَقْلَةً خَلَّ فَإِذَا هِيَ خَمْرٌ فَمِثْلُهُ وَجَازَ بِشُورَةٍ] ¹²⁰³ س [عَدَدٍ مِنْ كَابِلٍ أَوْ رَقِيقٍ

أَوْ] ¹²⁰⁴ س [صَدَاقٍ مِثْلٍ وَلَهَا الْوَسْطُ حَالًا وَفِي شَرْطٍ ذَكَرَ جِنْسَ الرَّقِيقِ قَوْلَانِ وَالْإِنَاثُ مِنْهُ إِنْ أَطْلَقَ وَلَا عَهْدَةٌ وَإِلَى

الدُّخُولِ إِنْ عِلِمَ أَوْ الْمَيْسَرَةِ إِنْ كَانَ مِلْيًا وَعَلَى هَبَةِ الْعَبْدِ لِفُلَانٍ أَوْ يُعْتَقَ أَبَاهَا عَنْهَا أَوْ عَنْ نَفْسِهِ.

متن الخطاب

ص: وإن تزوجت [قبل] ¹²⁰⁵ علمها ودخولها فاتت بدخول الثاني ش: مفهومه لو علمت لم

يقتها الدخول، والظاهر أنه كذلك، وانظر لو علم الزوج الثاني أن الأول عتق قبلها هل [تفوت] ¹²⁰⁶ [

بالدخول أو لا؟، والظاهر أنها لا تفوت كما في مسألة المرأة يزوجه وليان. والله أعلم.

ص: ولها إن وقفها تأخير تنظر فيه ش: قال ابن عرفة: اللخمي: أستحسن تأخير ثلاثة أيام.

والله أعلم.

ص: فصل الصدّاق كالثمن ش: تصوره من كلام الشارح ظاهر.

فرع: قال ابن سلمون في أوائله: ولا بد من بيان السكة إن كان الصدّاق دنانير أو دراهم، فإن سقط

ذكرها كان لها السكة الجارية في البلد في تاريخ النكاح، فإن اختلفت أخذ من الأغلب، فإن تساوت

أخذ من جميعها بالسوية؛ كمن تزوج برقيق ولم يصف حمرا ولا سودانا. اهـ. وقال في المتبعية:

وقولنا من سكة كذا هو الصواب، قال بعض الموثقين: ولو سقط ذكره من العقد، واقتصر على قوله كذا

وكذا دينارا ولم يسم من أي سكة لكان للزوجة من السكة الجارية [ببلد] ¹²⁰⁷ [عقد الصدّاق في

تاريخه، فإن كان يجري في البلد سكتان كان لها من أغلبهما، فإن تساوتا في الجري أعطيت

النصف من كلا السكتين كمن تزوج برقيق ولم يصف حمرا ولا سودانا. المتبسطي: وهذا على قول

ابن القاسم الذي أجاز ذلك، وأما على قول سحنون الذي يقول لا يجوز حتى يسمى الجنس

فيكون عليه وسط من ذلك الجنس، فإن وقع مجعلا/ فسخ قبل البناء، وثبت بعده بصدّاق المثل، فينبغي

أيضا على مذهب سحنون هذا لا يجوز حتى يسمى سكة الدنانير التي وقع النكاح بها. والله أعلم.

ص: وضمانه وتلفه واستحقاقه وتعيبه أو بعضه كالمبيع ش: ذكر رحمه الله خمس مسائل

500

الحديث

¹¹⁹⁸ س - الصواب نسخة إسقاط ودخولها كما في ابن غازي وعقب.

¹¹⁹⁹ س - يفتح الصاد وكسرهما والأول أفصح ويقال صدقة بضم الدال وفتحها قال تعالى وآتوا النساء صدقاتهن نحلة اهـ بن.

¹²⁰⁰ س - قال في الميسر صوابه في تلفه ويعطف عليه ما بعده ولعل الناسخ ظن لفظه في واوا وخبر المبتدأ قوله كالبيع.

¹²⁰¹ س - قوله أو بعضه ضبطه عقب وخش بالنصب والجر وذكر العدوي والدسوقي معهما الرفع بل ذكر العدوي أنه

الأولى وأن الجر ضعيف وذكر الرهوني أن النصب لا يصح بل يتعين الجر والرفع وتبعه كنون وزاد أن الاحسن الرفع

وأن الجر ضعيف وذكر برب الرفع مقدما والجر مقللا.

¹²⁰² س - كالمبيع نسخة.

¹²⁰³ س - وعدد نسخة.

¹²⁰⁴ س - وصدّاق نسخة.

¹²⁰⁵ - في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 499 وم 201 ويم 169 والشيخ 275 ماياي 348.

¹²⁰⁶ * - في المطبوع يفوت وما بين المعقوفين من ذي ص 499 وسيد 83 وم 201 وماياي 348 والشيخ 275 ويم 169.

¹²⁰⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 499 والشيخ 275 وماياي 348 ويم 169 وم 202.

وَوَجَبَ تَسْلِيمُهُ إِنْ تَعَيَّنَ.

نص خليل

متن الخطاب

501 من مسائل الصداق، وذكر أن حكمه فيها حكم المبيع، فأما/ ضمانه فذكر أنه كالمبيع فإن كان النكاح صحيحا فينتقل الضمان إلى الزوجة بالعقد، وإن كان فاسدا فبالقبض. قال في المدونة: ومن نكح على عبد آبق أو بعير شارد أو جنين في بطن أمه، أو بما في بطن أمته أو بما تلده غنمه أو بثمرة أو زرع لم يبد صلاحهما، أو على دار فلان أو على أن يشتريها لهما ففسخ النكاح في ذلك كله قبل البناء وثبت بعده ولها صداق المثل، وترد ما قبضت من آبق وشارد وغيره، وما هلك بيدها ضمانته، ولا تضمنه قبل قبضه ويكون من الزوج، وما قبضته ثم تغير في يدها في بدن أو سوق فقد فات، وترد قيمة ما يقوم به يوم قبضته وترد مثل [ماله إن زالت¹²⁰⁸] عينه أو تغيرت. اهـ.

وقال بعد هذا: وكل ما أصدق الرجل امرأته من حيوان أو غيره مما هو بعينه فقبضته أو لم تقبضه فحال سوقه أو نقص في بدنه أو نما أو توالد، ثم طلقها قبل البناء فللزوج نصف ما أدرك من هذه الأشياء يوم طلق على ما هو به من نماء أو نقص، لا ينظر في هذا إلى قضاء قاض؛ لأنه كان في ذلك شريكا لها، ألا ترى أن هذه الأشياء لو هلكت بيدها ثم طلقها قبل البناء لم يرجع عليها بشيء، ولو هلكت بيده كان له أن يدخل بها ولا صداق عليه، ولو نكحها بعرض بعينه فضاع بيده ضمنه، إلا أن يعلم ذلك فيكون منها. انتهى.

وقال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: "ووجب تسليمه إن تعين": لأنه مضمون منها بنفس العقد، فلا معنى لبقائه بيد الزوج. انتهى. وسيأتي كلامه عند قول المصنف: "ووجب تسليمه" فعلم من هذا أن ضمان الصداق من الزوجة بالعقد، إلا أنه إذا كان مما [يغاب عليه ولم تقم بينة¹²⁰⁹] فإن الزوج يضمنه، وهذا معنى قول الشيخ فيما يأتي: "وضمنه إن هلك ببينة أو كان مما لا يغاب¹²¹⁰ عليه منهما، وإلا فمن الذي بيده" واعتراض بعض الشراح على المصنف غير ظاهر، والكلام الذي ذكره إنما هو حكم النكاح الفاسد. فتأمل. وأما استحقاق الصداق فلا يخلو إما أن يتزوجها على شيء بعينه، أو بشيء مضمون فإن تزوجها بشيء بعينه ثم استحق فإنها ترجع بقيمة الشيء المستحق إن كان مقوما، وبمثله إن كان مثليا كما قاله في النكاح الثاني من المدونة، وقاله ابن الحاجب، وإن كان مضمونا فترجع بمثله، وانظر تشبيه المصنف له بالبيع فإنه يقتضي أنها ترجع بصداق المثل؛ لأن الصداق عوض البضع، فإذا استحق وجب أن ترجع بقيمته لفواته بالعقد، وسيذكر المصنف في باب الاستحقاق أنها ترجع بقيمة المستحق.

ص: ووجب تسليمه إن تعين ش: يعني أن المهر إذا لم يكن مضمونا [بل¹²¹¹] كان ذاتا مشارا إليها كدار أو عبد أو ثوب بعينه فإنه يجب تسليمه للمرأة بالعقد. قاله اللخمي. وإن كان الزوجان صغيرين، أو كان أحدهما مريضا. انتهى. وقال ابن عبد السلام: ولا ينتظر بلوغ [زوج¹²¹²] أو إطفاء

الحديث

¹²⁰⁸ - في المطبوع مثل وم 201 والشيخ 276 وما يابى 349 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 501.

¹²⁰⁹ * - في سيد 83 إذا كان مما لا يغاب.

¹²¹⁰ * - علق عليه الشيخ محمد سالم عدود ب في النسخ والمطبوع ص 501 مما يغاب والصواب (مما لا يغاب).

¹²¹¹ - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 501 وم 201 ويم 170 والشيخ 276 ما يابى 349.

¹²¹² * - في المطبوع زوجته وما بين المعقوفين من سيد 83 وما يابى 349 وم 171 وم 201 والشيخ 276.

نص خليل وَإِلَّا فَلَهَا مَنَعُ نَفْسِهَا وَإِنْ مَعِيبَةً مِنَ الدُّخُولِ وَالْوَطْءِ بَعْدَهُ وَالسَّفَرِ إِلَى تَسْلِيمِ مَا حَلَّ لَا بَعْدَ الْوَطْءِ إِلَّا أَنْ يُسْتَحَقَّ وَلَوْ لَمْ يَغْرَهَا عَلَى الْأَظْهَرِ وَمَنْ بَادَرَ أَجْبَرَ لَهُ الْآخِرُ.

متن الخطاب [زوجة،¹²¹³] ولا يجوز تأخيرها، كما لا يجوز بيع معين يتأخر قبضه لأنه مضمون منها بنفس العقد، فلا معنى لبقائه بيد الزوج. انتهى كلامه.

ص: وإلا فلها منع نفسها وإن معيبة من الدخول والوطء بعده والسفر إلى تسليم ما حل

ش: أي وإن لم يكن المهر شيئاً معيناً فلا يجب تسليمه بالعقد، ولكن لها منع نفسها حتى

[تستلم/¹²¹⁴] الحال. هذا ظاهر كلامه، وهو خلاف قول ابن الحاجب: "ويجب تسليم حاله وما

يحل منه بإطاعة الزوجة الوطء وبلوغ الزوج لا بلوغ الوطء على المشهور"، وقبلة ابن عبد السلام. قال

في التوضيح: أي ويجب تسليم حال المهر وما كان مؤجلاً منه فحل عند زمن إطاعة الزوجة الوطء

وعند بلوغ الزوج الحلم على المشهور، ومالك في كتاب ابن شعبان عند بلوغ القدرة على الوطء. اهـ.

وقال ابن عرفة: وتسليم حال المهر يجب للزوجة بإطاعتها الوطء وبلوغ زوجها، وفي كون إطاقته إياه

قبل بلوغه كبلوغه روايتا اللخمي، مصوباً الثانية. انتهى. فعلم أنه يجب على الزوج تسليم المهر

الحال بإطاعتها الوطء وبلوغه، وقول المصنف: "لها منع نفسها" يفيد مسألة أخرى، وهي ما إذا قال

الزوج لا أدفع المهر حتى أدخل، وقالت المرأة لا أمكنه حتى أقبض ما حل فلها منع نفسها. وقاله في

الجواهر. قال في التوضيح: وهو ظاهر كلام ابن الحاجب ومقتضى المدونة؛ لقولها: "وللمرأة منع

نفسها حتى تقبض صداقها" [ولهذا¹²¹⁵] قال ابن الحاجب بعد كلامه المتقدم: "وللمرأة منع نفسها"

الخ.

واعلم أن كلام المصنف وإن كان يستلزم وجوب الحال من الصداق أو ما حل منه، لكن أول كلامه يدل

على عدم وجوبه، ففي كلامه ما يشبه التدافع، ولو قال المصنف ووجب تسليم معينه بالعقد وحال غيره

أو ما حل منه ببلوغ زوج وإطاعتها [أو ووجب¹²¹⁶] تسليمه بالعقد إن تعين، وإلا فتسليم [حاله¹²¹⁷]

أي ما حل منه ببلوغ زوج وإطاعة زوجة، ولها منع نفسها وإن معيبة من الدخول حتى تقبضه ومن

الوطء بعده والسفر لا بعد الوطء إلا أن يستحق ولو لم يغرها على الأظهر، وقوله: "ما حل" تقدم في

التوضيح أنه شامل لما كان حالاً من الأصل ولما كان مؤجلاً فحل، أما الأول فلا كلام فيه، وأما الثاني

ففيه خلاف، والذي شهره ابن الحاجب وغيره، ورواه اللخمي عن مالك وجوب تسليمه قبل

البناء، وقيل إنما يجب تسليمه بعد البناء، وقيل لا يكلف الزوج دفع الكاليء وإن كان

الحديث

¹²¹³ - في المطبوع زوجته وما بين المعقوفين من الشيخ 276 وم 201 وم 171 وما يابى 349 وسيد 83.

¹²¹⁴ - في المطبوع يسلم وما بين المعقوفين من م 201 وم 170 والشيخ 276 ما يابى 349 وسيد 83.

¹²¹⁵ - قوله ولهذا إلى قوله واعلم ليس في نسخة سيد 83 ولعل الصواب إسقاطه.

¹²¹⁶ - في ن ذي ص 502 وم 202 وما يابى 350 (أو وجب) وفي المطبوع ووجب وصوبها الشيخ محمد سالم عود ب

(أو ووجب).

¹²¹⁷ - في المطبوع ماله وما بين المعقوفين من ن عود ص 502 وم 202 وما يابى 350.

موسرا حتى يكمل أسبوعه بعد بنائه بها، وإن كان معسرا اتبعته به، قال بعض الموثقين: كأنه رأى أنهما اتفقا حين العقد على بنائه بدفع المعجل فألزمها ذلك بعد حلول المؤجل. اهـ. وقيل إنما يجب بعد الدخول بقدر اجتهاد الحاكم، وعزاه ابن سهل لسحنون قال: قد ينقد الرجل عشرة ومهره مائة، لو قيل [له تأخذك¹²¹⁸] بها ما رضي بسدسها وإنما يكون حلوله إذا رأى الحاكم ذلك، ولا يكون قبل الدخول على حال، وإن كان في الكتاب مهرها حال لها عليه. اهـ من ابن عرفة بالمعنى. وقال بعده: وما نقله ابن سهل عن سحنون حجة لأحد قولي شيوخ بلدنا في اختلافهم في تمكين المرأة من طلب مهرها بعد البناء دون موت ولا فراق، وقال بعضهم يقضى لها بذلك لكتبهم في الصدقات أنه على الحلول. وقال بعضهم لا يقضى لها لاستمرار العادة بعدم طلبه إلا لموت أو فراق، فألزم كون أنكحتهم فاسدة فالتزمه، وكان شيخنا ابن عبد السلام في أول أمره لا يقضى به فقضى به بعض ولاته بالجزيرة، فشكى له [به فقال: إنما¹²¹⁹] قضيت به لأن الزوجة وهبته فقبل ذلك منه، ثم بعد ذلك كتب لبعض قضاته بالقضاء به مطلقا كدين حل، وكان الشيخ أبو محمد [الآجمي¹²²⁰] مدة قضائه يندب المرأة لعدم طلبه ويقول لها إذا كانت المرأة لا مهر لها على بعلمها زهد فيها ونحو ذلك، فإن لم تقبل مكنها من طلبه، وهذا إذا كان على الزوج، وإن كان على غيره فلا يختلف في تمكينها من طلبه. اهـ. وقوله: "وإن معيبة" سواء طرأ العيب بعد العقد، أو كان قديما ورضي به الزوج وإن كان لا يمكنه الوطء. نقله في التوضيح وغيره، وكذلك المريضة.

قال ابن عرفة: ابن عبد السلام: قول ابن الحاجب: "المريضة كالصحيحة" فيحتمل أن يريد غير التي بلغت حد السياق كما في النفقة، ويحتمل أن يريد العموم، والفرق بين النفقة والمهر أن النفقة في مقابلة الاستمتاع وهو في البالغة حد السياق متعذر، والصدّاق لا [يصح¹²²¹] كون المرض مانعا منه؛ لأن قصاره الموت والموت موجب للصدّاق لا مانع منه. قلت: يمنع إرثه نصفه أو ربعه، وظاهر متقدم لفظها أن المهر كالنفقة، وفيها لابن القاسم المهر في هذه المسائل أوجب من النفقة. اهـ. وتأمل قوله قلت: "يمنع إرثه" [ما¹²²²] الذي يمنع الإرث الموت أو ما هو فإنه لم يظهر لي. والله أعلم. وقد جزم في التوضيح بالاحتمال الثاني فقال: يعني أنه لا يكون الامتناع من دفع الصدّاق لمرضها ولو بلغت حد السياق. اهـ. وهو ظاهر كلام المدونة الذي نقله ابن عرفة عنها لقوله: "أوجب" وهو في آخر النكاح الثاني. والله أعلم.

503

¹²¹⁸ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 502 وم 202 ويم 170 وما يابى 350 وسيد 83.

¹²¹⁹ - هكذا في ن عدود وم 170 وصوبه الشيخ محمد سالم عدود بما في المطبوع (فشكى له به فأنبه فقال) وهو الذي في

سيد 83.

¹²²⁰ * - في المطبوع والآجمي بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في م 202 وسيد 83

وما يابى 350 والشيخ 279.

¹²²¹ * - في المطبوع وم 202 ويم 171 وما يابى 350 يصلح وما بين المعقوفين من سيد 83 والشيخ 279.

¹²²² - في المطبوع بل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 503 والشيخ 279 ويم 169 وما يابى 350 وسيد 83.

متن الخطاب
 فرع: قال ابن عرفة: قال مالك: الزوج المريض الذي لا يقدر على جماع كصحيح. اهـ. وقوله: والسفر قال البساطي: ولو مكنت من الدخول والوطء بعده فلها منع نفسها من السفر. ثم قال: فإن قلت: ظاهر كلامه وكلامهم أن السفر كالوطء والدخول؛ أعني لها التعلق به قبل الوطء لا بعده كهما وهو يخالف ما قررت به كلامه؟ قلت: نظرت في معنى كلامهم فوجدته يعطي أن لها المنع من السفر وإن دخل ووطئ. اهـ. وما قاله يخالف ما قاله ابن عبد السلام ونقله في التوضيح عنه، ونصه: وأما امتناعها من السفر معه قبل قبض صداقها فإنما يكون لها ذلك قبل الدخول. اهـ. فجعل الدخول مسقطاً حقها من السفر فأحرى الوطء، وقال في أواخر إرخاء الستور من المدونة: وللزوج أن يظعن بزوجه من بلد إلى بلد وإن كرهت وينفق عليها، وإن قالت حتى آخذ صداقي فإن كان بنى بها [فله¹²²³] الخروج وتتبعه به دينا، قال ابن يونس: يريد في عدمه، وأما إن كان موسراً فليس له الخروج بها حتى تأخذ صداقها، وقاله أبو عمران. اهـ.

قال عبد الحق في التهذيب بعد ذكره كلام أبي عمران: وقال بعض شيوخنا من أهل بلدنا إن كان يخرج بها إلى بلد تجري فيه الأحكام ويوصل فيه إلى الحقوق فيخرج بها قبل أن يدفع إليها صداقها، وإن كان يخرج بها إلى بلد لا تجري فيه الأحكام على ما ذكرنا فلها أن لا تخرج معه حتى يدفع إليها صداقها. انتهى.

تنبيهه: قال المشذلي في حاشيته: قوله في إرخاء الستور من المدونة: "للزوج أن يظعن بزوجه من بلد إلى آخر" معناه الحر لا العبد ولو كانت زوجته أمة. ابن رشد: للحر ذلك إلا أن يكون غير محسن ولا مأمون عليها، وهو معنى ما في المدونة، وصرح به أشهب عن مالك، ابن رشد في سماع أشهب من النكاح هو محمول على ما يوجب له الخروج بها حتى يعلم خلافه، وهو مقتضى ما في ستورها أنه محمول على حسن العشرة. اهـ. وفي رسم الجواب من سماع عيسى من طلاق السنة: وسألته عن العبد يريد أن يظعن بزوجه الحرة قال ابن القاسم: ليس للعبد أن يظعن بزوجه حرة كانت أو أمة إلا أن يكون الشيء القريب الذي لا يخاف عليها فيه ضرورة، فأما الأسفار والبلدان [والبعد¹²²⁴] فليس له ذلك، أرأيت لو ظعن بها في أرض غربة ثم باعه سيده ممن يظعن به كيف كانت تكون وإن لم تقدر على النهوض والرجوع ولا يحملها سيده معه ويمنعه من ذلك وتبقى تستطعم، ولا أعلمه [إلا¹²²⁵] قول مالك. ابن رشد: قد بين وجه قوله بما لا مزيد عليه، وللحر ذلك إلا أن يكون غير محسن إليها ولا مأمون عليها على ما مضى في رسم الطلاق من سماع أشهب من [كتاب¹²²⁶] النكاح وهو معنى ما في المدونة، وقوله: "إلى تسليم ما حل" قال المصنف في التوضيح وغيره: يكره الدخول قبل تقديم ربع دينار. اهـ. وكلام البساطي يفهم خلاف ذلك، فإنه قال: ليس لها أن تمكنه من الدخول قبل أن تقبض ربع دينار. اهـ. وقال في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب النكاح: وللمرأة أن تمنع نفسها من

¹²²³ - في المطبوع فلها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 503 وم 202 ويم 171 والشيخ 279 مايابى 351.

¹²²⁴ - في المطبوع والعبد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 503 ويم 171 والشيخ 280 مايابى 351 (وم 202 للبلدان).

¹²²⁵ - في المطبوع إلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 503 وم 202 ويم 171 والشيخ 280 مايابى 351.

¹²²⁶ - ساقطة من المطبوع وم 202 والشيخ 280 مايابى 351 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 503 ويم 171.

نص خليل
 إِنَّ بَلَغَ الزَّوْجُ وَأَمَكَنَ وَطُؤَهَا وَتَمَهَّلُ سَنَةً إِنْ اشْتَرَطَتْ [لِتَغْرِبَةٍ¹²²⁷ س] أَوْ صِغَرٍ وَإِلَّا بَطَلَ لَا أَكْثَرَ
 وَلِلْمَرَضِ وَالصَّغَرِ الْمَانِعَيْنِ لِلْجَمَاعِ.

متن الخطاب
 504
 الزوج حتى يقدم لها ربع دينار ولو لم يكن حالاً، ولو رضى له بالدخول بلا شيء فلها أن تمنعه؛ لأن الكراهة في ذلك حق لله فلا تسقط عنه بإذنها، وهذا ما لم يدخل بها، وإن دخل بها فلا يكره له وطؤها ثانية قبل أن يعطيها ربع دينار، ولا لها أن تمنعه خلافاً لمحمد. اهـ بالمعنى.
 تنبيهان: الأول: قال في التوضيح: كره ابن القاسم الدخول بالهدية لأنها ليست من الصداق لأنه لو طلقها لم يكن له فيها شيء. قيل له: فهل تدخل برهنها بالصداق رهناً؟ قال: نعم. قيل: فهل يجوز أن يتحمل عنه بالصداق، ويبني؟ قال: أخبرني من أثق به أن بعض أهل العلم أجازه، وأحب إلي أن يقدم لها ربع دينار. اهـ.
 الثاني: تقدم في شرح قول المصنف في الزكاة: "كحسب على عديم" عن أبي الحسن عن بعض الشيوخ أن من له على مليئة ربع دينار أن له أن يحتسب به في مهرها ويتزوجها، وقال الشيخ أبو الحسن إنه غير بين؛ لأن الدين إنما تعتبر قيمته؛ إذ هو كالعرض وقيمته دون ذلك، فلا يحتسب به عليها في مهرها؛ لأنه يؤدي إلى أن يتزوجها بأقل من النصاب. والله أعلم.
 ص: إن بلغ الزوج ش: هذا راجع إلى قوله: ["تسليم"¹²²⁸] ما حل" كما تقدم تقريره. والله أعلم.
 ص: وتمهل سنة إن اشترطت لتغربة أو صغر ش: يريد بالصغر الصغير الذي يمكن معه الوطء، ونقله ابن عرفة عن ابن رشد، ونصه: وما ذكر أصبغ عن مالك من لزوم الشرط إذا كان لصغر أو ظعون معناه في السنة ونحوها. كذا في المدونة، ويريد بالصغر الذي يمكن معه الوطء. اهـ.
 ص: وإلا بطل لا أكثر ش: قال البساطي: لو أخر المؤلف قوله: ["وإلا"¹²²⁹] بطل" عن قوله: "لا أكثر" لكان أحسن. اهـ. ولو فعل المؤلف كما قال لفسد معنى المسألة. والله أعلم.
 ص: وللمرض والصغر المانع للجماع ش: أما الصغر المانع للجماع فلا إشكال أن من طلب التأخير لأجله من الزوج أو من أهل الزوجة أجيب إلى ذلك، وقد نص في آخر النكاح الثاني من المدونة على الوجهين جميعاً؛ أعني طلب التأخير من الزوج وأهل الزوجة، بل قال ابن عرفة إثر كلامه المتقدم في القولة التي قبل هذه: ولو كانت في سن من لا توطأ [كان¹²³⁰] من حق أهلها منعه البناء بها حتى تطيق الوطء. قاله في المدونة. اهـ. وأما إمهال الزوجة للمرض إذا طلبته فذكر المصنف أنها تمهل، ونحوه لابن الحاجب، ولم ينص عليه في المدونة ولا ابن عرفة، وإنما نص فيها على أن المريضة مرضاً يمنع الجماع إذا دعت الزوج إلى البناء والنفقة لزمه ذلك، قال: ومن دعت زوجته إلى

¹²²⁷ س - قال في الميسر لتغربة به مصدر تغرب بغين معجمة وهو مضاف لضمير الزوج انظر تمامه.
¹²²⁸ - في المطبوع لتسليم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 504 وم 202 ويم 171 مايابى 352 (والشيخ 280 تسلم).
¹²²⁹ - في المطبوع وإذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 504 وم 203 ويم 171 والشيخ 280 مايابى 352.
¹²³⁰ - في المطبوع كما أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 504 وم 203 ويم 171 والشيخ 281 مايابى 352.

وَقَدَّرَ مَا يُهَيِّئُ مِثْلَهَا أَمْرَهَا إِلَّا أَنْ يَحْلِفَ لَيَدْخُلَنَّ اللَّيْلَةَ لَا لِحَيْضٍ وَإِنْ لَمْ يَجِدْهُ أَجَلَ لِإِثْبَاتِ عُسْرَتِهِ.

متن الخطاب

البناء والنفقة وأحدهما مريض مرضا لا يقدر معه على الجماع لزمه أن ينفق أو يدخل، [وإن¹²³¹ كانا صحيحين في العقد لم ينظر إلى ما حدث بهما من مرض، إلا أن يكون مرضا بلغ حد السياق فلا يلزمه ذلك، والصداق أوجب من النفقة في هذه المسائل، لأن لها منع نفسها حتى تقبضه، ولو تجذمت بعد النكاح حتى لا تجماع معه فدعته إلى البناء، [قيل له ادفع¹²³²] الصداق وأنفق [وادخل¹²³³] أو طلق. انتهى. [والم اطلع الآن على من نص عليه. فتأمله. والله أعلم. ص: وقدر ما يهييء مثلها أمرها ش: تصوره ظاهر.

فروع: الأول: قال في النوادر: وإذا طلبت المرأة النفقة ولم يبين بها فإن فرغوا من جهازها حتى لم يبق ما يحبسها قيل له ادخل أو أنفق، ولو قال الزوج انظروني حتى أفرغ وأجهز بعض ما أريد فذلك له، ويؤخر الأيام بقدر ما يرى، وهو قول مالك، ولا شيء عليه فيما تقدم، إلا أن يكون وليها قد خاصم في ذلك ففرض لها السلطان، ولا يطلب بالنفقة من لم يبلغ الحلم ولا بالصداق. انتهى. وقوله: "إلا أن يكون وليها قد خاصم الخ" هو قول أشهب، وهو خلاف قول مالك كما سيأتي في فصل النفقات.

الثاني: إذا غاب وليها وأراد الزوج البناء فإن كان قريبا أعذر إليه في ذلك، فإن جاب بالإياب عن قرب لمثل ما يجهز فله مثل ذلك، وإن لم يرجع أو كان بعيدا قضى للزوج بالبناء ولم ينتظر. نقله في التوضيح.

الثالث: قال في التوضيح [أيضا: ¹²³⁵] إذا شرط عليها البناء ببلد غير بلد النكاح فعلى الولي حملها إلى بلد البناء ومؤنة الحمل عليه والنفقة إلى وقت البناء إن كانت بكرا، وإن كانت ثيبا كان ذلك عليها إلا أن [يشترطوه¹²³⁶] على الزوج فيكون/ عليه، ولو كان على الطوع لكان أحسن. انتهى [باختصار. ¹²³⁷

505

ص: إلا أن يحلف ليدخلن الليلة ش: قال ابن عرفة: المشاور إن مطل الأب الزوج بالبناء فحلف ليبينن الليلة بعثت أو طلاق قضى له، وسمعت بعض [قضاة¹²³⁸] شيوخنا يحكيه لا بقيد المطل. [اهـ. ¹²³⁹ ص: وإن لم يجده أجل لإثبات عسرتة ش: يعني فإن كان الزوج الذي منعه زوجته نفسها حتى يسلم لها الصداق مقرا بالصداق وبقاء النقد عليه وادعى الإعسار وسأل التأجيل وأكذبه أبو الزوجة،

الحديث

- 1231- في المطبوع وإذا مايايى 352 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 504 وم 172 (وم 203 إذا) (والشيخ 281 وإذ).
1232- في المطبوع قبل دفع والشيخ 281 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 504 وم 203 وم 172 مايايى 352.
1233- في المطبوع ودخل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 504 وم 203 والشيخ 281 وم 172 ومايايى 352.
1234- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 504.
1235- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 504 وم 203 وم 172 والشيخ 281 مايايى 352.
1236- * في المطبوع يشترطوا وما بين المعقوفين من الشيخ 281 وم 203 وسيد 84 ومايايى 352.
1237- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 505 وم 203 وم 172 والشيخ 281 مايايى 352.
1238- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 505 وم 203 وم 172 والشيخ 281 مايايى 352.
1239- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 505 وم 203 وم 172 والشيخ 281 مايايى 352.

ثَلَاثَةَ أَسابِيعَ ثُمَّ تَلَوَّمَ بِالنَّظَرِ وَعَمِلَ بَسَنَةً وَشَهْرًا وَفِي التَّلَوِّمِ لِمَنْ لَا يُرْجَى وَصَحَّحَ وَعَدَمَهُ تَأْوِيلَانِ.

نص خليل

وزعم أنه من أهل الجدة أجل لإثبات عسره. كذا قرره. وفي المتيضية: فرع: قال في التوضيح: واعلم أنه إن كانت الزوجة ثيبا كان الحق لها دون أبيها، وإن كانت بكرًا فهل للأب ذلك وإن لم تطلبه البنت؟ وعبر ابن فرحون بقوله: ولو رضيت البنت بعدم القيام أو ليس له ذلك إلا بتوكيلها له على ذلك الأول. قال المتيضي وغيره: ظاهر المدونة، وإليه ذهب بعض شيوخنا، وقال إنه مقتضى المذهب، وذهب إلى الثاني ابن عات وابن رشيق وغيرهما. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: ثلاثة أسابيع ش: قال في المتيضية: وكان القضاة بقرطبة يجمعونها مرة ويفرقونها أخرى على حسب ما يبدو لهم، فإذا فرقوها جعلوها ثمانية أيام، ثم ستة، ثم أربعة، ثم يتلومون بثلاثة. انتهى. ثم قال عقيبه: وهذا في غير الأصول، وأما التأجيل في الأصول فالذي مضى عليه عمل الحكام ثلاثون يوما يضرب له عشرة أيام، ثم عشرة، ثم يتلوم له بعشرة، أو يجمع ذلك فيضرب له ثلاثين يوما. ثم قال بعض الشيوخ: وهذا مع حضور بينته في البلد، وأما إن كانت غائبة عنه فأكثر من ذلك بحسب اجتهاد الحاكم. انتهى. وقال ابن عرفة: وإذا وقف الزوج لأداء المهر وطلب طالبه سجنه لأدائه أو حميلا به وادعى العدم فقال المتيضي وابن فتحون: المذهب أنه كدين يؤجل لإثبات عدمه إحدا وعشرين يوما قال: وليس هذا التحديد بلازم، بل هو استحسان لاتفاق قضاة قرطبة وغيرهم عليه، وهو موكل لاجتهاد الحاكم، ثم نقل بقية كلام المتيضي المتقدم. والله أعلم.

فرع: قال في التوضيح: وللمرأة أن تطلبه بحميل بوجهه، فإن عجز عنه فلها أن تسجنه لأن الصداق دين كسائر الديون. انتهى. وتقدم في كلام ابن عرفة عن المتيضي.

فرع: فإذا مضت آجال التلوم ولم يثبت إعساره لم يصرحوا هنا بحكمه، والظاهر أن حكمه حكم المديان؛ إن كان مجهولا حبس [ليستبرأ،¹²⁴⁰] وإن أثبت إعساره [فصفة¹²⁴¹] ما يشهد الشهود أنهم يعرفون فلان ابن فلان الفلاني معرفة تامة صحيحة بعينه واسمه ويعلمونه فقيرا عديما قليل ذات اليد ممن لا يقدر على أداء ما لزوجته عليه من النقد على هذه الحالة عرفوه وبها خبروه ولم ينتقل عنها، ولا تبدل سواها منها في علمهم إلى الآن. قاله المتيضي.

ص: ثم تلوم بالنظر وعمل بسنة وشهر ش: يعني فإذا ثبت عسره أو صدق فيه أو استبرأ بالحبس، قال في المتيضية: أعذر القاضي فيه إلى الأب، فإن كان عنده مانع وإلا حلف القاضي الزوج على تحقيق ما شهد له به من عدمه ثم أجله، قال المصنف: "بالنظر وعمل بسنة وشهر" يعني بثلاثة عشر شهرا. كذا قرره الشارح بهرام، وقال البساطي: يعني أنه عمل بسنة وعمل بشهر، ثم ذكر كلام الشارح على هيئة المعارض عليه، وما قاله ليس بظاهر، بل مراد المؤلف ما ذكره الشارح وصفة التأجيل [أن¹²⁴²] يؤجله ستة أشهر ثم أربعة ثم شهرين ثم شهرا. قال ابن عرفة: المتيضي وابن

الحديث

¹²⁴⁰ - في المطبوع ليستبرأ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

¹²⁴¹ - في المطبوع بصفة وما بين المعقوفين من ن ذ ص 505 وم 203 ويم 172 والشيخ 282 ما يابى 353.

¹²⁴² - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 505 وم 203 ويم 172 والشيخ 282 ما يابى 353.

ثم طُلِقَ عَلَيْهِ وَوَجِبَ نِصْفُهُ لَافِي عَيْبٍ. نص خليل

متن الحطاب فتوح يؤجل أولا ستة أشهر، ثم أربعة أشهر، ثم شهرين، ثم يتلوم له بثلاثين يوما، فإن أتى بشيء وإلا عجزه، وإنما حددنا التأجيل بثلاثة عشر شهرا استحسانا.

فرع: قال المتيطي: ولا يعد اليوم الذي يكتب فيه الأجل ولا يحتسب به، فإذا تم الأجل لم يكتب الأجل الثاني في اليوم الذي تم فيه الأول بل [في¹²⁴³] اليوم الذي بعده، ولا يحتسب بهذا اليوم الذي كتب فيه من الأجل الثاني، وكذلك بقية الآجال. انتهى باختصار.

فرع: / قال ابن عرفة: ويحضر الزوج لضرب أول آجاله، وفي إحضاره لضرب ما سواه دون إسهاد الحاكم بحكمه بضرب الأجل، ثالثا ويشهد به لعمل بعض القضاة قائلا: ليس على إحضاره إلا في الأجل الأول، كما لو جمعتها عليه وغيره محتجا بأن الخصم قد يدعي أنه ما أجل غير الأول، وابن فتوح محتجا بأنه إن لم يشهد على حكمه به بطل بموته أو عزله، ولا يقبل قوله بعد عزله ولا تفيد علامته على أداء شهود تأجيله فيؤدي إلى استئناف نظر من ولي بعده فيطول. انتهى. والقول الثالث قال في المتيطية: هو أخص وأحسن.

فرع: قال ابن فرحون: وهل يشترط في التأجيل إقامة النفقة والكسوة؟ فإن لم يقم بها عجل عليه الطلاق، فيه خلاف. انتهى. وقال ابن عرفة: وسمع عبد الملك أشهب وابن وهب كم يؤجل في المهر إن أجرى النفقة؟ قال: قال مالك: [سنتين¹²⁴⁴] أو ثلاثا، ورأى ابن وهب ثلاثا. ابن رشد: معناه إذا عجز عن المهر، وإن اتهم أنه غيب ماله فلا يوسع له. قاله ابن حبيب؛ إلا أنه قال: يتلوم له في المهر إذا أجرى النفقة السنتين قال: ولو عجز عن المهر والنفقة لم يوسع له في أجل المهر إلا الأشهر إلى السنة، وهذا إن طلبته بالمهر ولم تطلبه بأجل النفقة، والتلوم فيها له. قاله محمد، وهو صحيح، ولو كان له مال ظاهر حكم عليه بدفع المهر وأمر بالبناء.

قلت: الذي رأيته في العتبية ورأى ابن وهب بهمزة بعد الراء، ونقله ابن فتوح وروي بواو بعد الراء، وقال ابن القاسم في المدونة: لا أعرف سنة ولا سنتين، بل قول مالك يتلوم له مرة بعد مرة وأن لا فرق بينهما. انتهى.

ص: ثم طلق عليه ش: يعني فإذا انقضت الآجال ولم يأت بشيء وظهر عجزه عجزه الحاكم، وطلقها عليه إن دعا أبوها إليه. قاله في المتيطية. وقال بعد ذلك: يكتب ذلك في العقد، فأمر القاضي وفقه الله الزوج فلانا بتطليقها فأبى من ذلك وثبتت إبايته فطلقها عليه طلقة واحدة تملك بها أمر نفسها. انتهى. وقال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: والذي يوقع الطلاق في هذه المسألة هو الحاكم، وإنما يوقعه بسؤالها وتفويضها له في الطلاق، وله أن يأذن لها فتوقعه هي على نفسها. انتهى. وقال ابن عرفة: وفي كون التطليق لعجزه بإيقاعه الزوج أو الزوجة، ثالثا الزوج، فإن أبى [الزوج¹²⁴⁵]

الحديث

¹²⁴³ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 505 وم 203 ويم 172 والشيخ 282 مايلى 353.

¹²⁴⁴ - في المطبوع فسننتين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 506 ويم 173 والشيخ 283 مايلى 354 (وفي م 204 قال قال مالك سنة أو سنتين).

¹²⁴⁵ - ساقطة من المطبوع وم 204 والشيخ 283 مايلى 354 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 506 ويم 173.

نص خليل وَتَقَرَّرَ بَوْطُهُ وَإِنْ حَرَّمَ.

متن الخطاب

فالحاكم لابن سهل عن ابن القاسم ابن سراج وابن عات في الطلاق لما هو من حق الزوجة مع استحسانه ابن مالك وابن فتحون. اهـ.

ص: وتقرر بوطه وإن حرم ش: وأما القبلة والمباشرة والتجرد والوطه دون الفرج فلا يوجب عليه الصداق. قاله في إرخاء الستور.

مسألة: من دفع امرأة فسقطت عذرتها فعليه ما نقصها بذلك من صداقها عند الأزواج، وعليه الأدب، وكذا لو أزالها بأصبعه، والأدب هنا أشد، وسواء فعل ذلك رجل أو غلام أو امرأة، هذا في غير الزوج، وأما الزوج فحكمه في الدفعة مثل غيره، عليه ما نقصها عند غيره [إن¹²⁴⁶] فارقها ولم يمسكها، وإن فعل بها ذلك بأصبعه فاختلف هل يجب عليه بذلك الصداق، أو لا يجب عليه بذلك الصداق؟ وإنما يجب عليه ما شأنها عند غيره من الأزواج إن طلقها ولم يمسكها قولان. انتهى بالمعنى من رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الجنائيات. وذكرها في سماع أصبغ وسحنون من كتاب النكاح، وتكلم عليها ابن رشد في سماع سحنون، ونسبها ابن عرفة لسماع عيسى وليست فيه، وقال في التوضيح: إن أصابها بأصبعه وطلقها فإن كانت ثيباً فلا شيء لها، وإن كانت بكراً وافتضها به فقليل يلزمه كل المهر، وقيل يلزمه ما شأنها مع نصفه، وقيل إن ريء أنها لا تتزوج بعد ذلك إلا بمهر ثيب فكالأول، وإلا فكالثاني، ومال أصبغ إلى الثاني، واستحسنه اللخمي، انتهى باختصار منه ومن ابن عرفة. قال في النوادر: ولا أدب عليه، ولو فعل بها ذلك غير زوجها فعليه الأدب وما شأنها. [اهـ.¹²⁴⁷] وتقدم هذا في كلام العتبية.

507

فرع: قال في التوضيح: وإذا كان الزوج غير بالغ فلا يتكمل بوطه الصداق. اهـ. وإذا كانت الزوجة غير مطيقة للوطه قال فيه: لا يتكمل، والظاهر أنه يكون جنائية. قال في النوادر في الذي افتض زوجته فماتت: روى ابن القاسم عن مالك إن علم أنها ماتت منه فعليه ديته، وهو كالخطأ، صغيرة كانت أو كبيرة، وعليه في الصغيرة الأدب إن لم تكن بلغت حد ذلك، وقال ابن الماجشون: لا دية عليه في الكبيرة، ودية الصغيرة على عاقلته، ويؤدب في التي لا يوطأ مثلها. اهـ.

تنبيه: انظر هل يدخل الوطه في الدبر في قول المصنف: "وإن حرم وفيه قولان؟". قال ابن عرفة: قال اللخمي: اختلف في استحقاق المهر بالوطه في الدبر، وفيه نظر، وهو في البكر أبعد. قلت: في رجمها: لمالك وطؤها في الدبر جماع لا شك فيه. انتهى.

مسألة: قال في المسائل الملقطة في ذكر الذين لا صداق عليهم ما نصه: وكذلك المرأة إذا اشتهرت بالسفاح وإباحة فرجها لغير زوجها فلا صداق لها على زوجها. قاله ابن القاسم في أسئلته، وقيل لها الصداق وتحد. قاله في كتاب الإحكام من مسائل الأحكام. انتهى.

الحديث

¹²⁴⁶ - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 506 وم 204 ويم 173 والشيخ 284 مايابى 354.

¹²⁴⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 506 وم 204 ويم 173 والشيخ 284 مايابى 354.

نص خليل

وَمَوْتٍ وَاحِدٍ وَإِقَامَةٍ سَنَةٍ وَصُدِّقَتْ فِي خَلْوَةِ الْإِهْتِدَاءِ وَإِنْ بَمَانِعٍ شَرْعِيٍّ وَفِي نَفْيِهِ وَإِنْ سَفِيهَةً وَأَمَةً وَالزَّائِرُ مِنْهُمَا وَإِنْ أَقْرَبَ بِهِ فَقَطُّ أَخِذْ إِنْ كَانَتْ سَفِيهَةً وَهَلْ إِنْ أَدَامَ الْإِقْرَارَ الرَّشِيدَةَ كَذَلِكَ أَوْ إِنْ [أَكْذَبَتْ¹²⁴⁸ نَس] نَفْسَهَا تَأْوِيلَانِ.

متن الخطاب

ص: وموت واحد ش: صغيرا كان أو كبيرا، وفي النوادر ما يدل على ذلك، قال فيها: ومن زوج ابنه الصغير من ابنة رجل صغيرة فمات الصبي فطلب أبو الصبية المهر، فقال أبو الصبي لم أسم مهرها وأن ذلك إنما كان منك على الصلة لابني، قال محمد لا يصدق، ولها ما ادعى أبوها إن كان صداق مثلها. قال مالك: لا شيء لها إلا الميراث. انظر بقية المسألة فيها. والله أعلم.

ص: وصدقت في خلوة الاهتداء ش: قال في إرخاء الستور من المدونة: وإن قالت قد وطئني صدقت، كان الدخول عندها أو عنده إذا كان دخول اهتداء. اهـ. وقوله: "صدقت" أي بيمين، وهو أحد الأقوال. ابن عبد السلام: وهو الصحيح، وسواء كانت كبيرة أو صغيرة؛ لأن ابن عرفة نقل أن القول الثالث يفرق فيه بين الصغيرة فلا يجب عليها شيء، وبين الكبيرة فيجب عليها اليمين، وقال في التوضيح: قد تقدم أن الكبيرة لا تأخذ الصداق إلا بعد اليمين على الظاهر، وأما الصغيرة فلا تحلف في الحال، ويقال للزوج احلف فإن نكل غرم الجميع عند ابن عبد السلام، ولم يكن له أن يحلفها إذا بلغت. اهـ. ثم قال في التوضيح: وإن حلف دفع النصف، فإذا بلغت حلفت وأخذت النصف الآخر، فإن نكلت لم يحلف الزوج ثانية. اهـ. وهذا إن أنكر الزوج الوطء وإن وافقها عليه يثبت الوطء بلا خلاف. قاله ابن عرفة.

ص: وفي نفيه وإن سفيهة وأمّة ش: يريد إذا وافقها الزوج على نفيه أيضا بدليل قوله بعد: "وإن أقر به فقط" ومن طالع الجواهر وابن عرفة علم صحة هذا ابن عبد السلام: وحيث قبلنا قولها في الوطء [فهو¹²⁴⁹] على العموم سواء كان في وجود الوطء أو عدمه أدى ذلك إلى منفعتها أو مضرتها، رشيدة كانت أو سفيهة، بكر أو ثيبا، صغيرة أو كبيرة، حرة أو أمّة. اهـ. والله أعلم.

ص: [والزائر¹²⁵⁰] منهما ش: يريد بيمين، انظر ابن عرفة. وتأمل كلام التوضيح. والله أعلم. ص: وإن أقر به فقط أخذ إن كانت سفيهة ش: جرى رحمه الله هنا على ما نقله في التوضيح عن ابن راشد: وهو خلاف ما قاله ابن عبد السلام: وإن ادعت عيبه وأقر به الزوج فإن كانت رشيدة [فهي¹²⁵¹] في المسألة التي يذكرها المؤلف عقب هذه، وإن كانت سفيهة أو صغيرة أو أمّة ففي ذلك قولان؛ أحدهما قبول قولها وهو المشهور. اهـ. فتأمل. والله أعلم.

ص: وهل إن أدام الإقرار الرشيدة كذلك ش: أما إن لم يدم الإقرار فإن رجع لقولها قبل رجوعها لقوله فإنه يسقط عنه نصفه ولا يمين عليه، أقامت على إنكارها أو نزعت. قاله ابن عرفة

الحديث

1248 س - كذبت نسخة.

1249 - في المطبوع فهي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 507 وم 204 ويم 174 والشيخ 285 ما يابى 355.

1250 - في المطبوع والزائد وم 204 والشيخ 285 وما يابى 355 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 507.

1251 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 507 وم 204 ويم 174 والشيخ 285 ما يابى 355.

وَفَسَدَ إِنْ نَقَصَ عَنْ رُبْعٍ دِينَارٍ أَوْ ثَلَاثَةِ دَرَاهِمٍ خَالِصَةٍ أَوْ مُقَوِّمٍ بِهِمَا وَأَتَمَّهُ إِنْ دَخَلَ وَإِلَّا فَإِنْ لَمْ يُتَمَّهُ فُسِّخَ.

508 عن ابن رشد، وأما إن أدام الإقرار/ فعلى التأويل الأول لا كلام، وعلى الثاني وهو إن كذبت نفسها فلا يمين عليه أقام على قوله أو نزع عنه. قاله أيضا ابن عرفة.

فرع: قال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: ولو أنكر الزوج الخلوة ولم تقم له بينة فإنه يحلف، ويلزمه نصف الصداق، وإن نكل غرم الجميع. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: الصقلي عن القابسي: من بنى بمن نكحها بذي غرر وأنكر وطأها وادعته غرم مهر مثلها وفسخ نكاحه لإقراره بنفي موجب إمضائه، ولو ادعاه لم يفسخ ولو أكذبه. اهـ. ونقله ابن عبد السلام، وانظر تمام الكلام على المسألة في ابن رشد واللخمي وشرح المدونة في إرخاء الستور. والله أعلم.

فرع: قال البرزلي في مسائل النكاح: وسئل ابن أبي زيد عمن بنى بزوجه ثم طلقها وادعى عدم المسيس وكذبه فأخذت منه صداقها، ثم أخذت تزني فقالت: أقررت بالمسيس لأخذ الصداق فهل يرجع عليها بنصفه؟ وأجاب: كذا ينبغي أن له ذلك عليها.

قلت: [يحتمل¹²⁵²] هذا وإن رجعت عن إقرارها لأنه حق لآدمي، كما إذا أقر بقتل رجل ثم رجع فإنه لا يقبل منه في حق الآدمي، ويقبل منه في درء الحد، ويحتمل أن يكون ذلك ما لم ترجع عن إقرارها كالحد وسكت عن نوع الحد وجوابه في المدونة أنه حد البكر لعدم اتفاقهما على الوطء انتهى. وتكلم على المسألة في موضعين: الأول منهما لم يذكر فيه قوله: "وسكت عن نوع الحد الخ" والثاني لم يذكر فيه قوله: [يحتمل¹²⁵³] هذا إلى قوله: "كالحد". والله أعلم.

ص: وفسد إن نقص عن ربع دينار ش: قال ابن الحاجب: ولو كان عبده لأتمته. انتهى. وأما أكثر الصداق فلا حد له. قال في المتبعية: بإجماع قال الله في كتابه: ﴿وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قَنْطَارًا﴾ قال الشيخ أبو بكر في كتابه: والقنطار ألف أوقية ومائتا أوقية، وروي ذلك عن النبي عليه السلام، وقيل القنطار ألف دينار ومائتا دينار، وعن ابن عباس أنه اثنا عشر ألف درهم، وقال ابن المسيب: ثمانون ألفا، وعن أبي هريرة أنه اثنا عشر ألف أوقية، وعن ابن عباس أيضا [هو دية¹²⁵⁴] أحدمك، وعنه ثمانون ألف درهم، وعنه سبعون ألفا، وقال قتادة ثمانون ألف درهم، وقيل هو مائة رطل من ذهب [أو فضة،¹²⁵⁵] وعن مجاهد سبعون ألف دينار، وقيل المال الكثير، وقيل أربعون أوقية من ذهب أو فضة. انتهى كلامه.

ص: وإلا [فإن¹²⁵⁶] لم يتمه فسخ ش: يعني وإن لم يدخل فالزوج مخير بين أن يتمه أو يفسخ

1252 - في المطبوع فيحتمل وما بين المعقوفين من م204 ويم174 وسيد84 ومايأبي356 والشيخ286.

1253 - في المطبوع ويحتمل وما بين المعقوفين من الشيخ286 ويم174 ومايأبي356 وم205 وسيد85.

1254 - في المطبوع أيضا وما بين المعقوفين من ن عدود ص508 وم205 ويم174 والشيخ286 مايأبي356.

1255 - ساقطة من المطبوع وم205 والشيخ286 مايأبي356 وما بين المعقوفين من ن عدود ص508 ويم174.

1256 - في المطبوع بأن وما بين المعقوفين من ن عدود ص508 وم205 ويم174 والشيخ286 مايأبي356.

نص خليل أو بما لا يملك كخمرٍ وحرٍّ.

متن الخطاب

النكاح، هذا هو المشهور كما صرح به في غالب الكتب، وسقط من نسخة البساطي "فإن لم يتمه" فصار الكلام وإلا ففسخ، فشرحه على [أن¹²⁵⁷] المعنى إن لم يدخل تحتم فسخه، وقال إنه المشهور، وهذا ليس بظاهر كما ترى، وإذا لم يتمه وفسخ فلها النصف على المشهور، وقد قدمه المصنف في قوله: "وسقط بالفسخ قبله إلا نكاح الدرهمين فنصفهما كطلاقه"، ولا شك أن الفسخ هنا بطلاق؛ لأنه مختلف فيه، وصرح به في التوضيح وغيره، وانظر ابن عبد السلام.

ص: أو بما لا يملك كخمر [وحر¹²⁵⁸] ش: وكذلك الخنزير والقرد والسم، وإذا وقع فالمشهور أنه يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصدّاق المثل، وهذا معلوم من قول المصنف فيما تقدم: "وما فسد لصدّاقه"، وقيل يمضي مطلقا، وقيل يفسخ مطلقا، ولا شك أن الفسخ هنا بطلاق للخلاف المذكور، ولا شيء على [الزوجة¹²⁵⁹] فيما هلك من ذلك. قاله ابن الحاجب وغيره.

فرع: قال في التوضيح: واختلف إذا استهلكت الذمية الخمر فقال ابن القاسم لها صدّاق المثل ولا تتبع بشيء، وقال أشهب تعطى ما تستحل به وهو ربع دينار. اللخمي: وهو أحسن؛ لأن حقها في الصدّاق سقط بقبضها الخمر، وإنما بقي الحق لله تعالى. انتهى. وقال البساطي إن ابن القاسم يقول لا شيء لها، وقال غيره لا بد من ربع دينار. اهـ.

تنبيه: مشهور المذهب أن النكاح الفاسد لصدّاقه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصدّاق المثل، واختلف هل الفسخ قبل البناء على الوجوب أو الاستحباب قولاً المغاربة والعراقيين. / قاله ابن عبد السلام والمصنف.

509

فرع: قال ابن عبد السلام: واختلف إذا دعا الزوج في مثل هذا النكاح إلى البناء والنفقة فاتفق على أنه نكاح صحيح، ثم عثر على فساده قبل البناء ففسخ أنه يرجع في مال الزوجة بما أنفق عليها، كمن اشترى من رجل داره على أن ينفق عليه حياته فإنه يرجع عليه بالنفقة التي دفع إليه، ويفسخ البيع، وقال عبد الله بن الوليد لا يرجع على الزوجة بشيء. انتهى. زاد في التوضيح إثر كلام ابن الوليد؛ لأن الفسخ قبل البناء غير واجب؛ إذ أجازته جماعة من العلماء إذا عجل ربع دينار. اهـ. وصح في الشامل القول بالرجوع، ونصه: وحيث فسخ فهل وجوبا أو استحبابا، قولان، ويرجع بما أنفق قبل البناء إن فسخ على الأصح. انتهى.

فرع: قال في رسم الطلاق من سماع أشهب من كتاب النكاح: وسئل عمن يكتسب مالا حراما فيتزوج به أيخاف أن يكون ذلك مضارعا للزنا؟ فقال: إني والله لأخافه، ولكن لا أقوله. ابن رشد: وجه اتقاء مالك أن يكون فعله مضارعا للزنا هو أن الله تعالى إنما أباح الفرج بنكاح أو بملك يمين، وقال صلى الله عليه وسلم: {لا نكاح إلا بولي وصدّاق¹} فنفي أن يكون نكاحا جائزا إلا على هذه الصفة،

الحديث

1- أبو داود في سننه، كتاب النكاح، ولفظه لا نكاح إلا بولي، رقم الحديث 2085، ط. دار إحياء التراث العربي.

1257- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 508 وم 205 ويم 174 والشيخ 286 ما يابى 356.

1258- في المطبوع وحي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 508.

1259- في المطبوع الزوج والشيخ 286 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 508 وم 205 ويم 174 ما يابى 356.

نص خليل أو بِاسْقَاطِهِ أو كَقَصَاصٍ أو آبَقٍ أو دَارِ فَلَانٍ أو سَمَسَرَتِهَا أو بَعْضُهُ لِأَجَلٍ مُّجْهُولٍ أو لَمْ يُقَيَّدِ الْأَجَلُ أو زَادَ عَلَى خَمْسِينَ سَنَةً أو بِمُعَيَّنٍ بَعِيدٍ كَخَرَّاسَانَ مِنَ الْأَنْدَلُسِ وَجَارَ كَمَضَرَ مِنَ الْمَدِينَةِ لَا بِشَرْطِ الدُّخُولِ قَبْلَهُ.

متن الخطاب والمتزوج على حرام لم يتزوج بصدّاق؛ إذ ليس المال الحرام بمال له، فإذا وطئ به فقد وطئ، فرجا بغير ملك يمين ولا نكاح أباحه الشرع. انتهى.

ص: أو بِاسْقَاطِهِ ش: حكمها كالتي قبلها. قاله ابن الحاجب عند ذكر نكاح التفويض، وقاله غيره، ومثله النكاح بلفظ الهبة من غير ذكر الصداق، وهما من الفاسد لصدّاقه. قاله في التوضيح.

ص: أو كَقَصَاصٍ ش: ومثله أن ينكحها بقرآن يقرؤه، ابن عرفة: وشرطه كونه منتفعا به للزوجة متمولا الباجي عن ابن مزين عن يحيى بن يحيى: من نكح بقرآن يقرؤه فسخ قبل البناء، ويثبت بعده. أبو عمر: روى ابن القاسم مثله، قال ابن القاسم: وكذا من تزوج بقصاص وجب له على امرأة، وقال سحنون: النكاح جائز وإن لم يدخل. قلت: هو جار على قول أشهب يجبر القاتل على الدية.

اهـ. وظاهر كلام ابن عرفة أن القصاص على المرأة نفسها، وأحرى لو كان على غيرها. والله أعلم.

ص: أو أبق ش: لو قال كآبق لكان أحسن، ويحتمل أن تكون الكاف مقدرة فيه وفيما بعده؛ لأنه معطوف على لفظ "كقصاص" كما قاله ابن غازي، ويدخل في ذلك كل ما كان فيه غرر كالبيعير الشارد والجنين والثمرة التي لم يبد صلاحها على التبقية لا على القطع. قاله في التوضيح. وكأنه ناقل له عن غيره بدليل قوله بعده: محمد: وإن غفل عنها حتى بدا صلاحها لم يفسخ؛ لأنه كان جائزا، ولا يتهمان على ذلك، ويكون لها قيمة ذلك يوم عقد النكاح، وترد الثمرة التي طابت للزوج، وظاهر كلام ابن عرفة أن هذا القيد من عند نفسه؛ لأنه قال: قلت: ثم ذكره. والله أعلم. وهذا أيضا المشهور فيه أنه يفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصدّاق المثل، والفسخ بطلاق للاختلاف فيه، وترد ما قبضته من ذلك، ويدخل في ضمانها بالقبض لا بالعقد كالبيع الفاسد على المشهور، فإن قبضته وفات بيدها بحوالة سوق ونحوه فهو لها، وتغرم القيمة. قاله ابن الحاجب وغيره.

ص: أو دار فلان أو سمسرتها ش: ابن عرفة: عنها ويفسخ قبله ويثبت بعده بمهر المثل، ولا شك أن الفسخ بطلاق للخلاف الذي فيه، والكاف مقدرة فيه كالذي قبله كما تقدم؛ أي وكذا عبد فلان ودابة فلان. والله أعلم.

ص: أو بعضه لأجل مجهول ش: يأتي حكمها في كلام المؤلف.

ص: أو لم يقيد الأجل ش: قال في التوضيح: / اختلف إذا لم يؤرخ أجل الكالء، فقال المتيطي: المشهور من مذهب مالك وأصحابه وبه العمل وعليه الحكم أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصدّاق المثل.

فرعان: الأول: قال في التوضيح: وهل يجوز في الأجل أن يقدر بما يؤجله الناس سئل ابن زرب عن نكح بنقد مقدم وكالء إلى ما يكلأ الناس فقال لا يجوز؛ لأن الناس يختلفون في التأجيل، وذكر ابن الهندي عن بعض معاصريه أنه لا يفسخ قبل البناء، ويجعل أجله على ما مضى عليه الناس في

نص خليل
إِلَّا الْقَرِيبَ جِدًّا وَضَمِنَتْهُ بَعْدَ الْقَبْضِ إِنْ فَاتَ أَوْ بِمَغْصُوبٍ عِلْمَاهُ لَا أَحَدُهُمَا أَوْ بِاجْتِمَاعِهِ مَعَ بَيْعٍ كَدَارٍ دَفَعَهَا هُوَ أَوْ أَبُوهَا وَجَازَ مِنَ الْأَبِ فِي التَّفْوِيزِ وَجَمَعَ امْرَأَتَيْنِ سَمَى لَهُمَا أَوْ لِأَحَدَاهُمَا وَهَلْ وَإِنْ شَرَطَ تَزْوُجَ الْأُخْرَى أَوْ إِنْ سَمَى صَدَاقَ الْمِثْلِ قَوْلَانِ.

الكالء، فإن اختلف الأجل ضرب له أجل وسط. انتهى.

متن الخطاب

الثاني: قال ابن سلمون في أوائله: وفي كتاب الاستغناء: إذا اختلف الزوج والولي في أجل الكالء فقال الشهود نسيناه، فإن كان أجل الكوالء كلها متعارفا عندهم، وكان لقله الكوالء وكثرتها أجل جعل ذلك [الكالء إلى مثل¹²⁶⁰] ذلك الأجل، فإن لم يكن ذلك عندهم متعارفا حمل أجله إلى أكثر ما تحمل عليه الكوالء إلى مثل ذلك الأجل ويثبت النكاح. انتهى.

ص: إلا لقريب جدا ش: قال ابن رشد في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح: حد القرب على ظاهر قوله؛ -يعني ابن القاسم-: إذا قاسمه على الشراء اليوم واليومين والثلاثة ونحو ذلك، قال أصبغ الأربعة والخمسة، وأجاز ابن حبيب أن يدخل بها في البعيد الغيبة، إلا أنه يستحب أن يعطيها ربع دينار عند ابتنائها بها. ففرق بين الدخول في النكاح والنقد في البيع. فرع: قال: وقوله: إن أصيب العبد فلها قيمته" يريد في القريب والبعيد على ما اختاره من قول مالك في مسألة البيع.

تنبيه: وهذا إذا عرفت المرأة العبد أو وصف لها، قال: وأما إذا لم تعرفه ولم يوصف لها فلا إشكال، ولا اختلاف في أنه نكاح فاسد، يفسخ قبل الدخول،/ ويثبت بعده بصدق المثل. انتهى.

511

ص: وجمع امرأتين سمى لهما أو لإحداهما ش: أي وجاز جمع امرأتين فأكثر في عقد واحد إذا سمى لهما؛ أي سمى لكل واحدة منهما صداقها، وكذلك في أكثر من اثنتين، ونص ابن رشد وغيره على أن هذه المسألة لا خلاف فيها، أو سمى لأحداهما صداقها ولم يسم للأخرى، بل تزوجها نكاح تفويض وجمعهما في عقد واحد. نقله في التوضيح عن ابن يونس. قال: وكذلك لو جمعتهما جميعا في عقد واحد على تفويض، وقاله أبو عمران، ونبه على جميع ذلك الشارح.

ص: وهل وإن شرط تزويج الأخرى أو إن سمى صداق المثل قولان ش: يعني وهل يجوز النكاح على الوجه المذكور وإن شرط في تزوجه إحداهما تزويج الأخرى؟ وسواء سمى لكل واحدة منهما صداق مثلها أو لم يسم لكل واحدة صداق مثلها، كما لو [تزوجهما¹²⁶¹] في عقد واحد وسمى لكل واحدة ثلاثين، وصداق مثل إحداهما أربعون، وصداق مثل الأخرى عشرون، وشرط في تزويج إحداهما تزويج الأخرى، أو إنما يجوز النكاح المذكور إذا شرط في تزويج إحداهما تزويج الأخرى إن سمى لكل واحدة منهما صداق المثل، وإن لم يسم لكل واحدة صداق المثل لم يجز كما في الصورة المذكورة قولان للمتأخرين؛ الأول لابن سعدون، والثاني لغيره. كذا قال ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح وظاهر كلام ابن عرفة عزوه للخصمي، فعلم مما تقدم أن محل القولين إنما هو إذا تزويج إحداهما بشرط تزويج الأخرى ولم

الحديث

¹²⁶⁰ - في المطبوع إلى وم 205 ويم 175 والشيخ 288 ماي 357 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 510.

¹²⁶¹ - في المطبوع تزويجها وم 206 ويم 175 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 511 والشيخ 289 ماي 358.

نص خليل وَلَا يُعْجِبُ جَمْعُهُمَا وَالْأَكْثَرُ عَلَى التَّأْوِيلِ بِالْمَنْعِ وَالْفَسْخِ قَبْلَهُ وَصَدَاقِ الْمَثَلِ [بَعْدُ¹²⁶² نس] لَا الْكَرَاهَةَ أَوْ تَضَمَّنَ إِبْثَاتُهُ رَفَعَهُ كَدَفْعِ الْعَبْدِ فِي صَدَاقِهِ وَبَعْدَ الْبِنَاءِ تَمْلِكُهُ أَوْ بَدَارٍ مَضْمُونَةٍ أَوْ بِالْفِ وَإِنْ كَانَتْ لَهُ زَوْجَةٌ فَالْفَانِ بِخِلَافِ أَلْفٍ وَإِنْ أَخْرَجَهَا مِنْ بَلَدِهَا أَوْ تَزَوَّجَ عَلَيْهَا فَالْفَانِ وَلَا يَلْزِمُ الشَّرْطُ وَكَرِهَ وَلَا الْأَلْفُ الثَّانِيَةُ إِنْ خَالَفَ كَبَانَ أَخْرَجْتُكَ فَلَكِ أَلْفٌ أَوْ أَسْقَطْتَ أَلْفًا قَبْلَ الْعَقْدِ عَلَى ذَلِكَ إِلَّا أَنْ تُسْقِطَ مَا تَقَرَّرَ بَعْدَ الْعَقْدِ بِلَا يَبِينُ مِنْهُ.

متن الخطاب يسم لكل واحدة صداق مثلها، وأما لو سمي لكل واحدة صداق مثلها، أو لم يشترط تزوج إحداها بتزوج الأخرى [فليس هو محل القولين كما تعطيه عبارة المصنف من أن في مسألة اشتراط تزوج إحداها بتزوج الأخرى (مطلقاً¹²⁶³) قولين،¹²⁶⁴] قال في الشامل: وهل يجوز إن شرط [ألا¹²⁶⁵] يتزوج واحدة إلا مع الأخرى مطلقاً، أو إن سمي لكل مهر مثلها؟ قولان.

ص: ولا يعجب جمعها والأكثر على التأويل بالمنع والفسخ قبله وصداق المثل بعده ش: أي هذا الذي تقدم إذا جمعها في عقد وسمى لكل واحدة صداقاً، وأما إن جمع المرأتين أو أكثر في عقد واحد بصداق واحد فقال في المدونة: لا يعجب جمعها، والأكثر من الشيوخ؛ ابن الحاجب وغيره على التأويل [للفظ¹²⁶⁶] المذكور بالمنع، وعلى ذلك اختصرها البراذعي، قال في تهذيبه: ولا بأس أن يتزوج امرأتين في عقد واحد إذا سمي لكل واحدة صداقها، وإن أجملها في صداق واحد لم [يجز،¹²⁶⁷] وعلى ما ذهب إليه الأكثر من تأويل اللفظ على المنع، فذهب الشيخ أبو محمد بن أبي زيد إلى الفسخ للنكاح المذكور قبله؛ أي قبل البناء. قال في التوضيح عنه: ولا شيء لها، وكذلك قال ابن محرز: ظاهر قول ابن القاسم أن النكاح فاسد، وأن المطلقة والمتوفى عنها لا شيء لهما، ومقتضى قوله إن النكاح يفسخ قال بعض المذاكرين لهما ما يخصهما من تلك التسمية يعني في الطلاق والوفاء لأن النكاح أخف من البيوع، ومقتضى هذا أنه لا يفسخ. قال: وكذلك قال في التنبيهات: ظاهره على أصله أنه لا شيء لها؛ لأنه عنده من باب غرر الصداق. انتهى. وهذا عنده حكم ما قبل الدخول، وإن عثر على ذلك بعد الدخول مضى، ولكل واحدة صداق المثل بعده؛ أي بعد الدخول.

فرع: قال ابن عرفة: ولو تزوج أمة رجل وابنته في عقد واحد، أو امرأة وأمتها ففي جوازه بمهر بينهما، أو حتى يسمي مهر كل منهما طريقاً أبي حفص وابن محرز قائلان: لأن المهر مستحق للأمة لا لما لكتها، قلت: والأول بناء على العكس. انتهى. وظاهر كلام المصنف شمول المنع لهذه المسألة على ما قال ابن محرز. والله أعلم.

ص: أو تضمن إثباته رفعه ش: انظر مسائل هذا النوع في التوضيح في الكلام على مسألة/ السريجية.

512

الحديث

1262 - بعده نسخة.

1263 - علق عليها الشيخ محمد سالم عدود ب ساقطة من النسخ واستظهرها عدود وهي ضرورية في المعنى.

1264 - ساقطة من المطبوع والشيخ 289 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 511 وم 206 ويم 175 ماي 358.

1265 - في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 511 وم 206 ويم 175 والشيخ 289 ماي 358.

1266 - في المطبوع اللفظ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 511 وم 206 ويم 176 والشيخ 289 ماي 358.

1267 - في المطبوع تجز وما بين المعقوفين من ن ذي ص 511 وم 206 ويم 176 ماي 358 (وفي الشيخ 289 لم يجوز).

نص خليل

أَوْ كَزَوْجُنِي أَخْتَكِ بِمِائَةٍ عَلَى أَنْ أَرْوِّجَكَ أَخْتِي بِمِائَةٍ وَهُوَ وَجْهُ الشَّغَارِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ فَصَرِيحُهُ وَفُسِّخَ فِيهِ وَإِنْ فِي وَاحِدَةٍ [و¹²⁶⁸ نس] عَلَى حُرِّيَّةٍ وَلَدِ الْأُمَّةِ أَبَدًا وَلَهَا فِي الْوَجْهِ وَمِائَةٍ وَخَمْرٍ أَوْ مِائَةٍ وَمِائَةٍ لِمَوْتٍ أَوْ فِرَاقٍ الْأَكْثَرُ مِنْ الْمُسَمَّى وَصَدَاقِ الْمِثْلِ وَلَوْ زَادَ عَلَى الْجَمِيعِ وَقُدِّرَ بِالتَّأْجِيلِ الْمَعْلُومِ إِنْ كَانَ فِيهِ وَتَوَوَّلَتْ أَيْضًا فِيمَا إِذَا سَمِيَ لِإِحْدَاهُمَا وَدَخَلَ بِالْمُسَمَّى لَهَا بِصَدَاقِ الْمِثْلِ وَفِي مَنَعِهِ بِمَنَافِعِ [و¹²⁶⁹ نس] تَعْلِيمِهَا قُرْآنًا [و¹²⁷⁰ نس] إِنْ حَاجَّاهَا وَيَرْجِعُ بِقِيَمَةِ عَمَلِهِ لِلْفُسْخِ وَكَرَاهَتِهِ كَالْمَغَالَةِ فِيهِ.

متن الخطاب

ص: أو كززوجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي بمائة ش: هذا نكاح الشغار، وقال الرجراجي: يطلق ويراد به الرفع، يقال شغل الكلب إذا رفع [رجله¹²⁷¹] ليبول، وذلك أنه لا يفعل ذلك إلا إذا كبر وبلغ حد الوثوب على الإناث. انتهى. ومثل المصنف لذلك بالأختين ومثل ابن الحاجب بالبنتين، فقال في التوضيح: [الشغار¹²⁷²] في الأختين والأميتين كالبنيتين، وصرح به في أصل المدونة، ولعل المصنف اقتصر على البنيتين تبعاً للحديث، وبذكر الأختين يعلم أن الشغار لا يختص بالوليتين المحجورتين. قال في تهذيب الطالب: وذهب بعضهم إلى أن الشغار إنما يكون فيمن تجبر على النكاح، وهو غلط. انتهى.

وقال في الإكمال في شرح قوله: "ززوجني أختك" لم يختلف المذهب أن غير البنت من الإماء والأخوات وغيرهن حكم البنات. انتهى. وقال في التوضيح: قال أبو عمران في رجلين عقد كل منهما نكاح أخته من صاحبه [في¹²⁷³] مجلس واحد: [هو¹²⁷⁴] جائز إذا لم يفهم إن لم يزوج أحدهما صاحبه لم يزوجه الآخر، ومثله لابن لبابة. قال: إن قال [ززوجني أزوجك¹²⁷⁵] وعقدا على ذلك وسميا صداقا جاز. قال: والذي يثبت به الشغار زوجني على أن أزوجك، [أو إن زوجتني¹²⁷⁶] زوجتك. انتهى. واختصره في الشامل فقال: وإن زوج كل صاحبه بمهر مسمى، ولم يفهم وقف أحدهما على الآخر جاز كززوجني وأزوجك، لا إن زوجتني زوجتك أو زوجني على أن أزوجك. اهـ.

ص: وعلى حرية ولد الأمة أبداً ش: قال في الشامل: ولها المسمى إن بنى، وقيل الأصح مهر

الحديث

1268 س - أو على نسخة.

1269 س - أو تعليمها نسخة.

1270 س - أو إحجاجها نسخة.

1271 - في المطبوع رجليه وما بين المعقوفين من ن ذي ص 512 وم 206 ويم 176 والشيخ 290 مايابى 359.

1272 - في المطبوع الشغار وما بين المعقوفين من ن عود ص 512 وم 206 ويم 176 والشيخ 290 مايابى 359.

1273 - في المطبوع ففي وما بين المعقوفين من ن عود ص 512 وم 206 ويم 176 والشيخ 290 مايابى 359.

1274 - في المطبوع وهو وم 206 وما بين المعقوفين من ن عود ص 512 ويم 176 والشيخ 290 مايابى 359.

1275 - في المطبوع تزوجني وأزوجك وم 206 والشيخ 290 مايابى 359 وما بين المعقوفين من ن عود ص 512 ويم 176.

1276 * - في المطبوع وإن زوجتني وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عود وهو الذي في م 206 ومايابى 359.

نص خليل

وَالْأَجَلَ قَوْلَانِ وَإِنْ أَمَرَهُ بِالْفِ عَيْنَهَا أَوْلاً فَرُوجَهُ بِالْفَيْنِ فَإِنْ دَخَلَ فَعَلَى الزَّوْجِ أَلْفَ وَغَرَمَ الْوَكِيلُ أَلْفًا
 إِنْ تَعَدَّى بِإِقْرَارٍ أَوْ بَيِّنَةٍ وَإِلَّا [فَتَحْلِفُ¹²⁷⁷ نَس] هِيَ إِنْ [حَلَفَ¹²⁷⁸ نَس] الزَّوْجُ وَفِي تَحْلِيفِ الزَّوْجِ لَهُ إِنْ
 نُكِّلَ وَغَرَمَ أَلْفَ الثَّانِيَةِ قَوْلَانِ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ وَرَضِيَ أَحَدُهُمَا لَزِمَ الْآخَرُ لَا إِنْ التَّزَمَ الْوَكِيلُ أَلْفَ وَلِكُلِّ
 تَحْلِيفٍ الْآخَرُ فِيمَا يُفِيدُ إِقْرَارَهُ إِنْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ وَلَا تُرَدُّ إِنْ اتَّهَمَهُ وَرَجَّحَ بَدَاءَةَ حَلْفِ الزَّوْجِ مَا أَمَرَهُ إِلَّا
 بِالْفِ ثُمَّ لِلْمَرْأَةِ الْفَسْخُ إِنْ قَامَتْ بَيِّنَةٌ عَلَى التَّزْوِيجِ بِالْفَيْنِ وَإِلَّا فَكَالِاخْتِلَافٍ فِي الصَّدَاقِ وَإِنْ عَلِمَتْ
 بِالتَّعَدِّيِ فَالْفُ وَبِالْعَكْسِ أَلْفَانِ وَإِنْ عَلِمَ كُلٌّ وَعَلِمَ بِعِلْمِ الْآخَرِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ فَالْفَانِ وَإِنْ عَلِمَ بِعِلْمِهَا فَقَطُّ
 فَالْفُ وَبِالْعَكْسِ [فَالْفَانِ¹²⁷⁹ نَس] وَلَمْ يَلْزَمْ تَزْوِيجُ أَذْنَةٍ غَيْرِ مُجْبَرَةٍ بِدُونِ صَدَاقِ الْبُتْلِ وَعُمِلَ بِصَدَاقِ السَّرِّ
 إِذَا أَعْلَنَّا غَيْرَهُ وَحَلَفْتُهُ إِنْ ادَّعَتْ الرُّجُوعَ عَنْهُ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ أَنَّ الْمُعْلَنَ لَا أَصْلَ لَهُ وَإِنْ تَزَوَّجَ بِثَلَاثِينَ عَشْرَةَ
 نَقْدًا وَعَشْرَةَ [إِلَى أَجَلٍ¹²⁸⁰ نَس] وَسَكَتَا عَنْ عَشْرَةِ سَقَطَتْ وَنَقْدُهَا كَذَا مُقْتَضٍ [لِقَبْضِهِ وَجَازَ¹²⁸¹ نَس]
 نِكَاحُ التَّفْوِيزِ وَالتَّحْكِيمِ عَقْدٌ بِلَا ذِكْرِ مَهْرٍ.

متن الخطاب

513 المثل، وما ولدته فحر وولأؤه/ للسيد، ولا قيمة على الأب فيه، فإن استحققت أخذت مع
 الولد ورد عتقه، وكان زوجها على حرية أول ولد تلده، وقال عبد الملك يفسخ إلا أن تلد وكان زوج
 عبده أمة غيره ليكون الولد بينهما، فإن ولدت فالولد لسيد الأمة لا بينهما على الأصح، ولها مهر
 المثل بالبناء، ولو زاد على المسمى. انتهى. والمسألة في رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح،
 وفي أوائل رسم من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق.

514

ص: والأجل ش: قال في كتاب النكاح من النوادر من كتاب ابن المواز: وكره مالك/ الصداق بعضه
 معجل وبعضه مؤجل إلى ست سنين. قال: ولم يكن من عمل الناس. وقال ابن القاسم: [لا
 يعجبني¹²⁸²] إلا إلى سنة أو إلى سنتين، فإن وقع في المسألة الأولى لم أفسخه إلا في الأجل البعيد.
 قال أصبغ: إلا أن يطرحوا ذلك عنه، أو يجعلوه إلى أجل قريب، أو [يبني¹²⁸³] فيكون لها صداق
 المثل نقدا كله، اهـ.

ص: ونقدها كذا مقتض لقبضه ش: قال في التوضيح في اختلاف الزوجين في الصداق: فرع: إذا قال
 الموثق في الكتاب النقد من الصداق كذا فهو مقتض لبقائه في ذمة الزوج، واختلف [إذا¹²⁸⁴] قال
 نقدها كذا فقال سحنون ذلك براءة للزوج من النقد، وقال [ابن حبيب: ¹²⁸⁵] لا يبرئه ذلك حتى
 ينص على الدفع. اهـ. وفي الشامل: وقوله: نقدها أو أقبضها أو عجل لها أو قدم ونحوه مقتض
 لقبضه. وقوله: النقد من الصداق كذا مقتض لقبضه، فإن قال نقده كذا فقولان.

ص: وجاز نكاح التفويض والتحكيم عقد بلا ذكر مهر ش: قال ابن عرفة: نكاح التفويض ما

الحديث

1277 س - فتحلفه نسخة.

1278 س - إن نكل الزوج نسخة.

1279 س - ألفان نسخة.

1280 س - لأجل نسخة.

1281 س - فصل وراز نسخة.

1282 - في المطبوع ألا يعجبني وما بين المعقوفين من ن عدود ص 514 وم 206 ويم 176 والشيخ 290 مايابى 359.

1283 - في المطبوع ليبي وما بين المعقوفين من ن ذي ص 514 وم 206 ويم 176 والشيخ 290 مايابى 359.

1284 - في المطبوع إذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 514 وم 206 ويم 176 والشيخ 290 مايابى 359.

1285 - في المطبوع سحنون والشيخ 290 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 514 وم 206 ويم 176 مايابى 359.

متن الخطاب

515

عقد دون تسمية مهر ولا إسقاطه ولا صرفه لحكم أحد. الباجي: هو جائز اتفاقا. ثم قال: أبو عمر: قوله: أزوجك على ما شئت فاسد مهره. ثم قال عن اللخمي: إن شرط فيه أن ما فرض فيه من فوض إليه لزم، ولو قل فسد. ثم قال: ونكاح التحكيم قالوا ما عقده على صرف قدر مهره لحكم حاكم. قلت: ظاهر أقوالهم/ والروايات ولو كان المحكم عبدا أو امرأة أو صبيا تجوز وصيته. اهـ. فعلم أن المراد بنكاح التحكيم إنما هو النكاح الذي صرف الحكم في قدر صداقه لحكم حاكم [إما¹²⁸⁶] أحد الزوجين أو غيرهما، وليس المراد به النكاح الذي جعل [إمضاؤه¹²⁸⁷] أو رده إلى أحد الزوجين أو غيرهما لأن ذلك هو النكاح على خيار، وقد تقدم أنه فاسد فقال المصنف لما ذكر نكاح السر، ثم ذكر ما يفسخ قبل الدخول أو على خيار لأحدهما أو غيره.

تنبيه: قول المصنف: "عقد بلا ذكر مهر" تفسير لنكاح التفويض ولنكاح التحكيم؛ لأنه جمع النوعين وفسرهما بالقدر المشترك بينهما وهو عدم ذكر المهر؛ أي عدم تسمية قدره، ولكل واحد من النوعين فصل يمتاز به، فيمتاز نكاح التفويض عن نكاح التحكيم بأنه لم يذكر فيه المهر ولا صرف الحكم فيه لحاكم، ونكاح التحكيم بأنه صرف الحكم فيه لحاكم. فتأمل. والله أعلم. فائدة: قال ابن عرفة: وفيها رأييت إن تزوجها على حكمه أو حكمها أو حكم فلان؟ قال: كنت أكرهه حتى سمعت من أثق به يذكره عن مالك فأخذت به وتركت رأيي فيه. ابن عبد السلام: إن قلت رجوع ابن القاسم دليل على أنه مقلد لمالك كتقليده من دونه. قلت: يحتمل أنه أجاب أولا على قواعد مالك، فلما وجد نصه رجع إليه، ولا يلزم من هذا أنه مقلد، ألا ترى أنه لا ينافي التصريح بنقيضه، فيقول الجاري على أصل المذهب كذا والصحيح عندي كذا؛ لنص حديث أو غيره من الأدلة الظاهرة، إلا أن التقليد معلوم من غالب حال أهل العصر بدليل منفصل، وحال ابن القاسم معلومة بدليل منفصل، ألا ترى إلى كثرة مخالفته لمالك وإغلاظه القول عليه فيقول هذا القول ليس بشيء وما أشبهه من الألفاظ التي يبعد صدورها من مقلد.

قلت: ظاهره أن ابن القاسم عنده مجتهد مطلقا وهو بعيد؛ لأن بضاعته من الحديث مزجاة، والأظهر ما قاله ابن التلمساني في شرح المعالم أنه مجتهد في مذهب مالك فقط، كابن سريج في مذهب الشافعي، وظاهر قول ابن عبد السلام: "في غالب حال أهل العصر" أن عصره لم يخل من مجتهد، وهو كما قال. والله أعلم.

ص: [بلا هبة¹²⁸⁸] ش: يعني أن من شرط نكاح التفويض أن لا يكون بلفظ الهبة فإن عقد النكاح بلفظ الهبة مع عدم تسمية الصداق فذلك كالتصريح بإسقاط المهر. قاله ابن الحاجب. قال في التوضيح: قال في المدونة: قال ابن القاسم: وليس الموهوبة إذا لم يسموا معها صداقا كالتفويض، وكأنه قال في

الحديث

¹²⁸⁶ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 515 وم 207 ويم 176 والشيخ 291 ما يابى 359.

¹²⁸⁷ - في المطبوع إمضاء وما بين المعقوفين من م 207 وسيد 85 وما يابى 359 ويم 174.

¹²⁸⁸ - في م 207 وسيد 85 وما يابى 360 ويم 175 والشيخ 291 بلا وهبت.

نص خليل

وَفُسِّخَ إِنْ وَهَبَتْ نَفْسَهَا قَبْلَهُ وَصَحَّحَ أَنَّهُ زِنًا وَاسْتَحَقَّتْهُ بِالْوَطْءِ لَا بِمَوْتٍ أَوْ طَلَاقٍ إِلَّا أَنْ يَفْرَضَ وَتَرْضَى وَلَا تُصَدَّقُ فِيهِ بَعْدَهُمَا وَلَهَا طَلَبُ التَّقْدِيرِ وَلَزِمَهَا فِيهِ وَتَحْكِيمُ الرَّجُلِ إِنْ فَرَضَ الْمِثْلَ وَلَا يُلْزَمُهُ وَهَلْ تَحْكِيمُهَا أَوْ تَحْكِيمُ الْغَيْرِ كَذَلِكَ أَوْ إِنْ فَرَضَ الْمِثْلَ لَزِمَهَا وَأَقْلُ لَزِمَهُ فَقَطُّ وَأَكْثَرُ فَالْعَكْسُ أَوْ لَا بُدَّ مِنْ رِضَا الزَّوْجِ وَالْمَحْكَمِ وَهُوَ الْأَظْهَرُ تَأْوِيلَاتٍ وَالرِّضَا بِدُونِهِ لِلْمُرْشِدَةِ وَلِلْأَبِ وَلَوْ بَعْدَ الدُّخُولِ وَلِلْوَصِيِّ قَبْلَهُ لَا الْمُهْمَلَةِ وَإِنْ فَرَضَ فِي مَرَضِهِ فَوَصِيَّةٌ لِيُورِثَ وَفِي الذَّمِّيَّةِ وَالْأَمَةِ قَوْلَانِ وَرَدَّتْ زَائِدَ الْمِثْلِ إِنْ وَطِئَ وَلَزِمَ إِنْ صَحَّ لَا إِنْ أَبْرَأَتْ قَبْلَ الْفَرْضِ أَوْ أَسْقَطَتْ شَرْطًا قَبْلَ وَجُوبِهِ وَمَهْرُ الْمِثْلِ مَا يَرْغَبُ بِهِ مِثْلُهُ فِيهَا بِاعْتِبَارِ دَيْنٍ وَجَمَالٍ وَحَسَبٍ وَمَالٍ وَبَلَدٍ وَأَخْتِ شَقِيْقَةٍ أَوْ لَأَبٍ لَا لَأُمٍّ وَالْعَمَّةُ وَفِي الْفَاسِدِ يَوْمُ الْوَطْءِ وَاتَّحَدَ الْمَهْرُ إِنْ اتَّحَدَتِ الشُّبْهَةُ.

متن الخطاب

الهبة قد زوجتكها بلا صداق فلا يصلح، ولا يقر هذا النكاح ما لم يدخل بها، فإن دخل بها فلها صداق مثلها ويثبت النكاح، قال سحنون: وقد كان قال يفسخ وإن دخل بها ابن الموز، وقاله أشهب وابن عبد الحكم وأصبغ لأن فساده في البضع، أشهب: ويكون لها إذا فسخ ثلاثة دراهم، وقال أصبغ بل صداق المثل. ابن رشد: والأول أقيس؛ لأن الثلاثة لحق الله، والزائد قد وهبته. انتهى.

ص: وفسخ إن وهبت نفسها قبله وصحح أنه زنا ش: اعلم أن هذه المسألة غير المسألة المتقدمة؛ لأن الصورة الأولى قصد فيها الولي النكاح/ وهبة الصداق، وهذه قصد فيها هبة نفس المرأة، قال ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح: قال ابن حبيب: والحكم فيها أيضا الفسخ قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل، واعترضه الباجي وقال: يفسخ قبل البناء وبعده، وهو زنا، ويجب فيه الحد وينتفى الولد. انتهى. ومن رأى كلام التوضيح وابن عبد السلام علم صحة ما قلناه من أن كلامه مشتمل على مسألتين، وبه يتضح، وإذا جعل مسألة واحدة صار قوله: "إن وهبت نفسها" كأنه غير محتاج إليه، وأيضا لا يصح قوله فيه: "وصحح أنه زنا"؛ لأن الباجي إنما قاله في هذه الصورة كما علمته. فتأمله منصفا. والله أعلم. واعترض ابن عرفة ما قاله الباجي.

ص: وإن فرض في مرضه ش: تصوره واضح. فرع: قال ابن عبد السلام: قال محمد: ولو سمى لها في مرضه ثم صح ثم مات لزمه ذلك؛ يريد وإن زاد على صداق المثل. انتهى بلفظه.

ص: أو أسقطت شرطا قبل وجوبه ش: ما حملة عليه ابن غازي مخالف لما سيأتي في قوله في فصل المفقود: / "والمطلقة لعدم النفقة ثم ظهر إسقاطها"، وقد ذكرنا كلام الأصحاب هناك.

ص: وأخت شقيقة أو لأب لا [الأم]¹²⁸⁹ والعمة ش: ما أشار إليه ابن غازي صحيح، ونص ما في رسم الطلاق من سماع القرينين من كتاب النكاح. قال محمد بن رشد: مذهب مالك رحمه الله أن

الحديث

كَالْغَالِطِ بِغَيْرِ عَالِمَةٍ وَإِلَّا تَعَدَّدَ كَالزَّانَا بِهَا أَوْ بِالْمُكْرَهَةِ.

نص خليل

يعتبر في فرض صدق المثل في نكاح التفويض بصدقات نسائها إذا كن على مثل حالها من العقل والجمال والمال، فلا يكون لها مثل صدق نسائها إذا لم يكن على مثل حالها، ولا مثل صدق من لها مثل حالها [إذا¹²⁹⁰] لم يكن لهن مثل نسبها. ثم قال: ونساء قومها اللواتي يعتبر بصدقاتهن أخواتها الشقائق ولأب وعماتها الشقائق أيضا ولأب، ولا يعتبر في ذلك بصدقات أمهاتها ولا خالاتها ولا أخواتها للأم ولا عماتها للأم لأنهن من قوم آخرين. انتهى. وقال في التوضيح بعد نقله هذا الكلام: وقال عبد الوهاب باعتبار عشيرتها وجيرانها، كن عصبة أم لا، خلافا للشافعي في مراعاة العصبة، وينبغي أن يراعى من ذلك العرف، فإن جرى العرف بالنظر إلى صدق الأم وغيرها كما هو في زماننا فيجب اعتباره، وأشار اللخمي وغيره إلى ذلك. انتهى. وقال اللخمي: قال مالك: وليس الرجل يغتفر فقره لقربته كالأجنبي الموسر يرغب في حاله، وقوله هذا يصح مع عدم العادة، فإن كان قوم لهم عادة لا يحطون لفقر وقبح، ولا يزيدون ليسار وجمال حملوا على عادتهم كأهل البادية اليوم. انتهى.

متن الخطاب

ص: كالغالب بغير عالمة وإلا تعدد كالزنا بها أو بالمكرهه ش: تصوره واضح، [وينظر ذلك¹²⁹¹] في التوضيح، والمقصود أن هذا الحكم خاص بالحرّة، وأما الأمة فقال ابن عرفة في كتاب الرهن في وطه المرتهن الأمة المرهونة: وفيها إن وطئها المرتهن فولدت منه حد ولم يلحق به الولد، ولا يعتق عليه إن ملكه وكان رهنا مع أمه، ويغرم ما نقصها وطؤه ولو كانت ثيبا إن أكرهها، وكذا إن طاعته وهي بكر، وإن كانت ثيبا فلا شيء عليه، والمرتهن وغيره في ذلك سواء. الصقلي: الصواب أن عليه ما نقصها وإن طاعته وإن كانت ثيبا، وهو أشد من الإكراه؛ لأنها في الإكراه لا تعد زانية، بخلاف الطوع، فأدخل على سيدها فيها عيبا، فوجب عليه غرم قيمته، ونحوه في كتاب المكاتب أن على الأجنبي ما نقصها بكل حال، ولأشهب إن طاعته فلا شيء عليه مما نقصها، وإن كانت بكرا كالحرّة. انتهى.

وقال في الشامل في باب الرهن في هذا المحل: ويغرم ما نقصها إن أكرهها، وإلا فثالثها الأصح إن كانت بكرا. انتهى. والظاهر ما رجحه ابن يونس. والله أعلم. وانظر أبا الحسن والبيان في كتاب القذف، والحاصل من كلامهم أن عليه ما نقصها في الإكراه مطلقا، وفي الطوع إن/ كانت بكرا على الراجح الذي هو مذهب المدونة وإن كانت ثيبا فرجح ابن يونس أن عليه ما نقصها، وذكر في الشامل أن الأرجح لا شيء عليه، وفهم من كلام المصنف أن من أكره امرأة حرة على الوطء فعليه صداقها، سواء كانت ثيبا أو بكرا، وصرح به في النوادر في كتاب الزنا، وقاله ابن الجلاب أيضا في باب الجنائيات، وأظنه في المدونة. والله أعلم.

فرع: قال في آخر معين الحكام: إذا أكره الرجل على أن يزني بامرأة مكرهة فلها الصداق عليه، فإن كان عديما أخذته ممن أكرهه، ثم لا رجوع لدافعه على الواطئ. انتهى.

518

الحديث

¹²⁹⁰ - في المطبوع وإذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 517 وم 207 ويم 177 والشيخ 292 ملياني 361.

¹²⁹¹ - في المطبوع ويم 175 وينظر في ذلك وما بين المعقوفين من م 207 وسيد 86.

وَجَازَ شَرْطُ أَنْ لَا يَضُرَّ بِهَا فِي عِشْرَةِ [أَوْ¹²⁹² س] كِسْوَةٍ وَنَحْوِهَا.

نص خليل

متن الخطاب

ص: وجاز شرط أن لا يضربها في عشرة وكسوة ونحوهما ش: تصوره واضح.
مسألة: إذا توافق الزوج والمرأة على النكاح على شروط ثم لم يعقدوا في ذلك المجلس، ثم عقدوا في مجلس آخر ولم يذكروا الشروط فهل الشروط الأولى لازمة أم لا؟ انظر النوادر في كتاب الشروط، والمسألة في البيان، وكذا مسألة المرأة تأذن لوليها أن يزوجه على شروط فيزوجها بغير شروط. انظرها فيه. والله أعلم.

فرع: قال في أول رسم من سماع عيسى من كتاب النكاح: إذا تزوج أمة على أنه إن تزوج عليها أو تسرى فأمرها بيد وليها فهلك مولاه فلا شيء بيدها، وتنتقل إلى ورثته، ولو جعل الأمر بيد غير مولاه فهلك فلا ينتقل لورثته، ويرجع الأمر إليها. انتهى بالمعنى. والله أعلم.

فائدة: في الحديث: { لا تسأل المرأة طلاق أختها لتستفرغ صحفتها ولتنكح فإنما لها ما قدر لها¹ } رواه مالك في الموطأ. قال ابن عبد البر: فقه هذا الحديث أنه لا يجوز لامرأة ولا لوليها أن يشترط في عقد نكاحها طلاق غيرها. انتهى. وقوله: غيرها يريد أختها في الدين. قاله الباجي في شرح هذا الحديث في كتاب الجامع. وقال النووي: المراد غيرها، سواء كانت أختها في النسب أو في الإسلام أو كافرة. انتهى. والله أعلم.

فرع: قال ابن سلمون: فإن اشترط أبو الزوجة على صهره أن لا يتزوج عليها فإن فعل فأمرها بيد أبيها ففعل ذلك الزوج، وأراد الأب أن يفرق وأرادت البنت البقاء فلاختيار في ذلك للأب، إلا أن يرى السلطان في ذلك أن الفراق ليس بنظر للبنت فيمنعه، وينظر في ذلك للبنت، فإن كان الزوج جعل ذلك بيد أبيها من غير أن يشترط عليه ذلك الوالد فإن القول في ذلك قول البنت، ويمنع أبوها من الفراق إن أحببت هي البقاء، بخلاف الأول فإنه حق للأب لا يخرج من يده إلا بنظر السلطان.

فرع منه أيضا: قال: فإن التزم لها التصديق بالضرر بغير يمين فقال ابن رشد: اختلف في ذلك، فروى سحنون أنه قال أخاف أن يفسخ النكاح قبل البناء، فإن دخل بها فلا يقبل قولها إلا ببينة على الضرر، وحكى ابن دحون أنه كان يفتي بأن ذلك لا يلزم ولا يجوز إلا بالبينة، ثم قال: ولا اختلاف أنه إذا لم يكن مشترطا في أصل العقد أنه جائز. [أهـ].¹²⁹³

فرع: للرجل السفر بزوجه إذا كان مأمونا عليها. قال ابن عرفة: بشرط أمن الطريق والموضع المنتقل إليه وجري الأحكام الشرعية فيه. انتهى. وظاهر كلام ابن عرفة أنه من عنده، ونص على ذلك ابن الجلاب في باب النفقة إلا شرط جري الأحكام فليس صريحا في كلامه، ونقل في التوضيح كلامه في باب النفقات، وقال البرزلي: الذي استقر عندي من أحوال قرى القيروان حين كنت مقيما بها أنها لا تتناولها الأحكام الشرعية، فلا تمكن الفارة من زوجها من الخروج إلى القرى أو إلى الجبال التي حولها وبلاد هواره مثل برقة. انتهى. فلو كان الطريق مخوفا أو الموضع المنتقل إليه لم يجبرها على السفر، فلو

1- الموطأ، باب جامع في أهل القدر. رقم الحديث 1666، ص 801.

الحديث

¹²⁹² س - وكسوة نسخة.

¹²⁹³ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 518 وم 208 ويم 178 والشيخ 294 مايابى 362.

نص خليل

وَلَوْ شَرَطَ أَنْ لَا يَطَأَ أُمَّ وَلَدٍ أَوْ سُرِّيَّةً لَزِمَ فِي السَّابِقَةِ مِنْهُمَا عَلَى الْأَصَحِّ لَا فِي أُمِّ وَلَدٍ سَابِقَةٍ فِي لَا أُتَسَرَّى وَلَهَا الْخِيَارُ بَبَعْضِ شُرُوطٍ وَلَوْ لَمْ يَقُلْ إِنَّ فَعَلَ شَيْئًا مِنْهَا وَهَلْ تَمَلِكُ بِالْعَقْدِ التُّصَنَّفَ فَزِيَادَتُهُ كَيْتَاجٍ وَغَلَّةٍ وَتُقْصَاةُ لَهُمَا وَعَلَيْهِمَا أَوْ لَا خِلَافٌ.

متن الخطاب

519

رضيت بالسفر معه للموضع المخوف أو الطريق المخوف، وأراد أبوها منعها فهل له ذلك؟ لم أر فيه نصاً، ووقعت وأفقتى فيها بعض المالكية والشافعية بأن له منعها، ويمكن أن يوجه بأنه لما كان الموضع أو الطريق مخوفاً سقط جبر الزوج إياها على السفر وصارت هي المختارة للسفر، وقد صرح في التوضيح في باب الجهاد وغيره بأن للأبوين/ المنع من سفر الخطر والبحر فيكون له المنع، وتوقف والذي فيها، ولكنه مال إلى أن له المنع. والله أعلم.

ص: ولو شرط أن لا يطاء أم ولد أو سرية لزم في السابقة منهما على الأصح لا في أم ولد سابقة في لا أتسرى ش: اعلم أن ابن غازي قال: لفظة لا يتسرى أشد من لفظة لا يتخذ لأن المشهور في لا يتسرى يلزم في السابقة واللاحقة، وفي لا يتخذ يلزم في اللاحقة. قال: وأما "لا يطاء" فهو أشد من لا يتسرى باعتبار ما، فقد قال ابن عات: قال ابن نافع: إنما التسري عندنا الاتخاذ وليس الوطء، فإن وطئ جارية لا يريد اتخاذها للولد فلا شيء عليه، إلا أن يكون شرط إن وطئ جارية فيلزمه. انتهى كلام ابن غازي، بعضه باللفظ وبعضه بالمعنى. فعلى ما قال من أن لفظة لا يطاء أشد من لا يتسرى؛ لكونه يلزم فيها في السابقة واللاحقة أخرى، فيكون قصد المؤلف أنه يلزم في السابقة في لا يطاء فيلزم في اللاحقة من باب أخرى، ولو قال المؤلف ولو في السابقة منهما، أو وإن في السابقة لاتضح، ولكن يحمل على هذا، وأما قوله: "لا في أم ولد سابقة في لا أتسرى" فيكون مشى فيه على قول سحنون القائل بأنه لا يلزمه في السابقة في لا يتسرى، وإنما يلزمه في اللاحقة، ويبقى الكلام على ظاهره من غير تكلف. والله أعلم. وصورة المسألة أنه شرط عتق من يتسرى أو يتخذ أو يطاء فهو؛ -أي العتق- المعني بقولهم لزم أو ما لزم. هذا فرض المسألة في المطولات. والله أعلم.

فرع: من شرط لزوجه أن لا يتسرى معها، قال ابن سلمون: فإن زنى بامرأة فلها أن تأخذ بشرطها؛ لأنها إنما اشترطت عليه أن لا يجامع معها امرأة سواها، فإن تزوج عليها وقد اشترطت عليه التسري فلا يمنع من ذلك، وما جعل لها من بيع السرية غير لازم لأنها بمنزلة الوكيل يعزلها عن ذلك متى شاء، وقيل ليس له عزلها، وكذلك إن قال لها أن تدبرها عليه أو هي صدقة لم يقض عليه بها. انتهى.

520

ص: ولها الخيار ببعض شروط ولو لم يقل إن فعل شيئاً منها ش: يشير/ بهذا إلى أن المرأة إذا اشترطت في عقد الصداق شروطاً على زوجها فإذا فعل بعض تلك الشروط فلها القيام ولو لم يقل الموثق إن فعل شيئاً من ذلك فأمرها بيدها، وإنما قال فإن فعل ذلك، ويشير بلو إلى قول محمد بن العطار أنه إذا لم يقل الموثق إن فعل شيئاً من ذلك فليس لها القيام بفعل الزوج بعض الشروط، وممن نقل المسألة

الحديث

وَعَلَيْهَا نِصْفُ قِيَمَةِ الْمُوْهُوبِ وَالْمُعْتَقِ يَوْمَهُمَا وَيَنْصَفُ الثَّمَنُ فِي الْبَيْعِ وَلَا يَرُدُّ الْعِتْقُ إِلَّا أَنْ يَرُدَّهُ الزَّوْجُ لِعُسْرِهَا يَوْمَ الْعِتْقِ.

نص خليل

على هذا الوجه المتيطي في فصل الشروط، ونصه: وقولنا فإن فعل شيئا من ذلك هو الصواب لقول أبي محمد العطار وغيره من الموثقين إن العاقد إذا قال فإن فعل ذلك ولم يقل شيئا من ذلك فلا يجب لها الأخذ بشرطها حتى يفعل جميع ما عقد عليه اليمين، وإذا قال فإن فعل شيئا من ذلك ففعل فعلا واحدا من الجملة كان لها الأخذ بشرطها، وانتقد ذلك عليه أبو عبد الله محمد بن الفخار وغيره وقالوا الحكم في ذلك سواء، وللمرأة أن تأخذ بشرطها إن فعل واحدا من الجملة في الوجهين جميعا؛ لأن الحنث في الأيمان يقع بفعل البعض قال محمد بن عرفة: وقد قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ﴾ إلى قوله: ﴿وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ﴾ ولم يقل ومن يفعل شيئا من ذلك والسر أنه يستحق العقاب بفعل البعض كما يستحقه بفعل الجميع كذلك يجب للمرأة الأخذ بشرطها وتستحق ذلك بفعل أحد الضررين، كما تستحقه بفعل الضررين جميعا. انتهى. ونقل بعد هذا الكلام عن بعض الموثقين أنه قال إذا كانت الشروط انعقد عليها النكاح فالحكم كما قال ابن الفخار، وإن طاع الزوج بها فالقول قوله مع يمينه. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: وعليها نصف قيمة الموهوب والمعتق يومهما ش: اعلم أن القيمة تتعين في ذوات القيم والمثل في ذوات الأمثال، فإذا وهبت العبد أو أعتقته أو دبرته أو تصدقت به أو أعتقته إلى أجل أو أخدمته إلى غير ذلك مما هو مثل هذا [فتلزم القيمة يوم فعلت فيه هذه الأفعال. انتهى من ابن عبد السلام.¹²⁹⁴]

فرع: قال ابن عرفة: اللخمي: للزوجة التصرف في مهرها بالبيع والهبة والصدقة اتفاقا. انتهى.

ص: ونصف الثمن في البيع ش: قال في الشامل: إن لم تحاب.

ص: ولا يرد العتق إلا أن يرده الزوج لعسرها يوم العتق ش: قال في المدونة: وإن كان عبدا فأعتقته غرمت نصف قيمته يوم العتق ولا يرد العتق معسرة كانت أو موسرة لأنها إن كانت موسرة يوم أعتقت لم يكن للزوج كلام، وإن كانت معسرة يوم العتق وقد علم الزوج فترك ذلك رضا ولو قام حينئذ رده إن شاء إن زاد على ثلثها ولم يعتق منه شيء، قال أبو الحسن الصغير: قال اللخمي: إن لم يعلم الزوج حتى طلقها وهي الآن معسرة وكانت يوم [الهبة¹²⁹⁵] والعتق موسرة مضى وإن كانت معسرة ذلك اليوم إلى اليوم كان له أن يرد هبتها وعتقها وهذا هو المعروف من قوله: وهو مبني على أن النصف مترقب، وأما على القول بأنه بالعقد وجب جميعه فلا رد له ولا مقال؛ لأن مقاله كان قبل الطلاق لحقه في مال الزوجة فزال بالطلاق وصار حقه من أجل الدين وهو طارىء بعد الطلاق. انتهى.

الحديث

¹²⁹⁴ في المطبوع على القول بأنها لا تملك بالعقد ولا النصف قاله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 520 وم 208

ويم 178 والشيخ 295 مايي 363.

¹²⁹⁵ - في المطبوع الجمعة وما بين المعقوفين من ذي ص 520 وم 208 ومايبي 361 ويم 178 والشيخ 295 وسيد 86.

نص خليل

ثُمَّ إِنْ طَلَّقَهَا عَتَقَ النِّصْفُ بِلَا قَضَاءٍ وَتَشَطَّرَ وَمَزِيدٌ بَعْدَ الْعَقْدِ وَهَدِيَّةٌ اشْتَرِطَتْ لَهَا أَوْ لَوَلِيَّهَا قَبْلَهُ وَلَهَا أَخْذُهُ مِنْهُ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ [الْمَسِيئِيس¹²⁹⁶ نَس] وَضَمَانُهُ إِنْ هَلَكَ بَبَيِّنَةٍ أَوْ كَانَ مِمَّا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْهُمَا وَإِلَّا فَمِنْ الَّذِي فِي يَدِهِ وَتَعَيَّنَ مَا اشْتَرَتْهُ مِنَ الزَّوْجِ.

متن الخطاب

والظاهر أن مراده بقوله: "كان له أن يرد هبتها [على المعروف" أي يرد¹²⁹⁷] النصف من ذلك، وهذا ظاهر، وعلى هذا فقول المصنف: "يوم العتق" [متعلق¹²⁹⁸] بعسرها؛ يعني أن تكون يوم العتق معسرة؛ يريد أو كان العبد أكثر من ثلثها فإن الزوج له رد العتق في جميعه كما سيأتي في باب الحجر، قال المصنف: "وله رد الجميع إن تبرعت بزائد" فإذا رد الزوج العتق فلا يعتق من العبد شيء، وكذلك لو كان العبد غير صادق وكان أكثر من ثلثها، ويفهم ذلك من التوضيح، وليس هذا الحكم خاصا بالعتق، بل وكذلك الهبة والصدقة، وأما وقت الرد فلم يفهم من كلامه، ونقول يريد ما لم يعلم به ويسكت. والله أعلم.

521

ص: ثم إن طلقها عتق النصف بلا قضاء/ ش: وانظر هل يكمل عليها إن اختارت عتقه أم لا؟ وقول المصنف: "عتق النصف" يريد والعبد باق بيدها. قاله ابن عبد السلام، قال: وكذا الهبة والصدقة، فلو مات الزوج عتق جميع العبد. فرع: قال ابن عرفة: ولو أعتقت عبدا ولا مال لها غيره فرد الزوج عتقها ثم طلقها أو مات عتق عليها جميعه. انتهى. والله أعلم.

ص: وتشطر ومزيد بعد العقد ش: قال البرزلي في مسائل النكاح: سئل للخمى عمن يزيد في صداق زوجته هل تنتفع بذلك عند موت أو فراق أو فلس أو رجوع عن هبة؟ فأجاب: الزيادة لازمة للزوج، ليس له رجوع عنها، ولها أخذه بذلك ما لم يقع فلس أو موت فتبطل لكونها هبة لم تقبض. قلت: ويتخرج على القول بأن الهبة جائزة غير لازمة أن له الرجوع فيها متى أحب، وعلى مذهب آخر أنها كالبيع لا تبطل مطلقا، وأحفظ هذا عن خارج المذهب، حكاها في القبس. ص: وضمانه إن هلك ببينة أو كان مما لا يغاب عليه منهما ش: يريد أو كان مما يغاب عليه وهو بيد أمين. قاله في التوضيح.

ص: وتعين ما اشترته من الزوج ش: فليس له أن يطلب نصف الأصل، وليس لها هي أن تجبره على نصف الأصل، وإنما يجوز بتراضيها. قاله ابن الحاجب، وقبله في التوضيح، وقال في المتيضية في كتاب الطلاق في فصل طلاق من لم يدخل بها: وإن كانت اشترت به -أي بالصداق- مالا يصلح لجهازها رجع بنصف العين عليها، ولم يكن له في المتاع شيء، إلا أن تكون ابتاعت ذلك من الزوج أو من غيره بإذنه فيكون حكمه حكم ما يصلح لجهازها ويأخذ نصفه، ولا يكون له سواه قاله في المدونة

الحديث

1296 - المس نسخة.

1297 - في المطبوع على المعروف أن يردها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 520 وم 208 ويم 178 والشيخ 296 ما يابى 363.

1298 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 520 وم 208 ويم 178 والشيخ 296 ما يابى 363.

نص خليل

وَهَلْ مُطْلَقًا وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ أَوْ إِنْ قَصَدَتْ التَّخْفِيفَ تَأْوِيلًا وَمَا اشْتَرَتْهُ مِنْ [جَهَازِهَا] ¹²⁹⁹ [نَس] وَإِنْ مِّنْ غَيْرِهِ وَسَقَطَ الْمَزِيدُ فَقَطُّ بِالْمَوْتِ وَفِي تَشْطُرٍ هَدِيَّةٍ بَعْدَ الْعَقْدِ وَقَبْلَ الْبِنَاءِ أَوْ لَا شَيْءَ لَهُ وَإِنْ لَمْ تَفْتُ إِلَّا أَنْ يُفْسَخَ قَبْلَ الْبِنَاءِ فَيَأْخُذُ الْقَائِمُ مِنْهَا لَا إِنْ فُسِخَ بَعْدَهُ رَوَايَتَانِ وَفِي الْقَضَاءِ بِمَا يُهْدَى عُرْفًا قَوْلَانِ وَصُحِّحَ الْقَضَاءُ بِالْوَلِيمَةِ دُونَ أَجْرَةِ الْمَاشِطَةِ وَتَرْجِعُ عَلَيْهِ بِنَصْفِ نَفَقَةِ الثَّمَرَةِ وَالْعَبْدِ وَفِي أَجْرَةِ تَعْلِيمِ صَنْعَةٍ قَوْلَانِ وَعَلَى الْوَلِيِّ أَوْ الرَّشِيدَةِ مَوْنَةُ الْحَمْلِ لِبَلَدِ الْبِنَاءِ الْمُشْتَرَطِ إِلَّا لِشَرْطٍ.

متن الخطاب

وهو بمنزلة ما أصدقها إياه، قال الشيخ أبو عمران: يعني أنها بينت للزوج أنها تشتري ذلك بالصداق، قال بعض القرويين: وقول أبي عمران هذا جيد إذا قبضت صداقها وافترقا من المجلس، ولو اشترت ذلك منه في المجلس لما احتيج إلى بيان أن ذلك من الصداق.
ص: وهل مطلقا وعليه الأكثر أو إن قصدت التخفيف تأويلان ش: الأول تأويل الأكثر كما ذكره، والثاني تأويل القاضي إسماعيل، ورجحه ابن عبد السلام.
ص: وما اشترته من جهازها وإن من غيرها ش: قال في الشامل: إن لم تكن ذات عيب إلا أن يعلم بها، ونقله في التوضيح وأصله للحمي.
ص: وسقط المزيد [فقط بالموت] ¹³⁰⁰ ش: احترز بقوله: "فقط" من الهدية المشترطة في العقد فإنها لا تسقط بالموت، بل [تتكمل] ¹³⁰¹ به أو بالدخول فلها حكم الصداق من كل وجه. قاله في التوضيح والشامل في الكبير.

522

ص: وفي تشطر هدية بعد العقد وقبل البناء أو لا شيء له وإن لم تفت إلا أن يفسخ قبل البناء فيأخذ القائم منها/ لا إن فسخ بعده روايتان ش: الذي حصله ابن رشد في هذه المسألة في ثاني مسألة من سماع أصبغ من كتاب النكاح أن من أهدى لامرأة هدية قبل البناء، ثم طلقها قبله أو بعده فلا رجوع له في هديته وإن كانت قائمة لأنه طلق باختياره، ولو شاء لم يفعل فلا شيء له فيما أعطى، ولم يحك في ذلك خلافا، وأما من لم يجد النفقة فطلق عليه فقال في السماع المذكور: لا يرجع، قال ابن رشد: وهو على أصله في أن ذلك طلاق يجب للمرأة فيه نصف الصداق. قال: وعلى قول ابن نافع الذي لا يرى للمرأة في ذلك شيئا، ويرى الطلاق منه كفرقة الجنون والجذام يكون له أن يرجع في هديته إن كانت قائمة، وأما إذا فسخ النكاح قبل البناء فإنه يرجع في هديته إن كانت قائمة ولو كان النكاح مما يثبت بعد البناء؛ لأن ما أهدى عليه قد بطل كما قال سحنون في جامع البيوع فيمن وضع، من ثمن سلعة باعها بسبب خوف المبتاع تلفها أو خسارته فيها فسلم من ذلك أن له الرجوع بما وضع ومثل سماع يحيى في الأيمان بالطلاق فيمن يؤخذ في الحق بسبب فلا يتم له السبب، ولا بن القاسم في الدميائية لا يرجع بها ولو كان النكاح صحيحا فوجد بالزوجة عيبا يجب

الحديث

¹²⁹⁹ - كسر جيم الجهاز لغة رديئة وبالفتح قرأ القراء كلهم كما في اللسان وشرح القاموس وفي المصباح نحوه.

¹³⁰⁰ - في المطبوع بالموت فقط وما بين المعقوفين من ن عود ص 521 وم 209 ويم 179 والشيخ 296 ما يابى 364.

¹³⁰¹ - في المطبوع تكمل وم 209 والشيخ 297 ما يابى 364 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 521 ويم 179.

نص خليل

وَلَزِمَهَا التَّجْهِيزُ عَلَى الْعَادَةِ بِمَا قَبَضَتْهُ إِنْ سَبَقَ الْبِنَاءُ وَقُضِيَ لَهُ إِنْ دَعَاها لِقَبْضٍ مَا حَلَّ [إِلَّا أَنْ يُسَمَّى شَيْئًا] ¹³⁰² فَلَزِمَ وَلَا تُنْفِقُ مِنْهُ وَلَا تَقْضِي دَيْنًا إِلَّا الْمُحْتَاجَةَ وَكَالدَّيْنَارِ وَلَوْ طُولِبَ بِصَدَاقِهَا لِمَوْتِهَا فَطَالَبَهُمْ بِإِبْرَازِ جَهَازِهَا لَمْ يَلْزَمَهُمْ عَلَى الْمَقُولِ وَلَا بَيِّهَا بِنِعْ رَقِيقٍ سَاقَهُ الزَّوْجُ لَهَا لِلتَّجْهِيزِ وَفِي بَيْنِهِ الْأَصْلَ قَوْلَانِ وَقَبِلَ دَعْوَى الْأَبِ فَقَطُّ فِي إِعَارَتِهِ لَهَا فِي السَّنَةِ بَيِّمِينَ وَإِنْ خَالَفَتْهُ الْابْنَةُ.

متن الخطاب له به ردها فردها به قبل البناء كان له الرجوع في هديته على ما في الصداق من المدونة في الهبة لأجل البيع أنه إذا رد السلعة بعيب رد الهبة أيضا، خلافا لسحنون في قوله: "لا يرجع بالهبة" قال: ولا اختلاف في أنه إذا فسخ النكاح بعد البناء أنه لا شيء له في الهدية وإن كانت قائمة، إلا أن تكون الهدية بعد الدخول والفسخ بحدثان ذلك فله أخذها، وأما إن طال الزمن جدا السنتين والسنتين قبل الفسخ ثم فسخ فلا شيء له، وهذا كله في الهدية التي يتطوع بها الزوج من غير شرط ولا جرى بها عرف، وأما المشترطة فحكمها حكم الصداق في جميع الأحوال، والتي جرى بها العرف أجراها ابن حبيب على القول بوجوب القضاء بها مجرى الصداق يرجع بنصفها في الطلاق، فعلى/ قوله: إن طلق قبل أن يدفعها يلزمه نصفها، وأبطلها مالك عن الزوج في الموت والطلاق، [و] ¹³⁰³ على القول بأنه لا يحكم بها حكمها حكم التي تطوع بها من غير شرط، وقد مضى القول في ذلك. والله الموفق. انتهى بالمعنى مختصرا، وقال في الشامل: "ولا يرجع [بشطر] ¹³⁰⁴ هدية طاع بها بعده" يعني بعد العقد ولو كانت قائمة على الأصح. انتهى.

ص: ولزمها التجهيز على العادة بما قبضته ش: قال البرزلي في مسائل النكاح عن ابن مغيث: إن أبان الزوج زوجته ثم راجعها لم يلزمها أن تتجهز إليه إلا بما قبضت في المراجعة خاصة، وأما بنصف نقدها الذي قبضته قبل البناء فلا. انتهى من أوائله. والله أعلم.

ص: وقبل دعوى الأب فقط في إعارته لها في السنة بيمين وإن خالفته الابنة ش: هو نحو قوله في توضيحه: وإن جهزها -يعني الأب- ولم يصرح بهبة ولا عارية، ثم ادعى أنه عارية عندها فإن قام عن قرب من البناء فالقول قوله مع يمينه، كان ما ادعاه معروفا له أم لا، وسواء أقرت بذلك الابنة أم لا إذا كان فيما ساق لزوجها وفاء بما أعطها سوى هذا الذي ادعاه الأب، وإن بعد فلا قيام له، قال في الواضحة: وليست السنة بطول، وقال غير واحد من المؤثقين: إن قام قبل العام فالقول قوله بغير يمين؛ لأن مثل هذا عرف بين الآباء، وإن قام بعد العام لم يلتفت إلى قوله، وقال أبو إبراهيم إسحاق بن إبراهيم: العشرة أشهر عندي كثير تقطع حجة الأب. انتهى. وزاد ابن عرفة قولين آخرين، وسيأتي كلامه، وما ذكره المصنف من قبول دعوى الأب هو المشهور، ومقابله لابن القاسم في الدميائية

الحديث

¹³⁰² س - إلا أن يسمى شيء نسخة.

¹³⁰³ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 523 وم 209 ويم 179 والشيخ 297 ما يابى 365.

¹³⁰⁴ * - في المطبوع والشيخ 297 بشرط وما بين المعقوفين من م 209 وسيد 87 ويم 179 وما يابى 363.

أنه إنما يصدق في العارية إذا كان له على أصل العارية بينة، قربت المدة أو بعدت، وإلا لم يصدق، قال ابن سلمون في وثائقه: وإذا ادعى الأب العارية فيما جهز به ابنته زائداً على النقد كان القول قوله ما لم يطل ذلك بعد البناء، وليست السنة في ذلك بطول، وفي الدميائية أنه إنما يصدق في ذلك إذا كان له على أصل العارية بينة، وإلا لم يصدق في ذلك قرب أو بعد، والمشهور ما تقدم. انتهى. وأطلق المصنف في الابنة وخصها ابن حبيب بالبكر، قال في التوضيح إثر كلامه المتقدم: ولا يقبل دعوى العارية إلا من الأب في ابنته البكر، وأما الثيب فلا لأنه لا قضاء للأب في مالها. انتهى.

قال ابن رشد: ومثل البكر الثيب التي في/ ولايته قياساً على البكر ومثل الأب الوصي فيمن في ولايته من بكر أو ثيب مولى عليها، وأما الثيب التي ليست في ولاية أبيها فهو في حقها كالأجنبي، وكذا سائر الأولياء غير الأب في البكر والثيب لا يقبل قولهم إذا خالفتهم المرأة أو وافقتهم وكانت سفية، ويقيد أيضاً كلام المصنف بما إذا كان فيما بقي بعد ما ادعاه وفاء بقدر مهرها كما تقدم بيانه في كلام التوضيح وابن سلمون، وأصله لابن حبيب في الواضحة، وأصبح في العتبية، فإن لم يكن فيما بقي وفاء فنقل في الواضحة عن ابن المواز أنه يقبل قوله بيمينه أيضاً، ويحضر ما قبض لها من الصداق، وفصل في العتبية في ذلك فقال إن عرف أصل ما ادعاه له أخذه أيضاً واتبع بوفاء المهر وإن لم يعرف أصله له فإنما يصدق فيما زاد على قدر الوفاء به ويتضح لك جميع ما تقدم بالوقوف على كلام الواضحة والعتبية وكلام ابن رشد عليها.

قال في الواضحة في كتاب النكاح في أثناء ترجمة ما جاء في مهر النساء: وإن ادعى الأب بعض ما جهز به ابنته البكر بعد دخولها على زوجها أنه له وأنه لم يعطها إياه وإنما كان عارية منه لها فالقول قوله مع يمينه إذا كان فيما ساقطت الابنة إلى زوجها وفاء بما أعطها سوى هذا الذي يدعيه الأب عرف ذلك له قبل ذلك أو لم يعرف. أقرت الابنة أو لم تقر ما لم يطل زمان ذلك جداً، ولا أرى السنة طولاً. قال: ولا يكون القول قوله في ابنته الثيب لأن مالها في يدها وفي ولايتها ولا قضاء للأب فيه ولا قول وهو في ذلك بمنزلة الأجنبي في مال الأجنبية وكذلك [الوصي]¹³⁰⁵ مع البكر والثيب هو بمنزلة الأب أي وهو كالأجنبي مع الثيب فقط، وهكذا أوضح لي من كاشفت عنه من أصحاب مالك، وإن لم يكن فيما ساقط بعد دعواه العارية كفافاً لما أصدق الزوج حلف الأب أنه عارية وكان على سبيل العارية وعلى الأب أن يحضر ما قبض لها من الصداق غير العارية، وقد ذكره ابن المواز. انتهى. وقوله: كالأجنبي في مال الأجنبية يقتضي أنه إذا ثبت أن أصل ذلك المال له فيكون له أخذه وهو ظاهر. والله أعلم.

وقال في العتبية في المسألة الرابعة عشرة من سماع أصبغ من كتاب النكاح: قلت: يعني لابن القاسم فلو زوج ابنته وهي بكر رجلاً فأدخلها عليه ومضى لدخولها حينئذ، ثم قام الأب فادعى بعض ما جهزها به، وزعم أنه إنما كان عارية منه ليجملها به وصدقته الابنة أو أنكرت ما ادعى، وزعمت أنه لها ومن جهازها فإن القول قول الأب إذا قام بحدثان ما ابتنى الزوج بها وليس

للزوج مقال والأب مصدق ولا يلتفت إلى إنكار الابنة في ذلك ولا إقرارها؛ لأن هذا من عمل الناس معروف ذلك من شأنهم يستعيرون المتاع يتجملون به، ويكثرون بذلك الجهاز إذا كان فيما بقي من المتاع وفاء بالمهر، فإذا كان هذا فليس للزوج مقال، وسواء كان ذلك المتاع معروفاً أصله للأب أو غير معروف، هو فيه مصدق إذا كان فيما بقي وفاء بالمهر.

متن الخطاب

قلت: فإذا كان قيام الأب بحدثان دخول زوجها بها، وكان أصل المتاع معروفاً للأب، وليس فيما بقي من الجهاز ما فيه وفاء بالمهر قال: فهو للأب إذا عرف أصله له ويتبع الزوج الأب بوفاء الصداق حتى يتم له من الجهاز لابنته ما فيه وفاء بما أصدقها، قال ابن رشد: فإن الأب مصدق فيما ادعى مما جهز به ابنته أنه كان عارية منه لها بشرطين: أحدهما أن يكون ذلك بحدثان البناء، والثاني أن يكون فيما بقي بعد ما ادعاه وفاء بالمهر؛ يريد أنه مصدق في ذلك مع يمينه كذا قال ابن حبيب وزاد فقال: ولا أرى السنة فيه طولا، وهذا في الأب خاصة في ابنته البكر، وأما في الثيب وفي وليته البكر أو الثيب فلا، وهو فيها كالأجنبي، وقاله بعض أصحاب مالك.

فأما إيجاب اليمين في ذلك على الأب فصحيح، ولا يقال إن اليمين تسقط عنه من أجل أن الوالد لا يحلف لولده؛ إذ ليس ذلك حكماً عليه باليمين، وإنما هو حكم له به، إن شاء أن يأخذ ويحلف حلف وأخذ، وإن شاء أن يترك ترك، وإنما خص بذلك الأب في البكر لأنها في ولايته ومالها في يديه، فعلى قياس هذا يكون في الثيب إذا كانت في ولايته بمنزلته في البكر ويكون الوصي فيمن إلى نظره من اليتامى الأبكار والثيب بمنزلته أيضاً، ويحمل قوله: "وأما في الثيب" أنه أراد بها الثيب التي لا ولاية له عليها، وقوله: "إذا ادعى الأب بحدثان البناء وفيما بقي وفاء بالمهر فليس للزوج فيه مقال" كلام صحيح؛ لأنه إذا لم يكن فيما بقي وفاء بالمهر فإنما يصدق فيما زاد على قدر الوفاء به بخلاف [ما¹³⁰⁶] إذا عرف أصل المتاع له؛ لأنه إذا عرف أصل المتاع له فيأخذه ويتبع بوفاء المهر؛ إذ من حقه أن يجهز زوجته به إليه. انتهى. واقتصر ابن عرفة على نقل كلام العتبية وكلام ابن رشد عليها، وقال بعد قول ابن رشد: فعلى قياس هذا يكون في الثيب إذا كانت في ولايته بمنزلته في البكر ويكون الوصي فيمن إلى نظره من اليتامى الأبكار والثيب بمنزلته.

525

قلت: كقولها -يعني المدونة- في حوزة لها ما وهبه لها، ثم قال: وذكر المتيطي قول ابن حبيب، وقال بعض الموثقين: يكون للأب ما وجد من ذلك، ولا شيء على الابنة فيما فوتته من ذلك أو امتهنته أو زوجها معها ولا ضمان عليه [لتملك¹³⁰⁷] الأب ذلك، وقال غير واحد من الموثقين: إن قام قبل مضي عام من يوم بنائه قبل [قوله¹³⁰⁸] دون يمين لأنه عرف من فعل الآباء، وإن قام بعد عام سقط قوله، وقال أبو إبراهيم: إسحاق بن إبراهيم قول ابن القاسم القول قول الأب ما لم تثبت الابنة أو زوجها مضي السنة ونحوها. قال: والعشرة أشهر عندي كثير تسقط دعوى الأب، وقال في موضع آخر

الحديث

¹³⁰⁶ - ساقطة من المطبوع وم 210 والشيخ 299 ما يلى 367 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 525 وم 180.

¹³⁰⁷ - في المطبوع لتملك والشيخ 300 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 525 وم 210 وم 180 ما يلى 367.

¹³⁰⁸ - في المطبوع دخوله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 525 وم 210 وم 180 والشيخ 300 ما يلى 367.

إن طلب الأب الشورة بعد ثلاثين يوما من بنائها حلف على دعواه عاريته، وأخذ ما حلف عليه، قال بعض الموثقين هذه المسألة في سماع أصبغ ابن القاسم، قال فيه: إن قام بحدثان بنائها صدق، ولفظ التصديق عند شيوخنا إن وقع مبهما اقتضى نفي اليمين، ولم يحد في سماع أصبغ مدة القرب، إلا أن الشيخ أبا إبراهيم جليل في العلم والورع ممن يلزمنا الاقتداء به، قال أبو إبراهيم: وادعاء الأب لما في يد ابنته من الأمور الضعيفة التي [ليس لنا فيها إلا¹³⁰⁹] الاتباع لسلفنا، ولولا ذلك [لكان¹³¹⁰] الوجه عدم خروج ما بيدها إلا بما تخرج [به سائر¹³¹¹] الحقوق، ولا سيما ما بيد البكر.

قلت: قوله: "ليس فيه إلا الاتباع" [يرد¹³¹²] بما استدل به ابن القاسم من العرف، ولا يخفى وجوب العمل بالعرف على مثل الشيخ أبي إبراهيم كدلالة إرخاء الستور ونحوه، وأجاب ابن عات في أب ادعى أن نصف ما شور به ابنته البكر عارية له بعد أربعة أعوام من بنائها أنه غير مصدق في دعواه، ابن سهل: وكذا الرواية عن مالك وابن القاسم وغيرهما في الواضحة والعتيبة وغيرهما، ولا خلاف أعلمه فيها، وجواب ابن القطان أن الأب مصدق فيما زاد على قدر النقد من ذلك خطأ، زاد المتيطي: قال بعض شيوخنا: الذي في الرواية إذا قام بعد طول مدة، فلم ير ابن القطان هذه المدة طولاً.

قلت: لعله نحا بها منحى مدة الحيازة، ففي بطلان دعواه العارية بسنة أو بها أو نحوها بدلا منها، ثالثها بعشرة أشهر، ورابعها بما زاد على سنة، وخامسها لا تبطل بأربعة أعوام للمتيطي عن غير واحد من الموثقين وأبي إبراهيم عن ابن القاسم واختياره، ودليل قول ابن حبيب وابن القطان. اهـ. كلام ابن عرفة بلفظه. وقوله: "بدلا منها" أي من السنة؛ يعني لا بمجموعها، فمضي السنة أو نحو السنة كاف في بطلان دعواه العارية، ونبه به خشية توهم تكراره مع القول الرابع؛ وهو قول ابن حبيب القائل بأن بطلان دعواه إنما يكون بما زاد على السنة، إلا أن ابن عرفة لم يتعرض لبيان مقدار الزيادة، وقال البرزلي بعد قول ابن حبيب: وليست السنة في ذلك طولاً.

قلت: ذكر هنا أن السنة قريب، ومفهومه أن أكثر منها طول، وهي تجري على مسألة الشفعة، فيكون الخلاف في مقدار زيادة الأشهر كالثلاثة ونحوها مما يصيرها طولاً. انتهى.

تنبيهات: الأول: علم مما تقدم في/ كلام صاحب التوضيح وكلام ابن عرفة أن قول غير واحد من الموثقين مخالف لقول ابن حبيب، وأن الفرق بينهما أن الأب لو قام بدعوى العارية بعد كمال السنة لم تقبل [دعواه¹³¹³] عند غير واحد من الموثقين، وتقبل بيمين عند ابن حبيب، ولا تبطل إلا بالزيادة على السنة، وحمل الشارح قول المصنف: "في السنة" على قول غير واحد من الموثقين، وجعله موافقا لقول

¹³⁰⁹ - ساقطة من المطبوع وم 210 ويم 180 والشيخ 300 ما يابى 367 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 525.

¹³¹⁰ - في المطبوع كان وم 210 والشيخ 300 ما يابى 367 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 525 ويم 180.

¹³¹¹ - في المطبوع به في سائر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 525 وم 210 وسيد 87 والشيخ 300 وما يابى 365.

ويم 178.

¹³¹² - في المطبوع يريد وأي 367 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 525 وم 210 ويم 180 والشيخ 300.

¹³¹³ - في المطبوع ودعواه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 526 وم 210 ويم 181 والشيخ 301 ما يابى 368.

ابن حبيب، ونصه: وما ذكره من أن القرب سنة أي فأدنى ذهب إليه غير واحد من الموثقين، وحكاه في النوادر عن ابن حبيب، وقال أبو إبراهيم: العشرة الأشهر عندي تقطع حجة الأب. اهـ. وما [حكاه¹³¹⁴] للنوادر عن ابن حبيب هو قوله المتقدم: "وليست السنة في ذلك بطول" وما ذكره من التوفيق بين القولين مخالف لما تقدم، وقول المصنف: "في السنة" ظاهره يقتضي أنه قول غير واحد من الموثقين كما قاله الشارح، وقوله: "بيمين" هو قول ابن حبيب، فلعله مشى على قبول الدعوى في السنة على قولهم، وفي إيجاب اليمين على قول ابن حبيب. فتأمل. والله أعلم.

الثاني: قال الشارح في حل قول المصنف: "وقبل دعوى الأب" ما نصه: أي إذا ادعى أن الذي دخلت به عارية له أو لغيره فإنه يصدق إن قام بقرب البناء مع يمينه. انتهى. فقوله: "عارية له أو لغيره" صريح في أنه لا فرق فيما يدعي الأب إعارته لها بين أن يدعي أنه ملك له أو لغيره، ويعضده قول العتبية المتقدم؛ لأن هذا من عمل الناس، معروف ذلك من شأنهم، يستعيرون المتاع فيتجملون به ويكثرون بذلك الجهاز. انتهى. فتأمل. والله أعلم.

الثالث: ذكر البرزلي في مسائل النكاح عن ابن عرفة أنه أفتى بأن الأم كالأب، قال: فعارضته بقول ابن حبيب، وذكر كلام ابن حبيب المنقول عن الواضحة فوقف في المسألة وأرشد إلى الصلح فوق الصلح مع الزوج، والصواب على ما وقع هنا أن لا مقال لها، إلا أن تكون وصية، أو على ما قال في المدونة إنه استحسّن أن توصى بولدها في المال اليسير كالستين دينارا فيكون القول قولها في هذا القدر، أو يرى أن الأم بخلاف غيرها بدليل جواز اعتصارها ما وهبته في حياة الأب بشرطه. انتهى. ونقل صاحب المسائل الملقوطة عن إملاء الأقفهي مثل ما قال البرزلي إنها ليست كالأب، ونصه: ومن إملاء القاضي جمال الدين الأقفهي: إذا ادعى الرجل أن جهاز ابنته عارية قبل السنة فله ذلك بيمين، وأما بعد السنة فإن أشهد عليها بذلك فهو له، وإن لم يشهد فليس له ذلك، إلا أن تصادقه على ذلك، فيكون من ثلثها لحق الزوج، ولا تصدق الأم لا قبل السنة ولا بعدها. انتهى. لكن قول الأقفهي في الأب: "فإن أشهد عليها بذلك" إلى آخر كلامه يقتضي أن الضمير في قوله [عليها¹³¹⁵] يعود على الابنة، واشتراط الإشهاد على الابنة بالعارية هو قول ابن القاسم في الدميائية المتقدم ذكره، وسيأتي أيضا عن ابن رشد وغيره في القولة التي بعد هذه في شرح قول المصنف: "لا إن بعد ولم يشهد" أن قول الدميائية مخالف للمشهور، وأن [المشهور انتفاع¹³¹⁶] الأب بالإشهاد بالعارية فقط ولو لم تعلم الابنة بالإشهاد بها، ويمكن أن يعود الضمير في "عليها" للعارية، وهو الأولى ليوافق المشهور. فتأمل. والله أعلم.

¹³¹⁴ - هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع (عزاه) وهو الذي في يم 181 والشيخ 301 وما يابى 368 وم 210.

¹³¹⁵ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م 211 وما يابى 366 والشيخ 303 ويم 179 وسيد 87.

¹³¹⁶ - في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص 526 وم 211 ويم 181 والشيخ 302 وما يابى 368.

لَا إِنْ بَعْدَ وَلَمْ يُشْهَدْ فَإِنْ صَدَّقْتَهُ فَفِي ثُلُثِهَا وَاحْتَصَّتْ بِهِ إِنْ أُوْرِدَ [بَيِّنَتُهَا¹³¹⁷] نَسْ أَوْ أَشْهَدَ لَهَا أَوْ اشْتَرَاهُ الْأَبُ لَهَا وَوَضَعَهُ عِنْدَ كَأَمَّهَا وَإِنْ وَهَبَتْ لَهُ الصَّدَاقَ أَوْ مَا يُصَدِّقُهَا بِهِ قَبْلَ الْبِنَاءِ جُبِرَ عَلَى دَفْعِ أَقْلِهِ وَبَعْدَهُ أَوْ بَعْضُهُ فَالْمَوْهُوبُ كَالْعَدَمِ.

نص خليل

ص: لا إن بعد ولم يشهد وإن صدقته ففي ثلثها ش: تقدم في كلام الواضحة أن القول قول الأب ما لم يطل زمان ذلك جدا، وقال في التوضيح: قال بعض الموثقين: فإن كان قيام الأب على بعد من البناء والأصل له معروف/ أم لا، ثم قام فليس له ذلك، وهو للابنة بطول حيازتها، ولا ينفعه إقرار الابنة إذا أنكر ذلك الزوج. ابن الهندي: إلا أن تكون خرجت من ولاية أبيها فيلزمها الإقرار في ثلثها، وللزوج [مقال¹³¹⁸] فيما زاد على الثلث. انتهى. وما عزاه في التوضيح لبعض الموثقين نحوه لأصيح عن ابن القاسم في العتبية، ونصه إثر كلامه المتقدم في القولة التي قبل هذه: قلت: يعني لابن القاسم فإن طال الزمان، ثم قام الأب يدعي ذلك وفيما بقي بعد ما ادعى وفاء بالمهر وكان الأصل معروفا أو غير معروف كانت الابنة مقرة أو منكرة قال: إذا لم يعرف أصل المتاع له وطالت حيازتها للمتاع الزمان الطويل فأرى للزوج في هذا مقالا، ولا أرى الأب فيه مصدقا إذا جاء مثل هذا من الطول والبعد، وأراه لها بطول حيازتها. قلت: فإن كانت مقرة بأن المتاع للأب، ولم تنكر ما ادعى الأب من ذلك؟ قال: لا يجوز إقرارها إذا بلغ هذا الحد من الطول لأن إقرارها هنا عطية مبتدأة، ولا يجوز إقرارها إذا رد عليها ذلك زوجها وإن كان فيما يبقى بعد ذلك وفاء بالمهر. قلت: فإن عرف أصل المتاع للأب؟ قال: عرف أصله له أو لم يعرف فطول حيازتها له هذا الزمان يقطع دعوى الأب إذا أنكر الزوج والمرأة. قال ابن رشد: قوله إن للزوج فيه مقالا فيه نظر؛ إذ لا كلام للزوج فيما دون الثلث من مالها إلا على وجه الحسبة لكونها مولى عليها لا تجوز عطيتها في شيء من مالها لأبيها ولا لغيره، وقوله: "إن طول حيازتها يقطع دعوى الأب إذا أنكر الزوج" معناه إذا أنكر بالحسبة؛ إذ ليس له معنى يذكر له سوى ذلك، وفي قوله: "إذا أنكر الزوج أو المرأة" دليل على أنهما لو لم ينكرا وسلمتا جميعا ورضيا لجاز ذلك للأب، وهو بعيد إلا أنه دليل الخطاب، وقد اختلف في القول به فلا ينبغي أن يعمل به. انتهى. وحاصله أنه إذا بعد ولم يشهد فلا يقبل قوله إذا كذبت الابنة، وكذا إن صدقته وكانت سفيهة، وإن كانت رشيدة وصدقته ففي ثلثه إذا [كان¹³¹⁹] على وجه العطية، وإن لم يكن على وجه العطية فقال القرافي في الذخيرة في كتاب الحجر: قال في النوادر: قال عبد الملك: إذا أقرت في الجهاز الكثير أنه لأهلها جملوها به والزوج يكذبها فإن لم يكن إقرارها بمعنى العطية [نفذ،¹³²⁰] أو بمعنى العطية رد إلى الثلث. انتهى. وإذا كان هذا في أهلها فأحرى الأجانب. والله

متن الخطاب

527

الحديث

¹³¹⁷ ن - بيتها نسخة.¹³¹⁸ - في المطبوع فقال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 527 وم 211 ويم 181 والشيخ 302 ماي 368.¹³¹⁹ * - في المطبوع كانت وما بين المعقوفين من م 211 ويم 181 وسيد 87.¹³²⁰ * - في المطبوع نقدا وما بين المعقوفين من م 211 ويم 181 وسيد 87.

متن الخطاب

528

أعلم. وفهم من قول المصنف: "ولم يشهد" أنه لو أشهد نفعه ذلك وإن طال الزمان، وظاهره سواء أشهد على العارية أو على أصل العارية، وهو كذلك على المشهور، وهو ظاهر إطلاق كلامه في التوضيح أيضاً، ونصه: لو أشهد أن الذي شور ابنته به إنما هو على وجه العارية نفعه ذلك، وله أن يسترده متى شاء ولو طال ذلك. انتهى. ومقابل المشهور قول الدميائية المتقدم، قال ابن رشد إثر كلامه المتقدم: وفي الدميائية لابن القاسم أن الأب إنما يصدق فيما/ ادعى من جهاز ابنته بعد البناء أنه عارية لها وإن كان فيما بقي وفاء بالمهر إذا كان على أصل العارية بينة، والمشهور ما تقدم في المسألة قبل هذه أنه مصدق إذا أشهد على العارية وإن طال الأمر إذا كان فيما بقي وفاء بالمهر، وإن لم يكن فيما بقي وفاء به صدق فيما زاد على قدر الوفاء به. انتهى كلام ابن رشد.

والفرق بين الإشهاد على العارية والإشهاد على أصل العارية أن الإشهاد على العارية لا يشترط فيه علم الابنة بالإشهاد، بل إذا أشهد الأب بالعارية فقط نفعه ذلك، علمت الابنة به أم لا، والإشهاد على أصل العارية هو الإشهاد على الابنة بالعارية، ويتضح لك ذلك بالوقوف على المسألة التي أشار إليها ابن رشد وكلامه عليها، ونصها: قال أصبغ: سئل ابن القاسم عن الرجل يزوج ابنته ويخرج جهازا وشوارا فيقول أشهدكم أن هذا عارية في يد ابنتي ولم يروا البنت ولم تحضر، فطلب الأب المتاع والشورة بعد ذلك، فلم يقدر عليه عند ابنته وقد شهد الشهود أنه أدخله بيت زوجها، فقال: إن كانت بكرا وقد علمت بالعارية فلا ضمان عليها، إلا أن يكون هلاكه يوم هلك بعد أن رضي حالها فهي ضامنة له، إلا أن يكون [طريقها] ¹³²¹ من ذلك أمر من الله عز وجل تقيم عليه بينة، وإن لم تكن علمت بذلك فلا شيء [عليها] ¹³²² أصلاً، وإن حسنت حالها أو كانت ثيباً فعلمت بذلك فهي ضامنة له، وإن لم تعلم فلا ضمان على واحد منهما البكر والثيب فيما لم تعلم ولم تقبله على وجه العارية، وقاله أصبغ، ولا شيء على الزوج في هذا كله إذا لم يستهلك هو شيئاً من ذلك استهلاكاً، وهذا فيما يفضل عن صداقها وجهازها مما لم تجهز به من صداقها ولا عطية أبيها لها.

قال ابن رشد: قوله إنه لا ضمان على الابنة فيما جهزها به الأب من المتاع وأشهد أنه عارية عندها إذا لم تعلم بالإشهاد ولم تقبله على وجه العارية صحيح؛ إذ ليس لأحد أن يضمن أحداً ضمان ما لم يلتزم ضمانه، وحسبه أن ينفعه الإشهاد في استرجاع متاعه وإن طال زمان ذلك عند الابنة. انتهى. وبالله التوفيق. ونقله ابن عرفة، وقال البرزلي: ولا بن فتحون في وثائقه: إذا ساق سوى نقدها من أسباب وأورده فلا يخلو إما أن يصرح بالهبة أو العارية، أو يسكت، فالأول لا [مقال] ¹³²³ له في استرجاعه للملكه، والثاني له أن يسترجعه متى شاء، طال الزمان أو قصر، فإن أتلفته في هذا القسم في حال سفهها فلا ضمان عليها وإن أتلفته بعد رشدتها ضمنته وهذا إذا أشهد بالعارية أو علمت بها، فإن لم يكن واحد منهما فلا ضمان

الحديث

1321- هكذا في ن ذي ص 528 وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع (طرقها) وهو الذي في م 211 ويم 182 والشيخ 303 وما يابى 369.

1322- في المطبوع لها وما بين المعقوفين من ن عود ص 528 وم 211 ويم 182 والشيخ 303 وما يابى 369.

1323- في المطبوع فقال وما بين المعقوفين من ن عود ص 528 وم 211 والشيخ 304 وما يابى 369.

إِلَّا أَنْ تَهَبَهُ عَلَى دَوَامِ الْعِشْرَةِ كَعَطِيَّتِهِ لِذَلِكَ فَفُسِّخَ وَإِنْ أَعْطَتْهُ سَفِيهَةً مَا يَنْكِحُهَا بِهِ ثَبَتَ النِّكَاحُ وَيُعْطِيهَا مِنْ مَالِهِ مِثْلَهُ وَإِنْ وَهَبَتْهُ لِأَجْنَبِيٍّ وَقَبَضَهُ ثُمَّ طَلَّقَ اتَّبَعَهَا وَلَمْ تَرْجِعْ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ تُبَيِّنَ أَنَّ الْمُؤْهُوبَ صَدَاقٌ وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْهُ أَجِيرَتْ هِيَ وَالْمُطَلَّقُ إِنْ أَيْسَرَتْ يَوْمَ الطَّلَاقِ.

نص خليل

عليها وإن كانت رشيدة والتفريط جاء من قبل الأب، والثيب مثلها، ولا شيء على الزوج في الوجهين إذا لم يكن استهلكه رواه أصبغ عن ابن القاسم، وقال ابن عبد الغفور: وإن أشهد عند البناء أنه عارية كان القول قوله وإن طال زمانه، ولا ينظر إلى أصل المتاع، عرف للأب أو لم يعرف، وليس له أن يأخذ إلا ما وجدته، ولا يتبعها بما لبست أو أتلفت لأنها في ولاية أبيها، وهو الذي سلطها عليه، ولابن القاسم في الدميائية أن الأب إنما يصدق فيما ادعى من جهاز ابنته بعد البناء أنه عارية له ولو كان فيما بقي وفاء بالمهر إذا كان على أصل العارية بينة، والمشهور ما في العتبية، وانظر سماع أصبغ من الشرح. انتهى. ويشير بذلك لكلام العتبية المتقدم وكلام ابن رشد عليها.

متن الخطاب

تنبيهان: الأول: تحصل مما تقدم أن [إشهاد¹³²⁴] الأب على العارية ينفعه في استرجاع متاعه وإن طال الزمان على المشهور، والبكر والثيب مع الإشهاد في ذلك سواء، ولا ضمان عليها فيما تلف، إلا أن تعلم المالكة منهما لأمرها بالعارية فتضمن ما تلف، قال ابن سلمون: وحكم سائر الأولياء في الإشهاد حكم الأب، ونصه: "وإن كان أشهد حين التجهيز [بأن¹³²⁵] ذلك منه عارية كان القول قوله وإن طال الزمان، ويكون له أخذ ما وجد من ذلك، ولا ضمان على الابنة فيما تلف من ذلك ولا على زوجها، قال في سماع أصبغ: فإن أشهد على الشورة أنها عارية قبل الدخول، ثم قام يطلبها كان له ذلك وإن كانت/ثيبا، وعلى هذا يكون حكم سائر الأولياء كذلك مع الإشهاد، وإن تلف شيء من ذلك لم يكن عليها شيء، إلا أن تعلم المالكة لأمرها أن ذلك عارية فتضمن ما تلف. انتهى.

529

الثاني: نقل البرزلي عن فتوى أشياخه أن حكم الإشهاد بعد الدخول في المدة التي يقبل فيها دعوى الأب العارية حكم الإشهاد قبل الدخول، ونصه بعد كلام ابن عبد الغفور المتقدم: قوله: "يصدق في العارية إذا أشهد عند البناء بها" يريد وكذلك بعده فيما يقبل دعواه فيه العارية كذلك كان أشياخنا يفتنون به. انتهى. وقوله: "فيما يقبل دعواه فيه العارية" يفهم منه اختصاص الانتفاع بالإشهاد بعد الدخول [بالأب¹³²⁶] والوصي في البكر أو الثيب المولى عليها والأم على فتوى ابن عرفة، وهو ظاهرها. والله أعلم.

ص: إلا أن تهبه على دوام العشرة كعطية لذلك ففسخ ش: قال في أواخر كتاب الجامع من البيان في سماع عبد الله ابن عمر بن غانم وسئل ابن كنانة عن الرجل يقول لامرأته إن لم تضعي عني مهر ك فأننت طالق إن لم أتزوج عليك فتضع ذلك عنه هل ترى ذلك حلالا؟ قال: لا لأنه خيرها بين أن

الحديث

1324- في المطبوع والشيخ 304 شهادة وما بين المعقوفين من م 212 وسيد 88 ويم 182 وما يابى 367.

1325- في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 528 وم 212 ويم 182 والشيخ 304 ما يابى 370.

1326- في المطبوع فالأب وما بين المعقوفين من م 212 وسيد 88 والشيخ 305 ويم 182 وما يابى 367.

وَأِنْ خَالَعَتْهُ عَلَى كَعْبِدٍ أَوْ عَشْرَةٍ وَلَمْ تَقُلْ مِنْ صَدَاقِي فَلَا نِصْفَ لَهَا وَلَوْ قَبَضَتْهُ رَدَّتْهُ لَا إِنْ قَالَتْ طَلَّقَنِي عَلَى عَشْرَةٍ أَوْ لَمْ تَقُلْ مِنْ صَدَاقِي فَنِصْفُ مَا بَقِيَ وَتَقَرَّرَ بِالْوُطْءِ.

تضع عنه مهرها، وبين أن يضرها، وإنما قال الله تعالى: ﴿فَإِنْ طَبِنَ لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ قال ابن رشد: قوله إن ذلك لا يحل له بين إن لم تضع ذلك له عن طيب نفس، وإنما وضعته عنه مخافة أن يلزمها الطلاق إن لم يضرها بالتزويج عليها [فتلزمها]¹³²⁷ الوضعية ويقضى عليها بها، ولا يكون لها الرجوع فيها إن طلقها أو تزوج عليها، بمنزلة أن لو قال لها أنت طالق إن لم تضعني عني مهر ك فوضعت عنه، فلما وضعته طلقها، ويؤمر أن يستحلها من ذلك أو يرده عليها من غير قضاء يقضى به عليه، ولو سألها أن تضع عنه صداقها دون أن يحلف على ذلك بالطلاق فلما وضعته عنه طلقها بحدثان ذلك كان لها أن ترجع عليه بما وضعت عنه؛ لأنها إنما وضعت عنه ذلك رجاء استدامة العصمة، فلما لم يتم لها المعنى الذي وضعت الصداق عنه بسببه وجب لها الرجوع به، والذي قال لزوجته أنت طالق إن لم تضعني عني صداقك، أو أنت طالق إن لم تضعني عني صداقك لا تزوجن عليك فوضعت عنه ليس لها أن ترجع فيه وإن طلقها بفور ذلك أو تزوج عليها؛ لأن الذي وضعت عليه الصداق قد حصل لها وهو سقوط اليمين عنه بطلاقها أو بطلاقها إن لم يتزوج عليها، فلو شاءت نظرت لنفسها وقالت له لا أضع عنك الصداق إلا على أن لا تطلقني بعد ذلك ولا تتزوج علي، وقد مضى هذا المعنى في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب طلاق السنة. انتهى.

وقال في التوضيح في فصل الخلع: فرع: وإذا أعطته مالا على أن يمسكها، ثم فارقتها عاجلا فقالوا لها الرجوع، وأما إن كان بعد طول فحيث يرى أنها بلغت غرضها لم ترجع، ولو طال ولم يبلغ ما يرى أنها دفعت المال لأجله كان له من المال بقدر ذلك على التقريب فيما يرى، وهكذا قال مالك فيمن أسقطت صداقها عن زوجها على أن لا يتزوج عليها فطلقها بحضرة ذلك: إن لها الرجوع، وإن طلقها بعد ذلك بحيث يرى أنه لم يطلقها لذلك لم ترجع. أصبغ: إلا أن يكون الطلاق بحدثان الإسقاط ليمين نزلت ولم يتعمد ولم يستأنف يمينا فلا شيء عليه، ورأى اللخمي أن لها الرجوع ولو كان الطلاق ليمين نزلت ولم يتعمد. انتهى. وقال: ولو أعطته على أن لا يتزوج عليها فتزوج رجعت ولو تأخر تزويجه. انتهى. وما ذكره المصنف هنا ليس بتكرار في الظاهر لقوله المتقدم: "إلا أن تسقط ما تقرر بعد العقد" لأنه تكلم هناك على جوازه وهنا على الرجوع. والله أعلم.

ص: وإن خالعتة على كعبد أو عشرة ولم تقل من صداقي فلا نصف لها ولو قبضته ردتته لا إن قالت طلقني على عشرة أو لم تقل من [الصداق]¹³²⁸ فنصف ما بقي ش: يعني إذا خالعتة على عبد أو شيء تعطيه من مالها فلا نصف لها، [وتقدير]¹³²⁹ كلامه وإن خالعتة على كعبد فلا نصف لها ولو قبضته ردتته، وهذه المسألة هي التي قال ابن الحاجب فيها: ولو خالعتة على عبد أو

¹³²⁷ - في المطبوع فتلزمه وما بين المعقوفين من ن عود ص 529 وم 212 ويم 182 والشيخ 305 مايبي 370.

¹³²⁸ - (صداقي) نسخة.

¹³²⁹ - في المطبوع وتقدم وما بين المعقوفين من ن ذي ص 530 وم 212 ويم 182 والشيخ 305 مايبي 371.

شيء تعطيه لم يبق لها طلب بنصف الصداق على المشهور. انتهى. ومعنى قوله: "أو عشرة ولم تقل من [صداقي] أي وإن خالعه على¹³³⁰ عشرة؛ أي قالت خالعهني على عشرة ولم تقل من صداقي فلا نصف لها، ولو قبضته رده، فقوله: "ولم تقل من صداقي" هو متعلق بقوله: "أو عشرة"، وما ذكره المصنف في هذه المسألة هو قول ابن القاسم، وقال أشهب لها نصف الصداق، ولما [أن]¹³³¹ مشى المصنف على قول ابن القاسم، وكانت هذه تشبه ما إذا خالعهني على عبد أو شيء تعطيه جمعهما للاختصار. انتهى. وكذا قال في التوضيح لما فرغ من توجيه قول ابن القاسم، وعلى هذا فهذه المسألة بمنزلة ما إذا خالعهني على عبد أو شيء. انتهى. وما مشى عليه المؤلف مخالف لما مشى عليه ابن الحاجب، فإنه مشى على قول أشهب، وأما قوله: "لا إن قالت طلقني إلى آخره" فيعني به أن قولها طلقني ليس [هو]¹³³² كقولها خالعهني، بل هو مخالف له، [ولها]¹³³³ نصف ما بقي. هذا معنى كلامه، أما كون طلقني مخالفا لخالعهني فلا شك فيه.

وأما قوله: "لها نصف ما بقي" فلم أره منقولاً في التوضيح ولا للخصي الذي نقل عنه في التوضيح، وإنما لها النصف من أصل الصداق ويقاصها بعشرة، وقد عقد للخصي لهذه المسألة فصلاً في التبصرة في كتاب إرخاء الستور، [فلنذكره].¹³³⁴ قال رحمه الله باب حكم الصداق في المختلة قبل الدخول وبعده وهل يسقط الخلع ديون الزوجة؟ وإذا قالت اخلعني أو اتركني، أو تاركني، أو بارئني على عشرة دنائير وكانت مدخولاً بها كانت له العشرة ولها صداقها كاملاً، وسواء قالت ذلك مطلقاً، أو شرطت العشرة من صداقها، وإن كانت غير مدخول بها وقالت بارئني على عشرة دنائير فإن شرطت العشرة من الصداق سقطت العشرة من جملته، وكان الباقي بينهما نصفين، وسواء قالت اخلعني أو طلقني إذا شرطت العشرة من الصداق واختلف إذا لم تشترط من الصداق وقالت على عشرة دنائير ولم تزد على ذلك، فقال ابن القاسم إن قالت طلقني على عشرة دنائير كانت له العشرة، والصداق ثابت بينهما، يقتسمانه نصفين، وإن قالت اخلعني لم يكن لها من الصداق شيء، وإن لم تكن قبضته لم تأخذ شيئاً، وإن قبضته ردت جميعه، وقال أشهب قولها طلقني واخلعني له العشرة ولها نصف الصداق قبضته أو لم تقبضه.

وقال أصبغ في كتاب ابن حبيب: إن لم تكن قبضته لم تأخذ شيئاً، وإن قبضته فهو لها كله، ولا شيء له إلا ما خلع عليه، وإن قبض بعضه لم يكن له مما قبض شيء، وسواء قالت اخلعني أو طلقني، وقول أشهب أحسن؛ لأن قولها اخلعني أو بارئني أو تاركني إنما يتضمن خلع النفس، والإبراء من العصمة والمشاركة فيها ليس [الإنحلاع]¹³³⁵ من المال، ولا الإبراء منه ولا المشاركة فيه، ولو كان ذلك لسقط الصداق عنه إذا كان مدخولاً بها، وكذلك غيره من ديونها،

¹³³⁰ - في المطبوع صداقي هو متعلق بقوله أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 530 وم 212 ويم 183 والشيخ 306 ما يابى 371.

¹³³¹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 530 وم 183.

¹³³² - ساقطة من المطبوع وم 212 والشيخ 306 ما يابى 371 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 530 وم 212 ويم 183 والشيخ 306 ما يابى 371.

¹³³³ - في المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 530 وم 212 ويم 183 والشيخ 306 ما يابى 371.

¹³³⁴ - في المطبوع فليذكره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 530 وم 212 ويم 183 والشيخ 306 ما يابى 372.

¹³³⁵ - في المطبوع الاخلاع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 530 وم 212 ويم 183 والشيخ 306 ما يابى 372.

نص خليل وَيَرْجِعُ إِنْ أَصْدَقَهَا مَنْ [يَعْلَمُ¹³³⁶ س] بِعِتْقِهِ عَلَيْهَا وَهَلْ إِنْ رُشِدَتْ وَصُوبَ أَوْ مُطْلَقًا إِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْوَلِيُّ تَأْوِيلَانِ وَإِنْ عَلِمَ دُونَهَا لَمْ يَعْتَقْ عَلَيْهَا وَفِي عِتْقِهِ عَلَيْهِ قَوْلَانِ.

متن الخطاب 531 وقد/ أجمعوا أن هذه الألفاظ الانخلاع والمبارأة والمتاركة إنما يراد بها بعد الدخول النفس دون المال، فوجب أن يكون حقها في النصف قبل الدخول ثابتا، وكذلك إن لم يكن دخل بها وكان لها عليه دين فقالت اخلعتني أو بارئني لا خلاف أن دينها باق؛ وكذلك إذا قالت قبل الدخول اخلعتني على ثوبي هذا أو عبدي هذا فعلى قول ابن القاسم يسقط الصداق ولا يكون لها منه شيء، قبضته أم لم تقبضه، وعلى قول أشهب يمضي العبد أو الثوب للزوج والصداق عليه، وهو أحسن في هذا الأصل. انتهى. فعلم من هذا أن المؤلف إنما مشى في مسألة خالعتني على عشرة إلى آخره على قول ابن القاسم، لأنهم جعلوا سقوط النصف في [مسألة¹³³⁷] خالعتني على ثوبي مقيسا على قوله خالعتني على عشرة، وقال ابن الحاجب إن سقوط النصف في خالعتني على ثوب ونحوه هو المشهور، فعلم أن قول ابن القاسم في [مسألة¹³³⁸] خالعتني على عشرة هو المشهور. والله أعلم.

ص: ويرجع إن أصدقها من يعلم بعتقه عليها ش: قوله: "يرجع" بالثناة التحتية، وقوله: "يعلم" اختلفت فيه النسخ، ففي بعضها بالتحية، وفي بعضها بالفوقية، فأما على النسخة التي فيها بالثناة التحتية فالمعنى أن الزوج يرجع على المرأة إذا طلقها قبل البناء وكان قد أصدقها من الرقيق من يعتق عليها وهو يعلم ذلك، يريد بنصف قيمة ذلك الرقيق، وظاهره سواء علمت هي أم لم تعلم، وإذا رجع عليها مع علمه فأحرى أن يرجع عليها مع عدم علمه، فحاصله أنه يرجع عليها في الأربع الصور، سواء علما أو جهلا، أو علم دونها أو العكس، وهذا ظاهر المدونة على ما اختاره ابن القاسم. قال فيها: وإن تزوجها على من يعتق عليها عتق بالعقد، فإن طلقها قبل البناء رجع عليها بنصف قيمته، كانت معسرة أو موسرة، ولا يتبع العبد بشيء، ولا يرد عتقه كمعسر أعتق فعلم [غريمه فلم ينكر والزواج¹³³⁹] حين أصدقها إياه قد علم أنه يعتق عليها، فلذلك لم أرده على العبد بشيء، وقد بلغني عن مالك استحسان أنه لا يرجع الزوج على المرأة بشيء، وقوله: الأول أحب إلي. انتهى. قال أبو الحسن الصغير: معنى مسألة المدونة أنهما عالمان، قال اللخمي: وكذلك لو كانا جاهلين، حكى القولين فيهما، ثم قال أبو الحسن: وإن علمت دونه فحكى ابن يونس عن مالك أن له أخذ نصفه، ويمضي عتق نصفه إلا أن يشاء اتباعها بنصف قيمته فذلك له، ويمضي عتقه كله، وقاله [من¹³⁴⁰] كاشفت من أصحاب مالك وقال أبو عمران لا يرجع في عين العبد وليس له إلا اتباعها ولو كان الزوج

الحديث

¹³³⁶ س - وقد وقع في لفظ المص ثلاث نسخ الأولى بالياء التحتية في يرجع ويعلم الثانية بالفوقية في تعلم مع التحتية في يرجع الثالثة عكسها وكلها صحيحة غير أن الأولى تفيد بعلمها والآخرى بعدم علمها بن.

¹³³⁷ - في المطبوع المسألة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 531 وم 213 ويم 183 والشيخ 306 وما يابى 372.

¹³³⁸ - في المطبوع المسألة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 531 وم 213 ويم 183 والشيخ 307 وما يابى 372.

¹³³⁹ - في المطبوع غريمه والزواج لم ينكر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 531 وم 213 ويم 183 والشيخ 307 وما يابى 372.

¹³⁴⁰ * - في المطبوع والشيخ 307 ويم 183 وقاله عن من وما بين المعقوفين من م 213 وما يابى 371 وسيد 88.

نص خليل

وَأَنْ جَنَى الْعَبْدُ فِي يَدِهِ فَلَا كَلَامَ لَهُ وَإِنْ أَسْلَمْتَهُ فَلَا شَيْءَ لَهُ إِلَّا أَنْ تُحَابِي فَلَهُ دَفْعُ نِصْفِ الْأَرْضِ وَالشَّرْكَاءُ فِيهِ
وَأَنْ فَدَتْهُ بَارِشَهَا فَأَقْلَّ لَمْ يَأْخُذْهُ إِلَّا بِذَلِكَ وَإِنْ زَادَ عَلَى قِيَمَتِهِ وَبَاكَرَ فَكَالْمُحَابَاةِ وَرَجَعَتْ [الْمَرْأَةُ بِمَا¹³⁴¹ نَس]
أَنْفَقَتْ عَلَى عَبْدٍ أَوْ ثَمَرَةٍ وَجَارَ عَفْوُ أَبِي الْبُكَرِ عَنِ نِصْفِ الصَّدَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَيَعْدُ الطَّلَاقُ ابْنَ الْقَاسِمِ وَقَبْلَهُ
لِمَصْلَحَةٍ وَهَلْ وَفَاقُ تَأْوِيلَانِ وَقَبْضُهُ مُجْبِرٌ وَوَصِيٌّ وَصَدَقًا وَلَوْ لَمْ تَقُمْ بَيِّنَةٌ وَحَلَفَا وَرَجَعَ إِنْ طَلَّقَهَا فِي مَالِهَا إِنْ
أَيْسَرَتْ يَوْمَ الدَّفْعِ وَإِنَّمَا يُبْرِئُهُ شِرَاءُ جِهَازٍ تَشْهَدُ بَيِّنَةٌ بِدَفْعِهِ لَهَا أَوْ إِحْضَارِهِ بَيْتِ الْبِنَاءِ أَوْ تَوْجِيهِهِ إِلَيْهِ وَإِلَّا
فَالْمَرْأَةُ وَإِنْ [قَبْضُ¹³⁴² نَس] اتَّبَعَتْهُ أَوْ الزَّوْجَ وَلَوْ قَالَ الْأَبُ بَعْدَ الْإِشْهَادِ بِالْقَبْضِ لَمْ أَقْبِضْهُ حَلْفَ الزَّوْجِ فِي
[كَالْعَشْرَةِ¹³⁴³ نَس] الْأَيَّامِ. فصل إذا تنازعا في الزوجية ثبتت ببيئته.

عالمًا لعنق عليه ويغرم لها قيمته، فإن طلق قبل البناء فعليه نصف قيمته. انتهى. [فتأمله.¹³⁴⁴]
والله أعلم. وكلام ابن غازي على هذه المسألة جيد. والله أعلم.
ص: وإن جنى العبد في يده فلا كلام له ش: فأحرى إذا كان/ في يدها، والكلام لها في الوجهين،
وقصد المؤلف إلى المشكل من الوجهين.

متن الخطاب

532

ص: ولو قال الأب بعد/ الإشهاد بالقبض لم أقبضه حلف الزوج في كالعشرة الأيام ش: ليس
هذا بمعارض لقوله فيما تقدم: [ونقدها كذا مقتضى¹³⁴⁵] لقبضه" بل المراد به أن هذا اللفظ مقتض
للقبض، وإذا كان كذلك فغاياته أنه كالتصريح بالقبض، فإن ادعى فيه ما ادعت في التصريح قبل
قولها، ولا إشكال في ذلك. والله أعلم.

533

ص: فصل إذا تنازعا في الزوجية ثبتت ببيئته ش: قدم ابن الحاجب هذا الفصل على فصل
الصداق، وينبغي أن يكون الفاعل المضر يعود على المتنازعين المفهومين من السياق، أو إلى الزوجين،
لكن قال ابن عبد السلام: في تسميتهما زوجين تجوز. والله أعلم.
مسألة: قال البرزلي: إذا شهد الشهود على المرأة على عينها [وكانوا¹³⁴⁶] يعرفونها فيلزمها النكاح،
ولو كانوا إنما شهدوا عليها بمعرف كما هو الواقع في أنكحة زماننا فالأمر في ذلك مشكل إذا لم يوثق
بالمعرف، ولو وثق به لكانت بمنزلة من شهد عليه بحق فأنكر أن يكون هو المشهود عليه، فذكر ابن رشد

الحديث

1341 ن - ورجعت المرأة في الفسخ قبله بما أنفقت على عبد أو ثمرة، نسخة.

1342 ن - ضبط عlish قبض بضم فكسر وتأمله مع تقريرهم به شكل في نسختين مطبوعتين وبالفتح شكل في قلميتين
عتيقتين.

1343 ن - كعشرة نسخة.

1344 • - في المطبوع فتأمل وما بين المعقوفين من م213 والشيخ307 وسيد88 ويم183 ومايأبي371.

1345 - في المطبوع ونقل هكذا مقتضى وما بين المعقوفين من ن عدود ص533 وم213 ويم183 والشيخ307
ومايأبي371.

1346 - في المطبوع أو كانوا وم213 وما بين المعقوفين من ن عدود ص533 ويم183 (والشيخ307 لو كانوا)
(ومايأبي371 أو كانوا).

نص خليل وَلَوْ بِالسَّمَاعِ بِالدَّفِّ وَالدُّخَانِ وَإِلَّا فَلَا يَبِينُ.

متن الخطاب

أن الأصل أنه هو حتى يثبت أن ثم غيره على صفته [ونسبه¹³⁴⁷] فيكون حينئذ الإثبات على الطالب في تعيينه دون غيره. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: ابن سحنون: لو قال في يتيمة بعد أن بلغت، وقالت قبله فرجع سحنون عن قبول قولها لقبول قوله. ابن سحنون: لو قال تزوجتك وأختك في عقد واحد ابن عبد الحكم أو قال وأختك عندي وقالت تزوجتني وحدي أو لم تكن عندك أختي فسخ لإقراره بفساده، وعليه نصف المسمى إن لم يبين، وإن لم يسم فلا شيء عليه، ابن عبد السلام: لها المنفعة، ابن سحنون: وإن بنى لم يصدق في إبطال الطلاق والسكنى، وكذا إن قال تزوجتها في عدة.

قلت: كذا وجدته في نسخة عتيقة مصححة في إبطال الطلاق والسكنى، وهو وهم في السكنى لاقتضائه سقوطها لو ثبت ببينة وليس كذلك، وتقدم نحوه لابن بشير، والرد عليه بنص ثالث نكاحها من نكح ذات محرم ولم يعلم ففرق بينهما بعد البناء فلها السكنى؛ لأنها تعتد منه وإن كان فسخا. انتهى. ذكر ذلك في فصل التنازع في الزوجية.

ص: ولو بالسماع بالدف والدخان ش: وصفة شهادتهم، قال في المتيضية: أنهم سمعوا سماعا فاشيا مستفيضا على السنة أهل العدل وغيرهم أن فلانا المذكور نكح فلانة هذه بالصداق المسمى، وأن وليها فلانا عقد عليه نكاحها برضاها، وأنه فشا وشاع بالدف والدخان. انتهى.

ص: وإلا فلا يمين ش: ظاهره ولو طارئين، وعزا ابن عرفة هذا لمعروف المذهب، وجعل مقابله قولين؛ [توجهها¹³⁴⁸] مطلقا، والتفريق بين الطارئين وغيرهما، قال: ودعوى النكاح على منكره دون شاهد في سقوطها ولزوم يمين المنكر كغير النكاح، ثالثها إن كانت بين طارئين لمعروف المذهب وحكاية المتيضي نقل ابن الهندي قائلا: لما روى أشبه شيء بالبيع النكاح، وقول ابن حارث: "اتفقوا على لغو دعوى النكاح اتفاقا" مجملا فسر سحنون بقوله: "إن كانا طارئين وجبت الأيمان بينهما". انتهى. والذي صدر به ابن رشد وساقه على أنه المذهب لزوم اليمين للطارئين، وحكى الآخر بقوله: وقد قيل إنه لا يمين [عليهما¹³⁴⁹] ذكر ذلك في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح، وإطلاق الشيخ هنا كإطلاقه في باب الأقضية في قوله: "وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردا ولا ترد كنكاح"، وما ذكر ابن عرفة أنه المعروف قال في الشامل إنه الأصح، وسيأتي لفظه في القولة التي بعد هذه، وأما إقرار الزوج والولي دون المرأة فيؤخذ حكمه مما تقدم للمصنف؛ إذ قال: "وحلف رشيد وأجنبي وامرأة" إلى آخره. والله أعلم.

الحديث

¹³⁴⁷ - في المطبوع ونصبه وما بين المعقوفين من ذي ص 533 وم 213 والشيخ 308 وسيد 88 وم 184 وما يابى 371.

¹³⁴⁸ - في المطبوع توجيهها وما بين المعقوفين من ذي ص 534 والشيخ 308 وسيد 88 وم 213 وم 184 وما يابى 371.

¹³⁴⁹ * - في المطبوع والشيخ 308 وم 213 وما يابى 371 عليها وما بين المعقوفين من م 184 وسيد 88.

نص خليل وَلَوْ أَقَامَ الْمُدَّعِي شَاهِدًا وَحَلَفَتْ مَعَهُ وَوَرِثَتْ وَأَمَرَ الزَّوْجُ بِاعْتِزَالِهَا لِشَاهِدٍ ثَانٍ زَعَمَ قُرْبَهُ فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِهِ فَلَا يَمِينُ عَلَى الزَّوْجَيْنِ.

ص: ولو أقام المدعي شاهدا ش: سيصرح المصنف بهذه المسألة في كتاب الشهادات حيث يقول: "وحلف بشاهده في طلاق وعتق لا نكاح". انتهى. وظاهره ولو كانا طارئين، وهو ظاهر كلامه في الشامل، ونصه: وإذا تنازعا في الزوجية فلا يمين/ على منكر ولو طارئا على الأصح لانتهاء ثمرتها ولو أقام شاهدا، وقيل يحلف، فإن نكل غرم المهر، ولا يثبت النكاح كنعولها إلا ببينة. انتهى.

متن الخطاب

534

ص: وحلفت معه وورثت ش: هذا قول ابن القاسم، قال في التوضيح: وعليه فإنما تحلف مع شاهدها وترث إذا لم يكن ثم وارث معين ثابت النسب. انتهى. وسيصرح المصنف بهذه المسألة في باب الشهادات حيث ذكر ما يثبت بشاهد ويمين حيث قال: "ونكاح بعد موت" وظاهره عموم الحكم [لهذه¹³⁵⁰] المسألة ولعكسها؛ وهي ما إذا أقام الرجل شاهدا على نكاح امرأة [ميتة¹³⁵¹] أنه يحلف ويأخذ الميراث، قال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: ولا صداق لها على قول ابن القاسم؛ لأن الصداق من أحكام الحياة. قاله في حواشي التجاني. انتهى كلامه. والله أعلم.

ص: وأمر الزوج باعتزالها لشاهد ثان زعم قربه ش: هذه المسألة في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب الخلع، وهذا - والله أعلم - إذا ادعى هذا المدعي أنه كان تزوجها ودخل بها، وأما لو ادعى أنه تزوجها ولم يدخل بها فقد تقدم في مسألة الوليين أن دخول الثاني يفيتها. والله أعلم.

تنبيه: قال في السماع المذكور: وكذلك العبد والجارية يدعيان الحرية إذا أقاما شاهدا واحدا، ويدعيان مع ذلك أمرا قريبا فيوقفان على صاحبهما ويخرجان عن يديه لذلك، قال ابن رشد: قال في كتاب ابن المواز: إذا لم يقيم [لهما¹³⁵²] شاهد آخر أو كان ذلك [بعيدا¹³⁵³] حلف السيد ولا شيء على الزوجة ولا على الزوج. قال ابن رشد: أما قوله: "لا شيء على الزوجة ولا على الزوج" فصحيح لأنهما لو أقرأ له أو أحدهما بما ادعاه من النكاح لم ينتفع بذلك، وأما قوله: "حلف السيد" فصحيح على ما في المدونة وغيرها إذا كان ادعى على السيد أنه أعتقه وأقام على ذلك الشاهد، وأما إن كان ادعى أنه حر من أصله، وأن غيره أعتقه قبل أن يشتريه هو وأقام على ذلك شاهدا فلا يمين على الذي هو بيده، [والواجب¹³⁵⁴] في ذلك أن يوقف عنه، ويحال بينه وبين وطئها إن كانت أمة، [ويؤجل¹³⁵⁵] في طلب شاهد آخر الشهر والشهرين والثلاثة، وإن أراد أن يذهب إلى موضع [ببينته¹³⁵⁶] كان ذلك له بعد أن يعطى حميلا بقيمته، وإن كانت له غلة وخراج فقيل إنه يوقف

الحديث

1350 - في المطبوع بهذه وما بين المعقوفين من م 213 وسيد 88 والشيخ 309 ومايaby 372.

1351 - في المطبوع ببينة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 534 وم 213 ويم 184 والشيخ 309 ومايaby 374.

1352 - في المطبوع لها وما بين المعقوفين من ن ذي ص 534 وم 214 ويم 184 والشيخ 309 ومايaby 374.

1353 - في المطبوع بعده وما بين المعقوفين من ن عدود ص 534 وم 214 ويم 184 والشيخ 309 ومايaby 374.

1354 - في المطبوع والجواب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 534 وم 214 ويم 184 والشيخ 309 ومايaby 374.

1355 - في المطبوع ويؤخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 534 وم 214 ويم 184 والشيخ 309 ومايaby 374.

1356 - في المطبوع بينة وم 214 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 534 ويم 184 والشيخ 309 (ومايaby 372 بينة).

نص خليل

وَأَمَرْتُ بِانْتِظَارِهِ لِبَيِّنَةٍ قَرِيبَةٍ ثُمَّ لَمْ تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ إِنَّ عَجْزَهُ قَاضٍ [مُدْعٍ¹³⁵⁷ س] حُجَّةً وَظَاهِرُهَا الْقَبُولُ إِنَّ أَقْرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِالْعَجْزِ وَلَيْسَ لِذِي ثَلَاثٍ تَزْوِيجُ خَامِسَةٍ إِلَّا بَعْدَ طَلَاقِهَا وَلَيْسَ إِنْكَارُ الزَّوْجِ طَلَاقًا وَلَوْ ادَّعَاهَا رَجُلَانِ فَأَنْكَرَتْهُمَا أَوْ أَحَدَهُمَا وَأَقَامَ كُلُّ الْبَيِّنَةِ فُسْحًا كَالْوَلِيِّينِ وَفِي التَّوْرِيثِ بِإِقْرَارِ الزَّوْجَيْنِ غَيْرِ الطَّارِئَيْنِ وَالْإِقْرَارِ بِوَارِثٍ وَلَيْسَ ثُمَّ وَارِثٌ ثَابِتٌ خِلَافٌ.

متن الخطاب

ذلك، فإن استحق الحرية كان له ما وقف من خراجها، وقيل إنه لا يوقف ذلك إلا في حال الإعذار بعد ثبوت الحرية بشاهدين، وقيل لا يوقف ذلك، والغلة للذي هو في يديه حتى يقضى عليه بحريته، وكلها قائمة من المدونة. انتهى مختصرا.

ص: وأمرت بانتظاره لبينة قريبة ش: قال في التوضيح عن المتيطي: الذي جرى به العمل عند شيوخنا وانعقدت الأحكام عليه أن تجعل المرأة عند امرأة سالحة تحتفظ بها، أو تجعل المرأة عندها، وإلا فتحبس في الحبس حتى يحق الحق. انتهى. وفي الشامل: وهل بحميل وجه إن طلبه، أو تحبس عند امرأة وبه جرى عمل المتأخرين؟ [قولان.¹³⁵⁸] انتهى.

ص: وليس لذي ثلاث تزويج خامسة ش: قال في التوضيح: ابن راشد: ويلزم على هذا أن لا تمكن من النكاح إن ادعته وأنكرها لأنها معترفة أنها ذات زوج. انتهى.

ص: وليس إنكار الزوج طلاقا ش:

535

فرع: إذا أقامت المرأة على الرجل المنكر شاهدين ولم يأت بدافع لزمه النكاح/ والدخول والنفقة، ولا ينحل النكاح عنه إلا بالطلاق فإن طلق قبل البناء لزمه نصف الصداق، فإن أبى من الدخول والطلاق فقال ابن الهندي: كان بعض من أخذت عنه يقول إن السلطان يطلق عليه بعد أربعة أشهر من وقت إبايته. خليل: وفيه نظر؛ لأن مشهور المذهب فيمن ترك وطه زوجته لغير يمين يطلق بغير ضرب أجل. انتهى من التوضيح.

ص: وفي التوريث بإقرار الزوجين غير الطارئین ش: هذا إذا لم يكن مع المرأة ولد استلحقه الرجل، فإن كان كذلك فترث بلا خلاف، كما أشار إليه ابن الحاجب، وصرح به في التوضيح، وقاله ابن رشد في سماع ابن القاسم من كتاب الاستلحاق، ولم يحك فيه خلافا.

فرع: قال ابن عبد السلام: وكذلك ينبغي إذا أقرت [هي¹³⁵⁹] ولم يعلم منه إنكار أن يرثها. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: قال في الجواهر: ومن احتضر فقال لي امرأة بمكة سماها، ثم مات فطلبت ميراثها منه فذلك لها، ولو قالت [هي ذلك¹³⁶⁰] ورثها. ابن راشد: وعلى ما حكاه في المثير إن كان في عصمته امرأة غيرها لم ترثه؛ لأن هذه قد حازت الميراث. انتهى.

ص: والإقرار بوارث وليس ثم وارث ثابت خلاف ش: أما لو كان هناك وارث ثابت لم يرثه كما

الحديث

1357 س - مدعي حجة نسخة.

1358 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 534 وم 214 ويم 184 والشيخ 309 وما يابى 374.

1359 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 535 وم 214 ويم 185 والشيخ 310 وما يابى 375.

1360 - في المطبوع ذلك هي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 535 وم 214 ويم 185 والشيخ 310 وما يابى 375.

نص خليل

بِخِلَافِ الطَّارِئَيْنِ وَإِقْرَارِ أَبَوَيْ غَيْرِ الْبَالِغَيْنِ وَقَوْلِهِ تَزَوَّجْتُكَ فَقَالَتْ بَلَى أَوْ قَالَتْ [طَلَّقْتَنِي¹³⁶¹] أَوْ [خَالَعْتَنِي¹³⁶²] أَوْ قَالَ اخْتَلَعْتَ مِنِّي أَوْ أَنَا مِنْكَ مُظَاهِرٌ أَوْ حَرَامٌ أَوْ بَائِنٌ فِي جَوَابِ طَلْقِنِي لَا إِنْ لَمْ يُجِبْ¹³⁶³ [س] أَوْ أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي أَوْ أَقَرُّ فَأَنْكَرْتُ ثُمَّ قَالَتْ نَعَمْ فَأَنْكَرَ وَفِي قَدْرِ الْمَهْرِ أَوْ صِفَتِهِ أَوْ جَنْسِهِ حَلْفًا وَفُسْخٌ وَالرُّجُوعُ لِلْأَشْبَةِ وَانْفِسَاخُ النِّكَاحِ بِتَمَامِ التَّحَالُفِ وَغَيْرِهِ كَالْبَيْعِ إِلَّا بَعْدَ بِنَاءٍ أَوْ طَلَاقٍ أَوْ [مَوْتٍ¹³⁶⁴] [س] فَقَوْلُهُ بَيِّمِينَ وَلَوْ ادَّعَى تَفْوِيضًا عِنْدَ مُعْتَادِيهِ فِي الْقَدْرِ وَالصَّفَةِ.

مقن الخطاب

سيأتي في باب الاستلحاق.

ص: بخلاف الطارئین ش: يؤخذ منه أن نكاح الطارئین یثبت بالإقرار منهما بخلاف البلديين كما قاله ابن عبد السلام وغيره، وسواء طرأ معا أو طرأ الرجل قبل المرأة. قاله اللخمي. ابن عرفة: وحكم به قاضي الأنكحة حين نزلت بتونس عام بضع وأربعين وسبعمئة خلاف ظاهر قول ابن عبد السلام. انتهى بالمعنى. وانظر كلام ابن رشد في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح. ص: وقوله تزوجتك فقالت بلى ش: قال في التوضيح: اعلم أن ما ذكره المصنف -يعني ابن الحاجب- هنا من الإقرار إنما يفيد في الطارئین، وأما غيرهما فلا لأنه تقدم أنهما لو تصادقا على الزوجية لم يقبل على الظاهر. انتهى.

فرع: قال ابن فرحون في التبصرة في الفصل الخامس من القسم الثاني من الركن السادس: مسألة: إذا تداعى رجل وامرأة في شيء من أمور الزوجية وأقر بالزوجية، فإن كانا طارئین لم يتعرض لهما الحاكم، وإن كانا من أهل البلد وادعيا وقوع الزوجية في البلد كلفهما إثبات النكاح، وسألهما عن الولي العاقد والشهود بذلك فإن بان له كذبهما وأقرا بالوطء أقام عليهما الحد. انظر ابن سهل. [انتهى.¹³⁶⁵]

ص: وفي قدر المهر أو صفته ش: هذا معطوف على قوله: "في الزوجية" في أول الفصل واختلافهما في الصفة مثل أن يقول الرجل بدنانير يزيدية، وتقول المرأة بمحمديه. قاله ابن عبد السلام، وقال في التوضيح: مثل أن تقول بتركي [ويقول¹³⁶⁶] بزنجي وكلاهما واحد، وهو واضح. والله أعلم. ص: حلفا وفسخ ش: المتيطي: إذا ارتفعا إلى الحاكم وثبتت مقالتهما عنده/ كلف كل واحد منهما إثبات ما ادعاه، فإن عجزا عن البينة أو أتياه ببينة لا يعرفها، ولا زكيت عنده قضى بينهما بالتحالف بعد الإعذار إليهما، وقال بعده: ويؤجل كل واحد في تزكية شهوده على ما مضى عليه العمل في التأجيل، قال: وهو أحد وعشرون يوما التي جرى عليها أمر الحكام في كثير من أحكامهم. انتهى. وانظر لو زكى كل واحد بينته فإن عينت [كل¹³⁶⁷] واحدة زمانا غير زمان الأخرى فسيأتي للمصنف، وإن عينتا زمانا واحدا فالظاهر أنهما يتساقطان. والله أعلم. ص: أو طلاق أو موتها فقوله بيمين ش: قوله: "أو طلاق" يعني قبل البناء، وكذا قوله: "أو موتها"

536

الحديث

1361 س - طلقني نسخة.

1362 س - خالعتني نسخة.

1363 س - بالبناء للمفعول عند س وت غ وغيرهم وبه صدر عقب ثم ذكر أنه يصح أن يكون بالبناء للفاعل.

1364 س - أو موتها نسخة.

1365 ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 535 وم 214 وم 185 والشيخ 310 وما يابى 375.

1366 * في المطبوع وتقول وما بين المعقوفين من م 214 والشيخ 310 وما يابى 373 وم 185.

1367 ساقطة من المطبوع والشيخ 311 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 536 وم 214 وم 185 وما يابى 375.

نص خليل

وَرَدَّ [الْمَثْلُ] ¹³⁶⁸ [س] فِي جَنْسِهِ مَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فَوْقَ قِيَمَةِ مَا ادَّعَتْ أَوْ دُونَ دَعْوَاهُ وَثَبَّتَ النُّكَاحُ وَلَا كَلَامٌ لِسَفِيهِةٍ وَلَوْ [أَقَامَتْ] ¹³⁶⁹ [س] بَيِّنَةٌ عَلَى صَدَاقَيْنِ فِي عَقْدَيْنِ لَزِمَا وَقُدِرَ طَلَاقُ بَيْنَهُمَا وَكُلِّفَتْ بَيَّانُ أَنَّهُ بَعْدَ الْبِنَاءِ وَإِنْ قَالَ أَصْدَقْتُكَ أَبَاكَ فَقَالَتْ أُمِّي حَلَفًا وَعَتَّقَ الْأَبُ وَإِنْ حَلَفَتْ دُونَهُ عَتَقًا وَوَلَاؤُهُمَا لَهَا.

متن الخطاب

يعني قبل البناء، كذا فرض المسألة ابن الحاجب وغيره، وقوله: "فقله بيمين" يريد فإن نكل حلفت المرأة في الطلاق. قاله في المدونة والمتنطية وغيرهما، وإن نكل في الموت فالظاهر أن الورثة يحلفون [لأنهم] ¹³⁷⁰ مثله، هذا إذا كان الاختلاف بينه وبينها، أو بينه وبين ورثتها في القدر والصفة، وإن كان الاختلاف بينه وبينها، أو بينه وبينهم في التفويض وعدمه فحكمه [مثله] ¹³⁷¹ كما قال المتنطية: ولو مات وادعى ورثته التفويض فالقول قولهم بيمين. قاله ابن عبد السلام.

537

ص: ورد للمثل ش: هكذا رأيت في نسخة، وهو الصواب "رد" مبنيا للمفعول و"للمثل" بلام الجر، ونائب الفاعل ضمير يعود على الزوج المفهوم من السياق؛ يعني يرد عن الذي ادعاه إلى صداق المثل، وأعلم أن هذا إنما يكون بعد أن يتحالفا. قاله في التوضيح وابن ناجي على المدونة وغيرهما. والله أعلم. ص: ولو أقامت بينتتين على صداقين في عقدتين لزما وقدر طلاق بينهما وكلفت ببيان أنه بعد البناء ش: أعلم أنه اختلف في فرض هذه المسألة، ففرضها ابن شاس وابن فرحون وابن عرفة كلاهما عنه أن المرأة أقامت بينتتين على عقدتين وعينت كل بيينة زمانا [فحكمهما] ¹³⁷² كما ذكر، وعلى هذا فيناسب أن يقرأ كلام المصنف ولو أقامت من باب الافعال، وهو كذلك في بعض النسخ، وقوله: "كلفت" بيان أنه بعد البناء ذكر ابن شاس قولين في تكليفها وتكليف الزوج، وجزم الشيخ بالأول؛ لأنه الجاري على المشهور من أنها لا تملك بالعقد إلا النصف، وفرضها المصنف في التوضيح وابن عبد السلام أن الزوج ادعى قدرا أو جنسا وادعت [هي] ¹³⁷³ خلافه، وأقام كل منهما البيينة على دعواه، وعينت كل بيينة زمانا غير الذي عينته الأخرى فإنه يلزمه الصداقان، ويحمل على أنه طلقها إلى آخر الكلام، إلا أن ابن عبد السلام قيد لزوم مجموع [الصداقين بما] ¹³⁷⁴ إذا أقامت المرأة بالنكاحين معا، وأما إذا أقامت بأحدهما فلا يمكن أن تأخذ مجموع الصداقين. انتهى. وكأنه يقول إن الزوج لما أقام بيينة على خلاف ما أقامت هي عليه البيينة قالت المرأة حينئذ ما شهدت به بيينة الزوج صحيح؛ لأنه عقد على عقدتين أما لو اتحد زمان البينتين لسقطتا. هذا الذي يظهر. والله أعلم.

ص: وإن قال أصدقتك أباك فقالت أُمِّي حَلَفًا وَعَتَّقَ الْأَبُ ش: أعلم أنه إن وقع الاختلاف [قبل

الحديث

¹³⁶⁸ س - ورد للمثل نسخة. هذه النسخة هي الصواب كما في الخطاب.

¹³⁶⁹ س - أقامت بيينة نسخة.

¹³⁷⁰ - في المطبوع لأنه وم 214 والشيخ 311 ومايaby 376 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 536 ويم 185.

¹³⁷¹ - في المطبوع ومثله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 536 وم 214 ويم 185 والشيخ 311 ومايaby 376.

¹³⁷² - في المطبوع فحكمها وم 214 والشيخ 311 ومايaby 376 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 537 ويم 185.

¹³⁷³ - ساقطة من المطبوع وم 214 والشيخ 311 ومايaby 376 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 537 ويم 185.

¹³⁷⁴ - في المطبوع انتهى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 537 وم 215 ويم 185 والشيخ 311 ومايaby 376.

وَفِي قَبْضِ مَا حَلَّ فَقَبِلَ الْبِنَاءَ قَوْلَهَا وَبَعْدَهُ قَوْلُهُ بَيِّمِينَ فِيهِمَا.

متن الخطاب

البناء¹³⁷⁵ [ففيه أربع صور؛ يحلفان، ينكلان، تنكل هي ويحلف هو، وعكسه، فإن حمل كلام المؤلف على أنه تكلم على ما قبل الدخول وفي بالكلام على الأربع، واعلم أن النكاح علم حكمه مما تقدم أنهما إذا حلغا فسخ، وكذا إذا نكلا على المشهور، وإذا نكل أحدهما لزم الناكل، واعلم أيضا أن الأب يعتق في الصور الأربع وأن الأم إنما تعتق إذا نكل الزوج وحلفت المرأة. قاله ابن عبد السلام. قال في المتيضية: وولاء الأب للبنت. انتهى. وأما الأم فلا كلام أنها إذا عتقت يكون ولاؤها للبنت أيضا؛ لأنها إنما تعتق عليها وإن كان الاختلاف بعد البناء فإن القول قوله مع يمينه ويدفع إليها أباهما وإن نكل فيعتقان معا الأب على الزوج والأم على الزوجة بعد يمينها على المشهور، وقيل بغير يمين. قاله في المتيضية. وقال فيها أيضا: وولاؤها للابنة، وإذا عتق الأب فلا رجوع للزوج على الزوجة بشيء لأنه إنما عتق بإقراره أنه حر، فإن مات الأب عن مال أخذ الزوج قيمة الأب وكان ما بقي للابنة وهي الزوجة أيضا. انتهى. والظاهر أن الزوج يأخذ أيضا قيمة الأب إذا مات عن مال وكان الاختلاف قبل البناء. والله أعلم.

538

تنبيهه: إذا حلغا أو نكلا وفسخ النكاح فهل يفسخ بطلاق أم لا؟ ينبني ذلك على الاختلاف فيه هل يفسخ بتمام التحالف أم لا؟ فإن قلنا لا يفسخ بتمام التحالف، وهو الذي مشى عليه المؤلف في باب البيع فلا إشكال أنه يفسخ بطلاق، وإن قلنا يفسخ بتمام التحالف ففي ذلك نظر، وهذا الحكم جار في هذا الباب جميعه. والله أعلم.

ص: وفي قبض ما حل فقبل البناء قولها وبعده قوله بيمين فيهما ش: هذا معطوف على قوله: "في الزوجية" أول الفصل؛ [أي¹³⁷⁶] إذا تنازعا في قبض ما حل، وقوله: "قولها" بالرفع خبر مبتدأ محذوف أي فالقول قولها، وكذا قوله: "وبعده" "فقوله": واعلم أنه إنما يكون القول قولها مع يمينها إن كانت رشيدة، قال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: إن كان التنازع قبل البناء حلفت المرأة إن كانت رشيدة، وإلا حلف أبوها أو وصيها إن ادعى الزوج الدفع إليه. انتهى. وقال المتيضي: وإن اختلفا في دفع المعجل قبل البناء حلفت المرأة إن كانت مالكة أمر نفسها وادعى دفع ذلك إليها، أو حلف من [زوجها من¹³⁷⁷] أب أو وصي أو ولي إن كانت محجورا عليها وادعى دفع ذلك إليهم فإن حلف من وجب عليه الحلف منهم دفع الزوج المعجل ثانية ودخل بأهله، وإن صرفت اليمين عليه حلف وبرى منه إن كانت ذات أب أو وصي أو مالكة أمر نفسها، ووجب على الأب أو الوصي غرم ذلك لها ولا يبرأ منه إن كانت يتيمة بكرة ذات ولي، ويلزمه دفعه ثانية، ويتبع به الولي الذي حلفه، وإن ادعى دفع ذلك إليها يريد المولى عليها قبل البناء أو بعده لم ينتفع بذلك، ولا يجب عليها يمين إن أنكرته، ولا يبرأ منه إن أقرت له لأنها سفيهة لا يجوز إقرارها ولا قبضها، إلا أن يدعي دفع ذلك إليها بعد

الحديث

¹³⁷⁵ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 537 وم 215 ويم 185 والشيخ 311 وما يابى 376.

¹³⁷⁶ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 538 وم 215 ويم 186 والشيخ 312 وما يابى 377.

¹³⁷⁷ - في المطبوع زوجها أو من وما بين المعقوفين من ن عدود ص 538 وم 215 ويم 186 والشيخ 312 وما يابى 377.

عَبْدُ الْوَهَّابِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَكْتَابٍ وَإِسْمَاعِيلُ بَأْنَ لَا يَتَأَخَّرُ عَنِ الْبِنَاءِ عُرْفًا وَفِي مَتَاعِ الْبَيْتِ فَلِلْمَرْأَةِ الْمُعْتَادُ لِلنِّسَاءِ فَقَطُّ بِيَمِينٍ وَإِلَّا فَلَهُ بِيَمِينٍ.

عام من دخوله بها فتجب له اليمين عليها؛ لأنها بتمام العام تخرج من سفهها وتنفذ أمورها على المختار من الاختلاف. انتهى. وقول المؤلف: "ما حل" يفهم منه أن المؤجل حكمه خلاف ذلك، وهو كذلك، قال ابن فرحون: والقول قولها فيما لم يحل، وسواء وقع التنازع فيه قبل البناء أو بعده. انتهى. وقال في المدونة: وإن نكح على نقد ومؤجل فادعى بعد البناء أنه دفع المؤجل وأكذبتة، فإن بنى بها بعد الأجل صدق، وإن بنى بها قبل الأجل صدقت، كان المؤجل عينا أو حيوانا مضمونا بعد الأيمان فيما ذكرناه. انتهى. وقوله: "بيمين فيهما" أي في صورة كون القول قولها أو قوله، وانظر إذا نكل من القول قوله عن اليمين؟

فرع: قال في التوضيح: وجعل في المدونة ورثة كل واحد من الزوجين يتنزل منزلة موروثه، سواء ماتا معا أو أحدهما، قال في المدونة: وإن قال ورثة الزوج في المدخول بها قد دفعه، أو لا علم لنا فلا شيء عليهم، فإن ادعى ورثتها عليهم العلم حلفوا أنهم لا يعلمون أن الزوج لم يدفع، ولا يمين على غائب ومن يعلم أنه لا علم عنده. انتهى كلامه في التوضيح. وقوله في المدونة: "لا شيء عليهم" خلاف سماع القرنيين، ونقله ابن عرفة، وقوله فيها: "من يعلم أنه لا علم عنده" قال ابن ناجي: العلم هنا بمعنى الظن، وكان شيخنا حفظه الله [تعالى¹³⁷⁸] تردد في الزمن الذي يعتبر فيه العلم هل يوم العقد أو يوم الموت أو يوم الحكم، ويذكر أنها وقعت في أيام شيخنا أبي عبد الله محمد القابسي في بلد القيروان ولم يجزم بما وقع الحكم به، والصواب عندي من العقد إلى دخوله. والله أعلم. [اهـ.¹³⁷⁹]

ص: عبد الوهاب إلا أن يكون بكتاب وإسماعيل بأن لا يتأخر عن البناء عرفا ش: هو تقييد، وقيد عياض أيضا بما إذا ادعى دفعه قبل الدخول، وأما إن ادعى دفعه بعد الدخول فلا يصدق فيه كسائر الديون. قاله في التوضيح.

فرع: إذا أخذت بالصداق رهنا ثم سلمته فالقول قول الزوج مع يمينه أنه دفع ويبرأ، وسواء دخل أو لم يدخل، واختلف إذا دخل وبقي الرهن في يدها، فقال سحنون القول قول الزوج مع يمينه، وقال يحيى القول قولها مع يمينها، واختاره اللخمي وغيره. انتهى من التوضيح. وانظر اللخمي وابن عرفة والذخيرة فيما إذا أخذت به حميلا، فإنهم أطالوا الكلام في ذلك. والله أعلم.

ص: وفي متاع البيت فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين وإلا فله بيمين ش: إذا تنازع الزوجان في متاع البيت، قال ابن عبد السلام: كانا باقيين على الزوجية أو افترقا أو ماتا فاختلف ورثتهما أو مات أحدهما، وسواء كانا حرين أو عبيدين، أو أحدهما حرا والآخر رقيقا، أو حصل فيهما أو في

¹³⁷⁸ - ساقطة من المطبوع وم 215 والشيخ 313 وما يابى 377 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 538 وم 185.

¹³⁷⁹ - ساقطة من المطبوع والشيخ 313 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 538 وم 215 وم 186 وما يابى 377.

أحدهما عقد حرية مسلمين أو أحدهما [ولم تقم¹³⁸⁰] لهما أو لأحدهما بينة قضي للمرأة بما يعرف أنه للنساء، وهو المشهور في المذهب. انتهى. وقال ابن عرفة: المتيطي عن ابن المواز: وكذا الكافران إن ترافعا إلينا لأنها مظلمة.

قلت: إن كانت مظلمة كفى فيها رفع المظلوم، خلاف قوله: "ترافعا". انتهى. وقال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: اعلم أنه لا فرق بين الزوجين والقربة كالرجل ساكنا مع بعض محارمه. انتهى. وافتراق الزوجين سواء كان بطلاق أو خلع أو لعان أو إيلاء الحكم واحد. قاله في المدونة. قال ابن عرفة: وكون الدار للزوج أو للزوجة سواء. انتهى. وقاله في المدونة.

فرع: فلو كان ما تنازعا فيه مما يكون للرجال والنساء فقال ابن رشد في رسم اغتسل على غير نية من سماع ابن القاسم من كتاب الصدقات: لم يختلف قول مالك وابن القاسم في أن القول قول الزوج إذا اختلفا في متاع البيت وهو مما يكون للرجال والنساء. وقال في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الشهادات الثاني: ويد الزوج عند ابن القاسم هي [العلية¹³⁸¹] على يد الزوجة إذا اختلفا فيما هو من متاع الرجال والنساء، وقد قيل إنه لا يد لهما معه، فالقول قوله إذا اختلفا في متاع البيت وإن كان ذلك من متاع النساء. انتهى.

فرع: قال [ابن عرفة: ¹³⁸²] وفيها من أقام بينة فيما يعرف للآخر أنه له قضي [له¹³⁸³] به. انتهى. فلو أقام كل واحد من الزوجين بينة في شيء أنه له فالظاهر أنه يقضى بأعدل البينتين، فإن تساوى رجع بسبب من أسباب الترجيح، فإن تكافأتا سقطتا، ورجع في ذلك إلى أنه هل يعرف للرجال أو للنساء أو لهما؟ قال في النوادر في كتاب الشهادات في ترجمة المتداعيين في شيء بأيديهما أو في يد أحدهما أو في يد غيرهما وأقاما البينة ما نصه: وسأله ابن حبيب عمن حكم عليه بدين فأثبت عدمه ببينة فأقام الطالب بينة أن له دارا هو بها ساكن وأقامت امرأة الغريم بينة أن الدار لها قال: يقضى بأعدل البينتين، فإن تكافأتا بقيت الدار للزوج، وتباع في دينه؛ لأن سكناه أغلب من سكنى امرأته، وعليه هو أن يسكنها. انتهى.

وحاصل ذلك أن جميع ما يعرف أنه للرجال يقضى به للرجل مع يمينه، وكذا ما يعرف للرجال والنساء يقضى به للرجل مع يمينه؛ لأن البيت بيت الرجل، وما يعرف للنساء يقضى به للمرأة مع يمينها ووارث كل واحد منهما يتنزل منزلته، فما يعرف للرجال يقضى به لورثة الرجل مع يمينهم، وما يعرف للرجال والنساء يقضى به لورثة المرأة مع يمينهم أنه لها، فإن أقام الرجل أو ورثته بينة على ما يعرف للنساء أنه له قضي له به أولهم، وكذا إذا أقامت المرأة أو ورثتها بينة على ما يعرف للرجال، أو ما يعرف لهما قضي به لها ولهم، وكذا

1380- في المطبوع أو لم تقم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 539 وم 215 ويم 186 والشيخ 313 وما يابى 378.

1381- في المطبوع المغلبة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 539 وم 215 والشيخ 313 وما يابى 378.

1382- في المطبوع في المدونة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 539 وم 215 والشيخ 314 وما يابى 378.

1383- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 539 وم 215 والشيخ 314 وما يابى 378.

نص خليل

وَلَهَا الْغَزْلُ إِلَّا أَنْ يُثَبَّتَ أَنَّ الْكُتَانَ لَهُ فَشَرِيكَانَ وَإِنْ نُسَجَّتْ كُلِّفَتْ بَيَانَ أَنَّ الْغَزْلَ لَهَا وَإِنْ أَقَامَ الرَّجُلُ بَيِّنَةً عَلَى شَرَاءٍ مَا لَهَا حَلْفٌ وَقُضِيَ لَهُ بِهِ كَالْعَكْسِ وَفِي حَلْفِهَا تَأْوِيلَانِ.

متن الخطاب

إذا أقام الرجل بيينة على أنه اشترى ما يعرف للنساء فإنه يقضى له به مع يمينه إنه اشتراه لنفسه كما سيأتي في كلام المؤلف، إلا أن تشهد بيينة للمرأة أو لورثتها أنه اشتراه لها، وكذلك الحكم في المرأة إلا أن في يمينها/ تأويلين كما سيذكره المصنف. قال في المدونة: والمتاع الذي يعرف للنساء مثل الطست والتور والمنارة والقباب والحجال والأسرة والفرش والوسائد والمرافق والبسط وجميع الحلي إلا السيف والمنطقة والخاتم فإنه يعرف للرجل، وللرجل جميع الرقيق ذكرانا وإناثا، وأما أصناف الماشية وما في المرباض من خيل أو بغال أو حمير فلمن حاز ذلك. انتهى. والحاصل أن العمدة فيما يعرف للرجال أو للنساء على ما جرى به العرف في مثل الزوجين قالوا حتى إن الشيء الواحد في الزمن الواحد والمكان الواحد يكون من متاع الرجل بالنسبة إلى قوم، ومن متاع النساء بالنسبة إلى آخرين. والله أعلم.

540

تنبيهان: الأول: انظر لو نكل من توجهت عليه اليمين من الزوج أو الزوجة أو [ورثتهما؟] ¹³⁸⁴ الثاني: سيأتي في أول الإقرار حكم من أشهد لامرأته أن كل شيء يغلق عليه باب بيتها فهو لها. وانظر ابن سلمون في أوائل كتاب الوصايا في الحكم في الاختلاف في متاع البيت، فإنه ذكر غالب ما يحتاج إليه فيه. والله أعلم.

فائدة: قوله في المدونة: "مثل الطست" قال ابن ناجي: جرت عادة أصحابنا يقرؤنه على شيوخنا بكسر الطاء. وقال شيخنا: أعرف الرواية بفتح الطاء. وقال في حاشية الحجازي على الشفاء في الباب الثاني: الطست بسين مهملة والتاء بدل من سين فهو طس بالتشديد أبدلت للاستتقال، وإذا [جمعت أو صغرت] ¹³⁸⁵ ردت للفصل بين السينين بألف الجمع أو ياء التصغير، فتقول طساس وطسيس، ويقال [طسة] ¹³⁸⁶ وتفتح الطاء في الجميع وتكسر وقد تضم، والفتح أفصح، ونقل عن صاحب القاموس أنه يقال بالشين. انتهى.

ص: ولها الغزل إلا أن يثبت أن الكتان له ش: ابن عرفة: قلت: إن كان الزوج من الحاكة وأشبه غزله غزلها فم مشترك، وإلا فهو لمن أشبه غزله منهما. انتهى.

ص: وإن أقام الرجل بيينة على شراء ما لها حلف وقضى له به كالعكس وفي حلفها تأويلان ش: قال ابن فرحون: الورثة في البيينة واليمين بمنزلتهما، إلا أنهم إنما يحلفون فيما يدعى/ عليهم فيه العلم، فلو كان شيء من متاع النساء وادعى الزوج أنه اشتراه لنفسه ولا بيينة حلفوا أنهم لا يعلمون أن الزوج اشترى هذا الذي يدعيه من متاع النساء وورثة الزوج بهذه المنزلة. انتهى. وأصله في المدونة.

فرع: إذا طلقها وعليها ثياب وطلبت بالكسوة، فقال لها ما عليك فهو لي، وقالت بل هو لي أو عارية عندي فللأندلسيين في ذلك ثلاثة أقوال، فقال ابن الفخار القول قول الزوج. وقال ابن دحون: القول قول المرأة، وقال المشاور: إن كانت من كسوة البذلة فالقول قوله مع يمينه، وإلا فقولها مع يمينها، فإذا حلفت كسائها، وإذا اشترى لزوجته ثيابا فلبستها في غير البذلة ثم فارقها، وادعى أنها عارية وأنكرته قال الداودي: إن كان مثله يشتري ذلك لزوجته على وجه العارية فالقول قوله مع يمينه، وإلا فقولها. قاله في التوضيح.

541

فرع: قال ابن فرحون: إذا عرفت المرأة أنها فقيرة لم يكن القول قولها إلا في قدر صداقها. انتهى.

الحديث

¹³⁸⁴ - في المطبوع ورثته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 540 وم 216 والشيخ 314 وما يابى 379.
¹³⁸⁵ - في المطبوع أجمعت وصغرت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 540 وم 216 والشيخ 314.
¹³⁸⁶ - في المطبوع طسه وم 216 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 540 والشيخ 314 (وفي ما يابى 377 طست).

فصل الوليمة مندوبة بعد البناء يوماً [وتجب¹³⁸⁷ إجابة من عيّن.

نص خليل

ص: فصل الوليمة مندوبة بعد البناء يوماً ش: قال في العتبية في رسم طلق ابن حبيب [من¹³⁸⁸ سماع ابن القاسم من كتاب الجامع الخامس في ترجمة وجه الإطعام في الوليمة: قال مالك: كان ربيعة يقول إنما يستحب الطعام في الوليمة لإثبات النكاح وإظهاره ومعرفته؛ لأن الشهود يهلكون. قال ابن رشد: يريد أن هذا هو المعنى الذي من أجله أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوليمة، وحض عليها بقوله لعبد الرحمن بن عوف: {أولم ولو بشاة¹} وبما أشبه ذلك من الآثار، وقوله صحيح يؤيده ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم مر هو وأصحابه ببني زريق فسمعوا غناء ولعبا فقال: {ما هذا؟ فقالوا نكح فلان يا رسول الله فقال: كمل دينه هذا النكاح لا السفاح، ولا نكاح حتى يسمع دف أو يرى دخان²}. وبالله التوفيق. انتهى. وقوله: "بعد البناء" هو المشهور.

متن الخطاب

قال في العارضة: قال ابن حبيب قد كان³ النبي صلى الله عليه وسلم يستحب الطعام على النكاح عند عقده وعند البناء، وليس كما زعم ما أطمع قط إلا بعد البناء. انتهى. وقال فيها أيضاً: ليس في الوليمة على بعض النساء أكثر من الوليمة على غيرها ما يخرج من العدل بينهما كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم؛ لأن ذلك لم يكن قصداً وإنما كان بقدر الوجد. انتهى. وهذا إذا كان كذلك فواضح، وأما إن كان بقصد فالظاهر كراهته [ولا¹³⁸⁹] يحرم. والله أعلم. وقال أيضاً: والوليمة في السفر مطلوبة كالحضر، وليست من القربات التي يسقطها السفر. انتهى.

ص: وتجب إجابة من عيّن ش: يعني أن الإجابة تجب يوماً واحداً على من دعي معينا، وممراده سواء كان سابعا أو غير سابع. قال ابن عرفة: ابن رشد: إن جعل الوليمة والسابع معا وجبت إجابته؛ لأنه دعاء/ لحق ومن دعي للسابع بخلافه؛ لأنه لم يدع لحق بل لمعروف، وكذا من ترك الوليمة وفعل السابع، وإن أخر الوليمة للسابع فقال مالك يجيب وليس كالوليمة لأنه ربما [عمل¹³⁹⁰] الوليمة والسابع، ووجه تعليقه تخفيف الإتيان لما قال هو أنه لما كان الرجل قد يجمعهما احتمل عنده أنه لم يؤخر الوليمة إلى يوم السابع بل تركها [وعمله،¹³⁹¹] ولو كان عادة الناس بالبلد أنهم لا يولون إلا يوم السابع لوجب الإجابة. انتهى. والمسألة في رسم الطلاق من سماع أشهب [من¹³⁹²] كتاب النكاح، وأطال ابن رشد الكلام عليها، وقال في جامع الذخيرة: مسألة فيما يؤتى من الولائم: قال صاحب المقدمات: هي خمسة أقسام؛ واجبة الإجابة إليها وهي وليمة النكاح، ومستحبة الإجابة إليها وهي المأدبة وهي الطعام، يعمل للجيران للوداد ومباحة الإجابة وهي التي تعمل من غير قصد مذموم كالعقيقة للمولود والنقعة للقادم من السفر، والوكيرة لبناء الدار، والخرس للنفاس، والإعذار للختان ونحو ذلك، ومكره وهو ما يقصد به الفخر والمحمدة لا سيما أهل الفضل والهيئات؛ لأن إجابة مثل ذلك يخرق الهيئة، وقد قيل ما وضع أحد يده في قصعة أحد إلا ذل له، ومحرم الإجابة؛ وهو ما يفعله الرجل لمن يحرم عليه قبول هديته كأحد الخصمين للقاضي. انتهى.

3

- 1 - عن حميد قال سمعت أنسا قال: لما قدموا المدينة نزل المهاجرون على الأنصار فنزل عبد الرحمن بن عوف على سعد بن الربيع فقال أقاسمك مالي وأنزل لك عن إحدى امرأتي قال بارك الله لك في أهلك ومالك فخرج إلى السوق فباع وأشترى فأصاب شيئا من أقط وسمن فتزوج فقال النبي صلى الله عليه وسلم ((أولم ولو بشاة)) البخاري، الجامع الصحيح، كتاب النكاح، ج 6 ص 142 دار الفكر.
- 2 - أخرجه البيهقي في سننه كتاب الصداق، ج 7 ص 290، ط. دار الفكر ولفظه عن علي بن أبي طالب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر هو وأصحابه ببني زريق فسمعوا غناء ولعبا فقال ما هذا قالوا نكاح فلان يا رسول الله قال ((كمل دينه هذا النكاح لا السفاح ولا نكاح السر حتى يسمع دف أو يرى دخان)).
- 3 - ابن العربي في العارضة، ج 3 ص 20.

الحديث

1387 - س تجب نسخة بلا واو.

1388 * - في المطبوع في وما بين المعقوفين من م 1 وسيد 1 والشيخ 1.

1389 * - في المطبوع فلا وما بين المعقوفين من م 1 والشيخ 1 وسيد 1.

1391 - في المطبوع جعل والشيخ 2 وم 1 ومايبي 1 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 3 ويم 2.

1392 * - في المطبوع وعلمه والشيخ 2 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 3 وم 1 ويم 2 ومايبي 2.

1392 * - في المطبوع في وما بين المعقوفين من م 1.

متن الخطاب وقال في الشامل: وأما طعام إعدار [لختان ولعقيقة¹³⁹³] لقادم من سفر وخُرس لنفاس ومأدبة لدعوة [وحذقة¹³⁹⁴] لقراءة صبي ووكيرة لبناء دار فيكره الإتيان له، وقد تقدم حكم العقيقة. انتهى كلامه. فتأمل مع ما نقله في الذخيرة عن صاحب المقدمات في القسم المستحب والمباح، ولابن رشد في شرح المسألة الرابعة من رسم قطع الشجرة من كتاب المديان في القسم المباح نحو ما له في المقدمات، ونصه: الدعوة في الختان ليست بواجبة عند أحد من أهل العلم ولا مستحبة، وإنما هي من قبيل الجائز الذي لا يكره تركه ولا يستحب فعله. انتهى. وما نقله في الذخيرة عن ابن رشد في المقدمات نحوه في البيان في أول سماع أشهب من كتاب الصيام، وأشار إلى شيء منه في رسم طلق ابن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح، والمأدبة بضم الدال وفتحها. قاله في الصحاح. والإعذار طعام الختان؛ وهو في الأصل مصدر. قاله في الصحاح. فهو بكسر الهمزة لأنه ليس شيء من المصادر على وزن أفعال. فروع: الأول: قال في العارضة: إذا اجتمع داعيان أجب أقربهما منك بابا، فإن سبق أحدهما فالسابق. انتهى.

الثاني: قال في رسم الجامع من سماع أصبغ من كتاب الجامع: إذا دعي الرجل إلى الوليمة وغيرها، وقيل له: أنت بمن تحب معك أنه لا بأس أن يستصحب من إخوانه [من¹³⁹⁵] شاء. ابن رشد: هذا بين أنه يستصحب من شاء، ولا يجب على المستصحب إلا أن يشاء إذا لم يقصد صاحب الوليمة إلى دعائه فلا يلزمه الإتيان إليها على ما قاله مالك في رسم الطلاق من سماع أشهب من كتاب النكاح. انتهى. ونص ما في رسم سماع أشهب: قلت رأيت صاحب الوليمة يدعو إنسانا فيقول له اذهب فانظر من لقيت فادعه فيدعو الرجل أهو في سعة من ترك الإجابة؟ فقال: أرجو أن لا يكون على هذا بأس أن لا يأتيه لأنه لا يعرفه بعينه ولم يتعمده.

الثالث: قال ابن عرفة: وفي طرر ابن عات: لا بأس أن يحضر وليمة اليهودي ويأكل منها، قال بعض أصحابنا بعد أن يحلفه أنه لم يتزوج أخته ولا عمته ولا خالته.

قلت: الأصوب أو الواجب عدم إجابته؛ لأن في إجابته إعزازا له والمطلوب إذلاله وقوله بعد أن يحلفه فيه نظر إن كان ذلك مباحا في ملتهم. انتهى. وقال في العتبية في رسم الأقضية من سماع أشهب في كتاب النكاح: وسئل عن النصراني يختن ابنا له فيدعو مسلما أترى أن يجيبه؟ فقال: إن شاء جاء ليس عليه في ذلك ضيق إن جاءه فلا بأس به. قال ابن رشد: معنى قوله إنه لا إثم عليه في ذلك ولا حرج إن فعله وذلك إذا كان له وجه من جوار أو قرابة أو ما أشبه ذلك، والأحسن أن لا يفعل، لا سيما إذا كان ممن يقتدى به؛ لما في ذلك من التودد إلى الكفار،/ وقد قال الله عز وجل: ﴿ لا تجد قوما يؤمنون بالله واليوم الآخر يوادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آباءهم أو أبناءهم ﴾ الآية.

ص: وإن صائما ش:

1393 - في المطبوع الختان ونقيعة وما بين المعقوفين من الشامل لبهرام ج 1 ص 380.

1394 - في المطبوع حذقة وما بين المعقوفين من عقود ورم 2 والشيخ 2 وم 2.

1395 - * في المطبوع ما وما بين المعقوفين من م 2.

نص خليل إن لم يحضر من يتأذى به ومنكر كفرش حرير [وصور¹³⁹⁶] س[على كجدار.

متن الخطاب تنبيهه: ظاهر كلام الأبي في كتاب الصيام أن الصائم إذا أخبر أنه صائم لا يلزمه الحضور، وقيدته النووي بأن يسامح في ذلك. والله أعلم.

ص: إن لم يحضر من يتأذى به ومنكر كفرش حرير وصور على كجدار ش: قال ابن العربي في العارضة: اتفق العلماء على أنه إذا رأى منكرا أو خاف أن يراه أنه لا يجيب. وقال أيضا بعد حكاية الخلاف في وجوب الإجابة: أما الذي يصح في هذا كله عند النظر أن إجابة الدعوة واجبة إذا خلصت نية الداعي لله، وخلصت وليمته عما لا يرضي الله، ولما عدم هذا سقط الوجوب عن الخلق، بل حرم عليهم كما سيأتي بيانه، فلا معنى للإطنا ب في ذلك. انتهى. وقال القرطبي في شرح مسلم: وهذا كله ما لم يكن في الطعام شبهة أو تلحق فيه منة أو رؤية منكرا فلا يجوز الحضور ولا الأكل، ولا يختلف فيه. انتهى.

فرعان: الأول: قال الأبي: ويأتي لابن حبيب وغيره من السلف زيادة مانع آخر، وهو أن لا يخص بالدعوة الأغنياء، فإن خصهم سقط الوجوب. انتهى. وقال القرطبي: في معنى قوله صلى الله عليه وسلم: {شر الطعام طعام الوليمة¹} : [كره¹³⁹⁷] العلماء اختصاص الأغنياء بالدعوة، واختلفوا فيمن فعل ذلك هل تجاب دعوته أم لا؟ فقال ابن مسعود: لا تجاب، ونحا نحوه ابن حبيب من أصحابنا، وظاهر كلام أبي هريرة وجوب الإجابة. والله أعلم. انتهى. وقال في العتبية في رسم طلق ابن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع الخامس في ترجمة حكاية عن أبي هريرة رضي الله عنه في إتيان الوليمة: قال مالك: بلغني أن أبا هريرة رضي الله عنه دعي إلى وليمة وعليه ثياب دون فأتى ليدخل فمنع ولم يؤذن له، فذهب فلبس ثيابا جيادا ثم جاء فأدخل فلما وضع الثريد وضع كميته عليه فقيل له ما هذا يا أبا هريرة؟ فقال إنما هي التي أدخلت، وأما أنا فلم أدخل قد رددت إذ لم تكن علي ثم بكى، وقال: ذهب حبي ولم ينل من هذا شيئا وبقيتم تهانون بعده.

قال ابن رشد: هذه الوليمة التي رد فيها أبا هريرة من لم يميزه من حجاب باب الوليمة إذ ظنه فقيرا لما كان عليه من الثياب الدون، وأدخله بعد ذلك من رآه من حجابها في صفة الأغنياء بالثياب الحسان هي التي قال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم: {شر الطعام طعام الوليمة يدعى لها الأغنياء ويترك الفقراء ومن لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله²} ويروى: {بئس الطعام³} يريد أنه بئس الطعام لمطعمه [إذ¹³⁹⁸] رغب عما له في الحظ من أن لا يخص بطعامه الأغنياء دون الفقراء، فالبأس في ذلك عليه لا

الحديث

1 - عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال شر الطعام طعام الوليمة يمنعا من يأتيا ويدعى إليها من ياباها ومن لم يجب الدعوة فقد عصى الله ورسوله، مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، رقم الحديث 1432، ط. دار إحياء التراث العربي.

2 - شر الطعام طعام الوليمة يدعى إليه الأغنياء ويترك المساكين فمن لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله، مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 1432.

3 - عن أبي هريرة أنه كان يقول ببس الطعام طعام الوليمة يدعى إليه الأغنياء ويترك المساكين فمن لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله، مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 1432.

1396 س - قوله وصور ذكر سر وعقب أنه عطف على فرش وعليه فهو مجرور وظاهر تقرير خش وعليش والدردير أنه مرفوع وبالجذر شكل في نسختين مطبوعتين وقلميتين عتيقتين.

1397 - في المطبوع ذكره ويم3 وما بين المعقوفين من ن عدود ص4 وم2 والشيخ3 ومياي3.

1398 * - هكذا في المطبوع والنسخ اليدوية وفي البيان والتحصيل يريد أنه بئس الطعام لمطعمه إذ رغب عما له فيه الحظ من أن لا يحضر لطعامه إلا الأغنياء دون الفقراء الخ ج17 ص551.

لَا مَعَ لَعَبٍ مُّبَاحٍ وَلَوْ فِي ذِي هَيْئَةٍ عَلَى الْأَصَحِّ وَكَثْرَةُ زِحَامٍ وَأَغْلَاقُ بَابٍ دُونَهُ وَفِي وَجُوبِ أَكْلِ الْمُفْطَرِّ تَرَدُّدٌ وَلَا يَدْخُلُ غَيْرُ مَدْعُوٍ إِلَّا بِإِذْنٍ.

متن الخطاب على من دعاه إليه؛ لقوله في الحديث نفسه: {ومن لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله¹} وبكى رضي الله عنه شققاً من تغيير الأحوال على قرب العهد بالنبي صلى الله عليه وسلم، ورغبة الناس عما ندبوا إليه في ولائهم من عملها [على السنة¹³⁹⁹] وترك الرياء فيها والسمة. وبالله التوفيق. انتهى.

تذنيه: قال ابن العربي في العارضة: روي عن ابن عمر أنه دعا في وليمة الأغنياء والفقراء فعزل الفقراء عنهم، وقال: نطعمكم [مما¹⁴⁰⁰] يأكلون لا تفسدوا عليهم ثيابهم، وهذا مما لم يثبت فلا تعولوا عليه، ولو أراد [الجميع من الأغنياء والفقراء لفرقهم¹⁴⁰¹] ولم يجمع بينهم ويعتذر إليهم؛ فإن هذا كسر لنفوسهم وإثم يدخل عليه من جهتهم [فلا يفي¹⁴⁰²] [إشباعهم¹⁴⁰³] بذلك. انتهى.

الثاني: قال الأقفهسي عند قول الرسالة: "وقد أرخص مالك في التخلّف لكثرة زحام الناس فيها" قال: وكذلك إذا كان من حضر يأكلون وعلى رؤوسهم قوم ينظرونهم فهذا من المشقة والضرر. انتهى. ص: لا مع لعب مباح/ ولو لذي هيئة ش: قال في سماع أشهب [من¹⁴⁰⁴] كتاب الجامع: وسألته عمن يدعى إلى الوليمة وفيها إنسان يمشي على الحبل، وآخر يجعل في جبهته خشبة ثم يركبها إنسان فقال: لا أرى أن يأتي. قيل: فإن دخل ثم علم بذلك أخرج؟ قال: نعم يقول الله تبارك وتعالى: ﴿فلا تقعدوا معهم حتى يخوضوا في حديث غيره إنكم إذا مثلهم﴾ قال ابن رشد: اللعب في الوليمة هو من ناحية ما رخص فيه من اللهو، واختلف فيما رخص فيه من ذلك هل الرخصة فيه للنساء دون الرجال، أو للنساء والرجال؟ فقال أصبغ في سماعه من كتاب النكاح إن ذلك يجوز للنساء دون الرجال، وأن الرجال لا يجوز لهم عمله ولا حضوره، وهو ظاهر ما في هذه الرواية، والمشهور أن عمله وحضوره جائز للرجال والنساء، وهو قول ابن القاسم في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب النكاح، ومذهب مالك خلاف قول أصبغ إلا أنه كره لذي الهيئة أن يحضر اللعب. انتهى. وسيأتي ما في الرسمين المذكورين عند قول المصنف: "لا الغريال".

ص: وفي وجوب أكل المفطر تردد ش: أشار لقول الباجي لا نص لأصحابنا وفي المذهب مسائل تقتضي القولين. اهـ. واعترضه ابن عرفة بأن في رواية محمد يجيب وإن لم يأكل قال: وهو نص فقهي، ونقله ابن ناجي وقال: يعترض بقول الرسالة: "وأنت في الأكل بالخيار". انتهى. ولا شك أن الثاني نص في ذلك، وأما الأول ففيه نظر فتأمل. وقال في العتبية في سماع أشهب من كتاب النكاح في رسم طلق بن حبيب: وسئل مالك عن الإتيان إلى الوليمة فقال: أرى أن يأتيها. فقليل له ربما كان الزحام فيكره ذلك لموضعه؟ فقال: إن كان الزحام فإني أرى له سعة. فقليل له فيجيب وإن كان صائماً. قال: نعم أرى أن يجيب أكل أو لم يأكل. قال ابن رشد: قوله أرى أن يجيب أكل أو لم

1- مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 1432.

1399 - ساقطة من المطبوع ووردت في البيان والتحصيل ج 17 ص 551 ط. دار الغرب.
1400 - في المطبوع ما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 4 وم 2 والشيخ 4 وم 3 وما يابى 4.
1401 - في المطبوع ولو أراد الجمع بين الفقراء والأغنياء والفقراء لفرقتهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 4 (وفي 2 وما يابى 4 والشيخ 4 ولو أراد الجمع والفقراء لفرقتهم).
1402 - في المطبوع فلا ينفع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 4 وما يابى 4 والشيخ 4 وم 2 وم 3.
1403 - في المطبوع إشباعه بذلك وما يابى 4 والشيخ 4 وم 2 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 4 وم 3.
1404 - في المطبوع في وما بين المعقوفين من م 2 وسيد 1.

وَكُرَّةٌ نَثْرُ اللَّوْزِ وَالسُّكَّرِ.

نص خليل

متن الخطاب يأكل يريد أن الإجابة تلزمه، كان صائما أو مفطرا، فإن كان صائما صلى كما جاء في الحديث؛ أي دعا، وإن كان مفطرا فليس عليه بواجب أن يأكل، وإنما يستحب له ذلك ويندب إليه؛ لأن أمر النبي صلى الله عليه وسلم بالأكل فيما روي عنه من قوله: {إذا دعي أحدكم فليجب فإن كان مفطرا فليأكل، وإن كان صائما فليصل¹⁴⁰⁵} محمول على الندب عند مالك رحمه الله؛ بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث آخر: {إذا دعي أحدكم فليجب فإن شاء أكل وإن شاء ترك²} وأهل الظاهر يوجبون عليه الأكل بظاهر الحديث الأول، وما ذهب إليه مالك من استعمال الحديثين أولى من اطراح أحدهما. اهـ.

نكتة عجيبة: أخبرني سيدي الوالد حفظه الله عن بعض من قرأ الرسالة أنه قال: كنت أظن أن معنى قول الشيخ: "وأنت في الأكل بالخيار" أن تأخذ كل لقمة كالخيارة وهو فهم غريب. والله أعلم. تنبيه: قال البرزلي في مسائل الهبة والصدقة: وما يفعل من الأطعمة في بعض الأعراس أو الولائم أو الأعياد من طعام رفيع أو حلاوة، وقصد بعض الناس بها المفاخرة وعرضه فقط لا أكله فلا ينبغي أن يحضر فضلا عن أن يكثر من أكله، فإن حضر لضرورة فلا يأكل منه إلا قدر ما تطيب به نفس صاحبه على العادة، ولا يجوز الإفداح في الأكل منه [إذ¹⁴⁰⁵] لم يصنع لذلك. انتهى.

وقال قبله: إذا قدم الطعام لضيافة أو غيرها فلا يأكل منه إلا قدر ما يأتي بين يديه، ولا يتعدى إلى جاره في نصيبه إلا بطيب نفس منه، وكذا إذا كان الطعام كثيرا، أو أكل أكلا خارجا عن المعتاد لا بد له من استئذان رب الطعام، لا سيما على القول أنه لا يملك إلا بالازدراء فلا يأخذ منه إلا ما جرت به العادة من باب تخصيص العموم بالعادة، ولا يطعم منه هرا ولا غيرها إلا بإذن ربه، وعلى القول بأنه يملكه بالتمكين فيجوز [له¹⁴⁰⁶] أن يطعم الهر ونحوها، ونص على المسألة القراني في آخر شرحه للتنقيح له، ويحتمل أن لا يعطي شيئا من ذلك كله؛ لأنه إنما ملك الانتفاع في نفسه خاصة لا عموم منفعة الطعام في كمال التصرف كما في بعض مسائل الحبس، وبلغني عن الشيخ الصالح/ أبي عبد الله الرماح شيخ عصره في بلده أكل معه بعض أهل البادية طعاما فجاوز العادة، فخاف البدوي الفضيحة فقال: يا سيدي يقول الناس من رأى في أكله رأى في دينه فقال له: اسكت من رأى في أكله [ستر دينه¹⁴⁰⁷]. انتهى.

ص: وكره نثر اللوز والسكرش: قال في رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب العقيقة: قال مالك فيما ينثر على الصبيان عند خروج أسنانهم وفي العرائس فتكون فيه النبهة قال: لا أحب أن

6

- الحديث 1 - التمهيد ج 1 ص 230 دار الكتب العلمية. ولفظ مسلم في صحيحه إذا دعي أحدكم فليجب فإن كان صائما فليصل وإن كان مفطرا فليطعم. كتاب النكاح، دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 1431.
- 2 - التمهيد ج 1 ص 230 ط دار الكتب العلمية. ولفظ مسلم في صحيحه إذا دعي أحدكم إلى طعام فليجب فإن شاء طعم وإن شاء ترك. كتاب النكاح، رقم الحديث 1430، ط. دار إحياء التراث العربي.

1405 - في المطبوع إذا وما بين المعقوفين من م 3 وما يابى 4.

1406 - ساقطة من المطبوع وم 3 والشيخ 5 وما يابى 5 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 5 ويم 4.

1407 - في المطبوع ستر في دينه وما بين المعقوفين من الشيخ 5 وم 3 والبرزلي ج 5 ص 520، ط. دار الغرب.

لَا الْغُرْبَالَ وَلَوْ لِرَجُلٍ وَفِي الْكَبْرِ وَالْمِزْهَرِ ثَالِثُهَا يَجُوزُ فِي الْكَبْرِ ابْنُ كِنَانَةَ وَتَجُوزُ الزَّمَارَةُ وَالْبُوقُ.

متن الخطاب يؤكل منه شيء إذا كان ينتهب. قال ابن رشد: كرهه مالك بكل حال لظواهر الآثار الواردة عن النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك من ذلك نهيه عن النهبة، وأنه قال: {النهبية لا تحل¹} وأنه قال: {من انتهب فليس منا²} وفي ذلك تفصيل، أما ما ينثر عليهم ليأكلوه على وجه ما يؤكل دون أن ينتهب فانتهاه حرام لا يحل ولا يجوز؛ لأن مخرجه إنما أراد أن يتساووا في أكله على وجه ما يؤكل، فمن أخذ منه أكثر مما كان يأكل منه مع أصحابه على وجه الأكل فقد أخذ حراماً وأكل سحتاً لا مرية فيه ودخل تحت الوعيد، وأما ما ينثر عليهم لينتهبوه فقد كرهه مالك، وأجازه غيره، وتأول أن النهي عن الانتهاب إنما معناه انتهاب ما لم يؤذن في انتهابه؛ بدليل ما روى عبد الله بن قرط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {أحب الأيام إلى الله يوم النحر ثم يوم [القر¹⁴⁰⁸] } فقرب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدنان [خمس¹⁴⁰⁹] أو ست¹⁴¹⁰ فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن يبدأ، فلما وجبت جنوبها قال كلمة [خفية¹⁴¹¹] لم أفهمها فقلت للذي كان إلى جنبي ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: [قال: {من شاء¹⁴¹²} اقتطع³} وما روي من أن صاحب هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يا رسول الله كيف أصنع بما عطب من الهدى؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {انحرها ثم ألق قلائدها في دمها وخل بين الناس وبينها يأكلونها⁴} انتهى. وقال في جامع الكافي: وطعام النهبة إذا أذن فيه صاحبه -وذلك نحو ما ينثر على رؤوس الصبيان وفي الأعراس والختان- اختلف في كراهته، والتنزه عنه أولى. انتهى.

ص: لا الغربال ولو لرجل وفي الكبر والمزهر ثالثها يجوز في الكبر ابن كنانة وتجوز الزمارة والبوق ش: قال في النوادر عن ابن المواز: الغربال هو الدف المدور، وقال غيره هو مغشى من جهة واحدة. وقال أيضاً: المزهر هو المربع. انتهى. وقال أصبغ في العتبية في رسم النكاح من كتاب النكاح: والغربال هو الدف المدور وليس المزهر، والمزهر مكروه وهو محدث، والفرق بينهما أن المزهر ألهى،

- 1 - عن ثعلبة بن الحكم قال أصبنا غنما للعدو فانتهبناها فنصبنا قدورنا فمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقدر فامر بها فكفنت ثم قال إن النهبة لا تحل، ابن ماجه في سننه، كتاب الفتن، دار إحياء التراث العربي 1975، رقم الحديث 3938.
- 2 - عن عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا جلب ولا جنب ولا شغار في الاسلام ومن انتهب نهبة فليس منا، الترمذي في سننه، بعارضة الاحوذى، كتاب النكاح، دار الفكر 1995، رقم الحديث 1126.
- 3 - عن عبد الله بن قرط عن النبي صلى الله عليه وسلم قال إن أعظم الايام عند الله تبارك وتعالى يوم النحر ثم يوم القر قال عيسى قال ثور وهو اليوم الثاني قال وقرب لرسول الله صلى الله عليه وسلم بدنان خمس أو ست فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن يبدأ فلما وجبت جنوبها قال فتكلم بكلمة خفية لم أفهمها فقلت ما قال قال من شاء اقتطع، سنن أبي داود، كتاب المناسك، دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 1765.
- 4 - مالك عن هشام بن عروة عن أبيه أن صاحب هدي رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يا رسول الله كيف أصنع بما عطب من الهدى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم كل بدنة عطبت من الهدى فانحرها ثم ألق قلائدها في دمها ثم خل بينها وبين الناس يأكلونها. الموطأ رقم الحديث 869.

1408 - في المطبوع القرب وما بين المعقوفين من ن الشيخ سيديا (و في مايابى 5 المغرب).

1409 - كذا في النسخ والذي في الحديث رقم 1765 من سنن أبي داود، كتاب المناسك: بدنان خمس أو ست.

1410 - في المطبوع خمسا أو ستا وما بين المعقوفين من سنن أبي داود، كتاب المناسك، رقم الحديث 1765.

1411 - في المطبوع خفيفة وما بين المعقوفين من سنن أبي داود، رقم الحديث 1765.

1412 - ساقطة من المطبوع والشيخ 6 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 6 وم 3 ويم 4 ومايابى 5.

متن الخطاب وكلما كان ألهي كان أغفل عن ذكر الله وكان من الباطل، وقال الشيخ يوسف بن عمر: الدف هو المغشى من جهة واحدة إذا لم يكن فيه أوتار ولا جرس، ويسمى الآن بالبندير. انتهى. وقال في المدخل في فصل [المولد¹⁴¹³]: ومذهب مالك أن الطار الذي فيه الصراصر محرم، وكذلك الشبابة. انتهى. وقال التلمساني في شرح الرسالة: قال ابن رشد: اتفق أهل العلم على إجازة الدف وهو الغربال في العرس. انتهى. وسيأتي كلام ابن رشد مستوفى، وقال الشيخ جعفر بن ثعلب الأدفوي الشافعي المصري في كتابه المسمى بالإقناع في أحكام السماع: وذهب طائفة إلى إباحة الدف في العرس/ والعيد وقدم الغائب وكل سرور حادث، وهذا ما أورده الغزالي في الإحياء والقرطبي المالكي في كشف القناع لما ذكر أحاديث تقتضي المنع قال: وقد جاءت أحاديث تقتضي الإباحة في النكاح وأوقات السرور، فتستثنى هذه المواضع من المنع المطلق. انتهى. وقال قبله: قال ابن بطال في شرح البخاري: قال المهلب: من السنة إعلان النكاح بالدف. انتهى.

وقال بعد هذا وقبل الأول: قال القاضي أبو بكر بن العربي في الأحكام من كلام ذكره وقسمه إن آلات اللهو المشهورة للنكاح يجوز استعمالها فيه وذكر الدف منها، وقال ابن رشد في المقدمات: ولا يجوز تعمد [حضور¹⁴¹⁴] شيء من اللهو ولا من آلات الملاهي، ورخص في الدف في النكاح، وفي الكبر والمزهر أقوال. انتهى. ثم ذكر في الدف بالجلجل ما نصه: قال القرطبي لما استثنى الدف فيما ذكرناه من المواضع: ولا يلحق بذلك الطارات ذات [الصراصر¹⁴¹⁵] والجلجل لما فيها من زيادة الإطراب، وإذا كان الضارب بها رجلا فقال يحيى بن مزين في شرح الموطأ:

قال أصبغ: لا يكون الدف إلا للنساء ولا يكون عند الرجال. ثم قال: وكل من تقدم النقل عنه -يعني من المالكية وغيرهم من الأئمة الأربعة- غير هؤلاء الذين ذكرناهم أطلقوا القول، ولم يفصلوا بين الجلجل وغيره وبين النساء والرجال، وذهب عبد الملك بن حبيب إلى جواز الدف والكبر والمزهر في العرس إلا للجواري العواتق في بيوتهن وما أشبههن فإنه يجوز مطلقا، ويجري لهن مجرى العرس إذا لم يكن غيره. ذكره في مؤلفه في السماع. انتهى. وقال في الكلام على الطبول والقرطبي المالكي وابن الجوزي من الحنابلة [استثنيا¹⁴¹⁶] طبل الحرب، ثم ذكر كلام ابن رشد ويحيى بن مزين [في الكبر¹⁴¹⁷] والمزهر؛ أعني الثلاثة الأقوال، والخلاف في اختصاص ذلك بالنساء أو يعم الرجال، ثم قال: تنبيه: المعروف في اللغة أن المزهر العود، ولم أر من أهل اللغة من ذكر خلافه، وكتب الفقهاء مخالفة لذلك فإنهم إنما يعنون بالدف المربع المغلوف، وصرح به يحيى بن مزين المالكي، والكبر الطبل الكبير، ولعله الطلخانة. والله أعلم. وذكر المسألة في العتبية في رسم سلف دينار من سماع عيسى من كتاب النكاح، وفي رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب النكاح، واستوفى ابن رشد الكلام عليها في سماع عيسى المتقدم ذكره على نحو ما ذكره المصنف،

1413 - في المطبوع المولود وما بين المعقوفين من ن سيد1.

1414 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص7 وم3 ويم4 والشيخ7 ومايبي6.

1415 - في المطبوع والشيخ7 وم3 وسيد2 الصلاصل وما بين المعقوفين من يم4.

1416 - في المطبوع استثناء والشيخ7 وما بين المعقوفين من ن عدود ص7 ومايبي6 (و في م4 استثنيت)

1417 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص7 وم4 ويم4 والشيخ7 ومايبي6.

ولنذكر كلام سماع عيسى وكلام ابن رشد عليه ثم نتبعه بما في سماع أصبغ؛ قال في العتبية: وسئل مالك عن الرجل يدعى إلى الصنيع فيجد به اللعب أيدخل؟ قال: إن كان الشيء الخفيف مثل الدف والكبر الذي يلعب به النساء فما أرى به بأسا. قال ابن رشد: يريد بالصنيع صنيع العرس أو صنيع العرس والملاك على ما قاله أصبغ في سماعه؛ لأن ذلك هو الذي رخص [في¹⁴¹⁸] بعض اللهو فيه لما يستحب من إعلان النكاح، واتفق أهل العلم فيما علمت على إجازة الدف وهو الغريال في العرس، واختلفوا في الكبر والمزهر على ثلاثة أقوال؛ أحدها أنهما يحملان جميعا محمل الغريال ويدخلان مدخله في جواز استعمالهما في العرس؛ وهو قول ابن حبيب، والثاني أنه لا يحمل واحد منهما محمله ولا يدخل معه، ولا يجوز استعماله في عرس ولا غيره؛ وهو قول أصبغ في سماعه بعد هذا من هذا الكتاب، وعليه يأتي ما في سماع سحنون [عن ابن القاسم¹⁴¹⁹] من كتاب جامع البيوع أن الكبر إذا بيع يفسخ بيعه ويؤدب أهله؛ لأنه إذا قال ذلك في الكبر فأحرى أن يقوله في المزهر لأنه ألهى منه.

والثالث أنه يحمل محمله ويدخل مدخله في الكبر وحده دون المزهر؛ وهو قول ابن القاسم هنا وفي رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الوصايا؛ وعليه يأتي ما في سماع عيسى من كتاب السرقة أن السارق يقطع في قيمة الكبر صحيحا، ولابن كنانة في المدونة إجازة البوق في العرس، فقيل معنى ذلك في البوقات والزمارات التي لا تلهي كل/الإلهاء. والله أعلم. واختلف في جواز ما أجاز من ذلك؛ فقيل هو من قبيل الجائز الذي يستوي فعله وتركه في أنه لا حرج في فعله ولا ثواب في تركه، وهو المشهور في المذهب، وقيل إنه من قبيل الجائز الذي تركه أحسن من فعله فيكره فعله لما في تركه من الثواب؛ لا أن في فعله حرجا أو عقابا، وهو قول مالك في المدونة أنه كره الدفاف والمعارف في العرس وغيره، واختلف هل يجوز ذلك للنساء دون الرجال، أو النساء والرجال؟ فقال أصبغ في سماعه إن ذلك إنما يجوز للنساء دون الرجال، وإن الرجال لا يجوز لهم عمله ولا حضوره، والمشهور أن عمله وحضوره جائز للرجال والنساء، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية في سماع أصبغ خلاف قول أصبغ، وهو مذهب مالك إلا أنه كره لذي الهيئة من الناس أن يحضر اللعب، روى ذلك ابن وهب عنه في سماع أصبغ، وأما ما لا يجوز عمله من اللهو في العرس فلا يجوز لمن دعي إليه أن يأتيه.

وقد مضى القول على ذلك في رسم طلق ابن حبيب من سماع ابن القاسم. انتهى كلامه برمته. والله أعلم. ونص ما في سماع أصبغ: قال أصبغ: سمعت ابن القاسم وسئل عن الذي يدعى إلى الصنيع فجاء فوجد فيه لعبا أيدخل؟ قال: إن كان شيئا خفيفا مثل الدف والكبر الذي يلعب به النساء فما أرى به بأسا. قال أصبغ: ولا يعجبني وليرجع، وقد أخبرني ابن وهب أنه سمع مالكا يسأل عن الذي يحضر الصنيع وفيه اللهو فقال: ما يعجبني للرجل ذي الهيئة يحضر اللعب، وأخبرني ابن وهب عن مالك وسئل عن ضرب الكبر والمزمار أو غير ذلك من اللهو يشارك سماعه وتجد لذته وأنت في طريق أو مجلس أو غيره؟ قال مالك: أرى أن يقوم من ذلك المجلس. قال أصبغ: وأخبرني ابن وهب عن بكر بن مضر عن عمرو بن الحرث أن

1418 - في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 7 ويم 5 وم 4 والشيخ 7 وما يابى 6.

1419 - سقطت من المطبوع ووردت في م 4 وسيد 2 وما يابى 6 ويم 5 والشيخ 7.

رجلا دعا عبد الله بن مسعود إلى وليمة فلما جاء سمع لهما فرجع، فلقية الذي دعاه فقال له ما لك رجعت ألا تدخل؟ فقال إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: {من كثر سواد قوم فهو منهم، ومن رضي عمل قوم كان شريك من عمله} ¹ قال أصبغ: وأخبرني ابن وهب عن خالد بن حميد عن يحيى بن أبي أسيد أن الحسن البصري كان إذا دعي إلى الوليمة يقول: أفيها برابط؟ فإن قيل نعم قال: لا دعوة لهم ولا نعمة عين. قال أصبغ: ما جاز للنساء مما جوز لهن من الدف والكبر في العرس فلا يجوز للرجال عمله، وما لا يجوز لهم عمله فلا يجوز لهم حضوره، ولا يجوز للنساء غير الكبر والدف ولا غناء معها ولا ضرب ولا برابط ولا زممار وذلك حرام محرم في الفرج وغيره إلا ضربا بالدف والكبر هملا، وبذكر الله وتسبيحا وحمدا على ما هدى أو برجز خفيف لا بمنكسر ولا طويل مثل الذي جاء في جوارى الأنصار:

أتيناكمم أتيناكمم فحيونا نحييكم
ولولا الحبلة السمرى لم نحلل بـ واديكم

وما أشبه ذلك، ولا يعجبني مع ذلك الصفق بالأيدي وهو أخف من غيره. قال أصبغ: وقد أخبرني عبد الله بن وهب عن الليث أن عمر بن عبد العزيز كتب بقطع اللهو كله إلا الدف وحده في العرس وحده، فهذا رأيي وأحب [إلى العامة] ¹⁴²⁰ [والخاصة] [العمل] ¹⁴²⁴ به، ولا أرى به بأسا في الملاك على مثل العرس، وما فسرنا فيه فهو منه، ثم ذكر حديث: {أظهروا النكاح واضربوا عليه بالغربال} ² وحديث: {أعلنوا النكاح} ³ ثم قال أصبغ: فالإعلان يجمع عندي الملاك والعرس جميعا أن يعلن بهما ولا يستخفى بهما سرا في التفسير، ويظهر بهما ببعض اللهو مثل الدف والكبر للنساء، والغربال هو الدف المدور، وذكر ما تقدم نقله عنه في تعريفه في أول القولة. ثم قال: وما كان من الباطل فمحرم على المؤمنين اللهو والباطل.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {كل لهو يلهو به المؤمن باطل إلا ثلاث} ⁴ قال/ القاسم بن محمد: إذا جمع الحق والباطل يوم القيامة كان الغناء من الباطل وكان الباطل في النار، وقال أصبغ: والباطل كله محرم على المؤمنين قال الله عز وجل: ﴿أفحسبتم أنما خلقتناكم عبثا وأنكم إلينا لا ترجعون﴾ كما أن القمار حرم للهو ويميسره فهو لهو كله. قال ابن رشد: قد مضى القول في اللهو في العرس وما يجوز من عمله وحضوره موعبا في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم، وفي رسم سلف دينارا من سماع عيسى فلا معنى لإعادة شيء من ذلك ها هنا، وأشار لما تقدم ذكره. ثم قال: والثلاث التي أبيح اللهو بها في الحديث المذكور ملاعبة الرجل امرأته وتأديبه فرسه ورميه عن قوسه. وبالله التوفيق. انتهى.

9

¹ - الاتحاف، ج 6 ص 128، (وفيه من عمل به) بدل (من عمله). ² - البيهقي، في السنن الكبرى، كتاب الصداق، ج 7 ص 290، دار الفكر.

³ - أعلنوا هذا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدقوف، الترمذي في سننه، بعارضة الاحوذى، كتاب النكاح، دار الفكر 1975، رقم الحديث 1091.

⁴ - الذي في سنن الترمذي وسنن ابن ماجه، إن الله ليدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة: صانعه يحتسب في صنعه الخير والرامي به والممد به وقال ارموا وركبوا ولأن ترموا أحب إلي من أن تركبوا كل ما يلهو به الرجل المسلم باطل إلا

رميه بقوس وتأديبه فرسه وملاعبته المرأة الرجل امرأته وتأديبه فرسه ورميه عن قوسه. رقم الحديث 1637-

ونحوه في ابن ماجه ج 2 ص 940 كتاب الجهاد الحديث 2811.

¹⁴²⁰ * - في نسخة سيد2 للامة.

¹⁴²¹ * - في المطبوع والعمل وما بين المعقوفين من البيان والتحصيل، ج 5 ص 114.

نص خليل فصل إِنَّمَا يَجِبُ الْقَسْمُ لِلزَّوْجَاتِ فِي الْمَبِيتِ.

فائدة: حكى في النوادر أن الحسن دعي إلى عرس هو وجماعة فأكلوا ثم غسل يده ثم جيء بمجمر بيد جارية فأجمرته، ثم أدخلت يدها تحت ثيابه فلم يمنعها ودهنت لحيته بيدها فلم يمنعها. انتهى.
ص: فصل إنما يجب القسم للزوجات في المبيت ش: أفاد بقوله للزوجات أن الزوجة والأمة لا قسم بينهما، ولا [قسم¹⁴²²] بين غير الزوجات من الموطوءات.
قال في الرسالة: "ولا قسم في المبيت لأمته ولا لأم ولده" ونحوه في المدونة. وقال ابن عرفة: الشيخ: روى محمد لا قسم لأم ولده ولا أمة مع حرة ولا قسم بين السراي. ابن شاس: لا يجب بين المستولدات ولا بين الإماء ولا بينهن وبين المنكوحات إلا أن الأولى العدل. انتهى. وقال ابن عبد السلام: وأما قول المؤلف -يعني ابن الحاجب- "إلا أن الأولى العدل وكف الأذى" يعني أن القسم وإن لم يكن واجبا بين الزوجة والمستولدة وبين المستولدات، إلا أن الأولى ما ذكره. انتهى. قال في المدونة: وجائز أن يقيم عند أم ولده ما شاء ما لم يضارر. انتهى. قال للخي: ولا قسم بين الزوجات وملك اليمين والمدبرة وأم الولد، والمذهب أنه لا مقال للحررة إن أقام عند الأمة وفيه نظر؛ إلا أن يكون هناك إجماع فيسلم. قال في المتيطة: وله أن يطأهن في أيام الزوجات. انتهى.

قال البرزلي في مسائل النكاح: وسئل للخي عن يميل لسريته دون زوجته هل هو حرام أم لا. فأجاب الرواية جوازه والقياس منعه وهو ظلم للحررة. ابن الحاج: ليس معنى قوله في المدونة له أن يقيم عند أم ولده ما شاء أنها أتم حرمة بل للحررة المقال ولها المبيت، وليس لأم الولد قسم، فلما ضعف أمر أم الولد جاز المبيت عندها الليلتين [والثلاث¹⁴²³] دون الحررة إذ [هو¹⁴²⁴] معظم الأمر للحررة.

قلت: يحتمل الليلتين والثلاث في الشهر [لقوله¹⁴²⁵] إذ [هو¹⁴²⁶] معظم الأمر للحررة فظاهر قول للخي العموم، وأنه على ظاهر الرواية يقيم عند أم ولده ما شاء، وقوله والقياس منعه؛ أي أنه إذا كان الأمر ولا بد فليعدل ويكون ليلة بليلة، وعلى قول ابن المسيب إذا تزوج الأمة معها بإذنها لها ليلة وللحررة [ليلتين¹⁴²⁷] يكون هنا أخرى، وهو قول ابن الماجشون، وحمل شيخنا الإمام المدونة على ما إذا أضر بالحررة وهو أن يزيد على الحررة، وأما إذا زاد على قدر ما للحررة فهو ضرر يمنع منه، وأشار إليه بقوله: "ما لم يحاب". والله أعلم. انتهى. والظاهر أن في الكلام سقطا، وصوابه على ما إذا لم يضر بالحررة؛ وهو أن لا يزيد على الحررة. والله أعلم. وقوله: "في المبيت" أشار به لقوله في المدونة: "ويعدل في المبيت" قال ابن ناجي: قال شيخنا: يعني أن العدل في الليل أكد منه في النهار؛ لأنهم إذا تكلموا

الحديث

1422 - ساقطة من المطبوع والشيخ 9 وم 5 ومايأبى 8 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 9 وم 6.

1423 - في المطبوع والثالث وما بين المعقوفين من مايأبى 8 وم 5 وم 6 وفي الشيخ 9 الثلاثة.

1424 - ساقطة من المطبوع وفي مطبوعة البرزلي، ط. دار الغرب 2002، ج 2 ص 355. إذ معظم الأمر للحررة وما بين

المعقوفين من ن عدود ص 9 وم 6 وم 5 والشيخ 9 ومايأبى 8.

1425 - ساقطة من المطبوع وم 5 والشيخ 10 ومايأبى 8 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 9 وم 6.

1426 - ساقطة من المطبوع والشيخ 10 ومايأبى 8 وم 5 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 9 وم 6.

1427 - علق عليها الشيخ محمد سالم عدود ب كذا في النسخ ومقتضى الظاهر (ليلتان)

نص خليل وَإِنْ اِمْتَنَعَ الْوُطْءُ شَرْعًا أَوْ طَبْعًا كَمَحْرَمَةٍ وَمُظَاهَرٍ مِنْهَا وَرَتْقَاءَ لَا فِي الْوُطْءِ إِلَّا لِإِضْرَارٍ كَكَفِّهِ لِيَتَّقَوْهُ لَدُّهُ لِأُخْرَى وَعَلَى وَلِيِّ الْمَجْنُونِ إِطَافَتُهُ وَعَلَى الْمَرِيضِ إِلَّا أَنْ لَا يَسْتَطِيعَ فَعِنْدَ مَنْ شَاءَ.

متن الخطاب في الدخول لحاجة إنما يخصونه بالنهار، وكنت أجيبه بأن كلامهم أعم. قال ابن الحاجب: ولا يدخل على ضررتها في زمانها إلا لحاجة. انتهى.

تغنيبه: قال أبو الحسن الصغير: سئل أبو عمر عن يجور بين نسائه ولا يعدل هل ذلك جرحه له؟ قال: نعم إن تابع ذلك وداوم عليه. انتهى. وقال الجزولي: هو جرحه في إمامته وشهادته. والله أعلم.

ص: وإن امتنع الوطء شرعاً أو طبعاً ش: صوابه عقلاً بدل طبعاً كما قال في التوضيح، فإن الرتقاء إنما يمنعه العقل، وإلا فطبيع/ الإنسان لا يميل عن الرتقاء إذا كانت سليمة. والله أعلم.

10

ص: كمحرمة ومظاهر منها ورتقاء ش: إنما مثل لامتناع الوطء شرعاً بمثلين ليعلم أنه لا فرق بين أن يكون سبب الامتناع منه كالظهار أو منها كالإحرام. قال اللخمي: إذا كانت إحداهن مريضة أو صغيرة أو

رتقاء أو حائضاً أو نفساء أو محرمة أو مجنونة أو مجذومة كان القسم بينهما سواء، وكذلك من آلى من واحدة أو ظاهر فهي على حقها والكون عندها، وأن لا يصيب البواقي إلا أن يتحلل من الإيلاء والظهار، وعليه أن يتحلل من [ذلك إذا] ¹⁴²⁸ قامت [بحقها] ¹⁴²⁹ التي لم يول منها ولا يظاهر، ومحمل الآية في الإيلاء على

من كان خلواً من غيرها فإن كان له نسوة كان لها أن تطالبه بالعدل في الإصابة حسبما تقدم، إلا أن يعتزل جميعهن، وقد غاضب النبي صلى الله عليه وسلم بعض نسائه فاعتزل جميعهن¹ شهراً بإرادة العدل. خرجه

البخاري ومسلم. اهـ. ونقله ابن عرفة ولم يذكر قائله، قال ابن عبد السلام: في قول ابن الحاجب: "والصغيرة الموطوءة" يريد الصغيرة المدخول بها، وكذلك من عطف عليها لا بد أن يكون مدخولاً بها. اهـ. وقال ابن

فرحون: يريد المدخول بها لأنها إذا لم توطأ لم يكن لها تشوف، وهو نص التهذيب. اهـ. والله أعلم.

ص: لا في الوطء ش: يريد وكذلك النفقة والكسوة له أن يوسع على من شاء منهن. قال ابن عرفة: ابن رشد: معروف مذهب مالك وأصحابه أنه إن أقام لكل واحدة ما يجب لها بقدر حالها، فلا حرج

عليه أن يوسع على من شاء منهن بما شاء، وقال ابن نافع يجب أن يعدل بينهن في ماله بعد إقامته لكل واحدة ما يجب لها، والأول أظهر.

1- عن جابر بن عبد الله قال دخل أبو بكر يستأذن على رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجد الناس جلوساً ببابه لم يؤذن لأحد منهم قال فأذن لأبي بكر فدخل ثم أقبل عمر فاستأذن فأذن له فوجد النبي صلى الله عليه وسلم جالساً حوله نساؤه واجماً ساكتاً قال فقال لأقولن شيئاً أضحك النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله لو رأيت بنت خارجة سألتني النفقة ففقت إليها فوجأت عنقها فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال هن حولي كما ترى يسألنني النفقة فقام أبو بكر إلى عائشة بجا عنقها فقام عمر إلى حفصة بجا عنقها كلاهما يقول تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده فقتلن والله لا نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً أبداً ليس عنده ثم اعتزلهن شهراً أو تسعاً وعشرين ثم نزلت عليه هذه الآية (يا أيها النبي قل لأزواجك حتى بلغ للمحسنات منكن أجراً عظيماً قل فبداً بعائشة فقال يا عائشة إني أريد أن أعرض عليك أمراً أحب أن لا تعجلي فيه حتى تستشيرني أبوك قالت وما هو يا رسول الله فتلا عليها الآية قالت أفيك يا رسول الله أستشير أبوي بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة وأسألك أن لا تخبر امرأة من نساءك بالذي قلت قال لا تسألني امرأة منهن إلا أخبرتها إن الله لم يبعثني معتداً ولا متعتداً ولكن بعثني معلماً ميسراً، مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، رقم الحديث 1478، ط. دار إحياء التراث العربي.

- أخرجه البخاري في صحيحه، مطولاً، كتاب المظالم، رقم الحديث 2468، وفيه فاعتزل النبي صلى الله عليه وسلم من أجل ذلك الحديث حين أفشته حفصة إلى عائشة وكان قد قال ما أنا بداخل عليهن شهراً من شدة موجدته عليهن حين عاتبه الله إلى آخر الحديث الطويل، ط. دار الفجر 2005.

1428 - في المطبوع إلا وم 5 وما يابى 9 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 10 (و في يم 6 من ذلك إن قامت) (وفي الشيخ 10 من ذلك الآن إذا قامت).

1429 - * في المطبوع لحقها وما بين المعقوفين من م 5 والشيخ 10 ويم 6.

نص خليل وَفَاتَ إِنْ ظَلَمَ فِيهِ كَخِدْمَةٍ مُعْتَقٍ بَعْضُهُ [يَأْبِقُ¹⁴³⁰] وَتُدِبَ الْإِبْتِدَاءُ بِاللَّيْلِ وَالْمَبِيتُ عِنْدَ الْوَاحِدَةِ وَالْأَمَةُ كَالْحُرَّةِ.

متن الخطاب قلت: قول ابن نافع يجب حكاها المتيطي رواية. اهـ. ونقل في التوضيح عن اللخمي بعض شيء من هذا. والله أعلم.

ص: وعلى ولي المجنون إطافته ش: قال ابن عرفة: وفيها العبد كالحر والمحبوب ومن لا يقدر على الجماع يقسم في نفسه بالعدل إذ له أن يتزوج. ابن شاس: يجب على كل مكلف. انتهى.

ص: وفات إن ظلم فيه ش: قال في المدونة: وزجر عن ذلك وابتدأ العدل فإن عاد نكل به. اهـ. مسألة: من حلف أن لا يوطأ زوجته حتى تظم ولدها ليس بمول، ولو حلف أن لا يوطأ هذه الموضع عامين قصدا لنفي الضرر عن ولده فمات الولد وقد بقي أكثر من أربعة أشهر فهو مول. قاله ابن عبد السلام.

ص: والمبيت عند الواحدة ش: نقله في التوضيح عن ابن شاس، وكذا قال ابن عرفة. ابن شاس: من له زوجة واحدة لا يجب مبيته عندها.

قلت: الأظهر وجوبه أو تبينته معها امرأة ترضى؛ لأن تركها وحدها ضرر بها وربما تعين عليه زمن خوف المحارب والسارق. اهـ. وقال في التوضيح: إذا شكت الوحدة ضمت إلى الجماعة إلا أن يكون تزوجها على ذلك. اهـ. ذكره في باب البيوع في قول ابن الحاجب: فإن أشكل، ونقله في الكبير في قوله وسكنها بين قوم صالحين، وقال ابن ناجي على المدونة: ظاهر الكتاب أنه لو كان عنده زوجة واحدة لم يجب المبيت عندها وهو كذلك، نص عليه ابن الجلاب وهو متفق عليه، ولم يعزه بعض شيوخنا/ وخليل إلا لنقل ابن شاس وهو قصور. اهـ. ويعني ببعض شيوخه ابن عرفة.

فرع: قال في التوضيح: ولو خاصمها الرجل في الجماع ففي الطراز عن المشاور يقضى له عليها بأربع مرات في الليلة وأربع في اليوم، ونقله صاحب المفيد عن عبد الله بن الزبير ونقل عن المغيرة أنه يفرض له أربع مرات في اليوم واللييلة، ونقله ابن عرفة. قال ابن ناجي على المدونة: إذا كان الزوج يكثر الوطء وتضررت المرأة فقال ابن حبيب هي كالأجير تمكن [من¹⁴³¹] نفسها ما قدرت، وما ذكره هو الصحيح، [ثم ذكر قول المشاور، ونقل أبو الحسن قول ابن حبيب، ونقل عن أبي عمر أنه هو الصحيح. اهـ.] واقتصر في الشامل على القول بأربع في اليوم وأربع في اللييلة، وعلى القول بأربع فيهما، وصدر بالأول وذكر المسألة في خيار الزوجين، وأما عكس المسألة فقال في المدونة: ومن سرمد العبادة وترك الوطء لم يمه عنه تبته، وقيل له إما وطئت أو فارقت. اهـ. قال ابن ناجي: ليس في المدونة جلاء ما الذي يقضى للزوجة على الزوج إن هو لم يوطأ، والذي يغلب على ظني أنني وقفت على أنه يقضى لها بليلة من أربع؛ لأن له أن يتزوج أربعاً. اهـ. وقال الشيخ أبو الحسن: قال أبو عمران: اختلف في أقل ما يقضى به على الرجل من الوطء فقال بعضهم ليلة من أربع، أخذه من أن للرجل أن يتزوج أربعاً من النساء، والذي قال ليلة من ثلاث أخذه من قوله: ﴿لِلذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ وقضى عمر بمرة في الطهر؛ لأنه [يحبها¹⁴³³] ويحصنها. اهـ. وقال ابن فرحون في شرح

11

الحديث

¹⁴³⁰ س - قوله يابق الأكثر فيه أن يكون من باب ضرب كما في المصباح ثم من باب قتل لاقتصار المختار والصحيح واللسان عليهما ثم من باب تعب ذكره معهما المصباح وق وما في ق من جعل منع مكان نصر متعقب.
¹⁴³¹ - ساقطة من المطبوع وم5 وم7 والشيخ11 ومايأبى9 وما بين المعقوفين من ن عدود ص11.
¹⁴³² * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص11.
¹⁴³³ - في المطبوع يحلها وما بين المعقوفين من ن عدود ص11 وم7 وم5 والشيخ11 ومايأبى10.

نص خليل وقُضِيَ لِلْبَكْرِ بِسَبْعٍ وَلِلثَّيْبِ بِثَلَاثٍ وَلَا قَضَاءَ وَلَا تُجَابُ لِسَبْعٍ وَلَا يَدْخُلُ عَلَى ضَرْتِهَا فِي يَوْمِهَا إِلَّا لِحَاجَةٍ.

متن الخطاب ابن الحاجب: ويستحب مجامعتها -يعني المرأة- في كل أربع ليال مرة. اهـ. قيل نزلت مسألة التبتل بعمر فأتت إليه امرأة فأنشدت:

ألهي خليلي عن فراشي مسجده وخوف ربي باليقين [يعبده]¹⁴³⁴
نهارة وليله ما يرقده مفترش جبينه يكده
ولست في أمر النساء أحمد

فأنشأ الرجل فقال:

إني امرؤ أذهلني ما قد نزل في سورة النور وفي السبع الطول
وفي الحواميم الشفا وفي النحل زهدني في قربها إلى العمل

فأنشد كعب:

فإن خير العاملين من عدل ثم قضى بالحق جهرا وفصل
إن لها عليك حقا يا بعل ليلتها من أربع لمن عقل
وأنت أولى بالثلاث في مهل فصل فيهن وصومن وسل
وافعل لها ذاك ودع عنك الملل

انتهى.

مسألة: قال في العارضة في باب ما يحل المطلقة ثلاثا: طلب المرأة الوطء عند الحاكم لا يناقض الحياء الممدوح ولا المروءة المستحسنة؛ لأنه مقصود النكاح، فإذا عقدته علم الكل أنه له، فإذا تعذر جاز طلبه دينا وحسن مروءة. اهـ. ومن مسائل النكاح من مختصر البرزلي: مسألة في حديث مسلم فراش للرجل وفراش للضيف وفراش للشيطان¹ أخذ منه أنه ليس على الرجل النوم مع امرأته في فراش واحد، وإنما حقها في الوطء خاصة. اهـ. وانظر النووي في شرح مسلم في شرح هذا الحديث في كتاب اللباس، وكذلك الأبي، وانظر كلام البرزلي في شرح قول المؤلف في باب النفقات: "وسقطت إن أكلت معه"، وانظر بهراما الكبير في شرح قوله في الإيلاء: "أولا وطئتها ليلا أو نهارا".

ص: وقضي للبكر بسبع وللثيب بثلاث ش: سواء كانت المتجددة حرة أو أمة. قاله في الجواهر./ وفهم من قوله قضي أنه مشى على القول بأنه حق للمرأة. قال في التوضيح: وهو اختيار ابن القاسم في المدونة واختاره اللخمي وغيره، قال ابن فرحون: وهو الصحيح، وقال أيضا: واختلف هل يخرج للصلاة ولقضاء حوائجه؟ وأما الجمعة فهي عليه واجبة. انتهى. واختار اللخمي أنه لا يخرج للصلاة ولا لقضاء حوائجه، ونقله عنه ابن عرفة فقال اللخمي عن ابن حبيب يخرج يتصرف في حوائجه وإلى المسجد، والعادة اليوم أن لا يخرج [ولا]¹⁴³⁵ للصلاة وإن كان خلوا من غيرها، وعلى المرأة بخروجه

12

1- فراش للرجل وفراش لامرأته والثالث للضيف والرابع للشيطان، مسلم في صحيحه، كتاب اللباس، رقم الحديث 2084، دار إحياء التراث العربي بيروت.

1434 - في المطبوع نعبده وما بين المعقوفين من ن عدود ص 11 ويم 7 وم 6 والشيخ 12 وما يابى 10.

1435 * - وفي يم 7 ولو.

وَجَازَ [الأثر¹⁴³⁶] عَلَيْهِا بِرِضَاهَا بِشَيْءٍ أَوْ لَا كَبَعْطَائِهَا عَلَى إِمْسَاكِهَا.

متن الخطاب وصم، وأرى أن يلزم العادة. انتهى. وما قاله ظاهر، وظاهر كلام المصنف كانت له زوجة غيرها أم لا، وهو الذي اختاره اللخمي كما تقدم في كلامه، وقال البرزلي في مسائل النكاح عن ابن أبي زيد: إنما تكون الإقامة سبعا وثلاثا من حق الزوجة إذا كان له غيرها، وإلا فلا حق لها ولا يلزمه، وهو قول ابن حبيب، والظاهر من مذهب أصحابنا والعمامة ترى الحق لها عموما وهو غلط. البرزلي: وعلى الأول حمل المدونة أبو حفص العطار وغيره، وحملها بعضهم على العموم؛ وهو قول في المذهب، وهو الصواب اليوم بتونس ونحوها من البلاد التي يرى خروج الزوج في هذا الزمان معرة على الزوجة [وإشعارا¹⁴³⁷] بعدم الرضا بها، وأما في بلد لا يعتبرون ذلك فالصواب ما قال ابن حبيب، واختلف المذهب بعد وجوبه هل هو حق لها يقضى عليه به، أو حق له؟ في ذلك خلاف معلوم. انتهى. والله أعلم.

مسألة: قال ابن عرفة: اللخمي عن ابن عبد الحكم: إن زفت إليه امرأتان في ليلة أقرع بينهما، وقبله عبد الحق، وقال على أحد قولي مالك إن الحق له فهو مخير دون قرعة. ابن عرفة: قلت: الأظهر إن سبقت إحداها بالدعاء للبناء قدمت، وإلا فسابقة العقد، وإن عقدا معا فالقرعة.

ص: وجاز الأثر¹⁴³⁶ عليها برضاها ش: تصوره ظاهر. قال القاضي عياض في كتابه المسمى بغية الرائد فيما في حديث أم زرع من الفوائد: وفيه إكرام الرجل بعض نسائه بحضرة ضرائرها بما يراه من قول أو فعل، وتخصيصها بذلك إذا لم يكن قصده الأثر¹⁴³⁶ والميل بل لسبب اقتضاه، ومعنى أوجبه من تأنيس وحشته منها أو مكافأة جميل صدر عنها، وقد أجاز بعض العلماء تفضيل إحداها على الأخرى في الملبس إذا وفي الأخرى حقها، وأن يتحف إحداها ويلطفها إذا كانت شابة أو بارة به، ولمالك نحو من هذا ولأصحابه، قال ابن حبيب والمساواة أولى والمكروه من ذلك كله ما قصد به الأثر¹⁴³⁶ والميل والتفضيل لا لسبب سواه. انتهى. وقال فيه أيضا: وفيه من الفقه حسن عشرة الرجل مع أهله وتأنيسهن واستحباب محادثتهن بما لا إثم فيه.

وقد وردت الآثار الصحاح بحسن عشرته صلى الله عليه وسلم لأهله ومباسطته إياهم، وكذلك السلف الصالح، وقد كان مالك رضي الله عنه يقول: في ذلك مرضاة لربك ومحبة في أهلك ومثراة في مالك ومنسأة في أجلك. قال: وقد بلغني ذلك عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم، وكان مالك من أحسن الناس خلقا مع أهله وولده، وكان يحدث [يقول: ¹⁴³⁸] يجب على الإنسان أن يتحجب إلى أهل داره حتى يكون أحب الناس إليهم. وقال فيه أيضا: جواز إخبار الرجل زوجته وأهله بصورة حاله معهم وحسن صحبتته إياهم وإحسانه إليهم وتذكيرهم ذلك، [وقال فإن في هذا الحديث لا سيما إذا حدث النساء به منفعة¹⁴³⁹] في الحض على الوفاء للزوج كما في

¹⁴³⁶ س - الأثر¹⁴³⁶ بالتحريك كما في الصحاح والمختار والمصباح والنهاية والدر النثر واللسان وق وإن كان في الأخيرين أيضا كسر الهمزة وضمها مع سكن الناء فيهما وذكر خش والدردير وعيق التحريك والضم مع السكن إلا أن عقب عزا الأخير للمصباح وفيه نظر وعزا الأخير للخطابي وحده وفيه قصور.

¹⁴³⁷ * - في المطبوع وإشعار وما بين المعقوفين من م 6.

¹⁴³⁸ * - في المطبوع بقول وما بين المعقوفين م 8.

¹⁴³⁹ * - في المطبوع وقال إذا حدث الناس بهذا الحديث فيه منفعة في الحض الخ وما بين المعقوفين من بغية الرائد

نص خليل وَشِرَاءُ يَوْمِهَا مِنْهَا وَوُطْءُ ضَرَّتْهَا بِأَذْنِهَا.

مقن الخطاب

كلام أم زرع والصبر على الأزواج كما في حديث غيرها. انتهى.
ص: وشراء يومها منها ش: تصويره واضح.

فرع: قال ابن عرفة: وليس للأمة إسقاط حقها من قسمها إلا بإذن سيدها كالعزل لحقه في الولد إلا أن تكون غير بالغ أو يائسة أو حاملا، واستحسن اللخمي إن أصابها مرة وأنزل أن لها أن تسقط حقها في القسم.

قلت: يرد باحتمال خيبتها فيه ورجائه في تكرره. انتهى.

تنبيه: قال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: قال بعضهم يؤخذ من الخلاف في المرأة تباع من زوجها أو/ من ضررتها اليوم واليومين جواز النزول عن الوظيفة بشيء وهو ضعيف؛ لأن الغالب بقاء [الإنسان] ¹⁴⁴⁰ [الصحيح اليوم واليومين والمأخوذ] عنه ¹⁴⁴¹ شيء يسير، بخلاف النزول عن الوظيفة. انتهى. ويؤخذ المنع من النزول بشيء مما ذكره في آخر كتاب البيوع من النوادر، ونصه:

ومن كتاب ابن المواز قال مالك في رجلين كانا في منزل من منازل الإمارة فضاقت بهما فأراد أحدهما أن يعطي صاحبه شيئا على أن يخرج فلا خير فيه؛ لأنه لا يدري متى يخرج منه وهو إلى غير أمد. انتهى. ومن مسألة الديوان في كتاب الجهاد من المدونة فيما إذا تنازع اثنان في [اسم] ¹⁴⁴² مكتوب في العطاء فأعطى أحدهما الآخر مالا على أن يبرأ إليه من ذلك الاسم أنه لا يجوز.

قال: لأنه إن كان الذي [أعطى] ¹⁴⁴³ الداهم أخذ غير اسمه فلا يجوز شراؤه، وإن كان الذي أعطي صاحب الاسم فقد باعه ما لا [يجب له] ¹⁴⁴⁴ [وإن كان الآخذ هو صاحب الاسم فلا يجوز له؛ لأنه لا يدري ما باع]، [أقليلًا بكثير أم كثيرا بقليل]، فلا يدري ما تبلغ ¹⁴⁴⁵ [حياة صاحبه فهذا غرر ولا يجوز]، وكذلك لا يجوز لمن زيد في عطائه أن يبيع تلك الزيادة [بعوض] ¹⁴⁴⁶. انتهى. وفي الكتاب المذكور أيضا ما يدل على عدم جواز النزول عن الوظيفة بغير شيء، ونقله ابن عرفة وكذا أيضا في كتاب البيوع الفاسدة ما يؤخذ منه ذلك من مسألة بيع غيران المعادن، ويؤخذ ذلك أيضا مما ذكره في التوضيح في الكلام على بيع الطعام قبل قبضه عن البيان، وأنه يجوز بيع العطاء السنة والسنتين إذا كان مأمونا. قال: ولا يجوز بيع أصل العطاء؛ لأنه يبطل بموته. انتهى.

ص: ووطء ضررتها بإذنهما ش: أي [في نوبتها] ¹⁴⁴⁷، وتصوره ظاهر.

فرع: قال المتطي: ولا بأس أن يطا إحداها في يوم الأخرى قبل الغسل وبعده. انتهى. وقال ابن العربي في التأليف الذي جعله في فروض الجماع وسننه وآدابه: ومن آداب الجماع أن لا يطا حرة بعد

الحديث

1440 - في المطبوع الإنس وما بين المعقوفين من م 6 ويم 8 وما يابى 11.

1441 - في المطبوع منه وما بين المعقوفين من م 6 ويم 8 وما يابى 11.

1442 - في المطبوع رسم وم 6 ويم 8 والشيخ 14 وما يابى 11 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 13.

1443 - في المطبوع أعطاه وم 6 ويم 8 والشيخ 14 وما يابى 11 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 13.

1444 - في المطبوع يحل وم 6 ويم 8 والشيخ 14 وما يابى 11 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 13.

1445 - في المطبوع أقليل بكثير أم كثير بقليل ولا ما لا يبلغ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 13 (وفي يم 8 أقليل بكثير

أو كثير بقليل ولا ما يبلغ) (وفي ما يابى 11 أقليل بكثير أم كثير بقليل ولا ما يبلغ) (وفي م 6 والشيخ 14 أقليل بكثير أم كثير

بقليل ولا ما يبلغ).

1446 - في المطبوع بعرض وما بين المعقوفين من م 6 ويم 8 وسيد 3 وما يابى 11.

1447 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 13 ويم 8 وم 6 والشيخ 14 وما يابى 11.

نص خليل وَالسَّلَامُ بِالْبَابِ وَالْبَيَاتُ عِنْدَ ضَرَّتِهَا [إذا¹⁴⁴⁸ س] أَغْلَقَتْ بَابَهَا دُونَهُ وَلَمْ يَقْدِرْ يَبِيتُ بِحُجْرَتِهَا وَبِرِضَاهُنَّ جَمْعُهُمَا بِمَنْزِلَيْنِ مِنْ دَارٍ وَاسْتَدْعَاؤُهُنَّ لِمَحَلِّهِ وَالزِّيَادَةُ عَلَى يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ لَا إِنْ لَمْ يَرْضِيَا.

متن الخطاب أمة حتى يغتسل، وأن ذلك مكروه قبل الغسل، وكذلك من آدابه أن لا يطأ زوجته بعد الاحتلام حتى يغسل فرجه من الأذى. انتهى. وقال ابن يونس في كتاب الطهارة: فأما أن يصيب الرجل جاريته ثم يصيب الأخرى قبل أن يغتسل فلا بأس بذلك. قاله مالك في الموطأ. انتهى. وعلى هذا فيجوز وطه الأمة بعد الحرة من باب أولى، وهذا كله في الغسل، وأما وطؤها قبل غسل الفرج من وطه الأخرى فظاهر قول الشيخ في باب الغسل أنه يستحب له الغسل، وظاهر قول سيدي محمد ابن سيدي أبي الحسن شارح الشفاء عند قوله في الفصل الذي أوله والضرب الثاني من الباب الثاني من القسم الأول: قالت سلمى طاف النبي صلى الله عليه وسلم على نسائه التسع، وتطهر من كل واحدة قبل أن يأتي الأخرى، وقال: {هذا أظهر وأطيب¹} وأن الوطء قبل غسل فرجه لا يجوز؛ لأنه قال في أثناء كلامه: لا يجوز لأحد أن يكون بفرجه شيء نجس فيدخله هنالك حتى يغسله. انتهى. والله أعلم.

ص: والسلام بالباب ش: أي في يوم الأخرى -يعني من غير حاجة- فليس معارضا لقوله أولا: "ولا يدخل على ضررتها في يومها إلا لحاجة". وقال ابن عرفة عن ابن راشد: لا بأس أن يتوضأ الرجل من ماء إحدى زوجتيه ويشرب الماء من بيتها، ويأكل من طعامها الذي ترسله إليه في يوم الأخرى من غير تعمد، بل ويقف ببابها يتفقد من شأنها ويسلم من غير دخول. انتهى.

ص: [وبرضاها¹⁴⁴⁹] جمعها بمنزليين من دار ش: قال ابن فرحون: إن من حقها أن لا تسكن مع ضررتها ولا مع أهل زوجها ولا مع أولاده في دار واحدة، فإن أفرد لها بيتا في الدار ورضيت فذلك جائز، وإلا قضي عليه بمسكن يصلح لها. انتهى. وقال ابن عبد السلام: أما الجمع بينهما في دار واحدة ويكون لكل واحدة منهن بيت فذلك من حقهن، فإن رضين به جاز، وإن أبين منه أو كرهته واحدة لم يمكن منه، وهكذا ينبغي إن سكنتا معا باختيارهما أن يكون القول قول من/ أرادت الخروج منهما، وأما الجمع بينهما في بيت واحد فلا ينبغي ذلك [ولو رضيت به¹⁴⁵⁰]. انتهى. قال ابن عرفة: وليس عليه إبعاد الدار بينهما.

ص: واستدعاؤهن لمحلته ش: وعليه من قال لامراته أنت طالق إن وطئتك إلا أن تأتيني أنه مول؛ إذ ليس عليها أن تأتيه. انتهى من ابن عرفة.

ص: والزيادة على يوم وليلة ش: قال في الجواهر: وأما المقدار من الزمان فليلة ولا ينصف الليلة، ولا يزيد عليها إلا أن يرضين ويرضى بالزيادة أو يكن في بلاد متباعدة، فيقسم الجمعة أو الشهر على حسب ما يمكنه بحيث لا يناله ضرر لقلّة المدة. انتهى. وقال اللخمي: إن كانت له زوجتان ببلدين جاز قسمه جمعة وشهرا وشهرين على قدر بعد الموضعين مما لا يضر به، ولا يقيم عند إحداهن إلا

1 - طاف النبي صلى الله عليه وسلم ليلة على نسائه التسع وتطهر من كل واحدة قبل أن يأتي الأخرى وقال هذا أظهر وأطهر، كتاب الشفاء للقاضي عياض، دار الفكر 2005، ص170. ورواية أبي داود في سننه، هذا أزكى وأطيب وأطهر، رقم الحديث 216.

الحديث

1448 س - إن نسخة.

1449 - في المطبوع وبرضاها وما بين المعقوفين من ن عنود ص13 ويم8 وم7 والشيخ14 ومايأبى12.

1450 * - كذا في النسخ.

نص خليل ودُخُولُ حَمَامٍ بِهِمَا وَجَمْعُهُمَا فِي فِرَاشٍ وَلَوْ بِلَا وَطْءٍ وَفِي مَنَعِ الْأُمْتَيْنِ وَكَرَاهَتِهِ قَوْلَانِ وَإِنْ وَهَبَتْ نَوْبَتَهَا مِنْ ضَرَّةٍ فَلَهُ الْمَنَعُ لَا لَهَا [وَتَخْتَصُّ¹⁴⁵¹ س] بِخِلَافٍ مِنْهُ وَلَهَا الرُّجُوعُ.

متن الخطاب لتجر أو ضيعة. اهـ. ونحوه في ابن الحاجب. وانظر قوله في كتاب الحج: "وهل إلا أن يقيم بأحدهما أكثر فيعتبر".

ص: ودخول حمام بهما ش: قال ابن عرفة: وأجازه سحنون بإحداهما. قلت: وذكر ابن دقيق العيد أن أسد بن الفرات أجاب الأمير بجواز دخوله الحمام بجواريه، وخطأه ابن محرز بحرمة الكشف بينهما.

ص: وجمعهما في فراش ولو بلا وطء ش: قال الكافي في كتاب الجامع: ويكره للرجل أن ينام بين أمتيه أو بين زوجتيه، وأن يطاق إحداها بحيث تسمع الأخرى، وأن يطاق الرجل حليلته بحيث يراه أحد صغير أو كبير، وأن يتحدث بما يخلو به مع أهله، ويكره للمرأة مثل ذلك من حديثها بما تخلو به مع بعلمها. اهـ. وقال في التوضيح: ولا يجوز أن يصيب الرجل زوجته أو أمته ومعه أحد في البيت يقظان أو نائما. اهـ. وقال ابن عرفة: ومنع الوطء وفي البيت نائم غير [زائر،¹⁴⁵²] ونحوه عسير إلا لأهل السعة. اهـ. قال الجزولي: وقد روي عن ابن عمر إذا أراد أن يطاق يخرج كل من كان في البيت من البهائم [وغيرها¹⁴⁵³] حتى الصبي في المهد، وهذا لا يكاد يتخلص منه أحد. اهـ.

ص: وإن وهبت نوبتها من [ضررتها¹⁴⁵⁴] فله المنع لا لها ش: والذي رأيت في النسخ بإسقاط فاء الجواب أعني في قوله له المنع، ورأيت في نسخة بالفاء، والذي يجب هنا الإتيان بها. والله أعلم. وقوله: "لا لها" لم يتكلم عليه الشارح، ونحوه في ابن الحاجب، ونصه: وإذا وهبت واحدة يومها لضررتها فللزوجة الامتناع لا للموهوبة. قال ابن عبد السلام: يريد أن هبة الضرة لضررتها يومها جائز، ثم للزوج الامتناع من قبولها تلك الهبة، وليس للضرة الموهوبة الامتناع منه؛ لأن الحق في الاستمتاع في الواهبة بيد الرجل، فلو صار للموهوبة قبول هذه الهبة بغير رضا الزوج لسقط حق الزوج في منفعته بالواهبة بغير رضاه وهو باطل، وكذلك لو قبل الزوج الهبة لم يكن للموهوبة الامتناع من القبول. اهـ.

ص: ولا [يختص¹⁴⁵⁵ منه ش: في بعض النسخ: "ولا يخص" بإسقاط التاء من خص ثلاثي مجرد مضاعف، ويعني به أن الزوج له المنع، وليس له أن يخص به من شاء من نسائه، بخلاف ما إذا ملكته اليوم فإن له أن يخص به من شاء، هذا الذي اختاره في توضيحه وابن عبد السلام أيضا، وفي بعضها وتختص بخلاف منه ومعناه أن الموهوبة تختص باليوم دون غيرها، بخلاف ما إذا وهبته للزوج فلا تختص به واحدة وتصير كالعدم، وهو الذي ذكره ابن الحاجب، وفي بعضها ولا تختص وهي ظاهرة الفساد. والله أعلم.

الحديث

1451 س - ولا يخص نسخة. ولا تختص غير صحيحة.

1452 - في المطبوع زائد وم 7 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 14 وم 9 وما يابى 12 (وفي الشيخ 14 راند).

1453 - في المطبوع وغيرهم وم 7 وم 9 والشيخ 15 وما يابى 12 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 14.

1454 - في المطبوع ضرة وما يابى 15 والشيخ 15 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 14 وم 9 وم 7.

1455 - في المطبوع تختص وم 7 وم 9 والشيخ 15 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 14.

نص خليل

وَأِنْ سَافَرَ اخْتَارَ إِلَّا فِي الْحَجِّ وَالْغَزْوِ فَيُقَرِّعُ وَتَوَوَّلَتْ بِالْإِخْتِيَارِ مُطْلَقًا وَوَعَظَ مَنْ نُشِرَتْ.

متن الخطاب

15 ص: وإن [سافر¹⁴⁵⁶] اختار ش: /

قال القرطبي في شرح مسلم في فضل عائشة: وليست القرعة في هذا واجبة عند مالك؛ لأنه قد يكون لبعض النساء من الغناء في السفر والمنفعة والصلاحية ما لا يكون لغيرها، فتتعين الصالحة لذلك، ولأن من وقعت القرعة عليها لا تجبر على السفر مع الزوج إلى الغزو والتجارة وما أشبه ذلك. اهـ. وما ذكره من عدم القرعة في الغزو كما هو ظاهر كلامه بأن القصة في الغزو فغير مسلم، وكذلك قوله: إن من وقعت عليها القرعة لا تجبر على السفر. والله أعلم. وقال ابن عرفة ناقلا عن اللخمي: ومن تعين سفرها أجبرت عليه إن لم يشق عليها أو يعرها. المتيطي عن أبي عمر: من أبت السفر معه سقطت نفقتها. اهـ. وقوله: "أو يعرها" أي يدركها معرة، ولفظ اللخمي: إلا أن يكون سفرا يدركها فيه مشقة أو يدركها فيه معرة. اهـ.

فرع: قال القرطبي في شرح مسلم في فضل عائشة: لم يختلف الفقهاء في أن الحاضرة لا تحاسب المسافرة بما مضى لها مع زوجها في السفر، وكذلك لا يختلفون في أنه يقسم بين الزوجات في السفر كما يقسم بينهن في الحضر. اهـ.

فرع: قال ابن عرفة: اللخمي: إن انقضت أيام بنائه أو مرضه أو سفره لم [يحاسب¹⁴⁵⁷] بها وفي تخييره في ابتدائه بمن أحب مطلقا، أو سوى التي كان عندها ثالثها يقرع بين من سواها، [وأرى¹⁴⁵⁸] بداءة قسمه بأبعدهن قسما (فمن¹⁴⁵⁹) يليه ومن كان عندها [آخرهن¹⁴⁶⁰]، وإن جهل [ترتيبهن¹⁴⁶¹] أقرع بينهن وفيها لاقضاء لها على الزوج لأيام غيبتها عنه في ضيعتها أو حج أو عمرة وبقائه مع غيرها. اللخمي: في لغو قولها أحرم عليك مكث أيام غيبتي عند ضرتي مطلقا أو ما لم يكن على ميل، ونحوه في رواية المبسوط، [ومحمل¹⁴⁶²] جواب مالك على قوله فيمن أغلقت الباب دونه أن له المضي لضررتها لا على قول ابن القاسم إلا أن يضره طول غيبتها. اهـ.

فرع: قال ابن عرفة عن ابن حبيب عن مالك وأصحابه: أحب إتمامه يوم من خرج في يومها إن قدم أثناء يوم وله إتمامه عند غيرها.

قلت: الأظهر على وجوب إتمام كسر اليوم في القصر والعقيقة ونحوهما يجب. اهـ. والله أعلم.

ص: ووعظ من نشزت ش: اعلم أنه إذا علم أن النشوز من الزوجة فإن المتولي لزوجها هو الزوج إن لم يبلغ الإمام أو بلغه ورجا إصلاحها على يد زوجها، [وأما إن بلغه ولم ير إصلاحها على يد

الحديث

1456 - في المطبوع مسافر وما بين المعقوفين من ن عدود ص14 ويم9 وم7 والشيخ16 ومايأبي13.

1457 * - في المطبوع تحاسب وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في مايأبي13 والشيخ16 وم7.

1458 * - في المطبوع فرأى وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في الشيخ16 ومايأبي13.

1459 * - في المطبوع ممن وما بين المعقوفين من الشيخ16.

1460 - في المطبوع أخرجهن وما بين المعقوفين من ن عدود ص15 وم7 والشيخ16 ويم9 ومايأبي13.

1461 * - في المطبوع ترتيبهن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في الشيخ16.

1462 * - في المطبوع ومحل وما بين المعقوفين من يم9 وم7 وسيد3.

نص خليل ثم هجرها ثم ضربها إن ظن إفادته ويتعديه زجره الحاكم وسكنها بين قوم صالحين إن لم تكن بينهم.

متن الخطاب زوجها¹⁴⁶³ [فإن الإمام¹⁴⁶⁴] يتولى زجرها. نقله ابن عبد السلام. ص: ثم هجرها ش: المراد من الهجر أن يترك مضجعها؛ هذا قول جماعة من التابعين، ورواه ابن وهب وابن القاسم عن مالك، واختاره ابن العربي، وغاية الهجر شهر ولا يبلغ الأربعة الأشهر التي للمولى. قاله القرطبي.

ص: ثم ضربها ش: قال القرطبي في تفسير قوله تعالى: ﴿وَاللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ﴾ والضرب في هذه الآية هو ضرب الأدب غير المبرح؛ وهو الذي لا يكسر عظما ولا يشين جارحة كاللكزة ونحوها، فإن المقصود منه الصلاح لا غير، فلا جرم إذا أدى إلى الهلاك وجب الضمان. اهـ. قال الأبي عن عياض في شرح حديث جابر في كتاب الحج¹: ومعنى غير مبرح غير شديد. اهـ. وقال المحب الطبري في [القرى¹⁴⁶⁵] في الباب العاشر في صفة حجة النبي صلى الله عليه وسلم في شرح قوله: {واضربوهن ضربا غير مبرح²}: أي غير مؤثر ولا شاق. قال بعضهم: ولعله من برح الخفاء إذا ظهر؛ يعني ضربا لا يظهر أثره تأديبا لهن. اهـ. وفي المسائل الملقوطة: من ضرب امرأته عمدا قضى عليه بما جرى من حق، وهو يختلف باختلاف البلدان، وسئل أبو محمد عن ضرب زوجته ثم [اصطلحا بعطاء¹⁴⁶⁶] فهو له لازم؛ فهذا يدل على أن لها حقا. قال أبو محمد: فإن ادعت العمد وادعى الزوج الأدب فالقول قولها، وكذلك العبد والسيد وفيهما خلاف من الأحكام لمسائل الإحكام. اهـ.

تنبية: قيد ابن الحاجب الضرب بقوله غير مخوف، قال في التوضيح: وتقييد المصنف الضرب بأن يكون غير مخوف صحيح، وإذا غلب على ظنه أن الضرب لا يفيد لم يجز له ضربها. انتهى. وفي الجواهر: فإن غلب/ على ظنه أنها لا تترك النشوز إلا بضرب مخوف لم يجز تعزيرها أصلا. انتهى. وقبله ابن عرفة.

ص: إن ظن إفادته ش: تصوره ظاهر من كلام التوضيح المتقدم. قال ابن عبد السلام: وهكذا ذكر [بعض الأئمة¹⁴⁶⁷] في الصبي إذا ظن أن الضرب لا يفيد فيه شيئا فإنه لا يضرب. قال: وأما الكبير فيسجن؛ لأن في السجن كفه عما يفعله من المفساد، ولا يضرب لأن الفرض عدم تأثيره في الكف. انتهى.

ص: ويتعديه زجره الحاكم ش: تأمل هذا مع قوله: "ولها التطلق بالضرر" [ولو لم تشهد بيته بتكرره¹⁴⁶⁸] إلا أن يكون المراد أن لها التطلق بالضرر إذا شهدت البيته [به ولها¹⁴⁶⁹] أن تقيم ويزجره [الحاكم، ويظهر¹⁴⁷⁰] ذلك من كلام ابن غازي.

16

1- جزء من حديث جابر، أخرجه مسلم في كتاب الحج، رقم الحديث 1218، ط. دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972.

2- مسلم في صحيحه كتاب الحج، جزء من حديث جابر، رقم 1218. ولفظه فإن فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح.

1463 - ساقطة من المطبوع والشيخ 16 وما يابى 13 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 15 (وفي م 7 ويم 9 وأما إن بلغه ولم ير إصلاحها على يد زوجها).

1464 * - في المطبوع وإلا فإن الإمام وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في م 7 ويم 9.

1465 * - في المطبوع القربى وما بين المعقوفين من م 8 ويم 10 والشيخ 16.

1466 * - كذا في النسخ والمسائل الملقوطة ص 151.

1467 - ساقطة من المطبوع والشيخ 17 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 16 وم 8 ويم 10 وما يابى 14.

1468 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 16 (وفي يم 10 وم 8 والشيخ 17 وما يابى 14 والشيخ 17 ولو لم تشهد البيته بتكرره).

نص خليل

وَأِنْ أَشْكَلَ بَعَثَ حَكَمَيْنِ وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ أُمِكنَ وَتُدَبَّ كَوْنُهُمَا جَارَيْنِ وَيَبْطَلُ حُكْمُ غَيْرِ الْعَدْلِ وَسَفِيهِ وَامْرَأَةٍ وَغَيْرِ فَقِيهِ بِذَلِكَ وَتَفْذَ طَلَاقُهُمَا وَإِنْ لَمْ يَرْضَ الزَّوْجَانِ وَالْحَاكِمُ وَلَوْ كَانَا مِنْ جِهَتِهِمَا لَا أَكْثَرَ مِنْ وَاحِدَةٍ أَوْقَعَا وَتَلَزَمَ إِنْ اخْتَلَفَا فِي الْعَدَدِ وَلَهَا التَّطْلِيقُ بِالضَّرَرِ وَلَوْ لَمْ تَشْهَدْ الْبَيِّنَةُ بِتَكَرُّرِهِ.

متن الخطاب ص: وإن أشكل بعث حكمين ش: اللخمي: إذا اختلف الزوجان وخرجا إلى ما لا يحل من المشاشمة والوثوب كان على السلطان أن يبعث حكمين ينظران في أمرهما، وإن لم يترافعا ويطلبا ذلك منه، ولا يحل له أن يتركهما على ما هما عليه من الإثم وفساد الدين. انتهى. ونقله عنه أبو الحسن.

ص: من أهلها إن أمكن ش: اللخمي: فإن لم يكن في أهلها من يصلح لذلك فمن جيرانها فإن لم يكن فمن غيرهم، وإن كان في أحد الجانبين رجلان يصلحان لذلك حكم أحدهما ونظر في الآخر من الجيرة أو غيرهم، [ولا يكونا من أحد الجانبين].¹⁴⁷¹ ثم قال: وإن كان بين الزوجين قرابة جاز أن يحكم السلطان من هو منهما بمنزلة عميها أو خاليها أو عم وخال، ولو جعل ذلك إلى واحد هو منهما بمنزلة عم أو خال جاز على مغمز فيه. انتهى. وظاهر كلام اللخمي بل صريحه أنه إذا كان من جانب واحد من يصلح فإنه يحكم وينظر في الآخر من الجيران أو غيرهم، وهو خلاف ظاهر كلام ابن الحاجب وشراحه؛ إذ قال ابن عبد السلام في قوله: "فإن لم يوجد أحدهما أو كلاهما فمن غيره": يريد إن لم يوجد الحكمان على هذه الصفة في أهل الزوجين، أو لم يوجد أحدهما كذلك ووجد الآخر فإنه ينتقل إلى الأجانب. انتهى ونحوه في التوضيح.

ص: وسفيه وامرأة وغير فقيه بذلك ش: إنما عطف هؤلاء على العدل؛ لأن السفيه يكون عدلا، وكذلك المرأة/ تكون عدلا، وكذلك غير الفقيه بحكم هذا الباب. والله أعلم.

17

ص: لا أكثر من واحدة أوقعا ش: ابن غازي: أكثر بالرفع عطفًا على طلاقهما وأوقعا في موضع الصفة له والعائد المفعول المحذوف؛ أي ولا ينفذ أكثر من واحدة أوقعا، وكأنه نبه بالصفة على أن هذا بعد الوقوع، وأما في الابتداء فلا يجوز أن يوقعا أكثر من واحدة كما صرح به المتيطي. انتهى كلامه. فعزو ابن غازي هذا للمتيطي كأنه لم ينظر في المدونة ولا اللخمي. قال في التهذيب: ولا يفرقان بأكثر من واحدة. انتهى. وقال اللخمي: ولا يجوز أن يوقعا من الطلاق أكثر من واحدة. انتهى.

ص: ولها التطلاق بالضرر ش: قال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: من الضرر قطع كلامه عنها وتحويل وجهه في الفراش عنها وإيثار امرأة عليها وضربها ضربا مؤلما، وليس من الضرر منعها من الحمام والنزاهة وتأديبها على ترك الصلاة ولا فعل التسري. انتهى. وقد تقدم الاختلاف فيمن يوقع هذا الطلاق هل الحاكم أو الزوجة في فصل العيوب؟ وكذلك إن أوقع أكثر من واحدة. والله أعلم.

الحديث

1469 - في المطبوع ولو لم تشهد البينة بتكرره وما بين المعقوفين من ن عدود ص16 ويم10 وم8 والشيخ17 ومايأبى14.

1470 - في المطبوع إلا أن يكون المراد أن لها التطلاق بالضرر إذا شهدت البينة به ولو لم تشهد بتكرره ولها أن تقيم ويزجره الحاكم ويظهر وما بين المعقوفين من ن عدود ص16 (و في يم10 وم8 والشيخ17 ومايأبى14 البينة به ولو لم تشهد بتكرره ولها أن تقيم ويزجره الحاكم ويظهر).

1471 * - في المطبوع من أحد الجنين وما بين المعقوفين من يم10.

نص خليل وَعَلَيْهِمَا الْإِصْلَاحُ فَإِنْ تَعَدَّرَ فَإِنْ أَسَاءَ الزَّوْجُ طَلَقًا بَلَا خُلْعٍ وَبِالْعَكْسِ ائْتَمَنَاهُ عَلَيْهَا أَوْ خَالَعًا لَهُ يَنْظُرُ هُمَا وَإِنْ أَسَاءَ فَهَلْ يَتَعَيَّنُ الطَّلَاقُ بَلَا خُلْعٍ أَوْ لَهُمَا أَنْ يُخَالِعَا بِالنَّظَرِ وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ تَأْوِيلَانِ وَأَتَيَا الْحَاكِمَ فَأَخْبَرَاهُ وَنَفَّذَ حُكْمَهُمَا وَلِلزَّوْجَيْنِ إِقَامَةٌ وَاحِدَةٌ عَلَى الصِّفَةِ وَفِي الْوَلِيِّينَ وَالْحَاكِمِ تَرَدُّدٌ وَلَهُمَا إِنْ أَقَامَهُمَا الْإِقْلَاعُ مَا لَمْ يَسْتَوْعِبَا الْكُشْفَ وَيَعْرِ مَا عَلَى الْحُكْمِ.

متن الخطاب وسيأتي عند قول المصنف في باب الخلع: "ورد المال بشهادة سماع على الضرر" الكلام على شهادة السماع بالضرر.

ص: وعليهما الإصلاح ش: قال ابن فرحون في شرح قول ابن الحاجب: "وعليهما الإصلاح" يعني قبل النظر في الطلاق، وذلك بأن يجتمع كل واحد من الحكمين بقرينه ويسأله عما نقم وما كره من صاحبه، ويقول له إن كان لك حاجة في صاحبك رددناه إلى ما [تختار¹⁴⁷²] منه، ويكون ذلك منهما المرة بعد المرة ولا يلازمهما، وعليهما أن يجتهدا في الإصلاح ما استطاعا، وإلا نظرا في أمرهما، فإن لم يقدر على الإصلاح فإن كان المسيء الزوج طلقا بلا خلع، ثم ذكر ما ذكره المصنف. وقال ابن عرفة: [المتيطي¹⁴⁷³] وابن فتحون وغيرهما: إذا توجه الحكمان بأشرا أمورهما وسألا عن بطانتهم، فإذا وقفا على حقيقة أمرهما أصلحا إن قدرا، وإلا فرقا. زاد فيها وتجوز فرقتهم دون الإمام. انتهى. فرع: ولا يعذر الحكمان قبل حكمهما. ابن رشد: لأنهما لا يحكمان بالشهادة القاطعة، [وإنما¹⁴⁷⁴] يحكمان بما خلص [إليهما¹⁴⁷⁵] بعد النظر. انتهى من التوضيح.

ص: أو خالعا له ينظرهما ش: هذا زاده اللخمي. قال في تبصرته: وإن كان الظلم [منها و¹⁴⁷⁶] كان لا يتجاوز الحق فيها ائتمناه عليها وأقرت عنده إلا أن يحب هو الفراق فيفرقا ولا شيء لها من الصداق. انتهى.

ص: وإن أساء ش: هو بضمير التثنية؛ يعني به إذا تبين أن الظلم منهما فإن أشكل الأمر أيهما يظلم، أو أيهما أظلم أجريا الحكم بمنزلة المساواة. قاله اللخمي. والله أعلم.

ص: وللزوجين إقامة/ واحد على الصفة وفي الوليين والحاكم تردد ش: فهم من هذا أن للجميع إقامة الحكمين وهو كذلك على المشهور، وأما الأمانة فلا يحكم بها على المشهور. انظر التوضيح. وقال في الشامل: ولا يعمل بأمانة على المشهور. انتهى. وقال ابن عرفة: ولا يقضى بإسكان أمانة معهما، ورأيت [لقرعوس ابن¹⁴⁷⁷] العباس أنه يقضى بذلك، والأول أظهر وأشهر إلا أن يتفق الزوجان عليها وتكون نفقتها عليها. انتهى. والقاتل بأنه يجوز إقامة واحد للزوجين وللحاكم وللولين هو

18

الحديث

1472 * - في المطبوع نختار وما بين المعقوفين من 8 وم 10 والشيخ 18 وسيد 3.

1473 * - في المطبوع والمتيطي وما بين المعقوفين من 8 وم 10 والشيخ 18 ومايaby 15.

1474 - في المطبوع وأنها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 17 وم 10 وم 8 والشيخ 18 ومايaby 15.

1475 - في المطبوع إليهن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 17 وم 10 وم 8 والشيخ 18 ومايaby 15.

1476 - في المطبوع منهما وفي ن الزايد (منهما أو كان) وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو

الذي في مايaby 15 وم 8 وم 10.

1477 - في المطبوع لابن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 18 وم 10 وم 8 ومايaby 15 (و في الشيخ 18 القرعوس).

نص خليل

وَأِنْ طَلَّقَا وَاخْتَلَفَا فِي الْمَالِ فَإِنْ لَمْ تَلْتَزِمُهُ فَلَا طَلَّاقَ.

باب جَازَ الْخُلْعُ وَهُوَ الطَّلَاقُ بِعَوَضٍ.

متن الخطاب اللخمي، وقيده بأن يكون من غير الأهل، ونقله عنه ابن عرفة، وسيأتي كلامه، والقائل بأنه لا يجوز ذلك للوليين ولا للحاكم، وإنما يجوز للزوجين هو الباجي، وزاد ابن عرفة بعد نقله قول الباجي عن ابن فتحون والمتيطي ما نصه: ابن فتحون: لا يجوز للإمام أن يحكم واحدا لمخالفة التنزيل. زاد المتيطي: ولا يجوز لهما ذلك إن كانا رشيدين ولا لمن يليهما إن كانا في ولاية، فإن جعل ذلك لواحد عدل لم ينقض. قاله عبد الملك في المدونة، ثم ذكر قول اللخمي، ثم قال في آخر كلامه: قلت ففي منع الاقتصار على بعث واحد مطلقا وجوازه إن كان أجنبيا مطلقا ثالث الطرق يجوز مطلقا للزوجين معا فقط لابن فتحون واللخمي والباجي وقول ابن الحاجب، ويجوز أن يقيم الزوجان والوليان خاصة واحدا على الصفة لا على غيرها غير الجميع. انتهى. وإلى اختلاف الطرق المذكورة أشار المصنف بقوله: "وفي الوليين والحاكم تردد". والله أعلم. وقوله: "وفي الوليين" يعني في محجوريهما. قال ابن عرفة: إنما يبعث الحكمين الحكام أو الزوجان أو [أبواهما]¹⁴⁷⁸ [إن كانا محجورين. ثم قال: قلت: معنى البعث والزوجان محجوران أن الزوجة قامت بالضرر، ولو رضيته سقط [مقال]¹⁴⁷⁹ وليها ولو كان أبا. قاله عن المذهب الشعبي وابن فتوح وغيرهما. قال ابن فتوح: وكذا كل شرط فيه فأمرها بيدها وتماه في التملك. انتهى.

ص: وإن طلقا واختلفا في المال فإن لم تلتزمه فلا طلاق ش: استغنى المصنف رحمه الله بهذا الفرع عن فرع ذكره في المدونة معه؛ لأنه يفهم حكمه منه بالأحرورية وهو ما إذا حكم أحدهما بالفراق ولم يحكم الآخر قال: قال فيها: لم يلزم شيء. انتهى. وعزا ابن عرفة هذا الأخير لللخمي، وكأنه لم يره في المدونة. والله أعلم.

كتاب الطلاق

ص: باب جاز الخلع وهو الطلاق بعوض ش: الطلاق أصله في اللغة الانطلاق والذهاب. المتيطي: مأخوذ من قولك أطلقت الناقة [فطلقت]¹⁴⁸⁰ [إذا أرسلتها من عقال، [فكأن]¹⁴⁸¹ ذات الزوج [موثقة]¹⁴⁸² عند زوجها فإذا فارقها أطلقها من وثاق، ويدلك على ذلك قول الناس هي في حبالك إذا كانت تحتك. انتهى. وقال الجوهري: وطلق الرجل امرأته تطليقا وطلقت هي بالفتح تطلق طلاقا فهي طالق وطلقة. قال الأخفش: لا يقال طلقت بالضم. انتهى. وأما حقيقته في الشرع فقال ابن عرفة: الطلاق صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجه موجبا تكررها مرتين للحر ومرة لذي رق حرمتها عليه قبل

الحديث

1478 - في المطبوع والشيخ 19 وم 11 أبواهما وما بين المعقوفين من سيد 4 ومايaby 15 وفي م 9 أبواهما.

1479 - في المطبوع وم 11 فقال وما بين المعقوفين من م 9 وسيد 4 ومايaby 15 والشيخ 19.

1480 - في المطبوع فانطلقت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 18 وم 11 وم 9 والشيخ 19 ومايaby 16.

1481 - في المطبوع وكان وما بين المعقوفين من ن عدود ص 18 وم 11 وم 9 والشيخ 19 ومايaby 16.

1482 - في المطبوع موثقة وم 11 وما بين المعقوفين من مايaby 16 والشيخ 19 وم 9.

وَبِلَا حَاكِمٍ وَبِعَوُضٍ مِنْ غَيْرِهَا إِنْ تَأَهَّلَ.

متن الخطاب زوج، وقبل المتيطي صرف الخطاب الكراهة في حديث: {أبغض الحلال إلى الله الطلاق¹} لسوء العشرة لا للطلاق [لإباحته¹⁴⁸³] الله تعالى، وقوله رسول الله صلى الله عليه وسلم .

قلت: [الأقرب كونه¹⁴⁸⁴] منه صلى الله عليه وسلم كان لسبب رجحه، ومحتمل كونه أبغض أنه أقرب/ الحلال إلى البغض، فنقيضه أبعد من البغض فيكون أحل من الطلاق. اللخمي: إن كان الزوجان على أداء كل منهما حق صاحبه استحب البقاء وكره الطلاق، وإن كانت الزوجة غير مؤدية حقه كان مباحا، فإن كانت غير [صينة¹⁴⁸⁵] استحب له فراقها إلا أن تعلق نفسه بها، وإن فسد ما بينهما ولا يكاد يسلم دينه معها وجب الفراق. زاد ابن بشير حرمة، وهو إذا خيف من وقوعه ارتكاب كبيرة، [وجعل ما جعله اللخمي مباحا مندوبا وما جعله اللخمي مندوبا مباحا. انتهى¹⁴⁸⁶] باختصار.

فائدة: ثبت عنه عليه السلام أنه طلق حفصة بنت عمر ثم راجعها، وطلق العالية بنت ظبيان، وهي كان يقال لها أم المساكين، ونكحت في حياته قبل أن ينزل عليه تحريم نسائه، وأول من طلق إسماعيل عليه السلام. انتهى بالمعنى من أول كتاب الطلاق من المتيطي. والله أعلم. وقول المصنف: "وهو الطلاق بعوض" هذا هو المشهور أن الخلع طلاق، وقيل فسخ. قال المسيلي في نكت التفسير: قال شيخنا -يعني ابن عرفة- كان شخص يقال له النحاس له في امرأته طلقتان فخالعها ثم ردها قبل زوج بناء على أن الخلع فسخ ففرق بينهما ولم يحد للشبهة. اهـ.

ص: وبلا حاكم ش: يعني أن الخلع جائز ولو لم يكن عند الحاكم. قال في المدونة: والخلع والمبارأة عند السلطان وغيره جائز. اهـ. قال أبو الحسن: خلافا للحسن وابن سيرين. اهـ.

ص: وبعوض من غيرها ش: المراد بالغير الأجنبي. قال ابن عبد السلام: قلت: ينبغي أن يقيد المذهب بما إذا كان الغرض من التزام الأجنبي ذلك للزوج حصول مصلحة أو درء مفسدة ترجع إلى ذلك الأجنبي مما لا يقصد به إضرار المرأة، وأما ما يفعله أهل الزمان في بلدنا من التزام أجنبي ذلك وليس قصده إلا إسقاط النفقة الواجبة في العدة للمطلقة على مطلقها فلا ينبغي أن يختلف في المنع ابتداء، وفي انتفاع المطلق بذلك بعد وقوعه نظر. اهـ. ونقله في التوضيح والشامل، وقال ابن عرفة: باذل الخلع من صح معروفه، والمذهب صحته من غير الزوجة مستقلا.

قلت: ما لم يظهر قصد ضررها بإسقاط نفقة العدة فينبغي رده كشرء دين العدو، وفيها: من قال لرجل طلق امرأتك ولك علي ألف درهم فقبل لزم ذلك الرجل. اهـ. ولفظ الشامل: ودافعه من له التبرع وإن أجنبيا إن قصد مصلحة أو درء مفسدة. اهـ. وقول ابن عبد السلام ترجع إلى ذلك الأجنبي ليس بشرط

¹ - سنن أبي داود، كتاب الطلاق، دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 2178، وابن ماجه في سننه، كتاب الطلاق، دار إحياء التراث العربي 1975، رقم الحديث 2018.

2- كما في حديث الجونية في صحيح البخاري، كتاب الطلاق، رقم الحديث 5255 من حديث أبي أسيد رضي الله عنه قال خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم حتى انطلقنا إلى حائط يقال له الشوط حتى انتهينا إلى حائطين فجلسنا بينهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم اجلسوا هاهنا ودخل وقد أتى بالجونية فأنزلت في بيت في نخل في بيت أميمة بنت النعمان بن شراحيل ومعهما دابتهما حاضنة لها فلما دخل عليها النبي صلى الله عليه وسلم قال هبي نفسك لي قالت وهل تهب الملكة نفسها للسوقة قال فأهوى بيده يضع يده عليها لتسكن فقالت أعوذ بالله منك فقال قد عذت بمعاذ ثم خرج علينا فقال يا أبا أسيد اكسها رازقين وألحقها بأهلها، ط. دار الفكر.

3- أبو داود، ج2 ص285، رقم الحديث 2283. وابن حبان 4261.

1483 * - في المطبوع لإباحة وما بين المعقوفين من م9 وم11 ومايأبى 16 والشيخ 19.

1484 - في المطبوع منه وما بين المعقوفين من ن عدود ص18 وم11 وم9 والشيخ 19 ومايأبى 16.

1485 - في المطبوع صبية وما بين المعقوفين من ن عدود ص19 وم11 وم9 والشيخ 19 ومايأبى 16.

1486 * - في المطبوع والشيخ 20 وجعله ما جعله اللخمي مباحا مندوبا وجعله اللخمي مندوبا مباحا انتهى وفي عدود وجعله ما جعله اللخمي مباحا مندوبا انتهى وفي سيد4 وجعل ما جعله اللخمي مباحا مندوبا انتهى وما بين المعقوفين من م9 وم11 ومايأبى 16.

نص خليل
لَا مِنْ صَغِيرَةٍ وَسَفِيهَةٍ.

متن الخطاب كما يظهر من كلام ابن عرفة، بل المقصود أن لا يقصد به ضرر المرأة، وهو الذي يظهر من كلام المصنف في التوضيح فإنه أسقط هذا اللفظ من كلام ابن عبد السلام.

تنبيهه: قول ابن عبد السلام: فلا ينبغي أن يختلف في المنع ابتداء، وفي انتفاع المطلق بذلك بعد وقوعه نظر، أما المنع من ذلك ابتداء فلا إشكال فيه، وأما إذا وقع الطلاق فالظاهر لزومه وسقوط النفقة، أما وقوع الطلاق فظاهر؛ لأنه لا يرتفع بعد وقوعه ولا إشكال في بينونته، وأما سقوط النفقة به فظاهر أيضاً؛ لأن أهل المذهب كلهم مصرحون في باب النفقات بأن البائن لا نفقة لها. قال في المدونة: وكل مطلقة لها السكنى، وكل بائنة بطلاق بتات أو خلع أو مبارأة أو لعان ونحوه فلها السكنى، ولا نفقة لها ولا كسوة إلا في الحمل البين فذلك لها ما أقامت حاملاً خلا الملاءنة. انتهى من طلاق السنة.

قال أبو الحسن: لأن النفقة إنما هي عوض عن الاستمتاع، فلما عدم لم يكن لها نفقة. انتهى. ثم قال: ولما كانت الرجعة بيده أشبه من هو متمكن من الوطء، ونحوه في إرخاء الستور منها؛ ألا ترى أنه لو طلق بنفسه طلاق الخلع من غير عوض أليس بائناً ولا نفقة لها، وكذلك لو طلقها بعوض منها وكان ذلك عن ضرر بها فقد قالوا إنها ترجع بالعوض، وأما الطلاق فيلزمه وتكون بائناً، ولم يذكروا أنها ترجع عليه بالنفقة. فتأمل. وانظر بهراما الكبير في شرح قول المصنف: "وتعجيله لها ما لا يجب قبوله" وقول ابن عرفة ينبغي رده/ إن أراد قبل أن يقع الطلاق فظاهر وإطلاق الرد مجاز، وإن أراد بعد وقوع الطلاق، وأنه يرتفع الطلاق فغير ظاهر. والله أعلم.

فرع: قال أبو الحسن: إذا أتى الأجنبي إلى الزوج قبل أن يطلق فقال له لا تفعل فقد بدا لي فذلك له. انتهى.

ص: لا من صغيرة وسفیهة ش: أما السفیهة المولى عليها فالمنصوص ما ذكره المصنف، وأما المهملة فذكر في التوضيح فيها ثلاثة أقوال. قال الرجراجي في شرح المدونة: المشهور أن ذلك لا يجوز، ولذلك - والله أعلم - أطلق في السفیهة فسواء كانت ذات أب أو وصي أو مقدم من القاضي أو مهملة لا يصح خلعه، وهذا إذا صالحت دون إذن وصيها، وأما إن أذن [لها]¹⁴⁸⁷ وصيها فيصح الخلع، وهو قول المصنف بعد بخلاف الوصي؛ أي فلا يصح خلعه عمن في حجره يريد بغير رضاها، وأما إذا رضيت فيصح. قال في المدونة في إرخاء الستور في ترجمة الصلح: ولأب أن يخالعه [على]¹⁴⁸⁸ ابنته الصغيرة وإن كان على إسقاط جميع المهر، وليس للوصي أو غيره أن يخلعها من زوجها، بخلاف مبارأة الوصي عن [يتيمه]¹⁴⁸⁹ والفرق بينهما أن الوصي يزوج يتيمه ولا يستأمر، ولا يزوج يتيمته إلا بإذنها، وكذلك يباري عن يتيمه ولا يستأذنه، ولا يباري عن يتيمته إلا بإذنها. انتهى. وظاهر كلام الرجراجي أنه لا خلاف في جواز خلعه عنها برضاها، وانظر ابن سلمون. وقال ابن عرفة: وفي خلع الوصي عن يتيمته دون إذنها ثالثها إن لم تبلغ. اللخمي عن رواية ابن نافع: لا بأس أن يباري الوصي عن يتيمته، وإن

20

الحديث

1487 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 20 ويم 12 وم 9 والشيخ 21 وما يابى 17.

1488 - في يم 12 عن.

1489 - في المطبوع والشيخ يتيمه وما بين المعقوفين من يم 12 وسيد 4 وما يابى 17.

نص خليل وَذِي رِقٍّ وَرَدَّ [الْمَالُ¹⁴⁹⁰ س] وَبَآئَتْ.

متن الخطاب زوجها أبوها قبل إيصائه إليه مع قول أصبغ إن خالعه عمن في ولايته بأقل من نصف المهر قبل البناء على النظر لفساد وقع أو ضرر جاز، ولروايتها ولعيسى عن رجوع ابن القاسم إلى جواز مبارأة الوصي والسلطان على الصغيرة إن كان حسن نظر وهو أحسن، وعلى الثاني المشهور. قال ابن فتحون والمتيطي: للمحجورة أن تخالعه بإذن وليها أو وصيها. ثم قال: قلت: فالأرجح عقده على الوصي برضاها لا عليها [بإذنه¹⁴⁹¹]. انتهى.

ص: وَذِي رِقٍّ وَرَدَّ الْمَالُ وَبَآئَتْ ش: تصوره ظاهر.

فرع: فلو اشترط الزوج في الخلع أنه إن لم يصح له الخلع فالعصمة باقية غير منفصلة فقال في الطراز في ترجمة مبارأة الوصي عن اليتيمة عند قوله: "لا يلزمها ما أعطته بالغاً كانت أو غير بالغ": انظر [ابن/]¹⁴⁹² سعدون في شرحه [لرزمة¹⁴⁹³] نكاح المدونة فإنه قال في هذه المسألة: إذا اشترط في الخلع الزوج أنه إن لم يصح له الخلع على ما وقع فالعصمة باقية غير منفصلة فالشرط ينفعه، ومتى طلب منه ما أخذ كانت زوجته كما كانت فتأمل ذلك. انتهى. ونقله ابن سلمون أيضاً والبرزلي في مسائل الخلع، وهذا الذي قاله غير ظاهر، بل هو مخالف لكلام أهل المذهب. قال في رسم حلف من سماع ابن القاسم من طلاق السنة: وسئل عمن صالح زوجته أن ترضع ولده سنتين وتكفله أربع سنين بعد ذلك، فإن ماتت فأبوها ضامن لنفقتة حتى يستكمل ست سنين، واشترط عليها إن لم يكن أصل هذا الصلح جائزاً فله الرجعة عليها. قال مالك: الشرط باطل، ولا يصلح في صلح رجل وامرأته أكثر من الرضاع، فإن كان قد رضى بالصلح وتفرقا على ذلك فما كان فوق الرضاع فهو ثابت على الأب ينفق على ولده، وما اشترط أنه إن لم يكن هذا الصلح جائزاً فله الرجعة فهذا باطل ولا رجعة له عليها. قال سحنون: تلزمها النفقة ولو اشترط عليها نفقة خمس عشرة سنة لكان ذلك لازماً لها. قال ابن رشد: قوله في اشتراط الرجعة عليها إن لم يكن الصلح جائزاً إنه شرط باطل صحيح بين المعنى في الصحة؛ لأن الشرع قد حكم أن المرأة تبين من زوجها بالصلح كان جائزاً أو غير جائز، فاشتراطه أن تكون له الرجعة عليها إن لم يكن الصلح جائزاً لا يجوز لأنه يخالف حكم الشرع، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط¹}. انتهى.

21

1 - عن عائشة أنها قالت جاءت بريرة إلى فقالت يا عائشة إني كاتبته أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعنيني ولم تكن قضت من كتابتها شيئاً فقالت لها عائشة ونفست فيها أرجعي إلى أهلك فإن أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعاً ويكون ولاؤك لي فعلت فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت ذلك عليهم فأبوا وقالوا إن شأنت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ذلك لنا فذكرت ذلك عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لا يمنعك ذلك منها ابتاعي وأعتقي فإن الولاء لمن أعتق ففعلت وقام رسول الله صلى الله عليه وسلم في الناس فحمد الله تعالى ثم قال أما بعد فما بال الناس يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله من اشترط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق. النسائي في سننه، ج 7 ص 305، ط. دار القلم بيروت لبنان.

- وفي البخاري ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق. الجامع الصحيح كتاب الشروط رقم الحديث 2729.

¹⁴⁹⁰ س - ظاهر عlish أنه بالبناء للفاعل.

¹⁴⁹¹ - في المطبوع بإذنها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 20 ويم 12 وم 10 والشيخ 21 ومايaby 17.

¹⁴⁹² * - في المطبوع والشيخ 21 ويم 12 لابن وما بين المعقوفين من م 10 وسيد 4 ومايaby 17.

¹⁴⁹³ * - ساقطة من المطبوع وفي سيد 4 لزومه وما بين المعقوفين من يم 12 ومايaby 17 والشيخ 21.

وَجَازَ مِنَ الْأَبِّ عَنِ الْمُجْبَرَةِ بِخِلَافِ الْوَصِيِّ وَفِي خُلْعِ الْأَبِّ عَنِ السَّقِيهِةِ خِلَافٌ.

متن الخطاب وسيأتي بقية كلامه على هذه المسألة برمته واختصار ابن عرفة له في شرح قول المصنف: "وبالغرر"، وقال في النواذر في ترجمة من خالع على أنها إن طلبت ما أعطته أو خاصمته عادت زوجته: ومن كتاب ابن المواز قال مالك: وإن شرط إن طلبت ما أعطته عادت زوجة لم ينفعه ولا رجعة له، وإن [ظنا¹⁴⁹⁴] أن ذلك يلزم فعادت تحته بذلك ووطئها [فليفارقتها¹⁴⁹⁵]، ولها ما رد إليها صداقا، ولو صالحته بعد ذلك بشيء أعطته وقد حملت، أو على إن أبرأته من نفقة الحمل والرضاع فهذا الصلح باطل، ويرد إليها ما أخذ، ولها النفقة وله أن يتزوجها بعد أن تضع وإن لم تحمل فبعد الاستبراء، وليس بناكح في عدة، وروي عن مالك أنه كالنكاح في العدة، والمعروف عندنا من قوله ما قللت لك. انتهى. ثم قال: ومن كتاب محمد والعتبية عن أشهب عن مالك قال مالك: وإن شرط إن خاصمته فهي رد إليه فالشرط باطل. قال مالك: وإن خالعهما على أنها إن كانت حاملا فلا خلع لها، وإن لم يكن حمل فذلك خلع. قال: قد باننت منه كانت حاملا أو غير حامل.

قال مالك في العتبية في سماع ابن القاسم: وفي كتاب محمد: وإذا خالعهما في سفر على أنه إن مات قبل أن يبلغ بلده فما أخذ رد فمات في سفره فالشرط باطل والصلح ماض ولا يتوارثان. انتهى. وفيه مسائل غير ما ذكر تدل على ذلك، وسيأتي عند قول المصنف: "وبإسقاط حضانتها" مسألة من العتبية تدل على ذلك أيضا. والله أعلم. وقوله: "وذي رق" قال في الجواهر: والتزام الأمة فاسد واختلاعها بإذن السيد صحيح ولا يكون السيد ضامنا للمال. انتهى. وفي مسائل الخلع من البرزلي عن ابن رشد: من تمام الخلع إشهاد الأمة على نفسها بالرضا، ولكن الأمر نافذ في ذلك، ولا يجوز ابتداء كما لا يجوز أن تطلق على نفسها [ولا أن¹⁴⁹⁶] يفعل بعبده فعلا يؤدي إلى فسخ نكاحه.

ص: وجاز من الأب عن المجبرة بخلاف الوصي ش: وأما غير المجبرة فلا يجوز إلا بإذنها. فروع: الأول: قال في المتيضية: قال ابن لبابة في وثائقه: ولو كان الأب فوض إلى الوصي العقد قبل البلوغ وبعده لوجب أن يبارى عنها في قياس قوله. انتهى.

الثاني: قال ابن سلمون: فإن عقد الخلع على اليتيمة أو غيرها ولي أو أجنبي فلها الرجوع على زوجها والطلاق ماض، وهل يرجع الزوج على الذي عقد معه الخلع إذا لم يضمن ذلك أم لا؟ في ذلك ثلاثة أقوال: أحدها أنه يرجع عليه وإن لم يضمن له؛ لأنه هو/ أدخله في الطلاق، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في كتاب الصلح من المدونة، وقول أصبغ في الواضحة والعتبية، والثاني أنه لا رجوع له عليه إلا أن يلتزم له الضمان، وهو ظاهر قول ابن القاسم وروايته عن مالك في كتاب إرخاء الستور من المدونة، [وهو قول¹⁴⁹⁷] ابن حبيب، [والثالث¹⁴⁹⁸] أنه إذا كان أبا أو ابنا أو أخا أو له قرابة للزوجة فهو ضامن وإلا فلا، وهو قول ابن دينار. انتهى. وكلام أصبغ المذكور في نوازل من كتاب

1494 * - في المطبوع ظلنا وما بين المعقوفين من 12 وسيد4 والشيخ22 ومايأبي18.

1495 - في المطبوع فليفارقا وما بين المعقوفين من ن عدود ص21 ويم12 وم10 والشيخ22 ومايأبي18.

1496 * - في البرزلي، ج2 ص469، ولا أن تفعل بعبده فعلا.

1497 - في المطبوع وقول وم10 والشيخ23 ومايأبي18 وما بين المعقوفين من ن عدود ص22 ويم13.

1498 - في المطبوع الثالث والشيخ23 ويم13 وما بين المعقوفين من ن عدود ص22 ومايأبي18 وم10.

وَبِالْغُرْرِ كَجَنِينٍ وَغَيْرِ مَوْصُوفٍ وَلَهُ الْوَسْطُ وَنَفَقَةُ حَمَلٍ إِنْ كَانَ.

نص خليل

متن الخطاب التخيير. وقال ابن عرفة: ابن رشد: لو صالح عنها أجنبي دون إذنها ففي ضمانه العوض وإن لم يشترط أو [بشترطه¹⁴⁹⁹] قولان لأصيح في نوازل كالأواضحة مع ابن حبيب وصلاح المدونة، وظاهر قول ابن القاسم في روايته في إرخاء الستور منها مع سماعه يحيى ولا بن رشد في التخيير، وثالثها لابن دينار إن كان أبا أو ابنا أو أخا ضمن. انتهى.

الثالث: ظاهر كلامهم أنه لا خلاف في وقوع الطلاق باثنا فلو راجعها الزوج معتقدا أن ذلك الطلاق رجعي أو [مقلدا¹⁵⁰⁰] لمن يراه من أهل المذهب ثم دخل بها ووطئها ولم يحكم له بصحة الارتجاع حاكم يرى ذلك، ثم رفع لحاكم مالكي يرى أن الأول بائن فالظاهر أن للحاكم أن يحكم بالبينونة ويكون وطؤه وطه شبهة. وانظر كلام البرزلي في مسائل الأيمان في أوائله بنحو الكراسين في مسألة من قال لأخي زوجته إن تركت لي ما لأختك علي فقد خليتها فقال له الأخ قد تركت.

الرابع: قال ابن سلمون: وإن عقدته المرأة وضمن للزوج وليها أو غيره ما يلحقه من درك في الخلع المذكور ثم ظهر ما يسقط التزامها من ثبوت ضرر أو عدم أو غير ذلك ففي ذلك قولان؛ أحدهما أن الضامن يغرم للزوج ما التزمه، والثاني أنه لا شيء عليه وكذا في البيع الفاسد. انتهى.

ص: وبالعور كجنين ش: قال ابن عرفة: والخلع بذي غرر قد يجب عليها [يوما ما جائز اتفاقا¹⁵⁰¹] لنقل ابن رشد يجوز على مجرد رضاع الولد اتفاقا وإن كان فيه غرر لاحتمال موته قبل تمام أمده لوجوبه عليها في عدم الأب وفيما لا يجب، ثالثها فيما لا يقدر على إزالته كالأبق والجنين والثرثرة قبل بدو صلاحها لا فيما يقدر على إزالته كالخلع على التزام نفقة الولد بعد الرضاع أعواما للقدرة على إزالته بشرط أن لا يسقط النفقة عنها بموته. انتهى. ويشير بذلك لكلام ابن رشد في شرح مسألة رسم حلف من سماع ابن القاسم المتقدم ذكره في شرح قول المصنف: "ورد المال وبانت" الموعود بذكره، ونصه إثر كلامه [المقدم¹⁵⁰²] في شرح قول المصنف: "ورد المال وبانت": وقوله -أي في العتبية- ولا يصلح في صلح رجل وامرأة أكثر من الرضاع هو مثل قوله في المدونة: وإنما لم يجز لأنه غرر قد يموت الصبي قبل الأجل الذي التزمت نفقته إليه، ومن قوله إن الخلع بالعبد الأبق والبغير الشارد والجنين والثرثرة قبل بدو صلاحها جائز، فقيل اختلاف من قوله، وقيل الفرق بين المسألتين أن غرر الأبق وما أشبهه لا يقدر على إزالته، وقد تدعو المرأة الضرورة إلى المخالعة وليس لها إلا ذلك، وغرر التزام نفقة الولد أعواما تقدر على إزالته بأن تشترط أن لا تسقط النفقة عنها بالموت، وأن يكون للزوج أن يأخذها إلى الأجل الذي سماه وإن بعد، وكذلك ما أشبه النفقة فيما يقدر على إزالته كالصلح بمال إلى أجل مجهول وما أشبه ذلك، فتحصل في المسألة ثلاثة أقوال؛ أحدها هذا، الثاني أن الخلع

الحديث

1499 * - في المطبوع يشترطه وما بين المعقوفين من مايابى 18 وم 10.

1500 * - في المطبوع ويم 13 مقلد وما بين المعقوفين من م 10 والشيخ 23 ومايابى 18 وسيد 4.

1501 - في المطبوع يوما ما جائز لنقل وم 10 والشيخ 23 ومايابى 19 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 22 (و في يم 13 يوما ما جائز لنقل).

1502 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 22 ويم 13 وم 10 ومايابى 19.

متن الخطاب بالغرر جائز، كان الغرر مما يقدر [على¹⁵⁰³] إزالته أو لا يقدر [على إزالته،¹⁵⁰⁴] [وهو¹⁵⁰⁵] قول المخزومي في المدونة وقول سحنون هنا، والثالث أن ذلك لا يجوز مطلقا، قدر على إزالته أم لا، وهو قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى من هذا الكتاب؛ لأنه إذا لم يجزه بالذي لا يقدر على إزالته فأحرى أن لا [يجيزه بما¹⁵⁰⁶] يقدر على إزالته، واختلف على القول بأن الخلع بالغرر لا يجوز [إذا ألزم¹⁵⁰⁷] الزوج الطلاق وأبطل ما خالف عليه هل يرجع على المرأة بشيء أم لا؟ فقوله في المدونة وهنا إنه لا رجوع عليها بشيء، والثاني أنه/ يرجع عليها إذا بطل الجميع بخلع المثل، وإذا [بطل¹⁵⁰⁸] البعض بمقدار ذلك الجزء [من¹⁵⁰⁹] خلع المثل، وأما المخالعة على رضاع الولد خاصة فلا خلاف في جواز ذلك وإن كان فيه غرر إذ قد يموت الولد قبل انقضاء أمد الرضاع؛ لأن الرضاع قد يتوجه عليها في عدم الأب، فلما كان قد يتوجه عليها استخف الغرر فيه، ولا رجوع للأب عليها بشيء إذا مات الولد قبل انقضاء أمد الرضاع إذا كانا إنما عملا على [مؤنته¹⁵¹⁰] إن برأته من مؤنة رضاعه بإفصاح وبيان، واختلف إذا وقع الأمر مبهما، فحمله مالك في المدونة على ما تأوله عليه ابن القاسم أنها إنما أبرأته من مؤنة رضاعه فلا رجوع عليها بشيء. قال: وما رأيت أحدا طلب ذلك. وفي المختصر الكبير: لو طلب ذلك لكان له فيه قول. انتهى. وسيتكلم المصنف بعد هذا على خلع الزوج بشرط نفقة ولدها مدة رضاعه، وعلى خلعه بشرط نفقته أزيد من مدة الرضاع، وأنه إن خالعه على [مدة¹⁵¹¹] أزيد من مدة الرضاع أنه يسقط الزائد على مدة الرضاع، فاقترضى كلامه هناك أنه مشى على خلاف قول المخزومي ومن وافقه من أن الخلع بالغرر يجوز مطلقا، سواء قدر على إزالته أم لا، ونبه على ذلك ابن غازي هناك. والله أعلم.

تنبيهان: الأول: قال المتيطي: من أراد العقد على إزالة الغرر وإجازته على مذهب مالك وابن القاسم فقد حكى بعض الشيوخ من القرويين، وقاله غير واحد من الموثقين أنهما إذا شرطا ثبوت النفقة بعد الوفاة كثبوتها قبلها جاز وارتفع الغرر، وهو مثل ما لو باع على أن ينفق المشتري عليه مدة معلومة فهو جائز، وإذا جاز في البيع فهو في الخلع أجوز، وتقدم ذلك في كلام ابن رشد أيضا. ثم قال المتيطي أيضا: ومما يجمع به أيضا بين القولين أن ابن حبيب حكى في كتابه عن ابن القاسم فيمن

23

الحديث

- 1503 - في المطبوع وعلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 22 ويم 13 وم 11 والشيخ 24 ومايaby 19.
- 1504 - ساقطة من المطبوع وم 11 والشيخ 24 ومايaby 19 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 22 ويم 13.
- 1505 - * في المطبوع هو وما بين المعقوفين من م 11 وسيد 5 ويم 13 ومايaby 19 والشيخ 24.
- 1506 - في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 22 وم 11 والشيخ 24 ومايaby 19 (وفي يم 13 أن لا يجيزه مما لا يقدر).
- 1507 - في المطبوع إذا ألزم وما بين المعقوفين من م 11 وسيد 5 ومايaby 19 والشيخ 124.
- 1508 - في المطبوع أبطل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 23 ويم 13 وم 11 والشيخ 24 ومايaby 19.
- 1509 - في المطبوع مع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 23 ويم 13 وم 11 والشيخ 24 ومايaby 19.
- 1510 - ساقطة من المطبوع ويم 13 وم 11 والشيخ 24 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 23.
- 1511 - ساقطة من المطبوع والشيخ 24 وم 11 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 23 ويم 13.

نص خليل

وَبِإِسْقَاطِ حَضَانَتِهَا وَمَعَ الْبَيْعِ وَرَدَّتْ لِكِبَابِقِ الْعَبْدِ مَعَهُ نِصْفَهُ وَعُجِّلَ الْمُؤَجَّلُ بِمَجْهُولٍ وَتَوَوَّلَتْ أَيْضًا بِقِيَمَتِهِ وَرَدَّتْ دَرَاهِمُ رَدِيئَةً إِلَّا لِشَرْطٍ وَقِيَمَةً كَعَبْدٍ اسْتَحَقَّ وَالْحَرَامُ كَخَمْرٍ وَمَغْصُوبٍ وَإِنْ بَعْضًا وَلَا شَيْءَ لَهُ كَتَأْخِيرِهَا دَيْنًا عَلَيْهِ وَخُرُوجِهَا مِنْ مَسْكِنِهَا وَتَعْجِيلِهِ لَهَا مَا لَا يَجِبُ قَبُولُهُ وَهَلْ كَذَلِكَ إِنْ وَجَبَ أَوْ لَا تَأْوِيلَانِ وَبَآئَتْ وَلَوْ بَلَا عَوْضٍ نَصٌّ عَلَيْهِ.

متن الخطاب أبان امرأته على أن تسلم ولدها منه إليه، فإن أرادت أخذه فلا يكون ذلك لها إلا بأن تلتزم نفقته وتسقط عن الأب مؤنته أن ذلك خلع تام لازم، وحكى مثله أيضا أبو عمران عن فضل بن مسلمة ويعقد فيه، وذكر كيفية العقد. الثاني: قال في المتيطية أيضا: إذا خالعتها عن نفقته إلى الحلم على القول بجوازه فبلغ مجنوننا أو زمنا عادت نفقته على الأب، ولو قال إلى حين سقوط النفقة عن الأب لزمت المرأة النفقة حينئذ. انتهى. ص: وبإسقاط حضانتها ش: تصوره واضح. وإذا أسقطت هي حضانتها فتنقل الحضانة لمن بعدها على الذي جرى به العمل. قاله المتيطي ونقله المشدالي في الشفعة، وأظنه في ابن يونس في كتاب الخلع، وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله في باب الحضانة.

تنبيه: إذا خالعتها على إسقاط حضانتها وهي حامل هل يلزمها أم لا؟ الظاهر لزومه، وليس ذلك من باب إسقاط الحضانة قبل وجوبها. قال في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم من طلاق السنة: وسئل مالك عن رجل صالح امرأته وهي حامل وشرط عليها أن لا نفقة عليه حتى تضع حملها فإذا وضعت حملها أسلمته إلى أبيه فإن طلبته فنفقته ورضاعه عليها حتى تطفمه، فإن لم تستقم له بذلك فهي امرأته. قال مالك: الصلح جائز، وكل ما شرط عليها جائز إلا ما اشترط أنها ترجع إليه فليست ترجع إليه وقد بانته منه. قال ابن رشد: وهذا كله كما قال لأن ما شرط عليها حق لها [فجائز¹⁵¹²] أن يشترط عليها حاشا الرجعة. انتهى. ص: وقيمة كعبد استحق ش: قال في الجواهر: ولو خرج حرا رجع بقيمته [أيضا لو¹⁵¹³] كان عبدا، وقيل لا يرجع بشيء، ولو قال إن أعطيتني هذا الحر وقع الطلاق بإعطائه رجعيًا. انتهى.

ص: ومغصوب وإن [بعضا¹⁵¹⁴] ولا شيء له ش: هذا إذا كان الزوج عالما بذلك، وأما إن لم يعلم فسيأتي أنها إذا خالعتة بشيء واستحق فإن كان لها فيه شبهة فله قيمته، وإن كان لا شبهة لها فيه لم يلزمه الطلاق، وهذا يفهم من لفظ الجواهر، [وأما¹⁵¹⁵] لو خالعتة بخمر أو خنزير أو مغصوب فلا يختلف في المنع ابتداء ونفوذه إذا وقع، والمنصوص لا شيء للزوج فيه. والله أعلم.

ص: وخروجها من مسكنها ش: قال في إرخاء الستور من المدونة: وإن خالعتها على أن لا سكنى لها عليه فإن أراد إلزامها كراء المسكن جاز ذلك، كان المسكن لغيره أو كان له، وسمي الكراء، وإن كان على أن تخرج من منزله تم الخلع ولم تخرج، ولا كراء له عليها. وانظر الجزولي في شرح قول الرسالة: "[وللحامل¹⁵¹⁶] كانت مطلقة واحدة أو ثلاثا".

ص: وبآئت ولو بلا عوض نص عليه ش: يعني أن الخلع طلاق بائن ولو وقع بغير عوض إذا نص

الحديث

1512 * - في 11 وسيد 5 ومايبي 20 فجائز.

1513 - في المطبوع أن لو كان والشيخ 25 ومايبي 20 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 24 وم 11 ويم 14.

1514 - في المطبوع عبدا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 24 وم 11 ويم 14 والشيخ 25 ومايبي 20.

1515 - في المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 24 ويم 14 (وفي الشيخ 25 ومايبي 20 وم 11 أما لو خالعتة).

1516 - في المطبوع أو للحامل وما بين المعقوفين من نص الرسالة.

أَوْ عَلَى الرَّجْعَةِ كَإِعْطَاءِ مَالٍ فِي الْعِدَّةِ عَلَى نَفْيِهَا كَبَيْعِهَا أَوْ تَرْوِجِهَا وَالْمُخْتَارُ نَفْيُ اللِّزُومِ فِيهِمَا وَطَلَّاقٌ حُكْمَ بِهِ إِلَّا لِإِلْيَاءٍ [و] ¹⁵¹⁷ س[عَسِرَ بِتَفَقُّةٍ لَا إِنْ شَرِطَ نَفْيُ الرَّجْعَةِ بِلَا عَوْضٍ أَوْ طَلَّقَ أَوْ صَالَحَ وَأَعْطَى.

متن الخطاب عليه؛ أي على الخلع بأن صرح به. قال في النوادر: ومن العتبية روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن قال أنت طالق واحدة بائنة فهي البتة في التي بنى بها، وإن قال هي طالق طلاق الخلع فهي واحدة بائنة، وكذلك إن قال خالعت امرأتي أو باريتها أو افتدت مني لزمته طلقة بائنة. قال أصبغ: إن قال لها أنت صلح أو طالق طلاق الصلح أو قد صالحتك، أو يقول اشهدوا أنني قد صالحت امرأتي وهي غائبة أو حاضرة راضية أو كارهة [أخذ منها عوض أو لم يؤخذ ¹⁵¹⁸] فهي طلقة بائنة، وكذلك قوله أنت مبارية أو طلقتك طلاق المبرأة أو قد بارأتك رضيت أو لم ترض. انتهى. ونحوه في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب التخيير. قال في المدونة: ولا بأس بالمبرأة على أن لا تعطيه ولا تأخذ منه شيئا وهي طلقة بائنة. انتهى. وقال في معين الحكام: ويكره للرجل أن يطلق طلقة مبارأة أو خلع أو صلح دون أخذ أو إسقاط لوقوعها خلاف السنة، فإن فعل ففيها ثلاثة أقوال: مذهب ابن القاسم أنها طلقة بائنة وبه القضاء، وتملك المرأة نفسها بهذا الطلاق، ولا يجبر على رجعتها إن كانت حائضا أو نفساء، والقول الثاني أنها طلقة رجعية، والقول الثالث يلزمه الثلاث. انتهى. وقاله في المتيضية والتوضيح وغيرهما.

ص: أو على / الرجعة ش: هذا خلاف ما صدر به ابن الجلاب، ونصه: ولو خالعهما على أن له الرجعة إليهما لصحت رجعته، وقيل لا يكون له رجعة وشرطه باطل.

ص: أو طلق أو صالح وأعطى ش: أما إن طلق وأعطى فتصوره واضح. وأما إذا صالح وأعطى فمعناه - والله أعلم - أن يلفظ بالصلح فيقول صالحيني على أن أعطيك مائة دينار مثلا، [أو خالعتني ¹⁵¹⁹] على أن أعطيك فإن الصلح والخلع يطلق على ما لم يكن فيه إعطاء من الزوجة، أو يقول لها خذي هذا الألف واتركي مهرك وأنا أطلقك ونحو ذلك. والله أعلم. قال في المدونة فيمن خالعهما على عبد لها وزاد لها ألفا: وإن كانت قيمة العبد أقل من الألف فهو كمن صالح زوجته على أن يعطيها من عنده. [مالا ¹⁵²⁰]: فالصلح جائز ولا يرجع عليها بشيء مما دفع إليها. وقال ابن عرفة: وفيها أخالعتك على أن أعطيك مائة دينار فقبلتها هي طلقة بائنة وكذا لو لم يعطها. وانظر بقية كلامه. وفي الجواهر: وقد روي فيمن قال أخالعتك على أن أعطيك مائة درهم فقبلت كانت بائنة لا يملك رجوعها وكذلك لو لم يعطها الزوج شيئا فخالعهما فهي أيضا بذلك بائن. انتهى. إلا أن في جعل المصنف إذا طلق وأعطى مثل إذا صالح وأعطى [نظر ¹⁵²¹]; لأن المذكور فيه الخلاف في المدونة وابن الحاجب وغيرهما ما إذا طلق وأعطى. قال في إرخاء الستور من المدونة: وإن لم يكن لها عليه مهر ولا دين فخالعهما على أن أعطاها

25

¹⁵¹⁷ س - أو عسر نسخة.

¹⁵¹⁸ * - سياق ما يابى 20 عوضا أو لم يأخذ وسياق الشيخ 26 عوضا أو لم يؤخذ وسياق م 11 عوضا أو لم يؤخذ وسياق

م 14 عوضا أو لم يؤخذ.

¹⁵¹⁹ * - في المطبوع وخالعتني وما بين المعقوفين من م 11 وما يابى 21.

¹⁵²⁰ - في المطبوع مالك وما بين المعقوفين من م 12 وما يابى 21 وم 14 وسيد 5.

¹⁵²¹ * - كذا في النسخ والقياس نظرا.

وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ إِلَّا أَنْ يَقْصِدَ الْخُلْعَ تَأْوِيلًا وَمُوجِبُهُ زَوْجٌ مُكْلَفٌ وَلَوْ سَفِيهًا.

نص خليل

متن الحطاب
شيئا أو لم يعطها فذلك خلع ولا رجعة له، وروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك فيمن طلق وأعطى
أن له الرجعة وليس بخلع، وروي عنه أنها واحدة [بأئنة¹⁵²²]، وأكثر الرواة على أنها غير
[بأئنة¹⁵²³]؛ لأنه إذا لم يأخذ منها فليس بخلع وهو رجل طلق وأعطى. انتهى. لكن المصنف قال
في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: "وفيها فيمن طلق وأعطى أكثر الرواة رجعية": وهذا
الاختلاف إنما هو في موطن ابن وهب والأسدية والموازية فيمن صالح وأعطى وليس فيمن طلق وأعطى.
قال في النكت: وهذا هو الصحيح، والنقل الذي في المدونة ليس بصحيح، ولا خلاف فيمن طلق
وأعطى أن له الرجعة؛ لأنه إنما وهبها هبة وطلقها، وليس من الخلع في شيء. انتهى.
ص: وهل مطلقاً أو إلا أن يقصد الخلع تأويلاً ش: قال في النوادر في ترجمة الخلع بغير عطية في
كتاب ابن المواز: وإن لم يقصد قصد الصلح وقال أنت طالق ولي متاعي، [أو قال¹⁵²⁴] ولك متاعك،
أو قال ولك زيادة كذا فله الرجعة. قال ابن وهب عن مالك: وإذا صالحها على أن أعطاها شيئاً من
ماله جهلاً أو ظناً أنه وجه الصلح قال: هي طلاق وله الرجعة. ثم رجع فقال: لا رجعة له إذا كان
منهما على وجه الصلح، وقاله الليث. قال محمد: وعلى قوله الآخر العمل. انتهى. وقال قبله، ومن
كتاب ابن المواز: وإذا تداعيا إلى الصلح وافترقا عليه وإن لم يأخذ منها شيئاً فهو فراق كما لو أخذ
منها، وإذا قصد إلى الصلح بغير عطية، أو على أن يأخذ متاعه ويسلم إليها متاعها فذلك خلع لازم.
قاله مالك في العتبية من سماع ابن القاسم قال: وتكون بائناً، قال أنت طالق أو لم يقل. اهـ.
ص: وطلاق حكم به ش: وكذلك المفقود والكافر إذا أسلم في عدة زوجته، ويأتي في آخر فصل
الطلاق مسائل من/ هذا الباب. والله أعلم.

26

ص: وموجب زواج مكلف ش: لم يشترط فيه الإسلام كما قال ابن الحاجب؛ لأنه قال في التوضيح:
[اشتراط¹⁵²⁵] الإسلام مع كون المرأة مسلمة لا يظهر له كبير معنى. انتهى.
ص: ولو سفيهاً ش: قال المتيطي: إلا أن يكون الخلع على أن يعطيها فالخلع باطل والمال مردود.
انتهى. وكأنه يعني أن الطلاق يلزمه ويرد المال. وقال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: "وفي
خلع السفيه قولان" نحوه في الجواهر زاد: وإذا صححناه فلا يبرأ المختلع بتسليم المال إليه بل إلى
وليه. انتهى. وقال ابن عرفة: وقول ابن شاس اختلف في خلع السفيه لا أعرفه. قال: وعلى صحته
لا يبرأ المختلع بتسليم المال إليه، بل إلى الولي، وقال اللخمي إن كانت رشيدة والزواج سفيهاً مضى
الخلع؛ لأن الطلاق لا يرد، وإن كان في الخلع غبن كمل له خلع المثل.
قلت: فيجب صرف الخلاف الذي نقله ابن شاس لتكميل خلع المثل [لا ارتفاع¹⁵²⁶] رفع الطلاق، وتفسير
ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب مجمل، وظاهر كلام الموثقين براءة المختلع بدفع الخلع للسفيه دون
وليه. قال ابن فتحون والمتيطي: لا يقتقر المبرأ [للوصي¹⁵²⁷]؛ لأن الطلاق إنما هو للسفيه بخلعه

الحديث

1522 * - في المطبوع وم ويم وسيد ومايأبى والشيخ بائن وما بين المعقوفين من التهذيب، ج 2 ص 386. وفي القاموس في
مادة البين والمرأ عن الرجل فهي بائن انفصلت عنه بطلاق وتطبيقاً بأئنة لا غير.

1523 * - في المطبوع وم ويم وسيد ومايأبى والشيخ بائن وما بين المعقوفين من التهذيب، ج 2 ص 386.

1524 * - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من م 12 ويم 14 ومايأبى 21 والشيخ 26 وسيد 5.

1525 * - الذي في مطبوعة التوضيح واشترطه ج 4 ص 277.

1526 * - في المطبوع وم ولا ارتفاع وما بين المعقوفين من م 12 وسيد 5 والشيخ 27 ومايأبى 22.

1527 * - في المطبوع للولي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 26 وم 12 ويم 15 والشيخ 27 ومايأبى 22.

نص خليل أو ولي صغير أبا أو سيداً أو غيرهما لا أب سفيه وسيد بالغ.

متن الخطاب يأخذ منه أو يسقط ديناً عليه بلا إذن الوصي في ذلك. قلت: لأنه عوض عن غير مضمون السفيه مستقل به فصار كهبة. اهـ.

ص: وولي صغير أبا أو سيداً أو غيرهما ش: أي وصياً أو حاكماً قال في الشامل وجاز لولي صغير وإن وصياً وحاكماً ونائبه بالنظر كأب. انتهى.

فرع: قال في الشامل: ولا يطلقون بلا عوض على الأصح. انتهى. وتبع في حكايته الخلاف المصنف في التوضيح، وقال الرجراجي في كتاب إرخاء الستور في المسألة الرابعة إنه لا خلاف في أنه لا يجوز لوليه أن يطلق عليه إلا على مال. والله أعلم. وقال في الخلع من المدونة: وإذا زوج السيد عبده الصغير لم يطلق عليه إلا بشيء يأخذه له، وروى ابن نافع عن مالك فيمن زوج وصيفه وصيفته ولم يبلغا أنه جائز، فإن فرق السيد بينهما على النظر والاجتهاد جاز ذلك ما لم يبلغا، وقال ابن نافع: لا يجوز إلا ما كان على وجه الخلع. انتهى. قال في التوضيح بعد نقله لكلام المدونة المذكور: وظاهره أنه يتفق على جواز المخالعة ويختلف في طلاقه عليه بغير عوض. عياض: ومذهب ابن القاسم في الكتاب في تطليق السيد على عبده الصغير طلاق السنة عند غير واحد، وروايته عن مالك مثل مذهب ابن نافع أنه لا يجوز إلا ما كان على وجه الخلع، وأن رواية ابن نافع تخالف ذلك؛ إذ لم يشترط الخلع، ويجوز إذا كان نظراً بغير خلع إذا حمل على ظاهره، وهو قول أكثرهم، وحمل بعضهم الكل على الوفاق. وقال ابن كنانة: وقد قيل إنه لا يجوز وإن كان على وجه الخلع؛ لأن للسيد انتزاعه فكأنه أخذه لنفسه. انتهى. وانظر ابن عبد السلام.

ص: لا أب سفيه ش: يعني فأحرى غيره من الوصي ومقدم القاضي. قال في التوضيح في شرح كلام ابن الحاجب: وليس لولي السفيه ولو كان أبا أن يخالع عنه على المشهور؛ لأن الطلاق بيد السفيه. انتهى. وصرح بتشهير هذا القول المتيطي/

27

ص: وسيد بالغ ش: قال الشارح: أي لا يجوز لسيد العبد البالغ أن يخالع عنه. انتهى. وقال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: وكذلك السيد في عبده وأمه لا يمضي خلع السيد عليهما بغير اختيارهما. انتهى. وما ذكره ابن فرحون في الأمة البالغة وأن السيد لا يخالع عليها غير ظاهر، وقد صرح الرجراجي في المسألة الرابعة من كتاب إرخاء الستور بأن له أن يخالع عليها بغير رضاها، وهو ظاهر كلام الشامل حيث قال: ولسيد عن أمة وعبد صغير وإن كرها على المشهور. فقيد العبد بالصغر دونها، وهو ظاهر كلام التوضيح، فإنه بحث مع ابن بشير في قوله: "وهل يجوز الخلع عن العبد أو الأمة بغير اختيارهما قولان المشهور جوازه والشاذ منعه" فإنه قال: فانظره مع كلام ابن عبد السلام، وأشار بذلك لما قدمه عن ابن عبد السلام في حل قول ابن الحاجب: "وبخلاف السيد في العبد" مراده العبد البالغ. ثم قال في التوضيح: إلا أن يكون مراد ابن بشير العبد الصغير، وقد نص في المدونة على أن العبد الكبير ليس للسيد أن يخالع عنه، ولم أقف على القول بأن للسيد أن يخالع عنه، وإن ثبت فهو مشكل. انتهى. فمناقشته مع ابن بشير في إطلاقه في العبد وسكوته عن إطلاقه في الأمة ظاهره

نص خليل وَفَعْدَ خُلْعِ الْمَرِيضِ وَوَرِثَتُهُ دُونَهَا.

متن الخطاب يقتضي أن الأمة يجوز للسيد أن يخالعه عنها، سواء كانت بالغة أو غير بالغة. فتأمله. والله أعلم. تنبيه: الأمة البالغة قد تقدم أنه لا يمضي خلعها عن نفسها إلا بإذن السيد، وأما العبد البالغ فيجوز. قال في المتيضية: وأما العبيد الكبار فحكم الذكور منهم حكم السفية البالغ يطلق بغير إذن سيده وتختلع منه امرأته وينفذ ذلك، إلا أن يكون الخلع على أن يعطيها من عند نفسه فيكون الخلع نافذاً، والمال إن رده السيد مردود. انتهى.

فرع: قال في المسائل الملقطة: من المسائل التي انفرد بها مالك إذا اختلعت الأمة من زوجها على شيء بغير إذن سيدها فاسترجعه المولى منه فليس للزوج أن يرجع عليها بشيء إذا عتقت. انتهى. فرع: قال ابن عرفة: ابن بشير: ذو عقد حرية على عدم جبره على النكاح لا يخالعه عنه، وعلى جبره في الخلع قولان. انتهى.

ص: ونفذ خلع المريض ش: قال في التوضيح: عبر ابن الحاجب بالنفوذ، ولم يعبر بالجواز لأن الإقدام عليه لا ينبغي؛ لأنه طلاق في المرض. انتهى. وقال الشارح: إنما قال نفذ ولم يقل جاز تنبيهها على أن الإقدام على ذلك ابتداء لا يسوغ. انتهى من الكبير. ونحوه في الصغير، وقال الشيخ يوسف بن عمر في شرح قول الرسالة في باب النكاح: "ولو طلق المريض" تكلم أبو محمد على الوقوع وهل يجوز ذلك أم لا؟ فقال مالك لا يجوز ذلك لأن فيه إخراج الوارث، وقد نهى عليه السلام عن إخراج الوارث، إلا أن على هذا التعليل يجوز طلاق من لا يرث مثل الأمة والكتابية، وقيل لا يجوز ذلك إذ عتقت الأمة وتسلم الكتابية. انتهى. وفي رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من طلاق السنة.

قال مالك: من حجتنا في الذي يتزوج وهو مريض أنه ليس له ميراث؛ لأنه يمنع أن يطلق وهو مريض فكما يمنع من الطلاق وهو مريض لحق امرأته في الثمن فإنه لا ينبغي أن يدخل عليها من ينقصها من ثمنها. ابن رشد: هذا بين؛ لأن المعنى الذي من أجله لم يجز أن يطلق في المرض موجود في النكاح فلا يجوز له أن يدخل وارثاً على ورثته كما لا يجوز له أن يخرج عنهم وارثاً. انتهى. فعبر مالك بالمنع مرتين، وعبر ابن رشد بعدم الجواز، وفي كلام ابن يونس وأبي الحسن والرجراجي أنه ممنوع، وفي المتيضية وطلاق المريض وخلعه جائز ويصح له ما أخذ من الزوجة غير أنه إن مات من مرضه قبل ظهور صحته ورثته المرأة بائناً كان أو رجعيًا. انتهى. فظاهره أنه جائز ابتداء، ويمكن أن يحمل قوله جائز على أن المراد لازم. والله أعلم.

ص: وورثته ش: أشار إلى أن طلاق المريض وإن كان بائناً لا يمنع الزوجة الميراث، وأما غير ذلك من أحكام الطلاق/ [فيترتب¹⁵²⁸] عليه. قال ابن الحاجب في الكلام على من هو أهل للطلاق: وطلاق المريض وإقراره به كالصحيح في أحكامه وتنصيف صداقه وعدة المطلقة وسقوطها في غير المدخول بها، إلا أنها لا ينقطع ميراثها هي خاصة إن كان مخوفاً قضى به عثمان رضي الله عنه لامرأة عبد الرحمن. قال في التوضيح: وترثه سواء كان طلاقها بائناً أو رجعيًا ثلاثاً أو واحدة انقضت عدتها أم لا. اهـ. وترثه من جميع ما ترك حتى ما اختلعت به منه هذا مذهب المدونة. قاله في التوضيح. قال: وروي عن مالك

28

الحديث

نص خليل

كَمْخِيرَةٍ وَمُملَكَةٍ فِيهِ وَمَوْلَى مِنْهَا وَمُلاعِنَةٍ أَوْ أَحْنَثَتْهُ فِيهِ أَوْ أَسْلَمَتْ أَوْ عَنَقَتْ أَوْ تَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ وَوَرِثَتْ أَرْوَاجًا وَإِنْ فِي عِصْمَةٍ وَإِنَّمَا يَنْقَطِعُ بِصِحَّةِ بَيِّنَةٍ وَلَوْ صَحَّ ثُمَّ مَرِضَ فَطَلَّقَهَا لَمْ تَرِثْ إِلَّا فِي عِدَّةِ الطَّلَاقِ الْأَوَّلِ وَالْإِقْرَارِ بِهِ فِيهِ كَبَنَشَائِهِ وَالْعِدَّةُ مِنَ الْإِقْرَارِ.

متن الخطاب أنها لا تترث منه لضعف التهمة؛ لأن الفراق وإن كان ابتداءً منه لم يستقل به وإنما تمتته هي أو غيرها، وهذا مقابل المعروف. انتهى. يعني مقابل المعروف في قول ابن الحاجب على المعروف، وأنكره ابن عرفة. والله أعلم.

ص: كمخيرة ش: أشار إلى أنه لا فرق في كون الفراق من الرجل أو من المرأة فسحا كما في اللعان أو طلاقا كما في غيره، تسببت المرأة في ذلك كما إذا أحنتته أم لا.

ص: وملاعنة ش: قال في التوضيح: فرع: ابن محرز: وغيره: وإذا لاعن في المرض انتفى الولد؛ لأن الأنساب لا تهمة فيها، ألا ترى أنه لو استلحق ولدا في المرض لحق به ولم يتهم فكذلك إذا نفاه. [انتهى 1529].

فرع: لو ارتد المريض لم ترثه زوجته ولا غيرها من ورثته، فإن قيل إذا وجب الميراث في اللعان مع كونه فسحا ففي الردة أولى؛ لأنها طلاق، والفسخ أقوى في حل العصمة. فالجواب أن اللعان خاص بالمرأة فاتهم بخلاف الردة؛ لأنه يمنع سائر الورثة. قاله في التوضيح.

فرع: قال فيه للحمي: ولو عاد للإسلام ثم مات بقرب ذلك ورثه ورثته دون زوجته على مذهب ابن القاسم؛ لأن الردة عنده طلاق بائن، والإسلام ليس مراجعة، وترثه على قول أشهب وعبد الملك؛ لأنهما يريان إذا عاد للإسلام أنها تعود زوجة على [الأصل من 1530] غير طلاق. انتهى. وما قاله للحمي غير ظاهر، ولهذا قال ابن عرفة بعد ذكره كلامه: قلت: أظهر أن ترثه زوجته على قول ابن القاسم أيضا؛ لأنه مطلق في المرض ورافع [تهمته قتله والفرض نفية لا إسلامه. 1531] انتهى. وما قاله ابن عرفة ظاهر.

فرع: قال في التوضيح: وألحق الشيخ أبو إسحاق بالردة ما إذا طلق عليه في المرض بسبب جنون أو جذام أو لعان أو نشوز منها في المرض، وفي الباجي أن المطلقة لنشوز منها كالمخالعة والملاعنة في أن حكم الميراث باق خلافا لأبي حنيفة، ولم يذكر في ذلك خلافا. انتهى. وقال ابن عرفة: وجعل التونسي الطلاق عليه في مرضه بجنون أو جذام كالردة واضح، إلا أن في الحكم عليه به في مرضه نظرا، والصواب تأخيرها، وقول ابن عبد السلام النشوز منها كالمرض في الردة مشكل إذ لا أثر للنشوز في الفرقة. انتهى.

فرع: إذا علم أن المطلقة في المرض وارثة فلا تصح الوصية لها، وإن أوصى بأكثر من الثلث أو لوارث وقف على إذنها، وإن قتلته خطأ ورثت من المال دون الدية، وعمدا لم تترث منها. قاله في التوضيح. ص: ولو صح ثم مرض فطلقها لم تترث إلا في عدة الطلاق الأول ش: أي ولو طلق زوجته طلاقا

الحديث

1529 * - في يم 16 انتفى.

1530 * - في المطبوع الأصح بل وما بين المعقوفين من م 13 وفي يم 16 والشيخ 30.

1531 - ساقطة من المطبوع (ويم 16 وم 13 والشيخ 30 ورافع تهمة قبله والفرض نفية) وما بين المعقوفين من ن عود ص 28

وَلَوْ شُهِدَ بَعْدَ مَوْتِهِ بِطَلَاقِهِ فَكَالطَّلَاقِ فِي الْمَرَضِ.

نص خليل

رجعيا في المرض، ثم صح من مرضه صحة بينة، ثم مرض فطلقها في المرض الثاني قبل أن يراجعها طلاقاً أخرى رجعية أو بائنة، فإن مات قبل انقضاء العدة من الطلقة الأولى/ ورثته؛ لأن الطلاق في الصحة لا يمنع الميراث إن مات المطلق في العدة، فأحرى الطلاق في المرض، وإن مات بعد انقضاء العدة لم تترك الزوجة؛ لأن ميراثها قد انقطع بسبب الصحة الكائنة بعد الطلاق الأول، ولا عبرة بالطلقة الثانية لأنها لا تستأنف [لها عدة،¹⁵³²] وإنما تحسب عدتها من الطلقة الأولى، وإن كان قول المصنف: "إلا في عدة الطلاق الأول" يوهم أن ثم عدة أخرى، أما لو راجعها انفسخت العدة التي للطلاق الأول، ثم إن طلقها بعد ذلك في المرض فله حكم المطلق في المرض، وفرضنا الطلاق الأول رجعياً لأنه لو كان بائناً لم يلحق الطلاق الثاني بعده، وانقطع الميراث بالصحة التي حصلت بعده، ولو طلقها في المرض طلاقاً رجعياً ثم صح فأبأنها في الصحة فإنها لا تتركه، وسواء مات في العدة أو بعدها، وسواء كان ارتجعها أم لا، وهكذا ذكر ابن شاس وابن الحاجب. وانظر التوضيح. والله أعلم.

متن الخطاب

29

ص: ولو شهد بعد موته بطلاقه فكالطلاق في المرض ش: قال في رسم طلق من سماع ابن القاسم من طلاق السنة: وسئل مالك عن الرجل يشهد عليه بأنه طلق امرأته ألبتة وقد ماتت أترى أن يرثها؟ قال: لا [هو حي].¹⁵³³ قيل له أفرايت إن مات هو أفترى أن تتركه؟ قال: ليس هي مثله. نعم تتركه. قال سحنون: معناه أن الشهود كانوا قياماً معه؛ يعني حضورياً معه في البلد فلم يقوموا عليه حتى مات.

ابن رشد: قول سحنون معناه كانوا قياماً فلم يقوموا حتى مات ليس بصحيح إذ لو كانوا قياماً معه فلم يقوموا لوجب أن يرث كل واحد صاحبه؛ لأن شهادتهم كانت تبطل بترك قيامهم بها، وإنما وهم سحنون في تفسير قول مالك هذا -والله أعلم- لما وقع في كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة من قول يحيى بن سعيد في شهود شهدوا على رجل بعد موته أنه طلق امرأته لا تجوز شهادتهم إذ كانوا حضورياً ولامرأته الميراث، وكذلك يقول يحيى بن سعيد أيضاً لو ماتت هي أن له الميراث من أجل سقوط شهادة الشهود لحضورهم، فليس معنى مسألة مالك يعني المسألة المتقدمة التي فرق فيها بين أن يشهدوا بعد موته أو بعد موتها إلا إن [الشهود¹⁵³⁴] كانوا غيباً، وكذلك وقع في رسم حمل صبياً من سماع عيسى من الأيمان بالطلاق، وأن الشهود كانوا غيباً لا يتهمون فمالك أحق بتبيين ما أرادوا، ووجه تفرقه بين ميراثه منها وميراثها منه هو أنه إذا كان هو الميت فلم يعذر إليه في شهادة الشهود، ولعله لو أعذر إليه فيهم [لأبطل¹⁵³⁵] شهادتهم فرأى لها الميراث من أجل أن الشهادة لا يجب الحكم بها إلا بعد الإعذار إلى المشهود عليه وإذا كانت هي الميتة أمكن أن يعذر إليه [وإن¹⁵³⁶] عجز عن المدفع وجب الحكم بالطلاق يوم وقع فلم يكن له ميراث منها، وقال محمد بن المواز: إنما ورثته ولم

الحديث

1532 - في المطبوع عدة لها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 29 ويم 16 وم 13 والشيخ 30.

1533 - في المطبوع وحين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 29 ويم 16 وم 13 والشيخ 30.

1534 - ساقطة من المطبوع والشيخ 31 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 29 ويم 16 وم 13.

1535 - في المطبوع لا تبطل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 29 ويم 17 وم 13 والشيخ 31.

1536 - في المطبوع وأنه وما بين المعقوفين من م 13 ويم 17 والشيخ 31 وسيد 6.

يرثها لأنه كالمطلق في المرض لأن الطلاق وقع يوم الحكم ولو لم يقع يوم الحكم لكان فيه الحد. قال أبو إسحاق: وهو كلام فيه نظر؛ لأن الحاكم إنما ينفذ شهادة البينة وهي تقول إن الطلاق وقع قبل الموت، وإنما درأ الحد بالشبهة إما لنسيانه وإما لإمكان أن يكون صادقا في إنكار الشهادة ولو كان الطلاق وقع بعد الموت لورثها هو أيضا، والقياس أنها لا ترثه كما لا يرثها؛ لأن الإعذار يجب إليهما جميعا، فكما لا يرثها وإن لم يعذر إليها لا ترثه وإن لم يعذر إليه، وهو قول سحنون ويحيى بن عمر، وسيأتي في رسم بع من سماع عيسى طرف من هذا المعنى وبالله التوفيق. انتهى.

وقال في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى من الكتاب المذكور: وسئل مالك عن رجل أقر عند قوم أنه بارأ امرأته، ثم زعم بعد ذلك أنه كان مازحا ولم يبارء وأنكرت هي [أن¹⁵³⁷] تكون بارأته قال إذا شهد عليه بإقراره بانت منه بواحدة ولا رجعة له عليها إلا بنكاح جديد، وإن مات في عدتها ورثته ولم يرثها. ابن رشد في الميراث: لا يصح بوجه؛ لأن قوله لا رجعة له عليها يدل على أن الشهادة كانت عليه في حياته، فإذا حكم عليه في حياته بأنها بائنة منه وجب أن لا يكون بينهما ميراث، ولو كانت الشهادة/ عليه بعد موته لوجب ما قلناه في معنى مسألة رسم طلق من سماع ابن القاسم أن ترثه ولا يرثها مات في العدة أو بعدها لأنه طلاق بائن، ولا وجه لقوله وإن مات في عدتها على كل حال. انتهى.

30

ونص ما في رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق: وقال عن مالك في رجل مات عن امرأته فجاء شهود عدول لا يتهمون [كانوا غيبا¹⁵³⁸] فشهدوا أنه قد طلقها منذ سنين أنها ترثه ولو ماتت لم يرثها، قيل له فما الحجة في أنها ترثه؟ قال: رأيت لو كان قائما فشهدوا عليه [أترجمه؟¹⁵³⁹] قلت: لا. قال: فما يدرينا ما كان يدرأ به عن نفسه؟ قال ابن القاسم: وهو رأيي وتعدد أربعة أشهر وعشرا. قال ابن رشد: هذه مسألة قد مضى القول عليها في رسم طلق من سماع ابن القاسم من طلاق السنة فلا معنى لإعادته. انتهى.

وكلام المدونة الذي أشار إليه ابن رشد هو في آخر كتاب الأيمان بالطلاق ونصه: قال يحيى بن سعيد: ومن طلق وأشهد ثم كتم هو والبينة ذلك إلى حين موته فشهدوا بذلك حينئذ فلا تجوز شهادتهم إن كانوا حضورا ويعاقبون ولها الميراث. انتهى. فذكر الشيخ أبو الحسن كلام ابن المواز، وذكر ما في سماع ابن القاسم من طلاق السنة وكلام سحنون فيه، وقال بعده: ابن يونس: يجب على هذا أن لا يثبت الطلاق وترثه ويرثها، وقد رواها عيسى عن ابن القاسم عن مالك أن الشهود كانوا غيبا سنين، وقال يحيى بن عمر لا ترثه. انتهى. ثم ذكر أبو الحسن عن عبد الحميد أنه فرق بين كونها ترثه ولا يرثها بما نصه: عبد الحميد: والفرق بين الموضعين أن الحكم بالطلاق لا يتصور على ميت، وإنما يتصور على حي، فإذا كان الزوج هو الميت فحكم عليه بالطلاق وقع عليه من آخر أجزاء حياته، ومن طلق في تلك الحال ورثته زوجته، فإذا كانت الزوجة هي الميتة لم يرثها لأن من طلق امرأته وهي مريضة لم يرثها، وكذلك لو ماتا جميعا،

1537 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 29 وم 14 ويم 17 والشيخ 31.
1538 - ساقطة من المطبوع ووردت في البيان والتحصيل، ج 6 ص 121 ط. دار الغرب.
1539 - في المطبوع أترجموه وما بين المعقوفين من م 14 والشيخ 32 وسيد 6 ويم 17.

نص خليل وَإِنْ أَشْهَدَ بِهِ فِي سَفَرٍ ثُمَّ قَدِمَ وَوُطِئَ وَأَنْكَرَ الشَّهَادَةَ فُرِقَ وَلَا حَدَّ.

متن الخطاب فإن كان الزوج هو الميت الأول ورثته، وإن كانت الزوجة هي الميتة أولاً لم يرثها، ويشهد لهذا الذي عللناه قول ابن المواز في توريثها منه إذا كان هو الميت لأنه طلاق في المرض. الشيخ: ووجه قول يحيى بن عمر لا ترث نظراً إلى يوم وقع الطلاق. انتهى. وذكر في المتبعية كلام ابن رشد الخ [ولم¹⁵⁴⁰] يعزه له صريحاً. قال بعض الشيوخ. ثم قال بعده: وما قاله أبو إسحاق معترض من قوله إنما درأ الحد بالشبهة، فكان يجب على هذا أن لو شهد أربعة على رجل بالزنا شهادة يجب بها حده وأنكر الشهادة أن يكون صادقا في إسقاط الشهادة وهذا لا يقوله أحد. والله أعلم. انتهى.

قال ابن عرفة بعد ذكره الكلام المتقدم: يرد تعقبه على أبي إسحاق بأن الشبهة عنده هي مجموع ما ذكر وإمكان نسيانه حنثه في زوجته. انتهى. فتحصل من هذا أنه إذا كان الشهود حضورا فشهادتهم باطلة وترثه ويرثها، وإن كانوا غيباً ثم قدموا فشهدوا بالطلاق؛ فإن كان بعد موته ورثته، وإن [كان¹⁵⁴¹] بعد موتها هي لم يرثها على قول مالك وابن القاسم، وقال سحنون ويحيى بن عمر لا ترثه كما أنه لا يرثها، وقال في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم: وقال مالك في الرجل يحلف بطلاق امرأته فيشك في يمينه فيسأل ويستفتي ثم يتبين له حنثه قال مالك تعتد من حين وقفه عنها وليس من حين تبين له قيل لابن القاسم فإن مات قبل ذلك أيتوارثان قال ينظر في يمينه فإن كان [حنث¹⁵⁴²] فيها لم ترثه، وإلا ورثته.

ابن رشد: قوله تعتد من حين وقفه صحيح لا اختلاف فيه؛ لأن العدة من يوم الطلاق، والطلاق إنما وقع عليه من يوم الحنث، وقوله في الميراث ينظر في يمينه الخ وفي بعض الكتب لم ترثه ولا يرثها ليس بخلاف لما تقدم في رسم طلق في الذي يشهد عليه الشهود أنه قد طلق امرأته ألبتة وقد ماتت أنها ترثه ولا يرثها، والفرق بين المسألتين أن الرجل في هذا لم يزل مقراً على نفسه بما أوجب عليه الطلاق، فوجب أن لا يكون بينهما ميراث بعد وقوع الطلاق، ومسألة كتاب طلق شهد الشهود وهو منكر لشهادتهم فوجب في ذلك الإعذار/ إليه حسبما تقدم القول فيه. وبالله التوفيق.

تنبية: علم من هذا الكلام وما قبله أن صورة هذه المسألة أن تكون المرأة تحت الزوج إلى حين موته ولم يعلم طلاقها إلا من الشهود بعد موته، وأما لو طلقها في صحته وانفصلت عنه وعلم ذلك فلا شك أنها [لا¹⁵⁴³] ترثه، وقد نبه على هذا ابن الفرات في شرحه لهذا المحل. ونصه: ويظهر أن هذا مقيد بما إذا كان معها يعاشرها معاشرة الأزواج إلى أن مات لقول المتبعية في توجيه ذلك: لأن الطلاق إنما يقع يوم الحكم. انتهى.

ص: وإن أشهد به في سفر ثم قدم ووطئ وأنكر الشهادة فرق ولا حد ش: قال في أواخر كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة: ومن طلق زوجته في سفر ثلاثاً ببينة ثم قدم قبل البينة فوطئها، ثم أتت البينة فشهدوا بذلك وهو منكر للطلاق ومقر بالوطء فليفرق بينهما ولا شيء عليه، قال يحيى بن سعيد

31

الحديث

1540 * - في المطبوع لم وما بين المعقوفين من م 14 وسيد 6 وفي الشيخ 32 ويم 17 ولو لم.

1541 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 30 وم 14 ويم 17 والشيخ 32.

1542 - في المطبوع يحنث وم 14 والشيخ 32 وما بين المعقوفين من ن عود ص 30 ويم 17.

1543 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 31 وم 14 ويم 17 والشيخ 33.

وَلَوْ أَبَانَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَهَا قَبْلَ صِحَّتِهِ فَكَالْمُتَزَوِّجِ فِي الْمَرَضِ.

متن الخطاب

ولا يضرب. انتهى. قال أبو الحسن: أي لا حد عليه. قال الأبهري: وإنما ذلك لأن الزوجية بينهما حتى يحكم بالطلاق، وقال ابن المواز إنما لم يجب عليه؛ لأن العدة من يوم الحكم، وقال المازري إنما لم يجب عليه الحد لأنه كالمقر بالزنا ثم رجع وقال غيره لأنه يجوز عليه أن يكون نسي، وقوله: "فليفرق بينهما" عياض: ظاهره أنها تعتد من يوم الحكم يدل عليه قوله ولا حد عليه الشيخ وفي طلاق السنة من العتبية فيمن شهدت عليه البينة أنه طلق زوجته منذ سنة فحاضت فيها ثلاث حيض قالوا عدتها من الطلاق فقالوا يناقض قوله هنا، والفرق بينهما أن ما في العتبية مقر بالطلاق وها هنا منكر للطلاق. قال سحنون: ولو شهد أربعة أنه طلقها وأقر الزوج بالوطء بعد وقت الطلاق وجحد الطلاق حددته ولو قالوا نشهد أنه طلقها ثم وطئها حددته، وروى علي عن مالك فيمن شهد عليه أربعة عدول أنه طلق امرأته ألبتة، وأنهم رأوه يطؤها بعد ذلك وهو مقر بالمسييس أنه يفرق بينهما ولا حد عليه.

قال سحنون: وأصحابنا يابون هذه الرواية ويرون عليه الحد. ابن يونس: وقول سحنون في إيجاب الحد خلاف للمدونة في الذي شهدت عليه البينة في سفره، وقد اختلف ابن القاسم وأشهب في الأمة يعتمقها في سفره وتشهد البينة على ذلك ثم يقدم فيطؤها ويستغلها فاختلغا في الغلة واتفقا أن لا حد عليه، وأن لا فرق بين هذه وبين الحرة. انتهى. ولما ذكر في التوضيح المسألة التي قبل هذه أعني قوله: "ولو شهد بعد موته [بطلاقه¹⁵⁴⁴] الخ"، وذكر عن الباجي [أنه¹⁵⁴⁵] علله بأن الطلاق إنما يقع يوم الحكم، ولو لم يقع يوم الحكم لكان فيه الحد إذا أقر بالوطء وأنكر الطلاق.

قال في التوضيح: وهذا الذي علل به الباجي في المدونة نحوه لأن فيها فيمن طلق امرأته في السفر وأشهد على ذلك، ثم قدم فأصاب امرأته إلى آخر مسألة المدونة، وذكر أكثر الكلام المتقدم عن الشيخ أبي الحسن، وقال المتيطي بعد أن ذكر كلام الباجي: وهذا الذي علل به الباجي في المدونة خلافه، وذكر مسألة المدونة هذه، فقول المتيطي إن الذي في المدونة خلاف تعليل الباجي يناقض قول الشيخ في التوضيح، وهذا الذي علل به الباجي في المدونة نحوه ويمكن أن يقال لا مخالفة في ذلك ومراد الشيخ بقوله في المدونة نحوه؛ يعني قوله إن الطلاق إنما يقع يوم الحكم، وكلام المتيطي باعتبار [قوله¹⁵⁴⁶] لم يقع يوم الحكم لكان فيه الحد إذا أقر بالوطء وأنكر الطلاق؛ لأنه قد صرح في المدونة بأنه إذا أنكر الطلاق وأقر بالوطء أنه لا حد عليه، ولكن قد يقال إنما قال ذلك في المدونة لأنه يرى أن الطلاق إنما يقع يوم الحكم فتأمل. والله أعلم.

ص: ولو أبانها ثم تزوجها قبل صحتة فكالمترزوج في المرض ش: تشبيهه هذا النكاح بالنكاح في المرض مشكل لأنه يقتضي عدم الإرث فيه وليس كذلك. قال في التوضيح في أثناء التفريق بين هذا النكاح والنكاح في المرض ما نصه: وهذه المطلقة قد ثبت لها الميراث. انتهى. وإنما شبهه المصنف

الحديث

1544 * - في المطبوع بطلاق وما بين المعقوفين من م14 ويم18 والشيخ33 وسيد6.

1545 * - في المطبوع والشيخ33 ويم18 وم14 بأنه وما بين المعقوفين من سيد6.

1546 * - في يم18 قوله لو لم يقع.

وَلَمْ يَجْزُ خُلْعُ الْمَرِيضَةِ وَهَلْ يَرُدُّ أَوْ الْمَجَاوِزُ لِإِثْرِهِ يَوْمَ مَوْتِهَا وَوُقِفَ إِلَيْهِ تَأْوِيلَانِ وَإِنْ نَقَصَ وَكَيْلُهُ عَنْ مُسَمَّاهُ لَمْ يَلْزَمْ أَوْ أَطْلَقَ لَهُ أَوْ لَهَا حَلَفَ أَنَّهُ أَرَادَ خُلْعَ الْمَثَلِ.

نص خليل

32 وابن الحاجب بالتزوج في/ المرض؛ لأنه يفسخ على المشهور قبل وبعد، ولهذا قال في الشامل: ولو تزوجها بعد البينونة في مرضه فسخ وإن دخل على الأصح. والله أعلم. ص: ولم يجز خلع المريضة وهل يرد أو المجاوز لإثره يوم موتها ووقف إليه تأويلان ش: التأويل الأول أنه يرد جميع الخلع ولا يرث الزوج شيئاً، وهذا على أن قول مالك مخالف لقول ابن القاسم، وعليه أقل الشيوخ والأكثر على أنه وفاق فلا يرد إلا ما جاوز قدر ميراثه منها يوم تموت فيوقف ما خالعهما عليه إلى يوم موتها فينظر فيه حينئذ مع قدر إرثه منها، وانظر المسألة في كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة، وفي رسم العتق من سماع عيسى من طلاق السنة مسألة تشبه هذه المسألة على تأويل الأكثر وهي امرأة توفيت وأوصت لزوجها وهو غائب بثلاث ماله، وقد تركت ولداً منه [و¹⁵⁴⁷] من غيره فقيل لها إنه لا وصية لوارث، فقالت إنه كتب إلي بالطلاق فسترت ذلك، وقدم الزوج وصدقها، وقال الورثة [إنما¹⁵⁴⁸] بالزوج الوصية، وقال بنوها من غيره إنها أرادت أن تحرمنا فضل ما بين الثلث والربع قال: لا يقبل قولها ولا إقراره بالطلاق لموضع التهمة في ذلك، وينظر إلى وصيتها في ذلك فإن كانت أقل من ميراثه منها دفع إليه ذلك، ولم يكن له أكثر من تنمة ميراثه منها لما [أقر به¹⁵⁴⁹] من فراقها، وإن كانت أوصت له كفاف ميراثه منها دفع إليه لأنها لا تتهم فيه ولا يتهم في ذلك، وإن كان أكثر من ميراثه اتهم واتهمت، ولم يكن له إلا قدر ميراثه منها. قال ابن رشد: هذه المسألة صحيحة بينة المعنى. اهـ.

متن الخطاب

ص: وإن نقص وكيله عن مسماه لم يلزم ش: قال ابن عرفة: والتوكيل على الخلع جائز كالبيع، لا كالنكاح فيجوز توكيل الزوج امرأة. ابن شاس: لو قال خالعهما بمائة فنقص لم يقع طلاق. انتهى. فإن خالعهما بما سماه أو زاد فلا شك في وقوع الطلاق البائن. قاله في التوضيح، وهو مفهوم من قول المصنف: "وإن نقص".

تنبيه: قال في التوضيح بعد أن تكلم على ما إذا نقص وكيله لم يقع الطلاق: وهذا ظاهر في النقص الكثير، وأما اليسير فينبغي أن يختلف فيه كالبيع. اهـ. وكذلك قال ابن عرفة، وسيأتي لفظه في مسألة مخالفة وكيل الزوجة الذي مشى عليه المصنف أن المخالفة في البيع بالنقص اليسير لا تغتفر كما اختاره عبد الحق وابن يونس واللخمي والمتيطي، وراجع ذلك في الوكالة.

فرع: قال في الشامل: ولا ينفذ إن وكل اثنين إلا باجتماعهما. اهـ. ونقله ابن عرفة عن المدونة. ص: أو أطلق له أو لها حلف أنه أراد خلع المثل ش: قال ابن عرفة عن ابن شاس: ولو قال خالعهما فنقص عن المثل قبل قول الزوج إنه أراد المثل. ابن الحاجب: مع يمينه. انتهى. ولفظ ابن

الحديث

1547 - في المطبوع أو والشيخ 34 وم 15 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 32 وم 18.

1548 - في المطبوع إنها وم 15 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 32 وم 18 والشيخ 34.

1549 - في المطبوع لقربه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 32 وم 18 (وفي م 15 لما أمر به).

متن الحطاب

شاس: ولو قال مطلقا خالعتها فنقص عن خلع المثل فادعى الزوج أنه أراد خلع المثل فالقول قوله. انتهى. ولفظ ابن الحاجب: ولو قال خالعتها فنقص عن المثل حلف أنه أراد خلع المثل. قال في التوضيح: يعني لو وكل رجلا على أن يخالع له زوجته فإن خالعتها بخلع المثل فأكثر لزمه، وإن نقص عن المثل ففي الجواهر القول قوله إنه أراد خلع المثل، ولم يذكر يمينا، ولم يذكرها أيضا مالك في المجموعة. ابن عبد السلام: ولا يكاد يوجد النص على اليمين قال: وظاهر الرواية سقوط اليمين كما في البيع وقد يقال بثبوتها هنا؛ لأن السلعة في البيع لها قيمة [كالقررة¹⁵⁵⁰] ولا قيمة هنا. خليل: والظاهر أن اليمين هنا تجري على الخلاف في توجهها في أيما التهم وما ذكره عن المجموعة. نقله ابن عرفة. ولفظه: وفي المجموعة لابن القاسم عن مالك: من وكل من يصلح عنه امرأته فصالحها بدینار فأنكره الزوج فله ذلك إنما يجوز عليه صلح مثلها، ثم ذكر اعتراض ابن عبد السلام، ثم قال: قلت لا يبعد إجراؤه على أن العرف كشاهد واحد. انتهى. وأما قول المصنف: "أو لها" فيشير به -والله أعلم- إلى ما نقله في التوضيح إثر الكلام المتقدم.

33

وقد نص مالك في العتبية على اليمين فيمن قال لامرأته/إن دعوتني إلى الصلح فلم أجبك فأنت طالق فأعطته دينارا فقال لم أرد هذا، وإنما أردت نصف ما تملكينه فقال لا يلزمه الخلع ويحلف ويخلي بينه وبينها. ابن القاسم: وإن لم تكن له بينة فلم يجبها حنث، لكن قال في البيان: قوله "يحلف" يدل على [أنه لم¹⁵⁵¹] يكن مستفتيا في يمينه وإنما كان مخاصما وحلف لأنه ادعى نية تخالف ظاهر اللفظ ولو كان مستفتيا لقبل منه بغير يمين، وذكر ابن رشد مسألة العتبية هذه وذكر أنه لم يوجب عليه في الرواية يمينا قال: وتجري على أيما التهم، وعند ابن شعبان له أن يطلبها بجميع ما تملكه، وأنكره اللخمي، ورأى أن ذلك ليس من مقاصد الناس، وإنما يقصدون بعض المال لا كله، وانظر قول ابن بشير مع ما تقدم ولم يوجب في الرواية يمينا إلا أن يكون حمل ما في الرواية على المرافعة كما ذكر صاحب البيان. انتهى.

وهذا ظاهر أن اليمين إنما تكون إذا رافعتة الزوجة أو غيرها، وأما إن جاء مستفتيا ولم يخاصمه أحد فلا يلزمه شيء ولم ينبه الشيخ في شرحه على قوله أو لها. وقال البساطي بعد ذكره الإطلاق للوكيل: وكذلك إذا أطلق للزوجة. انتهى. وقال ابن الحاجب: ولو قال إن أعطيتني ما أخالعك به لم يلزم بالتافه ويلزم بالمثل على الأصح. انتهى. ونحوه في الجواهر، وسيصرح المصنف بمفهوم ما ذكره هنا في قوله: "أو بتافه الخ". والله أعلم. ومسألة العتبية التي أشار إليها في التوضيح هي في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب التخيير والتملك، قال ابن رشد فيها: ولو قال لها إن دعوتني إلى [صلح¹⁵⁵²] من غير تعريف؛ لوجب أن لا ينوي مع قيام البينة فإنه إنما يقال مع الألف واللام لاحتمالها الجنس والعهد. انتهى.

الحديث

1550 * - في المطبوع كالمغرة وما بين المعقوفين من م 15 والشيخ 65 وسيد 7 ومايأبى 24 ويم 19.

1551 - في المطبوع إن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 33 وم 15 ويم 19 والشيخ 35 ومايأبى 24.

1552 * - في المطبوع والشيخ 35 ويم 19 الصلح وما بين المعقوفين من م 15 وسيد 7 ومايأبى 24 والبيان ج 5 ص 210.

نص خليل وَإِنْ زَادَ وَكَيْلُهَا فَعَلَيْهِ الزِّيَادَةُ [وَرَدَ¹⁵⁵³ نص] الْمَالُ بِشَهَادَةِ سَمَاعٍ عَلَى الضَّرَرِ.

متن الخطاب ص: وإن زاد وكيلها فعليه الزيادة ش [شمل¹⁵⁵⁴] قوله: "زاد ما إذا سمت له عددا فزاد عليه، وما إذا أطلقت له فخالع بأكثر من خلع المثل [فإن¹⁵⁵⁵] الزيادة في الوجهين على الوكيل، وأما ما سمت المرأة أو خلع المثل إذا [أطلقت¹⁵⁵⁶] فإنه يلزمها إن أضاف الخلع إليها أو لم يصرح بالإضافة إليها أو إلى نفسه وإن أضافه إلى نفسه لزمه. قال في الشامل: فإن وكلته مطلقا فخالع بالمثل فأقل لزم، وإن زاد غرم الزيادة كزائد عدد سمت له فإن أضاف الاختلاع لنفسه صح وغرم المسمى، وإن لم يصرح بالإضافة إليه أو إليها بانتهى ولزمها ما سمت وغرم الزيادة. اهـ. وقال في الجواهر: وأما وكيلها بالاختلاع بمائة فإن زاد وقع الطلاق ولزمت المائة والزيادة على الوكيل، وإن أضاف [الاختلاع¹⁵⁵⁷] إلى نفسه صح ولزمه المسمى، وإن لم يصرح بالإضافة إليها ولا إلى نفسه لزمت البينونة وعليها ما سمت والزيادة على الوكيل، وإن أذنت مطلقا فهو كالمقيد بخلع المثل. انتهى.

وقال ابن الحاجب لما تكلم على القابل شرطه أهلية التزام المال فيلزم في الأجنبية والمال عليه، فإن وكلته فكوكيل الشراء. قاله في التوضيح في شرح الكلام الأخير؛ يعني فإن وكلت الزوجة من خالعه لها فكوكيل الشراء، فإن خالعه بخلع المثل فأقل لزمها الخلع ودفع العوض، وإن خالعه بأكثر لم يلزمها، ويفهم من قوله: "كوكيل الشراء" أن العوض وعهده عليه إلا أن يشترط أن ذلك عليها. انتهى. ثم قال ابن الحاجب بعد أسطر: ولو قال خالعه بمائة فنقص لم يقع ولو قالت فزاد وقع والزيادة على الوكيل.

قال في التوضيح: قوله ولو قالت أي لو قالت المرأة ما قاله الرجل، فقالت خالعه لي زوجي بمائة فإن خالعه بها أو أقل لزمها ذلك، وإن زاد وقع الطلاق البائن وكانت الزيادة على الوكيل، وينبغي أيضا أن تقيد هذه الزيادة بالزيادة الكثيرة، وأما اليسيرة فيلزمها كالوكيل على شراء سلعة. انتهى. وقال ابن عرفة: الشيخ عن الموازية: لو وكلت من يصلح عنها ولها على زوجها مائة دينار فصالح على تركها [لزمها¹⁵⁵⁸] لعله يريد إذا كان صلح مثلها. ثم قال: قلت ظاهر ما تقدم أن مخالفة الوكيل بزيادة اليسير عليها ونقصانه له كالكثر، والأظهر أنه فيهما كالبيع والشراء. انتهى.

ص: ورد المال بشهادة السماع على الضرر ش: قال/ المتيطي: وتحلف مع بينتها أن فعلها ذلك كان للإضرار الذي أثبتته، ونصه بعد فصل الشروط: إذا أسقطت المرأة كاللها عن زوجها أو افتدت منه بمال زاده إياه من عند نفسها، أو دفعت له ثمنها منه، أو أسقطت الحضانة الواجبة لها ثم قامت بعد ذلك عند الحاكم وزعمت أن ما أسقطته أو أعطته أو التزمتها كان على إضرار من الزوج وإكراه منه لها، وأكذبها الزوج، وزعم أن ذلك كان من

34

الحديث

¹⁵⁵³ س - ضبطه عيش بضم الراء وشد الدال وظاهر تقرير خش والدردير أنه بالبناء للفاعل.
¹⁵⁵⁴ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص33 وم15 ويم19 والشيخ36 ومايأبي25.
¹⁵⁵⁵ - في المطبوع فجاءت وما بين المعقوفين من ن عدود ص33 وم15 ويم19 والشيخ36 ومايأبي25.
¹⁵⁵⁶ - في المطبوع طلقت وما بين المعقوفين من ن عدود ص33 وم19 ويم15 والشيخ36 ومايأبي25.
¹⁵⁵⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص33 وم15 ويم19 والشيخ36 ومايأبي25.
¹⁵⁵⁸ - في المطبوع لزوجها وما بين المعقوفين من ن عدود ص33 وم16 ويم19 والشيخ36 ومايأبي25.

متن الخطاب

قبلها، وأنه لم يزل محسنا لها وأقامت بالضرر بينة استرعتهم أو لم تسترعتهم، وعجز الزوج عن المدفع فيهم أنفذ عليه الخلع وحكم بنقض ما التزمته وصرف ما أعطته بعد يمينها أن فعلها ذلك كان للإضرار الذي أثبتته. انتهى. وفي رسم العارية من سماع عيسى من كتاب التخيير والتملك: وسئل عن المرأة يصالحها زوجها [على¹⁵⁵⁹] رضاع ولدها وعلى [إن أخذ¹⁵⁶⁰] منها فأقامت سنة ثم أتت بامرأتين تشهدان أنها إنما صالحتة [عن¹⁵⁶¹] ضرورة قال تحلف مع شهادتهما ويرد عليها ما أخذ منها وتأخذ منه رضاع ما أرضعت من ولده.

قال ابن رشد: وهذا كما قال فإذا افتدت المرأة من زوجها ثم ثبت أنه كان يضر بها وجب أن يرد عليها ما أخذ منها، ويجوز في ذلك شهادة النساء لأنه مال والطلاق قد مضى بغير [شهادتهما¹⁵⁶²]، فإن شهد لها بالضرر شاهدان أو شاهد وامرأتان رد عليها مالها بغير يمين، وإن شهد لها به رجل واحد [أو¹⁵⁶³] امرأتان حلفت مع شهادة الرجل أو مع شهادة المرأتين واستوجبت أن يرد إليها ما أخذ منها، ويجوز ذلك أيضا بشهادة شاهدين على السماع فتأخذ ما أخذ منها بشهادتهما دون يمين. قاله في سماع أصبغ من كتاب الشهادات، وأكثر من ذلك أحب إليه. [وابن الماجشون: لا يجيز¹⁵⁶⁴] في شهادة السماع أقل من أربعة شهداء. وبالله التوفيق. [انتهى¹⁵⁶⁵]. فقول ابن رشد إنه إذا قام لها شاهدان بالضرر أو شاهد وامرأتان أو شاهدان بالسماع على الضرر أنها لا تحلف [معهما¹⁵⁶⁶] مخالف لما قاله المتيطي، ولعل هذه اليمين التي نفاها ابن رشد غير اليمين التي أثبتها المتيطي. فتأمل. والله أعلم.

تنبيهان: الأول: قال في التوضيح: من الإضرار أن يمنعها من زيارة والديها. ابن القاسم: وليس من الإضرار بها البغض لها، وإنما الإضرار الأذى بضرب أو اتصال شتم في غير حق أو أخذ مال أو المشاركة، ومن علم من امرأته الزنا فليس له أن يضارها حتى تفتدي. انتهى.

وقال في الشامل: ورد العوض فقط بشهادة سماع أو بيمينها مع شاهد مباشر أو امرأتين بضرره لها بضرب أو دوام شتم بغير حق أو أخذ مال أو مشاركة أو إيثار غيرها عليها لا [ببغضه¹⁵⁶⁷] لها، وفي رده بيمينها مع شاهد سماع أو امرأتين بذلك قولان، أما إن استخفت به فأساءت عشرته أو نشزت أو خرجت بغير إذن أو أذنت لمن يكره في بيته وأظهرت البغض له حل له الأخذ، ولو علم منها زنا أو أتت بفاحشة فليس له الإضرار لتفتدي. انتهى. وقول صاحب الشامل: "مع شاهد سماع أو امرأتين بذلك" يعني بالسماع.

الثاني: قال في التوضيح إثر قول ابن الحاجب: "وتقبل شهادة السماع": أي على الضرر والمعمول به عند الشيوخ وهو قول أصبغ أن الشاهد يشهد فيه بالقطع وغمز ذلك ابن القاسم وقال: من أين للشهود

الحديث

1559 * في المطبوع عن ومابين المعقوفين من البيان ج 5 ص 256 وم 16 ومايaby 25

1560 * - في 20 يأخذ.

1561 * - في المطبوع على وما بين المعقوفين من البيان ج 5 ص 265 وم 16 ومايaby 25

1562 * - في البيان، ج 5 ص 257، شهادتهن.

1563 - في المطبوع وامراتان والشيخ 37 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 34 ويم 20 وم 16 ومايaby 25.

1564 * - من البيان، ج 5 ص 257.

1565 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 34 وم 16 ويم 20 والشيخ 37 ومايaby 25.

1566 * - في المطبوع معها وما بين المعقوفين من م 16 وسيد 7 والشيخ 37 ويم 20 ومايaby 26.

1567 - في المطبوع ببغض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 34 وم 16 ويم 20 ومايaby 25.

وَبَيِّمْنَهَا مَعَ شَاهِدٍ أَوْ امْرَأَتَيْنِ وَلَا يَضُرُّهَا إِسْقَاطُ الْبَيِّنَةِ [المُسْتَرَعِيَّة¹⁵⁶⁸ نس] عَلَى الْأَصَحِّ.

نص خليل

القطع بمعرفة ذلك؟ ولهذا قال أصبغ [إن الشاهد¹⁵⁶⁹] يقول ذلك علمي وصح عندي. ابن القاسم: وصفة الشهادة أن يقولوا سمعنا سماعا فاشيا مستفيضا على ألسنة النساء والخدام والجيران. قال: [ويكفي¹⁵⁷⁰] في ذلك عندي عدلان والعدول الكثير أحب إلي [وهذا هو¹⁵⁷¹] [المشهور المعمول به وعنه أيضا أن السماع [إنما¹⁵⁷²] يكون من العدول إلا في الرضاع فيجوز أن يكون على لفيف القرابة والأهلين والجيران وإن لم يكونوا عدولا كالنساء والخدام، وعن مالك تجوز شهادة السماع في ضرر الرجل بامرأته إذا سمع بذلك الرجال والنساء سماعا فاشيا، وإن لم يسمع بذلك الرجال والنساء فليس بفاش. انتهى. وقال في مختصر المتيضية: ويجزي عند ابن القاسم عدلان على السماع الفاشي/ من لفيف الناس والجيران بذلك وتكثير الشهود أحب إليه، هذا [هو¹⁵⁷³] [المشهور من المذهب وعليه العمل، وروى حسين بن عاصم لا تجوز شهادة السماع إلا [عن¹⁵⁷⁴] العدول إلا في الرضاع [فيجوز¹⁵⁷⁵] أن يشهد العدول عن لفيف القرابة والجيران من النساء والخدام. قال أبو عمران: وهو حسن لأنه لا يحضره الرجال في الغالب، ولابن القاسم في كتاب محمد ما ظاهره أن السماع لا يجوز إلا من الثقات في جميع الأشياء، وفي سماع ابن وهب عن مالك أن الشهادة على السماع إنما تكون عاملة إذا سمع ذلك الرجال والنساء سماعا فاشيا، فإن شهد في ذلك النساء عند القاضي وحدهن لم يجز، وقال بعض الشيوخ لأن الطلاق من معاني الحدود فلا تجوز فيه شهادة النساء. وقال ابن الهندي: إذا شهد بالضرر صالحات النساء والخدام اللاتي يدخلن إليها جاز. انتهى.

ص: وبَيِّمْنَهَا مَعَ شَاهِدٍ أَوْ امْرَأَتَيْنِ ش: قال في الشامل: مع شاهد مباشر أو امرأتين. وتقدم كلامه في القولة التي قبل هذه.

متن الخطاب

35

ص: وَلَا يَضُرُّهَا إِسْقَاطُ الْبَيِّنَةِ الْمُسْتَرَعَاةَ عَلَى الْأَصَحِّ ش: يريد فأحرى إذا لم تسقط البينة المسترعاة، وإنما اعترفت في عقد الخلع بالطوع، وسواء استرعت [بينة¹⁵⁷⁶] أو قامت [لها¹⁵⁷⁷] بينة، علمت بها أو لم تعلم على ما قال ابن الهندي وابن العطار وغيرهما. قاله في التوضيح.

فرع: وإن خالعه وأخذ منها حميلا بالدَّرَكِ فقال ابن العطار إذا أثبتت الضرر لا [تسقط¹⁵⁷⁸]

الحديث

1568 - المسترعاة نسخة.

1569 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص34 وم16 ويم20 والشيخ38 ومايأبى25.

1570 - في المطبوع ويكفي وما بين المعقوفين من ن عدود ص34 ويم20 (و في م16 يكفي) والشيخ38 ومايأبى25.

1571 - في المطبوع وهو وم16 ويم20 والشيخ38 ومايأبى25 وما بين المعقوفين من ن عدود ص34.

1572 - في المطبوع أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص34 وم16 ويم20 ومايأبى26 (وفي الشيخ38 لهما يكون).

1573 - ساقطة من المطبوع ومايأبى26 وما بين المعقوفين من ن عدود ص35 ويم20 وم16 والشيخ38.

1574 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص35 وم16 ومايأبى26 ويم20 والشيخ38.

1575 - في المطبوع يجوز وما بين المعقوفين من ن عدود ص35 (وفي يم20 وم16 والشيخ38 ومايأبى26 فتجوز).

1576 - في المطبوع ببينة وما بين المعقوفين من م16 ومايأبى26 ويم20 والشيخ38 وسيد7.

1577 - في المطبوع لهما وما بين المعقوفين من م16 والشيخ38 وسيد7 ومايأبى26 ويم20.

1578 - في المطبوع يسقط وما بين المعقوفين من ن عدود ص35 ويم20 وم16 والشيخ38 ومايأبى26.

نص خليل

وَبَكُونُهَا بَائِنًا لَا رَجْعِيَّةَ أَوْ لِكُونِهِ يُفْسَخُ بِلَا طَلَاقٍ أَوْ لِعَيْبِ خِيَارٍ بِهِ أَوْ قَالَ إِنْ خَالَعْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لَا إِنْ لَمْ يَقُلْ ثَلَاثًا وَلَزِمَهُ طَلَقَتَانِ وَجَارَ شَرْطُ نَفَقَةٍ وَلِدَهَا مُدَّةَ [رَضَاعِهِ¹⁵⁷⁹] فَلَا نَفَقَةٌ لِلْحَمْلِ [وَسَقَطَتْ¹⁵⁸⁰] نَفَقَةُ الزَّوْجِ أَوْ غَيْرِهِ وَزَائِدُ شَرْطِ كَمَوْتِهِ وَإِنْ مَاتَتْ أَوْ انْقَطَعَ لَبْنُهَا أَوْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فَعَلَيْهَا وَعَلَيْهِ نَفَقَةُ الْآبِقِ وَالشَّارِدِ إِلَّا لِشَرْطِ لَا نَفَقَةَ جَنِينٍ إِلَّا بَعْدَ [خُرُوجِهِ¹⁵⁸¹] وَأَجْبَرَ عَلَى جَمْعِهِ مَعَ أُمِّهِ وَفِي نَفَقَةِ ثَمَرَةٍ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا قَوْلَانِ.

متن الخطاب التباعة عن الحميل لأنه غير مكره، وقد أدخل [الزوج في¹⁵⁸²] زوال العصمة ولا يرجع الحميل على المرأة بشيء، وإليه ذهب بعض فقهاءنا الصقليين، وذكر ابن يونس في ذلك خلافا بين القرويين، وأن منهم من يقول هكذا، ومنهم من يقول إذا أثبتت المرأة [الضرر سقط¹⁵⁸³] الطلب عن الحميل؛ لأنه إذا سقط المال عن الأصل سقط عن الحميل المطالبة. انتهى من التوضيح. وذكر القولين في الشامل من غير ترجيح.

ص: وبكونها بائنا ش: قال ابن عرفة: وللزومية الخلع العوض من الجانبين امتنع في فقد العصمة لا في ملكها الزوجة فيمتنع في البائن والمرتدة والملاعنة كأجنبية لا في المخيرة لأنه منها رد. اهـ. ولا تعذر بالجهل. قاله في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب التخيير والتملك.

ص: أو لكونه يفسخ بلا طلاق ش: سقط ذلك من نسخة الوسط، ويعني به أن النكاح المجمع على فساد الذي يفسخ بغير طلاق إذا خالعت المرأة فيه فإن الزوج يرد المال، بخلاف غير المجمع على فساد فإنه في رد المال فيه قولين مبنيين على أن فسخه هل هو بطلاق أم لا؟. قاله في التوضيح. وقد علمت أن المشهور يفسخ بطلاق، فيكون الجاري عليه أنه لا يرد المال، ولهذا قال هنا: "يفسخ بلا طلاق". والله أعلم.

ص: فلا نفقة للحمل ش: قال/ في التوضيح عن الباجي: وليس لها أيضا أن تطلبه بالصداق. انتهى. وهذا غير ظاهر فقد قال في آخر سماع ابن القاسم من كتاب التخيير إن من طلق زوجته وهي حامل فأقام شهرا، ثم بارأها على أن عليها رضاع ولدها فطالبته بنفقة ما مضى من الشهور. قال ابن رشد: أما ما مضى قبل المبارأة فتبين أن ذلك لها -كما قال- لأنها قد وجبت عليه، فلا تسقط عنه إلا بما تسقط به الحقوق. انتهى. وانظر بقية المسألة فيه، وتقدم أيضا عن اللخمي في آخر باب الصداق ما يدل أيضا على عدم سقوطه فتأمل. والله أعلم.

ص: وعليه نفقة الآبق والشارد ش: قال الشارح: مراده بالنفقة عليهما الأجرة. انتهى.

وأصله/ للمصنف في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ونفقة الآبق والشارد على الزوج. ونصه: مراده بالنفقة الجعل على طلب الآبق والشارد، وإلا فالنفقة عليهما مع الجهل بموضعهما أو عدم

36

37

الحديث

¹⁵⁷⁹ س - فتح راء الرضاع أكثر كما يؤخذ من الصحاح وق والمختار والمصباح.

¹⁵⁸⁰ س - وسقط نسخة.

¹⁵⁸¹ س - وضعه نسخة.

¹⁵⁸² - في المطبوع ضررا وما بين المعقوفين من ن عدود ص35 ويم20 وم16 والشيخ38 ومايأبى26.

¹⁵⁸³ * - في المطبوع الضرر له سقط وما بين المعقوفين من م16 والشيخ38 ويم20 ومايأبى26 وسيد7.

وَكَفَتِ الْمُعَاطَةُ وَإِنْ [عَلَّقَ] ¹⁵⁸⁴ [نَص] بِالْإِقْبَاضِ [أَوْ] ¹⁵⁸⁵ [نَص] الْأَدَاءِ لَمْ يَخْتَصْ بِالْمَجْلِسِ إِلَّا لِقَرِينَةٍ وَلَزِمَ فِي أَلْفٍ الْغَالِبُ وَالْبَيِّنُوتَةُ إِنْ قَالَ إِنْ [أَعْطَيْتَنِي] ¹⁵⁸⁶ [نَص] أَلْفًا فَارْقَتُكَ أَوْ أَفَارَقَكَ إِنْ فَهِمَ الْإِلْتِزَامُ أَوْ الْوَعْدُ إِنْ وَرَطَهَا أَوْ طَلَّقَنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَ وَاحِدَةً [وَأَوْ] ¹⁵⁸⁷ [نَص] بِالْعَكْسِ أَوْ أَبْنَى بِأَلْفٍ أَوْ طَلَّقَنِي نِصْفَ طَلْقَةٍ أَوْ فِي جَمِيعِ الشَّهْرِ فَعَلَّ أَوْ قَالَ بِأَلْفٍ غَدًا فَقَبِلْتُ فِي الْحَالِ أَوْ بِهَذَا الْهَرَوِيِّ فَإِذَا هُوَ مَرَوِيٌّ أَوْ بِمَا فِي يَدِهَا وَفِيهِ مُمْتَوَلٌ أَوْ لَا عَلَى الْأَحْسَنِ لَا إِنْ خَالَعَتْهُ بِمَا لَا شُبْهَةَ لَهَا فِيهِ أَوْ بِتَافِهِ فِي إِنْ [أَعْطَيْتَنِي] ¹⁵⁸⁸ [نَص] مَا أَخَالَعُكَ بِهِ أَوْ طَلَّقْتُكَ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَقَبِلْتُ وَاحِدَةً بِالثُّلُثِ وَإِنْ ادَّعَى الْخُلْعَ أَوْ قَدَّرَ أَوْ جُنْسًا حَلَفْتُ وَبَآئْتُ وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ إِنْ اخْتَلَفَا فِي الْعَدَدِ كَدَعَوَاهُ مَوْتَ عَبْدٍ أَوْ عَيْبَهُ قَبْلَهُ وَإِنْ ثَبَتَ بَعْدَهُ فَلَا عَهْدَةَ. فصل طلاق السنة واحدة بطهر لم يمَسَّ فِيهِ بِلَا عِدَةٍ وَإِلَّا فَبِدْعِي.

القدرة على تحصيلهما محال. انتهى.
قلت: ويمكن أن يقال يصح أن يكون أيضا مراده النفقة عليهما في تلك المدة؛ فإنه لو أسكهما إنسان وأنفق عليهما ليرجع على سيدهما فإنه إنما يرجع على الزوج كما أشار إليه ابن فرحون في شرح كلام ابن الحاجب المتقدم، ونصه: المراد بالنفقة الأجرة على الطلب، وكذلك نفقتهما من وقت وجدانهما إلى حين وصولهما إلى الزوج. انتهى.
ص: وكفت المعاطاة ش: قال في التوضيح في شرح قوله: "الصيغة [وهو] ¹⁵⁸⁹ [كالباع في الإيجاب والقبول]: هذا هو الركن الخامس؛ وهو كالباع في أنه لا بد من الإيجاب والقبول، ولا يشترط أن يكون بصيغة خاصة بل تكفي المعاطاة. [قال ¹⁵⁹⁰ في المدونة. وإن أخذ منها شيئا فانقلبت، [وقالا ¹⁵⁹¹ ذلك بذلك ولم يسميا طلاقا فهو [طلاق الخلع] ¹⁵⁹²]. انتهى. وقال ابن الحاجب: إلا أن يقع معلقا منهما فلا يحتاج إلى القبول ناجزا. قال في التوضيح: قوله منهما أي منه أو منها ولا يريد أنه وقع منهما جميعا. انتهى. قال ابن عبد السلام: قوله فلا يحتاج الخ إشارة منه إلى أن غير المعلق يحتاج إلى القبول ناجزا وهو كذلك كما في عقود [المعاوضة] ¹⁵⁹³ ما لم يعرض منهما عارض كالخيار وشبهه، وتصريح منه بأن المعلق لا يحتاج إلى القبول ناجزا؛ لأنه يشبه تعليق الطلاق، وقاعدة التعليق عدم اشتراط المناجزة، بل الغالب أن التعليق قرينة في إرادة التأخير. انتهى.
ص: وإن علق بالإقباض أو الأداء لم يختص بالمجلس إلا لقرينة ش: قال في إرخاء الستور من المدونة: وإن خالعهما على أن/ تعطيه ألف درهم فأصابها عديمة جاز الخلع واتبعها بالدرهم إلا أن يكون إنما صالحها على أنها إن أعطته [الألف] ¹⁵⁹⁴ تم الصلح فلا يلزمه الصلح إلا بالدفع. انتهى.

ص: وإن ادعى الخلع الخ ش: قال في الجلاب: وإذا أقر الرجل أنه خالعه زوجته على مال وأنكرته لزمه الطلاق، ولم يكن له من المال الذي ادعى عليها شيء، وكان القول في ذلك قولها مع يمينها، إلا أن يذكر أنه اشترط عليها أنها إن دفعت المال إليه فهي طالق وأنكرت ذلك فلا يلزمه طلاق، ولا يكون له مال. انتهى.
ص: فصل طلاق السنة واحدة بطهر لم يمَسَّ فِيهِ بِلَا عِدَةٍ وَإِلَّا فَبِدْعِي ش: خرج بقوله: "بطهر"

- 1584 - علق بضم فكسر متقلا أي الطلاق قاله عليش وظاهر عقب وخش والدردير أنه بالبناء للفاعل.
1585 - والأداء نسخة.
1586 - أعطيتني نسخة.
1587 - أو بالعكس نسخة.
1588 - أعطيتني نسخة.
1589 - في المطبوع وهي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 37 ويم 21 وم 17 والشيخ 39 ومايبي 27.
1590 - في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من التوضيح، ج 4 ص 307.
1591 - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من التهذيب، ج 2 ص 376.
1592 - في المطبوع فهو خلع وما بين المعقوفين من التهذيب، ج 2 ص 676.
1593 - في المطبوع المعارضة والشيخ 39 وما بين المعقوفين من عدود ومايبي 27 وم 17 ويم 21.
1594 - في المطبوع الآن وما بين المعقوفين من التهذيب، ج 2 ص 391.

وَكُرَّةٍ فِي غَيْرِ الْحَيْضِ.

نص خليل

متن الخطاب الصغيرة واليائسة والمستحاضة الغير المميزة فلا طلاق بدعي فيهن، وأما المستحاضة المميزة للدم فطلاقها في الحيض بدعي، ونقل ابن الحاجب القول بأنها كغير المميزة وقبوله ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح قال ابن عرفة: لا أعرفه.

فرع: قال في مختصر الوقار: ويطلق اليائسة والتي لم تبلغ الحيض متى شاء وأفضل ذلك أن يستقبل بها الأهلة، ومن أراد طلاق زوجته وهو غائب كتب إليها إذا أتاك كتابي وأنت طاهر فاعتدي بطلقة فإن وافاها طاهرا فهي طالق، وإن وافاها حائضا فلا شيء عليه. انتهى من طلاق السنة منه. والله أعلم. وقوله: "بلا عدة" نحوه لابن الحاجب فقال في التوضيح: احترز به من أن يطلقها في كل طهر طلقة. انتهى. وعلل ذلك في التوضيح بأنه بمنزلة من طلق ثلاثا دفعة. انتهى. وانظر هل مرادهم بالعدة خصوصية ما ذكر أو مطلق العدة حتى إنه لو كانت آيسة أو صغيرة وطلقها واحدة ثم طلقها بعد ذلك يكون طلاقا بدعيا. قال ابن الحاجب: فلا بدعة في الصغيرة والآيسة والمستحاضة غير المميزة إلا في العدة.

قال ابن عبد السلام لما ذكر الطلاق السني والبدعي أخذ يذكر محال كل واحد منهما فبين أن البدعي لا يمكن دخوله في الصغيرة ولا في اليائسة، ولا يريد بها من جاوزت المحيض أو بلغت السبعين، بل هما مع التي لم تر الحيض في عمرها ومن في معناها، وبالجمله من عدتها بالأشهر ليست من هذا المعنى، ولأجل ذلك شاركها في هذا الحكم المستحاضة غير المميزة لدم الحيض؛ لأن عدتها عام، ولما فقد الحيض في حقهن وفقد بسببه الطهر المقابل له وهو الذي يتقدم الحيض أو يتأخر عنه لا مطلق الطهر انتفى في حقهن سببان من أسباب الطلاق البدعي، ولم يبق من أسبابه إلا سبب واحد وهو الزيادة على الطلقة الواحدة. انتهى. وكذلك/ قال أبو الحسن، وأما غير ذوات الأقراء فإنما يكون بدعة بالنظر إلى العدد. انتهى. ويمكن أن يقال بل المراد مطلق العدة، وما ذكر عن ابن عبد السلام وأبي الحسن لا يردده لأن هذا من الزيادة على الواحدة، ويظهر هذا من قول ابن عبد السلام فانتفى في حقهن سببان، وأما قوله: "لم يبق من أسبابه إلا سبب واحد وهو الزيادة على الواحدة" فإنما اقتصر على ذلك [ولم¹⁵⁹⁵] يقل بقي سببان؛ لأن السبب الرابع راجع إليه كما تقدم عن التوضيح في تعليل ذلك. والله أعلم.

39

ص: وكره في غير الحيض ش: لما ذكر تفسير [الطلاق¹⁵⁹⁶] السني والقيود المتعلقة به، وذكر أنه متى عرا عن قيد منها فهو بدعي أخذ يبين حكم الطلاق الخالي عن أحد تلك القيود فذكر أنه يكره إلا الواقع في الحيض فإنه يمنع. قال القاضي عبد الوهاب: حرام بالإجماع، وظاهر كلام المصنف أن الزائد على الواحدة مكروه، وسواء [كان¹⁵⁹⁷] اثنتين أو ثلاثا، وهو ظاهر إطلاق المقدمات على ما نقله عنه الشارح في الكبير، ونصه: قال في المقدمات: يكره إيقاع ما زاد على الواحدة، وقال اللخمي: إيقاع اثنتين مكروه والثلاث ممنوع. انتهى كلامه. والذي رأيته في المقدمات ما نصه: فصل وكذلك لا

الحديث

1595 - في المطبوع ولو لم يقل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 39 وم 17 وم 21 والشيخ 40.

1596 - في المطبوع الطلاق وما بين المعقوفين من م 17 وم 21 وما يابى 28 والشيخ 41.

1597 - في المطبوع كانت وما بين المعقوفين من م 17 وسيد 7 والشيخ 41 وم 22.

وَلَمْ يُجْبَرْ عَلَى الرَّجْعَةِ كَقَبْلِ الْغُسْلِ مِنْهُ أَوْ التَّيْمُمِ الْجَائِزِ.

متن الخطاب

يجوز عند مالك أن يطلقها ثلاثاً في كلمة واحدة، فإن فعل لزمه. انتهى. وقال في الشامل: وفي منع الثلاث وكراهتها كالاثنتين قولان. انتهى. واقتصر في الباب على القول بالتحريم قال والثلاث حرام، ولفظ المدونة الكراهة. قال في أول طلاق السنة: ويكره أن يطلقها ثلاثاً في مجلس واحد أو في كل طهر طلبة فإن فعل لزمه. انتهى. لكن قال الرجراجي مراده بالكراهة التحريم، وأما أبو الحسن فلم يتعرض لتبيين مراده.

تنبيه: قال أبو الحسن في شرح كلام المدونة المتقدم: صورته أن يقول لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق في مجلس واحد، فإن كان على غير هذه الصفة كما إذا قال لها أنت طالق ثلاثاً في كلمة واحدة فقال عبد الحميد الصائغ ثلاث تطبيقات في كلمة أشد [في الكراهة من أن يطلق ثلاثاً بثلاث لفظات في مجلس واحد، وفي مجلس واحد أشد¹⁵⁹⁸] منه في ثلاث مجالس، وفي ثلاث مجالس أشد منه في ثلاثة أطهار وكلما طلق من ذلك يلزمه. انتهى. وظاهر كلامه أيضاً أنه إذا طلقها في طهر مس فيه فهو مكروه، وصرح بكراهيته في التوضيح، وقال في الشامل: وكره في طهر مس فيه، وقيل يمنع. انتهى. وقال في المقدمات لما تكلم على حكم الحلف بالطلاق قال: ولأنه قد يمنع حنثه به في حال الحيض أو دم النفاس أو في طهر قد مس فيه، وهذه أحوال لا يجوز إيقاع الطلاق فيها. انتهى. فظاهر كلامه هذا أن طلاقه في طهر مس فيه لا يجوز، وظاهر كلامه أيضاً أنه إذا طلق في كل طهر طلبة أنه مكروه [وهو ظاهر¹⁵⁹⁹] لفظ المدونة المتقدم، وقال الرجراجي: والمذهب [المشهور الذي¹⁶⁰⁰] عليه الجمهور أن ذلك لا يجوز. انتهى. وقال في المقدمات في طلاق السنة: فصل ولا يجوز عند مالك أن يطلق عند كل طهر طلبة لأنه عنده طلاق بدعة على غير السنة. انتهى. فتأمله والله أعلم.

ص: ولم يجبر على الرجعة ش: يعني في هذه الوجوه كلها. قال في التوضيح في شرحه: إذا طلق طلاق بدعة لم يجبر إلا في الحيض فقط؛ لأن الجبر على خلاف الأصل. انتهى من شرح قوله: "وإن طلق في الطهر الأول".

ص: كقبول الغسل منه أو التيمم الجائز ش: إنما شبه رحمه الله هذا بما قبله في كونه لا يجبر فيه على الرجعة فقط لا في كون الطلاق قبل الغسل مكروهاً؛ لأن الطلاق حينئذ ممنوع. قال في التوضيح: وفهم من قول المصنف -يعني ابن الحاجب- لم يجبر على الرجعة منع الطلاق بعد الطهر وقبل التطهير وهو صحيح كما ذكرنا عن المدونة، وحكى ابن عبد السلام قولاً بجواز الطلاق إذا رأت القصة قال: وهو الظاهر. انتهى من شرح قوله: فإن طلق في الطهر الأول. وما ذكره عن المدونة هو قولها: ولا يطلق التي رأت القصة البيضاء حتى تغتسل بالماء، فإن فعل لزمه ولم/ يجبر على الرجعة. انتهى. ونقله الرجراجي بلفظ لا يجوز، وحمل الشارح كلام المصنف على أنه شبهه به في الكراهة، وصرح

40

الحديث

1598 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 39 وم 17 والشيخ 41 (وفي يم 22 ومايأبى 28 في الكراهة من أن يطلق ثلاثاً بثلاث لفظات في مجلس واحد أشد).

1599 - في المطبوع وظاهر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 39 وم 18 ويم 22 والشيخ 41 ومايأبى 29.

1600 - في المطبوع المشهور أن الذي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 39 وم 18 ويم 22 والشيخ 41 ومايأبى 29.

وَمُنِعَ فِيهِ وَوَقَعَ وَأُجْبِرَ عَلَى الرَّجْعَةِ وَلَوْ لِمُعَادَةِ الدَّمِ لِمَا يُضَافُ فِيهِ لِلأَوَّلِ عَلَى الْأَرْجَحِ وَالْأَحْسَنُ عَدَمُهُ
لَاخِرِ الْعِدَّةِ وَإِنْ أَبَى هُدِدَ ثُمَّ سُجِنَ ثُمَّ ضُرِبَ بِمَجْلِسٍ وَإِلَّا ارْتَجَعَ الْحَاكِمُ وَجَازَ الْوَطْءَ بِهِ وَالتَّوَارُثُ
وَالْأَحَبُّ أَنْ يُمَسِكَهَا حَتَّى تَطْهَرَ ثُمَّ تَحِيضَ ثُمَّ تَطْهَرَ وَفِي مَنْعِهِ فِي الْحَيْضِ لِنَقْطِ الْوَطْءِ لِأَنَّ فِيهَا
جَوَازَ طَلَاقِ الْحَامِلِ وَغَيْرِ الْمَدْخُولِ بِهَا فِيهِ أَوْ لِكَوْنِهِ تَعَبْدًا.

بذلك في شامله فقال: وكره بين قصة وغسل على الأصح. انتهى.

ص: ومنع فيه ش: أي ومنع الطلاق في الحيض يريد وكذلك في النفاس كما صرح به في أوائل طلاق السنة
من المدونة، وقاله ابن الحاجب وغيره، وما ذكره صاحب اللباب في كتاب الطهارة من أن الحيض يختص
بمنع الطلاق مخالف للمذهب. والله أعلم.

ص: وأجبر ش: أي وأجبر على الرجعة، وإنما حذفه لدلالة قوله أولا: "ولم يجبر على الرجعة" ويعني
أنه يجبر على الرجعة إذا طلق في الحيض يريد أو النفاس، سواء وقع منه الطلاق فيه ابتداء أو كان حلف
به فحنث في الحيض والنفاس، وقاله ابن الحاجب، ويفهم من كلام المصنف أن الجبر مختص بالطلاق
الرجعي وهو الصحيح. قاله في التوضيح وغيره، وسواء كان الرجعي طلاقاً واحدة أو اثنتين. قال ابن عبد
السلام في شرح قول ابن الحاجب: "فإن طلق في الطهر الأول" حكم الاثنتين حكم الواحدة. والله أعلم.

ص: لآخر العدة ش: قال ابن عرفة: وفي جبر من طلق في حيض أو نفاس طلاقاً رجعياً ولو حنث ما لم
تنقض العدة أو ما لم تطهر من الحيضة الثانية قولان لها مع ابن الماجشون ولأشهب مع ابن شعبان.
انتهى. وما عزاه للمدونة هو في أوائل كتاب طلاق السنة، وفي المقدمات: ومن حلف بالطلاق فحنث وامرأته
حائض أو في دم نفاسها فإنه يجبر على الرجعة؛ كما يجبر المطلق في الحيض والمطلق في الحيض يجبر ما
لم تنقض العدة في مذهب مالك وجميع أصحابه خلافاً لأشهب. انتهى.

ص: وجاز الوطء به ش: قال في التوضيح: هذا هو الأصح وهو قول أبي عمران، وقاسه على المتزوج هازلاً
لأنه يلزمه النكاح وله الوطء. قال في المقدمات: وهو الصحيح قياساً على من يجبر على النكاح من أب أو
وصي أو سيد فيجوز للزوج الوطء وإن غلب على النكاح. انتهى. وقال ابن عرفة: وسمع عيسى ابن القاسم
[لن¹⁶⁰] أمر بالرجعة من طلاق الحيض فراجع مريداً طلاقها وطؤها. ابن رشد: هو المأمور به ولو
ارتجعها كذلك ولم يصبها كان مضراً آثماً. انتهى. وقال في المقدمات: ولا يجوز له أن يراجع ليطلق، وإنما
يجوز له أن يراجع ليوطأ. انتهى.

ص: والأحب أن يمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ش: فلو أنه لما أجبر على الرجعة في
الحيض طلقها في الطهر الأول الذي يلي الحيض الذي راجع فيه لم يجبر على الرجعة. ابن القاسم: وبئس
ما صنع، بخلاف ما لو لم يجبر على الرجعة حتى طهرت ثم طلقها ثانية فإنه يجبر على الرجعة. قاله
ابن عرفة وابن عبد السلام.

ص: لأن فيها جواز طلاق الحامل ش: وهو أحد القولين، والقولان أيضاً في تطليقها في دم وضعها

نص خليل

لِمَنْعِ الْخُلْعِ وَعَدَمِ الْجَوَازِ وَإِنْ رَضِيَتْ وَجَبَرَهُ عَلَى الرَّجْعَةِ وَإِنْ لَمْ تَقُمْ خِلَافٌ وَصُدِّقَتْ أَنَّهَا حَائِضٌ
[وَرُجِحَ¹⁶⁰² س] إِدْخَالُ خِرْقَةٍ وَيَنْظُرُهَا النِّسَاءُ إِلَّا أَنْ يَتَرَفَعَا طَاهِرًا فَقَوْلُهُ وَعُجِّلَ فَسُخِ الْفَاسِدُ فِي
الْحَيْضِ وَالطَّلَاقُ عَلَى الْمُؤَلِّيِ وَأَجْبَرَ عَلَى الرَّجْعَةِ لَا لِعَيْبٍ وَمَا لِلْمُؤَلِّيِ فَسْخُهُ أَوْ لِعُسْرِهِ بِالنَّفَقَةِ كَاللَّعَانِ
وَتُجْزَتِ الثَّلَاثُ فِي شَرِّ الطَّلَاقِ وَنَحْوِهِ.

متن الخطاب

41 ولدا وفي بطنها آخر. قاله ابن عرفة، وفي التوضيح نحوه.

ص: لمنع الخلع ش: هذا هو المشهور، ومقابله جواز الخلع في الحيض، وصدر به ابن الجلاب وعطف عليه المشهور بقليل.

ص: والطلاق على المؤلي ش: ما ذكره هنا هو قول ابن القاسم وروايته عن مالك في آخر كتاب اللعان، وصرح ابن عرفة وغيره بأنه المشهور، وما قاله المصنف هنا يخالف ما يأتي له في باب الإيلاء في قوله: "إن لم يمتنع وطؤها" وسيأتي الكلام على ذلك إن شاء الله مستوفى في محله، وفي ذلك الباب ذكر ابن عرفة أنه المشهور، واعترض على ابن الحاجب وابن شاس. والله أعلم.

ص: لا لعيب وما [للمؤلي¹⁶⁰³] فسخه أو لعسره بالنفقة كاللعان ش: قال في آخر كتاب اللعان من المدونة: ومن قذف زوجته أو انتفى من حملها وهي حائض أو في دم نفاسها فلا يتلاعنا حتى تطهر، وكذا إن حل أجل التلوم في المعسر بالنفقة أو العنين وغيره والمرأة حائض فلا تطلق عليه حتى تطهر إلا المؤلي، فإنه إذا حل الأجل وهي حائض فلم يفيء طلق عليه، وروى أشهب عن مالك أنها لا تطلق عليه حتى تطهر. انتهى.

وقال في المقدمات في طلاق السنة: ولا يطلق السلطان على من به جنون أو جذام أو برص أو عنة أو عجز عن النفقة وما أشبه ذلك مما يحكم فيه بالفراق في الحيض ولا في دم النفاس، وكذلك لا يلاعن بين الزوجين في الحيض ولا في النفاس، فإن فعل فقد أخطأ ولا يجبر في شيء من ذلك على الرجعة لأنه طلاق بائن إلا في الذي يطلق عليه لعدم الإنفاق فإنه يجبر على الرجعة إن أيسر في العدة، هذا الذي يلزم على أصولهم ولا أعرفه فيها رواية، وأما المؤلي فاختلف قول مالك هل يطلق عليه في الحيض أو لا؟ على قولين، فإذا طلق عليه في الحيض على أحد قوليه فإنه يجبر على الرجعة تطلق عليه بالقرآن ويجبر على الرجعة بالسنة، وذهب أبو إسحاق التونسي إلى أن تطليق الإمام على المجنون والمجذوم والمبروص إنما هي طلبة رجعية وأن الموارثة بينهما قائمة ما دامت العدة لم تنقض ولو صحوا في العدة من أدوائهم لكانت لهم الرجعة، وهو خلاف المعلوم من المذهب أن كل طلاق يحكم به الإمام فهو بائن إلا المؤلي والمطلق عليه لعدم النفقة، فعلى قوله لو أخطأ الإمام فطلق على أحدهم في الحيض لجبر على الرجعة إن صح من دائه، وأما العنين فلا اختلاف أن تطليق الإمام عليه تطليقة بائنة لأنه طلاق قبل الدخول لتقاررها على عدم المسيس.

الحديث

¹⁶⁰² س - قوله ورجح بضم فكسر متقلا قاله عليش وظاهر الدردير والميسر أنه بالبناء للفاعل وبكل منهما شكل في نسخة قلمية عتيقة.

¹⁶⁰³ - في المطبوع المؤلي وما بين المعقوفين من م 18 وما يابى 30 وسيد 8 ويم 23.

نص خليل وفي طالق ثلاثاً للسنة إن [دَخَلَ بِهَا وَلَا¹⁶⁰⁴ س] فَوَاحِدَةً كَخَيْرِهِ أَوْ وَاحِدَةً عَظِيمَةً أَوْ قَبِيحَةً أَوْ كَالْقَصْرِ وَثَلَاثَ لِلْبِدْعَةِ أَوْ بَعْضُهُنَّ لِلْبِدْعَةِ وَبَعْضُهُنَّ لِلْسُنَّةِ فَثَلَاثٌ فِيهِمَا.

متن الخطاب ثم قال: فصل وأما كل نكاح يفسخ بعد البناء لفساده وإن فسخ بطلاق فإنه [يفسخ¹⁶⁰⁵ متى¹⁶⁰⁶ عشر¹⁶⁰⁷] عليه، وإن كان ذلك في الحيض أو دم النفاس بخلاف ما كان في فسخه وإجازته خيار لأحد، وكذلك الأمة تعتق تحت العبد لا تختار في الحيض، فإن فعلت لم تجبر على الرجعة لأنها طلقة بائنة، وقد روى عيسى عن ابن القاسم ما يدل على أنها رجعية، وهي رواية ابن نافع عن مالك

فعلى هذا يجبر على الرجعة إذا عتق/ في العدة ولا يملك أحد زوجته في الحيض، فإن فعل فلا تختار فيه وذلك بيدها حتى تطهر من حيضتها وإن انقضى المجلس، ولا يدخل في ذلك اختلاف قول مالك في مراعاة المجلس، وإن سبقت إلى الخيار في الحيض جبر زوجها على الرجعة فيما دون الثلاث. انتهى. وقال للخمي في طلاق السنة: قال محمد ولا تطلق على المجنون والمجنون والعنينة ومن عدم النفقة في الحيض والنفاس.

قال الشيخ: وأرى إن أخطأ الحاكم وطلق حينئذ لم يلزم الطلاق بخلاف طلاق الزوج بنفسه؛ لأن القاضي في هذا كالوكيل على صفة ففعل غير ما وكل عليه، ولأنه لو أجاز فعله لجبر الزوج على الرجعة ثم يطلق عليه أخرى إذا ظهرت فيلزمه طلقتان، وفي هذا ضرر إلا العنينة فإنه يمضي عليه الطلاق لأن الطلقة بائنة. انتهى. ثم ذكر الخلاف في المولي وفسخ الفاسد وما فيه خيار كما ذكره ابن رشد، وما ذكره ابن رشد هو الظاهر لأن المذهب أن فعل الوكيل كفعل الموكل، ولما ذكر في التوضيح كلام اللخمي المتقدم في شرح قول ابن الحاجب في طلاق السنة: "والقول قولها إنها حائض" قال: وكلام اللخمي يقتضي أن الطلاق الذي يوقعه على المجنون والمجنون رجعي، وهو قول التونسي وهو خلاف أصل المذهب ففي المقدمات ذهب التونسي، ثم ذكر من كلام المقدمات المتقدم إلى قوله: "وأما العنينة"

واقتصر الشارح في شامله هنا على كلام اللخمي فقال: لا لعيب وعسر بنفقة وما [للمولي¹⁶⁰⁸ فسخه. اللخمي: وإن أوقعه الحاكم خطأ لم يقع إلا في العنينة. انتهى. مع أنه نقل في شرحه الكبير كلام ابن رشد المتقدم وأنه يقع بائناً ولا يجبر على الرجعة، وكذلك ابن عرفة، ولم يذكر هنا إلا كلام اللخمي مع أنه قال في فصل الخيار للعيب: وطلاق العيب واحدة بائنة ولو كان بعد البناء حيث تصور، ثم ذكر كلام ابن رشد، وعزاه له في البيان في سماع ابن القاسم.

ص: وفي طالق ثلاثاً للسنة إن دخل بها وإلا فواحدة ش: قال في طلاق السنة من المدونة: ولو قال لها أنت طالق ثلاثاً للسنة وقعن [ساعتئذ¹⁶⁰⁹] كانت طاهراً أو حائضاً [وبانت¹⁶¹⁰] منه. انتهى. قال

الحديث

1604 س - دخل وإلا نسخة.

1605 * - في المطبوع وم 18 وسيد 8 ومايبي 30 ويم 23 والشيخ 43 يفسخ عليه وما بين المعقوفين من المقدمات ج 1 ص 507.

1606 - ساقطة من المطبوع والشيخ 43 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 39 وم 18 ويم 23 ومايبي 30.

1607 * - في المطبوع ما عثر وما بين المعقوفين من المقدمات ص 507.

1608 * - في المطبوع ويم 23 للمولى وما بين المعقوفين من م 19 ومايبي 31 وسيد 8 والشيخ 44.

1609 * - في المطبوع ساعة إذ وما بين المعقوفين من م 19 وسيد 8 والشيخ 44 ويم 23 ومايبي 31.

1610 * - في المطبوع أو بانة وما بين المعقوفين من م 19 والشيخ 44 ويم 23 ومايبي 31 وسيد 8.

فصل وَرُكْنُهُ أَهْلٌ وَقَصْدٌ وَمَحَلٌ وَلَفْظٌ وَإِنَّمَا يَصِحُّ طَلَاقُ الْمُسْلِمِ الْمُكَلَّفِ وَلَوْ سَكِرَ حَرَامًا.

متن الخطاب

الوانوغي في حاشيته: ما يعطيه هذا الكلام من التنافي يزيله من توغل في قواعد المذهب. قال المشذلي: ظهور التنافي بين الطلاق ثلاثا أو في الحيض وكونه سنيا [يدفعه¹⁶¹¹] أن القاعدة إذا علق على محقق الوقوع أو غالبه وجب تنجيذه فكأنه هنا علقه على طهرها فوجب تنجيذه عليه في المسألتين. انتهى. وما قاله المشذلي لا يزيل الإشكال فيما يظهر لمن هو قصير الباع في قواعد المذهب مثلي؛ لأن من طلق في كل طهر طلقة فليس هو من طلاق السنة على المشهور إلا أن يقال ألزمه الطلاق مراعاة لقول أشهب وغيره إن الطلاق الواقع على الصفة المذكورة طلاق سنة فيمكن ذلك فتأمل. والله أعلم.

فرع: وكذا تلزمه طلقة واحدة ويجبر على الرجعة إذا قال أنت طالق للسنة ولم يقل ثلاثا. قاله في طلاق السنة من المدونة، ونقله ابن الحاجب وغيره.

فرع: إذا قال أنت طالق إذا حضت الأولى وأنت طالق إذا حضت الثالثة وأنت طالق إذا حضت الخامسة لا يقع عليه إلا طلقة؛ لأن ما زاد عليها لا يقع إلا بعد العدة، ولو طلقها واحدة، ثم قال أنت طالق كلما حضت وقعت الثلاث، ولو قال أنت طالق إذا حضت ثانية بعد أولى فأنت طالق وإذا حضت ثالثة فأنت طالق لزمه طلقتان الأولى وطلقة عجلت عليه ابن أبي زيد ووقعت الثالثة بعد انقضاء العدة بدخولها في الحيضة الثالثة. /

43

ص: فصل: وركنه أهل ومحل وقصد ولفظ ش: تبع رحمه الله ابن الحاجب وابن شاس في عد هذه أركاناً للطلاق، ورده ابن عرفة بأنها خارجة عن حقيقته وكل خارج عن حقيقة الشيء غير ركن له وجعل هو الأهل والمحل شرطين والقصد مع اللفظ أو ما يقوم مقامه سببين، ونصه: وشرط الطلاق أهل ومحل والقصد مع لفظ أو ما يقوم مقامه من فعل أو إشارة سبب. انتهى.

ص: وإنما يصح طلاق المسلم المكلف ش: خرج بالمسلم الكافر، ومراده هنا إذا لم يتحاكموا إلينا، أما إن تحاكموا ففيه أربع تأويلات قدمها المصنف، ودخل في غير المكلف فاقد العقل. قال ابن عرفة: طلاق فاقد العقل ولو بنوم لغو. انتهى. قال اللخمي: والمعتوه كالمجنون. انتهى.

فرع: ولو طلق المريض وقد ذهب عقله من المرض فأنكر ذلك، وقال لم أعقل حلف ولا شيء عليه. قاله مالك في الموازية وكذلك نقله عنه في العتبية إلا أنه قال ثم صح فأنكر وزعم أنه لم يكن يعقل. قاله في التوضيح. وقال ابن عرفة: ابن رشد: إنما ذلك إن شهد العدول أنه يهذي ويختل عقله وإن شهدوا أنه لم يستنكر منه شيء في صحة عقله فلا يقبل قوله ولزمه الطلاق. قاله ابن القاسم في العشرة انتهى. هكذا نقل ابن عرفة تقييد ابن رشد، وأما الباجي فأبقاه على إطلاقه. قاله ابن عرفة، وهذا الفرع غير الفرع الذي يأتي في كلام المصنف.

ص: ولو سكر حراما ش: قال في التوضيح: وتحصيل القول في السكران أن المشهور تلزمه الجنائيات والعقود والطلاق والحدود ولا تلزمه الإقرارات والعقود. قال في البيان: وهو قول مالك وعامة أصحابه

الحديث

نص خليل [وَهَلْ إِلَّا أَنْ لَا يُمَيِّزُ¹⁶¹² س] أَوْ مُطْلَقًا تَرَدُّدُ وَطَلَّاقُ الْفُضُولِيِّ كَبَيْعِهِ.

متن الخطاب وأظهر الأقوال. ثم قال: وعلى المشهور من عدم إلزامه بالنكاح فقال في البيان: اختلف إن قالت البينة إنها رأت منه اختلاطا ولم تثبت الشهادة بسكره على قولين: أحدهما وهو المشهور أنه يحلف ولا يلزمه النكاح، والثاني أنه لا يصدق ولا يمكن من اليمين ويلزمه النكاح. ثم قال: وحمل في البيان قول مالك لا أرى نكاح السكران جائزا، وقول سحنون لا يجوز بيعه ونكاحه وهبته وصدقته على معنى أنه لا يلزمه ذلك وله أن يرجع عنه. قال: ولا يقال في شيء من ذلك على مذهب مالك أنه غير منعقد وإنما يقال غير لازم، وكلام ابن شعبان يدل على أن عقوده غير منعقدة لأنه جعل بيعه من الغرر. ثم قال: إذا أوصى السكران بوصية فيها عتق ووصايا لقوم وإذا أبت عتق عبده في مرضه فقال صاحب البيان الصحيح على مذهب مالك إن مات من مرضه ذلك نفذ العتق وغيره من الثلث على معنى الوصية، وإن صح من مرضه نفذ عليه العتق ولزمه، وكان له الرجوع فيما بتله من الهبة والصدقة من أجل السكر. انتهى. هذا زبدة كلامه في التوضيح. وهنا قال فيه: واعلم أن اصطلاحه في الجواهر إذا أراد الباجي [قال¹⁶¹³] قال القاضي أبو الوليد، وإذا أراد ابن رشد قال قال الشيخ أبو الوليد. قال: وقد التبس هذا على المصنف -يعني ابن الحاجب- فنسب للباجي ما لابن رشد، وذلك في سبعة مواضع هنا وفي القراض وفي المزارعة وفي الوقف وخامسها في الأقضية وسادسها في الشهادات وسابعها قوله بإثر هذه [المواضع¹⁶¹⁴]. انتهى بالمعنى. والله أعلم.

ص: وهل إلا أن لا¹⁶¹⁵ يميز أو مطلقا تردد ش: الكلام بإثبات لا ظاهر والتردد يشير به لخلاف. ابن رشد والمازري واللمخي، وأما على إسقاط لا فيشكل الكلام؛ لأنه يصير الاستثناء من مقابل المشهور المفهوم من لو، ويشير حينئذ بالتردد لخلاف ابن بشير والمازري واللمخي. والله أعلم. ص: وطلاق الفضولي كبيعه ش: قال البساطي: وتكون العدة من يوم إجازة الزوج، فلو أمضى الطلاق وكانت حاملا ثم ولدت خرجت من العدة، ولو وضعت ثم أمضى استأنفت. انتهى بالمعنى. تنبيهان: الأول: سيأتي في البيوع عن القرافي في بيع الفضولي أن ظاهر كلام عياض عدم جواز الإقدام عليه، وظاهر/ كلام صاحب الطراز الجواز، فانظر على قولهم إن طلاق الفضولي كبيعه هل حكم الطلاق حكم البيع في جواز الإقدام عليه وعدم جواز الإقدام أم لا؟. والله أعلم. الثاني: قال في المسألة السابعة في رسم حمل صبيا من سماع عيسى من الأيمان بالطلاق في الذي يقول لغارمه عليك الطلاق أو امرأتك طالق لتدفعن إلي حقي غدا، فيقول نعم، فيحنثه فيقول أردت واحدة، ويقول صاحب الحق ثلاثا: القول قول صاحب الحق، وفي سماع عبد الملك أن القول قول الغريم. قال ابن رشد: هذان القولان على اختلافهم في اليمين هل هي على نية الحالف أو المحلوف له؟. انتهى. فعلم من هذا أنه لو طلق عليه غير غريمه لكان القول قول الزوج بلا خلاف. والله أعلم.

44

الحديث

¹⁶¹² س - وهل إلا أن يميز نسخة. وهل إن ميز نسخة.

¹⁶¹³ - ساقطة من المطبوع ويم 24 والشيخ 45 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 43 وم 19 وما يابى 32.

¹⁶¹⁴ * - في التوضيح ص 209، بإثر هذا الموضع قال الباجي ولا ينبغي أن يختلف فيها.

¹⁶¹⁵ - في المطبوع إلا أن يميز وما بين المعقوفين من يم 24 وسيد 8 وما يابى 32 والشيخ 45.

نص خليل

وَلَزِمَ وَلَوْ [هَزَلَ¹⁶¹⁶] لَا إِنْ سَبَقَ لِسَانُهُ فِي الْفَتْوَى أَوْ لَقِنَ بِلَا فَهْمٍ أَوْ هَذَى لِمَرَضٍ أَوْ قَالَ لِمَنْ اسْمُهَا طَالِقٌ يَا طَالِقُ وَقَبِلَ مِنْهُ فِي طَارِقٍ [التَّفَاتُ¹⁶¹⁷] لِسَانِهِ أَوْ قَالَ يَا حَفْصَةُ فَأَجَابَتْهُ عَمْرَةً فَطَلَّقَهَا فَالْمَدْعُوَّةُ وَطَلَّقَتْ مَعَ الْبَيِّنَةِ أَوْ أَكْرَهَ وَلَوْ بِكَتْقُومٍ جُزْءِ الْعَبْدِ أَوْ فِي فِعْلٍ إِلَّا أَنْ يَتْرُكَ التَّوْرِيَةَ مَعَ مَعْرِفَتِهَا بِخَوْفٍ مُؤَلِّمٍ مِّنْ قَتْلِ أَوْ ضَرْبٍ أَوْ سَجْنٍ أَوْ قَيْدٍ أَوْ صَفْعٍ لِذِي مُرُوءَةٍ بِمَالٍ أَوْ قَتْلٍ وَلَدِهِ أَوْ لِمَالِهِ وَهَلْ إِنْ كَثُرَ تَرَدُّدٌ لَا أَجْنَبِيٍّ وَأَمَرَ بِالْحَلْفِ لِيَسْلَمَ وَكَذَا الْعِتْقُ وَالنِّكَاحُ وَالْإِقْرَارُ وَالْيَمِينُ وَنَحْوُهُ.

متن الخطاب

ص: ولزم ولو هزلا ش: قال ابن عرفة: وهزل إيقاع الطلاق لازم اتفاقا وهزل إطلاق لفظه عليه المعروف لزومه. الشيخ: في الموازية عن ابن القاسم من قال لامرأته قد وليتك أمرك إن شاء الله، فقالت فارقتك إن شاء الله وهما لاعبان لا يريدان طلاقا لا شيء عليهما وتحلف، وإن أراد الطلاق على اللعب لزمه. انتهى. ويلحق بالطلاق النكاح والعتق والرجعة، والمشهور للزوم. قاله ابن عبد السلام. قال: ومن فروع هذا الباب إذا قال زوجني وليتك فقال زوجته من فلان، وتقدم الكلام على ذلك في أول باب النكاح. والله أعلم.

ص: لا إن سبق لسانه في الفتوى ش: قال ابن عرفة: سبق لسانه لغو إن ثبت، وإلا ففي الفتيا فقط. انتهى.

ص: أو لقن بلا فهم ش: أما لو فهم العجمية وطلق بها لزمه. قال في المدونة: ومن طلق بالعجمية لزمه إن شهد بذلك عدلان يعرفان العجمية. قال ابن ناجي: قال أبو إبراهيم يؤخذ منها أن الترجمان لا يكون أقل من عدلين. انتهى.

ص: أو قال لمن اسمها طالق يا طالق ش:

ويقبل/ قوله في الفتيا والحكم. قاله ابن عبد السلام وابن فرحون. والله أعلم.

ص: أو في فعل ش: يعني إذا حلف لا يفعل فعلا فأكرهه على فعله فلا حنث عليه. قال القرافي في الفرق الثاني والثلاثين/ بعد المائة: فإذا زال الإكراه ففعله مرة أخرى بعد الإكراه حنث، ولو أكرهه على ابتداء الفعل وأمكنه تركه فتمادي عليه حنث بالتمادي. انتهى. وقاله غيره.

فرع: قال ابن عرفة في كتاب الأيمان قبل الكلام على الكفارة: وفي حنث من حلف لا فعل غيره كذا ففعله مكرها نقل المجموعة عن رواية ابن نافع في لا خرجت زوجته، وعن سحنون من قال لامرأته أنت طالق إن دخلت [هذه¹⁶¹⁸] الدار فأكرهها غيره على دخولها لم يحنث، ولو أكرهها هو خفت أنه رضي بالحنث، وفي كون المعتبر في حصوله غلبة الظن به أو اليقين الذي لا يشك فيه نقل ابن محرز عن المذهب وسماع عيسى ابن القاسم مع الشيخ عن محمد. انتهى.

مسألة: قال البرزلي في مسائل الأيمان في أوائله بنحو الكراس: [ولو¹⁶¹⁹] حلف لزوجه على عدم

الحديث

¹⁶¹⁶ ش - هزل من باب ضرب كما اقتصر عليه المصباح والمختار وحكى عن كل الناس إلا أن أبا الجراح العقيلي قال هزل يهزل كما في اللسان وإن كان في ق ذكر أنه كضرب وفرح كأنهما سواء وليس كذلك.

¹⁶¹⁷ ش - التفاف لسانه نسخة.

¹⁶¹⁸ - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 20 وسيد 8 وم 25 ومايaby 33 والشيخ 46.

¹⁶¹⁹ - في المطبوع لو والشيخ 46 وم 20 ومايaby 33 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 46 وم 25.

وَأَمَّا الْكُفْرُ وَسَبُّهُ [عَلَيْهِ السَّلَامُ] ¹⁶²⁰ نَسِ [وَقَذَفُ الْمُسْلِمِ فَإِنَّمَا يَجُوزُ لِلْقَتْلِ كَالْمَرْأَةِ لَا تَجِدُ مَا يَسُدُّ رَمَقَهَا إِلَّا لِمَنْ يَزْنِي بِهَا وَصَبْرُهُ أَجْمَلُ لَا قَتْلُ الْمُسْلِمِ وَقَطْعُهُ وَأَنْ يَزْنِي وَفِي لُزُومِ طَاعَةٍ أَكْرَهَ عَلَيْهَا قَوْلَانِ.

متن الخطاب الخروج فخرجت قاصدة لحنثه فالشهور أنه يحنث، وحكى ابن رشد عن أشهب أنه لا يحنث معاملة لها بنقيض المقصود، ومال إليه بعض أصحابنا لكثرت من النسوة في هذا الوقت. انتهى. ص: وأما الكفر وسبه عليه السلام وقذف المسلم فإنما يجوز للقتل ش: قال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: ويلحق بقذف المسلم سب أصحابه عليه الصلاة والسلام. انتهى. ص: لا قتل المسلم وقطعه وأن يزني ش: قال في آخر معين الحكام: ومن هدد بقتل أو غيره على أن يقتل رجلاً أو يقطع يده أو يأخذ ماله أو يزني [بامرأة] ¹⁶²¹ أو يبيع متاع رجل فلا يسعه ذلك وإن علم أنه إن عصى وقع ذلك به، فإن فعل فعله القود وغرم ما أتلف، ويحد إن زنى ويضرب إن ضرب ويأثم. انتهى. وقال ابن فرحون في تبصرته في الفصل الخامس من القسم الثالث: ومن أكره على قتل ولده أو أخيه والقاتل وارثه [فإن ذلك] ¹⁶²² يمنع الإرث ولا يدفع عنه القود. تنبيهه: قال عبد الملك: قالوا وكذلك لو استكره على أن يزني وحمل السيف على رأسه أقيم عليه الحد ووجب عليه الإثم، وليس هذا من الإكراه الموضوع عن صاحبه، وإنما الموضوع عن صاحبه إثم ما ركب بالاستكره في الأيمان والطلاق والبيع والإفطار في رمضان وشرب الخمر وترك الصلاة وأشباه هذا مما هو لله تعالى. اهـ. وقال في التوضيح: الصحيح جواز شرب الخمر وأكل الخنزير إذا أكره عليه. اهـ.

فرع: قال في معين الحكام إثر كلامه السابق: من أكره على قطع يد رجل فأذن له في ذلك المقطوعة يده طائعا لم يسعه أن يفعل، فإن فعل أثم ولا قصاص عليه ولا دية ولا على من أكرهه، ولو أذن صاحب اليد مكرها بوعيد أثم القاطع وعليه الأدب والحبس. ثم قال: مسألة من أكره على قتل رجل فأذن [الرجل] ¹⁶²³ في قتل نفسه ففعل المكره فهو أثم، ولورثة القتل القصاص، وليس على من أكره إلا الأدب، ووقع لابن عبد الحكم خلاف هذا وأنه لا قود في النفس ولا في الأطراف. انتهى باختصار يسير. والله أعلم.

ص: وفي لزوم طاعة أكره عليها قولان ش: اعلم أن الإكراه على اليمين تارة يكون على أن لا يفعل في المستقبل، / أو على أن يفعل في المستقبل أيضا فهذا قال فيه في التوضيح: إن كان على معصية أو ما ليس بطاعة ولا معصية فلا تلزم اليمين، وإن كان على طاعة ففيه قولان، مثال ما هو على معصية أن يحلفه الظالم بالطلاق مثلا أن لا يصلي وأن يشرب الخمر فيصلي ولا يشرب الخمر فلا يحنث، ومثال ما ليس بطاعة ولا معصية أن يحلفه مثلا أن لا يدخل السوق أو أن يدخل السوق فيدخل أو لا يدخل فلا يحنث أيضا، ومثال ما هو طاعة مثل أن يحلفه أن لا يشرب الخمر أو أن يصلي فيشرب الخمر ولا يصلي ففي الحنث قولان، وتارة يكون الإكراه على أن يحلف أنه ما فعل في الماضي أو أنه فعل، وهذا أيضا يكون على معصية، ويكون على ما ليس بطاعة ولا معصية، ويكون على طاعة؛ مثال الأول

¹⁶²⁰ ن - عليه الصلاة والسلام نسخة.

¹⁶²¹ * - في المطبوع وسيد بامراته وما بين المعقوفين من م20 والشيخ 47 وما يابى 33 وسيد 25.

¹⁶²² * - في المطبوع فإن فعل ذلك وما بين المعقوفين من م20 وما يابى 33 وسيد 25 وسيد 9.

¹⁶²³ * - في المطبوع لرجل وما بين المعقوفين من م20 وسيد 9 وسيد 25 وما يابى 33 والشيخ 47.

—أعني ما هو على معصية— مثل أن يحلفه بالطلاق أنك ما صليت اليوم وإلا قتلتك، ويكون المحلف بكسر اللام أمره بعدم الصلاة، أو أنك ظلمت فلانا ويكون المحلف أمر الحالف بظلم فلان ويكون الحالف لم يظلم فلانا ويكون صلى فهذا إذا تحقق الإكراه لا كلام أنه لا يلزمه شيء، ومثال الثاني — أعني ما ليس بطاعة ولا معصية— أن يحلفه على أنه ما دخل السوق، أو أنه دخل ويكون الحالف خالف في الوجهين فالظاهر أيضا لا تلزمه اليمين؛ لأنه إذا كان إذا أكره على اليمين على أن لا يفعل أو يفعل في المستقبل ما ليس بطاعة ولا معصية لا حنث عليه، فأحرى أنه لا حنث عليه إذا أكره على أن يحلف أنه ما فعل أو فعل ما ليس بطاعة ولا معصية؛ لأنه في الأول إنما أكره على اليمين فقط، وأما الحنث فإنما فعله هو باختياره، فهو أدخل الحنث على نفسه، وهنا أكره على أن يحلف بيمين هو كاذب فيها. والله أعلم.

ومثال الثالث —أعني ما هو على طاعة— مثل أن يحلفه أنه صلى، أو أنه ما ظلم فلانا، أو أنه ما اغتاب فلانا ويكون الحالف صلى أو يكون ظلم أو اغتاب فالظاهر أنه يدخل فيه الخلاف الذي فيما إذا حلف على أن لا يفعل في المستقبل أو يفعل في المستقبل كما تقدم؛ لأنه إذا اختلف في هذا وهو الذي أدخل الحنث على نفسه وإنما أكره على اليمين فقط فأحرى أن لا يحنث في مثالنا؛ لأنه لم يعتمد الحنث، وإنما أكره على أن يحلف يميناً هو فيها حانث كما تقدم في المثال الثاني. والله أعلم. هذا من جهة البحث، وأما النقل فالذي رأيته يدل على ما تقدم [ما¹⁶²⁴] قاله في كتاب الأيمان من النواذر، ونصه: ومن كتاب ابن المواز قال مالك: من حلف على خوف من العذاب واليمين على حق وقد كذب في يمينه فهو حانث، ولا ينفعه التقية ها هنا.

قال ابن المواز: كأنه غضب شيئا أو فعل أمرا وحلف ما فعله. قال مالك فيمن طولب ليقول ظلما فخبأه رجل عنده فأحلف بالطلاق ما هو عنده قال: قد أجز وطلقت عليه امرأته، وقال أشهب لا شيء عليه، والمكره على اليمين لا تلزمه، وكذلك المكره على الحنث يريد أشهب: إن خاف إن لم يحلف عذب بضرب أو سجن. انتهى. فقول أشهب يحتمل أن يكون خلافا في الثانية فقط [أو فيها وفي الأولى¹⁶²⁵] وكونه فيها وفي الأولى أولى لنقل البرزلي عن السيوري عدم اللزوم، ونصه على ما ذكره البرزلي في مختصره: وسئل السيوري عن قال له رجل شرير تكلمت في فلان فأنكر فحلفه بالطلاق أنه لم يفعل ذلك فحلف وقال قد خفت وقد قلت بعض القول، وجاء مستفتيا وكانت يمينه بالثلاث فما الحكم؟ فأجاب إن كان يخاف ممن ذكرت خوفا لا يشك فيه ويثبت له أنه يخاف العقوبة البينة في ذلك فلا يحنث إذا دفع عن نفسه تلك العقوبة. انتهى من مسائل الطلاق. فهذان القولان يدلان على جريان الخلاف في المسألة [هذا¹⁶²⁶] في الإكراه على اليمين، وأما الإكراه على الحنث فلا يتصور إلا إذا كانت اليمين على مستقبل، والمشهور حينئذ أنها إن كانت على بر فلا حنث، وإن كانت على حنث فالحنث. والله أعلم. بالصواب، وإليه المرجع والمآب.

¹⁶²⁴ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 47 وم 20 ويم 26 والشيخ 48 وما يابى 34.

¹⁶²⁵ - في المطبوع وفيها أو في الأولى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 47 وم 20 والشيخ 48 وما يابى 34. (وفي

يم 26 وفيهما ففي الأولى)

¹⁶²⁶ - في المطبوع والشيخ هنا وما بين المعقوفين من يم 26 وسيد 9 وفي م 20 هـ.

كَإِجَازَتِهِ كَالطَّلَاقِ طَائِعًا وَالْأَحْسَنُ الْمُضِيُّ وَمَحَلُّهُ مَا مَلَكَ قَبْلَهُ وَإِنْ تَعْلِيْقًا كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ هِيَ طَالِقٌ عِنْدَ خِطْبَتِهَا أَوْ
 إِنْ دَخَلَتْ وَتَوَى بَعْدَ نِكَاحِهَا وَتَطَلَّقَ عَقِبَهُ وَعَلَيْهِ النِّصْفُ إِلَّا بَعْدَ ثَلَاثٍ عَلَى الْأَصُوبِ وَلَوْ دَخَلَ فَالْمُسَمَّى فَقَطَّ
 كَوَاطِيٍّ بَعْدَ حِنْثِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ¹⁶²⁷ [نص] كَانَ أَبْقَى كَثِيرًا بِذِكْرِ جِنْسٍ أَوْ بَلَدٍ أَوْ زَمَانٍ يَبْلُغُهُ عُمُرُهُ ظَاهِرًا لَا فِيمَنْ تَحْتَهُ إِلَّا
 إِذَا تَزَوَّجَهَا وَلَهُ نِكَاحُهَا وَنِكَاحُ الْإِمَاءِ فِي كُلِّ حُرَّةٍ وَلَزِمَ فِي الْمِصْرِيَّةِ [فِيمَنْ¹⁶²⁸ نص] أَبُوهَا كَذَلِكَ وَالطَّارِئَةُ إِنْ تَخَلَّقَتْ
 بِخُلُقِهِنَّ وَفِي مِصْرٍ يَلْزَمُ فِي عَمَلِهَا إِنْ تَوَى وَالْأَوَّلُ فَلِمَحَلٍّ لُزُومِ الْجُمُعَةِ وَلَهُ الْمُوَاعَدَةُ بِهَا لَا إِنْ عَمَّ النِّسَاءُ أَوْ أَبْقَى قَلِيلًا
 كَكُلِّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا إِلَّا تَفْوِيضًا أَوْ مِنْ قَرِيْبَةٍ صَغِيرَةٍ أَوْ حَتَّى أَنْظَرَهَا فَعَمِيٍّ أَوْ الْأَبْكَارَ بَعْدَ كُلِّ ثِيْبٍ أَوْ بِالْعَكْسِ أَوْ
 خَشِيٍّ فِي الْمُؤَجَّلِ الْعَنْتِ وَتَعَدَّرَ النَّسْرِيَّ أَوْ آخَرَ امْرَأَةٍ وَصُوبَ وَقُوفُهُ عَنِ الْأُولَى حَتَّى يَنْكِحَ ثَانِيَةً ثُمَّ كَذَلِكَ وَهُوَ فِي
 الْمَوْفُوفَةِ كَالْمَوْلَى وَاخْتَارَهُ إِلَّا الْأُولَى وَإِنْ قَالَ إِنْ لَمْ أَتَزَوَّجْ مِنَ الْمَدِينَةِ فَهِيَ طَالِقٌ فَتَزَوَّجَ مِنْ غَيْرِهَا نُجِزَ طَلَقُهَا
 وَتَوَوَّلَتْ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُهُ الطَّلَاقُ إِذَا تَزَوَّجَ مِنْ غَيْرِهَا قَبْلَهَا وَاعْتَبِرَ فِي وَلايَتِهِ عَلَيْهِ حَالُ النُّفُوزِ.

ص: كإيجازته كالطلاق طائعا والأحسن المضي ش: قال في آخر معين الحكام: مسألة ومن أكره
 على طلاق زوجته أو عتق عبده ثم أجاز ذلك آمنا لزمه، قيل لسحنون ولم ألزمته ذلك ولم يكن ليعقد
 عليه طلاق ولا عتق وإنما ألزم نفسه ما لم يلزمه؟ قال: وإنما ألزمته لاختلاف الناس؛ لأن من العلماء
 من يلزم طلاق المكره وعتقه.

تنبيه: ظاهر هذا أن العدة وأحكام الحرية تكون من يوم وقع الطلاق والعتق بالإكراه. انتهى كلامه.

ص: عقبه ش: وفي بعض النسخ عقبه بإثبات الإياء.

ص: وعليه النصف إلا بعد ثلاث على الأصوب ولو دخل فالمسمى فقط كواطيء بعد حنثه ولم
 يعلم ش: قال في الأيمان بالطلاق منها: ومن قال كل امرأة/ أتزوجها من الفسقاط طالق فتزوج منها
 فدخل فعليه صداق واحد لا صداق ونصف كمن وطىء بعد الحنث ولم يعلم فإنما عليه المهر الأول
 الذي سمى. انتهى. قال ابن عرفة: وفيها مع غيرها كل حنث لزم لتعلقه [بجزءي¹⁶²⁹] لم يتكرر
 بتكرار تزويجه إلا بلفظ يقتضي تكرره، وإن [تعلق¹⁶³⁰] بكلي تعلق في أشخاص أفراده تكرر بتكرار
 تزويجه لتعلق الطلاق في الأول بالذات وهي محل الحكم، وفي الثاني بالوصف وهو علة الحكم.
 انتهى.

ص: أو آخر امرأة ش: قال اللخمي: وإن قال أول امرأة أتزوجها طالق لزمه؛ لأنه أبقي ما بعد
 الأولى، ولا يحنث إلا في امرأة واحدة. انتهى من كتاب الأيمان بالطلاق، وانظر هل لا يبر هنا أيضا
 إذا تزوج بغير نسائه كما قال المصنف في الأيمان إذا حلف ليتزوجن على امرأته أنه لا يبر بغير نسائه

1627 ن - تعلم نسخة.

1628 ن - وفيمن أبوها نسخة.

1629 • - في المطبوع بجزء وما بين المعقوفين من م 26.

1630 • - في المطبوع علق وما بين المعقوفين من م 21 وسيد 9 وم 26 والشيخ 49 وما يابى 34.

فَلَوْ فَعَلْتَ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ حَالٌ بَيْنُونَتِهَا لَمْ يَلْزَمْ.

نص خليل

[أولاً؟¹⁶³¹] والظاهر أنه كذلك. قال في النوادر في كتاب الأيمان: ومن حلف ليتزوجن من أهل مصر فتزوج نصرانية أو ذمية فلا يبر حتى يتزوج بنكاح مثله. انتهى. وقال اللخمي في تبصرته: وإن قال أول امرأة أتزوجها طالق، ثم قال بعد ذلك آخر امرأة أتزوجها طالق انعقدت اليمين فيهما جميعاً، فإن تزوج امرأة طلقت لأنها أول امرأة، وإن تزوج ثانية كانت اليمين منعقدة فيها؛ لأنه قادر على أن يتزوج أخرى وتحل الثانية. انتهى. فأطلق في كلامه فظاهره جواز ذلك فتأمله. والله أعلم. ص: فلو فعلت المحلوف عليه حال بينونتها لم يلزم ش: اعلم أن [للمسألة¹⁶³²] صورتين: الأولى فيما لا يمكن تكرره مثل أن يحلف لغريمه بطلاق زوجته ألبتة ليقضيه إلى أجل سماه فيصالح زوجته قبل الأجل ثم يراجعها بعد مضي الأجل فلا حنث عليه، والثاني أن يكون يمكن تكرره فلا يقع الحنث بما فعلته حال البينونة ويحنث بما فعلته بعدها كما لو حلف بطلاقها أن لا تدخل دار فلان فأبانها، ثم دخلت ثم راجعها فلا حنث عليه، فإن دخلت الدار مرة ثانية بعد مراجعته حنث، فلو تزوجها مرة ثانية بعد الحنث ثم دخلت لم يتكرر عليه الحنث. ذكر ذلك في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب النكاح وفي ابن عرفة وغيره.

وقال القرافي في آخر الفرق الثاني والثلاثين بعد المائة: وإذا قال إن دخلت الدار [فعبد من¹⁶³³] عبيدي حر أو امرأته طالق فخالف ودخل عتق عبد من عبيده وطلقت امرأته طلقة واحدة، فإن عاد وخالف مقتضى التعليق لم يلزمه عتق عبد آخر ولا طلقة أخرى. ثم قال: ومثل ذلك إذا حلف بالطلاق لا يكلم زيدا فخالف [امراته وكلم¹⁶³⁴] زيدا لم يلزمه بهذا الكلام طلاق، فلو رد امرأته وكلمه حنث عند مالك رحمه الله. اهـ. وفي رسم شك من سماع ابن القاسم من الأيمان بالطلاق: وسئل مالك عن رجل يحلف بطلاق امرأته ألبتة إن خرجت إلى بيت أهلها إلا بإذنه إن لم يضربها فخرجت مرة فضربها هل ترى عليه شيئاً إن هي خرجت؟ قال: لا إلا أن يكون نوى ذلك.

ابن رشد: هذه مسألة موافقة لما في كتاب [النذور¹⁶³⁵] من المدونة من أن من حلف أن لا يكلم رجلاً عشرة أيام فكلمه حنث ثم كلمه مرة أخرى بعد أن كفر أو قبل أن يكفر أنه ليس عليه إلا كفارة واحدة، وموافقة أيضاً لجميع روايات العتبية من ذلك ما في سماع أبي زيد بعد هذا وأول سماع أشهب من النذور وأول رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم من طلاق السنة حاشاً مسألة الوتر من رسم حلف من سماع ابن القاسم من النذور. انتهى. ونص ما في سماع أبي زيد: مسألة: وسئل عن رجل قال لامراته أنت طالق إن دخلت جاريتك على أختك إن لم أضربها مائة فدخلت ثم ضربها مائة ثم دخلت مرة أخرى؟ قال: لا شيء عليه إلا أن يكون نوى أن يضربها كلما دخلت. ابن رشد: هذه مسألة مضت في رسم شك من سماع ابن القاسم، ونص ما في أول سماع أشهب

الحديث

1631 - في المطبوع أولى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 49 ويم 26 وم 21 والشيخ 49 وما يابى 35.

1632 - في المطبوع للمسالتين وم 21 والشيخ 49 وما يابى 35 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50 ويم 26.

1633 - في المطبوع فعبد من من وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50 وم 21 ويم 27 والشيخ 49 وما يابى 35.

1634 - في المطبوع وهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50 وم 21 ويم 27 والشيخ 49 وما يابى 35.

1635 - في المطبوع النذر والشيخ 50 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50 ويم 27 (وفي م 21 وما يابى 35 النذور).

نص خليل وَلَوْ نَكَحَهَا فَعَلَّتهُ حَنْثَ إِنْ بَقِيَ مِنَ الْعَصْمَةِ الْمُعْلَقِ فِيهَا شَيْءٌ.

متن الخطاب من النذور: قال سحنون: أخبرني أشهب وابن نافع عن أبي له غلام فأخذه فحلف له إن عدت لأضربنك فعاد فأبق ولم يضربه، ثم عاد فأبق له فضربه أتراه خرج عن يمينه؟ قال: لا أراه وقت وقتا، وأرى ذلك قد أخرجه عن يمينه إذا ضربه الضرب الذي حلف عليه ضربا لا عذاب ولا دون. ابن رشد: هذا خلاف مسألة الوتر، ونص ما في رسم باع غلاما من سماع ابن القاسم من طلاق السنة: مسألة سئل مالك عن رجل قال لامرأته أنت طالق واحدة إن بت عنك فبات عنها فطلقت منه بواحدة ثم ارتجعها ثم بات عنها بعد ذلك ليالي [قال¹⁶³⁶] لا شيء عليه إلا الأولى. قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة على أصله في المدونة وفي غير مسألة من العتبية حاشا مسألة الوتر. انتهى. وانظر الرسم الأول والثاني من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق، ونص مسألة الوتر من رسم حلف من سماع ابن القاسم من النذور. مسألة:

وسئل عن رجل حلف إن نام حتى يوتر فعليه صدقة دينار فنام [ليلة قبل¹⁶³⁷] أن يوتر أترى عليه في ليلة أخرى إن نامها شيئا، أم قد أجزأ عنه الأمر الأول؟ قال: ذلك إلى ما نوى، وهو أعلم بما أراد به من ذلك، وما رأيت أحدا يفعل هذا الوجه ليس الوتر؛ أعني ولكن ما يوجب على نفسه/ في غير هذا من هذه الأشياء إلا أن عليه في كل ما فعل ما حلف عليه وما يريد أحد في مثل هذه الأشياء مرة واحدة [إلا¹⁶³⁸] أن ينويه. قال ابن رشد: هذه الرواية مخالفة لما في المدونة من ذلك مسألة من حلف أن لا يكلم رجلا عشرة أيام ومخالفة أيضا لجميع روايات العتبية من ذلك أول مسألة من سماع أشهب [ثم سرد المسائل المتقدم ذكرها في رسم شك وفي سماع أبي زيد وأول سماع أشهب¹⁶³⁹]. ثم قال: وهذا الاختلاف جار على اختلاف الأصوليين في الأمر المقيد بصفة هل يقتضي تكراره بتكرار الصفة أم لا؟ فمسألة الوتر على القول بوجوب تكراره بتكرار الصفة لأنه أوجب عليه صدقة دينار لكل ليلة نام فيها قبل أن يوتر إلا أن ينوي مرة واحدة. قال: وكذلك ما يوجب على نفسه من هذه الأشياء ومسائل المدونة والعتبية التي ذكرناها على القول بأن الأمر لا يجب تكراره بتكرار الصفة لأنه لم يوجب عليه ما حلف به كلما تكرر الفعل الذي جعله شرطا فيما حلف به إلا أن ينوي ذلك. وبالله التوفيق. انتهى.

ص: ولو نكحها ففعلته حنث إن بقي من العصمة المعلق فيها شيء ش: قال في كتاب النكاح الأول من المدونة: وإن تزوجها على شرط يلزمه ثم صالحها أو طلقها طلقة وانقضت عدتها ثم تزوجها عاد عليه الشرط في بقية طلاق الملك، وإن شرط في نكاحه الثاني أنه إنما نكح على أن لا يلزمه من تلك الشروط شيء لم ينفعه ذلك. انتهى. وقد سئلت عن رجل زوج ابنته وهي صغيرة من رجل بصدق فقال له الزوج أخشى أنها تموت وتطلب مني المهر، قال أبو الزوجة زوجته طالق إن طالبتك من صداقها بشيء، ثم إن أبا الزوجة طلق زوجته ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج ثم ماتت البنت فهل له مطالبتها بالصدق؟ وهل يلزمه الحنث أم لا؟ فأجبت بما صورته: لوالد الزوجة المتوفاة مطالبة الزوج ولا حنث عليه؛ لأن هذه عصمة جديدة. والله أعلم.

فروع: إذا حلف بالطلاق أن لا يفعل فعلا، ثم طلق تلك الزوجة أو ماتت، ثم تزوج غير تلك الزوجة،

1636 - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من م 21 ويم 27 وسيد 9 وما يابى 35 والشيخ 50.

1637 - في المطبوع ليلة من ذلك وقبل وما بين المعقوفين من م 21 وسيد 9.

1638 - في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من م 21 وسيد 9 وما يابى 36 ويم 27 والشيخ 50.

1639 - ساقط من المطبوع وقد ورد في م 21 وسيد 9 ويم 27 والشيخ 50 وما يابى 36.

نص خليل

كَالظَّهَارِ لَا مَحْلُوفٍ لَهَا فِيهَا وَغَيْرِهَا وَلَوْ طَلَّقَهَا ثُمَّ تَزَوَّجَ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا طَلَّقَتْ الْأَجْنَبِيَّةُ وَلَا حُجَّةَ لَهُ أَنَّهُ لَمْ يَتَزَوَّجْ عَلَيْهَا وَإِنْ ادَّعَى نِيَّةً لَأَنَّ قَصْدَهُ أَنْ لَا يَجْمَعَ بَيْنَهُمَا وَهَلْ لَأَنَّ الْيَمِينَ عَلَى نِيَّةِ الْمَحْلُوفِ لَهَا أَوْ قَامَتْ عَلَيْهِ بَيِّنَةٌ تَأْوِيلَانِ [وَفِي مَا عَاشَتْ¹⁶⁴⁰ س] مُدَّةَ حَيَاتِهَا إِلَّا لِنِيَّةِ كَوْنِهَا تَحْتَهُ وَلَوْ عَلَّقَ عَبْدٌ الثَّلَاثَ عَلَى الدُّخُولِ فَعَتَّقَ وَدُخِلَتْ لَزِمَتْ وَاثْنَتَيْنِ بَقِيَتْ وَاحِدَةً كَمَا لَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً ثُمَّ عَتَّقَ.

متن الخطاب

ثم فعل ذلك الفعل فلا حنث عليه من باب أولى. والله أعلم.
ص: كالظهار ش: يعني إذا علق الظهار على أمر ففعلت المحلوف عليه حال بينونتها لم يلزمه شيء، ولو نكحها ففعلته لزمه ما دامت العصمة المعلق فيها، فإن طلقها ثلاثاً ثم تزوجها سقط حكم الظهار المعلق، وأما لو وقع المعلق عليه وهي في عصمته ولزمه الظهار، أو ظاهر من غير تعليق ثم طلقها ثلاثاً لم يسقط الطلاق الثلاث الظهار، وسيقول المصنف في باب الظهار: "وسقط إن تعلق ولم يتنجز بالطلاق الثلاث".

52

ص: لا محلوف لها ش: قال ابن غازي: يريد [أو عليها. اهـ.¹⁶⁴¹] مثال المحلوف لها كل امرأة أتزوجها عليك فهي طالق فتلزمه اليمين في التي يتزوجها عليها ولو كان ذلك بعد أن طلقها ثلاثاً وتزوجها بعد زوج؛ هذا الذي ارتضاه المصنف وغيره خلاف ما شهره ابن الحاجب في هذه المسألة، وهو قوله في كتاب الأيمان بالطلاق: ومثال المحلوف عليها إذا قال زينب طالق إن وطئت عزة فعزة محلوف عليها فتلزمه اليمين فيها ما دامت زينب عنده، ولو طلقها -أعني عزة- ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج ما دامت زينب عنده، فإذا علم ذلك فالذي يختص فيها الطلاق بالعصمة هي المحلوف بها مثل زينب في المثال الثاني، ومثل قوله إن دخلت الدار فأنت طالق وإن أكلت الرغيف فأنت طالق ونحو ذلك.

ص: وفي ما عاشت مدة حياتها إلا لنية كونها تحته ش: نحوه في الأيمان بالطلاق وفي حاشية المشذلي في هذه المسألة قال: قالوا فيمن اشترى طستاً وأشهد لامراته أن تنتفع به حياتها ثم طلقها وقال أردت ما بقيت عندي حلف وأخذه.

ص: ولو علق عبد الثلاث على الدخول فعتق ودخلت لزمت واثنتين بقيت واحدة ش: قال ابن عرفة: المعتبر في قدر الطلاق حال المطلق يوم نفوذه لا يوم عقده. ابن سحنون عن أبيه وأشهب: إن قال عبد إن فعلت كذا فأنت طالق ففعلته بعد عتقه بقيت له طلقتان. انتهى. وقال ابن عبد السلام: ولو قال العبد أنت طالق إن فعلت كذا ثم عتق ثم حنث فهذه تبقى [عنده¹⁶⁴²] على تطليقتين وإنما يراعى يوم الحنث [كمن¹⁶⁴³] قال إن فعلت كذا فأنت حر ففعله في مرضه فإنما هو في ثلثه. انتهى.

ص: كما لو طلق واحدة ثم عتق ش: يعني أنه تبقى له واحدة وهذا -والله أعلم- ما لم يثبت أنه

الحديث

¹⁶⁴⁰ س - قوله وفي ما عاشت هو كذا أيضاً برسم في مفصلة عن ما في نسخة ق و غ ولعله الأولى حسبما نقله عبق عن غ عند قول المصنف في باب الحج وقام وارثه مقامه في من يأخذه ثم رأيت فيه ورسمت في نسخة ح و عبق و بن و خش والعدوي وتنت فيما عاشت متصلة.

¹⁶⁴¹ - في المطبوع أو عليها مثال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 51 ويم 28 وم 22 والشيخ 51 وما يابى 36.

¹⁶⁴² - في المطبوع عندي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 52 وم 22 ويم 28 والشيخ 52 وما يابى 37.

¹⁶⁴³ - في المطبوع كما والشيخ 52 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 52 وم 22 ويم 28 وما يابى 37.

وَلَوْ عَلَّقَ طَلَاقَ زَوْجَتِهِ الْمَمْلُوكَةِ لِأَبِيهِ عَلَى مَوْتِهِ لَمْ يَنْفُذْ وَلَفْظُهُ طَلَّقْتُ وَأَنَا طَالِقٌ أَوْ أَنْتِ أَوْ مُطَلَّقةٌ أَوْ الطَّلَاقُ لِي لَا زِمٌ لَا مُنْطَلَقَةٌ وَتَلَزَمُ وَاحِدَةٌ إِلَّا لِإِنِّيَّةٍ أَكْثَرَ كَاعْتَدَيَّ وَصَدَّقَ فِي نَفْيِهِ إِنْ دَلَّ الْبَسَاطُ عَلَى [الْعَدِّ

متن الخطاب 53 أوقع هذه الطلقة وهو حر، [فلو طلقها واحدة ثم ثبت أنه أوقع هذه الطلقة وهو حر بقي له ¹⁶⁴⁴] اثنتان كما قال ابن القاسم: لو طلقها طلقتين ثم ثبت أنه أعتق قبل طلاقه، وله الرجعة إن لم تنقض العدة، وإن انقضت فقد/ بقيت له فيها طلقة إن تزوجها، وسواء علم أن جميع طلاقه طلقتان أم لم يعلم، إذا لم ينو البتات أو يلفظ بالبتة؛ كمن طلق طلقة وظن أنها تحرم عليه فلا يلزمه إلا واحدة، ولا يلزم ذلك إلا من عرف أن له الرجعة [فنوى ¹⁶⁴⁵] بها في قلبه ألبتة، فأما من ظن ذلك فلا يضره، وكذلك الأمة تعتد حيضتين ثم يثبت أنها عتقت قبل ذلك فلتتم عدة الحرة، وإن نكحت قبل ذلك ففسخ النكاح وواطئها واطيء في عدة، وسواء ثبتت حريتها بعق أو أصل حرية. انتهى من ابن عبد السلام. ومنه قال ابن المواز: وكل من فيه بقية رق كالعبد في طلاقه حتى إذا عتق صار كالحر من يومئذ في طلاقه. انتهى. والله أعلم.

ص: ولو علّق طلاق زوجته المملوكة لأبيه على موته لم ينفذ ش: ابن عرفة: قلت ما لم يمّت مرتدا. انتهى.

ص: ولفظه طلقت أو أنا طالق أو أنت ش: لو قال أنت طالقا بالنصب أو أنت طالق بالخفض لزمه. قاله القرافي في الفرق الحادي والستين والمائة، وقريب منه فرع قاله في الجواهر، ونصه: ولو قال أنت طالق أن لم أطلقك أو أن طلقك بفتح الهمزة فيهما فهو للتعليل فيقع في الحال؛ إلا إذا لم يعرف اللغة فهو كالتعليل. انتهى. وذكر البرزلي عن الرماح في أوائل مسائل الطلاق أن من قال لزوجته أنت طالق ولم ينطق بالقاف يجري على الخلاف في الطلاق بالنية.

مسألة: لو قال غدا أطلق زوجتي فجاء غد ولم يطلق فلا شيء عليه. البرزلي: هذا بين على أن الوعد لا يقضى به في العطايات وعلى أنه يقضى به ففيه نظر هنا. انتهى.

ص: كاعتدي وصدق في نفيه إن دل البساط على العد ش: العد مصدر عدت الشيء أعده، ويشير بهذا الكلام لقوله في المدونة في كتاب التخيير والتعليك: وإن قال لها كلاما مبتدأ اعتدي لزمه الطلاق، وسئل عن نيته كم نوى واحدة أو أكثر، فإن لم تكن له نية فهي واحدة، وهذا هو الذي أشار إليه المؤلف بقوله: "كاعتدي" يعني أنه كما تلزم واحدة إلا لنية أكثر في مطلقة وطالق كذلك في اعتدي ثم قال في المدونة فإن لم يرد به الطلاق وكان جوابا لكلام قبله كدراهم تعتدها ونحو ذلك فلا شيء عليه وإلى هذا أشار بقوله وصدق في نفيه إن دل البساط على العد. وقال قبله: وفي المدونة وإن قال لها اعتدي اعتدي اعتدي أو قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسقا فهي ثلاث إلا أن ينوي واحدة بنى بها أولا وإن قال أنت طالق اعتدي لزمته طلقتان إلا أن ينوي إعلامها أن عليها العدة فتلزمه واحدة. انتهى. وقال أبو الحسن: قال ابن القاسم في المجموعة إذا قال أنت طالق واعتدي فهي

أو¹⁶⁴⁶ [س] كَأَنْتَ مُوثَقَةٌ [فَقَالَتْ¹⁶⁴⁷ [س] أَطْلِقْنِي وَإِنْ لَمْ تَسْأَلْهُ فَتَأْوِيلَانِ وَالثَّلَاثُ فِي بَتَّةٍ وَحَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ أَوْ وَاحِدَةً بَائِنَةً أَوْ نَوَاهَا بِحَلَّتْ سَبِيلَكَ أَوْ ادْخُلِي وَالثَّلَاثُ إِلَّا أَنْ يَنْوِي أَقْلَ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا فِي كَالْمَيْتَةِ وَالْدَمِ وَوَهْبَتِكَ [وَرَدَدْتُكَ¹⁶⁴⁸ [س] لِأَهْلِكَ [أَوْ¹⁶⁴⁹ [س] أَنْتِ أَوْ مَا انْقَلَبُ إِلَيْهِ مِنْ أَهْلِي حَرَامٌ أَوْ خَلِيَّةٍ أَوْ بَائِنَةٍ أَوْ أَنَا وَحَلَفَ عِنْدَ إِرَادَةِ النِّكَاحِ وَدَيْنٌ فِي نَفْسِهِ إِنْ دَلَّ بِسَاطٍ عَلَيْهِ وَثَلَاثٌ فِي لَا عِصْمَةَ لِي عَلَيْكَ أَوْ اشْتَرَتْهَا مِنْهُ إِلَّا لِإِفْدَاءٍ وَثَلَاثٌ إِلَّا أَنْ يَنْوِي أَقْلَ مُطْلَقًا فِي حَلَّتْ سَبِيلَكَ وَوَاحِدَةً فِي فَارَقْتُكَ.

نص خليل

طلقتان ولا ينوي وإن قال أنت طالق اعتدي لزمه طلقتان إلا أن ينوي واحدة، وقال قبله: روي عن الحسن فيمن قال لزوجته أنت طالق فاعتدي لزمته واحدة. ابن يونس: وما قاله صواب. انتهى بعضه باللفظ وبعضه بالمعنى. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: أو كانت موثقة وقالت أطلقني ش: / هذه مسألة أخرى غير المسألة التي قبلها مصدرة بأو العاطفة، وجعلهما الشارحان مسألة واحدة؛ لأنهما جعلتا الألف التي قبل الواو من تنمة الكلمة التي قبلها على أنها من باب العداء بالمد الذي هو مجاوزة الحد والظلم كما قاله في الصحاح، ولم يجعله من باب العد الذي هو مصدر عدت الشيء كما قدمناه، ومعنى كلام المصنف أنه يصدق في نفي الطلاق إذا كانت موثقة وقالت أطلقني فقال لها أنت طالق. قال في التوضيح: ولا خلاف أنه يدين، وظاهر كلامه -يعني ابن الحاجب- أنه لا فرق بين أن تكون هناك بينة أم لا. انتهى والله أعلم.

54

وانظر المسألة في سماع أصبغ من كتاب الأيمان بالطلاق.
ص: والثلاث إلا أن ينوي أقل إن لم يدخل بها [في¹⁶⁵⁰ كالميتة والدم الخ ش: يريد أنه يُنَوَّى

في التي لم/ يدخل بها، ولا ينوي في المدخول بها. قال في كتاب التخيير من المدونة: قال مالك: وإن قال لها أنت علي كالدّم أو كالميتة أو كلحم الخنزير فهي ثلاث وإن لم ينو به الطلاق. انتهى. ابن يونس عن ابن المواز: هذا بعد البناء، وأما قبله فإن قال أردت واحدة فله نيته ويحلف، وإن لم [تكن¹⁶⁵¹] له نية فالثلاث. انتهى. وقال أبو الحسن: له نيته ولم يذكر اليمين. ثم قال في المدونة: وإن قال لها أنت خلية أو برية أو بائنة قال مني أو أنا منك أو لم يقل أو وهبتك أو رددتك إلى أهلك قال عبد العزيز أو إلى أبيك فذلك في المدخول بها ثلاث، ولا ينوي فيما دونها قبل الموهوبة أهلها أوردوها وله [نيته¹⁶⁵²] في ذلك كله إذا لم يدخل بها في واحدة فأكثر منها، وإن لم تكن له نية

55

الحديث

1646 س - العداء ونسخة.

1647 س - وقالت نسخة.

1648 س - أو رددتك نسخة.

1649 س - وأنت نسخة.

1650 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 54 ويم 28 وم 22 والشيخ 53 وما يابى 38.

1651 * - في المطبوع وم 22 يكن وما بين المعقوفين من سيد 10 وما يابى 38 ويم 29 والشيخ 53.

1652 - في المطبوع نية وم 22 ويم 29 وما يابى 38 وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 55 والشيخ 53.

نص خليل

وَتُوِيَ فِيهِ وَفِي عَدَدِهِ فِي أَذْهَبِي وَأَنْصَرِفِي أَوْ لَمْ أَتَزَوَّجْكَ أَوْ قَالَ لَهُ رَجُلٌ أَلَكِ امْرَأَةٌ فَقَالَ لَا أَوْ أَنْتَ حُرَّةٌ أَوْ مُعْتَقَةٌ أَوْ الْحَقِّي بِأَهْلِكَ أَوْ لَسْتُ لِي بِامْرَأَةٍ إِلَّا أَنْ يُعْلَقَ فِي الْأَخِيرِ وَإِنْ قَالَ لَا نِكَاحَ بَيْنِي وَبَيْنَكَ.

متن الخطاب

56

فذلك ثلاث. انتهى. قال في المنتقى: فرع: فإذا قلنا ينوي في غير المدخول بها ولا ينوي في المدخول بها فلو حلف قبل البناء وحنث بعده ففي كتاب ابن سحنون/ عن أبيه فيمن حلف بالحلل عليه حرام قبل البناء وحنث بعده، ونوى واحدة وقامت بينة بالحنث بعد البناء لا ينوي؛ لأنه يوم الحنث ممن لا ينوي، ووجه ذلك أن اليمين إنما تنعقد ويقع الطلاق بها يوم الحنث، فيجب أن يراعى صفة ما يلزمه من الطلاق ذلك اليوم.

قال ابن سحنون: وقد قال بعض أصحابنا إلا أن تعلم ذلك منه البينة قبل البناء فلا يلزمه إلا طلاقه وله الرجعة، وقال سحنون إذا حلف قبل البناء بالحرام أو الخلية أو البرية ثم حنث بعد البناء فقال نويت واحدة فله ذلك وله الرجعة، ووجهه أن الاعتبار باليمين يوم أوقعها لا يوم الحنث؛ بدليل أنه إن كان يوم اليمين بصفة من لا تلزمه [اليمين¹⁶⁵³] لم تلزمه يمينه، ولو كان يوم [الحنث بصفة من تلزمه، ولو كان يوم¹⁶⁵⁴] اليمين بصفة من تلزمه الأيمان وكان يوم الحنث بصفة من لا تلزمه الأيمان لذهاب عقل أو غيره لزمته اليمين. انتهى. وقال في الشامل: ولو حلف قبل البناء بحرام أو خلية أو برية ثم حنث بعده فالأحسن [تنويته¹⁶⁵⁵]. انتهى.

ص: ونوي فيه وفي عدده في أذهبي وأنصرفي ش: هو كقول ابن الحاجب: فتقبل دعواه في نفيه وعدده. قال في التوضيح: قوله: "في نفيه" أي إذا ادعى أنه لم يرد الطلاق قبل منه. ابن القاسم في الواضحة: ويحلف في ذلك كله، وكذلك نص عليه في المدونة أي على الحلف في أنت سائبة أو عتيقة أو ليس بيني وبينك حلال ولا حرام. اهـ. وظاهر كلام المصنف وابن الحاجب أنه إن لم تكن له نية لزمه الطلاق وليس كذلك، بل لا يلزمه طلاق إلا إذا قصد الطلاق. انظر التوضيح والتخيير من المدونة، وقوله: "وفي عدده" فانظر إذا لم تكن له نية نص في التوضيح على أنه يلزمه الثلاث. نقله عن أصبغ ولم يحك فيه خلافا، وحكاها في الشامل بقليل، فظاهر كلامه أن الصحيح خلافه.

وقال ابن عرفة بعد أن نقل كلام أصبغ عن ابن أبي زيد وابن حبيب: قلت: في قبولهما إياه نظر لأنه إن دل على الثلاث بذاته لم يفتر لنية الطلاق، وإن لم يدل إلا بنية الطلاق فالنية كاللفظ، ولفظ الطلاق لا يوجب بنفسه عددا. انتهى.

ونقله عنه البرزلي في مسائل الطلاق بعد أن نقل عن الرماح أنه إنما يلزمه واحدة، ونقل كلام أصبغ. ثم قال: كان شيخنا الإمام يقول فيه نظراً؛ لأنه إن دل على [الثلاث¹⁶⁵⁶] بذاته لم يفتر لنية الطلاق، وإن لم يدل إلا بنية الطلاق فالنية كاللفظ، وهو يوجب مطلق الطلاق، وهو واحدة حتى ينوي أكثر وكذلك هذا، وبه كان يفتي رحمه الله إلى أن توفي، وهو الواقع في هذا الجواب. اهـ. وقال في آخر مسألة [من رسم إن أمكنتني¹⁶⁵⁷] من سماع عيسى من الأيمان بالطلاق الذي يقول

الحديث

1653 - في المطبوع يمينه وما بين المعقوفين من ن عدود ص56 وم22 وم29 والشيخ54 ومايأبى38.

1654 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص56 وم22 وم29 والشيخ54 ومايأبى38.

1655 - في المطبوع ثبوته وما بين المعقوفين من ن عدود ص56 وم22 وم29 والشيخ54 ومايأبى38.

1656 - * في المطبوع الثالث وما بين المعقوفين من م23 والشيخ54 وسيد10 وم29 ومايأبى39.

1657 - ساقطة من المطبوع (وفي م23 من رسم إن امكن) وما بين المعقوفين من ن عدود ص56 وم29 والشيخ54 ومايأبى39.

نص خليل

أو لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك فلا شيء عليه إن كان عتاباً وإلا فبتات وهل تحرم بوجهي من وجهك حرام أو على وجهك أو ما أعيش فيه حرام أو لا شيء عليه كقوله لها يا حرام أو الحلال حرام أو حرام علي أو جميع ما أمك حرام ولم يرد إدخالها قولان وإن قال سائبة مني أو عتيقة أو ليس بيني وبينك حلال ولا حرام حلف على نفيه فإن نكح نوى في عديده وعوقب ولا ينوى في العدد إن أنكر قصد الطلاق بعد قوله أنت بائن أو برية أو خلية أو بثة جواباً لقولها أود لو فرج الله لي من صحبتك.

متن الخطاب للمملوكة إن تزوجتك فأنت طالق فاشترها فلا شيء عليه: وكذلك إن قال إن اشتريتك فأنت حرة فيتزوجها فلا شيء عليه. قال ابن رشد: وهذا كما قال لأن الطلاق ليس من ألفاظ الحرية، والحرية ليست من ألفاظ الطلاق، فإذا قال الرجل لامرأته أنت حرة فلا تكون طالقاً إلا أن يكون أراد بذلك الطلاق، وإذا قال لأمه أنت طالق فلا تكون حرة إلا أن يريد بذلك الحرية، واختلف إذا قال لامرأته أنت حرة مني ففي الثمانية أنها طالق ألبتة وإن لم ينو الطلاق، وفي التخيير منها لابن شهاب أنه يحلف ما أراد الطلاق ولا يلزمه. اهـ.

ص: ودين في نفيه إن دل بساط عليه ش: ¹⁶⁵⁸ / قال في التخيير والتمليك من المدونة: وإن قال لها أنا خلي أو بري أو بائن أو بات قال منك أو لم يقل أو قال أنت خلية أو برية أو بثة أو بائة أو بائة قال مني أو لم يقل إلا أنه قال في هذا كله لم أرد طلاقاً، فإن تقدم كلام من غير طلاق يكون هذا جوابه فلا شيء عليه ويدين، وإلا لزمه ذلك ولا تنفعه نيته. انتهى. وقال في رسم باع غلاماً من كتاب الإيلاء فإن جاء مستفتياً لم يلزمه طلاق ولا يمين، وإن خاصمته امرأته وأثبتت عليه أنه قال لها ذلك في العتاب استظهر عليه باليمين، ولو قال ذلك من غير عتاب لبانت منه امرأته بثلاث. انتهى.

ص: أو على وجهك ش: تقديره كما قال ابن غازي وجهي على وجهك حرام، فقوله: "على وجهك" جار ومجرور متعلق بحرام، وقد رأيتها في بعض النسخ المصححة كذلك، وما يوجد في بعض النسخ من تشديد ياء علي فيكون وحده جاراً ومجروراً، ورفع: "وجهك" على أنه مبتدأ خبره قوله بعد حرام خطأ من الناسخ لأنه يصير حينئذ محرماً لجزء منها، وقد قال في التوضيح في شرح هذه المسائل: ولو أضاف التحريم إلى جزء من أجزائها فحكمه كالطلاق يلزمه في اليد والرجل، ويختلف في الشعر والكلام، ولا يلزمه في السعال والبصاق. انتهى. ولا يريد بقوله: "يلزمه في اليد والرجل" خصوصهما فقط، فقد صرح بعد هذا أنه لو طلق عضواً منها [لزمه الطلاق، ¹⁶⁵⁹] وقال إن الأحسن من القولين لزمه في الشعر والكلام. وفي الشامل: ولو أضاف التحريم إلى جزئها فكالطلاق. انتهى.

ص: أو حرام علي ش: أي قال هذا اللفظ، ولا يريد أنه قال الحلال حرام علي؛ لأنه قد تقدم في/

الحديث

¹⁶⁵⁸ * - علق عليه الشيخ محمد سالم ب ما كتب على هذه القولة هو هكذا في جميع النسخ ولا يناسبها وليس هذا موضعها

من المتن.

¹⁶⁵⁹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 57 وم 23 ويم 29 والشيخ 55 وما يابى 39.

نص خليل

وَأَنْ قَصَدَهُ بِاسْقِنِي الْمَاءَ أَوْ بِكُلِّ كَلَامٍ لَزِمَ لَا إِنْ قَصَدَ التَّلْفُظَ بِالطَّلَاقِ فَلَفْظَ بِهِذَا غَلَطًا أَوْ أَرَادَ أَنْ يُنَجِّزَ الثَّلَاثَ فَقَالَ أَنْتَ طَالِقٌ وَسَكَتَ وَسَقِيَهُ [قَائِلٌ¹⁶⁶⁰ نَس] يَا أُمِّي وَيَا أُخْتِي وَلَزِمَ بِالْإِشَارَةِ الْمُفْهِمَةِ وَبُجَرِّدَ إِرْسَالِهِ بِهِ مَعَ رَسُولٍ وَبِالْكِتَابَةِ عَازِمًا أَوْ لَا إِنْ وَصَلَ [لَهَا¹⁶⁶¹ نَس] وَفِي لُزُومِهِ بِكَلَامِهِ النَّفْسِيِّ خِلَافٌ وَإِنْ كَرَّرَ الطَّلَاقَ بِعَطْفٍ بَوَاوٍ أَوْ فَاءٍ أَوْ ثُمَّ فَثَلَاثُ إِنْ دَخَلَ كَمَعَ طَلَّقَتَيْنِ مُطْلَقًا.

متن الخطاب

الأيمان أن من قال الحلال علي حرام يلزمه التحريم في الزوجة إلا أن يحاشيها، ولا فرق بين أن يقول الحلال علي حرام أو الحلال حرام علي، أما الأولى فحكمها واضح، وأما الثانية فقد نقل الشارح هنا عن ابن المواز أن حكمها كذلك يلزمه في الزوجة ما لم يحاشيها، وفي الأيمان والنذور من المدونة: ومن قال علي حرام إن فعلت كذا لا يكون الحرام يمينًا في شيء لا طعام ولا شراب ولا في أم ولد إلا أن يحرم امرأته فيلزمه الطلاق. انتهى.

ص: وإن قصده بكاسقني الماء ش: قال في المعونة: وضرب ثالث من النطق وهو ما ليس من ألفاظ الطلاق ولا محتملاته نحو قوله اسقني ماء وما أشبه ذلك، فإذا ادعى أنه أراد به الطلاق فقليل يكون طلاقًا، وقيل لا يكون طلاقًا. انتهى. وقال في العمدية: وهل يلزم الطلاق بإرادته بما ليس بكناية كقوله اسقني ماء ونحوه؟ والظاهر عدم لزومه. انتهى.

ص: وإن كرر الطلاق بعطف بـ أو فاء أو ثم فثلاث إن دخل ش: أي ولا ينوى، وتقييده بالمدخول/ بها تبع فيه ابن شاس وابن الحاجب، وناقشهما في ذلك في التوضيح، وكذلك ابن عبد السلام وابن عرفة، ونبه على ذلك ابن غازي وكلام المدونة صريح في أنه لا ينوى وإن لم يدخل. قال في كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة: وإن قال لامرأته أنت طالق وأنت طالق وأنت طالق أو ثم ثم ثم فهي ثلاث ولا ينوى [قال مالك¹⁶⁶²]، وفي النسق بالواو إشكال. قال ابن القاسم: ورأيت الأغلب من قوله إنها مثل ثم ولا ينويه وهو [رأبي¹⁶⁶³]، وكذلك إن قال ذلك لأجنبية وقال معه إن تزوجتك. انتهى. فهذا نص في أنه يلزمه في غير المدخول بها، وقد قال ابن عرفة بعد نقله كلام الأم: فمن أنصف علم أن لفظها في لزوم الثلاث في ثم والواو ظاهر أو نص فيمن بنى أو لم يبني، وهو مقتضى مشهور المذهب [فيمن¹⁶⁶⁴] أتبع الخلع طلاقًا، وناقش ابن شاس وابن الحاجب في تخصيصهما ذلك بمن بنى بها، وناقش ابن عبد السلام أيضًا؛ لأن في كلامه ميلا لقبول كلامهما، وناقشه فيما تمسك به لهما من كلام البراذعي، وأطال الكلام في ذلك فراجع إن أردته. والله أعلم.

فائدة: قال القرافي في الفرق الثاني والستين بعد المائتين: حكى صاحب مجالس العلماء أن الرشيد كتب إلى قاضيه أبي يوسف هذه الأبيات وبعث بها إليه يمتحنه بها:

فان ترفقي يا هند فالرفق أيمن وإن تخرقي يا هند فالخرق أشأم

59

الحديث

¹⁶⁶⁰ س - ظاهر تقرير الدردير وعليش أن لفظ قائل بالتوتين.

¹⁶⁶¹ س - إن وصل وفي لزومه نسخة.

¹⁶⁶² - ساقطة من المطبوع ووردت في التهذيب، ج 2 ص 350.

¹⁶⁶³ - في المطبوع رأي وما بين المعقوفين من التهذيب، ج 2 ص 350.

¹⁶⁶⁴ - في المطبوع فمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 59 ويم 30 والشيخ 56 وما يابى 40.

نص خليل وبلا عطف ثلاث في المدخول بها كغيرها إن نسقه إلا لنية تأكيد فيهما في غير معلق بمتعدد.

متن الخطاب

فأنت [طلاق¹⁶⁶⁵] والطلاق عزيمة ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم
فبينني بها إن كنت غير رفيقة وما لامرئ بعد الثلاث مقدّم

وقال له إذا نصبنا ثلاثا ما يلزمه؟ وإذا رفعناه كم يلزمه؟ فأشكل عليه ذلك، وحمل الرقعة إلى الكسائي وكان معه في الدرب، فقال له الكسائي اكتب له في الجواب يلزمه بالرفع واحدة، وبالنصب ثلاث؛ يعني أن الرفع يقتضي أن ثلاثا خبر عن المبتدأ الذي هو الطلاق الثاني ويكون منقطعا عن الأول، فلم يبق إلا قوله أنت [طلاق¹⁶⁶⁶] فيلزمه واحدة، وبالنصب يكون تمييزا لقوله: "فأنت [طلاق¹⁶⁶⁷]" فيلزم الثلاث، فإن قلت إذا نصبناه أمكن أن يكون تمييزا عن الأول كما قلت، وأمكن أن يكون منصوبا على الحال من الثاني؛ أي الطلاق معزوم عليه في حال كونه ثلاثا أو تمييزا فلم خصصته بالأول؟ قلت: الطلاق الأول منكر يحتمل تنكيره جميع مراتب الجنس وأعداده وأنواعه من غير تنصيص على شيء من ذلك لأجل التنكير، فاحتاج للتمييز ليحصل المراد من ذلك المنكر المجهول.

وأما الثاني فمعرفة استغنى بتعريفه واستغراقه الناشئ عن لام التعريف عن البيان فهذا هو المرجح، ويحكى عن الرشيد أنه بعث بهذه الرقعة أول الليل، وبعث أبو يوسف الجواب بها أول الليل على حاله، وجاءه من آخر الليل بغال [موسقة¹⁶⁶⁸] قماشا وتحفا جائزة على الجواب، فبعث بها أبو يوسف إلى الكسائي ولم يأخذ منها شيئا بسبب أنه الذي أعانه على الجواب فيها. انتهى. ونقل ابن عرفة في هذا الباب كلام القرافي المذكور برمته ولم يزد عليه شيئا، ونقل الحكاية أيضا ابن هشام في المغني في الكلام على أل. والله أعلم.

ص: وبلا عطف ثلاث في المدخول بها كغيرها إن نسقه إلا لنية تأكيد فيهما ش: يعني إذا كرر/ الطلاق بلا عطف فقال أنت طالق أنت طالق أنت طالق يلزمه الثلاث في المدخول بها إلا أن ينوي بذلك التأكيد، وكذا يلزمه الثلاث في غير المدخول بها بشرط أن يكون نسقه ولم ينو التأكيد على المشهور خلافا للقاضي إسماعيل. قال في التوضيح: إذا كانت الزوجة غير مدخول بها، وكان كلامه متتابعا بأن قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق نسقا فالمشهور أنه يلزمه الثلاث إلا أن ينوي التأكيد، واحترز بمتتابع مما إذا لم يتابعه فإنه لا يلزمه إلا واحدة بالاتفاق لبيّنونتها بالأولى فلم تجد الثانية لها محلا، وإليه أشار بقوله -يعني ابن الحاجب-: وإلا فواحدة فمقابل المشهور للقاضي إسماعيل، ومنشأ الخلاف هل الكلام بآخره؟ وكأنه قال أنت طالق ثلاثا أو بمجرد قوله أنت طالق قد بانتهى فلا يمكن وقوع الثانية بدليل أن له أن يتزوج خامسة أو أختها بإثر نطقه بالقاف من قوله أنت طالق من غير مهلة، ومثل هذه المسألة ما لو أتبع الخلع طلاقا هل يلزمه أم لا؟ انتهى. ومسألة من أتبع الخلع طلاقا ذكرها في المدونة في كتاب إرخاء الستور في ترجمة ما جاء في الصلح، ونصها: وإذا أتبع الخلع طلاقا من غير صمات نسقا لزم، فإن كان بين ذلك صمات أو كلام يكون قطعاً لذلك لم

60

الحديث

1665 - في المطبوع طالق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 59 وم 23 ويم 30 والشيخ 56 وما يابى 40.

1666 * - في المطبوع وما يابى 40 وم 23 والشيخ 56 طالق وما بين المعقوفين من سيد 10 ويم 30.

1667 * - في المطبوع وما يابى 40 وم 23 طالق وما بين المعقوفين من سيد 10 والشيخ 56 ويم 30.

1668 - في المطبوع موثقة وما بين المعقوفين من سيد 10 ويم 30 وما يابى 40 والشيخ 57.

متن الخطاب يلزمه الطلاق الثاني. انتهى. قال أبو الحسن: لأنه لما أتبع الخلع الطلاق نسقا علمنا أن الطلاق الذي كان في قلبه وأراد إيقاعه اثنتان، وقال القاضي إسماعيل: لا يلزم الطلاق الثاني وإن كان نسقا، وقوله "وإن كان بين ذلك صمات" إلى قوله لم يلزم، الشيخ لأنه لما فصل بينهما بالصمات علمنا أن الطلاق الذي كان في قلبه وأراد إيقاعه واحدة، وقال أبو حنيفة والنخعي وحماد يلزم الطلاق الثاني متى أوقع داخل العدة وقوله وإن كان بين ذلك صمات يعني اختيارا تحرزا من الصمات لأجل العطاس والسعال. انتهى كلام أبي الحسن في الكبير وفي الصغير نحوه، وزاد بعد قوله: والسعال وشبه ذلك فإنه في حكم الاتصال. انتهى.

وقال ابن ناجي في شرح المدونة بعد قوله في المدونة: وإن كان بين ذلك صمات اختيارا: احترازا من الصمات لأجل العطاس والسعال. قاله المغربي. وهو بين، ويشهد له ما ذكره في الأيمان في الاستثناء. انتهى. وظاهر كلام اللخمي أن القول بعدم لزوم الطلاق مخرج في هذه المسألة أعني مسألة من أتبع الخلع طلاقا من قول القاضي إسماعيل في المسألة الأولى أعني مسألة من كرر الطلاق بلا عطف في غير المدخول بها، وظاهر كلام ابن الحاجب أنه منصوص له فيها أيضا كما صرح به الشيخ أبو الحسن في كلامه المتقدم، وصرح بذلك أيضا ابن ناجي في شرح مسألة المدونة المتقدمة في مسألة من أتبع الخلع طلاقا، ونصه: ما ذكره إذا كان نسقا هو المشهور، وقال إسماعيل لا يلزمه ذكره في هذه وفيمن قال للتي لم يدخل بها أنت طالق أنت طالق أنت طالق. نقله اللخمي.

وقال ابن عبد السلام: الخلاف فيمن أتبع الخلع طلاقا ليس بمنصوص عليه يريد إنما لإسماعيل القاضي النص في مسألة غير المدخول بها ويجري قوله في الخلع. ذكره معترضا على ابن الحاجب في إطلاقه الخلاف في ذلك، وليس كذلك لما قلناه. انتهى. وما ذكره ابن عبد السلام من الاعتراض على ابن الحاجب نحوه في التوضيح، ولم يتعقب ابن عرفة كلام ابن عبد السلام، بل اختصاره لكلام اللخمي يقتضي ظاهره أنه مخرج فيها لا منصوص، ونص كلامه: وتخرجه -يعني اللخمي- إلغاء طلاق الحنث كإلغاء الطلاق المتبع للخلع على قول إسماعيل القاضي بإلغاء ما زاد على الواحدة في قوله قبل البناء أنت طالق أنت طالق يرد، وأطال الكلام في الرد عليه، ولا بن عبد السلام مع اللخمي وابن عرفة معهما مناقشة في غير ما اعترض به ابن عبد السلام على ابن الحاجب، وأطال الكلام في ذلك فراجع في باب الخلع إن أردته. والله أعلم.

فرع: إذا قال أنت طالق ثلاثا أنت/ طالق ثلاثا إن فعلت كذا فقال مالك يلزمه بقوله الأول والثاني [ندم،¹⁶⁶⁹] وقال ابن القاسم يحلف ما كان ذلك منه إلا تكرارا ثم هو على يمينه. اللخمي: وهو أبين. انتهى. وقال ابن عرفة: وفي سماع ابن القاسم من قالت له امرأته وعنده شهود ائذن لي أذهب لأهلي فقال أنت طالق ألبتة أنت طالق ألبتة أنت طالق ألبتة إن أذنت لك قد طلقت عليه فقال إنما أردت أن أسمعها وأردد اليمين ولم أقطع كلامي. فقال مالك: ما أظنها [إلا¹⁶⁷⁰] بانته منه وفيه ما

61

1669 - في المطبوع لازم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 61 وم 24 ويم 31 والشيخ 58 وما يابى 41.

1670 - في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 61 وم 24 ويم 31 والشيخ 58 وما يابى 41.

وَلَوْ طَلَّقَ فَقِيلَ لَهُ مَا فَعَلْتَ فَقَالَ هِيَ طَالِقٌ فَإِنْ لَمْ يَنْوَ إِخْبَارَهُ فَفِي لُزُومٍ طَلْقَةٍ أَوْ اثْنَتَيْنِ قَوْلَانِ.

نص خليل

تري [من] ¹⁶⁷¹ [الإشكال وما هو [بالبين] ¹⁶⁷² ابن القاسم يحلف ما أراد إلا أن يفهمها، والقول قوله ولا حنث عليه. ابن رشد: الواجب على المشهور من رعي البساط أن لا يلزمه طلاق ولا حلف لأن سؤالها الإذن لأهلها دليل عليه لا تبديل الطلاق ولو سأله تبديله فقال ذلك اللفظ بعينه بانته منه بالثلاث قولاً واحداً، وعلى مذهبه في المدونة لا يمين عليه. قال فيها: من قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق إن دخلت الدار أنه ينوي إن دخلتها في أنه إنما أراد واحدة فلم ير عليه طلاقاً إلا أن تدخل الدار. انتهى باختصار. [وهذه المسألة ¹⁶⁷³] في رسم كتب عليه ذكر حق من السماع المذكور من كتاب الأيمان بالطلاق. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: ولو طلق فقيل له ما فعلت فقال هي طالق فإن لم ينو إخباره ففي لزوم طلاق ¹⁶⁷⁴ اثنتين قولان ش: قال في أول كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة: ومن طلق زوجته فقال له رجل ما صنعت فقال هي طالق فإن نوى إخباره فله نيته. قال في التنبيهات: نص على النية وسكت عن غيرها، وظاهر [المسألة ¹⁶⁷⁴] أنه إن لم ينو شيئاً يلزمه الثلاث، وذهب بعض الشيوخ إلى أنه لا يلزمه شيء إذا لم ينو شيئاً لقريضة السؤال. انتهى.

قال أبو الحسن الصغير: ومنهم اللخمي لأنه قال: وإن عدم البينة لم يكن عليه سوى تلك الطلقة؛ لأن بساط جوابه على السؤال الذي يسأل عنه ما صنع فيه فأخبر عنه، ولا يحتمل أنه أضرب عن السؤال وابتدأ طلاقاً. انتهى. وقال الرجراجي: إن نوى إخباره بنيته فلا تخلو هذه المرأة من أن يدخل بها زوجها أو لم يدخل، فإن لم يدخل بها فلا شيء عليه ولا يلزمه إلا طلاقاً واحدة، وإن دخل بها فلا يخلو من أن يقول فيه هي مطلقة أو قال هي طالق، فإن قال هي مطلقة فلا يلزمه غير الطلقة الأولى باتفاق؛ لأن قوله هي مطلقة إخبار، وإن قال هي طالق فلا يخلو من أن يدعي نية أو لا يدعيها، فإن ادعى نية وقال أردت الإخبار [وأنها ¹⁶⁷⁵] هي ذات الطلاق فإنه يقبل قوله باتفاق المذهب، وهل يقبل قوله بيمين أو بغير يمين؟ فالمذهب على ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يمين عليه جملة، والثاني أنه يحلف جملة.

والثالث يفرق بين أن يتقدم له فيها طلاق أم لا، فإن تقدمت له فيها طلاق فإنه يحلف عند إرادة الرجعة، [وإن ¹⁶⁷⁶] لم يتقدم له فيها طلاق فلا يمين عليه، والأقوال الثلاثة لأصحابنا المتأخرين، فإن لم يدع النية وعدمها فهل تلزمه طلاقاً أخرى فالمذهب على قولين أحدهما أنه [يلزمه ¹⁶⁷⁷] تطليقة أخرى، وهو ظاهر قوله في المدونة: فإن نوى إخباره. وإليه ذهب القاضي أبو الفضل، والثاني لا شيء عليه غير التطليقة الأولى وهو قول اللخمي. انتهى. وقال في التنبيهات ولو قال في جوابه للرجل قد طلقتها لم يحتج إلى نية ولا يمين نوى الإعلام أو لم ينو لأنه إنما أخبر عن شيء فعله. انتهى. وقال أبو الحسن الصغير: ولو كان إنما قال له قد طلقتها لكان لا

الحديث

1671 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 61 وم 24 ويم 31 والشيخ 58 وما يابى 41.

1672 - في المطبوع باليمين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 61 وم 24 ويم 31 والشيخ 58 وما يابى 41.

1673 - ساقطة من المطبوع وم 24 والشيخ 58 وما يابى 41 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 61 ويم 31.

1674 - في المطبوع والشيخ المدونة وما بين المعقوفين من م 24 وسيد 11 ويم 31 وما يابى 42.

1675 - في المطبوع وإنما وما بين المعقوفين من م 24 ويم 31 وسيد 11 وما يابى 42.

1676 - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من م 31.

1677 - في م 31 تلزمه طلاق.

نص خليل

وَنَصْفَ طَلْقَةٍ أَوْ طَلْقَتَيْنِ أَوْ نَصْفِي طَلْقَةٍ أَوْ نَصْفَ وَثُلْثَ طَلْقَةٍ أَوْ وَاحِدَةً فِي وَاحِدَةٍ أَوْ مَتَى مَا فَعَلْتُ وَكَرَّرَ أَوْ طَالِقُ أَبَدًا طَلْقَةً وَاثْنَتَانِ فِي رُبْعَ طَلْقَةٍ وَنَصْفَ طَلْقَةٍ وَوَاحِدَةً فِي اثْنَتَيْنِ وَالطَّلَاقُ كُلُّهُ إِلَّا نَصْفَهُ وَأَنْتَ طَالِقٌ إِنْ تَزَوَّجْتُكَ ثُمَّ قَالَ كُلُّ مَنْ أَتَزَوَّجُهَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ فَهِيَ طَالِقٌ وَثَلَاثُ فِي إِلَّا نَصْفَ طَلْقَةٍ [أو¹⁶⁷⁸ س] اثْنَتَيْنِ فِي اثْنَتَيْنِ.

متن الخطاب شيء عليه لأن قوله قد طلقتها خبر، وليس بإيقاع طلاق مبتدأ، وكذلك قوله [طلقتها¹⁶⁷⁹] مثل قوله قد طلقتها ليس فيه إيقاع طلاق مبتدأ ولو كان الطلاق الذي أوقعه قبل البناء طلاقاً ثم سأله فقال هي طالق فلا شيء عليه لأنه إنما أوقع طلاقاً على غير زوجة لأن الطلقة تبينها، وكذلك لو كان دخل بها وكان الطلاق الذي أوقعه طلاق الخلع. انتهى. وانظر مسألة من قيل [له¹⁶⁸⁰] أطلقت امرأتك فقال نعم مثل ما طلقت امرأتك في آخر سماع عيسى، ومسألة من قال لزوجته يا مطلقة في رسم النذور من سماع أصبغ من كتاب الأيمان بالطلاق وانظر النوادر في آخر كتاب طلاق/ السنة وكلام ابن عرفة في الركن الثالث الذي هو القصد، وكلام المدونة في قوله أردت الكذب بقولي حرام. ص: ونصف طلاق [الخ¹⁶⁸¹] ش: قال ابن عرفة: وفيها من طلق [نصف¹⁶⁸²] طلاقاً لزمه طلاق ابن شهاب ويوجب ضرباً. ابن عبد السلام: اختلف العلماء في ذلك منهم من كمل عليه التجزئة إما احتياطاً، وإما لأنه رآه هازلاً ومنهم من لم يلزمه ذلك وهذا القول خارج المذهب، وكأنه أجرى على مهيح الدليل لعدم استلزام الجزء الكل. قال ابن عرفة: قلت: قوله منهم من لم يلزمه ذلك يقتضي عدم شذوذ قائله، وقال ابن المنذر: أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن من طلق زوجته نصف تطليقة أنها تطليقة واحدة، وقال ابن القصار في عيون الأدلة: حكى عن داود أن من قال لزوجته أنت طالق نصف تطليقة لا يقع عليه شيء، والفقهاء على خلافه. قلت: وتقرر في أصول الفقه أن ندور المخالف مع كثرة المجمعين لا يقدح في كون إجماعهم حجة، ومثل هذا لا ينبغي أن ينقل بتلك العبارة، واستدلالة على ترجيحه بعدم استلزام الجزء للكل يرد بأنه ليس منه بل من باب إبطال الكل بإبطال جزئه، وهذا لأن الطلقة إنما هي عبارة عن إبطال جزء حكمي من العصمة المجزأة ثلاثة أجزاء للحر وجزئين للعبد عندنا، فمن طلق بغض طلاقاً أبطل ذلك الجزء، وبطلان الجزء يبطل الكل ضرورة. انتهى. ص: أو واحدة في واحدة ش: قال ابن عرفة: الشيخ عن ابن سحنون عنه في أنت طالق واحدة في

62

الحديث

1678 س - واثنتین نسخة.

1679 - في المطبوع طلقها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 61 وم 24 ويم 32 والشيخ 59 وما يابى 42.

1680 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 61 وم 24 ويم 32 والشيخ 59 وما يابى 42.

1681 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 62 وم 24 ويم 32 والشيخ 59 وما يابى 42.

1682 - في المطبوع بعد (وفي الشيخ 59 وم 24 وما يابى 42 بعض طلاقاً) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 62 ويم 32.

نص خليل

أَوْ كُلَّمَا طَلَّقْتُكَ أَوْ مَتَى مَا أَوْ إِذَا مَا طَلَّقْتُكَ أَوْ وَقَعَ عَلَيْكَ طَلَاقِي فَأَنْتَ طَالِقٌ وَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً.

متن الخطاب

واحدة [واحدة¹⁶⁸³] واثنين في اثنتين [أربعة^{1684*}] تبين منها بثلاث، وكذا بقية هذا المعنى. قلت: هذا إن كان عالماً بالحساب أو قصده ولو لم يعلمه وإلا فهو ما نوى، وإن كان مستفتياً أو علم من قرائن الأحوال عدم قصده معنى الضرب كقول من علم جهله من البادية أنت طالق طلقتين في طلقتين وقال أردت طلقتين فقط. انتهى.

63

ص: أو كلما حضت ش: يعني يلزمه الثلاث، ومثله كلما جاء شهر فأنت طالق فابن القاسم/ ينجز عليه الثلاث وسحنون يلزمه [اثنتان،¹⁶⁸⁵] وفرع عليهما في الجواهر فرعين: الأول: من قال لأربع نسوة له حوامل من وضعت منكن فصاحبها طالق. قال: فعلى المشهور -أعني قول ابن القاسم- يلزمه الثلاث في كل واحدة وعلى الشاذ يلزمه في الأولى ثلاث وكذا الرابعة، وأما الثانية فطلقة واحدة بوضع الأولى ثم تبين بوضعها، وأما الثالثة فيقع عليها طلقتان بوضع الأولى والثانية ثم تبين بوضعها، وأما الأولى فوضعها لا يقع عليها بسببه شيء وإنما يقع عليها الطلاق بوضع صواحبه. قال: ولو قال من وضعت منكن فالبواقي طالق وأراد غير من وضع فلا طلاق على الأولى، وحكم الثلاث ما تقدم. قال البرزلي بعد نقله قول سحنون: وهذا أوضح إن وضعن على التعاقب، ولو جهل الترتيب فالاحتياط يلزم كل واحدة ثلاثة، ولو اتحد الوقت في ولادتهن فالظاهر إلزام كل واحدة طلقة؛ لأن كل واحدة تقدر في صواحبه [مرة¹⁶⁸⁶] ويكون ذلك كلا لا كلية. والله أعلم. انتهى. والفرع الثاني إذا قال لها إذا وضعت فأنت طالق فوضعت ولدا وبقي في بطنها ثان فهل ينجز الطلاق بوضع الأول، أو يقف التنجيز على وضع الثاني؟ وفي ذلك قولان. انتهى. وانظر المسألة في الشامل. ص: أو كلما أو متى ما أو إذا ما طَلَّقْتُكَ أَوْ وَقَعَ عَلَيْكَ طَلَاقِي فَأَنْتَ طَالِقٌ وَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً ش: هو ظاهر التصوير من كلام الشارح وابن غازي.

مسألة تتعلق بشيء من الألفاظ المذكورة: رأيت كتاباً يشتمل على نوازل [لجماعة¹⁶⁸⁷] من متأخري الأندلسيين كالشيخ أبي إسحاق الشاطبي والأستاذ أبي القاسم بن سراج والأستاذ أبي عبد الله السرقسطي والأستاذ أبي عبد الله الفخار وغيرهم ما نصه: وسئل الأستاذ أبو القاسم بن سراج فيمن طلق امرأته ثلاثاً، ثم قال بعد إيقاعه الطلاق متى حللت حرمت ثم تزوجت هذه المطلقة بعد ذلك وفارقها زوجها الثاني، والأول يريد تزويجها هل له ذلك أم لا؟ فأجاب له أن يراجعها. قاله ابن سراج. انتهى. والظاهر أنه يفصل في ذلك فإن أراد بقوله متى حللت حرمت أنها إذا حللت له بعد زواجها زوجها غيره فهي حرام عليه وأن تزويجها لا يحلها فلا يلزمه شيء كما قال المفتي وإن أراد أنها إذا حللت بعد زوج فإن تزويجها فهي حرام فيلزمه التحريم فيها، ويفصل فيه بين إن وكلما

الحديث

1683 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 62 وم 25 وبم 32 والشيخ 60 وما يابى 43.
1684 * - في المطبوع وأربعة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 62 وبم 32 وم 25 والشيخ 60 وما يابى 43.
وعلق عليها الشيخ محمد سالم عدود ب كذا في النسخ والصواب في مثل هذا التجريد من التاء.
1685 * - في المطبوع اثنتين وما بين المعقوفين من م 25 وبم 32 وما يابى 43 والشيخ 60.
1686 - في المطبوع مدة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 63 وم 25 وبم 32 والشيخ 60 وما يابى 43.
1687 - في المطبوع وم وسيد الجماعة وما بين المعقوفين من م 32 وما يابى 43 والشيخ 61.

ومتى، ويأتي الكلام الذي في هذه الحروف، والمتبادر من اللفظ إنما هو المعنى الأول؛ وهو أن الحالف لما طلقها ثلاثا وحرمت عليه، وكانت حرمة نكاحها ترتفع بزواجها أراد أن يبطل ذلك، وأنه إذا حل زواجها له بعد زوج تصير عليه حراما كما كانت، هذا هو الظاهر من اللفظ، وإذا كان كذلك فلا يلزمه شيء لأنه بمنزلة من حرم تزويج امرأته على نفسه فإنها لا تحرم عليه، وقد ذكر ابن سهل مسألة تشبه هذه، أو هي أقوى من هذه قال: وكتبت إليهم فيمن قال لزوجته أنت طالق ثلاثا إن كنت لي زوجة قبل زوج أو بعد زوج هل تحرم للأبد؟ وكيف إن طلقت عليه ثلاثا فتزوجها بعد زوج؟ فكتب [إلي] ¹⁶⁸⁸ ابن عتاب لا تحرم عليه [للأبد] ¹⁶⁸⁹، وله نكاحها بعد زوج إن شاء الله [تعالى] ¹⁶⁹⁰ إلا أن يكون أراد بقوله أو بعد زوج إن تزوجها بعد زوج فهي طالق ثلاثا، فإن أراد هذا أو عقد عليه حلفه فلا سبيل له إليها والله الموفق للصواب.

وقال ابن القطان متى طلقت عليه بالبتة فلا تحرم عليه إن تزوجها بعد زوج وله ذلك إن شاء الله [تعالى] ¹⁶⁹¹ وقال ابن مالك: إذا طلقت عليه الزوجة بعد زوج ثم تزوجها بقيت له زوجة [إن شاء الله تعالى] ¹⁶⁹²، وانظر جواب ابن مالك، والظاهر أن فيه تقدما وتأخيرا، وصوابه إذا طلقت عليه ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج. والله أعلم. وجواب ابن عتاب أتم من جوابيهما والتفصيل الذي [فيه] ¹⁶⁹³ يأتي في مسألتنا فلا يلزمه الحنث فيها بعد زوج إلا إذا حلف على ذلك الوجه وعقد عليه يمينه، وأما إذا لم تكن له نية أو نوى الوجه الأول فلا يلزمه شيء. والله أعلم.

وفي ابن سهل جواب القاضي أبي محمد وأبي القاسم بن/ سراج وكان أحد المشاورين فلعله هو المجيب في هذه المسألة فيكون عمدة. والله [تعالى] ¹⁶⁹⁴ أعلم. وفي البرزلي في مسائل الأيمان مسائل من هذا المعنى، ونصه: سئل المازري عن طلق زوجته ثلاثا والتزم عدم ردها بعد زوج ولا تكون له بزوجة ما دامت الدنيا؟ فأجاب إن قال لا أردّها قولاً مجرداً من غير تعليق ما يوجب تحريمها ولا فهمته البينة عنه، وليس في سياق كلامه وقرائن أحواله ما يدل على ما ذكرناه فلا تحرم عليه. انتهى. وسئل المازري [أيضا] ¹⁶⁹⁵ عن كلم في تزويج بعض قرابته ثم بلغه عن أبيها قبيح فقال متى ما تزوجتها فهي طالق ثلاثا وأردف وهي عليه حرام فما يلزمه من ذلك، وهل تحل له بعد زوج أم لا؟ فأجاب متى تزوجها طلقت عليه ثم إن تزوجها بعد زوج نظر في قوله متى ما، فإن أراد كلما [تزوجتها] ¹⁶⁹⁶ تكرر عليه الحنث وإن أراد مرة واحدة فلا يتكرر. انتهى. ومنه سئل أبو الحسن بن خلف عن طلق زوجته ثلاثا ثم وقعت بينهما خصومة فقال هي علي حرام ثم أراد الآن تزويجها بعد زوج هل له ذلك أم لا؟ فأجاب إن علق التحريم عندما ذكر له ارتجاعها أو عيب عليه تطليقها، أو رأى في الخصومة

64

الحديث

- 1688 - في المطبوع إليه وما بين المعقوفين من م 25 ويم 33 وسيد 11.
 1689 - في المطبوع الأبد وما بين المعقوفين من م 25 ويم 33 وسيد 11 ومايaby 44.
 1690 - ساقطة من المطبوع وم 25 والشيخ 61 ومايaby 44 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 63 ويم 33.
 1691 - ساقطة من المطبوع وم 25 والشيخ 61 ومايaby 44 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 63.
 1692 - في م 25 وسيد 11 والشيخ 61 إن شاء الله انتهى وانظر.
 1693 - ساقطة من المطبوع والشيخ 61 ومايaby 44 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 63 ويم 33 وم 25.
 1694 - ساقطة من المطبوع وم 25 والشيخ 61 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 64 ويم 33 ومايaby 44.
 1695 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 64 ويم 33 والشيخ 61 ومايaby 44.
 1696 - في المطبوع تزوجها وم 25 والشيخ 62 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 64 ويم 33 (وفي مايaby 44 كلما تزوجها).

نص خليل

أَوْ إِنْ طَلَّقْتِكِ فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا وَطَلَّقَهُ فِي أَرْبَعٍ قَالَ لَهُنَّ بَيِّنُكُنَّ [طَلَّقَهُ¹⁶⁹⁷ س] مَا لَمْ يَزِدْ
[الْعَدَدُ¹⁶⁹⁸ س] عَلَى الرَّابِعَةِ.

متن الخطاب

ما يكرهه أو علم منه أنه أراد إن تزوجها فتحرم عليه بعقد نكاحها ثانية ولا تحل له إلا بعد زوج. قلت: وكان شيخنا الشيخ أبو محمد الشيبيني يحكي بسنده عن ابن قداح أنه يفتي بعدم اللزوم قال لأن العامة لا تعرف التعليق ولا تقصده، وحكاها شيخنا الإمام عن شيخنا الفقيه القاضي أبي حيدرة، وكان أولاً يختار اللزوم، وهو الذي حكاها في مختصره ويقول العامة تقصد التعليق، ولكن لا تعرف أن تكني عنه ثم شهدته رجع إلى الفتوى بهذا في وسط عمره وآخره، ورأيت بخطه كذلك بعد أن حكي فيه ما تقدم، وقال إن أخذ السائل بالرخصة لم أعبه وسلوكه الآن أتباعه من بعده. انتهى. ومنه سئل الفقيه أبو علي القوري فيمن قال لامرأته أنت حرام علي في الدنيا والآخرة؟ فأجاب بأن له نكاحها بعد زوج، وكان يلزم أن يكون مع ذلك الظهار؛ لأنه لازم قوله كما لو قال لها أنت [علي حرام مثل أمي.¹⁶⁹⁹] انتهى.

مسألة: ذكرها في النوازل المتقدم ذكرها وهي: سئل ابن سراج في رجل قصد غشيان زوجته فلم تطاوعه فقال لها في الحين هي حرام علي في هذه الساعة، وخرج عن السرير حيث كان معها مضطجعا فما يجب عليه في قوله هذا؟ فأجاب الحمد لله ذكر موصله أنه الحالف، وأنه لم ينو بقوله هي عليه حرام طلاقا ولا تحريما، وإنما أراد الامتناع منها في الحال، والجواب أنه لا يلزمه لعدم النية على الصحيح. قاله ابن سراج.

مسألة: قال البرزلي: من قيل له تزوج فلانة فقال الذمام لا أتزوجها فلا تحرم بذلك فإن أراد بذلك ذمة الله تعالى فهي يمين فيكفر عن يمينه إذا تزوجها، وإن أراد ذمة الناس التي تجري على ألسنتهم فليس بيمين. انتهى.

ص: أو إن طلقته فأنت طالق قبله ثلاثا ش: قال ابن عرفة: قال ابن شاس: من قال إن طلقته فأنت طالق قبله ثلاثا ألغى لفظ قبله، وإن طلقها لزمه الثلاث.

قلت: قال الطرطوشي: هذه المترجمة بالسريجية، قال دهماء الشافعية لا يقع عليه طلاق أبدا، وهذا قول ابن سريج، وقال طائفة منهم يقع المنجز دون المعلق منهم أبو العباس المروزي وأبو العباس القاضي، وقال طائفة يقع مع [المنجز¹⁷⁰⁰] تمام الثلاث من المعلق. قاله أبو حنيفة، ومن الشافعية أبو عبد الله المعروف بالحسن وغيره وأبو نصر بن الصباغ من خيار متأخريهم وهذا الذي نختاره، وليس لأصحابنا في هذه المسألة ما نعول عليه، ولما لك ما يدل على تصحيحها وهو عدم قبوله شهادة عدلين على من أعتقهما أنه غصبهما لمن ادعاهما لأن ثبوتها يؤدي إلى نفيها وعدم قبول شهادتهما

الحديث

1697 س - طلقه إن نواها نسخة.

1698 س - ما لم يزد على الرابعة نسخة.

1699 - في المطبوع أنت حرام علي مثل أبي وم25 والشيخ62 وما بين المعقوفين من ن عدود ص64 ويم33 وما يابى44.

1700 - في المطبوع المنجزة وما بين المعقوفين من ن عدود ص64 ويم33 وم26 والشيخ62 وما يابى45.

65 بدين/ يبطل عتقهما ووقع له ما يدل على خلاف هذا وهو ثبوت ما يؤدي إلى نفيه منه قوله من أعتق ولده أو والده في مرضه بتلا صحت عتقه وورثه مع أن إرثه يؤدي إلى نفيه؛ لأن العتية في المرض كالوصية لا تصح لو ارث فثبوت إرثه يبطل العتية له وبطلان العتية [له¹⁷⁰¹] يبطل حرته، وبطلان حرته يبطل إرثه. انتهى. وقال القرافي في الفرق [الثالث: ¹⁷⁰²] قال أصحابنا إذا قال إن وقع عليك طلاقى فانت طالق قبله ثلاثا لزمه أي عدد طلق منجزا حملنا معه الثلاث، وقال الغزالي في الوسيط: لا يلزمه شيء عند ابن الحداد لأنه لم يقع مشروطه وهو تقدم الثلاث، ولو وقع مشروطه لمنع وقوعه لأن الثلاث تمنع ما بعدها فيؤدي إثباته إلى نفيه ولا يقع. قال: والبحث في هذه المسألة مبني على ثلاث قواعد: أن من شرط [الشرط¹⁷⁰³] إمكان اجتماعه مع المشروط؛ لأن حكمة السبب في ذاته وحكمة الشرط في غيره، فإذا لم يمكن اجتماعه معه لم تحصل فيه حكمة. الثانية: أن اللفظ إذا دار بين المعهود في الشرع وغيره حمل على المعهود في الشرع لأنه الظاهر.

الثالثة: أن من تصرف فيما يملك وما لا يملك نفذ تصرفه فيما يملك دون ما لا يملك. إذا تقررت هذه القواعد فقوله: "إن طلقك" إما أن يحمل على اللفظ أو على المعنى الذي هو التحريم، فإن حمل على اللفظ فهو خلاف الظاهر والمعهود العرفي، فيلزم مخالفة القاعدة الأولى، وإن حمل على التحريم وأبقينا التعليق على صورته تعذر اجتماع الشرط مع مشروطه، وهو خلاف القاعدة الثانية التي هي المشروط، وهو ما وقع به التباين، فإن أوقع واحدة أسقطنا واحدة؛ لأن اثنتين يجتمعان مع واحدة، وإن أوقع اثنتين أسقطنا اثنتين لأن واحدة تجتمع مع اثنتين، فإذا أسقطنا المنافي وجب أن يلزمه الباقي فتكمل الثلاث، فمن قال امرأته وامرأة جاره طالق تطلق امرأته واحدة، فينفذ تصرفه فيما يملك، كذلك هنا الذي ينافي الشرط لا [يملكه¹⁷⁰⁴] شرعا للقاعدة الأولى، ويسقط كمرأة الغير، وينفذ تصرفه فيما يملكه مما يتناول اللفظ فيلزمه جميع الباقي بعد إسقاط المنافي، فيلزمه الثلاث للقاعدة الأولى، وعلى رأي ابن الحداد يلزمه مخالفة إحدى هذه القواعد الثلاث، وهذه المسألة هي المعروفة بالسريجية، ويحسنها بعضهم بأنه قال بها ثلاثة عشر من أصحاب الشافعي وهو ساقط؛ لأن ثلاثة عشر غير معتد [بهم بالنسبة¹⁷⁰⁵] إلى عدد من قال بخلافهم؛ لأنهم مئون بل آلاف، وكان الشيخ عز الدين بن عبد السلام يقول هذه المسألة لا يصح التقليد فيها، والتقليد فيها فسوق؛ لأن القاعدة أن قضاء القاضي ينقض إذا خالف أربعة أشياء: الإجماع والقواعد والنص والقياس الجلي، وما لا يقر شرعا حرم التقليد فيه؛ لأن التقليد في غير شرع ضلال، وهذه المسألة على خلاف ما تقدم في القواعد، فلا يصح التقليد فيها، وهذا حسن بين ظاهر. انتهى.

1701 * - سقطت من المطبوع ووردت في م26 ومايبي45 وسيد11 وم33.
 1702 * - ولفظ القرافي في الفرق الثالث من فروقه ج1 ص172 المسألة الثالثة مسألة الدور قال أصحابنا إذا قال "إن وقع عليك طلاقى فانت طالق قبله ثلاثا" فطلقها لزمه الثلاث أي عدد طلقه منجزا حملنا عليه الثلاث.
 1703 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص65 وم34 وم26 والشيخ63 ومايبي45.
 1704 * - في المطبوع يملك وما بين المعقوفين من م34 وم26 وسيد11 ومايبي45.
 1705 - في المطبوع به وما بين المعقوفين من ن عدود ص65 وم34 وم26 والشيخ63 ومايبي45.

نص خليل [سَحْنُونٌ¹⁷⁰⁶] وَإِنْ شَرِكَ طَلَقَ ثَلَاثًا ثَلَاثًا وَإِنْ قَالَ أَنْتِ شَرِيكَةٌ مُطْلَقَةٌ ثَلَاثًا وَلِثَالِثَةٍ وَأَنْتِ شَرِيكَتُهُمَا طَلَقْتَ اثْنَتَيْنِ وَالطَّرْفَانِ ثَلَاثًا وَأَدَبَ الْمُجَزَّى كَمُطْلَقٍ جُزْءٍ وَإِنْ كَيَّدَ وَلَزِمَ بِشَعْرُكَ طَالِقٌ أَوْ كَلَامُكَ عَلَى الْأَحْسَنِ لَا بَسْعَالٍ وَبُصَاقٍ وَدَمْعٍ وَصَحَّ اسْتِثْنَاءُ بِلَا إِنْ اتَّصَلَ وَلَمْ يَسْتَفْرِقْ فِي ثَلَاثٍ إِلَّا ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً أَوْ ثَلَاثًا أَوْ الْبَتَّةَ إِلَّا اثْنَتَيْنِ إِلَّا وَاحِدَةً اثْنَتَانِ وَوَاحِدَةً وَاثْنَتَيْنِ إِلَّا اثْنَتَيْنِ إِنْ كَانَ مِنَ الْجَمِيعِ فَوَاحِدَةً وَإِلَّا فَثَلَاثٌ وَفِي الْغَاءِ مَا زَادَ عَلَى الثَّلَاثِ [وَأَعْتَبَارِهِ¹⁷⁰⁷] نَصٌ قَوْلَانِ وَتُجِزُ إِنْ عُلِقَ بِمَا ضَ مُمْتَنِعٍ عَقْلًا أَوْ عَادَةً أَوْ شَرْعًا أَوْ جَائِزٍ كُلُّو جِئْتَ قَضَيْتُكَ.

متن الخطاب ص: سحنون وإن شرك طلقن ثلاثا ثلاثا ش: تبع ابن الحاجب في نسبة هذا لسحنون. قال في التوضيح: ونسبة المصنف له لاحتمال أن لا يوافق عليه ابن القاسم، وجزم في الشامل بموافقته للمذهب، وهو الذي يفهم [من كلام¹⁷⁰⁸] ابن رشد في المسألة [الثالثة¹⁷⁰⁹] من نوازل أصبغ من الأيمان بالطلاق فإنه جعلهما مسألتين، وفرق بينهما، وكذلك ابن عرفة. والله أعلم.

ص: كمطلق جزء وإن كيد ش: قال في الأيمان بالطلاق منها: وإن قال لها يدك أو/ رجلك أو أصبعك طالق طلقت عليه، وكذلك العتق. قال في حاشية المشذالي: قلت لشيخنا -يعني ابن عرفة- وصوبه لو طلق عقلها حرمت بخلاف علمها دليله قولها إذا حدث له جنون لأن العقل مما يستمتع به بخلاف عدم العلم ولو طلق روحها حرمت عليه انظر ابن العربي. انتهى.

ص: وفي إلغاء ما زاد على الثلاث واعتباره قولان ش: استظهر ابن رشد في شرح المسألة الثانية من نوازل سحنون من الأيمان بالطلاق القول باعتباره، وهو الذي رجع إليه سحنون نقله في التوضيح وغيره. قال في التوضيح: وهو الأقرب. ابن عبد السلام: وهو أرجح في النظر. والله أعلم.

ص: ونجز إن علق بماض ممتنع عقلا أو عادة أو شرعا أو جائز كلو جئت قضيتك ش: قول المصنف: "أو جائز" معطوف/ على قوله: "ممتنع" وظاهر كلام المصنف أنه يحث في الممتنع في الشرع ولو كان قادرا عليه ولو قصد المبالغة وهو كذلك؛ لأن غاية ما يقصد بالمبالغة أمر جائز، والمشهور أنه إذا علقه على أمر ماض جائز يحث. قال ابن ناجي: وهو ظاهر المدونة خلافا لابن بشير فيهما. انتهى. يعني في القادر على الفعل، وفي قاصد المبالغة، وذلك لأنه لو كان قادرا على فعله فيما مضى فهو الآن مشكوك في وقوعه؛ لجواز مانع أو تبدل إرادته، كذا علله ابن عرفة، وقال صاحب الجواهر تبعا لابن بشير: إذا علق الطلاق بممتنع عادة وقصد المبالغة لم يحث، والعجب من صاحب الشامل كيف جعل الأصح أنه لا

66

67

الحديث

¹⁷⁰⁶ س - سحنون بفتح السين وضمها وهو منصرف على كل حال وقال عج بفتح السين عند الفقهاء هو الكثير وأما اللغة فالضم اهـ عدوي وفي نسيم الرياض أن المشهور فيه ضم أوله وقد قيل إنها تفتح وتكسر فهو مثلث وأنه ممنوع من الصرف للعلمية وشبه العجمة كما قاله المعري في شرح ديوان البحري هـ منه.

¹⁷⁰⁷ س - وفي إلغاء ما زاد على الثلاث قولان نسخة.

¹⁷⁰⁸ - في المطبوع وكلام وما بين المعقوفين من ن عدود ص 65 وم 26 ويم 36 والشيخ 64 وما يابى 46.

¹⁷⁰⁹ - هكذا في م 26 وما يابى 46 وسيد 11 وفي ن عدود الثانية ص 65.

متن الخطاب يحنث إذا قصد المبالغة في جائز، وجعل الأصح في الجائز الحنث فتأمله. والله أعلم. وأما إذا حلف على أمر ماض واجب فقال ابن ناجي: ظاهر الكتاب أنه لا يحنث. قال: وهو كذلك باتفاق، وصرح به ابن عبد السلام عن بعض المتأخرين وهو خلاف قول أصبغ لو حلف لغريمه لو جئتني أمس قضيتك حقك هو حانث لأنه غيب لا يدري أكان فاعلا أم لا؟ انتهى. وما ذكره من الاتفاق خلاف قول أصبغ سبقه إليه ابن عرفة، وقال لا أعرفه إلا من نقله، وقول ابن الحاجب فيما يأتي في إن صليت. انتهى. يعني أنه لا يعرف الاتفاق إلا من نقل ابن عبد السلام، ثم قال ابن عرفة: هذا إن أراد ناقل الاتفاق الوجوب الشرعي، ولو أراد [العادي]¹⁷¹⁰ لصح الاتفاق فيما أظن كقوله امرأته طالق لو لقيني أمس أسد لفررت منه. انتهى. وما شهره المصنف من الحنث في الجائز. قال ابن الحاجب تبعا لابن شاس: هو قول ابن القاسم.

قال القرافي: وهو خلاف نقل الصقلي عن ابن القاسم ومالك أنه إن أمكن الفعل شرعا لم يحنث وإلا حنث، وخلاف ظاهر الكتاب. قال القرافي: فيحتمل أن يكون سهوا أو ظفر بنقل غريب وترك الجادة، وعلى التقديرين فهو ردي. انتهى من ابن عرفة بعضه باللفظ وبعضه بالمعنى. وحاصل كلام المؤلف أنه إذا علقه بماض ممتنع أو جائز حنث، وهذا القول حكاه في البيان في كتاب الأيمان بالطلاق في رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم في مسألة من قال لمن نازعه وجبذ ثوبه: لا تشقه امرأته طالق لو شققته لشققت جوفك عن أصبغ في الواضحة، وحكى مقابله عدم الحنث مطلقا عن مالك في هذه المسألة، والثالث التفصيل بين ما يجوز فعله فلا يحنث، [أو ما لا يجوز] فعله فيحنث، وهو قول مالك في رواية ابن الماجشون عنه في الواضحة، ودليل قوله في كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة في مسألة الذي حلف لو كان حاضرا لفقأ عين الذي يشتم أخاه أنه حانث، وحكى الثلاثة الأقوال ابن عرفة عن ابن رشد.

وقال شيخنا سيدي أحمد بن عبد الغفار قول المصنف: "ونجز إن علق بماض ممتنع" إلى قوله: "كلو جئت قضيتك" ظاهره أن الطلاق في هذه الصور معلق على جواب لو ولا يخفى أنه ليس كذلك؛ لأن جواب لو في هذه الصور كلها؛ أعني الممتنع بأقسامه والجائز ليس بمعلق عليه شيء أصلا لا طلاق ولا غيره بل هو نفسه [معلق على الشرط كما هو القاعدة]¹⁷¹¹ في أدوات [الشرط،¹⁷¹² وقول القائل الطلاق يلزمي لو كان كذا لكان كذا إنما هو حالف بالطلاق على صدق هذا التعليق المستفاد من الشرطية؛ كأنه يقول الطلاق يلزمي هذه الملازمة صادقة، ولذلك عبر ابن عرفة عن هذه المسألة بقوله: لو حلف به على فعل مرتب على [زمن]¹⁷¹³ ماض لم يقع ففي حنثه ثالثها إن كان فعله ممنوعا. انتهى. فإن قلت فعلى هذا لا تكون المسألة مما علق فيه الطلاق أصلا، [فلأي]¹⁷¹⁴ شيء ذكرها ابن عرفة وغيره في باب التعليق؟ قلت: الحلف

- 1710 - في المطبوع العادم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 67 وم 26 ويم 34 وما يابى 46.
 1711 - في المطبوع معلق عن الشرط كما هو قاعدة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 67 ويم 35 والشيخ 65 وما يابى 47 (وفي م 27 معلق على الشرط كما هو إيقاعه).
 1712 - في المطبوع الشروط وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في م 35.
 1713 - في المطبوع فرض (وفي م 27 على فعل) والشيخ 65 وما يابى 47 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 67 ويم 35.
 1714 - في المطبوع الطلاق أصلا فلا ويم 35 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 67 وم 27 والشيخ 65 وما يابى 47.
 * - في م 35 وما لا يجوز.

نص خليل أو مُسْتَقْبَلٍ مُحَقَّقٍ وَيُشْبِهُ [بُلُوغُهُمَا عَادَةً¹⁷¹⁵ س] كَبَعْدَ سَنَةٍ أَوْ يَوْمٍ مُؤْتَيٍ أَوْ إِنْ لَمْ أَمَسَّ السَّمَاءَ.

متن الخطاب بالطلاق مطلقا ينحل من حيث المعنى إلى التعليق فكأنه في هذه المسائل يقول إن كانت الملازمة غير صادقة فامراته طالق فالطلاق في الحقيقة معلق على عدم صدق الملازمة فجعله معلقا على حال الشرطية المصرح بها في النص فيه مسامحة. والله أعلم. انتهى كلام سيدي أحمد بن/عبد الغفار. 68

فرع: قال ابن رشد في شرح المسألة المذكورة: لو حلف بالطلاق أن يشق كبده إن شق ثوبه في المستقبل لم يختلف في أنه لا شيء عليه إن لم يشق الثوب ولا في أنه يعجل عليه الطلاق إن شقه، ولا يمكن من أن يشق كبده. انتهى.

تنبيه: قال في الشامل: وهل تعليقه مكروه أو ممنوع ويؤدب فاعله؟ خلاف. انتهى يعني تعليق الطلاق. والله أعلم.

ص: أو مستقبل محقق ش: ابن عرفة: وفيها: إن أتى أجل طلاقها بعد أن تزوجها لم تطلق عليه. انتهى. وقاله في التوضيح.

فرع: قال ابن القاسم فيمن قال لامراته أنت طالق إذا قدم الحاج أنها تطلق الساعة لأنه أجل آت، وحمل الكلام على الزمن لا على القدوم كما هو المذهب أيضا في البيع إلى قدوم الحاج. انتهى من ابن عبد السلام عند قول ابن الحاجب: فإن قال بعد قدوم زيد بشهر طلقت عند قدومه. ونقل المسألة في النوادر عن ابن القاسم في المجموعة.

فرع: قال ابن عرفة: ومن قال إذا مات فلان فأنت طالق لزمه الطلاق مكانه، وفي الواضحة عن مطرف وأصبح: إذا خسفت الشمس أو [أمطرت¹⁷¹⁶] السماء لزمه الطلاق بكلامه لأنه أجل آت. ابن حارث: أنت طالق إلى مستهل الهلال أو إلى وقت يأتي على كل حال فهي طالق وقت قوله اتفاقا، وسمع ابن القاسم في العدة أن ناسا اختلفوا فيمن طلق إلى أجل سماه وأن عطاء كان يقول ذلك. فقال مالك: لا أقول له ولا لغيره هذه المدينة دار النبي صلى الله عليه وسلم ودار الهجرة. فما ذكروا أن المطلق إلى أجل يتمتع بامراته إلى ذلك الأجل، فإننا لم ندرك أحدا من علماء الناس قاله، وهذا شبّه المتعة. ابن رشد: قياسه ذلك على المتعة صحيح، واستدلّاه بأنه الذي عليه أهل المدينة دليل على أن إجماعهم عنده حجة فيما طريقه الاجتهاد، والذي عليه أهل التحقيق أن إجماعهم إنما هو حجة فيما طريقه التوقيف، أو أن الغالب منه أنه عن توقيف كنفي زكاة الخضراوات والأذان. انتهى.

وقال في النوادر في ترجمة الطلاق إلى أجل: قال ابن سحنون عن أبيه فيمن قال لزوجته أنت طالق في شهر كذا أو إلى شهر كذا فهو سواء، وهو طلاق إلى أجل، وتطلق الساعة. انتهى. وما قاله في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وكذلك إن لم أطلقك رأس الشهر ألبتة فأنت طالق ألبتة أنه ينجز عليه ألبتة؛ لأن إحدى البتتين عند رأس الشهر لا بد منها؛ لأنه إن طلقها ألبتة فواضح، وإلا وقعت البتة المعلقة فكان بمنزلة من قال أنت طالق رأس الشهر ألبتة، وقد تقدم أن من علق الطلاق مثل هذا يعجل عليه. انتهى.

¹⁷¹⁵ س - بلوغهما إليه عادة نسخة.

¹⁷¹⁶ - في المطبوع مطرت ويم 35 وم 27 والشيخ 66 وما يابى 47 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 68.

متن الخطاب فائدة: لطيفة تتعلق بالكلام على تعليق الطلاق بشهر قال القراني في الفرق الثالث: أنشد بعض الفضلاء:

ما يقول الفقيه أيده الله ولا زال عنده الإحسان
في فتى علق الطلاق بشهر قبل ما قبل قبله رمضان

واعلم أن هذا البيت من نواذر الأبيات وأشرفها معنى وأدقها فهما وأعذبها استنباطاً، لا يدرك معناه إلا العقول السليمة والأفهام المستقيمة والأفكار الدقيقة من أفراد الأذكياء وآحاد الفضلاء والنبلاء بسبب أنه بيت واحد، وهو مع صعوبة معناه ودقة مغزاه يشتمل على ثمانية أبيات في الإنشاء بالتغيير والتقديم والتأخير بشرط استعمال الألفاظ في حقائقها دون مجازاتها مع التزام صحة الوزن على القانون العربي اللغوي، وكل بيت مشتمل على مسألة من الفقه في التعاليق الشرعية والألفاظ اللغوية وتلك المسألة صعبة المغزى وعرة المرتقى. ثم قال: هذا تقرير البيت على هذه الطريقة من التزام/ الحقيقة والوزن، وأما على خلافهما من التزام المجاز وعدم الوزن بأن يكون الكلام نثراً فتصير المسائل والأجوبة تسعمائة مسألة وعشرين مسألة من المسائل الفقهية والتعاليق اللغوية، ثم ذكر في آخر كلامه كيفية وصول ذلك إلى العدد المذكور وقال بعده: وإن زدت في لفظ البعد أو القبل وصل الكلام إلى أربعين ألف مسألة وأكثر على حسب الزيادة فتأمل ذلك فهو من طرف الفضائل والفضلاء والأذكياء والنبهاء.

69

وقال إثر كلامه السابق: وقد وقع هذا البيت لشيخنا الإمام الصدر العالم جمال الفضلاء رئيس زمانه في العلوم وسيد وقته في التحصيل جمال الدين الشيخ أبي عمرو يعني ابن الحاجب بأرض الشام، وأفتى فيه وتفنن وأبدع فيه ونوع رحمه الله تعالى وقدس روحه الكريمة وها أنا قائل لك لفظه الذي وقع بفصه، ونصه: ثم أذكر لك بعد ذلك ما وهب الله تعالى لي من فضله من أمور لم يتعرض لها الشيخ ينبغي زيادتها وإيضاحها ثم ذكر جواب ابن الحاجب الذي في أماليه بلفظه ثم ذكر ما ظهر له فيه وأطال الكلام في ذلك بنحو الثلاث ورقات ثم قال في آخر كلامه وتقريب أجوبة المسائل أن تعلم أن جميع الأجوبة الثمانية منحصرة في أربعة أشهر طرفان وواسطة فالطرفان جمادي الأخير وذو الحجة والواسطة شوال وشعبان وتقريب ضبطها أن جميع البيت إن كان قبل فالجواب بذى الحجة أو بعد فالجواب جمادي الأخيرة أو [تركب¹⁷¹⁷] من قبل [ومن بعد¹⁷¹⁸] فمتى وجدت في الأخير قبل بعده أو بعد قبله فالشهر مجاوز لرمضان فإن كل شهر قبل بعده [وبعد¹⁷¹⁹] قبله فالكلمة الأولى إن كانت حينئذ قبل فهو شوال لأن المعنى قبله رمضان أو بعد فهو شعبان؛ لأن التقدير بعده رمضان وهذا إن اجتمع آخر البيت قبل وبعد فإن اجتمع قبلان أو بعدان وفيهما مخالف لهما ففي البعدين شعبان وفي القبليين شوال فشوال ثلاثة وشعبان ثلاثة فهذه الستة هي الواسطة بين جمادي وذى الحجة. انتهى كلامه باختصار لفظه وتقديم وتأخير. وما ذكره من أن البيت المذكور

1717 - في المطبوع ترك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 69 وم 27 ويم 36 والشيخ 67 وما يابى 48.
1718 - في المطبوع وبعد وم 27 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 69 ويم 36 والشيخ 67 وما يابى 48.
1719 - في المطبوع أو بعد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 69 وم 27 ويم 36 والشيخ 67 وما يابى 48.

نص خليل أو إن لم يكن هذا الحجر حجراً أو لهزله كطالق أمس أو بما لا صبر عنه كأن قُمت.

متن الخطاب يشتمل على ثمانية أبيات، وكل بيت على مسألة، وأن الثمانية الأجوبة منحصرة في الأربعة الأشهر المذكورة إنما هو بالتقديم والتأخير وقبل وبعد كما أشار إلى ذلك في كلامه المتقدم؛ فالأول هو ما أنشده القرافي؛ وهو قوله بشهر [قبل ما¹⁷²⁰] قبل قبله رمضان، والجواب هو ذو الحجة؛ لأن تقدير الكلام بشهر موصوف بأن الذي [قبل¹⁷²¹] قبل قبله أي ذلك الشهر الذي علق عليه الطلاق رمضان وهذا الشهر هو أحد الطرفين، الثاني بشهر بعد ما بعد بعده رمضان والجواب هو جمادي الأخيرة لأن تقدير الكلام علق الطلاق على شهر موصوف بأن الذي بعد [بعد¹⁷²²] بعد أي ذلك الشهر رمضان وهذا الشهر هو الطرف الثاني، الثالث بشهر قبل ما بعد بعده رمضان والجواب هو شعبان لأن القاعدة في ذلك أن كل ما اجتمع فيه منها قبل وبعد فألغهما؛ لأن كل شهر حاصل بعد ما هو قبله وحاصل قبل ما هو بعده فلا يبقى حينئذ بعده إلا رمضان فيكون شعبان أو قبله رمضان فيكون شوال وعلى هذا يتخرج ما فيه قبل وبعد وهذان الشهران - أعني شعبان وشوال - هما الواسطة ويتكرران ثلاث مرات كما تقدم بيانه.

الرابع بشهر قبل ما بعد قبله رمضان والجواب هو شوال بناء على القاعدة التي قبله. الخامس بشهر بعد ما قبل بعده رمضان والجواب هو شعبان؛ لأن المعنى بعده رمضان وهو شعبان. السادس بشهر بعد ما بعد قبله رمضان والجواب هو شعبان أيضاً؛ لأن المعنى بعده رمضان وهو شعبان. السابع بشهر بعد ما قبل قبله رمضان والجواب هو شوال؛ لأن المعنى قبله رمضان وذلك شوال. الثامن بشهر قبل ما قبل بعده رمضان والجواب هو شوال أيضاً لأن المعنى قبله رمضان أيضاً. والله أعلم.

ص: أو إن لم أمس السماء ش: هذا محقق عدم ثبوته، / والأمثلة الأول محقق وقوعها، وانظر إذا قال امرأته طالق إن لم [يوره¹⁷²³] النجوم في النهار هل يحمل على المبالغة، أم على ظاهره؟ وفي الذخيرة في كتاب الأيمان في مدارك البر والحنث قال: المدرك الرابع مقتضى اللفظ لغة. ثم قال: قال أبو الوليد هذا في المظنون، [وأما¹⁷²⁴] المعلوم كقوله والله [لأرينه¹⁷²⁵] النجوم في النهار ونحوه فلا خلاف أنه يحمل على ما علم من ذلك من المبالغة دون الحقيقة. انتهى. ونقله في الشامل في كتاب الأيمان.

ص: أو إن لم يكن هذا الحجر حجراً أو لهزله كطالق أمس ش: هذا الكلام موافق لما في التوضيح حكماً مخالف له تعليلاً إلا أن تسقط أو من قوله أو لهزله كما قال ابن غازي، ومخالف لكلام ابن عرفة حكماً. قال ابن عرفة: ولو علقه على واضح نقيضه مؤخرًا عنه كأن لم يكن هذا الإنسان إنساناً فأنت طالق فلا شيء عليه ومقدماً عليه. قال ابن الحاجب: حانث كأنك طالق أمس.

الحديث

1720 - في المطبوع موصوف وبأن ما ويم 36 والشيخ 67 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 69 وم 28 وما يابى 48.

1721 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 69 ويم 36 والشيخ 67 وما يابى 48 (وفي م 28 قبل قبله).

1722 - ساقطة من المطبوع وم 28 وما يابى 48 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 69 ويم 36 والشيخ 67.

1723 * - كذا في المطبوع وم وسيد والشيخ وما يابى وفي يم 37 إن لم يريه النجوم ومقتضى القياس إن لم يره النجوم.

1724 * - في م 28 وأما في المعلوم.

1725 - في المطبوع ليورينه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 70 وم 28 ويم 36 وما يابى 49.

متن الخطاب قلت: الأظهر كإن شاء هذا الحجر، وتقدم نقل اللخمي في أنت طالق إن [شاء¹⁷²⁶] هذا [العمود¹⁷²⁷] ولا بن محرز في أنت طالق أمس لا شيء عليه. انتهى. ونقل اللخمي الذي أشار إليه هو ما نقله عنه في أوائل الكلام على التعليق، ونصه: ولو علقه على محال كإن شاء هذا الحجر ففي لزومه طلاقها. نقل اللخمي عن سحنون وابن القاسم، ونقلهما الصقلي عن القاضي روايتين وللشيخ عن ابن القاسم مرة كسحنون. اللخمي: وعليهما قوله إن هذا [الحجر¹⁷²⁸] ولمحمد عن أصبغ من قال في منازعة امرأته أنت طالق إن هذا لعمود هي طالق إن لم تكن منازعتها في العمود. اللخمي: أرى أن يحلف في جميع ذلك ويبرر إن قامت عليه بينة وإن جاء مستفتيا فلا يمين عليه إلا أن تدعي الزوجة ندمه فيحلف. انتهى. وإنما قال ابن عرفة إنه إن كان لفظ أنت طالق مؤخرًا عن المعلق لا يحنث، ونقل في الثاني وهو ما إذا قدم لفظ أنت طالق كلام ابن الحاجب ويحنث فيه لأنه قد يقال في الثاني إنه طلق وإنما أتى بأمس ندماً. والله [تعالى¹⁷²⁹] أعلم.

وأما إذا قال إن كان هذا الحجر حجراً أو إن كان هذا الإنسان إنساناً فظاهر كلام ابن عبد السلام أنه الذي ثبت في نسخته من ابن الحاجب وشرح عليه أنها تطلق عليه لهزله. قال: إلا أن يقترن بالكلام ما يدل على أن المراد المجاز، وهو تمام الأوصاف الإنسانية كالكرم والشجاعة وغير ذلك، وكون الحجر صلباً بحيث لا يتأثر للحديد، فعلق المتكلم الطلاق على وجود هذه الأوصاف وعدمها، فإذا لم يحصل ذلك الشرط لم يحصل الطلاق، وأما قول المؤلف -يعني ابن الحاجب-: كما لو قال طالق أمس فلا شك أن مقتضى هذا الكلام في اللغة الهزل إذا قصد به الإنشاء، وأما إن قصد به الخير فلا هزل، ويلزم الطلاق لكونه من باب الإقرار، وأهل العرف يستعملون ما يقرب [من هذا¹⁷³⁰] في المستقبل الذي يجزمون بوقوعه كجزمهم بالماضي، ومرادهم التشبيه في تحقق الوقوع، فيقال للإنسان منهم أتفعل كذا فيجيب بأن يقول أمس، فإن وقع مثل هذا في الطلاق فالأقرب أنه لا يلزم؛ لأنه وعد بالطلاق لا إيقاع الطلاق. انتهى كلام ابن عبد السلام.

ص: أو غالب كإن حضت ش: هذا في غير اليائسة والشابة التي لم تر الحيض. قال اللخمي: وأما إن كانت يائسة [أو شابة¹⁷³¹] ممن لم تر الحيض لم يعجل بالطلاق على كل حال. انتهى من التبصرة، ونقله في التوضيح عنه. وقال ابن عبد السلام: وهذا في غير اليائسة والصغيرة، وأما اليائسة والصغيرة يقول لهما أو لإحدهما إذا حضت فلا خلاف أنها لا تطلق عليه حتى ترى دم الحيض. انتهى. واعترض عليه ابن عرفة في قبول قول بعضهم فقال: وقبول ابن عبد السلام قول بعضهم هذا في غير اليائسة والصغيرة لو قال لإحدهما إذا حضت فأنت طالق فلا خلاف أنها لا تطلق عليه حتى ترى الحيض يرد بنقل الشيخ [من¹⁷³²] الواضحة. قال ابن الماجشون: / من قال لزوجته ولم تحض إذا

1726 - ساقطة من المطبوع وم28 والشيخ68 وما بين المعقوفين من ن عدود ص70 وم36 ومايأبى49.

1727 - في المطبوع لعمود وما بين المعقوفين من م28 وسيد12 وم36 ومايأبى49.

1728 - كذا في النسخ.

1729 - ساقطة من المطبوع وم28 والشيخ68 ومايأبى49 وما بين المعقوفين من ن عدود ص70 وم37.

1730 - في المطبوع لهذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص70 وم28 وم37 والشيخ68 ومايأبى49.

1731 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص70 وم28 وم37 والشيخ69 ومايأبى50.

1732 - في م37 عن.

متن الخطاب حضرت فأنت طالق طلقت الآن ولو كانت قعدت عن المحيض لم تطلق إلا أن تحيض يريد ويقول النساء إنه دم حيض. انتهى. وكان مناقشته معه في قبول نفي الخلاف في الصغيرة التي لم تحض؛ لأن ظاهر كلام ابن الماجشون أنه لم يحك عدم الطلاق إلا في التي قعدت عن المحيض وهي اليائسة، وشمل قوله أولاً من قال لزوجه ولم تحض الصغيرة التي لم تر الحيض فتأمله. والله [تعالى] ¹⁷³³ أعلم. ومثل كلما [حضت كلما] ¹⁷³⁴ جاء شهر أو يوم أو سنة. قال ابن عرفة: وفيها في أنت طالق كلما حضت أو كلما جاء يوم أو شهر أو سنة طلقت عليه الآن ثلاثاً ولم تعد يمينه إن نكحها بعد زوج لذهاب الملك الذي طلق فيه. انتهى. وانظره فإنه أطال الكلام في ذلك، وأما إذا قال لها إن طهرت فينجز عليه، سواء أراد بالطهر انقطاع الدم أو حلية الصلاة على المشهور، وفرق بينهما في الجواهر، والأول ظاهر التوضيح، وإذا فرعنا على المشهور من أنها تطلق فهل يفتقر إلى حكم؟ فقال مالك وابن القاسم يلزمه الطلاق مكانه متى تكلم بذلك ولا يفتقر إلى حكم. قاله في التوضيح. قال ابن عبد السلام: ولزومه من غير حكم هو الجاري على الأصل. انتهى. وقال في الشامل: وعلي الحنث فلا يحكم على الأصح. فإن قال كلما حضت لزمه ثلاث لا اثنتان على المشهور ومتى [ما] ¹⁷³⁵ كذلك إن نوى [بها] ¹⁷³⁶ معنى كلما وإلا فمثل إن. انتهى. والمشهور قول ابن القاسم، ومقابله لسحنون.

قال ابن عبد السلام: ولو قال لامرأته كلما حاضت فلانة لامرأة أجنبية لعجلت الثلاث على قول ابن القاسم وسحنون معاً. انتهى. وناقشه ابن عرفة فقال يرد بمنع كونه على مذهب سحنون بل الصواب جريها على قوله في كلما جاء شهر أو سنة لاحتمال انقضاء عدة المطلقة قبل الحيضة الثانية للأجنبية كالشهر والسنة. انتهى. وقال في المدونة: وإن قال لها إن حضت أو إذا حاضت فلانة وفلانة ممن تحيض فأنت طالق طلقت الآن وتأخذ في العدة فتعتد بطهرها [الذي] ¹⁷³⁷ هي فيه من عدتها. قال الشيخ أبو الحسن: ولو كانت ممن لا تحيض لكان مطلقاً إلى أجل قد يأتي وقد لا يأتي كالطلاق إلى قدوم زيد. انتهى. وانظر إذا قال لحائض يعلم حيضتها أو طاهر يعلم طهرها إذا [حضت] ¹⁷³⁸ أو طهرت فأنت طالق، والظاهر من المذهب الحنث؛ لأن الذي يظهر أنه بمنزلة قوله إن كان هذا الحجر حجراً، وانظر إذا قال إن لم تحيضي أو إن لم تطهري لظاهر أو لحائض هل يوقف عنها وهو الظاهر، أو ينجز الحنث ولا وجه له؟. والله [تعالى] ¹⁷³⁹ أعلم.

- 1733 - ساقطة من المطبوع وم28 والشيخ69 ومايأبى50 وما بين المعقوفين من ن عدود ص71 وم37.
 1734 - في المطبوع أو وم37 وما بين المعقوفين من ن عدود ص71 وم28 والشيخ69 ومايأبى50.
 1735 - في المطبوع وم28 والشيخ69 ومايأبى50 ومتى كذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص71 وم37.
 1736 - في المطبوع نوى معنى وما بين المعقوفين من ن عدود ص71 وم29 وم37 والشيخ69 ومايأبى50.
 1737 - * في المطبوع وم29 والشيخ69 ومايأبى50 وم37 التي وما بين المعقوفين من سيد12.
 1738 - في المطبوع حاضت وما بين المعقوفين من ن عدود ص71 وم37 وم29 والشيخ69 ومايأبى50.
 1739 - ساقطة من المطبوع وم29 والشيخ70 ومايأبى50 وما بين المعقوفين من ن عدود ص71 وم37.

نص خليل

أَوْ غَالِبٍ كَانَ حِضَّتِ أَوْ مُحْتَمِلٍ وَاجِبٍ كَانَ صَلَّيْتُ أَوْ بِمَا لَا يُعْلَمُ حَالًا كَانَ كَانَ فِي بَطْنِكَ غُلَامٌ أَوْ لَمْ
[يَكُنْ¹⁷⁴⁰] أَوْ فِي هَذِهِ اللَّوْزَةِ قَلْبَانِ أَوْ فُلَانٌ مِّنْ أَهْلِ الْجَنَّةِ.

متن الخطاب

ص: أو محتتمل واجب كان صليت ش: قال ابن الحاجب: إلا أن يتحقق المؤجل. قال في التوضيح: مثاله لو قال إن صليت اليوم فأنت طالق فمضى اليوم ولم تصل. انتهى. ويفهم من هذا أنه لا يتنجز إلا بحكم. والله [تعالى¹⁷⁴¹] أعلم.

72

ص: أو فلان من أهل الجنة ش: ليس هذا/ من أمثلة ما لا يعلم حالا ويعلم مآلا، وإنما هو من أمثلة ما لا يعلم حالا ومآلا كما قاله في التوضيح وكان الأنسب ذكره هناك.

فروع: الأول: قال في رسم جاع من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق: وقال [عن¹⁷⁴²] مالك في الرجل يقول لامرأته أنت طالق إن لم أكن من أهل الجنة إنها طالق [ساعتئذ¹⁷⁴³]; إذ قال ابن القاسم وإن لم أدخل الجنة مثله. قال ابن رشد: ساوى ابن القاسم بين أن يحلف أنه من أهل الجنة أو يحلف ليدخلن الجنة، ومثله لمالك في المبسوط إذا حلف على ذلك حتما، وقال الليث بن سعد: لا شيء عليه، وإليه ذهب ابن وهب، ولا يخلو الحالف على هذا من أن يريد بيمينه أنه من أهل الجنة الذين لا يدخلون النار أو من أهل الجنة الذين لا يخلدون أو لا نية له، فأما إن أراد أنه من الذين لا يدخلون النار فتعجيل الطلاق عليه بين ظاهر، وذكر وجه ظهوره. ثم قال في آخر كلامه: فلا ينبغي أن يختلف في هذا الوجه.

وأما إن أراد أنه من الذين لا يخلدون فالمعنى في يمينه أنه لا يكفر بعد إيمانه فالحالف على هذا حالف على ما أمر به من الثبوت على الإسلام فهذا بين أنه لا شيء عليه لأنه إنما هو حالف على أنه لا يكفر فلا ينبغي أن يختلف في هذا أيضا، وأما إن لم تكن له نية فالظاهر من مذهب مالك وابن القاسم أن يمينه تحمل على الوجه الأول فيعجل عليه الطلاق، والأظهر أن يفرق بين اللفظين فيحمل قوله: "إن لم يكن من أهل الجنة" على الوجه الأول فيعجل عليه الطلاق، ويحمل قوله: "إن لم أدخل الجنة" على الوجه الثاني فلا يكون عليه شيء، وقول الليث وابن وهب بناء على حمل قوله على الوجه الثاني ولا يتأول عليهما أنهما حملاه على الوجه الأول ولم يوجبا طلاقه لأنه خروج إلى الإرجاء. انتهى.

فائدة: نقل ابن عرفة إثر نقله هذه المسألة أن ابن سحنون يقول: إخبار المرء عن إيمان نفسه جزم فقط وابن عبدوس [قال يجب¹⁷⁴⁴] تقييده بأن شاء الله. ثم قال: وفي الإخبار عمن سمع لفظ إيمانه بأنه مؤمن عند الله مطلقا أو بقيد قوله إن وافقت سريرته علانيته قولاً ابن التبان والشيخ. انتهى. وقال في أوائل كتاب الجامع من الذخيرة: مسألة قال ابن أبي زيد في جامع المختصر قيل لمالك أقول أنا مؤمن والله محمود أو إن شاء الله فقال قل مؤمن ولا [تجعل¹⁷⁴⁵] معها غيرها معناه لا تقل إن شاء الله [ولا غير ذلك¹⁷⁴⁶]; وهذه مسألة خلاف بين العلماء قال الأشعري والشافعي وغيرهما يجوز إن شاء الله، وقال أبو حنيفة وغيره لا

الحديث

¹⁷⁴⁰ - أو إن لم يكن.

¹⁷⁴¹ - ساقطة من المطبوع وهي في م 37.

¹⁷⁴² - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 29 ومايأبى 50 والشيخ 70 وم 38 وسيد 13.

¹⁷⁴³ - في المطبوع ساعته وما بين المعقوفين من م 29 وم 38 وسيد 13 ومايأبى 50 والشيخ 70.

¹⁷⁴⁴ - في المطبوع بجيز وما بين المعقوفين من ن عدود ص 72 (وفي م 29 وم 38 والشيخ 70 ومايأبى 51 يقول يجب).

¹⁷⁴⁵ - في المطبوع نقل وما بين المعقوفين من م 29 وم 38 وسيد 13 ومايأبى 51 والذخيرة ج 10 ص 369.

¹⁷⁴⁶ - ساقطة من المطبوع وقد وردت في الذخيرة ج 10 ص 369.

متن الخطاب يجوز لأن الإيمان يجب فيه الجزم، ولا جزم مع التعليق، وقال غيرهم بل يجوز لأحد وجوه: إما أن يريد المستقبل وهو مجهول حصول الإيمان فيه، أو يريد يقع الإيمان الحاضر في المستقبل وهو مجهول الحصول، أو يكون للتبرك لا للتعليق. انتهى.

الثاني: قال البرزلي في مسائل الإيمان: وسئل أبو القاسم الغبريني عن حلف بالطلاق ما يموت إلا على الإسلام إدلالاً على كرم الكريم هل يكون عليه شيء أم لا؟ جوابها إذا كان مراده بذلك أنه لا يكفر بعد إيمانه ولا ينتقل عن إسلامه فهذا بين أنه لا شيء عليه؛ لأنه إنما حلف أن يثبت على إسلامه. البرزلي: وسكت عن مراده إن قصد حسن الخاتمة أو دخول الجنة، وعندني أنها تجري على مسألة من حلف أنه من أهل الجنة، والمشهور الحنث، وقيل لا حنث عليه، ومنهم من يفرق بين أن يستدل عليه ويثبت له دليل بالأحاديث مثل حلفه على عمر بن عبد العزيز أنه من أهل الجنة فلا يلزمه يمين، وإلا لزمه الحنث؛ لأن العلماء أجمعوا على عدالته ورأيت في بعض كتب التصوف أن بعض أمراء بني العباس حلف أنه يدخل الجنة فاستفتى الفقهاء فأفتوه بالحنث إلا رجلاً منهم قال له عرض لك معصية قط وتركتها لوجه الله قال نعم واعدت امرأة لأفعل بها فلما حصلت لي وهممت بالفعل خفت من الله وتركت شهوتي فقال لا حنث عليك؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَمَّا مَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِ وَنَهَى النَّفْسَ عَنِ الْهَوَىٰ فإِنَّ الْجَنَّةَ هِيَ الْمَأْوَىٰ﴾ ورأيت فيه أيضاً في رجل صعد [شجرة¹⁷⁴⁷] عريانا فحلف آخر أنك لا تنزل إلا مستورا ولا يمد أحد إليك لباساً فأفتوه بالحنث إلا رجلاً منهم قال له انزل بالليل، ولا حنث على الحالف لقوله تعالى: ﴿وجعلنا الليل لباساً﴾ اهـ.

73

قلت: وهذا جار على مذهب أهل العراق الذين يراعون ظواهر الألفاظ لا المقاصد والآتي على مذهب مالك رحمه الله حنثه إلا أن يدل سياق على ما قال، وعكس هذه المسألة إذا حلف أن الحجاج من أهل النار فاختلف فيها أيضاً لأنه من أهل القبلة، وقد رأيت بعض الفقهاء أفتاه بعدم الحنث وقال إن كان هذا حانثاً فجنايته أقل من جناية الحجاج ومع ذلك رجي له النجاة، وإن كان صادقاً فقد وافق، ونزلت قضية وهي أن رجلاً حلف بالثلاث أن تبارك الملك تجادل عنه فاستفتى بعض أصحابنا فقال تطلق عليه؛ لأن هذا مظنون، وقلت أنا لا حنث عليه لوجوه منها أنه حلف على أنها تجادل عنه وهذا من العمليات، ونص الأصوليون على أن العمل بخبر الآحاد قطعي، بخلاف ما لو حلف على أن هذا الحديث صحيح وخبر الآحاد مظنون غير مقطوع به، ومنها أن هذا الحديث ثبت في الموطأ¹.

وحكى في المدارك عن بعض عدول المحدثين: أنه إذا حلف الإنسان أن كل ما وقع في الموطأ صحيح فإنه لا يحنث، ومنها أن الأحكام مبنية على غلبة الظنون، واحتج من خالف بأن من قال تجادل عن صاحبها، وكيف يعرف أنه من أصحابها فأجبت له إذا ثبت له وصف الصحبة المذكورة في أصحابه صلى الله عليه وسلم على أكمل وجوه ما قيل فيها من كثرة الملازمة [له الأخذ عنه يحصل لهذا أيضاً حقيقتها من كثرة الملازمة¹⁷⁴⁸] لقراءتها وتحصيل ما أوجب ثلوج صدره بأنه كذلك وهو مستفت، وكذا وقع السؤال هل الحجاج أعظم معصية من الزمخشري أو بالعكس؟ فوقع الجواب أن على القول بأن مذهبه يقود إلى الكفر فهو أعظم وإن قلنا

1- عن ابن شهاب عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف أنه أخبره أن قل هو الله أحد تعدل ثلث القرآن وأن تبارك الذي بيده الملك تجادل عن صاحبها. الموطأ، كتاب القرآن، رقم الحديث 19.

1747 * - في المطبوع وبم 38 وما يابى 51 وم 29 لشجرة وما بين المعقوفين من سيد 13 والشيخ 71.

1748 * - ساقط من المطبوع وقد ورد في م 29 وسيد 13 وما يابى 52.

متن الخطاب يقول إلى الفسق فيقع التردد في الترجيح؛ لأن معصية الزمخشري مما يرجع إلى الذات الإلهية ومعصية الحجاج بالجوارح لكنها تتعلق بحق المخلوقين، وقد قالت عائشة رضي الله عنها ذنب¹ لا يتركه الله وهو مظالم العباد وذنب لا يعبأ الله به وهو ما بين العبد وبين خالقه وذنب لا يغفره الله وهو الشرك بالله، وإن كان في صحة هذا الأثر مقال ذكره عز الدين وكان يتقدم الترجيح أن الحجاج أعظم جرماً؛ لأن أفعاله تدل على عدم إيمانه مع كثرتة وجرائته على الصحابة والتابعين وخيرة هذه الأمة. انتهى. والله أعلم. وما ذكره فيمن حلف على عمر بن عبد العزيز أنه من أهل الجنة ذكره في العتبية في أول سماع عبد الملك بن الحسن في كتاب الأيمان بالطلاق، ونصه: قال عبد الملك: وأخبرني غير واحد من المصريين أن ابن القاسم [سئل¹⁷⁴⁹] عن رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم يكن عمر بن الخطاب في الجنة قال ابن القاسم: لا حنث عليه، وأخبرني من أثق به عن ابن القاسم في أبي بكر مثل ذلك. قال ابن الصلت: وسمعت ابن القاسم يقول في عمر بن عبد العزيز مثل ذلك. قال ابن رشد: أما من حلف بالطلاق أن أبا بكر وعمر رضي الله [تعالى¹⁷⁵⁰] عنهما من أهل الجنة فلا ارتياب في أنه لا حنث عليه، وكذلك القول في سائر العشرة أصحاب حراء الذين شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالجنة، وكذلك من جاء فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم من طريق صحيح أنه من أهل الجنة كعبد الله بن سلام فيجوز أن يشهد له بالجنة، وأما عمر بن عبد العزيز فتوقف مالك رحمه الله في تحنيث من حلف عليه أنه من أهل الجنة وقال هو إمام هدى وهو رجل صالح، ولم يزد على هذا؛ لأنه لم يرد فيه نص يقطع العذر، ووجه ما ذهب إليه ابن القاسم التعلق بظاهر ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم من قوله: {إذا أردتم أن تعلموا ما للعبد عند ربه فانظروا ماذا يتبعه من حسن الثناء²}، وقوله: {أنتم شهداء الله في أرضه من أثبتتم عليه بخير وجبت له الجنة ومن أثبتتم عليه بشر وجبت له النار³} وقد حصل الإجماع من الأمة على حسن الثناء عليه والإجماع معصوم؛ لقوله: {لم تجتمع

- الحديث
- 1 - ذنب يغفر وذنب لا يغفر وذنب يجازى به فأما الذنب الذي لا يغفر فالشرك بالله وأما الذنب الذي يغفر فعملك فيما بينك وبين ربك وأما الذي تجازى به فظلمك أخاك، المعجم الأوسط للطبراني، دار الكتب العلمية 1999، رقم الحديث 7595.
 - 2 - وحدثني عن مالك عن عمه أبي سهيل ابن مالك عن أبيه عن كعب الاحبار أنه قال: إذا أحببت أن تعلموا ما للعبد عند ربه فانظروا ماذا يتبعه من حسن الثناء، أخرجه مالك في الموطأ، كتاب حسن الخلق، رقم الحديث 1674، ط. دار الفكر 1994.
 - 3 - حدثنا آدم حدثنا شعبة حدثنا عبد العزيز بن صهيب قال سمعت أنس بن مالك رضي الله عنه يقول مروا بجنابة فأتوا عليها خيراً فقال النبي صلى الله عليه وسلم وجبت ثم مروا بأخرى فأتوا عليها شراً فقال وجبت فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ما وجبت قال هذا أثبتتم عليه خيراً فوجبت له الجنة وهذا أثبتتم عليه شراً فوجبت له النار أنتم شهداء الله في الأرض، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 1367.
 - ولفظ مسلم، عن أنس بن مالك قال مر بجنابة فأتيت عليها خيراً فقال نبي الله صلى الله عليه وسلم وجبت وجبت وجبت ومروا بجنابة فأتيت عليها شراً فقال نبي الله صلى الله عليه وسلم وجبت وجبت وجبت فأتيت عليها خيراً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أثبتتم عليه خيراً وجبت له الجنة ومن أثبتتم عليه شراً وجبت له النار أنتم شهداء الله في الأرض، أنتم شهداء الله في الأرض، أنتم شهداء الله في الأرض، مسلم في صحيحه، كتاب الجنائز، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 949.

1749 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص73 وم29 وم39 والشيخ72 ومايأبى52.

1750 - ساقطة من المطبوع وم29 والشيخ72 ومايأبى52 وما بين المعقوفين من ن عدود ص73 وم39.

متن الحطاب 74 أمتي على / ضلالة¹}. انتهى. وما ذكره البرزلي عن المدارك فيمن حلف أن كل ما في الموطأ صحيح أنه غير حاث ذكره في مختصرها أيضا، وقال ابن فرحون في الديباج المذهب لما تكلم على الموطأ وثناء الناس عليه: قال أبو زرعة: لو حلف رجل بالطلاق على أحاديث الموطأ التي في الموطأ أنها صحاح كلها لم يحنث، ولو حلف على حديث غيره كان حاثا. انتهى. والله أعلم.

الثالث: قال في سماع أصبغ من كتاب الأيمان بالطلاق: وسئل عن رجل قال لرجل أنا والله أتقى لله منك وأشد حبا لله [ولرسوله] وامرأته طالق ألبتة قال: أراه حاثا. قيل: فلو [قال امرأته¹⁷⁵¹] طالق إن لم يكن فلان أتقى لله منك وأشد حبا لله ولرسوله منك قال إن كان ذلك في رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد عرف فضله [على صاحبه¹⁷⁵²] مثل أبي بكر وعمر فلا شيء عليه، وإن قال ذلك لأهل هذا الزمان فهو حاث، إلا أن يعلم من ذلك الذي حلف عليه فسقا بينا فأرجو أن لا يكون عليه شيء.

قال ابن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على أصولهم فيمن حلف على غيب لا يعلم حقيقته أنه حاث، ويريد بقوله: "وقد عرف فضله على صاحبه" أي من قد عرف فضله من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على صاحبه الذي قال له أنا أتقى لله منك وأشد حبا لله ولرسوله، وقوله مثل أبي بكر وعمر وغيرهما من فضلاء الصحابة كعبد الله بن عمر ومعاذ بن جبل وعبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود ومن سواهم ممن شهرت فضائلهم وعلمت مناقبهم، ولو حلف بالطلاق أن فلانا لرجل غير مشهور من الصحابة أتقى لله وأشد حبا لله ولرسوله [من فلان¹⁷⁵³] لرجل من أهل الزمان معلوم بالخير لحنث بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: {أعجب الناس إيمانا قوم يخرجون من بعدي ويؤمنون بي ولم يروني [ويصدقوني¹⁷⁵⁴] ولم يروني أولئك إخواني²} ولو حلف بذلك في بعض الصحابة على بعض لحنث إلا في أبي بكر وعمر للإجماع الحاصل من أهل السنة أنهما أفضل من غيرهما، وأن أبا بكر هو [الأفضل منهما]. وبالله تعالى التوفيق.¹⁷⁵⁵ ومثله أن يحلف أن فلانا - يعني من غير المشهورين من الصحابة أو التابعين - خير من فلان يعني به شخصا من أهل هذا الزمان المعروفين بالصالح والخير ولا يقال قد ثبت أن خير القرون [القرن¹⁷⁵⁶] الذين رأوا رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم؛ لأن هذا من حيث الجملة لا من حيث كل شخص على انفراده. والله أعلم.

- الحديث 1 - إن أمتي لا تجتمع على ضلالة فإذا رأيتم اختلافا فعليكم بالسواد الأعظم، ابن ماجه، في سننه، كتاب الفتن، دار إحياء التراث العربي، 1975، رقم الحديث 3950.
- 2 - أعجب الناس إيمانا قوم يأتون بعدي يؤمنون بي ولم يروني أولئك إخواني حقا، التمهيد، مركز هجر 2005، ج3 ص33.

¹⁷⁵¹ * - في المطبوع قال له امرأته وما بين المعقوفين من م30 والشيخ72 والبيان، ج6 ص323.

¹⁷⁵² * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في البيان، ج6 ص323.

¹⁷⁵³ * - ساقطة من المطبوع والشيخ73 وسيد13 وم30 ومايأبى53 وردت في يم39.

¹⁷⁵⁴ * - في المطبوع وم30 ويم39 ومايأبى53 والشيخ73 ويصدقوني وما بين المعقوفين من سيد13.

¹⁷⁵⁵ - في المطبوع الأفضل وبالله التوفيق والشيخ73 (وفي م30 ومايأبى53 الأفضل منهما) وما بين المعقوفين من ن عدود ص74 ويم39.

* - في البيان، ج6 ص323 في سماع أبي زيد ولرسوله وإلا فامرأته طالق.

¹⁷⁵⁶ - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م30 ويم39 وسيد13 ومايأبى53 والشيخ73.

نص خليل

أَوْ إِنْ كُنْتِ حَامِلًا [أَوْ لَمْ تَكُونِي وَحُمِلْتَ عَلَى الْبَرَاءَةِ مِنْهُ فِي طَهْرٍ لَمْ يَمَسَّ فِيهِ وَاخْتَارَهُ مَعَ الْعَزْلِ أَوْ لَمْ يُمْكِنْ إِطْلَاعُنَا عَلَيْهِ كَأَنْ شَاءَ اللَّهُ أَوْ الْمَلَائِكَةُ أَوْ الْجِنُّ أَوْ صَرَّفَ الْمَشِيشَةَ] عَلَى [نص] 1758 مُعْلَقٍ عَلَيْهِ بِخِلَافٍ إِلَّا أَنْ يَبْدُو لِي فِي الْمُعْلَقِ عَلَيْهِ فَقَطُّ أَوْ كَأَنْ لَمْ تُمْطِرِ السَّمَاءُ غَدًا إِلَّا أَنْ يَعْمُ الزَّمَنُ.

ص: أو إن كنت حاملا أو إن لم تكوني ش: هذا من أمثلة ما لا يعلم حالا، وهكذا قوله إن كان في بطنك غلام أو إن ولدت جارية إلى غير ذلك من الفروع كلها من باب واحد، وقول المصنف: "فيما يأتي أو إن ولدت جارية" مع الفروع التي ذكرها في التوضيح وابن عبد السلام هنا مبنية على خلاف ما يشهر هنا. والله أعلم.

ص: وحملت على البراءة ش: قال ابن عرفة: فيه على المشهور أن الحامل تحيض نظر. انتهى.

ص: أو بما لا يمكن اطلاعا عليه ش: تصويره واضح.

مسألة: قال البرزلي: وسئل ابن أبي زيد عمن حلف بطلاق زوجته/ ما أنا إلا فلان ابن فلان -يعني أباه- فأجاب لا حنث عليه. وأجاب القاضي القابسي بأنه حانث؛ لأنه يمين غموس. قال البرزلي: قلت: إن كان مقصده أنه ينسب إلى أبيه لا إلى غيره فهو بار في يمينه وإن أراد في نفس الأمر فيجري على اليمين على غلبة الظن أنه كالشك والوهم، ولهذا قال غموس. انتهى.

ص: بخلاف إلا أن يبدو لي في المعلق عليه فقط ش: نص عليه في العتق الأول من المدونة في أوائله، وقوله: "فقط" احتراز مما إذا قال إلا أن يبدو لي في الطلاق مثل أن يقول أنت طالق إلا أن يبدو لي فإنه لا ينفعه. قال ابن رشد في رسم جاع من سماع عيسى من الأيمان بالطلاق: [بلا] 1759 خلاف كما أنه إذا قال إلا أن يبدو لي في المعلق عليه ينفعه بلا خلاف. انتهى بالمعنى. وسيصرح به المصنف. والله أعلم.

مسألة نازلة: رجل قال لزوجته أنت طالق إلا أن يبدل الله ما في خاطري فأجبت: بأنها كمسألة أنت طالق إلا أن يبدو لي، والمشهور فيها اللزوم، بل حكى ابن رشد في رسم جاع من سماع عيسى من الأيمان بالطلاق أنه لا خلاف في لزوم الطلاق، وأشرت بذلك لكلامه المتقدم.

ص: أو كإن لم تمطر السماء غدا ش: اللخمي: وإن قال أنت طالق إن أمطرت السماء كانت [طالقا] 1760 الساعة لأن السماء لا بد أن تمطر، وإن قال إن لم تمطر فأنت طالق فلا شيء عليه، وسواء عم أو خص بلدا؛ لأنه لا بد أن تمطر في زمن ما، وكذلك إن ضرب أجلا عشر سنين أو خمس سنين.

مسألة نازلة: وهي أن شخصا خاصا فقال أحدهما -وكأنه المظلوم- [خيمتي] 1761 علي حرام إن لم ينصفني الله من فلان فمكث يومين [أو نحوهما] 1762 فأصابه مرض فقتله والخيمة في عرفهم

الحديث

1757 ن - أو إن لم تكوني نسخة.

1758 ن - إلى نسخة.

1759 * - في المطبوع ويم 39 والشيخ 73 فلا وما بين المعقوفين من م 30 وسيد 13 ومايبي 53.

1760 * - في المطبوع طالق وما بين المعقوفين من سيد 13 ومايبي 53.

1761 * - في المطبوع خيمته وما بين المعقوفين من سيد 13 ويم 40 ومايبي 53 وم 30 والشيخ 74.

1762 * - في المطبوع والشيخ 74 ونحوهما وما بين المعقوفين من سيد 13 ويم 40 ومايبي 54 وم 30.

نص خليل

أَوْ يَحْلِفَ لِعَادَةٍ فَيَنْتَظِرُ وَهَلْ يُنْتَظَرُ فِي الْبَرِّ وَعَلَيْهِ الْأَكْثَرُ أَوْ يُنْجَزُ كَالْحِنْثِ تَأْوِيلَانِ أَوْ بِمُحَرِّمٍ كَأَن لَّمْ أَزْنِ إِلَّا أَنْ يَتَحَقَّقَ قَبْلَ التَّنْجِيزِ أَوْ بِمَا لَا يُعْلَمُ حَالًا وَمَالًا وَدَيْنًا إِنْ أُمِكنَ حَالًا وَأَدْعَاهُ فَلَوْ حَلَفَ اثْنَانِ عَلَى النَّقِيضِ كَأَن كَانَ هَذَا غُرَابًا أَوْ إِنْ لَمْ يَكُنْ فَإِنْ لَمْ [يَدْعِ] ¹⁷⁶³ نَصٍ [يَقِينًا] ¹⁷⁶⁴ طَلَقَتْ نَصٍ [وَلَا يَحْنُثُ إِنْ عُلِقَ بِمُسْتَقْبَلٍ مُتَنَبِّعٍ كَأَن لَمَسْتُ السَّمَاءَ أَوْ إِنْ شَاءَ هَذَا الْحَجَرُ أَوْ لَمْ تُعْلَمْ مَشِيئَةُ الْمُعْلَقِ بِمَشِيئَتِهِ.

متن الخطاب

كناية عن الزوجة؟ فأجبت بأن الظاهر أن هذا من الحلف على الغيب نحو إن لم تمطر السماء غدا، فالمشهور أنه ينجز عليه الطلاق، فإن غفل عنه حتى وقع المحلوف عليه فحكى ابن رشد في رسم يوصي من سماع عيسى من الأيمان بالطلاق في ذلك قولين قال المغيرة يلزمه، وقال ابن القاسم لا يلزمه، وذكر القولين في التنبيهات، وحكى عن فضل بن مسلمة أنه حكى القولين عن ابن القاسم.

76

ص: أو يحلف لعادة فينتظر ش: كما في حديث الموطأ¹ [إذا] ¹⁷⁶⁵ نشأت بحرية فتشاءمت/ فتلك عين غديقة. قال ابن الأثير في النهاية: أي [كثيرة] ¹⁷⁶⁶ الماء هكذا جاءت مصغرة وهو من تصغير التعظيم. انتهى من باب الغين المعجمة مع الدال المهملة فيكون بغين معجمة مضمومة ودال مهملة مفتوحة ثم ياء مثناة تحتية ساكنة ثم قاف مفتوحة. انتهى. وأما قوله بحرية فرأيته مضبوطا بالفتح، والظاهر أنه منصوب على الحال من الضمير المستتر في [نشأت] ¹⁷⁶⁷ العائد للسحابة المفهومة من السياق، وقد ورد إذا نشأت السحابة من العين فتلك عين غديقة². ذكره ابن الأثير في النهاية. والغدق بفتح الدال المطر الكبار [القطر] ¹⁷⁶⁸ وغدق اسم بئر معروفة في المدينة. قاله في النهاية.

ص: أو بمحرم كان لم أزن إلا أن يتحقق قبل التنجيز ش: والظاهر أنه لا يبر بمقدمات الجماع، واعلم أن كلامه هنا يدل على أن التنجيز إنما يكون بحكم حاكم. والله أعلم.

ص: و إن شاء هذا الحجر ش: قال الرجراجي: وإن علقه بمشيئة ما لا تصح مشيئته كالجملات وغيرها من الحيوانات مثل أن يقول أنت طالق إن شاء هذا الحجر، أو ينشد هذا الحمار "قفا نبك من ذكرى" هل يلزم الطلاق أم لا؟ فالذهب على قولين أحدهما أنه لا شيء عليه، وهو قول ابن القاسم في المدونة، والثاني يلزمه الطلاق، وهو قول ابن القاسم في النوادر وبه قال سحنون. انتهى.

ص: أو لم تعلم مشيئة المعلق بمشيئته ش: قال في المدونة: وإن مات فلان قبل أن يشاء وقد علم بذلك أو لم يعلم أو كان ميتا قبل يمينه، أو قال لها إن شاء هذا الحجر أو الحائط فلا شيء عليه. انتهى. قال ابن ناجي: وظاهر قوله: "أو كان ميتا قبل يمينه" علم بذلك أم لا وهو كذلك في أحد

الحديث

1- وحدثنى عن مالك أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: إذا أنشأت بحرية ثم تشاءمت فتلك عين غديقة، الموطأ، كتاب الاستسقاء، باب الاستمطار بالنجوم، رقم الحديث 452.

2 - النهاية لابن الأثير ج3 ص 345

¹⁷⁶³ ن - يدعي نسخة.

¹⁷⁶⁴ ن - طلقنا نسخة.

¹⁷⁶⁵ * - في المطبوع إن وما بين المعقوفين من م 30 وسيد 13 وما يابى 54

¹⁷⁶⁶ - في المطبوع كثرة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 76 ويم 40 وم 30 (وفي الشيخ 74 كثير الماء) (وفي ما يابى 54 الكثيرة الماء).

¹⁷⁶⁷ - في المطبوع تشاءمت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 76 ويم 30 ويم 40 والشيخ 74 وما يابى 54.

¹⁷⁶⁸ * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في النهاية ج3 ص 345

أَوْ لَا يُشْبِهُ الْبُلُوغُ إِلَيْهِ أَوْ [طَلَّقْتُكَ¹⁷⁶⁹ س] وَأَنَا صَبِيٌّ أَوْ إِذَا مُتُّ أَوْ مُتِّي أَوْ إِنْ إِلَّا أَنْ يُرِيدَ نَفْيَهُ.

نص خليل

القولين، وقيل يلزم الطلاق إن علم ويعد نادما. [اهـ.¹⁷⁷⁰] وقال اللخمي في التبصرة: وكذلك إن كان فلان ميتا ولم يعلم الزوج بموته فلا شيء عليه، واختلف إذا كان عالما بموته فذكر القولين. ثم قال: وإن قال أنت طالق إن كلمت فلانا إلا أن يشاء فلان وفلان ميت كانت اليمين منعقدة فإن كلمه طلق عليه. انتهى./

متن الحطاب

77

ص: أو لا يشبه البلوغ إليه ش: أي لا يبلغه عمر أحد الزوجين، وليس المراد أنه لا يبلغه عمرهما معا. قاله في التوضيح. وقال في التوضيح أيضا: قال في البيان: والمعتبر الأعمار التي يعمر إليها المفقود على الاختلاف بينهم في ذلك. انتهى. وظاهر كلامهم أن قائل هذا لا يلزمه طلاق، ولو عاش إلى الأجل المعلق عليه مثلاً؛ لأنه حكى في التوضيح عن الجلاب في هذه المسألة روايتين فقال [إحدهما¹⁷⁷¹] تطلق عليه في الحال والأخرى لا تطلق عليه بحال. انتهى. ومثله قوله في المتيطة والأخرى أنها لا تطلق عليه بوجه. انتهى. والله [تعالى¹⁷⁷²] أعلم.

ص: أو طلقك وأنا صبي ش: قال في المدونة في كتاب الأيمان بالطلاق في ترجمة الشك في الطلاق: وإن قال لها طلقك قبل أن أتزوجك أو أنا صبي فلا شيء عليه، وكذلك إن قال وأنا مجنون إن عرف أنه كان به جنون. انتهى. قال ابن ناجي: ما ذكره في المثاليين الأولين لا خصوصية لذلك، بل وكذلك لو قال طلقك في منامي، أو قال قبل أن تولدي فإنه يقبل قوله عند ابن القاسم نص على ذلك في كتاب ابن سحنون وهو أحد الأقوال الثلاثة، وقيل يلزمه الطلاق. قاله سحنون، وقيل يصدق مع يمينه. قاله في المدونة. وما ذكره في الجنون هو أحد الأقوال الثلاثة أيضاً، وقيل يقبل سواء كان به جنون أم لا. قاله محمد وعكسه. وقيد المغربي قولها في الصبي بما بعده فقال معناه إذا أقام البينة أنها كانت في عصمته حالة الصبا وأطلقها الأكثر، وأقام الشيخ الفقيه المفتي أبو عبد الله السكوني منها إذا قال لها أنت طالق من ذراعي أنه لا يلزمه شيء.

قال: وعلى قول سحنون يلزمه، وكان شيخنا حفظه الله يذكر ذلك عن نفسه وقد سبقه به وذكرته في درس شيخنا [أبي¹⁷⁷³] مهدي فقال: يمنع التخريج على قول سحنون [لجري¹⁷⁷⁴] عادة الناس بالحلف بالذراع فلا يعد منه ندماً اتفاقاً. انتهى. وقال الشيخ أبو الحسن في التقييد الكبير: قوله وإن قال لها طلقك قبل أن أتزوجك. الشيخ: صورته أن يكون قال لها فلانة طالق ولم يذكر شرط التزويج، وأما إن ذكره فيلزمه ذلك، وقوله أو أنا صبي. الشيخ: إن علم أنه كان تزوجها في حال الصبا صدق فيما قال الآن، وأما الصبا فمعلوم أنه كان صبياً، ويدل على هذا التقييد قوله إن علم أنه كان به جنون، وكذلك إن علم أنه كان طلقها قبل أن

الحديث

1769 س - كطلقتك نسخة.

1770 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص76 ويم40 وم30 والشيخ74 ومايأبى54.

1771 * - في المطبوع والشيخ75 أحدهما وما بين المعقوفين من م31 وسيد13 ويم40 ومايأبى54.

1772 - ساقطة من المطبوع وم31 والشيخ سيديا75 وما بين المعقوفين من ن عدود ص77 ويم40.

1773 * - في المطبوع ابن وما بين المعقوفين من م31 والشيخ7 ويم40 ومايأبى55 وسيد14.

1774 * - في المطبوع بجري وما بين المعقوفين من سيد14 والشيخ75 وم31 ويم40 ومايأبى55. وعلق عليها الشيخ محمد سالم ب والأجرى على الاصطلاح هو ما في المطبوع.

نص خليل أو إن وَلَدَتْ جَارِيَةً أَوْ إِنْ حَمَلَتْ إِلَّا أَنْ يَطَّأَهَا مَرَّةً وَإِنْ قَبْلَ يَمِينِهِ كَأَنْ حَمَلَتْ وَوَضَعَتْ أَوْ مُحْتَمَلٍ غَيْرِ غَالِبٍ وَانْتَظَرَ إِنْ أَثْبَتَ كَيَوْمِ قُدُومِ زَيْدٍ وَتَبَيَّنَ الْوُقُوعُ أَوَّلُهُ إِنْ قَدِمَ فِي نِصْفِهِ.

متن الخطاب يتزوجها، وقال سحنون يلزمه الطلاق [وذلك¹⁷⁷⁵] ندم، وقوله: "أو مجنون" اللخمي: إن علم أنها كانت له زوجة في حال جنونه. انتهى.

ص: أو إن ولدت جارية ش: اعلم أن المؤلف جرى في هذا المحل على غير [عادته فإن عادته¹⁷⁷⁶] أن يذكر المشهور ولا يذكر الطرق، وهنا ذكر طريقين الأولى منهما هي التي قدمها في قوله إن كان في بطنك غلام، أو إن لم يكن أو إن كنت حاملا أو لم تكوني، وهذه طريقة اللخمي أنه ينجز في قول مالك بصيغة البر والحنث، ونصه في التبصرة: واختلف فيمن قال إن ولدت جارية فأنت طالق أو إن لم تلدي غلاما فأنت طالق نحو الاختلاف المتقدم في قوله [أو إن كنت¹⁷⁷⁷] حاملا أو إن لم تكوني حاملا، ففي قول مالك أنها طالق مكانها في الوجهين جميعا. انتهى. والاختلاف المتقدم هي الأربعة الأقوال التي ذكرها التوضيح في هذا المحل. والله أعلم. والطريقة الثانية هي التي ذكرها الآن وهي طريقة القاضي عياض. قال في التنبيهات: قوله إن لم يكن في بطنك غلام فأنت طالق [هي طالق¹⁷⁷⁸] لأنها شاكّة في حالها الآن [وهذا بخلاف¹⁷⁷⁹] إن ولدت جارية وإذا ولدت جارية فلا شيء عليه حتى تلد؛ لأنه تعليق بشرط، وكذلك إن أمطرت السماء غدا فلا تطلق حتى تمطر، وكذا بينه في كتاب ابن حبيب. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: فيظهر من قول عياض أنه حمل قول ابن حبيب على التفسير، وكذلك يظهر من ابن يونس، ويظهر من قول اللخمي أنه خلاف. انتهى من كتاب الأيمان بالطلاق. والله أعلم.

ص: [أو¹⁷⁸⁰] إذا حملت ش: / الظاهر أنها إن كانت يائسة لا تحيض لا يلزمه شيء. والله تعالى [أعلم¹⁷⁸¹].

ص: وانتظر إن أثبت كيوم قدوم زيد ش: يعني أن من حلف على أمر محتمل غير غالب يثبت فإنه لا يلزمه الطلاق حتى يقع الأمر المعلق عليه كما إذا قال أنت طالق يوم قدوم زيد فإنها لا تطلق حتى يقدم زيد. قال في المدونة: وإن قال لامرأته إذا قدم فلان أو إن قدم فأنت طالق لم يلزمه شيء حتى يقدم فلان. انتهى.

78

الحديث

- 1775 - في المطبوع وكذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 77 وم 31 ويم 40 والشيخ 75 وما يابى 55.
 1776 - في المطبوع عادته أن يذكر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 77 وم 31 والشيخ 75 وما يابى 55 (وفي يم 40 فمن عادته أن يذكر المشهور).
 1777 - في المطبوع إن كانت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 77 والشيخ 75 ويم 40 (وفي م 31 وما يابى 55 إن كنت).
 1778 - * ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 31 وسيد 14 وما يابى 55.
 1779 - * في المطبوع وهذا الخلاف وما بين المعقوفين من م 31 وما يابى 55 وسيد 14.
 1780 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 77 وم 31 ويم 41 والشيخ 76 وما يابى 55.
 1781 - ساقطة من المطبوع وم 31 والشيخ 76 وما يابى 55 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 78 ويم 41.

متن الخطاب تنبيهان: الأول: قال ابن ناجي: ومعناه ما لم يقصد جعل قدومه أجلا، فإن قصده طلقت الآن. انتهى. يعني أن هذا إذا لم يكن مراده تعليق الطلاق على الوقت، فأما إن كان مراده تعليق الطلاق على الوقت، وذكر الأمر الموقت على سبيل التبع فإنه يصير بمنزلة من علق الطلاق على وقت، وقاله ابن عرفة ونقله عن النوادر. والله [تعالى] ¹⁷⁸² أعلم.

الثاني: قال ابن ناجي إثر كلامه المتقدم: وظاهر الكتاب لو قدم بفلان ميتا فإنه لا حنث عليه لأنه لا يصدق عليه قولها إذا قدم فلان. قاله أبو محمد عن سحنون، واختاره شيخنا أبو مهدي، وقال شيخنا حفظه الله: يتخرج على قولين من قولهم في الأيمان إذا حلف لا دخل عليه بيتا فدخل عليه ميتا فالروايات الحنث خلافا لسحنون، وانظر للخمى إذا قال إن قدم أبي. انتهى من كتاب الأيمان بالطلاق في ترجمة جامع [الغَرَر]. ¹⁷⁸³

فرع: قال في الجواهر: ولو قال أنت طالق يوم قدوم فلان فقدم في نصف النهار تبين الوقوع أول النهار ولو قدم ليلا لم تطلق عليه إلا أن تكون نيته تعليق الطلاق بالقدوم. انتهى. وقال في كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة في آخر ترجمة جامع القول في الأيمان بالطلاق: وإن قال لها أنت طالق يوم أدخل دار فلان فدخلها ليلا أو حلف على الليل فدخلها نهارا [حنث إلا أن ينوي نهارا] ¹⁷⁸⁴ دون ليل أو ليلا دون [نهار فينوي]. ¹⁷⁸⁵ انتهى. فتأمل مع كلام الجواهر فإنهما يتعارضان فيما إذا لم تكن له نية، وانظر كلام الجواهر أيضا مع ما قاله المازري في شرح التلقين في أثناء كتاب الوكالة مشبها مسألة بمسألة، ونصه: وكمن قال لامرأته أنت طالق يوم يقدم زيد من سفره فقدم زيد ليلا فإنه يلزمه الطلاق؛ لأن المراد بقوله يوم الوقت، وإطلاق هذه اللفظة على الوقت مجاز، والوقت هو الليل والنهار فلهذا لزمه الطلاق. انتهى.

وقال البرزلي بعد نقله كلام المدونة [المذكور: ¹⁷⁸⁶] وفي [أحكام ¹⁷⁸⁷] الشعبي من قال لعبده يوم تلد فلانة فأنت حر، وقال [آخر ¹⁷⁸⁸] ليلة أن تلد فلانة فأنت حر فإن ولدت نهارا عتق الأول وإن ولدت ليلا عتقا معا؛ لأن الليل من النهار. البرزلي: ولفظ المدونة إنما هو في اليوم وهو كمال دورة الفلك؛ إما من الطلوع للطلوع أو من الغروب للغروب، أو من الزوال للزوال. [قال: ¹⁷⁸⁹] وظاهر القرآن المغايرة من قوله [تعالى: ¹⁷⁹⁰] ﴿سخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام﴾ والأيمان تحمل على المقاصد أو على كلام العرب ومذهبهم أن الليل يستلزم النهار دون / العكس

- 1782 - ساقطة من المطبوع وم 31 والشيخ 76 ومايaby 55 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 78 وم 41.
- 1783 - في المطبوع القول وما بين المعقوفين من ن عدود ص 78 وم 31 وم 41 والشيخ 76 ومايaby 56.
- 1784 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 78 وم 41 وم 31 والشيخ 77 ومايaby 56.
- 1785 - في المطبوع حنث إلا أن ينوي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 78 وم 31 وم 41 والشيخ 77 ومايaby 56.
- 1786 - ساقطة من المطبوع وم 31 ومايaby 56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 78 وم 41 والشيخ 77.
- 1787 - في المطبوع كلام الشعبي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 78 وم 41 والشيخ 77 وم 31 ومايaby 56.
- 1788 - في المطبوع الآخر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 78 وم 31 وم 41 والشيخ 77 ومايaby 56.
- 1789 - ساقطة من المطبوع وم 31 والشيخ 77 ومايaby 56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 78 وم 41.
- 1790 - ساقطة من المطبوع والشيخ 77 وم 31 ومايaby 56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 78 وم 41.

نص خليل وَإِلَّا أَنْ يَشَاءَ زَيْدٌ مِثْلُ إِنْ شَاءَ.

متن الخطاب

عند الإطلاق. انتهى. فتأمل ذلك. والله [تعالى¹⁷⁹¹] أعلم.¹⁷⁹³ [وإلا¹⁷⁹²] أن يشاء زيد مثل [إن شاء ش: ¹⁷⁹³] هكذا قال ابن الحاجب، ونصه: فإن قال إلا أن يشاء زيد فمثل إن شاء على المشهور، قال في التوضيح: أي فلا يطلق عليه حتى يشاء زيد لأن الطلاق فيهما موقوف على مشيئته وأرى في الشاذ لزوم الطلاق، والفرق أن الكلام في الصورة الثانية اقتضى وقوع الطلاق إلا أن يشاء زيد رفعه بعد وقوعه والطلاق لا يرتفع بعد وقوعه بخلاف الصورة الأولى فإن وقوع الطلاق فيها مشروط بالمشيئة، ومن هذه المسألة ما وقع لأصبع فيمن قال أنت طالق إلا أن يمنعني أبي فمنعه أبوه لا شيء عليه، واستشكله بعضهم بأن الطلاق بعد وقوعه لا يرتفع بإرادة أبيه إلا أن يريد التعليق. انتهى. وهذه المسألة في نوازل أصبغ من كتاب الأيمان بالطلاق قال في رجل قال لامرأته أنت طالق ألبتة إلا أن يمنعني أبي فمنعه أبوه: لا أرى عليه شيئا، وأراه بمنزلة قوله إلا أن يشاء أبي فلم يشأ أبوه، وأصله قوله هي طالق إن شاء أبي فلم يشأ.¹⁷⁹⁵ قال ابن رشد: تشبيهه أصبغ إلا أن يمنعني أبي [بإلا¹⁷⁹⁴] أن يشاء [أبي¹⁷⁹⁵] صحيح، وأما قياسه ذلك على قوله امرأته طالق [إن شاء¹⁷⁹⁶] أبوه فليس بصحيح لأن قوله إن شاء أبي طلاق مقيد بشرط مشيئة أبيه فلا يقع إلا أن يشاء أبوه إذ لم يوجب على نفسه إلا بذلك كمن قال امرأته طالق إن ضرب أبوه غلامه أو دخل الدار، وقوله إلا أن يشاء إنما هو طلاق قيد حله عنه بمشيئة أبيه؛ لأن تقدير قوله امرأته طالق إلا أن يشاء أبي [ألا يكون¹⁷⁹⁷] طلاقا ولا مشيئة لأبيه في أن لا تكون طالقا إذا كان هو قد طلقها، [فقوله¹⁷⁹⁸] لها أنت طالق فلا يسقط عنه الطلاق بما استثنى من مشيئة أبيه كما لا يسقط عنه لو قال امرأتي طالق إلا أن يضرب أبي غلامه أو يدخل الدار، وهذا بين لا خفاء فيه، فلا يصح أن يحمل قول الرجل امرأته طالق ألبتة إلا أن يمنعني أبي من ذلك أو إلا أن يشاء أبي ذلك على أن مراده بذلك إنما هو امرأتي طالق ألبتة إن شاء أبي؛ إذ لا يحتمل ذلك اللفظ لكونه ضد مقتضاه، إلا أن يقول الرجل أردت ذلك فينوي إذا جاء مستفتيا، ولا يصح على أصولهم أن ينوي في ذلك مع قيام البينة عليه فضلا عن أن تحمل يمينه على ذلك إذا لم تكن له نية، ووجه قول أصبغ أنه لما كان قوله إلا أن يشاء أبي أو إلا أن يمنعني أبي [لغوا¹⁷⁹⁹] لا فائدة فيه لقائله، ولا تأثير له في الطلاق حمل على أنه أراد إن شاء

الحديث

1791 - ساقطة من المطبوع وم 31 والشيخ 77 ومايaby 56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 79 ويم 41.

1792 - في المطبوع أو إلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 79 وم 31 ويم 41 والشيخ 77 ومايaby 56.

1793 - هكذا في ن عدود وفي المطبوع إن شاء زيد ص 79 وم 31.

1794 - في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 79 ومايaby 56.

1795 - في المطبوع يمنعني أبي لا أن يشاء صحيح والشيخ 77 ومايaby 56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 79 ويم 41.

1796 - في المطبوع إلا أن يشاء وم 32 ويم 41 والشيخ 77 ومايaby 56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 79.

1797 - * في المطبوع أن وم 32 ويم 41 والشيخ 77 ومايaby 56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 79.

1798 - في سيد 14 ويم 41 بقوله.

1799 - في المطبوع لغو وم 42 ومايaby 56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 79 وم 42 والشيخ 78.

بِخِلَافٍ إِلَّا أَنْ يَبْدُوَ لِي كَالنَّذْرِ وَالْعَتَقِ.

متن الخطاب

أبي إذ لا تفرق العوام والجهال بين هذه الألفاظ فهذا يشبه أن يفتي به الجاهل على أن من قوله في نوازله إن الجهالة ليست بأحسن حالا من العلم في الطلاق، فقوله على كل حال ضعيف، وهذا الذي ذكرناه أظهر محتملات كلامه، ويحتمل أن يريد بقوله امرأته طالق إلا أن يشاء أبي امرأته طالق ولا ألزم نفسي ذلك إلا أن يشاء أبي فيكون على هذا التأويل بمنزلة [قوله إن شاء أبي،¹⁸⁰⁰] وإلى هذا نحا أصبغ ويحتمل وجها ثالثا وهو أن يريد بذلك امرأته طالق إلا أن يفعل فلان كذا وكذا أو إن لم يفعل كذا وكذا فيكون على هذا التأويل كمن حلف بالطلاق على غيره أن يفعل فعلا فيحال بينه وبين امرأته ويدخل عليه الإيلاء أو يتلوم له على الاختلاف في ذلك، فهذه ثلاثة وجوه تحتملها المسألة، فإن أراد الحالف أحدها حملت عليه يمينه، وإن لم تكن له نية فيختلف على أي وجه منها تحمل يمينه. انتهى.

قلت: أما إذا قال إلا أن يشاء أبي فأظهر الاحتمالات هو الثاني كما قال أصبغ، وأما إذا قال إلا أن يضرب أبي غلامه أو يدخل الدار فأظهرها الثالث فتأمل. والله أعلم. ونقل ابن عرفة كلام ابن رشد. ص: بخلاف إلا أن يبدو لي ش: قال ابن عرفة: وجه تفرقته أن الراجع في قوله إلا أن يبدو لي هو الموقع فكان تلاعبا والراجع في إلا أن يشاء فلان غيره فأشبهه كونه تفويضا. وقال ابن عبد السلام: الفرق أن قوله إلا أن يشاء زيد يمكن حمله على [إن شاء،¹⁸⁰¹] وقوله: "إلا أن يبدو لي" لا يمكن رده للشرط لأنه إخراج حالة مستقبلية بعد وقوع/ الطلاق لا يمكنه تعلقه بالحال [بوجه¹⁸⁰²]. قلت: فيلزم كونه في إلا أن [أشياء¹⁸⁰³] كقوله إلا أن يشاء زيد لصحة حمل أن أشياء على إن شئت والمنصوص في إن شئت عدم اللزوم، وفي إلا أن أشياء اللزوم. انتهى.

قلت: ما فرق به ابن عرفة هو معنى قول المصنف في التوضيح: والفرق للأشهر قوة التهمة في إلا أن يبدو لي، بخلاف إلا أن يشاء زيد فإنه لا يتهم على ذلك. انتهى. وحاصل كلامهم أن الأظهر في قوله إلا أن يبدو لي حمله على الوجه الأول من احتمالات ابن رشد، بخلاف إلا أن يشاء زيد، وإليه يرجع كلام ابن عبد السلام عند التأمل، وقول ابن عرفة: "فيلزم كونه في إلا إن أشياء مثل إلا أن يشاء زيد" ليس بظاهر لما قلنا إن الأظهر في قوله إلا أن أشياء أو يبدو لي أنه طلاق قيد حله بمشيئته أو إرادته وذلك لا يفيد بخلاف إلا أن يشاء زيد فإن الأظهر فيه أنه طلاق معلق على مشيئة زيد فتأمل. وما ذكره من أن المنصوص في أنت طالق إن شئت عدم اللزوم. قاله في العتق الأول من المدونة. ونصه: وإن قال لها أنت طالق إن شئت أو إن شاء فلان لم تطلق حتى ينظر إلى ما شاء أو شاء فلان. انتهى. قال أبو الحسن: لم يذكر التعليق بمشيئة نفسه في الكتاب إلا هنا، وهذا بخلاف قوله أنت طالق إلا أن يبدو لي، والفرق بينهما أن قوله إلا أن يبدو لي استثناء، والاستثناء في الطلاق لا ينفعه وقوله إن

80

الحديث

1800 - في المطبوع قوله إلا أن يريد أبي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 79 وم 32 وما يابى 57.

1801 * - في المطبوع وسيد 14 أن يشاء وما بين المعقوفين من م 32 وم 42 وما يابى 57 والشيخ 78.

1802 * - في المطبوع ويم والشيخ 78 فوجب وما بين المعقوفين من م 32 وما يابى 57 وسيد 14.

1803 - في المطبوع يشاء والشيخ 78 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 80 وما يابى 57 وم 32 (وفي يم 42 نشاء).

وَأَنْ تُفَى وَلَمْ يُؤْجَلْ [كَأَنَّ لَمْ يَقْدَمْ¹⁸⁰⁴ س] مُنْعَ مِنْهَا [إِلَّا¹⁸⁰⁵ س] إِنْ لَمْ أَحْبَلْهَا أَوْ إِنْ لَمْ أَطَاهَا وَهَلْ [يُمْنَعُ¹⁸⁰⁶ س] مُطْلَقًا أَوْ إِلَّا فِي كَأَنَّ لَمْ أَحْجُ فِي هَذَا [الْعَامِ¹⁸⁰⁷ س] وَلَيْسَ وَقْتُ سَفَرِ تَأْوِيلَانِ إِلَّا إِنْ لَمْ أَطْلُقْكَ مُطْلَقًا أَوْ إِلَى أَجَلٍ أَوْ إِنْ لَمْ أَطْلُقْكَ بِرَأْسِ الشَّهْرِ الْبَتَّةَ فَأَنْتِ طَالِقُ رَأْسِ الشَّهْرِ الْبَتَّةَ أَوْ الْآنَ فَيُنْجَزُ وَيَقَعُ وَلَوْ مَضَى زَمْنُهُ كَطَالِقِ الْيَوْمِ إِنْ كَلَّمْتُ فَلَانًا غَدًا وَإِنْ قَالَ إِنْ لَمْ أَطْلُقْكَ وَاحِدَةً بَعْدَ شَهْرٍ فَأَنْتِ طَالِقُ الْآنَ الْبَتَّةَ.

متن الخطاب شئت تعليق بصفة فلا يلزمه إلا بوقوع الصفة. انتهى. فعلى هذا ما يوجد في بعض نسخ التهذيب في قوله إن شئت بكسر التاء فليس بصحيح. والله أعلم.

ص: وإن نفى ولم يؤجل كأن لم يقدم منع منها ش: قال في كتاب العتق من المدونة: ومن قال لزوجته إن لم أتزوج عليك أو أفعل كذا فأنت طالق فهو على حنث، ويتوارثان قبل البر؛ إذ لا يطلق ميتة ولا يوصي ميت بطلاق. انتهى.

ص: لا إن لم أحبلها ش: قال الشارح في الكبير في شرح قول المصنف: "أو إذا حملت إلا أن يطأها مرة إلى آخره" ما نصه: فرع: قال في المجموعة: قال أشهب ومن قال لزوجته إن لم أحبلك فأنت طالق فإنه يطؤها أبدا حتى تقعد عن الحمل ويؤيس منه لها. انتهى. وهو ظاهر فتأمله.

ص: وهل يمنع مطلقا أو إلا في كأن لم أحج في هذا العام وليس وقت سفر تأويلان ش: /يعني إذا حلف على فعل له وقت معلوم قبل وقته فهل يمنع من الآن أو حتى يأتي الوقت؟

ص: [لا¹⁸⁰⁸] إِنْ لَمْ أَطْلُقْكَ مُطْلَقًا أَوْ إِلَى أَجَلٍ فَأَنْتِ طَالِقُ ش: أي فيقع عليه الطلاق على المشهور، وقيل لا يقع عليه حتى يرفعه للحاكم. قال في التوضيح: ولا إشكال على القولين أنه لا يمكن من الوطء؛ لأنه [على¹⁸⁰⁹] حنث في يمينه. عياض: فإن اجتراً [ووطئ¹⁸¹⁰] سقط عنه الإيلاء واستؤنف له ضرب الأجل، ولا يلزمه استبراء من هذا الوطء متى جاز له تطليقها ومراجعتها للاختلاف في منع الوطء في يمين الحنث.

ص: [أو¹⁸¹¹] إِنْ لَمْ أَطْلُقْكَ وَاحِدَةً بَعْدَ شَهْرٍ فَأَنْتِ طَالِقُ الْبَتَّةَ إِلَى آخِرِهِ ش: قال ابن عرفة: الشيخ: في الموازية عن عبد الملك قوله أنت طالق إلى مائة سنة إن لم أطلقك الآن لغو، وفي أنت طالق الساعة إن لم أطلقك إلى مائة سنة هي طالق الساعة. انتهى. والله أعلم.

81

الحديث

- 1804 س - كان أقدم نسخة.
- 1805 س - لا إن لم أحبلها نسخة.
- 1806 س - وهل مطلقا نسخة.
- 1807 س - كأن لم أحج وليس وقت سفر نسخة.
- 1808 - في المطبوع إلا وم 32 ومايaby 57 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 81 ويم 42 والشيخ 79.
- 1809 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 81 وم 32 ويم 42 والشيخ 79 ومايaby 58.
- 1810 - في المطبوع أو وطئ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 81 ويم 42 ومايaby 58 وم 32.
- 1811 - ساقطة من المطبوع والشيخ 79 (وفي مايaby 58 وإن قال) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 81 (وفي يم 42 أو قال) (وفي م 32 وإن قال).

فَإِنْ عَجَّلَهَا أَجْزَاتٌ وَإِلَّا قِيلَ لَهُ إِمَّا عَجَّلْتُهَا وَإِلَّا بَأَنْتُ وَإِنْ حَلَفَ عَلَى فِعْلٍ غَيْرِهِ فَقِي الْبِرِّ كَنْفُسِهِ وَهَلْ كَذَلِكَ فِي الْحِنْثِ أَوْ لَا يُضْرَبُ لَهُ أَجَلُ الْإِيْلَاءِ وَيَتْلَوُّ لَهُ قَوْلَانِ وَإِنْ أَقَرَّ بِفِعْلٍ ثُمَّ حَلَفَ مَا فَعَلْتُ صَدَقَ بِيَمِينٍ بِخِلَافٍ إِقْرَارِهِ بَعْدَ الْيَمِينِ فَيُنْجَزُ.

ص: وهل كذلك في الحنث أو لا يضرب له أجل الإيلاء ويتلوم له قولان ش: ظاهر كلامه أنه إذا حلف على فعل غيره فيفصل فيه [فإن كان¹⁸¹²] محرماً فإنه ينجز الطلاق، وهذا الذي مال إليه في توضيحه من طريق البحث، ولكنه لم ينقله عن أحد، وصرح ابن الحاجب بأنه إذا حلف على فعل غيره فإنه لا ينجز عليه، سواء كان محرماً أم لا، وتبعه ابن راشد القفصي [في المذهب¹⁸¹³] فقال: "وإن علقه بفعل غيره لم ينجز محرماً كان أو غير محررم لكن يمنع من الوطء حتى يقع ما حلف عليه"، وفي تسوية المصنف رحمه الله بين القولين نظر فقد صرح في كتاب العتق الأول من المدونة أن من حلف على فعل غيره لا يضرب له أجل الإيلاء، وإنما يتلوم له الإمام بقدر ما يرى أنه أراد من الأجل، ونصه: ومن قال لأمته إن لم تدخلني أنت الدار أو تفعلني كذا فأنت حرة أو لزوجته فأنت طالق أو قال إن لم يفعل فلان كذا فعبدي حر وزوجتي طالق منع/ من البيع والوطء وهو على حنث ولا يضرب له في هذا أجل الإيلاء في المرأة وإنما يضرب له ذلك في يمينه ليفعلن هو، فأما هذا فإن الإمام يتلوم له بقدر ما يرى أنه أراد من الأجل في تأخير ما حلف عليه وتوقف لذلك الزوجة والأمة والأجنبي، فإن لم يفعل ذلك عتق عليه وطلق إلا أن يريد إكراه الأمة على ما يجوز له من دخول دار أو غيره فله إكراهها ويبر، ولو مات الحالف في التلوم مات على حنث وعتقت الأمة في الثلث وترثه الزوجة. انتهى. قال ابن يونس: لأن الحنث وقع عليه بعد موته. انتهى. وقال في قوله: "إلا أن يريد إكراه الأمة" ويكون القول قوله. اهـ. وقال في التوضيح: المشهور أنه إنما يضرب له أجل الإيلاء إذا حلف على فعل نفسه، وأما على غيره فلا ويتلوم له القاضي ثم يطلق عليه ولم يحك القرويون غيره، وحكى صاحب المقدمات الخلاف. انتهى.

ص: وإن أقر بفعل ثم حلف ما فعلت صدق بيمين بخلاف إقراره بعد اليمين ش: تصوره واضح. قال البرزلي في مسائل الأيمان بعد نقله المسألة: وانظر إذا نكل هل يلزمه ما يلزمه في إقامة شاهد على الطلاق، والظاهر أن إقراره [أشد. اهـ.¹⁸¹⁴] واعلم أنه لا مفهوم لقول المصنف: "بفعل"، بل الحكم سواء في جميع الأشياء، ولو قال وإن أقر بشيء لكان أوضح ويشهد لما قلناه مسائل منها ما في رسم يشترى الدور والمزارع في سماع يحيى من كتاب الأيمان بالطلاق وهي مشتملة على مسائل، ونصها: وقال في الرجل يقول إني حلفت بالطلاق أن لا أكلم فلانا فجاء قوم يشهدون أنهم حضروه يكلم ذلك الرجل بعد ما كان أقر أنه حلف أنه لا يكلمه فقال امرأته طالق إن كنت حلفت وما كان الذي قلت إلا كذبة كذبت بها، ولقد كلمت فلانا وما علي يمين بطلاق ولا غيره أن لا أكلمه قال يحنث

1812 - في المطبوع بان أنه والشيخ 79 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 81 وم 32 ويم 42 وما يابى 58.

1813 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 81 وم 32 ويم 42 والشيخ 79 وما يابى 58.

1814 - في المطبوع اسدله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 82 وم 33 ويم 43 والشيخ 80 وما يابى 58.

متن الخطاب ولا يدين؛ لأن الفعل الذي أقر أنه حلف أن لا يفعله قد ثبت عليه أنه فعله بعد إقراره باليمين [التي¹⁸¹⁵] زعم أنه حلف بها أن لا يفعل ذلك الفعل. قال: ومن قال لقد كلمت فلانا اليوم أو أتيت فلانا أو أكلت طعام كذا وكذا ثم عوتب في بعض ذلك فقال امرأته طالق إن فعل شيئا من ذلك فإنه يدين، ويحلف بالله ما فعل الذي حلف أنه لم يفعله مما كان زعم أنه قد كان فعله، وأنه إنما كان كذب أولا ثم لا حنث عليه إلا أن تقوم عليه بينة بعد يمينه بالطلاق أنه لم يفعل ذلك الشيء فتشهد البينة أنه فعل قبل أن يحلف فيحنث أو يقر بعد يمينه أنه قد كان فعله [فيلزمه¹⁸¹⁶] الحنث أيضا بإقراره. قال: ومن شهد عليه قوم بحق لرجل أو أنه فعل شيئا ينكره فقال بعد شهادتهم عليه امرأته طالق إن لم يكونوا شهدوا عليه بزور، وما كان لفلان قبلي شيء، وما فعلت الذي شهدوا به علي وإلا فامرأته طالق فإنه يدين ويحلف أنهم كذبوا في شهادتهم وتحبس امرأته، فإن أقر بعد [بتصديق¹⁸¹⁷] الشهود أو جاء شهود آخرون يشهدون على تصديق شهادة الأولين الذين حلف بتكذيبهم حنث في يمينه. قال: وكذلك لو حلف بالطلاق إن كان لفلان عليه كذا وكذا أو إن كان كلم اليوم فلانا فشهد عليه عدول بإثبات الحق وأنه كلم ذلك الرجل فإن الحنث يلزمه.

قال ابن رشد: هذه المسائل كلها صحاح وأصلها في الأيمان بالطلاق منها، وتكرر في أول سماع ابن القاسم من الشهادات، ولا خلاف أحفظه في شيء منها، وتلخيصها أن اليمين على الفعل بالطلاق كان بينة أو إقرار إذا تقدم على الإقرار بالفعل والشهادة به عليه طلقت عليه [امرأته¹⁸¹⁸] وإن تقدم الإقرار منه بالفعل أو الشهادة به على اليمين كان بينة أو بإقرار لم تطلق عليه، والفرق بين أن تتقدم اليمين على الفعل أو الفعل على اليمين هو أن اليمين إذا تقدم بإقرار أو بينة فقد لزم حكمه ووجب أن لا يصدق في إبطاله، وإذا تقدم الفعل بينة أو إقرار لم يثبت لليمين بتكذيب ذلك حكم إذا لم يقصد الحالف إلى إيجاب حكم الطلاق الذي حلف به على نفسه، وإنما قصد إلى تحقيق نفي ذلك الفعل. انتهى. / وانظر كلام مختصر الواضحة في كتاب الأيمان والنذور، وكلام النوادر، وذكر ابن رشد في رسم المكاتب في سماع يحيى من كتاب الأيمان بالطلاق مسألة وهي: من ادعى على رجل بحق فحلف بالطلاق ما لك عندي حق فحلف المدعي بالطلاق أن ذلك الحق عندك ولم تقم له بينة بذلك فإنه لا يقضى [له¹⁸¹⁹] بالحق، وأما الطلاق فلا يلزمه ويدين وهل يحلف أو لا يحلف قولان. اهـ. وأشار إلى ذلك في رسم الطلاق الأول من سماع أشهب وفي رسم [يسلف¹⁸²⁰] في [المتاع¹⁸²¹] من سماع ابن القاسم قال: وهذا

83

الحديث

1815 * - في المطبوع والنسخ التي بأيدينا الذي وما بين المعقوفين من البيان، ج 6 ص 265.

1816 - في المطبوع فيلزم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 82 وم 33 ويم 43 والشيخ 80 وما يابى 59.

1817 - في المطبوع تصديق وم 33 وما يابى 59 (وفي الشيخ 81 تصديق الشهيد) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 82

ويم 43.

1818 - ساقطة من المطبوع والشيخ 81 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 82 وم 33 ويم 43 وما يابى 59.

1819 - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 83 وم 33 ويم 43 والشيخ 81 وما يابى 59.

1820 * - في المطبوع تسلف وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

1821 * - في المطبوع المتابع وما بين المعقوفين من يم 43 وم 33 وسيد 15 والشيخ 81 وما يابى 59.

متن الخطاب إذا طولب بحكم الطلاق أما إن جاء مستفتياً فلا وجه لليمين وهي يمين تهمة. والله [تعالى] ¹⁸²² أعلم. وفي سماع يحيى من كتاب الأيمان بالطلاق في رجل أمر غريمه أن يدفع ماله عليه إلى وكيله ثم سأله بعد أيام فقال دفعته إلى وكيلك فقال كتب إلي وكيلي أنه لم يقبض منك شيئاً فقال الغريم امرأته طالق ألبتة إن كنت لم أدفع إليه [حَقَّك] ¹⁸²³، وقال الطالب امرأتي طالق إن كنت دفعت إليه شيئاً قال: أما المطلوب فينوي في يمينه ولا يبرأ من الحق إلا ببينة على الدفع، وأما الطالب فحانث؛ لأنه حلف على غيب لا علم له به، ولا يجوز للامام أن يقر امرأته عنده وقد بان أنه حلف على غير علم. انتهى من حاشية المشذلي [من] ¹⁸²⁴ كتاب الهبات.

وقال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الأيمان بالطلاق مسألة: قال مالك في الرجل يحلف بطلاق امرأته إن لم يضربها كذا وكذا، أو يقول غلامي حر إن لم أضربه كذا وكذا، ثم تأتي المرأة أو العبد يدعيان أنه لم يضربهما ويقول الرجل قد ضربت إنه ليس على السيد ولا على الزوج البينة على ذلك ويصدق ويحلف. قال ابن القاسم: وذلك مخالف للحقوق في قول مالك لأن الرجل لو حلف بطلاق امرأته البتة إن لم يقض الرجل حقه إلى أجل سماه فحل الأجل، وزعم أنه قضاه. قال مالك: إن لم يكن عليه بينة بالقضاء طلق عليه بالشهود الذين أشهدهم على أصل الحق.

قال ابن رشد: أما الذي يحلف بطلاق امرأته ليضربنها إلى أجل يسميه أو بعق عبده ليضربنه إلى أجل يسميه فلا اختلاف في أن كل واحد منهما مصدق مع يمينه بعد الأجل على أنه قد ضرب قبل الأجل لأن ضرب الزوج امرأته والسيد عبده ليس بحق لهما تسأله الزوجة من زوجها والعبد من سيده فيتوثق باليمين من الحالف على ذلك ولا يلزمه الإشهاد على تأديبه، ولعله ضرب عداء فلا يسوغ للشاهد إن استشهد على ذلك أن يحضر ليشهد به.

قال في الواضحة: وإن مات السيد [فادعى] ¹⁸²⁵ العبد أنه لم يضربه وجهل الورثة ذلك فالقول قول العبد حتى يدعوا أنه قد ضربه فينزلوا منزلة السيد في ذلك، وأما الذي يحلف بطلاق امرأته البتة إن لم يقض رجلاً حقه إلى أجل سماه فحل الأجل وزعم أنه قضاه، وزعمت المرأة أنه لم يقضه، وأنه قد حنث فيها بطلاق البتات ففي ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: أن القول قوله مع يمينه يحلف ويبرأ من الحنث بمنزلة الذي يحلف على ضرب امرأته أو أمته، وإن أنكر صاحب الحق القبض حلف وأخذ حقه، وهو قول مالك في رواية زياد عنه، والثاني: أنه لا يصدق في القضاء ولا يمكن من اليمين ويبرأ من الحنث بما يبرأ من الدين من إقرار صاحب الحق بقبضه أو شاهد ويمين أو شاهد وامرأتين، وهو الذي يأتي على قول سحنون في كتاب ابنه، والثالث: أنه لا يبرأ من الحنث بشاهد ويمين ولا شاهد وامرأتين ولا بإقرار صاحب الحق ولا يبرأ إلا بشاهدين عدلين، وهو قول مطرف وابن الماجشون وروايتهما عن مالك، وظاهر رواية ابن القاسم هذه عن مالك ورواية ابن وهب عنه في رسم أسلم من سماع عيسى، وقد قيل إنه يبرأ أيضاً بإقرار صاحب الحق إذا كان مأموناً لا يتهم أن يظاً حراماً وهو

1822 - ساقطة من المطبوع وم33 والشيخ81 ومايأبى59 وما بين المعقوفين من ن عدود ص83 وم43.

1823 * - في المطبوع حقه وما بين المعقوفين من م33 وم43 وسيد15 ومايأبى59 والشيخ81.

1824 - في المطبوع في وم33 والشيخ81 ومايأبى59 وما بين المعقوفين من ن عدود ص83 وم43.

1825 - في المطبوع بادعاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص83 وم43 والشيخ82 ومايأبى60.

قول أشهب وابن عبد الحكم في الواضحة. قال ابن نافع: في المبسطة مع يمينه، وزاد ابن القاسم في رسم أسلم من سماع عيسى: "إذا كان من أهل الصدق وممن لا يتهم"، وهذا كله إذا كانت على أصل/ اليمين بيّنة، وهو معنى قوله في هذه الرواية طلق عليه بالشهود الذين أشهدهم على أصل الحق؛ لأنه يريد بقوله على أصل [الحق على أصل¹⁸²⁶] اليمين، وأما إذا لم تكن على أصل اليمين بيّنة إلا أن الزوج أقر باليمين لما روجع فيها وطلب بها فيتخرج ذلك على قولين أحدهما أن إقراره على نفسه باليمين كقيام البيّنة بها عليه.

والثاني أنه يحلف لقد قضاة حقه قبل الأجل ويبرأ من الحنث ولا يبرأ من المال إذا لم يقر صاحبه بقبضه ولا شهدت بذلك بيّنة، وسواء كانت على أصل الدين بيّنة أو لم تكن، وذهب بعض الشيوخ وهو ابن دحون إلى أن قيام البيّنة على أصل الحق كقيامها على أصل اليمين على ظاهر قوله في هذه الرواية طلق عليه بالشهود الذين أشهدهم على أصل الحق وليس ذلك بصحيح؛ لأن الشهادة على أصل الحق لا تأثير لها بوجود الطلاق، فالمعنى في ذلك هو ما ذكرناه، ولو أنكر اليمين ولم تقم عليه بها بيّنة لم تلحقه في ذلك يمين، ولو أنكر اليمين وأقر أنه لم يدفع الحق قبل الأجل فلما قامت عليه البيّنة باليمين أقام هو بيّنة على دفع الحق قبل الأجل قبلت منه بينته على اختلاف في هذا الأصل قائم من المدونة وغيرها. وبالله [تعالى¹⁸²⁷] التوفيق. [اهـ.¹⁸²⁸]

مسألة: قال في سماع أصبغ من كتاب طلاق السنة في رسم النكاح: وسئل ابن القاسم عن نزلت به يمين في امرأته أفأتي بأن قد بانت فقال لها وللناس قد بانت مني ثم علم أنه لا شيء عليه فقال لا ينفعه وأراها قد بانت إذا قال ذلك. قال ابن رشد: هذا قول أشهب أيضاً، وحكى ابن حبيب عن مالك أنه لا شيء عليه، وقال سحنون في كتاب ابنه إن قال ذلك على وجه الخبر يخبر بما قيل له [فلا¹⁸²⁹] شيء عليه، وإن قال ذلك يريد الطلاق طلقت عليه، والذي أقول به في هذا إن كان الذي أفتي به خطأ [مخالفاً¹⁸³⁰] للإجماع لا وجه له في الاجتهاد فلا شيء عليه وإن كان قول قائل وله وجه في الاجتهاد ومفتيه به من أهل الاجتهاد فالطلاق له لازم، فينبغي أن يرد الاختلاف المذكور في المسألة إلى هذا، وهذا كله إذا أتى مستفتياً، وأما إن حضرته البيّنة بقوله قد بانت منه ثم ادعى أنه إنما قال ذلك لأنه أفتي به فلا يصدق في ذلك، ويؤخذ بما ظهر من إقراره إلا أن تشهد بيّنة أنه أفتي بذلك فيصدق في أنه قال ذلك لذلك مع يمينه. انتهى. واعلم أنه إذا قال اللفظ المذكور، أو ما أشبهه يريد به الطلاق فلا إشكال في لزوم الطلاق كما قال سحنون، وأما إن أراد الإخبار عما أفتي به فكما قال ابن رشد إن كان ما أفتي به مخالفاً للإجماع لا وجه له في الاجتهاد فلا شيء عليه، وإن كان قول قائل وله وجه في الاجتهاد ومفتيه من أهل الاجتهاد فالطلاق له لازم وبقي قسم؛ وهو مفهوم من

1826 - ساقطة من المطبوع وم33 ومايأبى60 وما بين المعقوفين من ن عدود ص84 ويم44 والشيخ82.
1827 - ساقطة من المطبوع والشيخ83 وم34 ومايأبى60 وما بين المعقوفين من ن عدود ص84 ويم44.
1828 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص84 وم34 ويم44 والشيخ83 ومايأبى60.
1829 - في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص84 وم34 ويم44 والشيخ83 ومايأبى60.
1830 - في المطبوع مخالف وم34 والشيخ83 وما بين المعقوفين من ن عدود ص84 ويم44 ومايأبى60.

وَلَا تُمْكِنُهُ [زَوْجَتُهُ¹⁸³¹ س] إِنْ سَمِعَتْ إِقْرَارَهُ وَبَانَتْ وَلَا تَتَزَيَّنَ إِلَّا كُرْهًا وَلِتَفْتَدِ مِنْهُ وَفِي جَوَازٍ قَتْلُهَا لَهُ عِنْدَ مُحَاوَرَتِهَا قَوْلَانِ.

متن الخطاب قول ابن رشد: ومفتيه من أهل الاجتهاد وهو ما إذا كان مفتيه ليس من أهل الاجتهاد والترجيح وأفتاه بالقول المرجوح جهلا فهذا لا يلزمه شيء، وهو مفهوم كلام ابن رشد. والله أعلم.

ص: ولا تمكنه زوجته إن سمعت إقراره وبانت ش: أعلم أن ظاهر كلام المصنف أنه شرط في منعها نفسها منه شرطين: / الأول أن تسمع إقراره. الثاني أن تبين، ولم يبين أحد من شروحه التي وقفت عليها معنى الشرط الثاني، وهو قوله: "وبانت"، وكذلك شارحا ابن الحاجب - أعني المصنف وابن عبد السلام - مع أن عبارة ابن الحاجب أوضح من عبارة المؤلف، ونصه: ولا يسع زوجته إن علمت إقراره المقام معه إلا كرها إن بانت كمن علمت أنها طلقت ثلاثا ولا بينة لها. انتهى. ولم ينبها على معنى قوله: "إن بانت"، ثم إنني وقفت على شرح ابن الحاجب للعلامة ابن فرحون فذكر بعض شيء، ونصه: قال في المدونة فإن كان علم هو أنه كاذب في إقراره بعد يمينه حل له المقام عليها فيما بينه وبين الله ولم يسع امرأته المقام معه إن سمعت إقراره وكان الطلاق بالثلاث، وهذا معنى قوله: "إن بانت" وترفعه للحاكم إلا أن لا تجد بينة ولا سلطانا. انتهى. وما ذكره عن المدونة - أعني قوله وكان الطلاق بالثلاث - لم أره في التهذيب، ولم أر من نقله عن المدونة ولا من نبه عليه من شراحها بعد النظر في ابن يونس وأبي الحسن الكبير والصغير وابن ناجي والرجرجاني والتنبيهات والنكت وحاشية المشذلي فتأمل. والله [تعالى¹⁸³²] أعلم.

وقال البرزلي في مسائل الأنكحة: مسألة: وسئل ابن أبي زيد عمن شهد على زوجها شاهدان بالطلاق وهي تعلم زورهما هل يباح لها التزويج أم لا؟ فأجاب: هذا لا يعرف أبدا إلا على وجه أن يشهدا أنه طلقها في يوم الخميس وتعلم هي أنها لم تفارقه في ذلك اليوم، فينبغي إن كان [كذلك¹⁸³³] أن لا تتزوج. البرزلي: وعكسه تعلم تحقيقا أن يشهدا عليه أنه طلقها وهو يعلم بطلان شهادتهم وقد وقعت، وأفتى فيها شيخنا أبو محمد عبد الله الشيببي.

وقد كانت منعت منه أنه يجوز له أن يتصور عليها ويطأها إذا خفي له ذلك وصدقته؛ وهي عندي تجري على مسألة من رأى هلال شوال وحده وهو في الحاضرة هل يباح له الفطر إذا خفي له وعلى مسألة من جحد له مال فظفر بمال للجاحد هل يباح له أم لا؟ أما إذا كان غير وديعة عنده ولم يخف على نفسه فجائز، وإن خاف على نفسه مثل الفقير يقدر على أموال مستغرق الذمة بالتستر والسرقة فكان شيخنا أبو محمد المذكور يبيح للفقراء أخذ أموال الظلمة كيفما تأتت، وكان شيخنا الإمام يمنع ذلك ابتداء خشية أن يطلع عليه فيدركه الضرر. هذا الذي شافهته منه ثم بلغني أنه رجع إلى جواز ذلك وهو كمسألة المضطر لأكل مال الغير إن خاف على نفسه القطع أبيحت له الميتة، وإلا جاز له أخذه وأما إن كان عنده وديعة فهل ينفعه الجحد أم لا؟ فيه ستة أقوال حكاها ابن رشد في

1831 س - ولا تمكنه إن سمعت نسخة.

1832 - ساقطة من المطبوع وم 37 وما يابى 61 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 85 وم 44.

1833 - في المطبوع ذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 85 وم 34 وم 44 والشيخ 84 وما يابى 61.

نص خليل

وَأَمَرَ بِالْفِرَاقِ فِي إِنْ كُنْتَ تُحِبِّينِي أَوْ تُبْغِضِينِي وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ إِلَّا أَنْ تُجِيبَ بِمَا يَقْتَضِي الْحِنْثَ [فَيَنْجُزُ¹⁸³⁴ س] تَأْوِيلَانِ وَفِيهَا مَا يَدُلُّ لَهَا وَبِالْإِيمَانِ الْمَشْكُوكِ فِيهَا.

متن الخطاب

الشرح، وذكر ابن يونس أكثرها حيث تكلم عليها في المدونة من آخر الوديعه. انتهى. والمشهور المنع في المسألتين المخرج [عليهما¹⁸³⁵] والإجراء [عليهما¹⁸³⁶] ظاهر فيلزم في المسألة المذكورة. والله أعلم. قال ابن الحاجب: ولا يفطر في هلال شوال ظاهرا ولا خفية وإن أمن الظهور على الأصح. قال في التوضيح: ومقابل الأصح لم أره منصوصا، وخرجه اللخمي من مسألة الزوجين يشهد عليهما شاهدان بالطلاق الثلاث والزوجان يعلمان أنهما شهدا بزور فقد قيل لا بأس أن يصيبها [خفية¹⁸³⁷] فالأكل مثله من باب أولى؛ لأن التخفي في الأكل أكثر من الجماع. انتهى.

ص: وأمر بالفراق في إن كنت تحبيني أو تبغضيني ش: قال الشيخ أبو الحسن: هو رباعي من قولهم أبغض في الله وأحب في الله. انتهى. ونحو هذه المسائل ما قاله بعد هذه في المدونة، وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق فقلت دخلت فكذبها ثم قالت كنت كاذبة أو لم تقل فإنه يؤمر بفراقها ولا يقضى به عليه ولو صدقها أولا لزمه الفراق بالقضاء وإن رجعت عن إقرارها، وإن قال لها أنت طالق إن كتمتيني أو كذبتيني لشيء سألها عنه فتخبره فلا يدري أكتتمته أم كذبتة فليفارقه بلا قضاء. انتهى. وقريب من هذه المسائل ما قاله في نوازل أصبغ من طلاق السنة.

86

قال أصبغ في رجل قال لامرأته أنت طالق ألبتة إن كنت حائضا قالت أنا حائض. قال: / أرى أن يخلي سبيلها وأن الطلاق وقع عليها، ولو قالت لست حائضا أرى أن لا يصدقها ولا يقبل منها ولا ينتفع بذلك وليخل سبيلها؛ لأن ذلك شك لا يدري ما هو عليه منها أصادقة هي أم كاذبة، فلا يقيم على الشك إلا أن ينكشف له ذلك بأسباب يقبل عليها ويقع على [يقينه بها¹⁸³⁸]. قال ابن رشد: قوله: "ولا يقيم على الشك" يريد ويفرق بينهما [بالحكم¹⁸³⁹] هذا مذهب أصبغ فيما كان من هذا الفرع مما يحلف الحالف فيه على غيره فيما قد مضى فيكون الشك فيه قائما؛ إذ لا يعلم حقيقته إلا من جهته ولا يدري هل صدقته مثل أن يقول امرأتي طالق إن كنت تبغضيني أو إن لم تصدقيني فتقول أنا أحبك وتخبره وتزعم أنها قد صدقته وما أشبه ذلك، وابن القاسم يرى [في¹⁸⁴⁰] مثل هذا أنه يؤمر ولا يجبر، وقد مضى هذا المعنى في رسم القطعان من سماع عيسى.

الحديث

1834 س - فيجبر نسخة.

1835 - في المطبوع عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 85 وم 34 ويم 44 والشيخ 84 ومايأبى 61.

1836 - في المطبوع عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 85 وم 34 ويم 44 والشيخ 84 ومايأبى 61.

1837 - في المطبوع خيفة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 85 وم 34 ويم 44 والشيخ 84 ومايأبى 61.

1838 - في المطبوع يقينها به وهو الذي في مطبوعة البيان ج 5 ص 466 وم 35 ويم 45 والشيخ 85 ومايأبى 62 وما بين

المعقوفين من ن عدود ص 86 وأقره الشيخ محمد سالم عدود.

1839 * - في المطبوع في الحكم وما بين المعقوفين من نسخة سيد 15 والبيان ج 5 ص 466.

1840 - ساقطة من المطبوع والشيخ 85 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 86 وم 34 ويم 45 ومايأبى 62.

وَلَا يُؤْمَرُ إِنْ شَكَّ هَلْ طَلَّقَ أَمْ لَا إِلَّا أَنْ يَسْتَبْدَّ وَهُوَ سَالِمٌ الْخَاطِرِ كَرُؤْيَا شَخْصٍ دَاخِلًا شَكٌّ فِي كَوْنِهِ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ وَهَلْ يُجْبَرُ تَأْوِيلًا.

فرع: قال في المدونة: وإن قال لها أنت طالق إن كنت أحب طلاقك وهو يحبه بقلبه فهي طالق. انتهى. والله أعلم.

ص: وبالأيمان المشكوك فيها ش: قال ابن غازي: قوله وبالأيمان معطوف على بالفراق بحذف مضاف؛ أي وأمر بالفراق [في كذا أو بانفاذ¹⁸⁴¹] الأيمان المشكوك فيها. انتهى. وهذا أحسن مما حمله عليه الشارحان لأن مسألتها يجبر فيها على الفراق؛ لأنها جعلاه أشار إلى قوله في المدونة: وكل يمين في الطلاق لا يعلم صاحبها أنه فيها بار فهو حانث. قال ابن ناجي: قال ابن الحاجب: يعني يشك احترازًا من الوهم فإنه لا أثر له. ثم قال: وقال خليل [هل¹⁸⁴²] لا يؤمر بشيء إذا ظن البر كما يفهم من كلامه، أو يكون أخف؟ [فعلى القول¹⁸⁴³] بالجبر مع الشك يؤمر ها هنا من غير جبر، وعلى القول [بعدم الجبر¹⁸⁴⁴] لا يؤمر هنا بشيء. انتهى. انظر ابن عبد السلام، وجعل ابن غازي أنه أشار إلى قوله ومن لم يدر بما حلف بطلاق أو عتق أو مشي أو صدقة فليطلق نساءه ويعتق رقيقه ويتصدق بثلث ماله ويمش إلى مكة يؤمر بذلك من غير قضاء.

قال أبو الحسن: قال ابن محرز: لم يذكركم يطلق زوجته ولا كم يمشي إلى مكة وإن كان الشك لا يتناول عددا [فإنما¹⁸⁴⁵] يلزمه طلبة واحدة والمشي مرة واحدة لأنه كأنه إنما حلف بهذه الأجناس. انتهى. ابن ناجي: فهم شيخنا أبو مهدي قولها يؤمر على اللزوم [وجوبا¹⁸⁴⁶] وإنما أراد نفي الجبر فقط، وفهم شيخنا حفظه الله قولها على الاستحباب، والصواب هو الأول؛ لقراءة قولها من غير قضاء. ثم قال ابن محرز: إنما قال ويتصدق بثلث ماله لأنه شك هل حلف بصدقة جميع ماله، ولو شك هل حلف بصدقة أم لا فليخرج أقل ما ينطلق عليه الاسم مدا أو درهما. انتهى. وعلى [ما حمله¹⁸⁴⁷] ابن غازي تكون عبارة المؤلف أحسن من عبارة ابن الحاجب لموافقة للمدونة في أنه إنما يلزمه من الأيمان ما شك في حلفه به لا ما اعتاد [الحلف¹⁸⁴⁸] به من الأيمان كما يفهم من ابن الحاجب. والله أعلم.

ص: ولا يؤمر إن شك هل طلق أم لا؟ ش: تصوره واضح. سئلت عن جزم أنه/ طلق بالكلام النفسي وشك هل تلفظ بذلك أم لا؟ فأجبت: أما على القول بلزوم الطلاق بالكلام النفسي وهو أحد المشهورين فلا شك في لزوم الطلاق له، وأما على القول بعدم لزوم

1841 - هكذا في ن عدود وفي المطبوع أو في كذا وصوبه الشيخ محمد سالم عدود ب في كذا (وبانفاذ) وهو الذي في م34 ويم45 والشيخ85 ومايأبي62.

1842 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص86 وم35 ويم45 ومايأبي62.

1843 - في المطبوع فقال ومايأبي62 والشيخ85 وما بين المعقوفين من ن عدود ص86 ويم45.

1844 - في المطبوع ويم45 وم35 ومايأبي62 والشيخ85 على الجبر بالجبر لا يؤمر وما بين المعقوفين من ن عدود ظنا

ص86 علق عليه الشيخ محمد سالم ب وهو الصواب. ونص التوضيح ج2 ص256 مخطوط (وعلى القول بالأمر مع الشك لا يؤمر).

1845 - * في المطبوع قائما وما بين المعقوفين من يم45 والشيخ85.

1846 - * في المطبوع ووجوبا وما بين المعقوفين من يم45 وسيد15 والشيخ85 ومايأبي62.

1847 - * كذا في النسخ بحذف العائد.

1848 - * في المطبوع الحالف وما بين المعقوفين من م35 ويم45 وسيد15 ومايأبي62 والشيخ86.

نص خليل

وَإِنْ شَكَّ أَهْنَدُ هِيَ أَمْ غَيْرُهَا أَوْ قَالَ إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ أَوْ أَنْتِ طَالِقٌ بَلْ أَنْتِ طَلَقْتَا وَإِنْ قَالَ أَوْ أَنْتِ خَيْرٌ وَلَا أَنْتِ طَلَقْتِ الْأُولَى إِلَّا أَنْ يُرِيدَ الْإِضْرَابَ.

متن الخطاب

الطلاق بالكلام النفسي فالظاهر أنه بمنزلة من شك هل طلق أم لا ، والمشهور أنه لا يلزمه شيء . والله تعالى¹⁸⁴⁹ [أعلم .

ص : وإن شك أهند هي أم غيرها ش : تصوره واضح .
مسألة حسنة وقعت لابن عرفة والأبي : وهي أن ابن عرفة سئل عن رجل له أربع زوجات رأى إحدى زوجاته الأربع مشرفة من طاقة فقال لها إن لم أطلقك فصاحبك طوالق فردت رأسها ولم يعرفها بعينها ، وأنكرت كل واحدة منهن أن تكون هي المشرفة ؟ فأجاب بأنه يلزمه طلاق الأربع ، وكان ذلك بحضور الأبي فقال إنما يلزمه طلاق ثلاث منهن وتبقى الرابعة لأنها إن كانت هي المشرفة فقد طلق صوابها ، وإن كانت المشرفة إحدى الثلاث اللاتي طلقن فلا حنث في التي تحتها . أخبرني بذلك بعض أصحابنا من طلبة العلم من أهل القيروان من أهل الدين والفضل قال إنه أخبره بذلك والده وكان من أهل العلم والدين غفر الله للجميع بمنه وكرمه آمين .

ص : أو قال إحداكما طالق ش : قال في الأيمان بالطلاق من المدونة : ومن قال إحدى نسائي أو امرأة من نسائي طالق أو كان ذلك في يمين حنث بها ، فإن نوى واحدة طلقت التي نوى خاصة وصدق في القضاء والفتيا ، فإن لم ينوها أو نواها ونسيها طلقن كلهن من غير استثناء طلاق ، فإن جحد فشهد عليه كان كمن لا نية له . انتهى . قال ابن ناجي : قوله صدق في القضاء والفتيا ظاهره بغير يمين . قاله المغربي وابن عبد السلام . وقال اللخمي اختلف في يمينه وأرى إن لم تكن عليه بينة لم يحلف على كل حال ، وإن كانت عليه بينة فإن قال أردت فلانة وكان كلامه نسقا صدق بغير يمين ، وإن لم يكن نسقا وكانت منازعته معها صدق بلا يمين ، وإن لم تكن ثم منازعة فإن عين الحسناء أو التي يعلم أنه يميل إليها لم يحلف ، وإن عين الأخرى حلف ، وقوله طلقن كلهن هذا قول المصريين ، وقال المدنيون يختار كالعق . انتهى كلام ابن ناجي .

تنبيه : وكذلك لو قال امرأته طالق وله امرأتان . قاله ابن الحاجب ، ونقله في الشامل .

مسألة : قال ابن رشد في نوازل في أول مسائل الحبس : إذا قال الرجل نسائي طوالق وله أربع نسوة ثم أتى مستفتيا وقال أردت فلانة وفلانة وفلانة صدق ولم يلزمه طلاق الرابعة التي قال إنه لم يردها بقوله : ولو قال جميع نسائي طوالق لم ينو أنه أراد بعضهن لنصه على جميعهن ، إلا أن يقول قد استثنيت فقلت إلا فلانة أو نويت إلا فلانة فيصدق إذا أتى مستفتيا على الخلاف في الاستثناء بإلا دون تحريك اللسان إن كان قال نويت إلا فلانة . انتهى . والمشهور أن الاستثناء إنما يفيد بحركة اللسان إلا أن يكون عزل واحدة في يمينه أولا فيكون من باب المحاشاة . والله أعلم . وانظر أحكام ابن سهل فيمن حلف بطلاق امرأته ولا يعلم له الحاضرون إلا امرأة واحدة ثم أثبت أن له امرأتين ، وأنه أراد الثانية ، وقد أطال الكلام في ذلك ، والمسألة في الجزء الأول قبل ترجمة من قال جميع ما أملك

الحديث

نص خليل وإن شكَّ أطلقَ واحدةً أو اثنتينِ أو ثلاثاً لم تحلَّ إلا بعدَ زوجٍ وصديقٍ إن ذكرَ في العدة ثمَّ إن تزوجَهَا وطلقَهَا فكذلكَ إلا أن يَبْتَ وإن حلفَ صانعُ طعامٍ على غيرِهِ لا بدُّ أن تدخُلَ فحلفَ الآخرُ لا دخلتُ حنثَ الأولُ وإن قالَ إن كلمتُ إن دخلتُ لم تطلقَ إلا بهما.

متن الخطاب حرام والمسألة في سماع أشهب وسماع أصبغ من العتبية، ومما يناسب هذا المحل ما في سماع يحيى من الأيمان بالطلاق في رسم الصبرة في الرجل يقول امرأته طالق أو غلامه حر إن فعل كذا وكذا فحنث قيل إنه يخير فيقال له أوجب حنثاً في أيهما شئت [إن شئت¹⁸⁵⁰] فأعتق العبد وإن شئت فطلق [المرأة¹⁸⁵¹]. قال ابن رشد: وهذا كما قال؛ لأن موضوع أو في اللسان [في¹⁸⁵²] الماضي الشك وفي المستقبل التخيير فوجب إذا قال الرجل امرأتي طالق أو غلامي حر إن فعلت كذا [ففعله¹⁸⁵³] أنه يخير فيما شاء من ذلك إلا أن يقول ولا خيار لي في ذلك، أو يريد ذلك فيلزمه عتق الغلام وطلاق المرأة، وقال في رسم العارية من سماع عيسى من الكتاب المذكور: وسئل عن رجل قال امرأته طالق البتة أو غلامه/ حر إن لم يفعل شيئاً سماه فلم يفعل حتى مات قال ترثه امرأته ويعتق الغلام في ثلثه. قال ابن [رشد¹⁸⁵⁴]: وهذا كما قال لأن الحالف ليفعلن فعلاً هو على حنث حتى يفعل فإذا لم يفعل حتى مات وقع عليه الحنث بعد الموت بالطلاق أو بالعتق فوجب أن ترثه المرأة لأن الطلاق بعد الموت لا يصح، وأن يعتق الغلام في الثلث على حكم العتق بعد الموت احتياطاً للعتق، ولأنه أيضاً لو وقع عليه الحنث في حياته لخبر بين العتق والطلاق؛ إذ قد استثنى ذلك لنفسه فلما وقع على نفسه الحنث بعد الموت حمل على أنه لم يرد إلا العتق؛ إذ لا يطلق أحد امرأته بعد موته، ولو قال قائل إن ورثته ينزلون بعد موته في التخيير منزلته في حياته لكان لذلك وجه؛ لأن الأصل براءة الذمة والعتق لا يكون إلا [ببقيين¹⁸⁵⁵]. انتهى. قال ابن عرفة بعد نقله لهذا الكلام: قلت: هذا وهم؛ لأن لازم تخييره هو إيقاعه الطلاق بدل العتق وهذا بعد موته ممتنع، والأصل في الفقه والبرهان أن انتفاء أحد الأمرين المخير فيهما موجب تعيين الآخر كتعذر العتق والكسوة في الكفارة يوجب الإطعام، ومن ثم كان انتفاء أحد جزأي الحقيقة المنفصلة ينتج ثبوت الآخر. انتهى.

ص: وإن شكَّ أطلقَ واحدةً أو اثنتينِ أو ثلاثاً لم تحلَّ إلا بعدَ زوجٍ وصديقٍ إن ذكرَ في العدة ش: تصويره واضح.

مسألة: إذا أقر على نفسه بالطلاق فادعت عليه الزوجة من عدد الطلاق أكثر مما أقر به يجب عليه أن يحلف، بخلاف ما إذا ادعت عليه أنه طلق وأنكر. قاله في أول مسألة في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من الأيمان بالطلاق. وقال في هذه أيضاً إن اليمين تغلظ بالحلف عند المنبر وهي أخرى من المال؛ لأن حرمة الفرج أكثر حرمة من المال. وقال فيها أيضاً: إن شهادة السيد على عبده بطلاق زوجته لا تجوز كما قاله في المدونة.

ص: وإن حلفَ صانعُ طعامٍ على غيرِهِ لا بدُّ أن تدخُلَ الدار فحلفَ الآخر لا دخلتُ حنثَ الأول ش:

1850 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م35 وبم46 ومايأبي63 والشيخ86 وسيد15.
1851 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م35 وبم46 وسيد15 ومايأبي63 والشيخ86.
1852 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م35 وسيد15 ومايأبي63 والشيخ86 وبم46.
1853 * - في المطبوع فيفعله وما بين المعقوفين من م35 وبم46 وسيد15 ومايأبي63 والشيخ86.
1854 * - في المطبوع راشد وما بين المعقوفين من م35 وبم46 وسيد15 ومايأبي63 والشيخ86.
1855 - عند عدود ص88 بتعيين نسخة.

متن الخطاب قوله: "حنث الأول" أي صانع الطعام لأنه حلف على أمر ليس بيده، ولو قال المصنف حنث الصانع لكان أحسن؛ لأنه قد يكون [هو الثاني] ¹⁸⁵⁶ في الحلف كما لو سأل صاحب الطعام إنساناً أن يدخل بيته أو يأكل طعامه فحلف أنه لا يدخل أو لا يأكل، فحلف صاحب الطعام على أنه لا بد أن يدخل أو يأكل فإن صاحب الطعام يحنث، وكأن المصنف رأى المسألة في هذه الصورة أخرى من التي قبلها [وهو كذلك]. ¹⁸⁵⁷ والله أعلم. ويقرب من هذه المسألة فروع:

الأول: قال في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الأيمان والنذور في رجل حلف أن لا ينفق على امرأته حتى تستأذن عليه يعني ترفعه إلى القاضي وقال أنت حرام إن أنفقت عليك حتى تستأذني علي، وقالت هي مالي صدقة إن استأذنت عليك قال مالك: اليمين [عليهما] ¹⁸⁵⁸ فإن شاءت أن تقيم وتنفق على نفسها فعلت، فإن استأذنت فلتخرج ثلث مالها فتصدق به، قيل له فإن استأذنت فهل على زوجها بأس إن أنفق عليها أكثر من قوتها؟ [قال: لا بأس بذلك إلا أن يكون نوى ذلك حين حلف أن لا ينفق عليها أكثر من قوتها] ¹⁸⁵⁹ فإن لم تكن له نية فلا أرى ذلك عليه إن استأذنت عليه. قال ابن رشد: وهذا كما قال لأنه إنما حلف على الإنفاق ولم يكن حلف على [الإفضال] ¹⁸⁶⁰ إذ ليس مما يستأذن عليه فإن استأذنت عليه في الإنفاق لم يكن عليه شيء في [الإفضال] ¹⁸⁶¹ انتهى.

الثاني: قال البرزلي في أول مسائل الأيمان: وسئل أبو الحجاج بن [أبي العرب] ¹⁸⁶² عمن له حلي وثياب فكساهما زوجته ثم شاجرهما فأزالهما ثم أعاد ذلك عليها ثم شاجرهما فأزالهما ثم أعادها وفعل ذلك مرة أخرى فحلفت بصوم العام لا لبستهما وحلف هو بالطلاق لتلبسنهما فمن يلزمه الحنث منهما؟ وهل يلزمها إن أراد ذلك أم لا؟ وهل تحنث بهذا الإكراه أم لا؟ فأجاب: ليس له إجبارها على ذلك فإن أكرهها فأرى أن لا يمنعها من الصوم البرزلي [إن] ¹⁸⁶³ كان الإكراه عنده غير شرعي فلم يعمد لها به على أحد القولين فيه، لكن المشهور عند ابن رشد أنها تعذر به، وفيه قول آخر بخلاف/ إذا حلفت لتفعلن فمنعها من الفعل فالمشهور الحنث، وأما لو كان الإكراه شرعياً فالمشهور أنها لا تعذر به، والصواب في هذه المسألة ارتكاب أخف الضررين كمن حلف لا يدخل على زوجته القرابة القريبة غير الأبوين أنه لا يقضى عليه بالدخول بخلاف إذا لم يحلف فإنه يقضى عليه بدخولهم. انتهى.

الثالث: قال البرزلي أيضاً: وسئل أبو عمران الفاسي عمن حلف لامرأته بطلاقها ألبتة لا أخدمتك إلا خادمي وحلفت هي بعق خادمها أو صدقة ثلث مالها لا أخدمها إلا خادمها من أولى بالحنث منهما فأجاب بأن الزوج أولى بالحنث. البرزلي: لما تقرر أن الزوجين إذا اختلفا فيمن يخدم الزوجة هل خادمها أو خادمه فإنه يقضى بخادمها؛ لأنها أعرف بمصالحها، وأما إذا لم تكن لها خادم فهو بالخيار بين أن يخدمها بنفسه أو يكرى من يخدمها أو يشتري لها خادماً يقضى عليه بأحد الأمور [الثلاثة]. ¹⁸⁶⁴ انتهى.

- 1856 - في المطبوع هذا الثاني وما بين المعقوفين من سيد 16 وم 36.
 1857 - في المطبوع وكذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 88 وم 36 ويم 46 والشيخ 87 وما يابى 64.
 1858 - في المطبوع عليها وما بين المعقوفين من ن م 36 وسيد 16 والبيان والتحصيل ج 3 ص 104.
 1859 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 88 وم 36 ويم 46 والشيخ 87 وما يابى 64.
 1860 - في المطبوع الأفضل وما بين المعقوفين من م 36 وسيد 16 والبيان والتحصيل ج 3 ص 104.
 1861 - في المطبوع الأفضل وما بين المعقوفين من م 36 وسيد 16 والبيان والتحصيل ج 3 ص 104.
 1862 - في المطبوع العربي وما بين المعقوفين من ما يابى 64 وسيد 16 والشيخ 87.
 1863 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 36 وسيد 16 ويم 46 وما يابى 64 والشيخ 87 والبرزلي، ج 2 ص 55.
 1864 - في المطبوع وم 36 والشيخ 88 وما يابى 65 الثلاث وما بين المعقوفين من م 47.

الرابع: قال في كتاب الهبات من المدونة: ومن لزمه دين لرجل أو ضمان عارية [يغاب¹⁸⁶⁵] عليها فحلف بالطلاق ثلاثاً ليؤدين ذلك، وحلف الطالب بالطلاق ثلاثاً إن قبله، فأما الدين فيجبر الطالب على قبضه ويحنث، ولا يجبر في أخذ قيمة العارية، ويحنث المستعير إن أراد [ليأخذنه¹⁸⁶⁶] مني، فإن أراد ليغرمه له قبله، أو لم يقبله لم يحنث واحد منهما، والفرق أن الدين لزم ذمته، والعارية إنما ضمنها لغيبه أمرها، فإنما يقضى بالقيمة لمن طلبها في ظاهر الحكم وله تركها، وقد تسقط أن لو قامت بيئة بهلاكها. انتهى.

متن الخطاب

الخامس: قال في المدونة: ومن قال لرجل امرأته طالق لقد قلت لي كذا وكذا وقال الآخر امرأته طالق إن كنت قلته فليدينا ويتركنا إن ادعيا يقينا. قال ابن ناجي: ما ذكره هو المعروف، ونقل ابن التلمساني عن مالك أن كلا منهما حانث؛ لأن في نفس الأمر واحداً منهما حانث، ويتوهم معارضتها بما إذا اختلطت ميتة مع مذكاة فإنهما يحرمان فكان المناسب على هذا [طلاقهما¹⁸⁶⁷] وأجاب بعض المشاركة بتعيين المحكوم عليه في المذكاة ولذلك لو تعدد مالك الشاتين وكل منهما يدعي ذكاة شاته لكان لكل منهما أكل شاته لتعذر تعيين المحكوم عليه بالتحريم، ولفظ الكتاب محتمل لليمين وعدمه وفيه خلاف، وظاهر الكتاب أنهما إن شكا أو ظنا أنهما يحنثان، وفي كتاب العتق الأول في العبد بين شريكين فقال أحدهما هو حر إن دخل المسجد، وقال الآخر هو حر إن لم يدخله فليدينا وليتركنا إن ادعيا يقينا فإن شكا [عتق¹⁸⁶⁸] عليهما. قال ابن القاسم: بغير قضاء. وقال غيره بل بالقضاء. المغربي: ويجري القولان هنا. انتهى.

تنبيه: من حلف على رجل ليأكلن بر بثلاث لقم، وقيل إن كان أول الطعام [لا يبرئه¹⁸⁶⁹] الثلاث، وإن كان في آخره أبرأته. انتهى من البرزلي. وقال أيضاً: مسألة إذا حلف لغريمه بالطلاق على حقه لا بد أن يأخذه فعثر له على قدر حقه فأخذه بر في يمينه إن لم يؤتمن عليه. البرزلي: فلو اثتمن [ممن¹⁸⁷⁰] يسأله أخذه فكذلك ومن منع فلا ومن يكرهه ففي بره بذلك نظر. وقال: مسألة إذا حلف لابنه لا كلمه حتى يطلق زوجته يبرأ بطلقة واحدة لكن لا يكلمه حتى تنقضي عدتها. البرزلي: ظاهر المذهب أن مطلق الطلاق كاف وإن ارتجعها؛ لأن المقصود وقوع ذلك في العصمة وقد حصل. انتهى.

ص: وإن شهد شاهد بحرام وآخر ببينة ش: قال البرزلي في أثناء مسائل الأيمان: قال في المدونة: وإن شهد أحدهما بالبينة والآخر بقوله أنت علي حرام أو بالثلاث لزمه الثلاث، وكذلك واحد بخلية وآخر ببينة أو بائن، وإذا اختلفت الألفاظ وكان المعنى واحداً كانت شهادة واحدة، وأخذ من هذا

1865 - * في المطبوع فغاب وما بين المعقوفين من م36 وسيد16 ويم47 ومايأبى64 والشيخ88 والتهذيب ج4 ص366.

1866 - في المطبوع ليأخذه وما بين المعقوفين من ن عدود ص89 وم36 ويم47 والشيخ88 ومايأبى65.

1867 - في المطبوع طلاقها وما بين المعقوفين من ن عدود ص89 وم36 ويم47 والشيخ88 ومايأبى65.

1868 - في المطبوع عتقا وما بين المعقوفين من ن عدود ص89 وم36 ويم47 والشيخ88 ومايأبى65.

1869 - في المطبوع ليبرئه وما بين المعقوفين من ن عدود ص89 ويم47 والشيخ88 (وفي م36 ومايأبى65 لا يبر به).

1870 - في المطبوع لمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص89 وم36 ويم47 ومايأبى65 (وفي الشيخ88 بمن).

نص خليل
أَوْ بِتَعْلِيْقِهِ عَلَى دُخُولِ دَارٍ فِي رَمَضَانَ وَذِي الْحِجَّةِ أَوْ [بِدُخُولِهَا¹⁸⁷¹ س] فِيهِمَا أَوْ بِكَلَامِهِ فِي السُّوقِ وَالْمَسْجِدِ أَوْ
بِأَنَّهُ [طَلَّقَهَا¹⁸⁷² س] يَوْمًا بِمِصْرَ وَيَوْمًا بِمَكَّةَ لُفِّتْ كَشَاهِدٍ يَوْاحِدَةٍ وَآخَرَ بِأَزِيدَ وَحَلَفَ عَلَى الرَّائِدِ وَإِلَّا سُجِنَ حَتَّى
يَحْلِفَ لَا بِفَعْلَيْنِ أَوْ بِفَعْلٍ وَقَوْلٍ كَوَاحِدٍ بِتَعْلِيْقِهِ بِالْدُخُولِ وَآخَرَ بِالْدُخُولِ.

متن الخطاب
العموم إذا شهد أحدهما بالأيمان اللازمة والآخر بالحلال عليه حرام أنها تلفق، وأما لو شك الشهود
هل حنث بهذا أو بهذا فكان شيخنا الإمام يفتي بعدم اللزوم لشك الشهود في اليمين، وظاهره أنه لا
يمين وأعرف للخمى في باب تلفيق الشهادة/ ما يدل على اليمين. انتهى كلامه. وانظر قوله: وأخذ
من هذا العموم إذا شهد أحدهما بالأيمان اللازمة والآخر بالحلال عليه حرام أنها تلفق مع [ما¹⁸⁷³]
قاله في أول مسائل الطلاق في أثناء كلامه على مسألة سئل عنها ابن رشد متضمنة لمسائل، ونصه:
سئل ابن رشد ما تقول فيمن سأله عدل عن زوجته فقال لا تحل لي قال له لم ذلك قال لأنني طلقتهما
ثلاثا وشهد عليه آخر مقبول أنه قال لهذه الزوجة الأيمان تلزمني إن كنت لي زوجة أبدا هل تلفق
الشهادة أم لا؟ فأجاب: أما مسألة لا تحل لي امرأتي أبدا إلى آخرها فهي مختلفة الشهادة لا تلفق
فإن كذب الشاهدين حلف على تكذيب كل منهما ويبقى مع زوجته. انتهى. فتأمل ذلك. والله أعلم.
ص: أو بتعليقه على دخول دار في رمضان وذي الحجة ش: قال في المدونة: وإن شهد أحدهما
أنه قال في رمضان إن دخلت دار عمرو بن العاص فامرأتي طالق وشهد آخر أنه قال ذلك في ذي
الحجة وشهدا عليه هما أو غيرهما أنه دخلها بعد ذي الحجة طلقت عليه. قال أبو الحسن: هذه
شهادة على تعليق الطلاق، واختلف موضع عقد اليمين. انتهى.
ص: أو أنه طلقها يوما بمصر ويوما بمكة ش: وعدتها من يوم شهد الآخر لأن بشهادته وقع
الحكم بالطلاق والعدة تتعقب الطلاق المحكوم به لا تتقدم عليه.
ص: لا بفعلين ش: يعني أن الشهادة إذا كانت بفعلين لا تلفق يريد إذا كانا من جنسين، وأما إذا
كانا من جنس واحد فتلفق كما تقدم فيمن حلف أنه لا يكلم زيدا فشهد واحد أنه كلمه في السوق
وآخر أنه كلمه بالمسجد. والله [تعالى¹⁸⁷⁴] أعلم. قال الشيخ أبو الحسن في أواخر كتاب الأيمان
بالطلاق عن القاضي عياض ما نصه: مذهب الكتاب هنا أن لا تلفق الشهادة بالطلاق على الأفعال
المختلفة كشاهد على [الحلف¹⁸⁷⁵] على دخول الدار وآخر على [الحلف¹⁸⁷⁶] على كلام زيد. انتهى.
وقال في المدونة: وإن شهد أحدهما أنه حلف بالطلاق أن لا يدخل الدار وأنه دخل وشهد الآخر أنه
حلف لا يكلم فلانا وأنه كلمه لم تطلق عليه، ويلزم الزوج اليمين أنه لم يطلق وإن نكل سجن كما

الحديث

1871 - بدخوله نسخة.

1872 - طلق نسخة.

1873 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 90 وم 36 ويم 47 والشيخ 88 وما يابى 65.

1874 - ساقطة من المطبوع وم 37 والشيخ 89 وما يابى 66 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 90 ويم 47.

1875 - * في المطبوع الحالف وما بين المعقوفين من م 35 ويم 47 وما يابى 66 والشيخ 89 وسيد 16.

1876 - * في المطبوع الحالف وما بين المعقوفين من سيد 16 والشيخ 89 وم 35 ويم 47 وما يابى 66.

نص خليل

وَأَنْ شَهِدَا بِطَلَاقٍ وَاحِدَةٍ وَنَسِيَاهَا لَمْ تُقْبَلْ وَحَلَفَ مَا طَلَّقَ وَاحِدَةً وَإِنْ شَهِدَ ثَلَاثَةٌ يَمِينٍ وَنَكَلَ فَالْثَلَاثُ
فَصَلْ إِنْ فَوَّضَهُ لَهَا تَوْكِيلًا فَلَهُ الْعَزْلُ إِلَّا لَتَعْلُقَ حَقًّا لَا تَخْيِيرًا أَوْ تَمْلِيكًا وَحِيلَ بَيْنَهُمَا حَتَّى تُجِيبَ
وَوُقِفَتْ وَإِنْ قَالَ إِلَى سَنَةٍ مَتَى عِلْمٌ فَتَقْضِي وَإِلَّا أَسْقَطَهُ الْحَاكِمُ.

متن الخطاب

91

ذكرنا، وفي قول مالك الآخر إن نكل طلقت عليه أبو الحسن عن ابن يونس يريد تطليقتين. انتهى.
وكذلك أيضا إذا شهد عليه واحد أنه قال إن دخلت الدار فأنت طالق ويشهد الآخر أنه قال إن كلمت
زيدا فأنت طالق [وشهدا¹⁸⁷⁷] عليه هما أو غيرهما فالمنصوص في المذهب أنها لا [تلتق،¹⁸⁷⁸] وظاهر/ ما
وقع لمالك في كتاب القذف أنها تلتق. والله أعلم.

ص: وإن شهدا بطلاق واحدة ونسيها لم تقبل وحلف ما طلق واحدة ش: تصويره واضح.
فرع: قال البرزلي في مسائل الأيمان في أثناء الكلام على مسألة من أقر بفعل ثم حلف ما فعلت: ونقل
عن الرماح أنه إذا كان بحضرة رجلين وسمع من أحدهما الطلاق وشك في أحد الرجلين فلا يشهد
حتى يتحقق أحد الرجلين، وظاهره أنه لا يمين على واحد منهما، وأعرف للخمى في باب
[تلفيق¹⁸⁷⁹] الشهادة ما يدل على اليمين، فعلى هذا يرفع ويوجب اليمين قبلهما¹⁸⁸⁰ معا.

ص: فصل إن فوضه لها توكيلا فله العزل إلا لتعلق حق لا تخييرا أو تمليكاً ش: لما كان إيقاع
الطلاق ينقسم إلى قسمين إما بمباشرة الزوج أو بتفويضه لغيره في إيقاعه، [وفرغ¹⁸⁸¹] المصنف من
الكلام على القسم الأول أتبعه بالكلام على الثاني؛ أعني التفويض، وهو على ثلاثة أقسام: توكيل
وتمليك وتخيير؛ لأن التفويض رد الأمر إلى الغير يقال فوض الأمر إليه إذا رده إليه، والفرق بين
التوكيل وغيره أن الوكيل يفعل ذلك على سبيل النيابة عن من وكله والمملك والمخير إنما يفعلان ذلك عن
[أنفسهما¹⁸⁸²] لأنهما ملكا ما كان يملكه الزوج.

وأما الفرق بين التخيير والتمليك فقليل أمر عرفي لا مشاركة للغة فيه فقولهم في المشهور كما
سيأتي أن للزوج أن يناكر المملكة دون المخيرة إنما هو أمر مستفاد من العرف، وعلى هذا ينعكس
الحكم بانعكاس العرف، وقيل هو وإن كان تابعا للعرف إلا أن العرف موافق للغة أو قريب
منها؛ لأن التملك إعطاء ما لم يكن حاصلا، فلذلك قلنا إن للزوج أن يناكرها؛ لأن الأصل بقاء
ملكه بيده فلا يلزمه إلا ما اعترف بأنه أعطاه، وأما التخيير فقال أهل اللغة: خير فلانا بين
الشيئين إذا جعل له الخيار فيكون تخيير الزوجة معناه أن الزوج فوض إليها البقاء على العصمة
والذهاب عنها، وذلك إنما يتأتى لها إذا حصلت على حال لا يبقى للزوج عليها حكم، وإنما يكون
ذلك بعد الدخول في إيقاع الثلاث. انظر التوضيح وابن عبد السلام، وقال ابن عرفة: النيابة فيه
توكيل [و¹⁸⁸³] رسالة وتمليك وتخيير التوكيل جعل إنشائه بيد الغير باقيا منع الزوج منه

الحديث

1877 - * في المطبوع وشهد وما بين المعقوفين من م 37 وسيد 16 ويم 47 ومايaby 66.

1878 - في المطبوع تطلق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 90 وم 37 ويم 47 والشيخ 89 ومايaby 66.

1879 - في المطبوع تعليق وما بين المعقوفين من م 37 وسيد 16 ويم 48 ومايaby 66 والشيخ 89.

1880 - * في البرزلي ج 2 ص 147 عليهما

1881 - في المطبوع وسيد 16 ولما فرغ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 وم 37 ويم 48 والشيخ 89 ومايaby 66.

1882 - * في المطبوع وم 37 والشيخ 89 ومايaby 66 نفسهما وما بين المعقوفين من م 48.

1883 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 وم 37 ويم 48 والشيخ 90 ومايaby 66.

وَعَمِلَ بِجَوَابِهَا الصَّرِيحِ فِي الطَّلَاقِ [كَطَلَاقِهِ] 1884 س.

نص خليل

فله العزل قبله اتفاقا ورسم الوكالة في كتابها فإن كان لاثنين توقف على اجتماعهما، والرسالة جعل الزوج إعلام الزوجة بثبوته لغيره، وإن كان لاثنين كفى أحدهما. ثم قال: والتمليك جعل إنشائه حقا لغيره راجحا في الثلاث [يخص 1885] بما دونها بنية أحدهما والتخيير جعل الزوج إنشاء الطلاق ثلاثا حكما أو نصا عليها حقا لغيره. انتهى. وفي جعله الرسالة داخله في النيابة في الطلاق نظر، لأنه ليس فيها إلا النيابة في/ التبليغ لا في إيقاع الطلاق إلا أن يريد بقوله: "النيابة فيه ما هو أعم من النيابة في إيقاعه أو تبليغه، وقوله في حد التخيير أو نصا عليها أي على الثلاث، وقال في التمليك: الصيغة كل لفظ دل على جعل الطلاق بيدها أو بيد غيرها دون تخيير كقوله أمرك بيدك وطلقي نفسك وأنت طالق إن شئت وطلاقك بيدك، وفي الموازية وغيرها ملكتك، وفي العتبية وليتك أمرك. ثم قال في التخيير: صيغته فيها اختاري أو اختاري نفسك، وروى محمد أو طلقي نفسك ثلاثا أو اختاري أمرك. انتهى.

متن الخطاب

92

ص: وعمل بجوابها الصريح ش: يعني أن الملكة والمخيرة إذا [أجابتا 1886] بجواب صريح في الطلاق فإنه يعمل به. قال في المتيضية: فإذا لفظ بالتمليك فلا تخلو الملكة من أن [تجيب الطلاق 1887] في واحدة [أو البتات 1888] أو بلفظ يدل عليه أو بجواب يحتمل أن [تريد 1889] به بعض الطلاق أو كله أو شيئا غيره أو تسكت عنه، فأما إجابتها بصريح الطلاق الثلاث أو بلفظ يدل عليه مثل أن تقول قبلت نفسي أو اخترتها أو أبنتها أو حرمتها فينفذ عليه إن سكت أو أنكره ولم يدع نية، ولا تحل له أبدا إلا بعد زوج، ولا يلتفت إلى قولها إنها أرادت به واحدة، وأما إجابتها بلفظ يشكل فلا يدرى أرادت به الطلاق كله أو بعضه، أو لم ترد به شيئا فإنها تسأل، وكذلك إن قالت وهي غير مدخول بها خلعت سبيلك فإنها تسأل كم أرادت. انتهى.

تنبيه: قال في المتيضية: إذا وقع طلاق الملكة قبل الدخول فلها النصف من صداقها، بخلاف المعتقة تختار نفسها قبل البناء، تلك لا صداق لها والتخيير مثله، والطلاق بالتمليك إذا كان بعد البناء رجعي، إلا أن يملكها على مال فيكون بائنا كالخلع. انتهى. وفي الشامل في ذلك قولان، ونص في أول التخيير من المدونة على أن له الرجعة.

ص: كطالاقها ش: كذا في بعض النسخ أي كطالاقها نفسها بأن تقول طلقت نفسي أو أنا طالق أو بنت منك أو بنت مني، وفي بعض النسخ: "كطالاقه" أي كما لو قالت له طلقتك.

الحديث

1884 س - كطالاقها نسخة.

1885 - في المطبوع يحضر (وفي الشيخ 90 يجبر) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 91 وم 37 ويم 48 وما يابى 66.

1886 * - في المطبوع أجابت وما بين المعقوفين من الشيخ 90 ويم 48.

1887 * - في ما يابى 67 تجيبه بالطلاق وفي م 37 وسيد 16 والشيخ 90 تجيبه الطلاق.

1888 * - في المطبوع أو في البتات وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود. وما يابى 67 وم 37 وسيد 16.

1889 * - في المطبوع والنسخ يريد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

نص خليل

وَرَدَّه كَتَمَكِينَهَا طَائِعَةً وَمُضِي يَوْمَ تَخْيِيرِهَا وَرَدَّهَا بَعْدَ بَيِّنَاتِهَا وَهَلْ نَقُلُ قَمَاشَهَا وَنَحْوِهِ طَلَاقٌ أَوْ لَا تَرَدُّدٌ وَقَبِلَ تَفْسِيرُ قَبِلْتُ أَوْ قَبِلْتُ أَمْرِي أَوْ مَا مَلَكَتْنِي بَرَدٌ أَوْ طَلَاقٌ أَوْ بَقَاءٌ.

متن الحطاب

ص: ورده ش: أي رد ما جعل لها من التملك والتخير كقولها رددت إليك ما جعلته لي أو لا أقبله.

ص: كتمكينها طائعة ش: فلو لم تكن [طائعة¹⁸⁹⁰] كانت على خيارها. قال في التوضيح: وأخرى إذا كانت غير عالة ويعاقب الزوج في فعله. نص عليه في المدونة، وهو وإن كان في المدونة إنما نص على المعاقبة في التخيير [فالتملك¹⁸⁹¹] مساو له في ذلك. ثم قال: فإن ادعى على الملكة العلم فالقول قولها وإن أعلمها فأمكنته وادعت الجهل لم تعذر، فإن اختلفا في الإصالة فالقول قولها إلا أن تكون هناك خلوة، وإن أصابها وقالت أكرهني فالقول قوله مع يمينه، بخلاف [ما¹⁸⁹²] إذا قبلها فالقول قولها مع يمينها. انتهى.

تغبيه: فهم من كلام التوضيح أنها إذا مكنته من مقدمات الوطء سقط خيارها وهو كذلك. قال للخصي: قال أصبغ وإن رضيت بالخلوة وإرخاء الستور أو غلق الباب مما يمكن فيه الوطء فقد سقط ما بيدها إذا زعم أنه [أصابها¹⁸⁹³] وإن قبلها وقالت أكرهني أو اغتفلني وقال أطاعت كان القول قولها مع يمينها، بخلاف الوطء فإنه لا يكون إلا على هيئة وصفة، وهذا كالحضرة¹⁸⁹⁴ يكون عن غفلة. انتهى. ثم قال في مسألة ما إذا خيرها أو ملكها ثم أبانها ثم تزوجها إن خيارها يسقط قال: لأن مضمون التزويج الرضا بالإصالة، وبه يستحق الصداق والرضا بذلك يسقط ما بيدها، ولو رضيت بالإصالة قبل الطلاق لسقط ما بيدها وإن لم يصب. انتهى.

93

ص: وقبل تفسير قبلت أو قبلت أَمْرِي أَوْ مَا مَلَكَتْنِي بَرَدٌ أَوْ طَلَاقٌ أَوْ بَقَاءٌ ش: قال في آخر كتاب التخيير من البيان فيمن جعل أمر امرأته بيدها فقالت قد فرغت أو جعله بيد رجل فقال إن ذلك مثل قولها قبلت. قال ابن رشد: لأن قولها قد فرغت من الألفاظ المحتملة للطلاق وعدمه فوجب سؤالها عن إرادتها بذلك مثل إذا [قالت¹⁸⁹⁵] قد شئت أو قد رضيت [أو قد¹⁸⁹⁶] قبلت أو قد اخترت وما أشبه ذلك. انتهى بالمعنى.

فرعان: الأول: قال في المنتقى: فإن قالت قبلت أَمْرِي فِي الْمَجْلِسِ، ولم تفسر ذلك حتى حاضت ثلاث حيض أو وضعت حملها، ثم قالت أردت بذلك طلقة واحدة قبل قولها بغير يمين ولا رجعة للزوج عليها. قاله في النوادر. ومعنى ذلك أن قولها قبلت أَمْرِي محتمل للطلاق، فإذا فسره بالطلاق

الحديث

1890 - في المطبوع طائفة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 92 وم 37 ويم 48 والشيخ 90 وما يابى 67.

1891 - * في المطبوع وم 37 ويم 48 والتمليك وما بين المعقوفين من سيد 16 وما يابى 67.

1892 - ساقطة من المطبوع والشيخ 90 وما يابى 67 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 92 وم 37 ويم 48.

1893 - في المطبوع أصاب وم 37 والشيخ 91 وما يابى 67 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 92 ويم 48.

1894 - * كذا في النسخ.

1895 - * في المطبوع والشيخ 91 وم 37 وسيد 67 وما يابى 67 وما بين المعقوفين من يم 49 وهو الذي في البيان ج 5 ص 317.

1896 - * في المطبوع وقد وما بين المعقوفين من يم 49 وم 37 والشيخ 91 وما يابى 67 وسيد 16.

نص خليل وَنَاكَرَ مُخَيَّرَةً لَمْ تَدْخُلْ¹⁸⁹⁷ س [وَمَمْلُكَةً مُطْلَقًا إِنْ زَادَتْ عَلَى [الْوَاحِدَةِ إِنْ¹⁸⁹⁸ س] نَوَاهَا.

متن الخطاب قبل ذلك منها ولم يكن عليها يمين كما لو فسرت في العدة وإذا فسرت بعد العدة فقد انقضى وقت الرجعة والزوج ضيع حقه حين لم يوقفها ويستفسر قولها.

الثاني: لو أجابت المرأة بغير ألفاظ الطلاق عندما ملكها لم يقبل منها أنها أرادت بذلك الطلاق لأنها مدعية، وكذلك تملك العتق. انظر ابن يونس.

ص: وناكر مخيرة لم تدخل ومملكة مطلقا إن [زادتا¹⁸⁹⁹] على طليقة ش: قال في المدونة: وإن خيرها قبل البناء فقالت قد اخترت نفسي أو طلقت نفسي ثلاثا أو قالت له قد خليت سبيلي تريد بذلك [الثلاث¹⁹⁰⁰] فله أن ينكرها، [فإن قال لم أرد¹⁹⁰¹] بذلك إلا واحدة صدق لأن الواحدة تبينها والخيار والتملك فيها سواء. انتهى. وقوله إن زادت على طليقة قيد [في المخيرة¹⁹⁰²] التي لم تدخل وفي المملكة مفهومه أنهما لو لم يزيدا على واحدة لم يكن له منكرتهما وهو كذلك، أما المملكة فواضح، وأما المخيرة فعدم المناكرة يقتضي أنه لا يبطل ما لها من التخيير إذا لم تقض بالثلاث. قال ابن عبد السلام: وهو الظاهر لأن المخيرة التي لم تدخل بمنزلة المملكة. انتهى منه بالمعنى. ولأنها أيضا تبين بالواحدة وهو المقصود، ومن طالع مسائل كتاب التخيير من البيان علم هذا.

مسألة: إذا قارن التخيير والتملك خلع فهل له المناكرة فيما زادت على الواحدة؟ فقال في رسم سعد في الطلاق من سماع ابن القاسم من كتاب التخيير والتملك: قال مالك إذا أعطت المرأة زوجها شيئا على أن يخيرها ففعل فاختارت نفسها فهي ثلاث ألبته، وليس هو بمنزلة التملك. قال ابن رشد: اختلف قول مالك في الرجل يملك امرأته أو يخيرها على شيء تعطيه إياه فمرة رأى التخيير في ذلك جاريا على [سنته¹⁹⁰³] لا تأثير لما أعطته من المال في شيء من ذلك؛ لأنها إنما أعطته المال على أن يملكها [أو يخيرها¹⁹⁰⁴] فإذا ملكها أو خيرها وجب له المال وكان لها هي في ذلك سنة الخيار والتملك، وهو قوله في هذه الرواية فإن خيرها فقضت بالثلاث لم ينكرها، وإن قضت بدونها لم يكن لها شيء، وإن ملكها فقضت بما فوق الواحدة كان له أن ينكرها وتكون له الرجعة، ومرة رآها بما أعطته من المال في حكم المملكة والمخيرة قبل الدخول؛ لأنها تبين بالواحدة بسبب المال كما تبين المطلقة قبل الدخول بواحدة بسبب أنه لا عدة عليها فيكون له أن ينكرها في التخيير والتملك إن قضت بما فوق الواحدة، وتكون طليقة بائنة، وعلى هذا القول يأتي قول ابن القاسم في رسم أوصى

الحديث

1897 س - يدخل نسخة.

1898 س - طليقة نسخة.

1899 * - في المطبوع وسيد 16 والشيخ 91 ومايaby 68 وم 38 زادت وما بين المعقوفين من يم 49.

1900 - في المطبوع الثلاثة والشيخ 91 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 93 وم 38 ويم 49 ومايaby 68.

1901 - في المطبوع فإن لم يرد بذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 93 وم 38 ويم 49 والشيخ 91 ومايaby 68.

1902 - في المطبوع للمخيرة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 93 وم 38 ويم 49 والشيخ 91 ومايaby 68.

1903 - في المطبوع سنة والشيخ 91 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 93 وم 38 ويم 49 ومايaby 68.

1904 - في المطبوع ويخيرها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 93 وم 38 ويم 49 والشيخ 91 ومايaby 68.

نص خليل

وَبَادَرَ وَحَلَفَ إِنْ دَخَلَ وَإِلَّا فَعِنْدَ الْإِرْتَجَاعِ وَلَمْ يُكْرَرْ أَمْرُهَا بِيَدِهَا إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ التَّأْكِيدَ [كَنَسَقَهَا¹⁹⁰⁵ س] هِيَ وَلَمْ يُشْتَرَطْ فِي الْعَقْدِ وَفِي حَمْلِهِ عَلَى الشَّرْطِ إِنْ أَطْلَقَ قَوْلَانِ وَقَبْلَ إِرَادَةِ الْوَاحِدَةِ بَعْدَ قَوْلِهِ لَمْ أَرِدْ طَلَاً وَالْأَصَحُّ خِلَافُهُ وَلَا [نَكْرَةً¹⁹⁰⁶ س] لَهُ إِنْ دَخَلَ فِي تَخْيِيرٍ مُطْلَقٍ وَإِنْ قَالَتْ طَلَّقْتُ نَفْسِي سُئِلَتْ بِالْمَجْلِسِ وَبَعْدَهُ فَإِنْ أَرَادَتِ الثَّلَاثَ لَزِمَتْ فِي التَّخْيِيرِ وَنَاكَرَ فِي التَّمْلِيكِ وَإِنْ قَالَتْ وَاحِدَةً بَطَلَتْ فِي التَّخْيِيرِ وَهَلْ يُحْمَلُ عَلَى الثَّلَاثِ أَوْ الْوَاحِدَةِ عِنْدَ عَدَمِ النِّيَّةِ تَأْوِيلَانِ [وَالظَّاهِرُ¹⁹⁰⁷ س] سُؤَالُهَا إِنْ قَالَتْ طَلَّقْتُ نَفْسِي أَيْضًا وَفِي جَوَازِ التَّخْيِيرِ قَوْلَانِ.

متن الخطاب

ورسم إن خرجت من سماع عيسى، وعليه قيل إن من أعطته امرأته شيئاً على أن يطلقها ثلاثاً فطلقها [واحدة أنها لا حجة لها¹⁹⁰⁸] في ذلك؛ إذ قد نالت بها ما نالت بالثلاث إذ هي بائنة. انتهى.
مسألة: قال البرزلي في مسائل الأيمان: وسئل ابن أبي الدنيا عن خالغ زوجته وقال لها إثر الخلع أملك بيدك فأجاب إن نسق كلامه بذلك لزمه وإن كان/ بعد انقضاء كلامه فلا شيء عليه. البرزلي: يريد في إيقاع طلاق آخر إن أرادته. انتهى.

94

ص: وبادرش: تصوره واضح، ولا يدخله الخلاف الذي في المرأة ببطلان خيارها في المجلس؛ لأن سكوت الزوج التزام لما قضت. قاله في التوضيح.
ص: ولم يكرر أمرها بيدها إلا أن ينوي التأكيد: في ذكر هذا الشرط نظر فإن حكمه موافق لما إذا لم يكرر ذلك، فلو أتى به المصنف على صيغة المبالغة فقال: وإن كرر أمرها بيدها لكان أحسن لأنه يصير المعنى حينئذ إذا نوى الواحدة فله نيته وإن كرر لفظ التملك. والله [تعالى¹⁹⁰⁹] أعلم.
تنبيهان: الأول: قال في التوضيح: ولا فرق بين أن يعطف تملكه أم لا. انتهى.
الثاني: من شرط المناكرة أن لا يقول لها كلما شئت فأملك بيدك، فإن قال لها ذلك فلا منكرة. قاله ابن الحاجب. ولو أشار المصنف لهذا الشرط لكان أحسن من الذي ذكره؛ لأنه لا فائدة فيه كما تقدم بيان ذلك فتأمله. والله أعلم.

95

ص: ولم يشترط في العقدش: أما اشتراطه عليه في العقد/ فلا منكرة له دخل أم لا.
تنبيهان: الأول: إذا شرط عليه التملك في أصل العقد فطلقت نفسها واحدة بعد البناء فله الرجعة،

الحديث

1905 س - قوله كنسقها مشكول بفتح السين في عدة نسخ عتيقة وانظره مع ما في كتب اللغة.

1906 س - قوله ولا نكرة بالتحريك كما في ق واللسان خلافا لما في عيش ونسختين مطبوعتين ونسخة قلمية عتيقة ومتن الرسالة المطبوع.

1907 س - والظاهر سؤال لها إن قالت اخترت الطلاق أيضا نسخة.

1908 - في المطبوع واحدة أنه لا حجة له وم38 وما بين المعقوفين من ن عدود ص93 ويم49 (وفي الشيخ91 ومايأبى68 أنه لا حجة لها).

1909 - ساقطة من المطبوع وم38 والشيخ92 ومايأبى68 وما بين المعقوفين من ن عدود ص94 ويم49.

نص خليل

وَحَلَفَ فِي اخْتَارِي فِي وَاحِدَةٍ أَوْ فِي أَنْ تُطَلَّقِي نَفْسَكَ طَلْقَةً وَاحِدَةً لَا اخْتَارِي طَلْقَةً وَبَطَلَ إِنْ قَضَتْ
بِوَاحِدَةٍ فِي اخْتَارِي تَطْلِيقَتَيْنِ أَوْ فِي تَطْلِيقَتَيْنِ وَمِنْ تَطْلِيقَتَيْنِ فَلَا تَقْضِي إِلَّا بِوَاحِدَةٍ وَبَطَلَ فِي الْمُطْلَقِ
إِنْ قَضَتْ بِدُونِ الثَّلَاثِ كَطَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا.

متن الخطاب

وقال سحنون وغيره لا رجعة؛ لأن ذلك مشترك. ابن [عتاب¹⁹¹⁰]: لأنه راجع إلى الخلع لأنها
أسقطت من صداقها لشرطها. [قال: وقوله¹⁹¹¹] في المدونة جار على [غير¹⁹¹²] أصولهم. انتهى من
التوضيح.

الثاني: قول المصنف: "في العقد" أحسن من قول ابن الحاجب عند نكاحه أو قبله. والله
[تعالى¹⁹¹³] أعلم.

ص: وحلف في اختاري في واحدة أو في أن تطلقي نفسك طلاقة واحدة لا اختاري طلاقة ش: قال
في التوضيح: إن قال اختاري في واحدة فلا خلاف في وجوب اليمين أنه ما أراد إلا واحدة لا أنك
تختارين¹⁹¹⁴ في مرة واحدة، وإن قال اختاري من الطلاق واحدة أو من الطلاق طلاقة أو اختاري طلاقة
فلا يمين عليه بلا خلاف، واختلف في وجوب اليمين إذا قال في أن تطلقي نفسك طلاقة واحدة وفي أن
تقيمي على قولين، ونسب للخمي وجوب اليمين لابن القاسم وعدم اليمين أحسن. انتهى.

ص: وبطل إن قضت بواحدة في اختاري تطليقتين أو في تطليقتين ش: مفهوم قوله إن قضت
بواحدة أنها لو قضت بأكثر مما عين لها لا يبطل ما لها من التخيير وهو كذلك، إلا [أنه يلزمه¹⁹¹⁵]
ما عينه ويلغى ما زادته. قال ابن عسكر في الإرشاد: وإن عين لها عددا فزادت ألغى الزائد. قال
التتائي في شرحه لهذا المحل: كما إذا قال اختاري تطليقتين أو في تطليقتين فطلقت ثلاثا ألغى
الزائد، ولو قضت بواحدة بطل خيارها. انتهى. وقال سيدي الشيخ أحمد زروق في شرحه لهذا المحل
أيضا: كما لو قال اختاري طلاقة أو طلقتين فطلقت ثلاثا ألغى الزائد. والله أعلم.

ص: وبطل في المطلق إن قضت بدون الثلاث ش: اختلف فيما يوجب التخيير على ستة أقوال. قال
في التوضيح: أشهرها مذهب الكتاب أن اختيارها [ثلاث¹⁹¹⁶] ولا منكرة للزوج، نوت المرأة الثلاث
أم لا، وأن قضاءها بدون الثلاث لا حكم له ولا يقع شيء، ثم اختلف هل ذلك مسقط لخيارها لعدولها
عما جعل لها وهو المشهور، أو لا ولا يكون لها بعد ذلك أن تقضي بالثلاث وهو قول أشهب؟ قال ابن
المواز: متمما للمشهور ما لم يتبين منه الرضا بما أوقعت فيلزم ذلك، وهل اللزوم فيما أوقعته من باب
الطلاق بالنية أو لا تردد. انتهى مختصرا من [موضعين¹⁹¹⁷] من التوضيح. وقال ابن عرفة: ولو قضت
المدخول بها بطلقة فقال للخمي عن محمد إن رضيها الزوج كانت رجعية، وإلا ففي سقوط اختيارها
وبقائه، ثالثا تجب بها الثلاث للمشهور مع الأكثر وأشهب مع الشيخ عن روايته والرخمي عن عبد

الحديث

- 1910 - في المطبوع عات وما بين المعقوفين من م 38 وسيد 17 ويم 49 ومايaby 69 والشيخ 92.
1911 - في المطبوع والشيخ 92 قال قوله وما بين المعقوفين من م 38 وسيد 17 ومايaby 69 ويم 49.
1912 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 49 وم 38 وسيد 17 والشيخ 92 ومايaby 69.
1913 - ساقطة من المطبوع وم 38 والشيخ 92 ومايaby 69 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 95 ويم 49.
1914 - في المطبوع تختاري وما بين المعقوفين من التوضيح ج 4 ص 448.
1915 - في المطبوع لا يلزمه وما بين المعقوفين من م 38 وسيد 17 ويم 49 ومايaby 69 والشيخ 92.
1916 - في المطبوع ثلاثا وما بين المعقوفين من م 38 ويم 50 وسيد 17 ومايaby 69.
1917 - في المطبوع الموضعين وما بين المعقوفين من م 38 وسيد 17 ومايaby 69 والشيخ 92 ويم 50.

نص خليل وَوَقَفْتُ إِنْ اخْتَارَتْ بِدُخُولِهِ عَلَى ضَرَّتِهَا.

متن الخطاب الملك، وصوب الثاني. انتهى. وظاهر كلامه في المدونة أنه مخالف لما نقله اللخمي عن محمد إلا أن يفسر به، ونصه: وإن طلقت دون الثلاث لم يلزمه شيء. انتهى.

96 تنبيهات: الأول: قال في المتبعية إنها إذا أوقعت دون الثلاث وكان سبق له فيها من الطلاق/

ما يكمل الثلاث أن ذلك كإيقاع الثلاث وهو ظاهر، ونصها: وإن خيرها مطلقا فاختارت تطليقتين لم يلزمه شيء ولا يقع عليها طلاق، إلا أن يتقدم له فيها طلاق فإن تقدم له فيها طلاق بانتهى الآن بالتطليقتين اللتين أوقعتهما. ثم قال: وسئل ابن عتاب عن خير امرأته فاختارت طلاقا واحدة، وقد كان طلقها طليقتين فقال قد بانتهى منه بالبتة ولا تحل له إلا بعد زوج، وفي كتاب ابن المواز ما يدل على ذلك. قال أبو الأصبغ: وهذا عندي صحيح لا يتوجه فيه خلاف. انتهى.

الثاني: فهم من قول المصنف: "إن قضت بدون الثلاث" أنها لو قضت بأكثر من الثلاث لم يبطل ذلك ولزمه الثلاث، وهو ظاهر مما تقدم في كلام صاحب الإرشاد وشارحيه. والله أعلم.

الثالث: قال ابن ناجي إثر كلام المدونة المتقدم: ويقوم منها أن الحاضنة إذا رضيت بأخذ بعض الأولاد دون بعض فإنه ليس لها ذلك، ووجه الإقامة أنه جعل هنا الجزء من الجملة لا يستقل فيلزم اطراده. انتهى من أول كتاب التخيير.

فرعان: الأول: قال في المدونة: قال مالك: وإن قال لها اختاري أباك أو أمك، أو كانت تكثر التردد إلى الحمام أو الغرفة فقال لها اختاريني أو اختاري الحمام أو الغرفة فإن لم يرد بذلك طلاقا فلا شيء عليه. انتهى. قال ابن ناجي: يريد بقوله: "لا شيء عليه" أي مع يمينه كما قال في كتاب محمد. انتهى. ثم قال في المدونة: وإن أراد بذلك الطلاق فهو الطلاق. قال ابن القاسم: ومعنى قوله إن أراد به الطلاق فهو الطلاق وإنما ذلك إذا اختارت الشيء الذي خيرها فيه بمنزلة ما لو خيرها في نفسها، فإن لم تختار ذلك فلا شيء لها. انتهى. قال ابن ناجي: ولم يبين في الكتاب ما الذي يلزمه من الطلاق، وقال اللخمي: إن أراد الطلاق ولم ينو عددا لزمه الثلاث، وإن قال نويت واحدة فليلزمه الثلاث. قاله ابن القاسم، وقيل واحدة. قاله أصبغ وهو أشبه.

الثاني: قال فيها: وإن قال لها أمرك بيدك وأراد ثلاثا فطلقت نفسها واحدة فذلك لها، وتلزمه طلاقه وله الرجعة. انتهى.

ص: ووقفت إن اختارت [بدخوله¹⁹¹⁸] على ضررتها: هكذا قال في المدونة. وقال سحنون في المجموعة ليس لها قضاء؛ لأنها أجابت بغير ما جعل لها، وعورض قوله في المدونة بقوله إنها إذا طلقت واحدة بطل خيارها، ووجه المعارضة أن كلا منهما أخذت بعض حقها وأسقطت بعضا، فإن كان إسقاطها للبعض مقتضيا لسقوط حقها فهو سقوط فيهما كما قال سحنون، وإلا فلا. وأجيب بأنها في مسألة طلاقها واحدة تركت بعض ما جعل لها وللزوج فيه غرض؛ لأنها إذا أوقعت الثلاث سقطت عنه نفقة العدة، فصارت لذلك الواحدة كأنها أمر آخر، بخلاف الثانية فإنها لم تترك شيئا للزوج فيه

وَرَجَعَ مَالِكُ إِلَى بَقَائِهِمَا بِيَدِهَا فِي الْمَطْلَقِ مَا لَمْ تُوقَفْ أَوْ تُوطَأَ كَمَتَى شِئْتُ وَأَخَذَ ابْنُ الْقَاسِمِ بِالسَّقُوطِ وَفِي جَعْلٍ إِنْ شِئْتُ أَوْ إِذَا كَمَتَى أَوْ كَالْمَطْلَقِ تَرَدُّدُ كَمَا إِذَا كَانَتْ غَائِبَةً وَبَلَّغَهَا وَإِنْ عَيَّنَ [أَمْرًا] ¹⁹¹⁹ تَعَيَّنَ وَإِنْ قَالَتْ اخْتَرْتُ نَفْسِي وَزَوْجِي أَوْ بِالْعَكْسِ فَالْحُكْمُ لِلْمَتَّقِدِّمِ وَهُمَا فِي التَّنْجِيزِ [لِتَعْلِيْقِهِمَا] ¹⁹²⁰ يَمْجِزُ وَغَيْرُهُ كَالطَّلَاقِ وَلَوْ عَلَّقَتْهُمَا بِمَغْيِبِهِ شَهْرًا فَقَدِمَ وَلَمْ تَعْلَمْ وَتَزَوَّجَتْ فَكَالْوَلِيِّينَ وَبَحْضُورِهِ وَلَمْ تَعْلَمْ فَفِيهِ عَلَى خِيَارِهَا وَاعْتَبِرَ [التَّنْجِيزُ] ¹⁹²¹ قَبْلَ بُلُوغِهَا.

نص خليل

غرض، وإنما وقفت لحق الله [تعالى] ¹⁹²² في إبقاء العصمة على الشك. قاله في التوضيح. فرع: قال اللخمي: فإن لم توقف حتى دخل على ضررتها وقع الطلاق بالاختيار المتقدم، وإن وطئها قبل ذلك لم يسقط الحكم المتقدم، وإن أرادت بعد قولها الأول أن تقضي الآن لم يكن لها ذلك إلا برضا الزوج إذا كان قد أجاز قولها الأول.

متن الخطاب

ص: ورجع مالك إلى بقائهما بيدها في المطلق ما لم توقف أو توطأ كمتى شئت: أي ورجع مالك إلى بقاء التخيير والتملك بيد الزوجة في التخيير والتملك العاري عن التقييد بالزمان أو بالمكان، أو بما يدل على الإطلاق ما لم يوقفها الحاكم، ويلزمها بإيقاع الطلاق أو رد ذلك إلى الزوج، فإن لم تفعل [أسقطه] ¹⁹²³ من يدها كما تقدم في قوله: "ووقفت" وإن قال إلى سنة متى علم فتقضي أو ترد إلا أن يسقط الحاكم. وقوله: "أو توطأ" يعني [به] ¹⁹²⁴ أن الملكة والمخيرة إذا مكنت الزوج من وطئها، بطل ما بيدها، وهذا القول رجع إليه مالك بعد أن كان يقول إنهما إذا تفرقا من المجلس أو طال المجلس بهما حتى يرى أنهما قد تركا ذلك وخرجا من الكلام الذي كانا فيه إلى غيره بطل، وأما إن ملكها وأسرع القيام عنها لم يسقط خيارها بلا خلاف، كما أنه لا يختلف في أن ذلك بيدها، وإن افترقا أو طال المجلس إذا قال لها أمرك بيدك/ متى شئت ما لم توقف، وإليه أشار بقوله: "كمتى شئت" واختلف إذا وطئها هل يقطع وطؤه خيارها وهو قول ابن القاسم، أو لا يقطعه وهو مذهب أصبغ؟ قال في التوضيح: ولا خلاف أنه لو نص المخير أو المملك على أن ذلك لا يكون للمرأة إلا إن اختارت في الحال أو نص على أن ذلك بيدها وإن تفرقا أنه يعمل على ذلك.

97

ص: وأخذ ابن القاسم بالسقوط ش: قال في المدونة: وعليه جماعة الناس. قال المتيطي: وبه القضاء، وعليه جمهور أصحاب مالك. انتهى. قال في التوضيح: ونقل أشهب أن مالكا إنما قال ببقائه إن انقضى المجلس مرة ثم رجع عنه إلى أن مات. انتهى.

ص: وهما في التنجيز لتعلقهما ¹⁹²⁵ بمنجز وغيره كالطلاق ش: تصوره واضح. فرع: قال اللخمي: وإن قال لامرأته إن تزوجتك فلك الخيار، أو كلما تزوجتك أو كل امرأة أتزوجها لزمه، وليس بمنزلة قوله كل امرأة أتزوجها طالق؛ لأن التملك لا يحرم النكاح، وقد تختار البقاء معه، بل الغالب أن المرأة إذا تزوجت/ الرجل لا تختار فراقه بحضرة العقد وقربه. انتهى. ص: واعتبر التخيير قبل بلوغها ش: هذه المسألة في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب

98

الحديث

1919 س - أمدا نسخة.

1920 س - كتعليقهما نسخة.

1921 س - واعتبر التخيير نسخة.

1922 - ساقطة من المطبوع وم 39 والشيخ 93 وما يابى 70 وما بين المعقوفين من ن عود ص 96 ويم 50.

1923 * - في المطبوع أسقطت وما بين المعقوفين من م 39 ويم 50 وسيد 17 وما يابى 70 والشيخ 93.

1924 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 39 وسيد 17 ويم 50 وما يابى 70.

1925 * - في الشيخ 94 لتعليقهما.

نص خليل

وَهَلْ إِنْ مَيِّزَتْ أَوْ [مَتَى¹⁹²⁶ س] تُوطَأَ قَوْلَانِ وَلَهُ التَّفْوِيزُ لغيرِهَا وَهَلْ لَهُ عَزْلٌ وَكِيلُهُ قَوْلَانِ وَلَهُ النَّظَرُ وَصَارَ كَهَيِّ إِنْ حَضَرَ أَوْ كَانَ غَائِبًا قَرِيبَةً كَالْيَوْمَيْنِ لَا أَكْثَرَ فَلَهَا إِلَّا أَنْ تُمَكِّنَ مِنْ نَفْسِهَا أَوْ يَغِيبَ حَاضِرٌ وَلَمْ يُشْهَدْ بِبَقَائِهِ [فَإِنْ¹⁹²⁷ س] أَشْهَدَ فِي بَقَائِهِ بِيَدِهِ أَوْ يَنْتَقِلُ لِلزَّوْجَةِ قَوْلَانِ وَإِنْ مَلَكَ رَجُلَيْنِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا الْقَضَاءُ إِلَّا أَنْ يَكُونَا رَسُولَيْنِ.

متن الخطاب التخيير والتملك. وقال في المنتقى: ومن خير امرأته وهي مغمورة جاز قضاؤها عليه؛ لأنه رضي بذلك لنفسه، ولو كانت مفيدة ثم أصابها ذلك لم يلزمه قضاؤها. قاله عبد الملك في المجموعة. ووجهه أنه إنما رضي قضاؤها على ما علم من حالها وعقلها فلما ذهب ذلك لم يلزمه ما قضت به على غير تلك الصفة. انتهى.

ص: وهل إن ميزت أو حتى توطأ قولان ش: القولان في تفسير قول مالك إذا كانت قد بلغت في حالها، ورجح في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب التخيير والتمليك التفسير الأول. والله أعلم.

ص: وهل له عزل وكيله قولان ش: قال الشارح في الوسط في شرح قول المصنف: "وله التفويض لغيرها وهل له عزل وكيله قولان": قوله: "وله التفويض لغيرها" هذا هو المشهور، وهو مذهب المدونة، وقال أصبغ: ليس له تفويض أمر امرأته لغيرها ويرجع الأمر إليها، فإما قضت أو ردت، وعلى الأول فهل للزوج عزل الوكيل إذا أراد ذلك وهو قول مالك في المبسوط ونحوه في المدونة، أو لا؟ ونحوه لعبد الملك، وإلى ذلك أشار بقوله: "وهل له عزل وكيله قولان" انتهى. [وله نحو هذا في الشرح الصغير¹⁹²⁸] وهو سهو؛ لأن الشارح حمل كلام المصنف على أن الخلاف في الملك يبين ذلك كلامه في الكبير، ونصه: واختلف هل يجوز للزوج أن يفوض أمر امرأته لغيرها أم لا؟ فالمشهور وهو مذهب المدونة جواز ذلك، وقال أصبغ ليس له ذلك، وإذا قلنا بجوازه فهل للزوج أن يعزل الوكيل إذا أراد ذلك، أو لا؟ حكى الباجي في ذلك قولين: الأول أنه ليس له ذلك، وهو قول مالك في المبسوط.

قال الشارح: قلت وهو مذهب المدونة. قال: وروى ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن قال لأم زوجته إن تكررت لابنتك وخرجت بها من القرية فأمرها بيدك، فتكررت لها لتخرجها فأبى، وبدا له فقال ذلك له ولا شيء عليه، وإلى هذا الاختلاف أشار بالقولين، إلا أن الباجي تأول القول الثاني بما يدل على أنه رده للأول فقال: ومعنى ذلك عندي له الرجوع في سبب التملك وهو بأن يمنع أمها من الخروج بها، ولو أخرجتها لم يكن له الرجوع في التملك. انتهى. ويمكن حمل كلام الشيخ على الوكيل الحقيقي الذي هو قسيم الملك والمخير، وقد نقل المصنف في التوضيح في باب الوكالة أن في عزل الوكيل عن الطلاق قولين، وذكر ذلك عن اللخمي وعبد الحق¹⁹²⁹ وغيرهما، وعلى هذا فيكون معنى كلام المصنف: وللزوج تفويض الطلاق لغير الزوجة بأنواع التفويض الثلاثة السابقة، فإن فوض ذلك على سبيل التوكيل ففي

99

الحديث

1926 س - حتى توطأ نسخة.

1927 س - وإن أشهد نسخة.

1928 - في المطبوع ونحو هذا الشرح في الصغير وما بين المعقوفين من م 39 وسيد 17 وما يابى 71 والشيخ 94.

1929 * - كذا في النسخ وانظر الهامش الأول ص 113.

فصل يَرْتَجِعُ مَنْ يَنْكِحُ.

نص خليل

عزله للوكيل قولان، ويفهم منه أنه لو فوضه للغير تمليكا وتخييرا لم يكن له عزله حينئذ، وهذا الحمل حسن، غير أن فيه مخالفة لما جزم به أول الفصل من أنه إذا فوضه للزوجة توكيلا فله عزلها، وإذا كان له عزلها فغيرها أخرى، ويمكن حمل كلام المصنف على معنى ثالث؛ وهو أن يكون المراد بقوله: "وله التفويض لغيرها" أي على سبيل التمليك، ويكون الضمير في قوله: "وهل له عزل وكيله" عائدا على التمليك، والمعنى أنه إذا وكل رجلا على أن يملك زوجته أمرها أو يخيرها فهل له عزله أو لا؟ قولان. ويشير بذلك إلى ما قاله في التوضيح في باب الوكالة، ونصه: واختلف إذا وكله أن يملك زوجته أمرها هل للموكل أن يعزله؟ فرأى اللخمي وعبد الحميد¹⁹³⁰ وغيرهما أنه ليس له ذلك، قالوا بخلاف أن يوكله على أن يطلق زوجته، فإن فيه قولين، ورأى غيرهم أنه يختلف في عزله كالطلاق، واستشكل المازري الطريقة الأولى بأنه لا منفعة للوكيل في هذه الوكالة، وكان الأولى أن يكون له عزله، إلا أن يقال لما جعل له تمليك زوجته صار كالملتزم لذلك التزاما لا يصح له الرجوع عنه. انتهى. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: فصل يرتجع من ينكح ش: هذا شروع منه رحمه الله في الكلام على الرجعة، والرجعة بفتح الراء وكسرهما. قال الجوهرى: والفتح أفصح وأنكر غيره الكسر، وقال ابن عرفة: الرجعة رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها فتخرج المراجعة. انتهى. يريد بالمراجعة ما إذا تزوج من طلقها طلاقا بائنا؛ لأنه وإن صح أن يقال ارتجع زوجته وراجعها في المطلقة طلاقا رجعيا، إلا أن كثيرا من الفقهاء والمؤثقين يستعملون في رجعة المطلقة غير البائن لفظ ارتجع دون راجع؛ لأن الرجعة بيد الزوج وحده وإن كانت بائنا استعملوا راجع لكون الحال متوقفا على رضا الزوجين فهي مفاعلة، وفي كلام المصنف إشعار بذلك حيث قال يرتجع. وهو ظاهر المناسبة.

قال الشارح في الكبير: إلا أن قوله صلى الله عليه وسلم في قضية ابن عمر¹ مره فليراجعها يخالف ذلك. انتهى. ونحوه لابن عبد السلام ولا اعتراض بالحديث؛ لأنه ورد بحسب اللغة، وهذا اصطلاح الفقهاء، ثم قال ابن عرفة: وعلى [رأي رفع إيجاب¹⁹³¹] الطلاق حرمة المتعة بالزوجة بعد انقضاء عدتها. انتهى. ويشير بذلك إلى الخلاف في الرجعية هل هي محرمة في زمن العدة كما هو المشهور، أو مباحة كما في القول الشاذ؟ فالحد الأول جار على المشهور. والثاني جار على الشاذ. ثم قال: وقول ابن الحاجب رد المعتدة عن طلاق قاصر عن الغاية ابتداء غير خلع بعد دخول ووطئه جائز [قبوله¹⁹³²] ويبطل طرده بتزويج من صح رجعتها بعد انقضاء عدتها؛ [لأن الاسم¹⁹³³] المشتق محكوم عليه لا به. انتهى. يعني أن حده غير مانع لدخول من طلقها زوجها طلاقا رجعيا يصح¹⁹³⁴ فيه الرجعة ثم لم يراجعها حتى انقضت عدتها فتزوجها لأنه يصدق عليه أنه رد المعتدة، فإن المعتدة مشتق محكوم عليه، ويشير بذلك إلى ما ذكره القرافي من

الحديث

¹ - عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الطلاق، ج 6 ص 163 دار الفكر.
- مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء، مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، دار إحياء التراث العربي، بيروت، رقم الحديث 1471.

1930 - في المطبوع الحق وما بين المعقوفين من م 39 وسيد 17 وما يابى 71 والتوضيح ص 106.

1931 - في سيد 17 وم 40 رأي إيجاب.

1932 - في المطبوع والنسخ قبوله وما بين المعقوفين من شرح حدود ابن عرفة، ج 1 ص 287.

1933 - في المطبوع إلا أن الإثم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 99 وم 40 ويم 51 والشيخ 95 وما يابى 72.

1934 - في يم 51 تصح.

نص خليل

وَإِنْ بَكَحَرَامٍ وَعَدَمَ إِذْنِ سَيِّدٍ طَالِقًا غَيْرَ بَائِنٍ.

متن الخطاب

100

التفصيل بين أن يكون الوصف محكوماً به [فيكون¹⁹³⁵] حقيقة في حال التلبس بالتعلق فقط أو يكون محكوماً عليه فيكون حقيقة في الأحوال الثلاثة، وقد رد عليه ذلك ابن السبكي وغيره وقالوا التلبس/ بالمعنى فقط فاندفع السؤال لأنه لا يطلق على المطلقة بعد انقضاء عدتها أنها معتدة إلا مجازاً فتأمل. وقوله: "من ينكح" هو نحو قول ابن الحاجب: "وشرط المرتجع أهلية النكاح". قال ابن عبد السلام: يريد أن المرتجع والناكح يستويان في الشروط دون انتفاء الموانع، فكل ما يشترط في الزوج يشترط في المرتجع وذلك هو العقل. انتهى. فعدم اشتراطه البلوغ أحسن من قول المصنف في التوضيح: يعني أن المرتجع يشترط فيه أن يكون أهلاً للنكاح فلا بد أن يكون عاقلاً بالغاً. انتهى. ونحوه للشارح؛ لأن البلوغ لا حاجة لاشتراطه إذ الطلاق الرجعي لا يتصور من الصبي؛ لأن طلاق غير البالغ لا يلزم وليس لوليه أن يطلق عنه إلا بخلع، وأما اشتراط العقل فظاهر كما إذا طلق وهو عاقل، ثم حصل له الجنون فارتجع فلا تصح رجعته.

ص: وإن بكأحرام ومرض وعدم إذن سيد ش: أعلم أن الذين يمنعون من النكاح ولا يمنعون من الرجعة خمسة المحرم والعبد والمولى وعليه والمريض والمديان إذا قام عليه غمأؤه. قاله ابن فرحون وغيره في شرحه. وقال في المسائل الملقوطة: ستة يرد نكاحهم المحرم والعبد والمفلس والسفيه والمريض والمترد إلا أن يجيز السيد للعبد والمديان وولي السفيه، فهذه الثلاثة تجوز بالإجازة والثلاثة الباقية لا تجوز بالإجازة ويفسخ وإن دخلوا ولهم أن يراجعوا إذا طلقوا طلاقاً رجعياً. انتهى. وقوله: "والمديان" لعله سقط منه وغرماء المديان أو أطلق المديان على رب الدين، وقوله فلهم أن يراجعوا، أما الخمسة الأول فذلك ظاهر، وقد تقدم أن ذلك لهم في كلام ابن فرحون، وأما المترد فلا لأن برده تبين منه زوجته. والله [تعالى¹⁹³⁶] أعلم. وقوله: "وعدم إذن سيد" يريد وليس لسيد العبد أن يمنعه من الارتجاع. قاله في رسم شك من سماع ابن القاسم من طلاق السنة.

قال ابن رشد: لأن الطلاق الرجعي لا يزيل العصمة وإنما يوجب فيها ثلماً يمنع من الوطء. انتهى. ولهذا قال في المتيضية: "لا تحتاج المرتجعة إلى ولي ولا صداق ولا رضا من المرتجعة". انتهى. وقال البرزلي في أواخر كتاب الأيمان: وسئل ابن أبي زيد عمن طلق امرأته طلاقاً رجعياً ثم تزوجها بنكاح جديد بشروطه في العدة ودخل بها؟ فأجاب تزويجها رجعة ولا صداق لها إلا الأول، ويرجع عليها بالثاني.

قلت: تجري على مسألة من [عوض¹⁹³⁷] [من صدقة¹⁹³⁸] ظنا أن ذلك يلزمه، فإذا فات الصداق فلا يرجع به على هذا. والله أعلم. انتهى.

ص: طالقا غير بائن ش: احترز بغير البائن من المطلقة طلاقاً بائناً فإنه لا رجعة له عليها، وله أن

الحديث

1935 - ساقطة من المطبوع وم 40 ويم 51 والشيخ 95 ومايأبي 72 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 99 بلفظ عله وعلق عليه الشيخ محمد سالم عدود ب والسياق يقتضيه.

1936 - ساقطة من المطبوع والشيخ 96 ومايأبي 72 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 100 ويم 52.

1937 - في المطبوع عرض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 100 وم 40 ويم 52 والشيخ 96 ومايأبي 73.

1938 - في المطبوع عرض صدقته وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

متن الخطاب

يتزوجها في عدتها منه بعقد جديد إذا لم يبلغ الثلاث. قال في كتاب إرخاء الستور من المدونة: والخلع طلاقه بائنة سماها أو لم يسم طلاقاً وتعد عدة المطلقة، وله أن ينكحها في عدته إن تراضيا؛ لأن الماء ماؤه بوطه صحيح إلا أن يتقدم له فيها طلاق يكون به هذا ثلاثاً للحر أو اثنتين للعبد فلا تحل له إلا بعد زوج. انتهى. وذكر أبو الحسن أن له الرجعة ولو كانت حاملاً إلا أن تثقل بالحمل فلا يجوز له ولا لغيره لأنها تصير كالمريضة. انتهى.

وفي المتبعية: فصل فإن راجع هذا الزوج زوجته المختلعة منه أو المفتدية فلا بد في ذلك من رضاها وولي يعقد عليها وصادق يبذل لها كالنكاح المبتدئ سواء؛ لأنها قد ملكت بالطلاق أمر نفسها فصار هو في ذلك بمنزلة غيره إلا أنه ينفرد بتزويجها في عدة دون من سواه؛ لأن العدة منه والماء ماؤه فلا حرج في ذلك عليه، إلا أن تكون مريضة أو حاملاً مثقلاً قد بلغت ستة أشهر فحكمها حكم المريضة لا يجوز له العقد عليها حتى يزول ذلك المانع منها. انتهى. فخرج بقوله: "غير بائن" المختلعة والمطلقة قبل البناء والطلاق المحكوم به والثلاث.

ص: في عدة صحيح ش: قال ابن بشير في كتاب إرخاء الستور من التنبيه: وقد يشترط أن يكون النكاح صحيحاً فإن كان النكاح فاسداً نظرت، فإن كان مما يفسخ بعد الدخول لم تكن فيه رجعة وإن كان مما لا يفسخ ثبتت الرجعة. انتهى. وهذا داخل في كلام المصنف لأن الرجعة لا تكون إلا بعد الدخول وهو بعد الدخول لا يطلق عليه أنه فاسد. وقال اللخمي في إرخاء الستور: الرجعة تصح في النكاح الصحيح والإصابة الصحيحة إذا كان الطلاق بالطوع من الزوج ليس بحكم أوجب ذلك عليه، وكذلك إذا كان فاسداً مما الحكم أنه يفوت بالدخول فطلق بعد أن دخل، وإن كان مما يفسخ بعد الدخول فطلق قبل أن يدخل أو بعد أن دخل وقبل أن يفسخ لم تكن فيه رجعة. انتهى.

وقال ابن راشد في الباب: الرجعة رد المعتدة عن طلاق قاصر عن الغاية ابتداء غير خلع أوقعه الزوج في نكاح صحيح ووطه جائز أو أوقعه الحاكم لسبب ثم زال ذلك السبب في العدة، وأقرت الزوجة ببقائها فلا رجعة له على المبتوتة ولا على المختلعة ولا على التي لم يدخل بها ولا على المنكوحة نكاحاً فاسداً، ولا على التي طلقها بعد أن وطئها وطأ فاسداً كالتي وطئها وهي حائض وله رجعة من طلقها عليه الحاكم بالإيلاء أو لوجود العيب أو بعدم النفقة إذا أصاب في العدة أو زال العيب أو أيسر فيها. انتهى. وقوله: "ابتداء" يعني أن كونه قاصراً عن الغاية إنما يفيد إذا كان الطلاق ابتداءً، وأما إذا كان قد أوقع قبله من الطلاق ما كمل بالأخير ثلاثاً فإنها تبين، وقوله: "وعلى التي طلقها بعد أن وطئها وطئاً فاسداً" يريد ولم يطأها وطئاً صحيحاً لا قبله ولا بعده، وأما لو وطئها قبله أو بعده وطئاً صحيحاً فله الرجعة، وقوله: "ولوجود العيب" هو قول أبي إسحاق التونسي أن طلاق العيب واحدة رجعية وهو خلاف المشهور المعلوم في المذهب.

قال ابن عرفة في عيوب الزوجين: وطلاق العيب واحدة بائنة ولو كان بعد البناء حيث تصور، وسمع يحيى ابن القاسم إن طلقت امرأة المجنون نفسها فهي طلاقه بائنة. ابن رشد: هذا معلوم المذهب لأن كل طلاق يحكم به الإمام فهو بائن إلا المولي والمعرس بالنفقة، وقال التونسي: تطليق الإمام على المجنون والمجذوم والمبروص رجعي، والإرث بينهما قائم في العدة،

نص خليل

حَلَّ وَطَوَّهَ يَقُولُ مَعَ نِيَّةٍ كَرَجَعْتُ وَأَمْسَكْتُهَا أَوْ نِيَّةٍ عَلَى الْأَظْهَرِ وَصَحَّ خِلَافُهُ أَوْ يَقُولُ وَلَوْ هَزَلًا فِي الظَّاهِرِ لَا الْبَاطِنِ لَا يَقُولُ مُحْتَمِلٌ بِلَا نِيَّةٍ كَأَعَدْتُ الْحِلَّ [و¹⁹³⁹ نَسًا] رَفَعْتُ التَّحْرِيمَ وَلَا يَفْعَلُ دُونَهَا كَوَطْءٍ وَلَا صَدَاقٍ وَإِنْ اسْتَمَرَّ وَانْقَضَتْ لَحِقَها طَلَاقُهُ عَلَى الْأَصَحِّ وَلَا إِنْ لَمْ يُعْلَمْ دُخُولُ وَإِنْ تَصَادَقَا عَلَى الْوَطْءِ قَبْلَ الطَّلَاقِ وَأَخِذَا بِإِقْرَارِهِمَا.

ومن صَح من دأته فله الرجعة، وقوله صحيح إلا أنه خلاف المعلوم في المذهب وهو نحو سماع عيسى في الأمة تختار نفسها فيموت في عدتها ترجع لعدة الوفاة. ابن عرفة: في قوله المبروص نظر، صوابه الأبرص أو المبرص. قال الجوهري: برص الرجل فهو أبرص وأبرصه الله. انتهى. ونحوه في المقدمات في كتاب طلاق السنة، ووافق التونسي على قوله اللخمي، ونقله ابن عرفة في باب الرجعة واقتصر عليه، ونصه: ولمن طلق عليه لعسر النفقة أو عيب الرجعة إن أيسر في العدة أو ذهب عيبه، وإلا فلا إن لم ترض ويختلف إن رضيت فيهما أو في الإيلاء بعدم إصابته، ففي صحة رجعته قولاً ابن القاسم مع الأخوين في الإيلاء وسحنون فيه وفي المعسر. انتهى. وتقدم الكلام على هذا جميعه [مستوفى¹⁹⁴⁰] عند قول المصنف في آخر طلاق السنة: "لا لعب وما للولي فسخه" فراجع. والله أعلم.

ص: حل وطؤه ش: خرج به الوطء المحرم كالوطء في الحيض والصوم خلافاً لابن الماجشون، وكالوطء في الدبر، ووافق عليه ابن الماجشون. قاله في التوضيح وغيره.

تنبيه: قال اللخمي: وإن أصابها في صوم تطوع أو في اعتكاف غير منذور أو منذور في الذمة كانت له الرجعة؛ [لأن¹⁹⁴¹] ذلك الصوم والاعتكاف قد بطل بأول الملاقاة، ولا يجب إمساك بقيته فكان تماديه بمنزلة من [ليس¹⁹⁴²] في صوم ولا اعتكاف. انتهى. وقال في التوضيح بعد أن ذكر كلام اللخمي: وذهب الباجي إلى أن الخلاف مطلق. انتهى.

ص: أو نية على الأظهر وصح خلافه ش: قال اللخمي: وإذا لم/ تصح الرجعة بمجرد النية ثم أصاب بعد ذلك بغير نية لم تصح الرجعة أيضاً إذا بعد ما بين النية والفعل أو القول إلا أن يحدث نية عند الإصابة، وقال محمد: إن نوى الرجعة ثم قبل أو باشر أو ضم، فإن فعل ذلك لمكان ما نوى فهي رجعة؛ يريد إذا أصاب ساهيا عن الطلاق المتقدم لم يكن وطؤه رجعة إذا لم تقارنه نية، وقد اختلف في النية للطهارة هل من شرطها مقارنة الفعل؟ انتهى. وهذا إذا أصاب زوجته وهو ذاهل عن الرجعة، وأما لو أصابها وهو يرى أن رجعته بالنية صحيحة، وأنها رجعت إلى عصمته فلا شك أن هذه الإصابة رجعة محدثة صحيحة لاقتزان الفعل بالنية لأن وطؤه وهو يرى أنه مرتجع رجعة. قاله اللخمي في مسألة من قال إذا جاء غد فقد ارتجعتك، وسيأتي ذلك عند قول المصنف: "وفي إبطالها إن لم تنجز كغد" والله أعلم.

ص: ولا إن لم يعلم دخول ش: قال ابن عرفة: وشرطها ثبوت بنائه بها [ومثبته¹⁹⁴³] ما تقدم في

الحديث

¹⁹³⁹ ن - أو رفعت نسخة.

¹⁹⁴⁰ • - في المطبوع مستوفى وما بين المعقوفين من م 41 وما يابى 74 وسيد 18.

¹⁹⁴¹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 101 وم 41 ويم 53 والشيخ 97 وما يابى 74.

¹⁹⁴² - في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 101 وم 41 ويم 53 والشيخ 97 وما يابى 74.

¹⁹⁴³ • - في المطبوع ومثبته وما بين المعقوفين من ما يابى 74 وم 41 ويم 53.

نص خليل

كَدَعَوَاهُ لَهَا بَعْدَهَا إِنْ تَمَادَيَا عَلَى التَّصْدِيقِ عَلَى الْأَصَوِّبِ وَلِلْمُصَدِّقَةِ النَّفَقَةُ وَلَا تُطْلَقُ لِحَقِّهَا فِي الْوَطْءِ
وَلَهُ جَبْرُهَا عَلَى تَجْدِيدِ عَقْدٍ بِرُبْعٍ دِينَارٍ وَلَا إِنْ أَقْرَبَهُ فَقَطُّ فِي زِيَارَةِ بَخْلَافِ الْبِنَاءِ وَفِي إِبْطَالِهَا إِنْ لَمْ
تُنْجِزْ كَعْدٍ أَوْ الْآنَ فَقَطُّ تَأْوِيلَانِ وَلَا إِنْ قَالَ مَنْ يَغِيبُ إِنْ دَخَلَتْ فَقَدْ ارْتَجَعْتُهَا كَاخْتِيَارِ الْأَمَةِ نَفْسَهَا أَوْ
رُؤُوسَهَا بِتَقْدِيرِ عَقْدِهَا.

الإحلال. انتهى. والذي تقدم أنه يثبت بشاهدين على النكاح وامرأتين على الخلوة وتقرارهما على الإصابة.

ص: كدعواه لها بعدها ش: تصوره واضح.

فرع: إذا طلق الرجل امرأته وادعى بعد انقضاء عدتها أنه قد كان راجعها قبل أن تنقضي عدتها وأتى برجعة مكتوبة قبل ذلك بمدة لا يعلم [أكانت¹⁹⁴⁴] قبل الطلاق أو بعده فيقول بعد الطلاق وتقول المرأة قبله من طلاق آخر، فيدخل ذلك من الاختلاف ما يدخل في البراءة التي لا يعلم [أكانت¹⁹⁴⁵] متأخرة عن ذكر الحق أو متقدمة عليه. انتهى من رسم الكراء والأفضية من سماع أصبغ من كتاب المديان والتفليس، والاختلاف في ذلك سيأتي الكلام عليه إن شاء الله [مستوفى عند¹⁹⁴⁶] كلام المصنف في باب الإقرار وبيان المشهور فيه، فراجع هناك. والله أعلم.

ص: [وإن¹⁹⁴⁷] أقرب به فقط في زيارة ش: أي فلا رجعة له واحترز بقوله فقط مما إذا أقرب به في خلوة الاهتداء فإن له الرجعة، وهذا القول هو الذي رجحه المصنف في التوضيح هنا، وذكر في باب العدة أنه إذا أقر أحد الزوجين فقط/ فلا رجعة. قاله في شرح قول ابن الحاجب. وتسقط النفقة والسكنى، ولا يجب إلا نصف الصداق ولا رجعة، وظاهره أنه لا رجعة مطلقاً من غير تفصيل بين خلوة الزيارة والاهتداء، وهو أحد الأقوال، ولم يحك في باب العدة غيره فتأمله. والله أعلم.

ص: وفي إبطالها إن لم ينجز كعده أو الآن فقط تأويلان ش: يعني أن الرجل إذا لم ينجز رجعة زوجته بأن يقول راجعت زوجتي بل علقها كما لو قال إذا كان غدا فقد ارتجعتك فقال مالك لا يكون ذلك رجعة، فظاهر كلامه أن هذه الرجعة باطلة مطلقاً، ومن الشيوخ من حمل كلام مالك على ظاهره كعبد الحق، ومنهم من قال مراده لا تكون رجعة الآن، وتصح إذا جاء غد فإبطالها إنما هو الآن فقط، ولما وجه اللخمي كلام مالك قال عقيب¹⁹⁴⁸: وإذا كانت هذه رجعة فاسدة على قوله ثم لم يحدث رجعة ولا أصاب حتى خرجت من العدة بانته، وإن أصاب في العدة وهو يرى أن تلك الرجعة كان وطؤه رجعة؛ لأنه وإن كان الارتجاع الأول فاسداً فإن حقه في الرجعة قائم وإصابته وهو يرى أنه مرتجع رجعة محدثة. انتهى.

103

الحديث

1944 - في المطبوع إن كانت وم 41 ومايaby 74 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 102 ويم 53 والشيخ 97.

1945 - في المطبوع إن كانت وم 41 ومايaby 74 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 102 ويم 53 والشيخ 97.

1946 - في المطبوع مستوفى والشيخ 98 ومايaby 74 وم 41 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 102.

1947 - في المطبوع ولا إن ومايaby 74 وم 41 ويم 53 والشيخ 98 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 102.

1948 - في الشيخ 98 وسيد 18 عقبه.

نص خليل

بخلاف ذات الشرط تقول إن فعله زوجي فقد فارقت وصحت رجعته إن قامت بينة على إقراره أو تصرفه أو مبيته فيها أو قالت حِضْتُ ثَلَاثَةَ فَأَقَامَ بَيِّنَةً عَلَى قَوْلِهَا قَبْلَهُ بِمَا يُكَذِّبُهَا أَوْ أَشْهَدَ بِرَجْعَتِهَا فَصَمَتَتْ ثُمَّ قَالَتْ كَأَنِّي انْقَضَتْ [أَوْ وَلَدْتُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَرُدَّتْ بِرَجْعَتِهِ¹⁹⁴⁹ ن] وَلَمْ تَحْرُمَ عَلَى الثَّانِي وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِهَا حَتَّى انْقَضَتْ وَتَزَوَّجَتْ أَوْ وَطِئَ الْأُمَةَ [سَيِّدُهَا¹⁹⁵⁰ ن] فَكَالْوَلِيِّينَ وَالرَّجْعِيَّةَ كَالزَّوْجَةِ إِلَّا فِي تَحْرِيمِ الْإِسْتِمْتَاعِ وَالِدُخُولِ عَلَيْهَا وَالْأَكْلِ مَعَهَا وَصَدِّقَتْ فِي انْقِضَاءِ عِدَّةِ [الْأَقْرَاءِ¹⁹⁵¹ ن] وَالْوَضْعِ بِلَا يَمِينٍ مَا أَمَكَّنَ وَسَيَّلَ النِّسَاءَ وَلَا [يُفِيدُهَا¹⁹⁵² ن] تَكْذِيبُهَا نَفْسَهَا وَلَا أَنَّهَا رَأَتْ أَوَّلَ الدَّمِ وَانْقَطَعَ وَلَا رُؤْيَا النِّسَاءِ لَهَا وَلَوْ مَاتَ زَوْجُهَا بَعْدَ كَسَنَةٍ فَقَالَتْ لَمْ أَحِضْ إِلَّا وَاحِدَةً فَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُرْضِعٍ وَمَرِيضَةٍ لَمْ تُصَدَّقْ إِلَّا إِنْ كَانَتْ تُظْهِرُهُ وَحَلَفَتْ فِي كَالسِتَّةِ [لَا كَالْأَرْبَعَةِ وَعَشَرَ وَنُدِبَ¹⁹⁵³ ن] الْإِشْهَادُ وَأَصَابَتْ مَنْ مُنَعَتْ لَهُ وَشَهَادَةُ السَّيِّدِ كَالْعَدَمِ وَالْمُنْعَةُ عَلَى قَدَرِ حَالِهِ بَعْدَ الْعِدَّةِ لِلرَّجْعِيَّةِ أَوْ [وَرَثَتِهَا¹⁹⁵⁴ ن] كَكُلِّ مُطْلَقَةٍ فِي نِكَاحٍ لَا زِمَ.

متن الخطاب ص: بخلاف ذات الشرط تقول إن فعله زوجي فقد فارقت ش: ومثله اخترت زوجي في أنه لا يلزم. نقله ابن رشد عن مالك في أول مسألة من سماع القرينين من كتاب التخيير.

ص: وصحت رجعته إن قامت بينة ش: تعين حملة على الوجه الثاني من الوجهين اللذين ذكرهما الشارح في الكبير، ولا يصح حملة على ما في الوسط.

ص: ثم قالت كانت انقضت ش: أفاد بقوله: "ثم قالت" أن قولها كان متراحيا عن إشهاده برجعتها.

ص: وإن لم تعلم بها حتى انقضت وتزوجت ش: تصويره واضح من كلام/ الشارح، وقال في طلاق

104

السنة من مختصر الوقار: ومن كتب إلى زوجته بطلاقها ووصل ذلك إليها وارتجعها ولم يصل إليها

ارتجاعه إياها حتى انقضت عدتها وتزوجت فلا سبيل له إليها. قال أبو بكر: / ولست آخذ به؛ لأن

105

الله جعله مالكا لرجعتها وقد ارتجعها.

ص: وندب الإشهاد ش: ويستحب [له إعلامها.¹⁹⁵⁵] قاله ابن رشد في آخر سماع ابن القاسم من

طلاق السنة. والله أعلم.

ص: والمتعة على قدر حاله بعد العدة للرجعية ش: وقيل على قدر حالها فقط. قاله أبو عمران،

وقيل على قدر حالهما نقل القولين ابن عرفة وابن ناجي على المدونة. والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: ابن محرز عن ابن وهب وأشهب إن لم يمتنعها حتى ارتجعها سقطت. انتهى.

ص: ككل مطلقة [في نكاح¹⁹⁵⁶] لازم ش: قال في المدونة: ولكل مطلقة المتعة [طلقت¹⁹⁵⁷] واحدة أو

الحديث

1949 ن - ولو تزوجت وولدت لدون ستة أشهر ردت برجعتة نسخة.

1950 ن - سيد نسخة.

1951 ن - القرء نسخة.

1952 ن - ولا يفيد تكذيبها نسخة.

1953 ن - لا في كالأربعة أشهر وندب نسخة.

1954 ن - قوله أو ورثتها قرره خش والدردير بما يقتضي جره وبه شكل في نسخ القلم والطبع وهو ظاهر وقرره عقب ويت غليش بما يقتضي رفعه وتأمله.

1955 - في المطبوع اسماعها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 105 وم 41 ويم 53 والشيخ 98 ومايأبي 75.

1956 - في المطبوع بنكاح وما بين المعقوفين من ن عدود ص 105 وم 41 ويم 53 ومايأبي 75.

1957 - في المطبوع طلبة وما بين المعقوفين من م 41 ومايأبي 75 ويم 53 والشيخ 98.

نص خليل
لَا فِي فَسْخِ كِلْعَانٍ وَمِلْكٍ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ إِلَّا مَنْ اخْتَلَعَتْ أَوْ فَرَضَ لَهَا وَطُلِّقَتْ قَبْلَ الْبِنَاءِ وَمُخْتَارَةً لِعَيْتِقِهَا
أَوْ لِعَيْبِهِ وَمُخَيَّرَةً وَمَمْلُكَةً. باب الإيلاء يمينُ مُسْلِمٍ مُكَلَّفٍ يُتَصَوَّرُ وَقَاعُهُ وَإِنْ مَرِيضًا.

متن الخطاب
اثنتين أو ثلاثا إلا المطلقة قبل البناء [وقد¹⁹⁵⁸] سمي لها فحسبها نصفه ولا متعة لها. انتهى. وقال
ابن عرفة لما تكلم على من لا متعة لها عاطفا عليه: اللخمي: ولا من قامت ببيع ولا من فسخ
نكاحها ولو لعارض حدث. انتهى. وقال في الشامل: والمتعة مستحبة لا واجبة على المشهور في كل
نكاح لازم أو فاسد يفوت بالبناء. انتهى. وقال ابن يونس في النكاح الثاني: وكل ما فسخ قبل البناء
لصدقه فلا متعة فيه. انتهى.
ص: لا في فسخ كلعان ش: قال ابن عرفة: اللخمي إن فسخ لرضاع بأمر الزوج رأيت عليه المتعة.
انتهى. وقال قبله وقول الباجي المفارقة عن [مقابلة¹⁹⁵⁹] كالملاعنة خلاف ظاهر المذهب. انتهى.
وقال ابن ناجي وقال ابن عرفة بعده: ابن رشد: ظاهر قول ابن القاسم إن طلق فيما يفسخ بطلاق قبل
فسخه فلا متعة عليه. انتهى.
ص: وملك أحد الزوجين ش: قال ابن عرفة عن اللخمي: وإن اشترى زوجته لم يمتعها لبقائها معه
ولو اشترى بعضها متعها.
ص: أو فرض لها وطلقت قبل البناء ش: قال في المدونة: وإذا خلا بزوجه وأرخى الستر وقد
سمى لها وطلقها، وقال لم أمسها وقالت مسني فالقول قولها في الصداق ولا متعة لها. انتهى. وقال
ابن ناجي: قال أبو عمران: وإذا قال أصبت وأكذبتة ينبغي أن يكون لها جميع المهر مع المتعة.
انتهى. والله أعلم.
ص: ومختارة لعتيقها أو لعيبه ش: قال ابن عرفة: الصقلي: لمن اختارت نفسها لتزويج أمة عليها
المتعة. والله أعلم.
ص: باب الإيلاء يمين [زوج¹⁹⁶⁰] مسلم مكلف يتصور وقاعه ش: اختلف في مدلول الإيلاء
لغة، فقال عياض أصل الإيلاء الامتناع قال الله تعالى: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُولَ الْفَضْلِ مِنْكُمْ﴾ ثم استعمل
فيما كان الامتناع منه بيمين، / وقال الباجي الإيلاء في اللغة اليمين، وقاله ابن الماجشون، وكذلك قال
المفضل، ويقال آلى وتآلى واثتلى، وآلى هو المستعمل عند الفقهاء، يقال [آلى¹⁹⁶¹] [يولي¹⁹⁶²] إيلاء،
والاسم منه الألية، والجمع الألايا علي وزن عطية وعطايا. قاله في تهذيب الأسماء. قال كثير في عمر
بن عبد العزيز [رضي الله تعالى عنه¹⁹⁶³]:

106

الحديث

1958 - * في المطبوع أو قد وما بين المعقوفين من ماياي 75 ويم 53 وم 41.
1959 - في المطبوع مفالحة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 105 وم 41 ويم 54 والشيخ 98 وماياي 75.
1960 - * في المطبوع وزوج وما بين المعقوفين من المواق، ج 4 ص 105 وفي الشيخ 98 ويم 54 وم 41 وماياي 76
وسيد 18 يمين مسلم.
1961 - * في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.
1962 - في المطبوع الأ يولي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 (وفي م 41 ويم 54 والشيخ 98 وماياي 76 يقال فيه
الايولي).
1963 - ساقطة من المطبوع وم 42 والشيخ 99 وماياي 76 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 ويم 54.

نص خليل

[بِمَنْعٍ¹⁹⁶⁴ س] وَطَهُ زَوْجَتِهِ وَإِنْ تَعْلِيْقًا غَيْرِ الْمَرْضِعَةِ وَإِنْ رَجْعِيَّةً أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ [أَوْ¹⁹⁶⁵ س] شَهْرَيْنِ لِلْعَبْدِ وَلَا يَنْتَقِلُ بَعْتُهُ بَعْدَهُ كَوَالِدِهِ لَا أَرَا جُعْلُكَ أَوْ لَا أَطُوْكَ حَتَّى تَسْأَلِيْنِي أَوْ تَأْتِيْنِي أَوْ لَا أَلْتَقِي مَعَهَا أَوْ لَا أَغْتَسِلُ مِنْ جَنَابَةٍ أَوْ لَا أَطُوْكَ حَتَّى أَخْرُجَ مِنَ الْبَلَدِ إِذَا تَكَلَّفَهُ أَوْ فِي هَذِهِ الدَّارِ إِذَا لَمْ يَحْسُنْ خُرُوجُهَا لَهُ.

متن الخطاب

قليل الأليا حافظ ليمينه وإن ندرت منه الألية برت

يصفه بقلة الحلف ويقال الألوثة بتثليث الهمزة. قاله في التوضيح، وهو بسكون اللام وفتح الواو كما يفهم من الصحاح فإنه قال فيه: والألوثة فأما الألوثة بالتشديد فهو العود الذي يتبخر به، وفيه لغتان ضم الهمزة وفتحها وهو فارسي معرب، وأما [في¹⁹⁶⁶] الشرع فحده ابن عرفة بأنه: "حلف زوج على ترك وطه زوجته يوجب خيارها في طلاقه"، وحده المصنف بقوله: "الإيلاء يمين زوج مسلم مكلف يتصور وقاعه"، وكان الإيلاء والظهار طلاقا بائنا في الجاهلية، فغير الشرع حكمهما، واختلف العلماء هل عمل بهما في أول الإسلام أم لا؟ وصحح بعضهم أنه لم يعمل بهما. والله [تعالى¹⁹⁶⁷] أعلم. وانظر تهذيب الأسماء واللغات وقوله: "يتصور وقاعه" تصوره ظاهر. قال ابن عرفة: وفيها من آلى من صغيرة لا يوطأ مثلها لم يؤجل حتى يمكن وطؤها. اللخمي: سواء ضمها إليه أم لا، والكبيرة قبل البناء لا يوقف لها إلا بعد أربعة أشهر من يوم دعائه للبناء بعد مدة جهازها وجهازه؛ لأنه الوقت الذي توجه لها حق الإصابة فيه. انتهى.

ص: وإن [مريضاً¹⁹⁶⁸] ش: قال ابن عرفة: وإيلاء المريض لازم إن لم يقيده بمدة مرضه وإلا فقولان الأول نص عليه ابن شاس وغيره، والثاني نص عليه ابن رشد وغيره. انتهى.

ص: بمنع وطه زوجته ش: سواء كانت يمينه صريحة في ترك الوطه أو متضمنة عقلا كوالده لا ألتقي معها أو شرعا كلا أغتسل من جنابة كما سيذكره المصنف قريبا.

فرع: فإن قال علي نذر أن لا أقربك فقال ابن القاسم هو مول، وقال يحيى بن عمر ليس بمول، وهو بمنزلة قوله علي نذر أن لا أكلمك، وهو نذر في معصية. قاله في التوضيح.

ص: غير المرضعة ش: هذا هو المشهور، وقال أصبغ هو مول اللخمي وهو أقيس لأن للمرأة حقا في الوطه ولا حق للولد ولا مضرة عليه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: {إن ذلك لا يضر¹} واتفق على أنه مول إذا أضع الولد غيرها، وعلى المشهور فقال في كتاب ابن سحنون إن حلف بطلاقها ألبتة أن لا يطأها حتى تطفم ولدها فمات الولد قبل الفطام حل له الوطه ولا حنث عليه إن كانت نيته إصلاح

الحديث

¹ - عن عائشة عن جدامة بنت وهب الأسدية أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم، مسلم في صحيحه، كتاب النكاح، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 1442.

1964 س - تمنع نسخة. يمنع نسخة.

1965 س - وشهرين للعبد نسخة.

1966 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 وم 42 ويم 54 والشيخ 99 وما يابى 76.

1967 - ساقطة من المطبوع وم 42 والشيخ 99 وما يابى 76 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 وم 54.

1968 - في المطبوع مريضة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 وم 42 ويم 54 والشيخ 99 وما يابى 76.

نص خليل

أَوْ إِنْ لَمْ أَطَاكَ فَانْتِ طَالِقٌ أَوْ إِنْ وَطِئْتُكَ وَنَوَى بَبَقِيَّةٍ وَطِئَهُ الرَّجْعَةَ وَإِنْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا وَفِي تَعَجِيلِ الطَّلَاقِ إِنْ حَلَفَ بِالثَّلَاثِ وَهُوَ الْأَحْسَنُ أَوْ ضَرَبَ الْأَجَلَ قَوْلَانِ فِيهَا وَلَا يُمَكِّنُ مِنْهُ كَالظَّهَارِ لَا كَافِرٍ وَإِنْ أَسْلَمَ إِلَّا أَنْ يَتَحَاكَمُوا إِلَيْنَا وَلَا لَاهْجُرْتَهَا أَوْ لَا كَلَمْتُهَا أَوْ لَا وَطِئْتُهَا لَيْلًا أَوْ نَهَارًا وَاجْتَهَدَ وَطَلَّقَ فِي الْأَعَزْلَنَ أَوْ لَا [أَبَيَّتَنَ¹⁹⁶⁹ نس] أَوْ تَرَكَ الْوِطْءَ ضَرَرًا وَإِنْ غَائِبًا أَوْ سَرَمَدَ الْعِبَادَةِ بِلَا أَجَلٍ عَلَى الْأَصَحِّ وَلَا إِنْ لَمْ يَلْزِمَهُ يَمِينُهُ حُكْمُ كَكُلِّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ حُرًّا أَوْ خَصَّ بَلَدًا قَبْلَ مِلْكِهِ مِنْهَا أَوْ لَا وَطِئْتُكَ فِي هَذِهِ السَّنَةِ إِلَّا مَرَّتَيْنِ أَوْ مَرَّةً حَتَّى يَطَأَ وَتَبْقَى الْمُدَّةُ وَلَا إِنْ حَلَفَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ أَوْ إِنْ وَطِئْتُكَ فَعَلَيْ صَوْمٍ هَذِهِ الْأَرْبَعَةِ نَعَمْ إِنْ وَطِئَ صَامَ بَقِيَّتِهَا وَالْأَجَلَ مِنَ الْيَمِينِ إِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ صَرِيحَةً فِي تَرَكَ الْوِطْءِ لَا إِنْ احْتَمَلَتْ مُدَّةً يَمِينُهُ أَقَلَّ أَوْ حَلَفَ عَلَى حِنْثٍ فَبَيْنَ الرُّفْعِ وَالْحُكْمِ وَهَلِ الْمُظَاهَرُ إِنْ قَدَرَ عَلَى التَّكْفِيرِ وَامْتَنَعَ كَالأَوَّلِ وَعَلَيْهِ اخْتَصَرْتُ أَوْ كَالثَّانِي وَهُوَ الْأَرْجَحُ أَوْ مِنْ تَبَيُّنِ الضَّرَرِ وَعَلَيْهِ تُؤَوَّلُ أَقْوَالُ كَالْعَبْدِ لَا يُرِيدُ الْفَيْئَةَ أَوْ يُمْنَعُ الصَّوْمُ بِوَجْهِ جَائِزٍ وَأَنْحَلَّ الْإِيْلَاءُ بِزَوَالِ مِلْكٍ مَنْ حَلَفَ بِعَيْتِهِ.

ولده ، وإن كانت نيته أن لا يمسه حولين فهو مول ، وتطلق عليه إذا أوقفه السلطان بعد أربعة أشهر لأنه لا يقدر أن يمسه ، ولا يفى لأن يمينه بالبتة . / انتهى من التوضيح.

متن الخطاب

107

ص: أو إن لم [أطأك¹⁹⁷⁰] فأنت طالق ش: ظاهره أنه يكون موليا بمجرد كلامه وليس كذلك بل له وطؤها الآن؛ [لأن بره في وطئها،¹⁹⁷¹] فإن وقف عن وطئها كان موليا. قال في التوضيح لما تكلم في باب الطلاق المعلق على قول ابن الحاجب: فإن كان نفيا يمكن دعوى تحقيقه بفعل له غير محرم أو لغيره مطلقا غير مؤجل منع منها حتى يقع ما نصه: يستثنى من هذه القاعدة ما إذا قال امرأته طالق إن لم أحبلها فإنه لا يمنع من وطئها. قاله في المقدمات. وله أن يطأها أبدا حتى يحبلها لأن بره في إحبالها، وكذلك إن قال إن لم أطأك له أن يطأها؛ لأن بره في وطئها فإن وقف عن وطئها كان موليا/ عند مالك والليث فيما روي عنهما، وقال ابن القاسم لا إيلاء عليه وهذا هو الصواب. انتهى. وقال المصنف في باب الطلاق من المختصر في الكلام على التعليق: وإن نفى ولم يؤجل كأن لم يقدم منع منها [لا إن لم أحبلها¹⁹⁷²] أو إن لم أطأها، ولا يصدق حد الإيلاء على هذه الصورة؛ لأنه ليس عليه يمين تمنعه من الوطء. والله أعلم.

108

ص: أو ترك الوطء ضررا ش: قال الفاكهاني في شرح الرسالة: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ فَاءَوْ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ قال ابن العربي: يقتضي أنه تقدم ذنب وهو الإضرار بالمرأة في المنع من الوطء ولهذا قلنا إن المضارة دون يمين توجب من الحكم ما توجب اليمين إلا في أحكام المدة. انتهى. وانظر ما نقله البرزلي عن المازري وكلام ابن بشير في التنبيه وكلام ابن رشد في سماع ابن القاسم وسماع عيسى من طلاق السنة. والله أعلم.

ص: وهل المظاهر إن قدر على التكفير ش: / يريد بأي نوع من أنواع الكفارات وإن لم يقدر

109

الحديث

1969 س - أولا أبيت نسخة.

1970 - في المطبوع أطلقك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 107 وم 42 ويم 54 والشيخ 99 وما يابى 76.

1971 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 107 وم 42 ويم 54 والشيخ 99 وما يابى 76.

1972 * - في المطبوع إلا إن أحبلها وفي يم 54 والشيخ 99 لا إن لم أحبلها وما بين المعقوفين من ما يابى 77 وسيد 19 وم 42.

نص خليل

إِلَّا أَنْ يَعُودَ بِغَيْرِ إِرْثٍ كَالطَّلَاقِ الْقَاصِرِ عَنِ الْغَايَةِ فِي الْمَحْلُوفِ بِهَا لَا لَهَا وَبَتَّعْجِيلِ الْحِنْثِ وَبِتَكْفِيرِ مَا يُكْفَرُ وَإِلَّا فَلَهَا وَلِسَيِّدِهَا إِنْ لَمْ يَمْتَنِعْ وَطُؤُهَا الْمُطَالَبَةُ بَعْدَ الْأَجَلِ بِالْفَيْئَةِ وَهِيَ تَغْيِيبُ الْحَشْفَةِ فِي الْقَبْلِ وَافْتِضَاضُ الْبِكْرِ إِنْ حَلَّ وَلَوْ مَعَ جُنُونٍ لَا يَوطِئُ بَيْنَ [فَخِذَيْنِ] 1973 س [وَحِنْثٍ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ الْفَرْجَ وَطَلَّقَ إِنْ قَالَ لَا أَطَا بِلَا تَلَوُّمٍ وَإِلَّا اخْتَبَرَ مَرَّةً وَمَرَّةً وَصَدِّقَ إِنْ ادَّعَاهُ وَإِلَّا أَمَرَ بِالطَّلَاقِ وَإِلَّا طَلَّقَ عَلَيْهِ وَفَيْئَةُ الْمَرِيضِ وَالْمَحْبُوسِ بِمَا يَنْحَلُّ بِهِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ يَمِينُهُ بِمَا تُكْفَرُ قَبْلَهُ كَطَّلَاقٍ فِيهِ رَجْعَةٌ فِيهَا أَوْ فِي غَيْرِهَا وَصَوْمٌ لَمْ يَأْتِ وَعَتَقَ غَيْرِ مُعَيَّنٍ فَالْوَعْدُ وَبُعِثَ لِلْغَائِبِ وَإِنْ بِشَهْرَيْنِ وَلَهَا الْعَوْدُ إِنْ رَضِيَتْ وَتَتِمَّ رَجْعَتُهُ إِنْ اِنْحَلَّ وَإِلَّا [لَعَنَتْ] 1974 س [وَأَبَى الْفَيْئَةَ فِي إِنْ وَطِئَتْ إِحْدَاكُمَا فَالْأُخْرَى طَالِقٌ طَلَّقَ الْحَاكِمُ إِحْدَاهُمَا وَفِيهَا فِيمَنْ [حَلَفَ لَا] 1975 س [يَطَا وَاسْتَتْنَى أَنَّهُ مُوَلِّ وَحُمِلَتْ عَلَى مَا إِذَا رُفِعَ وَلَمْ تُصَدِّقْ وَأُورِدَ لَوْ كَفَرَ عَنْهَا وَلَمْ تُصَدِّقْ وَفُرِقَ بِشِدَّةِ الْمَالِ وَبِأَنْ الْإِسْتِثْنَاءَ يَحْتَمِلُ غَيْرَ الْحَلِّ.

متن الخطاب على التكفير لم يدخل عليه إيلاء. قال ابن عرفة: روى أشهب إن لم يجد ما يعتق ولا يقدر على الصوم ولا يجد ما يطعم فليكف عن أهله حتى يجد الشيخ ولا حجة لها. انتهى. ونص ابن الحاجب: قال: وأما من ليس بمضار فلا يدخل عليه الإيلاء. قال في التوضيح: قيده اللخمي بما إذا طرأ عليه العسر والعجز عن الصيام بعد عقد الظهار، وأما إن عقده على نفسه مع علمه أنه عاجز عن حله فإنه يدخل عليه الإيلاء؛ لأنه قصد الضرر بالظهار، ثم يختلف هل يطلق عليه الآن أو يؤخر إلى انقضاء أجل الإيلاء رجاء أن يحدث لها رأي في ترك القيام؟ انتهى. ص: إلا أن يعود بغير إرث ش:

فرع: لو اشترى بعض العبد وورث بعضه عاد عليه الإيلاء لأجل بقاء اليمين في ذلك البعض المشتري، وكذلك لو لم يرث منه شيئاً ولكن اشترى بعضه فإن وطئها في المسألتين عتق عليه جميع العبد البعض المشتري بنفس حنثه وبقية العبد بالتقويم. قاله في التوضيح.

ص: إن لم يمتنع وطؤها ش: قال الشارح في الكبير: يريد سواء كان المانع عقلياً كالترتق أو عادياً/ كالمرض أو شرعياً كالحيض والنفاس. انتهى. وتبع المصنف رحمه الله [تعالى] 1976 [وشارحه كلام ابن الحاجب قال: ولا مطالبة لممتنع وطؤها برتق أو مرض أو حيض. انتهى. وتبع ابن الحاجب ابن

شأس رحمه الله/ وما قالوه مخالف لما قدمه المصنف رحمه الله [تعالى] 1977 [في فصل طلاق السنة في قوله: "وعجل فسخ الفاسد في الحيض والطلاق على المولى" وهو قول ابن القاسم في المدونة ذكره في آخر كتاب اللعان، وقال ابن عرفة هنا: وإن حل أجله وهي حائض وقفت، فإن قال أفئ أمهل، وإن

الحديث

1973 س - الفخذين نسخة.

1974 س - ألغيت نسخة.

1975 س - فِيمَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ لَا يَطَا نسخة.

1976 - ساقطة من المطبوع وم 42 والشيخ 100 وما يابى 77 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 110 وم 55.

1977 - ساقطة من المطبوع وم 42 والشيخ 100 وما يابى 77 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 111 وم 55.

باب تشبيه المسلم المكلف من تحل أو جزأها بظهر [محرّم] ¹⁹⁷⁸ [س] أو جزئه ظهراً وتوقف إن تعلّق بكمشيئتها وهو بيدها ما لم توقف ويحقق تنجز.

نص خليل

أبى ففي تعجيل طلاقه روايتا ابن القاسم وأشهب [في لعانها،] ¹⁹⁷⁹ وعلى المشهور قال محمد: ويجبر على الرجعة، وتعقبه ابن الكاتب بأن علة جبره عليها قصده تطويل عدتها وهي في هذه الطالبة طلاقها فيه وبأن الحاكم لا يحكم بمنهي عنه، وأجاب الصقلي بأن إبايته سبب طلاقه، فكأنه المستقل بطلاقها، وقول ابن شاس وابن الحاجب وقبوله لا مطالبة للمريضة المتعذر وطؤها ولا للرتقاء ولا للحائض لا أعرفه، ومقتضى قولها في الحائض ينفيه. انتهى. وقوله: "وقبوله" كذا هو في النسخ التي رأيتها، [ولعله و] ¹⁹⁸⁰ [قبوله ابن عبد السلام. والله أعلم. واستشكل في التوضيح كلام ابن الحاجب بأنه مناقض لما في اللعان بالنسبة إلى الحيض، وأجاب بأن قال: لا يبعد أن تكون الفيئة على هذا القول بالوعد كما في نظائر المسألة حيث تتعذر الفيئة بالوطء، ويكون التطليق عليه إنما هو إذا امتنع من الوعد. انتهى. وما قاله لا يدفع الإشكال؛ لأن كون الفيئة بالوطء أو بالوعد والزامه الطلاق إن امتنع فرع المطالبة بها وقد نفى المطالبة بها فتأمله، وقد استفيد من قول ابن عرفة: "وعلى المشهور" أن قول ابن القاسم الذي مشى عليه المصنف في فصل طلاق السنة من تعجيل الطلاق على المولي هو المشهور، ويدخل في كلام المصنف من آلى من زوجته الصغيرة التي لا تطيق الوطء، وقد تقدم نص المدونة في ذلك من كلام ابن عرفة. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: [باب ¹⁹⁸¹] تشبيه المسلم المكلف من تحل أو جزأها بظهر محرّم أو جزئه ظهراً ش: قال الجوهري: / الظهار قول الرجل لامرأته أنت علي كظهر أمي. عياض: وهو مأخوذ من الظهر، وكنى به عن المجامعة لأنه ركوب للمرأة كما يركب ظهر المركوب، لا سيما وعادة كثير من العرب [وغيرهم] ¹⁹⁸² المجامعة على حرف من جهة الظهر، ويستقبحون سواه ذهاباً إلى الستر والحياء والخفاء، وأن لا تجتمع الوجوه حينئذ، وأن لا يطلع على العورات وهي كانت سيرة الأنصار حتى نزل: ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ على إحدى الروايتين في سبب نزولها. انتهى. وقال في التوضيح: واعلم أن الظهار كان في الجاهلية وأول الإسلام طلاقاً، حتى أتت خويلة بنت ثعلبة على ما رواه أبو داود وغيره تشكو زوجها إلى النبي صلى الله عليه وسلم وتقول: ظاهر مني

112

¹ - عن خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت فجنّت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه ويقول اتقي الله فإنه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن قد سمع الله قول التي تجادل في زوجها، إلى الفرض فقال يعتق رقبة قالت لا يجد قال فيصوم شهرين متتابعين قالت يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام قال فليطعم ستين مسكيناً قالت ما عنده من شيء يتصدق به قالت فأتني ساعتئذ بعرق من تمر قلت يا رسول الله فإني أعينه بعرق آخر قال قد أحسنْتَ اذهبى فأطعمي بها عنه ستين مسكيناً وارجعي إلى ابن عمك، سنن أبي داود، كتاب الطلاق، دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 2214.

الحديث

- عن عروة بن الزبير قال: قالت عائشة تبارك الذي وسع سمعه كل شيء إني لأسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى علي بعضه وهي تشكي زوجها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تقول يا رسول الله أكل شبابي ونثرت له بطني حتى إذا كبرت سني وانقطع ولدي ظاهر مني اللهم إني أشكو إليك فما برحت حتى نزل جبرائيل بهؤلاء الآيات ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ﴾ ابن ماجه في سننه كتاب الطلاق حديث 2063

¹⁹⁷⁸ س - نسخة محرّم بالتشديد أولى من نسخة محرّم بفتح الميم كما في الدسوقي والعدوي.
¹⁹⁷⁹ - في المطبوع بلعانهما (والشيخ 100 بلعانهما) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 111 وم 55 وم 42 ومايأبى 77.
¹⁹⁸⁰ - في المطبوع ولعل قبوله وما بين المعقوفين من سيد 19 والشيخ 100 وم 42 ومايأبى 77.
¹⁹⁸¹ - في المطبوع الظهار وما بين المعقوفين من ن عدود ص 111 وم 42 وم 55 والشيخ 100 ومايأبى 77.
¹⁹⁸² * - في المطبوع وغيره وما بين المعقوفين من م 42 وسيد 19 وم 55 والشيخ 101 ومايأبى 78.

متن الخطاب زوجي أوس بن الصامت وجادلت النبي صلى الله عليه وسلم. انتهى. وظاهر كلام النووي في تهذيب الأسماء واللغات أنه لم يعمل في الإسلام بأن الظهار والإيلاء طلاق على القول الراجح. قال القاضي عبد الوهاب: والظهار محرم بالكتاب كما أخبر الله عز وجل فقال: ﴿ما هن أمهاتهم﴾ ولنصه في الآيات على أنه منكر وزور، ولقوله في آخر الآية: ﴿وإن الله لعفو غفور﴾ الشيخ أبو إسحاق: ويؤدب من ظاهر. انتهى. وقال ابن عرفة: القاضي: هو محرم لأنه منكر وزور، وروى ابن شعبان يؤدب المظاهر، ونقل الباجي قبل قولها رواية المبسوط: "الظهار يمين تكفر" يحتمل الجواز والكراهة أرجح. انتهى. وحده ابن عرفة بقوله: الظهار تشبيه زوج [زوجة¹⁹⁸³] أو ذي أمة حل [وطؤه إياها بمحرم منه¹⁹⁸⁴] أو بظهر أجنبية في [تمتعه بهما¹⁹⁸⁵] والجزء كالكل والمعلق كالحاصل، وأصوب منه تشبيه [ذي¹⁹⁸⁶] حل متعة حاصلة أو مقدرة بآدمية [إياها¹⁹⁸⁷] أو جزأها بظهر أجنبية أو بمن حرم أبداً أو [جزئه¹⁹⁸⁸] في الحرمة فيها من قال أنت مثل قدم أمني ونحوه مظاهر، ومن قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمني مظاهر، وقول ابن الحاجب: تشبيه من يجوز وطؤها بمن يحرم يبطل طرده بقولها: قال مالك: إن قال أنت علي كفلانة فهي البتات وعكسه بتشبيه الجزء. انتهى. وقول المصنف: "تشبيه المسلم" يدخل في كلامه السيد والزوج، وتفسير المصنف قول ابن الحاجب: "وشرط المظاهر أن يكون مسلماً" أي زوجاً مسلماً، وتبعه ابن فرحون ليس بظاهر، وسواء كان عبداً أو سفيهاً فإذا [لزم¹⁹⁸⁹] العبد أو السفيه الظهار فحكم العبد يأتي، وأما السفيه فمذهب ابن القاسم أن وليه ينظر له، فإن كان موسراً وامتنع وليه من التكفير عنه فليس له الصيام، فإذا طلبته امرأته بالوطء طلق عليه من غير ضرب أجل، وعند ابن وهب إذا امتنع وليه له أن يصوم ولا يطلق عليه إلا بعد ضرب الأجل. قاله ابن رشد في سماع عبد الملك، وقال اللخمي في تبصرته: وإذا ظاهر السفيه وهو موسر بالعتق عاجز عن الصيام كان الأمر إلى وليه، فإن رأى أن العتق خير له من الطلاق أمره بالعودة وأعتق عنه وإن لم ير ذلك؛ لأن العتق يجحف بماله، أو لأنه ممن تكرر منه اليمين بالظهار أو يكون مطلقاً، فإن أعتق عنه [طلق¹⁹⁹⁰] هو بعد ذلك لم يعتق عليه¹⁹⁹¹ وكان للزوجة أن تقوم بالطلاق إذا مضت أربعة أشهر، وقيل يطلق عليه من غير ضرب أجل لأن الصبر إلى تمام الأجل لا

- 1983 - في المطبوع وزوجه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 112 وم 43 وما يابى 78 (ويم 55 زوجته).
 1984 - في المطبوع وطؤه بمحرم إياها عجز منه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 112 ويم 55 والشيخ 101 (و في ما يابى 78 وم 43 وطؤها إياها بمحرم منه).
 1985 - في المطبوع بها وما يابى 78 وم 43 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 112 ويم 55 والشيخ 101.
 1986 - ساقطة من المطبوع وم 43 والشيخ 101 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 112 ويم 55 وما يابى 78.
 1987 - في المطبوع إياه وم 43 والشيخ 101 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 112 وما يابى 78.
 1988 - في المطبوع جزء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 112 وم 43 ويم 55 والشيخ 101 وما يابى 78.
 1989 - في المطبوع ألزم والشيخ 101 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 112 وم 43 ويم 55 وما يابى 78.
 1990 - في المطبوع وطلق وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.
 1991 - في يم 55 عنه.

يفيد بمنزلة من قال إن وطئتك فأنت طالق ألبتة، واختلف إذا امتنع [من¹⁹⁹²] العتق وكان قادراً على الصوم فقيل لا يصح منه الصوم لأنه موسر، وقيل له أن يصوم لأنه في معنى المعسر، والأول أحسن. انتهى. قال في النوادر: فإن لم يكن له مال صام ولا يمنع من الصوم فإن أبى فهو مضار. انتهى. والله أعلم.

تنبيه: [قول¹⁹⁹³] المصنف: [”تشبيه“¹⁹⁹⁴] قال ابن عبد السلام هنا: إنه لا بد من أداة التشبيه كلفظة مثل أو الكاف فيقول أنت علي كظهر أمي أو مثل أمي، وأما لو حذف الأداة فقال أنت أمي لكان خارجاً عن الظهار ويرجع إلى كنايات الطلاق وإن كان محمد نص في هذه اللفظة على أنه مظاهر. انتهى. وقوله: ”المسلم المكلف“ بصيغة التذكير يدل على أن المرأة لو ظهرت لم يلزمها كفارة قال في التوضيح: وهو/ صحيح، وقد نص عليه في المدونة. زاد ابن المواز ولو كان ملكها الطلاق. انتهى. وما قاله عن ابن المواز هو في البيان بآتم من هذا ونصه في سماع أبي زيد قال: وسئل ابن القاسم عن الرجل يقول لامرأته قد جعلت أمرك بيدك فتقول أنا عليك كظهر أمك قال ليس لها ذلك. ابن رشد: هذا كما قال لأن الزوج إنما ملكها في الطلاق فليس لها أن توجب عليه أن لا يقربها حتى يكفر كفارة الظهار، فإذا لم يكن لها ذلك [فقد¹⁹⁹⁵] سقط ما بيدها من التمليك إذا قضت بما ليس لها إلا أن تقول أردت بذلك الطلاق، فيكون ثلاثاً إلا أن ينكرها الزوج فيما فوق الواحدة. والله أعلم. انتهى. وخرج بالمكلف المكره لقوله عليه السلام: {رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه¹} وقد نص عليه في المدونة، وأما ظهار السكران فكطلاقه على المشهور.

تنبيه: ظهار الفضولي هل يلزم إذا أمضاه الزوج أم لا؟ لم أر فيه نصاً، والظاهر أنه يلزم كالطلاق، وقوله: ”من تحل“ مراده به من تحل إما تحقيقاً أو تعليقاً، وإلا كان رسمه غير جامع لخروج نحو قوله للأجنبية إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي مع أنه ظهار. قاله في المدونة، ونقله ابن عرفة وغيره. والله [تعالى¹⁹⁹⁶] أعلم. وقوله أو جزأها بظهر محرم أو جزئه لو قال بمحرم أو جزئه لكان أحسن؛ لأن الجزء يشمل الظهر وغيره ويكون شبيه قوله في المقدمات: وهو على أربعة أوجه تشبيه جملة بجملة وبعض ببعض وجملة ببعض [وجملة ببعض¹⁹⁹⁷] وهي كلها في الحكم سواء، إلا أن يكون البعض الذي شبه من زوجته أو شبه به زوجته مما ينفصل عنها أو عن المشبهة بها من ذوات المحارم كالكلاب أو الشعر فيجري ذلك على الاختلاف فيمن طلق ذلك من زوجته. انتهى. وقد قال الشيخ إن الأحسن لزومه في الشعر والكلاب، وقال في التوضيح في قول ابن الحاجب: وجزؤها مثل كلها

¹ - في كنز العمال بهذا اللفظ عازياً إلى الطبراني في الكبير عن ثوبان، رقم الحديث 10307. وفي القبس بلفظ الخطاب، مركز هجر، القاهرة 2005، ج 23 ص 756.

1992 - ساقطة من المطبوع ومايأبى 78 وقد وردت في م 43 وفي يم 55 والشيخ 102 وسيد 19.
1993 - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من م 43 والشيخ 102 ويم 55 ومايأبى 78 وسيد 19.
1994 - في المطبوع تنبيه وما بين المعقوفين من م 43 والشيخ 102 ويم 55 ومايأبى 78 وسيد 19.
1995 - في المطبوع فقط وما بين المعقوفين من م 43 وسيد 19 ومايأبى 79 والشيخ 102 ويم 56.
1996 - ساقطة من المطبوع وم 43 ويم 56 والشيخ 102 ومايأبى 79 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 113.
1997 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 113 ويم 56 والشيخ 102 وم 43 ومايأبى 79.

متن الخطاب كالطلاق، وقوله: "كالطلاق" يحتمل معنيين أحدهما الاحتجاج على الشافعي لأنه يوافق على التطبيق بالجزء ويخالف هنا، وثانيهما الإشارة إلى أنه ليس كل جزء يلزم به الظهار بل هو كالطلاق فيتفق على الظهار إن شبه بيدها ورجلها ويختلف في الشعر والكلام. انتهى. وقال ابن فرحون: وإنما يلزم في الأجزاء المتصلة لا المنفصلة كاللبصاق ونحوه. انتهى. وأما تعليق الظهار بدواعي الوطء مثل أن يقول مضاجعتك أو ملامستك أو قبلتك علي كظهر أمي فمشهور المذهب أن الظهار يلزمه. قاله الرجراجي. قال: وهذا القول قائم من المدونة. والله أعلم. وقوله: "محرم" يشمل المحرم على التأييد كالمحرم والملاعنة والمداخل بها في العدة ويشمل المحرمة لا على التأييد كالأجنبية وأخت الزوجة وعمتها، والظاهر أنه كذلك، ويشمل أيضا مكاتبته وهو كذلك، قال الشيخ أبو الحسن الصغير عند قوله في المدونة: "وإن تظاهر من امرأته وهي حرة أو أمة أو صغيرة أو محرمة أو حائض" إلى آخره عن ابن محرز، ولو قال لزوجته أنت علي كظهر مكاتبتي لزمه الظهار لأنه لو تظاهر من مكاتبته لم يلزمه ظهار فكذلك إذا تظاهر بها لزمه الظهار وإن كانت قد تحل إذا عجزت. انتهى. وقال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: "وفي المكاتب لو عجزت قولان": وانظر لو شبه بها في الظهار [ما الحكم] ¹⁹⁹⁸ كما لو قال لزوجته أنت علي كظهر مكاتبتي فأدت أو عجزت هل تكون الزوجة مظاهرا منها. انتهى. وهذا الكلام يدل على أنه لم يقف على نص في المسألة والنص موجود ولم ينبه ابن عرفة فيما رأيت على هذه المسألة. والله أعلم.

مسألة: قال المشذالي في حاشيته: سئل ابن عبد السلام عن رجل أنت علي حرام كأمي وأختي وزوجتي ما يلزمه في زوجته؟ وهل هي منصوبة؟ فقال: لا أعرف فيها نصا، والظاهر عندي لزوم التحريم فيها لاحتمال عطفها على المبتدأ الذي هو أنت، فكأنه قال أنت وزوجتي، ويحتمل عطفه على المجرور بالكاف، لكن على الأول يلزم الظهار لا الطلاق، وعلى الثاني الطلاق ويكون من عكس/ التشبيه، ولعل الأقرب تحليف القائل بأنه ما نوى الطلاق ويكلف بحكم الظهار.

ص: وبوقت تآبد ش: يعني إذا وقت الظهار بوقت تآبد ولم يختص بذلك الوقت؛ كما لو قال لزوجته أنت علي كظهر أمي اليوم أو هذا الشهر فإنه مظاهر ولو مضى اليوم أو الشهر، وليس منه قول المحرم لزوجته أنت علي كظهر أمي ما دمت محرما؛ لأنها عليه الآن كظهر أمه فهو بمنزلة من قال للمظاهر منها أنت علي كظهر أمي. قال اللخمي في الكلام على ظهار المجبوب والمعترض: ظهار المحرم على وجهين، فإن قال أنت علي كظهر أمي ما دمت محرما لم ينعقد عليه ظهار؛ لأنها في تلك الحال كظهر أمه، فهو بمنزلة من تظاهر ثم تظاهر فلا يلزمه. الثاني وإن قال أنت علي كظهر أمي ولم يقيد بقوله ما دمت محرما لزمه الظهار؛ لأن يمينه مع الإطلاق تتضمن جميع الأزمنة. انتهى. نقله في الشامل. ومثل المحرم فيما يظهر المعتكف والصائم الذي يعلم من نفسه السلامة. والله أعلم.

نص خليل

أَوْ بَعْدَ زَوَاجٍ فَعِنْدَ الْيَأْسِ أَوْ الْعَزِيمَةِ.

متن الخطاب

ص: ويعدم زواج فعند اليأس أو العزيمة ش: نحو هذه العبارة قول ابن الحاجب: ولو قال إن لم أتزوج عليك فإنما [يلزمه¹⁹⁹⁹] عند اليأس أو العزيمة. قال في التوضيح: يعني لا يكون مظاهرا إلا عند اليأس أو العزيمة. انتهى. زاد ابن شاس إلا أن ينوي مدة معينة فيحنث بمضيها، فحمل كلام ابن الحاجب على هذا فقط وقال: لم يتعرض المصنف -يعني ابن الحاجب- لكونه هل يمنع من الوطء كالطلاق أو لا. ونص الباجي على أن الظهار كالطلاق، وأنه يحرم عليه الوطء إذا كانت يمينه على حنث ويدخل عليه الإيلاء ويضرب له الأجل من يوم الرفع. انتهى. وفهم ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب على أنه لا يمنع من وطئها.

وقال ابن عرفة: الشيخ في الموازية: من قال إن لم أفعل كذا فأنت علي كظهر أمي إن ضرب أجلا فله الوطء إليه وإلا فلا، فإن رفعته أجل حينئذ ووقف لتمامه، فإن فعل بر، وإن قال التزم الظهار [وأخذ²⁰⁰⁰] في الكفارة لزمه ولم يطلق إلا بالإيلاء حين دعي للفيئة، فإن فرط في الكفارة صار كمول يقول أفيء فيختبر المرة بعد المرة وتطلق عليه بما لزمه من الإيلاء. ثم قال: وقول ابن الحاجب مع ابن شاس لو قال إن لم أتزوج عليك إلى آخره خلاف ما تقدم، وقبله ابن عبد السلام ولا أعرفه، ومقتضى المذهب خلافه. في الأيمان والنذور منها إن قال أنت طالق إن لم أفعل كذا حيل بينه وبينها حتى يفعل ذلك، وإلا دخل عليه الإيلاء. انتهى. وانظر إنكاره هذا إن كان بناء منه رحمه الله على فهم كلام ابن الحاجب كفهم كلام ابن عبد السلام فليس بظاهر عبارة واحد منهما فضلا عن كونه صريح عبارته، بل ظاهر عبارتهما كما قال الشيخ خليل، أنه إنما يلزمه الظهار في ذلك الوقت، ولم يتعرضا لكونه لا يمنع، وعلى هذا ففي قوله وقبله ابن عبد السلام نظير؛ لأن ابن عبد السلام قال في أثناء كلامه: هذا ظاهر كلام المؤلف.

وحكى غيره أن الظهار كالطلاق، وأنه يمنع من الوطء إذا كانت يمينه على حنث ويدخل عليه الإيلاء. انتهى. وإن أراد الإنكار عليهما في قولهما إنه لا يكون مظاهرا إلا عند اليأس أو العزيمة فليس بظاهر؛ لأن ما قاله هو المنصوص. قال ابن رشد في شرح آخر مسألة من سماع أبي زيد من كتاب الظهار: لا يجب على الرجل الظهار بقوله امرأتي علي كظهر أمي إن لم أتزوج عليها لأنه لم يحنث بعد، ولا يقع عليه الحنث بذلك إلا بعد الموت إلا أن الكفارة تجزئه قبل الحنث؛ لأنها يمين هو فيها على حنث، فإن أراد أن يكفر ليحل عن نفسه الظهار فيجوز له الوطء كان ذلك له، وإن لم يفعل وطأته امرأته بالوطء ورفعته إلى السلطان ضرب له أجل الإيلاء؛ إذ لا يجوز له أن يطأها إلا أن يكفر. انتهى. فقوله: "ولا يقع عليه الحنث بذلك إلا بعد الموت" إلى قوله: "فإن أراد أن يكفر" صريح في أنه يمنع من الوطء، وستأتي مسألة سماع أبي زيد وكلامه المشار إليه برمته في شرح قول المصنف: "وتعددت الكفارة إن عاد ثم ظاهر"/ وإن أراد الإنكار عليهما بخلاف هذا الوجه فلم يظهر لي، وليس في كلامهما إشكال أصلا. والله أعلم. ومن هذا المعنى مسألة القراني التي ذكرها في كتابه المسمى كفاية اللبيب في كشف

115

الحديث

1999 - في المطبوع يلزم وم44 ومايأبى80 وما بين المعقوفين من ن عدود ص114 ويم56.

2000 - في المطبوع واحدة وما بين المعقوفين من ن عدود ص114 وم44 ويم56 والشيخ103 ومايأبى80.

نص خليل

وَلَمْ يَصِحَّ فِي الْمُعْلَقِ تَقْدِيمُ كَفَّارَتِهِ قَبْلَ لُزُومِهِ وَصَحَّ مِنْ رَجْعِيَّةٍ وَمُدْبَرَةٍ وَمُحْرِمَةٍ وَمَجُوسِيٍّ أَسْلَمَ ثُمَّ أَسْلَمَتْ وَرَتْقَاءَ لَا مُكَاتَبَةَ وَلَوْ عَجَزَتْ عَلَى الْأَصْحَ وَفِي صِحَّتِهِ مِنْ كَمَجْبُوبٍ تَأْوِيلَانِ وَصَرِيحُهُ بظَهَرِ مُؤَبَّدٍ تَحْرِيمُهَا أَوْ [عُضُوهَا²⁰⁰¹] أَوْ ظَهَرِ ذَكَرٍ.

متن الخطاب

غوامض التهذيب المتقدم ذكرها عند قول المصنف في باب الأيمان: ["وبعزمه²⁰⁰²"] على ضده" وهي قوله في المدونة في الأيمان والنذور: ومن قال لامرأته أنت طالق واحدة إن لم أتزوج عليك، فأراد أن لا يتزوج عليها فليطلقها طلاقاً ثم يرتجعها فتزول يمينه ولو ضرب أجلاً كان على بر وليس له أن يحنث نفسه قبل الأجل، وإنما يحنث إذا مضى الأجل ولم يفعل ما حلف عليه، وتقدم هناك ما أورده عليها من الإشكال وما حملها عليه فراجعه هناك. والله أعلم.

ص: ولم يصح في المعلق تقديم كفارته قبل لزومه ش: نحوه في سماع عيسى من كتاب الظهار في رسم لم يدرك قال من قال امرأتي علي كظهر أمي إن فعلت كذا لا يجزئه كفارته قبل حنثه كحلفه بالطلاق لا فعل كذا لا يجزيه تقديم طلاقه على حنثه. قال ابن رشد: هو في الظهار أوضح لأن طلاقه يجب بحنثه والكفارة لا تجب بحنثه في الظهار حتى يطأ. قال: ولو حلف بالظهار على شيء أن يفعله ولم يضرب لذلك أجلاً لجاز له أن يقدم الكفارة ويبر بذلك لأنه على حنث، كما يجوز له أن يقدم الطلاق إذا حلف بالطلاق أن يفعل فعلاً ولم يضرب له أجلاً ويبر في يمينه لأنه على حنث حتى يفعل على ما في النذور من المدونة. انتهى. ونقله ابن عرفة، وذكره ابن رشد أيضاً في آخر سماع أبي زيد من الكتاب المذكور، وهذا يفهم من قول المصنف: "أو بعدم [زواج²⁰⁰³]" فعند اليأس أو العزيمة. والله أعلم.

ص: وصريحه بظهر مؤبد تحريمها أو عضوها أو ظهر ذكر ش: يعني أن ألفاظ الظهار على نوعين صريح وكناية فالصريح ما فيه ظهر مؤبد تحريمها. قال في التوضيح: وهذا لا خلاف فيه، والمشهور قصر الصريح على ما ذكر، وقال ابن عرفة: الصيغة. قال ابن الحاجب وابن شاس: صريحه ما فيه ظهر مؤبدة التحريم كظهر أمي أو عمتي، وكنايته الظاهرة ما سقط فيه أحدهما كأمي أو كظهر فلانة الأجنبية، والخفية كاسقني الماء مراداً به الظهار. ابن رشد: صريحه عند ابن القاسم وأشهب ما ذكر فيه الظهر في ذات محرم وغيرها، وعند ابن الماجشون ما ذكر فيه ذات محرم [ولو لم يذكر الظهر، وكنايته عند أشهب أن لا يذكر الظهر في غير ذات محرم،²⁰⁰⁴] وما ذكر فيه الظهر عند ابن الماجشون غير كناية فلا كناية له عنده. انتهى.

قلت: ما ذكر عن ابن رشد مخالف لكلامه في المقدمات، ونص كلامه: وله صريح وكنايات، فصريحه عند ابن القاسم/ وأشهب وروايتهما عن مالك أن يذكر الظهر في ذات محرم، وكنايته عند ابن القاسم

116

الحديث

²⁰⁰¹ س - ضم العين أشهر من كسرهما قاله في المصباح.

²⁰⁰² - في المطبوع ولعزم وم 44 وما بين المعقوفين من ن عود ص 115 وم 57 والشيخ 104 (وفي مايبي 81 وبعزم).

²⁰⁰³ - في المطبوع جواز والشيخ 105 وما بين المعقوفين من ن عود ص 115 وم 44 وم 57 ومايبي 81.

²⁰⁰⁴ * - ما بين المعقوفين كان مكرراً في المطبوع.

متن الحطاب أن لا يذكر الظهر في ذات محرم، أو [أن²⁰⁰⁵] يذكر الظهر في غير ذات محرم، [ومن كنياته²⁰⁰⁶] عند أشهب أن لا يذكر الظهر في غير ذات محرم، ومن صريحه عند ابن الماجشون أن لا يذكر الظهر في ذات محرم، وليس من كنياته عنده أن لا يذكر الظهر في غير ذات محرم فلا كناية عنده للظهار. انتهى. فكلام ابن شاس وابن الحاجب موافق لما ذكره ابن رشد عن ابن القاسم، وهو خلاف ما ذكره ابن عرفة، ولعل في كلامه سقطاً، أو في نسخته من المقدمات سقط. والله [تعالى²⁰⁰⁷] أعلم. وأما قول المصنف: "أو عضوها أو ظهر ذكر" فمشكل؛ لأنه يقتضي أنه إذا شبه بعض من ذوات محارمه فإنه من الصريح وليس كذلك، بل صرح في الجواهر بأنه إذا شبه بعض من ذوات المحارم فإنه من الكنايات الظاهرة، ونصه: "الركن الثالث اللفظ وهو قسمان: صريح وكناية، والصريح ما تضمن ذكر الظهر في محرم من النساء؛ كقوله أنت علي كظهر أمي أو أختي أو عمتي [أو أمي²⁰⁰⁸] من الرضاعة، والكناية نوعان: ظاهرة وهي ما تضمنت ذكر الظهر في [غير²⁰⁰⁹] المحرم أو التشبيه بالمحرم من غير ذكر الظهر كقوله أنت علي مثل أمي أو حرام كأمي أو مثل أمي أو فخذها أو بعض أعضائها، وكقوله أنت علي كظهر فلانة الأجنبية وهي متزوجة أو غير متزوجة، وخفية وهي ما لا تقتضي الظهار بوجه كقوله ادخلي أو اخرجي أو تمتعي وشبهه". انتهى. وقال في التوضيح: ونص في الجواهر على أنه [يلحق بقوله²⁰¹⁰] كأمي في كونه كناية ظاهرة ما لو قال أنت [علي²⁰¹¹] كخذ أمي أو رأسها أو عضو من أعضائها. انتهى. وأما إذا قال كظهر ذكر فاختلف هل هو من ألفاظ الظهار أم لا؟ ومذهب ابن القاسم أنه ظهار، لكن غايته أن يكون كالكناية الظاهرة، وفي كلامه في التوضيح إشارة إلى ذلك، وسيأتي في التنبيه الثالث. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: يدخل في الصريح على ما قال المصنف ما إذا شبه بظهر ملاعنة، وقد أدخله المصنف في كلام ابن الحاجب وقال إنه يتناول الملاعنة وليست محرماً؛ إذ المحرم من حرم نكاحها على التأييد لحرمتها، فقولنا لحرمتها احتراز من الملاعنة؛ لأن تحريمها ليس لحرمتها بل لعارض. انتهى. ويدخل في الكناية الظاهرة ما إذا شبه بظهر أخت زوجته أو عمتها أو خالتها، وقال في الجواهر: ونصه: ولو شبه [بمحرمة²⁰¹²] لا على التأييد فإن ذكر الظهر [فهو²⁰¹³] من الكناية

- 2005 - ساقطة من المطبوع وم 44 ومايaby 81 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 وم 57.
- 2006 - في المطبوع وكنيائه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 (وم 44 وم 57 ومن كنياته) ومايaby 81.
- 2007 - ساقطة من المطبوع وم 44 وم 57 والشيخ 105 ومايaby 81 وما بين المعقوفين من عدود ص 116.
- 2008 - في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 وم 57 والشيخ 105 ومايaby 81.
- 2009 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 وم 45 وم 57 والشيخ 105 ومايaby 81.
- 2010 * - في المطبوع يلحق به بقوله وما بين المعقوفين من م 45 وسيد 20 ومايaby 81 والشيخ 106 وم 57.
- 2011 - ساقطة من المطبوع وم 45 والشيخ 106 ومايaby 81 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 وم 57.
- 2012 * - في المطبوع بمحرمة وما بين المعقوفين من الشيخ 106 وم 45 وم 57 ومايaby 82.
- 2013 - في المطبوع فهي والشيخ 106 (وفي م 45 على الكناية) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 وم 57 ومايaby 82.

نص خليل وَلَا يَنْصَرِفُ لِلطَّلَاقِ وَهَلْ يُؤْخَذُ بِالطَّلَاقِ مَعَهُ إِذَا نَوَاهُ مَعَ قِيَامِ الْبَيِّنَةِ كَأَنْتَ حَرَامٌ كَظَهَرَ أُمِّي أَوْ كَأُمِّي تَأْوِيلَانِ وَكِنَايَتُهُ كَأُمِّي.

متن الخطاب الظاهرة، وقد تقدم حكمها. انتهى.

الثاني: لا فرق بين أن يقول أنت علي كظهر أمي أو أنت كظهر أمي بحذف علي. قاله في اللباب. الثالث: تحصل مما تقدم أن القسمة رباعية؛ تارة يذكر الظهر [من مؤبدة التحريم، وتارة يذكر الظهر²⁰¹⁴] من غير مؤبدة التحريم، وتارة يذكر مؤبدة التحريم من غير ظهر، وتارة يذكر غير مؤبدة التحريم بغير ظهر، والقسم الأول هو الصريح، والثاني والثالث هما الكناية الظاهرة، وبقي القسم الرابع، وسيذكر المصنف حكمه وأنه يلزم فيه البتات إلا أن ينوي به الظهار، وقال في التوضيح لما تكلم على هذا القسم الرابع: فإن قلت هذه المسألة وما بعدها من أي الأقسام هي فإنها ليست من صريح الظهار قطعاً ولا من الكناية الخفية، والمصنف -يعني ابن الحاجب- قد أخرجها من الكناية الظاهرة؟ قيل هي كالمترددة بين الظاهرة والخفية، ولذلك ذكرها المصنف بينهما. انتهى. وهذا كلام التوضيح الموعود به، وقوله: "وما بعدها" يعني به مسألة التشبيه بظهر الذكر، ومسألة قوله كابني وغلامي، ومسألة أنت حرام كظهر أمي أو كأمي، وهذا الكلام صريح في أن التشبيه بظهر الذكر ليس من الصريح قطعاً. والله [تعالى²⁰¹⁵] أعلم.

ص: ولا ينصرف للطلاق وهل يؤخذ بالطلاق معه إذا نواه مع قيام البينة كانت حرام كظهر أمي أو كأمي تأويلان ش: يعني أن صريح الظهار لا ينصرف للطلاق، فإن ادعى أنه أراد بصريح الظهار الطلاق فهل يؤخذ بالطلاق مع/ الظهار إذا قامت البينة عليه، أو إنما يؤخذ بالظهار فقط؟ تأويلان. هذا معنى كلامه، وأما قوله كانت حرام كظهر أمي أو كأمي فمسألة أخرى شبهها بهذه المسألة في جريان التأويلين فيها، ولم يذكر المصنف الحكم مع عدم قيام البينة اتكالا على المفهوم، فعلى التأويل الأول الذي يقول يؤخذ بالطلاق مع الظهار إذا نوى بصريح الظهار الطلاق مع قيام البينة، يفهم منه أنه مع عدم قيام البينة لا يؤخذ بالظهار، وعلى التأويل الثاني فلا يلزمه إلا الظهار؛ لأنه إذا لم يؤخذ بالطلاق مع قيام البينة فأحرى مع عدمها، غير أن الذي يقتضيه كلام المصنف أنه لا ينصرف للطلاق مع عدم قيام البينة على كلا التأويلين إلا أن يحمل قوله: "ولا ينصرف للطلاق" [على²⁰¹⁶] ما إذا لم تكن له [بينة،²⁰¹⁷] وقوله: "وهل إلى آخره" على ما إذا نوى به الطلاق دون الظهار، فيقرب حينئذ من كلام ابن رشد، ويكون مفهوم قوله: "مع قيام البينة" أنه لو لم تقم البينة يؤخذ بالطلاق على التأويل الأول، وكأنه يشير إلى ما قاله في المقدمات، ونصه إثر كلامه المتقدم:

117

الحديث

2014 - ساقطة من المطبوع وم45 وما بين المعقوفين من ن عدود ص116 وم58 والشيخ106 وما يابى82.
2015 - ساقطة من المطبوع وما يابى82 وم45 والشيخ107 وما بين المعقوفين من ن عدود ص116 وم58.
2016 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص117 وم45 والشيخ107 وما يابى82.
2017 - في المطبوع نية وم58 والشيخ107 وما يابى82 وما بين المعقوفين من ن عدود ص117 وم45.

والفرق بين الصريح من الظهار وكنايته²⁰¹⁸ أنه إذا ادعى أنه أراد بالكناية الطلاق صدق [إذا²⁰¹⁹ أتى مستفتيا أو [حضرته²⁰²⁰ البينة، والصريح لا يصدق إذا ادعى أنه أراد به الطلاق إذا حضرته²⁰²¹ البينة [ويؤخذ من الطلاق بما أقر به²⁰²² وبالظهار بما لفظ به فلا يكون له إليها سبيل إن تزوجها بعد زوج حتى يكفر كفارة الظهار، وقيل إنه يكون ظهارا على كل حال ولا يكون طلاقا وإن نواه وأراد به وهي رواية أشهب عن مالك وأحد قولي ابن القاسم. انتهى.

فمفهوم كلامه في القول الأول أنه لو لم تقم عليه بينة لصدق في إرادة الطلاق ولم يؤخذ بالظهار، وأن القول الثاني يقول هو ظهار على كل حال وبين ذلك كلام ابن رشد في المقدمات في آخر كتاب الظهار قال: أصل الظهار بذوات المحارم، فإذا ظاهر بشيء من ذوات المحارم فهو مظاهر، سمي الظهر أو لم يسمه، أراد بذلك الظهار أو لم تكن له نية، فإن أراد بذلك الطلاق ولم يرد به الظهار فقول ابن القاسم في رواية عيسى عنه من كتاب الأيمان بالطلاق أنه يكون طلاقا بتاتا، ولا ينوى في واحدة ولا اثنتين.

ثم قال: هذا نص قول ابن القاسم إنه إذا ظاهر بذوات محرم وأراد بذلك الطلاق أنه طلاق سمي الظهر أو لم يسمه ومساواته في هذا بين أن يسمى الظهر أو لم يسمه إنما يصح على مذهبه فيما بينه وبين الله إذا جاء مستفتيا، وأما إذا حضرته البينة وطولب بحكم الظهار فإن كان قد سمي الظهر حكم عليه بالظهار لأن البينة قد حضرته بالإفصاح به فلم يصدق في طرح الكفارة عن نفسه وقضي عليه بالطلاق لإقراره أنه نواه وأراد الطلاق وكان من حق المرأة إن تزوجها بعد زوج أن تمنعه نفسها حتى يكفر كفارة الظهار، وإن كان لم يسم الظهر لم يحكم عليه بالظهار وصدق أنه لم يرده إذا لم يصرح به، وهذا أصل من أصولهم أن من ادعى نية مخالفة لظاهر لفظه لا يصدق فيها. ثم قال: وروى أشهب عن مالك أنه يكون طلاقا إن لم يسم الظهر [وظهارا²⁰²³ إن سماه، وقد فسر بعض الشيوخ ما في المدونة برواية أشهب عن مالك.

وحكى أبو إسحاق التونسي أنه مذهب ابن القاسم في كتاب ابن الموز، والصواب أن يفسر ما في المدونة برواية عيسى عن ابن القاسم، وعلى رواية أشهب عول الأبهري فقال إن صريح الظهار ظهار وإن نوى به الطلاق، كما أن صريح الطلاق طلاق وإن نوى الظهار، وهذا لا يصح على مذهب ابن القاسم في رواية عيسى بل يخالف في الطرفين فيقول في الرجل إذا قال لامرأته أنت طالق وقال أردت بذلك الظهار ألزم الظهار بما أقر به من نيته والطلاق بما أظهر من لفظه. انتهى.

وقال المصنف في شرح قول ابن الحاجب: "وفي تنويته ثالثها ينوى في الطلاق الثلاث": يعني

2018 - في المطبوع والفرق بين الصريح والظاهر والكناية وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

2019 - هكذا في ن عدود ويم58 والشيخ107 وصوبه الشيخ محمد سالم عدود بما في المطبوع (صدق أتى) وهو الذي في

مايأبى 82

2020 - في المطبوع أحضرته وما بين المعقوفين من ن عدود ص117 وم45 ويم58 والشيخ107 ومايأبى82.

2021 - * في المطبوع أحضرته وما بين المعقوفين من تصحيحات محمد سالم عدود.

2022 - * في المطبوع ويؤخذ بالطلاق فيما أقر به وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود.

2023 - في المطبوع وظاهرا وما بين المعقوفين من ن عدود ص117 وم45 ويم58 والشيخ108 ومايأبى83.

لو ادعى في صريح الظهار أنه لم يرد به الظهار وإنما أراد الطلاق فهل يقبل منه أم لا؟ المازري: والمشهور أنه لا يقبل ويكون ظهاراً. رواه ابن/ القاسم وأشهب عن مالك زاد ابن المواز ولا يلزمه الطلاق ولو نوى إنك بما أقول طالق، والقول بأنه ينوى في الطلاق سواء قصد الثلاث أو دونها لعيسى وسحنون، والثالث أنه ينوى إن قصد الثلاث، ولا ينوى إن قصد دونها لابن القاسم، وقيد اللخمي الخلاف بما إذا كان المتكلم عالماً بموجب الظهار وقصد الطلاق، وأما إن قصد الطلاق وهو يجهل حكم الظهار وينوي أنه طلاق فهو مظاهر، وفي مثله نزل القرآن.

تنبيه: المراد بعدم تصديقه في القول الأول إذا جاء مستفتياً، وكذلك قال أشهب وهو أحد قولي ابن القاسم ومذهب المدونة على تأويل الأبهري، وروى عيسى وابن سحنون أنه يصدق وهو مذهب المدونة على تأويل ابن رشد، وأما إن [حضرتة²⁰²⁴] البينة فإنه يؤخذ بالظهار والطلاق معا. هكذا أشار إليه سحنون واللخمي وغيرهما، ونص عليه صاحب المقدمات. انتهى.

تنبيه: كلام المصنف في التوضيح عكس كلامه في المختصر لأن كلامه في التوضيح يقتضي أن التأويلين مع عدم قيام البينة هل يصدق في إرادة الطلاق أم لا؟ وأما مع البينة فيؤخذ بهما، وكلامه في المختصر يقتضي أن التأويلين مع قيام البينة هل يؤخذ بالطلاق مع الظهار، أو إنما يؤخذ بالظهار فقط؟ ويفهم منه أنه مع عدم البينة لا يؤخذ إلا بالظهار، وقد علمت من كلام ابن رشد أن التأويلين جاريان مع قيام البينة، ومع عدم قيامها فتأويل ابن رشد أنه يصدق في إرادة الطلاق مع عدم قيام البينة [ويؤخذ بهما مع [قيامها،²⁰²⁵] والتأويل الثاني لا يصدق في إرادة الطلاق مع عدم البينة²⁰²⁶]، ولا يؤخذ إلا بالظهار، وكذلك مع قيامها، وقد تقدم أنه إذا حمل قول المصنف: "ولا ينصرف للطلاق" على ما إذا لم تكن له نية، وقوله: "وهل إلى آخره" على ما إذا نوى، ويجعل مفهوم قوله: "مع قيام البينة" أنه إذا لم تقم البينة لم يؤخذ بالظهار، فيقرب من كلام ابن رشد، ولو قال المصنف وهل ينصرف للطلاق فيؤخذ [بهما²⁰²⁷] مع البينة، أو لا يؤخذ إلا بالظهار مطلقاً؟ تأويلان لوفى بالمقصود. [والله تعالى أعلم. فتأمله.²⁰²⁸] وأما قول المصنف: "كأنت حرام كظهر أمي أو كأمي" فهو كما قال ابن غازي تشبيهه لمسألة بأخرى لا تمثيل للمسألة نفسها، ولذا اغتفر فيه إدراج كأمي، وليس بصريح. انتهى. وهو كما قال رحمه الله إنما أراد أن ينبه على أن التأويلين الجاريين فيما إذا نوى بصريح الظهار الطلاق يجريان فيما إذا قال أنت حرام كظهر أمي أو كأمي؛ يعني إذا أراد بذلك الطلاق، وقد صرح

2024 - هكذا في ن عدود وم45 وم58 وفي المطبوع (أحضرتة) وصوبه الشيخ محمد سالم عدود ب (حضرته) وهو الذي في الشيخ108.

2025 - في المطبوع قيامهما وما بين المعقوفين من مايبى83 وسيد20.

2026 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص118 وم59 والشيخ108 ومايبى83

2027 - في المطبوع بها وما بين المعقوفين من ن عدود ص118 ومايبى83 والشيخ109 وم59 وم46.

2028 - في المطبوع والله أعلم فتأمله والله أعلم ومايبى84 (وفي م46 والله أعلم فتأمله) (وفي الشيخ109 والله أعلم)

وما بين المعقوفين من ن عدود ص118 وم59.

ابن رشد بجريان ذلك فيها في أول رسم من كتاب الظهار، وأما إذا لم تكن له نية فصريح في المدونة بأنه لا خلاف في أنه ظهار، ونصه في كتاب الظهار: وإن قال لها أنت علي حرام مثل أمي أو حرام كأمي ولا نية له فهو مظاهر، وهذا مما لا اختلاف فيه. وقال قبله: وإن قال لها أنت علي حرام مثل أمي فهو مظاهر؛ لأنه جعل للحرام مخرجاً حين قال مثل أمي. قال غيره: ولا تحرم عليه؛ لأن الله [تعالى²⁰²⁹] أنزل الكفارة في الظهار، ولا يعقل من لفظ به فيه شيئاً سوى التحريم، ثم قال مالك: ولو لم يذكر أمه كان البتات. انتهى.

متن الخطاب

ولم يذكر في المدونة أنت حرام كظهر أمي، ولكنه يؤخذ حكمه من باب أخرى؛ لأنه إذا قلنا إن قوله أنت حرام كأمي ظهار، فقوله: "كظهر أمي" من باب أولى، وقد جمع بينهما ابن الحاجب، لكن ذكر فيهما خلاف ما قال في المدونة، ونصه: ولو قال أنت حرام كظهر أمي أو كأمي فعلى ما نوى منهما أو من أحدهما، فإن لم تكن له نية فظهار، وقال عبد الملك طلاق. وقال في التوضيح: يعني إن نوى بذلك الظهار والطلاق لزمه.

قال في الجواهر: إذا قدم الظهار في نيته، وإن نوى أحدهما لزمه ما نواه فقط، وتبع المصنف هنا ابن شاس، وظاهر المدونة خلاف ما قاله، ثم ذكر كلام المدونة السابق. ثم قال: [فمقتضاه²⁰³⁰] أن الكلام الأول هو الذي نقلناه آخراً مع النية، وأنه يلزمه الظهار ولو نوى الطلاق، ويدل عليه قوله في الثانية إن هذا مما لا اختلاف فيه، وقوله هذا مما لا اختلاف فيه يدل على أن قول الغير في الأولى خلاف. / هكذا قال ابن عبد السلام في معنى المدونة، وكذلك قال غيره لا خلاف في إلزامه الظهار، والمشهور أنه لا يلزمه الطلاق، وكلام عياض قريب منه - أعني أنه يدل على أن مذهب الكتاب أنه ظهار ولو نوى به الطلاق - فإنه قال: وإن قرن بظهاره لفظة الحرام فقال أنت علي حرام مثل أمي ففي المدونة أنه ظهار، ومثله في العتبية، وقال مالك في الموازية ما لم يرد به الطلاق، وكذلك قال عبد الملك في ذلك، وفي [أحرم²⁰³¹] من أمي إنه ظهار ولو نوى به الطلاق.

119

وقال محمد: هذا إذا سمي الظهر، وإن لم يسمه فيلزمه ما نوى، وفي كتاب الوقار في حرام مثل أمي "هو البتات ويلزمه الظهار متى راجع"، وفي سماع عيسى في أحرم من أمي أنها ثلاث. انتهى. ونقل ابن حارث عن ابن القاسم فيما إذا قال حرام مثل أمي أنه طلاق إلا أن ينوي به الظهار، قيل والمشهور في أحرم من أمي أنه ظهار. انتهى. وما ذكره ابن عبد السلام نحوه لأبي الحسن في فهم كلام المدونة، وأن قوله في الثانية لا اختلاف يدل على أن قول الغير في الأولى خلاف، ويعني - والله أعلم - أن مراد ابن القاسم بقوله في الأولى هو ظهار ما لم يرد به الطلاق فيلزمه، وأن الغير يقول هو ظهار ولو نوى به الطلاق. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: ما تقدم عن اللخمي من قصر الخلاف على من يعلم حكم الظهار تبعه على ذلك في اللباب واقتصر عليه، وجعله في الشامل طريقة.

2029 - ساقطة من المطبوع وم46 والشيخ109 ومايابى84 وما بين المعقوفين من ن عدود ص118 وم59.

2030 - * في المطبوع بمقتضاه وما بين المعقوفين من م46 وم59 ومايابى84.

2031 - * في المطبوع حرام وما بين المعقوفين من م46 وم59 وسيد20 والشيخ109.

نص خليل

أَوْ أَنْتِ أُمِّي إِلَّا لِقَصْدِ الْكَرَامَةِ أَوْ كَظَهَرِ أَجْنَبِيَّةٌ وَتَوَيَّ فِيهَا فِي الطَّلَاقِ فَالْبَتَاتُ كَأَنْتِ كَفَلَانَةَ الْأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا أَنْ يَنْوِيَهُ مُسْتَفْتٍ أَوْ كَابْنِي أَوْ غُلَامِي أَوْ كَكُلِّ شَيْءٍ حَرَّمَهُ الْكِتَابُ.

متن الخطاب الثاني: لو أراد بصريح الظهار الطلاق والظهار جميعا، فالظاهر على تأويل ابن رشد أنهما [يلزمانه²⁰³²] معا، وأما على التأويل الثاني فلا شك في عدم لزوم الطلاق. الثالث: علم مما تقدم أنه إذا قبلنا قوله في لزوم الطلاق فاللازم له الثلاث، وكأن المصنف سكت عن ذلك لما سيقوله في الكناية الظاهرة أنه إذا قصد بها الطلاق ينوى في ذلك ويلزمه البتات. ص: أو أنت أمي ش: قال اللخمي في أوائل كتاب الظهار: قال مالك في كتاب محمد إذا قال أنت أمي إن فعلت كذا وكذا ففعله فهو مظاهر، وهذا لقصد الحالف ليس لمجرد لفظه لأن الظهار أن يجعلها حراما كامه، ومقتضى قوله أنت أمي أن تكون الزوجة أما وهذا مستحيل أن يكون [شخصاهما²⁰³³] شخصا واحدا. انتهى. فظاهره أنه لا يلزمه شيء في قوله أنت أمي إلا إذا أراد به الظهار، أو قامت قرينة على ذلك وهو ظاهر؛ لأنه يشبه قوله يا أمي ويا أختي. وقال في رسم [النسمة²⁰³⁴] من سماع عيسى من كتاب الظهار: قال ابن القاسم من قال لامراته أنت أمي يريد بذلك الطلاق فهو الطلاق وإن كان لا يريد به الطلاق فهو ظهار. انتهى. وذكر الرجراجي فيه قولين أحدهما رواية عيسى هذه، والثاني رواية أشهب أنه الطلاق الثلاث ولا يلزمه الظهار وعلى رواية عيسى مشى المصنف.

ص: فالبتات ش: قد تقدم أن الكناية نوعان الأول إذا شبه بذوات المحارم ولم يذكر الظهر [فتنويته²⁰³⁵] في الطلاق هو المشهور، وقال ابن الماجشون: هو ظهار ولا يصدق في دعوى الطلاق. قال في التوضيح: وعلى المشهور إذا نوى به الطلاق فهو البتات ولا ينوى [فيما دونها²⁰³⁶] إلا أن [تكون²⁰³⁷] غير مدخول بها فينوى، وقال سحنون ينوى أيضا في المدخول بها. قال صاحب المقدمات: وهو أظهر لأنه ليس من ألفاظ الطلاق فوجب أن يوقف الأمر على ما نوى، وأما النوع الثاني إذا قال أنت كظهر فلانة الأجنبية، فما قاله من أنه ظهار إلا أن ينوي به الطلاق فيكون ما نوى هو مذهب المدونة. انتهى. وقال أولا في شرح قول ابن الحاجب: "وينوى في الطلاق" أي ينوى في الكناية الظاهرة بنوعيها ويصدق فيما قصده منه. انتهى. ثم قال: وأما النوع الأول وذكر ما تقدم، وظاهر كلامه في التوضيح أنه ينوى فيما أراد. فتأمل. وظاهر كلام ابن عرفة أنه البتات قال: وفيها إن قال أنت علي كظهر فلانة الأجنبية وهي متزوجة أم لا فهو مظاهر، وقال غيره هي طالق. أبو إبراهيم: قول الغير خلاف. قال فضل وابن رشد: [هو²⁰³⁸] عبد الملك زاد بعده/ ولا نية له، وزاد أيضا بعد: إلا أن يريد بذلك التحريم فيكون البتات. انتهى. والله أعلم.

120

الحديث

- 2032 - في المطبوع يلزمه (وفي م 46 ومايأبى 84 يلزمه) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 119 ويم 59 والشيخ 110.
2033 - في المطبوع شخصان هنا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 119 وم 46 ويم 59 والشيخ 110 ومايأبى 85.
2034 - في المطبوع القسمة وما بين المعقوفين من م 46.
2035 - في المطبوع فتبوتها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 119 وم 46 والشيخ 110 ومايأبى 85 وسيد 21 (وفي يم 59 فتنويه).

- 2036 - في المطبوع في دونها وما بين المعقوفين من الشيخ 110.
2037 - في المطبوع يكون وما بين المعقوفين من م 46 ومايأبى 85 والشيخ 110 وسيد 21.
2038 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م 46 وسيد 21 ويم 60 ومايأبى 85 والشيخ 111.

نص خليل وَلَزِمَ بَأْيَ كَلَامِ نَوَاهُ بِهِ لَا بَانَ وَطِئْتُكَ وَطِئْتُ أُمِّي أَوْ لَا أَعُوذُ لِمَسْكَ حَتَّى أَمَسَّ أُمِّي أَوْ لَا أَرَا جِعُكَ حَتَّى أَرَا جِعَ أُمِّي فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

متن الخطاب ص: وَلَزِمَ بَأْيَ كَلَامِ نَوَاهُ ش: هذه هي الكناية الخفية. قال ابن عرفة: [وكنائته²⁰³⁹] الخفية ما معنى لفظه مبين له وأزيد منه إن لم يوجب معناه حكما اعتبر فيه كاسقني الماء وإلا ففيهما كانت طالق، وأشار في المقدمات إلى إجرائها على خفية الطلاق فتلغى على قول مطرف وروايته لغوها في الطلاق وعلى قول أشهب فيها إن لم ينو فيها معنى التطبيق. انتهى. وتقدم في المقدمات.

ص: لَا بَانَ وَطِئْتُكَ وَطِئْتُ أُمِّي ش: قال ابن غازي: ذكره ابن عبد السلام، وذكر ابن عرفة أنه لم يجده لغيره قال وكونه ظاهرا أقرب من لغوه؛ لأنه إن كان معنى قوله إن وطئتُك وطئتُ أُمِّي لا أطوك حتى أطأ أُمِّي فهو لغو وإن كان معناه وطئي إياك كوطه أُمِّي فهو ظاهر، وهذا أقرب كقوله تعالى: ﴿إِنْ يَسْرِقْ فَقَدْ سَرَقَ أَخٌ لَهُ مِنْ قَبْلُ﴾ ليس معناه لا يسرق حتى يسرق أخ له من قبل وإلا لما أنكر عليهم يوسف عليه السلام، بل معناه سرقة أخيه من قبل ولذا أنكر عليهم. انتهى. وما ذكره عن ابن عرفة بعض كلامه وترك منه شيئا كثيرا محتاجا إليه، ونص كلامه: وسمع يحيى ابن القاسم من قال لجاريته لا أعوذ لمسك حتى أمس [أُمِّي²⁰⁴⁰] لا شيء عليه ابن رشد لأنه كمن قال لا أمس أُمِّي أبدا. [انتهى.²⁰⁴¹]

قلت: انظر هل هذا مثل قوله إن وطئتُك فقد وطئتُ أُمِّي نقل ابن عبد السلام أنه لا شيء عليه ولم أجده لغيره، وفي النفس من نقله الصقلي عن سحنون [شيئ²⁰⁴²] لعدم نقله الشيخ في نوادره، وانظر هل هو مثل قوله أنت أُمِّي؟. سمع عيسى أنه ظاهر، وهذا أقرب من لغوه؛ لأنه إن كان معنى قوله إن وطئتُك إلى آخر ما نقله ابن غازي، فانظر هذا الذي تركه ابن غازي رحمه الله وما فيه من الفوائد، وما ذكره ابن عرفة من جهة البحث ظاهر، فإن المتبادر من قوله إن وطئتُك فقد وطئتُ أُمِّي أي وطئي إياك مثل وطئي أُمِّي، وأما من جهة النقل فذكره ابن عبد السلام قبل الكلام على الكناية الخفية كما قال قبله، ونقله في التوضيح أيضا وقبله، ونقله ابن يونس في أوائل [كتاب²⁰⁴³] الظهار كما قال وقبله، ونصه: وقال سحنون وإن قال إن وطئتُك وطئتُ أُمِّي فلا شيء عليه. انتهى. وكلام ابن عرفة متدافع لأنه قال أولا لم أجده لغير ابن عبد السلام، ثم قال إن الصقلي ذكره عن سحنون، وقوله إن في النفس [شك²⁰⁴⁴] من نقله الصقلي عن سحنون لعدم نقله الشيخ في نوادره فغير ظاهر؛ لأن إمامة ابن يونس وجلالته وثقته معروفة، فلا ينبغي أن يطعن في قوله، وكون الشيخ لم يذكره ليس فيه حجة؛ لأن من حفظ حجة على من لم يحفظ، على أن الشيخ لم ينف وجوده، وهذا كله إذا لم ينو الظهار، أما إذا نوى به الظهار فلا إشكال أنه يلزمه، وقول الشارح في الكبير ظاهر كلام المصنف أنه لا يلزمه

2039 - في المطبوع والكناية وما بين المعقوفين من ن عدود ص 120 وم 46 ويم 60 والشيخ 111 ومايبي 85.
 2040 - في المطبوع أُمِّي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 120 وم 46 ويم 60 والشيخ 111 ومايبي 85.
 2041 - ساقطة من المطبوع وم 46 والشيخ 111 ومايبي 85 وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 120 ويم 60.
 2042 - هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم عدود بما في المطبوع (شك) وهو الذي في م 46 ويم 60 ومايبي 85.
 2043 - ساقطة من المطبوع والشيخ 111 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 120 ويم 60 ومايبي 86 وم 47.
 2044 - في المطبوع شيئا وما بين المعقوفين من م 46 والشيخ 111.

وَتَعَدَّدَتِ الْكَفَّارَةُ إِنْ عَادَ ثُمَّ ظَاهَرَ أَوْ قَالَ لِأَرْبَعٍ مِّنْ دَخَلَتْ أَوْ كُلُّ مَنْ دَخَلَتْ أَوْ أَيَّتُكُنَّ.

نص خليل

متن الحطاب ولو نوى به الظهار بعيد؛ لأن المصنف قد قدم أنه يلزم بأي كلام نواه به فتأمله. وقول البساطي أكثر هذه الألفاظ في المدونة ليس كذلك لأنه ليس شيء منها في المدونة، وقال اللخمي في أوائل كتاب الظهار: ولو قال لا أمسك حتى أمس أُمي لم يكن مظاهراً؛ لأنه لم يلحقها بها في التحريم ولم يشبهها بها، ولو أراد بذلك التحريم لكانت طالقا. انتهى.

قلت: فيفهم منه إن قصد به التحريم فهو طلاق، فيتحصل من هذا أن هذه الألفاظ إن قصد بها التحريم [فهي²⁰⁴⁵] طلاق، وإن قصد بها الظهار فظهار، وإن لم يقصد بها شيئا فلا شيء عليه. والله أعلم.

ص: وتعددت الكفارة إن عاد ثم ظاهر ثم عاد ثم ظاهر أيضا لزمته كفارة ثانية/ ولو كان ظهاره ثانية بما ظاهر به أولا. قال في التوضيح: كما لو قال أنت علي كظهر أُمي إن دخلت الدار وعاد. ثم قال ثانيا أنت علي كظهر أُمي إن دخلت الدار؛ لأن الأولى لما تقرر شرطها وهو العود صارت اليمين الثانية، وإن كانت [بعين²⁰⁴⁶] ما علق به أولا مخالفة للأولى فصار بمنزلة ما لو قال أنت علي كظهر أُمي إن كلمت زيدا وأنت علي كظهر أُمي إن دخلت الدار. انتهى. واعلم أولا أن كلام المصنف نحو كلام ابن الحاجب وهو شامل لما مثل به في التوضيح، [ولما²⁰⁴⁷] إذا قال لزوجه أنت علي كظهر أُمي من غير تعليق ثم عاد، ثم قال [لها²⁰⁴⁸] أنت علي كظهر أُمي ومقتضى [كلاميهما²⁰⁴⁹] أن الكفارة تتعدد في ذلك، وهو خلاف مذهب ابن القاسم في الصورتين، بل لو شرع في الكفارة عن الأول ثم ظاهر لم تتعدد الكفارة بل يبتدئها من حينئذ وتجزئ عن الظهارين.

121

قال ابن رشد: إذا وقع الظهار الثاني بعد أن شرع في الكفارة عن الظهار الأول وكان ذلك مما لا يجب فيه إلا كفارة واحدة لم يجب عليه إتمام الأولى واستأنف كفارة الظهار من يوم أوقع الظهار الثاني، وحيث تجب عليه لكل واحد كفارة إذا أوقع الثاني بعد أن شرع في الكفارة الأولى يجب عليه إتمامها، وابتداء كفارة أخرى للظهار الثاني، هذا تحصيل مذهب ابن القاسم في هذه المسألة.

وحكى ابن حبيب عن أصبغ أنه إذا كان الظهار الأول بفعل والثاني بفعل فعليه لكل واحد كفارة وإن كان الفعل واحدا وهو بعيد، ولابن الماجشون في ديوانه أن كفارة واحدة تجزئه في [كل²⁰⁵⁰] ذلك كيفما كان، فعلى مذهبه إذا وقع الظهار الثاني بعد أن شرع في كفارة الظهار الأول يبتدئ من يوم أوقع الثاني وإن كانا جميعا بفعلين في شيئين مختلفين، وقد قيل إنه إذا أوقع الظهار الثاني بعد أن شرع في الكفارة [للاول²⁰⁵¹]

الحديث

2045 * - في المطبوع فهو وما بين المعقوفين من م 47 ويم 60 ومايaby 86 وسيد 21 والشيخ 112.

2046 - في المطبوع بغير والشيخ 112 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 121 ويم 60 ومايaby 86 (وفي م 47 يعين).

2047 - في المطبوع لما (وفي م 47 ويم 60 والشيخ 112 وأما) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 121 ومايaby 86.

2048 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 121 وم 47 ويم 60 والشيخ 112 ومايaby 86.

2049 - في المطبوع كلامها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 121 (وفي م 47 ويم 60 والشيخ 112 كلامها ومايaby 86).

2050 - ساقطة من المطبوع والشيخ 112 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 121 وم 47 ويم 60 ومايaby 86.

2051 * - في مايaby 86 والشيخ 112 وم 47 الاولى.

يتم [الأولى²⁰⁵²] ثم يستأنف الثانية وإن كانا جميعا بغير فعل. قال ابن المواز: وهو أحب إلي إن لم يبق من الأولى إلا يسير، وإن لم يكن من الأولى إلا يومان أو ثلاثة فإنه يتمها [وتجزئه²⁰⁵³] لهما جميعا، وقول ابن القاسم في هذه المسائل كلها أظهر الأقوال وأولاها بالصواب. انتهى. ثم قال في سماع أبي زيد: قال ابن القاسم في رجل قال أنت علي كظهر أمي إن لم أتزوج عليك فأخذ في الكفارة، فلما صام شهرا وقع بينه وبينها مشاجرة، فقال لها أنت علي كظهر أمي إن لم أتزوج عليك قال يبتدىء شهرين من يوم ظاهر [الظهار²⁰⁵⁴] الآخر، قيل له فإنه ابتداء فلما صام أياما أراد أن يبر بالتزويج عليها قال إذا تزوج عليها سقطت عنه الكفارة وبطل عليه الصيام.

قال ابن رشد: لا يجب على الرجل الظهار بقوله امرأتي علي كظهر أمي إن لم أتزوج عليها لأنه لم يحنث بعد ولا يقع عليه الحنث إلا بعد الموت إلا أن الكفارة تجزئه قبل الحنث لأنها يمين هو فيها على حنث، فإن أراد أن يكفر ليحل عن نفسه الظهار فيجوز له الوطء كان له ذلك، وإن لم يفعل وطلبته المرأة بالوطء ضرب له أجل الإيلاء إذ لا يجوز له أن يطأ إلا أن يكفر فإن هو لما أخذ في الكفارة قال لها مرة أخرى أنت علي كظهر أمي إن لم أتزوج عليك عاد إلى ما كان عليه قبل أن يبتدىء الكفارة، وسقط ما مضى منها، ولم يكن له أن يطأ حتى يستأنف الكفارة على ما قال، ولم يكن [عليه²⁰⁵⁵] أن يتم الكفارة التي دخل فيها ثم يستأنف الكفارة لليمين الأخرى؛ لأن اليمينين جميعا على فعل واحد فلا يلزمه فيهما إلا كفارة واحدة، فإن تزوج عليها بر بالتزويج وانحلت اليمين ولم يكن عليه إتمام ما دخل فيه من الكفارة، وهذا كله بين. انتهى.

وقال في التوضيح: ولو أخذ في كفارة الظهار ثم قال أنت علي كظهر أمي فليبتدىء الآن كفارة واحدة وتجزئه، وقيل بل يتم الأولى ويبتدىء كفارة ثانية. محمد: وهو أحب إلي إذا كان لم يبق من الأولى إلا اليسير، وأما إن مضى يومان أو ثلاثة فليتم ويجزئه لهما، وقال أشهب سواء مضى أكثر الكفارة أو أقلها فإنه يجزئه أن يبدأ الكفارة/ عن الظهارين إذا كانا نوعا واحدا مثل أن يقول أنت علي كظهر أمي، ثم يقول وقد أخذ في الكفارة مثل ذلك، وكذلك لو كان الأول بيمين حنث فيها والثاني بغير يمين. قال: وإن كان الأول بغير يمين والثاني بيمين حنث فيها فليتم الأولى ويبتدىء كفارة ثانية للظهار الثاني. انتهى. وقال ابن عرفة: ولو حدث التكرار بعد تمام كفارة الأول تعددت لما بعدها اتفاقا، ولو حدث في أثنائها ففي أجزاء ابتدائها عنهما ولزوم تمام الأولى وابتداء ثانية، ثالثا إن لم يبق من الأولى إلا اليسير، وإن مضى منها يومان أو ثلاثة أجزاء إتمامها عنهما، ثم ذكر الخلاف. ثم قال: وقول ابن الحاجب: لو عاد ثم ظاهر لزم ظهاره دون خلاف ليس كذلك، ولو قال لو وطئ بدل لو عاد لاستقام. انتهى. والله أعلم.

122

2052 - في المطبوع للأولى وما بين المعقوفين من م 47 وم 60 وما يابى 86 والشيخ 112.

2053 - في المطبوع ويجزئه وما بين المعقوفين من الشيخ 112.

2054 - في المطبوع للظهار وما بين المعقوفين من م 61 وم 47.

2055 - في المطبوع له وما بين المعقوفين من ن عدود ص 121 وم 47 وم 61 والشيخ 113 وما يابى 87.

نص خليل

لَا إِنْ تَزَوَّجْتُكَ أَوْ كُلَّ امْرَأَةٍ أَوْ ظَاهَرَ مِنْ نِسَائِهِ أَوْ كَرَّرَهُ أَوْ عَلَّقَهُ بِمُتَّحِدٍ إِلَّا أَنْ يَنْوِي كَفَّارَاتٍ فَتَلَزَّمَهُ
وَلَهُ الْمَسُّ بَعْدَ وَاحِدَةٍ عَلَى الْأَرْجَحِ وَحَرَمٌ قَبْلَهَا الْاسْتِمْتَاعُ وَعَلَيْهَا مِنْهُ وَوَجَبَ إِنْ خَافَتْهُ رَفْعُهَا لِلْحَاكِمِ
وَجَازَ كَوْنُهُ مَعَهَا إِنْ أُمِنَ.

متن الخطاب

ص: لا إن تزوجتكن ش: أي لا إن قال لنسوة إن تزوجتكن فأنتن علي كظهر أمي فلا تتعدد عليه
الكفارة بل عليه كفارة واحدة إذا تزوجهن أو تزوج واحدة منهن. قاله في المدونة. قال ابن رشد: ولا
خلاف في ذلك بخلاف ما لو قال لأربع نسوة من تزوجت منكن فهي علي كظهر أمي. قاله في
المدونة، وعزاه ابن رشد في آخر سماع ابن القاسم لابن المواز.
ص: أو كل امرأة ش: أي إذا قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي فإنما عليه كفارة واحدة،
وكذلك إذا قال لامرأته كل امرأة أتزوجها [عليك²⁰⁵⁶] فهي علي كظهر أمي، بخلاف ما لو قال من
تزوجت من النساء فهي علي كظهر أمي. قاله ابن المواز ونقله في البيان وفي التوضيح. قال في
التوضيح: قال في الاستلحاق وانظر إذا قال من تزوجت فهي علي كظهر أمي ولم يقل من النساء فهل
تجزئه كفارة واحدة؟ انتهى.

ص: أو كرره أو علقه بمتحد ش: قال ابن رشد في نوازل أصبغ من كتاب الظهار: مذهب ابن
القاسم أن الرجل إذا ظاهر من امرأته ظهارا بعد ظهار أنهما إن كانا جميعا بغير فعل أو جميعا بفعل
في شيء واحد، أو الأول بفعل والثاني بغير فعل فليس عليه فيهما جميعا إلا كفارة واحدة، إلا أن
يريد أن عليه في كل ظهار كفارة فيلزمه ذلك، وأنهما إن كانا جميعا بفعلين مختلفين أو الأول منهما
بغير فعل والثاني بفعل، فعليه في كل [واحد²⁰⁵⁷] منهما كفارة، ثم ذكر ما نقلناه عنه في شرح قول
المصنف: "وتعددت الكفارة إن عاد ثم ظاهر". والله أعلم.

123

ص: وله المس بعد واحدة على الأرجح ش: لأنها هي كفارة/الظهار والباقي كطعام نذره. قاله
القابسي وأبو عمران. [قال: وإن مات فأوصى²⁰⁵⁸] بهذه الكفارة وضاق الثلث قدمت كفارة واحدة
على كفارة اليمين بالله تعالى، وتقدم كفارة اليمين على ما بقي لأنه نذر. قال ابن يونس: هذا هو
الصواب، ومقابلته لأبي محمد لا يطاق حتى يكفر ما نوى من الكفارات. انتهى من التوضيح بالمعنى.
وقال ابن رشد في نوازل أصبغ من كتاب الظهار: قال أبو إسحاق: ويجوز له أن يطاق بعد الكفارة
الأولى وقبل الثانية. قال ابن رشد: بل هو الواجب؛ لأنه لو كفر يعني الثانية قبل أن يطاق لم تجزه
الكفارة؛ إذ ليس بمظاهر وإنما هو حالف، كرجل قال إن وطئت امرأتي فعلي كفارة الظهار فلا تلزمه
الكفارة حتى يطاق [بل لا تجزئه حتى يطاق²⁰⁵⁹]. انتهى. قال ابن عرفة: وللخمي نحو ما

الحديث

2056 - ساقطة من المطبوع وم 47 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 والشيخ 113 وم 61 وما يابى 87.

2057 - في المطبوع واحدة والشيخ 114 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 وم 48 وما يابى 87.

2058 - في المطبوع قالا وإنما تفاوضا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 123 والشيخ 114 (وفي م 48 وما يابى 87 قالا

وان مات فأوصى بهذه الكفارات) (وفي م 61 قال فإن مات فأوصى بهذه الكفارات).

2059 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 123 وم 48 وما يابى 114 والشيخ 88.

نص خليل وَسَقَطَ إِنْ تَعَلَّقَ وَلَمْ يَتَنَجَّزْ بِالطَّلَاقِ الثَّلَاثِ أَوْ تَأَخَّرَ كَأَنَّ طَالِقٌ ثَلَاثًا وَأَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي كَقَوْلِهِ لِغَيْرِ مَدْخُولٍ بِهَا أَنْتَ طَالِقٌ وَأَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي.

متن الخطاب [لأبي²⁰⁶⁰] إسحاق، وقال ابن عبد السلام: قد يقال إن المكلف التزم ما بقي من الكفارة قبل الماسة فيلزمه ما التزم كما لو قال لله علي أن أعتق رقبتين قبل أن أطأ لما جاز له الوطء إلا بعد عتقهما، [فلعل²⁰⁶¹] هذا هو الذي فهمه الشيخ أبو محمد من مراد المظاهر، وفهم غيره النذر المعلق فكأنه قال إن وطئتها فعلي كفارتان، وعلى هذا فيسأل المظاهر عن مراده ويتفق القولان قال: وينبغي أن لا يشترط العود فيما زاد على كفارة واحدة على مذهب القابسي. انتهى. وما قاله إذا بين المظاهر مراده أنه يعمل عليه ظاهر، ولعل الخلاف إنما هو إذا لم تكن له نية فاختلف على ماذا يحمل كلامه، وأما قوله إنه ينبغي أن لا يشترط العود على مذهب القابسي، فإن أراد بذلك إذا كان مراد الحالف ما قال فظاهر، وأما إن كان مراده الوجه الآخر، أو لم تكن له نية فلا يصح أن يقدم الكفارة قبل الوطء فضلا عن العود فتأمل. والله أعلم.

ص: وسقط إن تعلق ولم يتنجز بالطلاق الثلاث ش: تصوره ظاهر. وقوله: "الثلاث" احتراز مما لو طلق واحدة أو اثنتين. قال في المدونة: وإن قال لامراته إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي فطلقها واحدة أو اثنتين فبان من دخلت الدار وهي في غير ملكه لم يحنث بدخولها، فإن تزوجها ودخلت وهي تحته عاد عليه الظهار. انتهى. وقوله في المدونة: "فطلقها واحدة أو اثنتين فبان من دخلت" [يظهر²⁰⁶²] منه أنها لو دخلت في العدة وكان الطلاق رجعيا لزمه الظهار، وقد صرح به ابن الحاجب في الكلام على الطلاق.

فرع: قال في المقدمات: ومن ظاهر من أمته بيمين ثم باعها ثم اشتراها فإن اليمين ترجع عليه على مذهب ابن القاسم وإن بيعت عليه في الدين، وإنما لا تعود عليه اليمين إذا عادت إليه بميراث. انتهى. قال اللخمي: وعلى قول ابن بكير لا يكون مظاهرا؛ يعني إذا عادت إليه بشراء، ونقله ابن عرفة وصاحب الشامل.

فرع: قال اللخمي: وإن كان نكاحان بينهما ملك فحلف وهي زوجة [ولم²⁰⁶³] يحنث حتى طلق ثم اشتراها ثم باعها ثم تزوجها عادت على العصمة الأولى فإن حنث كان مظاهرا، وإن كانا ملكين بينهما نكاح لم يبين الملك الثاني على الأول؛ لأن النكاح الذي بينهما صحح البيع. قال: وإن حلف وهي زوجة فانفسخ النكاح ثم باعها ثم تزوجها ثم حنث لم يكن مظاهرا؛ لأن العصمة الأولى زالت وهذا نكاح مبتدأ بمنزلة من قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثم اشتراها فانفسخ النكاح، ثم باعها ثم تزوجها ثم دخل لم تطلق عليه؛ لأن العصمة التي حلف [بها²⁰⁶⁴] زالت وهذا نكاح مبتدأ، ولو لم

الحديث

2060 - في المطبوع لابن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 123 وم 48 ويم 61 والشيخ 114 وما يابى 88.

2061 - في المطبوع وأجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 123 وم 48 ويم 61 وما يابى (وفي الشيخ 114 فعلى هذا).

2062 - في المطبوع فظهر وما بين المعقوفين من م 48 وسيد 21 ويم 62 وما يابى 88 والشيخ 114.

2063 * - في المطبوع لم وما بين المعقوفين من م 48 وما يابى 88 ويم 62 وسيد 21 والشيخ 115.

2064 * - في المطبوع لها وما بين المعقوفين من الشيخ 115.

نص خليل لا إن تقدم أو صاحب كأن تزوجتك فأنت طالق ثلاثا وأنت علي كظهر أمي وإن عرض عليه نكاح امرأة فقال هي أمي فظهار [وتجب بالعود].

متن الخطاب 124
يحدث بالطلاق وأوقع عليها طلاقاً كان قد بقي له فيها طلقتان. انتهى. ففرق بين أن يكون اشتراها بعد طلاق أو فعل طلاقاً، ونقل في الشامل كلامه الأول ولم ينقل الأخير فيتوهم أن حكمهما واحد، ولم ينقل ابن عرفة هنا عن اللخمي ولا كلمة ولا عن ابن يونس، وإنما نقل كلامه في المقدمات في المسألة المتقدمة/ وفي هذه المسألة وهي ما إذا ظاهر من زوجته وهي أمة بيمين ثم اشتراها قبل أن يحدث باليمين. قال في المقدمات: فذهب بعض الشيوخ إلى أن اليمين لا تعود عليه؛ لأنه ملك يمين لا ملك عصمة فهو غير [الملك] ²⁰⁶⁵ الأول كملك العصمة بعد الطلاق ثلاثا قال إلا أن يبيعها ثم يتزوجها فإنه يعود عليه اليمين؛ لأنه بقي له فيها طلقتان، واليمين تعود ما بقي من طلاق ذلك الملك شيء. انتهى. ويظهر من كلامه الأخير أن شراءها كان بعد أن طلقها طلاقاً واحدة، وهذا القول نقله ابن يونس عن بعض أصحابنا، وقاله اللخمي ولم ينقل غيره. قال: وعكسه أن يحلف [بظهار] ²⁰⁶⁶ أمته فلم يحدث حتى باعها ثم تزوجها ثم حدث وهي زوجة لم يلزمهظهار. انتهى. ثم قال في المقدمات: وذهب بعضهم إلى أن اليمين تعود عليه إذا اشتراها. انتهى.

قال ابن يونس: وهو أصوب. ثم قال في المقدمات: والذي أقول به أنه إن ورث جميعها أو اشترى جميعها في صفقة واحدة فاليمين باقية عليه لا تسقط عنه إذ لم تحرم عليه لخروجها من عصمة النكاح إلى ملك اليمين، ولا أقول إنها تعود عليه إذ لا يكون العود إلا بعد المفارقة، وأما إذا ورث بعضها [واشترى] ²⁰⁶⁷ بعضها فحرمت عليه بذلك ثم اشترى بقيتها فحلت له بالملك فاليمين لا تعود عليه؛ لأن ملك اليمين غير ملك العصمة وملك اليمين من ملك العصمة أبعد من ملك العصمة الثانية من ملك العصمة الأولى. انتهى.

ص: لا إن تقدم ش: لا كلام في هذا، وكذلك لو ظاهر من زوجته الأمة ثم طلقها ثم اشتراها أو اشتراها قبل أن يطلقها أو كان علقه ثم حدث قبل الشراء فإن الظهار لازم له. قاله اللخمي وهو في المدونة. والله أعلم.

ص: أو صاحب ش: قال في التوضيح عن اللخمي: ولو كانا في مجلسين؛ أعني قال في مجلس إن تزوجتك فأنت طالق ثلاثا وفي مجلس إن تزوجتك فأنت علي كظهر أمي، ونقل أبو الحسن عن ابن محرز أن قوله لزوجه التي في عصمته إن دخلت الدار فأنت طالق ألبتة وأنت علي كظهر أمي مثل قوله للأجنبية إن تزوجتك إلى آخره. وقال عنه: ولو أنه قال إن تزوجتها فهي طالق ثلاثا ثم هي علي كظهر أمي، أو قال لزوجه أنت طالق إن دخلت الدار ثم أنت علي كظهر أمي لم يلزمه الظهار لأنه حينئذ وقع على غير زوجة لما وقع مرتباً على الطلاق. انتهى. وانظر اللخمي. والله أعلم.

ص: وإن عرض عليه نكاح امرأة فقال هي أمي مظاهر إن تزوجها. الباجي: يريد لأنه مستند إلى ما عرض الباجي من ذكر له نكاح امرأة فقال هي أمي مظاهر إن تزوجها. الباجي: يريد لأنه مستند إلى ما عرض عليه من زواجها، فكأنه قال إن فعلت فهي أمي ولو أراد أن يصفها بالكبر لم يلزمهظهار. انتهى.

2065 - * في المطبوع المالك وما بين المعقوفين من م48 وسيد21 ويم62 والشيخ115.

2066 - * في المطبوع بظهر وما بين المعقوفين من م48 ويم62 وسيد21.

2067 - * في المطبوع أو اشترى وما بين المعقوفين من م48 ويم62 وسيد22 وما يابى88 والشيخ116.

نص خليل وتَتَحَتَّمُ بِالْوَطْءِ وَلَا تُجْزَى قَبْلَهُ وَهَلْ هُوَ²⁰⁶⁸ [نص] الْعَزْمُ عَلَى الْوَطْءِ أَوْ مَعَ الْإِمْسَاكِ تَأْوِيلَانِ وَخِلَافُ وَسَقَطَتْ إِنْ لَمْ يَطَّأ بَطْلَاقِهَا [وَمَوْتِهَا]²⁰⁶⁹ [نص] وَهَلْ تُجْزَى إِنْ أَتَمَّهَا تَأْوِيلَانِ وَهِيَ إِعْتَاقُ رَقَبَةٍ لَّا جَنِينٍ وَعَتَقَ بَعْدَ وَضْعِهِ.

متن الخطاب ص: وتتحتم بالوطء ش: قال في المتيضية: فإن وطئ قبل الكفارة فقد ثبت وجوبها عليه ويعاقب جاهلا كان أو عالما وعقوبة العالم أشد. انتهى.

125

ص: وهل يجزى- إن أتمها تأويلان ش: هذان التأويلان في الطلاق البائن أو الرجعي/ بعد العدة، وأما الرجعي قبل انقضاء العدة فإن أتمها أجزأه باتفاق. قاله في تهذيب الطالب، وقيده صاحب البيان بما إذا نوى رجعتها وعزم على الوطء وإن لم ينو فيكون كالطلاق البائن. قاله في التوضيح.

فرع: قال في الشامل: فإن قصد [البداء في²⁰⁷⁰] الرجعي ارتجع ثم كفر [فإن كفر²⁰⁷¹] قبل الرجعة في العدة ففي الإجزاء قولان. انتهى. وقوله فإن قصد [البداء²⁰⁷²] أي أن يبتدىء الكفارة في الرجعي ارتجع ثم كفر؛ [أي ابتداء²⁰⁷³] وانظر المسألة في كتاب الظهار في أول سماع القرنيين. فرع: فإن كان لما أن طلقها لم تتم الكفارة حتى تزوجها. قال في التوضيح: فاتفق على أنه لا يبني على الصوم اتفاقا، واختلف هل يبني على الإطعام على أربعة أقوال فذكرها. انتهى. وهذا الذي قاله هو أيضا في أول سماع القرنيين.

ص: لا جنين وعنتق بعد وضعه ش: هو كقوله في المدونة: "ويعتق إذا وضعته"، وقال ابن عبد السلام: قول ابن الحاجب: فلو أعتق جنينا عتق ولم يجزه أقرب من عبارتها؛ لأن ظاهر كلامه أنه معتق حين عتقه وعبارتها تدل على أن عتقه حين الوضع فيقال على هذا إذا وضعته صار رقبة وعتقه حينئذ عن الكفارة فيجزئه، ولكن لا يخفى عليك الجواب عن هذا. انتهى. وقوله في الشامل: وعنتق بعد وضعه، وقيل [لوقته²⁰⁷⁴] ولم أر من نقل هذا الخلاف. والله أعلم.

فرع: وأما عتق الرضيع فيجزىء. قاله كل أهل المذهب. قال في المدونة: ويجزىء عتق الصغير والأعجمي في كفارة الظهار إذا كان من قصر النفقة. قال ابن ناجي: ما ذكره في الصغير متفق عليه، ويريد بقوله يجزئه أن نفقته عليه إلى أن يبلغ الكسب ولو بالسؤال، وبه كان شيخنا حفظه الله يفتي، ويذكر أن أبا حفص العطار نص على ذلك، وأخذ ابن رشد مثله من قولها في كتاب التجارة ومن أعتق ابن أمتة الصغير فله بيع أمه ويشترط على المبتاع نفقة الولد ومؤنته، وقد تقدم الكلام على

الحديث

2068 - وتجب بالعود ولا تجزى قبله وتتحتم بالوطء وهل هو نسخة.

2069 - أو موتها نسخة.

2070 - في المطبوع البراءة والشيخ 116 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 125 وم 48 وم 62 وما يابى 89.

2071 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 125 وم 49 وم 62 والشيخ 116.

2072 - * في المطبوع البراءة ومطبوعة الشامل ج 1 ص 450 وما بين المعقوفين من ن ما يابى 89 وم 49 وم 62.

2073 - ساقطة من المطبوع وم 49 وم 62 والشيخ 116 وما يابى 89 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 125.

2074 - في المطبوع بعنتقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 125 وم 49 وم 62 والشيخ 116 وما يابى 89.

وَمُنْقَطِعَ خَبْرُهُ مُؤَمَّنَةٌ وَفِي [العَجْمِي²⁰⁷⁵] تَأْوِيلَانِ وَفِي الْوَقْفِ حَتَّى يُسَلِّمَ قَوْلَانِ سَلِيمَةٌ [عَنْ²⁰⁷⁶] نَصِ خَلِيلٍ
قَطَعَ أَصْبُعَ وَعَمَى وَبَكَمِ وَجُنُونٍ وَإِنْ قَلَّ وَمَرَضَ مُشْرِفٍ وَقَطَعَ أُذُنَيْنِ وَصَمَّ وَهَرَمَ وَعَرَجَ شَدِيدَيْنِ وَجُدَامَ
وَبَرَصَ وَفَلَجَ بِلَا شَوْبٍ عَوُضَ لَأَمْشَتَرَى لِلْعِتْقِ مُحَرَّرَةً لَهُ لَا مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَفِي إِنْ اشْتَرَيْتُهُ فَهُوَ حُرٌّ
عَنْ ظَهَارِي تَأْوِيلَانِ [وَالْعِتْقُ²⁰⁷⁷] نَصِ لَا مَكَاتِبَ وَمُدَبِّرٍ وَنَحْوَهُمَا.

هذا المعنى؛ أعني نفقة الصغيرة في فصل زواج الإماء، وما ذكر أن ابن العطار نص عليه تقدم نقله عن ابن رشد، وكأنه لم يقف عليه. والله أعلم. وقوله في المدونة: إذا كان من قصر النفقة. قال في التوضيح: قال أبو عمران هو على الاستحباب، وأما الإجزاء فإنه يجزى، وإن كان مع سعة النفقة. قال ابن عبد السلام: وقيل إنه شرط ينتفي الإجزاء بانتفائه، [والأول²⁰⁷⁸] أولى لأنه لا يعلم شيء من مسائل هذا الباب وما يقرب منه يجزى الفقير ولا يجزى الغني. انتهى كلامه.

فرع: قال في سماع أصبغ: قيل أرايت من أعتق في رقبة واجبة منقوسا فكبر أخرس أو أصم أو مقعدا أو مطبقا أعليه بدلها قال ليس ذلك عليه وهذا شيء يحدث وكذلك لو ابتاعه فكبر على مثل هذا لم يلحق البائع شيء من ذلك. ابن رشد: تعليله لإجزاء ذلك في الكفارة وأنه لا رجوع في ذلك على البائع بأن هذا شيء يحدث ليس بعلة صحيحة؛ لأن ما يقدم ويحدث من العيوب إذا أمكن أن يعلم [يحلف²⁰⁷⁹] البائع فيه اليمين ولا يجزى عن المكفر في الكفارة إذا كان العيب مما لا يجوز في الرقاب فالعلة في ذلك إنما هي أن هذا مما يستوي البائع والمبتاع في الجهل بمعرفته، ولا يمكن أن يعلمه أحد [فلم يكن له حكم العيب²⁰⁸⁰] في قيام المبتاع على البائع ولا في عدم الإجزاء في الكفارة؛ لأن المكفر قد ادعى ما يجب عليه [باجتهاده²⁰⁸¹] ولم يقصر فلا درك عليه.

ص: ومنقطع خبره ش: قال في المدونة في كتاب الضوال: ومن أعتق آبقا عن ظهاره لم يجزه؛ إذ لا يدري أحي هو أم ميت، أم [معيب أم سليم²⁰⁸²] إلا أن يعرف في الوقت موضعه وسلامته من العيوب فيجزئه، أو يعلم بذلك بعد عتقه فيجزئه ذلك وإن جهله أولا. انتهى. والفرق بينه وبين الجنين أن هذا رقبة، والجنين ليس برقبة. والله أعلم.

ص: وفي العجمي تأويلان ش: الكافر إذا كان يجبر على الإسلام كالمجوسي، صغيرا أو/كبيرا أو من لا يعقل دينه من أهل الكتاب ففي إجزائه خلاف. انظر للخمى.

ص: سليمة عن قطع أصبع ش: ومثله الشلل والإقعاد وذهاب الأسنان كلها. قاله ابن عرفة عن اللخمى.

الحديث

2075 - الإجمعي نسخة.

2076 - من قطع نسخة.

2077 - وعتق نسخة. ولا عتق نسخة أو عتق نسخة.

2078 - * في المطبوع والأولى وما بين المعقوفين من م 49 وسيد 22 وم 63 وما يابى 90 والشيخ 116.

2079 - * في المطبوع بحلف وما بين المعقوفين من م 63 والشيخ 117.

2080 - في المطبوع فإن لم يكن له البيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 125 (وفي م 49 وم 63 والشيخ 117 حكم البيع وما يابى 90).

2081 - * في المطبوع باجتهاد وما بين المعقوفين من م 49 وسيد 22 وم 63 وما يابى 90 والشيخ 117.

2082 - * في م 49 وسيد 22 وم 63 وما يابى 90 أو معيب أو سليم.

أَوْ أَعْتَقَ نِصْفًا فَكَمَلَ عَلَيْهِ أَوْ أَعْتَقَهُ أَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثًا عَنْ أَرْبَعٍ وَيَجْزِي أَعْوَرٌ وَمَغْصُوبٌ وَمَرْهُونٌ وَجَانٌ إِنْ
 افْتَدِيَا وَمَرَضٌ وَعَرَجٌ خَفِيفَيْنِ وَأَنْمَلَةٌ وَجَدْعٌ فِي أُذُنٍ وَعَتَقُ الْغَيْرِ عَنْهُ وَلَوْ لَمْ يَأْذَنْ إِنْ عَادَ وَرَضِيَهُ وَكَرَهُ
 الْخَصِيَّ وَنُدِبَ أَنْ يُصَلِّيَ وَيَصُومَ ثُمَّ لِمُعْسِرٍ عَنْهُ وَقَتَّ الْأَذَاءَ لَا قَابِرَ وَإِنْ يَمْلِكُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ لِكَمْ رَضَ
 [أَوْ] 2083 مَنَصِبٍ أَوْ يَمْلِكُ رَقَبَةً فَقَطَّ ظَاهِرَ مِنْهَا صَوْمُ شَهْرَيْنِ بِالْهَلَالِ مَنْوِيَّ التَّائِبِ وَالْكَفَّارَةَ وَتَمَّمَ
 الْأَوَّلُ إِنْ انْكَسَرَ مِنَ الثَّلَاثِ وَلِلْسَيِّدِ الْمَنْعُ إِنْ أَضَرَ بِخِدْمَتِهِ وَلَمْ يُؤَدِّ خَرَجَهُ وَتَعَيَّنَ لِذِي الرِّقِّ وَلِمَنْ
 طُولَبَ بِالْفَيْئَةِ وَقَدْ التَزَّمَ عِتْقُ مَنْ [يَمْلِكُهُ] 2084 لِعَشْرٍ سِنِينَ وَإِنْ أَيْسَرَ فِيهِ تَمَادَى إِلَّا أَنْ يُفْسِدَهُ وَنُدِبَ
 الْعِتْقُ فِي كَالْيَوْمَيْنِ وَلَوْ تَكَلَّفَهُ الْمُعْسِرُ جَارَ وَانْقَطَعَ تَتَابُعُهُ بِوَطْءِ الْمُظَاهَرِ مِنْهَا أَوْ وَاحِدَةٍ مِمَّنْ فِيهِنَّ
 كَفَّارَةٌ وَإِنْ لَيْلًا نَاسِيًا كِبْطَلَانَ الْإِطْعَامِ وَيَفْطِرِ السَّفَرِ أَوْ بِمَرَضٍ هَاجَهُ لَا إِنْ لَمْ يَهْجُهُ كَحَيْضٍ
 [وَنَفَاسٍ] 2085 وَكَرَاهٍ وَظَنَ غُرُوبٍ.

فروع: الأول: المشهور في المذهب المعلوم من قول مالك في الحج الثاني من المدونة وغيرها فيمن اشترى
 عبدا فاعتقه في ظهاره أو بعيرا فقلده وأشعره ثم أصاب به عيبا لا يجزئه العبد في الرقاب ولا البعير في
 الهدايا أنه يرجع بقيمة العبد ولا يردده لفواته بالعتق أو بالهدي ويجعل ما يؤخذ في قيمة العيب فيما
 وجب عليه من بدله. قاله في سماع محمد بن خالد.
 الثاني: من أعتق رقبة في ظهار فاستحقت الرقبة فرجع المعتق على بائعها بالثمن وهو ثمن واسع. قال
 ابن القاسم: يشتري به كله رقبة ولا يشتري ببعضه؛ لأن مالكا سئل عن الرجل يعتق الرقبة عن ظهار
 ثم يطلع على عيب قال: يرجع به على بائعه ويجعله في رقبة، فإن لم يجد به رقبة أعان به في رقبة
 يتم [به] 2086 عتقها. قال ابن القاسم: فمن هنا رأيت ما قلت لك قال: والعيب الذي أصيب بالعبد
 ليس هو مما إذا كان في العبد لم يجز في الرقاب، ولكنه إذا كان بالعبد جاز [العتق] 2087 به وأجزأه.
 قلت: فلو كان تطوع قال يرجع بالعيب ويصنع به ما شاء. قاله في سماع سحنون.
 الثالث: قال ابن عرفة: والدين المانع سعيه لنفسه لصرفه في قضاء دينه وزمانة الشيخوخة يمنعان
 إجزأه، بخلاف الصغير لاستقباله كذلك، ولذا جاز بيعه. انتهى.
 ص: [أو أعتق نَصْفًا فَكَمَلَ عَلَيْهِ أَوْ أَعْتَقَهُ ش: يعني أنه إذا أعتق نصف عبده عن ظهار ثم كمل
 الحاكم عليه عتق نصفه الثاني أو أعتق نصفه عن ظهاره ثم أعتق نصفه الثاني عن ذلك الظهار فإنه لا
 يجزئه، أما الأولى [فظاهرة] 2088 وأما الثانية فما ذكره المصنف هو قول ابن الماجشون وأصبغ، وقال
 ابن عبد السلام: هو ظاهر المدونة، والأظهر لأن الحكم يوجب عليه التتميم فملكه للباقي غير تام.
 ونقله في التوضيح.
 ص: [وَمَرَضٌ وَعَرَجٌ خَفِيفَيْنِ ش: قال ابن عرفة: في قول ابن شاس "يجزى المغصوب" [نظر] 2089 لعدم قدرة
 العبد على التخلص. انتهى. قال في التوضيح: وسواء قدر على خلاصه أم لا. والله أعلم.
 ص: [وَمَرَضٌ وَعَرَجٌ خَفِيفَيْنِ ش: قال ابن عرفة: وخفيف العيب لغو. اللخمي: كالخفيف من
 مرض وعرج وصمم.]

2083 - ومنصب نسخة.

2084 - يملك نسخة.

2085 - كحيض وإكراه نسخة.

2086 - في المطبوع بها وما بين المعقوفين من م 49 وما يابى 90 وسيد 22.

2087 - في المطبوع العبد وما بين المعقوفين من الشيخ 117.

2088 - في المطبوع فظهار وما بين المعقوفين من ن عدود ص 126 وم 49 ويم 63 والشيخ 117 وما يابى 90.

2089 - في المطبوع نظرا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 126 وم 49 ويم 63 والشيخ 117 وما يابى 91.

نص خليل وفيها ونسيان وبالعید إن تعمده لا جهله وهل إن صام العید وأيام التشريق وإلا استأنف أو يفطرهن ويبنى تأويلان وجهل رمضان كالعید على الأرجح ويفصل القضاء وشهر أيضاً القطع بالنسيان.

متن الخطاب 128 ثم قال ابن عرفة: اللخمي: معها [وكجذع²⁰⁹⁰] في الأنف أو قطع أنملة أو بعض الأسنان. الباجي عن ابن حبيب: أو الضرس. ابن رشد: ويجزىء ولد الزنا اتفاقاً. انتهى. وانظر إذا ذهبت أنملتان والأشبهه الإجزاء؛ لأن الخلاف في الأصبع. والله أعلم. والأنملة بالفتح. قاله في الصحاح.

ص: وفيها ونسيان ثم قال وشهر أيضاً القطع بالنسيان ش: يعني أن من أكل ناسيا في صوم ظهاره لم ينقطع تتابع صومه على مذهب المدونة، وشهر أنه ينقطع، وهكذا حله الشارحان ونحوه في التوضيح، وذكر فيه أن الشهر للقول بالقطع هو صاحب البيان، فأما ما نسبته للمدونة فهو في كتاب الظهار، ونصه: ومن أكل ناسيا في صوم ظهار أو قتل نفس أو نذر متتابع أو أكره على الفطر أو تقايأ أو ظن أن الشمس قد غربت فأكل أو أكل بعد الفجر ولم يعلم أو وطئ نهاراً غير التي تظاهر منها ناسيا فليقض في ذلك يوماً يصله بصومه، فإن لم يفعل ابتداء الصوم من أوله. انتهى.

قال ابن ناجي في شرحها: ما ذكره في النسيان والإكراه لا أعلم فيه خلافاً. انتهى. وأما ما ذكره من تشهير القول بالقطع بالنسيان ففيه/ إجمال، وكلامه في التوضيح يقتضي أن صاحب البيان قال في مسألة المدونة هذه -أعني من أكل ناسيا ثم قضى يوماً ووصله بصيامه- إن المشهور فيها القطع؛ لأنه قال في التوضيح في [قول ابن²⁰⁹¹] الحاجب: وفي الخطأ والسهو ثالثها ينقطع بالخطأ: والمشهور لا ينقطع ولو بوطء غيرها ويقضيه متصلاً؛ يعني اختلف هل ينقطع التتابع بالفطر سهواً كمن أفطر في يوم ناسيا أو خطأ كمن صام تسعة وخمسين يوماً، ثم أصبح مفطراً معتقداً أنه أكمل الصوم، وكمن اعتقد أن الشمس غربت فأكل أو الفجر لم يطلع فأكل ثم تبين له خلاف ما اعتقده على ثلاثة أقوال الأول أنه ينقطع في السهو والخطأ، وهو لما لك في الموازية نص فيه على القطع بالفطر ناسيا. اللخمي وغيره وعليه فينقطع بالفطر خطأ، وفي البيان مشهور المذهب أنه لا يعذر بالنسيان في كفارة القتل والظهار، والقول الثاني أنه لا ينقطع بهما.

قال المصنف وهو المشهور، وإنما عزاه اللخمي وصاحب البيان وغيرهما لابن عبد الحكم، وقوله: "ولو بوطء غيرها" يعني إن عذر في الوطء فأحرى في الأكل والشرب، والقول الثالث لا ينقطع بالسهو لأنه يعرض في كل جزء من أجزاء الصوم فيعسر التحرز منه بخلاف الخطأ، وبعضهم يرى هذا الثالث ظاهر المذهب ذكره فيما إذا أصبح مفطراً بعد تسعة وخمسين معتقداً الإتمام، وقوله ويقضيه [أي إذا²⁰⁹²] فرعنا على عدم القطع وهو ظاهر. انتهى كلامه برمته. واعلم أن هنا شيئين أحدهما الفطر ناسيا، والثاني تفرقة صوم الظهار نسياناً كما إذا صام بعض الصوم ثم نسي التتابع فأفطر يوماً أو يومين أو أكثر ثم ذكر أنه لم يكمل الصيام، وكمن أفطر لعذر ثم لم يصل القضاء نسياناً، والذي قال فيه صاحب البيان: "يبطل التتابع على المشهور" هو الثاني لا الأول

2090 - في المطبوع وكجذع والشيخ 118 ويم 63 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 127 وما يابى 91 وم 49.

2091 - في المطبوع أشبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 وم 49 ويم 64 والشيخ 118 وما يابى 91.

2092 - * في المطبوع ويم أي وإذا وما بين المعقوفين من م 50.

نص خليل

فَإِنْ لَمْ يَدْرِ بَعْدَ صَوْمِ أَرْبَعَةٍ عَنْ ظَهَارَيْنِ مَوْضِعَ يَوْمَيْنِ صَامَهُمَا وَقَضَى شَهْرَيْنِ وَإِنْ لَمْ يَدْرِ اجْتِمَاعَهُمَا صَامَهُمَا وَالْأَرْبَعَةَ ثُمَّ تَمْلِيكَ سِتِّينَ مَسْكِينًا أَحْرَارًا مُسْلِمِينَ لِكُلِّ مِدَّةٍ وَثُلُثَانِ يَوْمًا وَإِنْ اقْتَاتُوا تَمَرًا أَوْ مُخْرَجًا فِي الْفِطْرِ فَعَدْلُهُ.

متن الخطاب

يظهر لك ذلك بكلامه، وهذه المسألة في سماع سحنون، [وعزاها²⁰⁹³] ابن عرفة لسماع يحيى ولم أرها إلا في سماع سحنون من كتاب الظهار، ولم ينقلها الشيخ أبو محمد بن أبي زيد في نوادره إلا عن سحنون، وسماع يحيى ليس فيه إلا مسألة واحدة، فلعل ذلك وقع في نسخة الشيخ ابن عرفة، ونص كلامه في كتاب الظهار التابع في كفارة القتل والظهار فرض بنص التنزيل فلا يعذر أحد في [تفرقتها²⁰⁹⁴] بالنسيان على المشهور في المذهب، وإنما يعذر في ذلك بالمرض أو الحيض إن كان امرأة، فإن مرض الرجل فأفطر في شهري صيامه أو أكل فيهما ناسيا قضى ذلك ووصله بصيامه، فإن ترك أن يصله بصيامه ناسيا أو جاهلا أو متعمدا استأنف صيامه. ثم قال: ومحمد بن عبد الحكم يرى أنه يعذر في تفرقة الصوم بالنسيان؛ لأنه أمر غالب بالمرض. انتهى. وكذلك كلام اللخمي قريب من ذلك، ونصه: الصوم عن الظهار شهران متتابعان حسبما ورد به القرآن، فمن أتى به متفرقا متعمدا لم يجزه، وإن كانت التفرقة عن مرض أجزأ.

واختلف إذا كانت عن نسيان أو خطإ ثم ذكر الخلاف، وذكر ما نقله المصنف عنه في التوضيح. ثم قال في آخر كلامه: ومن أكل في نهاره بعد أن كان بيت الصوم ناسيا قضى يوما ووصله بصيامه وأجزأه ولم يستأنف؛ لأن بعض أهل العلم قال إنه صوم صحيح لا يجب قضاؤه، وقياس المذهب أن يكون بمنزلة من بيت الفطر؛ لأنه لم يختلف قول مالك وأصحابه أنه صوم فاسد يجب قضاؤه ولا يحتسب به. انتهى. فقلوه: "وقياس المذهب" يدل على أنه ليس فيه خلاف منصوص، فبان من كلامهما أنهما لم ينتقلا الخلاف إلا في تفرقة النسيان لا فيمن أفطر ناسيا كما قاله المصنف في التوضيح، وما نقله ابن عرفة عن ابن رشد هو كذلك فيه لا في عزو سماع يحيى فقط، فإني لم أره إلا في سماع سحنون كما تقدم بيانه.

ونص كلام ابن عرفة ابن رشد في سماع يحيى: لا يعذر بتفرقة النسيان، وعذره به ابن عبد الحكم. انتهى. وهذا هو الذي يظهر من كلامه في الجواهر، ولم يذكر في التوضيح ما شهره ابن الحاجب إلا عن ابن عبد الحكم، وقد شهره صاحب اللباب، وذكر في المتيضية وفي معين الحكام مثل ما في المدونة فقط من غير ذكر خلاف. والله أعلم. هذا ما ظهر لي في ذلك، ومن ظهر له الحق بعد هذا الكلام في طريق فليتبعه. والله الهادي للصواب.

تنبيه: أدخل المصنف في التوضيح في الخطأ مسألة من صام تسعة وخمسين ثم أصبح معتقدا للتمام، وهي من التفرقة نسيانا. والله أعلم. ثم فرع المصنف مسألة اليومين فقال: ص: فَإِنْ لَمْ يَدْرِ بَعْدَ صَوْمِ أَرْبَعَةٍ عَنْ ظَهَارَيْنِ مَوْضِعَ يَوْمَيْنِ صَامَهُمَا وَقَضَى شَهْرَيْنِ وَإِنْ لَمْ يَدْرِ اجْتِمَاعَهُمَا صَامَهُمَا وَالْأَرْبَعَةَ ش: وصورة المسألة أنه صام أربعة أشهر عن ظهارين ثم ذكر بعد

130

الحديث

2093 - في المطبوع وعزاه ومايأبى 91 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 وم 50 ويم 64 والشيخ 118.

2094 * - في المطبوع تفرقتهما وما بين المعقوفين من م 50 ومايأبى 91 والشيخ 118 وسيد 22.

متن الخطاب

فراغه أنه ناس ليومين فتارة يذكر أنهما مجتمعان، وتارة لا يدري هل هما مجتمعان أم مفترقان، فإذا علم اجتماعهما فتارة يعلم أنهما [ليسا²⁰⁹⁵] [يوما²⁰⁹⁶] من الأولى [ويوما²⁰⁹⁷] من الآخرة، وتارة لا يعلم ذلك هذه صورة المسألة، وأما حكمها فهي على ما قلنا إن الفطر ناسيا لا يقطع، وإنما يقطع تفرقة النسيان [يصوم²⁰⁹⁸] يومين وشهرين فقط في جميع الصور، أما اليومان فلاحتمال أن يكون اليومان اللذان أفطرهما من الأخيرة، سواء كانا مجتمعين إما في أولها أو في آخرها أو في وسطها، أو واحد من أولها وواحد من آخرها أو يكون منها يوم واحد فقط فيقضي يومين بعدها متصلا، وأما الشهران فلاحتمال أن يكون اليومان من الأولى، سواء كانا مجتمعين أو مفترقين، أو يوم منها ويوم من الأخيرة لأنه كان الواجب عليه أن يصومهما إن كانا يومين أو واحدا إن كان واحدا عقيب فراغه منهما، فلما فصل بينهما بالكفارة الثانية لزمه أن يبتدئهما. والله أعلم. وكذا قال ابن شاس وابن بشير إنه إنما يلزمه شهران ويومان كان يعلم اجتماعهما أم لا يعلم، وفرعنا ذلك على القول بأن النسيان يبطل، وفرعنا على القول بأن التفرقة نسيانا لا تبطل أنه إنما يلزمه يومان.

وفرض ابن رشد المسألة في البيان في يومين، ولم يذكر اجتماعا ولا افتراقا إلا أنه يقال²⁰⁹⁹ من كلامه إنهما مجتمعان، وأما على ما قال المؤلف من أن الفطر نسيانا يقطع التتابع فقالوا يصوم اليومين والأربعة الأشهر إذا كان لا يدري اجتماعهما، ووجه لزوم اليومين عند ابن القاسم على ما قال ابن عبد السلام هو أنه يقول احتمال اجتماع اليومين، وكونهما من الكفارة الأخيرة قائم فلا بد من رعيه فيصوم اليومين ثم يبقى احتمال افتراقهما فيصوم أربعة أشهر، وبالجمله ابن القاسم يراعي كل احتمال. انتهى كلام ابن عبد السلام.

وقال ابن عبد السلام أيضا: وتبعه المؤلف واعلم أنه إنما يحتاج إلى صيام الأربعة أشهر في هذه الصورة إذا شك في أمسه هل هو من اليومين اللذين ذكرهما، وأما إن تحقق أن اليومين سابقان على ذلك فيحتسب بالعدد الذي تحقق أنه صامه [ولم²¹⁰⁰] يتخلله فطر ويبنى عليه بقية الأربعة أشهر. والله أعلم. انتهى كلام ابن عبد السلام. قالوا أما إن علم اجتماعهما فلا يصوم إلا يومين وشهرين.

قال في التوضيح: يصوم يومين لاحتمال أن يكونا من الأخيرة فلا ينتقل عنها وهو قادر على تمامها ويقضي شهرين لاحتمال أن يكونا من الأولى أو أحدهما من الأولى والآخر من الثانية. انتهى. وانظر هذا التعليل الذي قاله إنما يستقيم على أن الفطر ناسيا لا يقطع التتابع، وأما إذا قلنا إنه يقطع التتابع فلا فائدة لصوم اليومين لأنه قد انقطع التتابع بالفطر ناسيا فلا يبنى إلا على ما صامه بعد ذلك ويكمل عليه فتأمله. والله أعلم. وقد نقل صاحب الشامل عن المدونة القطع بالنسيان وهو غريب، وانظر كلام أبي الحسن الصغير.

الحديث

- 2095 - في المطبوع ليس وم 50 ويم 64 والشيخ 119 وما يابى 92 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 130.
 2096 - في المطبوع يوم وم 50 والشيخ 119 وما يابى 92 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 130 ويم 64.
 2097 - في المطبوع ويوم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود ويم 64.
 2098 - في المطبوع بصوم والشيخ 119 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 130 وم 50 ويم 64 وما يابى 92.
 2099 - في م 50 يفهم.
 2100 - في المطبوع وإن لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 130 وم 50 ويم 65 والشيخ 119 وما يابى 93.

وَلَا أَحِبُّ الْغَدَاءَ وَالْعِشَاءَ كَفِدْيَةٍ [الأذى²¹⁰¹ نس] وَهَلْ لَا يَنْتَقِلُ إِلَّا إِنْ أَيْسَ مِنْ قُدْرَتِهِ عَلَى [الصَّيَامِ²¹⁰² نس] أَوْ إِنْ شَكَّ قَوْلَانِ فِيهَا وَتَوَوَّلْتُ أَيْضًا عَلَى أَنَّ الْأَوَّلَ قَدْ دَخَلَ فِي الْكُفَّارَةِ وَإِنْ أَطْعَمَ مِائَةَ وَعِشْرِينَ فَكَالْيَمِينِ وَلِلْعَبْدِ إِخْرَاجُهُ إِنْ أَذِنَ سَيِّدُهُ وَفِيهَا أَحَبُّ إِلَيَّ أَنْ يَصُومَ وَإِنْ أَذِنَ لَهُ فِي الْإِطْعَامِ وَهَلْ هُوَ وَهُمْ لِأَنَّهُ الْوَاجِبُ أَوْ أَحَبُّ لِلْجُوبِ أَوْ أَحَبُّ لِلْسَيِّدِ عَدَمُ الْمَنْعِ أَوْ لِمَنْعِ السَّيِّدِ لَهُ الصَّوْمُ أَوْ عَلَى الْعَاجِزِ حِينَئِذٍ فَقَطَّ تَأْوِيلَاتٌ وَفِيهَا إِنْ أَذِنَ لَهُ أَنْ يُطْعَمَ فِي الْيَمِينِ أَجْزَأُهُ وَفِي قَلْبِي مِنْهُ شَيْءٌ وَلَا يُجْزَى تَشْرِيكَ كَفَّارَتَيْنِ فِي مَسْكِينٍ وَلَا تَرْكِيْبُ صَنَفَيْنِ وَلَوْ نَوَى لِكُلِّ عَدَدًا أَوْ عَنِ الْجَمِيعِ كَمَلَّ وَسَقَطَ حَظٌّ مَنِ [مَاتَتْ²¹⁰³ نس] وَلَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثًا عَنْ ثَلَاثٍ مِّنْ أَرْبَعٍ لَمْ يَطَأْ وَاحِدَةً حَتَّى يُخْرِجَ الرَّابِعَةَ وَإِنْ مَاتَتْ وَاحِدَةً أَوْ طُلِقَتْ.

نص خليل

ص: وَلَا أَحِبُّ الْغَدَاءَ وَالْعِشَاءَ كَفِدْيَةٍ الْأَذَى ش: قَالَ فِي الْمَدُونَةِ: وَلَا أَحِبُّ أَنْ يَغْدَى وَيَعْشَى فِي الظَّهَارِ؛ لِأَنَّ الْغَدَاءَ/ وَالْعِشَاءَ لَا أَظُنُّهُ يَبْلُغُ مَدَا بِالْهَاشِمِيِّ. قَالَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ: لَا أَحِبُّ هُنَا عَلَى بَابِهِ. قَالَ ابْنُ يُونُسَ فِي كِتَابِ ابْنِ الْمَوَازِ: مَنْ غَدَى أَوْ عَشَى خَبَزَ الْبُرِّ وَالْإِدَامَ فِي الظَّهَارِ لَمْ يَتَّبِعْ وَلَا إِعَادَةَ عَلَيْهِ. ثُمَّ قَالَ فِي الْمَدُونَةِ: وَلَا يَنْبَغِي ذَلِكَ فِي فِدْيَةِ الْأَذَى وَيَجْزَى ذَلِكَ فِيمَا سِوَاهَا مِنَ الْكُفَّارَاتِ. الشَّيْخُ: لَا يَنْبَغِي هُنَا عَلَى بَابِهِ. انْتَهَى. وَقَالَ ابْنُ نَاجِي: لَا أَحِبُّ وَلَا يَنْبَغِي عَلَى التَّحْرِيمِ لَوْجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا تَعْلِيلُهُ ذَلِكَ بِقَوْلِهِ؛ لِأَنَّ الْغَدَاءَ وَالْعِشَاءَ لَا أَظُنُّهُ يَبْلُغُ مَدَا بِالْهَاشِمِيِّ. الثَّانِي قَوْلُهُ وَيَجْزَى ذَلِكَ فِيمَا سِوَاهَا مِنَ الْكُفَّارَاتِ مَفْهُومُهُ أَنَّهُ لَا يَجْزَى فِي الظَّهَارِ وَلَا فِي فِدْيَةِ الْأَذَى، وَفِي قَوْلِهِ لَا أَظُنُّهُ مَسَامِحَةً لِأَنَّهُ لَا يَبْنِي عَلَى غَلْبَةِ الظَّنِّ، وَإِنَّمَا يَبْنِي عَلَى الْعِلْمِ، وَقَالَ الْمَغْرِبِيُّ: قَوْلُهُ بِالْهَاشِمِيِّ صَوَابُهُ بِالْهَاشِمِيِّ؛ لِأَنَّهُ مَنْسُوبٌ إِلَى هَاشِمٍ لَا هَاشِمٍ. وَانْظُرِ التَّوْضِيحَ.

ص: وَلَا يَجْزَى تَشْرِيكَ كَفَّارَتَيْنِ ش: يَعْنِي أَنْ مِنْ لَزَمَهُ ظَهَارَانِ مَثَلًا فَأَخْرَجَ مِائَةَ وَعِشْرِينَ مَدَا إِلَّا أَنَّهُ نَوَى أَنْ كُلَّ مَدٍّ نَصْفُهُ عَنْ كَفَّارَةٍ وَنَصْفُهُ الثَّانِي عَنْ كَفَّارَةٍ أُخْرَى فَإِنَّهُ لَا يَجْزِئُهُ. قَالَ فِي الْمَدُونَةِ: وَلَوْ صَامَ ثَمَانِيَةَ أَشْهُرٍ مُتَتَابِعَاتٍ عَنِ الْأَرْبَعِ وَنَوَى لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ لَمْ يَعِينَهَا كَفَّارَةُ أَجْزَأُهُ، وَكَذَلِكَ الْإِطْعَامُ فَإِنْ شَرَكَهُنَّ فِي كُلِّ يَوْمٍ مِنَ الصَّيَامِ أَوْ فِي كُلِّ مَسْكِينٍ [فِي²¹⁰⁴] الْإِطْعَامِ لَمْ يَجْزِهِ إِلَّا أَنْ يَنْوِي مَدَا لِكُلِّ مَسْكِينٍ فِي كَفَّارَتِهِ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ بِهِ امْرَأَةً بَعِينَهَا وَلَا كَفَّارَةَ كَامِلَةً فَيَجْزِئُهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْإِطْعَامَ يَجُوزُ أَنْ يَفْرُقَ فَيَطْعَمَ الْيَوْمَ عَنْ هَذِهِ أُمْدَادًا وَفِي غَدٍ عَنِ الْأُخْرَى أُمْدَادًا ثُمَّ يَتِمُّ بَعْدَ ذَلِكَ كَفَّارَةُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ فَيَجْزِئُهُ، وَإِنْ كَانَ مُتَفَرِّقًا بِخِلَافِ الصَّوْمِ؛ لِأَنَّ فِيهِ شَرْطَ التَّتَابُعِ، فَإِنْ مَاتَتْ مِنْهُنَّ وَاحِدَةً وَقَدْ أَطْعَمَ عَنْ جَمِيعِهِنَّ مِائَةَ وَعِشْرِينَ مَسْكِينًا وَلَمْ يَنْوِ مَا لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ ذَلِكَ وَلَا أَشْرَكَهُنَّ فِي كُلِّ مَسْكِينٍ سَقَطَ حَظُّ الْمِيتَةِ مِنْ ذَلِكَ وَجَبَرُ عَلَى مَا بَقِيَ بَعْدَ ذَلِكَ تَمَامَ ثَلَاثِ كَفَّارَاتٍ. انْتَهَى. وَإِلَى هَذَا أَشَارَ الْمُصَنِّفُ بِقَوْلِهِ:

ص: وَلَوْ نَوَى لِكُلِّ عَدَدًا أَوْ عَنِ الْجَمِيعِ كَمَلَّ وَسَقَطَ حَظٌّ مِنْ مَاتَ ش: يَعْنِي لَوْ أَطْعَمَ مِثْلًا مِائَةَ

متن الخطاب

131

الحديث

²¹⁰¹ - في نسخة تت تقديم قوله كفدية الأذى عن محلها هذا بعد قوله مد وثلثان وقبل قوله يرا وأن الاحسن التأخير.

²¹⁰² - الصوم نسخة.

²¹⁰³ - مات نسخة.

²¹⁰⁴ - في المطبوع ويم 65 من وما بين المعقوفين من ن عدود ص 131 وم 51 والشيخ 120 وما يابى 93.

باب إِنَّمَا يُلَاعِنُ زَوْجٌ وَإِنْ فَسَدَ نِكَاحُهُ. نص خليل

متن الخطاب 132 وثمانين مسكينا عن أربع نسوة ظاهر من كل واحدة منهن فإنه يجزئه ذلك/ عن مقدار ثلاث كفارات ويكمل الرابعة، وسواء نوى أن لكل واحدة عددا من المائة [والثمانين²¹⁰⁵] أو نوى أن المائة والثمانين عن الأربعة ولم يشرك في كل مسكين فإنه يجزئه عن مقدار ثلاث كفارات، فإن ماتت واحدة سقط حظها إن كان بينه سواء كان أقل مما لغيرها أو أكثر أو مساويا وإن لم يبينه فإنه يسقط ربع المائة والثمانين ولو نوى أن لواحدة غير معينة عددا [معينا²¹⁰⁶] ولأخرى غير معينة [أقل²¹⁰⁷] وماتت واحدة جعل لها الأكثر. قال جميع ذلك في التوضيح. وقوله إنه إن شرك في كل مسكين لا يجزىء يعني إذا لم تعرف أعيان المساكين ولو عرفت لنظر إلى ما يقع لكل واحد منهم فيكمل [عليه²¹⁰⁸] تمام المد. قاله في التوضيح. والله أعلم.

ص: باب إنما يلاعن زوج ش: قال ابن عرفة: ولا نص في حكمه. ابن عات: لاعن ابن الهندي فعوتب في ذلك فقال: أردت إحياء سنة قد دثرت، والحق أنه إن كان لنفي نسب وجب، وإلا فالأولى تركه بترك سببه، فإن وقع صدقا وجب لوجوب دفع معرة القذف وحده ثم وجدت نحوه في سراج ابن العربي.

قلت: في الجواهر إشارة إلى ذلك، ونصه: الزوج كالأجنبي في القذف إلا في أمور منها أنه قد يباح له ذلك وقد يجب لضرورة دفع النسب. انتهى. وقال في اللباب: حكمه الجواز لحديث عويمر¹ انتهى. وقال البرزلي: قول ابن الهندي سنة قد أميتت؛ يعني صفة اللعان، وقد أغنى الله عنه بما ذكره في القرآن والستر أولى، وإنما تستر بهذا الكلام حين عوتب، وقد وقع في زمن الأمير يحيى بجامع الزيتونة، ثم وقع مرة أخرى ولا غرابة في وقوع سببه في هذا الزمان لكثرة المفاصد فنعوذ بالله من الفتن ما ظهر منها وما بطن. [انتهى.²¹⁰⁹] وقال في الطراز: كانت ملاعنته إياها في المسجد الجامع بقرطبة سنة ثمان وثلاثين وثلاثمائة.

الحديث 1 - عن سهل بن سعد أن عويمرا أتى عاصم بن عدي وكان سيد بني عجلان فقال كيف تقولون في رجل وجد مع امرأته رجلا أبقته فتقتلونه أم كيف يصنع سل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فأتى عاصم النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسائل فساله عويمر فقال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كره المسائل وعابها قال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فجاء عويمر فقال يا رسول الله وجد مع امرأته رجلا أبقته فتقتلونه أم كيف يصنع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أنزل الله القرآن فيك وفي صاحبك فأمرهما رسول الله صلى الله عليه وسلم بالملاعنة بما سمي الله في كتابه فلاعنها ثم قال يا رسول الله إن حبستها فقد ظلمتها فطلقها فكانت سنة لمن كان بعدهما في المتلاعنين ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انظروا فإن جاءت به أسحم أدعج العينين عظيم الألتين خدلج الساقين فلا أحسب عويمرا إلا قد صدق عليها وإن جاءت به أحيمر كانه وحره فلا أحسب عويمرا إلا قد كذب عليها فجاءت به على النعت الذي نعت رسول الله صلى الله عليه وسلم من تصديق عويمر فكان بعد ينسب إلى أمه، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب التفسير، ج6 ص3 دار الفكر، ومسلم في صحيحه، كتاب اللعان رقم الحديث 1492.

2105 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص132 وم51 ويم65 والشيخ120 ومايأبي93.
 2106 - ساقطة من المطبوع ومايأبي93 والشيخ120 وما بين المعقوفين من ن عدود ص132 ويم65.
 2107 - في المطبوع وأقل وما بين المعقوفين من ن عدود ص132 وم51 ويم65 والشيخ120 ومايأبي93.
 2108 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص132 وم51 ويم65 والشيخ120 ومايأبي93.
 2109 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص132 وم51 ويم65 والشيخ121 ومايأبي93.

نص خليل أو فسقا أو [رقا²¹¹⁰] لا كفرا إن قذفها بزنا في نكاحه وإلا حد تيقنه أعمى ورآه غيره.

متن الخطاب ص: أو فسقا أو رقا لا كفرا ش: قال في المدونة: واللعان بين كل زوجين [كانا مملوكين²¹¹¹] أو أحدهما أو محدودين أو كتابية تحت مسلم إلا الكافرين فلا لعان بينهما، فأما الأمة والكتابية فلا يلاعن الزوج في قذفهما بغير رؤية، كان حرا أو عبدا؛ إذ لا يحد قاذفهما ويلاعن فيهما إن أحب إذا نفى حملا [و²¹¹²] ادعى استبراء، أو ادعى رؤية لم يمس بعدها لخوف الحمل، ولو شاء أن يلاعن في قذفهما ليحقق ذلك عليهما لم أمنعه. انتهى.

قال أبو الحسن: قوله: "كانا مملوكين" كأنه يقول يلاعن من لا تجوز شهادته خلافا لأبي حنيفة أنه لا يلاعن العبد ولا المحدود؛ لأن الله استثناهم من الشهداء، وقوله: "إلا الكافرين" ابن يونس: ذكر أن أبا عمران قال في أهل الكتاب إذا تراضوا بحكم الإسلام فنكلت فعلى قول ابن القاسم ترجم، وعلى ما قال البغداديون لا ترجم؛ لأن أنكحتهم فاسدة، وإنما يجب على من نكل منهم الحد كالمثلاعين قبل البناء. انتهى. وقال في الشامل: لا كافرين إلا أن يتحاكما إلينا، وهل ترجم المرأة إن نكلت أو تحد؟ قولان. انتهى. وقال ابن عرفة: وشرط وجوبه -أي اللعان- على الزوجة إسلامها وعلى الزوج في قذفه دون [نفى حمل²¹¹³] إسلامها وحريتها. ثم ذكر لفظ المدونة، وسيقول المصنف: "ولاعنت الذمية بكنيستها ولم تجبر"

تنبيه: قوله في المدونة: "فأما الأمة والكتابية فلا يلاعن الزوج في قذفهما". قال الشيخ أبو الحسن: أي لا يلزمه لعان يدل عليه قوله فيما يأتي: "ويلاعن فيهما إن أحب". انتهى. وظاهر هذا الكلام أنه إذا لم يلاعن لا يؤدب وليس كذلك؛ لأن المصنف سيقول: "وحكمه رفع الحد والأدب في الأمة والذمية". والله أعلم.

ص: إن قذفها بزنا ش: لما ذكر من يلاعن ومن لا يلاعن أخذ يذكر/ أسباب اللعان، فبدأ بالكلام على القذف بالزنا فقال إن قذفها بزنا؛ يريد سواء كان في قبل أو دبر. صرح بذلك ابن القصار وتبعه ابن الحاجب وغيره، قال ابن عرفة: وهو مقتضى المذهب. وقال القرطبي: إذا قذف بالوطء في الدبر لاعن، وعن أبي حنيفة لا يلاعن وبناءه على أصله في أن اللواط لا يوجب الحد وهو فاسد؛ لأن الرمي به معرة. انتهى. وشرط فيه ابن الحاجب أن ترفعه للحاكم. قال في التوضيح: فإن لم ترفع فلا لعان لأن ذلك من حقها ثم إن لم يبلغ رمية لها الحاكم فلا كلام، وإن بلغه حد إلا أن يلاعن، وقال ابن عبد السلام: وشرطه فيه أن ترفعه للحاكم فلو لم ترفعه فلا لعان عليهما لأن [لعانها²¹¹⁴] من حقها، وإنما يبقى النظر هل يلاعن الزوج أو يحد [للقذف؟²¹¹⁵] وبالجمله إن هذا الشرط في تلاعنهما معا فإذا انتفى ذلك الشرط انتفى [تلاعنها²¹¹⁶] ولا يلزم انتفاء تلاعنه هو. انتهى. وخرج بقوله: "بزنا" ما إذا رماها

133

الحديث

²¹¹⁰ س - ضبطه عlish بضم الراء وشد القاف.

²¹¹¹ - في المطبوع كانا أو مملوكين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 132 وم 51 ويم 65 والشيخ 121 ومايأبي 93.

²¹¹² - في المطبوع والشيخ 121 أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 132 ومايأبي 94 ويم 66 وم 51.

²¹¹³ - في المطبوع حل نفى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 132 وم 51 ومايأبي 94 (والشيخ 121 دون حمل إسلامها).

²¹¹⁴ * - في المطبوع لعانها وما بين المعقوفين من م 51 ويم 66 ومايأبي 94 والشيخ 121.

²¹¹⁵ * - في المطبوع القذف وما بين المعقوفين من م 51 ومايأبي 94 والشيخ 121 وسيد 23.

²¹¹⁶ * - في المطبوع تلاعنهما وما بين المعقوفين من م 66.

نص خليل

وَأَنْتَفَى بِهِ مَا وُلِدَ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ وَإِلَّا لَحِقَ بِهِ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ الْاسْتِبْرَاءَ وَيَنْفِي حَمْلٍ وَإِنْ مَاتَ أَوْ تَعَدَّدَ الْوَضْعُ أَوْ التَّوَامُ يِلْعَانٍ مُعْجَلٍ كَالزُّنَا وَالْوَلَدُ إِنْ لَمْ يَطَّأَهَا بَعْدَ وَضْعٍ أَوْ لِمُدَّةٍ لَا يَلْحَقُ الْوَلَدُ فِيهَا لِقْلَةً أَوْ [لكثرة²¹¹⁷ نس] أَوْ [استبرأ²¹¹⁸ نس] بِحَيْضَةٍ وَلَوْ تَصَادَقَا عَلَى نَفْيِهِ إِلَّا أَنْ تَأْتِيَ بِهِ [لدون²¹¹⁹ نس] سِتَّةِ أَشْهُرٍ [أَوْ وَهُوَ²¹²⁰ نس] صَبِيٍّ حِينَ الْحَمْلِ أَوْ مَجْبُوبٌ أَوْ ادَّعَتْهُ مَغْرِبِيَّةٌ عَلَى مَشْرِقِيٍّ وَفِي حَدِّهِ يُمْجَرَّدُ الْقَذْفِ أَوْ لِعَانِهِ خِلَافٌ.

متن الخطاب

بغير الزنا، واختلف إذا عرض لها هل يجب اللعان أم لا؟ والمعروف أنه لا يوجب اللعان. قاله ابن عرفة. قال: وعلى المعروف في حده به كأجنبي أو تأديبه نقل محمد وقول أشهب مع ابن القاسم الشيخ عن محمد عن ابن عبد الحكم إن صرح بعد تعريضه لاعن. انتهى. ونقله في المقدمات، ولا بد من تقييد كلام المصنف بما إذا رماها بزنا طوعا فإن رماها بغصب فيأتي. والله أعلم.

ص: وانتفى به ما ولد لستة وإلا لحق إلا أن يدعي الاستبراء ش: يعني أن اللعان إذا كان لرؤية فتارة يدعي الزوج أنه استبرأها بحیضة قبل الرؤية وأنه لم يطأ بعد الاستبراء فإن الولد ينتفي بذلك اللعان، وادعى ابن رشد في ذلك الإجماع، وسيأتي لفظه، وإن لم يدع الاستبراء، فإن أتت بالولد لستة أشهر من يوم الرؤية فأكثر انتفى الحمل، وإن أتت به لدون ستة أشهر لحق به؛ لأن اللعان إنما كان للرؤية، وحكى ابن رشد في ذلك ثلاثة أقوال، ونصه: في المقدمات: فإذا لاعن على الرؤية وادعى الاستبراء انتفى الولد بإجماع، وإن لم يدع الاستبراء/ فاختلف هل ينتفي الولد بذلك اللعان أم لا؟ على ثلاثة أقوال: أحدها أن الولد ينفيه اللعان على كل حال وإن ولدته لأقل من ستة أشهر وهو أحد قولي مالك في المدونة، والثاني أنه لا ينفيه بحال وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر، ويلحق به الولد وهو قول عبد الملك وأشهب، والثالث التفرقة بين أن يولد لأقل من ستة أشهر أو لأكثر منها، وهذا القول الثاني لمالك في المدونة فيأتي على هذا في جملة المسألة ثلاثة أقوال، وفي كل طرف منها قولان إذا ولدته لدون ستة أشهر، وإذا ولدته لأكثر من ستة أشهر قولان. انتهى.

134

وظاهر كلام المصنف وابن رشد أن الحكم كذلك، سواء كانت ظاهرة الحمل يوم الرؤية أم لا، وسيأتي في كلام المصنف عن ابن القاسم أنها إذا كانت ظاهرة الحمل يوم الرؤية فإنه يلحق به، وهو ظاهر فيقيد به ما هنا. والله أعلم. فإن لاعن للرؤية ولم يكن ذكر الاستبراء ثم أتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية وقلنا إنه يلحق به فادعى الآن أنه كان استبرأ قبل الرؤية وقال ليس الولد مني. قال في المقدمات: كان ذلك له في الوجوه كلها باتفاق وسقط نسب الولد قيل بذلك اللعان وهو قول أشهب، وقيل بلعان ثان وهو قول أصبغ وعبد الملك، وفي المدونة ما يدل على القولين. انتهى. ونقله في التوضيح.

الحديث

2117 س - كثرة نسخة.

2118 س - استبرأ نسخة.

2119 س - لأقل من نسخة.

2120 س - أو هو نسخة.

نص خليل

وَأَنَّ لَاعْنَ لِرُؤْيَةٍ وَادَّعَى الْوُطْءَ قَبْلَهَا وَعَدَمَ الْاسْتِبْرَاءَ فَلِمَالِكٍ فِي إِلْزَامِهِ بِهِ وَعَدَمِهِ وَنَفْيِهِ أَقْوَالُ ابْنِ الْقَاسِمِ وَيُلْحَقُ [إِنْ²¹²¹ س] ظَهَرَ يَوْمُهَا وَلَا يُعْتَمَدُ فِيهِ عَلَى عَزْلِ وَلَا مُشَابَهَةٍ لِغَيْرِهِ وَإِنْ بِسَوَابٍ.

متن الخطاب

قلت: وكلامه في الأم صريح في أنه ينتفى باللعان الأول، ونصه: قلت: فإن ادعى رؤية [وزعم²¹²²] أنه لم يكن استبرأ، ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم ادعى الرؤية فلما ولدت ادعى الاستبراء قال: لا يلحق به الولد، ويكون اللعان الذي تلاعنا نفيا للولد. قلت: فإن قال بعد ذلك الولد ولدي وقد كنت كاذبا في الاستبراء وما استبرأتها قال: يضرب الحد لأنه صار قاذفا ويلحق به الولد. قلت: فإن لم يدع الاستبراء إلا أنه قال الولد ليس مني ولا عنها برؤية، ثم جاءت بولد لأدنى من ستة أشهر فألحقته به أكون قاذفا ويجلد الحد؟ قال: لا.

تنبه: مشى المصنف هنا فيما إذا لم يدع الاستبراء على القول الثالث في كلام ابن رشد في التفصيل بين أن تلده لسته أشهر من الرؤية فأكثر فلا يلحقه أو تلده لأقل فيلحق، ثم ذكر بعد هذا مسألة المدونة، وذكر الثلاثة الأقوال فقال:

ص: وإن لاعن لرؤية وادعى الوطء قبلها وعدم الاستبراء فلمالك في إلزامه به وعدمه ونفيه أقوال ابن القاسم ويلحق إن ظهر [يومها²¹²³] ش: وهذه المسألة داخلية في عموم المسألة التي فرغنا منها؛ لأن فرض المسألة الأولى أنه لم يدع الاستبراء وهذه أخص لأنه ادعى أنه وطئ، واقتصر المصنف في تلك على قول واحد وذكر هنا لمالك ثلاثة أقوال، ويشير إلى قوله في المدونة: ومن قال رأيت امرأتي تزني ولم أجامعها بعد ذلك إلا أنني كنت وطئتها قبل الرؤية في اليوم أو قبله ولم استبرئ فإنه يلاعن. قال مالك: ولا يلزمه ما أتت به من ولد، قال ابن القاسم إلا أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية فيلزمه، وقد اختلف في ذلك قول مالك، فمرة ألزمه الولد ومرة لم يلزمه الولد ومرة قال بنفيه وإن كانت حاملا.

قال ابن القاسم: وأحب ما فيه إلى أنه إن كان لها يوم الرؤية حمل ظاهر لا يشك فيه أن الولد يلحق به إذا التعن على الرؤية. انتهى لفظ التهذيب. واختلف شيوخ المدونة في فهم كلامها، فمنهم من فهم المدونة على ظاهرها، وأن قول مالك اختلف على ثلاثة أقوال، فمرة ألزمه الولد [أي²¹²⁴] لم ينفع باللعان الأول وألحقه به وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر من يوم الرؤية إلا أن ينفيه بلعان ثان، وقوله: "مرة لم يلزمه" أي ليس في اللعان الأول تعرض للولد فيبقى الأمر موقوفاً فإن نفاه بلعان ثان انتفى وإن استلحقه لحق به، وقوله: "مرة قال بنفيه" يعني أن الولد ينتفي باللعان الأول فلا يلحق به، فإن ادعاه بعد ذلك حد ولحق به. هكذا قرر الأقوال الثلاثة في التوضيح، ومنهم من فهم المدونة على أنه ليس فيها إلا قولين؛ الأول أن الولد منفي وإن أتت به لأقل

الحديث

²¹²¹ س - ويلحق به إن ظهر نسخة.

²¹²² - في المطبوع أو زعم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 134 وم 52 ويم 66 والشيخ 122 وما يابى 95.

²¹²³ - في المطبوع يوما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 134 وم 52 ويم 66 والشيخ 122 وما يابى 95.

²¹²⁴ - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 134 وم 52 ويم 67 والشيخ 123 وما يابى 95.

نص خليل وَلَا وَطءٌ بَيْنَ الْفَخْذَيْنِ إِنْ أُنْزِلَ وَلَا وَطءٌ بَغَيْرِ إِنْزَالٍ إِنْ أُنْزِلَ قَبْلَهُ وَلَمْ يَبُلْ وَلَا عَنَ فِي الْحَمْلِ مُطْلَقًا وَفِي الرُّؤْيَا فِي الْعِدَّةِ وَإِنْ مِّنْ بَائِنٍ وَحُدٍّ بَعْدَهَا كَأَسْتَلْحَاقِ الْوَلَدِ إِلَّا أَنْ تَزْنِيَ بَعْدَ اللَّعَانِ وَتَسْمِيَةِ الزَّانِي بِهَا وَأَعْلِمَ [بِحِدِّهِ²¹²⁵] لَا إِنْ كَرَّرَ قَذْفَهَا بِهِ.

متن الخطاب 135 من ستة أشهر، وهو معنى قوله: ومرة لم يلزمه الولد، وقوله بعده: / [و²¹²⁶] مرة قال بنفیه تأكيد لهذا القول، والقول الثاني الفرق بين أن يولد لستة أشهر فأكثر أو لأقل، وهو معنى قوله في المدونة: فمرة ألزمه الولد لكن على أن هذا القول مقيد بكلام ابن القاسم؛ أعني قوله: إلا أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية، وعلى هذا التأويل حمل المدونة ابن رشد وابن لبابة.

تنبيهات: الأول: ظاهر التهذيب أن هذا التقييد لابن القاسم، وأنه ليس من كلام مالك، وقبله المصنف في التوضيح وغيره، وظاهر كلام الأم أنه لما لك، وسيأتي نصه.

الثاني: هذا الخلاف جارٍ، سواء كانت يوم الرؤية ظاهرة الحمل أم لا، ولهذا قال ابن القاسم: وأحب ما فيه إلي إن كان لها يوم الرؤية حمل ظاهر لا يشك فيه أن الولد لاحق. قال في التوضيح: وتفصيل ابن القاسم ظاهر؛ لأنه لا يلزم من لعانه لنفي الحد نفي حمل ظاهر، والظاهر أنه لا يشترط الظهور بل إنما يشترط أن تأتي به لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية، ولو قيل إنه للأول ولو أتت به لستة أشهر؛ لأن وضع الولد لستة أشهر نادر، والأصل إلحاق الولد بالفراش لكان أحسن. انتهى.

قلت: الذي اختاره ابن القاسم في المدونة ظاهر لأنه يقول إن كانت ظاهرة الحمل يوم الرؤية فالولد لاحق به إذا لم يدع الاستبراء يريد ولو أتت به لأكثر من ستة أشهر، وإن لم تكن ظاهرة الحمل، فالذي صدر به ابن القاسم أنه إن أتت به لأقل من ستة أشهر فهو لاحق، وإلا فهو منفي باللعان للرؤية، ونص كلامه الموعود به: قلت: فإن قال رأيتها تزني الساعة ولم أجامعها بعد ذلك، إلا أنني قد كنت جامعتهما من قبل أن أراها فقال مالك يلتعن ولا يلزمه الولد.

قلت: فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من بعد ما التعن أيلزمه؟ قال: نعم؛ لأن الحمل قد كان من قبل أن يراها تزني، وقد اختلف قول مالك فمرة ألزمه الولد ومرة لم يلزمه إياه ومرة قال بنفیه وإن كانت حاملا، وأحب ما فيه إلي أنه إذا رآها تزني وبها حمل ظاهر لا شك فيه أنه يلحق به الولد إذا التعن على الرؤية.

الثالث: قال في التوضيح: فإن قيل في قول ابن القاسم أحب إلي نظر؛ إذ هو موضع الجزم لعظم أمر الأنساب وإنما يقال أحب في باب العبادات؟ قيل إنما حمّله على ذلك اضطراب مدرك الإمام فلم يستطع الجزم بمخالفته. انتهى.

ص: ولا وطء بين الفخذين إن أنزل ش: قال ابن عرفة: الشيخ عن الموازية: من أنكر حمل امرأته بالعزل لم ينفعه، وكذلك/ كل وطء في موضع يمكن وصول المنى للفرج وكذا في الدبر قد يخرج

136

الحديث

2125 س - لحدّه نسخة.

2126 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135 وم 52 ويم 67 والشيخ 123 وما يابى 96.

نص خليل وَوَرِثَ الْمُسْتَلْحِقُ الْمَيِّتَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ حُرٌّ مُسْلِمٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ وَقَلَّ الْمَالُ وَإِنْ وَطِئَ أَوْ أَخَّرَ بَعْدَ عِلْمِهِ بَوْضْعٍ أَوْ حَمْلٍ بِلَا عَذْرِ امْتَنَعَ وَشَهِدَ بِاللَّهِ أَرْبَعًا لِرَأْيِهَا تَزْنِي أَوْ مَا هَذَا الْحَمْلُ مِنِّي.

متن الخطاب منه [للفرج،²¹²⁷] ونحوه مفهوم قول استبرائها إن قال البائع كنت أفاخذ ولا أنزل وولدها ليس مني لم يلزمه. اللخمي: إن أصاب بين الفخذين وشبهه لزمه الولد ولا يلاعن ولا يحد؛ لأن نفيه لظنه [ألا يكون²¹²⁸] عن وطئه حمل. الباجي إثر ذكره ما في الموازية: يبعد وجود الولد من الوطء في غير الفرج ولو صح ما حدث امرأة بحملها ولا زوج لها لجواز كونه من وطء في غير الفرج. انتهى. وقال في التوضيح في قول ابن الحاجب: "ولا يعتمد على الوطء بين الفخذين إن أنزل لاحتمال أن يكون وصل من مائه شيء للفرج" قالوا وكذلك الوطء في الدبر، واستشكل الباجي هذا وقال: "يبعد عندي أن يلحق الولد من غير الوطء في الفرج". انتهى. وقوله استشكل الباجي هذا يعني به الإلحاق بالوطء بين الفخذين والوطء في الدبر لا الأخيرة فقط كما قد يتوهم. والله أعلم.

ص: وورث المستلحق الميت إن كان له ولد حر مسلم أو لم يكن وقل المال ش: انظر ابن غازي وما سيأتي في باب الاستلحاق.

ص: وإن وطئ أو أخر بعد علمه بوضع أو حمل بلا عذر امتنع ش: هذا بالنسبة إلى اللعان لنفي الولد فإن كان اللعان لرؤية فإنه يمتنع اللعان بوطئها بعد الرؤية. قال ابن عرفة: الباجي عن محمد وابن حبيب عن ابن الماجشون: إن ادعى رؤية قديمة ثم قام الآن بها حد، ولم يقبل ابن عرفة ظاهره ولو قال لم أمسها بعد رؤيتها، وقال اللخمي: لم يختلف المذهب إن رآها وسكت ولم يذكر ذلك إلا بعد مدة أو ظهور الحمل إلا أنه لم يصب بعد الرؤية أن له أن يلاعن. انتهى.

قلت: يقيّد الأول بما إذا كان قد وطئ كما هو المتبادر منه ويتفق النقلان، ويفهم منه أنه إذا وطئ بعد الرؤية لم يكن له أن يلاعن ولا ينفي الولد وهو ظاهر، وقد صرح به ابن الحاجب وقبله في التوضيح.

ص: وشهد بالله أربعا ش: قال ابن عرفة: شرط اللعان ثبوت الزوجية إلا أن يكونا طارئين. انتهى مختصرا بالمعنى.

فرع: قال ابن عرفة: المتيطي: إذا ثبتت مقالتهما وزوجيتهما سجنه الإمام. الباجي: اختلف في سجنه فسألت أبا عمران بن عبد الملك فقال يسجن لقول مالك فيها أنه قاذف. انتهى. ونقله في التوضيح. تنبيه: قال ابن الحاجب: وصفته أن يقول أربع مرات أشهد بالله، وقال [محمد يزيد²¹²⁹] الذي لا إله إلا هو. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: وظاهر كلام المؤلف أنه اختلف ابتداء هل يزيد الذي لا إله إلا هو؟ وظاهر ما حكاه غيره أنه يقوله، وإنما الخلاف إذا تركه خليل وفيه نظر، فقد

الحديث

2127 * - في المطبوع ويم 67 الفرج وما بين المعقوفين من م 52 والشيخ 123 وما يابى 96 وسيد 23.
2128 - في المطبوع أن (وفي الشيخ 124 لظنه أن يكون) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 136 وم 52 ويم 67 وما يابى 96.
2129 - في المطبوع بن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 136 ويم 68 والشيخ 124 (وفي ما يابى 97 وم 52 يريد).

نص خليل

وَوَصَلَ خَامِسَتَهُ بَلْعَنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ أَوْ إِنْ كُنْتُ كَذَبْتُهَا وَأَشَارَ الْأُخْرُسُ أَوْ كَتَبَ وَشَهِدَتْ مَا رَأَيْتُ أَوْ مَا زَنَيْتُ أَوْ لَقَدْ كَذَبَ فِيهِمَا وَفِي الْخَامِسَةِ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ وَوَجِبَ أَشْهَدُ وَاللَّعْنُ وَالْغَضَبُ وَبِأَشْرَفِ الْبَلَدِ وَبِحُضُورِ جَمَاعَةٍ أَقْلَهَا أَرْبَعَةٌ وَتُذِيبُ إِثْرَ صَلَاةٍ وَتُخَوِّفُهُمَا وَخُصُوصًا عِنْدَ الْخَامِسَةِ وَالْقَوْلُ بِأَنَّهَا مُوجِبَةُ الْعَذَابِ وَفِي إِعَادَتِهَا إِنْ بَدَأَتْ خِلَافٌ وَلَاعَنْتِ الذَّمِّيَّةُ بِكَيْسِيَّتِهَا وَلَمْ تُجْبَرْ [وَإِنْ أَبَتْ أُدْبِتَ] ²¹³⁰ س [وَرُدَّتْ لِمِلَّتِهَا كَقَوْلِهِ وَجَدْتُهَا مَعَ رَجُلٍ فِي لِحَافٍ وَتَلَاعَنَّا إِنْ رَمَاهَا بِغَضَبٍ أَوْ وَطِئَ شُبْهَةً وَأَنْكَرْتُهُ أَوْ صَدَّقْتُهُ وَلَمْ يَثْبُتْ وَلَمْ يَظْهَرْ وَتَقُولُ مَا زَنَيْتُ وَلَقَدْ غُلِبْتُ وَإِلَّا التَّعَنَ فَقَطْ كَصَغِيرَةٍ تُوطَأُ وَإِنْ شَهِدَ مَعَ ثَلَاثَةِ التَّعَنَ ثُمَّ التَّعَنَتْ وَحَدَّ الثَّلَاثَةُ لَا إِنْ تُكَلَّتْ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِزَوْجِيَّتِهِ حَتَّى رُجِمَتْ.

متن الخطاب

ذكر المتيطي وابن شاس القولين كما [ذكر] ²¹³¹ المصنف. انتهى.

قلت: والظاهر ما قاله ابن عبد السلام، وسيأتي للمصنف في باب الشهادات أن اليمين في كل حق بالله الذي لا إله إلا هو، فيحمل كلام المتيطي وابن شاس على ما قاله ابن عبد السلام. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: للخصمي: في لزوم إني لمن الصادقين قولان للموازاة ولها، والصواب الأول لوروده في القرآن. انتهى. فينبغي أن لا يترك.

ص: ووصل خامسته بلعنة الله عليه ش: أشار بقوله: "بلعنة الله" إلى أنه لا يتعين أن يقول إن لعنة الله. قال في التوضيح: ولكن/ ينبغي أن يكون ذكرها أولى، ومقتضى كلامه أن يحلف في الخامسة كما حلف في الأيمان قبلها ويزيد فيها اللعنة، وتفعل المرأة ذلك وتزيد الغضب، وهو الذي صرح به في كتاب محمد خلاف ما قال القابسي. انظر ابن عرفة.

ص: بأشرف البلد ش: قال القرطبي في سورة النور: اللعان يفتقر إلى أربعة أشياء عدد الألفاظ وهي أربع شهادات، والمكان وهو أن يقصد به أشرف البقاع بالبلد إن كان بمكة فعند الركن والمقام، وإن كان بالمدينة فعند المنبر، وببيت المقدس فعند الصخرة، وإن كان في سائر البلدان ففي مساجدها، وإن كانا كافرين بعث بهما إلى الموضع الذي يعتقدان تعظيمه إن كانا يهوديين فالكنيسة أو مجوسيين فبيت [النار] ²¹³² وإن كان لا دين لهما مثل الوثنيين ففي مجلس حكمه، والوقت وذلك بعد صلاة العصر والجمع وذلك بأن يكون هناك أربعة أنفس فصاعدا، فاللفظ وجمع الناس مشروطان، والزمان والمكان مستحبان. انتهى. وقال قبله: إذا فرغ المتلاعنان من تلاعنهما جميعا تفرقا وخرج كل واحد منهما من باب المسجد الجامع غير الباب الذي يخرج منه صاحبه، ولو خرجا من باب واحد لم يضر لعانهما، ولا خلاف أنه لا يكون اللعان إلا في مسجد جامع [تجمع] ²¹³³ فيه الجمعة بحضرة السلطان أو من يقوم مقامه من الحكام.

ص: وتخويفهما وخصوصا عند الخامسة ش: نحوه لابن الحاجب، وقبله شراحه، وقال ابن

الحديث

²¹³⁰ س - ولم تجبر وأدبت نسخة.

²¹³¹ * - في المطبوع ذكره وما بين المعقوفين من م 52 ويم 68 والشيخ 124 وما يابى 97 وسيد 23.

²¹³² - في المطبوع المقدس وما بين المعقوفين من ن عدود ص 137 وم 52 ويم 68 والشيخ 125 وما يابى 97.

²¹³³ * - في المطبوع والشيخ 125 وسيد 24 يجمع وما بين المعقوفين من م 53 وما يابى 97 ويم 68.

نص خليل وإن اشترى زوجته ثم [ولدت²¹³⁴ س] لستة فكالأمة ولأقل فكالزوجة.

138 عرفة: ابن شعبان: يخوفان قبل/ اللعان ويذكران عذاب الآخرة، يقال للرجل أنت تجلد ويسقط إثمك، ويقال لها نحو ذلك.

قلت: في¹ صحيح مسلم في رواية ابن عمر فأنزل الله هذه الآيات: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾ فتلاهن عليه ووعظه وذكره وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة فقال: لا والذي بعثك بالحق ما كذبت عليها، ثم دعاها فوعظها وأخبرها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة. عياض: حديث مسلم سنة في وعظ المتلاعنين يعظ كلا منهما بعد تمام الرابعة قبل الخامسة، وقول ابن الحاجب: "يستحب تخويفهما وخصوصا عند الخامسة" لا أعرفه. إلا ما عزاه عياض للشافعي، وظاهره أنه غير المذهب. انتهى.

ص: وإن اشترى زوجته ثم ولدت لستة فكالأمة ولأقل فكالزوجة ش: لما قدم أن اللعان في الزوجة دون الأمة ذكر هذه المسألة؛ لأنها مركبة من القسمين وهي إذا اشترى زوجته الأمة ثم ظهر بها حمل فنفاه فإن ولدت لدون ستة أشهر فهو للنكاح وحكمها حكم الزوجة فلا ينتفي إلا بلعان، وإن وضعته لستة أشهر فأكثر من يوم الشراء فحكمها حكم الأمة له أن ينفيه بغير لعان. هذا إن أقر أنه وطئها بعد الشراء واستبرأها بحيضة، وأما إن أقر أنه لم يطأها بعد الشراء فالولد للنكاح، ولا ينتفي إلا بلعان، وهذا مقيد بما إذا لم يعلم أنها كانت حاملا يوم الشراء، فإن علم أنها كانت حاملا يوم الشراء لم ينفيه إلا بلعان. قاله في التوضيح.

تنبيهان: الأول: قال في التوضيح: وهذا مقيد بما إذا لم يطأها؛ يعني بعد رؤية الحمل. انتهى. قلت: وهذا لا يحتاج إليه؛ لأنه قد تقرر أولا أنه إذا وطئ، بعد علمه بالحمل لم يكن له أن يلاعن بعد ذلك.

الثاني: قال في التوضيح أيضا: قولهم إنها إذا ولدت لستة أشهر فأكثر أن له نفيه بغير لعان يريدون بغير يمين. انتهى.

قلت: وهذا مخالف لما سيقوله في باب أم الولد. والله أعلم. وفي بعض نسخ التوضيح بغير يمين، وقال ابن عرفة: قال ابن حبيب عن أصبغ: من اشترى زوجته حاملا أو غير ظاهرة الحمل وأنت به لأقل من ستة أشهر من الشراء. سحنون: أو لأكثر وأقر أنه ما وطئها بعد الشراء فحملها للنكاح.

1 - عن سعيد بن جبيرة قال سئلت عن المتلاعنين في امرأة مصعب أيفرق بينهما قال فما دريت ما أقول فمضيت إلى منزل ابن عمر بمكة فقلت للغلام استأذن لي قال إنه قائل فسمع صوتي قال ابن جبيرة قلت نعم قال ادخل فوالله ما جاء بك هذه الساعة إلا حاجة فدخلت فإذا هو مفترش برذعة متوسد وسادة حشوها ليف قلت أبا عبد الرحمن المتلاعنان أيفرق بينهما قال سبحان الله نعم إن أول من سأل عن ذلك فلان بن فلان قال يا رسول الله أرأيت أن لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف يصنع إن تكلم تكلم بأمر عظيم وإن سكت سكت على مثل ذلك قال فسكت النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجبه فلما كان بعد ذلك أتاه فقال إن الذي سألتك عنه قد ابتليت به فأنزل الله عز وجل هؤلاء الآيات في سورة النور والذين يرمون أزواجهم فتلاهن عليه ووعظه وذكره وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة قال لا والذي بعثك بالحق ما كذبت عليها ثم دعاها فوعظها وذكرها وأخبرها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة قالت لا والذي بعثك بالحق إنه لكاذب فبدأ بالرجل فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين ثم ثنى بالمرأة فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ثم فرق بينهما، مسلم في صحيحه، كتاب اللعان، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 1493.

الحديث

نص خليل

وَحُكْمُهُ رَفْعُ الْحَدِّ أَوْ الْأَدَبِ فِي الْأَمَةِ وَالذَّمِّ وَإِيجَابُهُ عَلَى الْمَرْأَةِ إِنْ لَمْ تُلَاعِنَ وَقَطْعُ نَسَبِهِ وَبِلْعَانِهَا تَأْيِيدُ حُرْمَتِهَا وَإِنْ مُلِكَتْ أَوْ أَنْفَشَ حَمْلُهَا وَلَوْ عَادَ إِلَيْهِ قَبْلَ كَالْمَرْأَةِ عَلَى الْأَظْهَرِ وَإِنْ اسْتَلْحَقَ أَحَدَ [التَّوَامَيْنِ] ²¹³⁵ لَحِقًا وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا سِتَّةٌ فَبَطْنَانِ.

متن الخطاب

سحنون: ولو لخمس سنين وإلا فهو للملك، وقول ابن الحاجب: "إن ولدت لسته أشهر فأكثر [فحكمها] ²¹³⁶ فيه حكم الأمة" ظاهره ولو أقر بعدم الوطء بعد الشراء، ولذا قال ابن عبد السلام لما قرر كلامه هذا إن لم يطأها السيد بعد الشراء. وهذه غفلة. فتأمل. انتهى.

ص: وحكمه رفع الحد ش: اعلم أنه يترتب على اللعان ستة أحكام ثلاثة على لعانه وثلاثة على لعانها فالثلاثة التي تترتب على لعانه الأول سقوط الحد عنه إن كانت الزوجة/ حرة مسلمة والأدب إن كانت نصرانية أو أمة. الثاني إيجابه على المرأة إن لم تلacen الثالث قطع النسب، والثالث التي على لعانها سقوط الحد عنها والفراق وتأبيد حرمتها، وقيل في الأخيرين إنهما يترتبان على لعانه. والله أعلم.

139

ص: وإن استلحق أحد توأمين لحقا ش: يعني أن حكم التوأمين حكم الولد الواحد فلا يمكن لحوق أحدهما ونفي الآخر. قال في التوضيح: وكذلك إذا لاعن لأولهما خروجا انتفى الثاني بذلك اللعان، ومتى استلحق أحدهما لحق الآخر وحد، فإن نفى أحدهما وأقر بالآخر حد ولم ينتف شيء. انتهى مختصرا. والتوأمين كما قال ابن عرفة ما ليس بين وضعهما ستة أشهر. انتهى. وقال في المدونة: قال ابن القاسم وإذا ولدت المرأة ولدين في بطن أو وضعت ولدا ثم وضعت آخر بعده بخمسة أشهر فهو حمل واحد، فإن أقر الزوج بأحدهما ونفى الآخر حد ولحقا به جميعا. انتهى. والمسألة من كلام مالك كما في الأم، وإن كان البراذعي عزاها لابن القاسم.

فائدة: قال ابن الحاجب هنا: إن توأما الملاعنة شقيقان. قال في التوضيح: وهو المشهور، وقال المغيرة إنهما يتوارثان لأم كالمشهور في توأمي الزانية والمغتصبة خلافا لابن نافع في قوله إن توأما الزانية شقيقان، وأما توأما المسبية والمستأمنة فإنهما يتوارثان لأب وأم. قاله في البيان. انتهى كلام التوضيح. وكلام البيان المشار إليه هو في أول كتاب اللعان منه وعزا مقابل المشهور في المغتصبة لابن القاسم في سماع يحيى من كتاب الاستلحاق، وسيقول المصنف في باب الفرائض: "ولا يرث ملاعن وملاعنة وتوأمها شقيقان". انتهى. والله أعلم.

ص: وإن كان بينهما ستة فبطنان ش: يعني أنه إذا كان بين الولدين ستة فليسا بتوأمين بل هما بطنان، قال في المدونة: وإن وضعت الثاني لسته أشهر [فأكثر] ²¹³⁷ فهما بطنان فإن أقر بالأول ونفى الثاني وقال لم أطأ بعد ولادة الأول لاعن ونفى الثاني إذ هما بطنان، فإن قال لم أطأها من بعد ما

الحديث

²¹³⁵ س - أحذوهمين نسخة.

²¹³⁶ * - في المطبوع ومايأبى 98 ويم 68 وسيد 24 فحكمه وما بين المعقوفين من م 53 وهو الذي في التوضيح ج 2

ص 339.

²¹³⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 139 وم 53 ويم 69 والشيخ 126 ومايأبى 98.

نص خليل إلاً أنه قال إن أقر بالثاني وقال لم أطأ بعد الأول سئل النساء فإن قلن إنه قد يتأخر هكذا لم يحد.

متن الخطاب ولدت الأول وهذا الثاني ولدي فإنه يلزمه لأن الولد للفراش [ويسئل²¹³⁸] النساء، فإن قلن إن الحمل يتأخر هكذا لم يحد وكان بطناً واحداً، وإن قلن لا يتأخر حد ولزمه الولد، وهذا هو الذي أشار إليه المصنف بقوله:

ص: إلاً أنه قال إن أقر بالثاني وقال لم أطأ بعد الأول سئل النساء فإن قلن إنه يتأخر هكذا لم يحد ش: يعني أن مالكا رحمه الله بعد أن قال إنهما إذا كان بينهما ستة أشهر فهما بطنان، وفرع على ذلك الفرع الأول في المدونة الذي لم يذكره المصنف وهو ما إذا أقر بالأول ونفى الثاني، وقال لم أطأ بعد ولادة الأول قال إنه يلاعن الثاني، ذكر هذا الفرع الثاني الذي ذكره المصنف - أعني إذا أقر بالثاني يريد مع إقراره بالأول وقال لم أطأ بعد الأول فقال إنه يسأل النساء، فإن قلن إن الحمل قد يتأخر هكذا لم يحد، وإن قلن لا يتأخر حد، وإنما لم يحد إذا قلن يتأخر لعدم نفيه إياه بقوله لم أطأها بعد وضع الأول لجواز أن يكون ناشئاً عن الوطء الذي كان عنه الأول عملاً [بقولهم يتأخر²¹³⁹] وإذا قلن لا يتأخر فيحد لنفيه إياه بقوله: "لم أطأها بعد وضع الأول والحال أن بينهما ستة أشهر وانضم إلى ذلك قول النساء إن الحمل لا يتأخر هكذا، وهذا كالمخالف لما قاله أولاً، وإلى هذا الاستشكال أشار المصنف بأداة الاستثناء كابن الحاجب، ولم يذكر الفرع الأول من كلام المدونة لجريه على الأصل المذكور - أعني كونهما بطنين - ووجه الاستشكال أنه جزم أولاً بأنه إذا كان بينهما ستة أشهر فهما بطنان.

ثم قال ثانياً: يسأل النساء، فيقال إن كانت الستة كافية في الدلالة على كونهما بطنين كما قال في الفرع الأول فلا يسأل النساء في الفرع الثاني ويحد؛ لأنه قد نفاه بقوله لم أطأ بعد الأول وأكذب نفسه باستلحاقه، وإن لم تكن كافية فيسأل النساء أيضاً في الفرع الأول، فإن قلن إنه يتأخر هكذا حد ولم يلاعن كما لو وضعت لأقل من ستة، وأجاب ابن عرفة بأن ذلك كاف حيث لا يعارض أصلاً، / ولا يكفي حيث يعارض أصلاً، وهو في المسألة الثانية يعارض أصلاً وهو درأ الحد بالشبهة. انتهى. وإلى هذا الاستشكال والجواب أشار الشيخ أبو الحسن الصغير [فإنه²¹⁴⁰] قال: جزم أولاً بجعلهما بطنين، ثم قال يسأل النساء، وإنما قال يسأل النساء، ولم يجزم كالتي قبلها لأجل حد الزوج حد القذف؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات. انتهى.

تنبيه: هذا الذي فرضناه في تقرير المسألة من أنه أقر بالأول أيضاً هو الذي يفهم من لفظ الأم ونصه: قلت: فإن وضعت الثاني لستة أشهر أتجعله بطناً واحداً؟ قال: بل هما بطنان. قلت: فإن قال لم أجامعها بعد ما ولدت الولد الأول؟ قال: يلاعنها وينفي الثاني. قلت: فإن قال لم أجامعها بعدما ولدت الولد الأول، ولكن هذا الثاني ابني؟ قال: يلزمه الولد، ويسأل النساء فإن كان الحمل يتأخر هكذا لم أر أن يجلد، وإن قلن لا يتأخر إلى مثل هذا جلده الحد، وقد سمعت غير واحد يذكر أن الحمل يكون واحداً ويكون بين وضعهما الأشهر. انتهى. وصرح بذلك الشيخ أبو محمد في اختصاره

2138 * - في المطبوع وسئل وما بين المعقوفين من م 53 وما يابى 98.

2139 - في المطبوع بقولهم لا يتأخر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 139 وم 53 ويم 69 والشيخ 126 وما يابى 99.

2140 * - في المطبوع وسيد 24 بأنه وما بين المعقوفين من م 54 والشيخ 127 وما يابى 99 ويم 69.

نص خليل باب تَعْتَدُ حُرَّةٌ وَإِنْ كِتَابِيَّةٌ أَطَاقَتْ الْوَطْءَ.

متن الخطاب

للمدونة فقال ولو أقر بالثاني. محمد: وبالأول وقال لم أطأها بعد الأول لحق الثاني ويسأل النساء الخ وكذلك نقله اللخمي فقال وإن أقر بهما جميعا وقال لم أجامعها بعد ما ولدت الأول يسأل النساء إلى آخره، وما ذكرناه في وجه الاستشكال وفي جوابه هو الذي قاله ابن عرفة، وهو المفهوم من كلام أبي الحسن، وهو الظاهر كما تقدم، وحمل ابن عبد السلام المسألة على أنه إنما أقر بالثاني بعد أن نفى الأول ولاعن فيه، وقرر الإشكال في كلام ابن الحاجب المدلول عليه بالاستثناء بأنه إذا قال النساء يتأخر كان كما لو ولدا في وقت واحد، أو كان بينهما أقل من ستة أشهر.

وقد قال في هاتين الصورتين إن أقر بأحدهما ونفى الآخر حد ولحقا به، فكذا يجب الحكم [فيما شاركهما²¹⁴¹]، وقبله في التوضيح، وكذا الشارح زاد في التوضيح: وكأنه إنما أسقط الحد لأن قول النساء لا يحصل به القطع فكان ذلك شبهة تسقط الحد. ثم قال: ويرد هذا أنه لو كان كذلك لزم أيضا سقوط الحد إذا قلنا إنه لا يتأخر؛ لأن قولهن لا يحصل القطع، وقد نص في المدونة على وجوب الحد في ذلك. انتهى. والظاهر في المسألة التي فرضها ابن عبد السلام أنه إذا نفى الأول ولاعن فيه وأقر بالثاني وقال لم أطأ بعد الأول أنه يحد ولا يسأل النساء؛ لأن الولد الثاني قد أقر به بعد أن نفاه فيحد على كل حال. والله أعلم.

ص: باب تعتد حرة ش: قال ابن عرفة: دليل براءة الرحم عدة واستبراء [والعدة²¹⁴²] مدة منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه فيدخل مدة منع من طلق رابعة نكاح غيرها إن قيل هو له عدة، وإن أريد إخراجها قيل مدة منع المرأة النكاح إلى آخره، وفي مسائل استبرائها إطلاق لفظه عليها مجازا، وفيها التصريح بأن مدة منعه للفسخ عدة، وقولها: "إن علم بعد وفاته فساد نكاحه، وأنه لا يقر بحال فلا إحداد عليها ولا عدة وعليها ثلاث حيض استبراء" معناه لا عدة وفاة، وأطلق الاستبراء على عدة الفسخ مجازا لأنه خير من الاشتراك. انتهى كلامه.

قلت: الذي يظهر أن في حده للعدة دورا؛ لأن معرفة مدة منع النكاح متوقفة على معرفة العدة فإنه قد تقدم أن من موانع النكاح كون المرأة معتدة، [وإذا²¹⁴³] توقفت معرفة كونها معتدة على معرفة كونها ممنوعة من النكاح فقد جاء الدور. فتأمل. فالأولى أن تعرف العدة بأنها المدة التي جعلت دليلا على براءة الرحم لفسخ النكاح أو لموت الزوج أو طلاقه، وقد قال ابن عرفة في حد الاستبراء إنه: مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق. فتأمل. وأما تسمية مدة منع الزوج من النكاح إذا طلق الرابعة أو طلق أخت زوجه أو من يحرم الجمع بينهما عدة فلا/ شك أنه مجاز، فلا ينبغي إدخاله في حقيقة العدة الشرعية. والله أعلم. فإن قيل يخرج من هذا الحد عدة الصغيرة التي لا يوطأ مثلها من الوفاة لتيقن براءة رحمها، وكذلك من علم أن الزوج لم يدخل بها؟ فالجواب أن عدة الوفاة إنما شرعت فيمن علم أن الزوج لم يدخل بها احتياطا لبراءة الرحم؛ لأنه لو ظهر بها حمل وادعاه الزوج لحق

141

الحديث

2141 * - في المطبوع في إشراكهما وما بين المعقوفين من م 54 وما يابى 99 وابن غاز، ص 562، ج 1 وزاد في المعنى.

2142 - في المطبوع العدة وم 54 ويم 70 والشيخ 127 وما يابى 99 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 140.

2143 - في المطبوع إذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 140 (وفي م 54 ويم 70 والشيخ 128 وما يابى 100 فإذا).

بخلوة بالغ غير مجبوب أمكن شغلها منه وإن ثقياء وأخذوا بإقرارهما لا بغيرها إلا أن تُقر به أو يظهر حمل ولم ينفه بثلاثة أقراء أطهار وذو الرق قرآن والجميع للاستبراء لا الأول فقط على الأرجح.

نص خليل

به، فالعدة واجبة لتيقن براءة الرحم، وهذه العلة ظاهرة فيمن يوطأ مثلها، ولكن لما لم يكن [في قدر سن²¹⁴⁴ من] يوطأ مثلها حد يرجع إليه من الكتاب والسنة حمل الباب محملا واحدا، فوجبت العدة على من كانت في المهد حسما للباب، فعلم أن أصل وجوب العدة إنما هو للدلالة على براءة الرحم، ولا يضر عدم وجود العلة في بعض الصور. فتأمل. والله أعلم.

متن الخطاب

تنبيه: قال ابن عبد السلام: ويجب الاعتناء بالعدة؛ لأن الله سبحانه أكد ذلك بقوله: ﴿وأحصوا العدة﴾ على خلاف بين المفسرين من المخاطب بذلك هل الحكام أو المطلقون وهو الأظهر، أو المطلقات؟ واختار بعضهم أن الأمر بالإحصاء يتناول الجميع؛ لأن لكل واحد منهم تعلقا بذلك. انتهى.

ص: **بخلوة بالغ ش:** أي بسبب خلوة بالغ وهي إرخاء الستور فلو لم تكن خلوة لا عدة وهو كذلك وهي المطلقة قبل البناء. قال في التوضيح: فرع: قال في المدونة: ولو كان معها نساء حين دخل وانصرف بمحضرهن فلا عدة عليها، الباجي: وكذلك امرأة. انتهى. وقال ابن عبد السلام إثر كلام الباجي: هذا صحيح لأن الخلوة قد فقدت. انتهى. ونقل الشيخ أبو الحسن في الكبير كلام الباجي عن ابن يونس، ونصه: ابن يونس: قال بعض أصحابنا وامرأة واحدة فأكثر في ذلك سواء؛ لأن الخلوة لم تثبت. الشيخ: وهذا إذا كانت المرأة الواحدة أو النساء من أهل العفاف والصيانة، وأما إن كانت المرأة أو النساء من شرار الناس فعليها العدة؛ لأنهن لا يمتنعن الخلوة. انتهى. وقوله: "بالغ" احتراز من غير البالغ وإن قوي على الجماع، فإن قيل ما الفرق بين الصغيرة التي لا تطيق الوطء تجب عليها العدة، والصغيرة الذي لا يطيق الوطء لا عدة في وطنه؟ قيل لأن الصبي لا ماء له قطعا فلا يولد له قطعا، ونفي الولد عن الصغيرة المطيقة للوطء لا يبلغ القطع، فوجبت العدة للاحتياط. قاله ابن عرفة. وقال اللخمي: وذكر بعض أهل العلم أنه رأى جدة بنت إحدى وعشرين سنة، وعرفت أن في بلاد مكة مثل ذلك كثيرا كاليمين. انتهى.

ص: **أمكن شغلها ش:** الشغل فيه أربع لغات ضم أوله وتسكين ثانيه، وضمهما معا، وفتح أوله وتسكين ثانيه، / وفتحهما معا. قاله في الصحاح.

142

ص: **وذا ذوق قرآن ش:** قال في تهذيب الأسماء: القرء بفتح القاف وضمها لغتان حكاها القاضي عياض وأبو البقاء أشهرهما الفتح، وهو الذي قاله جمهور أهل اللغة واقتصروا عليه. ص: **والجميع للاستبراء لا الأول فقط على الأرجح ش:** فائدة الخلاف تظهر في الذمية، فعلى القول إن الجميع للاستبراء يلزمها الثلاث، وعلى الثاني يختلف هل يلزمها جميع الثلاثة أولا على الخلاف في خطابهم بفروع الشريعة، وإنما قال المصنف: "لا الأول" لثلا يتوهم أن مقابل الأرجح يقول

الحديث

نص خليل وَلَوْ اعْتَادَتْهُ فِي كَالسَّنَةِ أَوْ أَرْضَعَتْ.

متن الخطاب اثنتان للاستبراء وواحدة للتعبد، ورجح عبد الحق قول بكر القاضي، وهو مقابل الأرجح نقله في التوضيح. والله أعلم.

ص: ولو اعتادته في كالسنة ش: ما ذكره المصنف من انتظار هذه المرأة الحيض هو المشهور، وقيل تحل بانقضاء السنة. حكاه ابن الحاجب، فأشار المصنف بلو إلى مقابل المشهور الذي حكاه ابن الحاجب من أنها تحل بانقضاء السنة، وقد أنكره ابن عبد السلام والمصنف، وقال ابن عرفة ابن رشد عن محمد من حيضتها لسنة أو أكثر عدتها سنة بيضاء إن لم تحض لوقتها، وإلا فأقراؤها ولا مخالف له من أصحابنا، فتعقب شارحي ابن الحاجب نقله عدم [اعتبار انتظار²¹⁴⁵] الأقراء بانفراده²¹⁴⁶ [به] حسن. انتهى.

قال في التوضيح: ويمكن أن يريد به المصنف أنها تحل بثلاثة أشهر، لكن هذا القول إنما حكاه أشهب عن طاوس. انتهى. قال في التوضيح: وعلى الانتظار فقال محمد إن لم تحض عند مجيئها حلت وإن حاضت من الغد. انتهى.

وقال ابن عبد السلام: وإذا فرعنا على القول الأول -يعني الانتظار- فقالوا إذا طلقت تربصت سنة فإن جاء فيها وقت الحيض ولم تحض حلت للأزواج، وإن لم يجيء وقتها في هذه السنة طلبت وقتها بعد السنة، فإن جاء وقتها أيضا ولم تحض حلت، وإن جاء وقتها فحاضت اعتدت بقرء واحد، ثم تفعل في الثاني والثالث كما في الأول. قال ابن المواز: إذا كان وقت حيضتها بعد تمام السنة فلم تحض عند مجيئها حلت وإن حاضت من الغد. قال اللخمي: وليس هذا أصل المذهب؛ لأن الحيض يتقدم ويتأخر، وإنما قال هذا مراعاة للخلاف الذي ذكره أشهب في مدونته عن طاوس أنه قال يكفيها ثلاثة أشهر. انتهى.

تنبيه: قال ابن عبد السلام: مرادهم بالمعتادة في هذا الباب خلاف مرادهم في كتاب الحيض؛ لأن المعتادة هنا هي التي شأنها أن ترى دم الحيض، سواء كان عدد أيامه في جميع الشهر متساويا، ومحله من الشهر الذي يكون فيه واحدا أو اختلف ذلك، والمعتادة في كتاب الحيض أخص من هذا؛ وهي التي لا تختلف أيامها بالاعتبارين، أو يكون لها عادتان. انتهى. والله أعلم.

ص: أو أَرْضَعَتْ ش: معطوف على ما في حيز لو وظاهره وجود الخلاف في ذلك، وحكى ابن الحاجب الاتفاق عليه، ونقل ابن عرفة عن ابن يونس الإجماع، ونصه: ومتأخرته لرضاع بإقرائها. الصقلي: إجماعا. انتهى. ومعنى كلام المصنف أنها تعتد بالقرء ولو كانت ترضع فتأخر حيضها لسبب الرضاعة فإن عليها أن تنتظر الحيض حتى تظم ولدها، فإن لم تحض من يوم فطمته حتى مضت سنة حلت، وإن رأت في آخرها الدم اعتدت بقرء، وكذا تفعل في الثاني والثالث. ابن عبد السلام: هذا إذا كانت المرضع لا ترى الدم في مدة رضاعها، وأما إن رآته فلا شك أنها تعتد بتلك الأقراء والأمة في ذلك كالحررة. انتهى. والله أعلم.

الحديث

2145 - في المطبوع اعتباره انتظار ومايأبى 101 وم 54 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 142 ويم 71 (وفي الشيخ 129 عدم انتظار الأقراء).

2146 - ساقطة من المطبوع وم 54 ويم 71 والشيخ 129 ومايأبى 101 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 142.

نص خليل أو استُحيِضَتْ وَمَيِّزَتْ وَلِلزَّوْجِ انْتِزَاعُ وَلَدِ الْمُرْضِعِ فِرَارًا مِنْ أَنْ تَرْتُهُ أَوْ لِيَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا أَوْ رَابِعَةً إِذَا لَمْ يَضُرَّ بِالْوَلَدِ وَإِنْ لَمْ تُمَيِّزْ أَوْ تَأْخُرَ بِلَا سَبَبٍ أَوْ مَرَضَتْ تَرَبَّصَتْ [تِسْعَةَ أَشْهُرٍ²¹⁴⁷] ثُمَّ اعْتَدَتْ بِثَلَاثَةٍ.

متن الخطاب 143 ص: أو استحيضت وميزت ش: هو أيضا معطوف على ما في حيز لو، والخلاف في هذا موجود لما لك/ في روايتين؛ إحداهما اعتبار الحيض المميز، واختارها ابن القاسم، والثانية أنها كالمرتابة تعتد بالسنة، واختارها ابن وهب. نقله في التوضيح وغيره. والله أعلم. وقوله: "وميزت" قال في التوضيح وغيره: وتمييزه برائحته ولونه. وقال ابن المواز: بكثرته؛ أي إن دم الحيض كثير ودم الاستحاضة قليل. انتهى.

ص: وللزوج انتزاع ولد المرضع ش: ابن عبد السلام: وغلبوا حق الرجل على حق المرأة في النفقة والسكنى؛ لأنه إنما كان ذلك لها بسبب العدة التي هي من حق الرجل، وظاهر كلامهم أنه يشترط أن يظهر في ذلك معنى مقصود الرجل. انتهى. قال ابن رشد في رسم كتاب سعد في الطلاق من سماع ابن القاسم من طلاق السنة: وليس للأب أن ينتزعه منها إلا أن يتبين صدق قوله ويعلم أنه لم يرد بذلك الضرر. انتهى.

فروع: الأول: قال في الرسم المذكور إذا كان الولد لم يعلق بأمه فلألم أن تطرحه للأب إن شاءت إذ ليس يجب عليها إرضاعه إذا كان للأب مال وهو يقبل ثدي غيرها. انتهى. وهذا الذي قاله ابن رشد مشكل، فإن الرجعية يجب عليها الرضاع كما صرح به في كتاب الرضاع من المدونة، وسيصرح به المصنف في فصل النفقات.

الثاني: إذا كان غرض الأب بالانتزاع إسقاط النفقة والكسوة فله ذلك؛ لأنهم قالوا له أن ينتزع لثلا ترته [فيكون²¹⁴⁸] له ذلك لأجل إسقاط النفقة من باب أولى؛ لأن مصلحة الميراث لغيره ومصلحة النفقة له. هذا الذي يظهر. والله أعلم.

الثالث: قال ابن فرحون في شرحه: إذا انتزع ولده ومات فله أن يمنعها من أن ترضع ولد غيره بأجر أو بغير أجر؛ لأن مقصوده لا يحصل إلا بمنعها من الرضاع جملة، وحقه مقدم على حقها في النفقة والسكنى. انتهى.

ص: وإن لم تميز ش: أي تربصت سنة، ولا خلاف في ذلك.

ص: أو تأخر بلا سبب أو مرضت تربصت تسعة ثم اعتدت بثلاثة ش يعني أن المرأة إذا رأت الحيض ولو مرة في عمرها، ثم انقطع عنها سنين ثم طلقت فإن [عدتها²¹⁴⁹] الأقراء، فإن أتمتها وإلا تربصت سنة. قاله في التوضيح، وسيأتي كلامه عند قول المصنف: "كعدة من لم تر الحيض"، وقال في كتاب طلاق السنة من المدونة: وإذا بلغت المرأة الحرة عشرين سنة أو ثلاثين ولم تحض فعدتها في

²¹⁴⁷ نس - تسعة ثم اعتدت نسخة.

²¹⁴⁸ - في المطبوع فلا يكون وم 55 ويم 71 والشيخ 130 (وفي ما يابى 102 فلان يكون) وما بين المعقوفين من ن عدود

ص 143.

²¹⁴⁹ - في المطبوع لم تأتها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 143 وم 55 ويم 71 والشيخ 130 وما يابى 102.

كَعِدَّةٍ مِّنْ لَّمْ تَرَ الْحَيْضَ وَالْيَأْسَ.

نص خليل

الطلاق ثلاثة أشهر، ولو تقدم لها حيض مرة لطلبت الحيض، فإن [لم ياتها²¹⁵⁰] اعتدت سنة من يوم الطلاق؛ تسعة أشهر براءة لتأخير الحيض، ثم ثلاثة أشهر عدة. انتهى. قال أبو الحسن: قال ابن المواز إلا أن تعتد بالسنة من زوج قبله فتصير ممن عدتها ثلاثة أشهر حتى يعاودها حيض فتطالب به أو تعاود السنة. ابن يونس: ووجهه أنها لما حبست أولا تسعة أشهر [لريبة²¹⁵¹] غالب مدة الحمل صارت من أهل الاعتداد بالشهور فلا تنتقل عنها إلا أن يعاودها حيض. انتهى.

متن الحطاب

تغبيها: الأول: ما ذكره المصنف أنها إذا تأخر حيضها بلا سبب تربصت سنة، / ظاهره سواء كانت حرة أو أمة، وهو المشهور، وقال أشهب تمكث الأمة أحد عشر شهرا تسعة استبراء وشهرين [لعدة²¹⁵²] قال في التوضيح: وهو الظاهر؛ لأن الثلاثة الأشهر [إنما²¹⁵³] لم [تتشطر²¹⁵⁴] في حق الأمة على المشهور لأجل أن الحمل لا يظهر في أقل منها، وههنا قد حصل قبلها تسعة، ويمكن أن يدخل هذا في قول المصنف: "ولو برق".

144

الثاني: قال في رسم استأذن من سماع عيسى من طلاق السنة والاستبراء من الريبة في الوفاة بعد العدة وفي الطلاق قبل العدة: يقال للحر والأمة في الطلاق انتظرا تسعة أشهر من حين طلقكما زوجكما لعلكما تحيضان. انتهى. وقال في كتاب طلاق السنة من المدونة: والعدة في الطلاق بعد الريبة، وفي الوفاة قبل الريبة. انتهى. قال ابن ناجي: يريد أن التسعة أشهر أصل لزوال الريبة والثلاثة هي العدة بعد وفي الوفاة يكفي تسعة أشهر، ووجهه عبد الحق بما حاصله: لأن عدة من تحيض لا تنتقل للأشهر إلا بدليل نفي الحمل وهو التسعة والحكم بالدليل واجب التقدم على حصول مدلوله، وعدة الوفاة بالأشهر دون شرط، وتأخير الحيض مانع، والعلم [برفع²¹⁵⁵] المانع جائز تأخير؛ لأن الأصل عدمه. انتهى.

الثالث: قال الزناتي: وهل التسعة الأشهر من يوم طلقت، أو من يوم رفعت حيضتها؟ قولان. انتهى. ص: كعدة من لم تر الحيض واليأس ش: عدل عن أن يقول كعدة الصغيرة واليأس لشمول ما ذكره للكبيرة إذا لم تر الحيض، والحكم فيها كالحكم في الصغيرة، فذلك عدل إلى ما ذكره. قال ابن الحاجب والتي لم تحض وإن بلغت الثلاثين كالصغيرة. قال في التوضيح: يريد أو أكثر من الثلاثين،

الحديث

2150 - في المطبوع أبانها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 143 وم 55 ويم 71 ومايaby 102.

2151 - في المطبوع للريبة وما بين المعقوفين من م 55 ويم 71 والشيخ 131 ومايaby 102 وسيد 25.

2152 - في المطبوع في العدة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 144 وم 55 ويم 71 والشيخ 130 ومايaby 102 للعدة.

2153 - في المطبوع أنها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 144 وم 55 ويم 71 والشيخ 131 ومايaby 102.

2154 - في المطبوع تنتظر وم 55 والشيخ 132 ووضع عدود في الهامش تنتظر ووضع عليها إشارة ترج وجزم بها

الشيخ محمد سالم عدود كما في يم 71 ومايaby 102.

2155 - في المطبوع بدفع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 144 وم 55 ويم 72 ومايaby 102.

وَلَوْ بَرِقَ وَتَمَّ مِنَ الرَّابِعِ فِي الْكَسْرِ وَلَعَا يَوْمَ الطَّلَاقِ [وَأَنَّ²¹⁵⁶ س] حَاضَتْ فِي السَّنَةِ انْتَضَرَتْ الثَّانِيَةَ وَالثَّالِثَةَ ثُمَّ إِنْ
اِحْتَاَجَتْ لِعِدَّةٍ فَالثَّلَاثَةُ وَوَجِبَ إِنْ وَطِئَتْ بَزْنًا أَوْ شُبْهَةً وَلَا يَطَأُ الزَّوْجُ وَلَا يَعْقِدُ أَوْ غَابَ غَايِبٌ أَوْ سَابَ أَوْ مُشْتَرٍ
وَلَا يُرْجَعُ لَهَا قَدْرُهَا وَفِي إِمْضَاءِ الْوَلِيِّ وَفَسْخِهِ تَرَدُّدٌ وَاعْتَدْتُ بِطَهْرِ الطَّلَاقِ وَإِنْ لَحْظَةً فَتَحِلُّ بِأَوَّلِ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ
أَوْ الرَّابِعَةِ إِنْ طَلَّقَتْ بِكَحِيضٍ وَهَلْ يَنْبَغِي أَنْ لَا تُعْجَلَ بِرُؤْيَيْهِ تَأْوِيلَانِ.

نص خليل

وقد صرح في أصل المدونة بأن الأربعين كذلك، قال علماؤنا: وأما لو حاضت مرة في عمرها ثم انقطع
عنها سنين لمرض أو غيره وقد ولدت أو لم تلد ثم طلقت فإن عدتها الأقراء حتى تبلغ سن من لا
تحيض، فإن أنتها الأقراء وإلا تربصت سنة كما تقدم. انتهى.
ص: ولو برق ش: مقابل المشهور قولان: أحدهما أن عدتها شهر ونصف، والثاني [أنها²¹⁵⁷]
شهران حكاها ابن بشير. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: وألغى يوم الطلاق ش: وكذا يلغى يوم الوفاة. قاله في رسم البز من سماع ابن القاسم من طلاق
السنة، وهذا هو الذي رجع إليه مالك بعد أن كان يقول تعتد المرأة إلى مثل الساعة التي طلقها فيها
زوجها أو توفي عنها. قال ابن رشد: وقول مالك الأول هو القياس؛ إذ لا اختلاف [في²¹⁵⁸] أنه يجب
عليها أن تبتدىء العدة من الساعة التي طلقت فيها وتوفي عنها زوجها، ولا يصح لها بإجماع أن
تلغي بقية ذلك اليوم فتبتدىء العدة من غروب الشمس، فإذا وجب عليها بالإجماع أن تبتدىء العدة
من تلك الساعة وتجتنب الطيب والزينة من حينئذ إن كانت عدة وفاة وجب أن تحل في تلك
الساعة من النهار، وبقاؤها إلى بقية النهار زيادة على ما فرض الله/ عليها. انتهى. فتأمله. والله أعلم.
ص: ولا يَطَأُ الزَّوْجُ وَلَا يَعْقِدُ ش: فإن وطئ الزوج زوجته في مدة استبرائها من الزنا فلا تحرم عليه
كما تقدم عن التوضيح في الكلام على نكاح المعتدة. والله أعلم.

145

ص: قدرها ش: جعل فيه الشارح احتمالين الظاهر منهما الثاني، والمعنى أن المرأة إذا وطئت بزنا أو
اشتباه وجب عليها أن تمكث قدر العدة المتقدمة، فإن كانت حرة من ذوات الأقراء مكثت ثلاثة قروء،
وإن كانت أمة قرأين وإن كانت من ذوات الأشهر ثلاثة أشهر، وقال ابن غازي: المراد الحرية وحكم
الأمة يأتي في باب الاستبراء، والذي يأتي في باب الاستبراء استبرائها من ذلك لوطنها بالملك واستبرائها
هنا لوطنها بالنكاح، وقد قال في كتاب الاستبراء من المدونة: وإن تزوجت أمة بغير إذن سيدها ففسخ
النكاح بعد البناء [لم²¹⁵⁹] يمسها إلا بعد حيضتين؛ لأنه استبرأها من نكاح يلحق فيه الولد ولا عدة
عليها. انتهى. وانظر النص على بقية أحكام المسألة وكلام الشارح في الكبير يقتضي ذلك. والله أعلم.
ص: وهل ينبغي أن لا تعجل برؤيته تأويلان ش: لما ذكر أن المطلقة تحل بأول الحيضة الثالثة

الحديث

2156 س - ولو حاضت نسخة.

2157 * - في المطبوع أنهما وما بين المعقوفين من م 55 ويم 72 وما يابى 103 والشيخ 131 وسيد 25.

2158 - في المطبوع به وما بين المعقوفين من ن عدود ص 144 وم 55 ويم 72 والشيخ 131 وما يابى 103.

2159 - في المطبوع ولم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 وم 56 ويم 72 والشيخ 132 وما يابى 103.

146 كما هو المشهور، وهو مذهب المدونة نبه على أنه وقع في المدونة/ [بأثر²¹⁶⁰] ذلك عن أشهب أنه لا ينبغي أن يعجل بالنكاح حتى تستمر الحيضة، واختلف الشيوخ هل هو خلاف لابن القاسم أو وفاق؟ فمعنى كلام المصنف وهل ينبغي للمرأة إذا رأت أول الحيضة الثالثة أن لا تعجل بالتزويج بسبب رؤية الدم، فمعمول [تعجل²¹⁶¹] محذوف، والباء في برؤيته للسببية، ونص كلامه في المدونة: وترجع الحامل ما بقي في بطنها ولد وغير الحامل ما لم تر أول الدم من الحيضة الثالثة، فإن رآته فقد مضت الثلاثة الأقراء، والأقراء الأطهار، قال أشهب: وأحب إلي أن لا تنكح حتى تستمر الحيضة؛ لأنها ربما رأت الدم ساعة أو يوما ثم ينقطع فيعلم أن ذلك ليس بحيض، فإذا رأت امرأة هذا في الحيضة الثالثة [فلترجع²¹⁶²] إلى بيتها والعدة قائمة، ولزوجها الرجعة حتى تعود إليها حيضة صحيحة مستقيمة. انتهى من أوائل إرخاء الستور منها.

قال المصنف في التوضيح: واعلم أن قوله: وينبغي هو من كلام أشهب في المدونة، والكلام الأول لابن القاسم. كذا قال الجمهور، واختصر ابن أبي زمنين المدونة على أن مجموع الكلام لأشهب، وعلى الأول فاختلف هل كلام أشهب وفاق وهي طريقة المصنف -يعني ابن الحاجب- وأكثر الشيوخ، أو خلاف، وإليه ذهب غير واحد وهو مذهب سحنون؛ لقوله هو خير من رواية ابن القاسم، وهو مثل رواية ابن وهب أنها لا تحل للأزواج ولا تبين من زوجها حتى يتبين أنها حيضة مستقيمة، وهو مذهب ابن المواز وابن حبيب، وعلى هذا فيكون قول أشهب وأحب محمولا على الوجوب، ويبين ذلك تعليل أشهب بقوله: إذ قد ينقطع عاجلا فإنها علة تقتضي الوجوب. انتهى. فمعنى كلام المصنف أنه إذا قلنا إن المرأة تحل برؤية الحيضة الثالثة فهل ينبغي لها أن لا تعجل بالنكاح لأجل تلك الرؤية وخوف انقطاعه؛ بناء على أن كلام أشهب وفاق، [أو لا²¹⁶³] ينبغي لها ذلك عند ابن القاسم بناء على أنه خلاف؟ وإذا قلنا بهذا فأحب للوجوب كما قال في التوضيح، وحمله ابن رشد في رسم الطلاق من سماع أشهب من طلاق السنة على الاستحباب، واستدل على ذلك. فراجع إن أردته. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: قال في التوضيح: اختلف القائلون بحمل قوله على الخلاف لو انقطع الدم [ما الحكم²¹⁶⁴] عند ابن القاسم؟ فقال أبو عمران وابن رشد لا يضرها ذلك، وقد حلت للأزواج لرؤيته أولا، ورأوا أن مذهب ابن القاسم في مقدار الحيض واحد في بابي العبادات والعدد، ومنهم من قال بل يضرها، وإنما لم يطلب منها ابن القاسم ما طلبه أشهب لأن الأصل عدم انقطاع الدم، وهو أيضا الغالب فلا يلزمها وجوبا ولا استحبابا رعى مخالفة الأصل والغالب، وإلى هذا ذهب جمهورهم أنه إن

2160 - في المطبوع بأن وما بين المعقوفين من م56 ويم72 والشيخ132 ومايأبى103 وسيد25.

2161 - في المطبوع تزويج ومايأبى103 (تعجيل) وما بين المعقوفين من ن عدود ص146 ويم72 والشيخ132

2162 - في المطبوع فلترجع وما بين المعقوفين من م56 ومايأبى103 والشيخ132 وسيد25 ويم72.

2163 - في المطبوع ولا ويم72 والشيخ132 وما بين المعقوفين من ن عدود ص146 وم56.

2164 - في المطبوع فالحكم وما بين المعقوفين من ن عدود ص146 وم56 ويم72 والشيخ133.

نص خليل

وَرُجِعَ فِي قَدَرِ الْحَيْضِ هُنَا هَلْ هُوَ يَوْمٌ أَوْ بَعْضُهُ وَفِي أَنَّ الْمَقْطُوعَ ذَكَرَهُ أَوْ أَنْثِيَاهُ يُؤَلَّدُ لَهُ فَتَعْتَدُ زَوْجَتُهُ أَوْ لَا وَمَا تَرَاهُ [الْيَائِسَةُ²¹⁶⁵ نس] هَلْ هُوَ حَيْضٌ لِلنِّسَاءِ بِخِلَافِ الصَّغِيرَةِ إِنْ أُمَكْنَ حَيْضُهَا وَأَنْتَقَلَّتْ لِلْأَقْرَاءِ وَالطَّهَرُ كَالْعِبَادَةِ.

متن الخطاب

لم يتماد بها لا تحتسب به حيضة. انتهى.
الثاني: قال في التوضيح: إذا ماتت الزوجة بعد رؤية الدم وقبل التماضي فإنه يحمل أمرها فيه على التماضي ولا يرثها مطلقا، وإن مات الزوج حينئذ لم ترثه إن تمادى، وإن قالت قبل موته باليوم والشئ القريب انقطع الدم عني وكان موته بأثر قولها ذلك ورثته. نقله ابن عبد السلام.
الثالث: قال في التوضيح: قال عياض: اختلفوا إذا راجعها زوجها عند انقطاع هذا الدم وعدم تماديه ثم رجع الدم بالقرب هل هي رجعة فاسدة؟ إذ قد ظهر أنها حيضة صحيحة وقعت الرجعة فيها فتبطل وهو الصحيح، وقد قيل لا تبطل رجع عن قرب أو بعد. خليل: وهذا الكلام يدل على أنها لو لم يعاودها الدم أن الرجعة صحيحة، وأن للزوج الرجعة وإن قالت قبل ذلك قد رأيت الدم ثم ادعت انقطاعه. انتهى.

ص: ورجع في قدر الحيض هنا هل هو يوم أو بعضه وفي أن المقطوع ذكره أو أنثياه يولد له فتعتد زوجته أو لا وما تراه اليائسة هل هو حيض للنساء ش: ذكر رحمه الله ثلاث مسائل وأنه يرجع فيها للنساء، ولم يذكر في المدونة الرجوع للنساء في الثانية، وإنما ذكره في الأولى والثالثة، أما المسألة الأولى فذكر المصنف أنه يرجع في قدر الحيض هنا يعني في باب العدة للنساء، واحترز بذلك من العبادات فإنه تقدم أنه لا حد لأقله بالنسبة للعبادات وبين أن المرجوع إليهن فيه هل يكون الحيض يوما أو بعض يوم؟ وظاهر كلامه رحمه الله أن اليوم لا كلام أنه حيض كامل، وكلامه في المدونة ليس كذلك.

قال في أوائل كتاب الاستبراء منها: [ومن ابتاع أمة في أول الدم اجزأه من الاستبراء وأما في آخره وقد بقي يوم أو يومان فلا وله المواضعة. انتهى من المدونة. قيل²¹⁶⁶ هذا الذي ذكره عنها،²¹⁶⁷ وإن ابتاعها فرأت عنده دما لخمس أيام من حيضتها عند البائع لم يجزه من الاستبراء لأنه دم واحد وتدع له الصلاة، وإن رأت بعد أيام كثيرة يكون هذا لها حيضا مؤتلفا فرأتها يوما أو بعض يوم أو يومين ثم انقطع [عنها²¹⁶⁸] فإن قال النساء إن مثل ذلك حيضة أجزأتها، وإلا لم يكن استبراء لرحمها، وإن لم تصل فيه حتى تقيم في الدم ما يعرف ويستيقن أنه استبراء لرحمها. انتهى. وقال المصنف في التوضيح: قد تقدم أن أبا عمران وابن رشد تأولا على المدونة أنه لا حد لأقل الحيض هنا كالعبادات وأن أكثرهم خالفهم في ذلك، ونص المازري على أن المشهور عن مالك نفي التحديد

الحديث

²¹⁶⁵ س - الأيسة نسخة.²¹⁶⁶ * - هكذا في ن عدود ولعلها قبل²¹⁶⁷ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 147 ويم 73 وعلق عليه الشيخ محمد سالم عدود ب والذي يظهر أن أصله هامش أدخل في متن الكتاب وأصل الكلام قال في أوائل كتاب الاستبراء منها وإن ابتاعها كما هو موجود في سائر النسخ.²¹⁶⁸ - ساقطة من المطبوع وم 56 والشيخ 133 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 147 ويم 73.

متن الخطاب واستناد الحكم إلى ما يقول النساء إنه حيض. انتهى. وهذا الذي أراد المصنف أن يمشي عليه، لكن عبارته رحمه الله لا توفي بذلك كما تقدم، وكلام ابن رشد الذي ذكره في التوضيح، وهو في رسم الطلاق الأول من سماع أشهب من طلاق السنة، واستدل على أن ذلك مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة بقوله فيها: إن الأمة المبينة إذا دخلت في الدم من أول ما تدخل فمصيبتها من المشتري، وقد حل للمشتري أن يقبل ويباشر، ويجوز للمرأة أن تتزوج بأول ما تراه، ولا معنى لاستحباب التأخير؛ لأن الدم إذا انقطع لا يخلو أن يعود عن بعد أو قرب، فإن عاد عن بعد انكشف أن ذلك الدم هو الحيضة الثالثة، وأن هذا الدم حيضة رابعة، وإن عاد عن قرب كان مضافاً للأول، وعلم أنه كان ابتداء الحيضة الثالثة، وأن ما بينهما من الطهر ملغى لا حكم له. ثم ذكر كلام ابن القاسم في كتاب الاستبراء. ثم قال: فعلى قوله هذا إن سئل عنه النساء فقلن إنه لا يكون حيضاً يكون الحكم في ذلك على ما في سماع أشهب، وفرع على هذا هل تقضي الصلاة في تلك الأيام أم لا؟ قال: والذي يأتي على المذهب أنها لا تقضي؛ لأن الاختلاف إنما هو بالنسبة إلى العدة لا إلى إسقاط الصلاة.

قال: وروي عن سحنون أنها تقضي الصلاة، وهو خارج عن المذهب مثل قول أبي حنيفة. انتهى. ونقل القاضي عياض عن ابن رشد أنه يقول إنها تقضي الصلاة واعترض عليه، وقال في قوله نظر ولا يوافق عليه، ونقل المصنف كلامه في التوضيح وقبله، وقد علمت أن ابن رشد إنما نقله عن سحنون واعترضه كما تقدم، وقد تعقب ابن عرفة ذلك على عياض. والله أعلم. ونقل ابن عرفة كلام ابن رشد، ونقل بعده كلام المدونة في إرخاء الستور كالمقوي له، ولفظه أقوى من لفظ التهذيب المتقدم، ونصه: وفي إرخاء الستور منها إذا رأت أول قطرة من الحيضة الثالثة تم قرؤها. انتهى.

وحصل في أقل الحيض في العدة خمسة أقوال: الأول كالطهارة. الثاني يسأل النساء، وقد تقدم عزوهما. الثالث يوم رواه الخطابي عن مالك. الرابع ثلاثة أيام لابن مسلمة. الخامس خمسة أيام لابن الماجشون. والله أعلم. وأما المسألة الثانية وهي قوله: وفي أن المقطوع ذكره [أو أنثياه]²¹⁶⁹ يولد له فتعتد زوجته أو لا فهو كقول ابن الحاجب: ولا تجب بوطه الصغير ولا بالمحبوب ذكره وأنثياه، بخلاف الخصى القائم، وفيها فيه وفي عكسه يسأل النساء فإن كان يولد لمثله فالعدة، وإلا فلا عدة ولا يلحق، والذي في آخر كتاب النكاح الأول من المدونة: وإذا كان الرجل محبوباً أو خصياً ولم تعلم به المرأة فلها أن تقيم أو تفارق ويتوارثان قبل أن تختار فراقه، فإن فارقه بعد أن دخل بها فعليها العدة إن كان يطؤها، وإن كان لا يطؤها فلا عدة عليها، قيل فإن كان محبوب الذكر قائم الخصى. قال: إن كان يولد لمثله فعليها العدة، وسئل عن ذلك فإن كان يولد لمثله لزمه الولد، وإلا لم يلزمه ولا يلحق به. انتهى.

148

وقال في التنبيهات: المحبوب المقطوع جميع ما هنالك والخصي المقطوع الأنثيين أو المسلول ذلك منه. قال ابن حبيب: وذكره قائم أو بعضه، والفقهاء يطلقونه على المقطوع منه أحدهما. انتهى. وقال في النكت: قال عبد الحق: إذا كان محبوب الذكر والخصا هذا لا يلزمه ولد ولا عدة على امرأته وإن كان

مجنوب الخصي فعلى المرأة العدة لأنه يظاً بذكره ولا يلزمه ولد، وإن كان مجنوب الذكر قائم الخصي فهذا إن كان يولد لمثله فعليها العدة ويلزمه الولد، وإلا فلا، وهذا معنى ما في المدونة ونحوه حفظت عن بعض شيوخنا من القرويين. انتهى. وقال في المدونة في كتاب طلاق السنة: والخصي لا يلزمه ولد إن أتت به امرأته إلا أن يعلم أنه يولد لمثله. [انتهى.²¹⁷⁰] وقال بعده: وتعتد امرأة الخصي في الطلاق، قال أشهب: لأنه يصيب ببقية ذكره. انتهى. فهذه المواضع هي التي تكلم في المدونة فيها على الخصي وليس فيها شيء يوافق ما ذكره ابن الحاجب والمصنف، والحق في ذلك الذي [يجمع²¹⁷¹] ما في المدونة كلام صاحب النكت وعليه اعتمد الشيخ أبو الحسن في الكلام على مسائل المدونة وهو الظاهر، غير أنه ذكر أن اللخمي رجح في مسألة القائم الذكر المقطوع الخصيتين عدم العدة، والظاهر ما قاله عبد الحق، فتحصل من هذا أن الذي يسأل عنه إنما هو المقطوع ذكره دون أنثيين، وأيضاً فلم يقل في هذه أنه يسأل النساء. والله أعلم.

وأما المسألة الثالثة وهي قوله: وما تراه اليائسة هل هو حيض؟ فيشير به إلى قوله في كتاب طلاق السنة من المدونة: وإذا بلغت الحرة عشرين سنة أو ثلاثين ولم تحض فعدتها ثلاثة أشهر، ولو تقدم لها حيضة مرة لطلبت الحيض، فإن لم يأتها اعتدت سنة من يوم الطلاق؛ تسعة براءة، ثم ثلاثة عدة، فإن حاضت بعد عشرة أشهر رجعت إلى الحيض، وإن ارتفع اثنتان سنة من يوم انقطع الدم، ثم إن عاودها الدم في السنة رجعت إلى الحيض، هكذا تصنع حتى تتم ثلاث حيض أو سنة لا حيض فيها، وكذلك التي لم تحض قط قبل الطلاق أو اليائسة ترى الدم بعد ما أخذت في عدة الأشهر فترجع إلى عدة الحيض وتلغي الشهور وتصنع كما وصفنا، هذا إن قال النساء فيما رأته اليائسة إنه حيض، وإن قلن إنه ليس بحيض، أو كانت في سن من لا تحيض من بنات السبعين أو الثمانين لم يكن ذلك [حيضاً،²¹⁷²] وتمادت بالأشهر. انتهى.

وفي كلام المدونة فائدة وهي: إنما يسأل النساء عن يشك في أمرها هل هي يائسة أم لا، وأما من تحقق أنها يائسة كبنت السبعين فلا يسأل النساء عنها. وقال أبو الحسن: وقوله -يعني في المدونة-: لم يكن ذلك حيضاً ظاهره أنها تصوم وتصلي ولا تغتسل، وهو أحد القولين، والآخر أن حكمها في الصلاة والصوم وغير ذلك حكم الحائض إلا العدة. انتهى.

فرع: قال الشيخ أبو الحسن: انظر إذا أشكل الأمر عليهن [فليرجع²¹⁷³] لما قال ابن رشد إنه يحمل على أنه حيض. انتهى. ويشير بذلك لما قال في رسم الصلاة من سماع أشهب من كتاب الوضوء [النساء²¹⁷⁴] في الحيض ينقسم خمسة أقسام: صغيرة لا يشبه أن تحيض، ومراهقة يشبه أن تحيض، وبالغة في سن من تحيض، ومسننة تشبه أن لا تحيض، وعجوز لا يشبه أن تحيض، ولما لم

2170 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 148 وم 57 ويم 73 والشيخ 134.

2171 - في المطبوع جمع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 148 وم 57 ويم 73 والشيخ 134.

2172 - في المطبوع حيض والشيخ 135 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 148 وم 57 ويم 74 وما يابى 106.

2173 - في المطبوع فيرجع وم 57 والشيخ 135 وما يابى 106 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 148 وم 74.

2174 - في المطبوع والنساء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 148 وم 57 ويم 74 والشيخ 135 وما يابى 106.

نص خليل

وَأِنْ أَتَتْ بَعْدَهَا بَوْلٌ لِدُونَ أَقْصَى أَمَدِ الْحَمْلِ لَحِقَ [بِهِ²¹⁷⁵] إِلَّا أَنْ يَنْفِيَهُ بِلَعَانٍ وَتَرَبَّصَتْ إِنْ ارْتَابَتْ بِهِ وَهَلْ خَمْسًا أَوْ أَرْبَعًا خِلَافٌ وَفِيهَا لَوْ تَزَوَّجَتْ قَبْلَ الْخَمْسِ بِأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَوَلَدَتْ لِخَمْسَةٍ لَمْ يُلْحَقْ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا وَحَدَّثَ وَاسْتَشْكَلَتْ.

متن الخطاب

يرد في القرآن ولا في السنة حد يرجع إليه من السنين يفصل به بين المسنة التي يشبه أن لا تحيض، وبين العجوز التي [لا²¹⁷⁶] يشبه أن تحيض وجب أن يرجع في ذلك إلى قول النساء كما قال: فليسألن عنه، فإن قلن إن هذه المرأة التي دفعت دفعة أو دفعتين من دم بعد أن كانت يئست من المحيض فيما كانت [ظنت مثلها يحيض²¹⁷⁷] فلتعد ذلك الدم حيضا وتغتسل منه إذا انقطع عنها وتصلي، وإن قلن مثلها لا يحيض فلا تعد ذلك حيضا، ولا تترك الصلاة ولا تغتسل منه. قاله ابن القاسم في المجموعة. / وقال ابن حبيب إنها تغتسل، وليس ذلك بصحيح، وإن شككت فيها عدت ذلك حيضا لأن ما تراه المرأة من الدم محمول على أنه حيض حتى يوقن أنه ليس بحيض من صغر أو كبر؛ لقول الله عز وجل: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْمَحِيضِ قُلْ هُوَ أَذَى﴾ والأذى الدم الخارج من الرحم فوجب أن يحمل على أنه حيض حتى يعلم أنه ليس بحيض، وهذا ما لا أعلم فيه خلافا. وبالله أستعين. انتهى. ونقل في المقدمات في كتاب [الطهارة²¹⁷⁸] في الشك نحو ما تقدم. نقله عنه في التوضيح. والله أعلم.

149

ص: وإن أتت بعدها بولد لدون أقصى أمد الحمل لحق إلا أن ينفيه بلعان ش: الضمير في بعدها عائد على العدة أعم من أن تكون عدة طلاق أو وفاة. قاله في المدونة، ونقله في التوضيح وابن عرفة، وقال في التوضيح: هذا مقيد بما إذا لم تتزوج غير هذا الزوج أو تزوجت غيره وأتت به لدون ستة أشهر من عقد الثاني وحينئذ يفسخ نكاح الثاني؛ لأنه ناكح في عدة وترجع إلى الأول، وأما لو أتت به لستة أشهر فأكثر فهو لاحق بالثاني قطعا. انتهى.

ص: وتربصت إن ارتابت به وهل أربعا أو خمسا خلاف ش: يعني فإذا مضت الخمسة أو الأربعة على أحد القولين حلت ولو بقيت الرتبة. قال في المدونة في الباب الذي بعد ترجمة المنعي لها زوجها من كتاب العدة: ولا تنكح [مستربة²¹⁷⁹] البطن إلا بعد زوال الرتبة أو بعد خمس سنين. انتهى. [قال أبو الحسن: ²¹⁸⁰] وإن قالت أنا باقية على رببتي لأن خمس سنين أمد ما ينتهي إليه الحمل.

الحديث

²¹⁷⁵ س - لحق إلا أن ينفيه نسخة.
²¹⁷⁶ * - وردت في م 57 وسيد 26 والشيخ 135 وما يابى 106 ويم 74 والبيان ج 1 ص 104 وسقطت من المطبوع.
²¹⁷⁷ - في المطبوع ظنت أن مثلها تحيض والشيخ 135 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 148 (وفي م 57 ويم 74 وما يابى 106 ظنت مثلها بحيض).
²¹⁷⁸ - في المطبوع الطلاق وهي نسخة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 149 وم 57 ويم 74 والشيخ 135 وما يابى 106.
²¹⁷⁹ - في المطبوع مستبارة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 149 وم 57 ويم 74 والشيخ 135 وما يابى 106.
²¹⁸⁰ - في المطبوع قال ابن عبد السلام أبو الحسن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 149 وم 57 ويم 74 والشيخ 135 وما يابى 106.

وَعِدَّةُ الْحَامِلِ فِي طَلَاقٍ أَوْ وَفَاةٍ وَضَعُ حَمْلُهَا كُلُّهُ وَإِنْ دَمًا اجْتَمَعَ.

نص خليل

متن الخطاب

انتهى. قال ابن عبد السلام: وسواء كان ذلك في عدة الطلاق أو عدة الوفاة. انتهى. ونحوه للخمسي، ونصه [في²¹⁸¹] كتاب العدة في باب صفة العدد بعد أن ذكر أقصى أمد الحمل قال: والطلاق والوفاة في هذا سواء، [إلا أن²¹⁸²] تذهب الريبة قبل ذلك أي قبل مضي أقصى أمد الحمل انظر بقيته فيه. والله أعلم. وهذا إذا كانت الريبة هل حركة ما في بطنها حركة ولد أو حركة ربح، وأما إن تحقق وجود الولد فلا تحل أبدا. قاله للخمسي، ونقله ابن عرفة، ونص ما قاله للخمسي في تبصرته، ونقله أبو الحسن الصغير قبل مسألة المدونة المتقدمة.

قال الشيخ: الريبة على وجهين فإن تحقق أنه حمل وإنما كانت الريبة لأجل طول المدة والخروج عن العادة فشكت هل هو حمل أم لا لم تحل أبدا، وإذا صح عن بعض النساء أنها ولدت لأربع سنين وأخرى لخمس وأخرى لسبع جاز أن تكون الأخرى لأبعد من ذلك، وإن كانت الريبة والشك هل هي حركة الولد أم لا حلت ولم تحبس عن الأزواج. انتهى. وكأنه من عند نفسه. وهذا الكلام منقول عنه من أبي الحسن؛ لأن النسخة التي عندي من التبصرة في هذا الموضع منها تصحيف، وقال ابن عرفة: الخامسة يعني من المعتدات المرتابة في الحمل بحس بطن عدتها بوضعه أو مضي أقصى أمد الحمل مع عدم تحققه، ثم قال للخمسي: إن تحقق حملها والشك لأجل طول المدة لم تحل أبدا. انتهى. فمفهوم قوله: "مع عدم تحققه" مع ما نقله عن اللخمي يدل على ما قيد به كلام المصنف. والله أعلم. فرع: فإن مات في بطنها فلا تحل إلا بخروجه كما سيأتي. نقل ذلك عن المشذلي وابن سلمون عند قول المصنف: "واستمر إن مات لا إن ماتت" إن شاء الله. والله أعلم.

ص: وعدة الحامل [في طلاق أو وفاة²¹⁸³] وضع حملها كله ش:

فرع: قال في كتاب الطهارة من المدونة، وقاله في النوادر في كتاب العدة: ولو/ طلقها بعد وضع الأول فله الرجعة إلى آخر ما توضع. انتهى.

150

مسألة: إذا ضربت المرأة وخرج بعض الجنين وهي حية ثم بقيته بعد موتها فهل فيه غرة أم لا؟ في ذلك قولان، وعليها يأتي الخلاف فيما إذا مات أبوه أو طلق في تلك الحال هل تنقضي العدة بوضع بقيته أم لا؟ ذكر ذلك الرجراجي في المسألة الثانية من كتاب الديات. والله أعلم.

تنبيه: إنما تنقضي العدة بوضع الحمل إذا كان لاحقا بأبيه. قال في كتاب طلاق السنة من المدونة: وإذا كان الصبي لا يولد لمثله وهو يقوى على الجماع فظهر بامرأته حمل لم يلحق به وتحد المرأة، وإن مات هذا الصبي لم تنقض عدتها من الموت بوضع حملها وعليها أربعة أشهر وعشر من يوم مات، وإنما الحمل الذي تنقضي به العدة الحمل الذي يثبت به نسبه من أبيه خلا الملاعنة خاصة فإنها تحل بالوضع وإن لم يلحق بالزوج، وإن مات زوجها وهي في العدة لم تنتقل إلى عدة الوفاة. انتهى. قال ابن يونس: يريد وكذلك المختلعة والمنعي لها زوجها والمعتدة من وفاة تتزوج فتحمل من الآخر أو

الحديث

2181 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 149 وم 57 ويم 74 والشيخ 135 وما يابى 106.

2182 - * في المطبوع إلا في أن تذهب وما بين المعقوفين من م 57 ويم 74 وما يابى 107.

2183 - في المطبوع في وفاة أو طلاق وما بين المعقوفين من ن عدود وم 57 ويم 74 وما يابى 107.

وَالْأَفْكَالُ الْمُطَلَّعَةُ إِنْ فَسَدَ كَالذَّمِّيَّةِ تَحْتَ ذِمِّيٍّ وَإِلَّا فَأَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ وَإِنْ رَجْعِيَّةً إِنْ تَمَّتْ قَبْلَ زَمَنِ حَيْضَتِهَا وَقَالَ النِّسَاءُ لَا رِبَّةَ بِهَا.

تكون حاملا من الأول فيلحق الولد بأحدهما فإنه تنقضي به عدتها من الآخر وإن لم يلحق به. انتهى. وقال في الشامل: فإن ولدت من زنا أو كان الميت صغيرا لا يولد لمثله أو مجبوبا أو وضعت لأقل من ستة أشهر لم تنقض به ولا يلحق. انتهى. وسيقول المصنف في فصل إن طرأ موجب [وهدم²¹⁸⁴] وضع حمل ألحق بنكاح صحيح غيره وبفساد أثره وأثر الطلاق لا الوفاة. والله أعلم. ص: وإلا فكالملطقة إن فسد ش: أطلق رحمه الله هذا الحكم وهو خاص بالمجمع على فساده، وأما المختلف فيه فقال في التوضيح: إن كان لم يدخل فمن ورثها قال عليها العدة ومن لم يورثها لم ير عليها شيئا. انتهى.

وقد تقدم للمصنف أن المختلف فيه فسخه بطلاق وفيه الإرث فعليه تكون عليها العدة. ثم قال في التوضيح: وإن دخل ففي اعتدادها بالأشهر أو الأقراء قولان، وروى ابن المواز عن ابن القاسم فيمن تزوج في المرض ثم مات أنها تعتد بأربعة أشهر وعشر، وقال أيضا: وتعتد بثلاثة أقراء والأول أظهر انتهى. وقال ابن فرحون هنا: وأما المختلف فيه فمبني على الميراث فمن ورثها قال تعتد بأربعة أشهر وعشر وعليها الإحداد ومن نفى الميراث فلا عدة عليها إن لم يدخل وعليها إن دخل ثلاثة أقراء ولا إحداد عليها. انتهى. وقد تقدم أن المشهور الإرث فتلخص أن المشهور في المختلف فيه أن حكمها حكم المتوفى عنها. والله أعلم. وأما المجمع على فساده فقال ابن عبد السلام: حكمها يوم وفاته حكم المطلقة، وقد علمت أن المطلقة قبل الدخول لا عدة عليها فكذلك هذه، وإن دخل بها فالواجب الاستبراء فإن كانت حرة فثلاث حيض، وإن كانت أمة فحيضتان. انتهى. والله أعلم.

ص: وإلا فأربعة أشهر وعشر ش: كذا في الآية الشريفة إلا أنه في الآية منصوب. قال القرطبي في تفسيره: قال الخطابي قوله تعالى: ﴿وَعَشْرًا﴾ يريد -والله أعلم- الأيام بلياليها، وقال المبرد إنما [أنث²¹⁸⁵] العشرة؛ لأن المراد به المدة المعنى وعشر مدد كل مدة من يوم وليلة، فالليلة مع يومها مدة معلومة من الدهر، وقيل لم يقل عشرة تغليبا لحكم الليالي؛ إذ الليلة أسبق من اليوم والأيام في ضمناها، وعشرا أخف في اللفظ فتغلب الليالي على الأيام إذا اجتمعت في التاريخ؛ لأن ابتداء الشهور بالليل عند الاستهلال [فلما²¹⁸⁶] كان أول الشهر الليلة غلبت [الليلة²¹⁸⁷] تقول صمنا خمسا من الشهر فتغلب الليالي وإن كان الصوم بالنهار، وذهب مالك والشافعي والكوفيون إلى أن المراد بها الأيام والليالي. قال ابن المنذر: فلو عقد عاقد عليها النكاح على هذا القول، وقد مضت أربعة أشهر وعشر ليال كان باطلا حتى يمضي اليوم العاشر، وذهب بعض الفقهاء إلى أنه إذا انقضى لها أربعة أشهر وعشر ليال حلت؛ لأنه رأى العدة مبهمة فغلب التأنيث وتأولها على الليالي، وإلى هذا ذهب

2184 - في المطبوع وبعدم (وفي ما يابى 107 وم 58 وهدم) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 150 والشيخ 137.
2185 - في المطبوع أنت وم 58 والشيخ 137 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 150 وم 75 وما يابى 108.
2186 - في المطبوع فكلما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 150 وم 58 وم 75 والشيخ 137 وما يابى 108.
2187 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 150 وم 58 وم 75 والشيخ 137 وما يابى 108.

نص خليل وَإِلَّا أَنْتَظَرْتَهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا²¹⁸⁸ [س].

متن الخطاب الأوزاعي من الفقهاء وأبو بكر الأصم من المتكلمين، وروي عن ابن عباس أنه قرأ أربعة أشهر وعشر ليال. انتهى. وجعل سبحانه أربعة أشهر وعشرا عبادة [في²¹⁸⁹] العدة لأن فيها استبراء للحمل إذ فيها تكمل الأربعون والأربعون²¹⁹⁰] حسب حديث ابن مسعود¹ وغيره ثم تنفخ فيه الروح فجعل [تعالى²¹⁹¹] العشرة تكملة؛ إذ هي مظنة ظهور الحمل بحركة الجنين وذلك لنقص الشهور أو كمالها ولسرعة حركة الجنين وإبطائها. قاله ابن المسيب وغيره. انتهى من الثعالبي.

ص: وإلا انتظرتها ش: قوله: "وإلا" يشمل صورتين الأولى أن تكون العدة تتم قبل زمن حيضتها إلا أنه قال النساء بها ريبة. قال في التوضيح في هذه الصورة: وإن قال النساء بها ريبة فلا بد من الحيضة أو ما يقوم مقامها. انتهى. وعلى هذه الصورة فقط حمل المصنف قول ابن الحاجب، والمشهور إن تمت قبل عاداتها فلا وينظرها النساء وإلا [فنعم²¹⁹²]. والله أعلم. الصورة الثانية أن تتم العدة بعد زمن الحيضة، وعلى هذه الصورة حمل الشيخ بهرام والبساطي كلام المصنف وأدخلها ابن فرحون في قول ابن الحاجب "وإلا [فنعم²¹⁹³] وحكمها كما قال المصنف الانتظار.

قال الشيخ بهرام: يريد إلى تسعة أشهر، ومثله في ابن فرحون، ونصه: ويدخل في قوله وإلا إذا كان شأنها أن ترى الدم في أقل من عدة الوفاة فلم تره فيها، فعدم رؤيته في زمنه ريبة فترجع إلى تسعة أشهر. انتهى. ونحوه في ابن عرفة وعزاه للمشهور مع مالك وأصحابه، ونصه: وإن فقدته ومضى وقته لا لسبب ولا ريبة لحس بطن ففي كونها كذلك أي يكفيها أربعة أشهر وعشر أو وقفها على حيضة أو تسعة أشهر نقلا ابن رشد عن سحنون مع ابن الماجشون، والمشهور مع مالك وأصحابه. [انتهى. وقوله: "على حيضة²¹⁹⁴] أو تسعة أشهر" قول واحد وهو ظاهر.

تنبيهات: الأول: قال في المقدمات إثر نقله قول مالك وأصحابه: فإذا مر بها تسعة أشهر حلت إلا أن تكون بها ريبة بحس البطن فتقيم حتى تذهب الريبة أو تبلغ أقصى أمد الحمل. انتهى. وقال الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة في قولها: "ما لم ترتب الكبيرة ذات المحيض بتأخره عن وقته فتقعد حتى تذهب الريبة" الشيخ: يريد بحيضة أو بتمام تسعة أشهر، فإذا مضت التسعة الأشهر فقد

1 - قال عبد الله حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الصادق المصدوق قال: إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك ثم يبعث الله ملكا فيؤمر بأربع كلمات ويقال له اكتب عمله ووزقه وأجله وشقي أو سعيد ثم ينفخ فيه الروح فإن الرجل منكم ليعمل حتى ما يكون بينه وبين الجنة إلا ذراع فيسبق عليه كتابه فيعمل بعمل أهل النار ويعمل حتى ما يكون بينه وبين النار إلا ذراع فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل أهل الجنة، البخاري الجامع الصحيح، كتاب بدء الخلق دار الفجر للتراث 2004، رقم الحديث 3208.

- مسلم في صحيحه، كتاب القدر، رقم الحديث 2643، ط. دار إحياء التراث العربي.

الحديث

2188 س - إن دخل وتنصفت نسخة.

2189 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 وم 58 ويم 75 والشيخ 137 وما يابى 108.

2190 - ساقطة من المطبوع وم 58 وما يابى 108 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويم 75 والشيخ 137.

2191 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 وم 58 ويم 75 والشيخ 137 وما يابى 108.

2192 * - في المطبوع فتعم وما بين المعقوفين من م 58 وما يابى 108 وسيد 26.

2193 * - في المطبوع فتعم وما بين المعقوفين من م 58 وما يابى 108 وسيد 26.

2194 - في المطبوع فإذا مر بها تسعة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 وم 58 ويم 75 والشيخ 137 وما يابى 108.

متن الخطاب حلت، إلا أن [تحس²¹⁹⁵] ببطنها شيئاً فإنها تبقى [إلى²¹⁹⁶] أمد الحمل. انتهى. والظاهر أن هذه طرأت لها ريبة البطن في آخر التسعة الأشهر أو بعد كمالها؛ لأن فرض المسألة أولاً أن تأخر حيضتها لا لريبة ولا لعذر. والله أعلم. والظاهر أن الحكم كذلك في الصورة الأولى؛ وهي ما إذا قال النساء بها ريبة كما تقدم. والله أعلم.

الثاني: يفهم من كلام المؤلف بالأحرورية أنها لو كانت العدة إنما تتم بعد زمن حيضتها ورأت الحيض أنها تحل، وهذا لا خلاف فيه. قال ابن عرفة: وعدة الوفاة في نكاح صحيح [للحرة²¹⁹⁷] المسلمة ولو قبل البناء، أو صغيرة أربعة أشهر [وعشر²¹⁹⁸] إن رأت فيها ذات الحيض حيضاً اتفاقاً. عبد الحق في تهذيب الطالب: وكذا إن لم تره من لم تحض قط. [أهـ.²¹⁹⁹] ومثل هذا الفرع من تكون في سن من لا تحيض لصغر أو كبر ويؤمن حملها. قاله في المقدمات.

الثالث: قال الجزولي في الكبير: انظر الريبة أمن العدة أم لا؟ قال أبو عمران: ظاهر الرسالة أنها في الريبة معتدة، وفائدته إذا تزوجت بعد تمام أربعة أشهر وعشر وقبل تمام الريبة هل هي متزوجة في العدة فيفسخ ويتأبد التحريم، أو ليس كالمترزوج فيها، وأن العدة إنما هي أربعة أشهر وعشر، وما زاد فهو احتياط فلا يفسخ وإنما يكره قولان، وكذلك الإحداد. [أهـ.²²⁰⁰] ونقل ابن عرفة [عن أبي²²⁰¹] زيد القول الأول فقط، ونصه: الشيخ لأصبع في الموازية: إن تزوجت المرتابة بتأخير الحيض بعد أربعة أشهر وعشر لم يفسخ نكاحها، وفي سماع عيسى من طلاق السنة والاستبراء من الريبة في الوفاة بعد العدة يقال للحرة/ في الوفاة اعتدي أربعة أشهر وعشراً وللأمة شهرين وخمس ليال ثم استبرئنا أنفسكما بتمام تسعة أشهر من حين يهلك [زوجكما²²⁰²]. انتهى.

الرابع: علم من الكلام المتقدم أن الصورة الثانية إنما هي إذا تأخر الحيض لا لريبة ولا لعذر فإن تأخر لريبة فقال ابن رشد: وأما إن ارتابت من الحيض بامتلاء في البطن فلا اختلاف في أنها لا تحل حتى تنسلخ من تلك الريبة أو تبلغ أقصى أمد الحمل. انتهى من شرح آخر مسألة من الرسم الثاني من كتاب طلاق السنة، ونقله ابن عرفة، وأما إن تأخر لعذر فقال في المقدمات في طلاق السنة: والعذر الرضاع والمرض. انتهى. أما الرضاع فقال ابن عرفة: ابن رشد: تأخره عن وقته لرضاع كتأخره لوقته. انتهى. وأما المرض فقال ابن عرفة أيضاً: وفي كون ارتفاعه بالمرض كالرضاع تحل في الوفاة بأربعة

152

2195 * - في المطبوع تجس وما بين المعقوفين من م 58 ويم 76 وما يابى 108 وسيد 26.
2196 - ساقطة من المطبوع وم 58 والشيخ 138 وما يابى 109 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويم 76.
2197 - في المطبوع للمرأة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 وم 58 ويم 76 والشيخ 138 وما يابى 108.
2198 - في المطبوع وعشراً والشيخ 138 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 وم 58 ويم 76 وما يابى 108.
2199 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 وم 58 ويم 76 والشيخ 138 وما يابى 109.
2200 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 وم 58 ويم 76 والشيخ 138 وما يابى 109.
2201 - هكذا في ن عدود وم 59 والشيخ 138 ويم 76 وصوبه الشيخ محمد سالم عدود بما في المطبوع (عن ابن أبي زيد) وهو الذي في ما يابى 109.
2202 * - في البيان والتحصيل ج 5 ص 402 زوجا كما.

وَتَنَصَّفَتْ بِالرَّقِّ وَإِنْ لَمْ تَحِضْ فَثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ إِلَّا أَنْ تَرْتَابَ فَتِسْعَةٌ وَلِمَنْ وَضَعَتْ غُسْلُ زَوْجِهَا وَلَوْ تَزَوَّجَتْ وَلَا يَنْقُلُ الْعَتَقُ لِعِدَّةِ الْحُرَّةِ وَلَا مَوْتُ زَوْجٍ ذِمِّيَّةٌ أَسْلَمَتْ.

نص خليل

أشهر وعشر وفي الطلاق بالأقراء ولو تباعدت أو ريبة [تتربص²²⁰³] في الوفاة تسعة أشهر وفي الطلاق سنة قولاً أشهب وابن القاسم مع روايته. انتهى. زاد في المقدمات مع ابن القاسم أصبغ وابن عبد الحكم، وفي التوضيح: اتفق على أن الموضع والمريضة تحل بمضي أربعة أشهر وعشر. قاله ابن بشير. [اهـ.²²⁰⁴] ونصه في التنبيه: وإن كانت مريضة أو مرضعة فلا خلاف في المذهب أن تكتفي بالأربعة الأشهر والعشرة أيام. انتهى. فانظره مع ما قاله ابن عرفة عن ابن رشد وهو في المقدمات، وفي البيان في الرسم المتقدم، وأما المستحاضة فقال ابن عرفة: وفي عدة المستحاضة بتسعة أشهر [أو بأربعة²²⁰⁵] أشهر وعشر سماع عيسى ابن القاسم مع الباجي عن المذهب، ورواية ابن رشد مع ابن زرقون عن رواية الموازية. الشيخ: لأصبغ في الموازية مثل ما تقدم في المسترابة، وقول ابن الحاجب: "يفصل في المميّزة" يريد على رواية ابن القاسم اعتبار التمييز إن ميزت في الأشهر حلت، وإلا طلب التمييز أو تسعة أشهر، وعلى رواية ابن وهب لغوه فالمعتبر التسعة. انتهى. وفي عزوه لسماع عيسى أن عدتها تسعة أشهر مسامحة؛ لأنه يفهم منه أن التسعة كلها عدة، ونص ما في سماعه: تعدد الحرة أربعة أشهر وعشراً والأمة شهرين وخمس ليال ثم يقال لهما الاستحاضة ريبة فانتظرا حتى يمر لكما تسعة أشهر أقصى الريبة. انتهى.

الخامس: يلغى يوم الوفاة كما يلغى يوم الطلاق على القول الذي رجع إليه مالك بعد أن كان يقول تعدد لمثل ساعة الوفاة، وقد تقدم عند قول المصنف: "وألغى يوم الطلاق" كلام ابن رشد في ذلك وأنه إن ألغى يوم الطلاق والوفاة فالإجماع على أن ابتداء العدة من ساعة الطلاق والوفاة ويجب عليها من حينئذ الإحداد في الوفاة. والله أعلم.

ص: وتنصفت بالرق وإن لم تحض فثلاثة أشهر إلا أن ترتاب فتسعة ش: قال في سماع أبي زيد من طلاق السنة في الجارية يتوفى عنها زوجها وهي ترضع: شهران وخمس ليال وإن لم تحض إلا أن ترتاب. ابن رشد: قوله في التي توفي عنها زوجها وهي ترضع أنها تعدد بشهرين وخمس ليال [وإن لم تحض²²⁰⁶] إلا أن تستراب الريبة ها هنا إنما تكون بحس تجده في بطنها، فإن وجدت ذلك فلا تحل حتى يذهب عنها أو تبلغ أقصى أمد الحمل، وإن لم تسترب [فتنقضي²²⁰⁷] عدتها التي فرض الله عليها بالشهرين وخمس ليال كما قال [فيسقط عنها²²⁰⁸] الإحداد ويسقط [حقها²²⁰⁹] في

الحديث

- 2203 - في المطبوع تربصت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 وم 59 ويم 76 والشيخ 139 ومايaby 109.
2204 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 وم 59 ويم 76 والشيخ 139 ومايaby 109.
2205 - في المطبوع وأربعة أشهر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 وم 59 والشيخ 139 وسيد 26.
2206 - في المطبوع ولم تمض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 وم 59 ويم 76 والشيخ 139 ومايaby 109.
2207 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 وم 59 ويم 76 والشيخ 139 ومايaby 109.
2208 - في المطبوع فيسقطه بعد العدة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 وم 59 ويم 76 والشيخ 139 ومايaby 109.
2209 - في المطبوع عنها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 وم 59 ويم 76 والشيخ 139 ومايaby 109.

نص خليل

وَأَنْ أَقَرَّ بِطَلَاقٍ مُتَقَدِّمٍ اسْتَأْنَفَتِ الْعِدَّةَ مِنْ إِقْرَارِهِ وَلَمْ يَرِثْهَا إِنْ انْقَضَتْ عَلَى دَعْوَاهُ وَوَرِثَتْهُ فِيهَا إِلَّا أَنْ تَشْهَدَ بَيِّنَةٌ لَهُ وَلَا يَرْجِعُ بِمَا أَنْفَقَتِ الْمُطَلَّقةُ وَيَغْرُمُ مَا تَسَلَّفَتْ بِخِلَافِ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا وَالْوَارِثِ وَإِنْ اشْتَرَيْتَ مُعْتَدَّةً طَلَاقٍ فَارْتَفَعَتْ حَيْضَتُهَا حَلَّتْ إِنْ مَضَتْ سَنَةٌ لِلطَّلَاقِ وَثَلَاثَةٌ لِلشُّرَاءِ أَوْ مُعْتَدَّةٌ مِنْ وَفَاةٍ.

متن الخطاب

السكنى إلا أنها لا تتزوج إن كانت مدخولا بها حتى تمضي ثلاثة أشهر فيعلم أنه لا حمل بها لأن الحمل [لا²²¹⁰] يتبين في أقل من ثلاثة أشهر. انتهى. ونقله ابن عرفة، وهذا يرجح أحد القولين اللذين نقلهما الجزولي في الريبة هل هي من العدة أو ليست منها فانظره مع ما تقدم. والله أعلم. وقال ابن عرفة: ولذات الرق ولو قبل البناء صغيرة شهران وخمس ليال. ابن زرقون: رواية ابن العطار لا عدة عليها قبل البناء وإن أطاقت الوطء شاذة، وعلى المعروف إن صغرت عن سن الحيض حلت بشهرين وخمس ليال. الباجي والشيخ عن الموازية: إن بلغت ولم تحض أو كانت يائسة/ ولم يؤمن حملها فثلاثة أشهر، وإن أمن فلمالك كذلك وأشهب شهران وخمس ليال وغيرهن.

153

قال ابن زرقون: بها إن حاضت فيها وإن استريبت بحس بطن فبزوالها اتفاقا فيهما، وإن لم تحض فيها من عادتها فيها فالشهور ترفع لتسعة أشهر. أشهب وابن الماجشون وسحنون: لثلاثة أشهر وإن لم تحض ومثلها يحمل ففي حلها بشهرين وخمس ليال أو بثلاثة أشهر قولاً ابن القاسم وأشهب. انتهى. وانظر قوله: وإن لم تحض ومثلها يحمل إلى آخره" كأن هذه طريقة ابن زرقون وهي مخالفة لما قدمه عن الباجي والشيخ عن الموازية. والله أعلم. فقول المصنف: "وإن لم تحض فثلاثة أشهر" يحمل على من بلغت سن المحيض ولم تحض أو كانت يائسة، سواء كان يمكن حملها أم لا كما قال الشيخ ابن أبي زيد في الرسالة: "وأما التي لا تحيض لصغر أو كبر وقد بنى بها فلا تنكح في الوفاة إلا بعد ثلاثة أشهر" وقول المصنف: "إلا أن ترتاب" أي بتأخر الحيض فتؤخر إلى تسعة كما قال في الرسالة بعد أن ذكر عدة الحرة والأمة من الوفاة ما لم ترتب الكبيرة ذات المحيض بتأخره عن وقته فتتعد حتى تذهب الريبة. انتهى. والله أعلم.

ص: وإن أقر بطلاق متقدم استأنفت العدة من إقراره ش: قال في كتاب طلاق السنة من المدونة: وإذا بلغها موت زوجها فعدتها من يوم مات، فإن لم يبلغها ذلك حتى انقضت عدتها فلا إحداد عليها وقد حلت، وكذلك إن [طلقها²²¹¹] وهو غائب فعدتها من يوم طلق إذا [قامت²²¹²] على الطلاق بينة وإن لم تكن على ذلك بينة إلا أنه لما قدم قال كنت طلقته فالعدة من يوم إقراره ولا رجعة له في ذلك فيما دون الثلاث إذا تمت العدة من يوم دعواه وترثه في العدة من يوم دعواه المؤتلفة ولا يرثها، وإن كان الطلاق بتا لم يتوارثا بحال، ولا يرجع عليها بما أنفقت من ماله بعد طلاقه قبل علمها؛ لأنه قد فرط. قال ابن يونس: وأما المتوفى عنها فإنها ترد ما أنفقت من ماله بعد وفاته لأن

الحديث

2210 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 وم 59 ويم 76 والشيخ 139 وما يابى 109.

2211 - في المطبوع طالقت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 153 وم 59 ويم 77 والشيخ 140 وما يابى 110.

2212 - في المطبوع أقامت وم 59 وما يابى 110 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 153 ويم 77 والشيخ 140.

نص خليل فَأَقْصَى الْأَجَلَيْنِ وَتَرَكْتَ الْمَتَوَفَى عَنْهَا فَقَطْ وَإِنْ صَغُرَتْ وَلَوْ كِتَابِيَّةً وَمَقْقُودًا زَوْجُهَا التَّزَيْنَ بِالْمَصْبُوعِ وَلَوْ أَدَكَنَ إِنْ وُجِدَ غَيْرُهُ إِلَّا الْأَسْوَدَ وَالتَّحْلِي.

متن الخطاب ماله صار لورثته فليس لها أن تختص منه بشيء دونهم. قال ابن المواز: ولو قدم عليها رجل واحد يشهد بطلاقها أو رجل وامرأتان فليس ذلك بشيء حتى يشهد لها من يحكم به السلطان في الطلاق وترجع بما تسلفت عليه، وكذلك روى أشهب عن مالك في العتبية، وقال سحنون عن ابن نافع لا ترجع بما تسلفت عليه. انتهى. ونقله أبو الحسن، وقال في أول رسم من سماع ابن القاسم من طلاق السنة إنه [إذا²²¹³] شهد بالطلاق رجل وامرأة أن لها النفقة حتى يثبت ذلك بشاهد آخر. فروع: الأول: قال في الرسم المذكور: وتكون عدتها من يوم طلق إن اتفق الشاهدان على اليوم فإن اختلفا اعتدت من الآخر، ولو لم يذكر اليوم الذي طلق فيه وفات سؤال الشهود كانت عدتها من يوم شهدا عند القاضي لا من يوم الحكم إن تأخر عن الشهادة.

الثاني: قال فيه أيضا: ولا غرم عليها فيما أنفقت من ماله أو أنفق عليها منه من يوم الطلاق إلى يوم علمها به؛ لأنه ألبس على نفسه أي فرط إذ لم يعلمها بطلاقه. زاد في سماع أشهب باتفاق. الثالث: لو أنفقت من مالها أو تسلفت لرجعت عليه بذلك عن مالك. قاله في سماع أشهب. وقال ابن نافع لا ترجع بشيء من ذلك. انتهى.

الرابع: قال في أول رسم من سماع أشهب من طلاق السنة: أما ما ازدادت في السلف مثل أن تشتري ما قيمته [دينار]²²¹⁴ بأكثر من دينار إلى أجل فتبيعه بدينار في نفقتها فلا يلزمه باتفاق، وأما ما أنفقت مما خلفه عندها من ماله فلا غرم عليها فيه باتفاق، واختلف فيما أنفقت من مالها [أو تسلفت²²¹⁵] عليه من غير أن تغبن فيه بزيادة على هذين القولين. انتهى. ص: فأقصى الأجلين ش: أي إما العدة [من]²²¹⁶ حيضة أو [من]²²¹⁷ تسعة أشهر وليست كالمعتدة من الطلاق. قال القابسي: لأن العدة من أول الوفاة قد انقضت بمضي شهرين وخمس ليال والتربص لزوال الريبة فمتى زالت حلت، والمطلقة عدتها بالأقراء، وإنما تصير من أهل الأشهر بعد تسعة أشهر.

ص: وتركت المتوفى عنها فقط ش: هذا شروع منه رحمه الله في الكلام على الإحداد، والإحداد مأخوذ من الحد وهو المنع، يقال حددت الرجل [من كذا]²²¹⁸ إذا منعته ومنه الحدود الشرعية لأنها

2213 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 153 وم 59 ويم 77 والشيخ 140 وما يابى 110.

2214 - في المطبوع بدينار وما بين المعقوفين من ن عدود ص 154 وم 60 ويم 77 والشيخ 140.

2215 - في المطبوع وتسلفته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 154 وم 60 ويم 77 وما يابى 110.

2216 - في المطبوع مع والشيخ 140 وم 60 وما يابى 110 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 154 ويم 77.

2217 - ساقطة من المطبوع والشيخ 140 وم 60 وما يابى 110 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 154 ويم 77.

2218 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 154 وم 60 ويم 77 والشيخ 140 وما يابى 111.

متن الخطاب تمنع ، ويقال للبواب حداد. وقال ابن عرفة: [الإحداد ترك²²¹⁹] ما هو زينة ولو مع غيره فيدخل ترك الخاتم فقط [للمبتذلة²²²⁰]، وقول ابن الحاجب وابن محرز ترك الزينة المعتادة يبطل طرده بصحة سلب الزينة المعتادة عن لبسته متبذلة. انتهى. يعني أن لبس الخاتم وحده لا يعد زينة ولكنه زينة مع غيره، فيدخل في حده ويخرج [عن²²²¹] حد ابن الحاجب وابن محرز لأنه ليس بزينة معتادة فتأمل. والله أعلم. وقال الشيخ زروق في شرح قول الرسالة: "والإحداد أن لا تقرب المعتدة من الوفاة شيئاً من الزينة بحلي" والحلي الخاتم فما فوقه. ص: والتطيب وعمله ش: تصويره واضح.

فرع: إذا لحقتها العدة وهي متطيبة هل عليها ترك الطيب؟ قال التادلي في منسكه في غسل الإحرام عن القرافي: وتنزع المحرمة ما صادف الإحرام من الطيب، بخلاف المعتدة تلحقها العدة وهي متطيبة. انتهى. ثم ذكر فرقا بينهما حاصله أن العدة تدخل عليها بغير اختيارها بخلاف الإحرام ثم ذكر عن البيان خلاف ذلك ولم يبين موضعه من البيان، وهو في المسألة الثانية من سماع أشهب من طلاق السنة، ونصه: مسألة: وسئل عن التي يتوفى زوجها وقد امتشطت أتنقض مشطها؟ فقال: لا رأيت إن كانت مختضبة كيف تصنع لا أرى أن تنقضه. قال ابن نافع: وهو [رأيي]. قال ابن²²²² [رشد: قوله إنه ليس عليها إذا توفي عنها زوجها وهي ممتشطة أن تنقض مشطها معناه إذا كانت امتشطت بغير طيب، وأما لو امتشطت بطيب أو تطيب في/ سائر جسدها لوجب عليها أن تغسل الطيب [كما²²²³] يجب عليها لو توفي عنها وهي لابسة ثوب زينة أن تخلعه وكما يجب على الرجل إذا أحرم وهو متطيب أن يغسل الطيب عنه.

قال ابن عرفة بعد نقله هذا الكلام: قلت: قول ابن رشد يريد إذا كانت امتشطت بغير طيب يقتضي منعها من الامتشاط [بغير طيب،²²²⁴] وهو خلاف متقدم قولها تمتشط بالسدر، ولما نقل الباجي لفظها قال ولو مات زوجها بعد أن مشطت رأسها بشيء من الطيب فروى أشهب في العتبية وذكر ما تقدم، وهذا خلاف ما تقدم لابن رشد، وقول ابن رشد: لو كان بطيب أو تطيب لوجب عليها غسله إلى آخره خلاف قول عبد الحق في تهذيبه: قال بعض شيوخنا: إذا لزمها العدة وعليها طيب فليس عليها غسله بخلاف من أحرم وعليه طيب، عبد الحق: يحتمل أن يفرق بينهما بأن المحرم أدخل الإحرام على نفسه فلو شاء نزع الطيب قبل أن يحرم، وبأن في ما دخل على المرأة من وفاة زوجها والاهتمام شغلا لها عن الطيب. انتهى.

2219 - في المطبوع الإحداد هو ترك وما بين المعقوفين من ن عدود ص154 وم60 ويم77 والشيخ141 ومايأبى111.

2220 - في المطبوع المبتذلة وما بين المعقوفين من م60 ومايأبى111.

2221 - في المطبوع من م60 ويم77 والشيخ141 ومايأبى111 وما بين المعقوفين من ن عدود ص154.

2222 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص154 (ويم77 وفي الشيخ141 ومايأبى111 وهو رأي

2223 - في المطبوع لما وما بين المعقوفين من ن عدود ص155 وم60 ويم77 والشيخ141.

2224 - في المطبوع بغيره وما بين المعقوفين من ن عدود ص155 وم60 ويم77 والشيخ141 ومايأبى111.

نص خليل

وَالْتَجَرُ [فِيهِ وَالتَّزِينُ²²²⁵] فَلَا تَمْتَشِطُ بَحْنَاءٍ أَوْ كَتَمَ بِخِلَافِ نَحْوِ الزَّيْتِ وَالسَّدْرِ وَاسْتَحْدَادِهَا وَلَا تَدْخُلُ الْحَمَامَ وَلَا تَطْلِي جَسَدَهَا وَلَا تَكْتَحِلُ إِلَّا لِضَرُورَةٍ وَإِنْ بَطِيبَ وَتَمَسَّحَهُ نَهَارًا.

فصل وَلِزَوْجَةِ الْمَفْقُودِ الرِّفْعُ لِلْقَاضِي وَالْوَالِي وَوَالِي الْمَاءِ وَإِلَّا فَلِجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ [فَيُؤَجَّلُ²²²⁶] نَسْ [أَرْبَعُ سِنِينَ إِنْ دَامَتْ نَفَقَتُهَا].

ص: والتجر فيه ش: قال ابن عرفة: قال في الموازية: لا تحضر حاد عمل طيب ولا تتجر فيه ولو كان كسبها. انتهى. والله أعلم.

ص: فصل ولزوجة المفقود الرفع للقاضي والوالي ووالي الماء وإلا فلجماعة المسلمين ش: قال ابن عرفة: المفقود من انقطع خبره وممكن الكشف عنه فيخرج الأسير. ابن عات: والمحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه. انتهى. ثم قال في آخر الباب: ابن عبد الحكم من سافر في البحر فانقطع خبره فسيبيله سبيل المفقود. انتهى. وفي مسائل الشيخ أبي الحسن القابسي وسئل عن مركبين مرسيين بجانب البر وفي أحد المركبين رجل يعرفه بعض من في المركب الآخر فهال عليهم البحر في الليل فسمع تكبير أهل المركب الذي فيه الرجل المعروف فأصبحوا فلم يجدوا للمركب خبرا ولا أثرا [هل²²²⁷] يشهد الذين يعرفون الرجل أنه مات؟ فقال يشهدون بصفة الأمر والحاكم يحكم بالموت في هذا، قيل له فلو كانوا في الوسطة فقال قد يكون هؤلاء رمتهم الريح على موضع آخر هؤلاء سبيلهم سبيل المفقود. انتهى.

قال البرزلي في مسائل العدة والاستبراء لما تكلم على المفقود: ومن فقد زمن الوباء وأنه محمول على الموت، ومن هذا ما يوجد اليوم ممن يفقد من مراكب المسلمين فلا يدري أغرق أو أخذه العدو، ولم يظهر له خبر البتة، والصواب أنهم محمولون على الموت بعد الفحص عنهم بأخبار مراكب النصارى، وأما من أخذه العدو على ظهر البحر وغدوا به كما يجري اليوم فحكمه حكم الأسير، وقد ذكر حكمه في المدونة وغيرها. ابن عات: ومثله المحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه. انتهى.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أنه يصح أن يرفع إلى الوالي مع وجود القاضي وإلى والي الماء مع وجود القاضي والوالي، وأما جماعة المسلمين فظاهر كلامه أنه لا يصح ضربهم الأجل إلا عند فقد من ذكر، والظاهر أنه كذلك؛ لجعلهم القول بأنه إذا كان الإمام الأعظم حاضرا لم يضرب غيره خلاف المشهور، ولقول اللخمي المعروف من المذهب أن الكشف عن خبره إلى سلطان بلده وإن تولى ذلك بعض ولاية المياه والعقود منهم أجزاء. انتهى ونقله في التوضيح.

ص: إن دامت نفقتها ش: قال في المتبعية: اعلم أن الغائبين [عن²²²⁸] أزواجهم خمسة فالأول

الحديث

2225 - والدهن والتزين نسخة.

2226 - فتوجل نسخة.

2227 - في المطبوع وهل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 155 (وفي م 60 ويم 78 والشيخ 141 وما يابى 111 فهل

يشهد).

2228 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 155 وم 60 ويم 78 والشيخ 142 وما يابى 112.

متن الخطاب

156 غائب لم يترك نفقة ولا/ خلف مالا ولا لزوجته عليه شرط في المغيب فإن أحببت زوجته الفراق فإنها تقوم عند السلطان بعدم الإنفاق، والثاني غائب لم يترك نفقة ولزوجته عليه شرط في المغيب فزوجته مخيرة في أن تقوم بعدم الإنفاق أو بشرطها وهو أيسر عليها لأنه لا يضرب له في ذلك أجل، والثالث غائب خلف نفقة ولزوجته عليه شرط في المغيب فهذه ليس لها أن تقوم إلا بالشرط خاصة، وسواء كان الغائب في هذه الثلاثة الأوجه معلوم المكان أو غير معلوم، إلا أن معلوم المكان يعذر إليه إن تمكن من ذلك، والرابع غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته وهو مع ذلك معلوم المكان فهذا يكتب إليه السلطان إما أن يقدم أو يحمل امرأته إليه أو يفارقها وإلا طلق عليه، والخامس غائب خلف نفقة ولا شرط لامرأته عليه وهو مع ذلك غير معلوم المكان فهذا هو المفقود. انتهى باختصار. وما ذكره في الرابع من أنه يكتب إليه السلطان إلى آخره وإلا طلقها عليه لم يبين كم ينتظر.

وقال ابن رشد في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم من طلاق السنة: لم يحد ههنا -يعني في هذا الرسم- في الطول حدا، وقال في أول رسم شهد من سماع عيسى إن السنتين والثلاث في ذلك قريب وليس بطول، وهذا إذا بعث إليها بنفقة، وأما إن لم يبعث إليها بنفقة ولا علم له مال فإنها تطلق عليه بعد الإعذار إليه والتلوم عليه، وأما إن علم أنه مؤسر بموضعه فتفرض لها النفقة عليه تتبعه بها ولا يفرق بينهما، فهذا ظاهر قول ابن حبيب في الواضحة، ومعنى ذلك ما لم يطل على ما قال هنا. والله أعلم. انتهى كلامه في رسم الشريكين.

تنبيهه: قال في المدونة: وينظر السلطان في مال المفقود ويجمعه ويوقفه كان بيد وارث أو غيره، ويوكل به من يرضى، وإن كان من ورثته من يراه لذلك أهلا أقامه له، وينظر في قراضه وودائعهم ويقبض ديونه ولا يبرأ من دفع من غرمائه إلى ورثته؛ لأن ورثته لم يرثوه بعد، وما أسكن أو أعار أو أجر إلى أجل أرجىء إليه، وإن قارض إلى أجل فسخ وأخذ المال وما لحقه من دين أو اعتراف أو عهدة ثمن أو عيب قضى به عليه ولا يقام له وكيل وتباع عروضه في ذلك، وإن أقام رجل البينة أنه أوصى له بشيء أو أسند إليه الوصية سمعت بينته، فإذا قضى [بموته²²²⁹] بحقيقة أو تعميم جعل [الوصي وصيه وأعطيت²²³⁰] للموصى له وصيته إن كان حيا وحملها الثلث [ولا أعيد²²³¹] البينة، وكذلك إن أقامت المرأة بينة أنه زوجها قضيت لها كقضائي على الغائب. انتهى كلام المدونة. قال أبو الحسن: قوله: "أو اعتراف" أي استحقاق، وقوله: "أو عهدة ثمن" أي استحقاق ما باع فرجع عليه بالثمن، وقوله: "أو عيب" أي باع سلعة فظهر بها عيب، وقوله: "ولا يقام له وكيل" وجهه أن الوكيل لا يعلم حجج الغائب ويقوم بحجته إذا قدم. انتهى. وقال الشيخ أبو الحسن في كتاب العيوب في الكلام

الحديث

2229 - في المطبوع بمدته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 156 وم 61 ويم 78 والشيخ 143 وما يابى 112.

2230 - في المطبوع وأعطت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 156 وم 61 ويم 78 وما يابى 112 (وفي الشيخ 143 وجعل الموصى وصية وأعطيت).

2231 - في المطبوع وإلا أعيدت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 156 ويم 78 وما يابى 112 والشيخ 143 (وفي م 61 ولا أعمد).

نص خليل وَالْعَبْدُ نِصْفَهَا مِنَ الْعَجْزِ عَنْ خَبَرِهِ ثُمَّ اعْتَدْتُ كَالْوَفَاةِ وَسَقَطَتْ بِهَا النِّفْقَةُ وَلَا تَحْتَاجُ فِيهَا لِإِذْنٍ.

متن الخطاب على الرد على الغائب: القاعدة أن الإمام لا يتعرض لديون الغائب يقضيها إلا أن يكون مفقوداً أو مولى عليه أو يكون حاضراً ويريد أن يبرى ذمته ورب الدين غائب أو حاضر [مُلِد، 2232] وهذا بخلاف ما إذا أفسد شخص مال غائب، فإن الإمام يأخذ منه القيمة ويحبسها [للغائب، 2233] انتهى. ونحوه في النكت فانظره.

وقال في المتيطية: وأما مال المفقود فينبغي للإمام أن ينظر فيه ويثقفه ويجعله في يد من يرتضيه من أهله أو من غيرهم ويقدمه للقيام [بتمهير 2234] ماله والنظر في جميع [أحواله 2235]، فإن كانت له أملاك اغتلتها ورم ما وهي منها، وإن كان له عبيد في خراجهم ما يفضل عن نفقتهم وكسوتهم حبسه له، وإلا باعهم عليه، ويقتضي ديونه إن كانت له عند حلول آجالها ويمكن من إثباتها والخصام فيها، وكذلك ما استودعه المفقود أو قارضه، وما كانت عليه من ديون ثبتت عليه قضاها عند حلول آجالها [بعد أيمان أربابها 2236] وما تراخى أجله منها ومن مهور نسائه [فلا 2237] تحل إلا بانقضاء تعميره. انتهى. وقوله: "وما تراخى أجله" يريد تراخى أجله بعد مدة التعمير. والله أعلم.

ثم قال في المتيطية: وينفق من ماله على أزواجه ويخدمهن إن كن مخدمات وكان ماله يتسع لذلك، هذا إن كن مدخولا بهن، وأما غير المدخول بهن فالمشهور من المذهب والذي عليه العمل، وقاله ابن القاسم من رواية المصريين عنه ورواه أيضاً عيسى، وبه قال ابن المواز، ولم يذكر في ذلك خلافاً مع معرفته باختلاف أصحاب مالك أن لها النفقة وإن لم يدخل بها المفقود. انتهى. وانظر الشيخ أبا الحسن الصغير في آخر النكاح الثاني من طلاق السنة. ثم قال في المتيطية: وينفق على فقراء صغار بنيه وأبكار بناته حتى يحتلم الذكر منهم وهو صحيح الجسم والعقل ويدخل بالأنثى زوجها. انتهى. والله أعلم.

ص: وللعبد نصفها ش: قال المتيطي: وسواء كان مغيبه بإباق أو بيع فغاب به مشترية وانقطع خبره. انتهى. والله أعلم.

ص: وسقطت بها النفقة ش: قال في المتيطية: وينفق هذا الوكيل أو السلطان إن لم يقدم أحداً على زوجة المفقود في الأربع سنين، ويكسوها بعد أن تحلف أن زوجها لم يترك لها نفقة ولا كسوة ولا أرسل بشيء وصل إليها، ولا يكلفها إثبات الزوجية؛ لثبوتها عنده قبل الأجل، ويكلف ذلك غيرها من نسائه ولا ينفق عليها في العدة وينفق على صغار بنيه وأبكار بناته بعد ثبوت البتة، وأنه لا مال لهم في علم الشهود. ثم قال في عقد الوثيقة: تقول دفع فلان [الناظر 2238] للمفقود إلى فلانة بعد أن ثبت عند القاضي أنها زوجة المفقود فلان لم تنقطع عصمته عنها إلى حين قيامها عنده وبعد أن ثبت عنده يمينها في المسجد الجامع بمدينة كذا أنه ما ترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيئاً تمون به نفسها ولا أرسل إليها بشيء وصل إليها ولا أسقطت ذلك عنه ولا شيئاً منه كذا وكذا ديناراً إلى آخره. ثم قال: وإن كان له بنون قلت إلى فلانة زوجة المفقود وحاضنة بنيتها منه فلان وفلان الصغيرين وفلانة البكر

الحديث

- 2232 - في المطبوع فله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 156 ويم 78 (والشيخ 143 ملك) وما يابى 112.
 2233 - في المطبوع الغائب وم 61 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 156 ويم 78 والشيخ 143 وما يابى 112.
 2234 - * في المطبوع بتميز وما بين المعقوفين من م 61 وما يابى 113.
 2235 - * في المطبوع أمواله وما بين المعقوفين من م 61 وما يابى 113.
 2236 - في المطبوع بعد بيان أربابها وما بين المعقوفين من الشيخ 143.
 2237 - * في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من الشيخ 143.
 2238 - في المطبوع النظر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 157 وم 61 ويم 79 والشيخ 143 وما يابى 113.

نص خليل

وَلَيْسَ لَهَا الْبَقَاءُ بَعْدَهَا وَقَدِرَ طَلَاقٌ يَتَحَقَّقُ بِدُخُولِ الثَّانِي فَتَحِلُّ لِلأَوَّلِ إِنْ طَلَّقَهَا [اثْنَتَيْنِ²²³⁹ نص] فَإِنْ جَاءَ أَوْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ حَيٌّ أَوْ مَاتَ فَكَالْوَلِيِّينِ وَوَرِثَتِ الْأَوَّلُ إِنْ قُضِيَ لَهَا بِهَا وَلَوْ تَزَوَّجَهَا الثَّانِي فِي عِدَّةٍ فَكَغَيْرِهِ.

متن الحطاب

بعد أن ثبت عند الفقيه القاضي أنها زوجته، وأن بنيتها المذكورين هم من المفقود فلان، وأن فلانا وفلانا صغيران، وأن فلانة بكر، وأنهم لا مال لهم في علم من ثبت ذلك بشهادتهم. انتهى. والله أعلم.

ص: وليس لها البقاء بعدها ش: حمله الشارح على أن المراد ليس لها البقاء في الزوجية بعد العدة وهذا لا إشكال فيه، والظاهر عوده إلى الأربع سنين. قال ابن عرفة: أبو عمران لها البقاء على عصمته في خلال الأربع سنين؛ لأنها لم تجب عليها عدة ومتى رجعت للرفع للسلطان ابتداء لها الضرب، وليس لها ذلك [إن تمت الأربع²²⁴⁰ انتهى بلفظه. وكلام [الشامل²²⁴¹] هنا مشكل فانظره مع كلام ابن عرفة.

ص: فكالوليين ش: يعني فإن جاء المفقود أو تبين أنه حي أو أنه مات بعد دخول الثاني بها فإنها فانت بدخوله بها وإن جاء الزوج المفقود أو تبين أنه حي قبل ذلك ردت إلى الأول، سواء تبين ذلك وهي في عدة المفقود أو بعد خروجها منها على المعروف، أو بعد أن عقد عليها الثاني وقبل الدخول، وأما إن ثبت أنه مات بعد عقد الثاني وقبل دخوله بها فإنه يفسخ نكاحه؛ لأنه تزوج بزوجة الغير، وأما إن ثبت موته قبل عقد الثاني فإن حكمها حكم غيرها من النساء فإن كان عقد الثاني بعد خروجها من عدة الأول في نفس الأمر صح نكاحه، وإن كان عقده قبل خروجها من عدة الأول في نفس الأمر فهو كالنكاح في العدة،/ وإليه أشار بقوله:

158

ص: ولو تزوجها الثاني في عدة فكغيره ش: يعني فإن كان لم يدخل بها فسخ النكاح ولم تحرم عليه، وإن كان دخل بها ووطئها في العدة حرمت عليه، وإن كان العقد في العدة والدخول بعدها جرى على الخلاف في ذلك، والمشهور تأبيد التحريم. والله أعلم.

فروع: الأول: إذا دخل بها في نكاح فاسد فالأول أحق بها إن فسخ بلا طلاق لا إن فسخ بطلاق، ونص عليه الباجي وغيره ونقله في التوضيح.

الثاني: إذا فقد قبل البناء وضرب له الأجل وفرق الحاكم بينهما فروي عن مالك أنها تعطى جميع الصداق، وبه قال سحنون. قال ابن بطال: وبه القضاء. وفي الجلاب أنها تعطى نصفه، فإن ثبت بعد ذلك موته أو مضى سن التعمير فيكمل لها، وقال جماعة إن لم تكن قبضته لم تعط إلا النصف، وإن قبضته لم ينتزع منها، وعلى أنها تأخذ الجميع فقال مالك يعجل لها المعجل ويبقى المؤجل لأجله، وقال سحنون: يعجل لها الجميع، ومنشأ الخلاف أن فيها شائبتين شائبة الموت بدليل أنها تعدد عدة

الحديث

2239 س - ثنتين نسخة.

2240 * - في المطبوع أن تمتد لأربع وما بين المعقوفين من م 61 والشيخ 144 وسيد 28 ويم 79 وما يابى 113.
2241 - في المطبوع الشارح وما بين المعقوفين من ن عدود ص 157 وم 61 ويم 79 والشيخ 144 وما يابى 113.

نص خليل وَوَرِثَتِ الْأَوَّلَ إِنْ قُضِيَ لَهُ بِهَا وَأَمَّا إِنْ تُعِيَ لَهَا أَوْ قَالَ عَمْرُ طَالِقٌ مُدْعِيًا غَائِبَةً فَطُلِقَ عَلَيْهِ ثُمَّ أَثْبَتَهُ وَدَّو ثَلَاثَ وَكَلَّ وَكَيْلَيْنِ.

متن الخطاب الوفاة وشائبة الطلاق بدليل أن دخول الثاني يوقع على الأول طلاقاً، وعلى القول بأنها تعطى الجميع، فإن جاء الأول بعد دخول الثاني فقبل ترد إليه نصف الصداق واختاره اللخمي، وقال ابن رشد إنه الأصح، وقيل لا ترد إليه شيئاً قليل وبه العمل. نقله في التوضيح.

الثالث: قال في المنتقى في باب الرعاف من كتاب الطهارة: قال ابن حبيب: من تزوج امرأة لها زوج غائب لا يدرى أحي هو أم ميت ثم تبين أنه مات لمثل ما تنقضي فيه عدتها قبل نكاحه أن نكاحه ماض. انتهى.

ص: وورثت الأول إن قضى له بها ش: فإن ثبت أنه مات وهي في العدة فترثه اتفاقاً، وكذا بعد خروجها وقبل عقد الثاني على المعروف وبعد عقده قبل دخوله على المرجوع إليه.

فرع: قال اللخمي: فإن جهلت التواريخ وقد دخل الثاني لم يفسخ نكاحه ولم [ترث²²⁴² الأول لأنه لا²²⁴³] يفرق بينها وبين الثاني بالشك ولا ترث أيضاً بالشك.

ص: وأما إن نعي لها ش: النعي خبر الموت. قال عياض: الفقهاء يقولون المنعى بضم الميم وفتح العين، وهو خطأ عند أهل العربية، والصواب المنعي بفتح الميم وكسر العين وتشديد الياء وهي التي أخبرت بموت زوجها فاعتمدت على الأخبار وتزوجت ثم قدم زوجها فالمشهور من المذهب أنها ترد إلى الأول ولو دخل بها الثاني، وسواء حكم بموته حاكم أو لم يحكم، وقيل تفوت بدخول الثاني كامراً المفقود، وثالثها التفرقة فإن حكم به حاكم فانت بدخول الثاني، وإلا لم تفت، وأما إن لم يدخل بها الثاني فهي للأول اتفاقاً. قاله ابن رشد.

فرعان: الأول: وإذا ردت إلى الأول فلا يقربها حتى تحيض أو تضع حملها إن كانت حاملاً/ وتعتد في بيتها الذي كانت تسكن فيه مع الآخر، ويحال بينه وبين الدخول عليها. عياض: ولا إشكال في منع الثاني من النظر إليها والدخول عليها لأنه أجنبي، وأما الأول فلا إشكال في منعه الوطء [لاختلاط²²⁴⁴] الأنساب، وأما ما عداه من الاستمتاع فمباح لأنها زوجة، وإنما حبست لأجل اختلاط النسب²²⁴⁵ كما لو استبرأها من زنا وبدليل [ما²²⁴⁶] لو كانت المغصوبة ظاهرة الحمل من زوجها لجاز له وطؤها إذ الولد ولده عند ابن القاسم وكرهه أصبغ كراهة لا تحريماً.

الثاني: قال ابن الحاجب: قال أبو عمران: لو ثبت موته عندها برجلين [فتزوجت²²⁴⁷] فلم يظهر خلافه لم يفسخ إلا أن يكونا غير عدلين أو لم يعلم إلا [بقولها²²⁴⁸]. قال في التوضيح: ما ذكره عن

الحديث

2242 - في المطبوع يرث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 158 وم 61 ويم 79 والشيخ 145 ومايأبى 114.

2243 * - في المطبوع لم وما بين المعقوفين من م 62 ويم 79 والشيخ 145 وسيد 28 ومايأبى 114.

2244 * - في المطبوع لا احتياط وما بين المعقوفين من الشيخ 145 وم 62 ومايأبى 114.

2245 * - في م 62 ومايأبى 114 النسبين

2246 - ساقطة من المطبوع وم 62 ومايأبى 114 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 159 ويم 79 (والشيخ 145 أن).

2247 * - وردت في التوضيح ص 392 ج 2.

* - وفي م 62 ومايأبى 114 النسبين.

2248 * - في المطبوع بقولهما وما بين المعقوفين من ن عدود والشيخ 145 وسيد 28 وم 62 ويم 79 ومايأبى 114 وهو الذي

في التوضيح ج 2 ص 392.

نص خليل

وَالْمُطَلَّقةُ لِعَدَمِ النِّفْقَةِ ثُمَّ ظَهَرَ إِسْقَاطُهَا وَذَاتُ الْمَقْذُودِ تَتَزَوَّجُ فِي عِدَّتِهَا فَيُفْسَخُ أَوْ تَزَوَّجَتْ بِدَعْوَاهَا الْمَوْتَ أَوْ بِشَهَادَةِ غَيْرِ عَدْلَيْنِ فَيُفْسَخُ ثُمَّ يَظْهَرُ أَنَّهُ كَانَ عَلَى الصَّحَّةِ فَلَا تَفُوتُ بِدُخُولِ وَالضَّرْبِ لِوَاحِدَةٍ ضَرْبٌ لِبَقِيَّتِهِنَّ وَإِنْ أُبَيِّنَ.

متن الخطاب

أبي عمران لا يؤخذ منه جواز ذلك ابتداءً، ونقل عنه ابن يونس وغيره أنه يجوز لها أن تتزوج [بخبر²²⁴⁹] العدلين، وليس عليها أن ترفع إلى الحاكم ولا يفسخ. انتهى جميعه من التوضيح ملخصاً.
ص: والمطلقة لعدم النفقة ثم ظهر إسقاطها ش: هكذا ذكر في توضيحه في الكلام على ذات الوليين، ونص على ذلك أبو عمران [الجورائي²²⁵⁰] في نظائره، ونص ابن يونس في أواخر كتاب النكاح الثاني في الغائب إذا طلق عليه لعدم النفقة ثم ثبت أنه كان يرسلها إليها أنها ترد إليه وإن دخل بها الثاني، ونقله عنه ابن عرفة في الكلام على التطليق على الغائب بعدم النفقة، وذكر معه أيضاً مسألة من طلق عمرة وادعى أن له زوجة أخرى تسمى بذلك، ونقلها أيضاً عن المتيطي، وذكر عنه أيضاً قولاً ثانياً بأنها لا ترد إليه وهو في المتيطية في الكلام على الطلاق/ على الغائب بعدم النفقة، وهذا كله يقتضي أن المرأة إذا أسقطت النفقة عن زوجها في المستقبل تسقط عنه، وصرح بذلك عبد الحق في تهذيبه، ونقله عنه أبو الحسن وقبلة، ولم يذكر خلافاً؛ ذكره في الكلام على من وهبت نوبتها من ضررتها في النكاح الثاني، وهو خلاف ما جزم به القرافي في الفرق الثالث والثلاثين من قواعده من أن ذلك لا يسقط ولها الرجوع فيه، وقبله ابن الشاط، وحمل ابن غازي عليه قول المصنف في فصل الصداق: "أو أسقطت شرطاً قبل وجوبه"، وقد ذكر في التوضيح في الكلام على نكاح التفويض في ذلك قولين. والله أعلم.

160

ص: والضرب لواحدة ضرب لبقيتتهن وإن أُبين ش: معنى كلامه -والله أعلم- أن من قام من نسائه بعد ضرب الأجل لواحدة فإنه لا يضرب للثانية أجل مستأنف، بل يكفي أجل الأولى وإن كانت الثانية امتنعت حين ضرب الأجل للأولى، وليس معنى كلامه إن قامت امرأة من نسائه فضرب لها الأجل ثم اعتدت أن العدة تلزم الباقي وتنقطع عنهن النفقة ولو اخترن المقام؛ يظهر ذلك [بذكر كلام²²⁵¹] المتيطي، ونصه: ولو كان له نساء سواها فقمين في خلال الأجل أو بعد انقضاء الأجل فطلبن ما طلبته من الفراق فهل يستأنف الإمام الفحص عنه لهن وإعادة ضرب الأجل من بعد اليأس، أو يجرئه ما تقدم من فعله الأول؟ فذكر ابن العطار في وثائقه عن ابن الفخار أنه رأى لملك أن الإمام لا يستأنف [لهن²²⁵²] ضرباً، وقاله بعض شيوخنا القرويين. قال: وكذلك إن قمن بعد مضي الأجل

الحديث

2249 - في المطبوع بغير وما بين المعقوفين من ن عدود ص 159 وم 62 ويم 79 والشيخ 145 وما يابى 114.

2250 - * في المطبوع الجزائري وما بين المعقوفين من م 62.

2251 - في المطبوع بكلام وم 62 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 160 ويم 80 وما يابى 115 (وفي الشيخ سيديا 146 فذكر كلام).

2252 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 160 وم 62 ويم 80 والشيخ 146 وما يابى 115.

نص خليل

وَبَقِيَتْ أُمُّ وَلَدِهِ وَمَالُهُ وَزَوْجَةُ الْأَسِيرِ وَمَقْهُودُ أَرْضِ الشُّرْكِ لِلتَّعْمِيرِ وَهُوَ سَبْعُونَ وَاخْتَارَ الشَّيْخَانِ ثَمَانِينَ وَحُكِمَ بِخَمْسٍ وَسَبْعِينَ [وَأَن²²⁵³ س] اِخْتَلَفَ الشُّهُودُ فِي سِنِّهِ فَلَا أَقْلَ وَتَجَوَّزُ شَهَادَتُهُمْ عَلَى التَّقْدِيرِ وَحَلَفَ الْوَارِثُ حِينَئِذٍ وَإِنْ تَنَصَّرَ أَسِيرٌ فَعَلَى الطَّوْعِ وَاعْتَدَّتْ فِي مَقْهُودِ الْمُعْتَرِكِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ بَعْدَ انْفِصَالِ الصَّفِّينِ وَهَلْ يُتَلَوُّ وَيُجْتَهِدُ تَفْسِيرَانِ.

متن الخطاب

وانقضاء العدة [فإن ذلك²²⁵⁴] يجزئهن وضرب الإمام الأجل لواحدة من نسائه كضربه لجميعهن، كما أن تغليسه المديان لأحد الغرماء تغليس [لجميعهم²²⁵⁵] قال يحيى بن عمر: وبلغني عن ابن القاسم أنه سئل عنها فتفكر ثم قال: ضرب الأجل للمرأة الواحدة ضرب لجميعهن فإذا انقضى الأجل تزوجن إن أحببن. قال بعض القرويين: وذكر عن الشيخ أبي عمران أنه قال: يضرب للثانية الأجل حين ترفع إليه من غير أن يكشف عن أمر المفقود؛ لأنه قد كشف عنه للأولى. قال بعض شيوخنا: القرويين، وهذا أصح وأحسن. انتهى. وكلام ابن يونس نحوه، ونصه: وروى لمالك إذا كان للمفقود امرأتان فرفعت إحداها أمرها إلى السلطان فضرب لها أجلا أربع سنين ثم بعد ذلك رفعت الأخرى. قال مالك: لا يستأنف لها ضرب، وذكر لنا عن بعض شيوخنا مثل هذا.

قال مالك: وكذلك إن قامت بعد مضي الأجل والعدة فإنه يجزئها، وضرب الإمام الأجل لواحدة من نسائه كضربه لجميعهن. ثم ذكر ما تقدم عن المتيطي، وانظر قول المتيطي: فقمين في خلال الأجل، وقول ابن يونس: ثم بعد ذلك رفعت الأخرى فجعل قول مالك: "لا يستأنف لها الإمام ضربا محله" إذا قامت تطلب الفراق فمفهومه أنها لو لم تقم فلا يكون ضرب الأجل لواحدة ضربا لبقيتهم، وقول ابن فرحون في شرحه؛ يعني أن الحاكم كتب بأمر زوجها وعجز عن الوقوف على خبره وضرب الأجل واعتدت فإن ذلك كاف للجميع؛ يريد إذا قمن بطلب ذلك. والله أعلم. وكلام ابن فرحون هذا مع نقل ابن يونس والمتيطي عن مالك في قوله، وكذا إن قمن بعد مضي الأجل وانقضاء العدة فإن ذلك يجزئهن، يقتضي بظاهره أنهن لا يحتجن إلى عدة إذا قمن بعد مضي الأجل والعدة فتأمله. والله أعلم. ومقابل هذا القول قول الشيخ أبي عمران الذي صححه، واستحسنه بعض القرويين، وقاله ابن عبد السلام هو الأقرب عندي. والله أعلم.

161

ص: وبقيت أم ولده ش: نقله في التوضيح عن ابن/ رشد، وكأنه لم يقف عليه للمتقدمين، وقد نقله غير واحد. قال المتيطي: وينفق على أم ولده إلى انقضاء تعميره. انتهى. ثم قال بعد أن ذكر أن السلطان يقدم على مال المفقود من يحفظه ويكفي عياله كما تقدم نقله: وينفق الوكيل أو السلطان إن لم يقدم أحدا على أم ولده بعد أن تثبت أنها أم ولده وبعد يمينها. ثم قال في نص الوثيقة: وإن كان

الحديث

2253 س - فإن نسخة.

2254 - في المطبوع فإنهن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 160 وم 62 ويم 80 (وفي الشيخ 146 فإنه يجزئهن

وما يابى 115).

2255 * - في المطبوع والشيخ 146 لجميعهن وما بين المعقوفين من م 62 ويم 80 وما يابى 115.

نص خليل وَوَرِثَ مَالُهُ حِينَئِذٍ كَالْمُنْتَجِعِ لِإِلَادِ الطَّاعُونَ أَوْ فِي زَمَانِهِ وَفِي الْفَقْدِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ [وَالْكَفَّارِ] بَعْدَ 2256 [س] سَنَةٍ بَعْدَ النَّظَرِ 2257 [س] وَلِلْمُعْتَدَةِ الْمُطَلَّقةِ.

متن الخطاب دفع إلى أم ولده قلت إلى فلانة أم [ولد²²⁵⁸] المفقود فلان بعد أن ثبت عند الفقيه القاضي أبي فلان أنها أم ولد وأنه لم يبتل عتقها إلى حين قيامها عنده في علم من ثبت ذلك عنده بشهادتهم، وأنها حلفت بأمره وثبت يمينها عنده على الواجب فيه وإن كان لها منه ابن ذكرت فيه مثل ما تقدم في البنين. انتهى. وقد تقدم ما ذكره في البنين. والله أعلم.

ص: وورث ماله حينئذ ش: أي فيرثه من كان وارثا له يوم يحكم بموته لانقضاء سن التعمير. قال ابن عرفة: وأقوال [أهل²²⁵⁹] المذهب واضحة [بأن²²⁶⁰] مستحق إرثه وارثه يوم الحكم بتمويلته [لا يوم بلوغه سن تمويلته²²⁶¹] حسبما يدل عليه لفظ اللخمي والمتيطي وابن كوثر وابن الهندي وغيرهم، وبه أفتيت من ذكر أنها نزلت، وأفتى [فيها²²⁶²] بعض الناس [بإرثه²²⁶³] مستحقه يوم بلوغه لا يوم الحكم، وسئل عنها غير واحد لعل موافقا له فلم يجده فيما علمت. انتهى.

ص: وزوجة الأسير ش: وسواء علم موضعه أم لا.

فرع: إذا هرب الأسير من أرض الحرب وثبت هروبه وجهل خبره فإن ثبت دخوله بلد الإسلام فكالمفقود، وإن لم يثبت فكالأسير؛ لاحتمال عدم خروجه من بلد الحرب. انتهى.

ص: وإن تنصر أسير فعلى الطوع ش: ولو تزوجت زوجته ثم ثبت أنه تنصر مكرها فقبل كزوجة المفقود، وقيل كالنعي لها [زوجها²²⁶⁴] وذكر القولين في التوضيح وفي الشامل، واقتصر في التوضيح في أوائل النكاح على أنها كزوجة المفقود. والله أعلم.

فرع: إن شهدت بينة بالإكراه وأخرى بالطوع فبينة الإكراه أعمل؛ لأنها علمت ما لم تعلم الأخرى. قاله في التوضيح.

ص: واعتدت في مفقود المعترك بين المسلمين بعد [انفصال²²⁶⁵] الصفين ش: هذا إذا شهدت البينة/العادلة أنه حضر المعترك، وأما إن كان إنما رأوه خارجا عن العسكر ولم يروه في المعترك، فحكمه حكم المفقود في زوجته وماله باتفاق. انتهى من التوضيح ناقلا له عن المقدمات.

162

الحديث

- 2256 س - تعتد سنة نسخة.
- 2257 س - والكفار سنة بعد النظر نسخة. النسخة الأولى هي الصواب.
- 2258 - في المطبوع ولده وما بين المعقوفين من ن عدود ص 161 والشيخ 146 وم 62 ويم 80 وما يابى 115.
- 2259 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من الشيخ 147 وم 62 وما يابى 116.
- 2260 - * في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من سيد 28 وم 62.
- 2261 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 161 ويم 80 والشيخ 147 وما يابى 116 (وم 62 لأن يوم بلوغه من تمويلته).
- 2262 - ساقطة من المطبوع وم 62 والشيخ 147 وما يابى 116 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 161 ويم 80.
- 2263 - في المطبوع بارت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 161 وم 62 ويم 80 والشيخ 147 وما يابى 116.
- 2264 - ساقطة من المطبوع وم 62 والشيخ 147 وما يابى 116 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 161 ويم 80.
- 2265 - في المطبوع انفال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 161 والشيخ 147 ويم 80.

نص خليل

أَوْ الْمَحْبُوسَةِ بِسَبَبِهِ فِي حَيَاتِهِ السُّكْنَى وَلِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا وَالْمُسْكُنُ لَهُ أَوْ نَقْدَ كِرَاءِهِ لَا بِلَا نَقْدٍ وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ إِلَّا الْوَجِيبَةَ تَأْوِيلًا وَلَا إِنْ لَمْ يَدْخُلْ إِلَّا أَنْ يُسْكِنَهَا إِلَّا [لِيَكْفُهَا] ²²⁶⁶ [س] وَسَكَنْتَ عَلَى مَا كَانَتْ تُسْكُنُ وَرَجَعْتَ لَهُ إِنْ نَقَلَهَا وَأَتَاهُمْ أَوْ كَانَتْ بغيرِهِ وَإِنْ [بِشَرِّطٍ] ²²⁶⁷ [س] فِي إِجَارَةِ رَضَاعٍ وَانْفَسَخَتْ وَمَعَ ثَقَةٍ إِنْ بَقِيَ شَيْءٌ مِنَ الْعِدَّةِ إِنْ خَرَجَتْ صَرُورَةً فَمَاتَ أَوْ طَلَّقَهَا فِي كَالثَلَاثَةِ الْأَيَّامِ وَفِي التَّطَوُّعِ أَوْ غَيْرِهِ إِنْ خَرَجَ لِكِرْبَاطٍ لَا لِمُقَامٍ وَإِنْ وَصَلَتْ وَالْأَحْسَنُ وَلَوْ أَقَامَتْ نَحْوَ السَّتَةِ أَشْهُرٍ وَالْمُخْتَارُ خِلَافُهُ وَفِي الْإِنْتِقَالِ تَعْتَدُ بِأَقْرَبِهِمَا أَوْ أَبْعَدِهِمَا أَوْ بِمَكَانِهَا وَعَلَيْهِ الْكِرَاءُ رَاجِعًا وَمَضَتْ الْمُحْرِمَةُ أَوْ الْمُعْتَكِفَةُ أَوْ أَحْرَمَتْ وَعَصَتْ وَلَا سَكْنَى لِأُمَةٍ لَمْ تُبَوِّأْ وَلَهَا حِينَئِذٍ الْإِنْتِقَالُ مَعَ سَادَاتِهَا.

ص: أَوْ الْمَحْبُوسَةِ بِسَبَبِهِ فِي حَيَاتِهِ السُّكْنَى ش: مفهومه أنه لا سكنى لها [في الموت]، ²²⁶⁸ [وقرره الشارح كذلك ولينظر في ذلك، وانظر كلام ابن عبد السلام عند شرح قول ابن الحاجب: ولأم ولد تعتق أو يموت عنها السكنى فإنه يدل على أن الحرة إذا فسخ نكاحها بعد الموت لها السكنى في مدة الاستبراء فتأمله. والله أعلم.

متن الخطاب

ص: لا بلا نقد وهل مطلقاً أو إلا الوجيبية تأويلان ش: يعني فإن كان موضع / سكنها مع زوجها بكراء ولم ينقد ففي المدونة أنها لا تكون أحق بالسكنى بغير عوض [كما كانت] ²²⁶⁹ [إذا نقد الكراء، وظاهر ذلك أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الكراء مشاهرة؛ أي كل شهر بكذا أو وجيبية وهو المدة المعينة، وعلى هذا الظاهر حمل المدونة الباجي وغيره، واحتجوا بأن المسألة وقعت لمالك كذلك في الموازية، وذكر في النكت عن بعض القرويين أنه حمل المدونة على المشاهرة، وأما الوجيبية فإنها أحق بالسكنى، سواء قدم الكراء أم لا، واحتج [بمفهوم] ²²⁷⁰ [كلام المدونة الآتي، واحتج في تهذيب الطالب لذلك؛ بأن أبا قرّة روى عن مالك أنها تكون أحق بالوجيبية مطلقاً. قاله في التوضيح. والتأويل الأول أرجح لموافقه لما في الموازية، وقال ابن عرفة بعد ذكره كلام بعض القرويين: وهو خلاف ما في الموازية وغيرها، وذكر أيضاً أن اللخمي حمل المسألة على ما حملها عليه الباجي. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: إذا لم يكن لها السكنى في مال الميت فلا تخرج إلا أن يخرجها رب الدار ويطلب من الكراء ما لا يشبه. قال في المدونة في الكلام على المتوفى عنها: إن كانت الدار بكراء ولم ينقد الزوج الكراء وهو موسر فلا سكنى لها في ماله، وتؤدي الكراء من مالها، ولا تخرج إلا أن يخرجها رب الدار ويطلب من الكراء ما لا يشبه، واحتج بعض القرويين على تأويله المتقدم بقوله: "إلا أن يطلب منها رب الدار ما لا يشبه" فإن ذلك يدل على أن الكراء لم يكن سنة بعينها؛ لأنه لو أكرى

163

الحديث

2266 س - ليكفلها نسخة. هي الصواب

2267 س - لشرط نسخة.

2268 - في المطبوع في حياة الموت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 162 وم 63 ويم 80 والشيخ 147 وما يابى 116.

2269 - في المطبوع إذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 163 وم 63 ويم 81 والشيخ 147 وما يابى 116.

2270 - في المطبوع لمفهوم وم 63 والشيخ 147 وما يابى 116 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 163 ويم 81.

نص خليل كَبَدَوِيَّةٍ ارْتَحَلَ أَهْلُهَا فَقَطُّ أَوْ لِعُدْرٍ لَا [يُمْكِنُ²²⁷¹ س] الْمَقَامُ مَعَهُ [بِمَسْكَنِهَا²²⁷² نس] كَسْقُوطِهِ أَوْ خَوْفِ جَارِ سُوءٍ وَلَزِمَتِ الثَّانِي وَالْثَالِثَ وَالْخُرُوجُ فِي حَوَائِجِهَا طَرَفِي النَّهَارِ لَا لِضَرَرٍ جَوَارٍ لِحَاضِرَةٍ وَرَفَعَتْ لِلْحَاكِمِ وَأَقْرَعَ لِمَنْ يَخْرُجُ إِنْ أَشْكَلَ.

متن الخطاب سنة بعينها كان الكراء [قد²²⁷³] لزم بما تعاقدها، وليس لرب الدار أن يطلب غيره، وحملها الأولون على أن مدة الكراء قد انقضت. والله أعلم.

الثاني: إذا كان الكراء وجيبة ولم ينقد وقلنا لا سكنى لها فتسكن في حصتها وتسلم الكراء.

الثالث: هل لرب الدار إخراجها لغير زيادة؟ انظر التوضيح.

ص: كبدوية ارتحل أهلها فقطش: قال ابن عرفة: وفيها إن كانت في قرار [فانتوى²²⁷⁴] أهلها/ لم [تنتو²²⁷⁵] معهم، وإن تبدى زوجها فمات رجعت للعدة في بيتها يدل على أنه لم ينتقل للبادية رفضا للإقامة، ولو كانت رفضا لها لكانت كالبدوية. انتهى.

ص: والخروج في [حوائجها طرفي²²⁷⁶] النهار ش: يعني أن اللازم للمعتدة إنما هو المبيت في مسكنها، وأما ما عدا ذلك فلها الخروج في حوائجها في طرفي النهار [وأخرى²²⁷⁷] في وسط النهار، وسواء كانت معتدة من طلاق أو وفاة. قال في كتاب طلاق السنة من المدونة: ولا تبیت معتدة من وفاة أو طلاق بائن أو غير بائن إلا في بيتها، ولها التصرف نهارا والخروج سحرا قرب الفجر، وترجع ما بينها وبين العشاء الآخرة. انتهى. وانظر أبا الحسن. وقال ابن عرفة: وسمع ابن القاسم للمتوفى عنها الخروج للعرس، ولا تبیت إلا في بيتها، [ولا تنهياً²²⁷⁸] بما لا تنهياً به الحاد. ابن رشد: هذا إن لم يكن فيها من اللهو إلا ما أجيز في العرس. انتهى.

مسألة: قال في المسائل الملقطة: قال عيسى في كتاب ابن مزين إذا أنهى إلى الإمام أن المعتدة تبیت في غير بيتها أرسل إليها وأعلمها بما جاء في ذلك وأمرها بالكف، فإن أبت أدبها على ذلك وأجبرها عليه. انتهى من تهذيب الطالب.

ص: [لا²²⁷⁹] لضرر جوار بحاضرة ورفعت للحاكم وأقرع لمن يخرج إن أشكل ش: قال ابن عرفة: وفيها لا تنتقل من مسكنها إلا لضرر لا تقدر معه، كخوف سقوط أو لصوص بقرية [لا

الحديث

2271 س - لا يمكنها نسخة.

2272 س - المسكن كمقعد هي لغة الحجاز وتكسر كافه وهي نادرة هـ من ق وشرحه ونحوه في اللسان والمراد بندورها مخالفتها للقياس لا ندور استعمالها كما تدل عليه عبارة الصحاح والمختار والمصباح وغيرها هـ.

2273 * - ساقطة من المطبوع وردت في م 63 والشيخ 148 ومايأبى 116 وم 81 وسيد 28.

2274 * - في المطبوع فانتوى وما بين المعقوفين من م 63 وسيد 28 وم 81 ومايأبى 116 وفي الشيخ 148 وانتوى.

2275 * - في المطبوع تنتقل وما بين المعقوفين من م 63 وم 61 والشيخ 148.

2276 * - في المطبوع حوائجها في طرفي وما بين المعقوفين من م 63 وسيد 28 وم 81 ومايأبى 117 والشيخ 148.

2277 - في المطبوع وأخرى وما بين المعقوفين من م 63 وم 81.

2278 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 164 وم 81 ومايأبى 117 والشيخ 148.

2279 - في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 164 وم 63 وم 81 والشيخ 148 ومايأبى 117.

نص خليل

وَهَلْ لَا سَكْنَى لِمَنْ سَكَنْتَ زَوْجَهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قَوْلَانِ وَسَقَطَتْ إِنْ أَقَامَتْ بغيرِهِ كَنَفَقَةٍ وَلَدٍ هَرَبَتْ بِهِ
وَلِلْغَرَمَاءِ بَيْعُ الدَّارِ فِي الْمُتَوَفَى عَنْهَا فَإِنْ ارْتَابَتْ فَهِيَ أَحَقُّ وَلِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ وَلِلزَّوْجِ فِي الْأَشْهُرِ وَمَعَ
تَوَقُّعِ الْحَيْضِ قَوْلَانِ وَلَوْ بَاعَ إِنْ زَالَتْ الرِّبَةُ فَسَدَ.

متن الخطاب

مسلمين²²⁸⁰ [بها وإن كانت بمدينة لا تنتقل لضرر جوار، ولترفع ذلك إلى الإمام. قال ابن عرفة:
قلت: ضابطه إن قدرت على رفع ضررها بوجه ما لم تنتقل، وحملها ابن عات على الفرق بين القرية
والمدينة؛ لأن بها من ترفع إليه أمرها، بخلاف القرية غالباً. اللخمي: وإن وقع بينها وبين من
ساكنها شر فإن كان منها أخرجت عنه، وفي مثله جاء حديث فاطمة بنت قيس¹، وإن كان من
غيرها أخرج عنها فإن أشكل الأمر أقرع بينهم. قلت: إنما يقع الإخراج لشر بعد الإياس من رفعه
بزجر من هو منه، وقبل ابن عات وابن عبد السلام وغيرهما قوله: "أقرع بينهم"، والصواب إخراج
غير المعتدة؛ لأن إقامتها حق لله تعالى، وهو مقدم على حق الآدمي حسبما تقدم عن قرب. انتهى.

قلت: [فيه]²²⁸¹ نظر لأنه قد ثبت جواز إخراجها لشرها من حديث فاطمة بنت قيس.
ص: وهل لا سكنى لمن أسكنت زوجها ثم طلقها قولان ش: الأول لابن المكوي وضعفه ابن رشد،
قال ابن عرفة عن ابن عات: قال ابن رشد: قول/ ابن المكوي وهم. ثم قال: ولو كتبت له إسقاط خراج
دارها أمد العصمة وتوابعها لم يكن عليه شيء، ولو قالت أمد العصمة فقط لزمه اتفاقاً فيهما. اهـ.
ص: وسقطت إن أقامت بغيره ش: أي وسقطت سكنى المعتدة إذا أقامت بغير المسكن الذي يسكن به
من غير عذر، ولو طلبت كراء الموضع الذي هربت عنه فلا كراء لها. قاله في التوضيح. قال: ظاهر
المدونة وكلام ابن الحاجب أنه لا فرق بين أن يكرى الزوج الموضع الذي هربت منه أو يتركه خالياً،
قال اللخمي: إن خرجت لغير عذر فطلبت كراء المسكن الذي انتقلت عنه لم يكن لها ذلك [إن]²²⁸²
خرجت عن مسكن يملكه الزوج أو اكتراه وحبسه [ولم]²²⁸³ يكره بعد خروجها، وإن أكره رجعت
بالأقل مما اكرت أو أكرى به. انتهى. نقله ابن عرفة وقبله، وزاد عن اللخمي ولها نفقتها إن كان
طلاقها رجعيًا ولو خرجت بغير رضاه، والكراء في هذا بخلاف النفقة؛ لأن المطلقة لا منفعة له
فيها، ولو ارتجعها فامتنعت من الرجعة سقطت من حينئذ نفقتها. انتهى فتأمله. ونقله أبو الحسن
الصغير وقال: وظاهر الكتاب خلافه. والله أعلم.

165

ص: وللغرماء بيع الدار ش: قال أبو الحسن: واختلف هل للورثة بيع الدار واستثناء العدة؟
فأجازه اللخمي، ومنعه غيره لأنه غرر [لا يدري المشتري]²²⁸⁴ متى يتصل [لقبض]²²⁸⁵ [الدار،

الحديث

1- عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار في خروج فاطمة قال: إنما كان ذلك من سوء الخلق، أبو داود في سننه،
كتاب الطلاق، رقم الحديث 2294، وأخرجه أيضاً من طريق ميمون بن مهران قال قدمت المدينة فدفعت إلى سعيد بن
المسيب فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها فقال: سعيد تلك امرأة فتنت الناس إنها كانت لسنة فوضعت على
يدي ابن أم مكتوم الأعشى. أبو داود، كتاب الطلاق، رقم الحديث 2296، ط. دار إحياء التراث العربي، وأصله في
الصحاحين، البخاري في صحيحه، كتاب الطلاق، رقم الحديث 5323- مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، رقم الحديث
1480.

2280 - في المطبوع لا مسلمون وما بين المعقوفين من م 63 وسيد 68 ويم 81 ومايaby 117 والشيخ 148.

2281 - في المطبوع وفيه وما بين المعقوفين من عدود وم 63 ومايaby 177 ويم 81 والشيخ 148 وسيد 28.

2282 - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 165 ومايaby 117 وم 63 ويم 81 والشيخ 149.

2283 - في المطبوع لم وما بين المعقوفين من سيد 28 وم 63.

2284 - في المطبوع لا يدري من المشتري وما بين المعقوفين من ن عدود ص 165 وم 63 ويم 81 والشيخ 149.

ومايaby 117.

2285 - في المطبوع بقبض وم 63 ويم 81 والشيخ 149 ومايaby 117 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 165.

نص خليل

وَأُبْدِلَتْ فِي الْمُنْهَدِمِ وَالْمَعَارِ وَالْمُسْتَأْجَرِ [الْمُنْقَضِي] ²²⁸⁶ الْمُدَّةُ وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي مَكَائِنِ أُجِيبَتْ وَامْرَأَةُ الْأَمِيرِ وَنَحْوِهِ لَا يُخْرِجُهَا الْقَادِمُ وَإِنْ ارْتَابَتْ كَالْحُبْسِ حَيَاتُهُ بِخِلَافِ حُبْسِ مَسْجِدٍ بِيَدِهِ وَلَأْمٌ وَلَدٌ يَمُوتُ عَنْهَا السُّكْنَى وَزَيْدٌ مَعَ الْعِتْقِ نَفَقَةُ الْحَمْلِ كَالْمُرْتَدَّةِ وَالْمُسْتَبْهَةِ إِنْ حَمَلَتْ وَهَلْ نَفَقَةُ ذَاتِ الزَّوْجِ إِنْ لَمْ تَحْمِلْ عَلَيْهَا أَوْ عَلَى الْوَاطِئِ قَوْلَانِ.

متن الخطاب

وإنما رخص فيه في الدين صح من جامع الطرر. انتهى. وقال في التوضيح في قول ابن الحاجب: "والحكم في المتوفى عنها الجواز" بعد قوله: "وليس للزوج بيع الدار للدين عليه إلا في ذات الأشهر" ما نصه: هذه المسألة ذكرها في المدونة في كتاب [العدة، وفرضها] ²²⁸⁷ في بيع الغرماء دار الميت لدين عليه، وفرضها الباجي في بيع الورثة. ابن عبد السلام: وهو ظاهر كلام المصنف، واعترض بعضهم كلام الباجي لما [يوهمه] ²²⁸⁸ من إجازة بيعهم إياها اختياراً فقال: إنما أجاز ابن القاسم هذا البيع إذا بيع للغرماء، وأما إذا أراد الورثة البيع في غير دين فلم ينص عليه ابن القاسم. قال: وعندي أنه غير جائز. انتهى. انظر ما حكاه عن الباجي مع ما نقله ابن عرفة، ونصه: [الباجي] ²²⁸⁹: إنما يجوز هذا في عدة الوفاة؛ لأنها أيام محصلة، وذلك إذا دعا الغرماء الورثة [لبيعها] ²²⁹⁰ ولا يجوز في عدة الطلاق. انتهى.

ص: وأبدلت في المنهدم والمعار والمستأجر ش: يريد إذا امتنع ربها من كرائه وكان لامتناعه وجه ولا فليس له الامتناع. انظر التوضيح وغيره.

ص: وإن اختلفا في مكانين أجيب ش: قال في المدونة: "وإذا انهدم المسكن فدعت المرأة/ إلى سكنى موضع ودعا الزوج إلى غيره فذلك لها، إلا أن تدعوه إلى ما يضر به لكثرة كراء أو سكنى فتمنع، ولو أسقطت الكراء سكنت حيث شاءت". قال ابن يونس: قوله "أو [سكنى]" ²²⁹¹ يعني به مثل أن تدعوه إلى موضع بعيد منه، أو فيه جيران سوء ونحو ذلك؛ لأن له التحفظ لنفسه، وقوله: "سكنت حيث شاءت" يريد حيث يعرف أنها معتدة لا في موضع يخفى عنه خبرها. انتهى.

ص: ولأم ولد يموت عنها السكنى ش: قال في رسم سعد من سماع ابن القاسم من طلاق السنة: قال مالك في أم الولد يتوفى عنها سيدها وهي حامل، والحررة يتوفى عنها زوجها وهي حامل: ليس لواحدة منهما نفقة؛ لا من جملة المال ولا من حصة الولد. ابن رشد: أما الحررة فلا ²²⁹² خلاف وأما أم الولد فهو المشهور، وروي لها النفقة من الجملة ²²⁹³، وعلى المشهور فاختلف في الأمة يموت عنها سيدها وهي حامل، فالمشهور لا نفقة لها؛ لأنها حرة بتبين الحمل، وقال ابن الماجشون لها النفقة. انتهى.

166

الحديث

²²⁸⁶ س - المنقضي نسخة.

²²⁸⁷ * - في المطبوع العدة والغرر وفرضها وما بين المعقوفين من سيد 29 وم 63.

²²⁸⁸ * - في المطبوع وم 63 وسيد 29 والشيخ 149 وما يابى 117 وم 82 توهمه وما بين المعقوفين من التوضيح ج 2 ص 383.

²²⁸⁹ * - في المطبوع ابن ناجي وما بين المعقوفين من م 63 وسيد 29.

²²⁹⁰ * - في المطبوع ببيعها وما بين المعقوفين من م 63 وسيد 29 وما يابى 118 والشيخ 149.

²²⁹¹ - في المطبوع سكن وم 63 وسيد 82 والشيخ 149 وما يابى 118 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 166.

²²⁹² * - وفي ما يابى 118 قبل خلاف.

²²⁹³ * - في م 64 وما يابى 118 والشيخ 149 من جملة المال.

نص خليل

فصل يجب الاستبراء بحصول الملك إن لم توفن البراءة ولم يكن وطؤها مباحاً ولم تحرم في المستقبل وإن صغيرة أطاقت الوطء أو كبيرة لا تحملان عادة أو وحشاً أو بكرًا أو رجعت من غصب أو سبي أو غنمت أو اشتريت ولو متزوجة وطلقت قبل البناء كالموطوءة إن بيعت أو زوجت وقبل قول سيدها وجرار للمشتري من مدعيه تزويجها قبله واتفاق البائع والمشتري على واحد وكالموطوءة باشتباه أو ساء الظن كمن عنده تخرج أو لكغائب أو محبوب [أو²²⁹⁴ س] مكاتبه عجزت أو أبضع فيها.

متن الخطاب

وقال الجزولي: وإذا مات وهي حامل فهل تعتق في الحال، أو حتى تضع؟ والأول المشهور، وعليه فاختلف في نفقتها فقيل على نفسها، وقيل في التركة، وعلى القول الآخر بأنها لا تعتق حتى تضع فنفتها في التركة. انتهى. وقال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: وأما الأمة يموت سيدها وهي حامل منه لها النفقة من رأس مال المالك قال فضل: أوجب لها النفقة من مال سيدها، ولعله يرى أنها لا تعتق إلا بعد وضع الحمل خيفة أن ينفش الحمل فتكون أمة. قاله في مختصر الواضحة. انتهى كلام ابن فرحون. والله أعلم.

167

ص: فصل يجب الاستبراء بحصول الملك إن لم توفن البراءة ولم يكن وطؤها مباحاً ولم يحرم في المستقبل ش: الاستبراء مشتق من التبرؤ وهو التخلص، ثم استعمل لغة في الاستقصاء والبحث/ والكشف عن الأمر الغامض، وفي الشرع في الكشف عن حال الأرحام عند انتقال الأملاك مراعاة لحفظ الأنساب. قاله في التوضيح. وقال ابن عرفة: الاستبراء مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق. فتخرج العدة ويدخل استبراء الحرة ولو للعان والموروثة؛ لأنه للملك لا لذات الموت، وجعل القرافي جنسه طلب براءة الرحم؛ لأنه استفعال يخرج استبراء اللعان لأنه يكون لا عن طلب. [اه²²⁹⁵] قال في التوضيح: وهو واجب كإيجاب العدة في الزوجات؛ لحديث أبي داود في سبي أوطاس قال صلى الله عليه وسلم: {لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض حيضة¹} انتهى. وذكر المصنف أنه يجب بأربعة شروط: الأول حصول الملك لمن لم يكن حاصلًا له. الثاني أن لا توفن البراءة. الثالث أن لا يكون وطؤها مباحاً؛ أي قبل الملك. الرابع أن لا يكون وطؤها حراماً في المستقبل، فاحترز بالأول مما إذا تزوج أمة فإنه لا يجب عليه استبراؤها، وبالثاني ممن علمت براءتها كالمودعة عنده تحيض قبل استبرائها، وبالثالث مما لو اشترى زوجته، وبالرابع مما لو اشترى ذات زوج.

ص: كالموطوءة إن بيعت أو زوجت ش: قال ابن عرفة: وفيها يجب لإرادة بيعها ربها من وطئه إياها أو لتزويجها إن وطئها أو زنت أو ابتاعها ممن لم ينف وطأها، ومن لم يوطأ أمتة له تزويجها دونه. انتهى. وقوله: "الموطوءة" احتراز من غير الموطوءة فإن له أن يزوجه دون استبراء كما نقله ابن عرفة. والله أعلم. ص: وقبل/ قول سيدها ش: هو راجع إلى التزويج.

168

¹ - عن أبي سعيد الخدري ورفع أنه قال في سبائا أوطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة، سنن أبي داود، كتاب النكاح، دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 2157.

الحديث

نص خليل

وَأَرْسَلَهَا مَعَ غَيْرِهِ وَيَمُوتُ سَيِّدٌ وَإِنْ اسْتَبْرَأَتْ أَوْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَاسْتَأْنَفَتْ إِنْ اسْتَبْرَأَتْ أَوْ غَابَ غَيْبَةً عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يَقْدَمْ أَمْ [الْوَلَدُ²²⁹⁶ س] فَقَطَّ.

متن الحطاب

فرع: قال في كتاب الاستبراء من المدونة: قيل لمالك أفلا يزوجه ويكف عنها زوجها حتى تحيض؟ قال: لا فإن زوجها وقد وطئها قبل أن تحيض حيضة ثم لم يطأها الزوج حتى حاضت فالنكاح مفسوخ. انتهى. اللخمي: ولا تحرم على الزوج. انتهى. ص: أو أرسلها مع غيره ش: يعني وأما لو جاء بها المبضع معه فإنها لا تحتاج إلى استبراء كما قاله في التوضيح.

ص: وبموت سيد وإن استبرئت أو انقضت عدتها ش: يعني أن الاستبراء يجب بموت السيد، وسواء كان المتوفى عنها أم ولد أو أمة، أقر السيد بوطئها أم لم يقر، وقوله: "وإن استبرئت" يعني أن كل واحدة يجب عليها الاستبراء بموت سيدها وإن كان السيد استبرأها قبل موته، أو كانت كل واحدة متزوجة فمات عنها زوجها، أو طلقها وانقضت عدتها [منه²²⁹⁷] في حياة سيدها. وقوله: "وانقضت عدتها" مفهومه أنه لو لم تنقض العدة لم يجب الاستبراء، [وإذا لم يجب الاستبراء إذا لم تنقض العدة²²⁹⁸] فأحرى أن لا يجب إذا كانت كل واحدة مات عنها سيدها وهي متزوجة [وهو كذلك²²⁹⁹] نص عليه ابن الحاجب، وعلمه في التوضيح بأنه إذا لم تكن أم الولد أو الأمة متزوجة ولا معتدة فلا مانع للسيد من وطئها، فاحتمل أن تكونا موطوءتين له، بخلاف ما إذا كانتا متزوجتين أو معتدتين فإن هناك مانعا له من الوطء. والله أعلم.

169

فرع: إذا قلنا لا بد من الاستبراء بموت السيد فمات وهي في أول الدم فإن كانت أم ولد لم تعدد به؛ لأنه كالعدة لها، وإن كانت أمة/ اعتدت به. قاله ابن الحاجب. ص: وبالعق واستأنفت إن استبرئت أو غاب غيبة علم أنه لم يقدم أم ولد فقط ش: يعني أن الاستبراء يجب أيضا بالعق، وظاهر قوله: "وبالعق" أنه يجب الاستبراء سواء استبرأها قبل العق أو لم يستبرئ، ولما [لم يكن كذلك بَيَّنَّ²³⁰⁰] حكم ما إذا حصل قبل العق استبراء بقوله: "استأنفت" فعلم أن مراده بقوله: "وبالعق" الذي ليس قبله استبراء، وفاعل قوله: "استأنفت" هو أم الولد وقوله: "استأنفت إن استبرئت" يريد أو انقضت عدتها. قاله ابن الحاجب، وقوله: "فقط" احتراز من الأمة القن فإنها لا تستأنف، بل تكتفي بالاستبراء الحاصل قبل العق أو انقضاء عدتها.

الحديث

2296 س - ولد نسخة.

2297 - ساقطة من المطبوع ومايaby 119 وم 64 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 168 ويم 82.

2298 - ساقطة من المطبوع وفي م 64 ومايaby 119 الاستبراء إذا لم تنقض العدة فأحرى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 168 ويم 82 والشيخ 150.

2299 - في المطبوع وكذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 168 ويم 82 والشيخ 150 (وفي مايaby 119 وم 64 متزوجة كذا نصر).

2300 - في المطبوع كان كذلك بين وم 64 والشيخ 151 ويم 83 وما بين المعقوفين من مايaby 119.

بَحِيضَةٍ وَإِنْ تَأَخَّرَتْ أَوْ أَرْضَعَتْ أَوْ مَرَضَتْ أَوْ اسْتَحْيَضَتْ وَلَمْ تُمَيِّزْ فثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ كَالصَّغِيرَةِ وَالْيَائِسَةِ.

تنبيه: ومحل وجوب الاستبراء بالعتق ما إذا لم تكن الأمة أو أم الولد متزوجة أو معتدة، وأما لو كانت واحدة منهما كذلك فلا يجب الاستبراء. قاله ابن الحاجب. وقوله: "أو غاب إلى آخره" يعني أن أم الولد إذا غاب عنها سيدها غيبة علم أنه لم يقدم منها. قال في التوضيح: ولا يمكنه أن يأتي خفية؛ فإن أم الولد تستأنف لموته أو عتقه حيضة ولو حاضت قبله حيضا، بخلاف الأمة. والله أعلم. انظر ابن عبد السلام. ص: بحیضة وإن تأخرت إلى آخره ش: يتعلق هذا المجرور بقوله أول الباب: "يجب الاستبراء" فهو راجع إلى جميع ما تقدم من مسألة استبراء الأمة وأم الولد، أما الأمة فواضح، وأما أم الولد فإن كانت تحيض فلا شك أن عدتها من وفاة سيدها وعتقه حيضة، وإن كانت ممن لا تحيض لكبر أو لغير سبب فثلاثة أشهر، وأما إن كانت تحيض فتأخر حيضها، أو تأخر للرضاع أو المرض، أو كانت مستحاضة فظاهر كلام المؤلف أن حكمها كذلك ثلاثة أشهر، وبه صرح الشارح وذكره في النوار.

قال في ترجمة عدة المستحاضة في الوفاة وأم الولد واستحاضة الحامل: وإذا استحيضت أم الولد في وفاة السيد أو أمته قد اعتقت أو بيعت فثلاثة أشهر تبرئها، وكذلك في الرتبة بتأخير الحيضة، [أو تأخير الرضاع، أو المرض، ²³⁰¹] إلا أن تحس حركة بطن [فتقيم ²³⁰²] إلى زوال ذلك، وإذا قال النساء لا حمل بها وقد تمت الثلاثة الأشهر فقد حلت. انتهى. وذكر ابن عرفة هذا أيضا عن عبد الحق والقرويين ورواية أبي عمر بن عبد البر.

وذكر ابن الجلاب أن المستبرأة بتأخير الحيض والمستحاضة إنما تكون عدتها من وفاة سيدها بتسعة أشهر، ولم يذكر الرضاع [ولا المرض؛ ²³⁰³] فحصل ابن عرفة في المستبرأة طريقتين: الأولى للجماعة المذكورين، والثانية للجلاب فقط؛ لكنه لم يذكر بماذا وقعت الرتبة هل بتأخير الحيض أو بالاستحاضة أو بتأخيره للرضاع أو المرض؟ ونص كلامه: وأم الولد ذات الحيض كالأمة، وفي كونها [مرتابة ²³⁰⁴] مثلها ولزوم تسعة أشهر لموت ربها طريقا عبد الحق مع غير واحد من القرويين، والشيخ عن رواية محمد، ورواية أبي عمر والجلاب. انتهى. وكذلك ابن الحاجب في كلامه إجمال، ولم يفسره المصنف ولا ابن عبد السلام. والله أعلم.

فرع: إذا كانت تحيض/ في كل ستة أشهر فاختلف هل [تستبرأ ²³⁰⁵] بحيضة، أو [تستبرأ ²³⁰⁶] بثلاثة أشهر؟ وهو الذي اختاره ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى.

تنبيه: قال المصنف بحيضة ولم يقل بقرء؛ لأن المشهور أن الاستبراء حيضة لا طهر، ومقابل المشهور أنه طهر. قال في التوضيح: ولم أره منصوصا، ويريد أن هذا في المعتادة لمقابلته له بالمرتابة في قوله: "وإن تأخرت إلى آخره". والله أعلم.

2301 -* في المطبوع أو تأخر الرضاع أو لمرض وما بين المعقوفين من م64 وسيد29.
2302 - في المطبوع فتمت وما بين المعقوفين من ن عدود ص169 وم64 ويم83 والشيخ151 ومايأبى119.
2303 - في المطبوع والمرض والشيخ151 وم64 ومايأبى119 وما بين المعقوفين من ن عدود ص169 ويم83.
2304 - في المطبوع مستبرأة والشيخ151 (وفي م64 ومايأبى119 مسترابة) وما بين المعقوفين من ن عدود ص169 ويم83.
2305 -* في المطبوع ومايأبى120 تستبرئ وما بين المعقوفين من م64 ويم83 والشيخ151 وسيد29.
2306 -* انظر الهامش السابق.

نص خليل

وَنَظَرَ النِّسَاءُ فَإِنْ ارْتَبَنَ فِتْسَعَةً وَبِالْوَضْعِ كَالْعِدَّةِ وَحَرَّمَ فِي زَمَنِهِ الْإِسْتِمْتَاعَ وَلَا اسْتِبْرَاءَ إِنْ لَمْ تُطَقِ الْوَطْءُ
أَوْ حَاضَتْ تَحْتَ يَدِهِ كَمُودَعَةٍ وَمَبِيعَةٍ بِالْخِيَارِ وَلَمْ تَخْرُجْ وَلَمْ يَلِجْ عَلَيْهَا سَيِّدُهَا أَوْ أَعْتَقَ وَتَزَوَّجَ أَوْ
اشْتَرَى زَوْجَتَهُ وَإِنْ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَإِنْ بَاعَ الْمُشْتَرَاةَ وَقَدْ دَخَلَ أَوْ أَعْتَقَ أَوْ مَاتَ أَوْ عَجَزَ الْمُكَاتَّبُ قَبْلَ وَطْءِ
الْمَلِكِ لَمْ تَحِلَّ لِسَيِّدٍ وَلَا زَوْجٍ إِلَّا بِقُرْأَيْنِ [عِدَّةٌ²³⁰⁷ نس] فَسَخِ النِّكَاحَ وَبَعْدَهُ بِحَيْضَةٍ كَحُصُولِهِ بَعْدَ حَيْضَةٍ
أَوْ حَيْضَتَيْنِ أَوْ [حَصَلَتْ²³⁰⁸ نس] فِي أَوَّلِ الْحَيْضِ.

متن الخطاب ص: ونظر النساء فإن ارتبن فتسعة ش: يعني تسعة أشهر يؤخذ منها الثلاثة قبل أن [ينظرها²³⁰⁹] النساء. ابن عبد السلام وابن فرحون: فإن زالت الرتبة قبل وفاء التسعة حلت، وإن استمرت بعد التسعة ولم تزد بحس ولا تحريك حلت أيضا. انظر التوضيح وأبا الحسن.

ص: وبالوضع كالعدة ش: يعني بوضع حملها كله وإن دما اجتمع، ويعني به إن حصلت لها رتبة بالحمل لم تحل إلا بأقصى أمد الحمل كما تقدم. والله أعلم.

ص: وحرم في زمنه الاستمتاع ش: قال في المدونة في كتاب الاستبراء: ولا ينبغي للمبتاع أن يطأ في الاستبراء ولا يقبل أو يجس أو ينظر للذة، ولا بأس أن ينظر لغير لذة، وإن وطئ المبتاع الأمة في الاستبراء قبل الحيضة نكل إن لم يعذر بجهل، حاضت بعد ذلك أو لم تحض. انتهى. قال أبو الحسن: معنى قوله: "لا ينبغي" أي لا يجوز بدليل قوله: "نكل". عياض: مذهبه على العموم كانت حاملا أو غير حامل. ثم قال: قوله: "نكل" ابن رشد مع طرح شهادته. ثم قال: قوله: ولا بأس أن ينظر لغير لذة يفهم منه أن النظر لغير لذة يجوز وإن كان لغير ضرورة، وفي كتاب الظهار أجاز أن ينظر المظاهر إلى وجه زوجته قال وقد ينظر غيره إليه، وقال أبو محمد: ولا بأس أن يراها لعذر من شهادة عليها فشدد أبو محمد، وهذه مسألة قولين. انتهى. وقال في المدونة: ومن اشترى جارية حاملا [فلا يتواضعانها²³¹⁰] ثم قال ولا يطؤها حتى تلد. قال أبو الحسن: وتطهر ولا يدخل النفاس في الاستبراء وله أن يتلذذ منها بما عدا الوطء. انتهى. والله أعلم.

ص: ولا استبراء إن لم تطق الوطء ش: قال في التوضيح: ونص المتيطي على أن بنت ثمان سنين لا تطيق الوطء وعمل بذلك وثيقة. انتهى. ثم قال في شرح قوله: "كالمطيق للوطء": قال في الجواهر: كبنت العشر والتسع فإنه يمكن وطؤها. انتهى. هذا -والله أعلم- يختلف باختلاف الناس.

ص: أو اشترى زوجته ش:

فرع: قال البرزلي: سئل ابن أبي زيد عن كان يطأ أمة فاستحقت منه فاشتراها من مستحقها هل يستبرئها؟ فأجاب لا يطأها إلا بعد الاستبراء، بخلاف لو أعتقها ثم تزوجها. انتهى من مسائل العدة والاستبراء.

ص: فإن باع المشتراة وقد دخل الخ ش: مفهوم قوله: "وقد دخل"/ أنه لو لم يدخل لكان الحكم خلاف ذلك

171

الحديث

²³⁰⁷ س - قوله عدة بالجر بدل أو عطف ببيان على قرأين قاله عبق والدردير وزاد وبالرفع خبر لمبتدأ محذوف وقال العدوي قوله الخ بدل من قرأين ويصح النصب والرفع كما هو معلوم.

²³⁰⁸ س - حصل نسخة.

²³⁰⁹ * - في المطبوع وم 64 وما يابى 120 ينظرنها وما بين المعقوفين من يم 83 والشيخ 152.

²³¹⁰ * - في التهذيب ج 2 ص 462 فلا يتواضعها.

نص خليل وَهَلْ إِلَّا أَنْ [تَمْضِي²³¹¹ ن] حَيْضَةُ اسْتِبْرَاءٍ أَوْ أَكْثَرُهَا تَأْوِيلَانِ أَوْ اسْتِبْرَاءُ أَبٍ جَارِيَةً ابْنِهِ ثُمَّ وَطْئُهَا وَتَوَوَّلَتْ عَلَى وَجُوبِهِ وَعَلَيْهِ الْأَقْلُ.

متن الخطاب وهو كذلك. قال في استبراء المدونة: ومن اشترى زوجته قبل البناء أو بعده لم يستبرئ، وإن ابتاعها قبل البناء ثم باعها قبل أن يطأها [أو بعد²³¹²] أن وطئها فليستبرئ المبتاع بحيضة. انتهى.

ص: وهل إلا أن تمضي حيضة استبراء ش: يعني وهل نفي الاستبراء إذا حصل الملك في أول الحيض مقيد بأن لا يمضي مقدار حيضة استبراء؛ يعني مقدار حيضة كافية في الاستبراء على التفصيل المتقدم في أقل الحيض في العدد، كذا فسر ابن فرحون قول ابن الحاجب: بشرط أن لا يمضي مقدار حيضة استبراء أو نفي الاستبراء مقيد بأن لا يمضي أكثر حيضتها يعني أقواها. والله أعلم.

ص: أو استبرأ أب جارية ابنه ثم وطئها وتوولت على وجوبه وعليه الأقل ش: يعني أن الأب إذا عزل جارية ابنه واستبرأها ثم وطئها بعد الاستبراء فإنه يملكها بل بمجرد تلذذه بها حرمت على الابن وملكها الأب وتلزمه قيمتها حملت أم لا كان موسراً أو معسراً إلا أنها تباع عليه إن كان معسراً، ولم تحمل وإن حملت لم تبع، وقد تقدم ذلك في النكاح، فإذا ملكها بوطئه إياها بعد أن كان استبرأها فإنه لا يحتاج فيها إلى استبراء آخر بعد الوطء، هذا هو المشهور. قاله في التوضيح. وعليه حمل أكثر الشيوخ قول ابن القاسم في المدونة، وقال غير ابن القاسم في المدونة إنه يجب عليه الاستبراء من وطئه ولو كان استبرأها قبل ذلك، وتأول ابن اللباد وابن الشقاق وابن الكاتب قول ابن القاسم في المدونة عليه وأنه موافق للغير، وسيأتي بيانه، وإليه أشار بقوله: "وتوولت على وجوبه" يعني الاستبراء، وعليه الأقل يعني أن أقل الشيوخ على تأويلها على وجوب الاستبراء وأكثرهم على أنه لا يجب وأن قول الغير مخالف لقول ابن القاسم.

قال في المدونة: "ومن وطئ جارية ابنه فقومت عليه فليستبرئها إذا لم يكن الأب قد عزلها عنده واستبرأها" وقال غيره: لا بد أن يستبرئها لفساد وطئه وإن كانت مستبرأة عند الأب، قال ابن القاسم؛ وكل [وطء²³¹³] فاسد فلا يطأ فيه حتى يستبرئ. انتهى. فظاهر قول الغير أنه مخالف لقول ابن القاسم وعلى ذلك حملها للخمي وابن رشد وابن الحاجب.

قال في التوضيح: وطريق الأكثر وذلك أن الأكثر فهموا قول ابن القاسم إذا لم يكن الأب عزلها عنده واستبرأها أنه لو استبرأها قبل الوطء لا يحتاج إلى استبراء بعده. انتهى. واختاروا قول ابن القاسم ورجحوه، وردوا قول الغير بأنه وطء فاسد [بأن²³¹⁴] الأب إذا تلذذ بجارية ولده حرمت على الابن ولزمت الأب القيمة فهي بمجرد مخالطتها ومباشرتها لزمت قيمتها وصارت ملكاً له فما حصل وطؤه إلا في مملوكة والفرض أنه قد كان استبرأها فكفاه ذلك كما يكفي المودع استبراء الأمة قبل أن [يشترئها²³¹⁵] بل

الحديث

2311 ن - يمضي نسخة.

2312 - في المطبوع وبعد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 171 وم 65 ويم 83 والشيخ 152 وما يابى 120.

2313 * - في المطبوع وطاء وما بين المعقوفين من م 65 وما يابى 121 ويم 84.

2314 - في المطبوع وم 65 فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 171 وسيد 29 والشيخ 153 ويم 84 وما يابى 121.

2315 - في المطبوع يستبرئها (وفي الشيخ 153 يستبرئها) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 171 وم 65 ويم 84 وما يابى 121.

من اشترى أمة من فضولي وحاضرت عند المشتري ثم أجاز ربها البيع. قال في المدونة: هي [كالمودعة²³¹⁶] يعني لا تحتاج إلى استبراء آخر بعد الإجازة بل الغاصب إذا حاضرت عنده الأمة ثم ضمنها بوجه من وجوه الضمان أو اشتراها فله وطؤها من غير استبراء كما صرح به اللخمي وغيره، وخالف ابن اللباد وابن الشقاق وابن الكاتب الأكثر، وحملوا قول ابن القاسم على موافقته للغير، وحملوا [قوله فليستبرئها²³¹⁷] إذا لم يكن الأب قد عزلها عنده واستبرأها على أن المراد إذا قومت عليه فليستبرئها إذا لم يكن عزلها عنده واستبرأها بعد وطئه الفاسد، واختار هذا التأويل ابن

متن الخطاب

[رزق²³¹⁸] شيخ ابن رشد،/ وخالفه تلميذه ابن رشد، وصحح مذهب الأكثر كما تقدم، وقال القاضي عياض: والذي عندي أن ما ذهب إليه ابن الكاتب أصوب، وأنه مراد ابن القاسم بدليل قوله آخر المسألة: "لأنه وطء فاسد وكل وطء فاسد فلا يطاق فيه حتى يستبرئ"، فهو إنما علل بفساد الوطء كما علل به غيره ولو كان ما ذهب إليه القابسي لعلل بأنه لا يدرى براءة رحمها ولم يعلل بفساد الوطء الذي يقول ابن [القاسم²³¹⁹] إنه غير فاسد بإلزامه القيمة بالمباشرة فتأمله فهو بين. انتهى من التنبيهات. وما قاله فيه نظر، أما أولاً فليس في كلام ابن القاسم أنه وطء فاسد وإنما فيه "وكل وطء فاسد فلا يطاق فيه حتى يستبرئ" كما تقدم، وكذلك اختصرها المختصرون، وعلى تقدير وجوده فليس في كلامه إلا دعوى أن هذا الوطء فاسد من غير دليل.

172

وحمل كلام ابن القاسم على ذلك من غير دليل، فإن الوطء إذا وقع في غير بريئة الرحم فهو فاسد، وأما وطء الأب بعد الاستبراء فالقول بفساده لا وجه له، ألا ترى أنه لو تلذذ بها ولم يطاقها [أليس أنه²³²⁰] يلزمه قيمتها وتصير ملكا له على المعروف فتأمله. والله أعلم. وقال المصنف في التوضيح: وقول الغير ظاهر. انتهى. فكأنه اختار قول الغير وقد تبين أن قول ابن القاسم هو الراجح الظاهر المشهور. والله أعلم.

وقال في التوضيح: وأشار التونسي إلى أن قول الغير مبني على قول ابن عبد الحكم أن الأب لا يضمن القيمة بوطئها بل يكون للابن التماسك بها في عسر الأب ويسره. انتهى. يريد إذا لم تحمل، وعزاه غير المصنف لسحنون وعبد الملك، وهو ظاهر، إلا أن ابن عرفة رده بأن في لفظ الغير لا ينبغي صب مائه على الماء الذي لزمته له القيمة فإن كان هذا في لفظه فلا يتجه حمله على قول سحنون وابن عبد الحكم. والله أعلم.

تنبيهان: الأول: أما [لو وطئها²³²¹] قبل أن يستبرئها فقومت عليه لم يكن له وطؤها بعد التقويم إلا بعد استبراء؛ لأنه يمكن أن يكون رحمها مشغولا من غيره كما تقدم في لفظ المدونة.

الحديث

2316 - في المطبوع المودعة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 171 ويم 84 والشيخ 153.

2317 - في المطبوع قوله الغير فليستبرئها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 171 ويم 84 والشيخ 153 وما يابى 121.

2318 - في المطبوع مرزوق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 171 ويم 84.

2319 - في المطبوع القابسي ويم 85 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 172 وم 65 والشيخ 153 وما يابى 121.

2320 - في المطبوع أليس له أنه وما بين المعقوفين من م 65 ويم 84 والشيخ 153 وما يابى 121 وسيد 30.

2321 - في المطبوع لوطنها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 172 وم 65 ويم 84 والشيخ 154 وما يابى 121.

وَيُسْتَحْسَنُ [إن²³²² س] غَابَ عَلَيْهَا مُشْتَرٍ بِخِيَارٍ لَهُ وَتَوَوَّلَتْ عَلَى الْوُجُوبِ أَيْضًا.

متن الخطاب الثاني: وقع في عبارة الشارح في شروحه الثلاثة ما نصه: وفهم ابن اللباد وابن الشقاق قوله: فليستبرئها إن لم يكن عزلها عنده واستبرأها على أن المراد قبل وطنه، وإن كان فعل ذلك بعد وطنه فلا يحتاج إلى استبراء؛ لأن الاستبراء لا يحتاج إلى قصد ونية. انتهى. وهذا إما أن يكون تبدلت لفظة بعد بقبل، أو يكون سقط منه شيء والمراد قبل وطنه إياها بعد التقويم أو قبل وطنه إياها ثانيًا، ونحو ذلك، وقوله: [لأن²³²³] الاستبراء لا يحتاج إلى قصد ونية تعليل لقوله: إن لم يكن فعل ذلك يعني أنه يستبرئها إن لم يكن حصل منه استبراء بأن يكون عزلها [وترك²³²⁴] [وطأها²³²⁵] فحاضت فإن الاستبراء لا يحتاج إلى قصد ونية. والله أعلم. ثم قال في الأوسط والصغير: وكلام الغير يشعر بأن الاستبراء واجب على الأب؛ لفساد وطنه وهو رأي الأقلين، وإليه أشار بقوله: "وتوولت على الوجوب". انتهى. وما قاله ليس بظاهر، فإن كلامه صريح في إيجاب الاستبراء على الأب، وقوله: رأي الأقلين يعني وجوب الاستبراء لكن [إنما²³²⁶] [هو²³²⁷ على] رأيهم لحملهم كلام ابن القاسم على موافقة الغير.

وقال في الكبير: وكلام الغير يشعر بالمخالفة لابن القاسم؛ لقوله لفساد الوطء وعليه فيجب الاستبراء على الأب وهو رأي الأقلين، وإليه أشار بقوله إلى آخره. انتهى. وهو قريب من كلامه الأول. والله أعلم. وقال البساطي: وقال ابن اللباد وابن الشقاق قوله إذا لم يكن الأب عزلها أي ولم يطأها، وأما إذا وطئها فلا بد منه ويعضده قول غيره لفساد وطنه؛ لأنه إذا لم يكن وطئ [لا²³²⁸] يقال لفساد وطنه، وما هنا كلمات لم أقدر على سماعها. انتهى. وما ذكره عن ابن اللباد وابن الشقاق لم يقوله، وقد عرفت كلامهما، وما وقع لبعض أهل المذهب من الكلام وهل هو حسن أم لا؟ والله أعلم.

ص: ويستحسن إذا غاب عليها مشتر [بختيار²³²⁹] له وتوولت على الوجوب أيضا ش: هذا نحو قوله في المدونة في كتاب الاستبراء: ومن ابتاع جارية بالخيار ثلاثا فتواضعها أو كانت وخشا/ فقبضها فاختار الرد من له الخيار فلا استبراء على البائع؛ لأن البيع لم يتم فيها، وإن أحب البائع أن يستبرئ التي غاب عليها المشتري وكان الخيار له خاصة فذلك حسن، إذ لو [وطئها²³³⁰] [المبتاع] لكان بذلك مختارا وإن كان منها عن ذلك كما استحسب استبراء التي غاب عليها الغاصب. قال الشيخ أبو الحسن: في قوله: "فلا استبراء على البائع" هو أعم من أن يكون له الخيار أو للمبتاع، وقوله: "فتواضعها" سواء كانت المواضة على يد المشتري أو البائع أو أمين فلا استبراء عليه؛ لأنها كالمودعة. انتهى. وقال اللخمي: وإذا بيعت جارية على خيار البائع أو المشتري ثم ردها في أيام الخيار جرت على ما تقدم في المودعة فقال في المدونة: ليس على البائع استبراء وإن استبرأها إذا كان

173

2322 س - إذا غاب نسخة.

2323 * - في المطبوع إلا أن وما بين المعقوفين من م 66 وما يابى 122 والشيخ 154 وسيد 30.

2324 * - في المطبوع وتركها وما بين المعقوفين من ن عود ص 172 وم 66 ويم 84 والشيخ 154 وما يابى 121.

2325 * - في م 84 وما يابى 122 وم 66 وطنها.

2326 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في ما يابى 122.

2327 * - ساقطة من المطبوع وقد وردت في ما يابى 122.

2328 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 172 وم 66 ويم 84 والشيخ 154.

2329 * - في المطبوع لخيار وما بين المعقوفين من م 66 والشيخ 154 وما يابى 122 ويم 84.

2330 * - في المطبوع وطئ وما بين المعقوفين من ن عود ص 173 وم 66 ويم 84 والشيخ 154 وما يابى 122.

وَتَتَوَاضَعُ الْعَلِيَّةُ أَوْ وَخْشُ أَقْرِ الْبَائِعُ بَوَاطِنُهَا عِنْدَ مَنْ يُؤْمَنُ.

الخيار للمشتري [فحسن،²³³¹] وقال أبو الفرج: القياس أن عليه الاستبراء. قال الشيخ: وهذا بين إلا أن [تثبت²³³²] أمانة المشتري فيحسن الاستبراء ولا يجب. اهـ. فظاهر المدونة وما نقله للخمى عنها أن استحسان الاستبراء إنما هو إذا كان الخيار للمشتري فقط، وظاهر ما نقله عن أبي الفرج وجوب الاستبراء مطلقاً، سواء كان الخيار له أو لأجنبي، وكذلك أيضاً ظاهر استحسانه هو الإطلاق، وعلى هذا الإطلاق حمل الشارح كلام المصنف، قال الشارح في الكبير: يعني ويستحسن الاستبراء إذا غاب على الأمة مشتر بخيار؛ يريد أن الخيار للمشتري أو للبائع أو لأجنبي فإذا ردت إلى سيدها استحسنت له أن لا يطأها حتى يستبرئها. اهـ. ونحوه للبساطي والأقفهسي وزاد أولهما. والله أعلم. ويمكن أن يفهم هذا الإطلاق من قول الشيخ في التوضيح. خليل: والأقرب حمل المدونة على الوجوب لا سيما إذا كان الخيار للمشتري. اهـ. وفي اختصار ابن أبي زمنين: قال ابن القاسم: ومن باع جارية على أن الخيار له أو للمشتري وكانت رفيعة فتواضعها، أو كانت من الوخش فقبضها المشتري ثم ردها الذي كان الخيار له فليس على البائع أن يستبرئها؛ لأن البيع لم يتم فيها وإذا أحب أن يستبرئها إذا كانت من الوخش وكان المشتري قد قبضها لنفسه وغاب عليها فهو حسن. اهـ من المغربي. واختصر ابن أبي زيد المدونة مثل اختصار البراذعي المتقدم. والله أعلم. وقال أبو الحسن في [كلام²³³³] المدونة المتقدم: وقوله: وإن كان منهيماً لأنه وإن كان مختاراً [بوطئه²³³⁴] ذلك فأول وطئه [تكون²³³⁵] فيه غير أمته. وقوله كما استحسنت استبراء التي غاب عليها استحسنت للوجوب، والجامع بين مسألة الغاصب ومسألة الخيار أن الغاصب والمشتري بالخيار كل واحد منهي عن الوطء. اهـ. والله أعلم.

ص: وتتواضع العلية ش: قال ابن عرفة: المواضة جعل الأمة مدة استبرائها في حوز مقبول خبره عن حيضتها. اهـ.

قلت: كلامه يقتضي أن المواضة إنما هي فيمن تحيض، وقال ابن رشد في أول كتاب الاستبراء من البيان: ولا يرخص في تركها للمسافر والمجتاز، وهي أن توضع الجارية عند امرأة أو رجل له أهل حتى تعرف براءة رحمها من الحمل بحيضة إن كانت من ذوات الحيض وثلاثة أشهر إن كانت يائسة من المحيض لكبر أو صغر ممن توطأ بكراً كانت أو ثيباً أمن منها الحمل أو لم يؤمن، وقد قيل إذا أمن منها الحمل فلا مواضة فيها. اهـ. ثم قال: والضمان في ذلك على البائع والنفقة عليه، ولا يجوز أن يتلذذ بشيء منها، وإن كان الضمان منه والنفقة عليه من أجل أنه قد أوجبها لغيره، ولا

2331 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 173 وم 66 ويم 85 والشيخ 154 وما يابى 122.

2332 - في المطبوع يثبت ويم 85 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 173 وم 66 وما يابى 122 (وفي الشيخ 154 ثبت).

2333 - في المطبوع في قوله في (وفي ما يابى 122 والشيخ 155 في قوله كلام) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 173 وم 66 ويم 85.

2334 - في المطبوع بوطئها وما بين المعقوفين من م 66 والشيخ 155 وسيد 30 وما يابى 123.

2335 - في المطبوع ويم 85 وم 66 وسيد 30 وما يابى 123 يكون وما بين المعقوفين من الشيخ 155.

نص خليل

وَالشَّانُ النِّسَاءَ وَإِذَا رَضِيََا بغيرِهِمَا فَلَيْسَ لأَحَدِهِمَا الْإِنْتِقَالُ وَنُهيَا عَنْ أَحَدِهِمَا وَهَلْ يُكْتَفَى بِوَاحِدَةٍ قَالَ يُخْرَجُ عَلَى [الترجمان²³³⁶ س] وَلَا مُوَاضَعَةٌ فِي مُتَزَوِّجَةٍ وَحَامِلٍ وَمُعْتَدَّةٍ وَزَانِيَةٍ كَالْمَرْدُودَةِ بَعِيْبٍ أَوْ فَسَادٍ أَوْ إِقَالَةٍ إِنْ لَمْ يَغِبِ الْمُشْتَرِي.

متن الخطاب

يجوز ذلك للمشتري أيضا من أجل أن الضمان على غيره وإن اشتراها في أول دمها أو عظمه كان ذلك براءة رحمها ولم يكن فيها مواضعة. اهـ. وقال بعد هذا في سماع أشهب: أما الصغيرة التي لا يوطأ مثلها فلا اختلاف في أنه لا مواضعة فيها ولا استبراء، وإنما اختلف في الصغيرة [التي يوطأ مثلها²³³⁷] ويؤمن الحمل منها فمذهب مالك وعامة أصحابه وجوب الاستبراء فيها والمواضعة إن كانت من ذوات الأثمان بثلاثة أشهر؛ لأن الحمل لا يستبين بأقل منها، وقيل شهران، وقيل شهر ونصف، / وقيل شهر، وذهب مطرف وابن الماجشون إلى أنه لا يجب فيها استبراء ولا مواضعة وذلك عن جماعة من السلف منهم عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وسعيد بن المسيب وسليمان والقاسم بن محمد وابن شهاب وأبو الزناد وأبو الربيع وابن هرمز وغيرهم، وكذلك الكبيرة التي يؤمن الحمل لها. والله أعلم.

174

ص: والشأن النساء ش: هو المستحب، ويجوز أن توضع على يد رجل إذا كان مأمونا وله أهل، ولا يجوز أن تكون على يد رجل غير مأمون كان له أهل أم لا، واختلف إذا كان مأمونا لا أهل له فأجاز ذلك في كتاب محمد على كراهته، ومنعه أصبغ، وهو أصوب. اهـ من اللخمي. وانظر إذا وضعها عند غير مأمون، أو مأمون لا أهل له على قول أصبغ وحاضت هل تكفي أو لا؟ والظاهر أنها تكفي، وكذا إذا وضعها على يد أحدهما وهو غير مأمون فإنه لا يجوز، وانظر هل يكفي أو لا؟. والله أعلم.

ص: وإذا رضا بغيرهما فليس لأحدهما الانتقال ش: هذا إذا لم تكن في يد أحدهما، أما في يد أحدهما فله ذلك. والله أعلم.

ص: وهل يكتفى بواحدة قال يخرج على الترجمان ش: قال اللخمي: المواضعة تجوز على يد أهل الأمانة من النساء والمرأة الواحدة تجزئ في الاثتمان عليها، ويختلف هل يفيد قولها إنها حاضت فالمشهور من المذهب أن ذلك يجزئ. اهـ. والله أعلم.

ص: ولا مواضعة في متزوجة ش: دخل بها زوجها أو لم يدخل. قاله اللخمي.

ص: ومعتدة ش: سواء كانت العدة من طلاق أو وفاة. قاله اللخمي.

ص: وزانية ش: يريد المستبرأة من زنا أو غصب. قاله اللخمي. واستحسن القول بالمواضعة. والله أعلم.

ص: كالمردودة بعيب أو فساد أو إقالة إن لم يغيب المشتري ش: انظر استبراء المدونة فإن فيه ما يخالف مفهوم كلام المصنف. والله أعلم.

الحديث

²³³⁶ س - قال في المختار وترجم كلامه إذا فسر به بلسان آخر ومنه الترجمان وجمعه تراجم كزعفران وزعافر وضم الجيم لغة وضم التاء والجيم معا لغة هـ ونحوه في الصحاح وفي المصباح ان أجودها فتح التاء وضم الجيم .
²³³⁷ - في المطبوع لا ويم 85 وم 66 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 173 والشيخ 155 وما يابى 123.

وَفَسَدَ إِنْ نُقِدَ بِشَرْطٍ لَا تَطَوُّعًا وَفِي الْجَبْرِ عَلَى إِيقَافِ الثَّمَنِ قَوْلَانِ.

ص: وفسد إن نقد بشرط لا تطوعاً ش: قال في كتاب الاستبراء من المدونة: من ابتاع جارية وهي ممن تستبرأ لم يجز اشتراط النقد فيها في عقدة البيع وضعت على يد المبتاع أو على يد أجنبي، واشتراط النقد فيها يفسد البيع، وإن لم يشترط النقد في العقد ثم تبرع المبتاع فنقد الثمن في المواضعة جاز ذلك. قال أبو الحسن: معنى قوله ممن تستبرأ ممن تتواضع احترازاً ممن لا مواضعة فيها كالحامل والوخش التي لا توطأ. اهـ.

متن الخطاب

تنبيهه: هذا حيث تباع على المواضعة، فأما إذا بيعت على عدم المواضعة فالبيع صحيح، ويبطل الشرط وينزع الثمن من البائع. قال في المدونة قبل هذا الكلام: "وأكره ترك المواضعة واثنان المبتاع على الاستبراء، فإن فعلاً [أجزأهما] ²³³⁸ إن قبضها على الأمانة وهي من البائع حتى تدخل في أول/ دمها فإن قبضها على شرط الحياة وسقوط المواضعة كالوخش أو لم يشترط استبراء في المواضعة أو جهلاً وجه المواضعة فقبضها كالوخش ولم يتبرأ البائع من الحمل [لم يفسد البيع وألزمهما] ²³³⁹ حكم المواضعة" اهـ. قال أبو الحسن: إذا [اشتراط] ²³⁴⁰ إسقاط المواضعة أو وقع الأمر مبهما ولم [يشترط] ²³⁴¹ إسقاطها ولا وجوبها عمداً أو جهلاً ولم يتبرأ البائع من الحمل فالبيع صحيح على مذهب الكتاب [ويلزمهما] ²³⁴² حكم المواضعة، ومن كتاب محمد أن البيع فاسد إذا اشترط ترك المواضعة. الشيخ: فعلى هذا إذا أبهما كان البيع صحيحاً فيفتقان في هذا.

175

وقال ابن يونس: قال أصبغ: وما بيع على المواضعة أو على معرفة المواضعة والاستبراء فإن اشترط النقد فيه يفسد البيع إلا أن يتطوع به بعد العقد فيجوز، فأما ما بيع على البت ممن لا يعرف المواضعة مثل بيع أهل مصر، ومن لا يعرفها من البلدان يبتاعون على النقد ولا يشترطون نقداً ولا مواضعة، فهو بيع لازم، ولا يفسخ [ويقضى] ²³⁴³ عليهما بالمواضعة. قال مالك في العتبية: ولو انصرف بها المبتاع وغاب عليها رد إلى المواضعة ولا حجة للمبتاع بغيبته عليها وهو قد ائتمنه عليها. انتهى.

وقال ابن عرفة: ابن رشد المذهب وجوبها ولو في بيع سلطان أو مسافر. ثم قال في صحة شرطه إسقاطها في العقد وبطلانه: ثالثها يبطلان مطلقاً ورابعها إن شرط نقد الثمن وخامسها إن تمسك [بالشرط] ²³⁴⁴ لابن رشد عن ابن عبد الحكم ولها وللأبهري مع الموازية وابن حبيب واللخمي وعلى الأول قال الباجي عن ابن حبيب: يخرج من يد المشتري للمواضعة. انتهى. ثم قال: وشرط نقد المواضعة في عقد بيعها يفسده، وطوعه به بعده جائز في بيعها بتاً، وبخيار مذكور في كتابه، وروي عن محمد بيع من لا يعرف المواضعة كمصر يبيعون على النقد لا يشترطون نقداً ولا مواضعة صحيح ويقضى بها، وينزع الثمن من البائع إن طلبه المبتاع.

قلت: وإن لم يطلبه لقول محمد لا يوقف بيد البائع ولو طبع عليه. انتهى. ونقله عبد الحق في التهذيب بحروفه، وقال أبو إسحاق التونسي: وإذا بيع بشرط البراءة من الحمل فالبيع فاسد في المرتفعات، وقيل الشرط باطل والبيع جائز. ذكره في كتاب محمد وكتاب ابن حبيب. وإن باع

الحديث

2338 - * في المطبوع أجزاء وما بين المعقوفين من التهذيب ج 2 ص 463.

2339 - * في المطبوع لم يفسد وألزمتهما وما بين المعقوفين من التهذيب ج 2 ص 463.

2340 - في المطبوع اشترط وما بين المعقوفين من م 67 وم 85 وما يابى 124.

2341 - في المطبوع يشترط وما بين المعقوفين من م 85 وما يابى 124.

2342 - * في المطبوع وم 85 ويلزمها وما بين المعقوفين من م 67 والشيخ 156 وما يابى 124 وسيد 30.

2343 - في المطبوع ولا يقضى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 175 وم 67 وم 86 والشيخ 156 وما يابى 124.

2344 - في المطبوع بشرط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 175 وم 67 وم 86 والشيخ 156 وما يابى 124.

[وَمُصِيبَتُهُ²³⁴⁵ س] وَمَنْ قُضِيَ لَهُ [بِهِ²³⁴⁶ س].

نص خليل

المرتفعات بشرط ترك المواضعة وأن يضمن المشتري بالعقد كما يضمن الوخش الرقيق وإن وجد حملاً أو عيباً قام به فالشرط باطل والبيع جائز ويتوابعانها؛ هذا في كتاب المدونة، وفي كتاب محمد قول إن البيع فاسد. انتهى. وقال في المقدمات: الحكم بالمواضعة واجب في كل بلد كانت جارية فيه أم لم تكن لم يختلف قول مالك في ذلك، ويجب عنده على كل أحد حاضراً كان أو مسافراً، وقد سئل مالك عن ذلك في أهل منى وأهل مصر عند الخروج إلى الحج في الغرباء الذين يقدمون فرأى أن يحملوا على ذلك على ما أحبوا أو كرهوا، وسواء باع الأمة ربها أو وكيل له أو باعها عليه السلطان في الدين، وسواء باع بنقذ أو إلى أجل كان ممن يطاء أو ممن لا يطاء إلا أنه إن باع بنقذ لم يجز النقذ في المواضعة بشرط، ثم قال: فإن شرط البراءة من الحمل في الربيعة فالبيع فاسد، والمصيبة فيها من المشتري إن [تلفت²³⁴⁷] بعد قبضه، كالبيع الفاسد وذلك بعد خروجها من عهدة الثلاث؛ هذا هو المشهور من قول مالك وأصحابه، وقيل الشرط باطل والبيع جائز. وقع هذا القول في كتاب محمد.

متن الخطاب

وقال ابن عبد الحكم الشرط جائز والبيع جائز، وأما إن باعها بشرط ترك المواضعة فالبيع جائز والشرط باطل، ويحكم بينهما بالمواضعة وتخرج من يد المشتري إلى المواضعة. ثم قال: وقد قال أبو بكر الأبهري البيع على شرط ترك المواضعة فاسد، ومثله في كتاب ابن المواز في قول، وهو على مذهب ابن عبد الحكم بيع جائز وشرط لازم، وأما إن دفعها إلى البائع جهلاً بسنة المواضعة، ولم يشترط إسقاطها فالبيع جائز باتفاق، وتخرج إلى المواضعة، وأما إن باعها وتبرأ من حملها وهو مقر/ بوطئها فجعله في المدونة بيعاً فاسداً، ومذهب ابن حبيب إلى أنه ليس بفاسد وتخرج إلى المواضعة.

176

فرع: فإذا قبضها المبتاع ثم جاء بها وقال لم تحض قبل قوله. قال في النوادر: ومن كتاب ابن سحنون: [سأل حبيب²³⁴⁸] سحنونا عن الجارية تباع فيقبضها المشتري من غير مواضعة ثم يأتي المشتري فيقول [رفعت²³⁴⁹] حيضتها وذلك بعد عقد الشراء بشهر قال: قد أخطأ في ترك المواضعة. قال: والشهر قليل، ولو جاء بعد المواضعة لشهر ونصف وشهرين أحسن فينظرها القوابل، فإن قلن مشغولة الرحم وإن لم يكن بها حمل بين ردها وإن كان قد غاب عليها. انتهى.

ص: ومصيبته ممن قضي له به ش: به هو بضمير مذكر عائد على الثمن المفهوم من قوله: "إن نقذ" وهذا مذهب المدونة، ونصه: فإن هلك الثمن قبل حيضها ارتقت فإن خرجت من الاستبراء فهو من البائع وإن لم تخرج حتى هلكت أو ظهر بها حمل فهو من المبتاع. انتهى. قال أبو الحسن: قال ابن يونس: قال ابن المواز قال مالك وإن ظهر بها حمل من غير البائع أو حدث بها عيب قبل الحيضة وقد هلك الثمن قبل ذلك فالمبتاع مخير في قبولها بالعيب أو بالحمل بالثمن التالف فيصير من

الحديث

²³⁴⁵ س - نسخة تأخير ومصيبته الخ عن وفي الجبر الخ هي الصواب لا ما في أكثر النسخ من العكس كما في الدردير

وغيره.

²³⁴⁶ س - بها نسخة.

²³⁴⁷ - في المطبوع ثبتت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 175 وم 67 ويم 86 والشيخ 157 وما يابى 124.

²³⁴⁸ * - في المطبوع سأل ابن حبيب وما بين المعقوفين من سيد 30.

²³⁴⁹ - في المطبوع رفعتها وم 67 ويم 86 وما يابى 125 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 176 والشيخ 157.

نص خليل

فصل إن طراً موجب قبل تمام عدة أو استبراء انهزم الأول واختلفت كمتزوج [بائنته²³⁵⁰] ثم يطلق بعد البناء أو يموت مطلقاً وكمتبرأة من فاسد ثم يطلق وكمرتجع وإن لم يمسه طلق أو مات إلا أن يفهم ضرراً بالتطويل فتبني المطلقة إن لم [تمس²³⁵¹] وكمتعدة وطئها المطلق أو غيره فاسداً بكاشيتيه [إلا²³⁵²] من وفاة فأقصى الأجلين كمتبرأة [من فاسد²³⁵³] مات زوجها وكمتبرأة معتدة وهزم وضع حمل ألحق بنكاح صحيح غيره وبفاسد أثره وأثر الطلاق لا الوفاة وعلى كل أقصى مع الالتباس [كمرأتين²³⁵⁴] إحداها بنكاح فاسد أو إحداها مطلقاً ثم مات الزوج وكمتولدة متزوجة مات السيد والزوج ولم يعلم السابق فإن كان بين [موتيهما²³⁵⁵] أكثر من عدة الأمة أو جهل فعدة حرة وما تستبرأ به الأمة وفي الأقل عدة حرة وهل قدرها كآقل أو أكثر قولان.

متن الحطاب البائع، [وإن شاء²³⁵⁶] ردها وكان الثمن منه. انتهى. قال في المدونة: ومن باع أمة رائحة مثلها يتواضع للاستبراء فظهر بها حمل فقبلها المبتاع به فذلك له وليس للبائع ردها إلا أن يدعي أن الحمل منه. انتهى.

ص: وفي الجبر على إيقاف الثمن قولان ش: لو قدم هذا لكان أحسن؛ لأن الأول مفرع عليه. كذا جعله ابن عرفة وغيره، وقال في الشامل: وجبر مبتاع على وقف الثمن عند عدل على المشهور فإن تلف فهو ممن يصير له، وقيل من المشتري، وعليه فإن خرجت سليمة لزمه ثمن آخر، وقيل يفسخ. انتهى. والله أعلم.

ص: فصل إن طراً موجب قبل تمام عدة أو استبراء انهزم الأول واختلفت ش: تصوره ظاهر. قال في المدونة: وإذا مات الزوج في عدة من طلاق بائن والطلاق في صحته [أو في مرضه²³⁵⁷] لم تنتقل إلى عدة الوفاة وتمادت على عدة الطلاق وورثته في طلاق المرض لا في طلاق الصحة وإن مات بعد العدة والطلاق بائن أو غير بائن فلا عدة عليها لوفاة، وإن مات وهي في عدتها من طلاق غير بائن في صحته/ أو في مرضه انتقلت إلى عدة الوفاة وورثته، وقال ابن عباس وغيره عليها أقصى الأجلين. انتهى. قال ابن ناجي: ما ذكره واضح؛ لأن أحكام الزوجية جارية عليها [والغير من²³⁵⁸] قوله في الكتاب، وقال ابن عباس وغيره هو سليمان بن يسار. قال أبو عمران: قد يكون وفاقاً أي أنها وإن رأت الدم ثلاث مرات قبل الأربعة الأشهر وعشر فلا بد لها من الأربعة الأشهر وعشر آخر الأجلين، وأخذ ابن بشير من كلام المدونة إباحة وطئها في العدة، ورده بعض شيوخنا بأنه لا يلزم من كون أحكام الزوجية بينهما باقية إباحته بدليل الحائض والمحرمة. انتهى.

ص: وبفاسد أثره وأثر الطلاق لا الوفاة ش: مما يصلح/ مثلاً لقوله: "لا الوفاة" ما تقدم عن

الحديث

2350 - مبانته نسخة.

2351 - يمسه نسخة.

2352 - لا من وفاة نسخة.

2353 - من وطئ فاسد نسخة.

2354 - كامرأتين نسخة.

2355 - موتيهما نسخة.

2356 - في المطبوع واستثناء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 176 وم 67 ويم 86 والشيخ 158 وما يابى 125.

2357 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 176 ويم 86 والشيخ 158 وما يابى 125.

2358 - في المطبوع والقريب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 177 وم 67 ويم 86 والشيخ 158 وما يابى 125.

نص خليل

باب حُصُولِ لَبَنِ امْرَأَةٍ وَإِنْ مَيِّتَةً وَصَغِيرَةً يَوْجُورٍ أَوْ سَعُوطٍ أَوْ حُقْنَةٍ [تَكُونُ²³⁵⁹ نَسًا] غِذَاءً أَوْ خُلِطَ لَا غُلِبَ وَلَا كَمَاءٍ أَصْفَرَ وَبَهِيمَةٍ وَاكْتِحَالَ بِهِ مُحَرَّمٌ إِنْ.

متن الخطاب

المدونة في طلاق السنة أن امرأة الصبي إذا حملت ثم مات الصبي فلا يبرئها الوضع من عدته، ومثله المحبوب، ومثل ذلك ما إذا وطئت المتزوجة باشتباه بعد حيضة من وطء زوجها وحملت وألحقناه بالثاني على ما قاله ابن الحاجب ثم مات زوجها فهذه أمثلة لذلك، وظاهر كلام ابن عرفة والتوضيح أن أمثلة ذلك عزيزة، ولعل المصنف وابن عرفة إنما عز عليهما المثال لأنهما فرضا المسألة في نكاحين أحدهما صحيح والآخر فاسد فتأمل. والله أعلم.

تنبيه: قوله: "وبفاسد" أي بوطء فاسد لكن له شبهة، أما لو كان الحمل لزنا فإنه لا يبرئها من عدة الطلاق أيضا. قال ابن رشد في سماع أبي زيد من طلاق السنة: ولا خلاف في ذلك فلا بد لها من ثلاث حيض بعد الوضع، ونحوه في التوضيح، لكنه حكى عن [أبي²³⁶⁰] إسحاق أنه بحث في ذلك. والله أعلم.

ص: باب حصول لبن امرأة وإن ميتة أو صغيرة بوجور أو سعوط أو حقنة [تكون²³⁶¹ غداء ش: وحده ابن عرفة بما نصه: الرضاع عرفا وصول لبن آدمي لمحل مظنة غذاء [آخر²³⁶²] لتحریمهم بالسعوط والحقنة ولا دليل إلا مسمى الرضاع. انتهى. وقوله: "لبن امرأة" قال عياض: ذكر أهل اللغة أنه لا يقال في بنات آدم لبن وإنما يقال فيه لبان واللبن لسائر الحيوان غيرهن وجاء في الحديث كثيرا خلاف قولهم. انتهى من التوضيح. وقوله: "وإن ميتة" قال في المدونة: "وإذا حلب من ثدي المرأة لبن في حياتها أو بعد موتها فوجر به صبي أو دب فرضعها وهي ميتة وعلم أن في ثديها لبنا فالحرمة تقع بذلك". انتهى. قال ابن ناجي: يريد في الكتاب وكذلك يحرم إذا شك هل هو لبن أم لا لأنه أحوط وقول ابن راشد: "إنما يحرم إذا كان هناك لبن محقق وإلا فلا" [خلافه.²³⁶³] انتهى.

وقال ابن فرحون تبعا لابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: إن علم هذا شرط في العلم بوجوده في الثدي بعد الموت وبوصوله إلى جوف الرضيع؛ لأنه ربما يمتص من ثدي الميتة ولا يكون فيه شيء من اللبن فيظن أنه خرج. انتهى. وقوله وصغيرة. قال في المدونة: وإذا درت بكر لا زوج لها ويائسة من المحيض فأرضعت صبيا فهي أم له. انتهى. قال ابن ناجي: ظاهره في البكر وإن كان لا يوطأ مثلها وهو كذلك على ظاهر المذهب. ثم قال: وما ذكره من اعتبار لبن اليائسة ظاهره وإن كانت لا توطأ، وهو كذلك على المعروف. انتهى. وقال ابن فرحون في الشرح: قال في الجلاب: وإذا حدث للصبية الصغيرة التي لا يوطأ مثلها لبن فرضعها صبي لم تقع به حرمة، والصحيح أنه يحرم. قاله ابن/ راشد. انتهى. وأبقى المصنف في التوضيح كلام ابن الحاجب "وفي لبن من نقصت عن سن

179

الحديث

2359 - يكون نسخة.

2360 - في المطبوع ابن وما بين المعقوفين من م68 والشيخ158 وسيد31 ومايأبى126 ويم86.
2361 - في المطبوع يكون وم68 ويم87 ومايأبى126 وما بين المعقوفين من ن عدود ص178 والشيخ158.
2362 - في المطبوع وآخر وما بين المعقوفين من ن عدود ص178 وم68 ويم87 والشيخ158 ومايأبى126.
2363 - في المطبوع خلاف والشيخ159 ومايأبى126 وما بين المعقوفين من ن عدود ص178 وم68 ويم87.

نص خليل
حَصَلَ فِي الْحَوْلَيْنِ أَوْ بَزِيَادَةِ [الشَّهْرَيْنِ] ²³⁶⁴ نَسْ إِلَّا أَنْ يَسْتَعْنِي وَلَوْ فِيهِمَا مَا حَرَّمَهُ النَّسَبُ إِلَّا أُمُّ أَخِيكَ أَوْ أُخْتِكَ وَأُمُّ وَلَدٍ وَلَدِكَ وَجَدَّةٌ وَلَدِكَ وَأُخْتُ وَلَدِكَ وَأُمُّ عَمِّكَ وَعَمَّتُكَ وَأُمُّ خَالِكَ وَخَالَتُكَ فَقَدْ لَا يَحْرُمَنَّ مِنَ الرُّضَاعِ وَقَدَّرَ الطُّفْلُ خَاصَّةً وَلَدًا لِصَاحِبَةِ اللَّبَنِ وَلِصَاحِبِهِ.

متن الخطاب
المحيض قولان "على إطلاقه؛ إذ ظاهره سواء كان يوطأ مثلها أم لا، وتعقب ابن هارون ابن الحاجب بأنه إنما ذكر الأشياخ الخلاف فيمن لم تبلغ حد الوطء، وقال ابن عرفة: وقول ابن الحاجب وفي لبن من نقصت إلى آخره وقبوله ابن عبد السلام لا أعرفه، وقول ابن هارون إنما ذكر [الأشياخ] ²³⁶⁵ إلى آخره صواب. انتهى. وقال في التوضيح إن ابن الحاجب تبع في نقل القولين ابن بشير وابن شأس. وقال ابن ناجي إنه وهم في ذلك وهو كذلك؛ إذ نص ابن بشير: إذا وقع الرضاع من المرأة وهي في سن من توطأ حصلت به الحرمة بلا خلاف، فإن كانت من الصغر في سن من لا توطأ فهل تقع الحرمة بينهما قولان، والمشهور وقوعها لعموم الآية والأحاديث، والشاذ أنها لا تقع قياسا على الولادة. انتهى.

وقال ابن شأس: ويحرم لبن البكر والياثسة من المحيض وغير الموطوءة والصبية، وقيل ما لم ينقص سن الصبية عن سن من توطأ. انتهى. فتأمل كلامهما، وإذا علم أن المشهور وقوع الحرمة بلبن الصغيرة ولو كانت في سن من لا توطأ، فإبقاء المدونة على ظاهرها من الخلاف لكلام الجلاب أولى مما حمله عليه الشيخ خليل في التوضيح من الوفاق، ونصه: خليل ولا يبعد أن يحمل ما في المدونة على ما إذا كانت في سن من يوطأ، ولا يكون ما في الجلاب خلافا للمدونة. والله أعلم. ثم قال ابن عرفة: وقول [ابن] ²³⁶⁶ عبد السلام: قال ابن رشد: لبن الكبيرة التي لا توطأ من كبر لغو لا أعرفه، بل ما في مقدماته تقع الحرمة بلبن البكر والعجوز التي لا تلد وإن كان من غير وطء إن كان لبنا لا ماء أصفر، ومفهوم قول [أبي] ²³⁶⁷ عمر في الكافي لبن العجوز التي لم تلد إذا كان مثلها يوطأ يحرم، ونقل ما نقله عن ابن رشد. انتهى. والله أعلم.

ص: إن حصل في الحولين ش: نحوه في المدونة قال فيها: ولا يحرم رضاع [الكبير] ²³⁶⁸ إلا ما قارب [الحولين] ولم ²³⁶⁹ يفصل كالشهر والشهرين، وقال ابن ناجي فظاهر الكتاب أن رضاع [الكبير] ²³⁷⁰ لا أثر له ولو في الحجابة وهو كذلك، وقال ابن المواز: لو أخذ به أحد في الحجابة لم أعبه كل العيب. قال عبد الحميد: وقد استحسّن بعض شيوخنا الأخذ به في ذلك، [وفعل] ²³⁷¹ به متقدمو شيوخنا في أهلهم.

قلت: وبه أفتى شيخنا أبو محمد عبد الله الشيبيني فيما بلغني. انتهى.
ص: وقدر الطفل خاصة ولدا لصاحبة اللبن ش: / فيحرم على الولد أمهات الرضعة بالنسب والرضاع وأولادها نسبا ورضاعا. قاله في الجواهر، ونقله القرافي وغيره.

180

الحديث

²³⁶⁴ س - شهرين نسخة.

²³⁶⁵ - في المطبوع الأشياء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 179 وم 68 ويم 87 والشيخ 159 وما يابى 126.

²³⁶⁶ * - في المطبوع أبي وما بين المعقوفين من ن م 68 ص 179 والشيخ 159 وما يابى 126.

²³⁶⁷ - في المطبوع ابن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 179 وم 68 ويم 87 والشيخ 159 وما يابى 126.

²³⁶⁸ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 179 وم 68 ويم 87 والشيخ 159 وما يابى 126.

²³⁶⁹ - في المطبوع الحولين كالشهر ولم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 179 وم 68 ويم 87 والشيخ 159 وما يابى 126.

²³⁷⁰ - في المطبوع البكر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 179 وم 68 ويم 87 والشيخ 159 وما يابى 126.

²³⁷¹ * - لعلها وفعله كما في الكفاف عازيا لح وعلق عليه الشيخ محمد سالم عدود ب وأنسب منه (وعمل به).

نص خليل

مِنْ وَطْئِهِ لِإِنْقِطَاعِهِ [وَلَوْ²³⁷² نَس] بَعْدَ سِنِينَ وَاشْتَرَكَ مَعَ الْقَدِيمِ وَلَوْ [بِحَرَامٍ²³⁷³ نَس] [لَا يَلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ²³⁷⁴ نَس] وَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ إِنْ أَرْضَعَتْ مَنْ كَانَ زَوْجًا لَهَا لِأَنَّهَا زَوْجَةُ ابْنِهِ كَمَرْضِعَةٍ مُبَاتِيَةٍ أَوْ مُرْتَضِعَةٍ مِنْهَا وَإِنْ أَرْضَعَتْ زَوْجَتِيهِ اخْتَارَ وَإِنْ الْأَخِيرَةَ وَإِنْ كَانَ قَدْ بَنَى بِهَا حَرَمَ الْجَمِيعِ وَأَدْبَتِ الْمُتَعَمِّدَةُ لِلْإِفْسَادِ وَفُسِخَ نِكَاحُ الْمُتَصَادِقَيْنِ عَلَيْهِ كَقِيَامِ بَيِّنَةٍ عَلَى إِقْرَارِ أَحَدِهِمَا قَبْلَ الْعَقْدِ وَلَهَا الْمُسَمَّى بِالْدُخُولِ إِلَّا أَنْ تَعْلَمَ فَقَطْ فَكَالْغَارَةِ وَإِنْ ادَّعَاهُ فَأَنْكَرَتْ أَخِذَ بِإِقْرَارِهِ وَلَهَا النُّصْفُ وَإِنْ ادَّعَتْهُ [فَأَنْكَرَ²³⁷⁵ نَس] لَمْ يَنْدَفِعْ وَلَا [تَقْدَرُ²³⁷⁶ نَس] عَلَى طَلَبِ الْمَهْرِ قَبْلَهُ وَإِقْرَارُ الْأَبَوَيْنِ مَقْبُولٌ قَبْلَ النِّكَاحِ لَا بَعْدَهُ كَقَوْلِ أَبِي أَحَدِهِمَا وَلَا يَقْبَلُ مِنْهُ أَنَّهُ أَرَادَ الْإِعْذَارَ بِخِلَافٍ أَمْ أَحَدُهُمَا فَالْتَّنْزَهُ وَيَتَّبْتُ بَرَجُلٍ وَامْرَأَةً وَإِمْرَأَتَيْنِ إِنْ فَشَا قَبْلَ الْعَقْدِ وَهَلْ تُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ مَعَ الْفُشُوِّ تَرَدُّدٌ وَبَرَجُلَيْنِ لَا بامرأة وَلَوْ فَشَا وَتُذِبُ التَّنْزَهُ مُطْلَقًا وَرِضَاعُ الْكُفْرِ مُعْتَبَرٌ وَالْغِيلَةُ وَطْءُ الْمَرْضِعِ وَتَجَوُّزُ. بَابُ يَجِبُ لِمُمْكِنَةٍ مُطِيقَةٍ لِلْوَطْءِ عَلَى الْبَالِغِ وَلَيْسَ أَحَدُهُمَا مُشْرِفًا قُوتٌ وَإِدَامٌ وَكِسُوءَةٌ وَمَسْكَنٌ بِالْعَادَةِ بِقَدْرِ وَسْعِهِ وَحَالِهَا.

متن الخطاب ص: من وطئه ش: يريد إن أنزل. قال في الشامل: واعتبر صاحبه من [حين²³⁷⁷] الوطء إن أنزل. ثم قال: لا من العقد اتفاقا ولو قبل أو باشر أو وطئ ولم ينزل. انتهى. ونحوه في التوضيح. ص: إلا أن لا يلحق به الولد ش: هذا القول ذكره ابن حبيب عن مالك قال: ثم رجع إلى أنه يحرم وهو الأصح، وقاله أئمة من العلماء، وبالتحريم قال سحنون وغيره، وهو ظاهر المذهب. قاله في التوضيح.

181 ص: وأدبت المتعمدة للإفساد ش: ولا غرامة عليها على المشهور. قاله في الشامل/ وابن الحاجب. قال في الشامل: ويفسخ بلا طلاق في الجميع.

182 ص: ونذب التنزه مطلقا ش: قال ابن الحاجب: ولو بأجنبية لم يفش من قولها. ص: باب يجب لممكنة مطيعة الوطء على البالغ وليس أحدهما مشرفا قوت وإدام ش: يعني أن المرأة/ إذا مكنت من نفسها فإنه يجب لها النفقة، وظاهر كلامه أن مجرد تمكينها من نفسها يوجب النفقة على الزوج، وذلك يصدق بما إذا لم تمتنع من الدخول ولم تطلب به الزوج وهو قول عبد الملك، وظاهر المدونة أن النفقة إنما تجب على الزوج إذا دعا إلى الدخول، وهو المشهور من المذهب،

الحديث

²³⁷² س - وإن نسخة.
²³⁷³ س - قوله ولو بحرام إلا أن لا يلحق به الولد صوابه ولو بحرام لا يلحق به الولد بإسقاط إلا أن وبه يستقيم الكلام ويجري مع المشهور على ما في توضيحه هـ من غ ونقله عنه عقب وما ذكر أنه الصواب هو الذي كتب عليه خش والدردير بتقديم الولد على به قال خش هكذا الصواب بإسقاط إلا أن بعد بحرام ثم ختم الكلام بما يدل على أن الواقع في أصل المؤلف إثباتهما كما هو ظاهر كلام غ وأما الدردير ففيه أن إثباتهما في أكثر النسخ.

²³⁷⁴ س - إلا أن يلحق الولد به نسخة.

²³⁷⁵ س - وانكر نسخة.

²³⁷⁶ س - تقرر نسخة.

²³⁷⁷ - في المطبوع حد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 180 وم 68 وم 87 والشيخ 160 وما يابى 127.

متن الخطاب قال في كتاب النكاح الثاني من المدونة: ولا يلزم من لم يدخل نفقة حتى يبتغى ذلك منه ويدعى للبناء فحينئذ تلزمه النفقة والصداق. انتهى. قال أبو الحسن الصغير: قوله: يبتغى منه أي يدعى إلى البناء، وظاهره أن النفقة لا تلزم حتى يدعى إليها، وقال ابن عبد الحكم: لها النفقة بالتمكين وإن لم تدعه إلى البناء. الشيخ: وهو ظاهر ما في كتاب الزكاة الثاني في قوله: وإن لم يكن ممنوعاً وكانت هذه الخادم لا بد للمرأة منها [فذلك²³⁷⁸] -يعني زكاة الفطر- عليه عنهما. لكن قال ابن محرز: معنى مسألة الزكاة [ودعوه²³⁷⁹] إلى البناء. انتهى. وفي الرسالة: ولا نفقة للزوجة حتى يدخل بها، أو يدعى إلى الدخول وهي ممن يوطأ مثلها. وقال ابن الحاجب: تجب بالدخول، أو بأن يبتغى منه الدخول. والله أعلم. وقيل تجب بالعقد إن كانت يتيمة.

تنبيهات: الأول: قال اللخمي في باب الحكم في قبض الصداق من كتاب النكاح الثاني: معنى مسألة المدونة إذا مضى بعد العقد القدر الذي العادة أن يتربص إليه بالدخول وما [يتشوران²³⁸⁰] فيه. انتهى. ونقله أبو الحسن الصغير، وقال في النوادر: إذا طلبت المرأة النفقة ولم يبين بها فإن فرغوا من جهازها حتى لم يبق ما يحبسها قيل له ادخل أو أنفق، ولو قال الزوج أنظروني حتى أفرغ وأجهز بعض ما أريد فذلك له ويؤخر الأيام بقدر ما يرى وهو قول مالك. انتهى.

الثاني: إذا دعي الزوج إلى الدخول فامتنع فهل تلزمه النفقة بنفس الامتناع وهو قول مالك، أو بعد وقف السلطان له وفرضه للنفقة وهو قول أشهب؟ قال اللخمي: والأول أحسن إن علم أنه امتنع لداء، وأنه لا عذر له، وإن أشكل أمره فحتى يوقفه السلطان. انتهى. ونقل القولين ابن راشد في الباب، ولم يذكر اختيار اللخمي، وعزا القاضي عياض قول أشهب لابن شهاب، فعلى قول مالك تلزمه النفقة بنفس الدعاء إذا شهدت بذلك بينة. قال الجزولي في شرح الرسالة: ظاهر الرسالة أنه إذا [دُعي²³⁸¹] إلى الدخول وأشهد عليه تلزمه النفقة وإن لم ترفعه إلى السلطان، وقال أشهب حتى ترفع إلى السلطان ويحكم. انتهى. ونحوه للشيخ يوسف بن عمر، وهو ظاهر وبه أفتى الوالد في هذه المسألة فقال: إذا ثبت أن الزوج [دعي²³⁸²] وجبت النفقة، والظاهر أيضاً أن الكسوة كذلك تلزمه إذا طال الأمر ولم يدخل. والله أعلم.

الثالث: قال ابن عرفة: عياض: ظاهر مسائلها يدل على أن لأبي البكر دعاء الزوج للبناء الموجب للنفقة وإن لم تطلبه بنته، وهو المذهب عند بعض شيوخنا، وقاله أبو مطرف الشعبي [لجبره²³⁸³]

- 2378 - في المطبوع وكذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 179 ويم 88 وما يابى 127 وم 68.
 2379 - في المطبوع ودعواه وم 68 ويم 88 وما يابى 127 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 182 والشيخ 160.
 2380 - في المطبوع يتشور وما بين المعقوفين من ن عدود ص 182
 2381 - في المطبوع دعا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 182 وم 68 ويم 88 والشيخ 160 وما يابى 127.
 2382 - في المطبوع دعا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 182 وم 68 ويم 88 والشيخ 161 وما يابى 127.
 2383 - في المطبوع بجبره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 182 وم 69 ويم 88 والشيخ 161 وما يابى 128.

متن الخطاب إياها على العقد وبيع ما لها وتسليمه، وقال المأموني ليس له ذلك إلا بدعائها أو تركيلها إياه، ومثله لابن عات.

قلت: ظاهره كانت نفقتها على أبيها أو على مالها، والأظهر الأول في الأول، والثاني في الثاني. انتهى.

قلت: في استظهاره الثاني في الثاني نظر؛ لأنه وإن كانت نفقتها في مالها فلأبيها النظر فيه، وليس من السداد أن تنفق منه ولها طريق إلى النفقة من غيره، وأيضاً فإنه يريد دخولها لصيانتها فتأمله. والله أعلم.

قلت: والظاهر أن السيد في أمته كالأب، وكذلك الوصي إذا كان له الإجمار، وأما غيرهم فليس له ذلك إلا بدعاء الزوجة إلى ذلك. والله أعلم.

الرابع: إذا سافر الزوج قبل الدخول فطلبت زوجته النفقة فلها ذلك على ما رجحه ابن رشد، ونصه: قال في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم: وسئل عن الرجل يسافر عن امرأته ولم يدخل فيقيم الأشهر فتطلب النفقة؟ قال: أرى له أن ينفق عليها من ماله ويلزم ذلك. ابن رشد: قد قيل [إنه] ²³⁸⁴ لا نفقة لها إذا كان قريباً؛ لأنها لا نفقة لها حتى تدعوه وهي لم تدع قبل مغيبه فيكتب

له إما أن يبني أو ينفق، وقيل لها النفقة من حين تدعو إلى البناء وإن كان غائباً على قرب فليس عليها انتظاره وهذا أقيس، وهو ظاهر الرواية؛ إذ لم يفرق فيها بين قرب ولا بعد. انتهى. ونحوه في المقدمات. وقال في رسم أسلم من سماع عيسى لما تكلم على زوجة المفقود وأنه يضرب لها أجل أربع سنين ما نصه: واختلف هل لها نفقة في هذه الأربع سنين؟ فقال المغيرة إنها لا نفقة لها إلا أن يكون فرض لها قبل ذلك نفقة فيكون سبيلها في النفقة سبيل المدخول بها، والصواب أن لها النفقة؛ لأنه كالعائب، ولم يختلفوا أن من غاب عن امرأته قبل الدخول غيبة بعيدة أنه يحكم لها بالنفقة في ماله، وإنما اختلفوا في الغيبة القريبة على ما مضى في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم. انتهى.

وتقدم في المفقود عن المتيطي أنه قال: وأما غير المدخول بهن من أزواجه فالمشهور من المذهب والذي عليه العمل، وقاله ابن القاسم من رواية المصريين عنه، ورواه أيضاً عيسى، وبه قال ابن المواز ولم يذكر في ذلك اختلافاً مع معرفته باختلاف أصحاب مالك أن لها النفقة وإن لم يدخل [بها] ²³⁸⁵ المفقود. انتهى.

وقال اللخمي بعد ذكره كلام العتبية هذا: يحسن إن [سافر] ²³⁸⁶ بغير علمها، ومضى أمد الدخول وبعلمها، ولم يعد في الوقت المعتاد فإن علمت بسفره لذلك المكان وقامت قبل وقت رجوعه لم يكن لها نفقة. انتهى. ونقله ابن عرفة وقال: هو مقتضى قولها: إن سافر الشفيع بحدثان الشراء فأقام سنين، ثم قدم إن كان سافراً يعلم أنه لا يؤب منه إلا لأمر يقطع شفيعته فلا شفعة، وإلا فلا. انتهى.

2384 - ساقطة من المطبوع وم69 والشيخ161 وما يابى128 وما بين المعقوفين من ن عدود ص182 وم88.

2385 - في المطبوع فيها وما بين المعقوفين من ن عدود ص183 وم69 وم88 والشيخ161.

2386 - في المطبوع يسافر وما بين المعقوفين من ن عدود ص183 وم69 وم88 والشيخ161.

نص خليل

وَالْبَلَدَ وَالسَّعْرَ وَإِنْ أَكُولَةً وَتَزَادُ الْمَرْضِعُ مَا تَقَوَّى بِهِ إِلَّا الْمَرِيضَةَ وَقَلِيلَةَ الْأَكْلِ فَلَا [يَلْزَمُهُ²³⁸⁷ نص] إِلَّا مَا [تَأْكُلُ²³⁸⁸ نص] عَلَى الْأَصُوبِ وَلَا يَلْزَمُ الْحَرِيرُ وَحُمِلَ عَلَى الْإِطْلَاقِ وَعَلَى الْمَدْنِيَّةِ لِقَنَاعَتِهَا فَيَفْرَضُ الْمَاءُ وَالزَّيْتُ وَالْحَطْبُ وَالْمِلْحُ وَاللَّحْمُ الْمَرَّةَ بَعْدَ الْمَرَّةِ وَحَصِيرٌ وَسَرِيرٌ احْتِيجَ لَهُ وَأَجْرَةٌ قَابِلَةٌ.

متن الحطاب

الخامس: لا [تلزم²³⁸⁹] النفقة بدعاء الزوج إلى البناء اتفاقا. قاله ابن عرفة عن ابن حارث. والله أعلم.

ص: والبلد ش: فينفق عليها من الصنف الذي جرت عادة مثله ومثلها من أهل ذلك البلد بالإنفاق منه. قال ابن عرفة: فصنف مأكولها جل [قوت مثلها²³⁹⁰] ببلدهما يفرض لها من الطعام ما يرى أنه الشبع مما يقتات به أهل بلدهما من البلاد ما لا ينفق أهله شعيرا بحال غنيهم ولا فقيرهم ومنها من ذلك عندهم يستخف ويستجاز. انتهى.

ص: فيفرض الماء والزيت والحطب ش: تصوره ظاهر، وكذلك أجره الطحن والخبز كما صرح بذلك في النوادر من كتاب النكاح. وقال ابن عرفة: ابن رشد ورواية المبسوط: ليس عليه طحن المد خلاف سماع عيسى ابن القاسم يفرض لها من النفقة ما فيه ماؤها وطحنها ونضج خبزها. ابن عرفة: لعل المنفي ولاية طحنه والمثبت [أجره²³⁹¹] المتيطي: وافق ابن حبيب من بعده من أهل العلم بقرطبة على ما ذكر من قفيز القمح، / وشرطوه مطحونا. انتهى. وذكر في مختصر الوقار أن لها أجره الطحن. والله أعلم.

184

ص: وأجرة قابلة ش: تصوره واضح.

فرع: قال في سماع أشهب من طلاق السنة: وسئل عن الرجل يطلق امرأته ألبته وهي حامل أترى عليه أجرة القابلة؟ فقال: ما سمعت ذلك ولا أعلمه عليه، وما سمعت أحدا سأل عن هذا. ابن رشد: قوله: ولا أعلمه عليه يقتضي أنه على المرأة وأصبغ يراه على الأب، وقال ابن القاسم إن كان أمرا يستغني عنه النساء فهو على المرأة، وإن كان لا يستغني عنه النساء فهو على الأب، وإن كانا ينتفعان به جميعا فهو عليهما جميعا على قدر منفعة كل واحد [منهما²³⁹²] في ذلك. وقع ذلك في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الجعل والإجارة فهي ثلاثة أقوال. انتهى. وفي مختصر الوقار: وعلى الرجل أن يقوم بجميع مصلحة زوجته عند ولادتها [وأجرة²³⁹³] القابلة، كانت تحته أو مطلقة، إلا أن تكون أمة مطلقة فيسقط ذلك عنه؛ لأن ولدها رقيق لسيدها وليس عليه أن ينفق على

الحديث

2387 م - يلزم نسخة.

2388 م - تأكله نسخة.

2389 * - في المطبوع والشيخ 161 يلزم وما بين المعقوفين من م 69 وسيد 31 وما يابى 128 ويم 88.

2390 - في المطبوع قوتها وما بين المعقوفين من عود ص 183 وم 69 ويم 88 وما يابى 128 (وفي الشيخ 162 قوت مثلها ببلدهما).

2391 * - في المطبوع أجرة وما بين المعقوفين من م 69 والشيخ 162 وسيد 31 وما يابى 128 ويم 88.

2392 - ساقطة من المطبوع وم 69 والشيخ 162 وما يابى 129 وما بين المعقوفين من ن عود ص 184 ويم 88.

2393 - في المطبوع فاجرة وما بين المعقوفين من ن عود ص 184 ويم 88 (وفي الشيخ 162 فاجر) (وفي م 69 وأجر) (وفي ما يابى 129 فاجر).

نص خليل

وَزِينَةٌ تَسْتَضِرُّ بِتَرْكِهَا كَكُحْلٍ وَدُهْنٍ مُعْتَادَيْنِ وَحِنَاءٍ وَمَشْطٍ وَإِخْدَامٍ أَهْلِهِ وَإِنْ بَكَرَاءٍ وَلَوْ بِأَكْثَرٍ مِنْ وَاحِدَةٍ وَقُضِيَ لَهَا بِخَادِمِهَا إِنْ أَحَبَّتْ إِلَّا لِرَبِيبَةٍ وَإِلَّا فَعَلَيْهَا الْخِدْمَةُ الْبَاطِنَةُ مِنْ عَجْنٍ وَكَنْسٍ وَفَرْشٍ بِخِلَافِ النَّسْجِ وَالْغَزْلِ لَا مَكْحَلَةَ وَدَوَاءَ وَحِجَامَةَ وَثِيَابُ الْمَخْرَجِ.

متن الخطاب

عبد سيدها وإن كان ولده. انتهى.

ص: وزينة تستضر بتركها ش: يعني أن الزينة التي تستضر المرأة بتركها فإنها يقضى بها على الزوج؛ لأنه يجب عليه القيام بضرورياتها التي لا غنى لها عنها، وأما الزينة التي لا تستضر بتركها فلا يقضى على الزوج بها كما سيأتي، وقول البساطي: الظاهر أنها عليه من باب أولى؛ لأنه إذا كانت هذه عليه مع أن تركها يضر بها فأحرى غيرها، خلاف المنصوص [عليه]²³⁹⁴ في المذهب، وكأنه فهم أن العلة فيها كونها زينة وليس كذلك فتأمل. والله أعلم.

ص: ككحل ودهن معتادين وحناء ومشط ش: انظر لم آخر قوله: "وحناء ومشط" عن قوله: "معتادين" مع أن ذلك يوهم القضاء بهما ولو لم يكونا معتادين، وقد قال ابن رشد في رسم الجواب من سماع عيسى من طلاق السنة: أوجب في هذه الرواية على الرجل في فرض امرأته من الدهن ما تدهن به ومن الحناء ما تمتشط به [وذلك لعرف]²³⁹⁵ عندهم وعادة جرى عليها نساؤهم، ولا يفرض ذلك عندنا؛ إذ لا يعرفه نساؤنا ولأهل كل بلد من ذلك عرفهم وما جرت به عاداتهم، وأما الصبغ والطيب والزعفران والحناء لخضاب اليدين والرجلين فلا يفرض على الزوج شيء من ذلك. قاله ابن وهب في رسم الأقضية من سماع يحيى. انتهى. ونص ما في سماع يحيى: وأما الطيب والزعفران وخضاب اليدين والرجلين بالحناء فإننا نقول إنما هذا وشبهه للرجال يصلحون به إلى نساءهم للذاتهم فمن شح به فليس يلزمه حكم يقضى به عليه. انتهى.

قلت: وعرف أهل الحجاز في الحناء كما ذكر ابن رشد عن نساءهم لا يمشطون بها فلا يقضى بها عندهم، وقوله: "مشط" الظاهر أنه أراد به ما يمتشط به لا آلة المشط ليكون كلامه في ذلك موافقا لقوله: "لا مكحلة" وعلى هذا فلا يجب من الحناء والمشط إلا ما جرت به عادة أهل البلد؛ لأنه مما يستضرون بتركه كالورس والسدر عند أهل مكة فلا مفهوم لتقديم المصنف قوله: "معتادين". والله أعلم.

ص: وإخداً أهله وإن بكراً ش: يعني أنه يجب على الزوج إخداً الزوجة إذا كانت أهلاً للإخداً لشرف قدرها/ وكون مثلها لا يخدم، وهذا هو المتبادر من قوله: "أهله" ثم يقال ويريد بشرط أن يكون الزوج متسعا [للاخداً]²³⁹⁶ كما قال في الرسالة: "وإن اتسع فعليه إخداً زوجته"، وهذا يستفاد من قول المصنف بعد هذا: "ولها الفسخ إلى آخره" فإنه يقتضي أنه لا يطلق عليه لعجزه عن

185

الحديث

2394 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 184 وم 69 ويم 89 والشيخ 162 وما يابى 129.

2395 - في المطبوع وكذلك العرف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 184 ويم 89 والشيخ 162 وما يابى 129.

2396 - في المطبوع له خدام وما بين المعقوفين من ن عدود ص 185 وم 69 ويم 89 والشيخ 163 وما يابى 129.

نص خليل

وَلَهُ التَّمَتُّعُ بِشَوْرَتِهَا وَلَا يُلْزَمُهُ بَدْلُهَا وَلَهُ مَنَعُهَا مِنْ أَكْلِ كَالثُومِ لَا أَبْوَيْهَا وَوَلَدَهَا مِنْ غَيْرِهِ أَنْ يَدْخُلُوهَا وَحَيْثُ إِنَّ حَلْفَ كَحَلْفِهِ أَنْ لَا تَزُورَ وَالِدَيْهَا إِنْ كَانَتْ مَأْمُونَةً وَلَوْ شَابَةً.

متن الخطاب

الإخدام فيعلم أنه إنما يجب حيث تكون له قدرة عليه، وهكذا قال في رسم الجواب [من²³⁹⁷] سماع عيسى من كتاب طلاق السنة أن المشهور من المذهب أنه لا يطلق عليه لعجزه عن الإخدام قال: وقد روى ابن المعدل عن ابن الماجشون أنه يطلق عليه بعجزه عن النفقة [على خادمها²³⁹⁸] والله أعلم. فرع: قال القرطبي في كتاب النفقات في حديث¹ السيدة فاطمة: ولا خلاف في استحباب خدمتها بنفسها تبرعا؛ لأنه معونة للزوج وهي مندوب إليها أيضا.

ص: وله التمتع بشورتها ش: تقدم أن الشورة بفتح الشين المعجمة وأنها المتاع وما يحتاج إليه البيت، وأما الشورة بالضم فهي الجمال وما ذكره من التمتع بشورتها فهو كذلك، وقال في الشامل: وله التمتع بشورتها التي من مهرها إن لزمها التجهيز به وإلا فلا. انتهى. وكأنه يشير إلى ما ذكره في التوضيح، ونقله صاحب الشامل في شرح المختصر من أن هذا الحكم جار على المشهور أن المرأة يلزمها التجهيز بصداقها، وأما على الشاذ فلا. انتهى بمعناه.

ص: ولا يلزمه بدلها ش: يعني أنه لا يلزمه أن يشتري لها بدل الشورة التي دخلت بها عليه ولكن يلزمه أن يشتري لها شورة [مما²³⁹⁹] لا يستغنى عنه. قال في التوضيح: ابن حبيب: وإذا خلقت الشورة، أو لم يكن في صداقها ما تشور به فعليه الوسط من ذلك مما يصلح للشتاء والصيف، وكذلك قال أصبغ يفرض الوسط [لن²⁴⁰⁰] لا شورة لها. انتهى. وقال ابن عرفة: / وفي سماع عيسى ابن القاسم يفرض لها اللحاف في الليل والفراش والوسادة والسرير إن احتيج له لخوف العقارب وشبهها. ابن سهل عن ابن حبيب: إن كانت حديثة البناء وشورتها من صداقها فليس لها غيرها لا في ملبس ولا في مفرش وملحف، بل له الاستمتاع معها بذلك مضت السنة وحكم الحاكم -يريد- إلا أن يقل صداقها عن ذلك أو كان عهد البناء قد طال فعليه ما لا غنى عنه بها، وذلك في الوسط فراش ومرفقة وإزار ولحاف ولبد تفترشه على فراشها في الشتاء وسرير لخوف عقارب أو حيات أو فأر أو براغيث وإلا فلا سرير عليه وحصير حلفاء يكون عليه الفراش وحصيرتان أو بردى. انتهى. وكلام الشارح يوهم أنه لا يلزمه أن يخلف شيئا من شورتها، وأن ابن الماجشون يقول يلزمه أن يخلفها، ولم أقف على هذا الخلاف هكذا فتأمله. والله أعلم.

186

الحديث

¹ - حدثنا علي أن فاطمة اشتكت ما تلقى من الرحي في يدها وأتى النبي صلى الله عليه وسلم سبي فانطلقت فلم تجده ولقيت عائشة فأخبرتها فلما جاء النبي صلى الله عليه وسلم أخبرته عائشة بمجيء فاطمة إليها فجاء النبي صلى الله عليه وسلم إلينا وقد أخذنا مضاجعنا فذهبتا نقوم فقال النبي صلى الله عليه وسلم (على مكانكما) فقعدي بيئنا حتى وجدت برد قدمه على صدرى ثم قال ألا أعلمكما خيرا مما سألتما إذا أخذتما مضاجعكما أن تكبرا الله أربعاً وثلاثين وتسبحاه ثلاثاً وثلاثين وتحمداه ثلاثاً وثلاثين فهو خير لكم من خادم، مسلم في صحيحه، كتاب الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 2727.

- البخاري كتاب فرض الخمس الحديث 3113. ولفظه ألا أدلكما على خير مما سألتما إذا أخذتما مضاجعكما فكبرا الله أربعاً وثلاثين واحمدا ثلاثاً وثلاثين وسبحا ثلاثاً وثلاثين فإن ذاك خير لكم مما سألتما.

2397 - في المطبوع عن وما بين المعقوفين من م 69 والشيخ 163 وسيد 31 ومايأبى 129 ويم 89.

2398 - في المطبوع عليها والشيخ 163 ومايأبى 129 وم 69 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 185 ويم 89.

2399 - في المطبوع ما وم 70 والشيخ 163 ومايأبى 130 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 185 ويم 89.

2400 - في المطبوع ممن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 185 وم 70 ويم 89 والشيخ 163 ومايأبى 130.

لَا إِنْ حَلَفَ لَا تَخْرُجُ وَقُضِيَ لِلصَّغَارِ كُلِّ يَوْمٍ وَلِلْكِبَارِ [كُلَّ جُمُعَةٍ²⁴⁰¹ نَس] كَالْوَالِدَيْنِ وَمَعَ أَمِينَةٍ إِنْ أَتَمَّهُمَا وَلَهَا الْإِمْتِنَاعُ مِنْ أَنْ تَسْكُنَ مَعَ أَقَارِبِهِ إِلَّا الْوَضِيعَةَ كَوْلِدٍ صَغِيرٍ لِأَحَدِهِمَا إِنْ كَانَ لَهُ حَاضِنٌ إِلَّا أَنْ يَبْنِي وَهُوَ مَعَهُ وَقُدِّرَتْ بِحَالِهِ مِنْ يَوْمٍ أَوْ جُمُعَةٍ أَوْ شَهْرٍ أَوْ سَنَةٍ وَالْكَسَوَةُ بِالشَّتَاءِ وَالصَّيْفِ [وَضُمِنَتْ²⁴⁰² نَس] بِالْقَبْضِ مُطْلَقًا كَنَفَقَةِ الْوَلَدِ إِلَّا لِبَيْئَةٍ عَلَى الضِّيَاعِ وَيَجُوزُ إعْطَاءُ الثَّمَنِ عَمَّا لَزِمَهُ وَالْمُقَاصَّةُ بِدِينِهِ إِلَّا لِضَرَرٍ وَسَقَطَتْ إِنْ أَكَلَتْ مَعَهُ وَلَهَا الْإِمْتِنَاعُ.

متن الخطاب ص: لا إن حلف أن لا تخرج ش: قال في المديان منها: وللرجل منع أم ولده من التجارة في ماله كما له انتزاعه وليس له منع زوجته من التجارة وله منعها من الخروج. انتهى. قال أبو الحسن: يعني الخروج للتجارة وما أشبه ذلك، وأما في زيارة أبويها وشهود جنازتهما فليس له منعها وكذلك خروجها إلى المساجد، ويقوم من قوله ليس له منعها من التجارة أنه لا يغلق عليها، وهو منصوص في الوثائق المجموعة في كتاب الوصايا. انتهى.

فرع: قال المشذلي في حاشيته في هذا المحل: قال سحنون في نوازله لذات الزوج أن تدخل على نفسها رجلا تشهدهم بغير إذن زوجها وزوجها غائب ولا [تمنع²⁴⁰³] من ذلك، لكن لا بد أن يكون معهم محرم منها. ابن رشد: وهذا كما قال إنه من حقها أن تدخل من تشهده على نفسها بما تريد مما يجب عليها أو يستحب لأنها في ذلك كالرجل ولا يمنعها من شيء من ذلك، والاختيار كما قال إنه لا بد من ذي محرمها يكون معهم إن كان زوجها غائبا، فإن لم يكن فرجال صالحون. اهـ. ونبه على ذلك أبو الحسن في كتاب الشركة في قوله: وتجاوز الشركة بين النساء وبينهن وبين الرجال، وذكره ابن عرفة في أثناء الكلام على النفقة، وهل له أن يغلق [عليها²⁴⁰⁴] الباب أم لا؟ ص: ولها الامتناع من أن تسكن مع أقاربه إلا [الوضيعة²⁴⁰⁵] ش: أو يكون تزوجها على ذلك. قاله ابن الماجشون. قال ابن رشد في رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح: وقول ابن الماجشون ليس بخلاف لقول مالك. والله أعلم.

ص: كولد صغير لأحدهما ش: انظر البيان في رسم الطلاق/ من سماع أشهب من كتاب النكاح ورسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح.

ص: وسقطت إن أكلت معه ولها الامتناع ش: تصوره واضح. ومن مختصر البرزلي: مسألة: قال ابن الحاج: تؤمر المرأة بأن تأكل مع زوجها لما في ذلك من التودد وحسن العشرة، ولا تجبر عليه في باب الحكم. قال البرزلي: قلت تقدم أيضا أنه لا يجبر الزوج على المبيت معها في فراش واحد من الحديث¹ غير أنه يندب إليه لما يدخل عليها من المسرة إلا أن يكون لقصد عدم الوطء لما يدخل عليه

¹ - فراش للرجل وفراش لامرأته والثالث للضيف والرابع للشيطان، مسلم في صحيحه، كتاب اللباس، رقم الحديث 2084، دار إحياء التراث العربي بيروت.

²⁴⁰¹ ن - في الجمعة نسخة.

²⁴⁰² ن - ضبطه عيش بضم الضاد المعجمة.

²⁴⁰³ - في المطبوع تمتنع وما بين المعقوفين من م 70 والشيخ 163 وما يابى 130 ويم 89.

²⁴⁰⁴ * - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من م 70 والشيخ 164 وما يابى 130 ويم 89.

²⁴⁰⁵ * - في المطبوع لوضيعة وما بين المعقوفين من م 70 والشيخ 164 وما يابى 130 ويم 89.

أَوْ مَنَعَتِ الْوَطْءَ أَوْ الْإِسْتِمْتَاعَ أَوْ خَرَجَتْ بِلَا إِذْنٍ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَيْهَا²⁴⁰⁶ [س] إِنْ لَمْ تَحْمِلْ.

متن الخطاب من الضرر في جسمه أو تكون هي مائلة إلى الكبر فمبيته معها مما ينحل بدنه. انتهى من مسائل الأنكحة. ونقل الشارح في الكبير في باب الإيلاء في شرح قوله: "أو لا وطئها ليلاً أو نهاراً" عن اللخمي أنه لا يقضى عليه بالنوم في فراش واحد. والله أعلم. فرع: قال في التوضيح: وكذلك أيضاً يضم نفقة بنيه الأصغر إلى نفقتها إلا أن يكون مقلداً فلا تضم نفقتهم معها، وينفق على ولده بقدر طاقته، وإلا فهم من فقراء المسلمين، ولا يفرق بينهم وبين أهمهم وجد ما ينفق عليهم أم لا. انتهى.

ص: أو منعت الوطء والاستمتاع أو خرجت بلا إذن ولم يقدر عليها إن لم تحمل ش: يعني أن المرأة إذا منعت زوجها الوطء أو الاستمتاع فإن نفقتها تسقط؛ يريد إذا كان ذلك بغير عذر، فإن كان لعذر كسفرها للحج أو حبسه أو حبسها أو مرض ونحوه فلا تسقط، فإن أكذبها في العذر فيثبت ذلك بشهادة امرأتين. قاله ابن فرحون في شرح ابن الحاجب. وفي البرزلي قبل مسائل الخلع بنحو الكراس عن أحكام ابن حديد ما يقتضي أن الزوج إذا كان ممنوعاً من المرأة بحبس أو نحوه فلا يكون خروجها نشوزاً، ونصه: وبقاء المرأة في الدار وخروجها سواء إذا كان ممنوعاً منها، ولا فرق بين سجنه لزوجه أو لأجنبي، وعن القاضي عبد الوهاب لا يخلو حال المرأة إما أن [تعدم] الوطء من قبل الله عز وجل أو من قبل الزوج أو من نفسها، فالأول كمرض الزوج أو مرضها أو حيضها فالنفقة واجبة.

والثاني كالسفر وترك الوطء فلا تسقط أيضاً نفقتها، والثالث كمنعها لزوجها من وطئها فهي ساقطة بالنشوز، وعن ابن عبد الحكم أنها غير ساقطة. انتهى. وكلام عبد الوهاب ليس هو في خروجها من بيت زوجها إنما تكلم على هذه الموانع من حيث هي. والله أعلم. وجمع الشيخ بين ذكر الوطء والاستمتاع لينبه على أن كل واحد منهما مسقط، ولا يقال يكفي ذكر الاستمتاع عن ذكر الوطء؛ لأنه إذا سقطت النفقة بمنع الاستمتاع فتسقط بمنع الوطء من باب أولى لأننا نقول خشي أن يتبادر إلى الفهم أن المراد بالاستمتاع الوطء؛ لأن الاستمتاع إذا ذكر مفرداً فكثيراً ما يراد به الوطء.

188

ص: أو خرجت بلا إذن إلى آخره ش: يريد أن النفقة تسقط أيضاً بخروج المرأة من بيت زوجها بغير إذنه إذا لم يقدر على ردها، أما إن كان قادراً على ردها فلا تسقط النفقة. نعم له أن يؤدبها هو أو الحاكم على خروجها بغير إذنه، وانظر ما المراد بقوله: "ولم يقدر عليها" هل بالحاكم، أو بمجرد الإرسال إليها [وامتناعها؟]²⁴⁰⁷ قال في تهذيب الطالب: اختلف في الناشز على زوجها هل لها نفقة؟ فعند ابن المواز وهو مذكور عن مالك، [وأراه]²⁴⁰⁸ عن ابن القاسم، ومثله سحنون أن لها النفقة، وقال البغداديون من أصحابنا لا نفقة لها؛ لأنها منعت من الوطء الذي هو عوض النفقة، واعتلوا

2406 س - على ردها نسخة.

2407 - في المطبوع أو بامتناعها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 188 ويم 90 والشيخ 165 وم 70 وما يابى 131.

2408 - في المطبوع ورواه والشيخ 165 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 188 وم 70 ويم 90 وما يابى 131.

* - في م 70 يعدم.

متن الخطاب
بإيجاب النفقة على الزوج إذا دعي للبناء، وأن ذلك لا يلزمه إذا لم يمكن من البناء. قال الشيخ أبو عمران: واستحسن في هذا الزمان أن يقال لها إما أن ترجعي إلى بيتك وتحاكمي زوجك وتنصفيه، وإلا فلا نفقة لك لتعذر الأحكام والإنصاف في هذا الوقت فيكون قول البغداديين حسنا في هذا، ويكون الأمر على ما قاله الآخرون إذا كان الزوج يقدر على محاكمتها فلم يفعل فيؤمر بإجراء النفقة حتى إذا لم تمكنه المحاكمة ولم يتمكن له حالة تنصفه ولم تجبه هي إلى الإنصاف فاستحسن أن لا نفقة لها. قال: وكذلك الهاربة إلى موضع معلوم مثل الناشز، وأما إلى موضع مجهول فلا نفقة لها عليه. انتهى من ترجمة الحضانة والنفقات من إرخاء الستور.

وقال في المسائل الملقطة: الهاربة من زوجها إلى وليها إنه يسجن حتى يردها. انتهى من الأجوبة. ومن كتاب الفصول سقوط نفقتها مدة هروبها وما تركت عند الزوج [مما²⁴⁰⁹] له غلة يستأجر عليه. انتهى. وقال في تهذيب الطالب أيضا في باب سكنى المعتدة من كتاب طلاق السنة: قال الشيخ أبو بكر بن عبد الرحمن: إنما فرق بين المرأة تسكن في غير بيت الزوج أنها لا كراء لها في ذلك وبين ما إذا هربت منه أن لها أن تطلبه بالنفقة لأن السكنى حق لها فتركته وسكنت في موضع آخر، وأما التي هربت منه فقد كان له أن [يرفعها²⁴¹⁰] إلى الحاكم ويردها إلى بيتها فحكم النفقة قائم عليه غير ساقط عنه ولو كان لا يعلم أين هربت أو تعذر [عليه²⁴¹¹] رفعها للحاكم، ونحو هذا من الأعدار التي يظهر أنه غير قادر على ردها [فها هنا لا شيء عليه من النفقة²⁴¹²] فيستوي حكم ذلك وحكم السكنى. انتهى.

وقال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب: ولا خلاف أنها إذا خرجت وسكنت في موضع فلا كراء لها على زوجها وهذا بخلاف النفقة. انتهى. وفي المتطية عن كتاب محمد إذا غلبت امرأة زوجها وخرجت من منزله وأرسل إليها فلم ترجع وامتنع من النفقة عليها حتى ترجع فأنفقت على نفسها ثم طلبته بذلك.

قال مالك: ذلك عليه لها وترجع عليه وتغرمه. قال: ولو خرجت من مسكنه وسكنت سواه لم يكن عليه كراء. ابن المواز: وذلك لا يشبه النفقة. انتهى. وقال الجزولي في شرح قول الرسالة: "ولا نفقة للزوجة حتى يدخل بها" قال أبو محمد: لا نفقة للناشز وهو المشهور، وقيل لها النفقة، وهذا في بلد لا حكم فيه، وأما بلد فيه الحكم فينفق؛ لأنه حين لم يرفعها فقد رضي. قال: والنشوز أن تخرج إلى بيت أولياها بغير إذنه أو تمنعه من الوطء. انتهى. وقوله: ["إن²⁴¹³] لم تحمل" قال ابن رشد: بلا خلاف في ذلك؛ لأن للناشز الحامل النفقة للحمل لا لأجلها.

2409 - في المطبوع بما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 188 وم 70 ويم 90 والشيخ 165 وما يابى 131.

2410 - في المطبوع يرجعها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 188 ويم 90 والشيخ 165 وما يابى 132.

2411 - في المطبوع عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 188 وم 71 ويم 90 والشيخ 165 وما يابى 132.

2412 - في المطبوع فلا شيء عليه فيستوي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 188 وم 71 ويم 90 والشيخ 165 وما يابى 132.

2413 * - في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من م 71 والشيخ 165 وما يابى 132 ويم 90.

نص خليل أو بَأْتَتْ وَلَهَا نَفَقَةُ الْحَمْلِ وَالْكِسْوَةِ فِي أَوَّلِهِ وَفِي الْأَشْهُرِ قِيَمَةُ مَنَابِهَا [وَاسْتَمَرَّ²⁴¹⁴ نَس] إِنْ مَاتَ لَا إِنْ مَاتَتْ.

متن الخطاب 189 ص: [أو بأتت²⁴¹⁵] ش: يعني أن/ البينونة مسقطة للنفقة، وسواء كانت من الزوج أو كان الطلاق من الحاكم، فإنه قد تقدم أن طلاق الحاكم بائن إلا للإيلاء وللعسر بالنفقة، ولذلك كانت لها النفقة في ذلك. قال في معين الحكام في فصل النفقات: مسألة وتجب النفقة لكل مطلقة مدخول بها في أيام عدتها إذا لم يكن الطلاق بائناً وكان الزوج يملك ارتجاعها فيه، سواء أوقعه الزوج أو الزوجة أو السلطان بإيلاء أو عدم نفقة إذا أيسر في العدة، وفي المدونة وجوب النفقة على المولي أيام العدة، ولمطرف وابن الماجشون وأصبغ لا نفقة لها؛ لأن رجعت لا تصح بالقول إلا أن يقترن به الفعل، وأما المبتوتة والمبارأة والمختلعة وكل من لا يملك الزوج رجعتها لا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً. انتهى.

وقال في طلاق السنة [من المدونة: ²⁴¹⁶] وكل مطلقة لها السكنى [فكل²⁴¹⁷] بائنة بطلاق بتات أو خلع أو مبارأة أو لعان أو نحوه فلها السكنى، ولا نفقة لها ولا كسوة إلا في الحمل البين فذلك لها ما أقامت حاملاً، ما خلا الملاعنة فلا نفقة لحملها؛ لأنه لا يلحق بالزوج. انتهى. قال أبو الحسن: قوله ونحوه يعني المفسوخ. انتهى. ثم قال فيها: وكل طلاق فيه رجعة فلها النفقة والكسوة حتى تنقضي عدتها حاملاً كانت أو غير حامل، وكذلك امرأة المولي إذا فرق بينهما؛ لأن فرقة الإمام فيها غير بائن وهما يتوارثان ما لم تنقض العدة وتجب السكنى في فسخ النكاح الفاسد أو ذات محرم بقرابة أو رضاع كانت حاملاً أم لا؛ لأنه نكاح يلحق فيه الولد وتعتد فيه حيث كانت تسكن ولا نفقة عليه ولا كسوة إلا أن تكون حاملاً فذلك عليه. انتهى.

قال أبو الحسن: قوله: وكذلك امرأة المولي إذا طلق عليه لعدم النفقة ثم أيسر في العدة هل تجب عليه النفقة وإن لم [يرتجع²⁴¹⁸] فعلى ما نص هنا تلزمه النفقة؟ ومثله لابن حبيب. ثم قال: فانظر في سماع عيسى من طلاق السنة مسألة النصرانية تسلم تحت النصراني أنه لا نفقة لها عليه، وفي سماع أصبغ خلافه صح من جامع الطرر. اللخمي: قال ابن المنذر: أجمع من أحفظ على أن المعتدة التي تملك رجعتها لها السكنى والنفقة؛ إذ أحكامها أحكام الأزواج في عامة أمورها، وقوله: "في فسخ النكاح الفاسد". الشيخ: هذا إذا كان مما يفسخ بعد البناء، وأما ما يفسخ قبل ويثبت بعد فلا. انتهى. ص: واستمر إن مات لا إن ماتت ش: قال البرزلي في كتاب النفقات: وتقدم للشعبي أن عبد الرحمن بن عيسى أفتى في مطلقة طلاقاً بائناً أن النفقة لها إذا كانت حاملاً ما دام الولد حياً، فإذا مات في بطنها سقطت نفقتها، ووقعت وحكم فيها القاضي ابن الخراز بالنفقة، وأفتى فيه جميع الفقهاء حتى طال على زوجها الإنفاق فاستشارني في ذلك فأفتيته بالسقوط إذا أقرت المرأة بذلك؛ لأن

الحديث

²⁴¹⁴ س - واستمر نسخة.

²⁴¹⁵ - في المطبوع وإن بأتت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 188 وم 71 ويم 90 والشيخ 165 وما يابى 132.

²⁴¹⁶ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 189 وم 71 ويم 91 والشيخ 166 وما يابى 132.

²⁴¹⁷ - في المطبوع وكل وم 71 والشيخ 166 وما يابى 132 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 189 وم 91.

²⁴¹⁸ * - في المطبوع وم 71 ترتجع وما بين المعقوفين من ما يابى 132 ويم 91 والشيخ 166.

نص خليل

وَرُدَّتِ النَّفَقَةُ [كَانْفَشَاشٍ²⁴¹⁹ س] الْحَمْلَ لَا الْكِسْوَةَ بَعْدَ أَشْهُرٍ بِخِلَافِ مَوْتِ الْوَلَدِ فَيَرْجِعُ بِكِسْوَتِهِ وَإِنْ خَلَقَتْ وَإِنْ كَانَتْ مُرْضِعَةً فَلَهَا نَفَقَةُ الرُّضَاعِ أَيْضًا وَلَا نَفَقَةٌ بِدَعْوَاهَا بَلْ يَظْهَرُ الْحَمْلَ وَحَرَكَتِهِ فَتَجِبُ مِنْ أَوَّلِهِ.

متن الخطاب

بطنها صار له كفنا، وإنما النفقة لها؛ لأن الولد يتغذى بغذائها، فلو تركت غذاءها مات، فإذا اعترفت بأنه مات فقد صار لا غذاء له، وإنما صار داء في بطنها يحتاج إلى دفعه عنها بالدواء. انتهى. وقال ابن سلمون في وثائقه: ومن كتاب النفقات لابن رشيقي كتبت إلى الفقيه أبي محمد بن دحون بقرطبة أسأله عن امرأة طلقها زوجها طلبة فادعت أنها حامل منه وثبت الحمل فأنفق عليها أكثر من عام ولم تضع فوقفها عند الحاكم، فقالت إن الجنين في بطني وهو به ميت، فكتب إلي مجابا إذا مات الجنين في بطنها كما زعمت فقد انقطعت النفقة إذا كانت النفقة بسبب الجنين، وقال به أيضا الفقيه أبو محمد بن الشقاق، وزاد: قال وانقضاء عدتها منه بالوضع. انتهى. وقال/ المشذلي في حاشيته على المدونة: ولو مات في بطنها لم تنقض عدتها إلا بوضعه، وهو ظاهر القرآن الكريم وصريح في نوازل بعضهم. انتهى.

190

ص: وردت النفقة كانفشاش الحمل لا الكسوة بعد أشهر ش: قال ابن غازي: ردت مبني للغائب فيتناول موته وموتها، والحكم في رد النفقة والتفصيل في الكسوة عام كما في المدونة وغيرها. انتهى. ويشير بذلك لما قاله في أول كتاب القذف من المدونة قال مالك: ومن دفع لامرأته نفقة سنة أو كسوتها لفريضة قاض أو بغير فريضته ثم مات أحدهما بعد يوم أو يومين أو شهر أو شهرين فلترد بقية النفقة بقدر ما بقي من السنة واستحسن في الكسوة أن لا ترد إذا مات أحدهما بعد أشهر ولا تتبع المرأة فيها بشيء.

قال ابن القاسم: وأما إن ماتت بعد عشرة أيام ونحو هذا فهذا قريب. انتهى. قال أبو الحسن: قوله في الكسوة إذا مات أحدهما بعد أشهر هذا من جموع القلة من ثلاثة إلى تسعة. انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: قال في العوفية: واستحسن في الكسوة أن لا ترد إذا كان موت أحدهما بعد ثلاثة أشهر. انتهى. وقوله: "كانفشاش الحمل" يعني به أن من طلق زوجته فادعت أنها حامل فأنفق عليها ثم ظهر انفشاش الحمل فإنه يرجع عليها بالنفقة وتردها، وسواء أنفق الرجل من أول الحمل طانا أنها تلزمه أو ظهر الحمل فألزم الإنفاق، والقول بال لزوم هو قول ابن الماجشون وروايته واختاره ابن المواز، ولذا رجحه المؤلف، وقيل لا رجوع له مطلقا، وهو قول مالك في الموازية، وقيل إن أنفق بحكم رجوع وإلا فلا، وهو لما لك في رسم مرض من سماع ابن القاسم من طلاق السنة، وقيل عكس الثالث، ونسبه ابن رشد لعبد الملك، ونظر فيه المؤلف في التوضيح بأن الذي نسبه له ابن رشد هو الأول. والله [تعالى]²⁴²⁰ أعلم. قال ابن رشد في الرسم المتقدم: ولهذه المسألة نظائر كثيرة تفوق العد منها [مسألة²⁴²¹] شفعتها في الذي يثيب على الصدقة ويظن لزوم ذلك، ومنها مسألة صلحها في

الحديث

²⁴¹⁹ س - لانفشاش نسخة.²⁴²⁰ - ساقطة من المطبوع وم 71 والشيخ 167 وما يابى 133 وما بين المعقوفين من ن عود ص 190 وم 91.²⁴²¹ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عود ص 190 وم 71 وم 91 والشيخ 167 وما يابى 133.

نص خليل وَلَا نَفَقَةَ لِحَمَلٍ مُلَاعِنَةٍ وَأُمَةٍ.

متن الخطاب

191

الذي يصلح عن دية الخطأ طانا لزومها له، ومنها مسألة الصداق^[2422] سماع أصبغ من النكاح، ومنها/ ما في سماع عيسى ونوازل سحنون من الصدقات والهبات، ومنها ما في سماع أصبغ من الشهادات. انتهى. وانظر المشذلي في الصلح وسماع عيسى في الحج.

ص: ولا نفقة لحمل ملاعنة ش: يريد إذا كان اللعان لنفي الحمل وإن كان للرؤية وهو مقر بالحمل كانت لها النفقة، كذا قيد به أبو الحسن إطلاق المدونة وهو ظاهر؛ لأن مراد المصنف إذا كان الحمل للعان. والله [تعالى]^[2423] أعلم.

ص: وأمة ش: أي لا نفقة لحمل أمة يريد الزوج حر بدليل قوله بعد: "ولا على عبد" قال ابن عبد السلام: والمانع لها من النفقة كون ذلك رقيقا كما لو ولد؛ لأنه إذا اجتمع موجبان من موجبات النفقة لشخص أخذ نفقة واحدة بأقوى الموجبين وسقط الموجب الآخر. انتهى. وقال في طلاق السنة منها: وليس للأمة الحامل نفقة على الزوج إذا طلقها؛ إذ الولد رق لغيره، سواء كان الزوج حرا أو عبدا، وكذلك حرة طلقها عبد وهي حامل منه. انتهى.

وقال اللخمي: للحامل النفقة على زوجها إذا كانا حرين وإن كان عبدا وهي حرة لم يلزمه نفقة لحملها في [الطلاق]^[2424] البائن، وكذلك إن كانت أمة والزوج حر، ثم قال: فإن أعتق السيد الأمة لزمته النفقة؛ لأن الحمل عتيق بعق أمه ويختلف إذا عتق الحمل وحده، فعلى [القول أنه]^[2425] لا يكون عتيقا إلا بالوضع تبقى النفقة على السيد، وعلى أنه حر من الآن وفيه الغرة تكون النفقة على الأب. انتهى من التبصرة [من طلاق]^[2426] السنة.

والقول الأول من القولين الذين ذكرهما عليه اقتصر ابن يونس في كتاب أمهات الأولاد؛ [إن]^[2427] قال: قال ابن المواز: [و]^[2428] من اشترى زوجة بعد أن أعتق السيد ما في بطنها فشاؤه جائز وتكون بما تضعه أم ولد؛ لأنه عليه عتق بالشراء ولم يكن [بنفس]^[2429] عتق السيد؛ إذ لا يتم عتقه إلا بالوضع، ولأنها تباع في فلسه ويبيعها ورثته قبل الوضع إن شاؤوا وإن لم يكن عليه دين والثلاث يحملها. انتهى. ولو ضربها رجل فألقته ميتا فإن فيه ما في جنين أمه ولو كان ذلك بعد أن اشتراها كان فيه ما في جنين الحرة وولأؤه إن استهل لأبيه، ولا ينظر في ذلك كله إلى عتق السيد إلا أنه لا يشتريها أجنبي بعد عتق السيد جنينها من قبل أن يرهقه دين ويرد إن فعل. انتهى. وقال في العتق الثاني من المدونة في الكلام على هذه الأمة: ولو ضرب رجل بطنها فألقته ميتا ففيه عقل جنين أمة

الحديث

- 2422 - في المطبوع وفي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 190 وم 71 ويم 91 والشيخ 167 ومايأبي 133.
- 2423 - ساقطة من المطبوع وم 71 ويم 91 والشيخ 167 ومايأبي 133 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191.
- 2424 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191 وم 72 ويم 91 والشيخ 167 ومايأبي 134.
- 2425 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191 وم 72 ويم 91 والشيخ 167 ومايأبي 134.
- 2426 - في المطبوع وطلاق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191 وم 72 ويم 91 والشيخ 167 ومايأبي 134.
- 2427 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191 وم 92 والشيخ 167 وم 72 ومايأبي 134.
- 2428 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191 وم 72 ويم 92 والشيخ 167 ومايأبي 134.
- 2429 - في المطبوع يصيبه وم 72 والشيخ 167 ومايأبي 134 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 191 (وفي يم 92 لنفس).

بخلاف جنين أم الولد من سيدها فتلك في جنينها عقل جنين الحرة؛ لأن جنين الأمة لا يعتق إلا بعد الوضع وجنين أم الولد حر حين حملت به. انتهى. وهذا القول هو الذي يظهر من قوله في المختصر في باب الظهار لقوله إذا [أعتق²⁴³⁰] الجنين لا يجزئه ويعتق بعد وضعه. والله أعلم. وهذا - أعني سقوط نفقة الأمة البائن الحامل عن زوجها الحر - إنما يظهر - والله أعلم - إذا لم تكن الأمة جارية ولده أو أمه أو من يعتق ولد الأمة عليه، وأما إن كانت الأمة لأحد هؤلاء فلم أر فيه نصاً لأهل المذهب الآن، والذي يظهر من تعليل ابن عبد السلام عدم لزوم النفقة لحمل الأمة بكون الولد رقا، ومن بناء اللخمي لزوم النفقة وعدم لزومها فيما إذا أعتق السيد الجنين فقط على الخلاف في كونه حراً من الآن، أو إنما يكون حراً بعد وضعه أن النفقة لازمة للزوج إذا كانت الأمة لمن يعتق ولد الزوج عليه؛ لأن المذهب على أن الولد حر في بطن أمه.

متن الخطاب

قال في [كتاب²⁴³¹] أمهات الأولاد من المدونة: من اشترى زوجته لم تكن له أم ولد بما ولدت قبل الشراء إلا أن يبتاعها حاملاً فتكون بذلك أم ولد، ولو كانت لأبيه فابتاعها حاملاً لم تكن له أم ولد بذلك الحمل؛ لأن ما في بطنها قد عتق على جده بخلاف أمة الأجنبي؛ لأن الأب لو أراد بيع أمته لم يجز له ذلك؛ لأنه قد عتق عليه ما في بطنها والأجنبي لو أراد بيع أمة وهي حامل من زوجها جاز ذلك ودخل حملها في البيع معها، وقال غيره لا يجوز للابن شراؤها من والده وهي حامل؛ لأن ما في بطنها قد عتق على جده فلا يجوز أن تباع ويستثنى ما في بطنها؛ لأن ذلك غرر لأنه وضع من ثمنها بما استثنى وهو لا يدري أيكون أم لا، فكما لا يجوز بيع الجنين لأنه غرر فكذلك لا يستثنى. انتهى.

192

قال ابن يونس: وقول الغير هذا كله ليس بخلاف لابن القاسم، وإنما تكلم ابن القاسم إذا اشتراها وفات ذلك كيف يكون الحكم؟ وأما بدءاً فليس له أن يبتاعها على قوله فإن ابتاعها فسخ البيع إلا أن تضع الولد فيكون عليه قيمتها يوم قبضها على أن حملها حر؛ لأنه يبيع فاسد فوات بالوضع، ونحوه حكى بعض شيوخنا عن القابسي وكان يعيب قول من يجعله خلافاً. انتهى.

وقال أبو الحسن الصغير: انظر قول الغير هنا علل بكون المستثنى المشتري الشيخ وكذلك لو كان المستثنى مبقى في هذه المسألة لما جاز؛ لأنه لا يتصرف فيه إلا بعد الوضع ففيه تحجير وقاعدتهم أنه متى آل الأمر إلى الفساد في أن المستثنى مبقى منعوا، وكذلك إن آل الأمر إلى الفساد على أن المستثنى مشتري. انظر الأكرية إذا باع دابة واستثنى ركوبها عشرة أيام لا يجوز، وهو بناء على أن المستثنى مبقى، وإن استثنى ركوبها ثلاثة أيام أجاز له لأنه لا يؤل الأمر فيه إلى فساد، سواء كان المستثنى مبقى أو مستثنى. انتهى.

ثم قال في المدونة: وهذا الجنين لا يرق ولا يلحقه دين لأنه عتق سنة وليس هو عتق اقتراب. ابن القاسم: ومن ابتاع زوجة والده حاملاً انفسخ نكاح الأب إذ لا ينكح أمة ولده ولا تكون أم ولد للأب وتبقى رقيقاً للابن ويعتق عليه ما في بطنها ولا يبيعه حتى تضع إلا أن يرهقه دين فتباع وهي حامل، وقاله أشهب، وقال غيره لا تباع في الدين حتى تضع لأنه عتق سنة لا باقتراب. انتهى. قال ابن يونس: وهذا بخلاف من اشترى زوجته الحامل وهي أمة لأبيه

²⁴³⁰ * - في المطبوع عتق وما بين المعقوفين من م72 والشيخ168 وما يابى134 ويم92.

²⁴³¹ - ساقطة من المطبوع وم72 والشيخ168 وما يابى134 وما بين المعقوفين من ن عدود ص191 ويم92.

نص خليل

وَلَا عَلَى عَبْدٍ إِلَّا الرِّجْعِيَّةُ وَسَقَطَتْ بِالْعُسْرِ لَا إِنْ حُبِسَتْ أَوْ حَبَسَتْهُ أَوْ حَجَّتِ الْفَرْضَ وَلَهَا نَفَقَةُ حَضَرٍ وَإِنْ رَتْقَاءَ وَإِنْ أَعْسَرَ بَعْدَ يُسْرِ فَالْمَاضِي فِي ذِمَّتِهِ وَإِنْ لَمْ يَفْرِضْهُ حَاكِمٌ وَرَجَعَتْ بِمَا أَنْفَقَتْ عَلَيْهِ غَيْرَ سَرَفٍ وَإِنْ مُعْسِرًا كَمُنْفِقٍ عَلَى أَجْنَبِيٍّ إِلَّا لِصِلَةٍ وَعَلَى الصَّغِيرِ إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ عَلَيْهِ الْمُنْفِقُ وَحَلَفَ أَنَّهُ أَنْفَقَ لِيَرْجِعَ وَلَهَا الْفَسْخُ إِنْ عَجَزَ عَنِ نَفَقَةِ حَاضِرَةٍ لَا مَاضِيَةٍ وَإِنْ عَبْدَيْنِ.

متن الخطاب عند ابن القاسم تلك أمة لا يرق حملها ولا يلحقه دين، والفرق بينهما عنده -والله أعلم- أن الولد المسألة الأولى خلق حراً لم يمسه رق وفي هذه قد مسه الرق في بطنها، وإنما عتق باشتراء الولد [لأمة] ²⁴³² فأشبهه العتق المبتدأ وغيره لم يفرق بينهما؛ لأنه كله عتق بسنة فوجب أن يتساوى الحكم فيهما فتأمل ذلك جميعه. والله أعلم.

ص: ولا على عبد ش: أي لا نفقة على العبد لمطلقة البائن الحامل، سواء كانت حرة أو أمة. قال في التوضيح: لأنه لا يجب على العبد أن ينفق على ولده. انتهى. قال ابن الحاجب: ولا على عبد [لحمل] ²⁴³³ أو ولد وإن كانت الزوجة حرة. انتهى. قال ابن فرحون: لو كان للعبد ولد من زوجته الحرة أو الأمة ثم طلقها طلاقاً بائناً لم يجب عليه نفقة ولده؛ لأنه إتلاف لمال سيده. انتهى. وانظر قوله: "ثم طلقها طلاقاً بائناً". فإنه لا مفهوم له. قال في المدونة: "إلا أن يعتق العبد قبل وضعها فينفق على الحرة من يومئذ،/ وأما الأمة فلا إلا أن تعتق هي أيضاً فينفق عليها في حملها؛ لأن الولد ولده". انتهى. فيفهم من قوله: "يومئذ" أنه لا يعطيها إذا عتق نفقة أول الحمل، ولذا قال ابن عمر في شرح الرسالة فينفق عليها في بقية حملها. انتهى. والله أعلم.

ص: غير سرف ش: نحوه في ابن الحاجب. قال في التوضيح: يعني إذا وجب لها الرجوع بما أنفقته عليه أو على نفسها وولدها ووجب للأجنبي الرجوع بما أنفقته عليه؛ لأنما [يرجع] ²⁴³⁴ عليه بالمعتاد في حق المنفق عليه، فأما ما كان سرفاً بالنسبة إليه فلا يرجع به المنفق؛ لأن المفهوم من قصد المنفق به العطية إلا أن تكون التوسعة في زمنها كالأعياد فيرجع بذلك.

ص: وعلى الصغير إن كان له مال علمه المنفق [وحلف أنه] ²⁴³⁵ أنفق ليرجع ش: وأن لا يكون لليتم تحت يده مال ناض، فإن كان له وتركه وأنفق من عنده فلا رجوع له عليه. قال في كتاب الرهون من المدونة: وللوصي أن يسلف الأيتام ويرجع عليهم إن كان لهم يوم السلف عرض أو عقار ثم يبيع ويستوفي. انتهى. قال أبو الحسن: ذكر هنا العقار والعرض وفي تضمين الصانع واليتم مال ظاهره كان عينا أم لا، وفي موضع آخر في اليتيم إلا أن تكون لهم أموال عروض. فيحمل قوله في المال حيث ذكره على العروض كما قال هنا لأنه إذا كان له ناض فلا فائدة في السلف، وانظر على هذا لو سلفه وله ناض هل يرجع عليه أم لا؟ قال في [وثائق أبي القاسم] ²⁴³⁶: ولو كان له بيده ناض لم يرجع عليه بما أسلفه

الحديث

2432 - في المطبوع بأمة وما بين المعقوفين من يم 92 وم 72 وما يابى 135.
2433 - في المطبوع الحمل وما بين المعقوفين من م 72 والشيخ 169 وما يابى 135.
2434 - في المطبوع رجع وما بين المعقوفين من م 72 وما يابى 135 ويم 92.
2435 - في المطبوع له وما بين المعقوفين من ن عدود ص 193 وم 72 ويم 92 والشيخ 169 وما يابى 135.
2436 - في المطبوع وثائق ابن القاسم وما بين المعقوفين من الشيخ سيديا 169.

لأنه متطوع. انتهى. وعلى هذا اقتصر الوانوعي في حاشيته. قال في هذا المحل: ولو أسلفه ولليتييم ناض في بلده لم يرجع عليه؛ لأن اليتيم غير محتاج إلى سلفه وهو في نفقته على اليتيم حينئذ متطوع [به].²⁴³⁷ اهـ. ثم قال في المدونة: فإن لم يكن لليتييم مال وقال الوصي أنا أسلفه فإن أفاد [مالاً]²⁴³⁸ رجعت عليه لم يكن له ذلك، والنفقة عليه من يومئذ على وجه الحسبة فلا يرجع بشيء وإن أفاد اليتيم مالاً. اهـ. قال أبو الحسن: وقال أشهب ذلك له. اهـ.

متن الخطاب

تنبيهه: [قوله علمه]²⁴³⁹ المنفق أم لا. قال في المدونة: فإن تلف المال الذي [علمه]²⁴⁴⁰ المنفق وكبير الصبي فأفاد مالاً لم يرجع عليه بشيء. نقله في التوضيح.

فروع: الأول: من أنفق على ولد رجل غائب مؤسر وخاف [ضيعتهم]²⁴⁴¹ فإنه يتبع الأب بما أنفقه بالمعروف وإن لم يستنبه في النفقة عليهم لما [كانت]²⁴⁴² نفقتهم واجبة على الأب كمن قضى عن رجل ديناً على أن يتبعه به كان له أن يتبعه [به].²⁴⁴³ اهـ من باب زكاة الفطر من الطراز، وقال ابن عرفة: وسمع سحنون ابن القاسم من غاب أو فقد فأنفق رجل على ولده فقدم أو مات في غيبته وعلم أنه كان عديماً لم يتبعه بما أنفق عليه ولا ولده. ابن رشد: لأن الولد إذا لم يكن لأبيه ولا له مال فهو كاليتيم، النفقة عليه [احتساباً]²⁴⁴⁴ ليس له أن يعمر [ذمته]²⁴⁴⁵ بدين [ولا]²⁴⁴⁶ [برضاه]²⁴⁴⁷ إذ

ليس ممن يجوز على نفسه رضاه، وإن كان له أو لليتييم مال [فللمنفق/ الرجوع]²⁴⁴⁸ عليهما في أموالهما إن كانت له بالنفقة بينة، وإن لم يشهد أنه إنما أنفق ليرجع بعد يمينه أنه إنما أنفق [عليهما]²⁴⁴⁹ ليرجع في أموالهما لا على وجه الحسبة ويسر أبي الولد كماله، وهذا إذا أنفق وهو يعلم مال اليتيم أو يسر الأب، ولو أنفق عليهما ظاناً أنه لا مال لليتييم ولا للابن ولا لأبيه ثم علم ذلك فلا رجوع له، وقيل له الرجوع، والقولان قائمان منها.

194

قلت: الأول ظاهر قولها في تضمين الصانع ولا يتبع اليتيم بشيء إلا أن يكون له مال فيسلفه حتى

- 2437 - ساقطة من المطبوع وم72 والشيخ169 ومايأبى135 وما بين المعقوفين من ن عدود ص193 وم93.
2438 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص193 وم93 والشيخ169 وم72 ومايأبى135.
2439 - في المطبوع قوله على وجه الحسبة فلا يرجع بشيء وإن أفاد اليتيم علمه المنفق وما بين المعقوفين من ن عدود ص193 وم72 والشيخ169 ومايأبى135.
2440 - في المطبوع علم وم72 والشيخ169 ومايأبى135.
2441 - في المطبوع علم وم72 ومايأبى135 وما بين المعقوفين من ن عدود ص193 وم72 والشيخ169 ومايأبى135.
2442 - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من ن عدود ص193 وم72 والشيخ169 ومايأبى135.
2443 - في المطبوع بها وما بين المعقوفين من م93 وم72 ومايأبى135.
2444 - في المطبوع احتساباً وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم عدود وهو الذي في الشيخ170.
2445 - في المطبوع ذمة وما بين المعقوفين من الشيخ170 وم72 وم93.
2446 - في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص193 وم72 والشيخ170 ومايأبى135.
2447 - في الشيخ170 وم93 برضاه.
2448 - في المطبوع فللمنفق عليه الرجوع والشيخ169 ومايأبى136 وم73 وما بين المعقوفين من ن عدود ص193 وم93.
2449 - في المطبوع عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص194 وم73 والشيخ169 ومايأبى136.

متن الخطاب يبيع عروضه، فإن [نقص²⁴⁵⁰] ذلك عما أسلفه لم يتبع [بالنائف،²⁴⁵¹] وكذا اللقيط، [والثاني ظاهر²⁴⁵²] قولها في النكاح الثاني من أنفق على صغير لم يرجع عليه بشيء إلا أن يكون له مال حين أنفق عليه فيرجع بما أنفق عليه [في ماله²⁴⁵³] ذلك، ونحوه في كتاب الولاء منها والأولى تقييد مطلقها بمقيدها فيكون ذلك قولاً واحداً. اهـ كلام ابن عرفة. وقال في المدونة في كتاب تضمين الصناع: ومن التقت لقيطاً فأنفق عليه فأتى رجل أقام البينة أنه ابنه فله أن يتبعه بما أنفق إن كان الأب موسراً حين النفقة؛ لأنه ممن تلزمه نفقته، هذا إن تعمد الأب طرحه وإن لم يكن هو طرحه فلا شيء عليه، وقال مالك في صبي صغير ضل عن والده فأنفق عليه رجل، فلا يتبع أباه بشيء، فكذاك اللقيط. [الثاني: ²⁴⁵⁴] قال في مسائل الوصايا من نازل ابن رشد في وصي على يتيمة أشهد عند موته أن لها عليه عشرين مثقالاً ولا يدعي هو أن له عليها شيئاً [في موت²⁴⁵⁵] فتطلب اليتيمة الذهب فيدعي ورثته أن له عليها حضانة ويثبتون أنها كانت في حضانتها مدة نظره فهل لهم أن يحاسبوها أم لا؟ فأجاب إشهاد الوصي لها عند موته بالعشرين مثقالاً يوجبها لها ويبطل دعوى الورثة عليها، ولا يلتفت إلى ما أثبتوه ولا يحاسبوها بشيء. اهـ.

[الثالث: ²⁴⁵⁶] قال في المسائل الملقوطة: إذا كان للأولاد مال فلا يلزم الأب نفقتهم سواء كان مالهم عينا أو عرضاً، فإن أنفق من ماله وأبقى مالهم على حاله حتى مات فأراد الورثة محاسبتهم بالنفقة، فإن قال الأب حاسبوا [ولدي²⁴⁵⁷] فعلى ما قال أي نوع كان المال، وإن قال لا تحاسبوه فكذلك، ولا يشبه الوصية؛ لأن الآباء ينفقون على أولادهم ولو كان لهم أموال وإن سكت الأب، فإن لم يكتب لم يحاسب الولد، وإن كتب وكان المال عينا فلا يحاسب أيضاً؛ لأنه لو شاء أنفق منه، ويحتمل كتبه على الارتياء [أي التروي²⁴⁵⁸] والنظر، وإن كان عرضاً حوسب بذلك، قال ذلك كله مالك وابن القاسم، فإن مات الابن في حياة الأب وورث معه غيره فادعى أنه أنفق ليرجع فروى ابن القاسم أنه إن كان الأب مقلاً مأموناً صدق بغير يمين، وإن كان غنياً حلف، وهذا إذا لم يشهد عند الإنفاق، وإن أشهد فلا يمين، وسواء كان المال عينا أو عرضاً. اهـ. وهذه المسألة هي أول مسألة من طلاق السنة من سماع ابن القاسم ونصها: قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال: سمعت مالكا يقول [في الرجل²⁴⁵⁹] ينفق على أولاده ولهم مال قد ورثوه من أمهم فكتب عليهم ما أنفق، فلما هلك أراد

- 2450 - في المطبوع قضى وم 73 والشيخ 169 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 194 وم 93 وما يابى 136.
 2451 * - في المطبوع وبالتالي وما بين المعقوفين من م 93 وما يابى 136 وم 73 والشيخ 169.
 2452 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 194 وم 73 وم 93 والشيخ 169 وما يابى 136.
 2453 * - في المطبوع فيما له وما بين المعقوفين من م 73 والشيخ 170 وما يابى 136 وم 93.
 2454 - في المطبوع الثالث والشيخ 170 وما يابى 136 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 194 وم 73 وم 93.
 2455 - في المطبوع فتموت وما بين المعقوفين من م 73 وم 93 وما يابى 136 وأقره الشيخ محمد سالم.
 2456 - في المطبوع الرابع والشيخ 170 وما يابى 136 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 194 وم 73 وم 93.
 2457 - في المطبوع والذي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 194 وم 73 وم 93 والشيخ 170 وما يابى 136.
 2458 - ساقطة من المطبوع وم 73 والشيخ 170 وما يابى 136 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 194 وم 93.
 2459 - في المطبوع فالرجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 194 وم 73 وم 93 والشيخ 171 وما يابى 136.

سائرهم من الورثة أن [يحاسبوهم ويحتجوا عليهم²⁴⁶⁰] بالكتب²⁴⁶¹ قال: إن كان مالهم عنده موضوعا فليس عليهم غرم ما أنفق عليهم إذا لم يقل ذلك عند موته؛ لأن الأب ينفق على ولده وإن كان لهم مال، ومن أمر الناس أن ينفق الرجل على ولده ولهم المال، وإن كان [مالهم²⁴⁶²] في عرض أو حيوان رأيت أن يحاسبوهم به لأنه كتبه، وإنما اختلف ذلك لأن المال الموضوع في يده لم يكن يمنعه منه شيء فلعلة إنما كتبه يريد أن يلزمهم أو يتركه فتركه، وأما الذي كان في العروض والحيوان فإنما يرى أنه يمنعه من ذلك ببيع [وكتبه²⁴⁶³] عليهم. والله أعلم. قال ابن القاسم: وهذا أحسن ما سمعت عنه.

متن الخطاب

قال ابن رشد: هذه مسألة تتفرع إلى وجوه وقعت مفرقة في مواضع من هذا السماع، وفي رسم باع شاة من سماع عيسى وفي سماع أبي زيد من كتاب الوصايا ما يعارض بعضها بعضا في الظاهر فكان الشيوخ يحملون ذلك على أنه اختلاف من القول، وقوله: إنه لا اختلاف في شيء مما وقع من ذلك في/ هذه الروايات كلها، وبيان ذلك أن مال الابن لا يخلو من أربعة أحوال: أحدها أن يكون عينا قائما في يد الأب، والثاني أن يكون عرضا قائما بيده، والثالث أن يكون قد استهلكه وحصل في ذمته. والرابع أن يكون لم يصل بعد إلى يده، فأما إن كان عينا قائما في يده وألفي على حاله في تركته فلا يخلو من أن يكون كتب النفقة عليه أو لم يكتب، فإن كان كتبها عليه لم تؤخذ من ماله إلا أن يوصي [بذلك²⁴⁶⁴] وهو دليل قوله في هذه الرواية [إذا لم يقل²⁴⁶⁵] ذلك عند موته، وإن كان لم يكتبها عليه لم تؤخذ من ماله وإن أوصى بذلك. قاله ابن القاسم في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا، وأما إن كان المال عرضا بعينه ألقى في تركته فلا يخلو أيضا من أن يكون كتب النفقة عليه أو لم يكتبها، فإن كان كتبها حوسب بها الابن وإن أوصى الأب أن لا يحاسب بها، وهو ظاهر ما في هذه الرواية، ووجه ذلك أنه لما كتبها عليه دل على أنه لم يرد أن يتطوع بها فوصيته أن لا يحاسب بها وصية لوارث، وهو قول أصبغ في الواضحة أن المال إذا كان عرضا لم تجز وصية الأب أن لا يحاسب بها، ومثله لابن القاسم في المدونة، وإن كان لم يكتبها عليه حوسب بها إلا أن يكون أوصى الأب أن لا يحاسب بها فتنفذ وصيته، وهذا قول ابن القاسم في رسم باع شاة من سماع عيسى، وأما الحالة الثالثة وهي أن يكون الأب قد استهلك المال وحصل في ذمته فإن الابن يحاسب بذلك كتبها الأب عليه أو لم يكتبها، وهو قول مالك في رسم الشجرة بعد هذا إلا أن يكون كتب لابنه بذلك ذكر حق أشهد له به فلا يحاسب بما أنفق عليه. قال ذلك مالك في رواية زياد بن جعفر عنه، وهو تفسير

195

الحديث

- 2460 - في المطبوع يحاسبوه ويحتجوا عليه، وما بين المعقوفين من ن عدود ص194 ويم93 والشيخ171 ومايأبى136
 2461 - في المطبوع في الكتب وفي يم93 والشيخ171 بالكتابة وفي م73 ومايأبى136 بالكتاب .
 2462 - في المطبوع لهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص194 وم73 ويم93 والشيخ171 ومايأبى136.
 2463 - في المطبوع وكتابه وما بين المعقوفين من ن عدود ص194 وم73 ويم93 والشيخ171 ومايأبى136.
 2464 - في المطبوع بماله وما بين المعقوفين من ن عدود ص195 وم73 ويم93 والشيخ171 ومايأبى137.
 2465 - في المطبوع إذا لم يفعل وما بين المعقوفين من ن عدود ص195 ومايأبى137 وم73 ويم93 (وفي الشيخ42 إذ لم يفعل).

نص خليل

لَا إِنْ عَلِمْتَ فَقَرَهُ أَوْ أَنَّهُ مِنَ السُّؤَالِ إِلَّا أَنْ يَتْرُكَهُ أَوْ يَشْتَهَرَ بِالْعَطَاءِ [وَيَنْقَطِعَ²⁴⁶⁶ س] فَيَأْمُرُهُ الْحَاكِمُ إِنْ لَمْ يَثْبُتْ عُسْرُهُ بِالنَّفَقَةِ وَالْكِسْوَةِ أَوْ الطَّلَاقِ وَإِلَّا تُلُومَ بِالْاجْتِهَادِ وَزَيْدَ إِنْ مَرَضَ أَوْ سُجِنَ ثُمَّ طَلَّقَ.

متن الخطاب

لما في الكتاب، وأما الحالة الرابعة وهو أن لا يكون قبض المال ولا كان بيده بعد، فسواء كان عيناً أو عرضاً هو بمنزلة إذا كان عرضاً بيده وقد مضى الحكم في ذلك، وما في رسم سلعة سماها ورسم كتب عليه ذكر حق يحتمل أن يكون تكلم فيها على أن المال لم يصل إلى يده أو على أنه قد أخذه واستهلكه وقد مضى الكلام على حكم الوجهين، ولا فرق بين موت الأب وموت الابن فيما يجب من محاسبته بما أنفق عليه أبوه. وبالله التوفيق. اهـ. وانظر النوادر في كتاب الوصايا [الرابع²⁴⁶⁷] قال ابن سلمون إن كان المنفق وصياً من أب أو قاض فله الرجوع فيما أنفق في مال الصبي دون يمين ولا إثبات لأنهم مأمورون بالإنفاق، وقيل عليه اليمين، وإن كان غير وصي فلا بد من إثبات حضانتها له وكفالتها ويمينه بعد ذلك، ولا يحتاج إلى أن يشهد أن إنفاقه إنما هو ليرجع به، وروي أنه لا بد أن يشهد. اهـ.

ص: لا إن علمت فقره أو أنه من السؤال ش: وهي محمولة في غير السائل على عدم العلم وفي السائل على العلم لظهور حاله. نقله ابن عرفة عن ابن رشد عن سماع القرينين في كتاب النكاح. ص: إلا أن يتركه ش: يعني إذا تزوجته وهو من السؤال ثم ترك السؤال فعجز عن النفقة فلها طلبه.

ص: وإلا تلوم بالاجتهاد ش: أي وإن أثبت عسره تلوم له القاضي باجتهاده. قال في التوضيح: ولا يمين على الرجل إن صدقته المرأة على عسره؛ إذ لا يحتاج إلى إقامة بيينة، وأما إن لم تصدقه فلا بد من البيينة على الإعسار واليمين، ثم يتلوم له القاضي على القول المشهور المعمول به، وقيل يطلق عليه من غير تلوم، وعلى المشهور اختلف في مقدار التلوم، فلمالك في المبسوط أنه اليوم ونحوه مما لا يضر بها الجوع، ولمالك في الواضحة الثلاثة الأيام، والصحيح أنه يختلف بالرجاء وعدمه، وهو مذهب المدونة. قال فيها: ويختلف التلوم فيمن يرجى له وفيمن لا يرجى له. اهـ مختصراً. / وقول الشارح قوله: "وإلا تلوم" أي وإن أبى الزوج من ذلك ومن الطلاق تلوم له الحاكم لا يصلح لتفسير كلام المصنف، فإن من لم يثبت عسره وامتنع من الإنفاق والطلاق فتارة يقر بالملاء، وتارة يدعي العسر، فإن ادعى العسر تلوم له، وإن أقر بالملاء فحكى ابن عرفة في ذلك قولين: أحدهما أنه يجعل عليه الطلاق، والثاني أنه يسجن حتى ينفق، وعليه إن كان له مال ظاهر أخذت النفقة منه كرها، ونصه: المتيطي وغيره من الموثقين إن ادعى العدم وصدقته نظر في تأجيله وإن أكذبت فبعد إثبات عدمه وحلفه.

قلت: ما فائدة إثبات عدمه إذا ادعاه وأكذبت هل هي تأجيله حاكمه بناء على أنه لو أقر [بملائه²⁴⁶⁸] وامتنع من الإنفاق لجعل لها الطلاق أو هي عدم سجنه بناء على أنه لو علم [ملاؤه²⁴⁶⁹]

الحديث

²⁴⁶⁶ س - وانقطع نسخة.

²⁴⁶⁷ - في المطبوع الخامس ويم 94 والشيخ 171 وما يابى 137 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 195 وم 73.

²⁴⁶⁸ • - في المطبوع بملائه وما بين المعقوفين من م 73 والشيخ 172 وما يابى 137 ويم 94.

²⁴⁶⁹ • - وردت في م 94.

وَإِنْ غَائِبًا أَوْ وَجَدَ مَا يُمَسِّكُ الْحَيَاةَ لَا إِنْ قَدَرَ عَلَى الْقَوْتِ وَمَا يُؤَارِي الْعَوْرَةَ وَإِنْ غَنِيَّةً.

ومتن الخطاب وامتنع من الإنفاق سجن حتى ينفق، وعليه إن كان له مال ظاهر أخذت منه النفقة كرها والأول ظاهر

كلام الموثقين. اهـ.²⁴⁷⁰ [وإن غائباً] ش: يعني أن حكم الغائب في الطلاق بعدم النفقة كحكم الحاضر قال في ص: وإن [غائباً] اهـ.²⁴⁷⁰ وقال القاسبي: لا يطلق على غائب؛ لأنه لم يستوف حجته، وعلى الأول فلا بد أن تثبت الزوجية وأنه قد دخل بها [أو دعي]²⁴⁷¹ إلى الدخول والغيبة بحيث لا يعلم موضعه أو علم ولم يمكن الإعذار إليه فيه، وأما إن علم وأمكن الإعذار إليه فإنه يعذر إليه ولا بد أن تشهد لها البينة بأنها لا تعلم أن الزوج ترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيئاً يعدى فيه بشيء من مؤنتها، ولا أنه بعث إليها بشيء وصل إليها في علمهم إلى هذا الحين ثم بعد ذلك يضرب لها أجلاً على حسب ما يراه كما تقدم ثم يحلفها على ما شهدت لها البينة وحينئذ إن دعت إلى الطلاق طلقها هو أو أباح لها التطليق كما تقدم. اهـ. ونقل ابن عرفة نحو ما تقدم عن المتيطي، ونصه: وعلى الأول يعني القول الأول.

قال المتيطي: تثبت غيبته ببينة تعرف غيبته واتصال زوجيتهما وغيبته بعد بنائه أو قبله بموضع كذا أو بحيث لا يعلمون منذ كذا، ولا [يعلمونه]²⁴⁷² ترك لها نفقة ولا كسوة ولا شيئاً تعول به نفسها، ولا تعدى فيه بشيء من مؤنتها ولا أنه آب إليها ولا بعث بشيء ورد عليها في علمهم إلى حين التاريخ، ثم يؤجله القاضي في الإنفاق [عليها]²⁴⁷³ شهراً أو شهرين أو خمسة وأربعين يوماً، فإذا انقضى ولا قدم ولا بعث بشيء ولا ظهر له مال ودعت إلى النظر لها أمر بتحليفها بمحضر عدلين كما [يجب]²⁴⁷⁴ في صفة الحلف أنه ما رجع إليها زوجها المذكور من مغيبه الثابت عند الحاكم إلى حين حلفها ولا ترك لها نفقة ولا كسوة ولا وضعت ذلك عنه ولا وصل إليها شيء منه إلى الآن، فإذا ثبت عند القاضي حلفها طلقها عليه.

قلت: ولابن سهل في بكر قام أبوها بتوكيلها إياه قبل البناء بذلك أفتى ابن عات أنها تحلف فإذا حلفت طلقت نفسها، وأفتى ابن القطان لا يمين عليها ولا على أبيها ولها أن تطلق نفسها، وأفتى ابن رشيق فقيه المرية بحلفها، وزاد فيه أن زوجيتهما لا تنقطع ابن سهل زيادة هذا في يمينها لا أعلمه لغيره، وقول ابن القطان: لا يمين عليها ولا على أبيها لا وجه له، وقد تقرر من قول ابن القاسم وغيره أن السفية يحلف في حقه ابن الحاجب حكم الغائب ولا مال له حاضر حكم العاجز. ابن عبد السلام: يعني أن الغائب البعيد الغيبة وليس له مال أو له ولا يمكنها الوصول إليه إلا بمشقة

حكمه حكم الحاضر العاجز.²⁴⁷⁵ قلت: قوله: [إلا بمشقة] خلاف ظاهر أقوالهم أنه لا يحكم لها بطلاقها إلا إذا لم يكن له مال

2470 - في المطبوع غائب وما بين المعقوفين من ن عود ص 196 وم 74 ويم 94 والشيخ 172 وما يابى 138.

2471 * - في المطبوع او دعا وما بين المعقوفين من م 74 ويم 94 وما يابى 138.

2472 * - في المطبوع يعلمون وما بين المعقوفين من م 74 والشيخ 172 وما يابى 138 ويم 94.

2473 - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من م 74 وما يابى 138 ويم 94.

2474 - في المطبوع تجب وما بين المعقوفين من ن عود ص 196 وم 74 ويم 94 والشيخ 172 وما يابى 138.

2475 * - في المطبوع إلا بعد مشقة وما بين المعقوفين من م 94.

بحال دون استثناء وما تقدم لابن سهل في فتاويهم من قولهم طلقت نفسها خلاف ما تقدم للمتيطي من قوله طلقها القاضي عليه. اهـ.

تنبية: علم من كلام ابن عرفة هذا أنه يطلق على الغائب بعدم النفقة ولو كانت [غيبته²⁴⁷⁶] قبل البناء، وقد جلب البرزلي من ذلك مسائل في أوائل مسائل الطلاق فانظره، وقد تقدم في أوائل النفقات في باب المفقود ما يقوي ذلك فلا يتمسك بما يعطيه ظاهر كلام التوضيح. والله أعلم.

وظاهر ما تقدم عن/ التوضيح وغيره أنه إذا لم تقم للزوجة بينة بشيء من ذلك لا يحكم لها القاضي، [في²⁴⁷⁷] البرزلي خلاف ذلك [قال²⁴⁷⁸] في أواخر مسائل النكاح ما نصه: وسئل اللخمي عمن شهد لها نحو العشرين أو الخمسة عشر أن زوجها فلان وقد غاب لناحية سجلماصة ويخاف ضياعها وليس لزوجها مال ولا يوجد من يشهد بنكاحها إلا من تقدم، ولم يوجد فيهم عدل، وهي تحب الفراق فهل [تثبت²⁴⁷⁹] به الزوجية ويجب الفراق، وهل يكون الحكم واحدا ولو كانت مدينة فيها من العدول كثير [أو الخاصة أو الواحد خاصة²⁴⁸⁰] أو لا يكون [شيئا²⁴⁸¹]؟، وفي شهادة من تقدم أن المرأة ليس لها ولي وفي انتقال أملاك الرباع وبيعها على من يجب بيعها عليه بما تقدم، فأجاب للمرأة القيام بالطلاق بمن ذكرته ولو عدت البينة ومن يشهد لها بالزوجية وأقرت أن فلانا زوجها لكشف القاضي عنه بقولها: وسئل عن هذا الاسم في البلد وما قرب منه فإن لم يجده حكم لها بالطلاق بعد تحليفها أنه لم يكن لها منه نفقة ويحكم عليه بالطلاق متى جاء وأقر بالزوجية، وإن أنكر الزوجية لم يضره ما وقع، ويكتب في الحكم رفعت إلى فلانة بنت فلان وأقرت بالزوجية لفلان فكشفت عنه فلم أجده، ولم أجد أحدا يعرفه فحلفتها، وحكمت بالطلاق إن ثبت أو أقر أنه زوج لها والمدن والقرى في هذا سواء وشهادة من ذكرت بأنه لا ولي لها ماضية وللقاضي تزويجها والأمر فيه خفيف؛ لأن القاضي وليها وإن كان هناك غيره إذا زوج الثيب مضى، والبكر إذا لم يكن لها ولي تزوج ومثله لا يخفى، وأما شهادة هؤلاء في الرباع فلا أتقصد فيها شيئا وقد سئلت عنها غير مرة فلم أجب بشيء، والضرورة لها حكم، وقول غير العدول كلا شيء، وسئل السيوري عن المرأة تأتي وتذكر أن لها زوجا أو لا بنتها وقد غاب ولم يخلف شيئا ولم يكن له شيء [تعدى²⁴⁸²] فيه بالنفقة ولا

2476 * - في المطبوع غيبة وما بين المعقوفين من م74 والشيخ173 وما يابى138 وم74. 94.
2477 - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ما يابى 138 وم74 والشيخ 173.
2478 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ما يابى 138 وم74.
2479 * - في المطبوع يثبت وما بين المعقوفين من م74 والشيخ173 وما يابى183 وم94 تثبت.
2480 - هكذا في ن عدود ص197 وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع: "كثير أو الواحد خاصة" وهو الذي في م74 وم94 والشيخ173 وما يابى138.
2481 * - في المطبوع شيء وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ما يابى 138 وم74 والشيخ 173.
2482 - في المطبوع يمدون وما بين المعقوفين من ن عدود ص197 وم95 (وفي الشيخ174 وما يابى139 وم74 يعدى فيه).

يعرف ذلك إلا من قولها، وتكلف بالبيئة فتعجز عن إثباته وربما ذكرت غريبا أي أن الزوج غريب، وربما أتت ببيئة غير ثقات من سوقه أو غيره ولا تقدر على أكثر من ذلك فإن أفطيت بأعمال هؤلاء فهل أسميهم بأسمائهم، أو أقول ثبت عندي ما أوجب الفراق أو قبول قولها، وربما لم يوجد على توكيل الأم بيئة إلا بقولها؟ فأجاب إن كان الزوج معروفا ولم تعرف غيبته كلف القاضي رجلين يكشفان عنه، وسئل جيرانه ومن يخالطه أو أقاربه عن الموضع الذي غاب إليه، فإن لم يكن أو لم يعلم حيث توجه حلفت الزوجة أنه لم يخلف شيئا، وإن أقرت بشيء حلفت أنه لم يخلف سوى ما اعترفت به ولم يصل إليها شيء من قبله، وطلق عليه، ولو كان غير معروف سئلت المرأة عن صنعته ومن يعرفه فيسألون نحو الأول، وإن لم يكن له صنعة ولا من يخالطه كشف العدلان عن ذلك الاسم وعن تلك الصفة هل هي بالبلد، فإن لم توجد طلق عليه بعد يمين المرأة كما مر، ويذكر القاضي فيما يشهد به أنه رفعت إليه تلك المرأة ويذكر أمرها، وذكرت أن لها زوجا اسمه وصفته كذا وذكرت أنه غائب عن البلد وأنه خلفها على عدم النفقة وطلق عليه، فإن أتى الرجل واعترف بالزوجية وقع الطلاق موقعه وإن أنكر لم يضر ذلك.

وسئل المازري عن امرأة طارئة من المغرب تذكر أن زوجها تخلف في الطريق قبل وصوله إلى بجاية وأرادت أن تطلق عليه وتأتي بشهود صحبتها لا يعرفون؟ فأجاب: لا يصح الحكم على زوج هذه المرأة بالفراق الآن لاعترافها بالزوجية وبقاء العصمة وادعت غيبته فصارت مقرة بالعصمة مدعية ما يوجب زوالها وعلى الطريقة الأخرى لا تؤخذ بأكثر مما أقرت وقد زعمت وجها يوجب الفراق فورا؛ لأنها ذكرت أنه فارقها قبل وصوله بجاية ومن الممكن أن يكون زوجها أخذ طريقا آخر قادما لهذا البلد طالبا لزوجته وقد عاقه عائق عن الوصول فالواجب تسميته والبحث عن اسمه الذي تذكر في المواضع القريبة حتى يعلم أنه ليس بالقرب ليعذر إليه، وأنه لا شيء له ينفق عليها منه/ فينظر حينئذ بالفراق منه بالواجب، والشهود غير المقبولين لا يعمل عليهم والقول على إقرارها وفيه ما ذكرنا عن المذهبين.

قلت: الأصل الذي أشار إليه هو تبييض الدعوى وإجمالها، فابن القاسم يبعض الدعوى فيصيره مقرا مدعيا وأشهب لا يؤاخذة [إلا²⁴⁸³] بجملة كلامه، وسئل ابن حبيب عن المرأة تقدم المدينة مع الحاج وتقول خفت العنت وأردت التزويج ولا يعلم هل لها زوج أم لا إلا من قولها وهي من ذوات القدر والأولياء هل يزوجه السلطان أم لا؟ فأجاب تزوج ولا تطلب بيئة بأنها لا زوج لها إذا كانت غريبة بعيدة الوطن وأحب السؤال لأهل معرفتها وبلدها ممن معها في الرفقة سؤالا من غير تكليف شهادة، فإن استراب ترك تزويجها وإلا زوجها وليست كمن مكانها قريب. قال ابن فرحون: كلام ابن حبيب أصل مذهب مالك لما يتقى من زوج يكون لها، فإذا ظهر خلاف قولها لم يزوجه، وبين ذلك الرجل يأتي بامرأة ومعه صداق فيقول اشهدوا علي بما في هذا الصداق أنه حق قبلي لزوجتي هذه وقد ضاع صداقها فقال مالك إن أتى بشاهدين عدلين على أصل الزوجية بينهما فليشهد الشهود الذين أشهدهم على نفسه، وإن لم يأت بهم لم يقبل منه كيلا يكون نكاح بغير ولي، وهذا في غير الغرباء. قاله مالك

متن الخطاب في الديات من المدونة. وانظر هل يؤخذ ذلك من أول كتاب القذف من المدونة أو من غيره، وذكر مسألة ابن حبيب في المسائل الملقوطة عن الواضحة، وقال فيها: سئل مالك عن المرأة [تقدم²⁴⁸⁴] مع الحاج من المغرب إلى آخره، وقال في آخره: ليست هذه كالحضرية ولا التي مكانها قريب. انتهى. ومن البرزلي: قال الغرناطي في وثائقه في تجديد الصداق يذكر إشهاد الزوج على نفسه أن زوجته ذكرت له تلف صداقها وسألته تجديده [وإجابته²⁴⁸⁵] إلى ذلك وإقراره بما بقي عليه فيه وتضمنه معرفة الزوجية واتصالها إلى حين الإشهاد في غير الغريبين، ويذكر إشهاد المرأة على نفسها أنه لم يكن لها في التالف غير ما ذكر.

وسئل أبو عمران عن المرأة تقدم بلدا ولا يدري من أي موضع قدمت، ولا من هي وتطلب التزويج فهل يزوجه السلطان بغير إثبات موجب، وكذا لو زعمت أنه كان لها زوج مات عنها أو طلقها؟ فأجاب: إن كان البلد قريبا كتب إليه وإن كان بعيدا يتعذر وصول الجواب أو يكون بعد أزيمة طويلة خلى بينها وبين ما تريده إن لم يتبين كذبها، وسئل الصائغ عن طارئة على بلد تأتي لقاضيه فتذكر أن لها زوجا غاب عنها في بلدها غيبة منقطعة، وأخرجت صداقها مجهول الشهود واسم زوج مجهول ولا يعرف صدقها من كذبها وقد شكت الضيعة، وأنها إن بقيت خافت على نفسها وحالها الفقر فهل تطلق عليه بما تقدم؟ جوابها للمازري. كذا في هذا الأصل الذي اختصرت منه.

قال: ينظر في حالها ويتثبت فيه ويتلوم حتى يؤنس معرفة صدقها أو كذبها من حال الزوج ومكانه ولا مال له، أو يثبت كونها طارئة من مكان بعيد يتعذر كشف حال زوجها فتحلف اليمين الواجبة في هذا وعلى صدقها [فيما²⁴⁸⁶] ذكرت، ويوقع الطلاق بشرط أن يقال إن كان الأمر كما ذكر لي. انتهى بلفظه. وقال ابن فرحون في الفصل التاسع من القسم الأول من الركن السادس في الحكم المعلق على شرط صدق المدعي ما نصه: مسألة في الحاوي في الفتاوى لابن عبد النور قال:

سئل المازري عن امرأة مجهولة طارئة على بلد قامت على قاضيه فذكرت أن زوجها غاب عنها في بلدها غيبة منقطعة ولا يعلم صدقها من كذبها وشكت [الضيعة²⁴⁸⁷] فما ترى في أمرها هل تطلق وتزوج أم لا؟ فأجاب [أنه يتثبت²⁴⁸⁸] في أمرها حتى يؤنس من العثور على صدقها من كذبها أو تثبت كونها طارئة من بلد بعيد يتعذر معه الكشف عن حال الزوج فتستحلف حينئذ اليمين الواجبة في مثل هذا وأنها صادقة فيما ذكرت ويوقع الطلاق عليها ويكتب لها الحاكم أنه أوقع/ عليها الطلاق بشرط أن يكون الأمر كما ذكرت. اهـ. فانظر هذا كله فإنه يقتضي أنه لا يحتاج إلى البينة إذا تعذرت، وأن القاضي يطلق على الغائب ولو كانت المرأة طارئة وأن سفرها بعد زوجها حين لم يترك لها نفقة لا يكون نشوزا، وأما لو سافرت بغير إذنه لكان نشوزا وكذلك لو طلبها بالسفر معه وكان صالح الحال

199

2484 * - في المطبوع تقوم وما بين المعقوفين من م75 وما يابى140.

2485 - في المطبوع وأجابته وما بين المعقوفين من ن عدود ص198 وم75 ويم95 والشيخ175 وما يابى140.

2486 - في المطبوع مما وما بين المعقوفين من ن عدود ص198 وم75 ويم95 والشيخ175 وما يابى140.

2487 - في المطبوع المضیعة وما بين المعقوفين من ن عدود ص198 وم75 ويم95 والشيخ175 وما يابى140.

2488 - في المطبوع تثبت وما بين المعقوفين من ن عدود ص198 (وفي م75 يثبت) ويم96 والشيخ175 وما يابى140.

متن الخطاب معها فامتنعت من السفر معه فإن ذلك يكون نشوزا. قاله ابن الجلاب في كلامه على النفقة وغيره، وانظر الشيخ أبا الحسن في النكاح الثاني، والجزولي عند قول الرسالة: "ولا نفقة للزوجة حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول"، وتقدم عن المسائل الملقطة عند قول المصنف في باب النكاح في تعدد الأولياء: "فحاكم" فانظره. والله أعلم.

فرع: فإذا لم يكن حاكم فإنها ترفع للعدول قال المشذلي في أول كتاب الصلح في خروج أحد الغريمين لاقتضاء دين لهما وأعذر إليه في الخروج وأشهد أنه يكفي الإشهاد ما نصه: جعل هنا جماعة العدول تقوم مقام السلطان ولو كان هناك سلطان، ومثله في أواخر النذور فيمن حلف ليقضين إلى أجل كذا، ومثله في الرواحل في هروب الجمال، ومثله لابن مغيث في المرأة يغيب عنها زوجها أنها تثبت عند العدول ما تثبت عند القاضي فتطلق نفسها، وذكر أبو عمران وابن مغيث تعذر تناول السلطان. المشذلي: هكذا وقع هذا كما رأيت، والذي حكاه الشيخ أبو الحسن هو أن قال ما ذكره ابن مغيث في مسألة الزوجة، وما ذكره أبو عمران من أن جماعة العدول تقوم مقام الإمام في المحارب وفي القصاص إنما ذلك حيث يتعذر تناول السلطان. المشذلي: وهو كلام واضح يوضح الكلام الأول. انتهى. ومثله فسخ البيع الفاسد.

انظر شرح ابن جماعة وكلام أبي الحسن الذي أشار إليه هو في كتاب المكاتب، ونصه بعد أن ذكر عن أبي عمران أن المكاتب إذا بعث لسيده بكتابه فلم يقبلها لا يخرج من الرق حتى يقضي عليه القاضي بذلك إلا أن يكون ببلد لا حكم فيه فليشهد ويكون ذلك كالحكم. الشيخ: انظر جعل أبي عمران هذا الإشهاد مقام الحكم وكذلك في المحارب وكذلك في الديات [إذا²⁴⁸⁹] ترك بنتا وعصبة فاختلفا ولا إمام، وذكر ابن يونس في كتاب الحمال أن جماعة العدول تقوم مقام الإمام. انتهى.

وقال البرزلي في أثناء مسائل الأقضية: سئل السيوري عن غاب إلى مصر وله زوجة لم يخلف لها نفقة إلا ما لا يفي بصدقها وليس في البلد قاض وربما كان فيه أمير من قبله فحلف بالمشي إلى مكة أنه لا يحكم فيه ولا ينظر في طلاق، وربما كان بين البلد والأمير نحو ثمانية أميال والخوف بينهم عام وربما انجلى الخوف في بعض الأوقات فهل تقوم الجماعة مقام القاضي في هذه النازلة وغيرها أو يجب على أمينه أن يحنث نفسه ويحكم أم لا؟ جوابها: إذا تخرج الناس لعدم القضاة أو لكونهم غير عدول فجماعتهم كافية في الحكم في جميع ما وصفته وفي جميع الأشياء فيجتمع أهل الدين والفضل، فيقومون مقام القاضي في ضرب الآجال والطلاق وغير ذلك. قال البرزلي: قلت: تقدم أن الجماعة تقوم مقام القاضي مع فقده إلا في مسائل تقدم شيء منها. انتهى. وانظر مسائل السلم من البرزلي والجهاد من المشذلي، وقد ذكر بعض كلامه في الوصايا وفي باب الأقضية شيء من هذا. والله أعلم.

مسألة: إذا قامت المرأة بالطلاق لعدم النفقة في غيبة الزوج فتطوع بها متطوع فذكر المشذلي في حاشية المدونة في كتاب الإجارة في ذلك قولين، ونصه في شرح قول المدونة: ولو تطوع رجل بأدائها لم يفسخ.

متن الخطاب قلت: ويؤخذ من هنا ما نص عليه أبو بكر بن عبد الرحمن في مسألة اختلف فيها مع ابن الكاتب رأيناها في حاشية نسخة من نوازل ابن رشد، ونصها: سئل عن رجل غاب عن زوجته فقامت المرأة وادعت أنه لم يترك لها زوجها شيئاً ورفعت أمرها إلى السلطان وأرادت الفراق [إذ²⁴⁹⁰] لم يترك لها زوجها نفقة، ثم إن رجلاً من أقارب الزوج أو أجنبياً عنه/ قال لها أنا أؤدي عنه النفقة ولا سبيل لك إلى فراقه، فقال ابن الكاتب لها أن تفارق لأن الفراق قد وجب لها، وقال ابن عبد الرحمن لا مقال لها؛ لأن عدم النفقة الذي أوجب لها القيام قد انتفى.

قلت: وقد أشار ابن المناصف إلى هذا فقال ما حاصله قيام الزوجة في غيبة زوجها على وجهين أحدهما لترجع بما تنفق عليه، وفائدته قبول قولها من حين [الرفع،²⁴⁹¹] الوجه الثاني لتطلق نفسها لعدم الإنفاق، فإذا أثبتت الزوجية والمغيب ولم يترك لها شيئاً ولم يخلف ما يعدى فيه ولم يتطوع بالنفقة عنه ودعت إلى الطلاق إلى آخره فظاهره أن التطوع بإجراء النفقة يسقط مقالها كقول ابن عبد الرحمن، وهو الذي تقتضيه المدونة في النكاح الثاني في قوله إلا أن يتطوع [رجل عن²⁴⁹²] الزوج بالنفقة. انتهى بلفظه.

فرع: قال في أحكام ابن سهل في أول القضاء في مسائل الغائب ما نصه: مملوكة غاب سيدها وأثبتت عدمه [وملكه²⁴⁹³] لها وأنه لم يخلف عندها شيئاً ولا بعثه إليها ولا مال لها تنفقه ولا له مال تعدى فيه في علم من شهد بذلك فافتى ابن عتاب وابن القطان بأمر القاضي ببيعها ويقبض ثمنها للغائب ويوقفه عند ثقة. انتهى. ونقله ابن فرحون في تبصرته في الفصل الخامس في التنبيه على أمور [يتوقف²⁴⁹⁴] سماع الدعوى بها على إثبات فصول. انتهى.

تنبيه: قوله: "ولا لها مال تنفقه" يدل على أنه إذا كان لها خراج [يمكنها²⁴⁹⁵] الأكل منه فإنها لا تباع وتأكل من خراجها، وقال في معين الحكام في كتاب الأقضية إثر كلام ابن سهل المتقدم ما نصه: تنبيه: ينبغي للحاكم أن يكلفها أنها عاجزة عن استعمالها فيما يستعمل فيه مثلها لتنفق منه على نفسها، وقال ابن عتاب مثله في أم الولد التي غاب عنها سيدها والمملوكة أحرى. انتهى. وقال في التوضيح: فرع: ولو كانت المرأة أم ولد غاب عنها سيدها وأثبتت مغيبه فإن الحاكم يتلوم لسيدها الشهر ونحوه ثم ينجز عتقها على الغائب هكذا قال ابن عتاب والقرشي، وروى ذلك ابن زياد، وقال ابن الشقاق وابن العطار لا تعتق وتسعى في معاشها، وبه قال ابن القطان قال وتبقى حتى يصح موت سيدها أو ينقضي تعميره. ابن سهل: والأول هو الصواب، واحتج الأولون بقول أشهب إذا عجز

2490 - في المطبوع إذا والشيخ 176 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 199 وم 75 وما يابى 141.

2491 - في المطبوع الدفع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 200 وم 75 ويم 96 والشيخ 176 وما يابى 141.

2492 - ساقطة من المطبوع وم 75 والشيخ 177 وما يابى 142 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 200 وم 96 رجل من الزوج.

2493 - في المطبوع في ملكه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 200 وم 75 ويم 96 والشيخ 177 وما يابى 142.

2494 - في المطبوع وم 75 وما يابى 142 وسيد 33 تتوقف وما بين المعقوفين من م 96 والشيخ 177.

2495 - في المطبوع عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 200 وم 75 ويم 96 والشيخ 177 وما يابى 142.

نص خليل وَلَهُ الرَّجْعَةُ إِنْ وَجَدَ فِي الْعِدَّةِ يَسَارًا يَقُومُ بِوَاجِبِ مِثْلِهَا وَلَهَا النِّفْقَةُ فِيهَا وَإِنْ لَمْ يَرْتَجِعْ وَطَلَبَهُ عِنْدَ سَفَرِهِ بِنَفَقَةِ الْمُسْتَقْبَلِ لِيُدْفَعَهَا لَهَا أَوْ يُقِيمَ لَهَا كَفِيلًا وَفَرَضَ فِي مَالِ الْغَائِبِ وَوَدَّيَعَتِهِ [وَدَّيْنِهِ] 2496.

متن الخطاب الرجل عن نفقات أمهات أولاده [أنهن] 2497 [بمنزلة أزواجه إذا لم يقيم بأمرهن فيضرب له أجل شهر ونحوه فإن وجد لهن أدنى ما يكفي وإلا أعتقن عليه. ابن سهل: قلت لابن عتاب: هل عليها عدة إذا حكم بعقتها؟ قال تعتد بحيضة. قلت: وهل عليها يمين أن سيدها لم يخلف عندها شيئاً ولا أرسل إليها شيئاً كما يلزم زوجة الغائب؟ قال: لا يمين عليها وبذلك أفتيت، لطول أمد الغيب. انتهى. وقال ابن عرفة: ومن أعسر بنفقة أم ولده فقيّل تزوج ولا تعتق، وقيل تعتق وكذا إن غاب سيدها ولم يترك لها نفقة، وانظر تمامه فيه، ثم قال الصقلي عن بعض القرويين: إن لم يكن في خدمة المدبر ما يكفيه في نفقته أو أعسر السيد بها عتق عليه. انتهى. وانظر ما حكم المعتق إلى أجل، والظاهر أنه مثله. والله أعلم.

ص: وله الرجعة إن وجد في العدة يساراً: فإن لم يجد فلا رجعة له، فلو رضيت الزوجة بالرجعة مع عدم اليسار كانت رجعة. قاله في الواضحة وغيرها، وقال سحنون في السليمانية لا تصح الرجعة. انتهى من التوضيح.

فرعان: الأول: قال في التوضيح: ولم يتعرض ابن الحاجب لقدر الزمان الذي إن أيسر به كانت له الرجعة، واختلف في ذلك، ولابن القاسم وابن الماجشون إن أيسر بنفقة الشهر وإلا فليس له الرجعة، وفي كتاب ابن مزين قوت نصف شهر فأكثر، وعن ابن الماجشون إذا وجد ما لو قدر عليه أو لا لم يطلق عليه. قال ابن عبد السلام: وينبغي أن تنزل هذه الأقوال على ما إذا ظن مع ذلك أنه يقدر على مداومة النفقة في المستقبل، وقبله في التوضيح.

الثاني: قال في التوضيح: قال في البيان: إذا قدر أن يجريها ميامة وكان يجريها قبل الطلاق كذلك فله الرجعة وإن كان يجريها قبل الطلاق مشاهرة فاختلف/ في ذلك فقيّل له الرجعة، وقيل لا. انتهى.

201

ص: وفرض في مال الغائب ش: قال الشارح في الكبير: قال فيها: -يعني المدونة- ولا يفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مال يعدى فيه. انتهى. وقوله: "يعدى" قال أبو الحسن الصغير: قال عياض في المشرق: والاستعداد طلب النصرة، وقيل طلب الإعانة ومعناه [يحكم] 2498. انتهى من كتاب الزكاة الأول. وكلام المدونة هو في أواخر النكاح الثاني وقد يتبادر منه أنه إذا لم يكن للغائب مال يعدى فيه لا يفرض الحاكم لها النفقة عليه ولو علم أنه مليء في غيبته كما نبه على ذلك ابن عرفة، وسيأتي كلامه، وليس كذلك إن علم أنه موسر في غيبته فرض لها عليه، وإن علم عسره أو جهل أمره لم يفرض لها عليه. قال في العتبية في آخر رسم من سماع يحيى من طلاق السنة وهو رسم أول عبد ابتاعه قال: وسألته عن الرجل يغيب عن أهله وله أولاد صغار في حجر أمهم تلزمه نفقتهم

الحديث

2496 س - وديته نسخة.

2497 - في المطبوع أنهن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 200 وم 76 ويم 96 والشيخ 177 وما يابى 142.

2498 * - في م 76 بحكم.

متن الخطاب فإذا قدم ادعت امرأته وهي أهمهم أنها أنفقت عليهم من مالها أيلزمه ذلك أم يبرأ بمثل ما يبرأ به من نفقتها إذا زعم أنه كان يبعث بها إليها ولا يكون لها عليه شيء إلا أن ترفع أمرها إلى السلطان قال حالها فيما تدعي من الإنفاق من مالها بمنزلة ما تدعي أنها أنفقت على نفسها إذا لم ترفع ذلك إلى السلطان حتى يقدم لم تصدق، وإن رفعت ذلك إلى السلطان فرض لها ولهم، وحسبه لها عليه من يوم يفرضه وكان لها ديناً تتبع به.

قال ابن رشد: قوله إن الرجل يبرأ من نفقة ولده الذي في حجره مع زوجته أهمهم بما يبرأ به من نفقة زوجته صحيح؛ لأنه مؤتمن على ذلك، وأما قوله: وإن رفعت ذلك إلى السلطان فرض لها ولهم قوله فمعناه إذا عرف ملاؤه في غيبته وذلك أنه لا يخلو في مغيبه من ثلاثة أحوال أحدها أن يكون معروف [الملاء²⁴⁹⁹]، والثاني أن يكون معروف العدم، والثالث أن [تكون²⁵⁰⁰] حاله مجهولة، [فأما²⁵⁰¹] إذا كان معروف [الملاء²⁵⁰²] فإن النفقة تفرض لها عليه على ما يعرف من [ملائه²⁵⁰³] ففتتبعه بذلك ديناً ثابتاً في ذمته هذا معنى قول ابن القاسم هنا ونص قول ابن حبيب في الواضحة: وظاهر قوله فيها أنه لا خيار للمرأة في فراقه كما يكون ذلك لها في المجهول الحال، ومعنى ذلك إذا كان لها مال فتنفق منه على نفسها وما لم تطل إقامته عنها [أيضاً²⁵⁰⁴] على ما مضى في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم وفي رسم شهد من سماع عيسى: وأما إن كان معروف العدم فلا يفرض لها السلطان إذ لا يجب على المعدم [لامراته نفقة²⁵⁰⁵] ويفرق السلطان بينهما بعد التلوم وإن أحببت الصبر عليه كتب لها كتاباً بذلك اليوم من ذلك الشهر أنها قامت عنده عليه طالبة لنفقتها، فإن قدم وعلم أنه كان له مال كان القول قولها إنها أنفقت على نفسها من ذلك اليوم إن ادعى أنه خلف [بها²⁵⁰⁶] عندها أو بعث إليها. وأما إذا كان مجهول الحال لا يعرف ملؤه في غيبته من عدمه فقال في المدونة إن السلطان لا يفرض لها نفقة على زوجها في مغيبه حتى يقدم فإن كان موسراً فرض عليه نفقة مثله لمثلها، وقال ابن حبيب في الواضحة إنها إن أحببت الصبر عليه أشهد لها السلطان إن كان فلان زوج فلانة اليوم ملياً في غيبته وجب عليه لامراته فريضة مثلها من مثله، وسيأتي في سماع أصبغ القول في فرض نفقة الأبوين. وبالله عز وجل التوفيق. اهـ كلامه بلفظه. ونقله في التوضيح باختصار. ونصه في شرح قول ابن الحاجب: فإن كان له مال بيع وفرض منه.

- 2499 * - في المطبوع الملاء وما بين المعقوفين من م76 وم77 ومايأبى142.
- 2500 * - في المطبوع والشيخ178 يكون وما بين المعقوفين من م76 وسيد32 ومايأبى143 وفي م97 أن يكون حاله مجهولاً.
- 2501 * - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدد ص201 وم76 والشيخ178 وم77 ومايأبى143.
- 2502 - في المطبوع الملاء وما بين المعقوفين من م76 وم77 ومايأبى142.
- 2503 - في المطبوع ملئه وما بين المعقوفين من ن عدد ص201 وم77 والشيخ178 (وفي مايأبى143 ملايه) (وفي م76 ملاء).
- 2504 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدد ص201 وم76 وم77 والشيخ178 ومايأبى143.
- 2505 - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ن عدد ص201 وم76 وم77 والشيخ178 ومايأبى143.
- 2506 - ساقطة من المطبوع وم76 والشيخ178 ومايأبى143 وما بين المعقوفين من ن عدد ص201 وم77.

متن الخطاب

فرع: وإن أحببت المرأة أن تفرض لها النفقة إذا لم يكن له مال حاضر فقال ابن القاسم لا يفرض عليه شيء حتى يقدم إذا علم عدمه أو جهل أمره، وفي البيان عن ابن حبيب: إذا أحببت الصبر عليه أشهد السلطان عليه إن كان فلان زوج فلانة اليوم مليا في غيبته فقد أوجبت عليه فريضة مثلها من مثله، أما إن علم أنه موسر فإنه يفرض لها نفقة مثلها. قال في الموازية: وتداين عليه ويقضى لها. اهـ.

ونقل ابن عرفة من كلام ابن رشد الحالة الثالثة فقط/ وهي ما إذا جهلت حاله فقط، وأما إذا عرف [ملاؤه²⁵⁰⁷] أو عدمه فنقله عن المتيطي وحكى عنه فيما إذا علم عدمه قولين، ونص كلامه وفيها لا يفرض على الغائب النفقة لزوجته إلا أن يكون له مال تعدى فيه.

قلت: ظاهره إن لم يكن ذلك لم يفرض، وقال المتيطي: إن علم أنه [ملاه²⁵⁰⁸] في غيبته فرض لها القاضي نفقة مثلها وكان دينا لها عليه تحاص به غرماءه وإذا قدم أخذته به وإن كان معدما في غيبته فالمشهور لابن القاسم أنه لا يفرض لها، وقال في الموازية تداين عليه ويقضى لها. قلت: فهذا يؤدي إلى وجوبها على المعسر.

قلت: ولابن رشد في آخر مسألة من سماع يحيى من طلاق السنة إن جهل ملؤه من عدمه ففيها لا يفرض لها السلطان عليه نفقة حتى يقدم، فإن كان موسرا فرض لها، وقال ابن حبيب: إن أحببت الصبر أشهد لها السلطان إن كان فلان زوج فلانة اليوم مليئا في غيبته فقد أوجبنا لها عليه فريضة مثلها من مثله. اهـ.

تنبيهات: الأول: ما حكاه المتيطي عن الموازية من أنها تتداين عليه ويقضى لها في مسألة ما إذا علم عدمه في غيبته، وجعله قولاً ثانياً مخالف لما تقدم في كلام التوضيح من أن كلام الموازية المذكور من تنمة القول بفرض النفقة لها عليه في مسألة ما إذا علم [ملؤه²⁵⁰⁹] في غيبته، ولهذا استشكله ابن عرفة بقوله: قلت هذا يؤدي إلى وجوبها على المعسر فتأمل ذلك. والله أعلم.

الثاني: علم من كلام العتبية المتقدم وتسليم ابن رشد له بما شرحه به أن نفقة الولد تفرض على [الوالد²⁵¹⁰] في غيبته إذا كان موسرا. والله أعلم.

الثالث: ما أشار إليه ابن رشد في آخر كلامه في القول في فرض النفقة على الأبوين وأنه في سماع أصبغ ذكره في رسم الأقضية من سماعه من كتاب طلاق السنة، ولا بأس بذكره ليستفاد به مع ما تقدم حكم فرض النفقة على الغائب للزوجة والولد والأبوين، ونصه: قال أصبغ سألت ابن القاسم عن الذي يغيب ويحتاج أبواه أو امرأته وله مال حاضر فيرفعانه إلى السلطان. قال يباع ماله وينفق [عليهما²⁵¹¹] فإن لم يكن له مال يؤمران أن يتداينا عليه ويقضى لهما بذلك قال: أما الزوجة فنعم، وأما الأبوان فلا [لأنهم²⁵¹²] لو لم يرفعوا ذلك حتى قدم فأقر لهم جميعاً بذلك غرم للمرأة ولم يكن

2507 - في المطبوع ملؤه وما بين المعقوفين من ن عدود ص202 ويم97 والشيخ179 (وفي مايابى143 وم76 مله).

2508 - في المطبوع ملؤه وما بين المعقوفين من سيد32 وم76.

2509 - في م76 مله وسيد32 ملؤه.

2510 - في المطبوع الولد والشيخ179 وما بين المعقوفين من ن عدود ص202 وم76 ويم98 ومايابى144.

2511 - في المطبوع عليهن وما بين المعقوفين من ن عدود ص202 وم77 ويم98 والشيخ179 ومايابى144.

2512 - في المطبوع 202 والبيان والتحصيل ج5 ص459 لأنهما، وما بين المعقوفين من تصويبات الشيخ محمد سالم.

متن الخطاب عليه أن يغرم ذلك للأبوين وإن أقر لهما لأن المرأة نفقتها عليه موسرة كانت أو معسرة والمرأة تحاص الغرماء إذا رفعت ذلك وكان يوم أنفقت [موسرا²⁵¹³] والأبوان ليسا كذلك، وقال أصبغ: فنفقة الأبوين لا تجب إلا بفريضة من سلطان حتى يجدهما يستحقانها ويجد له ما لا يعديهما فيه وإلا فلا. قال ابن رشد: قوله إن مال الغائب يباع في نفقة أبويه هو مثل ما في كتاب إرخاء الستور من المدونة، وكان الشيوخ يفتون أن أصول الغائب لا تباع في نفقة أبويه بخلاف زوجته ويتأولون أن المراد بمال الغائب الذي يباع في نفقة أبويه عروضه لا أصوله، والفرق عندهم في ذلك بين نفقة الزوجة ونفقة الأبوين أن نفقة الزوجة واجبة حتى يعلم سقوطها ونفقة الأبوين ساقطة حتى يعلم وجوبها بمعرفة حياته وأنه لا دين عليه يغترق ماله.

وكان القياس أن لا تباع عليه أيضا عروضه في مغيبه لاحتمال أن يكون حين الحكم عليه بذلك ميتا وأن يكون عليه دين يغترق عروضه إلا أن ذلك في العروض استحسان، وبهذا المعنى فرقوا أيضا بين نفقة الزوجة والأبوين في أن الأبوين لا يفرض لهما النفقة عليه في مغيبه وإن كان موسرا إذا لم يكن له مال حاضر، ولا يؤمران أن يتدائبا عليه، فإن فعلا لم يلزمه من ذلك شيء بخلاف الزوجة في ذلك كله ويلزم على الفرق الذي ذكرناه لو كانت النفقة قد فرضت لهما عليه قبل مغيبه فغاب وترك أصوله أن تباع عليه في نفقتهما، وقوله: "إن المرأة تحاص الغرماء بما أنفقت من يوم رفعت إذا كان يوم أنفقت موسرا" يدل على أنها لا تحاص إلا في الدين المستحدث مثل قول سحنون في رسم/ باع غلاما من سماع ابن القاسم: وقد مضى بيان ذلك هناك. والله أعلم. وبالله التوفيق. اهـ.

203

واقترع ابن عرفة على نقل كلام العتبية فقط وأتى به استشهادا على مسألة سئل عنها ابن رشد وهي: من أنفق على أبويه وله إخوة فأراد الرجوع على إخوته بما ينوبهم. وسيأتي كلامهما عند قول المصنف: "وهل على الرؤوس أو الإرث" والله أعلم. وقال في أحكام ابن سهل في القضاء في مسائل الغائب: رجل غاب منذ عشرين عاما وأثبت أبوه أنه فقير عديم وأن له دارا ودعا أن تباع وينفق عليه من ثمنها فأفتى ابن [عتاب²⁵¹⁴]: لا سبيل إلى بيع هذه الدار بسبب الأب الطالب للنفقة وهو مما لا اختلاف فيه، وكان ابن مالك وابن القطان قد ماتا، وأفتى غيره يجب أن يحلف الأب ما له مال [يعلمه²⁵¹⁵] وإنه لفقير عديم وتباع الدار وينفق من ثمنها على الأب وزوجته، وقال بعضهم يمين الأب في هذا مختلف فيها، وذكر ابن العطار أن ابن لبابة أفتى بهذا ثم تكلمت فيها مع ابن عتاب فقال لي: هذه الأجوبة كلها خطأ، ولا نفقة للأب إلا بعد ثبوت حياة الابن [وتيقن²⁵¹⁶] ذلك قد يكون [ميتا²⁵¹⁷] أو مديانا. قال: ولا حجة بما في طلاق السنة من إيجابه الإنفاق من مال من فقد

2513 - في المطبوع موسرة وم77 وم98 والشيخ179 ومايأبى144 وما بين المعقوفين من ن عدود ص202 والبيان والتحصيل ج5 ص459.

2514 * - في المطبوع عات وما بين المعقوفين من م77 والشيخ180 ومايأبى144 وم98 وسيد32.

2515 - في المطبوع معلوم وما بين المعقوفين من ن عدود ص203 وم77 وم98 والشيخ180 ومايأبى144.

2516 - في المطبوع وبتيقن وما بين المعقوفين من ن عدود ص203 وم77 (وفي يم98 يتقن) (وفي الشيخ180 يتيقن) (وفي مايأبى145 وينفق ذلك).

2517 - في المطبوع غنيا وم77 والشيخ180 ومايأبى145 وما بين المعقوفين من ن عدود ص203 وم98.

متن الخطاب على زوجه وبنيه؛ لأن نفقة هؤلاء قد كانت لزمّت المفقود إذا كان حاضرا فلا ترتفع عنه إلا بصحة وفاته؛ ولو باع الحاكم دار الغائب قبل صحة حياته وأنفق على الأب ثمنها لزمه الغرم لأنه من الخطأ الذي لا يعذر فيه، ولكنني أرى أن تكرر الدار ويعطى للأب ما يرتفق به استحبابا على سبيل السلف ويخص ذلك بالتسجيل. اهـ.

وفي نوازل ابن رشد في آخر كتاب الأنكحة أنه سئل عما ذكره ابن سهل -يعني كلامه المتقدم- فأجاب إنما حكى ذلك؛ يعني ابن سهل عن الشيخ محمد بن عتاب وهو صحيح؛ لأن نفقة الأبوين قد كانت ساقطة عنه ولا تجب عليه لهما حتى يطلبها بها، فإذا غاب عنهما لم يصح أن يحكم لهما عليه في مغيبه، وتباع عليه فيها أصوله لاحتمال أن يكون في ذلك الوقت قد مات أو قد استدان من الديون ما يستغرقها أو يكون أحق بها من نفقتهما وذلك بخلاف نفقة الزوجة، والفرق بينهما أن نفقة الأبوين ساقطة حتى يعلم وجوبها بمعرفة حياته وأنه لا دين عليه يغترق ماله وأن نفقة الزوجة واجبة حتى يعلم سقوطها بمعرفة موته أو استغراق ذمته بالديون، وهذا من باب استصحاب الحال، وهو أصل من الأصول يجري عليه كثير من الأحكام من ذلك الفرق بين من أكل شاكا في الفجر أو شاكا في الغروب، والفرق بين من أيقن بالوضوء وشك في الحدث بعده، وبين من أيقن بالحدث وشك في الوضوء بعده ومن ذلك مسألة كتاب طلاق السنة من المدونة في المفقود يموت بعض ولده في تفرقه بين أن يفقد وهو حر أو يعتق بعد أن فقد ومثل هذا كثير.

وأما قوله إن الحاكم يضمن إن فعل لأنه من الخطأ الذي لا يعذر فيه فليس بصحيح وإن كان الشيخ ابن عتاب قد قاله فإنما قاله انحرافا لمخالفة من خالفه من أصحابه وأفتى ببيع أصول الغائب في نفقة الأبوين، وإنما قلنا إن ذلك ليس بصحيح؛ لأن ابن المواز حكى الإجماع في ذلك وإن وجد في بعض المسائل الخلاف في ذلك فهو شذوذ خارج عن الأصول، وما في إرخاء الستور منها وسماع أصبع في العتبية من بيع مال الغائب ونفقة أبويه يحمل على ما عدا الأصول استحسانا أيضا على غير قياس؛ لأن القياس على ما ذكرناه أن لا ينفق عليهما في مغيبه بشيء من ماله؛ إذ لا يؤمن من أن يكون قد مات أو قد استدان من الديون ما هو أحق به من نفقة أبويه، ولهذه العلة قالوا إن الغائب لا يؤخذ من ماله الناض الزكاة. وبالله التوفيق. انتهى.

فرع: ونقل البرزلي كلام ابن رشد هذا في مسائل الأنكحة، ونقل ابن عرفة كلام المدونة وكلام ابن سهل وابن رشد في كلامه على نفقة الوالدين من مختصره، وكلام المدونة المشار إليه في إرخاء الستور هو قبل ترجمة الحكمين بأسطر،/ ونصه بعد أن ذكر نفقة الزوجة ونفقة الأولاد ونفقة الأبوين: ويعدى على الغائب في بيع ماله للنفقة على من ذكرنا. انتهى.

فرع: قال البرزلي في مسائل الأنكحة: وسئل المازري عن أثبتت غيبة زوجها وعدم نفقته وأنه لا مال له سوى ربع وأمرت باليمين فحلفت ونودي على الربع واستقر على المشتري ولم ينعقد البيع فهل يعدى لها بالنفقة من يوم الحلف، أو من الحكم بالبيع؟ فأجاب: الإعداء بالنفقة من يوم الحلف لا من يوم انعقاد البيع. انتهى. وكررها في موضع آخر وقال عقيبها: قلت تقدم أنه يفرض لها مما ذكرت أنه بيدها من يوم الرفع. انتهى.

نص خليل

[وَأَقَامَةً²⁵¹⁸ س] الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُنْكَرِ بَعْدَ حَلْفِهَا بِاسْتِحْقَاقِهَا وَلَا يُؤْخَذُ مِنْهَا بِهَا كَفِيلٌ وَهُوَ عَلَى حُجَّتِهِ إِذَا قَدِمَ وَبِيعَتْ دَارُهُ بَعْدَ ثُبُوتِ مِلْكِهِ وَأَنَّهَا لَمْ تَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ فِي عِلْمِهِمْ ثُمَّ بَيِّنَةُ بِالْحَيَازَةِ قَائِلَةٌ هَذَا الَّذِي حُرِّزَتْهُ هِيَ الَّتِي شُهِدَ بِمِلْكِهَا لِلْغَائِبِ.

متن الخطاب

ص: وأقامت البينة على المنكر ش: مفهومه أنه لو أقر لم يحتج لإقامة البينة وهو ظاهر كلامه في أواخر النكاح الثاني من المدونة. قال المشذلي [وعن سحنون²⁵¹⁹]: إنه لا يقضى لها بما ذكره ابن سهل وابن رشد وهو أنه يقر للغائب بالدين ليوجب عليه خلطة ثم يدعي عليه بأكثر مما أقر به. وقال ابن رشد في سماع يحيى من كتاب الشهادات إذا أراد الموثق أن يحترز من هذا فيكتب أقر لفلان بدين بغير محضره. انظر بقية كلامه.

ونقل ابن فرحون في آخر الفصل الخامس في التنبيه على أحكام يتوقف سماع الدعوى [بها²⁵²⁰] على إثبات فصول أنه لا يكتفى بإقرار الخصم بالدين واقتصر على ذلك، ونصه: مسألة قامت امرأة على رجل غائب تدعي عليه وذكرت أن للغائب ديناً على رجل حاضر قد حل عليه وأحضرت العقد المكتوب على الغريم الحاضر فحضر غريم الغائب مجلس الحكم وأقر بالدين وبصحة العقد، وأن الدين باق عليه للغائب وأثبتت عند الحاكم غيبة غريمها فأفتى ابن مالك وابن عتاب: أن إقرار غريم الغائب لا يكتفى به وأن القاضي يلزم المرأة القائمة بإثبات العقد، فإذا ثبت أمرها بالحلف في مقطع الحق مما يجب عليها أن تحلف ويتقاضى يمينها من يقدمه القاضي لذلك، فإذا حلفت أمر غريم الغائب بإحضار ما عليه ويدفع للمرأة حقها وترجى الحجة للغائب [إن لم يمكن²⁵²¹] الإعذار إليه. انتهى. وما أفتيا به ونقل عن سحنون، فالظاهر أنه مخالف للمشهور فتأمل. والله أعلم.

ص: وبِيعَتْ دَارُهُ بَعْدَ ثُبُوتِ مِلْكِهِ ش: تصوره واضح مما تقدم عند قول المصنف: "وفرض في مال الغائب"

فرع: قال البرزلي في مسائل التفليس: يجب على من قام على غائب بدين إثبات الدين وملك الغائب وحيازته عن أمر القاضي وثبوت الحيازة عنده وغيبة المطلوب وأنه بعيد بحيث لا يعلم ثم يحلف أنه ما قبض دينه ثم يقضى له ببيع الملك ويقضى دينه وترجى الحجة للغائب، فإذا قدم وأثبت أنه قضاه فلا سبيل إلى نقض مبيع الملك ويرجع على الطالب بما قبض من الدين، وحكى التونسي في كتاب الاستحقاق [أن له نقض²⁵²²] البيع ودفع الثمن للمشتري، وفي العتق من الواضحة ما يدل على هذا في مسألة [من أعتق شركاً له²⁵²³] في عبد. قال البرزلي: قلت: ومثل الأول للحمي في كتاب التخيير

الحديث

2518 س - أقامت البينة نسخة.

2519 * - في المطبوع وسحنون وما بين المعقوفين من سيد 32 وم 77.

2520 * - في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من م 77 وما يابى 146 ويم 99 والشيخ 181 وسيد 32.

2521 - في المطبوع وإن لم يكن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 204 وم 77 ويم 99 والشيخ 181 وما يابى 146.

2522 - في المطبوع أنه ينقض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 204 وم 78 ويم 99 والشيخ 182 وما يابى 146.

2523 * - في المطبوع والشيخ 183 وم 78 وما يابى 146 أعتق له شركاً وما بين المعقوفين من صحيح مسلم ج 2 ص 1139

والزرقاني على الموطأ ج 5 ص 8.

نص خليل

وَأَنْ تَنَازَعَا فِي عُسْرِهِ فِي غَيْبَتِهِ اعْتَبَرَ حَالُ قُدُومِهِ وَفِي إِرسَالِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا إِنْ رَفَعْتَ مِنْ يَوْمِئِذٍ لِحَاكِمٍ لَا لِعُدُولٍ وَجِيرَانٍ وَإِلَّا فَقَوْلُهُ كَالْحَاضِرِ وَحَلَفَ لَقَدْ قَبَضْتُهَا لَا بَعَثْتُهَا وَفِيمَا فَرَضَهُ فَقَوْلُهُ إِنْ أَشْبَهَ وَإِلَّا فَقَوْلُهَا إِنْ أَشْبَهَ وَإِلَّا ابْتَدَأَ الْفَرَضَ.

متن الخطاب

قال ينفذ البيع إذا فات؛ لأنه لم ينفذ إلا على الذمة. وفي الطرر: إذا ادعى الراهن أنه دفع الدين وأنكر المرتهن، فإن لم يشترط في العقد التصديق وأقام بينة على الدفع انتقض البيع وإن لم تقم بينة حلف المرتهن وينفذ البيع، وإن نكل حلف الراهن لقد/ أوفاه وسقط الدين ونفذ البيع ويدفع المرتهن الثمن إلى الراهن وإن اشترط التصديق في العقد فله شرطه وينفذ البيع. قاله ابن فتحون. قال: وهو مثل ما ذكر التونسي وخلافه ما ذكر اللخمي. انتهى.

205

ص: وإن تنازعا في عسره في غيبته اعتبر حال قدومه ش: قال في الشامل: وإن تنازعا في عسره في الغيبة ولا بينة فثالثها لابن القاسم إن قدم معسرا صدق وإلا صدقت. انتهى. فعلم أنه إنما يعتبر حاله إذا لم تكن بينة. والله أعلم. وانظر رسم طلق من سماع ابن القاسم من طلاق السنة. ص: وفي إرسالها [فالقول²⁵²⁴] قولها إن رفعت من يومئذ لحاكم ش: يعني وإن تنازعا في إرسال النفقة فإن رفعت المرأة أمرها لحاكم في غيبة الزوج فalcول قولها من يومئذ يعني من يوم الرفع. قال ابن فرحون: الثالث يعني من الأقوال المشهورة لابن القاسم قال إن رفعت أمرها إلى الحاكم فalcول قولها من يوم الرفع. انتهى. والظاهر أن حكم الكسوة حكم النفقة. والله أعلم.

تنبيه: قال أبو الحسن الصغير في أواخر كتاب النكاح الثاني: وهذا فيمن هي في العصمة، وأما المطلقة الحامل فalcول قولها كان الطلاق بائنا أو رجعيًا. قاله ابن رشد. انتهى.

ص: لا لعدول وجيران ش: قال ابن عرفة: الذي استمر عليه عمل قضاة بلدنا أن الرفع إلى العدول كالرفع إلى السلطان والرفع إلى الجيران لغو.

ص: كالحاضر ش: يعني أن القول قوله مطلقا.

ص: وحلف لقد قبضتها ش: راجع إلى الغائب والحاضر. قاله في التوضيح والشامل وغيرهما، وقال في الشامل: ويعتمد في يمينه على كتابها أو رسولها. انتهى. ونص كلامه في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وأما الحاضر فalcول قوله للعرف حكى في البيان الاتفاق على ذلك؛ لأن العرف يشهد بصحة قوله ولا بد له من اليمين. صرح بذلك صاحب الكافي. وفي الطرر: قال ابن رشد: إنما يصدق الرجل أنه دفع النفقة إذا ادعى بعد مضي المدة أنه كان ينفق عليها أو كان يدفع إليها نفقتها أو ما تنفق شيئا بعد شيء أو في جملة واحدة، وأما إن ادعى أنه دفع إليها مائة دينار عن نفقتها فيما مضى وأنكرت ذلك فلا/ يصدق إجماعا، وحكى ابن زرب خلافه وخطأه. انتهى كلام التوضيح.

206

ص: وفيما فرضه فقوله إن أشبهه وإلا فقولها إن أشبهه ش: فاعل فرضه ضمير يعود إلى الحاكم أعم من أن يكون حاكمها هو الفارض أو حاكم غيره كذا ارتضاه في التوضيح، واختلف هل هذا الحكم

الحديث

وَفِي حَلْفٍ مُدْعِي الْأَشْبَهِ تَأْوِيلَانِ. فصل إِنَّمَا تَجِبُ نَفَقَةُ رَقِيقِهِ وَدَابَّتِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَرْعَى وَلَا بَيْعَ.

متن الخطاب إذا [تنازعا]²⁵²⁵ فيما مضى، وأما المستقبل فالحكم فيه استثناف النظر من غير نظر قول مدعي الأشبه أو هذا الحكم مطلقا. ذكره عياض ونقله في التوضيح.

ص: وفي حلف مدعي الأشبه تأويلان ش: التأويل بلزوم اليمين رجحه عياض وارتضاه ابن عبد السلام.

فرع: قال ابن فرحون تبعا لابن عبد السلام: ولو أقام أحدهما شاهدا بأن الحاكم فرض بينهما كذا وكذا فيجري على الخلاف في حكم القاضي هل يثبت بشاهد ويمين؟ انتهى. قال أبو الحسن في شرح هذه المسألة في أواخر النكاح الثاني: ابن رشد: والمشهور أن حكم الحاكم في المال يثبت بالشاهد واليمين. انتهى. وسيأتي الكلام على ذلك عند قول المصنف في باب القضاء: "وشاهدين مطلقا". والله أعلم.

ص: فصل إِنَّمَا تَجِبُ نَفَقَةُ رَقِيقِهِ وَدَوَابِّهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَرْعَى وَلَا بَيْعَ ش: الحصر راجع إلى النفقة الواجبة بالملك، وقوله: "تجب نفقة رقيقه" يريد وكسوته بالمعروف كما قاله [مالك]²⁵²⁶ في آخر سماع أشهب من كتاب الأقضية، ونصه: مسألة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف، [ولا يكلف من العمل ما لا يطيق]}¹ قيل لمالك أفترى أن يقضى على مالكة [ألا]²⁵²⁷ يكلفه من العمل ما لا يطيق؟ فقال: نعم أرى أن يقضى بذلك عليهم [ألا]²⁵²⁸ يكلفوا من العمل إلا ما يطيقون. قال ابن رشد: الحديث هو حديث الموطأ من رواية أبي هريرة ومعنى بالمعروف أي من غير إسراف ولا إقتار على قدر سعة [حال]²⁵²⁹ السيد وما يشبه حال العبد أيضا، فليس الوغد الأسود الذي هو للخدمة والحرث كالنبييل التاجر الفاره فيما يجب لهما على سيدهما من الكسوة سواء ويقضى للعبد على سيده إن قصر عما يجب له عليه بالمعروف. انتهى. وقال الباجي في شرح الموطأ في كتاب الأقضية في نحر ناقة المزن: يلزم الرجل أن لا يجيع رقيقه عن شبعهم الوسط أو يبيعههم. انتهى.

فائدة: قال ابن رشد إثر كلامه المتقدم في بيان معنى المعروف في قوله في الحديث: {للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف}²: وفي هذا دليل ظاهر على [أنه]²⁵³⁰ لا يلزم الرجل أن يساوي بين نفسه وعبيده في المطعم والملبس على ما ذهب إليه بعض أهل العلم لقول النبي صلى الله عليه وسلم: / {أطعموهم مما تأكلون واكسوهم مما تلبسون}³ وقد روي عن أبي اليسر الأنصاري وأبي ذر من

207

¹ - للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل إلا ما يطيق، الموطأ، كتاب الاستيذان باب الامر بالرفق بالمملوك، رقم الحديث 40 ص 614.

² - للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل إلا ما يطيق، الموطأ، كتاب الاستيذان باب الامر بالرفق بالمملوك، رقم الحديث 40 ص 614.

³ - الاتحاف، ج 6 ص 323، الكنز، ج 9 ص 201، رقم الحديث 25666، ولفظ مسلم أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون، صحيح مسلم، كتاب الزهد، رقم الحديث 3007، دار إحياء التراث.

2525 - في المطبوع قلنا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 206 وم 78 ويم 99 والشيخ 183 ومايبي 147.

2526 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 206 وم 78 ويم 100 والشيخ 183 ومايبي 147.

2527 - في المطبوع ولا (وفي م 78 ويم 100 والشيخ 183 أن لا) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 206 ومايبي 147.

2528 - في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 206 وم 78 ومايبي 147 (وفي يم 100 والشيخ 183 أن لا).

2529 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 206 وم 78 ويم 100 والشيخ 183 ومايبي 147.

2530 - في المطبوع أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 206 وم 78 ويم 100 والشيخ 183 ومايبي 147.

متن الخطاب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنهما كانا يفعلان ذلك، وهو محمول منهما على الرغبة في فعل الخير لا أن ذلك واجب عليهما؛ إذ لم يقل صلى الله عليه وسلم أطمعوهم مثل ما تأكلون واكسوهم مثل ما تكتسبون، وإنما قال مما تأكلون ومما تلبسون، فإذا أطمعه وكساه بالمعروف من بعض ما يأكل من الخبز والإدام ويلبس من الصوف والقطن والكتان فقد شاركه في مطعمه وملبسه وامتنثل بذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم وإن تفضل عليه في ذلك فلم يكن ملبسه مثل ملبسه ومطعمه مثل مطعمه سواء فعلى هذا تحمل الآثار ولا يكون بينها تعارض.

وقد سئل مالك في سماع أشهب من كتاب الجامع أيصلح أن يأكل الرجل من طعام لا يأكل منه عياله ورقيقه ويلبس ثيابا لا يكسوهم مثلها قال: [إي²⁵³¹] والله إني لأراه من ذلك في سعة. فقيل له أرأيت ما جاء من حديث أبي الدرداء قال: كان الناس يومئذ ليس لهم ذلك القوت. انتهى. وقوله: "ودوابه إن لم يكن مرعى" يريد وكذلك إن لم يكن المرعى يكفيها. قال في الجواهر: ويجب على رب الدواب علفها أو رعيها إن كان في رعيها ما يقوم بها، وقاله في التوضيح وغيره. انتهى. وقال ابن فرحون: وأما إن كان المرعى يكفيها فإنما يجب عليه أن يرعاها بنفسه أو بأجرة. انتهى. وما ذكره المصنف، وقاله في الجواهر نقله ابن عرفة عن أبي عمر. ونقل عن ابن رشد ما يخالفه، وناقشه في ذلك واستصوب ما قاله أبو عمر، ولنذكر كلام ابن رشد من أصله ومناقشة ابن عرفة له. قال ابن رشد إثر قوله المتقدم في العبد: ويقضى للعبد على سيده إن قصر عما يجب له بالمعروف في مطعمه وملبسه بخلاف ما [يملكه²⁵³²] من البهائم فإنه يؤمر بتقوى الله في ترك ذلك عنها ولا يقضى عليه بعلفها، وقد روي عن أبي يوسف أنه يقضى على الرجل بعلف دابته، كما يقضى عليه بنفقة عبده لما جاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل حائط رجل من الأنصار فإذا فيه جمل فلما رأى النبي صلى الله عليه وسلم رق له وذرفت عيناه، فمسح رسول الله صلى الله عليه وسلم سروه [وذفراه²⁵³³] حتى سكن ثم قال: {من رب هذا الجمل؟ فجاء فتى من الأنصار فقال: هو لي يا رسول الله. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أفلا تتقي الله في البهيمة التي ملكك الله إياها فإنه شكأ إلي أنك تجيعه¹} والفرق بين العبد والدابة أن

الحديث 1- عن عبد الله بن جعفر قال أردفني رسول الله صلى الله عليه وسلم خلفه ذات يوم فأسر إلي حديثا لا أحدث به أحدا من الناس وكان أحب ما استتر به رسول الله صلى الله عليه وسلم لحاجته هدفا أو حائش نخل قال فدخل حائطا لرجل من الأنصار فإذا جمل فلما رأى النبي صلى الله عليه وسلم حن وذرفت عيناه فأتاه النبي صلى الله عليه وسلم فمسح ذفراه فسكت فقال من رب هذا الجمل لمن هذا الجمل فجاء فتى من الأنصار فقال لي يا رسول الله فقال أفلا تتقي الله في هذه البهيمة التي ملكك الله إياها فإنه شكأ إلي أنك تجيعه وتدئبه، سنن أبي داود، كتاب الجهاد، دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 2549.

2531 - في المطبوع أي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 207 وم 78 ويم 100 وما يابى 147 .

2532 - في المطبوع ما يأكله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 207 وم 78 ويم 100 وما يابى 148 (وفي الشيخ 184 يملك).

2533 - في المطبوع وذفريه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 207 والشيخ 184 وما يابى 148.

كَتَكْلِيفِهِ مِنَ الْعَمَلِ مَا لَا يُطِيقُ وَيَجُوزُ مِنْ لَبْنِهَا مَا لَا يَضُرُّ بِنْتَانِجَهَا.

متن الخطاب العبد مكلف تجب عليه الحقوق من الجنائيات وغيرها، فكما يقضى عليه يقضى له، والدابة غير مكلفة لا يجب عليها حق ولا يلزمها جناية، فكما لا يقضى عليها لا يقضى لها. انتهى كلام ابن رشد بلفظه. ونقله ابن عرفة برمته وقال بعده: قلت: تعذر شكوى الدابة يوجب أحروية القضاء لها، وذكر أبو عمر في العبد ما تقدم وقال: ويجبر الرجل على أن يعلف دابته أو يرعاها إن كان في رعيها ما يكفيها أو يبيعهما أو يذبح ما يجوز ذبحه، ولا يترك يعذبها بالجوع. قلت: ولازم هذا القضاء عليه لأنه منكر وتغيير المنكر واجب القضاء به وهذا أصوب من قول ابن رشد، وقوله: "مسح سروه" أي ظهره الجوهري سراة كل شيء ظهره ووسطه والجمع سروات، [والذفرى²⁵³⁴] بالذال المعجمة، الجوهري: هو الموضع خلف أذن البعير أول ما يعرق منه. انتهى كلام ابن عرفة بلفظه. والله أعلم. وقوله: "ولا بيع" أي وإن لم ينفق على رقيقه أو على دابته حيث تلزمه النفقة عليهم فإنهم يباعون عليه؛ يريد إلا الحيوان المأكول فإنه لا يتعين عليه البيع، بل يخير بين الذبح والبيع كما تقدم في كلام أبي عمر، [وقاله²⁵³⁵] في الجواهر وغيرها، ونص الجواهر إثر كلامه المتقدم: فإن أجذبت الأرض تعين عليه العلف فإن لم يعلف أمر بأن يذبحها أو يبيعهما إن كانت يجوز أكلها ولا يترك وتعذيبها بالجوع أو غيره. انتهى.

فروع: الأول: نفقة العبد المشترك على قدر الأنصاء، والمعتق بعضه كالمشترك، والمدبر والمعتق إلى أجل كالقن، والمخدم المشهور أن نفقته على من له الخدمة، وقيل على سيده، وقيل إن كانت الخدمة يسيرة فعلى السيد، وإلا فعلى من له الخدمة. انتهى بالمعنى من ابن عرفة.

/ الثاني قال ابن عرفة قال ابن حارث اختلف في الأمة المستحقة تكون حاملا ممن استحققت منه؟ فقال ابن عبد الحكم نفقتها على مستحقها، وقال يحيى بن عمر بل هي على من هي حامل منه، وقول يحيى هذا جيد؛ لأن الجنين حر. قلت: الأظهر إن كان في خدمتها قدر نفقتها أنفق عليها منه. انتهى.

الثالث: قال الشيخ يوسف بن عمر: من كان له شجر ضيعها بترك القيام بحقها فإنه يؤمر بالقيام فيها، فإن لم يفعل فإنه مأثوم ولم نسمع أنه يؤمر ببيع ذلك إذا فرط فيه. انتهى. وقاله الجزولي أيضا وزاد: ويقال له ادفعها لمن يخدمها مساقاة [بجميع²⁵³⁶] الثمرة. انتهى. والله أعلم.

ص: كتكليفه من العمل ما لا يطيق ش: يعني أنه كما يباع عليه رقيقه ودوابه لعدم النفقة عليهم حيث تلزمه النفقة عليهم فكذلك يباعون عليه إذا كلفهم من العمل ما لا يطيقون، وقوله: "ما لا يطيق" يريد ما لا يطيقه إلا بمشقة خارجة عن المعتاد، لا ما لا يطيقه أصلا، ولذلك قال مالك: لا يكلف العبد الصغير الذي لا صنعة له الخراج لأنه لا يجد ما يخدم فيؤدي إلى أن يسرق، وكذلك الأمة لأنه يؤدي إلى أن تسعى بفرجها، وروي هذا عن عثمان، كذا قال الجزولي في شرح قول

2534 - في المطبوع والذفر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 207 وم 79 والشيخ 184 (وفي يم 100 والذفر) وما يابى 148 والذفرى.

2535 - في المطبوع وما قاله وما بين المعقوفين من سيد 34 وم 79.

2536 - في المطبوع لجميع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 208 وم 79 ويم 101 وما يابى 148.

الرسالة: "ولا يكلف من العمل ما لا يطيق". وقال أيضا: وسئل مالك هل للسيد أن يقيم عبده للطحن بالليل؟ فقال: [إذا²⁵³⁷] كان يخدم بالنهار فلا ينبغي لسيدته أن يقيمه بالليل ليطحن إلا الشيء الخفيف وإن كان لا يخدم بالنهار يجوز ذلك. انتهى. ونقله ابن عمر وقال: لا يخدم بالليل إلا ما خف من الأعمال. انتهى. والمسألة في كتاب الإجارة من المدونة في ترجمة الأجير يفسخ إجارته في غيرها، ونصها: ومن آجر أجييرا للخدمة استعمله على عرف الناس من خدمة الليل والنهار؛ كمناولته إياه ثوبه أو الماء في ليله، وليس مما يمنعه النوم إلا في أمر [يعرض له المرة²⁵³⁸] بعد المرة [فيستعمله²⁵³⁹] فيه بعض ليلة، كما لا ينبغي لأرباب العبيد إجهادهم، فمن عمل منهم في نهاره ما يجهد فلا يستطحن في ليله إلا أن يخف عمل نهاره فليستطحنه ليله إن شاء من غير إفداح، ويكره ما أجهد أو قل منه. انتهى.

تنبيه: قال في الجواهر: لا يتعين ما يضرب على العبد من خراج بل عليه بذل المجهود. انتهى. وقوله: "كتكليفه" الضمير راجع إلى المملوك المدلول عليه بالرقيق والدواب، فأما الرقيق فقال في التوضيح: فرع: إذا تبين ضرره بعبدته في تجويعه وتكليفه من العمل ما لا يطيق وتكرر ذلك منه بيع. انتهى. وما ذكره في التوضيح هو نص كلام ابن رشد وسيأتي ذلك في أثناء كلام له عند قول المصنف: "وإعافاه بزوجة" وتقدم في باب النفقات عند قول المصنف: "وإن غائبا" حكم ما إذا أعسر السيد بنفقة أم الولد والمدير والمعتق إلى أجل أو غاب وتركهم، وأما إن أضر بهم فقال في النوادر في آخر ترجمة الرفق بالمملوك من كتاب الأقضية الثاني ناقلا له عن العتبية وقال يعني أشهب في مدبر أضر به سيده ويؤدبه قال: يخرج من يده ويؤاجر عليه، قال أصبغ: إنه لا يباع عليه. اهـ. والمسألة في العتبية في كتاب السلطان في ثاني مسألة من سماع أصبغ، ونصها: وسئل -يعني أشهب- عن المدير يضر به سيده ويؤدبه قال: يخرج من يده ويؤاجر عليه. قال أصبغ: ولا يباع؛ لأن المدير لا يباع على حال في الحياة ولا تنقض الضرورة التدبير؛ لأنه عتق.

قال ابن رشد: هذا بين على ما قاله قياسا على مدبر النصراني يسلم أنه يؤاجر ولا يباع كما يباع عليه عبده إذا أسلم. وبالله التوفيق. اهـ. والظاهر أن المعتق إلى أجل مثله، وانظر أم الولد هل تؤاجر أو تعتق؟. والله أعلم. وأما الدواب فقال الشيخ يوسف بن عمر عند قول الرسالة في باب العلاج: "ويرتفق بالمملوك": والرفق بسائر الحيوان أيضا مطلوب، فلا يجوز له أن يحمل دابته ما لا تطيق ولا يعري ظهرها، فإن لم يقم بحق الحيوان فإنه يقال له إن لم تقم بحقها وإلا تباع عليك. اهـ. ونحوه قول الجواهر المتقدم: ولا يترك وتعذيبها بالجوع ونحوه.

تنبيه: قال الجزولي في شرح قول الرسالة: "ويكره الوسم في الوجه": ويجوز أن يحمل على البغال والحمير ويجوز ركوبها. قال ابن العربي: ولا خلاف في البقر أنه لا يجوز أن يحمل عليها، وإنما

2537 - في المطبوع إذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص208 وم79 ويم101 والشيخ185 ومايأبى149.

2538 - في المطبوع يفرض مرة وم79 والشيخ185 ومايأبى149 وما بين المعقوفين من ن عدود ص208 ويم101.

2539 - في المطبوع يستعمله وما بين المعقوفين من ن عدود ص208 وم79 والشيخ185.

وَبِالْقَرَابَةِ عَلَى الْمُوسِرِ نَفَقَةُ الْوَالِدَيْنِ الْمُعْسِرِينَ وَأُثْبِتْنَا الْعُدْمَ لَا بَيِّمِينَ وَهَلِ الْإِبْنُ إِذَا طُولِبَ بِالنَّفَقَةِ مَحْمُولٌ عَلَى الْمَلَاءِ أَوْ الْعُدْمِ قَوْلَانِ وَخَادِمِهِمَا وَخَادِمِ زَوْجَةِ الْأَبِ.

متن الحطاب
اختلف في ركوبها هل يجوز أم لا؟ قولان. الشيخ: وإنما كره ابن العربي أن يحمل عليها لما [روي أن²⁵⁴⁰ بعض الناس حمل على بقرة فقالت له ألهذا خلقت. اهـ. والله أعلم.

فرع: قال الزناتي: يجوز للعبد أن يقول لسيده يا سيدي ويا مولاي ولا يقول ربي. اهـ.
ص: وبالقرباية على الموسر نفقة الوالدين المعسرين ش: يريد سواء كانا مسلمين أو كافرين كان هو مسلما أو كافرا صغيرا أو كبيرا ذكرا أو أنثى سواء رضي الزوج أو أبى. قاله في المدونة في آخر كتاب إرخاء الستور قبل ترجمة الحكمين بأسطر، ويلزم الولد الملىء نفقة أبويه الفقيرين، كانا مسلمين أو كافرين، والولد صغيرا أو كبيرا، ذكرا أو أنثى، كانت البنت متزوجة أم لا، [وإن كره²⁵⁴¹] زوج الابنة. اهـ. وقاله ابن الحاجب، وهذا هو المشهور، وروى ابن غانم عن مالك أنه لا نفقة للأبوين الكافرين. نقله في التوضيح، وقال ابن عرفة: وتجب نفقة الوالد لفقره على ولده ليسره والكفر والصحة والصغر وزوج البنت وزوج الأم الفقير لغو، ابن حارث: روى ابن غانم: لا نفقة للأبوين الكافرين. المتيطي: بالأول العمل وهو قول مالك المشهور. اهـ.

فروع: الأول: فإن كان للوالد مال فوهبه أو تصدق به ثم طلب الابن بالنفقة فللولد أن يرد فعله، وكذلك لو تصدق به على أحد ولديه لكان للولد الآخر أن يرد فعله. قاله اللخمي ونقله في التوضيح.
الثاني: قال اللخمي: وإن كان للأب صنعة تكفيه وزوجته جبر عليها، وإن كفت بعض نفقته أكملها ولده، وقال الباجي: نفقة الوالدين المعسرين تلزم الولد ولو قويا على العمل. قال ابن عرفة إثر نقله كلامهما: قلت قولاً اللخمي والباجي كالتولين في الفقير القادر على العمل هل يعطى الزكاة أم لا؟ اهـ. واقتصر في الجواهر على قول اللخمي فقال في نفقة القربة: ويشترط في المستحق الفقر والعجز عن التكسب ويختص الأولاد بزيادة شرط الصغر. اهـ. وسيأتي كلامه بآتم من هذا في شرح قول المصنف: "ونفقة الولد"، وهذا هو الظاهر قياسا على الوالد فإنه يشترط في وجوب نفقته العجز عن التكسب، وعليه اقتصر في الشامل. والله أعلم.

الثالث: قال ابن عرفة: في نوازل ابن رشد من استلحقه رجلان وأنفقا عليه حتى كبر ثم افتقرا لزمه نفقة رجل واحد يقتسمانها، وإن افتقر أحدهما لزمه نصف ذلك. اهـ.
ص: وأثبتنا العدم [لا بيمين²⁵⁴²] ش: لو قال ولا يمين لكان أحسن والأول صواب: وتردد ابن رشد في لحوق اليمين واستظهر الحكم بوجوبها ذكره في رسم صلى نهارا من كتاب الأقضية. والله أعلم.

ص: وهل الابن إن طولب بالنفقة محمول على الملاء أو العدم قولان ش: قال ابن رشد في البيان

2540 - في المطبوع رأى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 209 وم 79 ويم 101 والشيخ 185 وما يابى 149.
2541 - في المطبوع والكره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 209 وم 79 ويم 101 والشيخ 185 وما يابى 149.
2542 - في المطبوع بلا يمين والشيخ 186 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 209 وم 79 ويم 102 وما يابى 150.

نص خليل وإِعْقَافُهُ بِزَوْجَةٍ وَاحِدَةٍ وَلَا تَتَعَدَّدُ إِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا أُمُّهُ عَلَى ظَاهِرِهَا لَا زَوْجَ أُمِّهِ وَجَدَ وَوَلَدَ ابْنٍ وَلَا يُسْقِطُهَا [تَزْوِيجُهَا]²⁵⁴³ س [بِفَقِيرٍ وَوُزِعَتْ عَلَى الْأَوْلَادِ وَهَلْ عَلَى الرَّؤُوسِ أَوْ الْإِرْثِ أَوْ الْيَسَارِ أَقْوَالٌ.

مثن الخطاب إثر كلامه المتقدم في التنبيه الثالث في شرح قول المصنف: "وفرض في مال الغائب" في قول العتبية المتقدم هناك فنفقة الأبوين لا تجب إلا بفريضة من سلطان حتى يجدهما يستحقانها ويجد [له]²⁵⁴⁴ [مالا يعديهما فيه وإلا فلا، وقوله: "ويجد [له]²⁵⁴⁵ ما لا يعديهما فيه" مثله في كتاب ابن المواز، وهو يدل على أنه محمول على العدم حتى يثبت ملاؤه على ما ذهب إليه ابن الهندي، خلاف ما ذهب إليه ابن العطار. اهـ. قال في مختصر المتيطي إثر نقله القولين: وهذا الخلاف إنما هو إذا لم يكن له ولد سواء فإن كان له غيره وجب على الابن المدعي العدم إثبات عدمه لحق أخيه. اهـ. ونحوه في التوضيح والشامل. والله أعلم.

210

ص: وإِعْقَافُهُ بِزَوْجَةٍ ش: تصوره واضح
فرع: قال ابن عرفة: وسمع ابن القاسم في العدة: لا يجبر الولد على إحجاج أبيه. ابن رشد: هذا على أن الحج على التراخي، وعلى الفور يلزمه ذلك، كما يجبر على شراء الماء لغسله ووضوئه. [اهـ].²⁵⁴⁶

فرع: وأما الولد فقال للخصمي وقول مالك [إنه]²⁵⁴⁷ ليس على الأب أن ينفق على زوجة ولده والقياس أن ذلك عليه قياسا على زوجة الأب أن على الابن أن ينفق عليها، ولأن الابن أحوج إلى الزوجة منه. اهـ. ونقله ابن عرفة عنه، وقال بعده: قلت: يرد بأن نفقة الابن تسقط ببلوغه وإن فرض كونه بلغ زمنا فالزمانة مظنة عدم الحاجة للزوجة. اهـ. والله أعلم. وأما العبد والأمة إذا شكيا العزبة فتقدم الكلام عليه في باب النكاح عند قول المصنف: "وجبر المالك عبدا وأمة بلا إضرار لا عكسه". والله أعلم.

ص: ولا تتعدد إن كانت إحداها أمه ش: فأحرى إن لم تكن إحداها أمه، ولو قال المصنف لو كان أحسن وأجرى على طريقته.

فرع: قال ابن عرفة عن الخصمي: فإن كانت له زوجتان ونفقتهما مختلفة فدعا الأب للتي نفقتها أكثر وخالف الولد فلا أعرف فيها نصا، ومقتضى أصول المذهب أن القول قول الأب إن كانت من مناكحه. اهـ.

ص: وهل على الرؤوس أو الإرث أو اليسار أقوال ش: ذكر البرزلي في أواخر مسائل النكاح أن

الحديث

2543 س - تزوجها بفقير نسخة. تزوجها من فقير نسخة.

2544 - في المطبوع لهما والشيخ 186 وم 80 ومايأبى 150 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 209 وم 102.

2545 - في المطبوع لهما ومايأبى 150 والشيخ 186 وم 80 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 209 وم 102.

2546 - ساقطة من المطبوع والشيخ 186 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 210 وم 102 ومايأبى 150.

2547 - ساقطة من المطبوع (وفي م 80 والشيخ 186 ومايأبى 150 أن ليس) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 210 وم 102.

نص خليل وَنَفَقَةُ الْوَلَدِ الذَّكَرِ حَتَّى يَبْلُغَ عَاقِلًا قَادِرًا عَلَى الْكَسْبِ وَالْأُنْثَى حَتَّى [يَدْخُلَ زَوْجُهَا] ²⁵⁴⁸ س.

متن الخطاب

المشهور أنها على قدر [الملاء] ²⁵⁴⁹ فانظره. والله أعلم.

مسألة: قال ابن عرفة: وفي نوازل ابن رشد: من أنفق على أبيه المعدم فلا رجوع له على إخوته الأملياء بشيء مما أنفق؛ ليس لأجل ما ذكر أنه يحمل منه ذلك على التطوع، بل لو أشهد أنه إنما ينفق عليه على أن يرجع على إخوته بمنابهم لما وجب له الرجوع عليهم بشيء؛ لأن نفقته لم تكن واجبة عليهم حتى يطلبوا بها بخلاف نفقة الزوجة.

قلت: ويؤيده ما في سماع أصبغ من كتاب العدة من يغيب ويحتاج أبواه وامراته ولا مال له [حاضر] ²⁵⁵⁰ أيؤمر أن يتداینوا عليه ويقضى لهم بذلك؟ قال: أما الزوجة فنعم، وأما الأبوان فلا لأنهم لو لم يرفعوا ذلك حتى يقدم [فأقر] ²⁵⁵¹ لهم غرم للمرأة لا للأبوين. اهـ. وقال أبو الحسن الصغير في أوائل الزكاة الأول في شرح قول المدونة في الأبوين: "والولد إذا أنفقوا ثم طلبوا لم يلزمه ما أنفقوا وإن كان موسرا". ويقوم من هنا مثل ما ذكر ابن رشد في الأجوبة فيمن أنفق على أبيه وله إخوة [فأراد] ²⁵⁵² الرجوع على إخوته بما ينوبهم فليس ذلك له وإن أشهد؛ إذ لا تجب للأب النفقة حتى يبتغيها. اهـ. وقول ابن رشد لأنها ساقطة عنهم حتى يطلبوا بها انظر لو طلبوا بها وفرضها الحاكم، والظاهر أنه إن أشهد أنه يرجع فله الرجوع، وإن لم يشهد فيحلف ويرجع. والله أعلم. ونقل البرزلي كلام ابن رشد في مسائل النكحة.

ص: ونفقة الولد الذكر حتى يبلغ عاقلا قادرا على الكسب والأنثى حتى يدخل زوجها ش: يعني أنه يجب بالقرابة أيضا على الأب الحر إذا كان له فضل عن قوته/ وقوت زوجته إن كانت له زوجة نفقة الولد الذكر الحر إذا لم يكن له مال ولا كسب بصناعة لا تلحقه فيها معرة، فإن كان له مال أو صناعة لم تجب على الأب إلا أن يمرض الولد أو تكسد صنعته فتعود النفقة على الأب، وإن لم يكن فيها كفاية وجب على الأب التكميل، وتستمر نفقة الولد الذكر حتى يبلغ عاقلا قادرا على الكسب، أو يحدث له مال أو صناعة، وحكم الأنثى كذلك في جميع ما تقدم، إلا أنها تستمر نفقتها حتى يدخل بها زوجها؛ يريد أو يدعى إلى الدخول، وهي ممن يوطأ مثلها وهو بالغ، ولو قال حتى تجب النفقة على الزوج كما قال في الجواهر [لكن أحسن،] ²⁵⁵³ السبب الثاني القرابة، والمستحق بها أولاد الصلب والأبوان، ولا يتعدى الاستحقاق لولد الولد ولا للجد والجدة، ويشترط في المستحق فقره وعجزه عن التكسب، ويختص الأولاد بشرط آخر وهو الصغر على تفصيل يأتي، ويشترط في المستحق عليه يسره بما يزيد على حاجته، ولا يباع عليه عبده وعقاره إذا لم يفضل عن حاجته، ولا

211

الحديث

²⁵⁴⁸ س - حتى يدخل بها زوجها نسخة.

²⁵⁴⁹ * - في المطبوع الملاء، وما بين المعقوفين من 102 والشيخ 187، وفي م 80 وما يابى 150 الملا.

²⁵⁵⁰ - في المطبوع خاص وما بين المعقوفين من ن عود ص 210 ويم 102 (وفي م 80 وما يابى 150 حاضرا يومر) (وفي الشيخ 187 حاضرا ويومر).

²⁵⁵¹ - في المطبوع فيقر وما بين المعقوفين من ن عود ص 210 وم 80 ويم 102 والشيخ 187 وما يابى 151.

²⁵⁵² - في المطبوع فأرادوا وما بين المعقوفين من ن عود ص 210 وم 80 ويم 102 والشيخ 187 وما يابى 151.

²⁵⁵³ - ساقطة من المطبوع ويم 103 وما بين المعقوفين من ن عود ص 211 وم 80 وما يابى 151 والشيخ 187.

نص خليل وَتَسْقُطُ عَنِ الْمَوْسِرِ بِمُضِيِّ الزَّمَنِ إِلَّا لِقَضِيَّةٍ أَوْ يُنْفَقَ غَيْرُ مُتَبَرِّعٍ.

متن الخطاب يلزمه الكسب لأجل نفقة القريب، ولا يشترط المساواة في الدين، بل ينفق المسلم على الكافر والكافر على المسلم، وتستمر النفقة في حق الأبوين للموت أو لحدوث مال، وفي الولد الذكر لبلوغه صحيحا، وفي الأنثى حتى تتزوج، وتجب النفقة على زوجها، فمن بلغ وبه زمانة تمنعه السعي لم تسقط على المشهور، وقيل تسقط. انتهى.

قلت: قوله: يشترط في المستحق عجزه عن التكسب هو أحد القولين اللذين ذكرهما ابن عرفة وتقدما. وقال المصنف في التوضيح: وإنما تجب نفقة الولد على من قدر عليها، وإن لم يقدر عليها وقدر على حق الزوجة فلا درك عليه في ذلك، ونقله ابن عرفة أيضا وغيره، ونقله البرزلي في مسائل النكاح، وزاد عن القابسي: والولد من فقراء المسلمين إلا الذي يرضع فعلى أمه رضاعه في عسر أبيه مع قيامه بنفقتها. انتهى. ونحوه في كتاب النفقات لابن رشد، وفيه إنهن لو كن أربع زوجات كن أحق من والدته وولده.

فرع: قال ابن عرفة: للخمى: نفقة الأب فيما فضل للولد عن نفقته ونفقة زوجته، واختلف إذا كان للولد ولد فقيل يتحاص الجد وولد الولد، وقال ابن خويز منداد: يبدأ الابن وأرى أن يبدأ الابن [إن²⁵⁵⁴] كان صغيرا لا يهتدي لنفعه، وسواء كان الأب صحيحا أو زمنا، وإن كان الولد كبيرا ترجح القولان، وكذا الولد أن يبدأ الصغير على الكبير والأنثى على الذكر، وكذا الأبوان تبدأ الأم على الأب. انتهى. ونقله في الشامل أيضا، وفي آخر باب النفقات من التوضيح شيء منه عن اللخمي. تنبيه: لو رشد الرجل ابنته لم تسقط نفقتها بترشيده وتلزمه نفقتها حتى يدخل بها زوجها. قاله المنيطي ونقله في المسائل الملقوطة.

ص: وتسقط عن الموسر بمضي الزمن إلا لقضية أو ينفق غير متبرع ش: أي وتسقط نفقة القريب، سواء كان أبا أو ابنا بمضي الزمن عن قريبه، فلو تحيل/ في الإنفاق ثم أراد الرجوع فليس له ذلك لأنها مواساة لسد الخلّة، فإذا انسدت الخلّة زال الوجوب، وهذا بخلاف نفقة الزوجة؛ لأنها في معنى المعاوضة فلا تسقط، وأما نفقة القريب فتسقط إلا لقضية؛ أي إلا إذا كان القاضي قد فرضها فلا تسقط ويرجع بها المنفق ولو مضى زمنها أو ينفق على القريب شخص غير متبرع، وما ذكره المصنف هو نحو قول ابن الحاجب: وتسقط عن الموسر بمضي الزمان بخلاف الزوجة إلا أن يفرضها الحاكم أو ينفق غير متبرع. قال ابن عرفة: وكلامه يقتضي أن نفقة الأجنبي غير متبرع كحكم القاضي بالنفقة، وليس كذلك إنما يقضى للمنفق غير متبرع إذا كان ذلك بعد الحكم بها، [فلو²⁵⁵⁵] قال إلا أن يفرضها فيقضي بها لهما أو لمن أنفق عليهما غير متبرع لكان أصوب. الشيخ عن الموازية: إذا رفع الأبوان إلى السلطان في مغيب الابن ولا مال له حاضر لم يأمرهما أن يتسلفا عليه بخلاف الزوجة؛ إذ لا تجب

212

الحديث

2554 - في المطبوع وإن (وفي الشيخ 188 الابن وكان) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 211 وم 80 وبم 103

وما يابى 151.

2555 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 212 وم 80 والشيخ 188 وما يابى 152

متن الخطاب

نفقتهما إلا بالحكم. انتهى. وكلام ابن عبد السلام قريب مما قاله ابن عرفة، ونصه إثر قول ابن الحاجب: إلا أن يفرضها الحاكم أو ينفق غير متبرع يعني إلا أن تكون النفقة وجبت بعد توجه موجبها عند الحاكم وفرضها لمن وجبت له وتعدّر أخذها ممن وجبت عليه لغيبة وشبهها أو لم تتعدّر فأنفق على الأب أو على الولد من لم يقصد إلى التبرع بل قصد الرجوع فله الرجوع، ونبه بقوله: وفرضها القاضي على الجمع بين مسألتين المدونة، وذلك أنه قال في كتاب الزكاة الأول في الأبوين والولد إذا أنفقوا ثم طلبوا لم يلزمه ما أنفقوا وإن كان موسرا.

وقال في النكاح الثاني: وإذا أنفقت يعني الزوجة على نفسها وعلى صغار ولده وأبكار بناته من مالها أو سلفا والزوج غائب فلها اتباعه إن كان في وقت نفقتها موسرا فجمعوا بينهما على أن ما في الزكاة قبل فرض القاضي وما في النكاح بعد فرضه. انتهى. ونقل ابن عرفة كلامه هذا برمته، وقال بعده: قلت في زكاتها مثل ما في نكاحها، وهو قوله: "ويعدى الولد والزوجة بما تسلفاه في يسره من النفقة. انتهى. فأول كلام ابن عبد السلام إلى قوله فله الرجوع، ظاهره يقتضي ما قاله ابن عرفة أن إنفاق غير المتبرع على الأب والولد كان بعد وجوب النفقة وذلك بعد توجه موجبها عند الحاكم وفرضها لمن وجبت له، وهذا الذي ذكره ابن عرفة بالنسبة إلى نفقة الوالدين ظاهر كما تقدم في كلام ابن رشد في [بيع²⁵⁵⁶] عقار الغائب للنفقة على أبويه في شرح قول المصنف: "وفرض في مال الغائب" وأما نفقة الولد فليس ذلك بظاهر.

بل قد نقل هو في كلامه المتقدم عن المدونة في الزكاة والنكاح أنه يعدى الولد والزوجة بما تسلفا في يسره من النفقة، وتقدم عنه أيضا عند قول المصنف: "وعلى الصغير إن كان له مال" أنه نقل عن ابن رشد أن المنفق على الصغير لا يرجع إلا إذا كان للصغير مال أو لأبيه وأن [يسر أبي²⁵⁵⁷] الولد كماله، وأن رجوعه إنما هو إذا أنفق وهو يعلم مال اليتيم أو يسر الأب وما ذكره عن زكاة المدونة هو قول أشهب في الزكاة الأول، وفي آخر باب المديان بعد كلام ابن القاسم الذي نقله ابن عبد السلام عن نكاحها الثاني هو في أواخره في باب زكاة ما يباع على الرجل فيما يلزمه من نفقة امرأته، وهو نص ما ذكره ابن عبد السلام عنها، [وأما ما ذكره عن زكاتها فما ذكره ابن عبد السلام عنها²⁵⁵⁸] هو نص كلام ابن القاسم برمته، وأما ما ذكره ابن عرفة فهو بعض كلام أشهب، [ولنذكر²⁵⁵⁹] كلام الكتابين المتقدمين من الأم بلفظها تنميما للفائدة قال في النكاح الثاني: قلت: رأيت إن أنفقت على نفسها وعلى ولدها والزوج غائب ثم طلبت نفقتها قال ذلك لها إن كان موسرا يوم أنفقت على نفسها وعلى أولادها منه إذا كانوا صغارا أو جوارا أبكارا حضن أو لم يحضن وهذا رأيي. انتهى. وقال في الزكاة الأول بعد قوله: قلت: رأيت رجلا له عشرون دينارا قد حال [عليها²⁵⁶⁰] الحول وعليه عشرة

الحديث

2556 - في المطبوع مبيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 212 وم 81 ويم 103 والشيخ 189 وما يابى 152.
 2557 - في المطبوع رأى (وفي الشيخ 189 وم 81 أيسر) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 212 ويم 103 وما يابى 152.
 2558 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 212 وم 81 ويم 103 والشيخ 189 وما يابى 152.
 2559 - في المطبوع ولتركه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 212 وم 81 ويم 103 والشيخ 189 وما يابى 152.
 2560 - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من م 81 وما يابى 152 ويم 103 والشيخ 183.

نص خليل واستمرت إن دخل زمنة ثم طلق لا إن عادت بالغة أو عادت الزمانة وعلى المكاتبة نفقة ولديها إن لم يكن الأب في الكاتبة وليس عجزه عنها عجزاً عن الكاتبة.

متن الخطاب 213 دراهم نفقة شهر لامرأته قد كان فرضها القاضي أو لم يفرضها، ثم اتبعته بنفقة الشهر وعند الزوج هذه/ العشرون ديناراً؟ فقال: تأخذ نفقتها ولا يكون على الزوج فيها زكاة. قلت: رأيت إن كانت هذه النفقة على هذا الرجل الذي وصفت لك إنما هي نفقة والدين أو ولد فقال لا تكون نفقة الوالدين والولد دينا أبطل به الزكاة عن الرجل؛ لأن الوالدين والولد إنما تلزم النفقة لهم إذا [ابتغوا]²⁵⁶¹ ذلك، وإن أنفقوا ثم طلبوه بما أنفقوا لم يلزمه ما أنفقوا، وإن كان موسراً [والمرأة يلزمه]²⁵⁶² ما أنفقت قبل أن تطلبه بالنفقة إذا كان موسراً.

قلت: فإن كان القاضي قد فرض للأبوين نفقة معلومة فلم يعطهم ذلك شهراً، وحال الحال على ما عند الرجل بعد هذا الشهر أتجعل نفقة الأبوين ها هنا دينا فيما في يديه إذا قضى بها القاضي؟ قال: لا. وقال أشهب أحط به عنه الزكاة وألزمه ذلك إذا قضى القاضي عليه في الأبوين؛ لأن النفقة لهما إنما تكون إذا طلبا ذلك ولا يشبهان الولد، ويرجع الولد على الأب بما تداين الولد لو أنفق عليه إذا كان موسراً ويحط ذلك عنه الزكاة كان بفريضة من القاضي أو لم يكن؛ لأن الأولاد لم تسقط نفقتهم عن الوالد إذا كان له مال من أول ما كانوا حتى يبلغوا والوالدان قد كانت نفقتهم ساقطة وإنما ترجع نفقتهم بالقضية والحكم من السلطان. والله أعلم. انتهى.

قال أبو الحسن الصغير: قوله: وإن أنفقوا ثم طلبوا لم يلزمه ما أنفقوا. انظر هذه المسألة تناقض مسألة تضمين الصانع فيمن أنفق على لقيط، ثم ظهر له بعد ذلك [أب]²⁵⁶³ أنه يرجع على الأب بالنفقة فيقوم مما في تضمين الصانع مثل قول أشهب إن نفقة الولد تسقط الزكاة وإن كانت بغير قضية، ثم نقل كلام اللخمي وأبي إسحاق وغيرهما من الشيوخ، وما قالوه من التوفيق بين قول ابن القاسم وأشهب، وأطال الكلام في ذلك فليراجع من أراد. والله أعلم.

وتقدم في كلام ابن عبد السلام الإشارة إلى معارضة كلام ابن القاسم المذكور أيضاً بكلامه الذي في النكاح الثاني وما وفق به بينهما. والله أعلم.

ص: واستمرت إن دخل زمنة ثم طلق لا إن عادت بالغة أو عادت الزمانة ش: أي واستمرت النفقة إن دخل الزوج بالبنت حال كونها زمنة ثم طلقها، ومثل ذلك إذا كان للولد الزمن مال ثم ذهب فإن نفقته تعود على الأب. قاله الباجي. ونقله في التوضيح. وقوله: "لا إن عادت بالغة" أي لا إن زوجت البنت قبل البلوغ ودخل بها الزوج ثم طلقها أو مات عنها بعد البلوغ وعادت إلى الأب بالغة فإن النفقة لا تعود على الأب، ومفهوم كلامه أنها لو عادت غير بالغة لوجب على الأب الإنفاق عليها وهو كذلك. قال سحنون: ولا يسقطها بلوغها بل حتى تتزوج زوجاً آخر ويدخل بها، وقال

2561 - في المطبوع اتبعوا والشيخ 189 وم 103 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 213 وم 81 وما يابى 153.

2562 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 213 وم 81 والشيخ 189 وما يابى 153.

2563 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 213 وم 81 والشيخ 189 وما يابى 153.

نص خليل
وَعَلَى الْأُمِّ الْمُتَزَوِّجَةِ وَالرَّجْعِيَّةِ رِضَاعٌ وَلَدَيْهَا بِلَا أَجْرِ إِلَّا لِعُلُوِّ قَدَرِ كَالْبَائِنِ إِلَّا أَنْ لَا يَقْبَلَ غَيْرَهَا أَوْ يُعَدِمَ
الْأَبُ أَوْ يَمُوتَ وَلَا مَالَ لِلصَّبِيِّ وَاسْتَأْجَرَتْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا لِبَانٌ وَلَهَا إِنْ قَبِلَ [غَيْرَهَا] ²⁵⁶⁴ نَسْ أَجْرَةَ
الْمِثْلِ وَلَوْ وَجَدَ مَنْ [تَرْضِعُهُ عِنْدَهَا] ²⁵⁶⁵ نَسْ مَجَانًا عَلَى الْأَرْجَحِ فِي التَّأْوِيلِ.

متن الخطاب
غيره لا تعود أصلاً، وقال غيره تعود إلى أن تبلغ فتسقط، وهو الذي قدمه المتيطي. فقال: ولا تسقط
النفقة بترشيده إياها، وتقدم نقل ذلك عنه أيضاً وعن المسائل الملقوطة. والله أعلم.
فرع: ومفهوم قولنا: "ودخل بها الزوج" أنها إن طلقت قبل البناء فهي على نفقتها وهو كذلك. قاله
في التوضيح. وأشار بقوله: "أو عادت الزمانة" إلى أنه إذا بلغ الولد زمناً وقلنا استمرت نفقته، فإذا
صح سقطت نفقته، فإن عادت إليه الزمانة لم تعد نفقته على الأب، وعلى هذا اقتصر ابن الحاجب.
والله أعلم.

ص: وعلى الأم المتزوجة والرجعية ش: ما ذكره المصنف في الرجعية هو المذهب كما صرح به في
أواخر كتاب الرضاع من المدونة، وعليه اقتصر ابن الحاجب وابن عرفة وغيرهما، فما صرح [به] ²⁵⁶⁶
ابن رشد في رسم سعد في الطلاق من سماع ابن القاسم من طلاق السنة من أنه لا يلزمها مشكل؛ لأنه
مخالف للمذهب. والله أعلم.

ص: إلا لعلو قدر ش: قال ابن عرفة: للخمى: لذات الشرف رضاعه بأجر. انتهى. وقال المصنف
في/ التوضيح: نص عليه اللخمى وابن بشير وابن عبد السلام، وأفتى بعض أشياخ شيخي بأن الشريفة
إذا تواضعت للإرضاع لا أجر لها؛ لإسقاطها حقها ولا كبير مؤنة عليها في لبنها.
ص: أو يعدم الأب ش: يريد ولا مال للصبي فإذا لم يكن لواحد منهما مال ولها [لبن] ²⁵⁶⁷ ومال
كانت مخيرة بين أن ترضعه أو تسترضعه إلا أن لا يقبل غيرها فتجبر على رضاعه، فإن لم يكن لها
لبن أجبرت على أن تسترضع له. قاله ابن رشد في أول مسألة من كتاب الرضاع. ثم قال: ولا رجوع
لها على من أيسر من الأب أو الابن كانت أرضعته أو استرضعت له من مالها؛ [لأنه قد سقط] ²⁵⁶⁸
عنهما ذلك بعدمهما. انتهى.

ص: ولو وجد من ترضعه عنده مجاناً ش: قال في المسائل الملقوطة ناقلاً له عن معين الحكام: إذا
أبت المرأة أن ترضع ولدها فإن الأب يستأجر له من ترضعه، وليس عليه أن يكون ذلك عند أمه، وأما
إن وجد الأب من ترضعه باطلاً أو بدون ما طلبته الأم فعليها أن يرضعه عند أمه ولا يخرجها من
حضانتها. انتهى.

²⁵⁶⁴ س - إن قبل أجرة المثل نسخة.

²⁵⁶⁵ س - يرضعه عنده نسخة.

²⁵⁶⁶ * - وردت في الشيخ 190 وما يابى 153 وسقطت من المطبوع.

²⁵⁶⁷ * - في المطبوع ابن وما بين المعقوفين من م 91 والشيخ 190

²⁵⁶⁸ - في المطبوع لأنها اسقطت عنهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 214 وم 81 والشيخ 190 وما يابى 154.

نص خليل [وَحَضَانَةُ²⁵⁶⁹ ن] الذَّكَرَ لِلْبُلُوغِ وَالْأُنْثَى كَالنَّفَقَةِ لِلْأُمِّ وَلَوْ أُمَةٌ عَتَقَ وَلَدُهَا أَوْ أُمٌّ وَلَدٍ وَلِلْأَبِ تَعَاهُدُهُ وَأَدْبُهُ وَبَعَثُهُ لِلْمَكْتَبِ.

متن الخطاب ص: وحضانة الذكر للبلوغ والأنثى كالنفقة للأم ش: الحضانة مأخوذة من الحضن وهو ما دون الإبط إلى الكشح، ونواحي كل شيء وجوانبه أحضانه، وكأن الصبي ضم إلى جوانب المحضون، وقال ابن عرفة: الحضانة هي محصول قول الباجي حفظ الولد في مبيته ومؤنة [طعامه²⁵⁷⁰] ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه. ابن رشد والمتيطي: الإجماع على وجوب كفالة الأطفال الصغار؛ [لأنهم²⁵⁷¹] خلق ضعيف يفتقر لكافل يربيته حتى يقوم بنفسه فهو فرض كفاية إن قام به قائم سقط عن الثاني لا يتعين إلا على الأب والأم في حولي رضاعه إن لم يكن له أب ولا مال أو كان ولا يقبل غيرها. انتهى. والكشح بفتح الكاف والشين المعجمة ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلف. قاله في الصحاح.

تنبيه: إنما قال المصنف: "في الذكر [البلوغ²⁵⁷²] وفي الأنثى كالنفقة" ولم يقل في الذكر كالنفقة؛ لأن المشهور في الحضانة أنها تنقطع في الذكور بالبلوغ ولو كان زمناً بخلاف النفقة. والله أعلم. وفهم من قوله: "والأنثى كالنفقة" أن البنت إذا تزوجت قبل البلوغ ودخل بها الزوج ثم طلقها أن الحضانة تعود للأم، وقاله الجزولي في شرح الرسالة، وقوله: "لأم" ظاهر التصور. مسألة: إذا التزمت المرأة حضانة ابنتها فتزوجت قبل تمام الحضانة فسخ نكاحها حتى يتم أمد الحضانة. قال ابن عبد الغفور: وأراه أراد قبل الدخول، وقال الأبهرى شرط باطل ولا يجوز وتزوج إن أحببت. تأمل ذلك في شرح ابن عبد السلام في كتاب التخيير. انتهى من المسائل الملقطة. ص: ولو أمة عتق ولدها ش: قال ابن عرفة: قلت ذلك إن لم يتسررها سيدها. انتهى.

215 فرع: قال الباجي: مسألة إذا عتقت الأمة على أن تركت حضانة/ ولدها فقد روى عيسى عن ابن القاسم: أنه يرد إليها بخلاف الحرية تصالح الزوج على تسليم الولد إليه؛ لأنه يلزمها، وروى عنه أبو زيد: أن الشرط لازم كالحرية انتهى من كتاب الأقضية في القضاء بالحضانة، وذكر المسألة في رسم أوصى من سماع عيسى من التخيير والتملك، وفي سماع أبي زيد من العتق، واستظهر ابن رشد القول بعدم لزومها من جهة القياس، والقول بال لزوم من جهة المعنى. فانظره. والله أعلم. ص: وللأب تعاهده وأدبه وبعثه للمكتب ش: هذا نحو قوله في المدونة: وللأب تعاهد ولده عند أمه وأدبه وبعثه للمكتب، ولا يبييت إلا عند أمه. انتهى. قال ابن عرفة: قلت يجب كون الظرف الذي هو عند في موضع الحال من ولده؛ لأنه معمول للفظ تعاهده لأن ذلك ذريعة لاتصاله بمطلقة مع

²⁵⁶⁹ ن - قوله حضانة بفتح الحاء أشهر من كسرهما كما في عقب وإن اقتصر ق على الكسر فقد اقتصر اللسان والنهاية على الفتح وذكر المصباح الوجهين.

²⁵⁷⁰ - في المطبوع وطعامه وما بين المعقوفين من ن عود ص 214 وم 81 والشيخ 190 وما يابى 154.

²⁵⁷¹ * - في المطبوع لأنه وما بين المعقوفين من م 81 والشيخ 190 وما يابى 154.

²⁵⁷² * - في المطبوع البلوغ وما بين المعقوفين من م 81 وما يابى 154 والشيخ 191.

نص خليل ثم [أمها²⁵⁷³] ثم جدة الأم إن انفردت بالسكنى عن أم سقطت حضانتها ثم الخالة ثم خالتها ثم جدة الأب ثم الأب ثم الأخنت ثم العمّة.

متن الخطاب

زيادة ضرر زوجها بذلك.

قلت: إذا تزوجت سقطت [حضانتها،²⁵⁷⁴] ولذلك شرط في الجدة [أن²⁵⁷⁵] لا تكون عند أمه التي سقطت حضانتها. قال في التوضيح: يمكن أن تكون العلة أن للأب تعاهدهم عند الأم وأدبهم، فإذا سكنت الحاضنة مع أمهم لم يكن للأب تعاهدهم [عندها بسبب²⁵⁷⁶] ما يحدث بذلك مما لا يخفى. انتهى. قال أبو الحسن الصغير: ويقوم من هنا أن الأب له القيام بجميع أمور ولده يختنه ويصنع الصنيع، وله أن يختنه في داره ثم يرسله لأمه، ولو تنازع الأبوان في زفاف البنت عند أيهما يكون فظاهر النقل أن القول للأم. انتهى. وقال المشذلي في إرخاء الستور: قال الشيخ أبو الحسن: لم أر فيه نصا وفيه حق للأب وحق للأم انتهى.. والذي رأيته لأبي الحسن هو ما تقدم. وقال الجزولي في شرح قول الرسالة: "ونكاح الأنثى ودخولها" أخذ بعض الموثقين من هذا أن الأب والأم إذا تنازعا فيمن تزف عنده أن ذلك للأم. انتهى باختصار.

ص: ثم جدة الأم ش: ظاهره أنه سواء كانت جدتها لأمها أو لأبيها وهو كذلك. قاله ابن عرفة واللمخي. قال: فإن اجتمعا فأم أمها أحق من أم أبيها فإن لم تكن واحدة منهما فأم أم أمها أو أم أم أبيها أو أم أبي أبيها أو أم أبي أمها، فإن اجتمع الأربع فأم أم الأم، ثم أم أب الأم وأم أم الأب بمنزلة واحدة، ثم أم أبي أم الأب، وعلى هذا الترتيب أمهاتهن ما علون، فإن لم تكن واحدة منهن فأخت الأم الشقيقة. انتهى. وقاله في المقدمات.

فرع: قال في المسائل الملقطة: إذا كان للولد جدتان من قبل الأب ومن قبل الأم وليس له إلا دار قيمتها عشرون دينارا أو نحوها فقالت أم الأب أنا أنفق عليه من مالي ويكون معي وتبقى له داره رفقا به وأرادت جدة الأم بيعها لتنفق ثمنها فجدة الأم أولى بالحضانة. انتهى. ونقله ابن عرفة عن بعض الموثقين وزاد: وقال المشاور ينظر إلى الأرفق بالصبي. قال ابن عرفة: قلت: في كون الحضانة حقا للحاضن أو للمحزون، ثالثها لهما لروايتي القاضي واختيار الباجي مع ابن [محرز،²⁵⁷⁷] فعلى الثاني تقدم الجدة للأب. انتهى. والمشاور هو ابن الفخار كما قال ابن غازي هنا.

ص: ثم جدة الأب ش: يريد أم الأب ثم أم أمه ثم أم أبيه.

الحديث

²⁵⁷³ س - ثم أمها مشكول بالجر في النسخ القلمية والطبعية وكذا ما بعده ويوافقه تقرير عlish وربما يوافقه تقرير نت وربما يدل تقرير عقب والرددير على الرفع وكذا تقرير عقب عند ثم جدة الأب والرددير عند ثم الأب.

²⁵⁷⁴ - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص215 وم82 ويم105 والشيخ191 ومايأبى154.

²⁵⁷⁵ - في المطبوع التي وما بين المعقوفين من ن عدود ص215 ويم105 والشيخ191 (وفي مايأبى154 الا تكون) (وفي م82 الا تكون).

²⁵⁷⁶ - في المطبوع تعاهدهم لسبب وما بين المعقوفين من ن عدود ص215 وم82 ويم105 والشيخ191 ومايأبى154.

²⁵⁷⁷ - في المطبوع محمد وما بين المعقوفين من ن عدود ص215 وم82 ويم105 والشيخ192 ومايأبى155.

نص خليل ثم هل بنت [الأخ²⁵⁷⁸] أو الأخت أو الأكنى منهن وهو الأظهر أقوال ثم الوصي ثم الأخ ثم ابنه ثم العم ثم ابنه لا جد لأم واختار خلافه ثم المولى الأعلى ثم الأسفل وقديم الشقيق ثم للأم ثم للأب في الجميع وفي المتساويين بالصيانة والشفقة وشرط الحاضن العقل والكفاية لا كمسنة وحزر المكان في البنت يخاف عليها والأمانة وأثبتها وعدم كجدام مضر ورشد لا إسلام وضمت إن خيف لمسلمين وإن مجوسية أسلم زوجها وللذكر من يحضن وللاثنى الخلو عن زوج دخل إلا أن يعلم ويسكت العام أو يكون محرماً وإن لا حضنة له كالحال.

متن الخطاب 216 ص: ثم هل بنت الأخ أو الأخت أو [الأكنى²⁵⁷⁹] منهما وهو الأظهر أقوال ش: قال ابن عرفة: وتلحق/ بنت الأخ، وفي تقديمها على بنت الأخت، ثالثها هما سواء يرجح بقوة الكفاءة لابن رشد وابن محرز ونقل ابن رشد. اهـ. وقد حكاهما في المقدمات في آخر الفصل فسقط اعتراض الشرح الكبير على المصنف في الأقوال التي ذكرها بأنها ليست كذلك في المقدمات. ص: لا جد لأم ش: قال في التوضيح: قال اللخمي: لم أر للجد للأم في الحضنة نصاً وأرى له في ذلك حقاً، لأن له حناناً ولذا غلظت الدية فيه وأسقط عنه القود، وفي الوثائق المجموعة: إذا اجتمع الجدان فالجد للأب أولى من الجد للأم، وهو قول ابن العطار، ونص في المقدمات على أنه لا حق له. اهـ.

قلت: ذكره في المقدمات لما تكلم على الحضنة إذا كانت متزوجة بمحرم، وأن حضانتها لا تسقط قال: سواء كان ممن له الحضنة كالعَم والجد للأب، أو ممن لا حضنة له كالحال، والجد للأم لا تأثير له في إسقاط الحضنة. اهـ. وقال ابن عرفة بعد أن ذكر كلام اللخمي: قلت: قول ابن الهندي الجد للأب أولى من الجد للأم؛ بدليل حضنته. انتهى.

ص: وفي المتساويين بالصيانة والشفقة ش: قال ابن عرفة: قال اللخمي إن علم جفاء الأحق لقسوته أو لما بينه وبين أحد أبويه ورأفة الأبعد قدم عليه. قال ابن عرفة: قلت إن كانت قسوته ينشأ عنها إضرار الولد قدم الأجنبى عليه، وإلا فالحكم المعلق بالمظنة لا يتوقف على تحقيق الحكمة. انتهى.

ص: وحزر المكان في البنت يخاف عليها ش: هكذا قال اللخمي ونقله المصنف/ في التوضيح، ونقل ابن عرفة عن المدونة ما يقتضي أنه شرط في الذكر أيضاً. ثم قال: والحق أنه شرط فيهما وهو في البنت حين يخاف عليها أكد. انتهى.

ص: إلا أن يعلم ويسكت العام ش: قال أبو الحسن الصغير في إرخاء الستور من شرح المدونة في

الحديث

²⁵⁷⁸ - قوله ثم هل بنت الأخ مرفوع في نسخ طبع وقلم وربما يوافقه عبق وكذا ما بعده في نسختي قلم عتيقتين إلا قوله لا جد فبالجر مجرور في نسخة قلمية مصححة وكذا ما بعده فيها وفي نسختي طبع وانظره مع أنا لم نرهم ذكروا هل مما يفصل به بين العاطف والمعطوف وقد فعله المصنف أيضاً في قوله في الصوم ثم هل مال الأب ولم نر في تقريرهم وشكلهم إلا جره.

²⁵⁷⁹ - في المطبوع الأكفأ (وفي يم 105 والشيخ 192 وما يابى 155 أو الاكفا منهن) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 215 (وفي م 82 والاكفاء منهن).

نص خليل

أَوْ وَلِيًّا كَابِنِ الْعَمِّ أَوْ لَا يَقْبَلُ الْوَلَدُ غَيْرَ أُمِّهِ أَوْ لَمْ تُرْضِعْهُ الْمُرْضِعَةُ عِنْدَ أُمِّهِ أَوْ لَا يَكُونُ لِلْوَلَدِ حَاضِنٌ أَوْ غَيْرَ مَأْمُونٍ أَوْ عَاجِزًا أَوْ كَانَ الْأَبُ عَبْدًا وَهِيَ حُرَّةٌ وَفِي الْوَصِيَّةِ رَوَايَتَانِ وَأَنْ لَا يُسَافِرَ وَلِيُّ حُرٍّ عَنْ وَلَدٍ حُرٍّ وَإِنْ رَضِيَعًا أَوْ تُسَافِرَ هِيَ سَفَرٌ نُقْلَةً لَا تَجَارَةَ وَحَلَفَ سِتَّةَ بُرْدٍ وَظَاهِرُهَا بَرِيدَيْنِ إِنْ سَافَرَ لِأَمْنٍ وَأَمِنْ فِي الطَّرِيقِ وَلَوْ فِيهِ بَحْرٌ إِلَّا أَنْ تُسَافِرَ هِيَ مَعَهُ لَا أَقْلٌ وَلَا تَعُودُ بَعْدَ الطَّلَاقِ أَوْ فَسَخِ الْفَاسِدِ عَلَى الْأَرْجَحِ أَوْ الْإِسْقَاطِ إِلَّا لِكَمَرَضٍ أَوْ لِمَوْتِ الْجَدَّةِ وَالْأُمِّ خَالِيَةً أَوْ لِتَأْيِيْمِهَا قَبْلَ عَلَيْهِ.

الكلام على الحضانة: وأما إذا علم من له الحضانة بتزويج الأم فقام بعد طول مدة فليس له أخذ الولد وحد الطول سنة. انتهى. وسيأتي عند قول المصنف: "إلا لكمروض" عن العتبية شيء من ذلك. والله أعلم.

متن الخطاب

[ص: أو وليا كابن العم ش: ²⁵⁸⁰] ذكر في المسائل الملقوطة أن بعضهم جعل من ذلك إذا كان زوجها وصي الطفل. انتهى.

ص: أو لم ترضعه المرضعة عند أمه ش: ما ذكره ابن غازي صواب، وأن هنا مضاف محذوف أي عند بدل أمه وهي من/ صارت لها الحضانة ولو لم يحمل على ذلك لكان مشكلا؛ لأنه يقتضي أن الأم إذا تزوجت يلزم الأب أن يأتي بالمرضعة ترضعه عند أمه وليس كذلك؛ لأنها قد سقطت حضانتها كما صرح به في المدونة، فإنه لما ذكر أن الحضانة للأم قال إلا أن تتزوج الأم والولد صغير يرضع أو فوق ذلك فإنه إذا دخل بها زوجها انتزعه منها لا قبل ذلك ثم لا يرد إليها إذا طلقت. ص: ولا تعود بعد الطلاق أو فسخ الفاسد ش: وأما إذا سافر ولي المحضون سفر نقلة وأخذ الولد ثم رجع فإن الحضانة تعود إلى الأم. نقله أبو الحسن عن أبي عمران في كتاب إرخاء الستور. قيل له: فإن سافرت هي ثم رجعت؟ قال: إن كان سفرها اختيارا لم تعد، وإن كان بغير اختيارها عادت لها الحضانة. قيل له: فإن لحقتها ضرورة إلى التزويج؟ قال: تسقط حضانتها. انتهى.

218

ص: أو الإسقاط ش: يعني أن الحاضنة إذا أسقطت حضانتها لم تعد إليها، وهذا إذا كان ذلك بعد وجوب الحضانة، وأما إن أسقطت حقها من الحضانة قبل وجوبها ففي ذلك خلاف. قال المشذالي في كتاب الشفعة: وتسليم الشفعة قبل الشراء قال لي ابن عرفة: الفتوى عندنا فيمن خالغ زوجته على أن تسقط هي وأما الحضانة أنها لا تسقط في الجدة لأنها أسقطت ما لم يجب لها. انتهى. وقال ابن ناجي في كتاب الشفعة في شرح قول المدونة: ولو قال [للمبتاع ²⁵⁸¹] قبل الشراء [اشترى فقد ²⁵⁸²] أسلمت لك الشفعة وأشهد بذلك فله القيام بعد الشراء؛ لأنه سلم ما لم يجب له بعد قال بعض

الحديث

2580 - في المطبوع قوله إلا أن يعلم ويسكت العام ذكره وما بين المعقوفين من ن عدود ص217 وم82 ويم105 والشيخ192 ومايأبى155.

2581 - في المطبوع المبتاع وم82 والشيخ193 ومايأبى156 وما بين المعقوفين من ن عدود ص218.

2582 - في المطبوع لي وما بين المعقوفين من ن عدود ص218 وم82 ويم106 والشيخ193 ومايأبى156.

متن الخطاب شيوخنا على ما بلغني: يؤخذ منها ما به الفتوى أن من خالع زوجته على أن أسقطت هي وأمها الحضانة أنها لا تسقط في الجدة؛ لأنها أسقطت ما لم يجب لها وفيها خلاف. انتهى. ثم قال المشذلي إثر كلامه المتقدم: قال المتيطي: ذكر ابن العطار في وثائقه في عقد تسليم الأم ابنها إلى أبيه، وعلى أن سلمت إليه ابنها منه وأسقطت حضانتها فيه وقطعت أمها فلانة أو أختها فلانة حجتها فيما كان راجعا إليها من حضانتها، وانتقد ذلك ابن الفخار وقال: الصواب أن يقال ثم قطعت حجتها فيما كان راجعا إليها من حضانتها فيدل هذا اللفظ أن الجدة قطعت حجتها بعد أن وجب لها ذلك، وأما بالواو التي لا تفيد رتبة فكأنها قطعت حجتها قبل وجوب الحضانة لها فلا يلزمها. والله أعلم. قال المشذلي: وتفرقة ابن الفخار بين العاطفين ضعيفة في المعنى. فتأمل.

ثم قال المتيطي: وهذا أصل مختلف فيه على ما وقع في الدونة في غير كتاب منها. انتهى. فعلم من هذا أن الراجح الذي عليه الفتوى في إسقاط الحضانة قبل وجوبها عدم اللزوم، وأن صورة ذلك أن يسقط من له الحضانة بعد الأم حضانتها قبل وجوبها كالجدة والخالة مثلا، وأنه ليس من ذلك إسقاط الأم حقها من الحضانة في حال العصمة وإلا لكان حكمها حكم الجدة والخالة ولم يفرق بينهما، وأيضا فلا يمكن أن يقال إن الأم لا حضانة لها في حال العصمة؛ لأنها إذا وجبت لها الحضانة بعد الطلاق فأحرى في حالة العصمة.

وقد صرح بذلك ابن عرفة فقال لما تكلم على الحضانة ومستحقها وأبو الولد زوجها لها وفي افتراقهما أصناف الأول الأم النخ، ولا أعلم أحدا أجاز للأب أخذ ولده من أمه في حال العصمة بل ذكر اللخمي في الشروط [الناقضة]²⁵⁸³ لمقتضى العقد أن يتزوج المرأة على أن لا يكون الولد [عندها]²⁵⁸⁴ وأنه إن تزوجها على ذلك ففسخ النكاح قبل الدخول وصح بعده وسقط الشرط، وليس المراد ولدها من غيره؛ لأن ذلك لازم صحيح إذا كان للولد من يحضنه كما ذكر ذلك المصنف في أول باب النفقات حيث قال: "كولد صغير لأحدهما إن كان له حاضن". والله أعلم.

تنبيه: قال المشذلي إثر كلامه المتقدم: وهذا الخلاف يعني فيمن أسقط حقه من الحضانة قبل وجوبها/ كالجدة والخالة مثلا إنما هو إذا حضرت الجدة أو الخالة وأشهدت على نفسها بإسقاط ما يرجع إليها من الحضانة، وأما إن لم تشهد على نفسها بذلك ففيه خلاف أيضا قال المتيطي: الذي عليه العمل، وقاله غير واحد من الموثقين أن الأم إذا أسقطت حقها في الحضانة بشرط في عقد المباشرة كما ذكرنا أن ذلك يرجع إلى الجدة أو الخالة، وقاله أبو عمران: قال القياس أن لا يسقط حق الجدة بترك الأم، وقال غيره من القرويين يسقط بذلك حق الجدة والخالة ولا كلام لهما في ذلك. انتهى. وقال ابن عرفة: وفي إمضاء نقل ذي حضانة إياها لغيره على من هو أحق بها من المنقول إليه نقل ابن رشد، مع أخذه من قولها إن صالحت زوجها على كون الولد عنده جاز وكان أحق به ظاهره ولو كان له جدة ونقله قائلا كالشفعاء ليس لمن هو أحق بالشفعة تسليمها لشريك غيره أحق بها منه. اللخمي:

219

* 2583 - في المطبوع الناقضة وما بين المعقوفين من م 83 ويم 106 وما يابى 156 والشيخ 193.

2584 - في المطبوع عندهما وما بين المعقوفين من ن عود ص 218 وم 83 ويم 106 والشيخ 194 وما يابى 156.

نص خليل وَلِلْحَاضِنَةِ قَبْضُ نَفَقَتِهِ.

متن الخطاب إن تزوجت الأم [وأخذته²⁵⁸⁵] الجدة ثم أحبت أن تسلمه لأخته لأبيه فله منعها؛ لأنه أقعد منها، وإن أمسكته ثم طلقت الأم لم يكن له منعها من رده لأمه؛ لأنه نقل لما هو أفضل.

قلت: إنما يتم هذا على أن تزويج الأم لا يسقط حضانتها دائماً بل ما دامت زوجة. انتهى.

ص: إلا لكمريض ش: أي فلها أن تأخذه بعد زوال المرض ونحوه إلا أن تتركه بعد زوال العذر سنة ونحوها فليس لها أن تأخذه. قاله ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم من طلاق السنة، وحكى في الرسم المذكور أيضاً خلافاً فيما إذا مات هل لها أن تأخذه ممن تصير إليه الحضانة بعده أم لا؟ ونص كلامه: مسألة قال ابن القاسم: سمعت مالكا قال في امرأة طلقها زوجها وله منها ولد فردته عليه استئقلا له ثم طلبته لم يكن ذلك لها.

قال ابن رشد: وهذا كما قال أنها إذا رده إليه استئقلا له فليس لها أن تأخذه؛ لأنها قد أسقطت حقها في حضانتها إلا على القول بأن الحضانة من حق المحضون، وهو قول ابن الماجشون، ولو كانت إنما رده إليه من عذر مرض أو انقطاع لبنها لكان لها أن تأخذه إذا صحت أو عاد إليها اللبن على ما وقع لما لك في سماع أشهب من كتاب الأيمان بالطلاق، ولو تركته بعد أن زال العذر حتى طال الأمد السنة وشبهها لم يكن لها أن تأخذه، واختلف إن مات هل لها أن تأخذه ممن تصير إليه الحضانة بعده؟ قال في آخر رسم من سماع أشهب: ليس لها أن تأخذه لأنه رأى تركها إياه عند أبيه إسقاطاً منها لحقها في حضانتها، وقد قيل إن لها أن تأخذه إذا مات لأن تركها له عند أبيه إنما يحمل منها على إسقاط حضانتها للأب خاصة، وكذلك إذا قامت الجدة بعد السنة لم يكن لها أن تأخذه، وقال ابن نافع لها أن تأخذه، ومثله لابن القاسم في المدونة أن لها أن تأخذه إلا أن يكون عرض عليها فأبى من أخذه، وهذا على الاختلاف في السكوت هل هو كالإقرار والإذن أم لا؟ وهو أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم. وبالله تعالى التوفيق.

ص: وللحاضن قبض نفقته ش: قال في التوضيح: ولن الولد في حضانتها من أم وغيرها أن تأخذ ما يحتاج إليه الولد من نفقة وكسوة وغطاء ووطاء وإن قال الأب هو يأكل عندي ثم يعود إليك لم يكن له ذلك؛ لأن في ذلك ضرراً على الولد وعلى الحاضنة إذ الأطفال يأكلون في كل وقت. قاله غير واحد. وكتب شجرة لسحنون في الخالة الحاضنة إذا قال الأب إنها تأكل ما أعطيه وطلب الأب أنه يأكل عنده ويعلمه؟ فكتب إليه: أن القول للأب، فجعل للحاضنة أن يأوي إليها فقط والأول هو الأصل، ولعله ظهر صدقه في السؤال، وقد ذكر ابن يونس عن مالك هذا التفصيل نصاً في العتبية. انتهى. وما ذكره عن سحنون نقله الباجي أيضاً في/ المنتقى في القضاء بالحضانة، ونصه: وإن شكا الأب ضياع نفقة ابنه فأراد أن يطعمه فقد كتب إلى سحنون شجرة في الخالة تجب لها الحضانة فيقول الأب يكون ولدي عندي لأعلمه وأطعمه؛ لأن الخالة تأكل ما أرزقه وهي تكذبه، أن للأب أن يطعمه ويعلمه وتكون الحضانة للخالة فجعل الحضانة أن يأوي إليها وتباشر سائر أحواله مما لا [تغيب عليه من نفقة²⁵⁸⁶]. انتهى. وما ذكره عن العتبية يشير به لقوله في رسم الطلاق من سماع أشهب من كتاب العدة وطلاق

220

الحديث

2585 - في المطبوع أخذته وما بين المعقوفين من م 83 ويم 106 وما يابى 157 وسيد 36.

2586 - في المطبوع بغيب عليها من نفقة وما بين المعقوفين من سيد 36 وم 83 إلا أن فيها تغيبه الخ.

متن الخطاب السنة: وسئل مالك عن الذي يطلق امرأته [وله منها ابنة ابنة أربع سنين²⁵⁸⁷] فيقول ما عندي ما أنفق عليها أرسلها إلي تأكل معي فقال: أخاف أن يكون مضرا بها ولكن ينظر فيما يقول فإن كان [ذلك²⁵⁸⁸] أمرا غالبا معروفا قيل لها أرسلها تأكل مع أبيها وتأتيك، قال ابن رشد: ليس للرجل الموسر أن تأكل ابنته عنده ويلزمه أن يدفع نفقتها إلى أمها الحاضنة لها، فإن ادعى أنه لا يقدر نظر في حاله، فإن تبين صدق قوله وأنه لا يريد الضرر بما دعا إليه من أن يأكل ولده عنده كان ذلك له، وإلا فلا. وبالله التوفيق. ونقل ابن عرفة كلام العتبية وكلام ابن رشد عليها وقال بعده: قلت: ونقله ابن فتوح غير معزو كأنه المذهب، ولا بن زرقون عن الباجي قال سحنون في الخالة. ونقل كلام الباجي المتقدم برمته. وقال بعده: قلت: كذا في النوادر وهو خلاف الروايات أن طعام المحضون إنما هو عند حاضنته من كانت، والعجب من الباجي وابن زرقون في قبولهما هذا وتصديق الأب على الخالة أنها تأكل رزقهم ويأتي للشعبي نحو هذا. انتهى.

ص: والسكنى بالاجتهاد ش: قال في التوضيح: والمشهور أن على الأب السكنى وهو مذهب المدونة خلافا لابن وهب، وعلى المشهور فقال سحنون: تكون السكنى على حسب الاجتهاد، ونحوه لابن القاسم في الدمياطية، وهو قريب مما في المدونة، وقال يحيى بن عمر على قدر الجماجم، وروي لا شيء على المرأة ما كان الأب موسرا، وقيل إنها على الموسر من الأب والحاضنة، وحكى ابن بشير قولاً بأنه لا شيء على الأم من السكنى، ورأى اللخمي أن الأب إن كان في مسكن يملكه أو بكراء ولو كان ولده معه لم يزد عليه في الكراء أن لا شيء عليه؛ لأنه في مندوحة عن دفع الأجرة في سكناه، وإن كان يزداد عليه في الكراء أو عليها هي لأجل الولد فعليه الأقل مما يزداد عليه أو عليها لأجله فإن كان ما زيد عليها أقل أخذته لأنه القدر الذي أضر بها، وإن كان ما يزداد عليه [أقل²⁵⁸⁹] غرمه لأنه مما لم يكن له بد لو كان عنده، وفي الطر لا سكنى للرضيع على أبيه مدة الرضاع فإذا خرج من الرضاعة كان عليه أن يسكنه. خليل: ولا أظنهم يختلفون في الرضيع، ثم ذكر المسائل التي اختلف فيها هل هي على الرؤوس أو لا؟ فقال: فائدة في المذهب مسائل اختلف فيها هل هي على الرؤوس أو لا؟ منها هذه يعني أجرة المسكن الذي فيه المحضون، ومنها أجرة كاتب الوثيقة، ومنها كنس المرحاض ومنها حارس الأندر، ومنها أجرة القاسم، ومنها التقييم على المعتقين، ومنها الشفعة إذا وجبت للشركاء هل هي على الشركاء أو على قدر الأنصبة؟ ومنها العبد المشترك في زكاة الفطر، ومنها النفقة على الأبوين، ومنها إذا أرسل أحد الصائدين [كلبا²⁵⁹⁰] والآخر كلبين ومنها إذا أوصى بمجاهيل من أنواع. انتهى كلامه، ونقله عنه صاحب المسائل الملقطة.

فرع: وللحاضنة الإخدام إن كان الأب مليا واحتاج المحضون لمن يخدمه. قال في كتاب إرخاء الستور من المدونة: وإذا أخذ الولد من له الحضانة فعلى الأب نفقتهم وكسوتهم وسكناهم ما بقوا في الحضانة

2587 - في المطبوع وله منها بنت أربع سنين وما بين المعقوفين من البيان، ج 5 ص 379.

2588 - في المطبوع كذلك وما بين المعقوفين من م 83 ويم 107.

2589 - ساقطة من المطبوع والشيخ 196 وم 83 وما يابى 158 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 220 ويم 107.

2590 - في المطبوع كلبه وما بين المعقوفين من يم 107 وما يابى 158 والشيخ 196.

نص خليل وَلَا شَيْءَ لِحَاضِنٍ لِأَجْلِهَا.

متن الخطاب 221 ويخدمهم إن احتاجوا إلى ذلك وكان الأب مليا ولحاضنتهم قبض نفقتهم. انتهى. وقال ابن وهب: لا إخدام على الأب. نقله عنه اللخمي، ونقل أبو الحسن والمصنف في التوضيح وابن عرفة وغيرهم كلام اللخمي، ونص ابن عرفة: اللخمي: واختلف في خدمته ففيها إن كان لا بد لهم من/ خادم لضعفهم [عن²⁵⁹¹] أنفسهم والأب يقوى على إخدامهم، [أخدمهم²⁵⁹²] ولابن وهب لا خدمة عليه به قضى أبو بكر على عمر، وأرى أن يعتبر في الخدمة مثل ما تقدم في الإسكان. انتهى. وقوله وأرى أن يعتبر في الخدمة الخ؛ يعني أن اللخمي رأى أن يفصل في الخدمة مثل ما تقدم عنه في السكنى. والله أعلم. ص: ولا شيء لحاضن لأجلهاش: [قال اللخمي: ²⁵⁹³] وإن كان الأولاد يتامى كان للأم أجر الحضانة إذا كانت فقيرة والأولاد مياسير لأنها تستحق النفقة في مالهم ولو لم تحضنهم، واختلف إذا كانت موسرة فقال مالك لا نفقة لها، ومرة قال لها النفقة إذا قامت عليهم بعد وفاة الأب، وقال أيضا: تنفق بقدر حضانتها إذا كانت لو تركتهم لم يكن لهم بد من حاضن فجعل لها في هذا القول [الاجر²⁵⁹⁴] دون النفقة، وأرى إن هي تأيمت لأجلهم وكانت هي الحاضنة والقائمة بأمرهم أن [تكون²⁵⁹⁵] لها النفقة وإن كانت أكثر من الأجرة؛ لأنها لو تركتهم وتزوجت أتى من ينفق عليها، فكان من النظر للولد كونهم في نظرها وخدمتها، وإن لم تكن تأيمت لأجلهم أو كانت في سن من لا يتزوج كان لها الأجرة وإن كانت دون نفقتها، وإن كان لهم من يخدمهم أو استأجرت من يقوم بخدمتهم وإنما هي ناظرة فيما يصلح للولد فقط لم أر لها شيئا. انتهى. ونقله ابن عرفة. والله أعلم.

الحديث

2591 - في المطبوع على وما بين المعقوفين من م84 ويم107 ومايبي158 والشيخ196 وسيد36.
 2592 - ساقطة من المطبوع ووردت في م84 ويم107.
 2593 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص221 وم84 ويم107 والشيخ196 ومايبي158.
 2594 - في المطبوع الآخر وما بين المعقوفين من ن عدود ص221 وم84 ويم107 والشيخ196.
 2595 - في المطبوع ويم107 والشيخ196 يكون وما بين المعقوفين من م84 وسيد36.