

الكَافِي

ملوفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالح الحنبلي

٥٤١ - ٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور عبد بن عبد المحسن التركي

بالتعاون مع

مركز البحوث والدراسات العربية والإسلامية

بدار هجر

الجزء الرابع

الوصايا - الفرائض - العتق - النكاح - الصداق
الخلع - الطلاق - الرجعة - الإيلاء - الظهار - اللعان

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والاعلان

حقوق الطبع محفوظة

الطبعة الأولى

١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

☎ ٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ☎ ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة

الكتاب في

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْوَصَايَا^(١)

الْوَصِيَّةُ هِيَ التَّبَرُّعُ بَعْدَ الْمَوْتِ .

وهي مُسْتَحَبَّةٌ لِمَنْ تَرَكَ خَيْرًا ؛ لِمَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى تَصَدَّقَ عَلَيْكُمْ بِثُلْثِ أَمْوَالِكُمْ زِيَادَةً فِي حَسَنَاتِكُمْ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَه^(٢) . وَلَيْسَتْ وَاجِبَةً ؛ لِأَنَّهَا عَطِيَّةٌ لَا تَجِبُ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَا تَجِبُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، كَالزَّائِدِ عَلَى الثُّلْثِ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهَا وَاجِبَةٌ لِلْأَقَارِبِ غَيْرِ الْوَارِثِينَ ؛ لظَاهِرِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ ﴾^(٣) .

وَالْمُسْتَحَبُّ^(٤) الْإِيصَاءُ بِالْخُمْسِ . وَقَالَ الْقَاضِي وَأَبُو الْخَطَّابِ : يُسْتَحَبُّ لِمَنْ كَثُرَ مَالُهُ الْوَصِيَّةُ بِالثُّلْثِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ الْحَدِيثِ . وَوَجْهُ مَا

(١) من هنا يبدأ المجلد الثاني من نسخة مكتبة السعودية بالرياض (ف) .

(٢) في : باب الوصية بالثلث ، من كتاب الوصايا . سنن ابن ماجه ٩٠٤ / ٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : السنن الكبرى ٢٦٩ / ٦ . كلاهما بلفظ « أعمالكم » بدلا من « حسناتكم » .

وبهذا اللفظ أخرجه الدارقطني في : سننه ١٥٠ / ٤ . وفيه زيادة : « ليجعلها لكم زكاة في أعمالكم » .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٤١ / ٦ . مقتصرًا على أوله .

(٣) سورة البقرة ١٨٠ .

(٤) بعده في م : « فيها » .

ذَكَرْنَا مَا رَوَى^(١) عَامِرُ بْنُ سَعْدٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، قَالَ : مَرَضْتُ مَرَضًا أَشْفَيْتُ
 مِنْهُ عَلَى الْمَوْتِ ، فَأَتَانِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَعُودُنِي ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ
 اللَّهِ ، لِي مَالٌ كَثِيرٌ ، وَلَيْسَ يَرِثُنِي إِلَّا ابْنَتِي^(٢) ، أَفَأُوصِي بِمَالِي كُلِّهِ ؟ قَالَ :
 « لَا » . قُلْتُ : فَبِالْثُلُثَيْنِ ؟ قَالَ : « لَا » . قُلْتُ : فَبِالشَّطْرِ ؟ قَالَ : « لَا » .
 قُلْتُ : فَبِالْثُلْثِ ؟ قَالَ : « الْثُلْثُ ، وَالثُّلُثُ كَثِيرٌ ، إِنَّكَ أَنْ تَتْرَكَ وَرَثَتَكَ
 أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣) . يَعْنِي
 يَطْلُبُونَ مِنْ^(٤) النَّاسِ بِأَكْفُهُمْ . فَاسْتَكْثَرَ^(٥) الثُّلْثَ ، مَعَ إِخْبَارِهِ إِيَّاهُ بِكَثْرَةِ
 مَالِهِ وَقِلَّةِ عِيَالِهِ . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : وَدِدْتُ لَوْ أَنَّ النَّاسَ
 غَضُّوا مِنَ الثُّلْثِ ؛ لَقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « وَالثُّلْثُ كَثِيرٌ » . مُتَّفَقٌ
 عَلَيْهِ^(٦) . وَأُوصِيَ أَبُو بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، بِالْخُمْسِ ، وَقَالَ : رَضِيتُ
 لِنَفْسِي بِمَا رَضِيَ اللَّهُ بِهِ لِنَفْسِهِ . وَقَالَ عَلِيٌّ : لِأَنْ أُوصِيَ بِالْخُمْسِ أَحَبُّ
 إِلَيَّ مِنْ أَنْ أُوصِيَ بِالثُّلْثِ^(٧) . وَأَمَّا قَلِيلُ الْمَالِ ذُو الْعِيَالِ ، فَلَا تُسْتَحَبُّ لَهُ
 الْوَصِيَّةُ ؛ لَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّكَ أَنْ تَتْرَكَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ
 تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » .

(١) بعده في ف : « ابن » .

(٢) في الأصل : « ابنة لي » ، وفي ف : « بنتي » .

(٣) تقدم تخريجه في ٢/٢١٧ ، ٢١٨ .

(٤) سقط من : م .

(٥) في س ٢ : « فاستكبر » .

(٦) انظر تخريجه في الحديث المتقدم .

(٧) أخرجهما عبد الرزاق ، في : المصنف ٩/٦٦ ، ٦٧ .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ لِمَنْ رَأَى مُوصِيًا يَحِيفُ^(١) فِي وَصِيَّتِهِ أَنْ يَنْهَاه ؛ لَنْهَى
النَّبِيِّ ﷺ سَعْدًا عَنِ الزِّيَادَةِ عَلَى الثُّلْثِ . وقال بعضُ أهلِ التَّفْسِيرِ فِي قَوْلِهِ
تَعَالَى : ﴿وَلْيَخْشَ الَّذِينَ لَوْ تَرَكَوْا مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَفًا خَافُوا
عَلَيْهِمْ﴾^(٢) . هُوَ أَنْ يَرَى الْمَرِيضَ يَحِيفُ^(٣) عَلَى وَلَدِهِ ، فَيَقُولُ لَهُ : اتَّقِ
 اللَّهَ ، وَلَا تُوصِ بِمَا لَكَ كُلُّهُ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ لِمَنْ لَهُ وَاِرْثُ الْوَصِيَّةِ بِزِيَادَةِ عَلَى الثُّلْثِ ؛ لَنْهَى النَّبِيَّ
ﷺ سَعْدًا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ ذَلِكَ . فَإِنْ فَعَلَ ، [٢٣٧ظ] وَقَفَ الزَّائِدُ
 عَنْ^(٤) الثُّلْثِ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ؛ فَإِنْ أَجَازُوهُ ، جَازَ ، وَإِنْ رَدُّوهُ بَطَلَ ، بِغَيْرِ
 خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهُمْ ، فَجَازَ بِإِجَازَتِهِمْ ، وَبَطَلَ بِرَدِّهِمْ . وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ
 أَنَّ الْوَصِيَّةَ^(٥) صَحِيحَةٌ ، وَإِجَازَةُ الْوَرَثَةِ تَنْفِيذٌ ؛ لِأَنَّ إِجَازَةَ تَنْفِيذٍ فِي
 الْحَقِيقَةِ ، وَلَا خِلَافَ فِي تَسْمِيَّتِهَا إِجَازَةً . فَعَلَى هَذَا ، يُكْتَفَى فِيهَا بِقَوْلِهِ :
 أَجَزْتُ . وَمَا يُؤَدِّي مَعْنَاهُ . وَإِنْ كَانَتْ عِثْقًا ، فَالْوَلَاءُ لِلْمُوصِي يَخْتَصُّ بِهِ
 عَصْبَاتُهُ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ، وَالْإِجَازَةُ هِبَةٌ تَفْتَقِرُ إِلَى
 لَفْظِهَا ، وَوَلَاءُ الْمُعْتَقِينَ لَجَمِيعِ الْوَرَثَةِ . وَلِلْمُجِيزِ إِذَا كَانَ أَبًا لِلْمُوصِي لَهُ
 الرُّجُوعُ فِيهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنْهَا ، وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي الْفَسَادَ ، وَلِأَنَّهُ
 أَوْصَى بِمَا لَيْسَ غَيْرُهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْوَصِيَّةِ بِمَا اسْتَقَرَّ مِلْكُ وَارِثِهِ عَلَيْهِ . وَلَا

(١) فِي س ٢ ، ف : « يَجْنَف » .

(٢) سُورَةُ النِّسَاءِ ٩ .

(٣) فِي ف : « يَجْنَف » .

(٤) فِي م : « عَلَى » .

(٥) فِي م : « الْإِجَازَةُ » .

يُغْتَبَرُ الرُّدُّ وَالْإِجَازَةُ إِلَّا بَعْدَ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لِلْوَارِثِ قَبْلَ الْمَوْتِ ، فَلَمْ يَصِحَّ إِسْقَاطُهُ ، كإِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ قَبْلَ الْبَيْعِ .

فَأَمَّا مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَجُوزُ وَصِيَّتُهُ بِمَالِهِ كُلِّهِ ؛ لِأَنَّ النَّهْيَ مُعَلَّلٌ بِالْإِضْرَارِ بِالْوَارِثِ ^(١) ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « إِنَّكَ أَنْ تَذَرَ وَرَثَتَكَ أَغْنِيَاءَ خَيْرٌ مِنْ أَنْ تَدْعَهُمْ عَالَةً يَتَكَفَّفُونَ النَّاسَ » ^(٢) . وَالثَّانِيَةُ ، الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّ مَالَهُ يَصِيرُ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَلَا مُجِيزَ مِنْهُمْ .

فصل : فَإِنْ أَوْصَى بِجُزْءٍ مِنَ الْمَالِ ، فَأَجَازَ ^(٣) الْوَارِثُ ، ثُمَّ قَالَ : إِنَّمَا أَجَزْتُهَا ظَنًّا مِنِّي أَنَّ الْمَالَ قَلِيلٌ . قُبِلَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَجْهُولٌ فِي حَقِّهِ ، فَلَمْ تَصِحَّ الْإِجَازَةُ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُقْبَلَ ؛ لِأَنَّهُ رُجُوعٌ عَنْ قَوْلٍ يُلْزِمُهُ بِهِ حَقٌّ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ، كَالرُّجُوعِ عَنِ الْإِقْرَارِ . وَإِنْ وَصَّى بِعَبْدٍ فَأَجَازَهُ ، ثُمَّ قَالَ : ظَنَنْتُ الْمَالَ كَثِيرًا ، فَأَجَزْتُهُ لَذَلِكَ . فَفِيهِ أَيْضًا وَجْهَانِ . وَقِيلَ : يَصِحُّ ^(٤) هَاهُنَا ^(٥) وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ مَعْلُومٌ .

فصل : وَيُغْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنَ الثُّلْثِ وَقْتُ ^(٦) الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ لُزُومِ الْوَصِيَّةِ وَاسْتِحْقَاقِهَا . فَلَوْ وَصَّى بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلَهُ أَلْفَانِ ، فَصَارَ عِنْدَ الْمَوْتِ

(١) فِي م : « بِالْوَرِثَةِ » .

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي ٢/٢١٧ ، ٢١٨ .

(٣) فِي م : « فَأَجَازَهَا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « لَا يَصِحُّ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(٦) فِي م : « بَعْدَ » .

ثَلَاثَةَ آلَافٍ ، لَزِمَتِ الْوَصِيَّةُ فِي الْأَلْفِ . وَإِنْ نَقَصَتْ فَصَارَتْ أَلْفًا ، لَزِمَتِ
الْوَصِيَّةُ فِي ثُلُثِ الْأَلْفِ . وَإِنْ وَصَّى وَلَا مَالَ لَهُ ، ثُمَّ اسْتَفَادَ مَالًا ، تَعَلَّقَتْ
الْوَصِيَّةُ بِهِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، ثُمَّ تَلَفَ بَعْضُهُ بَعْدَ الْمَوْتِ ، لَمْ تَبْطُلِ
الْوَصِيَّةُ .

بَابُ مَنْ تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ وَالْوَصِيَّةُ لَهُ وَمَنْ لَا تَصِحُّ

مَنْ ثَبَتَتْ لَهُ الْخِلَافَةُ، صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ بِهَا؛ لِأَنَّ أَبَا بَكْرٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَوْصَى بِهَا لِعُمَرَ^(١)، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَوَصَّى عُمَرُ إِلَى أَهْلِ الشُّوْرَى^(٢). وَلَمْ يُنَكِّرْهُ مِنَ الصَّحَابَةِ مُنْكَرٌ.

وَمَنْ ثَبَتَتْ لَهُ الْوِلَايَةُ عَلَى مَالٍ وَلَدِهِ، فَلَهُ أَنْ يُوصِيَ إِلَى مَنْ يَنْظُرُ فِيهِ؛ لِمَا رَوَى سُفْيَانُ بْنُ عُيَيْنَةَ، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، قَالَ: أَوْصَى إِلَى الزُّبَيْرِ سَبْعَةً^(٣) مِنْ أَصْحَابِ [٢٣٨و] رَسُولِ اللَّهِ ﷺ؛ مِنْهُمْ عِثْمَانُ، وَالْمِقْدَادُ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ، وَابْنُ مَسْعُودٍ، فَكَانَ يَحْفَظُ عَلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ، وَيُنْفِقُ عَلَى أَتْنَائِهِمْ مِنْ مَالِهِ^(٤).

(١) أخرجه ابن سعد، في: الطبقات ٣/١٩٦. والطبراني، في: المعجم الكبير ١/١٣. وانظر صحيح البخاري ٩/١٠٠. صحيح مسلم ٣/١٤٥٤، ١٤٥٥. سنن أبي داود ٢/١٢٠. عارضة الأحوذى ٩/٧٠. المسند ١/١٣، ٤٣، ٤٦، ٤٧.

(٢) تقدم تخريجه في ١/٣٨٥.

(٣) في م: «تسعة».

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة، في: المصنف ١١/١٩٨. وابن أبي عاصم، في: الأحاد والمثاني ١/١٧٤. والبيهقي، في: السنن الكبرى ٦/٢٨٢. وعند ابن أبي عاصم والبيهقي عن هشام بن عروة عن أبيه.

وللولي في النكاح الوصية بتزويج مؤلّيته ، فيقوم وصيته مقامه ؛ لأنها ولاية شرعية ، فملك الوصية بها ، كولاية المال . وعنه ، ليس له الوصية بذلك ؛ لأنها ولاية لها من يستحقها بالشرع ، فلم يملك نقلها بالوصية ، كالحضانة . وقال ابن حامد : إن كان لها عصبته ، لم تصح الوصية بها ؛ لذلك ، وإن لم يكن ، صحت ؛ لعدمه .

فصل : ومن عليه حق تدخله النيابة ؛ كالدين ، والحج ، والزكاة ، وردّ الوديعة ، صحت الوصية به ؛ لأنه إذا جاز أن يوصى في حق غيره ، ففي حق نفسه أولى . ويجوز أن يوصى إلى من يفرق ثلثه في المساكين وأبواب البر ؛ لذلك .

فصل : ومن صح تصرفه في المال ، صحت وصيته ؛ لأنها نوع تصرف . ومن لا تميز له ؛ كالطفل ، والمجنون ، والمبرسّم ، ومن عاين الموت ، لا تصح وصيته ؛ لأنه لا قول له ، والوصية قول . وتصح وصية البالغ المبذر ؛ لأنه إنما حجر عليه لحفظ ماله له ، وليس في وصيته إضاعة له ؛ لأنه إن عاش ، فهو له ، وإن مات ، لم يحتج إلى غير الثواب ، وقد حصّله . وتصح وصية الصبي المميز ؛ لذلك ، ولأن عمر ، رضي الله عنه ، أجاز وصية غلام من غسان^(١) . وقال أبو بكر :

= وبزيادة : فكان يحفظ عليهم أموالهم عزاه الحافظ إلى الحميدي في النوادر . الإصابة ٢ / ٥٥٦ . وانظر : التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل ١٠٦ ، ١٠٧ .
(١) أخرجه الدارمي ، في : باب الوصية للغلام ، من كتاب الوصايا . سنن الدارمي ٢ / ٤٢٤ . ومالك ، في : باب جواز وصية الصغير من كتاب الوصية . الموطأ ٢ / ٧٦٢ . وسعيد بن منصور ، في : سننه ١ / ١٢٧ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٦ / ٢٨٢ .

مَنْ^(١) جَاوَزَ الْعَشْرَ، صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ،^(٢) رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَمَنْ دُونَ السَّبْعِ، لَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ، وَمَنْ بَيْنَهُمَا، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ وَصِيَّةُ الصَّبِيِّ بِحَالٍ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ تَصَرُّفُهُ، أَشْبَهَ الطُّفْلَ. فَأَمَّا السُّكْرَانُ، فَلَا تَصِحُّ وَصِيَّتُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا تَمَيِّزَ لَهُ^(٣). وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَصِحَّ؛ بِنَاءً عَلَى طَلَاقِهِ.

فصل: وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِمَعْصِيَةٍ؛ كَالْوَصِيَّةِ لِلْكَنِيسَةِ، وَبِالسَّلَاحِ لِأَهْلِ الْحَرْبِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ فِي الْحَيَاةِ، فَلَا يَجُوزُ فِي الْمَمَاتِ.

وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِلذَّمِّيِّ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ صَفِيَّةَ زَوْجَ النَّبِيِّ ﷺ أَوْصَتْ لِأَخِيهَا^(٣) «بِثُلثِ مِائَةٍ»^(٤) أَلْفٍ، وَكَانَ يَهُودِيًّا^(٥). وَلِأَنَّهُ يَجُوزُ التَّصَدُّقُ عَلَيْهِ فِي الْحَيَاةِ، فَجَازَ بَعْدَ الْمَمَاتِ^(٥). وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِلْحَزْبِيِّ؛ لِذَلِكَ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْوَقْفُ عَلَيْهِ.

فصل: وَلَا تَجُوزُ الْوَصِيَّةُ لَوَارِثٍ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ»^(٦). وَهَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ. فَإِنْ فَعَلَ صَحَّتْ فِي ظَاهِرِ

(١) فِي م: «إِذَا».

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ.

(٣) فِي ف، م: «بِثَلَاثِمِائَةٍ».

(٤) أَخْرَجَهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ، فِي: سَنَنِهِ ١/١٢٨. وَانْظُرْ مَا أَخْرَجَهُ الدَّارِمِيُّ، فِي: سَنَنِهِ ٢/٢٨١.

٤٢٧. وَعَبْدُ الرَّزَاقِ، فِي: الْمَصْنَفِ ١٠/٣٤٩، ٣٥٣. وَابْنُ أَبِي حَتْمٍ، فِي: السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦/٢٨١.

(٥) فِي الْأَصْلِ: «الْمَوْت».

(٦) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ مَا جَاءَ فِي الْوَصِيَّةِ لِلْوَرِثَةِ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ. سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢/١٠٣. وَالتِّرْمِذِيُّ، فِي: بَابِ مَا جَاءَ لَا وَصِيَّةَ لَوَارِثٍ، مِنْ أَبْوَابِ الْوَصَايَا. عَارِضَةٌ =

المذهب، ووقفت على إجازة الورثة؛ لما روى ابن عباس، رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: «لَا يَجُوزُ لِوَارِثٍ وَصِيَّةٌ، إِلَّا أَنْ يَشَاءَ الْوَرِثَةُ»^(١). فيدل على أنهم إذا شاءوا، كانت وصية جائزة. وقال بعض أصحابنا: الوصية باطلة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ». فإن وصى لغير وارث، فصار عند الموت وارثا، لم تلزم الوصية. وإن وصى لوارث، فصار غير وارث، لزم الوصية^(٢)؛ لأن اعتبار الوصية بالموت.

فصل: ولا تصح الوصية لمن لا يملك؛ كالميت، والمملوك، والجني؛ لأنه تمليك^(٣)، فلم يصح لهم، كالهبة. وإن وصى لحمل امرأة، ثم تيقنا وجوده حال الوصية؛ بأن تضعه لأقل من ستة أشهر منذ أوصى، [٢٣٨ظ] أو لدون أربع سنين، وليست بفراش، صحت الوصية؛ لأنه يملك^(٤) بالإرث، فملك بالوصية، كالمولود. وإن وضعه لستة أشهر فصاعداً وهي

= الأحمدي ٢٧٥/٨، ٢٧٨. والنسائي، في: باب إبطال الوصية للوارث، من كتاب الوصايا. المجتبى ٢٠٧/٦. وابن ماجه، في: باب لا وصية لوارث، من كتاب الوصايا. سنن ابن ماجه ٢/٩٠٥، ٩٠٦. والدارمي، في: باب الوصية للوارث، من كتاب الوصايا. سنن الدارمي ٢/٤١٩. والإمام أحمد، في المسند ١٨٦/٤، ١٨٧، ٢٣٨، ٢٣٩، ٢٦٧/٥. (١) أخرجه الدارقطني، في: السنن ١٥٢/٤. والبيهقي، في: السنن الكبرى ٢٦٣/٦، ٢٦٤. وضعفه في الإرواء ٩٦/٦، ٩٧.

(٢) بعده في س ٢: «له».

(٣) بعده في الأصل: «من الحي»، وفي س ٢: «ما لحي».

(٤) في م: «ملك».

فِرَاشٌ ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يُتَيَقَّنُ وُجُودُهُ حَالِ الوَصِيَّةِ . وَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا ، لم تَصِحَّ الوَصِيَّةُ لَهُ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَرِثُ . وَإِنْ وَصَّى «لِمَا تَحْمِلُ» هَذِهِ الْمَرْأَةُ ، لم يَصِحَّ ؛ لَأَنَّهُ ^(٢) تَمْلِكُ لِمَنْ لَا يَمْلِكُ .

وَإِنْ قَالَ : وَصَّيْتُ لِأَحَدِ هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ . لم يَصِحَّ ؛ لَأَنَّهُ تَمْلِكُ لِغَيْرِ مُعَيَّنٍ . وَإِنْ قَالَ : أَعْطُوا هَذَا الْعَبْدَ لِأَحَدِ هَذَيْنِ . صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ بِتَمْلِكٍ ، إِنَّمَا هُوَ وَصِيَّةٌ بِالتَّمْلِكِ ، فَجَازَ ، كَمَا لَوْ قَالَ لَوَكِيلِهِ : بَعْ هَذَا الْعَبْدَ مِنْ أَحَدِ هَذَيْنِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِعَبْدِهِ بِمُعَيَّنٍ مِنْ مَالِهِ ، أَوْ بِمَائَةٍ ، لم يَصِحَّ ؛ لَأَنَّهُ يَصِيرُ مِلْكًا لِلوَرَثَةِ ، فَيَمْلِكُونَ وَصِيَّتَهُ . وَحُكِيَ عَنْهُ أَنَّ الوَصِيَّةَ صَحِيحَةٌ ، ^(٣) فَيُشْتَرَى الْعَبْدُ مِنَ الوَصِيَّةِ ، فَيُعْتَقُ ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَهُ ^(٤) . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِنَفْسِهِ ، صَحَّ وَعْتَقَ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمُشَاعٍ ، كَثُلَتْ مَالُهُ ، صَحَّ ، وَتَعَيَّنَتْ الوَصِيَّةُ فِيهِ ؛ لَأَنَّهُ ثُلُثُ الْمَالِ ، أَوْ مِنْ ثُلْثِهِ . وَمَا فَضَلَ مِنَ الثُّلُثِ بَعْدَ عِتْقِهِ ، فَهُوَ لَهُ .

وَإِنْ وَصَّى لِمُكَاتِبِهِ ، صَحَّ ؛ لَأَنَّهُ يَمْلِكُ الْمَالَ بِالْعُقُودِ ، فَصَحَّتِ الوَصِيَّةُ لَهُ ، كَالْحُرِّ ^(٤) . وَإِنْ وَصَّى لِأُمِّ وَلَدِهِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهَا حُرَّةٌ عِنْدَ الْاِسْتِحْقَاقِ .

(١ - ١) فِي ف : «لِمَنْ يَحْمِلُ» .

(٢) بَعْدَهُ فِي ف : «لَا» .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : ف ، م .

(٤) فِي ف : «كَالْجُزْءِ» .

وإن وصى لمُدبِّره ، صَحَّ ؛ لأنَّه إمَّا أن يَغْتَقَ كُلُّهُ أو بَعْضُهُ ، فَيَمْلِكُ بِجُزْئِهِ
الْحُرُّ .

وإن وصى لعبدٍ غيره ، كَانَتِ الْوَصِيَّةُ لِمَوْلَاهُ ؛ لأنَّه اكْتِسَابٌ مِنَ الْعَبْدِ ،
فَأُشْبِهَ الصَّيْدَ . وَيُغْتَبَرُ الْقَبُولُ مِنَ الْعَبْدِ ، فَإِنْ قَبِلَ السَّيِّدُ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ
الْإِجَابَ لغيره ، فَلَمْ يَصِحَّ قَبُولُهُ ، كَالْإِجَابِ فِي الْبَيْعِ .

بَابُ مَا تَجُوزُ بِهِ الْوَصِيَّةُ

تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِكُلِّ مَا يُمَكِّنُ نَقْلَ الْمِلْكِ فِيهِ ؛ مِنْ مَقْسُومٍ وَمُشَاعٍ ،
وَمَغْلُومٍ وَمَجْهُولٍ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ لجزءٍ مِنْ مَالِهِ ، فَجَازٌ فِي ذَلِكَ ، كَالْبَيْعِ .
وَتَجُوزُ بِالْحَمْلِ فِي الْبَطْنِ ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ ، وَعَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ ، وَبِمَا لَا
يَقْدِرُ عَلَى تَسْلِيمِهِ ؛ كَالطَّيْرِ فِي الْهَوَاءِ ، وَالْآبِقِ ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي لَهُ يَخْلُفُ
الْمُوصَى فِي الْمُوصَى بِهِ كِخْلَافَةِ الْوَرَثَةِ فِي بَاقِي الْمَالِ ، وَالْوَارِثُ يَخْلُفُهُ فِي
هَذِهِ الْأَشْيَاءِ ^(١) ، كَذَلِكَ الْمُوصَى لَهُ . وَإِنْ وَصَّى بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، صَحَّ ؛
لِذَلِكَ . وَإِنْ وَصَّى ^(٢) بِرَقَبَةِ الْمَكَاتِبِ ، انْبَنَى عَلَى جَوَازِ بَيْعِهِ ، فَإِنْ جَازَ ،
جَازَتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، وَإِلَّا فَلَا . وَإِنْ وَصَّى ^(٣) لَهُ بِمَا تَحْمِلُ جَارِيَتُهُ ، أَوْ شَاتُهُ ،
أَوْ شَجَرَتُهُ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْمَغْدُومَ يَجُوزُ أَنْ يُمْلَكَ بِالسَّلَمِ وَالْمُسَاقَاةِ ، فَجَازُ أَنْ
يُمْلَكَ بِالْوَصِيَّةِ .

فصل : وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِالْمَنَافِعِ ؛ لِأَنَّهَا كَالْأَعْيَانِ فِي الْمِلْكِ بِالْعَقْدِ
وَالِإِزْثِ ، فَكَذَلِكَ فِي الْوَصِيَّةِ . وَتَجُوزُ ^(٤) بِالْعَيْنِ دُونَ الْمُنْفَعَةِ ، وَبِالْعَيْنِ

(١) بعده في م : « كلها » .

(٢) في الأصل : « أوصى » .

(٣) في ف : « أوصى » .

(٤) بعده في م : « الوصية » .

لِرَجُلٍ وَالْمُنْفَعَةِ لآخَرَ ؛ لِأَنَّهُمَا كَالْعَيْنَيْنِ ، فَجَازَ فِيهِمَا مَا جَازَ فِي الْعَيْنَيْنِ .
وَتَجُوزُ بِمَنْفَعَةٍ مُقَدَّرَةٍ الْمُدَّةُ وَمُؤَبَّدَةٌ ؛ لِأَنَّ الْمُقَدَّرَ كَالْعَيْنِ الْمَعْلُومَةِ ، وَالْمُؤَبَّدَةَ
كَالْمُجْهُولَةِ ، فَصَحَّتِ الْوَصِيَّةُ بِالْجَمِيعِ .

فصل : [٢٣٩ د] وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِمَا يَجُوزُ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ مِنَ النَّجَاسَاتِ ؛
كَالْكَلْبِ ، وَالزَّيْتِ النَّجِسِ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ اقْتِنَاؤُهُ لِلإِنْتِفَاعِ ، فَجَازَ نَقْلُ الْيَدِ فِيهِ
بِالْوَصِيَّةِ . وَلَا تَجُوزُ بِمَا لَا يَحِلُّ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ؛ كَالْخَمْرِ ، وَالْخِنْزِيرِ ، وَالكَلْبِ
الَّذِي يَحْرُمُ اقْتِنَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ ، فَلَا تُقَرُّ الْيَدُ عَلَيْهِ .

فصل : وَيَجُوزُ تَغْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ فِي الْحَيَاةِ ؛ لِأَنَّهَا تَجُوزُ فِي الْمَجْهُولِ ،
فَجَازَ تَغْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ ، كَالطَّلَاقِ . وَيَجُوزُ تَغْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ ^(١) بَعْدَ
الْمَوْتِ ^(١) ؛ لِأَنَّ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ فِي الْوَصِيَّةِ كَحَالِ الْحَيَاةِ . فَإِنْ قَالَ : وَصَّيْتُ
لَكَ بِشَيْءٍ ، فَإِنْ قَدِمَ زَيْدٌ ، فَهُوَ لَهُ . فَقَدِمَ زَيْدٌ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي ، فَهُوَ لَهُ .
وَإِنْ قَدِمَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : الْوَصِيَّةُ لِلأَوَّلِ ؛ ^(٢) لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّهَا ^(٢) بِمَوْتِ
الْمُوصِي ، فَلَمْ تَنْتَقِلْ عَنْهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهَا لِلثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهَا لَهُ بِقُدُومِهِ ، وَقَدْ
وُجِدَ .

فصل : وَإِذَا كَانَتِ الْوَصِيَّةُ لغيرِ مُعَيَّنٍ ، كَالْفُقَرَاءِ ، أَوْ لِمَنْ لَا يُعْتَبَرُ
قَبُولُهُ ، كَسَبِيلِ اللَّهِ ، لَزِمَتْ بِالْمَوْتِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُ الْقَبُولِ ، فَسَقَطَ
اعْتِبَارُهُ . وَإِنْ كَانَتْ لِأَدَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، لَمْ تَلْزَمْ إِلَّا بِالْقَبُولِ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ ،

(١ - ١) فِي س ٢ : « بِالْمَوْتِ » .

(٢ - ٢) فِي ف : « لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّت » .

فَأُشْبِهَتْ الصَّدَقَةُ . وَلَا يَصِحُّ الْقَبُولُ إِلَّا بَعْدَ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّ الْإِجَابَ لِمَا بَعْدَهُ ، فَكَانَ الْقَبُولُ بَعْدَهُ . فَإِذَا قَبِلَ ، ثَبَتَ لَهُ الْمِلْكُ حِينَئِذٍ ؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ يَتِمُّ بِهِ السَّبَبُ ، فَلَمْ يَثْبُتِ الْمِلْكُ قَبْلَهُ ، كَالْهَبَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَوْقُوفٌ ، إِنْ قَبِلَ تَبَيُّنًا^(١) أَنَّهُ مَلَكَ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّ مَا وَجِبَ انْتِقَالُهُ بِالْقَبُولِ ، وَجِبَ انْتِقَالُهُ مِنْ جِهَةِ الْمَوْجِبِ بِالْإِجَابِ ، كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ . فَمَا حَدَّثَ^(٢) فِي الْوَصِيَّةِ^(٣) مِنْ نَمَاءٍ مُنْفَصِلٍ قَبْلَ الْقَبُولِ ، فَهُوَ لِلْوَارِثِ . وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِزَوْجَتِهِ ، فَأَوْلَدَهَا قَبْلَ الْقَبُولِ ، فَوَلَدُهُ رَقِيقٌ لِلْوَارِثِ . وَعَلَى الْإِحْتِمَالِ الثَّانِي ، يَكُونُ النَّمَاءُ لِلْمَوْصَى لَهُ ، وَوَلَدُهُ حُرٌّ .

فصل : وَإِنْ رَدَّ الْوَصِيَّةَ فِي حَيَاةِ الْمُوصَى ، لَمْ يَصِحَّ الرَّدُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ إِسْقَاطَهُ ، كَالشَّفِيعِ قَبْلَ الْبَيْعِ^(٣) . وَإِنْ رَدَّهَا بَعْدَ الْمَوْتِ قَبْلَ الْقَبُولِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ لَهُ ، فَمَلَكَ إِسْقَاطَهُ ، كَالشَّفِيعِ بَعْدَ الْبَيْعِ . وَإِنْ رَدَّ بَعْدَ الْقَبُولِ ، لَمْ يَصِحَّ الرَّدُّ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ مِلْكًا تَامًا ، فَلَمْ يَصِحَّ رَدُّهُ ، كَالْعَفْوِ عَنِ الشُّفْعَةِ بَعْدَ الْأَخْذِ بِهَا . فَإِنْ لَمْ يَقْبَلْ وَلَمْ يَرُدَّ ، فَلِلْوَرَثَةِ مُطَالَبَتُهُ بِأَحَدِهِمَا ، فَإِنْ امْتَنَعَ ، حَكَمْنَا عَلَيْهِ بِالرَّدِّ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ مُتَرَدِّدٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْوَرَثَةِ ، فَأُشْبِهَ مَنْ تَحَجَّرَ مَوَاتًا وَامْتَنَعَ مِنْ إِحْيَائِهِ ، أَوْ وَقَفَ فِي مَشْرَعَةٍ مَاءٍ يَمْنَعُ غَيْرَهُ وَلَا يَأْخُذُ .

فصل : وَإِنْ مَاتَ الْمُوصَى لَهُ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصَى ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ

(١) فِي ف : « ثَبَتْنَا » ، وَفِي م : « بَنَيْنَا » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي ف : « الْمَبِيع » .

مات قبل استحقاقها، فإن مات بعده قبل القبول، فكذلك في قياس المذهب، واختيار ابن حامد؛ لأنه عقد يفتقر إلى القبول، فبطل بالموت قبل القبول، كالهبة والبيع. وقال الخرقى: يقوم الوارث مقام الموصى له في القبول والرد؛ لأنه عقد لازم من أحد طرفيه، فلم يمتل بموت من له الخيار، [٢٣٩ظ] كعقد الرهن. فإذا قبل الوارث، ثبت الملك له، فلو وصى لرجل بأبيه^(١)، فمات الموصى له قبل القبول، فقبل ابنه، وقلنا بصحة ذلك، وأن^(٢) الملك ينتقل إلى الموصى له بموت الموصى،^(٣) ورث الموصى^(٣) به من ابنه^(٤) السدس؛ لأننا ثبتنا^(٥) أنه كان حراً. وإن قلنا: لا ينتقل إلا بالقبول. لم يرث شيئاً؛ لأنه كان رقيقاً.

(١) في الأصل: «بأبيه»، وفي س ٢، ف: «بأنية».

(٢) بعده في س ٢: «قلنا».

(٣ - ٣) سقط من: الأصل.

(٤) في م: «أبيه».

(٥) في ف: «ثبتنا».

بَابُ مَا يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ

مَا وَصَّى بِهِ مِنَ التَّبَرُّعَاتِ ؛ كَالْهَبَةِ ، وَالْوَقْفِ ، وَالْعِتْقِ ، وَالْمُحَابَاةِ ، اغْتَبِرَ مِنَ الثُّلُثِ ، سَوَاءً كَانَتِ الْوَصِيَّةُ فِي الصُّحَّةِ أَوْ الْمَرَضِ ؛ لِأَنَّ لُزُومَ الْجَمِيعِ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَعَنْهُ ، أَنَّ الْوَصِيَّةَ فِي الصُّحَّةِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

فَأَمَّا الْوَاجِبَاتُ ؛ كَقَضَاءِ الدَّيْنِ ، وَالْحَجِّ ، وَالزَّكَاةِ ، فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرَثَةِ بَعْدَ أَدَاءِ الدَّيْنِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٌ ﴾ ^(١) . وَقَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى بِاللَّيْنِ ^(٢) قَبْلَ الْوَصِيَّةِ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٣) . وَالوَاجِبُ لِحَقِّ اللَّهِ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « دَيْنُ اللَّهِ أَحَقُّ أَنْ يُقْضَى » ^(٤) . فَإِنْ وَصَّى بِهَا

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، س ٢ ، م : « أَنْ الدَّيْنِ » .

(٣) فِي : بَابُ مَا جَاءَ فِي مِيرَاثِ الْإِخْوَةِ مِنَ الْأَبِ وَالْأُمِّ ، مِنْ أَبْوَابِ الْفَرَائِضِ ، وَفِي : بَابُ مَا جَاءَ يَبْدَأُ بِاللَّيْنِ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْوَصَايَا . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٤٦/٨ ، ٢٧٩ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الدَّيْنِ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٩٠٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٧٩/١ ، ١٣١ ، ١٤٤ .

(٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ صَوْمٌ ... ، مِنْ كِتَابِ الصُّومِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤٦/٣ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ قَضَاءِ الصِّيَامِ عَنِ الْمَيِّتِ ، مِنْ كِتَابِ الصِّيَامِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٨٤٠ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَنْ مَاتَ وَعَلَيْهِ صِيَامٌ ... ، مِنْ كِتَابِ الْأَيْمَانِ وَالنَّذْرِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢١٢/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ تَشْبِيهِ قَضَاءِ الْحَجِّ بِقَضَاءِ الدَّيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ . الْمُجْتَبَى ٨٩/٥ .

مُطْلَقًا، أَوْ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ، فَهِيَ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ. فَإِنْ قَالَ: أَخْرِجُوهَا مِنْ ثُلْثِي. أَخْرِجَتْ مِنَ الثُّلُثِ، وَتَمَّتْ^(١) مِنْ رَأْسِ الْمَالِ. فَإِنْ كَانَ مَعَهَا وَصِيَّةٌ بَتَّبَرُعٍ^(٢)، فَقَالَ الْقَاضِي: يُبْدَأُ بِالْوَاجِبِ، فَإِنْ فَضَلَ عَنْهُ مِنَ الثُّلُثِ شَيْءٌ، فَهُوَ لِلْمُوصِي لَهُ بِالتَّبَرُعِ، وَإِنْ لَمْ يَفْضُلْ شَيْءٌ، سَقَطَ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَسَمَ الثُّلُثُ بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ^(٣) بِالْحِصَّةِ، فَمَا بَقِيَ مِنَ الْوَاجِبِ، تُمَّمْ مِنَ الثُّلُثَيْنِ، فَيَدْخُلُهُ الدَّوْرُ^(٤)، وَيَحْتَاجُ إِلَى الْعَمَلِ بِطَرِيقِ الْجَبْرِ، فَتَقْرَضُ الْمَسْأَلَةُ فِي مَنْ وَصَّى بِقَضَاءِ ذَيْنِهِ؛ وَهُوَ عَشْرَةٌ، وَوَصَّى لِآخَرِ عَشْرَةٍ، وَتَرَكْتُهُ ثَلَاثُونَ، فَاجْعَلْ تِمَمَةَ الْوَاجِبِ شَيْئًا، ثُمَّ خُذْ ثُلْثَ الْبَاقِي؛ وَهُوَ عَشْرَةٌ إِلَّا ثُلْثَ شَيْءٍ، اقْسِمْهَا بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ نِصْفَيْنِ^(٥)، فَحَصَلَ لِقَضَاءِ الدَّيْنِ خَمْسَةٌ إِلَّا سُدُسَ شَيْءٍ، إِذَا أَضْفَتْ إِلَيْهَا الشَّيْءَ الْمَأْخُودَ، كَانَ عَشْرَةً، فَاجْبِرِ الْخَمْسَةَ مِنَ الشَّيْءِ بِسُدُسِهِ، يَبْقَى خَمْسَةُ دَنَانِيرَ وَخَمْسَةُ أَسْدَاسِ شَيْءٍ تَعْدِلُ عَشْرَةً، فَالشَّيْءُ سِتَّةٌ، وَحَصَلَ لَصَاحِبِ الْوَصِيَّةِ الْآخَرَى أَرْبَعَةٌ.

فصل: فَأَمَّا عَطِيَّتُهُ فِي صِحَّتِهِ^(٦)، فَمِنْ رَأْسِ مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ مُطْلَقٌ فِي التَّصَرُّفِ فِي مَالِهِ، لَا حَقٌّ لِأَحَدٍ فِيهِ. وَإِنْ كَانَ فِي مَرَضٍ غَيْرِ مَخُوفٍ،

(١) فِي ف: «وتمت».

(٢) سَقَطَ مِنْ: س ٢، وَفِي ف: «تبرع».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «الوصيتين».

(٤) الدَّوْرُ: تَوَقَّفَ الشَّيْءُ عَلَى مَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ. التَّعْرِيفَاتُ ٤٧.

(٥) سَقَطَ مِنْ: م.

(٦) فِي ف: «الصحة».

فكذلك ؛ لأنه في حُكْمِ الصَّحِيح . وإن كَانَ مَخُوفًا اتَّصَلَ بِهِ الْمَوْتُ ، فَعَطِيتُهُ مِنَ الثُّلْثِ ؛ لِمَا رَوَى عِمْرَانُ^(١) بْنُ حُصَيْنٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ رَجُلًا أَعْتَقَ سِتَّةَ أَعْبِيدَ لَهُ عِنْدَ مَوْتِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، فَبَلَغَ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَدَعَاهُمْ ، [٢٤٠ و] فَجَزَّاهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ، فَأَقْرَعَ بَيْنَهُمْ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرْقَ أَرْبَعَةً ، وَقَالَ لَهُ قَوْلًا شَدِيدًا . رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٢) . وَلَأنَّهُ فِي هَذِهِ الْحَالِ لَا يَأْمَنُ الْمَوْتُ ، فَجُعِلَ كَحَالِ الْمَوْتِ . فَإِنْ بَرَأَ ثُمَّ مَرِضَ وَمَاتَ ، فَهُوَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ لِأنَّهُ لَيْسَ بِمَرِضٍ الْمَوْتِ . وَإِنْ وَهَبَ مَا يُعْتَبَرُ قَبْضُهُ وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَأَقْبَضَهُ وَهُوَ مَرِضٌ ، اُعْتَبِرَ مِنَ الثُّلْثِ ؛ لِأنَّهُ لَمْ يَلْزَمْ إِلَّا بِالْقَبْضِ الَّذِي وُجِدَ فِي الْمَرِضِ .

فصل : والمرضُ المخوفُ ؛ كالطَّاعُونِ ، والقولنج^(٣) ، والرَّعَافِ الدَّائِمِ ، والإِسْهَالِ الْمُتَوَاتِرِ ، والحُمَّى الْمُطْبِقَةُ ، وَقِيَامِ الدَّمِ ، والسَّلِّ فِي انْتِهَائِهِ ، والفَالِجِ^(٤) فِي ابْتِدَائِهِ ، وَنَحْوِهَا . وَغَيْرُ الْمَخُوفِ ؛ كَالْجَرَبِ ، وَوَجَعِ

(١) فِي الْأَصْلِ : «عمر» .

(٢) فِي : بَابِ مَنْ أَعْتَقَ شَرَكًا لَهُ فِي عَبْدٍ ، مِنْ كِتَابِ الْإِيمَانِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٨٨ / ٣ .
كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَنْ أَعْتَقَ عَبِيدًا لَهُ لَمْ يَبْلُغْهُمُ الثُّلْثُ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ .
سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٣٥٣ / ٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَنْ يَعْتَقُ مِمَّا لِيَكُهُ عِنْدَ مَوْتِهِ وَلَيْسَ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمْ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٢١ / ٦ ، ١٢٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الصَّلَاةِ عَلَى مَنْ يَحْيِفُ فِي وَصِيَّتِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْجَنَائِزِ . الْمَجْتَبَى ٥١ / ٤ ، ٥٢ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْقَضَاءِ بِالْقِرْعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنَ ابْنَ مَاجَهَ ٧٨٥ / ٢ ، ٧٨٦ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَنْ أَعْتَقَ رَقِيقًا لَا يَمْلِكُ مَا لَا غَيْرُهُمْ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . الْمُوطَأُ ٧٤٤ / ٢ مَرْسَلًا . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٢٦ / ٤ ، ٤٢٨ ، ٤٣٠ ، ٤٣١ ، ٤٣٨ - ٤٤٠ ، ٤٤٥ ، ٤٤٦ .

(٣) الْقَوْلَنْجُ : مَرَضٌ مَعْوَى مُؤَلَّمٌ يَصْعَبُ مَعَهُ خُرُوجُ الرِّيحِ وَالْبَرَّازِ ، وَسَبَبُهُ التَّهَابُ الْقَوْلُونُ .

(٤) الْفَالِجُ : شَلْلٌ يَصِيبُ أَحَدَ شَقَى الْجِسْمِ طَوْلًا .

الضُّرسِ ، والصُّدَاعِ اليَسِيرِ ، والحُمَّى اليَسِيرَةِ ، والإِسْهَالِ اليَسِيرِ مِنْ غَيْرِ دَمٍ ، والسَّلُّ قَبْلَ تَنَاهِيهِ ، والفَالَجِ إِذَا طَالَ . فَأَمَّا الْأَمْرَاضُ الْمُتَدَّةُ ، فَإِنْ أَضْنَى صَاحِبُهَا عَلَى فِرَاشِهِ ، فَهِيَ مَخُوفَةٌ ، وَإِلَّا فَلَا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيهَا وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهَا مَخُوفَةٌ عَلَى كُلِّ حَالٍ . وَإِنْ أَشْكَلَ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَمْرَاضِ ، رُجِعَ إِلَى قَوْلِ عَدْلَيْنِ مِنْ أَهْلِ الطَّبِّ ؛ لِأَنَّهُمْ أَهْلُ الْخِيَرَةِ بِهِ .

فصل : وَإِذَا ضَرَبَ الْحَامِلَ الطَّلُقُ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَسْبَابِ التَّلَفِ ، وَمَا قَبْلَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَهِيَ فِي حُكْمِ الصَّحِيحِ . فَإِذَا صَارَ لَهَا سِتَّةُ أَشْهُرٍ ، فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : عَطِيتُهَا مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ الْخُرُوجِ الْوَلَدِ ، وَهُوَ مِنْ أَسْبَابِ التَّلَفِ . وَقَالَ غَيْرُهُ : هِيَ كَالصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَرَضَ بِهَا . وَإِنْ وَضَعَتِ الْوَلَدَ وَبَقِيََتْ مَعَهَا الْمَشِيمَةُ ، أَوْ حَصَلَ مَرَضٌ ، أَوْ ضَرَبَانٌ ، فَهُوَ مَخُوفٌ ، وَإِلَّا فَلَا .

وَمَنْ كَانَ بَيْنَ الصَّفَيْنِ حَالُ التَّحَامِ الْحَرْبِ ، أَوْ فِي الْبَحْرِ فِي هَيْجَانِهِ ، أَوْ أَسِيرَ قَوْمٍ عَادَتْهُمْ قَتْلُ الْأَسْرَى ، أَوْ قُدِّمَ لِلْقَتْلِ ، أَوْ حُبِسَ لَهُ ، أَوْ وَقَعَ الطَّاعُونَ بَيْلَدِهِ ، فَعَطِيتُهُ مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهُ يَخَافُ الْمَوْتَ خَوْفَ الْمَرِيضِ وَأَكْثَرَ ، فَكَانَ مِثْلَهُ فِي عَطِيَّتِهِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَفِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ عَطَايَاهُمْ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَرَضَ بِهِمْ .

فصل : فَأَمَّا يَتُّعُ الْمَرِيضِ بِثَمَنِ الْمِثْلِ ، وَ^(١) تَزْوِيْجُهُ بِمَهْرِ الْمِثْلِ ، فَلَا زِمَ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ ، إِنَّمَا الْوَصِيَّةُ التَّبَرُّعُ ، وَلَيْسَ هَذَا تَبَرُّعًا . وَإِنْ

(١) فِي الْأَصْلِ : «أَوْ» .

حَتَّى فِي ذَلِكَ ، اُعْتَبِرْتَ الْمُحَابَاةَ مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهَا تَبْرُءُ . وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدُهُ ، اُعْتَبِرَ^(١) مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّ مَا يَأْخُذُهُ عِوَضًا مِنْ كَسْبِ عَبْدِهِ ، وَهُوَ مَالٌ لَهُ ، فَصَارَ كَالْعِتْقِ بِغَيْرِ عِوَضٍ . وَإِنْ وَهَبَ لَهُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، فَقَبْلَهُ ، عَتَقَ مِنَ الْمَالِ كُلِّهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُخْرِجْ مِنْ مَالِهِ شَيْئًا بِغَيْرِ عِوَضٍ . وَإِنْ مَاتَ ، وَرِثَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ .

فصل : فَإِنْ عَجَزَ الثُّلُثُ^(٢) عَنْ التَّبَرُّعَاتِ ، قُدِّمَتِ الْعَطَايَا عَلَى الْوَصَايَا ؛ لِأَنَّهَا أَسْبَقَتْ ، فَإِنْ عَجَزَ الثُّلُثُ عَنْ الْعَطَايَا ، بُدِيََ بِالْأَوَّلِ فَالْأَوَّلِ ، عِتْقًا كَانَ أَوْ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّ السَّابِقَ [٢٤٠ ظ] اسْتَحَقَّ الثُّلُثَ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِمَا بَعْدَهُ . وَإِنْ وَقَعَتْ دَفْعَةٌ وَاحِدَةً ، تَحَاصُّوا فِي الثُّلُثِ ، وَأُدْخِلَ النِّقْصُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ بِقَدْرِ عَطِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ تَسَاوَوْا فِي الْحَقِّ ، فَقُسِمَ بَيْنَهُمْ ، كَالْمِيرَاثِ . وَعَنْهُ ، أَنَّ الْعِتْقَ يُقَدَّمُ ؛ لِأَنَّهُ آكَدٌ ، لِكَوْنِهِ مَبْنِيًّا عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ . فَإِنْ كَانَ الْعِتْقُ لَأَكْثَرٍ مِنْ وَاحِدٍ ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ فَكَمُلَ الْعِتْقُ فِي بَعْضِهِمْ ؛ لِحَدِيثِ عِمْرَانَ^(٣) ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ تَكْمِيلُ الْأَحْكَامِ فِي الْعَبْدِ ، وَلَا يَحْصُلُ إِلَّا بِذَلِكَ . فَإِنْ قَالَ : إِنْ أَعْتَقْتُ سَالِمًا ، فَغَانِمٌ حُرٌّ . ثُمَّ أَعْتَقَ سَالِمًا ، قُدِّمَ عَلَى غَانِمٍ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ أَسْبَقَ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أَعْتَقْتُ سَالِمًا ، فَغَانِمٌ حُرٌّ^(٤) مَعَ حُرِّيَّتِهِ . فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّا لَوْ أَعْتَقْنَا غَانِمًا بِالْقُرْعَةِ ، لَرَقَّ سَالِمٌ ، ثُمَّ بَطَلَ عِتْقُ غَانِمٍ ؛ لِأَنَّهُ

(١) فِي م : « اُعْتَبِرْتَ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : س ٢ .

(٣) تَقْدِمَ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ٢٣ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

مَشْرُوطٌ بِعَتَقِ سَالِمٍ ، فَيُفْضَى عِتْقُهُ إِلَى نَفِيٍّ ^(١) عِتْقِهِ .

وإن كَانَتِ التَّبَرُّعَاتُ وَصَايَا ، سُوَّى بَيْنَ الْمُتَقَدِّمِ ^(٢) وَالتَّأَخَّرِ ؛ لِأَنَّهَا تُوجَدُ عَقِيبَ مَوْتِهِ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فَتَسَاوَتْ كُلُّهَا .

فصل : ^(٣) « وَإِذَا عَتَقَ » بَعْضُ الْعَبْدِ ^(٤) بِالْقُرْعَةِ ، تَبَيَّنَّا أَنَّهُ كَانَ حُرًّا مِنْ حِينَ الْإِعْتَاقِ ، فَيَكُونُ كَسْبُهُ لَهُ . وَإِنْ عَتَقَ بَعْضُهُ ، مَلَكَ مِنْ كَسْبِهِ بِقَدْرِهِ . فَلَوْ أَعْتَقَ عَبْدًا لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، فَكَسَبَ فِي حَيَاةِ سَيِّدِهِ مِائَةً ، عَتَقَ نِصْفَهُ ، وَلَهُ نِصْفُ كَسْبِهِ ، وَيَخْصُلُ لِلْوَرَثَةِ نِصْفُهُ ، وَنِصْفُ كَسْبِهِ ، وَذَلِكَ مِثْلًا مَا عَتَقَ مِنْهُ . وَطَرِيقُ عَمَلِهَا أَنْ تَقُولَ : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْءٌ ، وَلِلْوَرَثَةِ شَيْئَانِ . فَيُقَسَّمُ الْعَبْدُ وَكَسْبُهُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْيَاءَ ، فَيَخْرُجُ لِلشَّيْءِ خَمْسُونَ ، وَهُوَ نِصْفُ الْعَبْدِ . وَلَوْ كَسَبَ مِثْلَى قِيمَتِهِ ، لَقُلْتُ : عَتَقَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَلَهُ مِنْ كَسْبِهِ شَيْئَانِ ، وَلِلْوَرَثَةِ شَيْئَانِ ، فَيَعْتِقُ مِنْهُ ثَلَاثَةَ أَخْمَاسِهِ ، وَلَهُ ثَلَاثَةُ أَخْمَاسِ كَسْبِهِ ، وَلِلْوَرَثَةِ الْخُمْسَانِ .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ الْمَرِيضُ مَرِيضًا عَبْدًا قِيمَتُهُ عَشْرَةٌ لَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، ثُمَّ وَهَبَهُ الثَّانِي لِلأَوَّلِ ، وَلَا يَمْلِكُ غَيْرَهُ ، فَقَدْ صَحَّحَتْ ^(٥) هِبَةُ الْأَوَّلِ فِي شَيْءٍ ، وَصَحَّحَتْ هِبَةُ الثَّانِي فِي ثُلُثِ ذَلِكَ الشَّيْءِ ، بَقِيَ لَهُ ^(٦) ثُلَاثَا شَيْءٍ ، وَلِلْوَرَثَةِ

(١) فِي م : « بَطْلَان » .

(٢) فِي س ٢ : « الْمَقْدَم » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْل : « وَإِنْ أَعْتَقَ » .

(٤) فِي الْأَصْل ، س ٢ : « الْعَبِيد » .

(٥) بَعْدَهُ فِي س ٢ : « مِنْهُ » .

(٦ - ٦) فِي الْأَصْل : « الثَّلَاثَانِ » .

الأوّل شيّان ، ابسط الجميع أثلاثًا ، تكن ثمانية ، والشئ ثلاثة ، فلورثة الأوّل ستة هي ثلاثة أزباع العبد ، ولورثة الثانى رُبْعُه .

فصل : ولو تزوّج المريض امرأة صدّاق مثلها خمسة ، فأصدقها عشرة لا يملك غيرها ، فماتت قبله ، ثم مات ، فقد صحّ لها بالصدّاق خمسة وشئ ، وعاد إلى الزوج نصف ذلك ، ديناران ونصف ، ونصف شئ ، فصار لورثته سبعة ونصف ، إلّا نصف شئ ، تغدّل^(١) شيئين ، اجبرها بنصف شئ ، تصر شيّان ونصف ، تغدّل سبعة ونصف^(٢) ، ابسطها ، تصر خمسة ، تغدّل خمسة عشر . فالشئ إذا ثلاثة ، فلورثة الزوج ستة ، ولورثتها أربعة .

فصل : وإن باع المريض عبدا لا يملك غيره ، قيمته ثلاثون [و٢٤١] بعشرة ، فأسقط الثمن من قيمته ، ثم أنسب ثلث العبد كله^(٣) إلى الباقي من ثمنه ، يكن نصفه ، فيصحّ البيع في نصفه بنصف ثمنه . ولو اشتراه بخمسة عشر ، كانت نسبة الثلث إلى باقيه بثلاثين ، فيصحّ البيع في ثلثيه^(٤) بثلاثين ثمنه .

فصل : ومن وصّى لرجل بثلث ماله ، ومنه حاضر وغائب ، وعين ودَيْن ، فللموصى له ثلث العين الحاضرة ، وللورثة ثلثاها ، فكلما اقتضى

(١) فى الأصل : «فعدل» ، وفى ف : «يعدل» .

(٢) فى م : «ونصفان» .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى م : «ثلثه» ، وبعده فى الأصل : «و» .

مِنَ الدِّينِ شَيْءٌ، أَوْ حَضَرَ مِنَ الْغَائِبِ شَيْءٌ، اقْتَسَمُوهُ أَثْلَاثًا؛ لِأَنَّهُمْ شُرَكَاءُ فِيهِ. وَإِنْ وَصَّى بِمِائَةِ حَاضِرَةٍ، وَلَهُ مِائَتَانِ غَائِبَةٌ، أَوْ دَيْنٌ، مَلَكَ الْمُوصَى لَهُ ثُلُثَ الْحَاضِرَةِ، وَلَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ فِيهِ نَافِذَةٌ، فَلَا فَائِدَةَ فِي وَقْفِهِ، وَوُقِفَ ثُلَاثَاهَا، فَكُلَّمَا حَضَرَ مِنَ الْغَائِبِ شَيْءٌ أَخَذَهُ الْوَارِثُ، وَاسْتَحَقَّ الْمُوصَى لَهُ مِنَ الْحَاضِرَةِ قَدْرَ ثُلُثِهِ. وَإِنْ تَلَفَتِ الْغَائِبَةُ، فَالْثُلَاثَانِ لِلْوَرَثَةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ دَبَّرَ عَبْدَهُ وَمَاتَ، وَلَهُ دَيْنٌ مِثْلَاهُ، عَتَقَ ثُلُثَهُ، وَوُقِفَ ثُلَاثَاهُ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ.

فصل: وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمَنْفَعَةِ عَبْدٍ سَنَةً، فَفِي اعْتِبَارِهَا مِنَ الثُّلُثِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، يُقَوِّمُ الْمَنْفَعَةَ سَنَةً، وَيُقَوِّمُ الْعَبْدَ مَسْلُوبَ الْمَنْفَعَةِ سَنَةً عَلَى الْوَارِثِ. وَالثَّانِي، يُقَوِّمُ الْعَبْدَ كَامِلَ الْمَنْفَعَةِ، وَيُقَوِّمُ مَسْلُوبَ الْمَنْفَعَةِ سَنَةً، فَيُعْتَبَرُ مَا بَيْنَهُمَا. وَإِنْ وَصَّى بِنَفْعِهِ حَيَاتِهِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، يُقَوِّمُ الْعَبْدَ بِمَنْفَعَتِهِ، ثُمَّ يُقَوِّمُ مَسْلُوبَ الْمَنْفَعَةِ، فَمَا زَادَ عَلَى قِيَمَةِ الرِّقْبَةِ الْمُنْفَرِدَةِ، فَهُوَ قِيَمَةُ الْمَنْفَعَةِ. وَالثَّانِي، يُقَوِّمُ الْعَبْدَ بِمَنْفَعَتِهِ عَلَى الْمُوصَى لَهُ؛ لِأَنَّ عَبْدًا لَا نَفْعَ فِيهِ لَا قِيَمَةَ لَهُ. وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِنَفْعِهِ وَلَاخِرَ بَرَقَبَتِهِ، اعْتُبِرَ خُرُوجُ الْعَبْدِ بِمَنْفَعَتِهِ مِنَ الثُّلُثِ، وَجْهًا وَاحِدًا. وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِشَمْرَةِ شَجَرَةٍ أَبَدًا، فَفِي التَّقْوِيمِ الْوَجْهَانِ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ.

بابُ الوَصَى له

إِذَا وَصَّى ^(١) لَجِيرَانِهِ ، صُرِفَ إِلَى أَرْبَعِينَ دَارًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْجَارُ أَرْبَعُونَ دَارًا ، هَكَذَا ، وَهَكَذَا ، وَهَكَذَا ، وَهَكَذَا » ^(٢) .

وإن أَوْصَى لِلْعُلَمَاءِ ، فَهُوَ لِلْعُلَمَاءِ بِالشَّرْعِ ^(٣) دُونَ غَيْرِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُطْلَقُ هَذَا الْاسْمُ عَلَى غَيْرِهِمْ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ مَنْ يَسْمَعُ الْحَدِيثَ وَلَا مَعْرِفَةً لَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ مُجَرَّدَ سَمَاعِهِ لَيْسَ بِعِلْمٍ .

وإن أَوْصَى لِلْأَيْتَامِ ، فَهُوَ لِمَنْ لَا أَبَ لَهُ غَيْرُ بَالِغٍ ؛ لِأَنَّ الْيَتَمَ فَقَدَ الْأَبَ مَعَ الصُّغَرِ ، وَلِذَلِكَ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا يُتَمَّ بَعْدَ اخْتِلَامٍ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤) . وَيَدْخُلُ فِيهِ الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ ؛ لِشُمُولِ الْإِسْمِ لَهُمْ .

وَالْأَرَامِلُ النِّسَاءُ غَيْرُ ذَوَاتِ الْأَزْوَاجِ ؛ لِأَنَّ الْإِسْمَ لَا يُطْلَقُ فِي الْعُرُوفِ عَلَى غَيْرِهِنَّ ، وَتَسْتَحِقُّ مِنْهُ الْغَنِيَّةُ وَالْفَقِيرَةُ ؛ [٢٤١ ظ] لِذَلِكَ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ

(١) فِي ف ، م : « أَوْصَى » .

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو يَعْلَى ، فِي : مُسْنَدِهِ ٣٨٥ / ١٠ . وَالْحَدِيثُ طَرَقَهُ ضَعِيفَةٌ . انْظُرْ : السَّلْسَلَةُ الضَّعِيفَةُ ٤٤٣ / ١ - ٤٤٦ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « فِي الشَّرْعِ » ، وَفِي س ٢ : « فِي الشَّرْعِ » .

(٤) فِي : بَابُ مَا جَاءَ مَتَى يَنْقُطَعُ الْيَتَمُ ، مِنْ كِتَابِ الْوَصَايَا . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ١٠٤ / ٢ .

قال الشاعر^(١) :

هذى الأراملُ قد قَضَيْتَ حَاجَتَهَا فَمَنْ لِحَاجَةٍ هَذَا الْأَزْمَلُ الذَّكَرِ؟
فَسَمَّى الذَّكَرَ أَرْمَلًا . قُلْنَا : هَذَا الْبَيْتُ حُجَّةٌ لَنَا ، فَإِنَّهُ لَمْ يُدْخِلِ الذُّكُورَ
فِي لَفْظِ الْأَرَامِلِ ، إِذْ لَوْ دَخَلُوا لَكَانَ الضَّمِيرُ ضَمِيرَ الذُّكُورِ ، فَإِنَّهُ مَتَى
اجْتَمَعَ^(٢) الْمَذْكَرُ وَالْمُؤَنَّثُ ، غُلِبَ ضَمِيرُ التَّذْكِيرِ^(٣) ، وَإِنَّمَا سَمَّى نَفْسَهُ أَرْمَلًا
تَجَوُّزًا ، وَلِذَلِكَ^(٤) وَصَفَهُ بِكَوْنِهِ ذَكَرًا .

وَالْعُزَّابُ مَنْ لَا^(٥) أَزْوَاجَ لَهُمْ^(٥) مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ . يُقَالُ : رَجُلٌ
عَزَبٌ ، وَامْرَأَةٌ عَزَبَةٌ . وَالْأَيَّامَى مِثْلُ الْعُزَّابِ سَوَاءً . قَالَ الشَّاعِرُ^(٦) :

فَإِنْ تَنَكَّحِي أَنْكِحْ وَإِنْ تَتَأَيَّمِي وَإِنْ كُنْتُ أَفْتَى مِنْكُمْ أَتَأَيَّمُ
وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَخْتَصَّ الْعُزَّابُ بِالرِّجَالِ ، وَالْأَيَّامَى بِالنِّسَاءِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ
فِي الْعُزْفِ لَهُمْ دُونَ غَيْرِهِمْ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْأَيُّمُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا لَاحْتِيجَ
إِلَى الْفَرْقِ بَهَاءِ التَّأْنِيثِ ، كَقَائِمٍ وَقَائِمَةٍ ، فَلَمَّا أُطْلِقَ عَلَى الْمُؤَنَّثِ بِغَيْرِهَا ،
دَلَّ عَلَى اخْتِصَاصِهَا بِهِ ، كَطَالِقٍ وَحَائِضٍ وَشَبَّهَهُمَا .

(١) البيت لجرير ، في اللسان (ر م ل) ، وهو أيضا في معجم مقاييس اللغة ٢ / ٤٤٢ . وليس في ديوان جرير .

(٢) بعده في م : « ضمير » .

(٣) في ف : « المذكر » .

(٤) في م : « كذلك » .

(٥ - ٥) في ف : « زوج له » .

(٦) البيت في اللسان والتاج (أ ي م) .

وعجز البيت في اللسان : « يدا الدهر ما لم تنكحي أتأيم » ، وفي التاج : « أبد الدهر » .

فصل : والغلمان والصبيان الذكور ممن لم^(١) يبلغ ؛ لأنَّ الاسم في العُزف لهم دون غيرهم . والفتيان والشبان^(٢) اسم للبالغين إلى الثلاثين . والكهول من جاز^(٣) ذلك إلى الخمسين . وقيل في قول الله تعالى : ﴿ تَكَلَّمُ النَّاسُ فِي الْمَهْدِ وَكَهْلًا ﴾^(٤) : هو ابن ثلاثين . والشيوخ من جاز^(٥) الخمسين إلى آخر العمر . والعانس من الرجال والنساء الذي^(٦) كبر ولم يتزوج . قال^(٧) قيس بن رفاعَةَ الواقفي^(٨) :

فِينَا الَّذِي مَا عَدَا أَنْ طَرَّ شَارِبُهُ وَالْعَانِسُونَ وَفِينَا الْمُرْدُ وَالشَّيْبُ^(٩)

فصل : ومن وصى لصنف من أصناف الزكاة ، صرف إلى من يستحق الزكاة من ذلك الصنف ، ويُعطى من الوصية والوقف حسب ما يُعطى من الزكاة ، إلا الفقراء والمساكين ، فإنه إذا أوصى لأحد الصنفين ، دخل

(١) سقط من : م .

(٢) في س ٢ ، ف : « الشباب » .

(٣) في م : « جاوز » .

(٤) سورة المائدة ١١٠ .

(٥) في م : « جاوز » .

(٦) في م : « من » .

(٧) بعده في ف : « ابن » .

(٨) في الأصل : « الغافقي » .

وانظر ترجمته في الإصابة ٤٦٨/٥ .

(٩) عزاه إلى قيس بن رفاعَةَ صاحب سمط اللآلئ ٥٦/١ ، ٧٠٢/٢ . وكذا ابن منظور في

اللسان (ع ن س) ، وهو فيهما هكذا :

منا الذي هو ما إن طر شاربه والعانسون ومنا المرد والشيب .

الآخِرُ فِي الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهَمَا صِنْفَانِ فِي الزَّكَاةِ ، وَصِنْفٌ فِي سَائِرِ الْأَحْكَامِ ؛
لشُمُولِ الْأَسْمِ لِلْقِسْمَيْنِ .

وإن وَصَّى لِأَقَارِبِهِ ، أَوْ أَهْلِ قَرْبَتِهِ ، لَمْ يَدْخُلِ الْكَافِرُ فِي الْوَصِيَّةِ إِذَا كَانَ
الْمُوصِي مُسْلِمًا ؛ لِأَنَّهُمْ لَمْ يَدْخُلُوا فِي وَصِيَّةِ اللَّهِ تَعَالَى لِلأَوْلَادِ بِالْمِيرَاثِ .
وإن كَانَ الْمُوصِي كَافِرًا ، لَمْ يَدْخُلِ الْمُسْلِمُ فِي وَصِيَّتِهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛
لِذَلِكَ . وَيَدْخُلُ فِي الْآخِرِ ؛ لِعُمُومِ اللَّفْظِ فِيهِ ، وَكَوْنُهُ أَحَقَّ بِالْوَصِيَّةِ لَهُ مِنَ
الْكَافِرِ .

فصل : وإن وَصَّى ^(١) لِحَمَلِ امْرَأَةٍ ، فَوَلَدَتْ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى ، فَهَما سَوَاءٌ ؛
لأنَّه عَطِيَّةٌ ، فَاسْتَوَى فِيهَا الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى ، كَالْهَبَةِ . وإن قَالَ : إِن وَلَدَتْ
ذَكَرًا ، فَلَهُ أَلْفٌ ، وَإِن وَلَدَتْ أُنْثَى ، [و٢٤٢] فَلَهَا مِائَةٌ . فَوَلَدَتْ ذَكَرًا
وَأُنْثَى ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ ^(٢) مَا عَيَّنَ لَهُ . وَإِن وَلَدَتْ خُحْنَى ، فَلَهُ مِائَةٌ ؛ لِأَنَّهُ
الْيَقِينُ ، وَيُوقَفُ الْبَاقِي حَتَّى يَتَبَيَّنَ . وَإِن وَلَدَتْ ذَكَرَيْنِ وَأُنْثَيْنِ ، شُرَكَ
بَيْنَ الذَّكَرَيْنِ فِي الْأَلْفِ ، وَبَيْنَ الْأُنْثَيْنِ فِي الْمِائَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ أَحَدُهُمَا
أَوْلَى مِنَ الْآخَرِ . وَلَوْ قَالَ : إِن كَانَ مَا فِي بَطْنِكَ ذَكَرًا ، فَلَهُ أَلْفٌ ، وَإِن
كَانَ أُنْثَى ، فَلَهُ مِائَةٌ . فَوَلَدَتْ ذَكَرًا وَأُنْثَى ، فَلَا شَيْءَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ
شَرَطَ أَنْ يَكُونَ جَمِيعُ مَا فِي الْبَطْنِ عَلَى هَذِهِ الصِّفَةِ ، وَلَمْ تُوجَدْ .

فصل : ومتى كَانَتِ الْوَصِيَّةُ لْجَمْعِ يُمَكِّنُ اسْتِيعَابَهُمْ ، لَزِمَ اسْتِيعَابُهُمْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَوْصَى » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « مِنْهُمَا » .

والتَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمْ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَقْتَضِي التَّسْوِيَةَ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَقَرَّ لَهُمْ . وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنِ اسْتِيعَابُهُمْ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ لَهُمْ ، وَجَازَ الْاِقْتِصَارُ عَلَى وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا أَوْصَى لَهُمْ عَالِمًا بِتَعَدُّ اسْتِيعَابِهِمْ ، عَلِمَ أَنَّهُ لَمْ يُرِدْ ذَلِكَ ، إِنَّمَا أَرَادَ أَنْ لَا يَتَجَاوَزَهُم بِالْوَصِيَّةِ ، وَيَحْصُلُ ذَلِكَ بِالْدَّفْعِ إِلَى وَاحِدٍ مِنْهُمْ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُجْزَى الدَّفْعُ إِلَى أَقَلِّ مِنْ ثَلَاثَةٍ ؛ بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا فِي الزَّكَاةِ . وَيَجُوزُ تَفْضِيلُ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ ؛ لِأَنَّ مَنْ جَازَ حِرْمَانَهُ ، جَازَ تَفْضِيلَ غَيْرِهِ عَلَيْهِ ، سَوَاءً كَانَتْ الْوَصِيَّةُ لِقَبِيلَةٍ ، أَوْ أَهْلِ بَلَدَةٍ ، أَوْ لِمَوْصُوفِينَ بِصِفَةٍ ، كَالْمَسَاكِينِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَزَيْدٍ وَالْمَسَاكِينِ ، فَلَزَيْدٍ النُّصْفُ ، وَلِلْمَسَاكِينِ النُّصْفُ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهَا لَجِهَتَيْنِ ، فَوَجَبَ قَسْمُهَا نِصْفَيْنِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَزَيْدٍ وَعَمْرٍو . وَإِنْ وَصَّى لَزَيْدٍ وَالْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ ، فَلَزَيْدٍ الثُّلُثُ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ وَصَّى لَزَيْدٍ بِدِينَارٍ ، وَلِلْفُقَرَاءِ بِثَلَاثَةِ ، وَزَيْدٌ فَقِيرٌ ، لَمْ يُعْطَ غَيْرَ الدِّينَارِ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ الْجَهْدَ فِي الدَّفْعِ إِلَيْهِ بِتَقْدِيرِ حَقِّهِ بِدِينَارٍ .

فصل : وَإِنْ قَالَ لَهُ : ضَعْ ثُلْثِي حَيْثُ يُرِيكَ اللَّهُ . لَمْ يَمْلِكْ أَخْذَهُ لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَمْلِكُ مَلَكَهُ بِالْإِذْنِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ صَرْفَهُ إِلَى نَفْسِهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلَا إِلَى وَلَدِهِ ، وَلَا إِلَى وَالِدِهِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ ، وَلِهَذَا مُنِعَ مِنْ قَبُولِ شَهَادَتِهِ لَهُ . وَيَحْتَمِلُ جَوَازَ ذَلِكَ ؛ لِعُمُومِ لَفْظِ الْمُوصِي فِيهِمْ ، وَلِهَذَا وَضَعَهَا حَيْثُ أَرَاهُ اللَّهُ . وَالْمُسْتَحَبُّ صَرْفُهَا إِلَى فَقَرَاءِ أَقَارِبِ الْمَيِّتِ مِمَّنْ لَا يَرِثُهُ ؛ لِأَنَّهُمْ أَوْلَى النَّاسِ بِوَصِيَّةِ الْمَيِّتِ وَصَدَقَتِهِ . وَنَقَلَ الْمُروِّذِيُّ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ وَصَّى بِثُلْثِهِ فِي أَبْوَابِ الْبِرِّ : يُجْزَى ثَلَاثَةُ أَجْزَاءٍ ؛ جِزْءًا^(١) فِي الْجِهَادِ ، وَجِزْءًا يُتَصَدَّقُ بِهِ

(١) سقط من : م .

فِي قَرَابَتِهِ^(١) ، وَجُزْءًا فِي الْحَجِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُضَرَفَ فِي أَبْوَابِ الْبِرِّ كُلِّهَا ،
وَهِيَ كُلُّ مَا فِيهِ قُرْبَةٌ ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ عَامٌّ ، وَلَا «نَعْلَمُ قَرِينَةً»^(٢) مُخَصَّصَةً ،
فَوَجَبَ إِبْتِقَاؤُهُ عَلَى الْعُمُومِ .

فصل : إِذَا وَصَّى بِشَيْءٍ لِلَّهِ وَلِزَيْدٍ ، فَجَمِيعُهُ لِزَيْدٍ ؛ لِأَنَّ ذِكْرَ اللَّهِ تَعَالَى
لِلتَّبَرُّكِ بِاسْمِهِ ، كَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ
خُمُسَهُ﴾^(٣) . وَإِنْ وَصَّى بِشَيْءٍ لِزَيْدٍ وَلِمَنْ لَا يَمْلِكُ ؛ كَجِبْرِيلَ ، وَالرِّيَّاحَ ،
وَالْمَيِّتِ ، فَالْمُوصَى بِهِ كُلُّهُ لِزَيْدٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ لَهُ نِصْفَ الْمُوصَى بِهِ ؛ لِأَنَّهُ
شَرَكُ^(٤) بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنَ النِّصْفِ ، كَمَا لَوْ كَانَ
شَرِيكُهُ [٢٤٢ ظ] مِمَّنْ يَمْلِكُ . وَإِنْ وَصَّى لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو ، فَبَانَ أَحَدُهُمَا مَيِّتًا ،
فَلَيْسَ لِلْآخَرِ^(٥) إِلَّا نِصْفُ الْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ قَاصِدٌ لِلشَّارِكِ بَيْنَهُمَا ، لَا عِتْقَادَهُ
حَيَاتَهُمَا .

(١) فِي ف : «أقاربه» .

(٢ - ٢) فِي ف : «يعلم قربة» .

(٣) سُورَةُ الْأَنْفَالِ ٤١ .

(٤) فِي م : «شريك» .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، س ٢ ، م : «لأحدهما» .

بَابُ الْوَصِيَّةِ بِالْأَنْصِبَاءِ

إِذَا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، فَحَكَى ^(١) الْخِرْقَى فِيهَا رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لِلْمَوْصَى لَهُ السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُ يُزَوَّى عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ رَجُلًا أَوْصَى لِرَجُلٍ بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ ، فَأَعْطَاهُ النَّبِيُّ ﷺ سُدُسَ الْمَالِ ^(٢) . وَقَالَ إِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ ^(٣) : السَّهْمُ فِي كَلَامِ الْعَرَبِ السُّدُسُ ^(٤) . فَإِنْ كَانَ الْوَرَثَةُ عَصَبَةً ، أُعْطِيَ سُدُسَ جَمِيعِ الْمَالِ ، وَالْبَاقِي لِلْعَصَبَةِ ، وَإِنْ كَانُوا ذَوِي فَرْضٍ ، أُعِيلَتْ ^(٥) الْمَسْأَلَةُ بِالسُّدُسِ ، فَيَصِيرُ لَهُ السَّبْعُ ، وَإِنْ أُعِيلَتْ ^(٦) الْفَرِيضَةُ ، أُعِيلَ سَهْمُهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَحْسَنَ حَالًا مِنَ الْوَارِثِ . وَالثَّانِيَةُ ، يُعْطَى سَهْمًا مِمَّا تَصِحُّ مِنْهُ الْفَرِيضَةُ مُزَادًا عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ وَصِيَّتَهُ مِنَ

(١) بعده في م : « فيها » .

(٢) أخرجه الطبراني ، في : المعجم الأوسط ١٥٥ / ٩ . والبزار ، انظر : كشف الأستار ١٣٩ / ٢ . وفي إسنادهما العرزمي وهو ضعيف .

كما أخرجه ابن أبي شيبة ، في المصنف ١٧١ / ١١ . موقوفا على ابن مسعود .

(٣) إِيَّاسُ بْنُ مُعَاوِيَةَ بْنِ قُرَّةٍ أَبُو وَائِلَةَ الْمَزْنِيُّ ، الْعَلَامَةُ قَاضِي الْبَصْرَةِ ، تَابَعِيَ ثِقَةٌ فَقِيهٌ ، كَانَ يَضْرِبُ بِهِ الْمَثَلَ فِي الذِّكَاءِ وَالْدِهَاءِ وَالسُّودِّ وَالْعَقْلِ ، تَوَفَّى سَنَةَ إِحْدَى وَعِشْرِينَ وَمِائَةً . سِيرَ أَعْلَامُ النَّبَلَاءِ ١٥٥ / ٥ . تَهْذِيبُ التَّهْذِيبِ ٣٩٠ / ١ ، ٣٩١ .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : المصنف ١٧١ / ١١ ، ١٧٢ .

(٥) في ف : « اعتلت » والعول : أَنْ يَزِيدَ حِسَابَ الْفَرِيضَةِ ، وَتَزِيدَ سَهَامَهَا ، فَتَنْقُصَ الْأَنْصِبَاءُ .

(٦) في ف : « اعتل » .

الفَرِيضَةُ ، فَيَكُونُ سَهْمًا مِنْ^(١) سَهْمَانِيهَا . قَالَ الْقَاضِي : وَيُشْتَرَطُ أَنْ لَا يَزِيدَ عَلَى الشُّدُسِ^(٢) ، فَإِنْ زَادَ عَلَيْهِ ، رُدَّ إِلَى الشُّدُسِ . وَاخْتَارَ الْخَلَّالُ وَصَاحِبُهُ أَنَّهُ يُعْطَى أَقَلُّ سَهْمٍ مِنْ سِهَامِ الْوَرَثَةِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بِنَصِيبٍ وَارِثٍ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِنَصِيبٍ ، أَوْ حَظٍّ ، أَوْ جُزْءٍ مِنْ مَالِهِ ، أَعْطَاهُ الْوَرَثَةُ مَا شَاءُوا ؛ لِأَنَّ كُلَّ شَيْءٍ يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبٍ أَحَدِ وَرَثَتِهِ ، أُعْطِيَ مِثْلَ مَا لِأَقْلَهُمْ نَصِيبًا ؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ ، يُزَادُ ذَلِكَ عَلَى مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنٌ ، فَلَهُ النُّصْفُ ؛ لِأَنَّهُ سَوَى بَيْنَهُمَا ، وَلَا تَحْصُلُ التَّسْوِيَةُ إِلَّا بِذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنَانِ^(٣) ، فَلِلْمَوْصَى لَهُ الثُّلُثُ . وَإِنْ وَصَّى بِنَصِيبٍ أَحَدَهُمَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ ، وَيَكُونُ ذَلِكَ كِنَايَةً عَنْ مِثْلِ نَصِيبِهِ بِتَقْدِيرِ حَذْفِ الْمُضَافِ وَإِقَامَةِ الْمُضَافِ إِلَيْهِ مُقَامَهُ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ نَصِيبَ الْإِثْنَيْنِ لَهُ ، فَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِمَالِهِ مِنْ غَيْرِ الْمِيرَاثِ . وَإِنْ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبٍ ابْنِهِ الْكَافِرِ ، أَوْ الرَّقِيقِ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى بِمِثْلِ نَصِيبٍ مَنْ لَا نَصِيبَ لَهُ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِضِعْفِ نَصِيبِ ابْنِهِ ، فَلَهُ مِثْلُ نَصِيبِهِ مَرَّتَيْنِ ؛ لِأَنَّ ضِعْفَ الشَّيْءِ مِثْلَاهُ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِضِعْفَيْنِ نَصِيبِ ابْنِهِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا :

(١) فِي م : « عَلَى » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « الثَّلَاثُ » .

(٣) فِي ف : « اثْنَانِ » .

له ثلاثة أمثاله ، وثلاثة أضعافه^(١) أربعة أمثاله ؛ لأنَّ ضِعْفَ الشيء هو ومثله ، وضيغفاه هو ومثلاه . وقال ذلك أبو عبيدة^(٢) . واختيارى أنَّ ضِعْفِي الشيء مثلاه ، بمنزلة ضِعْفِهِ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَتَأْتِ أَكْثَرَهَا ضِعْفَيْنِ ﴾^(٣) . أى مثليْن . قاله أهل التفسير . وكذلك قوله عز وجل : ﴿ يُضَاعَفْ لَهَا الْعَذَابُ ضِعْفَيْنِ ﴾^(٤) . وقال هشام بن معاوية النحوي^(٥) : « الْعَرَبُ تَتَكَلَّمُ بِالضَّعْفِ مُشْتًى ، فَتَقُولُ : إِنْ أُعْطِيتَنِي [٢٤٣و] دِرْهَمًا ، فَلَكَ ضِغْفَاهُ . أى مثلاه . قال : وإفْرَادُهُ لَا بَأْسَ بِهِ ، وَالتَّثْنِيَّةُ أَحْسَنُ . فعلى هذا ، ثلاثة أضعافه ، ثلاثة أمثاله .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِجُزْءٍ مُّقَدَّرٍ مِنْ مَالِهِ ؛ كَثُلَتْ أَوْ رُبِعَ ، أَخَذَتْهُ مِنْ مَخْرَجِهِ ، فَدَفَعَتْهُ إِلَيْهِ ، وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَ عَلَى مَسْأَلَةِ الْوَرَثَةِ إِنْ انْقَسَمَ ، وَإِلَّا ضَرَبْتَ مَسْأَلَةَ الْوَرَثَةِ أَوْ وَفَّقَهَا فِي مَخْرَجِ^(٦) الْوَصِيَّةِ ، فَمَا بَلَغَ ، فَمِنْهُ

(١) بعده فى م : « و » .

(٢) بعده فى ف : « قال المصنف » .

وأبو عبيدة هو معمر بن المثنى التيمى ، البصرى مولاهم ، النحوى ، صاحب التصانيف ، كان من أوسع الناس علما بأخبار العرب وأيامها ، توفى سنة عشر ومائتين . ويقال : إحدى عشرة . إنباه الرواة ٢٧٦/٣ - ٢٨٧ . تاريخ العلماء النحويين ٢١١ - ٢١٣ . سير أعلام النبلاء ٤٤٥/٩ - ٤٤٧ .

(٣) سورة البقرة ٢٦٥ .

(٤) سورة الأحزاب ٣٠ .

(٥) هشام بن معاوية الضرير النحوى الكوفى أبو عبد الله ، صاحب الكسائى ، أخذ عنه ، وله مقالة فى النحو تعزى إليه ، توفى سنة تسع ومائتين . إنباه الرواة ٣٦٤ ، ٣٦٥ .

(٦ - ٦) فى م : « العربى يتكلم » .

(٧) سقط من : الأصل .

تَصِحُّ . وإن كَانَ أَكْثَرُ مِنَ الثُّلْثِ ، فَأَجَازَ الْوَرَثَةُ ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ رَدُّوا ،
أَعْطِيَتْ الْمُوَصَّى لَهُ الثُّلْثُ ، وَجَعَلَتْ لِلْوَرَثَةِ الثُّلْثَيْنِ .

وإن وَصَّى بِجُزْءَيْنِ ، مِثْلَ أَنْ يُوصَّى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ ، وَلِآخَرَ بِنِصْفِهِ ،
أَخَذَتْ مَخْرَجِي^(١) الْوَصِيَّتَيْنِ^(٢) ، وَضَرَبَتْ أَحَدَهُمَا^(٣) فِي الْآخِرِ^(٤) ، يَصِرُ
سِتَّةً ، فَأَعْطِيَتْ صَاحِبَ النِّصْفِ ثَلَاثَةً ، وَصَاحِبَ الثُّلْثِ سَهْمَيْنِ ، إِنْ أَجَازَ
الْوَرَثَةُ ، وَإِنْ رَدُّوا ، قَسَمَتْ الثُّلْثُ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةٍ ، وَضَرَبَتْ ذَلِكَ فِي
ثَلَاثَةٍ ، يَكُنْ خَمْسَةٌ عَشَرَ ؛ لِلْوَصِيَّتَيْنِ خَمْسَةٌ ، وَلِلْوَرَثَةِ عَشْرَةٌ ؛ لِأَنَّ مَا قُسِمَ
مُتَّفَاضِلًا عِنْدَ اتِّسَاعِ الْمَالِ ، قُسِمَ مُتَّفَاضِلًا عِنْدَ ضَيْقِهِ ، كَالْمَوَارِيثِ ، وَإِنْ
أَجَازُوا لِأَحَدِهِمَا دُونَ الْآخِرِ ، ضَرَبَتْ مَسْأَلَةَ الْإِجَازَةِ فِي مَسْأَلَةِ الرَّدِّ أَوْ
وَفَّقِهَا إِنْ وَافَقَتْ ، وَأَعْطِيَتْ الْمَجَازَ لَهُ سِهَامَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ مَضْرُوبَةً فِي
مَسْأَلَةِ الرَّدِّ أَوْ وَفَّقِهَا ، وَأَعْطِيَتْ الْآخَرَ سِهَامَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الرَّدِّ مَضْرُوبَةً فِي
مَسْأَلَةِ الْإِجَازَةِ أَوْ وَفَّقِهَا .

ولو وَصَّى لِرَجُلٍ بِجَمِيعِ مَالِهِ ، وَلِآخَرَ بِثُلْثِهِ ، قَسَمَتْ الْمَالُ عَلَى أَرْبَعَةٍ ؛
لصَاحِبِ الْمَالِ ثَلَاثَةً ، وَلِصَاحِبِ الثُّلْثِ سَهْمٌ ؛ لِأَنَّ السَّهَامَ فِي الْوَصَايَا
كَالسَّهَامِ فِي الْمِيرَاثِ تُعَالَى بِالزَّائِدِ ، وَإِنْ لَمْ يُجِزُوا ، قُسِمَ الثُّلْثُ عَلَى
أَرْبَعَةٍ ، فَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ الْكُلِّ وَحْدَهُ ، فَلِصَاحِبِ الثُّلْثِ رُبْعُ الثُّلْثِ ؛

(١) فِي م : « مَخْرَج » .

(٢) فِي س ٢ : « الْوَصِيَّاتَيْنِ » .

(٣) فِي م : « لِأَحَدِهِمَا » .

(٤) فِي م : « الْآخَرَى » .

لأنَّ ذلك كان له في حال الرَّدِّ عليهما . وفي صاحبِ المالِ وَجْهَانِ ؛
أحدهما ، له الباقي كُلُّه ؛ لأنَّه مَوْصِيٌّ له به ، وإنَّما امتنع منه في حال
الإجازة لهما ، لمُزاحمةِ صاحبه له ، فإذا زالتِ المُزاحمةُ في الباقي ، كان
له . والثاني ، ليس له إلا ثلاثة أرباعِ المالِ التي كانت له في حالِ الإجازة
لهما ، والباقي للورثة ؛ لأنَّه من نصيبِ صاحبِ الثلث . وإن أجازوا
لصاحبِ الثلثِ وحده ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، له الثلثُ كاملاً .
والثاني ، له الربعُ ، ولصاحبِ المالِ الربعُ ، والباقي للورثة .

وإن كَثُرَتِ السَّهَامُ ؛ كَرَجُلٍ أَوْصَى لَرَجُلٍ بِالمالِ ، ولآخرَ بِنُصْفِهِ ،
ولآخرَ بثلثه ، ولآخرَ بِرُبْعِهِ ، ولآخرَ بِسُدُسِهِ ، أَخَذَتْ مَخْرَجًا يَجْمَعُ
الكُسُورَ فجعلته ^(١) المالَ ، وهو ههنا ^(٢) اثنا عشرَ ، ثم زِدْتَ عليه نِصْفَه
وثُلثَه ورُبْعَه وسُدُسَه ، فبلغَ الجميعُ سَبْعَةً وَعِشْرِينَ ، فيُقسَمُ المالُ بينهم ^(٣) إن
أَجِيزَ لهم ، أو ^(٤) الثلثُ إن رُدَّ عليهم .

فصل : وإن وَصَّى لَرَجُلٍ بثلثِ ماله ، ولآخرَ بِمِثْلِ نصيبِ أحدِ ورثته ،
وهم ^(٥) اثنانِ ، ففيها وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، أن يُعطَى الثلثُ لصاحبه ، ويُقسَمَ
الباقي بينَ الاثنينِ والوصيِّ الآخرِ على ثلاثة ، فتَصِحُّ المسألةُ من تسعة ؛
للموصيِّ له بالثلثِ ثلثه ، وللآخرِ سَهْمَانِ ، ولكُلُّ ابنِ سَهْمَانِ . وإن رَدَّا ،

(١) بعده في ف : « في » .

(٢) سقط من : م .

(٣) بعده في ف : « كذلك » .

(٤) في الأصل : « و » .

(٥) في م : « هما » .

قَسَمْتَ الثُّلُثَ بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ عَلَى خُمْسَةٍ . [٢٤٣ ظ] وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، أَنَّ صَاحِبَ النَّصِيبِ مُوصًى لَهُ بِثُلُثِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّا لَا نُرْتَّبُ الْوَصَايَا بَعْضُهَا عَلَى بَعْضٍ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ أُجِيزَ لِهَمَا ، فَلِلْوَصِيَّيْنِ الثُّلُثَانِ ، وَلِلْاِثْنَيْنِ الثُّلُثُ ، وَإِنْ رَدًّا ، فَالْثُّلُثُ بَيْنَهُمَا عَلَى اثْنَيْنِ ، وَالثُّلُثَانِ لِلْاِثْنَيْنِ ، وَتَصِحُّ مِنْ سِتَّةٍ . فَإِنْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ الْأُولَى بِالنِّصْفِ ، فَفِيهَا ^(١) وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ أَنْ تَجْعَلَ لَصَاحِبِ النَّصِيبِ نَصِيبَهُ مِنَ الثُّلُثَيْنِ ، وَهُوَ ثُلُثُهُمَا ، وَلَصَاحِبِ النِّصْفِ النِّصْفَ إِنْ أَجَازَ الْوَرَثَةُ . وَإِنْ رَدُّوا ، قَسَمْتَ الثُّلُثَ بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ عَلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ سَهْمًا ، وَالثُّلُثَانِ لِلْاِثْنَيْنِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، وَآخَرَ بِجُزْءٍ مِمَّا يَبْقَى مِنَ الْمَالِ ؛ كَرَجُلٍ لَهُ ثَلَاثَةُ بَنِينَ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ ، وَآخَرَ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ ، فَعَلَى الْوَجْهِ الَّذِي نَقُولُ : لَصَاحِبِ النَّصِيبِ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا ثُلُثُ الْمَالِ . لَهُ هَاهُنَا رُبْعُ الْمَالِ ، وَيَكُونُ لِلْآخَرِ رُبْعٌ أَيْضًا ، يَبْقَى سَهْمَانِ مِنْ أَرْبَعَةٍ لثَلَاثَةِ بَنِينَ ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ سَهْمًا ؛ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْوَصِيَّيْنِ ثَلَاثَةٌ ، وَلِكُلِّ ابْنِ سَهْمَانِ ، فَإِنْ رَدُّوا عَلَيْهِمَا ، قَسَمْتَ الثُّلُثَ بَيْنَ الْوَصِيَّيْنِ نِصْفَيْنِ ، وَالْبَاقِي لِلْبَنِينَ ، وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، لَا يُزَادُ صَاحِبُ النَّصِيبِ عَلَى مِيرَاثِ ابْنٍ ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ التَّشْوِيَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمْ . وَلَكِنْ فِي عَمَلِهَا طُرُقٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَضْرِبَ مَخْرَجَ إِحْدَى الْوَصِيَّيْنِ فِي الْآخَرِ ^(٢) ، وَهُوَ هَاهُنَا ^(٣) ثَلَاثَةٌ فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنِ اثْنَيْ عَشَرَ ، ثُمَّ تَنْقُصَهُ

(١) فِي م : « فِيهِ » .

(٢) فِي م : « الْآخَرَى » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : م .

سَهْمًا ، يَبْقَى أَحَدَ عَشَرَ ، فَمِنْهُ تَصِيحٌ ، ثُمَّ تَأْخُذُ مَخْرَجَ الْجُزْءِ وَهُوَ ثَلَاثَةٌ ، تَنْقُصُهَا سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمَانِ ، وَهُوَ النَّصِيبُ . الطَّرِيقُ الثَّانِي ، أَنْ تَجْعَلَ الْمَالَ ثَلَاثَةَ أَشْهُمٍ وَنَصِيبًا ، تَدْفَعُ النَّصِيبَ إِلَى صَاحِبِهِ ، وَإِلَى الْوَصِيِّ الْآخَرِ ثُلُثَ الْبَاقِي سَهْمًا ، يَبْقَى سَهْمَانِ بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ ثُلُثَا سَهْمٍ ، فَتَعْلَمُ أَنَّ النَّصِيبَ ثُلُثَا سَهْمٍ ، فَإِذَا بَسَطْتَهَا أَثْلَاثًا كَانَتْ أَحَدَ عَشَرَ . الطَّرِيقُ الثَّلَاثُ ، أَنْ تَقُولَ : ثَلَاثَةُ أَشْهُمٍ بَقِيَّةُ مَالٍ ذَهَبَ ثُلُثُهُ ، فَرُدَّ عَلَيْهِ نِصْفُهُ وَسَهْمًا ، صَارَتْ خَمْسَةٌ وَنِصْفًا^(١) ، إِذَا بَسَطْتَهَا ، كَانَتْ أَحَدَ عَشَرَ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ ، وَآخَرَ بِثُلُثِ مَا بَقِيَ مِنَ الثُّلُثِ ، فَاجْعَلِ الْمَالَ تِسْعَةَ أَشْهُمٍ وَثَلَاثَةَ أَنْصِبَاءَ ، اذْفَعْ نَصِيبًا إِلَى صَاحِبِهِ ، وَإِلَى الْآخَرِ سَهْمًا^(٢) ، وَادْفَعْ نَصِيبَيْنِ^(٣) إِلَى اثْنَيْنِ^(٤) ، يَبْقَى ثَمَانِيَةُ أَشْهُمٍ لِلَاثْنِ الثَّلَاثِ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ النَّصِيبَ ثَمَانِيَةَ أَشْهُمٍ ، وَالْمَالَ ثَلَاثَةٌ وَثَلَاثُونَ .

فصل : وَإِذَا كَانَ لَهُ مِائَتَا دِرْهَمٍ ، وَعَبْدٌ قِيمَتُهُ مِائَةٌ ، فَأَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، وَآخَرَ بِالْعَبْدِ ، فَقَدْ أَوْصَى بِثُلُثَيْنِ مَالِهِ ، فَإِنْ لَمْ يُجْزِ الْوَرَثَةُ ، رُدَّتْ وَصِيَّةُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى نِصْفِهَا ، فَلصاحب العبد نِصْفُهُ ، وَلِلْآخَرِ سُدُسُ الْمِائَتَيْنِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقْتَسِمَا الثُّلُثَ عَلَى حَسَبِ مَا

(١) فِي ف : « نِصْفَانِ » .

(٢) فِي م : « سَهْمَانِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « نَصِيبَا » .

(٤) فِي م : « ابْنَيْنِ » .

يَحْصُلُ لَهَا فِي الْإِجَازَةِ ، فَيَكُونُ بَيْنَهُمَا عَلَى عَشْرِينَ ؛ لِصَاحِبِ الْعَبْدِ تِسْعَةٌ ؛ وَهِيَ رُبْعُ الْعَبْدِ وَخُمْسُهُ ، وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ أَحَدَ عَشَرَ ؛ [٢٤٤و] وَهِيَ سُدُسُ الْمَالِ وَسُدُسُ عَشْرِهِ . وَإِنْ أَجَازُوا لَهَا ، فَلِلْمُوصَى لَهُ بِالثُّلُثِ ثُلُثُ الْمِائَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مُزَاجِمَ لَهُ فِيهِمَا ، وَيَزْدَحِمُ هُوَ وَصَاحِبُ الْعَبْدِ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَوْصَى لِأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِهِ ، وَلِلْآخَرِ بثلثه ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ ؛ لِصَاحِبِهِ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ ، وَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ رُبْعُهُ ، فَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ الثُّلُثِ وَحْدَهُ ، فَلَهُ ثُلُثُ الْمِائَتَيْنِ . وَهَلْ يَسْتَحِقُّ ثُلُثَ الْعَبْدِ أَوْ رُبْعَهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ نِصْفُهُ . وَإِنْ أَجَازُوا لِصَاحِبِ الْعَبْدِ وَحْدَهُ ، فَلِصَاحِبِ الثُّلُثِ سُدُسُ الْمِائَتَيْنِ وَسُدُسُ الْعَبْدِ ، وَلِصَاحِبِ الْعَبْدِ خُمْسَةُ أَسْدَاسِهِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخَرِ ، ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهِ الَّتِي كَانَتْ لَهُ فِي حَالِ الْإِجَازَةِ لَهَا ، وَبَاقِيهِ لِلْوَرَثَةِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِثُلُثِ مَالِهِ لَوَارِثِهِ وَأَجْنَبِيٍّ ، فَأُجِيزَ لَهَا ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ رُدَّ عَلَيْهِمَا ، أَوْ عَلَى الْوَارِثِ وَحْدَهُ ، فَلِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ ، وَالباقى لِلْوَرَثَةِ . وَإِنْ وَصَّى لِكُلِّ وَاحِدٍ بِثُلُثِ مَالِهِ ، فَأُجِيزَ لَهَا ، جَازَ لَهَا . وَإِنْ رُدَّ عَلَيْهِمَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ عَيَّنَّا وَصِيَّةَ الْوَارِثِ بِالْإِبْطَالِ ، فَالْثُلُثُ كُلُّهُ لِلْأَجْنَبِيِّ ، وَإِنْ أَبْطَلْنَا الزَّائِدَ عَلَى الثُّلُثِ مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ، فَالْثُلُثُ الْبَاقِي بَيْنَ الْوَصِيَّتَيْنِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الثُّلُثَ كُلَّهُ لِلْأَجْنَبِيِّ . وَالثَّانِي ، لِلْأَجْنَبِيِّ السُّدُسُ ، وَيَتَبَلَّ الْبَاقِي .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ وَرَثَتِهِ إِلَّا جُزْءًا مِنَ الْمَالِ ، مِثْلَ أَنْ يُوصَى لِرَجُلٍ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدٍ بَيْنَهُ وَهُمْ ثَلَاثَةٌ ، إِلَّا رُبْعَ الْمَالِ ، فَاجْعَلْ

لِكُلِّ ابْنِ رُبْعِ الْمَالِ ، وَاقْسِمِ^(١) الْبَاقِيَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمُوصَى لَهُ عَلَى أَرْبَعَةٍ^(٢) ،
لَا تَنْقَسِمُ ، فَاضْرِبْ عَدَدَهُمْ فِي مَخْرَجِ الرُّبْعِ ، تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، لَهُ سَهْمٌ ،
وَلِكُلِّ ابْنِ خَمْسَةٍ . وَإِنْ قَالَ : إِلَّا سُدُسًا . فَضَلَّتْ كُلُّ ابْنِ سُدُسٍ ،
وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْوَصِيِّ عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا رُبْعَ مَا يَبْقَى بَعْدَ
النَّصِيبِ ، فَرَضْتَ الْمَالَ بِقَدْرِ مَخْرَجِ الْجُزْءِ الْمُسْتَشْنَى ، وَهُوَ أَرْبَعَةٌ ، وَزِدْتَ
عَلَيْهِ نَصِيبًا ، وَاسْتَشْنَيْتَ مِنَ النَّصِيبِ سَهْمًا رَدَدْتَهُ عَلَى السَّهَامِ ، صَارَتْ
خَمْسَةٌ بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ ، لِكُلِّ ابْنِ سَهْمٍ وَثُلْثَانٍ ، فَهُوَ النَّصِيبُ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْمَالَ
خَمْسَةٌ وَثُلْثَانٍ ، إِذَا بَسَطْتَهَا^(٣) تَكُنْ سَبْعَةَ عَشَرَ ؛ لِلْمُوصَى لَهُ سَهْمَانِ ،
وَلِكُلِّ ابْنِ خَمْسَةٍ . فَإِنْ كَانَ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِهِمْ إِلَّا رُبْعَ الْبَاقِي بَعْدَ
الْوَصِيَّةِ ، فَرَضْتَ أَقَلَّ مِنْ مَخْرَجِ الْجُزْءِ الْمُوصَى بِهِ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ ، وَزِدْتَ
نَصِيبًا ، ثُمَّ اسْتَشْنَيْتَ مِنَ النَّصِيبِ سَهْمًا ، وَزِدْتَهُ عَلَى الثَّلَاثَةِ ، صَارَتْ أَرْبَعَةٌ
بَيْنَ الْبَيْنَيْنِ ؛ لِكُلِّ ابْنِ سَهْمٍ وَثُلْثٌ ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ النَّصِيبَ سَهْمٌ وَثُلْثٌ ، إِذَا
بَسَطْتَهَا ، صَارَتْ ثَلَاثَةَ عَشَرَ سَهْمًا ، وَمِنْهَا^(٤) تَصِحُّ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده في الأصل : « أسهم » .

(٣) في الأصل : « بسطتهما » .

(٤) في م : « منهما » .

بَابُ جَامِعِ الْوَصَايَا

إذا وصَّى بَعْدَ مِنْ عَيْدِهِ ، ولا عَيْدَ لَهُ ، أو بَعْدَ الْحَبَشِيِّ ، ولا حَبَشِيٍّ لَهُ ، أو بَعْدَ سَالِمٍ ، وليس ذلك لَهُ ، [٢٤٤ ظ] فالْوَصِيَّةُ باطِلَةٌ ؛ لَأَنَّهُ وَصَّى لَهُ بِمَا لَا يَمْلِكُ ، أَشْبَهَ إِذَا وَصَّى لَهُ بِدَارِهِ ، ولا دَارَ لَهُ . وعن أَحْمَدَ فِي رَجُلٍ قَالَ : أَعْطُوا فُلَانًا مِنْ كَيْسِي مِائَةً . ولم يكنْ فِي الْكَيْسِ مِائَةٌ : يُعْطَى مِائَةٌ دِرْهَمٍ . فلم يُنْطَلِ الْوَصِيَّةُ ، فَيُخْرِجُ هَلْهَذَا مِثْلَهُ ؛ لَأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَتِ الصُّفَّةُ ، بَقِيَ أَصْلُ الْوَصِيَّةِ ، فَيُشْتَرَى لَهُ عَبْدٌ . فإنْ كَانَ لَهُ عَبْدٌ أُعْطِيَ أَحَدَهُمْ ^(١) بِالْقُرْعَةِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لَأَنَّهُمْ تَسَاوَوْا بِالنِّسْبَةِ إِلَى اسْتِحْقَاقِهِ ، فَيُصَارُ إِلَى الْقُرْعَةِ ، كَمَا لو أُعْتُقَ وَاحِدًا مِنْهُمْ . والثَّانِيَةُ ، يُعْطِيهِ الْوَرَثَةُ مَا شَاءُوا مِنْ سَلِيمٍ وَمَعِيْبٍ ، وصَغِيرٍ وَكَبِيرٍ ؛ لَأَنَّهُ يَتَنَاوَلُهُ الْاسْمُ ، فَيُرْجَعُ إِلَى رَأْيِ ^(٢) الْوَرَثَةِ ، كَمَا لو وَصَّى لَهُ بِحَظٍّ أَوْ نَصِيبٍ ، ولا عُزْفٍ فِي هِبَةٍ الرَّقِيقِ ، فُرِجَعُ إِلَى مَا يَتَنَاوَلُهُ الْاسْمُ . فإنْ مَاتَ رَقِيقُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ أَوْ بَعْدَهُ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِفَوَاتِ مَا تَعَلَّقَتِ الْوَصِيَّةُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَفْرِيطٍ . وإنْ بَقِيَ مِنْهُمْ وَاحِدٌ ، تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ؛ لَوْجُودِهِ مُنْفَرِدًا . وإنْ قُتِلُوا قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لَأَنَّهُ جَاءَ وَقْتُ الْوُجُوبِ وَلَا رَقِيقَ لَهُ . وإنْ قُتِلُوا بَعْدَ مَوْتِهِ ،

(١) فِي م : « وَاحِدًا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

وَجَبَتْ لَهُ قِيمَةُ^(١) «واحد منهم» ؛ لَأَنَّهُ بَدَلُ مَا وَجَبَ لَهُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَبِيدٌ حِينَ الْوَصِيَّةِ ، فَاسْتَحْدَثَ عَبِيدًا ، اخْتَمَلَ صِحَّةُ الْوَصِيَّةِ ؛ اِعْتِبَارًا بِحَالَةِ الْمَوْتِ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا تَصِحَّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَقْتَضِي مِنْ عَبِيدِهِ الْمَوْجُودِينَ حِينَ^(٢) الْوَصِيَّةِ .

فصل : «وَإِنْ وَصَّى بِعَتَقِ عَبْدٍ وَلَهُ عَبِيدٌ ، اخْتَمَلَ أَنْ يُجْزَى عِتْقُ مَا وَقَعَ عَلَيْهِ الْأَسْمُ ؛ لِعُمُومِ اللَّفْظِ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يُجْزَى إِلَّا عِتْقُ رَقَبَةٍ تُجْزَى فِي الْكُفَّارَةِ ؛ لِأَنَّ لِلْعِتْقِ عُرْفًا شَرْعِيًّا ، فَحُمِلَتْ الْوَصِيَّةُ عَلَيْهِ . وَهَلْ يَغْتَقُ أَحَدُهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، أَوْ يَرْجِعُ إِلَى اخْتِيَارِ الْوَرِثَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ عَجَزَ الثُّلُثُ عَنْ عِتْقِ رَقَبَةٍ كَامِلَةٍ ، عَتَقَ مِنْهَا قَدْرَ الثُّلُثِ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرِثَةُ عِتْقَ جَمِيعِهِ . وَإِنْ وَصَّى بِعِتْقِ عَبِيدٍ ، فَلَمْ يَخْرُجْ مِنَ الثُّلُثِ إِلَّا وَاحِدٌ ، عَتَقَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ بِالْقُرْعَةِ . وَإِنْ وَصَّى أَنْ يُشْتَرَى بِثُلْثِهِ رِقَابٌ يُغْتَقُونَ ، فَأَمَكَنَ شِرَاءَ ثَلَاثِ رِقَابٍ بِثَمَنِ رَقَبَتَيْنِ غَالِيَتَيْنِ ، فَعِتْقُ الثَّلَاثَةِ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ تَخْلِيصٌ لثَلَاثَةٍ ، وَإِنْ اتَّسَعَ لِرَقَبَتَيْنِ وَبَعْضِ أُخْرَى ، زِيدَ فِي ثَمَنِ الرَّقَبَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ سُئِلَ عَنْ أَفْضَلِ الرِّقَابِ قَالَ : «أَغْلَاهَا ثَمَنًا ، وَأَنْفَسَهَا عِنْدَ أَهْلِهَا»^(٤) . وَإِنْ قَالَ : أَعْتَقُوا أَحَدَ رَقِيقِي . جَازَ إِعْتَاقُ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَى

(١ - ١) فِي م : «أَحَدُهُمْ» .

(٢) فِي م : «حَالٌ» .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : «وَإِذَا أَوْصَى» .

(٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ أَى الرِّقَابِ أَفْضَلُ ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣ / ١٨٨ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ بَيَانِ كَوْنِ الْإِيمَانِ بِاللَّهِ تَعَالَى أَفْضَلَ الْأَعْمَالِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِيمَانِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١ / ٨٩ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْعِتْقِ ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٢ / ٨٤٣ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ فَضْلِ عِتْقِ الرِّقَابِ وَعِتْقِ الزَّانِيَةِ وَابْنِ الزَّنَى ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . الْمُوطَأُ ٢ / ٧٧٩ ، ٧٨٠ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢ / ٣٨٨ ، ٥ / ١٥٠ ، ١٧١ ، ٢٦٥ .

والخُنْثَى ؛ لَأَنَّهُ أَحَدُ رَقِيقِهِ ^(١) . وَإِنْ قَالَ : أُعْتِقُوا عَبْدًا مِنْ عِبْدِي ^(٢) . لَمْ يُجْزِئْهُمْ عِتْقُ الْأُنْثَى وَلَا الْخُنْثَى الْمُسْكِلِ ؛ لَأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ كَوْنُهُ ذَكَرًا ، وَيُجْزِئُ عِتْقُ الْخُنْثَى الْمَحْكُومِ بِذُكُورِيَّتِهِ ؛ لَأَنَّهُ عَبْدٌ . وَإِنْ قَالَ : أُعْتِقُوا أُمَّةً . لَمْ يُجْزِئْهُمْ إِلَّا أَنْثَى .

فصل : وَإِنْ قَالَ : أَعْطُوهُ شَاةً مِنْ غَنَمِي . فَهُوَ كَالْوَصِيَّةِ بِعَبْدٍ مِنْ عِبْدِهِ ، وَيَتَنَاوَلُ الضَّأْنَ وَالْمَغْزَ . وَهَلْ يَتَنَاوَلُ الذَّكَرَ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَتَنَاوَلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأِسْمَ يَقَعُ عَلَيْهِ لُغَةً . وَالثَّانِي ، لَا يَتَنَاوَلُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَنَاوَلُهُ [٢٤٥] الْأِسْمُ عُزْفًا . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَيَتَنَاوَلُ الصَّغِيرَةَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَتَنَاوَلَهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تُسَمَّى شَاةً عُزْفًا . فَإِنْ ^(٣) لَمْ يَكُنْ لَهُ ^(٣) إِلَّا ذُكْرَانٌ ، أَوْ صِغَارٌ ، لَمْ يُعْطَ إِلَّا مِنْ جِنْسٍ مَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَيْهِ ، فَاخْتَصَّ بِهِ . وَإِنْ قَالَ : أَعْطُوهُ جَمَلًا . لَمْ يُعْطَ إِلَّا ذَكَرًا . وَالْبَعِيرُ كَالْجَمَلِ ؛ لِأَنَّهُ فِي الْعُرْفِ مُخْتَصَّ بِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : الْبَعِيرُ كَالْإِنْسَانِ ، يَتَنَاوَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى . وَإِنْ قَالَ : أَعْطُوهُ نَاقَةً . لَمْ يُعْطَ إِلَّا أَنْثَى . وَإِنْ قَالَ : أَعْطُوهُ ثَوْرًا . فَهُوَ الذَّكَرُ ، وَالْبَقَرَةُ هِيَ الْأُنْثَى . وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِرَأْسٍ مِنَ الْإِبِلِ ، أَوِ الْبَقَرِ ، أَوِ الْغَنَمِ ، جَازَ فِيهِ الذَّكَرُ وَالْأُنْثَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ اسْمٌ لِلْجِنْسِ .

فصل : وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِدَابَّةٍ ، أُعْطِيَ مِنَ الْخَيْلِ أَوِ الْبِغَالِ أَوِ الْحَمِيرِ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الدَّابَّةِ يُطْلَقُ عَلَى الْجَمِيعِ ، وَيَتَنَاوَلُ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى . وَإِنْ قَالَ : مِنْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « رَقِيقَتُهُ » .

(٢) فِي م : « عَبْدِي » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « يُمْكِنُ » .

دَوَائِي . تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيمَا عِنْدَهُ . وَإِنْ قَرَنَ بِهَا مَا يَصْرِفُهُ إِلَى أَحَدِهَا ،
تَعَيَّنَتِ الْوَصِيَّةُ فِيهِ ، فَإِذَا قَالَ : أَعْطُوهُ دَابَّةً يُقَاتِلُ عَلَيْهَا . فَهِيَ فَرَسٌ . وَإِنْ
قَالَ : يَنْتَفِعُ بِنَسْلِهَا . خَرَجَ مِنْهَا الْبِغَالُ . وَإِنْ قَالَ : أَعْطُوهُ فَرَسًا . تَنَاوَلَ
الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى . وَإِنْ قَالَ : حِصَانًا . فَهُوَ الذَّكَرُ . وَإِنْ قَالَ : حِجْرَةٌ ^(١) . فَهِيَ
الْأُنْثَى . وَإِنْ قَالَ : حِمَارًا . فَهُوَ ذَكَرٌ . وَإِنْ قَالَ : أَتَانًا . فَهِيَ أُنْثَى .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِكَلْبٍ يُبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفْعًا
مُبَاحًا ، وَتُقَرَّرُ الْيَدُ عَلَيْهِ ، وَالْوَصِيَّةُ تَبْرُحُ ، فَجَازَتْ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ
كَلْبٌ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ إِلَّا كَلْبُ هِرَاشٍ ^(٢) ، لَمْ تَصِحَّ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ ^(٣) لَا يُمَكِّنُ
شِرَاؤُهُ ، وَكَلْبُ الْهِرَاشِ لَا يُبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ . وَإِنْ كَانَ لَهُ كِلَابٌ يُنْتَفَعُ بِهَا ،
فَلِلْمُوصَى لَهُ وَاحِدٌ مِنْهَا ، إِلَّا أَنْ تَدُلَّ ^(٤) الْقَرِينَةُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهَا بِعَيْنِهِ ؛ مِنْ
صَيْدٍ ، أَوْ حِفْظِ غَنَمٍ ، فَيُدْفَعُ إِلَيْهِ مَا دَلَّتِ الْقَرِينَةُ عَلَيْهِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِثَلَاثَةِ
أَكْلِبٍ لَا مَالَ لَهُ سِوَاهَا ، رُدَّتِ الْوَصِيَّةُ إِلَى ثُلُثِهَا ، وَيُعْطَى وَاحِدًا مِنْهَا
بِالْقُرْعَةِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخِرِ ، يُعْطِيهِ الْوَرِثَةُ أَتْيَاهَا شَاءُوا . وَإِنْ لَمْ
يَكُنْ لَهُ إِلَّا كَلْبٌ وَاحِدٌ ، أُعْطِيَ ثُلُثُهُ ، وَإِنْ كَانَ لِلْمُوصَى مَالٌ ، فَفِيهِ
وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُدْفَعُ جَمِيعُ الْكِلَابِ إِلَى الْمُوصَى لَهُ وَإِنْ قَلَّ الْمَالُ ؛ لِأَنَّ
أَقْلَّ الْمَالِ خَيْرٌ مِنَ الْكِلَابِ الْكَثِيرَةِ ، فَأُمْضِيَتِ الْوَصِيَّةُ ، كَمَا لَوْ ^(٥) وَصَّى لَهُ

(١) كَذَا فِي النُّسخِ ، وَالصَّوَابُ : الْحِجْرَةُ . الْفَرَسُ الْأُنْثَى . قَالَ ابْنُ مَنْظُورٍ : لَمْ يَدْخُلُوا فِيهِ الْهَاءَ ؛

لِأَنَّهُ اسْمٌ لَا يَشْرُكُهَا فِيهِ الْمَذْكَرُ . اللَّسَانُ (ح ج ر) .

(٢) تَهَارِشَتِ الْكِلَابُ : تَقَاتَلَتْ وَتَوَاتَبَتْ . تَاجُ الْعُرُوسِ (هـ ر ش) .

(٣) بَعْدَهُ فِي ف : « لَا يُبَاحُ اقْتِنَاؤُهُ لِأَنَّهُ » .

(٤) فِي م : « تَذْكَرُ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

بَشَاةٍ تَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِهِ . والثاني ، يُدْفَعُ إِلَيْهِ ثُلُثُ الْكِلَابِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ لِلْوَصِيِّ شَيْءٌ إِلَّا وَلِلْوَرَثَةِ مِثْلَهُ ، وَلَا يُمَكِّنُ اغْتِبَارُ الْكَلْبِ مِنْ ثُلُثِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا قِيَمَةَ لَهُ ، فَاعْتَبِرْ بِنَفْسِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِطَبْلٍ مِنْ طَبُولِهِ ، وَلَهُ طَبُولُ حَرْبٍ ، أُعْطِيَ وَاحِدًا مِنْهَا ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ^(١) إِلَّا طَبُولُ لَهْوٍ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِمُحَرَّمٍ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ طَبْلٌ لَهْوٍ وَطَبْلٌ حَرْبٍ ، أُعْطِيَ طَبْلَ الْحَرْبِ ؛ لِأَنَّ طَبْلَ اللَّهْوِ لَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ ، فَهُوَ كَالْمَعْدُومِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِعُودٍ مِنْ عِيدَانِهِ ، وَلَهُ عِيدَانٌ لِلْقِسِيِّ وَالْبِنَاءِ ، أُعْطِيَ وَاحِدًا مِنْهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا عِيدَانُ لَهْوٍ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّهَا وَصِيَّةٌ بِمُحَرَّمٍ . وَإِنْ كَانَ لَهُ عِيدَانُ [٢٤٥ ظ] لِلَّهْوِ وَلِغَيْرِهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّ الْعُودَ بِإِطْلَاقِهِ يَنْصَرِفُ إِلَى عُودِ اللَّهْوِ ، وَلَا تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ بِهِ . وَالْآخَرُ ، تَصِحُّ الْوَصِيَّةُ ، وَيُعْطَى عُودًا مُبَاحًا ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَعَيَّنَتْ فِيهِ لِتَحْرِيمِ مَا سِوَاهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِطَبْلٍ وَلَهُ طَبْلٌ لَهْوٍ وَطَبْلٌ حَرْبٍ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِقَوْسٍ وَأَطْلَقَ ، انْصَرَفَ إِلَى قَوْسِ الرَّمْيِ بِالسَّهَامِ ؛ لِأَنَّهُ الَّذِي يُفْهَمُ مِنْ إِطْلَاقِ الْقَوْسِ ، فَإِنْ قَالَ : قَوْسٌ يَرْمِي عَلَيْهِ . أَوْ : يَغْزُو بِهِ . كَانَ تَأْكِيدًا لَذَلِكَ . وَإِنْ قَالَ : يَنْدِفُ ^(٢) بِهِ . أَوْ : يَتَعَيَّشُ بِهِ . انْصَرَفَ إِلَى قَوْسِ النَّدْفِ . وَإِنْ قَالَ : قَوْسًا مِنْ قِسِيٍّ . وَلَيْسَ لَهُ إِلَّا قِسِيٌّ ^(٣)

(١) سقط من : الأصل .

(٢) الندف : طرق القطن بالمندف ليرق .

(٣) في الأصل : « قوس » .

نَذِفِ أَوْ بُنْدُقٍ ، أُعْطِيَ وَاحِدًا مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ تَعَيَّنَتْ فِيهِ بِإِضَافَتِهَا إِلَى قِسْمِيَّةٍ ، وَاخْتِصَاصِ قِسْمِيَّةٍ بِهَا . قَالَ الْقَاضِي : وَيُعْطَى الْقَوْسَ بَوْتَرِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ إِلَّا بِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى جُزْئِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْطَاهُ بِدُونِ الْوَتَرِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يَقَعُ عَلَيْهِ بِدُونِهِ .

فصل : وَإِذَا وَصَّى لَهُ بَعْدٌ ، وَلِآخَرَ بِنَاقِي الثُّلْثِ ، دُفِعَ الْعَبْدُ إِلَى صَاحِبِهِ ، وَتَمَّامُ الثُّلْثِ لِلْآخِرِ ، فَإِنْ لَمْ يَتَّقَ مِنَ الثُّلْثِ شَيْءٌ ، بَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِالْبَاقِي ؛ لِأَنَّهُ لَا بَاقِيَ هَاهُنَا . فَإِنْ رَدَّ صَاحِبُ الْعَبْدِ وَصِيَّتَهُ ، فَوَصِيَّةُ الْآخِرِ بِحَالِهَا ، فَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ مَوْتِ الْمُوصِي ، فَكَذَلِكَ ، وَيَقُومُ الْعَبْدُ حَالَ الْمَوْتِ . وَإِنْ مَاتَ قَبْلَ مَوْتِ الْمُوصِي ، قُومَتِ التَّرَكَّةُ بِدُونِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْدُومٌ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمِائَةٍ ، وَلِآخَرَ بِتَمَامِ الثُّلْثِ ، وَلِثَالِثٍ بِالثُّلْثِ ، فَأَجِيزَ لَهُمْ ، قُسِمَ الثُّلْثَانِ بَيْنَ الْأَوْصِيَاءِ عَلَى مَا ذَكَرَ الْمُوصِي ، فَإِنْ كَانَ الثُّلْثُ مِائَةً ، سَقَطَتْ^(١) وَصِيَّةُ صَاحِبِ الْبَاقِي ، وَقُسِمَ الثُّلْثَانِ بَيْنَ الْآخَرَيْنِ نِصْفَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ الثُّلْثُ دُونَ الْمِائَةِ ، فَرَدَّ الْوَرَثَةُ ، قُسِمَ الثُّلْثُ بَيْنَهُمَا بِالْحِصَّةِ . فَإِذَا كَانَ الثُّلْثُ خَمْسِينَ ، قُسِمَ أَثْلَاثًا ؛ لِصَاحِبِ الْمِائَةِ ثُلُثَاهَا ، وَلِلْآخَرِ ثُلُثُهَا ، فَإِنْ كَانَ الثُّلْثُ أَكْثَرَ مِنَ الْمِائَةِ ، فَلَمْ يُجْزِ الْوَرَثَةُ ، دُفِعَ إِلَى صَاحِبِ الثُّلْثِ نِصْفُهُ . وَفِي بَاقِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُقَدَّمُ صَاحِبُ الْمِائَةِ بِهَا ، فَإِنْ فَضَّلَ عَنْهَا شَيْءٌ دُفِعَ إِلَى صَاحِبِ الْبَاقِي ، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الْبَاقِي بَعْدَ الْمِائَةِ ، فَلَا يَأْخُذُ شَيْئًا قَبْلَ اسْتِيفَائِهَا ، كَالْعَصْبَةِ لَا تَأْخُذُ

(١) فِي ف : « بَطَلَتْ » .

شيئاً قبل^(١) تمام الفرض، ويُزاحم صاحب المائة لصاحب الباقي وإن لم يُعطه شيئاً، كما يُعاد^(٢) وَلَدُ الأبوين الجدَّ بولد الأب ولا يُعطيه شيئاً. والثاني، أنَّ السُّدُسَ يُقسَّم بين صاحب المائة وصاحب الباقي على قدر وصيَّتهما، فإذا كان الثلث مائتين، أخذاً مائة، فاقْتَسَمَاها^(٣) نصفين؛ لأنَّه إنما أوصى له بالمائة من كُلِّ الثلث لا من بَعْضِهِ، فلم يَجُزْ أن يأخذ من نصفِ الثلث ما يأخذه من جميعه، كالوارث^(٤) إذا زاحمهم أصحاب الوصايا. وإن بدأ فوصى لرجل بثلث ماله، ثم وصى لآخر بمائة، ولثالث^(٥) [٢٤٦و] بتمام الثلث، ففيه وجهان؛ أحدهما، هي كالتى قبلها سواء؛ لأنَّه إذا وصى بتمام الثلث بعد وصيَّته بالثلث، عُلِمَ أنَّه لم يُرد ذلك الثلث الموصى به، وإنما أراد ثلثاً ثانياً، فصارت كالتى قبلها. والثاني، أنَّ الوصيَّةَ بتمام الثلث باطلة؛ لأنَّ الثلث قد استوعبته الوصيَّةُ الأولى، فلا باقى له، فيكون وجود هذه الوصيَّة كعدمها.

فصل: إذا أوصى لرجل بمنفعة جارية، ولآخر بربقتها، صحَّ، ولصاحب المنفعة منافعتها وأكسابها، وله إجارتها؛ لأنَّه عقْدٌ على منفعتها. ولا يملك واحد منهما وطأها؛ لأنَّ الوطء إنما يكون فى ملك تام، وليس لواحد منهما ملك تام. ولا يملك أحدهما تزويجها؛ لذلك، فإن اتَّفَقَا

(١) فى الأصل: «بعد».

(٢) يُعاد، بتشديد الدال: أى زاحم به.

(٣) فى الأصل: «فيقتسماها».

(٤) فى م: «كالوارث».

(٥) فى م: «لآخر».

عليه ، جاز ؛ لأنَّ الحقَّ لا يخرج عنهما ، والوليُّ مالِكُ الرِّقبةِ ؛ لأنَّه مالِكُها ، والمهرُ له ؛ لأنَّه بدلُ منفعةِ البضعِ التي لا يصحُّ بذلُّها ، ولا الوصيةُ بها ، وإنما هي تابعةٌ للرِّقبةِ ، فتكونُ لِمَالِكِها^(١) . وقال أصحابنا : هو لِمَالِكِ منفعَتِها ؛ لأنَّه بدلُ منفعةٍ من منافعِها . فإن أتت بولدٍ ، فحكمه^(٢) حكمُها ؛ لأنَّه جزءٌ من أجزائها ، فيثبتُ فيه حكمُها ، كولدِ المكاتبَةِ وأمِّ الولدِ . وإن زنت ، فالحكمُ في المهرِ والولدِ على ما ذكرنا . وإن وطئت بشبهةٍ ، فالمهرُ على ما ذكرنا ، والولدُ حرٌّ تجبُ قيمتهُ يومَ وضعه لِمَالِكِ الرِّقبةِ ، في أحدِ الوجهين . وفي الآخرِ ، يشتري بها عبدٌ يقومُ مقامه . وإن قُتِلَتْ ، وجبَتْ^(٣) قيمَتُها ، يشتري بها ما يقومُ مقامها . وإن قُتِلَ ولدها الرقيقُ ، فكذلك ؛ لأنَّ الواجبَ قائمٌ مقامَ الأصلِ ، فكان حكمُه حكمَ الأصلِ . وإن احتاجت إلى نفقةٍ ، احتمل أن تجبَ على مالِكِ المنفعةِ ؛ لأنَّه يملكُ نفعَها على التَّأْيِيدِ ، فكانتِ النَّفَقَةُ^(٤) عليه ، كالزَّوْجِ . واحتمل أن تجبَ على صاحبِ الرِّقبةِ ؛ لأنَّه مالِكُ رَقَبَتِها ، فوجبَ عليه نفقتُها ، كما لو كانت زَمَنَةً . واحتمل أن تجبَ في كسبِها ؛ لأنَّه تعذَّرَ إيجابُها على كلِّ واحدٍ منهما ، فلم يَتَّقِ إلَّا إيجابُها في كسبِها ، فإن لم يَفِ كسبُها ، ففي بيتِ المالِ .

فإن أعتقها صاحبُ الرِّقبةِ ، عتقت ؛ لأنَّه مالِكُ لِرَقَبَتِها ، وتبقى منافعُها مُستَحَقَّةٌ لصاحبِ المنفعةِ يَشْتَرُفِيها في حالِ حُرِّيَّتِها . وإن باعها ،

(١) في م : « لصاحبها » .

(٢) في الأصل : « فله » .

(٣) في الأصل : « تجب » .

(٤) في الأصل : « المنفعة » .

اَحْتَمَلَ أَنْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَقَعُ عَلَى رَقَبَتِهَا وَهُوَ مَالِكٌ لَهَا . وَاحْتَمَلَ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ مَا لَا نَفْعَ لَهُ ^(١) لَا يَصِحُّ بَيْعُهُ ، كَالْحِشْرَاتِ . وَيَحْتَمِلُ ^(٢) أَنْ يَصِحَّ بَيْعُهَا لِمَالِكٍ مَنفَعَتُهَا دُونَ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْتَمِعُ لَهُ رَقَبَتُهَا وَنَفْعُهَا بِخِلَافِ غَيْرِهِ . فَإِنْ وَطَّئَهَا أَحَدُ الْوَصِيِّينَ ، فَمَنْ حَكَمْنَا لَهُ بِالْمَهْرِ ، لَا مَهْرَ عَلَيْهِ ، وَمَنْ لَمْ يُحْكَمْ ^(٣) لَهُ بِالْمَهْرِ ، فَهُوَ عَلَيْهِ لَصَاحِبِهِ ، وَلَا حَدٌّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ شُبْهَةَ الْمِلْكِ فِيهَا .

فصل : وَمَنْ أَوْصَى لَهُ بِشَيْءٍ ، فَتَلَفَ بَعْضُهُ أَوْ هَلَكَ ، فَلَهُ مَا بَقِيَ إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ ، وَإِنْ وُصِّيَ لَهُ بِثُلُثِ ثَلَاثِ آدِرٍ ^(٤) ، فَهَلَكَ اثْنَانِ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا ثُلُثُ الْبَاقِيَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوصَ لَهُ مِنْهَا إِلَّا بِثُلُثِهَا . وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِثُلُثِ عَبْدٍ ، فَاسْتُحِقَّ ثُلَاثَاهُ ، فَجَمِيعُ الثُّلُثِ الْبَاقِي [٢٤٦ظ] لِلْمُوصَى لَهُ إِذَا حَمَلَهُ ثُلُثُ الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَوْصَى لَهُ بِجَمِيعِهِ .

فصل : إِذَا أَوْصَى بَعْتَقٍ مُكَاتِبِهِ أَوْ الْإِبْرَاءِ مِمَّا عَلَيْهِ ، اغْتَبَرَ مِنَ الثُّلُثِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ، مِنْ قِيَمَتِهِ مُكَاتِبًا أَوْ مَالٍ كِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ إِبْرَاءً ، وَالْإِبْرَاءَ عِتْقٌ ، فَاغْتَبَرَ أَقْلَهُمَا ، وَأُلْغِيَ الْآخَرُ ، فَإِنْ اَحْتَمَلَهُ الثُّلُثُ ، عَتَقَ وَبَرَّئَ ، وَإِنْ اَحْتَمَلَ الثُّلُثُ بَعْضَهُ ، كِنَصْفِهِ ، عَتَقَ نِصْفَهُ ، وَبَقِيَ نِصْفُهُ عَلَى الْكِتَابَةِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمُوصَى سِوَى الْمَكَاتِبِ ، عَتَقَ ثُلُثَهُ فِي الْحَالِ ، وَبَقِيَ ثُلَاثَاهُ عَلَى ^(٥)

(١) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِ » .

(٢) فِي م : « اَحْتَمَلَ » .

(٣) فِي م : « نَحْكَم » .

(٤) فِي م : « دُور » . وَآدِر : جَمْعُ دَارٍ .

(٥) فِي ف : « فِي » .

الكِتَابَةِ ، إِنْ عَجَزَ رَقٌّ ، وَإِنْ أَدَّى عَتَقَ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْ مُكَاتِبِي أَكْثَرَ مَا عَلَيْهِ . وَضِعَ عَنْهُ النُّصْفُ ، وَأَذْنَى زِيَادَةٍ ؛ لِأَنَّهُ الْأَكْثَرُ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْثَرَ نُجُومِهِ . وَضِعَ عَنْهُ أَكْثَرُ مِنْ نِصْفِهَا ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَكْبَرَ^(١) نُجُومِهِ . وَضِعَ عَنْهُ أَكْثَرُهَا مَا لَا . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ أَوْسَطَ نُجُومِهِ . وَهِيَ ثَلَاثَةٌ ، وَضِعَ الثَّانِي ، وَإِنْ كَانَتْ خَمْسَةً ، وَضِعَ الثَّالِثُ ، وَإِنْ كَانَتْ أَرْبَعَةً ، وَضِعَ الثَّانِي وَالثَّالِثُ . وَعَلَى هَذَا الْقِيَاسُ . فَإِنْ كَانَتْ أَوْسَطَ فِي الْقَدْرِ ، وَأَوْسَطَ فِي الْمُدَّةِ ، وَأَوْسَطَ فِي الْعَدَدِ ، فَلِلْوَارِثِ وَضِعُ أَيِّ الثَّلَاثَةِ شَاءَ ؛ لِأَنَّ الْأَوْسَطَ يَقَعُ عَلَى الثَّلَاثَةِ . وَإِنْ قَالَ : ضَعُوا عَنْهُ مَا قَلَّ . أَوْ : كَثُرَ . فَلِلْوَارِثِ وَضِعُ مَا شَاءَ ؛ لِأَنَّ الْأِسْمَ يَتَنَاوَلُهُ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى لِرَجُلٍ بِمَالِ الْكِتَابَةِ ، وَلَاخَرَ بِرَقَبَتِهِ ، صَحَّ . فَإِنْ أَدَّى ، عَتَقَ ، وَبَطَلَتِ الْوَصِيَّةُ بِالرَّقَبَةِ ، وَإِنْ عَجَزَ ، رَقٌّ ، وَكَانَ لِمَالِكٍ^(٢) الرَّقَبَةُ . وَإِنْ كَانَتِ الْكِتَابَةُ فَاسِدَةً ، فَأَوْصَى بِمَا فِي ذِمَّةِ الْمُكَاتِبِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا شَيْءَ فِي ذِمَّتِهِ . وَإِنْ وَصَّى بِمَا يُقْبَضُ^(٣) مِنْهُ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَى حَالِ يَمْلِكُهُ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ وَصَّى بِرَقَبَةِ الْمُكَاتِبِ إِذَا عَجَزَ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِرَقَبَتِهِ ، صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ وَصَّى بِمَمْلُوكِهِ .

فصل : وَإِذَا قَالَ : حُجُّوا عَنِّي بِخَمْسِمِائَةٍ . وَهِيَ تَخْرُجُ مِنَ الثُّلُثِ ، وَجَبَ صَرْفُهَا كُلِّهَا فِي الْحَجِّ ، وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ أَنْ يَصْرِفَ إِلَى مَنْ يَحُجُّ أَكْثَرَ مِنْ

(١) فِي ف : « أَكْثَرُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، س ٢ : « الْمَالِك » .

(٣) فِي م : « يَقْتَضِي » .

نَفَقَةِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ أُطْلِقَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِي الْمُعَاوَضَةِ ، فَاقْتَضَى عَوَضَ الْمِثْلِ ، كَالْوَكِيلِ ^(١) فِي الْبَيْعِ ، وَيُحَجُّ عَنْهُ مِنْ بَلَدِهِ ؛ لِأَنَّ حَجَّ الْمُسْتَتِيبِ مِنْ بَلَدِهِ ، فَكَذَلِكَ النَّائِبُ . فَإِنْ فَضَّلَ مَا لَا يَكْفِي لِلْحَجِّ مِنْ بَلَدِهِ ، أَوْ كَانَ الْمُوصِي بِهِ ^(٢) لَا يَكْفِي لِلْحَجِّ مِنْ بَلَدِهِ ، فَقَالَ أَحْمَدُ : يُحَجُّ عَنْهُ مِنْ حَيْثُ تَبْلُغُ النَّفَقَةُ لِلرَّاكِبِ مِنْ غَيْرِ مَدِينَتِهِ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يُعَانُ بِهِ فِي الْحَجِّ ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ذَلِكَ ، سَقَطَتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِتَعَذُّرِهَا .

فَإِنْ قَالَ الْمُوصِي : أَحِجُّوا عَنِّي حَجَّةً بِخَمْسِمِائَةٍ . صُرِفَ جَمِيعُ ذَلِكَ إِلَى مَنْ يُحَجُّ حَجَّةً وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي قَصَدَ إِزْفَاقَ الْحَاجِّ بِذَلِكَ ، فَإِنْ عَيَّنَ الْحَاجَّ ، تَعَيَّنَ . فَإِنْ أَبَى الْمُعَيَّنُ الْحَجَّ ، صُرِفَ إِلَى مَنْ يُحَجُّ عَنْهُ نَفَقَةُ الْمِثْلِ ، وَالْبَاقِي لِلْوَرَثَةِ . فَإِنْ قَالَ الْمُعَيَّنُ : أَعْطُونِي الزَّائِدَ . لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أَوْصَى لَهُ بِالزِّيَادَةِ بِشَرْطِ أَنْ يُحَجَّ ، فَإِذَا لَمْ يُحَجَّ ، [٢٤٧ و] لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا . وَإِنْ لَمْ يُعَيَّنْ أَحَدًا ، فَلِلْمُوصِي ^(٣) صَرْفُهَا إِلَى مَنْ شَاءَ ^(٤) ؛ لِأَنَّهُ فَوَّضَ إِلَيْهِ الْجَهْدَ فِيهِ .

وَإِنْ قَالَ الْمُوصِي ^(٥) : أَحِجُّوا عَنِّي حَجَّةً . وَلَمْ يَذْكُرِ الْمِقْدَارَ ^(٦) ، لَمْ

(١) فِي ف : « كَالْوَكِيلِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) فِي ف : « لِلْمُوصِي » .

(٤) فِي ف : « يَشَاءُ » .

(٥) فِي ف : « لِلْمُوصِي » .

(٦) بَعْدَهُ فِي ف : « بِهِ » .

يُدْفَعُ إِلَى مَنْ يَحُجُّ عَنْهُ إِلَّا قَدْرُ نَفَقَةِ الْمِثْلِ ، إِلَّا أَنْ لَا^(١) يُوجَدَ مَنْ يَحُجُّ
بِذَلِكَ ، فَيُعْطَى أَقْلُ مَا يُوجَدُ مَنْ يَحُجُّ بِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : أَحْجُوا
عَنِّي^(٢) . وَلَمْ يَذْكُرْ قَدْرَ مَا يُحُجُّ بِهِ ، وَلَا قَدْرَ الْحَجِّ ، لَمْ يُحَجَّ أَكْثَرُ مِنْ
حَاجَةٍ وَاحِدَةٍ بِقَدْرِ نَفَقَةِ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ الْيَقِينُ .

فصل : وَإِذَا أَوْصَى بِبَيْعِ عَبْدِهِ ، فَالْوَصِيَّةُ بَاطِلَةٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَفْعَ فِيهَا . وَإِنْ
قَالَ : يَبِعُهُ لِفُلَانٍ . صَحَّتِ الْوَصِيَّةُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَقْصِدُ نَفْعَ الْعَبْدِ بِإِصْالِهِ^(٣)
إِلَى فُلَانٍ ، أَوْ نَفْعَ فُلَانٍ بِإِصْالِ^(٤) الْعَبْدِ إِلَيْهِ . فَإِنْ أَتَى الْآخِرُ شِرَاءَهُ ، بَطَلَتْ
الْوَصِيَّةُ . وَإِنْ قَالَ : اشْتَرَوْا عَبْدَ زَيْدٍ بِخَمْسِمِائَةٍ فَأَعْتَقُوهُ . فَأَتَى زَيْدٌ يَبِعُهُ
بِخَمْسِمِائَةٍ ، أَوْ يَبِعُهُ بِالْكُلِّيَّةِ ، بَطَلَتْ الْوَصِيَّةُ . وَإِنْ اشْتَرَوْهُ بِأَقْلٍ ، فَالْبَاقِي
لِلْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ قَدْ حَصَلَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ الْخَمْسِمِائَةُ لَزَيْدٍ ؛ لِأَنَّهُ
يَحْتَمِلُ أَنَّهُ قَصَدَ مُحَابَاتَهُ بِذَلِكَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : يَحُجُّ عَنِّي فُلَانٌ
بِخَمْسِمِائَةٍ .

وَإِذَا أَوْصَى بِفَرَسِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، عَزَّ وَجَلَّ ، وَأَلْفَ دِرْهَمٍ يُنْفَقُ عَلَيْهِ ،
فَمَاتَ الْفَرَسُ ، فَالْأَلْفُ لِلْوَرَثَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بَطَلَتْ فِيهَا ؛ لِعَدَمِ مَصْرِفِهَا .
وَإِنْ أَنْفَقَ بَعْضُهَا ، رُدَّ الْبَاقِي إِلَى الْوَرَثَةِ .

(١) سقط من : الأصل ، س ٢ ، ف .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م : « باتصاله » .

(٤) في م : « باتصال » .

بَابُ الرُّجُوعِ فِي الْوَصِيَّةِ

يجوزُ الرجوعُ في الوَصِيَّةِ ؛ لأنها عَطِيَّةٌ لم تُزَلِ الْمَلِكُ ، فجاز الرجوعُ فيها ، كَهَبَةٍ ما يُعْتَبَرُ قَبْضُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ . ويجوزُ الرجوعُ فيها بالقَوْلِ والتَّصَرُّفِ ؛ لأنه فسخُ عَقْدٍ قَبْلَ تَمَامِهِ ، فجازَ بالقَوْلِ والتَّصَرُّفِ ، كَفَسْخِ الْبَيْعِ فِي الْخِيَارِ . فإن قال : رَجَعْتُ فِيهَا . أو : فَسَخْتُهَا . فهو رُجُوعٌ ؛ لأنه صَرِيحٌ فِيهِ . وإن قال : هو حَرَامٌ عَلَيْهِ . كَانَ رُجُوعًا ؛ لأنه لَا يَكُونُ حَرَامًا^(١) وهو وَصِيَّةٌ . وإن قال : لَوَارِثِي . فهو رُجُوعٌ ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ يُنَافِي كَوْنَهُ وَصِيَّةً .

فصل : وإن قال : هو تَرَكْتِي . لم يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لَأَنَّ الْمُوصِي بِهِ مِنْ تَرَكْتِهِ . وإن أَوْصَى بِهِ لِآخَرَ ، لم يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِاخْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ نَاسِيًا أَوْ قَاصِدًا لِلتَّشْرِيكِ . وإن قال : ما وَصَّيْتُ بِهِ لِفُلَانٍ فَهُوَ لِفُلَانٍ . كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ^(٢) بِرُدِّهِ إِلَى الْآخِرِ .

فصل : وإن باعَهُ ، أو وَهَبَهُ ،^(٣) أو أَعْتَقَهُ^(٣) ، أو وَصَّى بَبَيْعِهِ ، أو هَبْتَهُ ،

(١) من هنا يوجد خرم في النسخة س ٢ ، حتى باب ميراث الحمل ، من كتاب الفرائض .

(٢) في الأصل : « صريح » .

(٣ - ٣) سقط من : م .

أَوْعِثْقَهُ ، أَوْ كِتَابَتِهِ^(١) ، كَانَ^(٢) رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ صَرَفَهُ عَنِ الْمُوصَى لَهُ . وَإِنْ دَبَّرَهُ كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ^(٣) أَقْوَى مِنَ الْوَصِيَّةِ ، لَكُونَ عِثْقَهُ يَتَنَجَّزُ^(٤) بِالْمَوْتِ . وَإِنْ عَرَضَهُ لِلْبَيْعِ ، أَوْ رَهْنَهُ ، كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ عَرَضَهُ لَزَوَالِ مِلْكِهِ . وَفِي الْكِتَابَةِ وَالتَّذْيِيرِ وَالرَّهْنِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ لَيْسَ بِرُجُوعٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُخْرِجْهُ عَنِ مِلْكِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِثُلْثِ مَالِهِ ، ثُمَّ بَاعَ مَالَهُ ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِثُلْثِ مَالِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ ، [٢٤٧ ظ] لَا بِثُلْثِ الْمَوْجُودِ . وَإِنْ زَوَّجَهُ ، أَوْ أَجَرَهُ ، أَوْ عَلَّمَهُ صِنَاعَةً ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَنَافَى الْوَصِيَّةُ بِهِ^(٥) . وَإِنْ وَطِئَ الْجَارِيَةَ ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءُ مَنَفَعَةٍ ، أَشْبَهَ اسْتِخْدَامَ . وَإِنْ غَسَلَ الثَّوْبَ أَوْ لَبَسَهُ ، أَوْ جَصَّصَ الدَّارَ ، أَوْ سَكَنَهَا ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُزِيلُ الْأَسْمَ ، وَلَا يَدُلُّ عَلَى الرُّجُوعِ . وَإِنْ جَحَدَ الْوَصِيَّةَ ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ ، فَلَمْ يَتَطَّلُ بِالْجُحُودِ ، كَسَائِرِ الْعُقُودِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَى إِرَادَةِ الرُّجُوعِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِطَعَامٍ مُعَيَّنٍ فَخَلَطَهُ بغيره^(٦) ، كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ

(١) فِي ف ، م : « كَاتِبِهِ » .

(٢) فِي م : « صَارَ » .

(٣) بَعْدَهُ فِي ف : « كَانَ » .

(٤) فِي م : « يَنْجُزُ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « فِي غَيْرِهِ » .

جَعَلَهُ عَلَى صِفَةٍ لَا يُمَكِّنُ تَسْلِيمُهُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَيْسَ بِرُجُوعٍ . وَإِنْ وَصَّى بِقَفِيرٍ مِنْ صُبْرَةٍ ، ثُمَّ خَلَطَ الصُّبْرَةَ بِأُخْرَى ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مُشَاعًا ، وَلَمْ يَزَلْ ، فَهُوَ بَاقٍ عَلَى صِفَتِهِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِحِنْطَةٍ فزَرَعَهَا أَوْ طَحَنَهَا ، أَوْ بِدَقِيقٍ فَخَبَزَهُ ، أَوْ بِخُبْزٍ فَثَرَدَهُ ، أَوْ جَعَلَهُ فَتِيئًا ، أَوْ بِشَاةٍ فَذَبَحَهَا ، أَوْ بِثَوْبٍ فَقَطَعَهُ قَمِيصًا ، أَوْ بِخَشَبٍ ثُمَّ نَجَرَهُ بَابًا ، أَوْ بِقُطْنٍ فَغَزَلَهُ ، أَوْ بِغَزَلٍ فَتَسَجَّهُ ، كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ أَزَالَ اسْمَهُ ، وَهَيَّأَهُ لِلانْتِفَاعِ بِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَيْسَ بِرُجُوعٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَعُ التَّسْلِيمَ ، أَشْبَهَ غَسَلَ الثَّوْبِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِقُطْنٍ ، ثُمَّ حَشَا بِهِ فِرَاشًا ، أَوْ بِمَسَامِيرَ ، فَسَمَرُ^(١) بِهَا بَابًا ، أَوْ بِحَجَرٍ ، فَبَنَاهُ فِي حَائِطٍ ، كَانَ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ شَغَلَهُ بِمِلْكِهِ عَلَى وَجْهِ الاستِدَامَةِ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِعَنْبٍ ، فَجَعَلَهُ زَيْبًا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ أَزَالَ اسْمَهُ . وَالثَّانِي ، لَيْسَ بِرُجُوعٍ ؛ لِأَنَّهُ أَبْقَى لَهُ وَأَحْفَظَ عَلَى الْمُوصَى لَهُ . وَإِنْ وَصَّى بِدَارٍ ثُمَّ هَدَمَهَا ، كَانَ رُجُوعًا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخِرِ ، لَا يَكُونُ رُجُوعًا ؛ بِنَاءً عَلَى مَا إِذَا طَحَنَ الْحِنْطَةَ . وَإِنْ انْهَدَمَتْ بِنَفْسِهَا ، فَكَذَلِكَ إِذَا زَالَ اسْمُهَا ، وَإِنْ لَمْ يَزَلِ اسْمُهَا ، فَالْوَصِيَّةُ لَهُ^(٢) ثَابِتَةٌ فِيمَا بَقِيَ ، وَفِيمَا انْفَصَلَ وَجْهَانِ .

فصل : وَإِنْ وَصَّى بِأَرْضٍ ، ثُمَّ زَرَعَهَا ، لَمْ يَكُنْ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُرَادُّ لِلْبَقَاءِ ، وَقَدْ يُخَصَّدُ قَبْلَ الْمَوْتِ . وَإِنْ غَرَسَهَا أَوْ بَنَاهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَكُونُ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَهَا لِمَنْفَعَةٍ مُؤَبَّدَةٍ . وَالثَّانِي ، لَا يَكُونُ رُجُوعًا ؛ لِأَنَّهُ اسْتِيفَاءُ مَنْفَعَةٍ ، أَشْبَهَ الزَّرَاعَةَ . وَإِنْ وَصَّى لَهُ بِسُكْنَى دَارِهِ

(١) فِي م : « ثُمَّ سَمَر » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

سَنَةً ، ثُمَّ أَجَرَهَا ، فَمَاتَ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ،
يَسْكُنُ سَنَةً بَعْدَ انْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ ؛ لِأَنَّهُ مُوصًى لَهُ بِسَنَةٍ . وَالثَّانِي ،
تَبْطُلُ^(١) الْوَصِيَّةُ بِقَدْرِ مَا بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الْإِجَارَةِ ، وَتَبْقَى فِي الْبَاقِي .

(١) بعده في الأصل : « من » .

باب الأوصياء

لا تصح الوصية إلا إلى عاقل ، فأما المجنون والطفل ، فلا تصح الوصية إليهما ؛ لأنهما ليسا من أهل التصرف في أموالهما^(١) ، فلا يجوز توليتهما على غيرهما .

ولا تصح الوصية إلى فاسق ؛ لأنه غير مأمون . وعنه ، تصح ، ويضم إليه أمين [٢٤٨ و] ينحفظ به المال . قال القاضي : هذه الرواية محمولة على من طرأ فسقه بعد الوصية ؛ لأنه^(٢) يثبت في الاستدامة ما لا يثبت في الابتداء . واختار القاضي أنه إذا طرأ الفسق أزال الولاية ؛ لأن هذه أمانة ، والفاسق ليس من أهلها . وقال الخريقي : إذا كان خائناً ، ضم إليه أمين ؛ لأنه أمكن الجمع بين حفظ المال بالأمين وتحصيل نظر الوصي بإبقائه في الوصية^(٣) .

ولا تصح وصية مسلم إلى كافر ؛ لأنه ليس من أهل الولاية على مسلم . وفي وصية الكافر^(٤) إلى الكافر^(٥) وجهان ؛ أحدهما ، يجوز ؛ لأنه يجوز أن يكون ولياً له ، فجاز أن يكون وصياً له ، كالمسلم . والثاني ، لا

(١) في م : « مالهما » .

(٢) بعده في الأصل : « لا » .

(٣) في الأصل : « التصرف » .

(٤ - ٤) في ف : « إليه » .

يجوز؛ لأنه أسوأ حالاً من الفاسق. وتصح وصيته إلى مسلم؛ لأن المسلم مقبول الشهادة عليه وعلى غيره.

فصل : وتصح وصية الرجل إلى المرأة؛ لأن عمر، رضي الله عنه، أوصى إلى حفصة^(١). ولأنها من أهل الشهادة، فأشبهت الرجل. وإلى الأعمى؛ لأنه من أهل الشهادة والتصرف^(٢)، فأشبهه البصير. وإلى الضعيف؛ لذلك، ^(٣) «إلا أنه» يضم إليه أمين يعينه.

وتصح وصية الرجل إلى أم ولده. نص عليه؛ لأنها حرة عند نفوذ الوصية. وقال ابن حامد: تصح الوصية إلى العبد، سواء كان له أو لغيره؛ لأنه يصح توكيله، فأشبهه الحر. والمكاتب والمدبر والمعلق عتقه بصفة كالقن؛ لأنهم عبيد.

وفي الوصية إلى الصبي العاقل وجهان؛ أحدهما، تصح؛ لأنه يصح توكيله، فأشبهه الرجل. والثاني، لا يصح؛ لأنه ليس من أهل الشهادة، فلا يكون وصياً^(٤)، كالفاسق.

فصل : وتعتبر هذه الشروط حال العقد، في أحد الوجهين؛ لأنها شروط لعقد، فاعتبرت حال وجوده، كسائر العقود. والثاني، تعتبر حال الموت؛ لأنه حال ثبوت الوصية ولزومها، فاعتبرت الشروط فيها،

(١) تقدم تخريجه في ٥٩١/٣.

(٢) في م: «التصرفات».

(٣ - ٣) في ف: «لأنه».

(٤) في م: «وليا».

كالوصية له ، ولأنَّ شروطَ الشهادة تُعتبر عند أدائها ، لا عند تحمُّلها ،
فكذلك هلُها . ولو كانت الشروط مَوْجُودَةً عند الوصية ، ثم غُدمت عند
الموت ، بطلت الوصية إليه ؛ لأنَّه يخرج بذلك عن كونه من أهل الولاية .

ويجوز أن يُوصى إلى نفسين ؛ لما روى أن ابن مسعود ، رضى الله
عنه ، كتب في وصيته : إنَّ مرجع وصيتي إلى الله ، ثم إلى الزبير وابنه
عبد الله^(١) . ولأنَّها استنابة في التصرف ، فجازت إلى اثنين ، كالوكالة .
ويجوز أن يجعل التصرف إليهما جميعًا ، وإلى كل واحد منهما مُنفردًا ؛
لأنَّه تصرف مُستفاد بالإذن ، فجاز ذلك فيه ، كاللؤكيل . فإن جعله إلى
كل واحد منهما ، فلكل واحد أن ينفرد بالتصرف والحفظ ، فإن ضعف أو
فسق أو مات ، فالآخر على تصرفه ، ولا يُقام غير الميت مقامه ؛ لأنَّ
الموصي رضى بنظر هذا الباقي . وإن جعل التصرف إليهما جميعًا ، أو أطلق
الوصية إليهما ، لم يجر لأحدهما الانفرد بالتصرف ؛ لأنَّه لم يرض بنظره
وحده . وإن فسق أحدهما ، أو جُنَّ ، أو مات ، أقام الحاكم مقامه أمينًا ؛
لأنَّ الموصي لم يرض بنظر أحدهما [٢٤٨ظ] وحده . وليس للحاكم أن
يفوض الجميع إلى الباقي ؛ لذلك . وإن ماتا معًا ، فهل للحاكم تفويض
ذلك إلى واحد ؟ فيه^(٢) وجهان ؛ أحدهما ، يجوز ؛ لأنَّ حكم وصيتهما
سقط^(٣) بموتهما ، فكان الأمر إلى الحاكم ، كمن لم يكن له وصي .

(١) أخرجه البيهقي ، في : باب الأوصياء ، من كتاب الوصايا . السنن الكبرى ٦ / ٢٨٢ ، ٢٨٣ .
واسناده منقطع ؛ لأن عامر بن عبد الله لم يدرك عبد الله بن مسعود . وانظر الإرواء ٦ / ١٠١ ،
١٠٢ .

(٢) في م : « فيها » .

(٣) في ف : « يسقط » .

والثاني ، لا يجوز ؛ لأنَّ الموصي لم يَرْضَ بنظرٍ واحدٍ . وإن اختلفت الوصيتان في حفظ المال ، جعل في مكانٍ واحدٍ تحت نظرهما^(١) ؛ لأنَّ الموصي لم يَرْضَ بأحدهما ، فلم يَجُزْ له الانفِرادُ به ، كالْتَصَرُّفِ . وإن أوصى إلى رجلٍ ، وبعده إلى آخرٍ ، فهما وصيتان ، إلا أن يقول : قد أخرجت^(٢) الأول . أو ما يدلُّ على ذلك ؛ لما ذكرنا في الوصية له .

فصل : ويجوز أن يُوصى إلى رجلٍ ، فإن مات فإلى آخرٍ ؛ لأنَّ النبي ﷺ قال في جيشٍ مؤتة : « أَمِيرُكُمْ زَيْدٌ ، فَإِنْ قُتِلَ فَأَمِيرُكُمْ جَعْفَرٌ ، فَإِنْ قُتِلَ ، فَأَمِيرُكُمْ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ رَوَاحَةَ »^(٣) . والوصية في معنى التأمير . ولو قال : أَنْتَ وَصِيٌّ ، فإذا كَبِرَ ابْنِي ، فهو وَصِيٌّ . صَحَّ ؛ لأنَّه إِذْنٌ في التَّصَرُّفِ ، فجازَ مُوقَّتًا ، كالْتَّوَكِيلِ . وَمَنْ أوصى إليه في مُدَّةٍ ، لم يكن وصيًا في غيرها ؛ لذلك . فإذا أوصى إلى رجلٍ وجعل له أن يُوصى إلى مَنْ شاء ، جاز . وله أن يُوصى إلى مَنْ شاء من أَهْلِ الوصية ؛ لأنَّه رَضِيَ باجْتِهَادِهِ وَوِلَايَةِ مَنْ وَلَّاهُ . وإن نَهَاهُ عن الإيصاء ، لم يكن له أن يُوصى ، كما لو نَهَى التَّوَكِيلَ عن التَّوَكِيلِ . وإن أَطْلَقَ ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، له أن يُوصى ؛ لأنَّه قائم مقام الأب ، فملك ذلك كالأب . والثانية ، ليس له

(١) في م : « نظريهما » .

(٢) في م : « خرجت » .

(٣) بعده في م : « رواه أحمد والنسائي » .

والحديث أخرجه البخاري ، في : باب غزوة مؤتة من أرض الشام ، من كتاب المغازي . صحيح البخاري ٥ / ١٨١ ، ١٨٢ . والنسائي ، في : باب إذا قتل صاحب الراية هل يأخذ الراية غيره بغير أمر الإمام ؟ من كتاب السير . السنن الكبرى ٥ / ١٨٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٠٤ ، ٢٥٦ ، ٢٩٩ / ٥ ، ٣٠٠ .

ذلك . اختاره أبو بكر ، وهو ظاهر كلام الخِرَقِيِّ ؛ لأنه يتصرف بالتولية ، فلم يكن له التفويض من غير إذن فيه ، كالتوكيل .

فصل : وللوصي التوكيل فيما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه . وهل له التوكيل فيما يتولاه بنفسه ؟ على روايتين ؛ ^(١) « بناء على الوكيل » .

فصل : ولا تتم إلا بالقبول ؛ لأنها ^(٢) وصية ، فلا تتم إلا بالقبول ، كالوصية له . ويجوز قبولها وردها في حياة الموصي ؛ لأنه إذن في التصرف ، فجاز قبوله عقيب الإذن ، كالوكالة . ويجوز تأخير قبولها إلى ما ^(٣) بعد الموت ؛ لأنه نوع وصية ، فصَحَّ قبولها بعد الموت ، كالوصية له .

فصل : وللموصي عزل الوصي متى شاء ، وللوصي عزل نفسه متى شاء ، في حياة الموصي وبعد موته ؛ لأنه إذن في التصرف ، ^(٤) « فملك كل » واحد منهما فسخه ، كالوكالة . وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى ، ليس للوصي عزل نفسه بعد موت الموصي ؛ لأنه غره بقبول وصيته ، فعزل نفسه إضراراً به ، والضرر مدفوع شرعاً .

فصل : إذا بلغ الصبي ، فاختلف هو والوصي في النفقة ، فالقول قول الوصي ؛ لأنه أمين ، ويتعذر عليه إقامة البيّنة عليها ، فإذا قال : أنفقت عليك كل سنة مائة . فقال الصبي : بل خمسين . فالقول قول المنفق ، إذا كان ما

(١ - ١) سقط من : م ، وفي ف : « بناء على التوكيل » .

(٢) في م : « لأنه » .

(٣) زيادة من : م .

(٤ - ٤) في الأصل : « فلكل » .

ادَّعَاه قَدَرُ النَّفَقَةِ بِالْمَعْرُوفِ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ ، ضَمِنَ الزِّيَادَةَ ؛ لِتَفْرِيطِهِ [٢٤٩و] بِهَا . وَإِنْ ^(١) قَالَ : أَنْفَقْتُ عَلَيْكَ مِنْذُ سَنَتَيْنِ ^(٢) . فَقَالَ الصَّبِيُّ : مَا مَاتَ أَبِي إِلَّا مِنْ سَنَةٍ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الصَّبِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّبِعْ كَوْنُ الْوَصِيِّ ^(٣) أَمِينًا فِي السَّنَةِ الْمُخْتَلَفِ ^(٤) فِيهَا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ ذَلِكَ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي دَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ بُلُوغِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَصِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِي ذَلِكَ ، فَقُبِلَ قَوْلُهُ فِيهِ ، كَالنَّفَقَةِ ، وَكَالْمُودَعِ .

فصل : إِذَا مَلَكَ الْمَرِيضُ مَنْ يَغْتَقُ عَلَيْهِ ، فَحَكَى الْخَبْرِيُّ ^(٥) عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَغْتَقُ وَيَرِثُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ مَلَكَهُمْ بغيرِ عَوَضٍ ، فَلَمْ يُضْغِ فِي ^(٦) عَتَقِهِمْ شَيْئًا ^(٧) مِنْ مَالِهِ ، فَلَمْ يُحْسَبْ ^(٧) وَصِيَّةً لَهُمْ ، كَمَا لَوْ وَرَثَهُمْ ، وَإِنْ مَلَكَهُمْ بِعَوَضٍ ، فَلَمْ يَصِلْ إِلَيْهِمْ ، وَإِنَّمَا أَتْلَفَهُ الْمَرِيضُ عَلَى وَرَثَتِهِ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ بَنَى بِهِ مَسْجِدًا . وَقَالَ الْقَاضِي فِيمَا مَلَكَهُ بِعَوَضٍ : إِنْ خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ، عَتَقَ وَوَرِثَ ، وَإِلَّا عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِ الثُّلُثِ ، وَمَا مَلَكَهُ بغيرِ عَوَضٍ عَتَقَ بِكُلِّ حَالٍ .

(١) بعده في الأصل : « اختلافًا » .

(٢) في ف : « سنين » .

(٣) في الأصل : « الصبي » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م : « الخبرمى » .

وهو عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله أبو حكيم الخبري ، فقيه شافعي ، انتهت إليه الإمامة في الفرائض وفي الأدب ، يعرف العربية ، ويكتب الخط الحسن ، ويضبط الضبط الحسن ، توفي سنة ست وسبعين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٥ / ٦٢ ، ٦٣ . سير أعلام النبلاء ١٨ / ٥٥٨ ، ٥٥٩ .

(٦) في م : « شيء » .

(٧) في م : « يحتسب » .

كِتَابُ الْفَرَائِضِ

وهي ^(١) عِلْمُ الْمَوَارِيثِ .

وقد أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ بِتَعَلُّمِهَا ^(٢) ، وَحَثَّ عَلَيْهَا عَلَى الْخُصُوصِ ، فَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « تَعَلَّمُوا الْفَرَائِضَ ، وَعَلِّمُوهُ ^(٣) ، فَإِنَّهُ نِصْفُ الْعِلْمِ ، وَهُوَ يُنْسَى ، وَهُوَ أَوَّلُ شَيْءٍ يُنْزَعُ مِنْ أُمَّتِي » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَه ^(٤) .

فَإِذَا مَاتَ الْمَرْءُ ، بُدِيَ بِكَفْنِهِ وَتَجْهِيزِهِ مُقَدِّمًا عَلَى مَا سِوَاهُ ، كَمَا يُقَدِّمُ الْمَفْلِسُ بِنَفَقَتِهِ عَلَى غُرْمَائِهِ ، ثُمَّ يُقْضَى دَيْنُهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٌ ﴾ ^(٥) . قَالَ عَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى أَنَّ الدَّيْنَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ . ^(٦) رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ، وَابْنُ مَاجَه ^(٦) . وَلَأَنَّ الدَّيْنَ

(١) فِي م : « هُو » .

(٢) فِي الْأَصْل : « بِتَعْلِيمِهَا » .

(٣) بَعْدَهُ فِي م : « النَّاس » .

(٤) فِي : بَابِ الْحَثِّ عَلَى تَعْلِيمِ الْفَرَائِضِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَه ٩٠٨ / ٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي أَوَّلِ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ الدَّارِقُطْنِيُّ ٦٧ / ٤ . وَضَعَفَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ١٠٦ / ٦ ، ١٠٧ .

(٥) سُورَةُ النِّسَاءِ ١١ .

(٦ - ٦) زِيَادَةٌ مِنْ : م .

وَالْحَدِيثُ تَقْدِيمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٢١ .

تَسْتَعْرِقُهُ حَاجَتُهُ ، فَقُدِّمَ ، كَمُؤَنَةٍ تَجْهِيْزِهِ . ثُمَّ تُنْفَذُ وَصِيَّتُهُ ؛ لِلآيَةِ ، وَلَأَنَّ
الثُّلُثَ بَقِيَ عَلَى حُكْمٍ مِلْكِهِ لِيُصْرَفَ فِي حَاجَتِهِ ، فَقُدِّمَ عَلَى الْمِيرَاثِ ،
كَالدَّيْنِ ، ثُمَّ مَا بَقِيَ قُسِمَ عَلَى الْوَرَثَةِ ؛ لِلآيَاتِ الثَّلَاثِ فِي سُورَةِ النِّسَاءِ ^(١) .

فصل : وأسباب التَّوَارِثِ ثَلَاثَةٌ ؛ رَجْمٌ ، وَنِكَاحٌ ، وَوَلَاءٌ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ
وَرَدَ بِالتَّوَارِثِ بِهَا . فَأَمَّا الْمُوَاخَاةُ فِي الدِّينِ ، وَالْمُؤَالَاةُ فِي النَّصْرِ ، وَ^(٢)إِسْلَامُ
الرَّجُلِ ^(٣) عَلَى يَدِ الْآخِرِ ، فَلَا يُورَثُ بِهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا كَانَ فِي بَدْءِ الْإِسْلَامِ ثُمَّ
نُسِخَ بِقَوْلِهِ ^(٤) تَعَالَى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي
كِتَابِ اللَّهِ ﴾ ^(٥) .

فصل : وَالْمَجْمَعُ عَلَى تَوْرِيثِهِمْ مِنَ الذُّكُورِ عَشْرَةٌ ؛ الْإِبْنُ ، وَابْنُهُ وَإِنْ
نَزَلَ ، وَالْأَبُ ، وَأَبُوهُ وَإِنْ عَلَا ، وَالْأَخُ مِنْ كُلِّ جِهَةٍ ، وَابْنُ الْأَخِ إِلَّا مِنْ
الْأُمِّ ، وَالْعَمُّ ، وَابْنُهُ كَذَلِكَ ، وَالزَّوْجُ ، وَمَوْلَى النِّعْمَةِ . وَمِنَ النِّسَاءِ سَبْعٌ ؛
الْأُمُّ ، وَالْجَدَّةُ ، وَالْبِنْتُ ، وَبِنْتُ الْإِبْنِ ، وَالْأُخْتُ ، وَالزَّوْجَةُ ، وَمَوْلَاةُ
النِّعْمَةِ .

وَالْمُخْتَلَفُ فِي تَوْرِيثِهِمْ أَحَدَ عَشَرَ صِنْفًا ؛ وَلَدُ الْبَنَاتِ ، وَلَدُ الْأَخَوَاتِ ،
وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ ، وَبَنُو الْإِخْوَةِ مِنَ الْأُمِّ ، وَالْعَمَّاتُ ، وَالْعَمُّ مِنَ الْأُمِّ ،
وَالْأَخْوَالُ ، وَالْخَالَاتُ ، وَأَبُو الْأُمِّ ^(٥) ، [٢٤٩ ظ] وَكُلُّ جَدَّةٍ أَذْلَتْ بِأَبٍ بَيْنَ

(١) سورة النساء ١١ ، ١٢ ، ١٧٦ .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « الْإِسْلَام » .

(٣) فِي م : « لِقَوْلِهِ » .

(٤) سورة الأنفال ٧٥ ، وسورة الأحزاب ٦ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « الْأَخ » .

أُمِّينَ ، أو بأبٍ أَعْلَى مِنَ الْجَدِّ ، فَهَؤُلَاءِ وَمَنْ أَدْلَى بِهِمْ يُسَمَّوْنَ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، وَيَرِثُونَ عِنْدَ عَدَمِ الْجَمْعِ عَلَى تَوْرِيثِهِمْ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ^(١) فِي بَابِهِ .

فصل : وَيُنْقَسِمُ الْوَرَاثُ^(٢) إِلَى ذَوِي فَرْضٍ ، وَعَصَبَةٍ ، وَذَوِي رَحِمٍ ، فَالرِّجَالُ مِنَ الْجَمْعِ عَلَيْهِمْ كُلُّهُمْ عَصَبَةٌ ، إِلَّا الزَّوْجُ ، وَالْأَخُ مِنَ الْأُمِّ ، وَالْأَبُ ، وَالْجَدُّ مَعَ الْإِبْنِ ، وَالنِّسَاءُ الْمُتَفَرِّدَاتُ عَنْ إِخْوَتِهِنَّ^(٣) ذَوَاتُ فَرْضٍ ، إِلَّا مَوْلَاةَ النَّعْمَةِ ، وَالْأَخَوَاتِ مَعَ الْبَنَاتِ .

وَالْفَرْضُ جُزْءٌ مُقَدَّرٌ ، وَالْعَصَبَةُ يَرِثُ الْمَالَ كُلَّهُ إِذَا انْفَرَدَ ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُ ذُو فَرْضٍ ، بُدِئَ بِهِ ، وَالْبَاقِي لِلْعَصَبَةِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْحَقُّوْا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا ، فَمَا بَقِيَ فَلْأُولَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) . وَإِنْ اسْتَعْرِقَتْ الْفُرُوضُ الْمَالَ ، سَقَطَ .

فَلَوْ خَلَّفَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجًا ،^(٥) وَأُمًّا^(٥) ، وَإِخْوَةً لَأُمِّ ، وَإِخْوَةً لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ ،

(١) بعده في م : « إِنْ شَاءَ اللَّهُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ف : « الْوَارِثُ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « أَخَوَاتِهِنَّ » .

(٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ الْوَلَدِ مِنْ أَبِيهِ وَأُمِّهِ ، وَبَابِ مِيرَاثِ ابْنِ الْإِبْنِ إِذَا لَمْ يَكُنْ ابْنُ ، وَبَابِ مِيرَاثِ الْجَدِّ مَعَ الْأَبِ وَالْإِخْوَةِ ، وَبَابِ ابْنِ عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ لِلْأُمِّ وَالْآخَرُ زَوْجٌ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٨٧/٨ - ١٩٠ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْحَقُّوْا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا بَقِيَ فَلْأُولَى رَجُلٍ ذَكَرٍ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٣٣/٣ ، ١٢٣٤ .

كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ فِي مِيرَاثِ الْعَصْبَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْفَرَائِضِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٤٩/٨ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ الْعَصْبَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٣٦٨/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٩٢/١ ، ٣١٣ ، ٣٢٥ .

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

كان للزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة للأم الثلث، وسقط
 الباقي؛ لأن الله تعالى فرض هذه الفروض لأهلها، فوجب دفعها إليهم،
 وجعل للعصبة الباقي، ولم يبق شيء. وهذه المسألة تُسمى المُشْرَكة إذا
 كان الإخوة لأبوين؛ لأنَّ عُمَرَ، رَضِيَ اللهُ عنه، شَرَكَ بَيْنَ وَلَدِ الْأُمِّ وَلَدِ
 الْأَبَوَيْنِ فِي الثُّلُثِ^(١). وتُسمى الحِمَارِيَّة؛ لأنَّ بَعْضَ الصَّحَابَةِ قَالَ: هَبْ
 أَبَاهُمْ كَانَ حِمَارًا، فَمَا زَادَهُمْ ذَلِكَ إِلَّا قُرْبًا^(٢). وَيُقَالُ: إِنَّ بَعْضَ وَلَدِ
 الْأَبَوَيْنِ قَالَ ذَلِكَ لِعُمَرَ وَقَدْ أَسْقَطَهُمْ، فَشَرَكَ بَيْنَهُمْ. وَمَذْهَبُ عَلِيٍّ، رَضِيَ
 اللَّهُ عَنْهُ، عَلَى مَا قُلْنَاهُ^(٣).

(١) أخرجه الدارمي، في: سننه ٣٤٧/٢، ٣٤٨. وسعيد بن منصور، في: سننه ٤٠/١.
 والبيهقي، في: السنن الكبرى ٢٥٥/٦، ٢٥٦.
 (٢) أخرجه البيهقي، في: السنن الكبرى ٢٥٦/٦.
 (٣) أخرجه الدارمي، في: سننه ٣٤٧/٢. وسعيد، في: سننه ٤٠/١، ٤١. والبيهقي، في:
 السنن الكبرى ٢٥٧/٦.

بَابُ ذَوَى الْفُرُوضِ

وهم عَشْرَةٌ ؛ الزَّوْجَانِ ، والأَبَوَانِ ، والجَدُّ ، والجَدَّةُ ، والبِنْتُ ، وبِنْتُ
الابْنِ ، والأُخْتُ مِنْ كُلِّ جِهَةٍ ، والأُخُ مِنَ الْأُمِّ . فَأَمَّا الزَّوْجُ فَلَهُ النِّصْفُ إِذَا
لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتَةِ وَلَدٌ وَلَا وَلَدُ ابْنٍ ، والرُّبْعُ إِذَا كَانَ مَعَهُ أَحَدُهُمَا . وللزَّوْجَةِ
والزَّوْجَاتِ الرُّبْعُ مَعَ عَدَمِ الْوَلَدِ وَوَلَدِ الْابْنِ ، والثُّمْنُ مَعَ أَحَدِهِمَا ؛ لقوله
تعالى : ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ
فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِهِ
يُوصِيكُ بِهَا أَوْ دَيْنٌ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ
لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمْنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ
وَصِيَّتِهِ نُصُوبٌ بِهَا أَوْ دَيْنٌ ﴾ ^(١) . وولَدُ الابْنِ وَلَدٌ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ
تعالى : ﴿ يَتَبَنَّى مَادَمَ ﴾ ^(٢) . و : ﴿ يَتَبَنَّى إِسْرَءِيلَ ﴾ ^(٣) . والأزْبَعُ مِنَ النِّسَاءِ
كَالوَاحِدَةِ ؛ لِعُمُومِ اللَّفْظِ فِيهِنَّ .

فصل : وَأَمَّا الْأُمُّ ، فَلَهَا ثَلَاثَةُ فُرُوضٍ ؛ الثُّلُثُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ ،
وَلَا وَلَدُ ابْنٍ ، ^(١) وَلَا اثْنَانِ فَصَاعِدًا مِنَ الْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ . وَالشُّدُسُ ^(٢) إِذَا

(١) سورة النساء ١٢ .

(٢) سورة الأعراف ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ ، سورة يس ٦٠ .

(٣) سورة البقرة ٤٠ ، ٤٧ ، ١٢٢ ، سورة المائدة ٧٢ ، سورة طه ٨٠ ، سورة الصف ٦ .

كان له وَلَدٌ، ^(٣) «أَوْ وَلَدٌ» ابن ^(١)، أو اثنان من الإخوة والأخوات؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ [٢٥٠] فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ ﴿٥﴾. وقسنا الأخوين على الإخوة؛ لأن كل فرض تعيين بعدد، كان الاثنان فيه بمنزلة الجماعة، كفرض البنات والأخوات. الفرض الثالث، لها ثلث الباقي بعد فرض الزوجين، في زوج وأبوين، وامرأة وأبوين؛ لأن عمر، رضي الله عنه، قضى بهذه القضية، فاتبعه عثمان، وابن مسعود، وزيد، رضي الله عنهم. وتسمى هاتان المسألتان العمريتين؛ لقضاء عمر فيهما. ولأن الفريضة جمعت الأبوين مع ذي فرض واحد، فكان للأُم ثلث الباقي، كما لو كان معهما ^(٤) بنت.

فصل : وللأُم حال رابع، وهو إذا لاعنها زوجها ونفى ولدها، وتم اللعان بينهما، انتفى عنه، وانقطع تعصبيه منه، ولم يرثه هو ولا أحد من عصبائه، وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم، والباقي لعصبته، وفيه روايتان؛ إحداهما، أن عصبته عصبه أمه؛ لأن النبي ﷺ قال: «مَا أَتَقَتِ الْفُرُوضُ فَلِأُولَى رَجُلٍ ذَكَرٍ» ^(٥). وأولى الرجال به أقارب أمه. وعن علي،

(١ - ١) سقط من: م.

(٢) بعده في الأصل: «مما ترك».

(٣ - ٣) في الأصل: «ووالد».

(٤) في م: «معها».

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٦٩.

رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ لَمَّا رَجَمَ الْمَرْأَةَ ، دَعَا أَوْلِيَاءَهَا فَقَالَ : هَذَا ابْنُكُمْ ، تَرِثُونَهُ وَلَا يَرِثُكُمْ^(١) . حَكَاهُ أَحْمَدُ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّ أُمَّهُ عَصَبَتْهُ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ فَعَصَبَتْهَا عَصَبَتُهُ ؛ لِمَا رَوَى وَائِلَةُ بْنُ الْأَشْقَعِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ^(٢) قَالَ : « تَحُوزُ^(٣) الْمَرْأَةُ ثَلَاثَةَ مَوَارِيثَ ؛ عَتِيقَهَا ، وَلَقِيطَهَا ، وَوَلَدَهَا الَّذِي لَاعَنْتَ عَلَيْهِ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ^(٤) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَلِأَنَّهَا قَامَتْ^(٥) مَقَامَ أَبِيهِ فِي انْتِسَابِهِ إِلَيْهَا ، فَقَامَتْ مَقَامَهُ فِي حِيَازَةِ مِيرَاثِهِ . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، لَوْ مَاتَ ابْنُ ابْنِ^(٦) مُلَاعِنَةٍ ، وَخَلَّفَ أُمُّهُ وَجَدَّتَهُ الْمُلَاعِنَةُ ، لَكَانَ لِأُمِّهِ الثُّلُثُ ، وَالْبَاقِي لِجَدَّتِهِ . وَيُعَايِي بِهَا ، فَيَقَالُ : جَدَّةٌ وَرِثَتْ مَعَ أُمِّ أَكْثَرَ مِنْهَا . وَإِنْ خَلَّفَ ابْنُ الْمُلَاعِنَةِ أُمُّهُ وَأَخَاهُ وَخَالَه ، فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ، وَلِأَخِيهِ الشُّدُسُ ، وَبَاقِيهِ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةُ أُمِّهِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ . وَالْأُخْرَى ، الْبَاقِي لِلْأُمِّ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَخٌ ، فَالْبَاقِي لِلْخَالِ ، عَلَى إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ .

فصل : وَلِلْأَبِ ثَلَاثَةُ أَخْوَالٍ ؛ حَالٌ يَرِثُ فِيهَا بِالْفَرَضِ الْمَجْرَدِ ، وَهِيَ مَعَ الْبَنِ أَوْ ابْنِهِ ، يَرِثُ الشُّدُسَ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا

(١) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ١١ / ٣٤٨ .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « أَنَّهُ » .

(٣) فِي ف : « تَحُوزُ » .

(٤) فِي : بَابُ مَا جَاءَ مَا يَرِثُ النِّسَاءَ مِنَ الْوَلَاءِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْفَرَائِضِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٨ / ٢٦٧ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ ابْنِ الْمُلَاعِنَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ١١٣ .

وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْمَرْأَةِ تَحُوزُ ثَلَاثَ مَوَارِيثَ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٢ / ٩١٦ .

وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣ / ٤٩٠ ، ٤ / ١٠٧ . وَإِسْنَادُهُ ضَعِيفٌ . انْظُرِ الْإِرْوَاءَ ٦ / ٢٤ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « أَقَامَتْ » .

(٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ^(١) . وحالٌ يَرِثُ فيها بالتَّعْصِيبِ المَجْرَدِ ،
وهي مع عَدَمِ الوَلَدِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ
فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ ﴾ . أضافَ الميراثَ إليهما ، ثم خَصَّ الأمَّ منه بالثُّلُثِ ، ذَلَّ على
أَنَّ باقِيَه للأب . والحالُ الثالثُ ، يَجْتَمِعُ له الأمران ؛ السُّدُسُ بالفَرَضِ ؛
لِلآيَةِ ، والباقي بالتَّعْصِيبِ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَا أَبَقَتِ الفُرُوضُ فَلأُولَى
رَجُلٍ ذَكَرٍ »^(٢) . وهي مع إناثِ الوَلَدِ .

فصل : ولِلجَدِّ أحوالُ الأبِ الثلاثةُ ، وإذا اجْتَمَعَ مع الأمِّ^(٣) أحدُ
الزَّوْجَيْنِ ، فَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ [٢٥٠ ظ] كامِلاً . وله حالٌ رابِعٌ ، وهي مع الإخوةِ
مِنِ الأبوينِ ، أو مِن الأبِ ، فَإِنَّهُ لَا يُسْقِطُهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ يُدْلُونَ بِالْأَبِ ، فلم
يُسْقِطُهُمْ ، كَأُمِّ الأبِ ، وَلَكِنَّهُ يُقَاسِمُهُمْ كَأَخٍ ، ما لم تَنْقُضْهُ المَقَاسِمَةُ مِنِ
الثُّلُثِ ، فَإِنْ نَقَضَتْهُ مِنْهُ ؛ بِأَنْ زَادَ الإخوةُ على اثْنَيْنِ ، أو الأخواتُ على
أَرْبَعَةٍ ، فَله الثُّلُثُ ، والباقيَ لَهُمْ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ ذُو فَرَضٍ ، أَخَذَ فَرَضَهُ ،
وَجُعِلَ لِلجَدِّ الأَحْظُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَشْيَاءَ ؛ المَقَاسِمَةُ كَأَخٍ ، أو ثُلُثُ الباقي ؛ لِأَنَّ
الفَرَضَ كالمُسْتَحَقِّ ، فَصارَ الباقي كجميعِ المالِ ، أو سُدُسُ جميعِ المالِ ؛ لِأَنَّ
وَلَدَ الصُّلْبِ لَا يَمْنَعُونَهُ السُّدُسَ ، فَوَلَدُ الأبِ أُولَى .

ولا يُفَرِّضُ لِلأَخَوَاتِ مع الجدِّ ؛ لِأَنَّنَا جَعَلْنَاهُ كالأخِ ، فَيَعْصِبُ

(١) سورة النساء ١١ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٦٩ .

(٣) بعده في الأصل : « أو » .

الأُخْتِ، كالأخ. ولا تَعُولُ مَسَائِلُهُ؛ لذلك^(١)، إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ تُسَمَّى الْأُكْدَرِيَّةَ؛ لِتَكْدِيرِهَا أُصُولَ زَيْدٍ، حَيْثُ أَعَالَ مَسَائِلَ الْجَدِّ، وَفَرَضَ لِلأُخْتِ مَعَهُ، وَهِيَ زَوْجٌ وَأُمٌّ وَأُخْتٌ وَجَدٌّ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ، وَلِلأُمِّ الثُّلُثُ، وَلِلجَدِّ السُّدُسُ، ثُمَّ يُفَرَضُ لِلأُخْتِ النِّصْفُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّقَ لَهَا شَيْئًا، وَلَا مُسْقِطَ لَهَا هَلُهَا، ثُمَّ يُجْمَعُ سُدُسُ الْجَدِّ وَنِصْفُ الأُخْتِ، فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا عَلَى ثَلَاثَةٍ؛ لِئَلَّا تَفْضَلَ الأُخْتُ الْجَدَّ، فَتُضْرَبُ الثَّلَاثَةُ فِي الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلُهَا، وَهِيَ تِسْعَةٌ، صَارَتْ مِنْ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ؛ لِلأُمِّ سِتَّةٌ، وَلِلزَّوْجِ تِسْعَةٌ، وَلِلجَدِّ ثَمَانِيَّةٌ، وَلِلأُخْتِ أَرْبَعَةٌ. وَلَوْ كَانَتْ أُمٌّ وَأُخْتُ وَجَدٌّ، فَلِلأُمِّ الثُّلُثُ، وَالبَاقِي بَيْنَ الْجَدِّ وَالأُخْتِ عَلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُمٍ، وَتُسَمَّى الْخَرَاقَاءُ؛ لكَثْرَةِ اخْتِلَافِ الصُّحَابَةِ فِيهَا. وَلَوْ كَانَ^(٢) مَكَانَ الأُخْتِ أَخٌ، كَانَ الْمَالُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا.

فصل في المعادة^(٣): وَلِذَا الأبُ إِذَا انْفَرَدُوا يَقُومُونَ مَقَامَ وَلَدِ الأبَوَيْنِ فِي مُقَاسَمَةِ الْجَدِّ، فَإِنْ اجْتَمَعُوا، فَإِنَّ وَلَدَ الأبَوَيْنِ يُعَادُّونَ الْجَدَّ بَوْلِدِ الأبِ؛ لِأَنَّ مَنْ حُجِبَ بَوْلِدِ الأبَوَيْنِ وَوَلَدِ الأبِ إِذَا انْفَرَدُوا، حُجِبَ بِهِمَا إِذَا اجْتَمَعَا، كالأُمِّ. وَمَا حَصَلَ لَوْلِدِ الأبِ، أَخَذَهُ مِنْهُمْ وَلَدُ الأبَوَيْنِ؛ لِأَنَّهُمْ أَوَّلَى بِالْإِزْثِ مِنْهُمْ، وَلَا شَيْءَ لَوْلِدِ الأبِ، إِلَّا أَنْ^(٤) يَكُونَ وَلَدُ الأبَوَيْنِ أُخْتًا وَاحِدَةً، فَيَزِدُّونَ عَلَيْهَا قَدْرَ فَرْضِهَا، وَالبَاقِي

(١) سقط من: م.

(٢) سقط من: الأصل.

(٣) المعادة؛ بالتشديد: المراجعة.

(٤ - ٤) سقط من: الأصل.

لهم. ولا يَتَّفِقُ هذا في مسألة فيها فَرَضٌ إِلَّا أن يكونَ الفَرَضُ
 الشُّدُسَ. فإذا اجْتَمَعَ أخوان من الجهتين وجدَّ^(١)، اقْتَسَمُوا^(٢) أثلاثًا، ثم
 أخذ الأخ للأبوين ما حصل لأخيه. فإن كان مكان الأخوين أختان،
 اقْتَسَمُوا أرباعًا، ثم أخذت الأخت للأبوين ما حصل لأختها، لتستكمل
 النصف. فإن كان مع التي من قبل الأب أخوها، اقْتَسَمُوا أسداسًا، ثم
 أخذت منهما^(٣) تمام فريضها، يبقى لهما الشُّدُسُ على ثلاثة، وتصيح من
 ثمانية عشر. فإن كان معهم أم، فلها الشُّدُسُ، وتفعّل فيما بقي كما
 فعلت في أصل المال، فتصح من مائة وثمانية. وإن شئت، فرضت
 للجد ثلث الباقي بعد الشُّدُسِ، ولا ثلث له، فتضرب ثلاثة في ستة،
 تكن ثمانية عشر؛ للأم ثلاثة، وللجد خمسة، وللأخت النصف تسعة،
 يبقى سهم بين الأخ وأخته على ثلاثة، تضربها في ثمانية عشر، تكن
 أربعة وخمسين، وتسمى مختصرة زيد؛ لاختصارها من مائة وثمانية
 إلى أربعة وخمسين. ولو كانت أم، وجد، وأخت [٢٥١] لأبوين،
 وأخوان، وأخت لأب، لصححت من تسعين، وتسمى تسعين زيد؛
 لصححتها من تسعين على مذهبه.

فصل : وللجدة الشُّدُسُ - وإن كثرن، لم يُزدن على الشُّدُسِ^(٤) -
 فرضًا؛ لما روى قبيصة بن ذؤيب، قال : جاءت الجدة إلى أبي بكر تطلب

(١ - ١) سقط من : الأصل.

(٢) بعده في الأصل : « المال ».

(٣) في الأصل : « منها ».

(٤) بعده في م : « شيئا ».

ميراثها ، فقال : مَا لَكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ ، وَمَا أَعْلَمُ لَكَ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ شَيْئًا ، وَلَكِنْ أَرْجِعِي حَتَّى أَسْأَلَ النَّاسَ . فقال الْمُغِيرَةُ بْنُ شُعْبَةَ : حَضَرْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَعْطَاهَا السُّدُسَ . فقال : هل معك غيرك ؟ فشَهِدَ لَهُ مُحَمَّدُ بْنُ مَسْلَمَةَ ، فَأَمْضَاهَا لَهَا أَبُو بَكْرٍ ، فَلَمَّا كَانَ عُمرُ جَاءَتِ الْجَدَّةُ الْأُخْرَى ، فقال ^(١) عُمرُ : مَا لَكَ فِي كِتَابِ اللَّهِ شَيْءٌ ، وَمَا كَانَ الْقَضَاءُ الَّذِي قُضِيَ بِهِ إِلَّا فِي غَيْرِكَ ، وَمَا أَنَا بِزَائِدٍ فِي الْفَرَائِضِ شَيْئًا ، وَلَكِنْ هُوَ ذَاكَ السُّدُسُ ، فَإِنْ اجْتَمَعْتُمَا ، فَهُوَ لَكُمَا ، وَأَيُّكُمَا خَلَّتْ بِهِ ، فَهُوَ لَهَا . قال التِّرْمِذِيُّ ^(٢) : هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ .

وَلَا يَرِثُ مِنَ الْجَدَّاتِ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثٍ ؛ أُمُّ الْأُمِّ ، وَأُمُّ الْأَبِ ، وَأُمُّ الْجَدِّ ، وَمَنْ كَانَ مِنْ أُمَّهَاتِهِنَّ وَإِنْ عَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ ، فَلَهُنَّ السُّدُسُ إِذَا تَحَاذَيْنَ فِي الدَّرَجَةِ ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدٌ ^(٣) بِإِسْنَادِهِ عَنْ إِبْرَاهِيمَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَرَّثَ ثَلَاثَ

(١) بعده في ف : «لها» .

(٢) في : باب ما جاء في ميراث الجدة ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٢٥١/٨ - ٢٥٣ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الجدة ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ١٠٩/٢ ، ١١٠ . وابن ماجه ، في : باب ميراث الجدة ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩٠٩/٢ ، ٩١٠ . والإمام مالك ، في : باب ميراث الجدة ، من كتاب الفرائض . الموطأ ٥١٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٢٥/٤ ، ٢٢٦ ، دون قصة عمر . والذي قاله الترمذى عقب الحديث : وفي الباب عن بريدة ، وهذا أحسن ، وهو أصح من حديث ابن عيينة . والحديث إسناده ضعيف . انظر العلل للدارقطنى ٢٤٨/١ ، ٢٤٩ . الإرواء ١٢٤/٦ .

(٣) في : باب الجدات . السنن ٥٤/١ .

كما أخرجه الدارمى ، في : باب في الجدات ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٣٥٨/٢ . والدارقطنى ، في : سننه ٩٠/٤ . والبيهقى ، في : السنن الكبرى ٢٣٦/٦ .

جَدَّاتٍ ، تُنْتَيْنِ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ ، وَوَاحِدَةً مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ . قَالَ إِبْرَاهِيمُ : كَانُوا يُورَثُونَ مِنَ الْجَدَّاتِ ثَلَاثًا . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَرِثُ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثٍ . وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ أُمَّ أَبِي الْأُمِّ لَا تَرِثُ ، وَكَذَلِكَ كُلُّ جَدَّةٍ أَذَلَّتْ بِأَبٍ بَيْنَ أُمَيْنٍ ؛ لِأَنَّهَا تُدَلِّي بِغَيْرِ وَارِثٍ . قَالَ الشَّعْبِيُّ : إِنَّمَا طُرِحَتْ أُمُّ أَبِي الْأُمِّ ؛ 'لَأَنَّ أَبَا الْأُمِّ لَا يَرِثُ . وَلَا تَرِثُ جَدَّةٌ' تُدَلِّي بِأَبٍ أَعْلَى مِنَ الْجَدِّ ؛ لِأَنَّهَا خَارِجَةٌ عَنِ الثَّلَاثِ اللَّاتِي وَرَثَهُنَّ النَّبِيُّ ﷺ . وَيَحْتَمِلُ كَلَامُ الْخَرَقِيِّ تَوْرِيثَهَا ؛ لِأَنَّهَا تُدَلِّي بِوَارِثٍ .

وإِنْ كَانَ بَعْضُ الْجَدَّاتِ أَقْرَبَ مِنْ بَعْضٍ ، فَالْمِيرَاثُ لِأَقْرَبِهِنَّ ؛ لِأَنَّ الْجَدَّاتِ أُمَّهَاتٍ يَرِثْنَ مِيرَاثَ الْأُمِّ ، وَلِذَلِكَ ^(٢) سَقَطْنَ بِهَا . فَإِذَا اقْتَرَبَ بَعْضُهُنَّ ، أَسْقَطَتِ الْبُعْدَى ، كَمَا لَوْ كَانَتِ الْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ . وَعَنْهُ ، أَنَّ الْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ تُسْقِطُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الْأَبِ ، وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الْأَبِ لَا تُسْقِطُ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهَا تُدَلِّي بِمَنْ لَا يُسْقِطُهَا ، وَهُوَ الْأَبُ ، فَأَوْلَى أَنْ لَا تَكُونَ هِيَ مُسْقِطَةً لَهَا .

وَتَرِثُ الْجَدَّةُ وَابْنَهَا حَتَّى ، سَوَاءٌ كَانَ أَبَا ^(٣) أَوْ جَدًّا ^(٣) ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ^(٤) بِإِسْنَادِهِ عَنِ ابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ أَوَّلَ جَدَّةٍ أُطْعِمَتْ السُّدُسَ أُمُّ أَبِي مَعِ ابْنِهَا . وَرَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٥) ، وَلَفْظُهُ قَالَ : أَوَّلُ جَدَّةٍ أُطْعِمَهَا

(١ - ١) فِي ف : «لأنها» .

(٢) فِي م : «كذلك» .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْل : «واحدة» .

(٤) فِي : سَنَةِ ٥٧/١ .

(٥) فِي : بَابُ مَا جَاءَ فِي مِيرَاثِ الْجَدَّةِ مَعَ ابْنِهَا ، مِنْ أَبْوَابِ الْفَرَائِضِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ =

رسول الله ﷺ الشُّدُسُ الجَدَّةُ مع ابْنِهَا وابْنُهَا حَتَّى . وعنه ، لا تَرِثُ ؛ لَأَنَّهَا تُدْلِي بِهِ ، فلا تَرِثُ معه ، كالجَدِّ .

والجَدَّاتُ الْمُتَحَاذِيَاتُ ؛ أُمُّ أُمِّ أُمِّ ، وَأُمُّ أُمِّ أَبٍ ، وَأُمُّ أَبِي أَبٍ ، الشُّدُسُ يَتْنَهُنَّ أَثْلَاثًا . فَإِنْ أَذَلَّتْ جَدَّةٌ بَقْرَابَتَيْنِ ، وَأُخْرَى بَقْرَابَةً وَاحِدَةً ، فَلذَاتِ [٢٥١ظ] الْقَرَابَتَيْنِ ثُلَاثُ الشُّدُسِ فِي قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ ، وَلِلْأُخْرَى ثُلَاثُهُ ؛ لَأَنَّهَا شَخْصٌ ذُو قَرَابَتَيْنِ ، فَوَرِثَ ^(١) بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مُنْفَرِدَةً ، فَإِذَا اجْتَمَعَا وَلَمْ يُرْجَّحْ بِهِمَا ^(٢) ، وَرِثَ بِهِمَا ، كَابْنِ الْعَمِّ إِذَا كَانَ أَخًا لِأُمِّ ، أَوْ زَوْجًا .

فصل : فَأَمَّا الْبَنَاتُ ، فَلَهُنَّ الثُّلَاثَانِ وَإِنْ كَثُرْنَ ، وَلِلْوَا حِدَةٍ إِذَا انْفَرَدَتْ النِّصْفُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلَاثُ مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ ﴾ ^(٣) . وَحُكْمُ الثُّنَيْنِ ^(٤) حُكْمُ مَا زَادَ عَلَيْهِمَا ؛ لِمَا رَوَى جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : جَاءَتِ امْرَأَةٌ سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ بِابْنَتَيْهَا إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، هَاتَانِ ابْنَتَا سَعْدِ بْنِ الرَّبِيعِ ، قُتِلَ أَبُوهُمَا مَعَكَ يَوْمَ أُحُدٍ شَهِيدًا ، وَإِنَّ عَمَّهُمَا أَخَذَ مَالَهُمَا فَلَمْ يَدَعْ لِهَمَا مَالًا ، وَلَا يَنْكِحَانِ إِلَّا وَلَهُمَا مَالٌ . قَالَ : « يَقْضِي اللَّهُ فِي ذَلِكَ » . فَنَزَلَتْ آيَةُ الْمِيرَاثِ ، فَبَعَثَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى عَمَّهُمَا ، فَقَالَ :

= ٢٥٣/٨ ، ٢٥٤ . وقال : هذا حديث لا نعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه .

كما أخرجه البيهقي ، في : السنن الكبرى ٢٢٦/٦ .

(١) في الأصل ، م : « تورث » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة النساء ١١ .

(٤) في م : « البنيتين » ، والنقط غير واضح في الأصل .

«أَعْطِ ابْنَتِي سَعْدِ الثُّلُثَيْنِ ، وَأَعْطِ أُمَّهُمَا الثُّمْنَ ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَكَ» . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) .

فصل : وبنات الابن كبنات الصلب سواءً ، إن لم يكن للميت ولد من صلبه ، للواحدة النصف ، وللثنتين فصاعداً الثلثان ؛ لأنهن بنات ، لأن كل موضع سَمِيَ اللَّهُ ^(٢) «عزَّ وجلَّ» الولد دخل فيه ولد الابن . وإن كان من ولد الصلب بنت واحدة ، فلها النصف ، وبنات الابن - واحدة كانت أو أكثر - السدُسُ تكملة الثلثين ؛ لأن الله تعالى لم يفرض للبنات إلا الثلثين ، وهؤلاء بنات ، وقد سبقَتْ بنت الصلب فأخذت النصف ؛ لأنها أغلَى دَرَجَةً مِنْهُنَّ ، فكان الباقي لهن السدُسُ ، ولهذا يُسَمِّيهِ الْفُقَهَاءُ تَكْمِلَةَ الثُّلُثَيْنِ . وقد رَوَى الْهَازِلِيُّ قَالَ : سُئِلَ أَبُو مُوسَى ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنْ ابْنَةِ ^(٣) ، وَابْنَةِ ^(٣) ابْنٍ ، وَأُخْتٍ ، فَقَالَ : لِلابْنَةِ ^(٤) النِّصْفُ ، وَلِلْأُخْتِ النِّصْفُ ، وَابْنُ ابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . فَسُئِلَ ابْنُ مَسْعُودٍ - وَأُخْبِرَ بِقَوْلِ أَبِي مُوسَى - فَقَالَ : لَقَدْ ضَلَلْتُ إِذَا وَمَا أَنَا مِنَ الْمُهْتَدِينَ . ^(٥) ثُمَّ قَالَ : ^(٥)

(١) في : باب ما جاء في ميراث الصلب ، من كتاب الفرائض . سنن أبي داود ١٠٩ / ٢ .
كما أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في ميراث البنات ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذی ٢٤٣ / ٨ . وابن ماجه ، في : باب فرائض الصلب ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩٠٨ / ٢ ، ٩٠٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٥٢ / ٣ . وإسناده حسن . انظر الإرواء ٦ / ١٢٢ .

(٢ - ٢) في م : «فيه» .

(٣) في م : «بنت» .

(٤) في م : «للبنات» .

(٥ - ٥) سقط من : م .

أَقْضَى فِيهَا بِمَا قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ؛ لِلابْنَةِ^(١) النِّصْفُ ، وَلِابْنَةِ^(٢) الْإِبْنِ
السُّدُسُ^(٣) تَكْمِيلَةَ الثُّلُثَيْنِ^(٣) ، وَمَا بَقِيَ فَلِلْأُخْتِ .^(٣) فَأَتَيْنَا أَبَا مُوسَى ، فَأَخْبَرَنَا
بِقَوْلِ ابْنِ مَسْعُودٍ ، فَقَالَ : لَا تَسْأَلُونِي مَا دَامَ هَذَا الْحَبْرُ فِيكُمْ^(٣) . رَوَاهُ^(٤)
الْبُخَارِيُّ^(٥) .

فصل : وَلِلْأُخْتِ لِلْأَبَوَيْنِ النِّصْفُ ، وَلِلْبَنَتَيْنِ^(٦) فَصَاعِدًا الثُّلُثَانِ ؛ لِقَوْلِ
اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِنْ أَمْرُؤَا هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ
يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ ﴾^(٧) .
وَحُكْمُ الْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبِ إِذَا انْفَرَدْنَ مُحْكَمُ الْأَخَوَاتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ سَوَاءً ؛
لِدُخُولِهِنَّ فِي لَفْظِ الْآيَةِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ الْأَخَوَاتُ مِنَ الْجِهَتَيْنِ ، فَحُكْمُ وَلَدِ الْأَبِ

(١) فِي م : « لِبْنَت » .

(٢) فِي م : « لِبْنَت » .

(٣ - ٣) زِيَادَةٌ مِنْ : م .

(٤) بَعْدَهُ فِي م : « أَحْمَدُ وَ » .

(٥) فِي : بَابُ مِيرَاثِ ابْنَةِ ابْنٍ مَعَ ابْنَةٍ ، وَبَابُ مِيرَاثِ الْأَخَوَاتِ مَعَ الْبَنَاتِ عَصْبَةً ، مِنْ كِتَابِ
الْفَرَائِضِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٨٨/٨ - ١٩٠ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مِيرَاثِ الصُّلْبِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ
أَبِي دَاوُدَ ١٠٨/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مِيرَاثِ ابْنَةِ الْإِبْنِ ... ، مِنْ أَبْوَابِ الْفَرَائِضِ .
عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٨/٢٤٤ ، ٢٤٥ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ فَرَائِضِ الصُّلْبِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ .
سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٩٠٩/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي بَنَتٍ وَابْنَةِ ابْنٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ
الدَّارِمِيُّ ٣٤٨/٢ ، ٣٤٩ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٨٩/١ ، ٤٢٨ ، ٤٤٠ ، ٤٦٣ .

(٦) فِي حَاشِيَةِ ف : « كَذَا وَلَعَلَهُ : وَلِلْأُخْتَيْنِ » . وَلَعَلَهُ أَصَحُّ . انْظُرْ : الشَّرْحُ الْكَبِيرُ مَعَ الْمَقْنَعِ
وَالْإِنْصَافِ ٧٧/١٨ .

(٧) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٧٦ .

مع وَلَدِ الأبوين حُكْمُ بَنَاتِ الابنِ مع بَنَاتِ الصُّلْبِ سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّهِنَّ فِي مَعْنَاهُنَّ .

فَإِنْ اجْتَمَعَ الْأَخَوَاتُ مع البناتِ ، صار الأخواتُ عَصَبَةً ، لَهُنَّ مَا فَضَلَ ، وَلَيْسَ لَهُنَّ مَعَهُنَّ فَرِيضَةٌ مُسَمَّاةٌ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ إِنِ امْرُؤًا هَلَكًا لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ﴾ . فَشَرَطَ [٢٥٢] فِي فَرَضِهَا عَدَمَ الْوَلَدِ ، فَاقْتَضَى أَنْ لَا يُفَرَّضَ لَهَا مع وُجُودِهِ ، وَ^(١) لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ الْهَزِيلِ .

فصل : فَأَمَّا وَلَدُ الْأُمِّ ، فَلَوْاحِدِهِمُ السُّدُسُ ، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى ، وَلِلْاِثْنَيْنِ السُّدُسَانِ ، فَإِنْ كَثُرُوا ، فَهَمَّ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَتْ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَلَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ ﴾^(٢) . يَعْنِي وَلَدُ الْأُمِّ بِاجْتِمَاعِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَفِي قِرَاءَةِ عَبْدِ اللَّهِ وَسَعْدٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : (وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ مِنْ أُمِّ)^(٣) .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة النساء ١٢ .

(٣) أخرجه الدارمي ، في : سننه ٣٦٦ / ٢ . والبيهقي ، في : سننه ٢٣١ / ٦ . وابن جرير ، في : تفسيره ٢٨٧ / ٤ . كلهم عن سعد . وقال الحافظ : ولم أره عن ابن مسعود . التلخيص الحبير ٣ /

بَابُ مَا ^(١) يُسْقَطُ ذَوَى الْفُرُوضِ

تَسْقُطُ بَنَاتُ الْإِبْنِ بِالْإِبْنِ ، وَيَسْقُطَنَّ بِاسْتِكْمَالِ الْبَنَاتِ الثَّلَاثِينَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَعَهُنَّ أَوْ أَنْزَلَ مِنْهُنَّ ذَكَرًا فَيُعَصِّبُهُنَّ فِيمَا بَقِيَ ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ . وَابْنُ ابْنٍ ^(٢) الْإِبْنِ يُعَصِّبُ مَنْ فِي دَرَجَتِهِ ، وَمَنْ أَعْلَى مِنْهُ مِنْ عَمَّاتِهِ ، وَبَنَاتِ عَمِّ أَبِيهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ فَرَضٌ ، وَلَا يُعَصِّبُ مَنْ أَنْزَلَ مِنْهُ . وَإِذَا كَانَ أَرْبَعُ بَنَاتِ ابْنٍ بَعْضُهُنَّ أَنْزَلَ مِنْ بَعْضٍ ، سَقَطَتِ الثَّلَاثَةُ وَالرَّابِعَةُ ، لِاسْتِكْمَالِ مَنْ فَوْقَهُمَا الثَّلَاثِينَ . فَإِنْ كَانَ مَعَ الرَّابِعَةِ أَخُوهَا ، أَوْ ^(٣) ابْنُ عَمِّهَا ، فَلِلْأُولَى النِّصْفُ ، وَلِلثَّانِيَةِ الشُّدُسُ ، وَالباقى لِلثَّلَاثَةِ وَالرَّابِعَةِ ^(٤) وَأَخِيهَا بَيْنَهُمْ عَلَى أَرْبَعَةٍ ، وَتَصِحُّ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ .

وَتَسْقُطُ ^(٥) الْجَدَّاتُ مِنْ كُلِّ جِهَةٍ بِالْأُمِّ ، لِأَنَّهِنَّ يَرِثْنَ مِنْ جِهَتَيْهَا ، لَكُونِهِنَّ أُمَّهَاتٍ ، فَيَسْقُطَنَّ بِهَا كَمَا يَسْقُطُ الْجَدُّ بِالْأَبِ .

فصل : وَيَسْقُطُ وَلَدُ الْأَبَوَيْنِ بِثَلَاثَةٍ ؛ بِالْإِبْنِ ، وَابْنِ الْإِبْنِ ، وَالْأَبِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى شَرَطَ ^(٦) فِي تَوْرِيثِهِمْ عَدَمَ الْوَلَدِ بِقَوْلِهِ سَبْحَانَهُ : ﴿ إِنْ أَمْرُؤَا

(١) فِي ف ، م : « مِنْ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ف .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

(٤) بَعْدَهُ فِي م : « وَأَخْتَهَا » .

(٥) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « قَالَ » .

هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ ^(١) . فلم يجعل لها
 مُسَمًّى مع الولد ، وإنما أخذت الفاضل عن البنات ، والابن لا يفضل عنه
 شيء ، فسقطن ^(٢) به ، وكذلك ابنته ؛ لأنه ابن . ويسقطون بالأب ؛ لأنهم
 يدلون به . وكل من أدلى بشخص سقط به ، إلا ولد الأم ، والجدّة من
 جهة الأب .

ويسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة ؛ لذلك ، وبالأخ من الأبوين ؛ لما
 روى عن علي ، رضي الله عنه ، أن رسول الله ﷺ قضى بالدين قبل
 الوصية ، وأن أعيان بنى الأم يتوارثون دون بنى العلات ، الرجل يرث أخاه
 لأبيه وأمه دون أخيه لأبيه . أخرجه الترمذي ^(٣) .

وتسقط الأخوات من الأب باستكمال الأخوات للأبوين الثلثين ، إلا
 أن يكون معهن أخ لهن ، فيعصبنهن في الباقي ؛ للذكر مثل حظ الأنثيين ،
 كبنات الابن مع البنات .

فصل : ويسقط ولد الأم بأربعة ؛ بالولد ، ذكراً كان أو أنثى ، وولد
 الابن ، والأب ، والجد ؛ لأن الله تعالى شرط في توريثهم كون المورث ^(٤)
 كلاله ، بقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ [٢٥٢ ظ]

(١) سورة النساء ١٧٦ .

(٢) في ف : « فسقطت » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢١ .

(٤) في ف ، م : « الموروث » .

أَمْرًا وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ ﴿١﴾ . وَالْكَلَالَةُ مَنْ لَا
وَلَدَ لَهُ وَلَا وَالِدَ فِي قَوْلِ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَفِي قَوْلِ بَعْضِهِمْ هُوَ اسْمٌ لِمَنْ
عَدَا الْوَلَدَ وَالْوَالِدَ مِنَ الْوَرَاثِ^(١) ، فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهُمْ لَا يَرِثُونَ مَعَ وَلَدٍ وَلَا
وَالِدٍ .

فصل : وَمَنْ لَمْ يَرِثْ لِمَعْنَى فِيهِ - وَهُوَ الرَّقِيقُ ، وَالْقَاتِلُ ، وَالْمُخَالِفُ فِي
الدِّينِ - لَمْ يَحْجُبْ غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَارِثٍ ، فَلَمْ يَحْجُبْ ، كَالْأَجْنَبِيِّ .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ف : « الْوَارِثِ » .

بَابُ أَصُولِ سِهَامِ الْفَرَائِضِ

الفُرُوضُ الْمَذْكُورَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى النِّصْفُ ، وَالرُّبْعُ ، وَالثُّمْنُ ،
وَالثُّلْثَانُ ، وَالثُّلُثُ ، وَالشُّدُسُ ، وَهِيَ تَخْرُجُ مِنْ سَبْعَةِ أَصُولٍ ؛ أَرْبَعَةٌ لَا
تَعُولُ ، وَثَلَاثَةٌ تَعُولُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ فَرَضٍ انْفَرَدَ فَأُضْلُهُ مِنْ مَخْرَجِهِ ، وَإِنْ اجْتَمَعَ
مَعَهُ فَرَضٌ مِنْ جِنْسِهِ ، فَأُضْلُهَا ^(١) مِنْ مَخْرَجِ أَقْلِهِمَا ؛ لِأَنَّ مَخْرَجَ الْكَبِيرِ
دَاخِلٌ فِي مَخْرَجِ الصَّغِيرِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ مَعَهُ فَرَضٌ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، ضَرَبْتَ
مَخْرَجَ أَحَدِهِمَا فِي مَخْرَجِ الْآخَرِ إِنْ لَمْ يَتَوَافَقَا ، فَمَا اِرْتَفَعَ ، فَهُوَ أَضْلُ
لَهُمَا ، أَوْ وَفَّقَ أَحَدُهُمَا فِي جَمِيعِ الْآخَرِ إِنْ تَوَافَقَا ، فَلِذَلِكَ صَارَتِ الْأَصُولُ
سَبْعَةً ، النِّصْفُ وَحْدَهُ مِنْ اثْنَيْنِ ، وَالثُّلُثُ أَوْ ^(٢) الثُّلْثَانِ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، وَالرُّبْعُ
وَحْدَهُ أَوْ مَعَ النِّصْفِ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، وَالثُّمْنُ وَحْدَهُ أَوْ مَعَ النِّصْفِ مِنْ ثَمَانِيَةٍ .
وَهَذِهِ الْأَرْبَعَةُ الَّتِي لَا تَعُولُ ؛ لِأَنَّ الْعَوْلَ فَرْعٌ اِزْدِحَامِ الْفُرُوضِ ، وَلَا يُوجَدُ
ذَلِكَ هَلْهُنَا .

وَإِنْ اجْتَمَعَ مَعَ الْفَرَضِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ ، كَالنِّصْفِ يَجْتَمِعُ مَعَ أَحَدِ
الثَّلَاثَةِ ؛ الشُّدُسُ ، أَوْ الثُّلُثُ ، أَوْ ^(٣) الثُّلْثَانِ ، فَأُضْلُهَا ^(١) مِنْ سِتَّةٍ ؛ لِأَنَّكَ إِذَا

(١) فِي م : « فَأُضْلُهُمَا » .

(٢) فِي ف : « وَ » .

(٣) فِي م : « وَ » .

ضَرَبْتَ مَخْرَجَ النِّصْفِ فِي مَخْرَجِ الثُّلُثِ ، صَارَ سِتَّةٌ ، وَيَدْخُلُ الْعَوْلُ هَذَا الْأَصْلَ ؛ لِازْدِحَامِ الْفُرُوضِ فِيهِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ مَعَ الرَّبْعِ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ ، فَأَصْلُهَا مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ؛ لِأَنَّكَ إِذَا ضَرَبْتَ مَخْرَجَ الرَّبْعِ فِي ^(١) مَخْرَجِ الثُّلُثِ أَوْ وَفْقِ مَخْرَجِ السُّدُسِ ، كَانَتْ اثْنَيْ عَشَرَ . وَإِنْ اجْتَمَعَ مَعَ الثُّمْنِ سُدُسٌ ، أَوْ ثُلَاثَانِ ، فَأَصْلُهَا ^(٢) مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَتَعُولُ هَذِهِ الْأُصُولُ الثَّلَاثَةُ .

وَمَعْنَى الْعَوْلِ نَقْصُ الْفُرُوضِ لِازْدِحَامِهَا وَضِيقِ الْمَالِ عَنْهَا ، وَقِسْمَتُهُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ فُرُوضِهِمْ . وَطَرِيقُ الْعَمَلِ فِيهَا أَنْ تَأْخُذَ لِكُلِّ ذِي فَرْضٍ فَرْضَهُ مِنْ أَصْلِ مَسْأَلَتِهِ ، ثُمَّ تَجْمَعَ السُّهُامَ كُلَّهَا ، فَتَقْسِمَ الْمَالَ عَلَيْهَا ^(٣) ، فَيَدْخُلُ النِّقْصُ عَلَى كُلِّ ذِي فَرْضٍ بِقَدْرِ فَرْضِهِ ، كَمَا تَصْنَعُ فِي الْوَصَايَا الزَّائِدَةِ عَلَى الثُّلُثِ ، وَفِي قِسْمَةِ مَالِ الْمُفْلِسِ عَلَى دُيُونِهِ . وَهَذَا قَوْلُ عَامَّةِ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، إِلَّا ابْنَ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

فصل : وَأَصْلُ السِّتَةِ يُتَصَوَّرُ عَوْلُهُ إِلَى عَشْرَةٍ ، وَلَا يَعُولُ إِلَى أَكْثَرِ مِنْهَا ، وَمِثَالُ الْعَوْلِ ؛ زَوْجٌ ، وَأُخْتُ لِأَبَوَيْنِ ، وَأُخْتُ لِأَبٍ ، أَصْلُهَا سِتَّةٌ ؛ لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ثَلَاثَةٌ ، وَلِلأُخْتِ لِلأَبَوَيْنِ ثَلَاثَةٌ ، وَلِلأُخْتِ لِلأَبِ السُّدُسُ سَهْمٌ ، عَالَتْ إِلَى سَبْعَةٍ . فَإِنْ كَانَ مَكَانَ الْأُخْتِ [و٢٥٣] لِلأَبِ أُمٌّ ، فَلَهَا الثُّلُثُ ، وَعَالَتْ إِلَى ثَمَانِيَةٍ ، وَتُسَمَّى مَسْأَلَةَ الْمُبَاهَلَةِ ؛ لِأَنَّهَا أَوَّلُ مَسْأَلَةٍ عَائِلَةٍ

(١) فِي ف : « و » .

(٢) فِي ف : « فَاجْعَلْهَا » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهِمْ » .

حَدَّثَتْ فِي زَمَنِ عُمَرَ، فَجَمَعَ الصَّحَابَةُ لِلْمَشُورَةِ فِيهَا، فَقَالَ الْعَبَّاسُ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَرَى أَنْ يُقَسَّمِ الْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ سِهَامِهِمْ. فَأَخَذَ بِهِ
عُمَرُ، وَاتَّبَعَهُ النَّاسُ عَلَى ذَلِكَ، حَتَّى خَالَفَهُمْ ابْنُ عَبَّاسٍ، فَقَالَ: مَنْ شَاءَ
بَاهِلُتُهُ أَنْ الْمَسَائِلَ لَا تَعُولُ، إِنَّ الَّذِي أَحْصَى رَمْلَ عَالِجٍ^(١) عَدَدًا أَعْدَلُ مِنْ
أَنْ يَجْعَلَ فِي مَالٍ نِصْفًا، وَنِصْفًا، وَثُلُثًا، هَذَانِ نِصْفَانِ ذَهَبًا بِالْمَالِ، فَأَيْنَ
مَوْضِعُ الثُّلُثِ^(٢)!

زَوْجٍ، وَأُمٍّ، وَثَلَاثُ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ، عَالَتْ إِلَى تِسْعَةٍ، وَتُسَمَّى^(٣)
الْغُرَاءَ. فَإِنْ كَانَ الْأَخَوَاتُ سِتًّا، عَالَتْ إِلَى عَشْرَةٍ، وَتُسَمَّى أُمُّ الْفُرُوخِ؛
لِكَثْرَةِ عَوْلِهَا؛ لِأَنَّهَا عَالَتْ بِثُلَاثِيهَا، فَشَبَّهُوا أَصْلَهَا بِالْأُمِّ، وَالْعَوْلَ بِالْفُرُوخِ.

فصل: وَأَصْلُ اثْنَيْ عَشَرَ تَعُولُ عَلَى^(٤) الْإِفْرَادِ إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ، وَخَمْسَةِ
عَشَرَ، وَسَبْعَةِ عَشَرَ، وَلَا تَعُولُ إِلَى أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ، فَتَقُولُ فِي زَوْجٍ وَأُمٍّ
وَابْنَتَيْنِ: أَصْلُهَا اثْنَا عَشَرَ، وَتَعُولُ إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ، فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ أَبٌ،
عَالَتْ إِلَى خَمْسَةِ عَشَرَ.

ثَلَاثُ زَوْجَاتٍ، وَجَدَّتَانِ، وَأَرْبَعُ أَخَوَاتٍ لَأُمٍّ، وَثَمَانِ لَأَبٍ، عَالَتْ
إِلَى سَبْعَةِ عَشَرَ، وَلِكُلِّ وَاحِدَةٍ سَهْمٌ، وَتُسَمَّى أُمُّ الْأَرَامِلِ.

(١) عالج: رمال معروفة بالمدينة. اللسان (ع ل ج).

(٢) أخرجه سعيد بن منصور مختصراً، في: السنن ٤٤/١. وأخرجه بتمامه البيهقي، في:

السنن الكبرى ٢٥٣/٦. وإسناده حسن. انظر الإرواء ١٤٥/٦، ١٤٦.

(٣) بعده في م: «مسألة».

(٤) في ف: «إلى».

وأَصْلُ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ تَعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَلَا تَعُولُ إِلَى أَكْثَرَ
مِنْهَا ، وَتُسَمَّى الْبَخِيلَةَ ؛ لِقَلَّةِ عَوْلِهَا ، وَتُسَمَّى الْمُنْبَرِّيَّةَ ؛ لِأَنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ
عَنْهُ ، سُئِلَ عَنْهَا عَلَى الْمُنْبَرِ ، فَقَالَ : صَارَ ثَمْنُهَا تِسْعًا . وَمَضَى فِي خُطْبَتِهِ ^(١) .
يَعْنِي أَنَّهُ كَانَ لِلزَّوْجَةِ الثَّمَنُ ، ثَلَاثَةٌ ^(٢) مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ ، فَصَارَ لَهَا ثَلَاثَةٌ
مِنْ سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ ، وَهِيَ تِسْعٌ .

(١) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٥٣/٦ . وَلَيْسَ عِنْدَهُ أَنَّ ذَلِكَ كَانَ عَلَى الْمُنْبَرِ .
وَانْظُرْ : التَّلْخِيسَ الْحَبِيرَ ٩٠/٣ .
(٢) بَعْدَهُ فِي ف ، م : «أَسْهَم» .

بَابُ تَصْحِيحِ الْمَسَائِلِ

إذا لم تَنْقَسِمِ سِهَامُ فَرِيقٍ مِنَ الْوَرَثَةِ عَلَيْهِمْ قِسْمَةٌ صَحِيحَةٌ، ضَرَبْتُ عَدَدَهُمْ فِي^(١) أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ، وَعَوَّلُهَا إِنْ عَالَتْ، فَمَا بَلَغَ، فَمِنْهُ تَصِحُّحٌ، إِلَّا أَنْ يُوَافِقَ عَدَدُهُمْ سِهَامَهُمْ بِجُزْءٍ مِنَ الْأَجْزَاءِ، فَيُجْزِئُكَ ضَرْبُ وَفْقِ عَدَدِهِمْ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَعَوَّلُهَا، فَإِذَا أَرَدْتَ الْقِسْمَةَ، فَكُلُّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ مَضْرُوبٌ فِي الْعَدَدِ الَّذِي ضَرَبْتَهُ فِي^(٢) الْمَسْأَلَةِ، وَهُوَ جُزْءُ الشَّهِمِ، فَمَا بَلَغَ فَهُوَ لَهُ إِنْ كَانَ وَاحِدًا، وَإِنْ كَانُوا جَمَاعَةً، قَسَمْتَهُ عَلَيْهِمْ. وَإِنْ كَانَ الْكَثْرُ عَلَى فَرِيقَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ مُتَمَاثِلَةً، كَثَلَاثَةٍ وَثَلَاثَةٍ، أَجْزَاكَ ضَرْبُ أَحَدِهِمَا فِي الْمَسْأَلَةِ.

وإن كانت مُتَنَاسِبَةً، وَهُوَ أَنْ يَنْتَسِبَ الْقَلِيلُ إِلَى الْكَثِيرِ بِجُزْءٍ مِنْ أَجْزَائِهِ،^(٣) كَثُلُّهُ أَوْ رُبُعُهُ^(٤)، مِثْلَ «ثَلَاثَةٍ وَتِسْعَةٍ»، أَجْزَاكَ ضَرْبُ أَكْثَرِهَا فِي الْمَسْأَلَةِ.

وإن كانت مُتَبَايِنَةً، كَثَلَاثَةٍ وَأَرْبَعَةٍ وَخَمْسَةٍ، ضَرَبْتُ بَعْضَهَا فِي

(١) فِي الْأَصْلِ: «إِلَى».

(٢) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ: «أَصْل».

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ، م: «كَثَلَاثَةٌ أَوْ أَرْبَعَةٌ».

(٤ - ٤) فِي ف: «ثَلَاثَةٌ وَتِسْعَةٌ».

بَعْضٍ ، فَمَا بَلَغَ ضَرْبَتَهُ فِي الْمَسْأَلَةِ .

وإن كانت مُتَوَافِقَةً بِجُزْءٍ مِنَ الْأَجْزَاءِ ، كَالنُّصْفِ وَالثُّلُثِ ، وَافَقَتْ بَيْنَ
عَدَدَيْنِ مِنْهَا ، وَضَرَبْتَ وَفَقَ أَحَدُهُمَا فِي الْآخِرِ ، فَمَا بَلَغَ وَافَقَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
الثَّالِثِ ، وَضَرَبْتَ وَفَقَ أَحَدُهُمَا فِي الْآخِرِ ، [٢٥٣ظ] فَمَا بَلَغَ ، فَهُوَ جُزْءُ
السَّهْمِ ، يُضْرَبُ فِي الْمَسْأَلَةِ . وَطَرِيقُ الْقِسْمَةِ عَلَى مَا تَقَدَّمَ ^(١) .

(١) فِي م : « ذَكَرْنَا مُتَقَدِّمًا » .

بَابُ الرَّدِّ

إذا لم تَسْتَغْرِقِ الفُروضُ المالَ ، وَفَضَلَتْ مِنْهُ فَضْلَةً ، وَلَمْ يَكُنْ عَصَبَةً ،
فَالْفَاضِلُ عَنْ ذَوِي الفُروضِ مَرْدُودٌ عَلَيْهِمْ عَلَى قَدْرِ سِهامِهِمْ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ
تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ ﴾^(١) . وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :
« مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ »^(٢) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣) . إِلَّا عَلَى الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ ؛
لأنَّهُمَا لَيْسَا مِنْ أَوْلَى الْأَرْحَامِ ، فَلَمْ يَدْخُلُوا فِي قَوْلِهِ تعالى : ﴿ وَأُولُوا
الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ ﴾ . وَهَذَا يُرْوَى عَنْ عُمرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَابْنِ
مَسْعُودٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يُرَدُّ عَلَى وَلَدِ
الْأُمِّ مَعَ الْأُمِّ ، وَلَا عَلَى الْجَدَّةِ مَعَ ذِي^(٤) سَهْمٍ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلُ ابْنِ مَسْعُودٍ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ ؛ لِغُموْمِ الْأَدِلَّةِ ، وَلِأَنَّهُ قَوْلُ عُمرَ ، وَعَلِيٍّ ،
وَابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ .

وَطَرِيقُ الْعَمَلِ فِي الرَّدِّ أَنْ تَأْخُذَ سِهامَ أَهْلِ الرَّدِّ مِنْ أَصْلِ
مَسْأَلَتِهِمْ ، وَكُلُّهَا تَخْرُجُ مِنْ^(٥) سِتَّةٍ ؛ إِذْ لَيْسَ فِي الْفُروضِ مَا يَخْرُجُ عَنْ

(١) سورة الأنفال ٧٥ ، وسورة الأحزاب ٦ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ف : « فُلُوارث » .

(٣ - ٣) فِي م : « رَوَاهُ أَحْمَدُ وَأَبُو دَاوُدَ » .

وَالْحَدِيثُ تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي ٢٤٧/٣ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « ذَوِي » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « فِي » .

السَّتَّةِ إِلَّا الرُّبْعُ وَالْثُمْنُ ، وليسَا لغيرِ الزَّوْجَيْنِ ، وليسَا مِنْ أَهْلِ الرَّدِّ ، فَيُجْعَلُ
عَدَدُ سِهَامِهِمْ أَصْلَ مَسْأَلَتِهِمْ ، فَيُقَسَّمُ الْمَالُ عَلَيْهَا ، وَيُنْحَصِرُ ذَلِكَ فِي أَرْبَعَةِ
أُصُولٍ ، فَإِذَا كَانَ مَعَكَ سُدُسَانِ ، كَجَدَّةٍ وَأَخٍ لَأُمِّ ، فَأَصْلُهَا مِنْ اثْنَيْنِ ، وَإِنْ
كَانَ ثُلُثٌ وَسُدُسٌ ، كَأُمٍّ وَأَخٍ مِنْ أُمِّ ، فَأَصْلُهَا مِنْ ثَلَاثَةٍ ، وَإِنْ كَانَ نِصْفٌ
وَسُدُسٌ ، كَابْنَةٍ وَابْنَةِ ابْنٍ ، فَأَصْلُهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ ، وَإِنْ كَانَ نِصْفٌ وَثُلُثٌ ، كَأُمٍّ
وَأُخْتٍ ، أَوْ ثُلُثَانِ وَسُدُسٌ ، كَأُخْتَيْنِ وَأُمٍّ ، أَوْ نِصْفٍ وَسُدُسَانِ^(١) ، كَثَلَاثِ
أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، فَهِيَ مِنْ خَمْسَةٍ ، وَلَا تَزِيدُ أَبَدًا عَلَى هَذَا ؛ لِأَنَّهَا لَوْ
زَادَتْ سَهْمًا لَكَمَلَ الْمَالُ . فَإِنْ انْكَسَرَ سَهْمُ فَرِيقٍ عَلَيْهِمْ ، ضَرَبْتَ عَدَدَهُمْ
فِي عَدَدِ سِهَامِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ أَصْلُ مَسْأَلَتِهِمْ ، فَتَقُولُ فِي ثَلَاثِ جَدَّاتٍ وَأُخْتٍ :
هِيَ مِنْ أَرْبَعَةٍ ؛ لِلْجَدَّاتِ سَهْمٌ عَلَى ثَلَاثَةٍ ، تَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنِ اثْنَتَا
عَشَرَ ، وَمِنْهَا تَصِحُّ .

**فصل : فَإِنْ اجْتَمَعَ مَعَ أَهْلِ الرَّدِّ أَحَدُ^(٢) الزَّوْجَيْنِ ، أُعْطِيَتْهُ فَرَضُهُ مِنْ
أَصْلِ مَسْأَلَتِهِ ، ثُمَّ ضَرَبْتَ مَسْأَلَتَهُ فِي مَسْأَلَةِ أَهْلِ الرَّدِّ ، فَمَا بَلَغَ انْتَقَلَتْ إِلَيْهِ
الْمَسْأَلَةُ ، ثُمَّ تُصَحِّحُ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَتَقُولُ فِي زَوْجَةٍ ، وَبْنَتٍ ، وَبْنِ ابْنٍ ،
وَجَدَّةٍ : لِلزَّوْجَةِ الثُّمْنُ مِنْ ثَمَانِيَةٍ ، وَمَسْأَلَةُ أَهْلِ الرَّدِّ مِنْ خَمْسَةٍ ، تَضْرِبُهَا فِي
ثَمَانِيَةٍ ، تَكُنْ أَرْبَعِينَ ؛ لِلزَّوْجَةِ الثُّمْنُ^(٣) خَمْسَةً ، يَبْقَى خَمْسَةٌ وَثَلَاثُونَ بَيْنَ**

(١) فِي الْأَصْلِ : « سِدُس » ، وَفِي الْحَاشِيَةِ : « لَعَلَّه : أَوْ نِصْفٍ وَسُدُسَانِ ؛ لِأَنَّ ثَلَاثَ أَخَوَاتٍ
مُتَفَرِّقَاتٍ ، يَكُونُ لِلشَّقِيقَةِ نِصْفٌ ، وَلَأُخْتِ الْأَبِ سِدُسٌ تَكْمِلَةُ الثَّلَاثِينَ ، وَلَأُخْتِ الْأُمِّ سِدُسٌ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « عَدَد » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

أَهْلِ الرَّدِّ عَلَى خَمْسَةٍ ، فَإِنْ انْكَسَرَ عَلَى بَعْضِهِمْ ، ضَرَبَتْهُ فِي ^(١) أَرْبَعِينَ ، فَمَا
بَلَغَ ، فَمِنْهُ تَصِحُّ .

(١) فِي الْأَصْلِ : «عَلَى» .

بَابُ مِيرَاثِ الْعَصْبَةِ مِنَ الْقَرَابَةِ

[٢٥٤و] وهم كلُّ ذَكَرٍ لَيْسَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمَيِّتِ أُنْثَى ، وهم الأبُّ والابْنُ وَمَنْ أَذْلَى بِهِمَا مِنَ الذُّكُورِ ، فَأَحَقُّهُمْ بِالْمِيرَاثِ أَقْرَبُهُمْ ، وَيَسْقُطُ بِهِ مَنْ بَعْدَ ؛ لقول النبي ﷺ : « مَا أَبَقَتِ الْفُرُوضُ فَلأُولَى رَجُلٍ ذَكَرٍ »^(١) . فَأَحَقُّهُمْ الْإِبْنُ وَابْنُهُ وَإِنْ نَزَلَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى بَدَأَ بِهِمْ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ﴾^(٢) . وَالْعَرَبُ تَبْدَأُ بِالْأَهَمِّ فالأَهَمُّ . ثُمَّ الْأَبُّ ؛ لِأَنَّ سَائِرَ الْعَصَبَاتِ يُدْلُونَ بِهِ ، ثُمَّ الْجَدُّ أَبُو الْأَبِ وَإِنْ عَلَا ؛ لِأَنَّهُ أَبٌ ، ثُمَّ بَنُو الْأَبِ وَهُمْ الْإِخْوَةُ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ نَزَلُوا ، ثُمَّ بَنُو الْجَدِّ ، وَهُمْ الْأَعْمَامُ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ نَزَلُوا ، ثُمَّ بَنُو جَدِّ الْأَبِ ، وَهُمْ أَعْمَامُ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ نَزَلُوا . وَعَلَى هَذَا ، لَا يَرِثُ بَنُو أَبِي أَعْلَى مَعَ بَنِي أَبِي أَقْرَبَ مِنْهُ ، وَإِنْ نَزَلَتْ دَرَجَتُهُمْ . وَأُولَى وَلَدٍ كُلِّ أَبِي أَقْرَبُهُمْ إِلَيْهِ . فَإِنْ اسْتَوَتْ دَرَجَتُهُمْ ، فَأُولَاهُمْ مَنْ كَانَ لِأَبٍ وَأُمٍّ ؛ لِحَدِيثِ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٣) . وَلَيْسَ فِي فَرِيضَةِ يَرِثُ فِيهَا الْعَصْبَةُ عَوْلٌ وَلَا رَدٌّ ؛ لِأَنَّ الْعَصْبَةَ تَأْخُذُ الْمَالَ كُلَّهُ إِذَا انْفَرَدَ ؛ لقوله تعالى فِي الْأَخِ : ﴿وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ﴾^(٤) . أَضَافَ الْمِيرَاثَ جَمِيعَهُ إِلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ مَعَهُ ذُو فَرْضٍ ، أَخَذَ

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٦٩ .

(٢) سورة النساء ١١ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢١ .

(٤) سورة النساء ١٧٦ .

الباقى ؛ لقول النبى ﷺ لأخى سعد بن الربيع : « أَعْطِ ابْنَتِي سَعْدِ الثُّلَثِينَ ، وَأَعْطِ أُمَّهُمَا الثُّمَنَ ، وَمَا بَقِيَ فَهُوَ لَكَ » ^(١) . وقوله عليه الصلاة والسلام : « فَمَا أَبْقَتِ الْفُرُوضُ فَلأُولَى رَجُلٍ ذَكَرٍ » ^(٢) . وإنِ اسْتَعْرَقَتِ الْفُرُوضُ الْمَالَ ، سَقَطَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الْبَاقِي ، وَلَا بَاقِيَ هَاهُنَا .

فصل : وَأَرْبَعَةٌ مِنَ الذُّكُورِ يُعَصِّبُونَ أَخَوَاتِهِمْ ، فَيَمْنَعُونَهُنَّ الْفَرَضَ ، وَيَقْتَسِمُونَ مَا وَرِثُوا ، لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ؛ وَهُمْ الْابْنُ ، وَابْنَتُهُ ، وَالْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، أَوْ مِنَ الْأَبِ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ يُوْصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾ . وقوله : ﴿ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾ . وَمَنْ عَدَا هَؤُلَاءِ مِنَ الْعَصَبَاتِ يَنْفَرِدُ الذُّكُورُ بِالْمِيرَاثِ دُونَ الْإِنَاثِ ، كَبْنَى الْإِخْوَةِ ، وَالْأَعْمَامِ وَبَنِيهِمْ ؛ لِأَنَّ أَخَوَاتِهِمْ مِنْ أُولَى الْأَرْحَامِ .

فصل : وَإِنْ اجْتَمَعَ فِي شَخْصٍ ^(٣) وَاحِدٍ شَيْئَانِ ^(٤) يَقْتَضِيَانِ الْإِرْثَ ، كَزَوْجٍ هُوَ ابْنُ عَمٍّ ، أَوْ ابْنِ عَمٍّ هُوَ أَخٌ مِنْ أُمٍّ ، وَرِثَ بِهِمَا جَمِيعًا ، فَإِنْ كَانَ ابْنًا عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ لِأُمٍّ ، فَلِلْأَخِ الشُّدُسُ ، وَالبَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ ^(٥) ، وَإِنْ كَانُوا ^(٦) ثَلَاثَةً بَنَى ^(٧) عَمٍّ أَحَدُهُمْ زَوْجٌ وَالْآخَرُ أَخٌ لِأُمٍّ ، فَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ ،

(١) تقدم تخريجه فى صفحة ٨٠ .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٩ .

(٣) فى الأصل : « رجل » .

(٤) فى م : « سبيان » .

(٥) فى ف ، م : « نصفان » .

(٦) فى الأصل : « كان » .

(٧) فى م : « كبنى » .

وللأخِ السُّدُسُ ، والباقي بينهم أثلاثاً ؛ لأنَّ قرابةَ الأمِّ يرثُ بها مُنفردةً ، فلم يُرجَّحْ بها ، كالزَّوجِيَّةِ^(١) .

(١) في الأصل : « كالزوجة » .

باب المناسحات

إذا لم تُقسَم تَرَكة المَيِّتِ الأوَّلِ حتى مات بعضُ وُرائِهِ ، فصَحَّحَ مَسْأَلَةَ الأوَّلِ ، ثم صَحَّحَ مَسْأَلَةَ الثَّانِي ، واقْسِمَ سِهامَ [٢٥٤ ظ] الثَّانِي مِنَ الْمَسْأَلَةِ الأوَّلَى عَلَى مَسْأَلَتِهِ ، فَإِنْ انْقَسَمَتْ ، صَحَّحَتِ الْمَسْأَلَتَانِ مِمَّا صَحَّحَتْ مِنْهُ الأوَّلَى . وَإِنْ لَمْ تَنْقَسِمَ ، وافَقَتْ بَيْنَهُمَا ^(١) وَبَيْنَ مَسْأَلَتِهِ ، وَأَخَذَتْ وَفْقَ مَسْأَلَتِهِ فَضَرَبَتْهُ فِي الْمَسْأَلَةِ الأوَّلَى ، وَإِنْ لَمْ يَتَوافَقَا ، ضَرَبَتْ مَسْأَلَتَهُ كُلَّهَا فِي الْمَسْأَلَةِ الأوَّلَى ، فَمَا بَلَغَ ، فَمِنْهُ تَصِحُّحُ الْمَسْأَلَتَانِ . فَإِذَا أَرَدْتَ الْقِسْمَةَ ^(٢) ، فَكُلُّ ^(٣) مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ ^(٤) الأوَّلَى ^(٥) مَضْرُوبٌ فِي الثَّانِيَةِ أَوْ فِي وَفْقِهَا ، وَكُلُّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّانِيَةِ مَضْرُوبٌ فِي السِّهَامِ الَّتِي مَاتَ عَنْهَا ^(٥) الثَّانِي أَوْ فِي وَفْقِهَا . فَإِنْ مَاتَ ثَالِثٌ ، صَحَّحَتْ مَسْأَلَتَهُ ، وَقَسَمْتَ عَلَيْهَا سِهامَهُ مِنَ الْمَسْأَلَتَيْنِ ، فَإِنْ انْقَسَمَ ، صَحَّحَتْ ، وَإِلَّا ضَرَبَتْ مَسْأَلَتَهُ أَوْ وَفْقَهَا فِيمَا صَحَّحَتْ مِنْهُ الأوَّلَيَانِ ، وَتَعَمَّلُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا .

فصل : فَإِنْ خَلَّفَ الْمَيِّتُ تَرَكةً مَعْلُومَةً ، فَانْسِبْ سِهامَ كُلِّ وَاِثٍ مِنْ

(١) فِي م : « بَيْنَ مَسْأَلَتِهَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « مَسْأَلَةٌ » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « شَيْءٌ لَهُ مِنَ الْأَقْل » .

(٤) بَعْدَهُ فِي م : « الْمَسْأَلَةُ » .

(٥) بَعْدَهُ فِي ف : « الْمَيِّت » .

المَسْأَلَةُ ، و^(١) أَعْطَاهُ مِثْلَ تِلْكَ النُّسْبَةِ مِنَ التَّرِكَةِ . فَإِنْ عَزَّ عَلَيْكَ ذَلِكَ ، فَاقْسِمِ
التَّرِكَةَ عَلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَمَا خَرَجَ بِالْقِسْمِ فَاضْرِبْهُ فِي سِهَامِ كُلِّ وَارِثٍ ، فَمَا
كَانَ فَهُوَ نَصِيبُهُ . فَإِذَا خَلَفَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجًا وَأُمًّا وَأُخْتًا وَأَزْبَعَيْنَ دِينَارًا ؛ فَلِلْأُمِّ
رُبْعُ الْمَسْأَلَةِ ، فَلِهَا رُبْعُ التَّرِكَةِ عَشْرَةً ، وَلِلزَّوْجِ رُبْعٌ وَثُمْنٌ ، فَلِهُ خَمْسَةٌ
عَشْرَةً ، وَلِلْأُخْتِ مِثْلُ ذَلِكَ . وَإِنْ قَسَمْتَ الْأَزْبَعَيْنِ عَلَى الْمَسْأَلَةِ ، فَلِكُلِّ
مَنْهُم^(٢) خَمْسَةٌ ، فَإِذَا ضَرَبْتَ سِهَامَ كُلِّ وَارِثٍ فِي خَمْسَةٍ ، خَرَجَ مِثْلُ مَا
ذَكَرْنَا .

(١) فِي الْأَصْلِ : «أَوْ» .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «مِنْهُمْ» .

بَابُ مِيرَاثِ الْغَرَقَى وَمَنْ عُمَى مَوْتُهُمْ

إذا مات متوارثان فلم يُعْلَمَ^(١) أيُّهما مات قبل صاحبه ، وَرِثَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ صَاحِبِهِ مِنْ تِلَادٍ^(٢) مَالِهِ دُونَ مَا وَرِثَهُ مِنَ الْمَيِّتِ مَعَهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُزَوِّى عَنْ عُمَرَ ، وَعَلَى ، وَإِيَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُزْنِيِّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . فَتَقُولُ فِي أَخَوَيْنِ غَرَقَا ، وَخَلَّفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا زَوْجَتَهُ وَمَوْلَاهُ : يُقَدَّرُ أَنَّ الْأَكْبَرَ مَاتَ أَوَّلًا ، فَلِزَوْجَتِهِ الرَّبْعُ ، وَالْبَاقَى لِأَخِيهِ الْأَصْغَرِ ، ثُمَّ مَاتَ الْأَصْغَرُ عَنْ ثَلَاثَةِ أَشْهُمٍ ، فَلِزَوْجَتِهِ الرَّبْعُ ، وَبَاقِيَهُ لِمَوْلَاهُ ، فَتَضْرِبُ أَرْبَعَةً فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنْ سِتَّةَ عَشَرَ ، لِزَوْجَةِ الْأَكْبَرِ أَرْبَعَةٌ ، وَلِزَوْجَةِ الْأَصْغَرِ ثَلَاثَةٌ ، يَبْقَى تِسْعَةٌ لِمَوْلَى الْأَصْغَرِ ، ثُمَّ قَدَّرْ أَنَّ الْأَصْغَرَ مَاتَ أَوَّلًا ، فَلِزَوْجَتِهِ الرَّبْعُ ، وَبَاقِيَهُ لِأَخِيهِ الْأَكْبَرِ ، ثُمَّ تَعْمَلُ فِيهَا عَمَلَكَ فِي الْأُولَى ، فَتَرِثُ زَوْجَتُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رُبْعَ مَالِ زَوْجِهَا ، وَثُمَّنَا وَنُصَفَ ثَمْنٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ ، وَيَرِثُ مَوْلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا^(٣) نِصْفَ مَالِ أَخِي عَتِيقِهِ ، وَنِصْفَ ثَمْنِهِ ، وَلَا يَرِثُ مِنْ مَالِ عَتِيقِهِ شَيْئًا .

(١) فِي ف : « يَعْرِفُ » .

(٢) التِلَادُ : الْمَالُ الْقَدِيمُ .

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « رُبْعَ مَالِ زَوْجِهَا » .

وقد روى عن ^(١) أبي عبد الله ، رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى ، فيما إذا ماتت امرأة وابنتها ، وخلفت زوجها وأخا ، فقال زوجها : ماتت فورثناها ، ثم مات ابني فورثته . وقال أخوها : مات ابنتها فورثته ، ثم ماتت [٢٥٥ و] فورثناها . أنه يخلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه ، ويكون ميراث الابن لأبيه ، وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين . وذكرها الخريقي في « مختصره » . وهذا يدل على أنه لا يرث ^(٢) واحد منهما صاحبه ، بل يُقسَم ميراث ^(٣) كل واحد منهما على الأحياء من ورثته دون من مات معه ؛ لأن ذلك يُروى عن أبي بكر الصديق ، وزيد ، ومعاذ ، وابن عباس ، والحسن بن علي ، رضي الله عنهم ، ولأنه لا يُعلم أن أحدهما حي حين مات ^(٤) صاحبه ، فلم يرثه ، كالحمل إذا سقط ميتا .

ولو عُلم خروج رُوحَيْهما معا ، لم يرث أحدهما صاحبه ؛ لأن من شرط توريثه كونه حيا حين موت الآخر .

(١ - ١) في م : « أحمد » .

(٢ - ٢) في م : « أحدهما » .

(٣) في ف : « مال » .

(٤) في ف : « موت » .

بَاب مِيرَاثِ ذَوِي الْأَرْحَامِ

وقد ذكروناهم . وَيَرِثُونَ إِذَا لَمْ يَكُنْ عَصَبَةٌ ، وَلَا ذُو فَرْضٍ مِنْ أَهْلِ
الرَّذِّ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأُولَئِكَ الْأَرْحَامُ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ
اللَّهِ ﴾ ^(١) . وقد رَوَى عَنْ عُمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « الْخَالُ وَارِثٌ مَنْ
لَا وَارِثَ لَهُ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ ^(٢) : هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَرَوَى أَبُو عُبَيْدٍ ^(٣)
بِإِسْنَادِهِ أَنَّ ثَابِتَ بْنَ الدَّحْدَاحِ مَاتَ وَلَمْ يُخَلِّفْ إِلَّا ابْنَةً أَخَ لَهُ ، فَقَضَى النَّبِيُّ
ﷺ بِمِيرَاثِهِ لَابْنَةِ أَخِيهِ . وَقِسْنَا سَائِرَهُمْ عَلَى هَذَيْنِ .

فصل ^(٤) : وَطَرِيقُ تَوْرِيثِهِمْ بِالتَّنْزِيلِ أَنْ يُنْزَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مَنَزْلَةً مَنْ
يُذَلِّي بِهِ مِنَ الْوَرَاثِ ^(٥) ، فَتُجْعَلَ بِنْتُ الْبِنْتِ بِمَنَزَلَةِ الْبِنْتِ ، وَبِنْتُ بِنْتِ الْإِبْنِ

(١) سورة الأنفال ٧٥ ، وسورة الأحزاب ٦ .

(٢) في : باب ما جاء في ميراث الخال ، من أبواب الفرائض . عارضة الأحوذى ٨ / ٢٥٤ ،
٢٥٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ /
٩١٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٨ ، ٤٦ .

(٣) وأخرجه عنه البيهقي ، في : السنن الكبرى ٦ / ٢١٥ ، ٢١٦ . وأعله بالانقطاع .
ومن طرق أخرى أخرجه الدارمي ، في : باب ميراث ذوى الأرحام ، من كتاب الفرائض .
سنن الدارمي ٢ / ٣٨١ . وعبد الرزاق ، في : المصنف ١٠ / ٢٨٤ ، ٢٨٥ . وسعيد بن منصور ،
في : سننه ١ / ٧٠ ، ٧١ . وضعفه في الإرواء ٦ / ١٤١ .

(٤) زيادة من : م .

(٥) في ف : « الوارث » .

بِمَنْزِلَتِهَا، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ بِمَنْزِلَةِ آبَائِهِنَّ، وَبَنُو الْأَخَوَاتِ وَبَنَاتُهُنَّ بِمَنْزِلَةِ
 أُمَّهَاتِهِمْ^(١)، وَالْخَالَ وَالْخَالَةُ وَأَبُو الْأُمِّ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ، وَالْعَمَّاتُ وَالْعَمُّ مِنَ الْأُمِّ
 بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ. وَعَنْ^(٢) أَبِي عَبْدِ اللَّهِ، رَحِمَهُ اللَّهُ، رِوَايَةً أُخْرَى، أَنَّهُ تُنْزَلُ
 الْعَمَّةُ مَنْزِلَةَ الْعَمِّ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ. وَالْأُولَى أُولَى؛ لِمَا
 رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ^(٣) بِإِسْنَادِهِ عَنِ الزُّهْرِيِّ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «الْعَمَّةُ
 بِمَنْزِلَةِ الْأَبِ، إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا أَبٌ، وَالْخَالَةُ بِمَنْزِلَةِ الْأُمِّ، إِذَا لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا
 أُمٌّ». وَلَأنَّ الْأَبَ أَقْوَى جِهَاتِهَا، فَتُزَلَّتْ مَنْزِلَتُهُ، كَمَا أَنَّ بِنْتَ الْأَخِ تُدَلَّى
 بِأَيِّهَا لَا بِأَخِيهَا، وَبِنْتَ الْعَمِّ تُدَلَّى بِأَيِّهَا^(٤) دُونَ أُخِيهَا.

وَإِذَا انْفَرَدَ ذُو رَجَمٍ، وَرِثَ الْمَالَ كُلَّهُ. وَإِنْ اجْتَمَعَ مِنْهُمْ جَمَاعَةٌ فَأَذَلُّوا
 بِشَخْصٍ وَاحِدٍ^(٥)، وَكَانُوا فِي دَرَجَةٍ وَاحِدَةٍ، فَالْمَالُ بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ
 مَوَارِيثِهِمْ مِنْهُ. فَإِنْ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ بَعْضًا، كَأَبِي الْأُمِّ وَالْأُخْوَالِ، أَسْقَطَتْ
 الْأُخْوَالُ بِأَبِي الْأُمِّ؛ لِأَنَّ^(٦) الْأَبَ يُسْقِطُ الْإِخْوَةَ. وَإِنْ كَانَ بَعْضُهُمْ أَقْرَبَ
 مِنْ بَعْضٍ، سَقَطَ الْبَعِيدُ مِنْهُمْ، كَمَا يَسْقِطُ بَعِيدُ الْعَصَبَاتِ بِقَرَابَتِهِمْ، وَإِنْ^(٥)
 لَمْ يُسْقِطْ بَعْضُهُمْ بَعْضًا، قَسَمَتِ الْمَالَ [٢٥٥ ظ] بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ مَوَارِيثِهِمْ

(١) فِي م: «أُمَّهَاتُهُنَّ».

(٢ - ٢) فِي م: «أَحْمَد».

(٣) لَمْ نَجِدْهُ فِي الْمُسْنَدِ. وَأَخْرَجَهُ ابْنُ وَهْبٍ، فِي: جَامِعِهِ صَفْحَةَ ١٤، بِلَفْظٍ: «الْعَمُّ أَبٌ إِذَا لَمْ
 يَكُنْ دُونَهُ أَبٌ، وَالْخَالَةُ أُمٌّ إِذَا لَمْ تَكُنْ أُمٌّ دُونَهَا».

(٤ - ٤) فِي م: «لَا بِأَخِيهَا».

(٥) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلُ.

(٦) فِي الْأَصْلِ: «وَلَأَنَّ».

منه . فتَقُولُ في ثَلاثِ عَمَّاتٍ مُتَفَرِّقاتٍ : المالُ يَبْتَنُّهُنَّ على خَمْسَةِ ؛ لَأَنَّهُنَّ
أُخواتُ الأبِ^(١) ، فكان ميراثُهُنَّ كَمِراثِ ثَلاثِ أُخواتٍ^(٢) مُتَفَرِّقاتٍ . وإن
كان ثَلاثُ خالاتٍ مُتَفَرِّقاتٍ ، فَكَذلكَ ؛ لَأَنَّهُنَّ أُخواتُ الأُمِّ^(٣) .

فإنِ اجْتَمَعَ ثَلاثُ خالاتٍ مُتَفَرِّقاتٍ ، وَثَلاثُ عَمَّاتٍ مُتَفَرِّقاتٍ ، نَزَلَتْ
العَمَّاتُ أبا ، وَالخالاتُ أُمًّا ، فَجَعَلَتْ^(٤) «الثُّلُثُ لِلْخالاتِ» على خَمْسَةِ ،
والباقى للعَمَّاتِ على خَمْسَةِ ، فَتَجْزِي بِإِحدى الخَمْسَتَيْنِ ، وَتَضْرِبُها في
ثَلاثَةٍ ، تَكُنْ خَمْسَةُ عَشَرَ ؛ لِلْخالَةِ التي مِن قَبْلِ الأبوينِ ثَلاثَةُ أَشْهُمٍ ،
وَلِلْخالَةِ مِن^(٥) الأبِ سَهْمٌ ، وَلِلْخالَةِ مِن^(٥) الأُمِّ سَهْمٌ ، وَلِلْعَمَّةِ مِن الأبوينِ
سِتَّةٌ ، وَلِلْعَمَّةِ مِن^(٥) الأبِ سَهْمَانِ ، وَلِلْعَمَّةِ مِن الأُمِّ سَهْمَانِ .

وإن كان ثَلاثَةُ أُخوالٍ مُتَفَرِّقينَ ، فَلِلْخالِ مِن الأُمِّ السُّدُسُ ، وَالباقى
لِلْخالِ مِن الأبوينِ ، كَثَلاثَةِ إِخوَةٍ مُتَفَرِّقينَ .

وإن كان أبوهم واحداً وأُمُّهم واحِدةً ، فالذَّكَرُ وَالأنثى سَواءٌ ؛ لَأَنَّهُم
يَرِثُونَ بِالرَّجْمِ المَجْرَدِ ، فَاسْتَوَى ذَكَرُهُم وَأُنْثاهُم ، كَوَلَدِ الأُمِّ . وَعنه ، أَنَّهُم
يَقْتَسِمُونَ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ؛ لَأَنَّهُم فَرَعٌ على ذَوِي الفُرُوضِ
وَالْعَصَباتِ ، فَثَبَّتَ فِيهِم حُكْمُهُم . وَقال الخِرَقِيُّ : يُفْضَلُ الْخالُ على الْخالَةِ

(١) في م : «أب» .

(٢) بعده في م : «للميت» .

(٣) في ف ، م : «لأم» .

(٤ - ٤) في الأصل : «الثلاث خالات» .

(٥) بعده في ف : «قبل» .

دُونَ سَائِرِ ذَوَى الْأَرْحَامِ .

وإن أَدْلَى جَمَاعَةً بِجَمَاعَةٍ ، فَاقْسِمِ الْمَالُ بَيْنَ الْمُذْلَى بِهِمْ عَلَى مَا تُوجِبُهُ
الْفَرِيضَةُ ، فَمَا صَارَ لِكُلِّ وَارِثٍ ، فَهُوَ لِمَنْ ^(١) أَدْلَى بِهِ . فَإِنْ سَبَقَ بَعْضُهُمْ
إِلَى الْوَارِثِ ، فَهُوَ أَحَقُّ بِالْمَالِ ، وَيَسْقُطُ بِهِ الْبَعِيدُ إِنْ كَانَ مِنْ جِهَةٍ وَاحِدَةٍ ،
وإن كَانَ مِنْ جِهَتَيْنِ ، نَزَلَتْ الْبَعِيدَ حَتَّى يَلْحَقَ بِوَارِثِهِ ، سَوَاءً سَقَطَ بِهِ
الْقَرِيبُ أَوْ لَمْ يَسْقُطْ ، فَتَقُولُ فِي بِنْتٍ بِنْتٍ بِنْتٍ ، وَبِنْتٍ أَخٍ لَأُمِّ : الْمَالُ
لِبِنْتٍ بِنْتٍ الْبِنْتِ .

وَالْجِهَاتُ أَرْبَعٌ ؛ الْأَبُوَّةُ ، وَالْبُنُوَّةُ ، وَالْأُخُوَّةُ ، وَالْأُمُوَّةُ . فَإِنْ اجْتَمَعَتْ
بِنْتُ أَخٍ وَعَمَّةٌ ، فَالْمَالُ لِلْعَمَّةِ ؛ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ أَبِي ، وَهُوَ يُسْقِطُ الْأَخَ . وَمَنْ
نَزَلَهَا عَمًّا ^(٢) أَسْقَطَهَا بِنْتُ الْأَخِ ؛ لِأَنَّ الْأَخَ يُسْقِطُ الْعَمَّ . وَإِنْ اجْتَمَعَ بِنْتُ
أُخْتٍ وَابْنٌ ، وَبِنْتُ أُخْتٍ أُخْرَى ، فَلِلْوَاحِدَةِ حَقُّ أُمِّهَا النِّصْفُ ، وَلِلْأُخْرَى
وَأَخِيهَا ^(٣) حَقُّ أُمِّهِمَا ^(٤) النِّصْفُ .

وإن أَدْلَى ذُو رَحِمٍ بِقَرَابَتَيْنِ ، وَرِثَ بِهِمَا ، فَتَقُولُ فِي بِنْتِ ابْنِ أَخٍ
لَأُمِّ - « وَهِيَ » بِنْتُ بِنْتٍ أُخْتٍ لِأَبٍ - وَبِنْتُ بِنْتٍ أُخْتٍ لِأَبَوَيْنِ :
لِلأُولَى الْخُمْسَانِ بِقَرَابَتَيْهَا ، وَلِلثَانِيَةِ ثَلَاثَةُ أْخْمَاسٍ ؛ لِأَنَّهِمَا ^(٥) بِمَنْزِلَةِ ثَلَاثِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « كَمَنْ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « جَمِيعُهَا » .

(٣) فِي ف : « أُخْتُهَا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « أُمُّهَا » .

(٥ - ٥) فِي ف ، م : « هِيَ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهَا » .

أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ .

وَلَا يَغُولُ فِي مَسَائِلِ ذَوِي^(١) الْأَرْحَامِ إِلَّا وَاحِدَةً^(٢) وَشِبْهَهَا^(٣) ، وَهِيَ
خَالَ وَبَنَاتُ سِتٍّ أَخَوَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ .

فصل : وَلَا يَرِثُ ذُو رَحِمٍ مَعَ ذِي فَرْضٍ وَلَا عَصْبَةٍ إِلَّا مَعَ الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّ
الرَّدَّ أَوْلَى ، وَالزَّوْجُ لَا يُرَدُّ عَلَيْهِ ، فَإِنْ اجْتَمَعَ مَعَهُمْ زَوْجٌ ، أُعْطِيَته فَرْضَهُ غَيْرَ
مَحْجُوبٍ وَلَا مُعَاوَلٍ ، وَقَسَمْتَ الْبَاقِيَ بَيْنَهُمْ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدُوا . فَتَقُولُ فِي
زَوْجٍ ، وَبْنَتٍ بِنْتٍ ، وَبْنَتٍ أُخْتٍ : لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَالْبَاقِيَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ .
امْرَأَةً وَابْنَتَا بَنَتَيْنِ ، وَابْنَتَا أُخْتَيْنِ ، لِلزَّوْجَةِ الرُّبْعُ ، وَلِبْنَتَيِ الْبَنَتَيْنِ ثُلُثَا
الْبَاقِي ، وَالْبَاقِيَ لِبْنَتَيِ الْأُخْتَيْنِ .

(١) زيادة من : ف .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

[٢٥٦و] بَابُ مِيرَاثِ الْخُنْثَى

وهو الذى له ذَكَرٌ وفَرْجٌ امْرَأَةٌ ، فَيُعْتَبَرُ بِمَبَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ جَاءَ فِي الْأَثَرِ :
« يُورَثُ الْخُنْثَى مِنْ حَيْثُ ^(١) يَتَوَلَّى » ^(٢) . وَلِأَنَّهَا أَعْمُ عِلَامَاتِهِ ؛ لِأَنَّهَا تُوجَدُ
فِي ^(٣) الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ ، وَقَدْ أَجْرَى اللَّهُ الْعَادَةَ أَنَّ الذَّكَرَ يَتَوَلَّى مِنْ ذَكَرِهِ ،
وَالْأُنْثَى مِنْ فَرْجِهَا ، فَاعْتَبِرْ ذَلِكَ . فَإِنْ بَالَ مِنْ حَيْثُ يَتَوَلَّى الرَّجُلُ ، فَهُوَ
ذَكَرٌ . وَإِنْ بَالَ مِنْ حَيْثُ تَتَوَلَّى الْمَرْأَةُ ، فَلَهُ حُكْمُ الْمَرْأَةِ . فَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا ،
اعْتَبِرْ بِأَسْبَقِيهِمَا . وَإِنْ خَرَجَا فِي حَالٍ وَاحِدَةٍ ، اعْتَبِرْ أَكْثَرَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْأَكْثَرَ
أَقْوَى فِي الدَّلَالَةِ . فَإِنْ اسْتَوَيَا ، فَهُوَ مُشْكِلٌ .

فَإِنْ مَاتَ لَهُ مَنْ يَرِثُهُ ، أُعْطِيَ هُوَ وَمَنْ مَعَهُ الْيَقِينُ ، وَوُقِفَ الْبَاقِي حَتَّى يَتْلُغَ
فَيُنْكَشِفَ الْأَمْرُ ؛ بِأَنْ يَظْهَرَ فِيهِ عِلَامَاتُ الرِّجَالِ ؛ مِنْ خُرُوجِ الْمَنِيِّ مِنْ ذَكَرِهِ ،
وَنَبَاتِ اللَّحْيَةِ ، أَوْ عِلَامَاتُ النِّسَاءِ ؛ مِنْ تَفَلُّكِ الثَّدْيِ ^(٤) ، وَالْحَيْضِ ، وَالْحَمَلِ .
فَإِنْ يُعَسَّ مِنْ ذَلِكَ ، فَلَهُ نِصْفُ مِيرَاثِ ذَكَرٍ ، وَنِصْفُ مِيرَاثِ أُنْثَى .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه ابن عدى ، فى : الكامل ٢١٣١ / ٦ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٢٦١ / ٦ .
كلاهما عن ابن عباس مرفوعا . وقال البيهقى : محمد بن السائب الكلبي لا يحتج به ، والصحيح
أنه عن علي .

(٣ - ٣) فى ف : « الصغر والكبر » .

(٤) تفلك الثدي : استدارته .

فإذا اجتمع ابنٌ وبنْتُ وولَدٌ خُشْيٌ ، فللذكرِ أَرْبَعَةُ أَشْهُمٍ ، وللخُشْيِ
ثَلَاثَةٌ ، وللبنْتِ سَهْمَانِ ؛ لَأَنَّهُ يَحْصُلُ بهذا الْعَمَلِ لَهُ نِصْفُ مِيرَاثِ الذَّكَرِ ،
ونِصْفُ مِيرَاثِ الْأُنْثَى . فإن كان مكان^(١) الابنِ أَخٌ ، أو غيره مِنْ
الْعَصَبَاتِ ، فله السُّدُسُ ، والباقي بَيْنَ الْخُشْيِ وَالْبِنْتِ عَلَى خَمْسَةٍ . وقال
أَصْحَابُنَا : تَعْمَلُ الْمَسْأَلَةَ عَلَى أَنَّهُ ذَكَرٌ ، ثم عَلَى أَنَّهُ أُنْثَى ، ثم تَضْرِبُ
إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى إِنْ تَبَايَعْتَا ، أو وَفَّقَ إِحْدَاهُمَا فِي الْأُخْرَى إِنْ اتَّفَقَتَا ،
أو^(٢) تَجْتَزِيُ بِإِحْدَاهُمَا إِنْ تَمَثَّلَتَا ، أو بِأَكْبَرِهِمَا^(٣) إِنْ تَنَاسَبَتَا ، وتَضْرِبُ ذَلِكَ
فِي اثْنَيْنِ ، فما بَلَغَ ، فمِنْهُ تَصِيحٌ ، ثم كُلُّ مَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنْ إِحْدَاهُمَا
مَضْرُوبٌ فِي الْأُخْرَى ، أو فِي وَفْقِهِمَا^(٤) ، أو تَجْمَعُ مَا لَهُ مِنْهُمَا إِنْ تَمَثَّلَتَا ،
فَتُعْطِيهِ إِثَّاه . ففي هذه الْمَسْأَلَةِ إِنْ قَدَّرْنَاهُ ذَكَرًا ، فَهِيَ مِنْ خَمْسَةٍ ، وَإِنْ
قَدَّرْنَاهُ أُنْثَى ، فَهِيَ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، تَضْرِبُ أَرْبَعَةً فِي خَمْسَةٍ ، تَكُنْ عِشْرِينَ ، ثم
فِي الْحَالَيْنِ ، تَكُنْ أَرْبَعِينَ ، فَلِلابْنِ اثْنَانِ فِي خَمْسَةٍ ، وَاثْنَانِ فِي أَرْبَعَةٍ ،
ثَمَانِيَّةَ عَشَرَ ، وَلِلْبِنْتِ تِسْعَةً ، وَلِلْخُشْيِ سَهْمٌ فِي خَمْسَةٍ ، وَسَهْمَانِ فِي
أَرْبَعَةٍ ، ثَلَاثَةَ عَشَرَ ؛ لِأَنَّ لِلابْنِ الْخُمُسَيْنِ بَيِّقَيْنِ ، وَذَلِكَ سِتَّةَ عَشَرَ ، وَلِلْبِنْتِ
الْخُمُسَ بَيِّقَيْنِ ، ثَمَانِيَّةً ، وَلِلْخُشْيِ الرَّبْعَ بَيِّقَيْنِ ، عَشْرَةً ، فَذَلِكَ أَرْبَعَةٌ
وِثْلَاثُونَ ، يَبْقَى سِتَّةُ أَشْهُمٍ يَدْعِيهَا الْخُشْيُ كُلُّهَا ، لِيَتِمَّ لَهُ سَهْمُ ذَكَرٍ ،
وَيَدْعِي الْابْنُ ثُلُثِيهَا ، لِيَتِمَّ لَهُ النِّصْفُ ، وَالْبِنْتُ تَدْعِي ثُلُثَهَا ، لِيَتِمَّ لَهَا الرَّبْعُ ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «و» .

(٣) فِي م : «بأكبرهما» .

(٤) فِي ف ، م : «وفقها» .

فَقَسَمْنَاهَا بَيْنَهُمْ عَلَى حَسَبِ دَعَاوِيهِمْ ؛ لِلْخُنْثَى نِصْفُهَا ثَلَاثَةٌ ، وَلِلْأَبْنِ
سَهْمَانِ ، وَلِلْبِنْتِ سَهْمٌ .

فَإِنْ كَانَ خُنْثَيْنِ ، نَزَّلْتُهُمْ عَلَى عَدَدِ أَحْوَالِهِمْ ، فَتَجْعَلُ لِهَمَا أَرْبَعَةٌ
أَحْوَالٍ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخِرِ ^(١) تُنْزَلُهُمْ حَالَيْنِ ؛ مَرَّةً ذُكُورًا ، وَمَرَّةً
إِنَاثًا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُعْطَى كُلًّا بِحَسَبِ مَا فِيهِ مِنَ الْاِحْتِمَالِ ، وَعَلَى
الطَّرِيقِ الثَّانِي يُفْضَى إِلَى حِرْمَانٍ مَنِ يَحْتَمِلُ الْاِسْتِحْقَاقَ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ
اجْتَمَعَ بِنْتُ ، وَوَلَدٌ خُنْثَى ، وَوَلَدٌ ابْنِ خُنْثَى ، وَأَخٌ ، فَنَزَّلْتُهُمْ حَالَيْنِ ، لَمْ
تُعْطِ وَلَدَ الْاَبْنِ شَيْئًا ، [٢٥٦ ظ] وَمِنَ الْمُحْتَمَلِ أَنْ يَكُونَ ذَكَرًا وَحَدَهُ ، فَيَكُونَ
لَهُ الْبَاقَى بَعْدَ الْبِنْتَيْنِ . فَعَلَى هَذَا ، تُنْزَلُ الثَّلَاثَةُ ثَمَانِيَةَ أَحْوَالٍ ، وَلِلْأَرْبَعَةِ سِتَّةَ
عَشَرَ ، وَلِلْخَمْسَةِ اثْنَانِ وَثَلَاثُونَ حَالًا .

(١) فِي م : « الْآخَرِينَ » .

بَابُ مِيرَاثِ الْحَمْلِ^(١)

إذا مات عن حَمْلٍ يَرِثُهُ ، فَطَالَبَ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ بِالْقِسْمَةِ ، وَقَفَ نَصِيبُ ابْنَيْنِ^(٢) ذَكَرَيْنِ ، إِنْ كَانَ مِيرَاثُ الذُّكُورِ أَكْثَرَ ، أَوْ أَنْثَيْنِ^(٣) إِنْ كَانَ^(٤) أَكْثَرَ ؛ لِأَنَّ مَا زَادَ عَلَى اثْنَيْنِ نَادِرٌ جِدًّا ، فَلَمْ يُلْتَفَتْ إِلَيْهِ ، كَاخْتِمَالِ الْحَمْلِ فِي الْآيَةِ ، وَيُدْفَعُ إِلَى كُلِّ وَارِثٍ الْيَقِينُ . فَإِذَا وَضَعَتِ الْحَمْلَ ، دُفِعَ إِلَيْهِ نَصِيبُهُ ، وَرُدَّ الْفَضْلُ عَلَى مَنْ يَسْتَحِقُّهُ . وَإِنْ وَضَعَتْ مَيِّتًا ، لَمْ يَرِثْ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ أَنَّهُ كَانَ حَيًّا حِينَ مَوْتِ مَوْرُوثِهِ .

وَإِنْ وَضَعَتْهُ فَاسْتَهَلَّ ، وَرِثَ وَوَرِثَ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « إِذَا اسْتَهَلَّ الْمَوْلُودُ وَرِثَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٦) . وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَرِثُ حَتَّى يَسْتَهَلَّ ، وَهُوَ الصَّوْتُ بِبُكَاءٍ أَوْ غُطَّاسٍ أَوْ نَحْوِهِ ، لِتَقْيِيدِهِ فِي الْحَدِيثِ بِالْمُسْتَهَلِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُلْحَقَ بِذَلِكَ كُلُّ مَنْ عُلِمَتْ حَيَاتُهُ بَارِئَضًا أَوْ نَحْوِهِ ؛ لِأَنَّهُ وُلِدَ حَيًّا ،

(١) إِلَى هُنَا يَنْتَهِي الْحَرَمُ الَّذِي بِالْمَخْطُوطِ س ٢ ، وَالَّذِي أَشْرْنَا إِلَيْهِ فِي صَفْحَةِ ٥٧ .

(٢) فِي ف : « اثْنَيْنِ » ، وَالنَّقْطُ غَيْرُ وَاضِعٍ فِي الْأَصْلِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَ » .

(٤) فِي ف ، م : « ابْنَيْنِ » .

(٥) بَعْدَهُ فِي ف : « مِيرَاثُهُمَا » .

(٦) فِي : بَابُ فِي الْمَوْلُودِ يَسْتَهَلُّ ثُمَّ يَمُوتُ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ١١٥ / ٢ . وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ . إِرْوَاءُ الْغَلِيلِ ١٤٧ / ٦ .

فَأُشْبِهَ الْمُسْتَهْلَ . فَأَمَّا الْحَرَكََةُ وَالْاِخْتِلَاجُ ، فَلَا تَدُلُّ عَلَى الْحَيَاةِ ، فَإِنَّ اللَّحْمَ
يَخْتَلِجُ ، سَيِّمًا إِذَا خَرَجَ مِنْ ضَيْقٍ إِلَى سَعَةٍ . وَإِذَا خَرَجَ بَعْضُهُ فَاسْتَهَلَ ثُمَّ
انْفَصَلَ بَاقِيهِ مَيِّتًا ، لَمْ يَرِثْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ أَحْكَامُ الدُّنْيَا وَهُوَ حَيٌّ .

وإِنْ وَلَدَتْ ^(١) تَوَامِيْنِ ، فَاسْتَهَلَ أَحَدُهُمَا ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ
لَهُ الْقُرْعَةُ ، حُكِمَ بِأَنَّهُ الْمُسْتَهْلُ .

وَلَا يَرِثُ حَمْلٌ إِلَّا أَنْ يُعْلَمَ أَنَّهُ كَانَ مَوْجُودًا حَالَ الْمَوْتِ ؛ بِأَنْ تَلِدَهُ
لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ إِنْ كَانَتْ ذَاتَ زَوْجٍ ، ^(٢) «أَوْ لِأَقَلِّ» مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ إِنْ
كَانَتْ بَائِنًا .

(١) فِي ف : « كَانُوا » .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « وَالْأَقْل » .

بَابُ مَا يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ

وَيَمْنَعُ الْمِيرَاثَ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ؛ اخْتِلَافُ الدِّينِ ، فَلَا يَرِثُ مُسْلِمٌ كَافِرًا ، وَلَا كَافِرٌ مُسْلِمًا بِحَالٍ ؛ لِمَا رَوَى أُسَامَةُ بْنُ زَيْدٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَنْ ^(١) النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ ، وَلَا الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) .

وَالْمُزْتَدُّ لَا يَرِثُ أَحَدًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُسْلِمٍ فَيَرِثُ الْمُسْلِمِينَ ، وَلَا يَثْبُتُ لَهُ حُكْمُ الدِّينِ الَّذِي انْتَقَلَ إِلَيْهِ فَيَرِثُ أَهْلَهُ ، وَلَا يَرِثُهُ أَحَدٌ لَذَلِكَ . وَمَالُهُ فِيءٌ . وَعَنْهُ ، يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ . وَعَنْهُ ، يَرِثُهُ أَقَارِبُهُ مِنْ أَهْلِ دِينِهِ الَّذِي اخْتَارَهُ .

وَعَنْهُ فِي الْمِيرَاثِ بِالْوَلَاءِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَرِثُ الرَّجُلُ عَتِيقَهُ وَإِنْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَنْ » .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ أَيْنَ رَكَزَ النَّبِيُّ ﷺ الرَّايَةَ يَوْمَ الْفَتْحِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي ، وَفِي : بَابِ لَا يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ... ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٨٧/٥ ، ١٩٤/٨ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : كِتَابِ الْفَرَائِضِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٢٣٣/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ هَلْ يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ ؟ مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ١١٣/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي إِبْطَالِ الْمِيرَاثِ بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْفَرَائِضِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٥٧/٨ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ مِنْ أَهْلِ الشَّرْكِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةٍ ٩١٢/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ أَهْلِ الشَّرْكِ وَأَهْلِ الْإِسْلَامِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ٣٧٠/٢ ، ٣٧١ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ أَهْلِ الْمَلَلِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . الْمُوطَأُ ٥١٩/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٠١/٥ ، ٢٠٢ ، ٢٠٩ .

اختلفَ ديناهما ؛ لأنَّ الولاءَ شُعْبَةٌ مِنَ الرِّقِّ ، واختلافُ الدينِ لا يَمْنَعُ الرجلَ أخذَ مالِ رَقِيْقِهِ إِذَا مَاتَ . والثَّانِيَّةُ ، لا يَرِثُهُ مع اختلافِ الدينِ ؛ لَعُمُومِ الْخَبَرِ ، ولأنَّه نَوْعُ تَوَارِثٍ ، فَمَنَعَهُ اختلافُ الدينِ ، كغيرِهِ ، ولأنَّه مانِعٌ مِنَ الْإِرْثِ ، فَمَنَعَ الْإِرْثَ بِالْوَلَاءِ ، كَالْقَتْلِ .

فصل : [٢٥٧و] وَمَنْ أَسْلَمَ عَلَى مِيرَاثٍ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ ، قُسِمَ لَهُ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ أَسْلَمَ عَلَى شَيْءٍ فَهُوَ لَهُ » . أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ^(١) . وَعَنْهُ ، لَا يُقْسَمُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ مِنَ الْإِرْثِ وَجَدَ حِينَ وُجُودِ السَّبَبِ ، وَهُوَ الْمَوْتُ ، فَمَنَعَ مِنَ الْإِرْثِ ، كَالرِّقِّ .

وَمَنْ كَانَ رَقِيْقًا حِينَ مَوْتِ مَوْرُوْثِهِ فَعَتَقَ بَعْدَهُ ، لَمْ يَرِثْ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَيْسَ مِنْ فِعْلِهِ ، وَلَا هُوَ قُرْبَةٌ لِلْمُعْتَقِ ، بِخِلَافِ إِسْلَامِهِ .

وَلَوْ مَلَكَ ابْنُ عَمِّهِ فَدَبَّرَهُ ، فَعَتَقَ بِمَوْتِهِ ، لَمْ يَرِثْ ؛ لِأَنَّهُ رَقِيْقٌ حِينَ الْمَوْتِ . فَإِنْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ فِي آخِرِ حَيَاتِي . عَتَقَ وَوَرِثَ ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ حِينَ الْمَوْتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَرِثَ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ وَصِيَّةٌ لَهُ ، فَيُفْضَى إِلَى الْوَصِيَّةِ لِلْوَارِثِ .

فصل : وَيَرِثُ الْكُفَّارُ بَعْضُهُمْ بَعْضًا وَإِنْ اختلفَ أَدْيَانُهُمْ ، فِي إِحْدَى الرَّوَائِيْنِ ؛ لِأَنَّ مَفْهُومَ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « لَا يَرِثُ مُسْلِمٌ كَافِرًا ، وَلَا كَافِرٌ مُسْلِمًا » . أَنَّ الْكُفَّارَ يَتَوَارَثُونَ . وَالْأُخْرَى^(٢) ، لَا يَرِثُ أَهْلُ مِلَّةٍ

(١) فِي : سَنَنَهُ ٧٦/١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ١١٣/٩ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الْأَوَّلَى » ، وَفِي م : « الثَّانِيَّة » .

أَهْلَ مِلَّةٍ أُخْرَى ؛ لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ ^(١) شَتَّى ». رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) . وَلِأَنَّ الْمُوَالَاةَ مُنْقَطِعَةٌ بَيْنَهُمْ ، فَأُشْبِهَ اخْتِلَافَهُمْ بِالْكُفْرِ وَالْإِسْلَامِ .

قَالَ الْقَاضِي : وَالْكُفْرُ ثَلَاثُ مِلَلٍ ؛ الْيَهُودِيَّةُ مِلَّةٌ ، وَالنَّصْرَانِيَّةُ مِلَّةٌ ، وَدِينُ مَنْ عَدَاهُمْ مِلَّةٌ ؛ لِاجْتِمَاعِهِمْ فِي عَدَمِ الْكِتَابِ . قَالَ : وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ عِنْدِي أَنَّهُ لَا يَرِثُ حَزْبِي ذِمِّيًّا ، وَلَا ذِمِّيٌّ حَزْبِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَا مُوَالَاةَ بَيْنَهُمْ ^(٣) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَوَارَثَا ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ مِلَّةٍ وَاحِدَةٍ .

فصل : وَإِذَا أَسْلَمَ الْمُجُوسُ ، أَوْ تَحَاكَمُوا إِلَيْنَا ، وَرَّثُوا بِجَمِيعِ ^(٤) قَرَابَاتِهِمْ إِذَا أُمِكنَ ذَلِكَ ؛ ^(٥) «لأنهما قرابتان» يَرِثُ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مُتَفَرِّدَةٍ ، وَلَمْ يَرْجَحْ بِهَا ^(٦) ، فَوَرِثَ بِهِمَا إِذَا اجْتَمَعَا ^(٧) ؛ كَابْنِ عَمٍّ هُوَ زَوْجٌ أَوْ أَخٌ لَأُمٍّ .

فَلَوْ تَزَوَّجَ مَجُوسِيٌّ بِنْتَهُ ، فَأَوْلَدَهَا بِنْتًا ، ثُمَّ مَاتَ وَخَلَفَ أَخًا ، فَلَا بِنْتِيَّةَ الثُّلَاثَانِ ، وَالْبَاقِي لِأَخِيهِ . فَإِنْ مَاتَتْ بَعْدَهُ الْكُبْرَى ، فَمَالُهَا لِابْنَتِهَا ؛ نِصْفُهُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « مِلَّة » .

(٢) فِي : بَابِ هَلْ يَرِثُ الْمُسْلِمُ الْكَافِرَ ؟ مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ١١٣ / ٢ .
كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ سَقُوطِ الْمَوَارِثَةِ بَيْنَ الْمُتَلَتِّينِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . السَّنَنُ الْكُبْرَى ٨٢ / ٤ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مِيرَاثِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ مِنْ أَهْلِ الشَّرْكِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ ابْنِ مَاجَهَ ٩١٢ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٧٨ / ٢ ، ١٩٥ .

(٣) فِي م : « بَيْنَهُمَا » .

(٤) فِي م : « لَجَمِيعِ » .

(٥ - ٥) فِي م : « لِأَنَّهَا قَرَابَاتٌ » .

(٦) فِي ف : « بِهِمَا » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « اجْتَمَعَتْ » .

بكونها بنتًا، وباقيه بكونها أختًا من أب. وإن ماتت الصغرى قبل الكبرى، فللكبرى الثلث بكونها أمًا، والنصف بكونها أختًا، وباقيه لعمها. فإن كان أولدها بنتين ثم مات، ثم ماتت إحدى الصغيرتين، فلاختها لأبوينها النصف، ولأمها السدس بكونها أمًا، والسدس بكونها أختًا لأب، وحجبت نفسها بنفسها، والباقي لعمها.

ولا يرثون نكاح ذوات^(١) المحارم، ولا ما لا يقرّون عليه إذا أسلموا، ولذلك لم تورث بنت المجوسى الذى تزوّجها منه شيئًا بالزّوجية^(٢).

فصل : والثانى من الموانع، الرّق، فلا يرث العبد قريته، ولا يورث؛ لأنّه لا ملك له فيورث، وإن ملك، فملكه ضعيف يزجّع إلى سيّده بيّعه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «مَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ»^(٣). فكذاك بموته. ولا يرث؛ لأنّه لو ورث شيئًا، لكان لسيّده، فيكون التّوريث لسيّده دونه.

فصل : ومن بعضه حرّ يرث ويورث، ويحجّب بقدر ما فيه من الحرّيّة؛ لما روى عبد الله بن الإمام [٢٥٧ظ] أحمد يأسناده، عن ابن عباس، رضى الله عنهما، أنّ النّبى ﷺ قال فى العبد يعتق بعضه^(٤):

(١) فى الأصل: «دون».

(٢) سقط من: م.

(٣) تقدم تخريجه فى ١٠١/٣ من حديث: «من باع نخلا بعد أن يؤبر...».

(٤) فى ف: «نصفه».

« يَرِثُ وَيُورِثُ عَلَى قَدَرٍ مَا عَتَقَ مِنْهُ »^(١) . ولأنَّ هذا قولُ عليٍّ ، وابنِ مسعودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . فَيُنْظَرُ مَا لَهُ مِنَ الْحُرِّيَّةِ الْكَامِلَةِ ، فَيُعْطِيهِ مِنْهُ بِقَدَرٍ مَا فِيهِ^(٢) ، وَيُحْجَبُ بِهِ بِقَدَرٍ ذَلِكَ ، فَتَقُولُ فِي بِنْتِ نِصْفِهَا حُرٌّ ، وَأُمُّ حُرَّةً ، وَعَمٌّ : لِلْبِنْتِ الرَّبْعُ ؛ لِأَنَّهُ نِصْفُ مَا تَسْتَحِقُّهُ بِالْحُرِّيَّةِ الْكَامِلَةِ ، وَلِلْأُمِّ الرَّبْعُ ؛ لِأَنَّ حُرِّيَّةَ الْبِنْتِ تَحْجُبُهَا عَنِ الشُّدُسِ ، فَنِصْفُ حُرِّيَّتِهَا يَحْجُبُهَا عَنِ نِصْفِهِ ، وَالْبَاقِي لِلْعَمِّ . فَإِنْ كَانَ نِصْفُ الْأُمِّ حُرًّا ، فَلَهَا الثُّمْنُ ؛ لِأَنَّهُ نِصْفُ مَا تَسْتَحِقُّهُ بِالْحُرِّيَّةِ الْكَامِلَةِ ، وَالْبَاقِي لِلْعَمِّ . وَإِنْ شِئْتَ عَمِلْتُهَا بِالْأَحْوَالِ كَمَسَائِلِ الْخَنَائِي ، فَتَقُولُ : لَوْ كَانَتَا حُرَّتَيْنِ ، فَالْمَسْأَلَةُ مِنْ سِتَّةٍ ، وَلَوْ كَانَتِ الْأُمُّ وَحْدَهَا حُرَّةً ، كَانَتْ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، وَإِنْ كَانَتِ الْبِنْتُ وَحْدَهَا حُرَّةً ، كَانَتْ مِنْ اثْنَيْنِ ، وَإِنْ كَانَتَا رَقِيقَتَيْنِ ، فَهِيَ مِنْ سَهْمٍ . فَتَجْزِيُ بِالسِّتَةِ^(٣) ؛ لِأَنَّ سَائِرَ الْمَسَائِلِ دَاخِلَةٌ فِيهَا ، وَتَضْرِبُهَا فِي أَرْبَعَةٍ ، تَكُنُ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرِينَ ؛ لِلْبِنْتِ النِّصْفُ فِي حَالَيْنِ ، وَذَلِكَ سِتَّةٌ ، وَهُوَ الرَّبْعُ ، وَلِلْأُمِّ الثُّلُثُ فِي حَالٍ ، وَالشُّدُسُ فِي حَالٍ ، وَذَلِكَ ثَلَاثَةٌ ، وَهُوَ الثُّمْنُ ، وَالْبَاقِي لِلْعَمِّ .

فصل : الثالثُ مِنَ الْمَوَانِعِ ، قَتْلُ الْمُؤَرَّوْثِ بِغَيْرِ حَقٍّ يَمْنَعُ الْقَاتِلَ مِيرَاثَهُ ،

(١) انظر ما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٦٠ ، ٢٩٢ ، ٣٦٩ . وأبو داود ، في : باب في دية المكاتب ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٢ / ٥٠٠ . والترمذي ، في : باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي ، من أبواب البيوع . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٦٤ . والنسائي ، في : باب دية المكاتب ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨ / ٤٠ ، ٤١ . وانظر إرواء الغليل ٦ / ١٦١ ، ١٦٢ .

(٢) بعده في م : « من الحرية الكاملة » .

(٣) في الأصل : « من ستة » .

عَمْدًا كَانَ^(١) أَوْ خَطَأً؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أَنَّهُ أُعْطِيَ دِيَّةَ ابْنِ قَتَادَةَ الْمُذْلَجِيِّ^(٢) لِأَخِيهِ دُونَ أَبِيهِ، وَكَانَ حَذَفَهُ بِسَيْفٍ فَقَتَلَهُ، وَقَالَ عُمَرُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لَيْسَ لِقَاتِلِ شَيْءٍ^(٣)». رَوَاهُ مَالِكٌ فِي «الْمَوْطَأِ»^(٤). وَلَأَنَّ تَوْرِيثَ الْقَاتِلِ رُبَّمَا أَفْضَى إِلَى قَتْلِ الْمُؤَرَّوْثِ اسْتِغْجَالًا لِمِيرَاثِهِ.

وَكُلُّ قَتْلِ يُضْمَنُ بِقَتْلِ، أَوْ دِيَّةٍ، أَوْ كَفَّارَةٍ، يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ لَذَلِكَ. وَمَا لَا يُضْمَنُ، كَالْقِصَاصِ وَالْقَتْلِ فِي الْحَدِّ، لَا يَمْنَعُ؛ لِأَنَّهُ فِعْلٌ مُبَاحٌ، فَلَمْ يَمْنَعِ الْمِيرَاثَ، كَغَيْرِ الْقَتْلِ، وَلَأَنَّ الْمَنْعَ فِي الْعُدْوَانِ كَانَ^(٥) حَسْمًا لِمَادَّةِ الْعُدْوَانِ، وَنَفْيًا لِلْقَتْلِ الْمَحْرَمِ، فَلَوْ مَنَعَ هَلْهُنَا^(٦)، لَكَانَ مَانِعًا مِنْ اسْتِيفَاءِ الْقِصَاصِ^(٧) الْوَاجِبِ أَوْ^(٨) الْحَقِّ الْمُبَاحِ اسْتِيفَاؤُهُ. وَعَنْهُ، لَا يَرِثُ الْعَادِلُ الْبَاغِيَّ إِذَا قَتَلَهُ. وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ كُلَّ قَتْلِ يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ؛ لِعُمُومِ الْخَبَرِ. وَالْأَوَّلُ^(٩) أَظْهَرُ فِي^(١٠) الْمَذْهَبِ.

(١) بعده في م: «القتل».

(٢) في النسخ: «المذحجي». وانظر مصادر التخريج.

(٣) في م: «ميراث». وهو لفظ ابن ماجه.

(٤) في: باب ما جاء في ميراث العقل والتغليظ فيه، من كتاب العقول. الموطأ ٨٦٧/٢.
كما أخرجه ابن ماجه، في: باب القاتل لا يرث، من كتاب الديات. سنن ابن ماجه ٢/٨٨٤. والإمام أحمد، في: المسند ٤٩/١.

(٥) زيادة من: م.

(٦) في م: «هنا».

(٧) في ف: «و».

(٨ - ٨) سقط من: الأصل.

بَابُ ذِكْرِ الطَّلَاقِ الَّذِي لَا يَمْنَعُ الْمِيرَاثَ

إِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ طَلَاقًا رَجْعِيًّا ، لَمْ يَنْقَطِعِ التَّوَارُثُ ^(١) بَيْنَهُمَا مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ ، سَوَاءً كَانَ صَحِيحًا أَوْ مَرِيضًا ؛ لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ . وَإِنْ أَبَانَهَا فِي صِحَّتِهِ ، انْقَطَعَ التَّوَارُثُ بَيْنَهُمَا ؛ لِزَوَالِ الزَّوْجِيَّةِ الَّتِي هِيَ سَبَبُ التَّوَارُثِ . وَكَذَلِكَ ^(٢) إِنْ كَانَ فِي مَرَضٍ غَيْرِ مَرَضِ الْمَوْتِ ؛ لِأَنَّ مُحْكَمَهُ مُحْكَمُ الصَّحَّةِ . وَإِنْ أَبَانَهَا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ بِاخْتِيَارِهَا ؛ بِأَنْ سَأَلَتْهُ الطَّلَاقَ ، أَوْ عَلَّقَ طَلَاقَهَا عَلَى فِعْلِ لَهَا مِنْهُ بُدٌّ ، ففَعَلَتْهُ ، انْقَطَعَ التَّوَارُثُ ؛ لِزَوَالِ الزَّوْجِيَّةِ بِأَمْرِ لَا يُتَّهَمُ فِيهِ . [٢٥٨و] وَكَذَلِكَ ^(٣) إِنْ عَلَّقَ طَلَاقَهَا فِي صِحَّتِهِ عَلَى شَرْطٍ وَجَدَ فِي مَرَضِهِ ، لَمْ تَرِثْهُ ؛ لِذَلِكَ ^(٣) . وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّهَا تَرِثُهُ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّهُ طَلَاقٌ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ .

وَلَوْ طَلَّقَهَا فِي مَرَضِهِ وَهِيَ أَمَةٌ أَوْ كَافِرَةٌ ، فَأُسْلِمَتْ أَوْ عَتَقَتْ ، لَمْ تَرِثْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَّهَمُ فِي طَلَاقِهَا . وَإِنْ أَبَانَهَا فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ ، لَمْ يَرِثْهَا ، وَوَرِثَتْهُ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ عُثْمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَرَثَتْ تُمَاضِرُ بِنْتُ الْأَصْبَغِ الْكَلْبِيَّةُ مِنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ ، وَكَانَ طَلَّقَهَا

(١) فِي م : « الْمِيرَاثَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « لِذَلِكَ » .

(٣) فِي م : « كَذَلِكَ » .

فِي مَرَضٍ مَوْتَهُ فَبَتَّهَا^(١) . وَاشْتَهَرَ ذَلِكَ فِي الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكَرْ ، فَكَانَ
إِجْمَاعًا ، وَلَآئِنَّهُ قَصَدَ قَصْدًا فَاسِدًا فِي الْمِيرَاثِ ، فَعُورِضَ بِنَقِيضِ قَصْدِهِ ،
كَالْقَاتِلِ .

وَهَلْ تَرِثُهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَرِثُهُ ؛ لِأَنَّ عُثْمَانَ
وَرَّثَ امْرَأَةً^(٢) عَبْدَ الرَّحْمَنِ^(٣) بْنِ عَوْفٍ^(٣) بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ . وَلَآئِنَّهُ فَإِذَا مِنْ
مِيرَاثِهَا ، فَوَرِثَتْهُ ، كَالْمُعْتَدَّةِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا تَرِثُهُ ؛ لِأَنَّ آثَارَ النِّكَاحِ زَالَتْ
بِالْكُلِّيَّةِ ، فَلَمْ تَرِثُهُ ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَتْ ، وَلَآئِنَّ ذَلِكَ يُفْضَى إِلَى تَوْرِيثِ أَكْثَرِ مِنَ
أَرْبَعِ نِسْوَةٍ ، بِأَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْمُطَلَّاقَةِ ، وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ .
وَإِنْ تَزَوَّجَتْ لَمْ تَرِثُهُ ؛ لِأَنَّهَا فَعَلَتْ بِاخْتِيَارِهَا فِعْلًا يُنَافِي زَوْجِيَّةَ الْأَوَّلِ ،
فَلَمْ تَرِثُهُ ، كَمَا لَوْ تَسَبَّبَتْ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ . وَهَكَذَا لَوْ ارْتَدَّتْ فِي عِدَّتِهَا ،
أَوْ فَعَلَتْ مَا يُنَافِي نِكَاحَ الْأَوَّلِ ، لَمْ تَرِثُهُ . وَإِنْ ارْتَدَّتْ ، ثُمَّ أَسْلَمَتْ فِي
عِدَّتِهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَرِثُهُ ؛ لِأَنَّهَا مُطَلَّاقَةٌ فِي الْمَرَضِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ
لَمْ تَرْتَدِّ . وَالثَّانِي ، لَا تَرِثُهُ ؛ لِأَنَّهَا فَعَلَتْ مَا يُنَافِي النِّكَاحَ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ
تَزَوَّجَتْ .

فصل : وَإِنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ^(٤) فَهَلْ تَرِثُهُ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ كَالَّتِي

(١) أَخْرَجَهُ الشَّافِعِيُّ ، انْظُرْ : تَرْتِيبُ الْمُسْنَدِ ١٩٣ / ٢ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٦٢ / ٧ ،

٣٦٣ . وَابْنُ سَعْدٍ ، فِي : الطَّبَقَاتِ ٢١٩ / ٨ . وَصَحَّحَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ١٥٩ / ٦ ، ١٦٠ .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « مِنْ » .

(٣ - ٣) زِيَادَةُ مِنْ : ف .

(٤) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « بِهَا » .

انْقَضَتْ عِدَّتُهَا . ولو قال لَزَوْجَتِهِ فِي صِحَّتِهِ : إِذَا مَرِضْتُ ، فَأَنْتِ طَالِقٌ .
فَحُكْمُ طَلَاقِهِ مُحْكَمٌ طَلَاقِ الْمَرِضِ ^(١) . وَإِنْ أَقَرَّ فِي مَرَضِهِ بِطَلَاقِهَا فِي
صِحَّتِهِ ، فَحُكْمُهُ مُحْكَمٌ طَلَاقِهَا فِي مَرَضِهِ .

وَإِنْ عَلَّقَ طَلَاقَهَا عَلَى فِعْلِ لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ ؛ كَالصَّلَاةِ ، فَفَعَلْتَهُ ، فَهُوَ
كَطَلَاقِهِ ابْتِدَاءً . وَإِنْ قَالَ لَزَوْجَتِهِ الذَّمِّيَّةُ أَوِ الْأَمَةُ وَهُوَ مَرِيضٌ : إِذَا عَتَقْتِ ،
أَوْ أَسْلَمْتِ ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَعَتَقْتَ الْأَمَةَ ، وَأَسْلَمْتَ الذَّمِّيَّةَ ، فَهُوَ كَطَلَاقِهِ
لِحُرَّةٍ مُسْلِمَةٍ . وَإِنْ قَالَ السَّيِّدُ لِأَمَتِهِ : أَنْتِ حُرَّةٌ غَدًا . فَطَلَّقَ الزَّوْجَ الْيَوْمَ أَوْ
غَدًا عَالِمًا بِعِتْقِ السَّيِّدِ ، وَرِثَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَّهِمٌ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ تَرِثْهُ ؛ لِعَدَمِ
التُّهْمَةِ .

فصل : ولو تَسَبَّبتِ الزَّوْجَةُ فِي فَسْخِ نِكَاحِهَا فِي مَرَضِهَا ، بِرِضَاعٍ أَوْ
غَيْرِهِ ، بَانَتْ ، وَوَرِثَتِهَا زَوْجُهَا ، وَلَمْ تَرِثْهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي طَلَاقِ الْمَرِضِ .

ولو اسْتَكْرَهَ رَجُلٌ امْرَأَةً أَبِيهِ فِي مَرَضِ أَبِيهِ عَلَى فِعْلِ يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا
بِهِ ، بَانَتْ ، وَلَمْ يَسْقُطْ مِيرَاثُهَا ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ لِلْمَرِيضِ زَوْجَةٌ أُخْرَى ،
سَقَطَ مِيرَاثُهَا ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَّهِمٍ فِي قَصْدِ تَوْفِيرِ نَصِيحَتِهَا عَلَيْهِ ، لِرُجُوعِهِ إِلَى
الزَّوْجَةِ الْأُخْرَى دُونَهُ .

فصل : وَإِنْ تَزَوَّجَ نِسَاءً بَعْضُهُنَّ عَقْدُهَا فَاسِدٌ ، وَلَمْ تُعْلَمْ بِعَيْنِهَا ،
أَوْ طَلَّقَ بَعْضَ نِسَائِهِ لَا بِعَيْنِهَا ، أَوْ عَلِمَهَا وَأَنْسَاهَا ، أَقْرِعَ [٢٥٨ ظ] بَيْنَهُنَّ ،
فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهَا بِفَسَادِ الْعَقْدِ أَوِ الطَّلَاقِ ، فَلَا مِيرَاثَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ اشْتَبَهَ

(١) فِي م : « الْمَرِيض » .

المُسْتَحِقُّ بغيره ، فَوَجَبَ المَصِيرُ إلى القُرْعَةِ ، كما لو أُعْتِقَ في مرضه عبيداً
لم يَخْرُجَ مِنْ ثُلْثِهِ إِلَّا أَحَدُهُمْ .

بَابُ الْإِقْرَارِ بِمُشَارِكِ فِي الْمِيرَاثِ

إذا أَقَرَّ جَمِيعُ الْوَرَثَةِ بِمُشَارِكِ لَهُمْ فِي الْمِيرَاثِ ، ثَبَتَ نَسَبُهُ ، وَوَرِثَ ؛
لَأَنَّ الْوَرَثَةَ يَقُومُونَ مَقَامَ الْمَيِّتِ فِي مَالِهِ وَحُقُوقِهِ ، وَهَذَا مِنْ حُقُوقِهِ . وَإِنْ
أَقَرُّوا لِمَنْ يُسْقِطُهُمْ ، كِاخْوَةٍ أَقَرُّوا بِأَنْ ، ثَبَتَ نَسَبُهُ وَأُسْقِطَهُمْ ؛ ^(١) لِأَنَّهُمْ
جَمِيعُ الْوَرَثَةِ ^(٢) لَوْلَا الْإِقْرَارُ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أَقَرُّوا بِمُشَارِكِ لَهُمْ . وَإِنْ أَقَرَّ
بَعْضُهُمْ ، لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ ، وَدَفَعَ الْمُقَرُّ إِلَى الْمُقَرِّ لَهُ فَضْلَ مَا فِي يَدِهِ عَنْ
مِيرَاثِهِ ، فَإِذَا خَلَفَ ابْنَيْنِ ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِأَخٍ ، فَلَهُ ثُلُثُ مَا فِي يَدِهِ ، وَإِنْ أَقَرَّ
بِأُخْتٍ ، فَلَهَا الْخُمْسُ ، وَإِنْ شَتَّتْ ضَرَبَتْ مَسْأَلَةُ الْإِقْرَارِ أَوْ وَفَّقَهَا فِي مَسْأَلَةِ
الْإِنْكَارِ ، وَدَفَعَتْ إِلَى الْمُتَكْرِ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِنْكَارِ مَضْرُوبًا فِي مَسْأَلَةِ
الْإِقْرَارِ أَوْ وَفَّقَهَا ، وَإِلَى الْمُقَرِّ سَهْمَهُ مِنْ مَسْأَلَةِ الْإِقْرَارِ مَضْرُوبًا فِي مَسْأَلَةِ
الْإِنْكَارِ أَوْ وَفَّقَهَا ، فَمَا فَضَلَ فَهُوَ لِلْمُقَرِّ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي يَدِ الْمُقَرِّ
فَضْلٌ ، فَلَا شَيْءَ لِلْمُقَرِّ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ عَلَى غَيْرِهِ .

فَإِنْ خَلَفَ ابْنَيْنِ ، فَأَقَرَّ أَحَدُهُمَا بِأَخَوَيْنِ ، فَصَدَّقَهُ أَخُوهُ فِي أَحَدِهِمَا ،
ثَبَتَ نَسَبُ مَنْ اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، فَصَارُوا كَثَلَاثَةٍ أَقَرَّ أَحَدُهُمْ بِأَخٍ رَابِعٍ ، فَاضْرِبْ
مَسْأَلَةَ الْإِقْرَارِ فِي ^(٣) الْإِنْكَارِ ، تَكُنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، لِلْمُقَرِّ سَهْمٌ مِنْ مَسْأَلَةِ

(١ - ١) فِي م : «لَأَنَّ الْجَمِيعَ وَرَثَةٌ» .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : «مَسْأَلَةٌ» .

الإقرار في مسألة الإنكار ثلاثة ، وللمنكر سهم في مسألة الإقرار^(١) أربعة ،
ثم إن أقر المتفق عليه بالمختلف فيه ، فله مثل سهم المقر ، وإن أنكر ، فله مثل
سهم المنكر ، والفضل للمختلف^(٢) فيه . وقال أبو الخطاب : إن أقر المتفق
عليه بالمختلف فيه ، وأنكر المختلف فيه المتفق عليه ، فإن المتفق عليه يأخذ من
المقرين ربع ما في أيديهما ، ويأخذ المختلف فيه من المقر به ثلث ما^(٣) في
يده^(٤) ، وتصح من ثمانية ؛ للمقر بهما سهمان ، وللمتفق عليه^(٤) سهمان ،
وللمقر بأحدهما ثلاثة ، وللمختلف فيه سهم .

وإن كان الوارث ابناً فأقر بأخوين بكلام متصل ، ثبت نسبهما ، سواء
تصادقا أو تجاحدا ؛ لأن نسبهم ثبت في حال واحدة بقول الوارث الثابت
النسب قبلهم . ويحتمل أن لا يثبت نسبهما إذا تجاحدا ؛ لأنه لم يحصل
الإقرار من جميع الورثة . وإن أقر بواحد بعد الآخر ، ثبت نسب الأول ،
وأعطاه نصف ما في يده ، ثم إن صدق الثاني بالثالث ، ثبت نسبه ، ودفع
إليه ثلث ما في أيديهما ، وإن أنكره الثاني ، لم يثبت نسبه ، ودفع إليه المقر
ثلث ما في يده .

[٢٥٩و] فصل : وإن أقر من أعيئت له المسألة بمن يسقط العول ؛
كزوج ، وأم ، وأخت ، فأقرت الأخت بأخ لها ، فاضربت وفق مسألة

(١) بعده في الأصل : « في » .

(٢) في م : « المختلف » .

(٣ - ٣) في ف : « بقي فيه » .

(٤) في الأصل : « على » .

الإقرار في مسألة الإنكار، تكن اثني وسبعين؛ للأُم رُبُعها ثمانية عشر، وللزَّوج رُبُعها وثمانها سبعة وعشرون، وللأخت سهمان في مسألة الإقرار في نصف مسألة الإنكار، وهي ثمانية، يبقى تسعة عشر، يدعى المقر له منها^(١) ستة عشر. فإن مضى الزوج على الإنكار، أخذ الأخ ستة عشر، وبقيت ثلاثة يُقرَّان بها للزوج، وهو يُنكرها، ففيها ثلاثة أوجه؛ أحدها، تُدفع إلى بيت المال؛ لأنَّه مال لا يدعيه أحد، فهو كالمال الضائع. والثاني، تُقر في يد الأخت. والثالث، تُترك حتى يضطرحا عليها؛ لأنَّها لا تغدوهما، وقد جهلنا مستحقَّهما منهما. وإن أقرَّ الزوج بالأخ، فهو يدعى تمام النصف تسعة، والأخ يدعى ستة عشر، فالجميع خمسة وعشرون، والمقر به من السَّهام تسعة عشر، لا تنقسم على خمسة وعشرين، فاضرب خمسة وعشرين في أصل المسألة، ثم كلِّ من له شيء من أصل المسألة مضروب في خمسة وعشرين، ومن له شيء من خمسة وعشرين مضروب في تسعة عشر، وعلى هذا تعمل ما ورد عليك من هذا.

(١) سقط من: الأصل، وفي م: «منهما».

بَابُ مِيرَاثِ الْمَفْقُودِ

إذا غاب الإنسانُ وخَفِيَ خَبْرُهُ وغَالِبُ سَفَرِهِ السَّلَامَةُ ؛ كالتاجرِ ،
والسَّائِحِ ، انْتِظَرُ به تمامُ تَشْعِينِ سَنَةٍ مِنْ يَوْمِ وُلْدٍ ، فِي أَشْهُرِ الرُّوَايَتَيْنِ . وَفِي
الْأُخْرَى ، يُنْتَظَرُ به أَبَدًا ، أَوْ يُزَجَّعُ إِلَى اجْتِهَادِ الْحَاكِمِ فِي تَقْدِيرِ الْمُدَّةِ . وَإِنْ
كَانَ غَالِبُ سَفَرِهِ الْهَلَاكُ ، كَالَّذِي يُفْقَدُ مِنْ بَيْنِ أَهْلِهِ ، أَوْ يُفْقَدُ فِي طَرِيقِ
الْحَجِّ ، فَإِنَّهُ يُنْتَظَرُ به تمامُ أَرْبَعِ سِنِينَ ؛ لِأَنَّهَا أَكْثَرُ مُدَّةِ الْحَمْلِ ، وَتَعْتَدُ زَوْجَتُهُ
عِدَّةَ الْوَفَاةِ ، وَتَحِلُّ لِلْأَزْوَاجِ ^(١) .

قال أحمدُ : إذا أَمَرْتُ زَوْجَتَهُ أَنْ تَتَزَوَّجَ ، قَسَمْتُ مِيرَاثَهُ . وَقَدْ رُوِيَ
عَنْهُ التَّوَقُّفُ ، وَقَالَ : قَدْ هَبْتُ الْجَوَابَ فِيهَا ، وَكَأَنِّي أُحِبُّ السَّلَامَةَ .
وَالأَوَّلُ الْمَذْهَبُ .

فَإِنْ مَاتَ لِلْمَفْقُودِ مَنْ يَرِثُهُ فِي مُدَّةِ غَيْبَتِهِ ، دُفِعَ إِلَى كُلِّ وَارِثٍ الْيَقِينُ ،
وَوُوقِفَ نَصِيبُ الْمَفْقُودِ ، فَإِنْ بَانَ حَيًّا ، دُفِعَ إِلَيْهِ ، وَإِنْ بَانَ مَيِّتًا حِينَ مَوْتِ
مَوْرُوثِهِ ، رُدَّ عَلَى مَنْ يَسْتَحِقُّهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتِ الْمُدَّةُ قَدْ مَضَتْ . وَإِنْ
لَمْ تَكُنْ مَضَتْ ، وَلَمْ يَتَبَيَّنْ أَمْرُهُ ، فَحُكِمَ نَصِيبُهُ مِنَ الْمِيرَاثِ حُكْمَ سَائِرِ
مَالِهِ ، يُقَسَّمُ عَلَى وَرَثَتِهِ إِذَا مَضَتْ الْمُدَّةُ ؛ لِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِحَيَاتِهِ . وَيَجُوزُ أَنْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِلزَّوْجِ » .

يَضْطَلِحُوا عَلَى الْفَاضِلِ عَنْ نَصِيبِ الْمَقْشُودِ مِنَ الْمَوْقُوفِ ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهُمْ ، وَلَا
يَجُوزُ أَنْ يَضْطَلِحُوا عَلَى نَصِيبِ الْمَقْشُودِ .

بَابُ الْوَلَاءِ

وَمَنْ أَعْتَقَ مَمْلُوكًا ، ثَبِتَ لَهُ ^(١) عَلَيْهِ الْوَلَاءُ ؛ يَأْخُذُ رَوْتَ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) .

وإن عتق عليه بتدبير ، أو كتابية ، أو استيلاد ، أو قرابة ، أو بيعه عبده نفسه ، أو أعتقه عنه غيره بإذنه ، فله عليه [٢٥٩ ظ] الولاء ؛ لأنه عتق عليه ، فأشبهه ما لو باشر عتقه . وسواء أدى المكاتب إلى السيد أو إلى ورثته ؛ لأن عتقه بكتابته ، وهي من سيده .

فأما إن أعتق عبده عن ميته ، أو حتى بلا ^(٣) أمره ، فالولاء للمعتق ؛ للخبر ، ولأنه أعتقه بغير إذن الآخر ، فكان ولاؤه للمعتق ، كما لو لم يئو . ولو قال : أعتق عبدك عني وعلى ثمنه . ففعل ، فالولاء للمعتق عنه ؛ لأنه نائب عنه في العتق ، فهو كالوكيل . ولو قال : أعتقه والثلث عني . ففعل ^(٤) ، فالولاء للمعتق ؛ لأنه لم يعتقه عن غيره ، فأشبهه ما لو لم يجعل له جعلا . وإن قال : أعتقه عني . ولم يذكر عوضا ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ،

(١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه في ٥٧ / ٣ ، ٥٨ .

(٣) في م : « بغير » .

(٤) سقط من : الأصل .

وَلَاؤُهُ لِلْمُعْتِقِ ؛ لِلخَبَرِ . وَالثَّانِيَةُ ، لِلْمُعْتَقِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَهُ عَنْهُ بِأَمْرِهِ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ كَانَ بِعَوَضٍ .

فصل : وَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدَهُ سَائِبَةً^(١) ، أَوْ قَالَ : أَعْتَقْتُكَ ، وَلَا وَلَاءَ لِي عَلَيْكَ . أَوْ أَعْتَقَهُ مِنْ زَكَاتِهِ ، أَوْ كَفَّارَتِهِ ، أَوْ نَذْرِهِ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ عَلَيْهِ الْوَلَاءُ ؛ لِغُيُومِ الْخَبَرِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا وَلَاءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ وَلَاءَهُ فِي السَّائِبَةِ لِلَّهِ ، فَصَحَّ ، كَرِقُّهُ ، وَفِي سَائِرِ الصُّوَرِ الْعِتْقُ بِمَا^(٢) لَا يَسْتَحِقُّهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَاءٌ ، كَالْوَكِيلِ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، مَا رَجَعَ مِنْ وَلَائِهِمْ يُرَدُّ فِي مِثْلِهِمْ ، وَيَكُونُ حُكْمُ وَلَائِهِمْ كَحُكْمِ وَلَائِ الْأَوَّلِينَ .

فصل : وَإِنْ أَعْتَقَ مُسْلِمٌ كَافِرًا ، أَوْ كَافِرٌ مُسْلِمًا ، ثَبَتَ لَهُ الْوَلَاءُ ؛ لِلخَبَرِ . وَهَلْ يَرِثُ بِهِ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ ذَكَرْنَاهُمَا . فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَرِثُ . وَكَانَ لِلْمُعْتِقِ عَصَبَةٌ عَلَى دِينِ الْمُعْتَقِ ، وَرِثَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُهُ لَوْ كَانَ الْمُعْتَقُ مَيِّتًا ، فَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ مَمْنُوعًا مِنْ مِيرَاثِهِ . وَإِنْ أَسْلَمَ الْكَافِرُ مِنْهُمَا ، وَرِثَ الْمُؤَلَّى ، كَمَا لَوْ أَسْلَمَ الْقَرِيبُ الْكَافِرُ ، وَرِثَهُ قَرِيبُهُ الْمُسْلِمُ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَلَاءِ وَلَا هِبَتُهُ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُصَمَةَ قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ ، وَعَنْ هِبَتِهِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣) . وَلِأَنَّ الْوَلَاءَ

(١) أَعْتَقَهُ سَائِبَةً : أَيْ أَعْتَقَهُ لِلَّهِ .

(٢) فِي س ٢ : « بِمَا » .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَهِبَتِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ ، وَفِي : بَابِ إِثْمٍ مِنْ تَبَرُّأٍ مِنْ مَوَالِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٩٢ / ٣ ، ١٩٢ / ٨ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ النِّهْيِ عَنْ بَيْعِ الْوَلَاءِ وَهِبَتِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٤٥ / ٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي بَيْعِ الْوَلَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ =

كالنَّسَبِ ؛ بدليل قولِ النبي ﷺ : «الْوَلَاءُ لِحِمَّةٍ كُلُّحِمَّةٍ النَّسَبِ»^(١) .

= ١١٥ / ٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية بيع الولاء وهبته ، من أبواب البيوع ، وفى : باب ما جاء فى النهى عن بيع الولاء وهبته ، من أبواب الولاء . عارضة الأحوذى ٥ / ٢٤٥ ، ٨ / ٢٨٤ ، ٢٨٥ . والنسائى ، فى : باب بيع الولاء ، من كتاب البيوع . المجتبى ٧ / ٢٦٩ . وابن ماجه ، فى : باب النهى عن بيع الولاء وعن هبته ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٢ / ٩١٨ . والدارمى ، فى : باب فى النهى عن بيع الولاء ، من كتاب البيوع ، وفى : باب بيع الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمى ٢ / ٢٥٦ ، ٣٩٨ . والإمام مالك ، فى : باب مصير الولاء لمن أعتق ، من كتاب العتق . الموطأ ٢ / ٧٨٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٩ ، ٧٩ .

(١) من حديث ابن عمر أخرجه الإمام أبو حنيفة ، انظر : جامع المسانيد ٢ / ١٧٣ . والإمام الشافعى ، انظر : ترتيب المسند ٢ / ٧٣ . والحاكم ، فى : المستدرک ٤ / ٣٤١ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٠ / ٢٩٢ . وابن عدى ، فى : الكامل ٦ / ٢٠٣٦ .

ومن حديث عبد الله بن أبى أوفى أخرجه ابن عدى ، فى : الكامل ٥ / ١٩٨٨ . وأبو نعيم ، فى : أخبار أصبهان ٨ / ٢ . والخطيب ، فى : تاريخ بغداد ١٢ / ٦٢ . وانظر : الإرواء ٦ / ١٠٩ - ١١٤ .

بَابُ الْمِيرَاثِ بِالْوَلَاءِ

إذا مات الْمُعْتِقُ ولم يُخْلَفْ وَاِثْرًا مِنْ نَسَبِهِ ، وَرِثَهُ مَوْلَاهُ ، وَإِنْ خَلَّفَ ذَا فَرْضٍ ، فَلِلْمَوْلَى مَا فَضَّلَ عَنْهُ ؛ لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ شَدَّادٍ قَالَ : أَعْتَقْتُ ابْنَةَ حَمْزَةَ مَوْلَى لَهَا ، فَمَاتَ وَتَرَكَ ابْنَتَهُ وَابْنَةَ حَمْزَةَ ، فَأَعْطَى النَّبِيُّ ﷺ ابْنَتَهُ النُّصْفَ ، وَابْنَةَ حَمْزَةَ النُّصْفَ ^(١) .

وَلَا يَرِثُ الْمَوْلَى مَعَ عَصَبَةٍ مِنَ النَّسَبِ ؛ لِأَنَّهُ فَرْعٌ عَلَى النَّسَبِ ، فَلَا يَرِثُ مَعَ وُجُودِهِ .

وَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ مَوْتِ مَوْلَاهُ ، وَرِثَهُ أَقْرَبُ عَصَبَةٍ مَوْلَاهُ دُونَ ذَوِي الْفُرُوضِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ كَالنَّسَبِ ، وَالنَّسَبُ إِلَى الْعَصَبَاتِ ، وَلِأَنَّهُ كَنَسَبِ الْمَوْلَى مِنْ أَخٍ أَوْ عَمٍّ ، فَيَرِثُهُ ابْنُ الْمَوْلَى دُونَ ابْنَتِهِ ، كَمَا يَرِثُ عَمُّهُ .

وَيُقَدَّمُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ مِنَ الْعَصَبَاتِ ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمَوْلَى أَخٌ فِي الدِّينِ ، وَوَلِيُّ نِعْمَةٍ ، يَرِثُهُ أَوْلَى النَّاسِ بِالْمُعْتِقِ » ^(٢) . وَلِأَنَّ عَصَبَاتِ الْمَيِّتِ يَرِثُ مِنْهُمْ [٢٦٠ و] الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ ،

(١) بعده في م : « رواه النسائي وابن ماجه » .

والحديث أخرجه ابن ماجه ، في : باب ميراث الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩١٣ / ٢ . والدارمي ، في : باب الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٣٧٣ / ٢ . وسعيد بن منصور ، في : سننه ٧٢ / ١ ، ٧٣ .

(٢) أخرجه الدارمي ، في : باب الولاء ، من كتاب الفرائض . سنن الدارمي ٣٧٢ / ٢ =

فكذلك عصبات المولى .

ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن^(١) ، أو أعتق من أعتقن . وعن
أبي عبد الله رواية أخرى في بنت المعتق خاصة ، أنها ترث ؛ لما روى عن
النبي ﷺ أنه ورث بنت حمزة من الذي أعتقه حمزة^(٢) . والصحيح أنها لا
ترث ، وأنها هي المعتقة للمولى ، كما روى عبد الله بن شداد فيما تقدم .

ولا يرث منه ذو فرض إلا الأب والجد ، يرثان السدس مع الابن وإبنته ؛
لأنهما^(٣) عصبة ، فقسم بينهما ، كما يقسم مال المعتق بينهما . فإن اجتمع
الجد والأخ أو^(٤) الإخوة ، قسم بينهما كما يقسم ميراث المعتق ، ولا يعتد
بالأخوات ؛ لأنهن لا يرثن منفردات^(٥) . ويقدم الأخ للأبوين على الأخ
من الأب^(٦) . ويعاد الأخ للأبوين الجد بالأخ للأب ؛ لأنه يرث منفردا ، ثم
الأقرب فالأقرب . فإذا انقرض عصبات المولى من النسب ، فلمؤلاه إن كان
ذا مولى ، ثم لأقرب عصباته .

ولو اشترى رجل وأخته أباهما ، أو أخاهما ، فعتق عليهما ، ثم اشترى

= وسعيد بن منصور ، فى : باب الرجل يعتق فيموت ... ، سنن سعيد ٩٤ / ١ . والبيهقى ، فى :

السنن الكبرى ٣٠٤ / ١٠ . كلهم عن الزهرى مرسلا .

(١) فى م : « أعتق » .

(٢) ذكره البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٢٤١ / ٦ . وقال : هذا غلط ، وقد قال شريك : تقحم

إبراهيم هذا القول تقحما ، إلا أن يكون سمع شيئا فرواه .

(٣) فى الأصل : « لأنها » .

(٤) فى الأصل ، ف : « و » .

(٥) فى الأصل : « متفرقات » .

(٦ - ٦) فى م : « للأب » .

عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ ، ثُمَّ مَاتَ أَبُوهُمَا أَوْ أَخُوهُمَا ، ثُمَّ مَاتَ عَتِيقُهُ ، فَمِيرَاثُهُ لِلرَّجُلِ
دُونَ أُخْتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُهُ بِنَسَبِهِ مِنْ مُعْتَقِهِ ، وَلَا تَرِثُ النِّسَاءُ مِنَ الْوَلَاءِ
بِالنَّسَبِ ^(١) شَيْئًا .

فصل : وإذا مات رجلٌ عن ابْنَيْنِ وَمَوْلَى ، فَمَاتَ أَحَدُ الْابْنَيْنِ بَعْدَهُ
عَنْ ابْنٍ ، ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى ، فَالْمِيرَاثُ لِابْنِ الْمَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْوَلَاءَ لِلْكَبِيرِ ^(٢) ،
وَمَعْنَاهُ أَنَّهُ يَرِثُ بِهِ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَى سَيِّدِهِ يَوْمَ مَوْتِ الْعَبْدِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ ^(٣)
الْوَلَاءَ لِحُمَّةٍ كُلُّحُمَةِ النَّسَبِ لَا يُورَثُ ، وَإِنَّمَا يُورَثُ بِهِ مَعَ بَقَائِهِ لِلْمَوْلَى ،
فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ لِلْكَبِيرِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ . وَلَوْ مَاتَ الْمُعْتَقُ وَخَلَّفَ ابْنَيْنِ
وَمَوْلَى ، فَمَاتَ أَحَدُهُمَا وَخَلَّفَ ابْنًا ، وَمَاتَ الْآخَرُ وَخَلَّفَ تِسْعَةً ، ثُمَّ
مَاتَ الْمَوْلَى ، كَانَ الْوَلَاءُ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِهِمْ ، لِكُلِّ وَاحِدٍ ^(٤) عَشْرُهُ ^(٥) ؛ لِمَا
ذَكَرْنَاهُ .

فصل في جَرِّ الْوَلَاءِ : إذا تزَوَّجَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً ^(٦) قَوْمٍ فَأَوْلَدَهَا ، فَوَلَاءُ الْوَلَدِ
لِمَوْلَى أُمِّهِ ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ حَصَلَتْ لَهُ بِإِعْتَاقِ الْأُمِّ وَالْإِنْعَامِ عَلَيْهَا . فَإِنْ أَعْتَقَ
^(٧) سَيِّدُ الْعَبْدِ عَبْدَهُ ، انْجَرَّ وَلَاءُ الْوَلَدِ عَنْ مَوْلَى الْأُمِّ إِلَى مَوْلَى الْعَبْدِ ؛ لِمَا

(١) في م : « بالنسبة » .

(٢) في الأصل : « للكبير » .

(٣) في الأصل : « أن » .

(٤) بعده في م : « منهم » .

(٥) في م : « عشرة » .

(٦) بعده في ف : « معتقة » .

(٧ - ٧) في الأصل : « السيد » .

رَوَى عَنْ الزُّبَيْرِ أَنَّهُ رَأَى بِخَيْرٍ فِثَّةً لُغْسًا^(١) ، فَأَعْجَبَهُ ظَرْفُهُمْ وَجَمَالُهُمْ ،
 فَسَأَلَ عَنْهُمْ ، فَقِيلَ لَهُ : مَوَالٍ لِرَافِعِ بْنِ خَدِيجٍ ، وَأَبُوهُمْ مَمْلُوكٌ لِّآلِ
 الْحُرَّةِ^(٢) . فَاشْتَرَى الزُّبَيْرُ أَبَاهُمْ فَأَعْتَقَهُ ، وَقَالَ لِأَوْلَادِهِ : انْتَسِبُوا إِلَيَّ^(٣) ، فَإِنَّ
 وِلَاءَكُمْ لِي . فَقَالَ رَافِعُ بْنُ خَدِيجٍ : الْوِلَاءُ لِي ؛ لِأَنَّهُمْ عَتَقُوا بِعِثْقِي أُمَّهُمْ .
 فَاحْتَكَمُوا إِلَى عُثْمَانَ ، فَقَضَى بِالْوِلَاءِ لِلزُّبَيْرِ^(٤) . فَاجْتَمَعَتْ^(٥) الصَّحَابَةُ
 عَلَيْهِ . وَلِأَنَّ الْوِلَاءَ فَرْعُ النَّسَبِ ، وَالنَّسَبُ مُعْتَبَرٌ بِالْأَبِ ، وَإِنَّمَا ثَبَتَ لِمَوْلَى
 الْأُمِّ لِعَدَمِ الْوِلَاءِ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ ، فَإِذَا ثَبَتَ الْوِلَاءُ عَلَى الْأَبِ ، عَادَ الْوِلَاءُ
 إِلَى مَوْضِعِهِ ، كَوَلَدِ الْمُلَاعِنَةِ إِذَا اعْتَرَفَ بِهِ الزَّوْجُ .

وإن أُعْتِقَ الْجَدُّ ، لَمْ يَنْجَرْ الْوِلَاءُ . وَعَنْهُ ، يَنْجَرُ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ ؛ لِأَنَّ
 الْأَصْلَ بَقَاءُ الْوِلَاءِ لِمَنْ ثَبَتَ لَهُ ، وَإِنَّمَا خُولِفَ هَذَا الْأَصْلُ فِي الْأَبِ لِإِجْمَاعِ
 الصَّحَابَةِ [٢٦٠ ظ] عَلَيْهِ ، فَيَبْقَى فِي مَنْ عَدَاهُ عَلَى الْأَصْلِ .

فصل : وإن تزوج عبد أمة فأولدها ، فأعتقها سيدها وولدها ، ثبت له
 الولاء عليهم . فإن أعتق الأب بعد ذلك ، لم ينجر الولاء ؛ لِأَنَّ الْوِلَاءَ ثَبَتَ
 عَلَى الْوَلَدِ بِالْمُبَاشَرَةِ ، فَكَانَ الْمُنْعِمُ عَلَيْهِ بِالْمُبَاشَرَةِ أَوْلَى مِنَ الْمُنْعِمِ عَلَى أَبِيهِ^(٦) .

(١) اللُّغْسُ ؛ بِالتَّحْرِيكِ : سَوَادٌ مُسْتَحْسَنٌ فِي الشَّفَةِ .

(٢) الْحُرَّةُ : بَطْنٌ مِنْ جُهَيْنَةَ . انْظُرِ الْمُشْتَبَهَ ٢٢٧ .

(٣) فِي م : « لِي » .

(٤) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٠٧ / ١٠ . وَحَسَنَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ١٦٦ / ٦ .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، م : « فَاجْتَمَعَتْ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « ابْنَهُ » .

وَإِذَا تَزَوَّجَ حُرُّ الْأَصْلِ بِمَوْلَاةٍ ، أَوْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ أَوْ مَوْلَى بِحُرَّةِ الْأَصْلِ ، فَلَا
وَلَاءَ عَلَى وَلَدِهِمْ بِحَالٍ . وَإِنْ تَزَوَّجَ مَوْلَى بِمَوْلَاةٍ ، فَوَلَاءُ وَلَدِهِمَا لِسَيِّدِ
الْأَبِ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِدَامَةَ أَقْوَى مِنَ الْإِثْدَاءِ ، ثُمَّ ائْتِدَاءُ الْحُرِّيَّةِ فِي الْأَبِ يُسْقِطُ
اِسْتِدَامَةَ الْوَلَاءِ لِمَوْلَى الْأُمِّ ، فَلَا أَنْ يَمْنَعَ ائْتِدَاءُ الْوَلَاءِ لَهُ أُولَى .

فصل : إِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً قَوْمٍ فَأَوْلَدَهَا وَلَدًا ، فَاشْتَرَى الْوَلَدُ أَبَاهُ ،
ثَبَّتَ لَهُ وَلَاؤُهُ وَوَلَاءُ أَوْلَادِهِ ، وَيَبْقَى وَلَاءُ الْمُعْتَقِ لِمَوْلَى أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ
يَجُرَّ وَلَاءَ نَفْسِهِ ، لِاسْتِحَالَةِ ثُبُوتِ وَلَاءِ الْإِنْسَانِ عَلَى نَفْسِهِ ، كَمَا يَسْتَحِيلُ
أَنْ يَكُونَ أَبَا نَفْسِهِ . وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِ أَبَاهُ ، لَكِنْ اشْتَرَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ ، ثُمَّ اشْتَرَى
هَذَا الْعَبْدُ أَبَا سَيِّدِهِ فَأَعْتَقَهُ ، فَإِنَّهُ يَنْجُرُّ إِلَيْهِ ^(١) وَلَاءُ سَيِّدِهِ ، وَيَصِيرُ كُلُّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا مَوْلَى صَاحِبِهِ مِنْ فَوْقَ وَمِنْ أَسْفَلٍ ، وَيَصِيرُ هَذَا كَحَزْبِيٍّ أَعْتَقَ عَبْدًا
فَأَسْلَمَ ، وَأَسَرَ سَيِّدَهُ ثُمَّ أَعْتَقَهُ .

فصل : وَلَوْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ مُعْتَقَةً فَأَوْلَدَهَا بِنْتَيْنِ ، فَاشْتَرَى أَبَاهُمَا ^(٢) ، عَتَقَ
عَلَيْهِمَا ، وَلَهُمَا عَلَيْهِ الْوَلَاءُ ، وَتَجُرُّ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى نَفْسِهَا نِصْفَ وَلَاءِ
أُخْتِهَا ؛ لِإِعْتَاقِهَا نِصْفَ الْأَبِ ، وَيَبْقَى نِصْفُ وَلَاءِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا لِمَوْلَى
أُمِّهَا . فَإِنْ مَاتَ الْأَبُ ، فَمَالُهُ لِهَمَا ، ثُلَاثَاهُ بِالْبُنُوَّةِ ، وَبَاقِيهِ بِالْوَلَاءِ . فَإِنْ
مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا بَعْدَهُ ، فَلَأُخْتِهَا نِصْفُ مَالِهَا بِالنِّسْبِ ، وَنِصْفُ الْبَاقِي
بَكُونِهَا مَوْلَاةً نِصْفِهَا ، وَيَبْقَى الرُّبْعُ لِمَوْلَى أُمِّهَا . وَإِنْ مَاتَتْ إِحْدَاهُمَا قَبْلَ
الْأَبِ ، فَمَالُهَا لِأُيُهَا بِالنِّسْبِ . فَإِذَا مَاتَ الْأَبُ بَعْدَهَا ، فَلِلْبَاقِيَةِ نِصْفُ

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «أَبَاهَا» .

ميراث أبيها بالنسب ، ونِصْفُ الباقي بالولاء ، يَتَقَى الرُّبْعُ لِمَوَالِي المَيِّتَةِ ، وهم أُخْتُهَا وَمَوَالِي أُمِّهَا ، لِأُخْتِهَا^(١) نِصْفُهُ وهو الثُّمْنُ ، صار لها سَبْعَةُ أَثْمَانِ المَالِ ، ولموالِي أُمِّ المَيِّتَةِ الثُّمْنُ ، فإذا مَاتَتْ هذه بعدهما ، فَنِصْفُ مَالِهَا لموالِي أُمِّهَا بالولاء ، ونِصْفُهُ لموالِي أُخْتِهَا المَيِّتَةِ ، وهم أُخْتُهَا وَمَوَالِي أُمِّهَا ، فيكونُ الرُّبْعُ لموالِي أُمِّهَا ، والرُّبْعُ الباقي يَزْجَعُ إلى هذه المَيِّتَةِ ، فهذا الجزء دَائِرٌ ؛ لَأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ هذه وعاد إليها ، فقال القاضي : يُجْعَلُ فِي بَيْتِ المَالِ ؛ لَأَنَّهُ لَا مُسْتَحِقٌّ لَهُ . وإن مات الأبُ بعدَ مَوْتِهِمَا ، فلموالِي أُمُّهُمَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِ مَالِهِ ، وَرُبْعُ دَائِرٍ يَزْجَعُ إلى بَيْتِ المَالِ . وذكرَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الوَنْيُّ^(٢) أَنَّ قِيَاسَ قولِ أَحمدَ ، أَنَّ هذا السَّهْمَ يُرَدُّ إلى مَوَالِي الأُمِّ . فعلى هذا ، يكونُ جميعُ الميراثِ لموالِي الأُمِّ .

(١) في م : « لأخيها » .

(٢) سقط من : الأصل ، وفي م : « الرقي » .

وهو الحسين بن محمد الوني الفرضي الشافعي ، كان متقدما في علم الفرائض ، له فيه تصانيف جيدة ، قتل في بغداد في فتنة البساسيري سنة خمسين وأربعمائة . طبقات الشافعية الكبرى ٣٧٤/٤ .

كِتَابُ الْعِتْقِ

وهو قُرْبَةٌ مَنْدُوبٌ إِلَيْهَا ؛ بِدَلِيلٍ مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : [٢٦١ و] « مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً ، أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ إِرْبٍ مِنْهَا إِرْبًا مِنْهُ مِنَ النَّارِ ^(١) ، حَتَّى إِنَّهُ لَيُعْتِقُ الْيَدَ بِالْيَدِ ، وَالرَّجْلَ بِالرَّجْلِ ، وَالْفَرْجَ بِالْفَرْجِ » . ^(٢) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . وَالْأَفْضَلُ عِتْقُ مَنْ لَهُ قُوَّةٌ وَكَسْبٌ يَسْتَعْنِي بِهِ . فَأَمَّا مَنْ لَا كَسْبَ لَهُ ، فَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يُسْتَحَبُّ عِتْقُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَرَّرُ بِقَوَاتِ نَفَقَتِهِ الْوَاجِبَةِ لَهُ ، وَرُبَّمَا صَارَ كَلًّا عَلَى النَّاسِ .

فصل : وَيَحْصُلُ الْعِتْقُ بِثَلَاثَةٍ ؛ الْقَوْلُ ، وَالْمِلْكُ ، وَالِاسْتِيلَادُ ، وَلَا يَحْصُلُ بِالنِّيَّةِ الْمَجْرَدَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ ، فَلَمْ يَحْصُلْ بِمُجَرَّدِ النِّيَّةِ ، كَالطَّلَاقِ .

(١) بعده فى م : « رواه مسلم » .

(٢ - ٢) سقط من : م .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب قوله تعالى : ﴿ فَك رَقَبَةً * أَوْ إِطْعَامٌ فِي يَوْمٍ ذِي مَسْغَبَةٍ * يَتِيمًا ذَا مَقْرَبَةٍ ﴾ ، من كتاب العتق ، وفى : باب قول الله تعالى : ﴿ أَوْ تَحْرِيرَ رَقَبَةٍ ﴾ ، وأى الرقاب أزكى ، من كتاب الكفارات . صحيح البخارى ١٨٨ / ٣ ، ١٨١ / ٨ . ومسلم ، فى : باب فضل العتق ، من كتاب العتق . صحيح مسلم ١١٤٧ / ٢ ، ١١٤٨ . وليس عندهما ذكر اليد والرجل .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى ثواب من أعتق رقبة ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٤ / ٧ ، ٢٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٢٠ / ٢ ، ٤٢٢ ، ٤٢٩ ، ٤٣١ ، ٤٤٧ ، ٥٢٥ . وهذا لفظه .

وَالْفَاظُ تَنْقِسُ إِلَى صَرِيحٍ وَكِنَايَةٍ ، فَالصَّرِيحُ لَفْظُ الْعِتْقِ وَالْحُرِّيَّةِ ، وَمَا تَصَرَّفَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لِهَمَا عُرْفُ الشَّرْعِ وَالِاسْتِعْمَالِ ، فَكَانَا صَرِيحَيْنِ ، كَلَفْظِ الطَّلَاقِ فِيهِ ^(١) . فَإِنْ أَرَادَ بِهِمَا غَيْرَ الْعِتْقِ ، كَرَجُلٍ يَقُولُ لَغُلَامِهِ : هُوَ حُرٌّ . يَرِيدُ أَنَّهُ عَفِيفٌ كَرِيمٌ الْأَخْلَاقِ ، أَوْ يُغَالِيهِ فَيَقُولُ : مَا أَنْتَ إِلَّا حُرٌّ . يَرِيدُ أَنَّكَ تَمْتَنِعُ مِنْ طَاعَتِي امْتِنَاعَ الْحُرِّ ، فَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةٍ حَبْلٍ : أَرْجُو أَنْ لَا يَغْتِقَ ، وَأَنَا أَهَابُ الْمَسْأَلَةَ . فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ لَا يَغْتِقُ ؛ لِأَنَّهُ نَوَى بِلَفْظِهِ مَا يَحْتَمِلُهُ ، فَانْصَرَفَ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ نَوَى الْعِتْقَ بِكِنَايَتِهِ ^(٢) .

وَالْكِنَايَةُ نَحْوُ قَوْلِهِ : قَدْ خَلَيْتُكَ ، ^(٣) «وَأَذْهَبَ» ^(٣) حَيْثُ شِئْتَ ، وَالْحَقُّ بِأَهْلِكَ ، وَحَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ . وَنَحْوُهُ . فَلَا يَغْتِقُ بِذَلِكَ حَتَّى يَنْوِيهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ غَيْرَ الْعِتْقِ ^(٤) ، فَأَشْبَهَ كِنَايَةَ الطَّلَاقِ فِيهِ .

وَفِي قَوْلِهِ : لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ ، وَأَنْتَ سَائِبَةٌ ، وَفَكَكْتُ رَقَبَتَكَ ، وَلَا رِقٌّ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا مِلْكٌ لِي عَلَيْكَ ، وَأَنْتَ لِلَّهِ ، وَأَنْتَ مَوْلَايَ ، وَمَلِكُكَ نَفْسُكَ ^(٥) . رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ صَرِيحٌ فِي الْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ الْعِتْقَ ، وَقَدْ جَاءَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿فَكَكُ رَقَبَةً﴾ ^(٦) . يَعْنِي الْعِتْقَ . فَكَانَتْ صَرِيحَةً ، كَقَوْلِهِ : أَعْتَقْتُكَ . وَالثَّانِيَةُ ،

(١) فِي م : «فِي الطَّلَاق» .

(٢) فِي س ٢ : «بِكِنَايَتِهِ» .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ ، س ٢ ، ف : «فَأَذْهَبَ» .

(٤) بَعْدَهُ فِي ف : «احْتِمَالًا غَيْرَ بَعِيدٍ» .

(٥) بَعْدَهُ فِي م : «فِيهِ» .

(٦) سُورَةُ الْبَلَدِ ١٣ .

هي ^(١) كِنَايَةٌ ؛ لَأَنَّهَا تَحْتَمِلُ غَيْرَ الْعِتْقِ . وقال القاضي : قَوْلُهُ : لَا رِقَّ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا مِلْكَ لِي عَلَيْكَ ، وَأَنْتَ لِلَّهِ . صَرِيحٌ ، نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي : أَنْتَ لِلَّهِ . لَأَنَّ مَعْنَاهُ : أَنْتَ حُرٌّ لِلَّهِ . وَاللَّفْظَانِ الْأَوَّلَانِ صَرِيحَانِ ^(٢) فِي نَفْيِ الْمِلْكِ ، وَالْعِتْقِ مِنْ ضَرُورَتِهِ .

وَفِي قَوْلِهِ لِأَمْتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ أَنْتِ حَرَامٌ عَلَيَّ . رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ كِنَايَةٌ ، تَعْتِقُ بِهِ إِذَا نَوَى بِهِ الْعِتْقَ ؛ لِأَنَّ الرِّقَّ أَحَدُ الْمَلَكَيْنِ فِي الْآدَمِيِّ ، فَيُزُولُ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ ، كِمِلْكِ النِّكَاحِ ، وَالْحُرِّيَّةُ يَحْصُلُ بِهَا تَحْرِيمُهَا عَلَيْهِ ، فَجَازَ أَنْ يَكُونَ كِنَايَةً فِيهِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَيْسَ بِكِنَايَةٍ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لَا يُسْتَدْرَكُ بِالرَّجْعَةِ ، فَلَمْ يَزُلْ بِالطَّلَاقِ ، كِمِلْكِ الْمَالِ ، وَالتَّحْرِيمُ صَرِيحٌ فِي الظُّهَارِ ، فَلَمْ يَكُنْ كِنَايَةً فِي الْعِتْقِ ، كَقَوْلِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الْعِتْقُ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ ، وَلَا يَصِحُّ مِنْ صَبِيٍّ ، وَلَا مَجْنُونٍ ، وَلَا سَفِيهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ فِي الْحَيَاةِ ، فَأَشْبَهَ الْهَبَةَ . وَلَا يَصِحُّ عِتْقُ الْمُؤَقَّوفِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالًا لِحَقِّ الْبَطْنِ الثَّانِي مِنْهُ ، وَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ ، فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ كُلَّهُ ، وَوَجِبَ عَلَيْهِ قِيمَةُ نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُثْمَانَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ أَعْتَقَ شَرْكَاءَ [٢٦١ ظ] لَهُ فِي عَبْدٍ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَا يَبْلُغُ

(١) فِي م : « هُوَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، س ٢ ، ف : « صَرِيحٌ » .

ثَمَنَ الْعَبْدِ ، قُومَ عَلَيْهِ قِيَمَةُ الْعَدْلِ ، فَأَعْطَى شُرَكَاءَهُ حِصَصَهُمْ ، ^(١) وَعَتَقَ الْعَبْدُ ^(٢) ، وَإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ مِنْهُ ^(٣) مَا عَتَقَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَفِي لَفْظٍ : « وَكَانَ لَهُ مَا يَبْلُغُ ثَمَنَهُ بِقِيَمَةِ الْعَدْلِ ، فَهُوَ عَتِيقٌ » ^(٥) . وَفِي لَفْظٍ : « فَقَدْ عَتَقَ كُلَّهُ » ^(٦) . وَيَعْتَقُ كُلَّهُ حَالَ إِعْتَاقِ الشَّرِيكِ ؛ لِلْخَبَرِ . وَلِأَنَّهُ سِرَايَةُ قَوْلٍ ، فَتَفَدُّ فِي الْحَالِ ، كَطَّلَاقٍ بَعْضِ الزَّوْجَةِ .

فَإِنْ أَعْتَقَهُ الشَّرِيكُ عَقِيبَ عِتْقِ الْأَوَّلِ ، وَقَبْلَ اخْتِذِ الْقِيَمَةِ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهُ فِيهِ عِتْقٌ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ حُرًّا بِعِتْقِ الْأَوَّلِ . وَلَوْ لَمْ يُؤَدَّ ^(٦) الْقِيَمَةَ حَتَّى أَفْلَسَ ، كَانَتْ دَيْنًا فِي ذِمَّتِهِ ، وَعِتْقُهُ مَاضٍ .

وَوَقْتُ التَّقْوِيمِ وَقْتُ الْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ الْإِثْلَافِ ، فَأَشْبَهَ الْجِنَايَةَ ، فَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الْقِيَمَةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُعْتِقِ ؛ لِأَنَّهُ غَارِمٌ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي صِنَاعَةِ تَزْيِيدُ بِهَا قِيَمَتِهِ ، أَوْ عَيْبٍ تَنْقُصُ بِهِ قِيَمَتَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَنْفِيهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ .

وَسَوَاءٌ كَانَ الْمُعْتَقُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا ؛ لِأَنَّهُ تَقْوِيمٌ مُثْلَفٍ ، فَاسْتَوَى فِيهِ

(١ - ١) سقط من : الأصل ، ف .

(٢) في م : « عليه » .

(٣) تقدم تخريجه في ٣/٥١٤ ، ٥١٥ .

(٤) بعده في الأصل ، س ٢ ، ف : « رواه أبو داود » .

وليس هذا اللفظ عند أبي داود بل هو لفظ البخاري .

(٥) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢/٥٣ .

(٦) في ف : « يرد » .

المُسْلِمُ والكَاْفِرُ ، كَتَقْوِيمِ الْمُتْلَفَاتِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْرِيَ ^(١) عِتْقُ الْكَافِرِ فِي
المُسْلِمِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَتَمَلَّكَه ^(٢) .

وإن كَانَ نَصِيبُ الشَّرِيكِ وَقْفًا ، لَمْ يَغْتَقْ ؛ لِأَنَّ الْوَقْفَ لَا يَغْتَقُ
بِالْمُبَاشَرَةِ ، فَبِالسَّرَايَةِ أَوْلَى .

وإن كَانَ الْمُعْتَقُ مُعْسِرًا ، عَتَقَ نَصِيبَهُ مِنْهُ خَاصَّةً ، وَبَاقِيَهُ عَلَى الرِّقِّ ؛
لِلخَبَرِ ، وَلِأَنَّ سِرَايَةَ الْعِتْقِ ضَرَرٌ بِالشَّرِيكِ ^(٣) ؛ لِتَلَفِ مَالِهِ بِغَيْرِ رِضَاهِ مِنْ غَيْرِ
عَوَضٍ يَجْبُرُهُ . وَعَنْهُ ، يُسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ بَاقِيهِ ، وَيَغْتَقُ كُلُّهُ ؛ لِمَا رَوَى
أَبُو هُرَيْرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي مَمْلُوكٍ ،
فَعَلَيْهِ أَنْ يُعْتِقَهُ كُلُّهُ ، إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، وَإِلَّا اسْتُسْعِيَ الْعَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ
عَلَيْهِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤) . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ خَبَرَ ابْنِ عُمَرَ أَصَحُّ ، وَلِأَنَّ
الْإِحَالَةَ عَلَى السَّعَايَةِ إِحَالَةٌ عَلَى وَهْمٍ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ بِالْعَبْدِ بِاجْتِبَارِهِ عَلَى
الْكَسْبِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ . فَإِنْ كَانَ مَعَهُ قِيَمَةُ الْبَعْضِ ، عَتَقَ مِنْهُ بِقَدْرِهِ ؛ لِأَنَّ
مَا وَجَبَ بِالْإِسْتِهْلَاكِ إِذَا عَجَزَ عَنِ الْبَعْضِ ، وَجَبَ بِقَدْرِ مَا قَدَرَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَسْتَوِي » .

(٢) فِي س ٢ : « يَمْلِكُهُ » .

(٣) فِي س ٢ : « بِالسَّرَايَةِ » .

(٤) فِي : بَابُ مِنْ ذِكْرِ السَّعَايَةِ فِي هَذَا الْحَدِيثِ ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٣٤٩ / ٢ .
كَمَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ تَقْوِيمِ الْأَشْيَاءِ بَيْنَ الشَّرَكَاءِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ ١٨٢ / ٣ .
وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ سَعَايَةِ الْعَبْدِ ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٤٠ / ٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ،
فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْعَبْدِ ... ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنَ التِّرْمِذِيُّ ٩٣ / ٦ ، ٩٤ . وَابْنُ مَاجَةَ ،
فِي : بَابِ مَنْ أَعْتَقَ شَرَكًا لَهُ فِي عَبْدٍ ، مِنْ كِتَابِ الْعِتْقِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٨٤٤ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ
٤٧٢ / ٢ .

عليه ، كَقِيمَةِ الْمُثْلَفِ .

فصل : وإن أُعْتَقَ الْمُعْسِرُ بَعْضَ عَبْدِهِ ، عَتَقَ كُلَّهُ ؛ لِأَنَّهُ مُوسِرٌ بِمَا يَسْرِى إِلَيْهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أُعْتَقَ بَعْضُ عَبْدٍ وَهُوَ مُوسِرٌ بِقِيمَةِ بَاقِيهِ . فَإِنْ أُعْتَقَ بَعْضُهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، عَتَقَ مِنْهُ مَا يَحْتَمِلُهُ الثُّلُثُ وَإِنْ زَادَ عَلَى قَدْرِ مَا أُعْتَقَ ؛ لِأَنَّ عِتْقَ بَعْضِهِ كَعِتْقِ جَمِيعِهِ . وَإِنْ اخْتَمَلَ الثُّلُثُ جَمِيعَهُ ، عَتَقَ كُلَّهُ .

فصل : وَإِذَا مَلَكَ بَعْضُ عَبْدٍ ، فَأَعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ أَوْ دَبَّرَهُ ، فَعَتَقَ بِمَوْتِهِ ، وَكَانَ ثُلُثُ مَالِهِ يَفِي بِقِيمَةِ حِصَّةِ شَرِيكِهِ ، أُعْطِيَ ، وَكَانَ كُلُّهُ حُرًّا ، فِي إِحْدَى الرَّوَائِيَيْنِ ؛ لِأَنَّ ثُلُثَهُ لَهُ ، فَكَانَ مُوسِرًا بِهِ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَغْتَقُ مِنْهُ إِلَّا مَا مَلَكَ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرَثَةِ تَعَلَّقَ بِمَالِهِ ، إِلَّا مَا اسْتَنْتَاهُ مِنَ الثُّلُثِ بِتَصَرُّفِهِ فِيهِ . ذَكَرَهُمَا الْخِرَقِيُّ ، وَأَبُو الْخَطَّابِ . قَالَ الْخِرَقِيُّ : وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا دَبَّرَ بَعْضُهُ وَهُوَ مَالِكٌ لِكُلِّهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ يَزُولُ عَمَّا سِوَى الْمُعْتَقِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ أُعْتَقَهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ جَمِيعَهُ ؛ لِأَنَّهُ أُعْتَقَهُ وَهُوَ [٢٦٢و] مُوسِرٌ بِشَمَنِ جَمِيعِهِ ، فَدَخَلَ فِي الْخَبَرِ ، وَإِنْ دَبَّرَهُ ، لَمْ يَغْتَقِ إِلَّا مَا مَلَكَ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ زَالَ بِالْمَوْتِ ، إِلَّا مَا اسْتَنْتَاهُ بِوَصِيَّتِهِ . وَصَحَّ الرَّوَايَةُ الْأُولَى فِي الْعِتْقِ فِي الْمَرَضِ ، وَالثَّانِيَةِ فِي التَّذْيِيرِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ لثَلَاثَةٍ ؛ لِأَحَدِهِمْ نِصْفُهُ ، وَلِلْآخَرِ^(١) ثُلُثُهُ ، وَلِلثَالِثِ سُدُسُهُ ، فَأُعْتَقَ صَاحِبُ النُّصْفِ وَصَاحِبُ السُّدُسِ مَعًا ، وَهُمَا مُوسِرَانِ ، عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَضَمِنَا حَقَّ شَرِيكِهِمَا فِيهِ بِالسُّوِيَّةِ ؛ لِأَنَّ التَّقْوِيمَ

(١) فِي الْأَصْلِ : «لَاخِر» .

المُشْتَحَقُّ بِالسَّرَايَةِ يُقَسَّطُ^(١) عَلَى عَدَدِ الرُّءُوسِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَكَ اثْنَانِ فِي جِرَاحَةِ رَجُلٍ ، جَرَحَهُ أَحَدُهُمَا جُرْحًا ، وَالْآخَرُ عَشْرَةً ، وَيَكُونُ وَلَاؤُهُ^(٢) بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ؛ لِصَاحِبِ النُّصْفِ ثُلَاثًا ، وَلِصَاحِبِ الشُّدُسِ ثُلَاثُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقَوِّمَ عَلَيْهِمَا عَلَى قَدْرِ مِلْكَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُ يُشْتَحَقُّ بِالْمِلْكِ ، فَكَانَ عَلَى قَدْرِهِ ، كَالشُّفْعَةِ ، فَيَكُونُ وَلَاؤُهُ بَيْنَهُمَا أَرْبَاعًا .

فصل : وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ لثَلَاثَةٍ ، فَأَعْتَقُوهُ مَعًا ، أَوْ وَكَّلَ نَفْسَانِ الثَّلَاثَ فَأَعْتَقَ^(٣) حَقَّيْهِمَا^(٤) مَعَ حَقِّهِ ، أَوْ أَعْتَقَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ وَهُوَ مُغْسِرٌ ، عَتَقَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ حَقُّهُ مِنْهُ^(٥) ، وَوَلَاؤُهُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا ، وَإِنْ أَعْتَقَهُ الْأَوَّلُ وَهُوَ مُغْسِرٌ ، وَأَعْتَقَهُ الثَّانِي وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ عَلَيْهِ نَصِيبَهُ وَنَصِيبُ شَرِيكِهِ ، وَكَانَ ثُلُثٌ وَلَايُهُ لِلْمُعْتِقِ الْأَوَّلِ ، وَثُلَاثًا لِلْمُعْتِقِ الثَّانِي . وَإِنْ قَالَ اثْنَانِ مِنْهُمْ لِلثَّلَاثِ : إِذَا أَعْتَقْتَ نَصِيبَكَ ، فَنَصِيبُنَا حُرٌّ . فَأَعْتَقَ نَصِيبَهُ وَهُوَ مُوسِرٌ ، عَتَقَ كُلَّهُ عَلَيْهِ ، وَقَوِّمَ عَلَيْهِ نَصِيبُ شَرِيكَيْهِ^(٦) ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ دُونَهُمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَغْتِقَ نَصِيبَهُمَا عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَ نَصِيبِهِمَا يَتَعَقَّبُ إِعْتَاقَ نَصِيبِهِ^(٧) مِنْ غَيْرِ فَاصِلٍ^(٨) ، فَلَا تَسْبِيقُهُ^(٨) السَّرَايَةُ . وَإِنْ كَانَ مُغْسِرًا ،

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « يَسْقُطُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « فَإِنْ أَعْتَقَ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، م : « حَقَّهُمَا » .

(٥) فِي م : « مِنْهُمْ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « شَرِيكِهِ » .

(٧ - ٧) زِيَادَةٌ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « تَسْتَقِرُّ » .

عَتَقَ عَلَيْهِ^(١) نَصِيْبُهُ خَاصَّةً ، وَعَتَقَ نَصِيْبُ صَاحِبِيْهِ بِالشَّرْطِ ، وَوَلَاؤُهُ بَيْنَهُمْ
أَثْلَاثًا ، سَوَاءٌ اتَّفَقَا فِي الْقَوْلِ أَوْ سَبَقَ بِهِ أَحَدُهُمَا ؛ لِأَنَّ الْوُقُوعَ بِوُجُودِ
الشَّرْطِ ، وَقَدْ اسْتَوَيَا فِيهِ . وَإِنْ قَالَا لَهُ : إِذَا أُعْتَقْتَ نَصِيْبُكَ ، فَنَصِيْبُنَا حُرٌّ
مَعَ نَصِيْبِكَ . فَأَعْتَقَ نَصِيْبَهُ ، عَتَقَ نَصِيْبُ كُلِّ وَاحِدٍ عَلَى مَالِكِهِ^(٢) ؛ لِأَنَّ
عِتْقَهُ وَقَعَ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ .

**فصل : فَأَمَّا الْعِتْقُ بِالْمَلِكِ ، فَإِنَّ مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، عَتَقَ عَلَيْهِ
بِمَجَرَّدِ مِلْكِهِ ؛ لِمَا رَوَى سَمُرَةُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ
مَحْرَمٍ ، فَهُوَ حُرٌّ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣) . وَلِأَنَّهُ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ ، فَعَتَقَ عَلَيْهِ إِذَا
مَلَكَه ، كَالْوَلَدِ . وَعَنهُ ، لَا يَغْتِقُ عَلَيْهِ إِلَّا عَمُودًا^(٤) النَّسَبِ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ
نَفَقَةَ غَيْرِهِمْ لَا تَجِبُ .**

وَأِنْ مَلَكَ بَعْضُ مَنْ يَغْتِقُ عَلَيْهِ بِسَبَبٍ غَيْرِ الْمِيرَاثِ ، فَهُوَ كِإِعْتَاقِهِ لَهُ^(٥)
فِي تَقْوِيمِ بَاقِيهِ عَلَيْهِ مَعَ الْيَسَارِ ، وَبَقَائِهِ عَلَى الرِّقِّ مَعَ الْإِعْسَارِ ؛ لِأَنَّهُ عَتَقَ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « ما ملكه و » .

(٣) في : باب في من ملك ذا رحم محرم ، من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٥١ / ٢ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في من ملك ذا رحم محرم ، من أبواب الأحكام .
عارضه الأحمدي ١٢٣ / ٦ . وابن ماجه ، في : باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، من كتاب
العتق . سنن ابن ماجه ٨٤٣ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٥ / ٥ ، ١٨ . وهو حديث
صحيح . انظر إرواء الغليل ١٦٩ / ٦ - ١٧١ .

(٤) في الأصل ، ف : « عمود » .

(٥) في ف : « لهم » .

بَسَبٍ مِنْ جِهَتِهِ ، فَأُشْبِهَ إِعْتَاقَهُ بِالْقَوْلِ . وَإِنْ مَلَكَهَ بِالْإِزْثِ ، لَمْ يَغْتَقُ مِنْهُ إِلَّا مَا مَلَكَ ، مُوسِرًا كَانَ أَوْ مُعْسِرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا اخْتِيَارَ لَهُ فِي إِعْتَاقِهِ ، وَلَا سَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ . وَنَقَلَ عَنْهُ الْمَرْوُذِيُّ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَغْتَقُ عَلَيْهِ ^(١) نَصِيبُ الشَّرِيكَ إِذَا كَانَ مُوسِرًا ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَ بَعْضَهُ ، أَشْبَهَ الْبَيْعَ .

وَإِذَا مَلَكَ وَلَدَهُ مِنَ الزَّوْنِ ، لَمْ يَغْتَقُ عَلَيْهِ ، عَلَى ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَغْتَقَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدٌ يَحْرُمُ نِكَاحُهُ ، فَعَتَقَ ، كَوَلَدِ الرَّشْدَةِ ^(٣) .

فصل : وَإِنْ وَهَبَ لَصَبِيٍّ [٢٦٢ ظ] مَنْ يَغْتَقُ عَلَيْهِ ، أَوْ وَصَّى لَهُ بِهِ ، وَكَانَ بَحِيثٌ لَا يَجِبُ عَلَى الصَّبِيِّ نَفَقَتُهُ ؛ لَكُونِ الصَّبِيِّ مُعْسِرًا ، أَوْ الْمُؤْهَبِ صَاحِبًا كَبِيرًا ، إِذَا كَسَبَ وَجَبَ عَلَى الْوَلِيِّ قَبُولُ الْهَبَةِ وَالْوَصِيَّةِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ نَفَقًا لِلصَّبِيِّ ، وَجَمَالًا بِحُرِّيَّةِ قَرِيبِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ . وَإِنْ كَانَ بَحِيثٌ يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِإِلْزَامِهِ نَفَقَتَهُ . وَإِنْ وَهَبَ لَهُ جُزْءٌ مِمَّنْ يَغْتَقُ عَلَيْهِ ، وَكَانَ مِمَّنْ لَا تَجِبُ نَفَقَتُهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى أَنَّهُ هَلْ يُقَوِّمُ عَلَى الصَّبِيِّ بَاقِيَهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقَوِّمُ عَلَيْهِ بَاقِيَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي مِلْكِهِ بِغَيْرِ سَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ ، أَشْبَهَ الْإِزْثَ . فَعَلَى هَذَا ، يَلْزَمُ وَلِيُّهُ قَبُولُهُ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ النَّفْعِ الْخَالِي عَنْ الضَّرَرِ . وَالثَّانِي ، يُقَوِّمُ ^(٣) عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ قَبُولَ وَلِيِّهِ يَقَوْمُ مَقَامَ قَبُولِهِ ، كَمَا لَوْ قَبِلَ وَكِيلُ الْبَالِغِ . فَعَلَى

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في س ٢ ، م : « الرشيدة » .

(٣) في الأصل : « قوم » .

هذا ، لا يَمْلِكُ قَبُولَهُ . فإن قَبِلَ فى مَوْضِعٍ لا يَمْلِكُ القَبُولَ ، لم يَصِحَّ . ولا يَمْلِكُ الوليُّ شِرَاءَ مَنْ يَغْتِقُ على الصَّبِيِّ ؛ لأنَّهُ إذا لم يَمْلِكِ قَبُولَ الهِبَةِ التى لا عِوَضَ فيها ، فالْبَيْعُ أولى .

فصل : وإذا أُعْتِقَ فى مَرَضِهِ عَبِيدًا لا مالَ له غيرُهُم ، أو ذَبَّرَهُم ، أو وَصَّى بِعِتْقِهِم ، أو ذَبَّرَ أَحَدَهُم وَوَصَّى بِعِتْقِ الباقِينَ ، لم يَغْتِقْ مِنْهُمْ إِلَّا الثُّلُثُ ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَ الْوَرَثَةُ ، فَيُفْرَغَ بَيْنَهُمْ بَسْمُ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمَى رِقٍّ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ حُرِّيَّةٍ ، عَتَقَ ، وَرَقَّ الْباقُونَ ؛ لِما رَوَى عِمْرَانُ بْنُ حُصَيْنٍ أَنَّ رَجُلًا مِنَ الْأَنْصَارِ أُعْتِقَ سِتَّةً^(١) مَمْلُوكِينَ فى مَرَضِهِ لا مالَ له غيرُهُم ، فَجَزَّاهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ، فَأَعْتَقَ اثْنَيْنِ ، وَأَرَقَّ أَرْبَعَةً . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ^(٢) . وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ يَسْتَغْرِقُهُمْ ، لم يَغْتِقْ مِنْهُمْ شَيْءًا ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُمْ وَصِيَّةٌ ، وَقَدْ قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنَّ الدَّيْنَ قَبْلَ الْوَصِيَّةِ^(٣) . وَإِنْ كَانَ يَسْتَغْرِقُ بَعْضَهُمْ ، عَتَقَ مِنْ بَاقِيهِمْ ثُلُثَهُ^(٤) ، فَيُفْرَغُ بَيْنَهُمْ لِإِخْرَاجِ الدَّيْنِ ، ثُمَّ يُفْرَغُ بَيْنَهُمْ لِإِخْرَاجِ الْحُرِّيَّةِ . فَإِنْ كَانَ الدَّيْنُ يَسْتَغْرِقُ نِصْفَهُمْ ، جَزَّاهُمْ جُزْأَيْنِ ، وَأَقْرَعْنَا بَيْنَهُمْ بَسْمُ^(٥) دَيْنٍ وَسَهْمِ تَرْكَةٍ ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمٌ^(٦) الدَّيْنِ ، بَيَعَ فِيهِ ، ثُمَّ يُفْرَغُ بَيْنَ الْبَاقِينَ بَسْمُ حُرِّيَّةٍ وَسَهْمَى رِقٍّ كَمَا ذَكَرْنَا .

(١) بعده فى الأصل : « ممالك » .

(٢) تقدم تخريجه فى صفحة ٢٣ .

(٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٢١ .

(٤) فى الأصل : « ثلاثة » .

(٥) فى الأصل : « بسهمى » .

(٦) فى الأصل : « سهمى » .

فصل : ولو أعتقهم وتُله (١) يَحْتَمِلُهُمْ ، فَأَعْتَقْنَاهُمْ ، ثم ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ
يَسْتَعْرِقُهُمْ ، بِغَنَاهُمْ فِيهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ قَالَ الْوَرِثَةُ : نَحْنُ نَقْضِي الدَّيْنَ
وَنُجِزُ الْعِتْقَ . اِحْتَمَلَ أَنَّ لَهُمْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمَانِعَ إِنَّمَا هُوَ الدَّيْنُ ، فَإِذَا قُضِيَ ،
زَالَ الْمَانِعُ ، فَثَبَتَ الْعِتْقُ ، وَاحْتَمَلَ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُمْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْغُرَمَاءَ تَتَعَلَّقُ
حُقُوقُهُمْ بِالتَّرِكَةِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْوَرِثَةُ إِبْطَالَهَا بِالْقَوْلِ ، لَكِنْ إِذَا قَضَوْا الدَّيْنَ ،
فَلَهُمْ اسْتِثْنَاءُ الْعِتْقِ . وَإِنْ أَعْتَقْنَا بَعْضَهُمْ بِالْقُرْعَةِ ، ثُمَّ ظَهَرَ عَلَيْهِ دَيْنٌ
يَسْتَعْرِقُ بَعْضَهُمْ ، اِحْتَمَلَ أَنْ يَبْطُلَ الْعِتْقُ فِي الْجَمِيعِ ، كَمَا لَوْ اقْتَسَمَ
الشُّرَكَاءُ ثُمَّ ظَهَرَ لَهُمْ شَرِيكٌ ثَالِثٌ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يَبْطُلَ بِقَدْرِ الدَّيْنِ ؛ لِأَنَّ
بُطْلَانَهُ لِأَجْلِ الدَّيْنِ ، فَيَقْدَرُ بِقَدْرِهِ . وَلَوْ أَعْتَقْنَا مِنْهُمْ وَاحِدًا
يَعْجِزُ (٢) تُلُّهُ عَنْ أَكْثَرِ مِنْهُ ، ثُمَّ ظَهَرَ لَهُ (٣) مَالٌ يَخْرُجُونَ مِنْ تُلُّهِ ، وَتَبَيَّنَا أَنَّ
الْبَاقِينَ كَانُوا أَحْرَارًا مِنْ حِينَ أَعْتَقَهُمْ ، فَيَكُونُ [و٢٦٣] كَسْبُهُمْ لَهُمْ ؛
لأنَّهم (٤) يَخْرُجُونَ مِنَ التُّلِّثِ .

فصل : فَإِنْ مَاتَ بَعْضُهُمْ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمْ ، فَإِنْ خَرَجَتْ لِمَيِّتٍ حَسَبْنَاهُ
مِنَ التَّرِكَةِ ، وَقَوَّمْنَاهُ حِينَ الْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ بِذَلِكَ مِنَ التَّرِكَةِ . وَإِنْ
خَرَجَتْ لِحَيٍّ ، نَظَرْنَا فِي الْمَيِّتِ ؛ فَإِنْ مَاتَ فِي حَيَاةِ الْمُغْتِقِ أَوْ بَعْدَهَا قَبْلَ
قَبْضِ الْوَارِثِ ، لَمْ يُحَسَبْ مِنَ التَّرِكَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَصِلْ إِلَى الْوَارِثِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « ثَلَاثَةٌ » .

(٢) فِي ف : « لَعَجَز » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « لَمْ » .

فتكون التَّرَكَةُ^(١) الحَيَيْنِ^(٢) ، فَيَكْمَلُ ثُلُثُهُمَا^(٣) مِمَّنْ وَقَعَتْ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ ،
وَتُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُ حِينَ^(٤) إغْتَاقِهِ ؛ لِأَنَّهُ^(٥) حِينَ إِثْلَافِهِ . وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ عَنْ
أَبِي بَكْرٍ أَنَّ الْمَيِّتَ يُحْسَبُ مِنَ التَّرَكَةِ ،^(٦) وَيَعْتَقُ مَنْ تَقَعُ عَلَيْهِ الْقُرْعَةُ إِنْ
خَرَجَ مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّا حَسَبْنَاهُ مِنَ التَّرَكَةِ^(٦) إِذَا وَقَعَتْ الْقُرْعَةُ لَهُ ،
فكَذَلِكَ إِذَا وَقَعَتْ لغيره . فَإِنْ مَاتَ بَعْدَ قَبْضِ الْوَارِثِ ، حُسِبَ مِنْ^(٧)
التَّرَكَةِ ؛ لِأَنَّهُ وَصَلَ إِلَيْهِ .

فصل في كَيْفِيَّةِ الْقُرْعَةِ : قال أحمدُ : بِأَيِّ شَيْءٍ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ ، وَقَعَ
الْحُكْمُ بِهِ ، سَوَاءً كَانَتْ رِقَاعًا أَوْ خَوَاتِيمَ . وَذَلِكَ لِأَنَّ^(٨) الشَّرْعَ وَرَدَ
بِالْقُرْعَةِ ، وَلَمْ يَرِدْ بِكَيْفِيَّتِهَا ، فَوَجِبَ رَدُّهَا إِلَى مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأِسْمُ مِمَّا تَعَارَفَهُ
النَّاسُ . وَالْأَخْوَاطُ أَنْ تُقْطَعَ رِقَاعٌ مُتَسَاوِيَةٌ يُكْتَبُ فِي كُلِّ رُقْعَةٍ اسْمُ ذِي
السَّهْمِ ، ثُمَّ تُجْعَلَ فِي بِنَادِقٍ طِينٍ أَوْ شَمْعٍ مُتَسَاوِيَةٍ ، ثُمَّ تُغَطَّى بِثَوْبٍ ،
وَيُقَالُ لِرَجُلٍ : أَدْخِلْ يَدَكَ فَأَخْرِجْ بُنْدُقَةً . فَيَقْضُهَا^(٩) ، وَيَعْلَمُ مَا فِيهَا ، فَإِنْ
كَانَ الْقَصْدُ عِثْقَ الثُّلُثِ ، جُزِيَ الْعَبِيدُ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ، فَإِنْ أُمِكنَ تَجْزِئَتُهُمْ

(١) في م : « لتركه » .

(٢) في الأصل : « للحيين » .

(٣) في الأصل : « ثلثها » .

(٤) في ف : « من » .

(٥) في م : « لا » .

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

(٧) في الأصل : « في » .

(٨) في الأصل : « أن » .

(٩) في ف : « فيقصها » .

بالْعَدَدِ وَالْقِيَمَةِ ، كَسِيتَهُ أَغْبَدَ قِيَمَتُهُمْ مُتَسَاوِيَةً ، جَعَلْنَا كُلَّ اثْنَيْنِ جُزْءًا ، كَمَا
فَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ فِيهِمْ . وَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُمْ مُخْتَلِفَةً ، إِلَّا أَنَّا إِذَا ضَمَمْنَا قَلِيلَ
الْقِيَمَةِ إِلَى كَثِيرِهَا ، صَارَ اثْلَاثًا ، فَعَلْنَا ذَلِكَ .

وَأِنْ أُمَكْنَ تَعْدِيلُهُمْ بِالْقِيَمَةِ دُونَ الْعَدَدِ ، كَسِيتَهُ قِيَمَةُ أَحَدِهِم الثُّلُثُ ،
وَقِيَمَةُ اثْنَيْنِ الثُّلُثُ ، وَقِيَمَةُ ثَلَاثَةِ الثُّلُثُ ، جَزَأْنَاهُمْ بِالْقِيَمَةِ .

وَأِنْ لَمْ يُمَكِنْ تَعْدِيلُهُمْ بِقِيَمَةٍ^(١) وَلَا عَدَدٍ ، كَثْمَانِيَّةً أَغْبَدَ قِيَمَتُهُمْ مُخْتَلِفَةً
أَوْ مُتَسَاوِيَةً ، اخْتَمَلَ أَنْ لَا نُجَزِّئَهُمْ^(٢) ، بَلْ نُخْرِجُ قُرْعَةَ الْحُرِّيَّةِ لَوَاحِدٍ وَاحِدٍ ،
حَتَّى يُسْتَوْفَى^(٣) الثُّلُثُ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ نُقَارِبَ بَيْنَهُمْ ، وَنُجَزِّئَهُمْ ثَلَاثَةَ أَجْزَاءٍ ،
فَنَجْعَلَ ثَلَاثَةَ جُزْءًا ، وَثَلَاثَةَ جُزْءًا ، وَاثْنَيْنِ جُزْءًا ، فَإِنْ خَرَجَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى
زَائِدٍ عَلَى الثُّلُثِ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَ مَنْ وَقَعَتْ لَهُمُ الْقُرْعَةُ ، فَكَمَّلْنَا الْحُرِّيَّةَ فِي
بَعْضِهِمْ ، وَتَمَمْنَا الثُّلُثَ مِنَ الْبَاقِينَ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى مَا دُونَ الثُّلُثِ ،
عَتَقُوا ، وَأَعَدْنَا الْقُرْعَةَ لِتَكْمِيلِ الثُّلُثِ مِنَ الْبَاقِينَ .

وَأِنْ أَعْتَقَ عَبْدَيْنِ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا مِثْلًا قِيَمَةِ الْآخَرِ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا بِسَهْمِ
حُرِّيَّةٍ وَسَهْمِ رِقٍّ ، فَإِنْ وَقَعَ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ لِلْأَدْنَى ، عَتَقَ ، وَإِنْ وَقَعَ لِلْأَكْثَرِ ،
عَتَقَ نِصْفَهُ . فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَةُ أَحَدِهِمَا مِائَتَيْنِ وَالْآخَرِ ثَلَاثِمِائَةٍ ، جَمَعْنَا
قِيَمَتَهُمَا ، ثُمَّ أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَ لَهُ سَهْمُ الْحُرِّيَّةِ ، ضَرَبْنَا قِيَمَتَهُ فِي

(١) فِي الْأَصْلِ : « بِالْقِيَمَةِ » .

(٢) فِي ف : « يَخْرِجُهُمْ » .

(٣) فِي ف : « يَسْتَوْفَى » .

ثَلَاثَةً ، وَنَسَبْنَا قِيَمَتَهَا^(١) إِلَى الْمُرْتَفِعِ بِالضَّرْبِ ، فَمَا خَرَجَ مِنَ النَّسَبَةِ^(٢) ، عَتَقَ
مِنَ الْعَبْدِ قَدْرَهُ ، فَإِذَا وَقَعَتْ عَلَى الذِّى قِيَمَتُهُ مِائَتَانِ ، ضَرْبَانَهُ فِي ثَلَاثَةٍ ،
صَارَ [٢٦٣ ظ] سِتِّمِائَةً ، وَنَسَبْنَا قِيَمَتَهُمَا إِلَى ذَلِكَ ، تَجِدُهَا خَمْسَةَ أَسْدَاسِهِ ،
فَيُعْتَقُ مِنْهُ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ . وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الْآخِرِ ، عَتَقَ^(٣) خَمْسَةَ
أَسْدَاسِهِ ؛ لِذَلِكَ . وَهَكَذَا يُصْنَعُ فِي أَمْثَالِ ذَلِكَ .

فصل : إِذَا أُعْتَقَ الْأُمَّةَ وَهِيَ حَامِلٌ ، عَتَقَ جَنِينُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي الْبَيْعِ
وَالْهَبَةِ ، فِي الْعِتْقِ أَوَّلَى . فَإِنْ اسْتَشْنَى جَنِينَهَا ، لَمْ يَغْتَقْ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ
عُمَرَ أَنَّهُ أُعْتَقَ أُمَّةٌ وَاسْتَشْنَى مَا فِي بَطْنِهَا^(٤) . وَلِأَنَّهَا ذَاتُ حَمْلٍ ، فَصَحَّ^(٥)
اسْتِثْنَاءُ حَمْلِهَا ، كَمَا لَوْ بَاعَ نَخْلَةً لَمْ تُؤَبَّرْ فَاشْتَرَطَ ثَمَرَتُهَا . وَقَالَ الْقَاضِي :
يُخْرَجُ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِيمَا إِذَا اسْتَشْنَى ذَلِكَ فِي الْبَيْعِ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ
مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ أُعْتَقَ جَنِينُهَا وَحْدَهُ ، لَمْ تَغْتَقْ هِيَ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ تَابِعَةٌ لَهُ ،
فَلَا تَغْتَقُ بَعْتِقَهُ ، كَمَا لَوْ أُعْتَقَ بَعْدَ الْوِلَادَةِ .

فصل : وَإِذَا كَانَ الْعَبْدُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّ
شَرِيكَهَ أُعْتَقَ نَصِيبَهُ ، لَمْ يَخُلْ مِنْ أَحْوَالِ ثَلَاثَةٍ ؛ أَحَدُهَا : أَنْ يَكُونَ
مُوسِرَيْنِ ، فَيَصِيرَ الْعَبْدُ حُرًّا ؛ لِاعْتِرَافِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِحُرِّيَّتِهِ بِإِعْتَاقِ

(١) فِي ف : « قِيَمَتُهُمَا » .

(٢) فِي ف : « السِّتَّة » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، وَبَعْدَهُ فِي م : « مِنْهُ » .

(٤) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي ٥٤ / ٣ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

شَرِيكِهِ ، وَيَتَقَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَدَّعِي عَلَى شَرِيكِهِ قِيمَةَ حَقِّهِ مِنْهُ . فَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيِّنَةً ، خَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِمَالِكِهِ ، وَبَرَى . وَإِنْ نَكَلَ أَحَدُهُمَا ، قُضِيَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَكَلَا جَمِيعًا ، تَسَاقَطَ حَقُّهُمَا . وَلَا وِلَاءَ عَلَى الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ أَحَدٌ . فَإِنْ اعْتَرَفَ بِهِ أَحَدُهُمَا بَعْدَ ذَلِكَ ، ثَبَتَ لَهُ ^(١) ، سَوَاءً كَانَ عَدْلِيْنٌ أَوْ فَاسِقِيْنٌ .

الحَالُ الثَّانِي : أَنْ يَكُونَا مُغْسِرَيْنِ ، فَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ كُلِّ ^(٢) وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا اعْتِرَافَ فِيهِ بِالْحُرِّيَّةِ ، لِعَدَمِ السَّرَايَةِ فِي إِعْتَاقِ الْمُغْسِرِ . فَإِنْ كَانَ فَاسِقِيْنِ ، فَلَا عِبْرَةَ بِقَوْلِهِمَا ، وَإِنْ كَانَ عَدْلِيْنِ ، فَلِلْعَبْدِ أَنْ يَخْلِفَ مَعَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَيَصِيرَ حُرًّا ، أَوْ يَخْلِفَ مَعَ أَحَدِهِمَا ، وَيَصِيرَ نِصْفَهُ حُرًّا . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَدْلًا وَالْآخَرُ فَاسِقًا ، فَلَهُ أَنْ يَخْلِفَ مَعَ الْعَدْلِ . هَذَا إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْحُرِّيَّةَ تَثْبُتُ بِشَاهِدٍ وَبِمَيْنٍ . وَلَا وِلَاءَ لَوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ .

وَالْحَالُ الثَّلَاثُ : أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مُوسِرًا وَالْآخَرُ مُغْسِرًا ، فَيُعْتَقَ نَصِيبُ الْمُغْسِرِ وَحْدَهُ ؛ لِاعْتِرَافِهِ بِحُرِّيَّتِهِ ، لِأَنَّهُ يَعْتَرِفُ بِعِتْقِ الْمُوسِرِ الَّذِي يَشْرِي إِلَى نَصِيبِهِ ، وَيَتَقَى نَصِيبُ الْمُوسِرِ رَقِيقًا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا اعْتَرَفَ بِإِعْتَاقِ شَرِيكِهِ الَّذِي لَا يَشْرِي ، فَلَا يُؤْثَرُ . فَإِنْ كَانَ الْمُغْسِرُ عَدْلًا ، فَلِلْعَبْدِ أَنْ يَخْلِفَ مَعَ شَهَادَتِهِ ، وَيَصِيرَ حُرًّا إِذَا قُلْنَا : إِنَّ الْحُرِّيَّةَ تَثْبُتُ بِشَهَادَةٍ وَبِمَيْنٍ .

(١) بعده في س ٢ : « ذلك » .

(٢) سقط من : الأصل .

فصل : وإن ادَّعى أحدُ الشَّرِيكَيْنِ أَنَّ شَرِيكَه أَعْتَقَ نَصِيْبَه ، وهما مُوسِرَانِ ، أو المدَّعى عليه مُوسِرٌ وحده ، عَتَقَ نَصِيْبُ المدَّعى وحده ؛ لاَعْتِرَافَه بِحُرِّيَّتِه ، وبَقِيَ نَصِيْبُ المدَّعى عليه رَقِيْقًا . وإن كانا مُعْسِرَيْنِ ، أو المدَّعى عليه مُعْسِرًا ، لم يَعْتَقْ منه شيءٌ . فإن اشْتَرَى المدَّعى نَصِيْبَ صاحِبِه ، عَتَقَ ولم يَسْرِ إلى نَصِيْبِه ؛ لأنَّ عِتْقَه باَعْتِرَافَه بِحُرِّيَّتِه لا بِاِعْتَاقِه .

فصل : إذا ادَّعى العَبْدُ أن سَيِّدَه أَعْتَقَه ، وأقامَ شاهِدًا ، حَلَفَ مع شاهِدِه ، وصارَ حُرًّا ، في إحدَى الروايتَيْنِ . والأُخْرَى ، [٢٦٤ و] لا يَثْبُتُ ذلك بِشاهِدٍ وِثْمِيٍّ ؛ لأنَّه ليس بِمَالٍ ، ولا الْمُقْصُودُ منه المَالُ ، فَأُشْبِهَ الطَّلَاقَ .

فصل : إذا مات رجلٌ وخَلَّفَ ابْنَيْنِ ^(١) ، وَعَبْدَيْنِ مُتَسَاوِيَيْ الْقِيَمَةِ ، فاعْتَرَفَ كُلُّ واحدٍ منهما بِعِتْقِ أَحَدِ الْعَبْدَيْنِ ، عَتَقَ مِنْ كُلِّ واحدٍ ثُلُثُه ، ولكلِّ واحدٍ مِنَ الْاِثْنَيْنِ سُدُسُ الْعَبْدِ الَّذِي اعْتَرَفَ بِعِتْقِه ، وَنِصْفُ الْآخَرِ ؛ لأنَّه يَزْعُمُ أَنَّ ثُلْثِي الْعَبْدِ الَّذِي اعْتَرَفَ بِعِتْقِه حُرٌّ ، وَيَبْقَى ثُلُثُه ، لكلِّ واحدٍ منهما سُدُسُه . وإن قال أحدهما : أَبِي أَعْتَقَ هَذَا . وقال الْآخَرُ : أَبِي أَعْتَقَ أَحَدَهُمَا لا أَذْرِي مَنْ مِنْهُمَا . أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ عَلَى الْآخَرِ ، عَتَقَ مِنْ كُلِّ واحدٍ ثُلُثُه ، كَالَّتِي قَبْلَهَا ؛ لأنَّ الْقُرْعَةَ قَائِمَةٌ مَقَامَ تَغْيِيْنِه ، وَإِنْ وَقَعَتْ عَلَى الَّذِي اعْتَرَفَ أَخُوهُ بِعِتْقِه ، عَتَقَ ثُلَاثَه ، إِلَّا أَنْ يُجِيزَا عِتْقَه كَامِلًا ، وصارَ كَالْمُتَّفَقِ ^(٢) عَلَى عِتْقِه .

(١) في س ٢ : « اثنين » .

(٢ - ٢) في ف : « عليه » .

بَابُ تَغْلِيْقِ الْعِتْقِ بِالصِّفَةِ

ويجوزُ تَغْلِيْقُ الْعِتْقِ بِصِفَةٍ ، نَحْوَ قَوْلِهِ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ .
أَوْ : إِنْ أَعْطَيْتَنِي أَلْفًا فَأَنْتَ حُرٌّ . لِأَنَّهُ عِتْقٌ بِصِفَةٍ ، فَجَازٌ ، كَالْتَّذِيرِ . وَلَا
يَعْتَقُ قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ بِكَمَالِهَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ عُلقَ عَلَى شَرْطٍ ، فَلَا يَثْبُتُ
قَبْلَهُ ، كَالْجُعْلِ فِي الْجَعَالَةِ .

وإن قال ذلك في مرضٍ مَوْتِهِ ، اعْتَبِرَ مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَعْتَقَهُ لَاعْتَبِرَ
مِنَ الثُّلُثِ ، فَإِذَا عَقَدَهُ كَانَ أَوَّلَى . وَإِنْ قَالَهُ فِي الصُّحَّةِ ، فَهُوَ مِنْ ^(١) رَأْسِ
الْمَالِ ، سَوَاءٌ وَجِدَتِ الصِّفَةُ فِي الصُّحَّةِ أَوْ فِي ^(٢) الْمَرَضِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَّهِمٍ
بِالْإِضْرَارِ بِالْوَرَثَةِ فِي تِلْكَ الْحَالِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : إِنْ وَجِدَتِ الصِّفَةُ فِي
الْمَرَضِ ، فَهُوَ مِنَ الثُّلُثِ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَرَثَةِ قَدْ تَعَلَّقَ بِالثُّلَاثِينَ ، فَلَمْ يَنْقُذْ إِعْتَاقُهُ
فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ نَجَزَ الْعِتْقَ . وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، بَطَلَتْ ؛
لِأَنَّ مِلْكَهُ يَزُولُ بِمَوْتِهِ ^(٣) ، فَتَبْطُلُ تَصَرُّفَاتُهُ ^(٤) بِزَوَالِهِ .

وإن قال : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ . ففیه روایتان ؛

(١) فِي الْأَصْلِ : « فِي » .

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي س ٢ : « بِمِلْكِهِ » .

(٤) فِي م : « تَصَرُّفُهُ » .

إحداهما ، لا تَنَعِدُ هذه الصِّفَةُ ؛ لأنَّه عُلِقَ عِتْقُهُ عَلَى صِفَةٍ تُوجَدُ بَعْدَ زَوَالِ
مِلْكِهِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو قال : إن دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ بَيْعِي إِيَّاكَ فَأَنْتَ
حُرٌّ . والثَّانِيَةُ ، تَنَعِدُ ؛ لأنَّه إِغْتَاقٌ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَصَحَّ ، كما لو قال : أَنْتَ
حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي .

فصل : وإن عُلِقَ عِتْقُ أُمْتِهِ عَلَى صِفَةٍ وَهِيَ حَامِلٌ ، تَبِعَهَا وَلَدُهَا فِي
ذَلِكَ ؛ لأنَّه كَعُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا . فَإِنْ وَضَعْتَهُ قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، ثُمَّ
وُجِدَتْ ، عَتَقَ الْوَلَدُ ؛ لأنَّه تَابِعٌ فِي الصِّفَةِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَ فِي الْبَطْنِ .
وإن عُلِقَ عِتْقُهَا وَهِيَ حَائِلٌ ^(١) ثُمَّ وَجِدَتْ الصِّفَةُ وَهِيَ حَامِلٌ ، عَتَقَتْ هِيَ
وَحَمْلُهَا ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ وَجَدَ فِيهَا وَهِيَ حَامِلٌ ، فَتَبِعَهَا وَلَدُهَا ، كَالْعِتْقِ
الْمُطْلَقِ . وإن حَمَلَتْ ، ثُمَّ وَلَدَتْ وَوُجِدَتْ الصِّفَةُ ، لَمْ يَغْتِقِ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّ
الصِّفَةَ لَمْ تَتَعَلَّقْ بِهِ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ ^(٢) يَتَّبِعُهَا ؛ قِيَاسًا عَلَى وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ .
وإن بَطَلَتِ الصِّفَةُ بَيْعٍ أَوْ مَوْتٍ ، لَمْ يَغْتِقِ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَتَّبِعُهَا فِي ^(٣) الْعِتْقِ
لَا ^(٤) فِي الصِّفَةِ ، فَإِذَا لَمْ تُوجَدْ فِيهَا ، لَمْ تُوجَدْ فِيهِ ، بِخِلَافِ وَلَدِ الْمُدَبَّرَةِ ،
[٢٦٤ ظ] فَإِنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي التَّذْيِيرِ ، فَإِذَا بَطَلَ فِيهَا ، بَقِيَ فِيهِ .

فصل : وإذا عُلِقَ الْعِتْقُ بِصِفَةٍ ، لَمْ يَمْلِكْ إِبْطَالُهَا بِالْقَوْلِ ؛ لِأَنَّهُ
كَالتَّذِيرِ ^(٤) ، وَيَمْلِكُ مَا يُزِيلُ الْمِلْكَ فِيهِ مِنَ الْبَيْعِ وَغَيْرِهِ . فَإِنْ بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ ،

(١) فِي ف : « حَامِلٌ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) فِي ف : « كَالْتَّذْيِيرِ » .

فَالصِّفَةُ بِحَالِهَا ؛ لِأَنَّ التَّغْلِيْقَ وَالصِّفَةَ وَجَدَا فِي مِلْكِهِ ، فَعَتَقَ ^(١) ، كَمَا لَوْ لَمْ يَزُلِ الْمَلِكُ . فَإِنْ وَجِدَتِ الصِّفَةُ بَعْدَ زَوَالِ الْمَلِكِ ، ثُمَّ اشْتَرَاهُ ، فَهَلْ تَعُودُ الصِّفَةُ ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تَعُودُ ؛ لِأَنَّهَا انْحَلَّتْ بِوُجُودِهَا ^(٢) ، فَلَمْ تَعُدْ ، كَمَا لَوْ انْحَلَّتْ بِوُجُودِهَا فِي مِلْكِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، تَعُودُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ الصِّفَةُ الَّتِي يَغْتِقُ بِهَا ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ عَادَ إِلَى مِلْكِهِ قَبْلَ وُجُودِ الصِّفَةِ ، وَلِأَنَّ الْمَلِكَ مُقَدَّرٌ فِي الصِّفَةِ ، فَكَأَنَّهُ قَالَ : إِذَا دَخَلْتَ الدَّارَ وَأَنْتَ فِي ^(٣) مِلْكِي فَأَنْتَ حُرٌّ . وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ عَلِقَ الْعِتْقَ عَلَى صِفَةٍ قَبْلَ الْمَلِكِ ، فَقَالَ لِعَبْدٍ أَعْجَنِي : إِذَا دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ . ثُمَّ مَلَكَهُ ، وَدَخَلَ الدَّارَ ، لَمْ يَغْتِقْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ تَنْجِيزَ الْعِتْقِ ، فَلَا يَمْلِكُ تَغْلِيْقَهُ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا ^(٤) عِتْقَ قَبْلَ مَلِكٍ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ الطَّيَالِسِيُّ ^(٥) . وَإِنْ قَالَ : إِنْ مَلَكَتُكَ فَأَنْتَ حُرٌّ . أَوْ : إِنْ مَلَكَتُ فُلَانًا فَهُوَ حُرٌّ . فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَغْتِقُ ؛ لِذَلِكَ . وَالثَّانِيَةُ ، يَغْتِقُ إِذَا مَلَكَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ الْعِتْقَ إِلَى حَالِ يَمْلِكُ عِتْقَهُ فِيهِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَ التَّغْلِيْقُ فِي مِلْكِهِ .

وَإِنْ قَالَ الْحُرُّ : كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَهُوَ حُرٌّ . فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ قَالَ ذَلِكَ الْعَبْدُ ، ثُمَّ عَتَقَ وَمَلَكَ ، فَهَلْ يَغْتِقُ عَلَيْهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛

(١) فِي ف : « بَعَتَق » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « فِي مَلِكٍ الْمُشْتَرَى » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) فِي مُسْنَدِهِ صَفْحَةُ ٢٣٤ . مِنْ حَدِيثِ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ .

أَحَدُهُمَا ، يَعْتِقُ عَلَيْهِ ، كَالْحُرِّ . وَالثَّانِي ، لَا يَعْتِقُ^(١) ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ^(٢) لَا يَمْلِكُ^(٣) ، فَلَا يَصِحُّ مِنْهُ التَّغْلِيْقُ .

وَلَوْ قَالَ الْحُرُّ : آخِرُ مَمْلُوكٍ اشْتَرِيهِ^(٤) فَهُوَ حُرٌّ . وَقُلْنَا بِصِحَّةِ التَّغْلِيْقِ ، فَمَتَى مَاتَ تَبَيَّنَّا^(٥) حُصُولَ الْحُرِّيَّةِ لِآخِرِ مَمْلُوكٍ اشْتَرَاهُ مِنْ حِينَ الشُّرَاءِ ، فَيَكُونُ اكْتِسَابُهُ^(٦) لَهُ . فَإِنْ أَشْكَلَ الْآخِرُ مِنْهُمْ ، أَقْرِعْ يَبْتَنَّهُمْ لِإِخْرَاجِ الْحُرِّ . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لِأَمَّتِهِ : أَوَّلُ وَلَدٍ^(٧) تَلِدِيْنَهُ فَهُوَ حُرٌّ . فَوَلَدَتْ اثْنَيْنِ^(٨) ، أَقْرِعْ يَبْتَنَّهُمَا إِذَا أَشْكَلَ أَوَّلُهُمَا خُرُوجًا .

(١) بعده في م : « عليه » .

(٢ - ٢) في س ٢ : « حر » .

(٣) في ف : « اشتريته » .

(٤) في ف : « تبنتنا » .

(٥) في الأصل ، ف : « أكسابه » .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في م : « ابنين » .

بَابُ التَّدْبِيرِ

وَمَعْنَاهُ تَغْلِيْقُ الْحُرِّيَّةِ بِالْمَوْتِ .

وَصَرِيحُهُ : أَنْتَ حُرٌّ . أَوْ : عَتِيقٌ ، بَعْدَ مَوْتِي . أَوْ : أَنْتَ مُدَبَّرٌ . أَوْ : قَدْ دَبَّرْتُكَ . لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ مَوْضُوعٌ لَهُ ، فَكَانَ صَرِيحًا فِيهِ ، كَلَفِظَ الْعِتْقَ فِي الْإِغْتَاقِ .

وَهُوَ مُسْتَحَبٌّ ؛ لِأَنَّهُ يُقْصَدُ بِهِ الْعِتْقُ .

وَيُعْتَبَرُ مِنَ الثَّلَاثِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ ^(١) بِالْمَالِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَهُوَ كَالْوَصِيَّةِ . وَنَقَلَ عَنْهُ حَنْبَلٌ أَنَّهُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَلَيْسَ عَلَيْهِ عَمَلٌ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ أَنَّهُ كَانَ قَوْلًا قَدِيمًا ^(٢) رَجَعَ عَنْهُ .

فصل : وَيَجُوزُ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا ، فَالْمُطْلَقُ كَمَا ذَكَرْنَا ، وَالْمُقَيَّدُ نَحْوُ أَنْ يَقُولَ : إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا . أَوْ : فِي هَذَا الْبَلَدِ ، فَأَنْتَ حُرٌّ . لِأَنَّهُ تَغْلِيْقٌ عَلَى صِفَةٍ ، فَجَازٌ مُطْلَقًا وَمُقَيَّدًا . وَالْمُقَيَّدُ كَتَغْلِيْقِهِ عَلَى دُخُولِ الدَّارِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَنْتَ حُرٌّ [و٢٦٥] بَعْدَ مَوْتِي . جَازٌ ؛ لِأَنَّهُ تَغْلِيْقٌ عَلَى صِفَةٍ ، فَجَازٌ تَغْلِيْقُهُ عَلَى صِفَةٍ أُخْرَى ، كَمَا ذَكَرْنَا . فَإِنْ دَخَلَ الدَّارَ فِي

(١) فِي ف : « مَتَبَرَعٌ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « وَرَبَّمَا » .

حَيَاةِ السَّيِّدِ ، فَهُوَ مُدَبَّرٌ ، وَإِنْ لَمْ يَدْخُلْ حَتَّى مَاتَ ، بَطَلَتِ الصِّفَةُ بِالْمَوْتِ ؛
لَأَنَّهُ يَزُولُ بِهِ الْمَلِكُ ، وَلَمْ يُوجَدْ التَّذْيِيرُ ، لِعَدَمِ شَرْطِهِ .

فصل^(١) : وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِشَهْرٍ . فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛
إِحْدَاهُمَا ، يَغْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ عُلِقَ عِتْقُهُ عَلَى صِفَةٍ بَعْدَ مَوْتِهِ ، أَشْبَهَ قَوْلَهُ : إِذَا
دَخَلْتَ الدَّارَ بَعْدَ مَوْتِي فَأَنْتَ حُرٌّ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَغْتَقُ ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ بَعْدَ
قَرَارِ مِلْكٍ غَيْرِهِ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ اسْتَقَرَّ مِلْكُهُمْ عَلَيْهِ بِالْبَيْعِ .

فصل^(٢) : وَيَجُوزُ تَذْيِيرُ^(٣) الْمُعْلَقِ عِتْقَهُ عَلَى صِفَةٍ ، وَتَغْلِيْقُ عِتْقِ الْمُدَبَّرِ عَلَى
صِفَةٍ ؛ لِأَنَّ التَّذْيِيرَ تَغْلِيْقٌ عَلَى صِفَةٍ ، فَلَا يَمْنَعُ التَّغْلِيْقُ عَلَى صِفَةٍ أُخْرَى ،
كَغَيْرِهِ مِنَ الصِّفَاتِ . فَإِنْ وُجِدَتْ إِحْدَاهُمَا ، عَتَقَ ، وَبَطَلَتِ الْأُخْرَى ؛
لِزَوَالِ الرُّقِّ قَبْلَ وُجُودِهَا .

وَيَجُوزُ تَذْيِيرُ الْمَكَاتِبِ ، كَمَا يَجُوزُ تَغْلِيْقُ عِتْقَهُ عَلَى صِفَةٍ . وَتَجُوزُ كِتَابَةُ
الْمُدَبَّرِ ، كَمَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهُ نَفْسَهُ . فَإِذَا كَاتَبَهُ وَدَبَّرَهُ ، فَأَدَّى كِتَابَتَهُ قَبْلَ
مَوْتِ سَيِّدِهِ ، عَتَقَ وَبَطَلَ التَّذْيِيرُ . وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ الْأَدَاءِ ، عَتَقَ بِالتَّذْيِيرِ
إِنْ حَمَلَ الثُّلُثُ مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، وَبَطَلَتِ الْكِتَابَةُ . وَإِنْ لَمْ يَحْمِلْهُ
الثُّلُثُ ، عَتَقَ مِنْهُ قَدْرُ الثُّلُثِ ، وَسَقَطَ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ بِقَدْرِ مَا عَتَقَ ، وَهُوَ
عَلَى الْكِتَابَةِ فِيمَا بَقِيَ . وَمَا فِي يَدِهِ مِنَ الْكَسْبِ لَهُ فِي الْحَالِيْنِ ؛ لِأَنَّهُ كَانَ
مَمْلُوكًا لَهُ ، وَلَمْ يُوجَدْ مَا يُخْرِجُهُ عَنْ يَدِهِ^(٣) ، فَبَقِيَ لَهُ^(٤) ، كَمَا لَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ

(١) هذا الفصل زيادة من : س ٢ .

(٢) في ف : « تغليق » .

(٣) في ف : « ملكه » .

(٤) سقط من : الأصل .

مَالِ الْكِتَابَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ كِتَابَةُ الْمُدَبِّرِ رُجُوعًا فِي تَذْيِيرِهِ ، إِنْ قُلْنَا :
إِنَّهُ يَمْلِكُ إِبْطَالَهُ بِالرُّجُوعِ فِيهِ .

وَلَا يَصِحُّ تَذْيِيرُ أُمِّ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهَا تَسْتَحِقُّ الْعِتْقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا بِسَبَبِ
مُؤَكَّدٍ ، فَلَا يُفِيدُ التَّذْيِيرُ . وَلَوْ اسْتَوْلَدَ الْمُدَبِّرَةُ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهَا ؛ لِذَلِكَ .

فصل : ويجوزُ بَيْعُ الْمُدَبِّرِ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ رَجُلًا مِنَ
الْأَنْصَارِ أَعْتَقَ غُلَامًا لَهُ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُ ، فَاحْتَاجَ ، فَقَالَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ يَشْتَرِيهِ مِنِّي ؟ » . فَبَاعَهُ مِنْ نُعَيْمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ
بِثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ ، فَدَفَعَهَا إِلَيْهِ ، وَقَالَ : « أَنْتَ أَخَوُجُ مِنْهُ » . ^(١) مُتَّفَقٌ
عَلَيْهِ . ^(٢) « لِأَنَّهُ » ^(٣) إِمَّا وَصِيَّةٌ أَوْ ^(٤) تَغْلِيْقٌ عَلَى صِفَةٍ ، وَأَيُّهُمَا كَانَ لَمْ يَمْنَعْ
الْبَيْعَ . وَعَنْ أَحْمَدَ ^(٥) : لَا يُبَاعُ إِلَّا فِي الدِّينِ ، أَوْ حَاجَةِ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ
ﷺ إِنَّمَا بَاعَهُ لِحَاجَةِ صَاحِبِهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُدَبِّرَةِ خَاصَّةً ؛ لِأَنَّ
يَبْعُهَا إِبَاحَةً فَرَجَهَا . وَالْحُكْمُ فِي هَبِّهِ وَوَقْفِهِ كَالْحُكْمِ فِي يَبْعِهِ .

وَأَكْسَابُهُ ^(٥) وَمَنَافِعُهُ وَأَرْشُ الْجَنَائِيَةِ عَلَيْهِ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ كَالْقَيْنِ . وَإِنْ جَنَى
فَسَيِّدُهُ بِالْخِيَارِ بَيْنَ فِدَائِهِ أَوْ تَسْلِيمِهِ لِلْبَيْعِ ، كَالْقَيْنِ . فَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ

(١ - ١) فِي م : « رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ وَمُسْلِمٌ وَالنَّسَائِيُّ » .

وَالْحَدِيثُ تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي ٨/٣ .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) فِي م : « وَإِمَّا » .

(٤) بَعْدَهُ فِي م : « أَنَّهُ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، م : « أَكْسَابُهُ » .

ذلك ، عتق ، وأزش جنايته في تركته ؛ لأنه عتق من جهته ، فتعلق الأرش بماله ، كالمُنَجَّر . وإن كانت الجناية لا تستغرق قيمته ، فبيع بعضه فيها ، فباقيه باق على التذير ؛ لأن المانع اختص ببعضه ، فوجب أن يختص المنع به^(١) .

فصل : وإذا زال ملكه عن المدبر ببيع أو غيره ، ثم عاد إليه ، رجع التذير بحاله ؛ لأنه علق العتق بصفة^(٢) ، فلم يتطل بالبيع ، كالتعليق بدخول الدار . وفيه وجه آخر ، أنه يتطل بالبيع ؛ لأنه وصية ، فبطل بالبيع ، كالوصية له^(١) بمال .

فصل : ولو دبره ثم قال : قد رجعت في تذييري . أو : أبطلته . لم يتطل ؛ لأنه تعليق بصفة ، فأشبهه تعليق بدخول الدار . وعنه ، يتطل ؛ لأنه [٢٦٥ ظ] تصرف معلق بالموت يُعتبر من الثلث ، فأشبهه الوصية . وإن قال للمدبر : إن أدت إلي ورثتي ألفاً فانت حر . فهو رجوع ؛ لأنه وقفه على أداء ألف ، وذلك منافي للتذير ، فأشبهه قوله : رجعت في تذييري . والصبي كالبالغ في هذا ، لأنه مثله في التذير ، فكان مثله في الرجوع فيه .

فصل : وإذا دبر أحد الشريكين نصيبه ، لم يشر إلى نصيب شريكه ؛ لأنه تعليق للعتق بصفة ، أو وصية ، وكلاهما لا يشرى . ويحتمل أن

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « على صفة » .

يُضْمَنَ وَيَصِيرَ كُلُّهُ مُدَبَّرًا لَهُ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ يُوجِبُ الْعِتْقَ بِالْمَوْتِ ، فَسَرَى ،
كَالِاسْتِيلَادِ . فَإِنْ أُعْتِقَ الْآخَرُ نَصِيبَهُ ، سَرَى الْعِتْقُ إِلَى جَمِيعِهِ ، وَقَوْمٌ عَلَيْهِ
نَصِيبٌ شَرِيكِهِ ؛ لِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ ^(١) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسَرَى الْعِتْقُ فِيهِ ، إِذَا
قُلْنَا : إِنَّهُ لَا ^(٢) يَجُوزُ بَيْعُهُ .

فصل : وما وَلَدَتِ الْمُدَبَّرَةُ بَعْدَ تَذْيِيرِهَا ، فَوَلَدَهَا بِمَنْزِلَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا تَسْتَحِقُّ
الْحُرِّيَّةَ بِالْمَوْتِ ، فَتَبِعَهَا ^(٣) وَلَدَهَا ^(٤) ، كَأُمِّ الْوَلَدِ . وَلَا يَتَّبِعُهَا وَلَدُهَا الْمَوْجُودُ
قَبْلَ التَّذْيِيرِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّبِعُ فِي حَقِيقَةِ الْعِتْقِ ، فَفِي تَعْلِيْقِهِ أَوْلَى . وَذَكَرَ أَبُو
الْخَطَّابِ فِيهِ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يَتَّبِعُهَا فِي التَّذْيِيرِ .

وإن دَبَّرَ عَبْدَهُ ، ثُمَّ أَذِنَ لَهُ فِي التَّسَرُّي ، فَوَلَدَ لَهُ وَلَدٌ ، لَمْ يَكُنْ مُدَبَّرًا ؛
لِأَنَّ أُمَّهُ غَيْرُ مُدَبَّرَةٍ . وَعِنَهُ ، أَنَّهُ يَصِيرُ مُدَبَّرًا ؛ لِأَنَّهُ وَلَدَهُ مِنْ أُمِّهِ ، فَيَتَّبِعُهُ ،
كَوَلَدِ الْحُرِّ . وَإِذَا صَارَ الْوَلَدُ مُدَبَّرًا لِتَذْيِيرِ أُمِّهِ ، فَيَطْلُ تَذْيِيرُهَا لِبَيْعِهَا أَوْ ^(٥)
الرَّجُوعِ فِي تَذْيِيرِهَا ، لَمْ يَطْلُ فِي وَلَدِهَا ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ الْحُرِّيَّةَ ^(٦) ، فَلَمْ
يَطْلُ حَقُّهُ لِمَعْنَى وَجَدَ فِي غَيْرِهِ ، كَمَا لَوْ بَاشَرَهُ بِالتَّذْيِيرِ .

فصل : وَيَصِحُّ تَذْيِيرُ الصَّبِيِّ الْمُمَيَّرِ وَالسَّفِيهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي صِحَّةِ ^(٤)

(١) تقدم تخريجه في ٣/ ٥١٤، ٥١٥.

(٢) سقط من : م .

(٣) في م : « فیتبعها » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م : « و » .

(٦) في الأصل : « بالحرية » .

وَصِيَّتَهُمَا . وَيَصِحُّ تَذْيِيرُ الْكَافِرِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ إِغْتَاقُهُ . فَإِنْ أَسْلَمَ مُدَبَّرُهُ ، أُمِرَ بِإِزَالَةِ مِلْكِهِ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْكَافِرَ لَا يُمَكَّنُ مِنْ اسْتِدَامَةِ الْمَلِكِ عَلَى مُسْلِمٍ مَعَ إِمْكَانِ بَيْعِهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يُبَاعُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ الْحُرِّيَّةَ بِالمَوْتِ ، فَأُشْبِهَ أُمُّ الْوَلَدِ إِذَا أَسْلَمَتْ ، وَلَكِنْ تُزَالُ يَدُهُ عَنْهُ ، وَيُنْفَقُ عَلَيْهِ مِنْ كَسْبِهِ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ ذَا كَسْبٍ ، فَتَفَقُّهُ عَلَى سَيِّدِهِ ، كَأُمِّ الْوَلَدِ إِذَا أَسْلَمَتْ .

وَإِنْ دَبَّرَ الْمُرْتَدُّ عَبْدَهُ ، كَانَ تَذْيِيرُهُ مَوْقُوفًا ، كَسَائِرِ تَصَرُّفَاتِهِ ، فَإِنْ أَسْلَمَ ، تَبَيَّنَّا صِحَّةَ تَذْيِيرِهِ ، وَإِنْ مَاتَ عَلَى الرَّدَّةِ ، تَبَيَّنَّا بُطْلَانَهُ . وَعَنْهُ ^(١) ، أَنَّ مِلْكَهُ يَزُولُ بِنَفْسِ ^(٢) الرَّدَّةِ ، فَيَكُونُ تَذْيِيرُهُ بَاطِلًا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ . وَإِنْ ارْتَدَّ بَعْدَ التَّذْيِيرِ ، وَقُتِلَ بِرَدَّتِهِ ، أَوْ مَاتَ ، بَطَلَ التَّذْيِيرُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ زَالَ فِي حَيَاتِهِ ، وَإِنْ رَجَعَ ، صَحَّ تَذْيِيرُهُ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا بَقَاءَ مِلْكِهِ أَوْ رُجُوعَهُ إِلَيْهِ بِإِسْلَامِهِ بَعْدَ زَوَالِهِ .

فصل : إِذَا ادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ دَبَّرَهُ ، فَأَنْكَرَ ^(٣) ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(٤) . فَإِنْ أَقَامَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « عَنْ أَحْمَد » .

(٢) فِي ف : « بَيِّقِينَ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « فَأَنْكَرَهُ » .

(٤) بَعْدَهُ فِي س ٢ : « رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ بِمَعْنَاهُ » ، وَفِي م : « رَوَاهُ مُسْلِمٌ وَابْنُ خَالٍ بِمَعْنَاهُ » .
وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ ﴿ إِنْ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا ﴾ ، مِنْ كِتَابِ التَّفْسِيرِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤٣ / ٦ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَقْضِيَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٣٣٦ / ٣ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ عِظَةِ الْحَاكِمِ عَلَى الْيَمِينَ ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَضَاءِ . الْمَجْتَبَى ٢١٨ / ٨ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْبَيِّنَةِ عَلَى الْمُدَّعَى وَالْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٧٧٨ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٤٢ / ١ ، ٣٤٣ ، ٣٥١ ، ٣٦٣ . وَانْظُرْهُ مُخْتَصَرًا فِي : سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٣٧٩ / ٢ . وَعَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٨٨ / ٦ .

العَبْدُ يَبِينُهُ ، ثَبَتَ تَذْيِيرُهُ . وَهَلْ يَكْفِي شَاهِدٌ وَبَيِّنٌ ، أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ، أَمْ لَا
يَكْفِي إِلَّا رَجُلَانِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي الْعِتْقِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا
تُسْمَعَ دَعْوَى الْعَبْدِ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ «السَّيِّدَ لَهُ» الرُّجُوعُ فِي التَّذْيِيرِ . وَهَلْ
يَكُونُ إنْكَارُ التَّذْيِيرِ رُجُوعًا عَنْهُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الْوَصِيَّةِ .

فصل : وَإِنْ قَتَلَ الْمُدَبِّرُ [٢٦٦و] سَيِّدَهُ ، بَطَلَ تَذْيِيرُهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ
عُلُقَ بِالْمَوْتِ مِنْ غَيْرِ فِعْلٍ ، فَأَبْطَلَهُ الْقَتْلُ ، كَالِإِزْثِ وَالْوَصِيَّةِ .

بَابُ الْكِتَابَةِ

وهي مَنُذُوبٌ إليها في حَقٍّ مَن يَعْلَمُ فيه خَيْرًا ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ ^(١) . يَعْنِي كَسْبًا وَأَمَانَةً فِي قَوْلِ أَهْلِ التَّفْسِيرِ . وعنه رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهَا وَاجِبَةٌ ، إِذَا دَعَا الْعَبْدُ الَّذِي فِيهِ خَيْرٌ سَيِّدَهُ إِلَيْهَا ؛ لظَاهِرِ الْآيَةِ ، وَلأنَّ عُمَرَ أَجْبَرَ أَنَسًا عَلَى كِتَابَةِ سِيرِينَ ^(٢) . وَالأَوَّلُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهُ إِغْتِاقٌ بِعَوَظٍ ، فَلَمْ يَجِبْ ، كَالِاسْتِشْعَاءِ ، وَالْآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى النَّذْبِ ، وَقَوْلُ عُمَرَ يُخَالِفُهُ فِعْلُ أَنَسٍ .

فَأَمَّا مَن لَا كَسْبَ لَهُ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُكْرَهُ كِتَابَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَلًّا عَلَى النَّاسِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا تُكْرَهُ ؛ لِعُمُومِ الْأَخْبَارِ فِي فَضْلِ الْإِغْتِاقِ . وَإِنْ دَعَا هَذَا سَيِّدَهُ إِلَى الْكِتَابَةِ ، لَمْ يُجْبَرْ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَإِنْ دَعَا ^(٣) السَّيِّدُ عَبْدَهُ ^(٣) إِلَى الْكِتَابَةِ ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ إِغْتِاقٌ عَلَى مَالٍ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كَغَيْرِ الْكِتَابَةِ .

فصل : وَلَا تَنْعَقِدْ إِلَّا بِالْقَوْلِ ، وَتَنْعَقِدْ بِقَوْلِهِ : كَاتِبُكَ عَلَى كَذَا . لِأَنَّهُ

(١) سورة النور ٣٣ .

(٢) ذكره البخاري معلقا بصيغة الجزم ، في : باب إثم من قذف مملوكه ، من كتاب المكاتب . صحيح البخاري ١٩٨ / ٣ . ووصله عبد الرزاق ، في : المصنف ٣٧١ / ٨ ، ٣٧٢ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٣١٩ / ١٠ .

(٣ - ٣) في س ٢ : « العبد سيده » .

لَفْظُهَا الْمَوْضُوعُ لَهَا ، فَانْعَقَدَتْ بِهِ ، كَلَفْظِ النِّكَاحِ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُشْتَرَطَ ^(١) أَنْ يَقُولَ : إِذَا أَدَّيْتُ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ . لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ ، فَاعْتَبِرْ ذِكْرَهُ . وَالْأَوَّلُ ^(٢) أَوْلَى .

فصل : ولا تصح إلا من جائز التصرف ، مُسْلِمًا كان أو كَافِرًا ؛ لِأَنَّهَا تَصَرُّفٌ فِي الْمَالِ ، فَأُشْبِهَتْ الْبَيْعَ . فَأَمَّا الْمُمَيِّزُ مِنَ الصُّبْيَانِ ، فَيَصِحُّ ^(٣) أَنْ يُكَاتِبَ عَبْدَهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ ، وَلَا يَصِحُّ بغيرِ إِذْنِهِ ، كَمَا فِي بَيْعِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَصِحَّ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ . وَإِنْ كَاتَبَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ الْمُمَيِّزَ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّ إِيْجَابَ سَيِّدِهِ لَهُ لِلْكِتَابَةِ إِذْنٌ مِنْهُ فِي قَبُولِهَا . وَإِنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ الْمُجْتَنُونَ أَوْ الطُّفْلَ ، فَهُوَ عَقْدٌ بَاطِلٌ ، وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ ، إِلَّا أَنْ الْقَاضِي قَالَ : يَغْتَقُ بِالْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ تَغْلِيْقُ الْحُرِّيَّةَ ^(٤) بِالْأَدَاءِ ، فَإِذَا بَطَلَتِ الْكِتَابَةُ ، كَانَ عِتْقُهَا ^(٥) بِحُكْمِ الصِّفَةِ الْمُحْضَةِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَغْتَقُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ لَيْسَتْ بِصِفَةٍ ، وَلَا يُعْتَبَرُ ذِكْرُ الصِّفَةِ فِيهَا بِحَالٍ .

فصل : ولا تصح إلا على عوض ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَأُشْبِهَتْ الْبَيْعَ . وَمِنْ شَرْطِهِ أَنْ يَكُونَ مُؤَجَّلًا ؛ لِأَنَّ جَعْلَهُ حَالًا يُفْضِي إِلَى الْعَجْزِ عَنْ أَدَائِهِ ، وَفَسْخِ الْعَقْدِ بِذَلِكَ ، فَيَفُوتُ الْمَقْصُودُ . وَأَنْ يَكُونَ مُنْجَمًا نُجْمَيْنِ فَصَاعِدًا ،

(١) بعده في الأصل : « فيه » .

(٢) في الأصل : « الأولى » .

(٣) في الأصل : « فيحاسب » .

(٤) في الأصل : « بالحرية » .

(٥) في الأصل : « عتقها » .

فى قول أبى بكر، وظاهر كلام الخرقى؛ لأنّ عليّاً قال: الكِتابةُ على نجمين، والإيتاء من الثانى^(١). وقال ابنُ أبى موسى: يجوزُ جعلُ المالِ كله فى نجمٍ واحدٍ؛ لأنّه عقدٌ شرط فيه التأجيلُ، فجاز على نجمٍ واحدٍ، كالسّلم، ولأنّ القصدَ بالتأجيلِ إمكانُ التسليمِ عنده، ويحصلُ ذلك فى النّجم الواحدِ. والأخوطةُ نجمانِ فصاعداً. ويجبُ أن تكونَ النّجومُ معلومةً، ويعلمَ فى كلِّ نجمٍ قدرُ المؤدى، وأن يكونَ العوضُ معلوماً بالصفة؛ لأنّه عوضٌ فى الذّمة، فوجب فيه العلمُ بذلك، كالسّلم. ولا تصحُّ إلا على عوضٍ يصحُّ السّلم فيه؛ لما ذكرناه. وذكر القاضى أنّه يَحْتَمِلُ أن تصحَّ على عبْدٍ [٢٦٦ظ] مُطلَقٍ؛ بناءً على قوله فى النّكاح والخلع. والصحيح ما قدّمنا.

فصل: وتجاوزُ الكِتابةُ على المنافع؛ لأنّها تثبتُ فى الذّمة بالعقد، فجازت الكِتابةُ عليها، كالمال. وتجاوزُ على مالٍ و^(٢) خِدمة؛ لأنّ كلَّ واحدٍ منهما يصحُّ أن يكونَ عوضاً مُفرداً^(٣)، فصَحَّ مع الآخر، كالمالين. فإن كاتبه على خِدمة شهرٍ، أو شهرين متواليين، فهو كالنّجم الواحد؛ لأنّها مُدّة واحدة. وإن قال: على أن تخدمنى شهراً، ثم تخدمنى عَقيبه شهراً آخر. صحَّ؛ لأنّهما نجمان. وإن قال: على خِدمة شهرٍ، ودينارٍ بعده بيوم. صحَّ؛ لأنّهما نجمان. وإن جعلَ الدّينارَ مع انقضاء الشهر، أو فى

(١) أخرجه ابن أبى شيبة، فى: المصنف ٦/ ٣٩٠. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ١٠/ ٣٤٢.

(٢) فى م: «أو».

(٣) فى م: «منفرداً».

أثنائه ، صَحَّ ؛ لأنَّ الخِدْمَةَ بِمَنْزِلَةِ الْعَوَضِ الْحَالِّ ، فَصَارَ كَالْأَجَلَيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُمَا فِي مُدَّةٍ وَاحِدَةٍ ، فَكَانَا نَجْمًا وَاحِدًا . وَإِنْ جَعَلَ^(١) الدِّينَارَ حَالًا عَقِيبَ الْعَقْدِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ حَالٌ مَعْجُوزٌ عَنْهُ ، بِخِلَافِ الخِدْمَةِ ، فَإِنَّهَا وَإِنْ كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ الْحَالِّ فَهُوَ قَادِرٌ عَلَيْهَا .

فصل : وَالكِتَابَةُ عَقْدٌ لَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ فسخَها بحالٍ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَمْلِكُهُ . وَلَا يَمْلِكُ السَّيِّدُ فسخَها قَبْلَ عَجْزِ الْمَكَاتِبِ ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ مِنْهُ بِالْعَوَضِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ قَبْلَ الْعَجْزِ عَنْهُ ، كَالْبَيْعِ . وَلِلْعَبْدِ الْامْتِنَاعُ مِنَ الْأَدَاءِ ؛ لِأَنَّهُ جُعِلَ شَرْطًا فِي عِتْقِهِ ، فَلَمْ يُلْزَمْهُ ، كَذُخُولِ الدَّارِ . وَلَا يَنْطَلُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، وَلَا جُنُونِهِ ، وَلَا الْحَجْرِ عَلَيْهِ ، وَلَا جُنُونِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ . وَيَنْتَقِلُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ إِلَى وَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ لِمَوْرُوثِهِمْ ، فَانْتَقَلَ إِلَيْهِمْ ، كَالْقَيْنِ . فَإِذَا أَدَّى إِلَيْهِمْ ، عَتَقَ ، وَوَلَاؤُهُ لِمَكَاتِبِهِ ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ وَجَدَ مِنْهُ^(٢) .

وَلَا يَجُوزُ شَرْطُ الْخِيَارِ فِي الْكِتَابَةِ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ شُرْعٌ لِدَفْعِ الْغَبْنِ عَنِ الْمَالِ ، وَالسَّيِّدُ دَخَلَ عَلَى بَصِيرَةٍ أَنَّ الْحَظَّ لِعَبْدِهِ ، فَلَا مَعْنَى لِلْخِيَارِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى الْفَسْخِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يُلْحَقُهُ الْفَسْخُ بِالْعَجْزِ عَنِ الْمَالِ ، فَجَازَ فسخُهُ بِالتَّرَاضِي ، كَالْبَيْعِ .

فصل : وَيَجُوزُ بَيْعُ الْمَكَاتِبِ ؛ لِأَنَّ بَرِيرَةَ قَالَتْ لِعَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ

(١) فِي ف : « حَصَلَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِ » .

عنها : يا أُمَّ الْمُؤْمِنِينَ ، إِنِّي كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ ، فِي كُلِّ عَامٍ أُوقِيَّةً ، فَأَعِينَنِي عَلَى كِتَابَتِي . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِعَائِشَةَ : « اشْتَرِيهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَلأنَّه سَبَبٌ يَجُوزُ فَسْخُوحُهُ ، فَلَمْ يَمْنَعْ الْبَيْعَ ، كَالْتَذِيرِ . وَعَنْهُ ، لَا يَجُوزُ ^(٢) يَتَّعُهُ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْعِتْقِ ثَبَتَ لَهُ عَلَى وَجْهِ لَا يَسْتَقِلُّ السَّيِّدُ بِرَفْعِهِ ^(٣) ، فَمَنْعَ الْبَيْعِ ، كَالِاسْتِيلَادِ . وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ . فَإِنْ بَاعَهُ ، لَمْ تَبْطُلِ الْكِتَابَةُ ؛ لِأَنَّهَا عَقْدٌ لَازِمٌ ، فَلَمْ تَبْطُلْ بَيْعُهُ ، كَالنِّكَاحِ ، وَيَكُونُ فِي يَدِ مُشْتَرِيهِ مُبْقَى ^(٤) عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ كِتَابَتِهِ ، « فَإِذَا أَدَّى » عَتَقَ ، وَوَلَاؤُهُ لَهُ . وَإِنْ عَجَزَ ، فَلَهُ الْفَسْخُ ، وَيَعُودُ رَقِيقًا لَهُ ؛ لِأَنَّ الْبَائِعَ نَقَلَ مَا لَهُ مِنَ الْحَقِّ فِيهِ إِلَى الْمُشْتَرِي ، فَصَارَ بِمَنْزِلَتِهِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْمُشْتَرِي أَنَّهُ مُكَاتَبٌ ، فَلَهُ الْخِيَارُ بَيْنَ فَسْخِ الْبَيْعِ وَأَخْذِ مَا بَيْنَهُ سَلِيمًا وَمُكَاتَبًا ؛ لِأَنَّهُ عَيْبٌ ، فَأُشْبِهَ سَائِرَ الْغُيُوبِ . وَالْحُكْمُ فِي هَبَّتِهِ ^(٥) وَالْوَصِيَّةِ بِهِ كَالْحُكْمِ فِي بَيْعِهِ ؛ لِأَنَّهُ نَقْلٌ لِلْمَلِكِ فِيهِ . وَلَا يَجُوزُ وَقْفُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُعَرَّضٌ لَزَوَالِ الرِّقِّ فِيهِ ، وَالْوَقْفُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ مُسْتَقَرًّا .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى الْمُكَاتَبُ مُكَاتَبًا آخَرَ ، صَحَّ ، سَوَاءً اشْتَرَاهُ [٢٦٧و] مِنْ سَيِّدِهِ أَوْ مِنْ أَجْنَبِيٍّ ؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَّ أَهْلٌ لِلشُّرَاءِ ، وَالْمَبِيعَ مَحَلٌّ لَهُ ،

(١) تقدم تخريجه في ٣/٥٧، ٥٨.

(٢) بعده في ف : « له » .

(٣) في الأصل : « بدفعه » ، وفي ف : « لرفعه » .

(٤) في الأصل : « فيبقى » .

(٥ - ٥) في الأصل : « فإن ادعى » .

(٦) في ف : « عتقه » .

فَصَحَّ ، كما لو اشْتَرَى عَبْدًا . فَإِنْ عَادَ الْمَبِيعُ فَاشْتَرَى سَيِّدَهُ ، لَمْ يَصِحَّ ؛
لأنَّه لَا يَصِحُّ أَنْ يَمْلِكَ مَالِكَهُ^(١) .

(١) إلى هنا ينتهى المجلد الأول ، من النسخة المصورة من جامعة الإمام محمد بن سعود ، والرموز
لها ب (س ٢) .

بَابُ مَا يَمْلِكُهُ الْمَكَاتِبُ وَمَا لَا يَمْلِكُهُ

يَمْلِكُ الْمَكَاتِبُ اكْتِسَابَ الْمَالِ بِالْبَيْعِ وَالْإِجَارَةِ ، وَالْأَخْذَ بِالشُّفْعَةِ ، وَأَخْذَ الصَّدَقَةِ وَالْهَبَةِ ، وَكَسْبَ الْمُبَاحَاتِ ، وَالسَّفَرَ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَسْبَابِ الْكَسْبِ . وَهُوَ مَعَ الْمَوْلَى كَالْأَجْنَبِيِّ فِي ضَمَانِ الْمَالِ ، وَبَذْلِ الْمَنَافِعِ ، وَأَرْشِ الْجَنَائِيَّاتِ ، وَجَرَيَانِ الرَّبَا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ صَارَ بِمَا بَذَلَهُ مِنَ الْعَوَضِ كَالْحُرِّ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا رَبَا بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ مِلْكٌ لِسَيِّدِهِ . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَلَا بَأْسَ أَنْ يُعْجَلَ الْمَكَاتِبُ لِسَيِّدِهِ وَيَضَعَ عَنْهُ بَعْضَ كِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّ مَالَ الْكِتَابَةِ لَيْسَ بِمُسْتَقَرٍّ ، وَلِذَلِكَ لَا يَصِحُّ ضَمَانُهُ ، فَلَيْسَ بِدَيْنٍ صَحِيحٍ ، فَكَأَنَّ السَّيِّدَ أَخَذَ بَعْضًا وَأَسْقَطَ بَعْضًا .

فصل : وَيَمْلِكُ التَّصَرُّفُ فِي الْمَالِ بِمَا يَعُودُ بِمَصْلَحَتِهِ ^(١) وَمَصْلَحَةِ مَالِهِ ، فَيَجُوزُ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ أَهَمِّ مَصَالِحِهِ ، وَعَلَى رَقِيقِهِ وَحَيَوَانَاتِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَفْدِيَ نَفْسَهُ وَرَقِيقَهُ فِي الْجَنَائِيَّةِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَصْلَحَتَهُ ، وَلَهُ أَنْ يَخْتِنَ غُلَامَهُ وَيُؤَدِّبَهُ ؛ لِأَنَّهُ صَلاَحٌ لِلْمَالِ ، وَلَهُ أَنْ يَقْتَصَّ مِنَ الْجَنَائِيَّةِ عَلَيْهِ وَعَلَى رَقِيقِهِ ، وَيَأْخُذَ ^(٢) الْأَرْشَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ مَصْلَحَتَهُ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ وَأَبُو الْخَطَّابِ : لَا قِصَاصَ لَهُ فِي جِنَايَةِ بَعْضِ رَقِيقِهِ عَلَى بَعْضٍ ؛

(١) فِي ف ، م : « لِمَصْلَحَتِهِ » .

(٢) فِي ف : « أَخْذَ » .

لأنّ فيه إتلاف المال على سيّده .

فصل : وليس له إقامة الحدّ على رقيقه ؛ لأنّ طريقه الولاية ، والمكاتب ليس من أهل الولاية . وليس له أن يتصدّق ولا يتبرّع ، ولا يُعتق الرقيق ، ولا يُحجّ بماله ، ولا يهب ، ولا يُحايى ، ولا يُتريّ من الدّين ، ولا يُكفّر بالمال ، ولا يُنفق على أقاربه ، ولا يُقرض ، ولا يُسرف في النّفقة على نفسه ؛ لأنّ حقّ السيّد متعلّق^(١) بأكسابه ، فإنّه ربّما عجز فصار إلى سيّده . وإن كانت له^(٢) أمة مزوّجة ، لم يملك بذل العوض في خلعيها ، ولا تعجيل قضاء دين مؤجل ، لأنّه تبرّع بمنع التصرف في المال من غير حاجة إليه . وإن كان مكاتباً بين نفسين ، لم يكن له تقديم حقّ أحدهما ؛ لأنّ ما يُقدّمه يتعلّق به حقّ الآخر . ولا يملك فداء جنايته أو جناية رقيقه بأكثر من قيمته ؛ لأنّ الفداء كالإتياع . ولا يملك التّزوج ولا التّسرى ؛ لأنّه تلزمه النّفقة والمهر في التّزويج ، ولا يأمن حبّل الأمة فتتلف بالولادة . وما فعل من هذا كلّه بإذن سيّده ، جاز ؛ لأنّ المنع لأجله ، فجاز بإذنه ، كتصرف الرّاهن بإذن المرتهن . وإن وهب المولى أو أقرضه ، أو حاباه ، أو فدى جنايته عليه بأكثر من أرشها ، جاز ؛ لاتّفاقهما عليه .

فصل : وليس له التصرف إلا على وجه الحظّ والاحتياط ؛ لأنّ حقّ المولى متعلّق بأكسابه^(٣) ، فلا يبيع نساء وإن أخذ به رهناً أو ضميناً .

(١) في الأصل : « معلق » .

(٢) زيادة من : ف .

(٣) في م : « باكتسابه » .

وَيَحْتَمِلُ الْجَوَازُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الْمُضَارِبِ . [٢٦٧ ظ] وَإِنْ بَاعَ مَا يُسَاوِي مِائَةً بِمِائَةٍ نَقْدًا وَعِشْرِينَ نَسِيئَةً ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ . وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُضَارِبَ بِمَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُخَاطِرُ بِهِ ، وَلَا يَزْهَنُهُ ، لِأَنَّهُ يُخْرِجُ مَالَهُ بِغَيْرِ عَوَضٍ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَجُوزُ لَهُ رَهْنُهُ وَالْمُضَارَبَةُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَرَى الْحَظَّ فِيهِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ لَوْلَى الْيَتِيمِ فِعْلُهُ فِي ^(١) مَالِ الْيَتِيمِ ، فَجَازَ ، كِجَارَتِهِ .

فصل : وَإِذَا اسْتَوْلَدَ أُمَّتَهُ ، صَارَتْ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ مِنْهُ فِي مِلْكِهِ ، وَلَيْسَ لَهُ يَتُّعُهَا . نَصَّ عَلَيْهِ . وَتَكُونُ هِيَ ^(٢) «وَوَلَدُهُ مِنْهَا» مَوْقُوفِينَ ؛ إِنْ عَتَقَ ^(٣) بِالْكِتَابَةِ ، عَتَقَ ^(٣) الْوَلَدَ ، وَأُمُّهُ ^(٤) «أُمُّ وَلَدٍ» ، وَإِنْ رَقَّ ، رَقَّا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ آخَرَ أَنَّ الْأُمَّةَ لَا تَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِمَمْلُوكٍ ، وَلَهُ يَتُّعُهَا .

وَلَيْسَ لَهُ مُكَاتَبَةٌ رَقِيقُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ . وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ ، فَمِلْكُهُ ، كَالْبَيْعِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : إِعْتَاقُهُ وَكِتَابَتُهُ مَوْقُوفَانِ ^(٥) ، «إِنْ أَدَّى وَهُمَا» فِي مِلْكِهِ ، نَفَذًا ، وَإِلَّا بَطَلَا ، كَالْقَوْلِ فِي ذَوَى أَرْحَامِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ تَبَرُّعٌ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَالْهِبَةِ .

وَمَنْ لَا يَصِحُّ إِعْتَاقُهُ لَا تَصِحُّ كِتَابَتُهُ ، كَالْمَأْذُونِ ، وَلَيْسَ لَهُ تَزْوِيجُ الرَّقِيقِ . وَحُكِيَ عَنِ الْقَاضِي أَنَّ لَهُ تَزْوِيجَ الْأُمَّةِ دُونَ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ .

(١) فِي ف : «فِيمَا» .

(٢ - ٢) فِي م : «وَوَلَدَهَا مِنْهُ» .

(٣) فِي الْأَصْلِ : «أَعْتَقَ» .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥) فِي ف : «مَوْقُوفٌ» .

(٦ - ٦) فِي ف : «فَإِنْ أَدَاهُمَا» .

وقال أبو الخطاب : له تزويجهما إذا رأى المصلحة فيه ؛ لأنه تصرف في الرقيق بما^(١) فيه^(٢) المصلحة ، فجاز ، كختان العبد . والأول أصح ؛ لأن في التزويج ضرراً بالمال ونقصاً في القيمة ، وليس هو من جهات المكاسب .

قال القاضي : وله أن يشتري ذوى رحميه ؛ لأنه لا ضرر على السيد فيهم ، فإنه إن عجز فهم^(٣) عبيد ، وإن عتق لم يضر السيد عتقهم . وقال أبو الخطاب : ليس له شراؤهم ؛ لأنه يئذل ماله فيما لا يجوز له التصرف فيه ، ويلزمه نفقتهم^(٤) ، لكن يصح أن يملكهم بالهبة والوصية ، أو بالشراء بإذن السيد . وعلى كلا القولين ، إذا ملكهم لم يعتقوا بمجرد ملكه لهم ؛ لأنه لا يملك إعتاقهم بالقول ، فلا يحصل العتق بالملك القائم مقامه . ولا يملك بيعهم ولا إخراجهم عن ملكه ؛ لأن من يعتق عليه ينزل منزلة جزئه ، فلم يجز بيعه ، كبعضه . فإن أدى عتق ، وكمل ملكه فيهم ، فعتقوا حينئذ ، وولاؤهم له دون سيده ، وإن رق ، رقوا ، ونفقتهم على المكاتب ؛ لأنهم عبيده . وإن أعتقهم السيد ، لم يصح ؛ لأنهم ليسوا عبيداً له .

وإن اشترى المكاتب زوجته ، أو المكاتبه زوجها ، صح ؛ لأنه يملك التصرف فيه . وإذا ملك أحدهما صاحبه ، انفسخ النكاح ؛ لأنه لا يجتمع ملك اليمين وملك النكاح . ولو زوج ابنته^(٥) من مكاتبه ، فمات السيد قبل

(١) بعده في ف : « له » .

(٢) بعده في الأصل : « من » .

(٣) في الأصل : « فإنهم » .

(٤) في ف ، م : « نفقته » .

(٥) في ف : « ابنة » .

عِتْقِهِ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهَا لَمَّا مَلَكَتْهُ أَوْ جُزْءًا مِنْ أَجْزَائِهِ ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ،
كَمَا لَوْ اشْتَرَتْهُ .

فصل : وَإِنْ حَبَسَ الْمُكَاتَبَ أَجْنَبِيٌّ عَنِ التَّصَرُّفِ ، فَعَلَيْهِ أُجْرَةٌ مِثْلُهُ ؛
لَأَنَّهُ قَوَّتْ مَنَافِعَهُ ، فَلَزِمَهُ عِوَضُهَا ، كَالْعَبْدِ . وَإِنْ حَبَسَهُ سَيِّدُهُ ، فَفِيهِ ثَلَاثَةٌ
أَوْجُهٌ ، أَحَدُهَا ، تَلْزِمُهُ أُجْرَةٌ مِثْلُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِي ، لَا يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ
بِمُدَّةِ الْحَبْسِ ؛ لِأَنَّهُ ^(١) يَلْزِمُهُ تَمْكِينُهُ مِنَ التَّصَرُّفِ مُدَّةَ الْكِتَابَةِ ، فَإِذَا مَنَعَهُ ، لَمْ
يُحْتَسَبْ بِهَا عَلَيْهِ . وَالثَّالِثُ ، يَلْزِمُهُ أَرْفُقُ الْأَمْرَيْنِ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ وُجِدَ سَبَبُهُمَا ،
فَكَانَ لِلْمُكَاتَبِ أَنْفَعُهُمَا . وَإِنْ قَهَرَهُ أَهْلُ الْحَرْبِ فَحَبَسُوهُ ، لَمْ يَلْزَمْ السَّيِّدَ
إِنْظَارُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ مِنْ غَيْرِ جِهَتِهِ .

[٢٦٨و] **فصل :** وَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ وَطْءُ مُكَاتَبَتِهِ ^(٢) مِنْ غَيْرِ ^(٣) شَرْطٍ ؛ لِأَنَّهُ
زَالَ مِلْكُهُ عَنْ اسْتِخْدَامِهَا وَأَرْشِ الْجَنَائَةِ عَلَيْهَا ، ^(٤) فَزَالَ حِلُّ وَطْئِهَا ،
كَالْمُعْتَقَةِ . وَإِنْ شَرَطَهُ فِي عَقْدِ الْكِتَابَةِ ، صَحَّ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ مَنَفْعَتَهَا
مَعَ بَقَاءِ مِلْكِهِ عَلَيْهَا ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ شَرَطَ خِدْمَتَهَا مُدَّةً . فَإِنْ وَطِئَهَا مَعَ
الشَّرْطِ ، فَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُهَا ، فَأَشْبَهَ وَطْءَ أُمٍّ وَلَدِهِ . وَإِنْ وَطِئَهَا مِنْ
غَيْرِ شَرْطٍ ، أُدْبَ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ وَطْئًا مُحَرَّمًا ، وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَتُهُ ،
وَلَهَا عَلَيْهِ مَهْرٌ مِثْلُهَا ، سِوَاءِ أَكْرَهَهَا أَوْ طَاوَعَتْهُ ؛ لِأَنَّهُ عِوَضُ مَنَفْعَتِهَا ،
فَوَجِبَ لَهَا ، كَمَا لَوْ اسْتَخْدَمَهَا . وَإِنْ عَلِقَتْ مِنْهُ ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ ، لِأَنَّهُ وَلَدُهُ

(١) بعده في الأصل : « لا » .

(٢ - ٢) في ف : « بغير » .

(٣ - ٣) في م : « فلا يحل وطؤها » .

مِنْ أُمِّهِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ ؛ لِذَلِكَ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ أَحْبَلَهَا بِحُرٍّ^(١)
فِي^(٢) مِلْكِهِ ، وَالكِتَابَةُ بِحَالِهَا ، فَإِنْ أَدَّتْ ، عَتَقَتْ ، وَإِنْ عَجَزَتْ ، عَتَقَتْ
بِمَوْتِهِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، وَمَا فِي يَدِهَا لَوْرَثَةُ سَيِّدِهَا . وَإِنْ مَاتَ
السَّيِّدُ قَبْلَ عَجْزِهَا ، عَتَقَتْ ؛ لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ لَهَا^(٣) سَبَبَانِ يَقْتَضِيَانِ الْعِتْقَ ،
فَأَيُّهُمَا سَبَقَ عَتَقَتْ بِهِ .

وَمَا فِي يَدِهَا لَهَا . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ إِذَا وَقَعَ فِي الْكِتَابَةِ لَا
يُطْلُ حُكْمُهَا ، وَلِأَنَّ الْمَلِكَ كَانَ ثَابِتًا لَهَا ، وَالْعِتْقُ لَا يَقْتَضِي زَوَالَهُ عَنْهَا ،
فَأُشْبِهَ مَا لَوْ عَتَقَتْ بِالْإِبْرَاءِ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ . وَقَالَ الْخِرَقِيُّ وَأَبُو الْخَطَّابِ : مَا
فِي يَدِهَا لَوْرَثَةُ سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّهَا عَتَقَتْ بِحُكْمِ الْاِسْتِيلَادِ ، فَأُشْبِهَ غَيْرَ الْمُكَاتَبَةِ .
وَلَوْ أَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا ، أَوْ عَتَقَتْ بِالتَّذْيِيرِ ، احْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ كَذَلِكَ ، وَاحْتَمَلُ
أَنْ يَكُونَ مَا فِي يَدِهَا لَهَا بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ إِعْتَاقَهَا بِرِضَا مِنَ الْمُعْتَقِ رِضًا مِنْهُ
يَاْعُطَايُهَا مَالَهَا ، بِخِلَافِ الْعِتْقِ^(٤) بِالْاِسْتِيلَادِ .

فصل : وَوْلَدُ الْمُكَاتَبَةِ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا بَعْدَ كِتَابَتِهَا بِمَنْزِلَتِهَا ؛ لِأَنَّهَا
اسْتَحَقَّتِ الْحُرِّيَّةَ بِسَبَبِ قَوِيٍّ ، فَتَبِعَهَا وَلَدُهَا ، كَأُمِّ الْوَلَدِ ، وَسَوَاءٌ حَمَلَتْ بِهِ
بَعْدَ الْكِتَابَةِ أَوْ كَانَتْ حَامِلًا بِهِ عِنْدَ كِتَابَتِهَا ، وَنَفَقَتُهُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ تَبِعَهَا فِي
حُكْمِهَا ، وَكَسْبِهِ لَهَا ؛ لِذَلِكَ ، وَإِنْ قُتِلَ ، فَقِيمَتُهُ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ جُزْئِهَا ،

(١) فِي م : « بجزء » .

(٢) فِي الْأَصْل : « مِنْ » .

(٣) فِي م : « بِهَا » .

(٤) فِي ف : « الْمُعْتَق » .

وَبَدَلَ^(١) جَزْيَهَا لَهَا . فَإِنْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ ، نَفَذَ عِتْقَهُ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ لَهُ ، فَصَحَّ عِتْقُهُ ، كَأُمِّهِ . فَإِنْ كَانَ وَلَدُهَا جَارِيَةً ، لَمْ يَمْلِكِ السَّيِّدُ وَطْأَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ وَطْءَ أُمِّهَا ، وَحُكْمُهَا حُكْمُ أُمِّهَا . وَإِنْ وَطَّئَهَا ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِلشُّبْهَةِ ، وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا ، وَحُكْمُهَا حُكْمُ كَسْبِهَا . وَإِنْ عَلِقَتْ مِنْهُ ، صَارَتْ أُمًّا وَلَدٍ لَهُ ؛ لِلشُّبْهَةِ^(٢) الْمَلِكِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا ؛ لِأَنَّ الْقِيَمَةَ تَجِبُ لِمَنْ يَمْلِكُهَا ، وَالْأُمُّ لَا تَمْلِكُ رَقَبَتَهَا ، إِنَّمَا هِيَ مَوْقُوفَةٌ عَلَيْهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَلْزَمَهُ قِيمَتُهَا لِأُمِّهَا ، كَمَا لَوْ قَتَلَهَا . وَالْحُكْمُ فِي وَطْءِ جَارِيَةِ الْمَكَاتِبَةِ كَالْحُكْمِ فِي وَطْءِ بَنَتِهَا ، إِلَّا أَنَّهُ يَلْزَمُهُ قِيمَتُهَا إِذَا أَحْبَلَهَا لِمَوْلَاتِهَا ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَتُهَا . وَوَطْءُ جَارِيَةِ الْمَكَاتِبِ كَوَطْءِ جَارِيَةِ الْمَكَاتِبَةِ سَوَاءً .

فصل : وَإِذَا كَانَتِ الْأُمَّةُ بَيْنَ شَرِيكَيْنِ فَكَاتَبَاها ، ثُمَّ وَطَّئَهَا أَحَدُهُمَا ، أَذْبَ ، وَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِلشُّبْهَةِ الْمَلِكِ ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا ؛ لِمَا قَدَّمْنَا . فَإِنْ أَوْلَدَهَا ، فَوَلَدُهُ حُرٌّ ، وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيمَتِهَا لِشَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ رِقْقَهَا عَلَيْهِ . فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَذَاهُ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَفِي ذِمَّتِهِ . هَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ الْخَزَقِيِّ ؛ لِأَنَّ الْإِحْبَالَ أَقْوَى مِنَ الْإِعْتَاقِ ، بِدَلِيلِ نَفُوذِهِ مِنَ الْمَجْنُونِ . وَتَصِيرُ أُمُّ وَلَدٍ لِلوَاطِئِ وَمَكَاتِبَةٌ لَهُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى نِصْفَهَا مِنْ شَرِيكِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَ الْوَاطِئُ مُعْسِرًا ، لَمْ يَشْرِ إِحْبَالَهُ إِلَى نَصِيبِ [٢٦٨ ظ] الشَّرِيكِ ؛ لِأَنَّهُ إِعْتَاقٌ ، فَلَمْ يَشْرِ مَعَ الْإِعْسَارِ ، كَالْقَوْلِ ، وَيَصِيرُ نِصْفُهَا أُمُّ وَلَدٍ ، فَإِنْ عَجَزَتْ ، اسْتَقَرَّ الرُّقُّ فِي نِصْفِهَا ، وَثَبَتَ حُكْمُ

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « بَدَلَ » .

(٢) فِي م : « شُبْهَةٌ » .

الاستيلاد لينصفها . وإن كان الواطئ موسراً ، فنصفها أم ولد ، ونصفها موقوف ، إن أدت ، عتقت ، وإن عجزت ، فسخت الكتابة ، وقومت حينئذ على الواطئ ، وصار جميعها أم ولد له . وأما الولد ، فهو حر ، ونسبه لاحق بالواطئ . وهل تجب نصف قيمته ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، تجب ؛ لأنه كان من سبيله أن يكون عبداً ، فقد أثلف رقه بفعله ، فكان عليه نصف قيمته . والثانية ، لا تجب قيمته ؛ لأنه انتقل نصيب شريكه إليه حين علقته به ، ولا قيمة له في تلك الحال ، فلم يضمه . قال القاضي : الرواية الأولى أصح على المذهب ، ويكون الواجب لأمه إن كانت في الكتابة ؛ لأنه بدل ولدها . وقال أبو بكر : إن وضعته بعد التقويم ، فلا شيء على الواطئ ؛ لأنها وضعته في ملكه ، وإن كان قبله ، غرم نصف قيمته .

فصل : فإن وطئها الثاني بعد وطء الأول ، وكانت باقية على الكتابة ، فعليه المهر لها ، وإن كانت قد عجزت وقومت على الأول ، فالمهر له ، وإن لم تقوم على الأول ، فمهرها بينهما . فإن أولدها الثاني بعد الحكم بأنها أم ولد للأول^(١) ، لم تصر أم ولد للثاني ، وحكم ولدها حكمها ، كما لو ولدت من أجنبي . وإن كان قبل الحكم بأنها أم ولد للأول ، صار نصفها أم ولد للثاني ، ونصفها أم ولد للأول .

فصل : ويجب على السيد إيتاء المكاتب من المال قدر رُبع الكتابة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَءَاتُوهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي ءَاتَكُمْ ﴾^(٢) . وروى

(١) في ف ، م : « الأول » .

(٢) سورة النور ٣٣ .

عليّ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي هَذِهِ الْآيَةِ: «يُحْطُّ عَنْهُ
الرُّبْعُ». أَخْرَجَهُ أَبُو بَكْرٍ^(١). وَهَذَا نَصٌّ. وَرُويَ مَوْقُوفًا عَلَى عَلِيٍّ^(٢).
وَيُخَيَّرُ السَّيِّدُ بَيْنَ وَضْعِهِ عَنْهُ وَبَيْنَ دَفْعِهِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى نَصَّ عَلَى الدَّفْعِ
إِلَيْهِ، فَتَبَّهَ بِهِ عَلَى الْوَضْعِ، لَكُونِهِ أَنْفَعَ مِنَ الدَّفْعِ، لِتَحَقُّقِ النَّفْعِ بِهِ فِي
الْكِتَابَةِ. فَإِنْ اخْتَارَ الدَّفْعَ، جازَ بَعْدَ الْعَقْدِ؛ لِلآيَةِ.

وَوَقْتُ الْوُجُوبِ بَعْدَ الْعِتْقِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَعَاثُوهُمْ مِّن مَّالِ اللَّهِ
الَّذِي ءَاتَاكُمْ﴾. فَإِذَا آتَى^(٣) مَا عَلَيْهِ، عَتَقَ. وَقَالَ عَلِيٌّ: الْكِتَابَةُ عَلَى
نَجْمَيْنِ، وَالْإِيتَاءُ مِنَ الثَّانِي^(٤). وَيَجِبُ الْإِيتَاءُ مِنْ جِنْسِ مَالِ الْكِتَابَةِ؛
لِلآيَةِ. فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ، جازَ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا، فَجازَ بِاتِّفَاقِهِمَا.
وَإِنْ مَاتَ السَّيِّدُ بَعْدَ الْعِتْقِ وَقَبْلَ الْإِيتَاءِ، فَذَلِكَ ذَيْنِ فِي تَرْكِتِهِ يُحَاصُّ بِهِ
غُرْمَاؤُهُ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَّأَدَمِيٍّ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِالمَوْتِ، كَسَائِرِ حُقُوقِهِ.

(١) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ بِنَحْوِهِ، فِي: السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٢٨/١٠، ٣٢٩.

(٢) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ، فِي: السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٢٩/١٠. وَالطَّبْرِيُّ، فِي: تَفْسِيرِهِ ١٢٩/١٨.
وَصَحَّحَ الْبَيْهَقِيُّ وَقْفَهُ.

(٣) فِي ف: «أَدَى».

(٤) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ١٧٣.

بَابُ الْأَدَاءِ وَالْعَجْزِ

لَا يَغْتَقُّ الْمَكَاتِبُ حَتَّى يَبْرَأَ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ بِالْأَدَاءِ أَوْ الْإِبْرَاءِ ؛ لِمَا رَوَى
عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمَكَاتِبُ عَبْدٌ
مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ^(١) دِرْهَمٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : إِذَا أَدَّى ثَلَاثَةَ
أَرْبَاعِ كِتَابَتِهِ ، وَعَجَزَ عَنِ الرَّبْعِ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهُ ، فَلَا تَتَوَقَّفُ حُرِّيَّتُهُ عَلَى
أَدَائِهِ ، كَأَرْشِ جِنَايَةِ سَيِّدِهِ عَلَيْهِ . وَإِنْ أَبْرَأَهُ [٢٦٩ هـ] سَيِّدُهُ ، عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ
يَبْقَ عَلَيْهِ شَيْءٌ .

فصل : وَإِنْ عُجِّلَتِ الْكِتَابَةُ قَبْلَ مَحِلِّهَا وَفِي قَبْضِهَا ضَرَرٌ ، لَمْ يَلْزَمْهُ
قَبْضُهُ قَبْلَ مَحِلِّهِ ، كَالسَّلَمِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي قَبْضِهِ ضَرَرٌ ، لَزِمَهُ قَبْضُهُ ،
وَعَتَقَ الْعَبْدُ ؛ لِأَنَّ الْأَجَلَ حَقٌّ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ ، فَإِذَا رَضِيَ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ
يَجِبُ أَنْ يَسْقُطَ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ . وَعَنْهُ ، لَا يَلْزَمُهُ قَبْضُهُ ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ
الْمَكَاتِبِ فِي مِلْكِهِ فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ حَقٌّ لَهُ ، وَلَمْ يَرْضَ بِزَوَالِهِ ، فَلَمْ يُزَلْ ، كَمَا
لَوْ عَلَّقَ عِتْقَهُ بِمُضِيِّ تِلْكَ الْمُدَّةِ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَغْتَقُّ إِذَا مَلَكَ مَا يُؤَدِّي ؛ لِمَا

(١) بعده في م : « من مكاتبه » .

(٢) في : باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته ... من كتاب العتق . سنن أبي داود ٣٤٦ / ٢ .
كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي ، من أبواب
البيوع . عارضة الأحوذى ٢٦٥ / ٥ . وابن ماجه ، في : باب المكاتب ، من كتاب العتق . سنن
ابن ماجه ٨٤٢ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٧٨ / ٢ ، ١٨٤ ، ٢٠٦ ، ٢٠٩ .

رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مَكَاتِبٌ ، وَكَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّي ، فَلْتَحْتَجِبِي مِنْهُ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(١) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ امْتَنَعَ مِنَ الْأَدَاءِ ، أُجْبِرَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ .

فصل : وَإِذَا حُلَّ نَجْمٌ ، فَعَجَزَ عَنْ أَدَائِهِ ، فَلِلسَّيِّدِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الْعَوَضُ فِي عَقْدِ مُعَاوَضَةٍ ، وَوَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ ، كَمَا لَوْ بَاعَ سِلْعَةً فَأَفْلَسَ الْمُشْتَرِي قَبْلَ ^(٢) «نَقْدِ ثَمَنِهَا» . وَعَنهُ ، لَا يُعَجَّزُ حَتَّى يَحِلَّ نَجْمَانِ ؛ لِأَنَّ مَا يَبْتَنِيهِمَا مَحِلٌّ لِأَدَاءِ ^(٣) الْأَوَّلِ ، فَلَا يَتَحَقَّقُ عَجْزُهُ حَتَّى يَحِلَّ الثَّانِي . وَعَنهُ ، لَا يُعَجَّزُ حَتَّى يَقُولَ : قَدْ ^(٤) عَجَزْتُ . وَلِلسَّيِّدِ الْفَسْخُ بِغَيْرِ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّهُ مُجْمَعٌ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ .

وَإِنْ امْتَنَعَ الْعَبْدُ مِنَ الْأَدَاءِ مَعَ ^(٥) إِمْكَانِهِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ^(٦) أَنَّ
لِلسَّيِّدِ الْفَسْخَ . وَهُوَ قَوْلُ جَمَاعَةٍ مِنْ أَصْحَابِنَا ؛ لِأَنَّ التَّعَذُّرَ حَاصِلٌ

(١) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْمَكَاتِبِ إِذَا كَانَ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّي ، مِنْ أَبْوَابِ الْبُيُوعِ . عَارِضَةُ الْأُحُوذِيِّ ٢٦٥ / ٥ ، ٢٦٦ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْمَكَاتِبِ يُؤَدِّي بَعْضُ كِتَابَتِهِ فَيَعْجِزُ أَوْ يَمُوتُ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٣٤٦ / ٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْمَكَاتِبِ يَكُونُ عِنْدَهُ مَا يُؤَدِّي ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ ، وَفِي : بَابِ دَخُولِ الْعَبْدِ عَلَى سَيِّدَتِهِ وَنَظَرِهِ إِلَيْهَا ، مِنْ كِتَابِ عَشْرَةِ النِّسَاءِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٩٧ / ٣ ، ١٩٨ ، ٣٨٩ / ٥ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْمَكَاتِبِ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . سَنَنَ ابْنَ مَاجَهَ ٨٤٢ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٨٩ / ٦ ، ٣٠٨ ، ٣١١ .

(٢ - ٢) فِي م : «تَقْدِيمُهَا» .

(٣) فِي م : «الْأَدَاءُ» .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : «بَعْدُ» .

(٦) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : «عَلَى» .

بالامتناع كحصوله بالعجز . وقال أبو بكر : ليس له الفسخ ؛ لأنه أمكن الاستيفاء بإجباره على ذلك ، وتعدُّ البعْضُ كتعدُّ الجميع .

فصل : وإن كان معه متاع يُريدُ بيعه ، فاستنظره لبيعه ، لزمه إنظاره ؛ لأنه أمكن الاستيفاء من غير ضرر . ولا يلزمه إنظاره أكثر من ثلاث ؛ لأنها قريبة . وإن كان له مالٌ غائبٌ يزجو قُدومه فيما دون مسافة القصر ، فكذلك ، وإن كان أبعد ، لم يلزمه إنظاره ؛ لأن فيه ضرراً . وإن كان له دينٌ حالٌّ على ملىء ، أو فى يدٍ مودع ، فهو كالغائب القريب ، وإن كان على مغسِر ، أو مؤجلاً ، فهو كالبعيد .

وإن حلَّ النجم والمكاتبُ غائبٌ بغير إذن سيِّده ، فله الفسخ ، وإن كان بإذنه ، لم يفسخ ، ويَرْفَعُ الأمرُ إلى الحاكم ليكتب كتاباً إلى حاكم ذلك البلد ليأمره^(١) بالأداء ، أو يُثبت عجزه عنده ، فيفسخ حينئذ . وإن حلَّ والمكاتبُ مَجْنُونٌ معه مالٌ ، فسَلَّمه إلى المولى ، عتق ؛ لأنه قبض ما يستحقه ، فبرئت به ذمَّة الغريم .

وإن لم يكن معه شيء ، فلسيِّده الفسخ ، فإن فسَخ ثم ظهر له مالٌ ، نُقِضَ الحكمُ بالفسخ ؛ لأننا حكمنا بالعجز فى الظاهر ، وقد بان خلافه ، فنُقِضَ ، كما لو حكم الحاكم ثم وجد النص بخلافه . وإن كان قد أنفق عليه بعد الفسخ ، رَجَعَ بما أنفق ؛ لأنه لم يتبرَّع به ، بل أنفق على أنه عبده ، وإن أفاق بعد الفسخ ، فأقام بيَّنة أنه كان قد أدَّى ، نُقِضَ الحكم

(١) فى الأصل : « يأمره » .

بالفسخ، ولم يَزَجِ السَّيِّدُ بالنَّفَقَةِ؛ لَأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِإِنْفَاقِهِ عَلَيْهِ مَعَ عِلْمِهِ
بِخُرُوجِهِ.

فصل : وإن أُخْضِرَ الْمُكَاتِبُ الْمَالَ، فَقَالَ السَّيِّدُ: هَذَا حَرَامٌ. وَأَنْكَرَ
الْمُكَاتِبُ، وَلَا بَيِّنَةَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُكَاتِبِ مَعَ يَمِينِهِ؛ لَأَنَّهُ فِي يَدِهِ،
فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَهُ. فَإِذَا حَلَفَ، خَيْرُ الْمَوْلَى بَيْنَ أَخْذِهِ [٢٦٩ظ] أَوْ إِبْرَائِهِ مِنْ
مَالِ الْكِتَابَةِ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ، قَبْضُهُ الْحَاكِمُ؛ لَأَنَّهُ حَقٌّ تَدْخُلُهُ النِّيَابَةُ، فَإِذَا
امْتَنَعَ مِنْهُ، قَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ. وَكَذَلِكَ إِنْ عَجَّلَتِ الْكِتَابَةُ قَبْلَ مَحَلِّهَا -
وَقُلْنَا: يَلْزَمُهُ أَخْذُهُ - فَاِمْتَنَعَ، قَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ. وَرُويَ أَنَّ رَجُلًا أَتَى
عُمَرَ، فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ، إِنِّي كَاتِبْتُ عَلَى كَذَا وَكَذَا، وَإِنِّي
أَيْسَرْتُ بِالْمَالِ، فَأَتَيْتُهُ بِالْمَالِ، فَرَعَمَ أَنَّهُ لَا يَأْخُذُهُ إِلَّا نُجُومًا. فَقَالَ عُمَرُ:
يَا يَزُفًا^(١) خُذْ هَذَا الْمَالَ فَاجْعَلْهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَأَدْ إِلَى نُجُومًا فِي كُلِّ
عَامٍ، وَقَدْ عَتَقَ هَذَا. رَوَاهُ الْأَثَرُمُ^(٢).

فصل : فَإِنْ أَدَّى الْمُكَاتِبُ ظَاهِرًا فَبَانَ مُسْتَحَقًّا، تَبَيَّنَا أَنَّهُ لَمْ يَعْتِقْ؛ لِأَنَّ
الْعِتْقَ بِالْأَدَاءِ، وَمَا أَدَّى. وَإِنْ عَلِمَ بَعْدَ مَوْتِهِ^(٣)، فَتَرَكْتُهُ لِمَوْلَاهُ أَوْ وَرَثَتِهِ؛
لَأَنَّهُ مَاتَ عَلَى الرِّقِّ. وَإِنْ ظَهَرَ بِهِ عَيْبٌ، فَلِلسَّيِّدِ الرَّدُّ وَالْمُطَالَبَةُ بِالْأَرْضِ،
فَإِنْ رَضِيَ بِهِ مَعِيًّا، اسْتَقَرَّ الْعِتْقُ. وَإِنْ طَلَبَ الْأَرْضَ فَأَدَّى إِلَيْهِ، اسْتَقَرَّ
الْعِتْقُ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدِّ إِلَيْهِ، بَطَلَ الْعِتْقُ؛ لِأَنَّ ذِمَّتَهُ لَمْ تَتِمَّ بِرَأَائِهَا مِنَ الْمَالِ.

(١) فِي م: « بَرَقِي ».

(٢) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ، فِي: السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٠ / ٣٣٥.

(٣) فِي م: « الْمَوْت ».

وإن رَدَّ المَعِيبَ ^(١) ، بَطَلَ العِتْقُ ، إِلَّا أَنْ يُعْطِيَهُ بَدْلَهُ . وقال أبو الخطَّابِ : لا يَزْتَفِعُ العِتْقُ ^(٢) ، وله قِيَمَةُ المَعِيبِ ، أو أَرْشُهُ إِنْ أُمْسَكَهُ . وإن كَاتَبَهُ عَلَى خِدْمَةٍ شَهْرٍ فَمَرَضَ فِيهِ ، لَمْ يَقْعِ العِتْقُ ؛ لَعَدَمِ العِوَضِ .

فصل : وإن باع ما فى ذِمَّةِ المَكَاتِبِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَبِيعُ دَيْنٍ ، لا سَيِّمًا وهو غيرُ مُسْتَقَرٍّ ، فَإِنْ قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي ، لَمْ يَغْتِقِ المَكَاتِبُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْبِضْهُ السَّيِّدُ ولا وَكِيلُهُ ، وَإِنَّمَا قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي لِنَفْسِهِ وهو لا يَسْتَحِقُّهُ . وفيه وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَغْتِقُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ أَذِنَ لِلْمُشْتَرِي فِي قَبْضِهِ ، فَصَارَ ^(٣) قَبْضُهُ كَقَبْضِ وَكِيلِهِ .

فصل : إذا جَنَى المَكَاتِبُ بُدِئَ بِجِنَايَتِهِ قَبْلَ كِتَابَتِهِ ؛ لِأَنَّ جِنَايَتَهُ تُقَدَّمُ ^(٤) عَلَى حَقِّ المَالِكِ إِذَا كَانَ قِنًّا ، فعلى حَقِّهِ ^(٥) فِي المَكَاتِبِ ^(٥) أَوَّلَى . فَإِنْ أَذَاهُمَا ، عَتَقَ ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْ أَذَائِهِمَا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا تَعْجِيزُهُ ، فَإِنْ عَجَزَهُ وَلِئِىِ الجِنَايَةِ ، يَبِيعُ فِيهَا إِنْ اسْتَغْرَقَتْهُ ، وَإِلَّا يَبِيعُ مِنْهُ بِقَدْرِ جِنَايَتِهِ ، وَبَاقِيَهُ عَلَى الْكِتَابَةِ ، مَتَى أَدَّى كِتَابَةَ بَاقِيهِ عَتَقَ . وَهَلْ يَسْرِى عِتْقُهُ ، وَيُقَوِّمُ عَلَى سَيِّدِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ عَجَزَهُ السَّيِّدُ ، عَادَ ^(٦) قِنًّا ، وَخَيْرُ

(١) فى الأصل : « بالمعيب » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « فكان » .

(٤) فى الأصل : « تقوم » .

(٥ - ٥) فى م : « إذا كان مكاتباً » .

(٦) فى الأصل : « صار » .

بَيْنَ فِدَائِهِ أَوْ تَسْلِيمِهِ ، كَعَبْدِهِ الْقِنْ . فَإِنْ أَعْتَقَهُ السَّيِّدُ ، فَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُ أَيْضًا ؛
لَأَنَّهُ أَتْلَفَ مَحَلَّ الْحَقِّ . وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ مِنْ مُعَامَلَةٍ ، بُدِيَ^(١) بِقَضَائِهِ مِمَّا
فِي يَدِهِ ؛ لَأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِمَا فِي يَدِهِ ، وَيَخْتَصُّ بِهِ ، وَالسَّيِّدُ وَالْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ يَرْجِعَانِ
إِلَى رَقَبَتِهِ ، فَإِنْ فَضَلَ شَيْءٌ ، قُدِّمَ وَلِيُّ الْجَنَائَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَالٌ ، لَمْ يَمْلِكِ
الْغَرِيمُ تَعْجِيزَهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الذِّمَّةِ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي تَعْجِيزِهِ ، بَلْ تَرْكُهُ عَلَى
الْكِتَابَةِ أَنْفَعُ لَهُ ؛ لَأَنَّهُ رُبَّمَا اكْتَسَبَ مَا^(٢) يُعْطِيهِ ، فَكَانَ أَوْلَى .

(١) فِي ف : « بَرِي » .

(٢) فِي م : « بَمَا » .

بَابُ الْكِتَابَةِ الْفَاسِدَةِ

إذا كاتبه على عوضٍ مُحَرَّمٍ أو مَجْهُولٍ، فالعقدُ فاسدٌ. وإن شرطًا شرطًا فاسدًا، مثل أن يشترط [٢٧٠و] أن يُوالى مَنْ شاء، ^(١) «أو شيئًا» من ميراثه، فالعقدُ صحيحٌ؛ لأنَّ عائشة، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، قالت: كان في بَرِيرَةَ ثَلَاثُ قَضِيَّاتٍ، أَرَادَ أَهْلُهَا أَنْ يَبِيعُوهَا وَيَشْتَرِطُوا الْوَلَاءَ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: «اشْتَرِيهَا وَأَعْتِقِيهَا، فَإِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ». مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢). فَحَكَمَ بِفَسَادِ الشَّرْطِ مَعَ أَمْرِهِ بِالشُّرَاءِ. وَيَتَخَرَّجُ فَسَادُ الْعَقْدِ ^(٣)؛ بِنَاءً ^(٤) عَلَى فَسَادِ الْبَيْعِ بِهِ ^(٤). وَإِنْ شَرَطَ عَلَيْهِ أَنْ لَا يُسَافِرَ، وَلَا يَطْلُبَ الصَّدَقَةَ، فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ. وَفِي الشَّرْطِ رَوَايَتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، هُوَ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ فِيهِ غَرَضًا صَحِيحًا لِلسَّيِّدِ، وَهُوَ صِيَانَتُهُ عَنْ أَكْلِ الصَّدَقَةِ، وَصِيَانَتُهُ عَبْدِهِ عَنِ التَّغْرِيرِ بِالسَّفَرِ. وَالثَّانِيَةُ، هُوَ بَاطِلٌ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ، وَهُوَ تَمْكِينُهُ مِنَ الْكَسْبِ، وَأَخْذُ مَا فَرَضَ اللَّهُ لَهُ مِنَ الصَّدَقَاتِ.

فصل : ومتى فسد العقد، فللسَّيِّدِ الْفَسْخُ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ فَاسِدٌ لَا حُرْمَةَ لَهُ. وَسَوَاءٌ كَانَ فِيهِ صِفَةٌ، كَقَوْلِهِ: إِنْ أَدَّيْتُ إِلَيَّ فَأَنْتَ حُرٌّ. أَوْ لَمْ تَكُنْ؛

(١ - ١) سقط من: م.

(٢) تقدم تخريجه في ٥٧/٣، ٥٨.

(٣) في الأصل: «العتق».

(٤) سقط من: الأصل.

لأنَّ المقْصودَ المُعاوَضَةَ ، فصارتِ الصِّفَةُ مَبْنِيَّةً^(١) عليها ، بخلافِ الصِّفَةِ المَجْرُودَةِ . وله فَسْخُ العَقْدِ بِنَفْسِهِ ؛ لأنَّه مُجْمَعٌ عليه . وَيَنْفَسِخُ بِمَوْتِ السَّيِّدِ ، وَجُنُونِهِ ، وَالْحَجَرِ عَلَيْهِ لِسْفِهِ ؛ لأنَّه عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ ، فَأَشْبَهَ الوَكَالَةَ . وقال أبو بكرٍ : لا يَنْفَسِخُ بِذَلِكَ ، ولا يَنْطُلُ بِجُنُونِ العَبْدِ ؛ لأنَّه لَازِمٌ مِنْ جِهَتِهِ ، فَأَشْبَهَ العِتْقَ المُعْلَقَ بِصِفَةٍ .

وإن أَدَّى ما كُوتِبَ عليه ، عَتَقَ^(٢) ؛ لأنَّ الكِتَابَةَ جَمَعَتْ مُعاوَضَةً وَصِفَةً ، فإذا بَطَلَتِ المُعاوَضَةُ بَقِيَتِ الصِّفَةُ ، فَعَتَقَ بِهَا . وإن أَدَّاهُ^(٣) إلى غير مَنْ كاتَبَهُ ، أو أَبْرَأَهُ السَّيِّدُ مِمَّا عَلَيْهِ ، لم يَعْتَقْ ؛ لأنَّ الصِّفَةَ لم تُوجَدْ . وقال أبو بكرٍ : يَعْتَقُ بِالْأَدَاءِ إِلَى الْوَارِثِ ؛ لأنَّه قَامَ مَقَامَ الْمُؤَرَّوْثِ ، وإذا عَتَقَ فَلَهُ ما فَضَلَ فِي يَدِهِ مِنَ الْكَسْبِ .

وَيَتَّبَعُ الْجَارِيَةَ وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّهَا أُجْرِيَتْ مُجْرَى الصَّحِيحَةِ فِي الْعِتْقِ ، فَتُجْرَى مُجْرَاهَا فِيمَا ذَكَرْنَا . وفيه وَجْهٌ آخَرٌ ، لا يَتَّبَعُهَا وَلَدُهَا وَلَا فَضْلُهُ كَسْبُهَا ؛ لِأَنَّ عِتْقَهَا بِالصِّفَةِ دُونَ الْكِتَابَةِ .

ولا يَزِجُ السَّيِّدُ عَلَى الْعَبْدِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهَا إِمَّا عِتْقٌ^(٤) بِصِفَةٍ ، وَإِمَّا مُجْرَاةٌ مُجْرَى الْكِتَابَةِ الصَّحِيحَةِ ، وَكِلَاهُمَا لا يَتَّبِعُ فِيهِ التَّرَاجُعُ .

(١) فِي م : « مَبْنِيَّة » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) فِي م : « أَدَّى » .

(٤) فِي ف : « عَتَقَتْ » .

بَابُ جَامِعِ الْكِتَابَةِ

تَصِحُّ كِتَابَةُ بَعْضِ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ عَلَى نَصِيبِ الْمَكَاتِبِ ، فَصَحَّ ، كَبَيْعِهِ . فَإِذَا كَاتَبَهُ وَكَانَ بَاقِيَهُ حُرًّا فَأَدَّى ، كَمَلَتْ لَهُ الْحُرِّيَّةُ ، وَإِنْ كَانَ بَاقِيَهُ قِتًا ، لَمْ تَشْرِ الْكِتَابَةُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ ، وَيَصِيرُ شَرِيكًا لِلْمَالِكِ ^(١) «بَاقِيَهُ فِي نَفْسِهِ» . فَإِذَا أَدَّى مَا كُتِبَ عَلَيْهِ وَمِثْلَهُ لِلْمَالِكِ بَاقِيَهُ ، عَتَقَ ، وَسَرَى الْعِتْقُ إِلَى سَائِرِهِ ، إِنْ كَانَ جَمِيعُهُ لِلْمَكَاتِبِ ، وَإِنْ كَانَ لْغَيْرِهِ ، وَالْمَكَاتِبُ مُوسِرٌ ، عَتَقَ جَمِيعُهُ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، لَمْ يَغْتَقِ إِلَّا مَا كَاتَبَهُ عَلَيْهِ ^(٢) ، كَالِإِغْتَاقِ الْمُنَجَّزِ . وَإِذَا أُذِنَ لَهُ شَرِيكُ الْمَكَاتِبِ فِي الْأَدَاءِ مِنْ جَمِيعِ كَسْبِهِ ، عَتَقَ بِأَدَائِهِ ، كَمَا لَوْ أَدَّى إِلَيْهِمَا . وَإِنْ كَانَ بَاقِيَهُ مُكَاتِبًا ، [٢٧٠ ظ] أَوْ كَاتَبَهُ السَّيِّدَانِ مَعًا ، جَازَ ، سَوَاءٌ اتَّفَقَ ^(٣) الْعَوَظَانِ أَوْ اخْتَلَفَا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ . وَلَا يَمْلِكُ أَنْ يُؤَدِّيَ إِلَى أَحَدِهِمَا أَكْثَرَ مِمَّا يُؤَدِّي إِلَى صَاحِبِهِ ^(٤) ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي كَسْبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ أَحَدُهُمَا فِي تَعْجِيلِ حَقِّ الْآخَرِ فَيَجُوزَ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَخْصِيصُ أَحَدِهِمَا بِالْأَدَاءِ وَإِنْ أُذِنَ الْآخَرُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ذِمَّتِهِ لَا

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : «نَفْسُهُ فِي بَاقِيهِ» .

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ : ف .

(٣) فِي الْأَصْلِ : «اتَّفَقَا فِي» .

(٤) فِي الْأَصْلِ : «الْآخَرُ» .

فيما في يده ، فلم يَنْفَعْ إِذْنُهُ فِيهِ . وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّهِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ . فَإِنْ أَدَّى إِلَيْهِمَا فِي حَالٍ ^(١) وَاحِدَةٍ ، عَتَقَ عَلَيْهِمَا ، وَوَلَاؤُهُ لِهَـمَا . وَإِنْ أَدَّى إِلَى أَحَدِهِمَا قَبْلَ الْآخَرِ بِإِذْنِهِ ، أَوْ لِكُونِ نَصِيبِ الْمُؤَدَّى إِلَيْهِ مِنَ الْعَوَضِ أَقْلًا ، عَتَقَ نَصِيبَهُ ، وَسَرَى إِلَى نَصِيبِ الْآخَرِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، فِي قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَعْتَقَ شِرْكَاءَ لَهُ فِي عَبْدٍ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَعَتَقَ عَلَيْهِ كُلَّهُ ؛ لِحَدِيثِ ابْنِ عُثْمَرَ ^(٢) . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَشْرَى فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ فِي سِرَائِهِ إِبْطَالَ نَصِيبِ صَاحِبِهِ مِنَ الْوَلَاءِ الَّذِي انْعَقَدَ سَبَبُهُ . وَهَكَذَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ بِالْمُبَاشَرَةِ ، وَفِيمَا إِذَا كَانَ نِصْفُهُ قِنًا فَأَعْتَقَهُ صَاحِبُ الْقِنِّ .

فصل : وَيَجُوزُ أَنْ يُكَاتِبَ جَمَاعَةً مِنْ عَبِيدِهِ صَفْقَةً وَاحِدَةً بِعَوَضٍ وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ بِجُمْلَتِهِ ^(٣) مَعْلُومٌ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِشَمَنِ وَاحِدٍ ، وَيَصِيرُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُكَاتِبًا بِحِصَّتِهِ مِنَ الْعَوَضِ ، يُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا عَلَى قَدْرِ قِيَمَتِهِمَا حِينَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ ، فَيَتَقَسَّطُ ^(٤) عَلَى الْمُعَوَّضِ بِالْقِيَمَةِ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى شِقْصًا وَسَيْفًا . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَيَتَوَجَّهُ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَوْلُ آخَرٍ ، أَنَّ الْعَوَضَ بَيْنَهُمَا عَلَى عَدَدِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ أُضِيفَ إِلَيْهِمَا إِضَافَةً وَاحِدَةً ، فَكَانَ بَيْنَهُمَا عَلَى السَّوَاءِ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ لَهُمَا بِشَيْءٍ . وَالأَوَّلُ أَصَحُّ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « حَالَةٌ » .

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي ٣ / ٥١٤ ، ٥١٥ .

(٣) فِي ف : « فِي جُمْلَتِهِ » .

(٤) فِي م : « فَيَسْقُطُ » .

وَتُعْتَبَرُ قِيَمَتُهُمْ حِينَ^(١) الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ حَالُ زَوَالِ سُلْطَانِهِ عَنْهُمْ . وَأَيُّهُمْ أَدَّى ،
عَتَقَ ؛ لِأَنَّهُ أَدَّى مَا عَلَيْهِ ، فَعَتَقَ ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : لَا
يَعْتَقُ حَتَّى يُؤَدَّى جَمِيعَ الْكِتَابَةِ ، وَإِنْ مَاتَ بَعْضُهُمْ ، سَقَطَ مِنْ مَالِ الْكِتَابَةِ
بِقَدْرِ^(٢) حِصَّتِهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .

فصل : إِذَا كَاتَبَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ ، فَمَالُهُ لِسَيِّدِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ
بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ ، فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ »^(٣) . وَلِأَنَّهُ عَقْدٌ
يُزِيلُ مِلْكَ السَّيِّدِ عَنْ أَكْسَابِهِ ، فَأُشْبِهَ الْبَيْعَ .

(١) فِي م : « حَال » .

(٢) فِي ف : « قَدْر » .

(٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي ١٠١/٣ . مِنْ حَدِيثٍ : « مَنْ بَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ يُؤْبَر ... » .

بَابُ اخْتِلَافِ السَّيِّدِ وَمُكَاتِبِهِ

إذا اختلفا في أصل العقد ، فالقول قول السيد مع يمينه ؛ لأن الأصل عدمه . وإن اختلفا في قدر مال الكتابة ، أو أجل ، ففيه ثلاث روايات ؛ إحداهن ، القول قول السيد ؛ لأنهما اختلفا في الكتابة ، فأشبه ما لو اختلفا في عقدها . والثانية ، القول قول المكاتب ؛ لأن الأصل عدم الزيادة المختلف فيها . والثالثة ، يتحالفان ؛ لأنهما اختلفا في قدر العوض ، فيتحالفان ، كما لو اختلفا في ثمن المبيع . فإذا تحالفا قبل^(١) العتق ، فسحنا العقد ، إلا أن يرضى أحدهما [٢٧١و] بما قال صاحبه . وإن كان التحالف^(٢) بعد العتق ، رجع السيد على العبد بقيمته ، ورجع^(٣) العبد بما أداه على سيده .

فصل : وإن وضع السيد عن العبد بعض نجومه ، أو أبرأه منه ، واختلفا في أى النجوم هو ، فالقول قول السيد ؛ لأنهما اختلفا في فعله . وإن وضع عنه دراهم والكتابة على دنانير ، لم يصح ؛ لأنه وضع عنه غير ما عليه . فإن قال العبد : إنما أردت دنانير بقيمة الدراهم . فأنكره السيد ، فالقول قول السيد ؛ لأن الظاهر معه ، وهو أعلم بما عني . وإن أدى كتابته ، فقال

(١) في ف : « بعد » .

(٢) في م : « التحالف » .

(٣) بعده في الأصل : « على » .

السَّيِّدُ : أنت حُرٌّ . ثم بَانَ مُسْتَحَقًّا ، لم يَعْتَقْ ؛ لَأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ قَصَدَ الْخَبَرَ
 بِنَاءً عَلَى ظَنِّهِ ، وَقَدْ بَانَ خِلَافُهُ . فَإِنْ قَالَ الْعَبْدُ : أَرَدْتُ عِتْقِي . فَأَنكَرَهُ
 السَّيِّدُ^(١) ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِقَصْدِهِ . وَإِنْ ادَّعَى الْعَبْدُ وَفَاءَ الْكِتَابَةِ ،
 فَأَنكَرَهُ السَّيِّدُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّ^(٢) الظَّاهِرَ مَعَهُ ، وَ^(٣) الْأَصْلُ عَدَمُ
 الْوَفَاءِ . وَإِنْ قَالَ السَّيِّدُ^(١) : اسْتَوْفَيْتُ . فَادَّعَى الْمُكَاتَّبُ أَنَّهُ وَفَّاهَ الْجَمِيعَ ،
 وَقَالَ السَّيِّدُ : إِنَّمَا وَفَّيْتَنِي الْبَعْضَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِيفَاءَ لَا
 يَقْتَضِي الْجَمِيعَ .

فصل : فَإِنْ كَانَ لِلْمُكَاتَّبَةِ وَلَدٌ ، فَقَالَتْ : وَلَدْتُهُ فِي الْكِتَابَةِ . وَقَالَ
 السَّيِّدُ : بَلْ قَبَلَهَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ اخْتِلَافٌ فِي وَقْتِ الْكِتَابَةِ ،
 وَالْأَصْلُ عَدَمُهَا قَبْلَ الْوِلَادَةِ . وَإِنْ زَوَّجَ السَّيِّدُ مُكَاتَّبَهُ أُمَّتَهُ ، فَوَلَدَتْ مِنْهُ ،
 وَاشْتَرَى زَوْجَتَهُ ، فَقَالَ السَّيِّدُ : وَلَدْتُهُ قَبْلَ الشَّرَاءِ . وَقَالَ الْمُكَاتَّبُ : بَلْ
 بَعْدَهُ . اخْتَمَلَ أَنْ تَكُونَ كَالَّتِي قَبَلَهَا ، وَاخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْعَبْدِ ؛
 لِأَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي الْمِلْكِ ، وَالظَّاهِرُ مَعَ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ ، بِخِلَافِ
 الَّتِي قَبَلَهَا ؛ لِأَنَّهِمَا^(٣) لَمْ يَخْتَلِفَا فِي الْمِلْكِ ، إِنَّمَا اخْتَلَفَا فِي وَقْتِ الْعَقْدِ .

فصل : فَإِنْ أَدَّى أَحَدُ الْمُكَاتَّبِينَ إِلَى السَّيِّدِ أَوْ أُبْرَاهُ ، فَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ
 مِنَ الْمُكَاتَّبِينَ أَنَّهُ الْمُؤَدِّي أَوْ الْمُبْرَأُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ فِي التَّعْيِينِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) سقط من : ف ، م .

(٣) في الأصل : « لأنها » .

أُنْكِرَهُمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، فَإِذَا أُنْكِرَ أَحَدُهُمَا ، قُبِلَ قَوْلُهُ ، وَعَلَيْهِ الْيَمِينُ لَهُ ،
فَإِنْ نَكَلَ ، قُضِيَ عَلَيْهِ ، وَعَتَقَا جَمِيعًا . فَإِنْ قَالَ : لَا أَعْلَمُ أَيُّكُمَا الْمُؤَدَّى ؟
فَعَلَيْهِ الْيَمِينُ أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ ، وَيُقْرِعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ قَرَعَ صَاحِبَهُ ، حَلَفَ وَعَتَقَ ،
وَبَقِيَ الْآخَرُ عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ التَّعْيِينِ ، أُقْرِعَ
بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَا فِي اخْتِمَالِ الْحُرِّيَّةِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ أُعْتَقَ أَحَدُهُمَا
وَأُنْسِيَهُ .

فصل : إِذَا كَاتَبَ عَبْدًا كِتَابَةً وَاحِدَةً ، فَأَدَّوْا وَعَتَقُوا ، وَقَالَ مَنْ كَثُرَتْ
قِيَمَتُهُ : أَدَّيْنَا عَلَى قَدَرٍ قِيَمِنَا^(١) . وَقَالَ الْآخَرُ : بَلْ أَدَّيْنَا عَلَى السَّوَاءِ ، فَبَقِيَثُ
لَنَا عَلَى الْأَكْثَرِ بَقِيَّةٌ . فَمَنْ جَعَلَ الْعَوَضَ بَيْنَهُمْ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِهِمْ ،^(٢) قَالَ :
الْقَوْلُ^(٣) قَوْلُ مَنْ ادَّعَى التَّسْوِيَةَ . وَمَنْ جَعَلَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ قَدْرَ حِصَّتِهِ ،
فَعِنْدَهُ فِيهِ^(٣) وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعَى التَّسْوِيَةَ ؛ لِأَنَّ أَيْدِيَهُمْ
عَلَى الْمَالِ ، فَيَتَسَاوَوْنَ فِيهِ . وَالثَّانِي ، الْقَوْلُ قَوْلُ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ
الْإِنْسَانَ لَا يُؤَدَّى إِلَّا مَا عَلَيْهِ .

فصل : إِذَا كَاتَبَ رَجُلَانِ عَبْدًا بَيْنَهُمَا ، فَادَّعَى أَنَّهُ أَدَّى إِلَيْهِمَا ،
فَصَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا ، وَأُنْكِرَ الْآخَرُ ، عَتَقَ نَصِيبُ الْمُقِرِّ ، وَحَلَفَ الْآخَرُ ،
وَبَقِيَثُ حِصَّتُهُ عَلَى الْكِتَابَةِ ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ الْمُقِرِّ بِنِصْفِ مَا قَبَضَ ؛ [٢٧١ ظ]
لِحُصُولِ حَقِّهِ فِي يَدِهِ ، وَمُطَالَبَةُ الْمَكَاتِبِ بِالْبَاقِي ، وَلَهُ مُطَالَبَةُ الْمَكَاتِبِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « قِيَمَتُهَا » .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « فَالْقَوْلُ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

بالجميع ؛ لأنه لم يدفع إليه حقه ، ولا إلى وكيله ، فإذا قبض ، عتق
المُكاتب . ومن أيهما أخذ ، لم يرجع به المقبوض منه على الآخر ؛ لأنه يُقرُّ
ببراءة صاحبه ، ويدعى أن المنكر ظلمه ، فلا يرجع بما ظلمه به على غيره .
فإن عجز المُكاتب ، عجزه ، ورق نصفه ، ولم يسر عتق الآخر ؛ لأنه لا
يعترف برقه^(١) ، ولا العبد أيضا ، ولا يعترف المنكر بعتق شيء منه . وإن
شهد المصدق له ، فقال الخرقى : تُقبل شهادته له في العتق ؛ لأنه لا نفع له
فيه ، ولا تُقبل شهادته فيما يرجع إلى براءته من مشاركة صاحبه . وقياس
المذهب أنه لا تُقبل شهادته في العتق أيضا ؛ لأن من شهد بشهادة تجرُّ إلى
نفسه نفعًا ، بطلت شهادته في الكل .

وإن ادعى المُكاتب دفع جميع المال إلى أحدهما ليأخذ نصيبه منه ،
ويدفع باقيه إلى شريكه ، وقال المدعى عليه : بل دفعت إلى كل واحد منا
حقه . فهي كالتى قبلها ، إلا أن المنكر يأخذ حصته بلا يمين ؛ لأنه لا يدعى
واحد منهما دفع المال إليه . وإن قال المدعى عليه : قبضت المال ، ودفعت
إلى شريكى حصته . فأنكر شريكه ، فعليه اليمين ههنا ؛ لأنه يدعى
التسليم إليه . فإذا حلف ، فله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه . فإن أخذ
من المُكاتب ، رجع على المقر ؛ لأنه قبض منه ، سواء صدقه المُكاتب في
الدفع إلى شريكه أو كذبه ؛ لتفريطه في ترك الإشهاد . فإن حصل للمُنكر
ما له من أحدهما ، عتق . وإن عجز المُكاتب ، فللمُنكر استرقاق نصفه ،

(١) فى م : « بعته » .

والرَّجُوعُ عَلَى الْمُقِرِّ يَنْصِفُ مَا قَبِضَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ نِصْفَ كَسْبِهِ ، وَيُقَوِّمُ عَلَى الْمُقِرِّ ؛ لِأَنَّ رِقَّةً ^(١) كَانَ بِسَبَبِ مِنْهُ وَهُوَ التَّفْرِيطُ ^(٢) .

فصل : وَإِذَا خَلَفَ رَجُلٌ ابْنَيْنِ وَعَبْدًا ، فَادَّعَى الْعَبْدُ أَنَّ سَيِّدَهُ كَاتِبَهُ ، فَأَنْكَرَاهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمَا مَعَ أَيْمَانِهِمَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْكِتَابَةِ ، وَيَخْلِفَانِ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ عَلَى فِعْلِ الْغَيْرِ . وَإِنْ صَدَّقَهُ أَحَدُهُمَا ، أَوْ نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ ، وَخَلَفَ الْآخَرُ ، ثَبَّتَ الْكِتَابَةُ لِنِصْفِهِ . وَمَتَى أَدَّى إِلَى الْمُقِرِّ ، عَتَقَ نَصِيبُهُ ، وَلَمْ يَشِرْ إِلَى نَصِيبِ شَرِيكِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُبَاشِرِ الْعِتْقَ ، وَلَمْ يَتَسَبَّبْ إِلَيْهِ ، إِنَّمَا هُوَ مُقِرٌّ بِمَا فَعَلَ أَبُوهُ ، وَوَلَاءُ ^(٣) نِصْفِهِ الَّذِي عَتَقَ لِلْمُقِرِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ غَيْرُهُ . وَإِنْ شَهِدَ الْمُقِرُّ عَلَى الْمُنْكَرِ ، فَشَهَادَتُهُ مَقْبُولَةٌ إِنْ كَانَ عَدْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُرُّ إِلَى نَفْسِهِ نَفْعًا ، وَلَا يَدْفَعُ ضَرَرًا ^(٤) .

(١) فِي ف : « عَتَقَهُ » .

(٢) فِي ف : « الْكِتَابَةُ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « إِلَّا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « ضَرًا » .

بَابُ حُكْمِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ

إذا أصابَ الرَّجُلُ أُمَّتَهُ، فَوَلَدَتْ مِنْهُ مَا يَتَبَيَّنُ فِيهِ ^(١) بَعْضُ خَلْقِ الْإِنْسَانِ ^(٢)، صَارَتْ لَهُ أُمٌّ وَلَدٌ، تَغْتِقُ بِمَوْتِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَيُّمَا أُمَةٍ وَلَدَتْ مِنْ سَيِّدِهَا، فَهِيَ حُرَّةٌ عَنْ دُبُرِ مِنْهُ». رَوَاهُ ^(٣) أَحْمَدُ، وَ ^(٣) ابْنُ مَاجَه ^(٤). وَلِأَنَّهُ إِثْلَافٌ حَصَلَ ^(٥) بِالِاسْتِمْتَاعِ، فَحُسِبَ ^(٦) مِنْ رَأْسِ الْمَالِ، كِإِثْلَافٍ [و٢٧٢] مَا يَأْكُلُهُ. فَأَمَّا إِنْ عَلِقَتْ مِنْهُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ، لَمْ تَغْتِقْ عَلَيْهِ، سَوَاءً مَلَكَهَا حَامِلًا أَوْ بَعْدَ الْوَضْعِ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِمَمْلُوكٍ، فَإِذَا كَانَ الْوَلَدُ مَمْلُوكًا، فَأُمُّهُ أَوْلَى. وَعَنْهُ، إِنْ مَلَكَهَا حَامِلًا، فَوَلَدَتْ عِنْدَهُ، صَارَتْ لَهُ أُمٌّ وَلَدٌ؛ لِعُمُومِ الْخَبَرِ. وَقَالَ الْقَاضِي: إِنْ لَمْ يَطَّأَهَا بَعْدَ مِلْكِهِ لَهَا، لَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ^(٧). وَكَذَلِكَ إِنْ

(١) فِي الْأَصْلِ: «مِنْهُ».

(٢) فِي ف: «أَدْمَى».

(٣ - ٣) زِيَادَةٌ مِنْ: م.

(٤) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه، فِي: بَابِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ. سَنَنَ ابْنُ مَاجَه ٨٤١/٢. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ٣٢٠/١.

كَمَا أَخْرَجَهُ الدَّارِمِيُّ، فِي: بَابِ بَيْعِ أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ. سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢٥٧/٢.

(٥) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ.

(٦) فِي ف: «يَحْسَبُ».

(٧) زِيَادَةٌ مِنْ: الْأَصْلِ.

وِطْئَهَا بَعْدَ أَنْ كَمَلَ لِلوَلَدِ خَمْسَةُ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّ الوِطْءَ لَا يُؤَثِّرُ فِي الوَلَدِ . وَإِنْ
وِطْئَهَا فِي ابْتِدَاءِ حَمْلِهَا أَوْ تَوَسُّطِهِ ، بَعْدَ مِلْكِهِ لَهَا ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّ
المَاءَ يَزِيدُ فِي سَمْعِهِ وَبَصَرِهِ ، وَقَدْ قَالَ عَمْرٌ : أَبْعَدَ مَا اخْتَلَطَتْ دِمَاؤُكُمْ
وَدِمَاؤُهُنَّ ، وَلِحُومُكُمْ وَلِحُومُهُنَّ ، يَغْتُمُوهُنَّ^(١) ! فَعَلَّلَ بِالِاخْتِلَاطِ ، وَقَدْ
وُجِدَ .

وَإِنْ وَلَدَتْ مِنْهُ فِي غَيْرِ مِلْكِهِ بِنِكَاحٍ أَوْ زِنَى ، ثُمَّ مَلَكَهَا ، لَمْ تَصِرْ أُمٌّ
وَلَدٍ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهَا مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِ الْأَمَةِ . وَنَقَلَ ابْنُ أَبِي مُوسَى أَنَّهَا تَصِيرُ أُمٌّ
وَلَدٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ .

فصل : فَإِنْ أَسْقَطَتْ وَلَدًا مَيِّتًا ، فَهُوَ كَالْحَيِّ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدٌ . وَإِنْ
أَسْقَطَتْ جُزْءًا مِنْهُ ، كَيَدٍ وَرِجْلٍ ، فَهِيَ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ وَلَدٍ . وَإِنْ أَلْقَتْ
نُطْفَةً أَوْ عُلْقَةً ، لَمْ تَصِرْ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَلَدٍ . وَإِنْ وَضَعَتْ مَا يَتَحَقَّقُ^(٢)
فِيهِ تَخْطِيطٌ ؛ مِنْ رَأْسٍ ، أَوْ يَدٍ ، أَوْ رِجْلٍ ، أَوْ عَيْنٍ ، فَهُوَ وَلَدٌ . وَإِنْ أَلْقَتْ
مُضْغَةً ، فَشَهِدَتْ ثِقَةً مِنَ الْقَوَائِلِ أَنَّهُ تَخَطَّطَ ، أَوْ تَصَوَّرَ ، ثَبَتَ أَنَّهُ وَلَدٌ .
وَإِنْ لَمْ يَتَخَطَّطْ وَيَتَصَوَّرْ ، فَشَهِدَتْ أَنَّهُ بُدُوُ خَلْقِ آدَمِيِّ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛
إِحْدَاهُمَا ، لَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَلَدٍ ، أَشْبَهَ النُّطْفَةَ . وَالْأُخْرَى ، هِيَ
أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهُ بُدُوُ خَلْقِ بَشَرٍ^(٣) ، أَشْبَهَ الْمُتَخَطَّطَ .

فصل : وَيَمْلِكُ الرَّجُلُ اسْتِخْدَامَ أُمٍّ وَلَدِهِ ، وَإِجَارَتَهَا ، وَوِطْأَهَا ،

(١) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٧/ ٢٩٦ ، ٢٩٧ . وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي : سَنَنِهِ ٢/ ٦١ .

(٢) فِي ف : « تَحَقَّقَ » .

(٣) فِي ف : « آدَمِي » .

وَتَزْوِجُهَا ، وَحُكْمُهَا مُحْكَمُ الْإِمَاءِ فِي صَلَاتِهَا وَغَيْرِهَا ؛ لِأَنَّهَا بَاقِيَةٌ عَلَى مِلْكِهِ ، إِنَّمَا تَعْتَقُ بَعْدَ الْمَوْتِ ؛ بِدَلِيلِ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ ^(١) .

فصل : ولا يَمْلِكُ بَيْعُهَا ، ولا هِبَتُهَا ، ولا التَّصَرُّفُ فِي رَقَبَتِهَا ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ^(٢) بِإِسْنَادِهِ ، عَنْ عُبَيْدَةَ قَالَ : خَطَبَ عَلِيُّ النَّاسَ ، فَقَالَ : شَاوَرَنِي عُمَرُ فِي أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ ، فَرَأَيْتُ أَنَا وَعُمَرُ أَنَّ أُعْتِقَهُنَّ ، فَقَضَى بِهِ عُمَرُ حَيَاتَهُ ، وَعُثْمَانُ حَيَاتَهُ ، فَلَمَّا وَلِيْتُ رَأَيْتُ أَنَّ أَرْقَهُنَّ . قَالَ عُبَيْدَةُ : فَرَأَيْتُ عُمَرَ وَعَلِيَّ فِي الْجَمَاعَةِ أَحَبَّ إِلَيْنَا مِنْ رَأْيِ عَلِيٍّ وَحَدَهُ . وَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : بَعَثَ إِلَى عَلِيٍّ ، وَإِلَى شُرَيْحٍ ، أَنْ أَقْضُوا كَمَا كُنْتُمْ تَقْضُونَ ، فَإِنِّي أَكْرَهُ الْاِخْتِلَافَ ^(٣) . وَرَوَى صَالِحٌ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ ^(٤) قَالَ : أَكْرَهُ « بَيْعَهُنَّ ، وَقَدْ بَاعَ عَلِيٌّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : فَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ يَصِحُّ الْبَيْعُ مَعَ الْكَرَاهَةِ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ .

فصل : وإن وَلَدَتْ مِنْ غَيْرِ سَيِّدِهَا ، فَهِيَ مُحْكَمُهَا ، يَغْتَقُ بِمَوْتِ سَيِّدِهَا ، سَوَاءً عَتَقَتْ هِيَ ^(٥) أَوْ مَاتَتْ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّ الْاِسْتِيلَادَ كَالْعِتْقِ الْمُنْجِزِ ، وَلَا يَنْتَظِرُ الْحُكْمَ فِيهِ بِمَوْتِهَا ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ فِي حَيَاتِهَا ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِمَوْتِهَا ، كَوَلَدِ الْمَذْبُورَةِ .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٠٥ .

(٢) في : سننه ٦٠ / ٢ ، ٦١ .

كما أخرجه ابن أبي شيبة ، في : المصنف ٤٣٦ / ٦ ، ٤٣٧ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى

٣٤٣ / ١٠ .

(٣) أخرجه وكيع ، في : أخبار القضاة ٣٩٩ / ٢ .

(٤ - ٤) في الأصل : « كرهه » .

(٥) سقط من : م .

فصل : وإن أسلمت أم ولد الذمى ، لم تعتق . ونقل عنه مهنًا أنها تعتق ؛ لأنه لا يجوز إقرار ملك كافر على مسلمة ، ولا سبيل إلى إزالته بغير العتق . وعنه ، أنها تستسعى في قيمتها ، ثم تعتق . والمذهب الأول . قال [٢٧٢ظ] أبو بكر : الذى تقتضيه أصول أبي عبد الله أنها لا تعتق ؛ لأنه سبب يقتضى العتق بعد الموت ، فلم يتجزأ^(١) بالإسلام ، كالنذير ، ولكن تزال يده عنها ، ويحال بينه وبينها ؛ لأن المسلمة لا تحل لكافر ، وتسلم إلى امرأة ثقة ، ونفقتها في كسبها ، وما فضل منه فهو لسيدها . وإن لم يف بنفقتها ، فعلى سيدها تمامها فى إحدى الروايتين . وهو قول الخرقي ؛ لأنها مملوكة . والثانية ، لا يلزمه ذلك ؛ لأنه منع الانتفاع بها . فإن أسلم ، حلت له^(٢) ، وإن مات عتقت .

فصل : وإن جنت ، لزم سيدها فداؤها ؛ لأنه منع من بيعها بالإخبال ، ولم تبلغ حالاً تتعلق بذمتها ، فأشبه ما لو امتنع من تسليم عبده القن ، ويفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو أرش جنايتها ؛ لأنه لا يمكن بيعها . وعنه ، يفديها بأرش جنايتها بالغة ما بلغت . حكاه أبو بكر ؛ لأنه ممتنع^(٣) من تسليمها . فإن عادت فجنت ، فذاها كما وصفت ؛ لأن الموجب لفدائها وجد فى الثانية كوجوده فى الأولى ، فوجب استوائهما فى الفداء ، لاستوائهما فى مقتضيه .

(١) فى م : « يتجزأ » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى م : « ممنوع » .

فصل : وإن جَنَتْ أُمُّ الْوَلَدِ عَلَى سَيِّدِهَا فِيمَا دُونَ النَّفْسِ ، فَهِيَ كَجِنَايَةِ الْقِنِّ سَوَاءً ، وَإِنْ قَتَلَتْهُ ، عَتَقَتْ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ مِلْكُهُ بِمَوْتِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ نَقْلُ الْمَلِكِ . فَإِنْ كَانَتْ جِنَايَتُهَا عَمْدًا ، فَلِلْأَوْلِيَاءِ الْقِصَاصُ مِنْهَا ، وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مُوجِبَةٍ ^(١) لِلْقِصَاصِ ، أَوْ مُوجِبَةً ^(٢) لَهُ فَسَقَطَ بِالْعَفْوِ ، فَعَلَيْهَا قِيمَةُ نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّهَا جِنَايَةُ أُمِّ وَلَدٍ ، فَلَمْ يَجِبْ بِهَا ^(٢) أَكْثَرُ مِنْ قِيَمَتِهَا ، كَالْجِنَايَةِ عَلَى الْأَجْنَبِيِّ . وَإِنْ وَرِثَ وَلَدُهَا شَيْئًا مِنَ الْقِصَاصِ الْوَاجِبِ عَلَيْهَا ، سَقَطَ كُلُّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّبَعُ ، وَصَارَ الْأَمْرُ إِلَى الْقِيَمَةِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) سقط من : م .

كِتَابُ النِّكَاحِ

النِّكَاحُ مَشْرُوعٌ، أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِهِ وَرَسُولُهُ، فَقَالَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾^(١). وَقَالَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾^(٢). وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «يَا مَعْشَرَ الشَّبَابِ، مَنْ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ الْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ، فَإِنَّهُ أَغْضُ لِلْبَصَرِ، وَأَخْصَنُ لِلْفَرْجِ، وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيُصُمْ، فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وَجَاءٌ». وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «إِنِّي أَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ، فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ مِنِّي». وَقَالَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ: لَقَدْ رَدَّ النَّبِيُّ ﷺ عَلَى عُثْمَانَ بْنِ مَظْعُونٍ التَّبْتُلَ، وَلَوْ أَحَلَّهُ لَهُ^(٣) لَأَخْتَصَمْتَنَا. مُتَّفَقٌ عَلَيْهَا^(٤). وَالتَّبْتُلُ تَرْكُ النِّكَاحِ.

(١) سورة النساء ٣.

(٢) سورة النور ٣٢.

(٣) سقط من: الأصل.

(٤) في ف: «عليهن».

والحديث الأول أخرجه البخاري، في: باب الصوم لمن خاف على نفسه العزوبة، من كتاب الصوم، وفي: باب قول النبي ﷺ: من استطاع منكم الباءة فليتزوج...، وباب من لم يستطع الباءة فليصم، من كتاب النكاح. صحيح البخاري ٣/٣٤، ٣/٧. ومسلم، في: باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه...، من كتاب النكاح. صحيح مسلم ١٠١٨/٢، ١٠١٩.

كما أخرجه أبو داود، في: باب التحريض على النكاح، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ٤٧٢/١. والترمذي، في: باب ما جاء في فضل التزويج والحث عليه، من أبواب النكاح =

وقد رُوِيَ عن أحمدَ أنَّ النِّكَاحَ واجبٌ . اختارَه أبو بكرٍ ؛ لظاهرِ هذه
التَّصوُّصِ . وظاهرُ المذهبِ أنَّه لا يَجِبُ إلَّا على مَنْ يَخَافُ بَتْرَكةَ مُوَاقَعَةٍ^(١)
المَحْظُورِ ، فيلْزَمُه النِّكَاحُ ؛ لأنَّه يَجِبُ عليه اجْتِنَابُ المَحْظُورِ ، وطريقُه
النِّكَاحُ ، ولا يَجِبُ على غيره ؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا
طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ . ولو وَجِبَ لم يُعَلِّقْهُ على الاستِطَاعَةِ^(٢) .

= عارضة الأحوذى ٤/ ٣٠٠ ، ٣٠١ . والنسائي ، فى : باب ذكر الاختلاف على محمد بن أبى
يعقوب ... من كتاب الصيام . المجتبى ٤/ ١٤١ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى فضل
النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٥٩٢ . والدارمى ، فى : باب من كان عنده طول
فليتزوج ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ٣٧٨ ،
٤٢٤ ، ٤٢٥ ، ٤٣٢ ، ٤٤٧ .

والحديث الثانى أخرجه البخارى ، فى : باب الترغيب فى النكاح ، من كتاب النكاح .
صحيح البخارى ٧/ ٢ . ومسلم ، فى : باب استحباب النكاح لمن تآقت نفسه إليه ... من كتاب
النكاح . صحيح مسلم ٢/ ١٠٢٠ .

كما أخرجه النسائي ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٥٠ .
والدارمى ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٣ . والإمام
أحمد ، فى : المسند ٣/ ٢٤١ ، ٢٥٩ ، ٢٨٥ .

والحديث الثالث أخرجه البخارى ، فى : باب ما يكره من التبتل والخصاء ، من كتاب
النكاح . صحيح البخارى ٧/ ٥ . ومسلم ، فى : الموضع السابق .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى النهى عن التبتل ، من أبواب النكاح . عارضة
الأحوذى ٤/ ٣٠٥ . والنسائي ، فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/ ٤٨ .
وابن ماجه ، فى : باب النهى عن التبتل من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/ ٥٩٣ . والدارمى ،
فى : باب النهى عن التبتل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/ ١٣٣ . والإمام أحمد ، فى :
المسند ١/ ١٧٦ ، ١٨٣ .

(١) فى ف : « موافقة » .

(٢) فى ف : « الاستطاعة » .

والاشتغال به أفضل من [٢٧٣] التخلي للعبادة ؛ لظاهر الأخبار ، فإن أقل أحوالها الذنب إلى النكاح ، والكراهة لتزويجه ، إلا أن يكون ممن ^(١) لا شهوة له ؛ كالعنين ، والشيخ الكبير ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، النكاح له أفضل ؛ لدخوله في عموم الأخبار . والثاني ، تركه أفضل ؛ لأنه ^(٢) لا يحصل منه مصلحة النكاح ، ويمنع زوجته من التحصن بغيره ، ويلزم نفسه واجبات وحقوقا لعله يعجز عنها .

فصل : ولا يصح إلا ^(٣) من جائز التصرف ؛ لأنه عقد معاوضة ، فأشبهه البيع .

ولا يصح نكاح العبد بغير إذن مولاه ^(٤) ؛ لما روى جابر ^(٥) قال : قال رسول الله ﷺ : « أئما عبد تزوج بغير إذن مولاه ، فهو عاهر » . رواه أبو داود ، والترمذي ^(٦) ، وقال : حديث حسن . ولأنه ينقص قيمته ، ويوجب

(١) في الأصل : « مما » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في ف : « سيده » .

(٤ - ٤) في الأصل : « أن » .

(٥) بعده في الأصل : « قال » .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في نكاح العبد بغير إذن مولاه ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨٠ / ١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٣١ / ٥ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب في العبد يتزوج بغير إذن من سيده ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٢ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٠١ ، ٣٧٧ .

وأخرجه ابن ماجه عن ابن عمر ، في : باب تزويج العبد بغير إذن سيده ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٠ .

المهر والنفقة ، وفيه ضررٌ على سيده ، فلم يجزُ بغيرِ إذنه ، كبيعه . وعنه ، أنه يصح ويقف على إجازة مولا ؛ بناءً على تصرفات الفضولي^(١) . ويجوز نكاحه بإذن مولا ؛ لدلالة الحديث ، ولأن المنع لحقه ، فزال بإذنه .

فصل : ومن أراد نكاح امرأة ، فله النظر إليها ؛ لما روى جابرٌ قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا خطب أحدكم المرأة ، فإن استطاع أن ينظرَ منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها ، فليفعل » . رواه أبو داود^(٢) . وينظرُ إلى الوجه ؛ لأنه مَجْمَعُ المحاسن ، ومَوْضِعُ النظر ، وليس بعورة . وفي النظرِ إلى ما يظهرُ عادةً ، من الكفين والقدمين ونحوهما روايتان ؛ إحداهما ، يُباح ؛ لأنه يظهرُ عادةً ، أشبه الوجه . والثانية ، لا يُباح ؛ لأنه عورة ، أشبه ما لا يظهرُ . ولا يجوزُ النظرُ إلى ما لا يظهرُ عادةً ؛ لأنه عورة لا^(٣) حاجة إلى نظره . ويجوزُ النظرُ إليها بإذنها وغير^(٤) إذنها ؛ لأن النبي ﷺ أطلقَ النظرَ ، فلا يجوزُ تقييده ، وفي حديث جابرٍ قال : فخطبتُ امرأةً ، فكنْتُ أَتَحَبَّأُ لها حتى رأيتُ منها ما دعاني إلى نكاحها ، فتزوَّجْتُها^(٥) .

(١) الفضولي : من ليس ولياً ولا وصياً ولا أصيلاً ولا وكيلًا .

(٢) بعده في ف : « وأحمد ، والترمذي ، وقال : حديث حسن » .

والحديث أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨٠ / ١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٣٣٤ ، ٣٦٠ .

(٣) في م : « ولا » .

(٤) في م : « بغير » .

(٥) هو الحديث المتقدم في حاشية ٢ .

وليس له الخلوة بها ؛ لأنَّ الخبر إنما ورد بالنَّظر ، فَبَقِيََتِ الخلوةُ على أَصلِ التَّحْرِيمِ .

ويجوزُ لمن أرادَ شراءَ جاريةٍ النَّظرُ منها إلى ما عدا عَوْرَتِها ؛ للحاجةِ إلى مَعْرِفَتِها . ويجوزُ للرجلِ النَّظرُ إلى وَجْهِ مَنْ يُعَامِلُها ؛ لحاجَتِهِ إلى مَعْرِفَتِها ، للمُطالَبَةِ بِحُقُوقِ العَقْدِ . ويجوزُ له ^(١) ذلك عندَ الشَّهادةِ ؛ للحاجةِ إلى مَعْرِفَتِها ، للتَّحْمُلِ والأداءِ . ويجوزُ للطَّيِّبِ النَّظرُ إلى ما تَدْعُو الحاجةُ إلى مُداوَاةِ مِنْ بَدَنِها حتى الفَرْجِ ؛ لأنَّه موضِعُ ضَرْورةٍ ، فَأُشْبِهَ الحاجةُ إلى الخِتَانِ .

فصل : وله أن يَنْظُرَ مِنْ ذَوَاتِ ^(٢) مَحَارِمِهِ إلى ما يَظْهَرُ غالبًا ؛ كالرَّأْسِ ، والرَّقَبَةِ ، والكَفَّيْنِ ، والقَدَمَيْنِ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِيَنَّ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ ﴾ . الآية ^(٣) . وقال سبحانه وتعالى : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْهِنَ فِيْ آبَائِهِنَّ ﴾ . الآية ^(٤) .

وذواتُ ^(٥) المحَرَّمِ مَنْ يَحْرُمُ نِكَاحُها ^(٦) على التَّأْيِيدِ ، بِنَسَبٍ ، أو سَبَبٍ مُبَاحٍ ، كَأُمِّ الزَّوْجَةِ وابْنَتِها . فَأَمَّا أُمُّ المَزْنِيِّ بها ، والمَوْطُوَّةُ بِشُبْهَةِ وَبَنَتِها ،

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل : « ذات » .

(٣) سقط من : م .

والآية من سورة النور ٣١ .

(٤) سقط من : م .

والآية من سورة الأحزاب ٥٥ .

(٥) فى م : « ذات » .

(٦) فى م : « عليه » .

فلا يُباح النَّظَرُ إليها ؛ لأنها حُرِّمَتْ بِسَبَبٍ غيرِ مُباحٍ ، فلا تُلْحَقُ بِذَوَاتِ
الأنساب .

وأما عبدُ المرأة ، فليس بمَحْرَمٍ لها ؛ لأنها لا تحُرِّمُ عليه على التَّأْيِيدِ ،
لكن يُباحُ له النَّظَرُ إلى ما يَظْهَرُ منها غالبًا ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ أَوْ مَا
مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ ﴾^(١) . وَرَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ [٢٧٣ ظ]
قال : « إِذَا كَانَ لِإِحْدَاكُنَّ مُكَاتَبٌ ، فَمَلَكَ مَا يُؤَدِّي ، فَلْتَحْتَجِبْ
مِنْهُ »^(٢) . قال ^(٣) التِّرْمِذِيُّ : هذا ^(٤) حديثٌ صحيحٌ . وفيه دَلَالَةٌ على أَنَّها
لا تَحْتَجِبُ مِنْهُ قَبْلَ ذَلِكَ . ولأنَّ الْحَاجَةَ تَدْعُو إِلَى ذَلِكَ ؛ لِحَاجَتِهَا ^(٥) إِلَى
خِدْمَتِهِ ، فَأُشْبِهَ ذَا الْمَحْرَمِ .

فصل : وَمَنْ لَا تَمَيِّزَ لَهُ مِنَ الْأَطْفَالِ ، لَا يَجِبُ التَّسْتُرُ مِنْهُ فِي
شَيْءٍ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ أَوْ الْطِفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ
النِّسَاءِ ﴾^(١) . وفي الْمُتَمَيِّزِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ كَالْبَالِغِ ؛ لِهَذِهِ الْآيَةِ .
وَالثَّانِيَةُ ، هُوَ كَذِي الْمَحْرَمِ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿ لَيْسَتَعْدَنَكُمْ الَّذِينَ مَلَكَتْ
أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ﴾ . إِلَى قَوْلِهِ تعالى : ﴿ لَيْسَ

(١) سورة النور ٣١ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٨٨ .

(٣) في م : « رواه » .

(٤) في م : « وقال » .

(٥ - ٥) في ف : « إلى خدمتها » ، وفي م : « لخدمته » .

عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌ بَعْدَهُنَّ طَوَّافُونَ عَلَيْكُمْ بَعْضُكُمْ عَلَى
بَعْضٍ ^(١) . ثم قال تعالى ذِكْرُهُ : ﴿ وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمْ الْحُلُمَ
فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ ^(٢) . ففَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْبَالِغِ .

وَحُكْمُ الطُّفْلِ الَّتِي لَا تَصْلُحُ لِلنِّكَاحِ مَعَ الرِّجَالِ حُكْمُ الطُّفْلِ مَعَ
النِّسَاءِ ، وَالَّتِي صَلَحَتْ لِلنِّكَاحِ كَالْمُمَيَّزِ مِنَ الْأَطْفَالِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو بَكْرٍ ^(٣)
بِإِسْنَادِهِ ، أَنَّ أَسْمَاءَ بِنْتَ أَبِي بَكْرٍ دَخَلَتْ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ فِي ثِيَابٍ رِقَاقٍ ،
فَأَعْرَضَ عَنْهَا ، وَقَالَ : « يَا أَسْمَاءُ ، إِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا بَلَغَتْ الْحَيْضَ لَمْ يَصْلُحْ أَنْ
يُرَى مِنْهَا إِلَّا هَذَا وَهَذَا » . وَأَشَارَ إِلَى وَجْهِهِ وَكَفِّهِ .

فصل : وَالْعَجُوزُ الَّتِي لَا يُشْتَهَى مِثْلُهَا يُبَاحُ النَّظَرُ مِنْهَا إِلَى مَا يَظْهَرُ
غَالِبًا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ
عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ غَيْرَ مُتَبَرِّجَاتٍ بِزِينَةٍ ^(٤) . قَالَ ابْنُ
عَبَّاسٍ : اسْتَشْنَاهُنَّ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ
أَبْصَارِهِنَّ ^(٥) . وَلَأنَّ مَا حَرَّمَ النَّظَرَ لِأَجْلِهِ مَعْدُومٌ فِي حَقِّهَا ، فَأَشْبَهَتْ

(١) سورة النور ٥٨ .

(٢) سورة النور ٥٩ .

(٣) وأخرجه أبو داود ، في : باب فيما تبدى المرأة من زينتها ، من كتاب اللباس . سنن أبي داود
٣٨٣ / ٢ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٨٦ / ٧ .

(٤) سورة النور ٦٠ .

(٥) سورة النور ٣١ .

والأثر أخرجه أبو داود ، في : باب في قوله تعالى : ﴿ وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ
أَبْصَارِهِنَّ ﴾ ، من كتاب اللباس . سنن أبي داود ٣٨٤ / ٢ .

ذَوَاتِ الْحَرَامِ . وَفِي مَعْنَاهَا الشَّوْهَاءُ الَّتِي لَا تُشْتَهَى ^(١) .

وَمَنْ ذَهَبَتْ شَهْوَتُهُ مِنَ الرِّجَالِ ؛ لِكِبَرٍ ، أَوْ مَرَضٍ ، أَوْ تَخْنِيثٍ ،
فَحُكْمُهُ حَكْمُ ذِي الْحَرَمِ فِي النَّظَرِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَوْ التَّابِعِينَ غَيْرِ
أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ ﴾ ^(٢) . أَيْ ^(٣) الَّذِي لَا أَرْبَ لَهُ فِي النِّسَاءِ . كَذَلِكَ
فَسَّرَهُ مُجَاهِدٌ ^(٤) ، وَقَتَادَةُ . وَنَحْوُهُ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ^(٥) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . قَالَتْ
عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : دَخَلَ عَلَى أَزْوَاجِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مُخَنَّثٌ ، فَكَانُوا
يَعُدُّونَهُ مِنْ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ ، فَدَخَلَ عَلَيْنَا النَّبِيُّ ﷺ وَهُوَ يَنْعَتُ امْرَأَةً ^(٥) إِذَا
أَقْبَلَتْ أَقْبَلْتُ بِأَرْبَعٍ ، وَإِذَا أَدْبَرَتْ أَدْبَرْتُ بِثَمَانٍ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أَلَا ^(٦)
أَرَى هَذَا يَعْلَمُ مَا هَلْهُنَا ؟ لَا يَدْخُلَنَّ عَلَيْكُنَّ ^(٧) هَذَا » . فَحَجَّبُوهُ ^(٨) . رَوَاهُ أَبُو
دَاوُدَ ^(٩) . فَأَجَازَ دُخُولَهُ عَلَيْهِنَّ حِينَ عَدَّهُ مِنْ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ ، فَلَمَّا عَلِمَ

(١) فِي ف : « يَشْتَهَى مِثْلَهَا » .

(٢) سُورَةُ النُّورِ ٣١ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) انْظُرْ تَفْسِيرَ ابْنِ جَرِيرٍ ١٨ / ١٢٢ ، ١٢٣ .

(٥) بَعْدَهُ فِي م : « قَالَ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « لَا » .

(٧) فِي م : « عَلَيْكُمْ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٩) فِي : بَابُ فِي قَوْلِهِ : ﴿ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ ﴾ ، مِنْ كِتَابِ اللَّبَاسِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٣٨٣ / ٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ غَزْوَةِ الطَّائِفِ فِي شَوَّالٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي . صَحِيحُ
الْبُخَارِيِّ ١٩٨ / ٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ مَنَعَ الْمُخَنَّثِ مِنَ الدُّخُولِ عَلَى النِّسَاءِ الْأَجَانِبِ ، مِنْ كِتَابِ
الْإِسْلَامِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٧١٦ / ٤ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ فِي الْمُخَنَّثِينَ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنُ
ابْنِ مَاجَةٍ ٦١٣ / ١ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْمُؤَنَّثِ مِنَ الرِّجَالِ ... ، مِنْ كِتَابِ
الْوَصِيَّةِ . الْمُوطَأُ ٧٦٧ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدُ ١٥٢ / ٦ ، ٢٩٠ .

ذلك منه ، حَجَبه .

فصل : وَيُباح لكل واحدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ النَّظَرُ إلى جميعِ بَدَنِ صاحِبِه
ولمسه ، وكذلك السَّيِّدُ مع أُمَّتِه المباحة له ؛ لِأَنَّهُ أُبِيحَ له الاستِمْتاعُ به ،
فَأُبِيحَ له النَّظَرُ إليه ، كالوَجْهِ . وَرَوَى بِهِزُ بْنُ حَكِيمٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ،
قال : قلتُ : يا رسولَ اللَّهِ ، عَوْرَاتُنَا ما نَأْتِي منها^(١) وما نَذَرُ؟ قال : « اخْفِظْ
عَوْرَتَكَ إِلَّا مِنْ زَوْجَتِكَ أَوْ ما [٢٧٤و] مَلَكَتْ يَمِينُكَ » . رواه النَّسَائِيُّ^(٢) .
ويُكرَهُ النَّظَرُ إلى الفَرْجِ .

فإن زَوْجَ أُمَّتِه ، حَرُمَ عليه^(٣) النَّظَرُ منها إلى ما بينَ السُّرَّةِ والرُّكْبَةِ ؛ لما
رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه ، قال : قال رسولُ اللَّهِ ﷺ :
« إِذَا زَوْجٌ أَحَدُكُمْ خَادِمَهُ^(٤) عَبْدَهُ أَوْ أَجِيرَهُ ، فلا يَنْظُرُ إلى ما دُونَ السُّرَّةِ
وَ^(٥) فَوْقَ الرُّكْبَةِ ، فَإِنَّهُ عَوْرَةٌ » . رواه أبو داود^(٦) .

(١) في م : « منا » .

(٢) في : باب نظر المرأة إلى عورة زوجها ، من كتاب عشرة النساء . السنن الكبرى ٣١٣ / ٥ .
كما أخرجه أبو داود ، في : باب [ما جاء] في التعري ، من كتاب الحمام . سنن أبي داود
٣٦٤ / ٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في حفظ العورة ، من أبواب الأدب . عارضة الأحوذى
٢٢٣ / ١٠ ، ٢٣٨ . وابن ماجه ، في : باب التستر عند النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن
ماجه ٦١٨ / ١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣ / ٥ ، ٤ .

وروى البخارى طرفه : « اللَّهُ أَحَقُّ أَنْ يَسْتَحْيِيَ مِنْهُ مِنَ النَّاسِ » . في : باب من اغتسل عرياناً
وحده في الخلوة ... ، من كتاب الغسل (الترجمة) . صحيح البخارى ٧٨ / ١ .
(٣) سقط من : م .

(٤) أى : أُمَّتِه . وفي رواية : « خادمتَه » . انظر : عون المعبود ١٠٩ / ٤ .

(٥) في الأصل : « وما » .

(٦) تقدم تخريجه في ١١٢ / ١ .

فصل : فأما الرجلُ مع الرجلِ ، فلكلِّ واحدٍ منهما النَّظَرُ مِنْ صاحِبِهِ إلى^(١) ما ليس بعَوْرَةٍ ؛ لأنَّ تَخْصِيصَ العَوْرَةِ بالنَّهْيِ دَلِيلٌ عَلَى إِبَاحَةِ النَّظَرِ إلى غيرِها .

ويُكْرَهُ النَّظَرُ إلى الغُلامِ الجميلِ ؛ لأنَّه لا يَأْمَنُ الفِتْنَةُ بالنَّظَرِ إليه .
والمرأةُ مع المرأةِ كالرجلِ مع الرجلِ . والمُسلِمةُ مع الكافِرةِ كالمُسلِمينِ^(٢) ، كما أنَّ المُسلِمةَ مع الكافِرِ كالمُسلِمينِ . وعنه ، أنَّ المُسلِمةَ لا تُكْشِفُ قِنَاعَهَا عندَ الذُّمِّيَّةِ ، ولا تَدْخُلُ معها الحَمَّامَ ؛ لقَوْلِهِ تعالى : ﴿ أَوْ نِسَائِهِنَّ ﴾^(٣) . فتَخْصِيصُهُنَّ بِالذَّكْرِ يَدُلُّ عَلَى اخْتِصَاصِهِنَّ بِذلك .

فصل : وفي نَظَرِ المرأةِ إلى الرجلِ رِوَايَتَانِ ؛ إحداهما ، يَحْرُمُ عَلَيْهَا مِنْ ذلك ما يَحْرُمُ عَلَيْهِ مِنْهَا^(٤) ؛ لِما رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ قَالَتْ : كُنْتُ قَاعِدَةً عندَ النَّبِيِّ ﷺ أَنَا وَحَفْصَةُ ، فَاسْتَأْذَنَ ابْنُ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « احْتَجِبْنَ مِنْهُ » . فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، ضَرِيرٌ لَا يُبْصِرُ . قال : « أَفَعَمِّيَاوَانِ أَنْتُمَا لَا^(٥) تُبْصِرَانِهِ ؟ »^(٦) . أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالنَّسَائِيُّ ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « كالمسلمتين » .

(٣) سورة النور ٣١ .

(٤) سقط من : م .

(٥) في م : « ألا » .

(٦) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي قَوْلِهِ : ﴿ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ ﴾ ، مِنْ كِتَابِ اللِّبَاسِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٣٨٤ / ٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي احْتِجَابِ النِّسَاءِ مِنَ الرِّجَالِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْأَدَبِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٣٠ / ١٠ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ نَظَرِ النِّسَاءِ إِلَى الْأَعْمَى ، مِنْ =

«والتَّزْمِيدِيُّ»^(١) ، وقال التَّزْمِيدِيُّ^(٢) : هذا^(٣) حديثٌ صحيحٌ . والثانيةُ ، يجوزُ لها النَّظَرُ منه إلى ما ليس بعَوْرَةٍ ؛ لِما رَوَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ قَيْسٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال لها : « اَعْتَدِي فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ ، فَإِنَّهُ رَجُلٌ أَعْمَى ، تَضَعِينَ ثِيَابَكَ فَلَا يَرَاكَ » . وَقَالَتْ عَائِشَةُ : كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَسْتُرُنِي بِرِدَائِهِ وَأَنَا أَنْظُرُ إِلَى الْحَبَشَةِ يَلْعَبُونَ فِي الْمَسْجِدِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِمَا^(٤) . وهذا أصحُّ . وحديثُ أُمِّ سَلَمَةَ يَحْتَمِلُ أَنَّهُ خَاصٌّ لِأَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَإِنْ قُدِّرَ عُمُومُهُ ، فَهَذِهِ الْأَحَادِيثُ أَصَحُّ مِنْهُ ، فَتَقْدِيمُهَا أَوْلَى .

وَكُلُّ مَنْ أُبِيحَ لَهُ النَّظَرُ إِلَى مَنْ^(٥) لَا يَحِلُّ لَهُ الْاِسْتِمْتَاعُ بِهِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ ذَلِكَ لَشَهْوَةٍ وَتَلَذُّذٍ ؛ لِأَنَّهُ دَاعِيَةٌ إِلَى الْفِتْنَةِ .

= كتاب عشرة النساء . السنن الكبرى ٣٩٣/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٦/٦ .

(١ - ١) زيادة من : الأصل .

(٢) في ف ، م : « النسائي » .

(٣) سقط من : م .

(٤) الحديث الأول تقدم تخريجه في ٣٩/٣ . وليس عند البخاري .

والحديث الثاني أخرجه البخاري ، في : باب أصحاب الحراب في المسجد ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب الحراب والدروق يوم العيد ، وباب إذا فاته العيد يصلي ركعتين ، من كتاب العيدين ، وفي : باب قصة الحبش وقول النبي ﷺ : يا بني أرفدة . من كتاب المناقب ، وفي : باب نظر المرأة إلى الحبش ... ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ١٢٣/١ ، ٢٠/٢ ، ٢٩ ، ٤/٤ ، ٢٢٥ ، ٤٨/٧ ، ٤٩ . ومسلم ، في : باب الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه ... ، من كتاب العيدين . صحيح مسلم ٦٠٧/٢ - ٦١٠ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب الاستماع إلى الغناء وضرب الدف يوم العيد ، من كتاب العيدين . المجتبى ١٦٠/٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٨٤/٦ ، ٨٥ ، ١٦٦ ، ٢٤٧ ، ٢٧٠ . (٥) في الأصل : « ما » .

بَابُ شَرَائِطِ النِّكَاحِ

وهي خَمْسَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، الْوَلِيُّ ، فَإِنْ عَقَدَتْهُ الْمَرْأَةُ لِنَفْسِهَا أَوْ لغيرِهَا ، بِإِذْنِ وَلِيِّهَا أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِمَا رَوَتْ عَائِشَةُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ » ^(١) . قَالَ أَحْمَدُ وَيَحْيَى ^(٢) : هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ^(٣) أَنَّ لِلْمَرْأَةِ تَزْوِيجَ مُعْتَقَتِهَا ^(٤) . فَيُخَرَّجُ مِنْ هَذَا صِحَّةُ تَزْوِيجِهَا لِنَفْسِهَا ^(٥) بِإِذْنِ وَلِيِّهَا ، وَتَزْوِيجِ غَيْرِهَا بِالْوَكَالَةِ ؛ لِمَا رَوَتْ عَائِشَةُ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « أَيَّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتُ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ ^(٦) بَاطِلٌ بَاطِلٌ ^(٦) ، فَإِنْ أَصَابَهَا ، فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا ، فَإِنْ اسْتَجَرُّوا ، فَالْسلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، [٢٧٤ ظ] وَالتِّرْمِذِيُّ ^(٧) . فَمَفْهُومُهُ صِحَّتُهُ بِإِذْنِهِ ، وَلِأَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّهِ ، فَجَازَ

(١) أخرجه الإمام أحمد، في: المسند ٢٦٠ / ٦.

(٢) يحيى بن معين بن عون البغدادي، أبو زكريا، الإمام الحافظ الجهني، شيخ المحدثين، توفي سنة ثلاث وثلاثين ومائتين. انظر ترجمة حافلة له في: سير أعلام النبلاء ٧١ / ١١ - ٩٦.

(٣) بعده في ف: « ما يدل على ».

(٤) في النسخ: « معتقها ». والمثبت كما في المقنع والشرح الكبير والإنصاف ١٥٨ / ٢٠. وانظر المغني ٣٧٢ / ٩.

(٥) سقط من: الأصل.

(٦ - ٦) في الأصل: « باطل »، وفي م: « فنكاحها باطل فنكاحها باطل ».

(٧) أخرجه أبو داود، في: باب الولي، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ٤٨١ / ١. والترمذي، في: باب ما جاء لا نكاح إلا بولي، من أبواب النكاح. عارضة الأحوذى ١٣ / ٥. =

بإذنه ، كنيكاح العبد . والأوّل المذهب ؛ لعموم الخبر الأوّل ، ولأنّ المرأة غير مأمونة على البضع ؛ 'لنقص عقلها' ، وسرعة انخداعها ، فلم يجرّ تفويضه إليها ، كالمبتدّر في المال ، بخلاف العبد ، فإنّ المنع لحقّ المولى خاصّة ، وإنّما ذكر تزويجها بغير إذن وليّها ؛ لأنّه الغالب ، إذ لو رضى لكان هو المبشّر له دونها .

فصل : فإن تزوّج بغير^(٢) وليّ ، فالنكاح فاسدٌ ، لا يحلّ الوطء فيه ، وعليه فراقها . فإن وطئ^(٣) ، فلا حدّ عليه في ظاهر كلام أحمد ؛ لأنّه وطءٌ مختلفٌ في حله ، فلم يجب به حدّ ، كوطء التي تزوّجها في عدّة أختها . وذكر عن ابن حامد أنّه أوجب به الحدّ ؛ لأنّه وطءٌ في نكاح منصوص على بطلانه ، أشبه ما لو تزوّج ذات زوج .

وإن حكم بصحّة هذا العقد حاكمٌ ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يجوز نقضه ؛ لأنّه حكمٌ مختلفٌ فيه ، فأشبهه الشفعة للجار . والثاني ، يُنقض ؛ لأنّه خالف النصّ .

فصل : فإن كانت أمةً ، فولّيها سيّدُها ؛ لأنّه عقدٌ على نفعها ، فكان إلى سيّدِها ، كإجارتها . فإن كان لها سيّدان ، لم يجرّ تزويجها إلّا

= كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب لا نكاح إلا بوليّ ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ /

٦٠٥ . والدارمي ، في : باب النهي عن النكاح بغير وليّ ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ /

١٣٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ٤٧ ، ٦٦ ، ١٦٦ .

(١ - ١) في ف : « لنقصها » .

(٢) بعده في م : « إذن » .

(٣) في الأصل : « وطئها » .

بإذنيهما . وإن كانت سيِّدتها امرأة ، فولَّيها ولي سيِّدتها ، يُزَوِّجها بإذن سيِّدتها ؛ لأنَّه تصرفٌ فيها ، فلم يَجُزْ بغير إذنها^(١) ، كبيعها . وعنه رواية ثانية^(٢) ، أن مولاتها تأذن لرجل فيزَوِّجها ؛ لأنَّ سبب الولاية الملك ، وقد تحقَّق في المرأة ، وامتنعت المباشرة لنقص الأنوثة ، فكان لها التوكيل ، كالوليِّ الغائب . ونقل عنه أنَّه قيل له : هل تزوِّج المرأة أمتها ؟ قال : قد قيل ذلك ، هي مالها . وهذا يحتمل روايةً ثالثة .

فإن كانت سيِّدتها غير رشيِّدة ، أو كانت لُغلام أو لمجنون ، فولَّيها من يلي مالهم ؛ لأنَّه تصرفٌ في نفعها^(٣) ، أشبه إيجارتها .

فصل : وإن كانت حرة ، فأولَى الناس بها أبوها ؛ لأنَّه أشفقُ عصبائتها ، ويلى مالها عند عَدَم رُشديها . ثم الجدُّ أبو الأب وإن علا ؛ لأنَّه أب . وعنه ، الابنُ يُقدِّم على الجدِّ ؛ لأنَّه أقوى تعصيًا منه . وعنه ، أن الأخ يُقدِّم على الجدِّ ؛ لأنَّه يُدلى ببُنوَّة الأب ، والبُنوَّة أقوى . وعنه ، أن الجدَّ والأخ سواء ؛ لاشتوائيهما في الإرث بالتعصيب . والمذهب الأول ؛ لأنَّ للجدِّ إيلادًا وتعصيًا ، فُقدَّم عليهما ، كالأب ، ولأنَّه لا يُقَادُّ بهما^(٤) ، ولا يُقَطَّع بسرقة مالهما^(٥) ، بخلافهما . ثم ابنها ، ثم ابنه وإن نزل ؛ لأنَّه

(١) في م : « إذنه » .

(٢) في م : « أخرى » .

(٣) في الأصل : « فلو » .

(٤) في م : « بضعها » .

(٥) في م : « بها » .

(٦) في م : « مالها » .

عَدْلٌ مِنْ عَصَبَاتِهَا ، فَيَلِي نِكَاحَهَا ، كَابْنِهَا^(١) ، وَقُدِّمَ عَلَى سَائِرِ الْعَصَبَاتِ ؛
لأنَّه أَقْرَبُهُمْ^(٢) نَسَبًا ، وَأَقْوَاهُمْ تَعْصِيًا ، فَقُدِّمَ ، كَالْأَبِ . ثُمَّ الْأَخُ ، ثُمَّ ابْنُهُ ،
ثُمَّ الْعَمُّ ، ثُمَّ ابْنُهُ ، ثُمَّ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ مِنْ عَصَبَاتِهَا عَلَى تَرْتِيْبِهِمْ فِي
الْمِيرَاثِ ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لِدَفْعِ الْعَارِ عَنِ النَّسَبِ ، وَالنَّسَبُ فِي الْعَصَبَاتِ .
وَقُدِّمَ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ لِأَنَّهُ أَقْوَى ، فَقُدِّمَ ، كَتَقْدِيمِهِ فِي الْإِزْثِ ، وَلأنَّه
أَشْفَقُ ، فَقُدِّمَ ، كَالْأَبِ .

فَإِذَا انْقَرَضَ الْعَصْبَةُ مِنَ النَّسَبِ ، فَوَلِيَّتُهَا الْمَوْلَى الْمُعْتَقُ ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ^(٣)
الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ ، ثُمَّ «مَوْلَى الْمَوْلَى»^(٤) ، ثُمَّ عَصَبَاتُهُ ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ كَالنَّسَبِ
فِي التَّعْصِيْبِ ، فَكَانَ مِثْلَهُ فِي التَّزْوِيجِ . وَيُقَدِّمُ ابْنُ الْمَوْلَى عَلَى أَبِيهِ^(٥) ؛ لِأَنَّهُ
أَقْوَى تَعْصِيًا ، وَإِنَّمَا قُدِّمَ الْأَبُ الْمُنَاسِبُ لَزِيَادَةِ شَفَقَتِهِ^(٦) ، وَتَحْكِيمِ^(٧)
[٢٧٥و] الْأَصْلِ عَلَى فَرْعِهِ ، وَهَذَا مَعْدُومٌ فِي أَبِي الْمَوْلَى ، فَرُجِعَ فِيهِ إِلَى
الْأَصْلِ .

وَإِذَا كَانَ الْمُعْتَقُ امْرَأَةً ، فَوَلِيَّتُهَا أَوْلَاتُهَا أَقْرَبُ عَصَبَاتِهَا ؛ لِأَنَّهُ^(٨) لَمَّا لَمْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « كَابْنِهَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « أَقْرَبُ » .

(٣) بَعْدَهُ فِي ف : « ثُمَّ » .

(٤ - ٤) فِي الْأَصْلِ : « مَوْلَى الْمَوْلَى » .

(٥) فِي م : « ابْنُهُ » .

(٦) فِي ف : « نَفَقَتِهِ » .

(٧) فِي م : « تَحْكَمِ » .

(٨) فِي ف : « لِأَنَّهَا » .

يُمْكِنُهَا مُبَاشَرَةٌ نِكَاحِهَا ، كَانَتْ كَالْمَعْدُومَةِ . وَعَنْهُ ، أَنَّهَا تُؤَلَّى رَجُلًا يُزَوِّجُهَا^(١) ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي أَمْتِهَا .

ثُمَّ السُّلْطَانُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِنْ اشْتَجَرُوا ، فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ »^(٢) .

فصل : فَإِنْ اسْتَوَى اثْنَانِ فِي الدَّرَجَةِ ، وَأَحَدُهُمَا مِنْ أَبَوَيْنِ وَالْآخَرُ مِنْ أَبٍ ، كَالْأَخَوَيْنِ وَالْعَمَّيْنِ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُقَدَّمُ ذُو الْأَبَوَيْنِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ يُسْتَفَادُ بِالتَّعْصِيبِ ، فَأُشْبِهَ الْمِيرَاثَ بِالْوَلَاءِ . وَالثَّانِيَةُ ، هُمَا سَوَاءٌ . اخْتَارَهَا الْخَرَقِيُّ ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ بِقَرَابَةِ الْأَبِ ، وَهُمَا سَوَاءٌ فِيهَا . فَإِنْ كَانَا ابْنَيْ عَمٍّ أَحَدُهُمَا أَخٌ لِأُمٍّ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي أَنََّّهُمَا كَذَلِكَ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْأُخُوَّةَ لَا تُؤَثِّرُ فِي التَّقْدِيمِ ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي التَّعْصِيبِ وَالْإِزْثَ بِهِ ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا^(٣) .

فَإِنْ اسْتَوَى مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، فَالْوِلَايَةُ ثَابِتَةٌ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، أَيُّهُمَا زَوْجٌ صَحَّ تَزْوِيجُهُ ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ مُتَحَقِّقٌ فِي كُلِّ وَاحِدٍ ، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ تَقْدِيمُ أَسْنِهِمَا وَأَعْلَمِهِمَا وَأَتْقَاهُمَا ؛ لِأَنَّهُ أَحْوْطُ لِلْعَقْدِ فِي اجْتِمَاعِ شُرُوطِهِ وَالنَّظَرِ فِي الْحَظِّ .

فَإِنْ تَسَاوَىا وَتَشَاحَا ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنََّّهُمَا تَسَاوَىا فِي الْحَقِّ ، وَتَعَذَّرَ الْجَمْعُ ، فَيُقْرَعُ بَيْنَهُمَا ، كَالْمَرْأَتَيْنِ فِي السَّفَرِ . فَإِنْ قَرَعَ أَحَدُهُمَا فَزَوْجٌ

(١) فِي م : « فِي تَزْوِيجِهَا » .

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٢٣ ، ٢٢٤ .

(٣) بَعْدَهُ فِي م : « مِنْ كُلِّ وَجْهِ » .

الآخر، صحَّ؛ لأنَّ القرعة لم تُبطل ولايته، فلم تُبطل نكاحه. وذكر أبو الخطاب فيه وجهًا آخر أنه لا يصحَّ.

فصل: فإن زوجها الوليان لرجلين دفعة واحدة، فهما باطلان؛ لأنَّ الجمع مُتَعَذِّرٌ^(١)، فبطلا، كالعقد على أختين. ولا حاجة إلى فسخهما؛ لبطلانهما. وإن سبق أحدهما، فالصحيح السابق؛ لما روى سمرة وعقبة عن النبي ﷺ أنه قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجَهَا وَلِيَّانِ، فَهِيَ لِلأَوَّلِ^(٢)». رواه أبو داود^(٣). ولأنَّ الأول خلا عن مبطل، والثاني تزوج زوجة غيره، فكان باطلا، كما لو علم.

فإن دخل بها الثاني وهو لا يعلم أنها ذات زوج، فعليه مهرها؛ لأنَّه وطء شبهة، وتردُّ إلى الأول؛ لأنها زوجته، ولا يحلُّ له وطؤها حتى

(١) في م: «يتعذر».

(٢) بعده في م: «منهما».

(٣) من حديث سمرة أخرجه أبو داود، في: باب إذا أنكح الوليان، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ٤٨٢/١.

كما أخرجه الترمذي، في: باب ما جاء في المولين يزوجان، من أبواب النكاح. عارضة الأحوذى ٣٠/٥. والنسائي، في: باب الرجل يبيع السلعة فيستحقها مستحق، من كتاب البيوع. المجتبى ٢٧٦/٧. والدارمي، في: باب المرأة يزوجه الوليان، من كتاب النكاح. سنن الدارمي ١٣٩/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٨/٥، ١١، ١٢، ١٨.

ومن حديث سمرة وعقبة أخرجه النسائي، في: باب الرجل يبيع السلعة من رجل ثم يبيعها بعينها، من كتاب البيوع. السنن الكبرى ٥٧/٤. وابن أبي شيبة، في: المصنف ١٣٩/٤. والبيهقي، في: السنن الكبرى ١٣٠/٧، ١٤٠.

وحديث عقبة لم يخرج أبو داود. انظر: التلخيص الحبير ١٦٥/٣. والإرواء ٢٥٤/٦؛ ٢٥٥. وعزاه على الصواب في: المغنى ٤٢٩/٩. والشرح الكبير مع المقنع والإنصاف ٢١٦/٢٠.

تَقْضَى عِدَّتْهَا مِنْ وَطْءِ الثَّانِي .

فَإِنْ جُهِلَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُفْسَخُ ^(١) النِّكَاحَانِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ نِكَاحُهُ هُوَ الصَّحِيحُ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى الْجَمْعِ ، وَلَا إِلَى ^(٢) مَعْرِفَةِ الزَّوْجِ ، فَيُفْسَخُ لِإِزَالَةِ الزَّوْجِيَّةِ ، ثُمَّ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ مَنْ شَاءَتْ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ غَيْرِهِمَا . وَالثَّانِيَةُ ، يُقَرَّعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، أُمِرَ صَاحِبُهَا بِالطَّلَاقِ ، ثُمَّ يُجَدِّدُ الْقَارِعُ نِكَاحَهُ ، فَإِنْ كَانَتْ زَوْجَتَهُ ، لَمْ يَضُرَّهُ ذَلِكَ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ، صَارَتْ زَوْجَتَهُ بِالتَّجْدِيدِ . وَكِلَا الطَّرِيقَيْنِ لَا بَأْسَ بِهِ . وَسَوَاءٌ عَلِمَ السَّابِقُ ثُمَّ نَسِيَ ، أَوْ جُهِلَ الْحَالُ ؛ لِأَنَّ الْمَعْنَى فِي الْجَمِيعِ وَاحِدٌ .

وَإِنْ أَقَرَّتِ الْمَرْأَةُ لِأَحَدِهِمَا بِالسَّبْقِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهَا ؛ لِأَنَّ الْخَصْمَ غَيْرُهَا ، فَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهَا عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّتْ ذَاتُ زَوْجٍ لِآخَرٍ أَنَّهُ زَوْجُهَا . وَإِنْ ادَّعَى عَلَيْهَا الْعِلْمُ بِالسَّابِقِ ، لَمْ يَلْزَمْهَا بَيِّنٌ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا يُقْبَلُ إِقْرَارُهُ لَا يُسْتَحْلَفُ فِي إِنْكَارِهِ .

فصل : [٢٧٥ ظ] وَيُشْتَرَطُ لِلْوَلِيِّ ثَمَانِيَةُ شُرُوطٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْعَقْلُ ، فَلَا يَصِحُّ تَزْوِيجُ مَجْنُونٍ وَلَا طِفْلٍ . وَالثَّانِي ، الْحُرِّيَّةُ ، فَلَا وِلَايَةَ لِعَبْدٍ . وَالثَّالِثُ ، الذُّكُورِيَّةُ ، فَلَا وِلَايَةَ لَامْرَأَةٍ ؛ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ لَا يَمْلِكُونَ تَزْوِيجَ أَنْفُسِهِمْ ، فَلَا يَمْلِكُونَ تَزْوِيجَ غَيْرِهِمْ بِطَرِيقِ الْأَوَّلَى . وَالرَّابِعُ ، الْبُلُوغُ ، فَلَا يَلِي الصَّبِيُّ

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَنْفَسَخُ » .

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ : م .

بحال . وعنه ، أَنَّ الصَّبِيَّ الْمُمَيَّزَ إِذَا بَلَغَ عَشْرًا ، صَحَّ تَزْوِيجُهُ ^(١) ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ
يَتُّعُهُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهُ مُوَلَّى عَلَيْهِ ، فَلَا يَلِي ، كَالْمَرْأَةِ .

وَالْخَامِسُ ، اتِّفَاقُ الدِّينِ ، فَلَا يَلِي كَافِرٌ مُسْلِمَةً بِحَالٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ
تَعَالَى : ﴿ وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٌ ﴾ ^(٢) . إِلَّا أُمٌّ وَلَدِ الذَّمِّيِّ
الْمُسْلِمَةِ ، فَفِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَمْلِكُ تَزْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُهَا ، فَأُشْبِهَ
الْمُسْلِمَ إِذَا كَانَ سَيِّدَ كَافِرَةٍ . وَالثَّانِي ، لَا يَلِيهِ ؛ لِلآيَةِ ، وَيَلِيهِ الْحَاكِمُ . وَلَا
يَلِي مُسْلِمٌ كَافِرَةً ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ
بَعْضٌ ﴾ ^(٣) . إِلَّا السُّلْطَانُ فَإِنَّهُ يَلِي نِكَاحَ الذَّمِّيَّةِ الَّتِي لَا وَلِيَ لَهَا ؛ لِقَوْلِ
النَّبِيِّ ﷺ : « السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ » ^(٤) . وَلِأَنَّ وِلَايَتَهُ عَامَّةٌ
عَلَيْهِمْ . وَسَيِّدُ الْأَمَةِ الْكَافِرَةِ يُزَوِّجُهَا وَإِنْ كَانَ مُسْلِمًا ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ عَلَيْهَا ،
فَوَلِيهِ ، كَبَيْعِهَا . وَوَلِيُّ سَيِّدِ الْكَافِرَةِ أَوْ سَيِّدَتِهَا يُزَوِّجُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَقُومُ
مَقَامَهُمَا . وَيَلِي الْكُفَّارُ أَهْلَ دِينِهِمْ ؛ لِلآيَةِ الَّتِي تَلَوْنَاهَا . وَهَلْ تُعْتَبَرُ عَدَالَتُهُمْ
فِي دِينِهِمْ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ فِي الْمُسْلِمِينَ .

السَّادِسُ ، الْعَدَالَةُ ، فَلَا يَلِي الْفَاسِقُ نِكَاحَ قَرِيبَتِهِ وَإِنْ كَانَ أَبًا ، فِي
إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ ، فَتَنَافَاهَا الْفِسْقُ ، كَوِلَايَةِ الْمَالِ .
وَالثَّانِيَةُ ، يَلِي ؛ لِأَنَّهُ قَرِيبٌ نَاطِرٌ ، فَكَانَ وَلِيًّا ، كَالْعَدْلِ ، وَلِأَنَّ حَقِيقَةَ
الْعَدَالَةِ لَا تُعْتَبَرُ ، بَلْ يَكْفِي كَوْنُهُ مَشْتُورَ الْحَالِ ، وَلَوْ اشْتَرَطَتِ الْعَدَالَةُ ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة التوبة ٧١ .

(٣) سورة الأنفال ٧٣ .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٢٢٣ ، ٢٢٤ .

اُعْتَبِرَتْ حَقِيقَتُهَا ، كما فى الشَّهَادَةِ .

السَّابِعُ ، التَّعْصِيبُ أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ ، فَلَا تُثْبِتُ الْوِلَايَةُ لغيرِهِمْ ؛ كَالْأَخِ مِنَ الْأُمِّ ، وَالْخَالَ ، وَسَائِرِ مَنْ عَدَا الْعَصَبَاتِ ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ تُثْبِتُ لِحِفْظِ النَّسَبِ ، فَيُعْتَبَرُ فِيهَا الْمُنَاسِبُ . وَلَا تُثْبِتُ الْوِلَايَةُ لِلرَّجُلِ عَلَى الْمَرْأَةِ الَّتِي تُسَلِّمُ عَلَى يَدَيْهِ . وَعَنْهُ ، أَنَّهَا تُثْبِتُ . وَوَجْهُ الرُّوَايَتَيْنِ مَا ذَكَرْنَا فِي كِتَابِ الْوِلَايَةِ .

الثَّامِنُ ، عَدَمُ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُ ، فَلَا تُثْبِتُ الْوِلَايَةُ لِلْأَبْعَدِ مَعَ حُضُورِ الْأَقْرَبِ الَّذِى اجْتَمَعَتِ الشُّرُوطُ فِيهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي تَقْدِيمِ وِلَايَةِ الْأَبِ . فَإِنْ مَاتَ الْأَقْرَبُ ، أَوْ جُنَّ ، أَوْ فَسَقَ ، انْتَقَلَتْ إِلَى مَنْ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُ بَطَلَتْ ، فَانْتَقَلَتْ إِلَى الْأَبْعَدِ ، كَمَا لَوْ مَاتَ . فَإِنْ عَقَلَ الْمَجْنُونُ ، وَعُدِّلَ الْفَاسِقُ ، عَادَتْ وِلَايَتُهُ ؛ لِزَوَالِ مُزِيلِهَا مَعَ وُجُودِ مُقْتَضِيهَا^(١) . فَإِنْ زَوَّجَهَا الْأَبْعَدُ مِنْ غَيْرِ عِلْمٍ بِعَوْدِ وِلَايَةِ الْأَقْرَبِ ، لَمْ تَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ^(٢) زَوَّجَهَا بَعْدَ زَوَالِ وِلَايَتِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ؛ بِنَاءً عَلَى الْوَكِيلِ إِذَا تَصَرَّفَ بَعْدَ الْعَزْلِ قَبْلَ عِلْمِهِ بِهِ .

وإن دَعَتِ الْمَرْأَةُ وَلِيِّهَا إِلَى تَزْوِيجِهَا مِنْ كُفٍّ ، فَعَضَلَهَا ، فَلِلْأَبْعَدِ تَزْوِيجُهَا . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَعَنْهُ ، لَا يُزَوَّجُهَا إِلَّا السُّلْطَانُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ [٢٧٦و] لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « فَإِنْ اسْتَجَرُوا ، فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ » . وَلِأَنَّ التَّزْوِيجَ حَقٌّ عَلَيْهِ امْتِنَاعُ مَنْهُ ، فَقَامَ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ فِي

(١) فى ف : « مقتضاها » .

(٢) فى م : « ولاية » .

إيفائِهِ ، كما لو كان ^(١) عليه دَيْنٌ فامْتَنَعَ مِنْ قَضَائِهِ . واختار الخِرَقِيُّ الرِّوَايَةَ
الأُولَى ؛ لَأَنَّهُ تَعَذَّرَ التَّزْوِيجُ مِنْ جِهَةِ الْأَقْرَبِ ، فَوَلِيَهَا الْأَبْعَدُ ، كما لو
فَسَقَ ، والحديثُ دليلٌ على أَنَّ السُّلْطَانَ لَا يُزَوِّجُ هَاهُنَا ؛ لقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ : « فَالسُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَ لَهُ » .

وإن غاب الأقربُ غَيْبَةً مُنْقَطِعَةً ولم يُوَكَّلْ فِي تَزْوِيجِهَا ، فَلِلْأَبْعَدِ
تَزْوِيجُهَا ؛ لما ذَكَرْنَا .

والغَيْبَةُ الْمُنْقَطِعَةُ مَا لَا تُقْطَعُ إِلَّا بِكُلْفَةٍ وَمَشَقَّةٍ ، فِي مَنْصُوصٍ أَحْمَدَ ،
واخْتِيَارِ أَبِي بَكْرٍ . وَذَكَرَ الْخِرَقِيُّ أَنَّهَا مَا لَا يَصِلُ الْكِتَابُ فِيهَا إِلَيْهِ ، أَوْ يَصِلُ
فَلَا يُجِيبُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّ غَيْرَ ^(٢) هَذَا تُمْكِنُ ^(٣) مُرَاجَعَتُهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : حَدَّثَهَا
مَا لَا تَقْطَعُهَا الْقَافِلَةُ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً ؛ لِأَنَّ الْكُفَّاءَ يَنْتَظِرُ عَامًا وَلَا يَنْتَظِرُ
أَكْثَرَ مِنْهُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَحْتَمِلُ أَنْ يَحْدَّثَهَا بِمَا تُقْصِرُ فِيهِ الصَّلَاةُ ؛ لِأَنَّ
أَحْمَدَ قَالَ : إِذَا كَانَ الْأَبُ بَعِيدَ السَّفَرِ ، يُزَوِّجُ الْأَخَ . وَالسَّفَرُ الْبَعِيدُ فِي
الشَّرْعِ مَا عُلقَ عَلَيْهِ رُخْصُ السَّفَرِ . وَالْأُولَى الْمَنْصُوصُ ، وَالرَّدُّ فِي هَذَا إِلَى
الْعُرْفِ ، وَمَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِالْإِنْتِظَارِ فِيهِ ، وَالْمُرَاجَعَةُ لِمَا فِيهِ ؛ لِعَدَمِ التَّحْدِيدِ
فِيهِ مِنَ الشَّارِعِ . فَأَمَّا الْقَرِيبُ ، فَيَجِبُ انْتِظَارُهُ وَمُرَاجَعَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي مُحْكَمِ
الْحَاضِرِ ، إِلَّا أَنْ تَتَعَذَّرَ مُرَاجَعَتُهُ لِأَسْرِ أَوْ حَبْسٍ لَا يُوصَلُ إِلَيْهِ ، وَنَحْوَهُمَا ،
فَيَكُونُ كَالْبَعِيدِ ؛ لِكُونِهِ فِي مَعْنَاهُ .

(١) بعده في الأصل : « له » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في ف : « ممكن » ، وفي م : « يمكن » .

ولا يُشترطُ في الولاية البصرُ؛ لأنَّ شُعَيْبًا، عليه السَّلامُ، زَوَّجَ^(١) مُوسَى، عليه السَّلامُ، ابنته وهو أعمى^(٢). ولأنَّ الأعمى من أهل الرواية والشَّهادة، فكان من أهل الولاية كالْبَصِيرِ. فأما الخرسُ، فإن منعَ فهمَ الإشارةِ، أزال الولاية، وإن لم يَمْنَعْها، لم يُزَلِ الولاية؛ لأنَّ الأخرسَ يَصِحُّ تزويجُه، فصَحَّ تزويجُه، كالنَّاطِقِ.

فصل: وإن زَوَّجَ الأبعدُ مع^(٣) حضورِ الأقربِ وسلامته من الموانع، أو زَوَّجَ أجنبيًّا، أو زَوَّجَتِ المرأةُ المُعْتَبَرُ إِذْنُهَا بِغَيْرِ إِذْنِهَا، أو تزَوَّجَ العبدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، فالنِّكاحُ باطلٌ في أصحِّ الروايتين؛ لقولِ النبي ﷺ: «إِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، فَهُوَ عَاهِرٌ»^(٤). وفي لَفْظٍ: «فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ»^(٥). ولأنَّه نِكَاحٌ لم تَثْبُتْ أَحْكَامُهُ؛ مِنَ الطَّلَاقِ، وَالْخُلْعِ، وَالتَّوَارُثِ، فَلَمْ يَنْعَقِدْ، كِنِكَاحِ الْمُعْتَدَّةِ. والثانية، هو مَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةٍ مِّنْ لَهُ الْإِذْنُ، فَإِنْ أَجَازَهُ، جَازَ، وَإِلَّا بَطَلَ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي تَصَرُّفِ الْفُضُولِيِّ فِي الْبَيْعِ، وَلِمَا رَوَى ابْنُ مَاجَهَ^(٦)، أَنَّ جَارِيَةً بِكَرًّا أَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَذَكَرَتْ لَهُ أَنَّ أَبَاهَا زَوَّجَهَا وَهِيَ كَارِهَةٌ، فَخَيَّرَهَا النَّبِيُّ ﷺ. رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٦)، وَقَالَ: هَذَا

(١ - ١) في م: «ابنته وهو أعمى لموسى عليه السلام».

وانظر ما أخرجه الحاكم، في: المستدرک ٥٦٨/٢. وانظر: التلخيص الحبير ١٦٢/٣. والأرجح - والله أعلم - أن المذكور في قصة موسى عليه السلام ليس هو شعيبا النبي عليه السلام. انظر تفسير ابن كثير ٢٣٨/٦.

(٢) في الأصل: «من».

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢١٣.

(٤) هذا اللفظ رواية لأبي داود.

(٥) في: باب من زوج ابنته وهي كارهة، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦٠٣/١.

(٦) في: باب في البكر يزوجه أبوها ولا يستأمرها، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ٤٨٣/١.

حديث مُرْسَلٌ ، رَوَاهُ النَّاسُ عَنْ عِكْرِمَةَ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، وَلَمْ يَذْكُرُوا ابْنَ عَبَّاسٍ . فَإِنْ قُلْنَا بِهَذِهِ الرَّوَايَةِ ، فَإِنَّ الشَّهَادَةَ تُعْتَبَرُ حَالَةَ الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهَا شَرْطٌ لَهُ ، فَتُعْتَبَرُ مَعَهُ ، كَالْقَبُولِ .

وَيَكْفِي فِي إِذْنِ الْمَرْأَةِ النُّطْقُ ، أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا ؛ مِنَ التَّمَكُّينِ مِنَ الْوَطْءِ ، وَالْمُطَالَبَةِ بِالْمَهْرِ ^(١) «وَالنَّفَقَةِ» ، بِكُرًا كَانَتْ أَوْ ثِيْبًا ؛ لِأَنَّ أَدِلَّةَ الرِّضَا تَقُومُ مَقَامَ النُّطْقِ بِهِ ؛ [٢٧٦ظ] بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِبَرِيرَةَ : «إِنْ وَطِئَكَ زَوْجُكَ ، فَلَا خِيَارَ لَكَ» ^(٢) .

فَأَمَّا إِنْ زَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا ، أَوْ زَوَّجَهَا طِفْلًا ، أَوْ مَجْنُونًا ، أَوْ فَاسِقًا ، فَهُوَ بَاطِلٌ ، لَا يَقِفُ عَلَى الْإِجَازَةِ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ صَادِرٌ مِنْ غَيْرِ أَهْلِهِ . وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا تَزْوِيجَهَا لِنَفْسِهَا مِنْ جُمْلَةِ الصُّوَرِ الْمُخْتَلَفِ فِي وَقُوفِهَا . وَالْأَوَّلَى أَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : «أَيُّمَا امْرَأَةٍ زَوَّجْتَ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيِّهَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ» ^(٣) . وَلِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ لَوْ قَارَنَهُ الْإِذْنُ لَمْ يَصِحَّ ، فَلَمْ يَصِحَّ بِالْإِذْنِ اللَّاحِقِ ، كَتَصَرُّفِ الْمَجْنُونِ .

فصل : وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُؤْكَلَ فِي تَزْوِيجِ مُوَلِّيَّتِهِ ، فَيَقُومُ وَكِيلُهُ مَقَامَهُ ، حَاضِرًا كَانَ الْمُؤْكَلُ أَوْ غَائِبًا . وَلَا يُعْتَبَرُ إِذْنُ الْمَرْأَةِ فِي التَّوَكِيلِ . وَخَرَجَ الْقَاضِي ذَلِكَ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي تَوْكِيلِ الْوَكِيلِ مِنْ غَيْرِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب حتى متى يكون لها الخيار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٨ / ١ . والدارقطني ، في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٢٩٤ / ٣ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٢٢٥ / ٧ .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٢٢٣ ، ٢٢٤ .

إِذْنِ الْمُؤَكِّلِ . وليس كذلك ، فَإِنَّ الْوَلِيَّ لَيْسَ بِوَكِيلٍ لِلْمَرْأَةِ ، وَلَا تَثْبُتُ
وِلَايَتُهُ مِنْ جِهَتِهَا ، فَلَمْ يَقِفْ جَوَازُ تَوْكِيلِهِ عَلَى إِذْنِهَا ، كَالسُّلْطَانِ ، وَلَأنَّهُ
وَلِيٌّ فِي النِّكَاحِ ، فَمَلَكَ الْإِذْنَ فِيهِ ^(١) مِنْ غَيْرِ إِذْنِهَا ، كَالسُّلْطَانِ .

وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ فِي التَّزْوِيجِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ تَعْيِينِ الزَّوْجِ ؛ لِأنَّهُ إِذْنٌ فِي
التَّزْوِيجِ ، فَجَازَ مُطْلَقًا ، كَإِذْنِ الْمَرْأَةِ . وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ فِي تَزْوِيجِ مُعَيَّنٍ .

وَاخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ هَلْ تُسْتَفَادُ وِلَايَةُ النِّكَاحِ بِالْوَصِيَّةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ
ذَكَرْنَاهُمَا فِي الْوَصَايَا ^(٢) . وَلَا يَصِيرُ وَصِيًّا فِي النِّكَاحِ بِالْوَصِيَّةِ إِلَيْهِ فِي
الْمَالِ ؛ لِأنَّهَا إِحْدَى الْوَصِيَّتَيْنِ ، فَلَمْ تُمَلَّكْ بِالْأُخْرَى ، كَالْأُخْرَى .

فصل : وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَرْأَةِ وَلِيٌّ ، وَلَا لِلْبَلَدِ قَاضٍ وَلَا سُلْطَانٌ ، فَعَنْ
أَحْمَدَ مَا ^(١) يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَجُوزُ لَهَا أَنْ تَأْذَنَ لِرَجُلٍ عَدْلٍ يَخْتِاطُ لَهَا فِي
الْكَفِّ وَالْمَهْرِ ، وَيُزَوِّجُهَا ، فَإِنَّهُ قَالَ فِي دُهَقَانَ ^(٣) قَرْيَةٍ : يُزَوِّجُ الْمَرْأَةَ إِذَا لَمْ
يَكُنْ فِي الرُّسْتَاقِ قَاضٍ ، إِذَا اخْتِاطَ لَهَا ^(١) فِي الْكَفِّ وَالْمَهْرِ . وَوَجْهُ ذَلِكَ
أَنَّ اشْتِرَاطَ الْوَلِيِّ هَلْهُنَا يَمْنَعُ النِّكَاحَ بِالْكُلِّيَّةِ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يُشْتَرَطَ . وَعَنْهُ ،
لَا يَصِحُّ إِلَّا بِوَلِيِّ ؛ لِعُمُومِ الْخَبَرِ فِيهِ .

فصل : وَإِذَا أَرَادَ وَلِيٌّ الْمَرْأَةَ تَزَوُّجَهَا ؛ كَابْنِ عَمِّهَا ، أَوْ مَوْلَاهَا ، جَعَلَ
أَمْرَهَا إِلَى مَنْ يُزَوِّجُهَا مِنْهُ بِإِذْنِهَا ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ الْمُغِيرَةَ بْنَ شُعْبَةَ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «الوصية» .

(٣) الدهقان : رئيس القرية .

يُزَوِّجُهُ امْرَأَةً الْمُغِيرَةَ أَوْلَىٰ بِهَا مِنْهُ ^(١) . وَلَآئِهٖ وَلِيَّتُهَا ، فَجَازَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا مِنْ وَكِيلِهٖ ، كَالْإِمَامِ . فَإِنْ زَوَّجَ نَفْسَهٗ بِإِذْنِهَا ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لِحَدِيثِ الْمُغِيرَةِ ، وَلَآئِهٖ عَقْدٌ مَلَكَهٗ بِالْإِذْنِ ، فَلَمْ يَجُزْ ^(٢) أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِيَهٗ ، كَالْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَجُوزُ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ أَنَّهُ قَالَ لَأُمِّ حَكِيمٍ ابْنَةِ قَارِظٍ : أَتَجْعَلِينَ أَمْرَكَ إِلَيَّ ؟ قَالَتْ : نَعَمْ . فَقَالَ : قَدْ تَزَوَّجْتُكَ ^(٣) . وَلَآئِهٖ صَدَرَ الْإِجَابُ مِنَ الْوَلِيِّ وَالْقَبُولُ مِنَ الْأَهْلِ ، فَصَحَّ ، كَمَا لَوْ زَوَّجَ الرَّجُلُ عَبْدَهٗ الصَّغِيرَ لِأُمَّتِهٖ .

وَإِنْ قَالَ السَّيِّدُ : قَدْ أَغْتَقْتُ أُمَّتِي ، وَجَعَلْتُ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا . أَوْ قَالَ : قَدْ جَعَلْتُ عِتْقَ أُمَّتِي صَدَاقَهَا . فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَصِحُّ الْعِتْقُ وَالنِّكَاحُ ، وَيَصِيرُ عِتْقُهَا صَدَاقَهَا ؛ لِمَا رَوَى أَنَسُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَغْتَقَ صَفِيَّةً وَجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَفِي رِوَايَةٍ : أَصْدَقَهَا نَفْسَهَا .

(١) ذكره البخارى معلقا ، فى : باب إذا كان الولي هو الخاطب ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢١ / ٧ . ووصله عبد الرزاق ، فى : المصنف ٢٠١ / ٦ ، ٢٠٢ . وسعيد بن منصور ، فى : سننه ١٥٣ / ١ .

(٢) بعده فى ف : « له » .

(٣) أخرجه البخارى معلقا بصيغة الجزم ، فى : باب إذا كان الولي هو الخاطب ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢١ / ٧ . ووصله ابن سعد ، فى : الطبقات الكبرى ٤٧٢ / ٨ . وصححه فى الإرواء ٢٥٦ / ٦ .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب غزوة خيبر ، من كتاب المغازى ، وفى : باب اتخاذ السرارى ومن أعتق جاريته ثم تزوجها ، وباب من جعل عتق الأمة صداقها ، وباب البناء فى السفر ، وباب الوليمة ولو بشاة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١٦٨ / ٥ ، ٧ / ٧ ، ٨ ، ٢٨ ، ٣١ . ومسلم ، فى : باب فضيلة إعتاق الأمة ثم يتزوجها ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٤٤ / ٢ .

- ١٠٤٦ .

والثانية، لا يَصِحُّ حتى يَتَدَيَّ الْعَقْدُ^(١) عليها بإذنها؛ لأنه لم يُوجَدْ إيجابٌ ولا قَبُولٌ، فلم يَصِحَّ الْعَقْدُ، [٢٧٧] كما لو كانت حُرَّةً. فعلى هذا، يَنْفُذُ^(٢) الْعِتْقُ وعليها قِيَمَةُ نَفْسِهَا؛ لأنه إِنَّمَا أُعْتَقَهَا بِعَوَظٍ لم يُسَلِّمْ له، ولم يُمَكِّنْ إِبْطَالَ الْعِتْقِ، فَرَجَعْنَا إِلَى الْقِيَمَةِ.

ولا يجوزُ لأَحَدٍ أَنْ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ غَيْرَ مَنْ ذَكَرْنَا، إِلَّا السَّيِّدُ يُزَوِّجُ عَبْدَهُ مِنْ أُمَّتِهِ. فَإِنْ كَانَ وَكِيلًا لِلزَّوْجِ^(٣) وَالْوَلِيِّ، أَوْ وَكِيلًا لِلزَّوْجِ^(٣) وَلِيًّا لِلْمَرْأَةِ، أَوْ وَكِيلًا لِلْوَلِيِّ وَلِيًّا لِلزَّوْجِ، ففيه وَجْهَانِ؛ بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْوَكِيلِ فِي الْبَيْعِ.

فصل: الشَّرْطُ الثَّانِي مِنْ شَرَايِطِ النِّكَاحِ، أَنْ يَحْضُرَهُ شَاهِدَانِ؛ يَأْتِي عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّي وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ». رَوَاهُ الْخَلَّالُ^(٤). وَعَنْ عَائِشَةَ عَنِ النَّبِيِّ

= كما أخرجه أبو داود، في: باب في الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ٤٧٤/١. والترمذي، في: باب ما جاء في الرجل يعتق الأمة ثم يتزوجها، من أبواب النكاح. عارضة الأحوذى ٤٠/٥. والنسائي، في: باب التزويج على العتق، وباب البناء في السفر، من كتاب النكاح. المجتبى ٩٤/٦، ١٠٩. وابن ماجه، في: باب الرجل يعتق أمته ثم يتزوجها، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦٢٩/١. والدارمي، في: باب في الأمة يجعل عتقها صداقها، من كتاب النكاح. سنن الدارمي ١٥٤/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٩٩/٣، ١٦٥، ١٧٠، ١٨١، ٢٠٣، ٢٣٩، ٢٤٢، ٢٤٦، ٢٦٤، ٢٨٠، ٢٩١.

(١) في الأصل: «العتق».

(٢) في ف: «ينعقد».

(٣ - ٣) سقط من: الأصل.

(٤) وأخرجه عبد الرزاق، في: المصنف ١٩٦/٦. والدارقطني، في سننه ٢٢١/٣، ٢٢٢، ٢٢٥. وابن حبان، انظر: الإحسان ٣٨٦/٩. والطبراني، في: الكبير ١٤٢/١٨، =

عَلَيْهِ السَّلَامُ^(١) قَالَ : « لَا بُدَّ فِي النِّكَاحِ مِنْ أَرْبَعَةٍ ؛ الْوَلِيِّ ، وَالزَّوْجِ ، وَالشَّاهِدَانِ » .
 رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ^(٢) . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الشَّهَادَةَ لَيْسَتْ شَرْطًا فِيهِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ
 ﷺ أَعْتَقَ صَفِيَّةَ وَتَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهُودٍ ، وَلِأَنَّهُ عَقَدَ مُعَاوِضَةَ ، فَلَمْ تُشْتَرَطِ
 الشَّهَادَةُ فِيهِ ، كَالْبَيْعِ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ فِي الشُّهُودِ سَبْعُ صِفَاتٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْعَقْلُ ؛ لِأَنَّ
الْجُنُونَ وَالطُّفْلَ لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ . وَالثَّانِي ، السَّمْعُ ؛ لِأَنَّ الْأَصَمَّ لَا
 يَسْمَعُ الْعَقْدَ فَيَشْهَدُ بِهِ . الثَّالِثُ ، النُّطْقُ ؛ لِأَنَّ الْأَخْرَسَ لَا يَتِمَكَّنُ مِنْ أَدَاءِ
 الشَّهَادَةِ . الرَّابِعُ ، الْبُلُوغُ ؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ لَا شَهَادَةَ لَهُ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ يَنْعَقَدُ
 بِحُضُورِ مُرَاهِقَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُمَا مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ .
 الْخَامِسُ ، الْإِسْلَامُ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَنْعَقَدَ نِكَاحُ الْمُسْلِمِ لِلذَّمِّيَّةِ بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ ؛
 بِنَاءً عَلَى قَبُولِ شَهَادَةِ بَعْضِهِمْ عَلَى بَعْضٍ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ
 الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ عَدْلٍ » . وَالسَّادِسُ ،
 الْعَدَالَةُ ؛ لِلْخَبَرِ . وَعَنْهُ ، يَنْعَقَدُ بِحُضُورِ فَاسِقَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ تَحْمُلُ ، فَلَمْ تُعْتَبَرْ فِيهِ
 الْعَدَالَةُ ، كَسَائِرِ التَّحْمُلَاتِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِلْخَبَرِ ، وَلِأَنَّ مَنْ لَا يَثْبُتُ
 النِّكَاحُ بِقَوْلِهِ ، لَا يَنْعَقَدُ بِشَهَادَتِهِ ، كَالصَّبِيِّ ، إِلَّا أَنَّا لَا نَعْتَبِرُ الْعَدَالَةَ بَاطِنًا ،
 وَيَكْفِي أَنْ يَكُونَ مَسْتُورَ الْحَالِ . وَكَذَلِكَ الْعَدَالَةُ الْمَشْرُوطَةُ فِي الْوَلِيِّ ؛ لِأَنَّ

= وَالْأَوْسَطُ ١٩١/٧ . وَابْنُ عَدَى ، فِي : الْكَامِلِ ٣١٨/١ ، ٥٢١/٢ ، ١١٠١/٣ ، ١٤٥٣/٤ ،
 ٢١١٣/٦ ، ٢٢٩٨ ، ٢٥٦٦/٧ . وَالْعَقِيلِيُّ ، فِي : الضَّعْفَاءِ الْكَبِيرِ ٣٠٩/٢ . وَابْنُ بَيْهَقٍ ، فِي :
 السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٢٥/٧ . وَانْظُرْ : الْإِرْوَاءَ ٢٥٨/٦ - ٢٦٠ .

(١) بَعْدَهُ فِي ف : « أَنَّهُ » .

(٢) فِي : سَنَنُهُ ٢٢٥/٣ . وَقَالَ : أَبُو الْخَصِيبِ مَجْهُولٌ .

النِّكَاحُ يَقَعُ^(١) بَيْنَ عَامَّةِ النَّاسِ فِي مَوَاضِعَ لَا تُعْرَفُ فِيهَا حَقِيقَةُ الْعَدَالَةِ ،
فَاعْتِبَارُ ذَلِكَ يَشُقُّ^(٢) . السَّابِعُ ، الذُّكُورِيَّةُ . وَعَنْهُ ، يَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ
وَامْرَأَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، أَشْبَهَ الْبَيْعِ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو
عُبَيْدٍ فِي « الْأَمْوَالِ » عَنْ الزُّهْرِيِّ أَنَّهُ قَالَ : مَضَتْ السُّنَّةُ أَنْ لَا تَجُوزَ شَهَادَةُ
النِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ ، وَلَا فِي النِّكَاحِ ، وَلَا فِي الطَّلَاقِ^(٣) .

وَهَلْ يُشْتَرَطُ عَدَمُ الْعَدَاوَةِ وَالْوِلَادَةِ ، وَهُوَ أَنْ لَا يَكُونَ الشَّاهِدَانِ
عَدُوَّيْنِ لِلزَّوْجَيْنِ أَوْ لِأَحَدِهِمَا ، وَلَا ابْنَيْنِ لَهَا أَوْ لِأَحَدِهِمَا ؟ عَلَى
وَجْهَيْنِ .

وَلَا تُشْتَرَطُ الْحُرِّيَّةُ ، وَلَا الْبَصَرُ ؛ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ لَا تُوجِبُ حَدًّا ، فَقُبِلَتْ
شَهَادَتُهُمَا فِيهِ ، كَالشَّهَادَةِ عَلَيْهِ بِالِاسْتِفَاضَةِ . وَيُعْتَبَرُ أَنْ يَعْرِفَ الضَّرِيرُ
الْمُتَعَاقِدَيْنِ ؛ لِتَشْهَدَ عَلَيْهِمَا بِقَوْلِهِمَا .

وَهَلْ يُشْتَرَطُ كَوْنُ الشَّاهِدِ^(٤) مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الصَّنَائِعِ الزَّرِّيَّةِ^(٥) ، كَالْحَجَّامِ
وَنَحْوِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى قَبُولِ شَهَادَتِهِمْ .

فصل : الشَّرْطُ الثَّلَاثُ مِنْ شَرَايِطِ^(٦) النِّكَاحِ ، تَعْيِينُ الزَّوْجَيْنِ ؛ لِأَنَّ

(١) فِي الْأَصْلِ : « نَفْع » .

(٢) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « فَصْل » .

(٣) وَأَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنُفِ ٥٨ / ١٠ . مُخْتَصَرًا . وَانْظُرْ : نَصَبُ الرَّايَةِ ٧٩ / ٤ .
وَالْتَلْخِصُ الْحَبِيرِ ٢٠٧ / ٤ .

(٤) فِي ف : « الشَّاهِدِينَ » .

(٥) فِي ف : « الرَّدِيَّة » .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، م : « شُرُوط » .

المَقْصُودُ بِالنِّكَاحِ [٢٧٧ظ] أَغْيَانُهُمَا، فَوَجِبَ تَعْيِينُهُمَا، فَإِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً، فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ هَذِهِ. صَحَّ؛ لِأَنَّ الْإِشَارَةَ تَكْفِي فِي التَّعْيِينِ. فَإِنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ فَقَالَ: ابْنَتِي. أَوْ^(١): فَاطِمَةَ. كَانَ تَأْكِيدًا. وَإِنْ سَمَّاها بِغَيْرِ اسْمِهَا، صَحَّ؛ لِأَنَّ الْاسْمَ لَا حُكْمَ لَهُ مَعَ الْإِشَارَةِ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ: زَوَّجْتُكَ هَذِهِ الطَّوِيلَةَ. وَهِيَ قَصِيرَةٌ. وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً، فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي. وَلَيْسَ لَهُ غَيْرُهَا، صَحَّ؛ لِحُصُولِ التَّعْيِينِ بِتَفَرُّدِهَا بِهَذِهِ الصِّفَةِ الْمَذْكُورَةِ. فَإِنْ سَمَّاها بِاسْمِهَا، أَوْ وَصَفَهَا بِصِفَتِهَا، كَانَ تَأْكِيدًا. وَإِنْ سَمَّاها بِغَيْرِ اسْمِهَا، صَحَّ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْاسْمَ لَا حُكْمَ لَهُ مَعَ التَّعْيِينِ، فَلَا يُؤْثِّرُ الْغَلَطُ فِيهِ. وَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنَتَانِ، فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي. لَمْ يَصِحَّ حَتَّى يُسَمِّيَهَا، أَوْ يَصِفَهَا بِمَا تَتَمَيَّزُ بِهِ؛ لِأَنَّ التَّعْيِينَ لَا يَحْصُلُ بِدُونِهِ. فَإِنْ قَالَ: ابْنَتِي فَاطِمَةَ. أَوْ: ابْنَتِي الْكُبْرَى. صَحَّ؛ لِأَنَّهَا تَعَيَّنَتْ بِهِ. وَإِنْ نَوَى ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ لَفْظٍ، لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي النِّكَاحِ شَرْطٌ، وَلَا تَقَعُ إِلَّا عَلَى اللَّفْظِ، وَلَا تَعْيِينَ فِيهِ.

وَإِنْ خَطَبَ الرَّجُلُ امْرَأَةً، فَزَوَّجَ غَيْرَهَا، لَمْ يَتَعَقِدِ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهُ يَنْوِي الْقَبُولَ لِغَيْرِ مَا وَقَعَ فِيهِ الْإِيجَابُ، فَلَمْ يَصِحَّ، كَمَا لَوْ قَالَ: قَدْ زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي فَاطِمَةَ. فَقَالَ: قَبِلْتُ تَزْوِيجَ عَائِشَةَ. فَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنَتَانِ، كُبْرَى اسْمُهَا عَائِشَةُ، وَصُغْرَى اسْمُهَا فَاطِمَةُ، فَقَالَ: زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي عَائِشَةَ. فَقَبِلَهُ الزَّوْجُ، يَنْوِيَانِ الصُّغْرَى، لَمْ يَصِحَّ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَتَلَفَّظَا بِمَا تَقَعُ الشَّهَادَةُ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْمَنْوِيَّةَ بِمَا تَتَمَيَّزُ بِهِ. وَإِنْ نَوَى أَحَدُهُمَا الْكُبْرَى وَالْآخَرُ

(١) سقط من: ف.

الصُّغْرَى ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه قَبْلَ النِّكَاحِ فِي غَيْرِ مَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ الْإِيجَابُ . وَلَوْ
قَالَ : زَوَّجْتُكَ حَمْلَ امْرَأَتِي . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّه لَا يَثْبُتُ لَهَا حُكْمُ الْبَنَاتِ قَبْلَ
الْوِلَادَةِ ، وَلَا يَتَحَقَّقُ كَوْنُهَا بِنْتًا . وَإِنْ قَالَ : إِذَا وَلَدْتُ زَوْجَتِي بِنْتًا
زَوَّجْتُكَهَا . كَانَ وَعْدًا لَا عَقْدًا ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَتَعَلَّقُ عَلَى الشُّرُوطِ ^(١) .

فصل : الشرط الرابع ، التراضي من الزوجين ، أو من يقوم مقامهما ؛
لأنَّ العَقْدَ لهما ، فاعْتَبِرَ تَرْضَاهُمَا بِهِ ، كَالْبَيْعِ . فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ بِالْغَا عَاقِلًا ،
لَمْ يَجُزْ بغيرِ رِضَاهُ ، وَإِنْ كَانَ عَبْدًا ، لَمْ يَمْلِكِ السَّيِّدُ إِجْبَارَهُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ
خَالِصٌ حَقُّهُ ، وَهُوَ مِنْ أَهْلِ مُبَاشَرَتِهِ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كَالطَّلَاقِ . وَإِنْ كَانَ
الْعَبْدُ صَغِيرًا ، فَلَسَيِّدُهُ تَزْوِيجُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ تَزْوِيجَ ابْنِهِ الصَّغِيرِ ، فَعَبْدُهُ
أَوْلَى . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَمْلِكَهُ أَيْضًا ؛ قِيَاسًا عَلَى الْكَبِيرِ .

وَيَمْلِكُ الْأَبُ تَزْوِيجَ ابْنِهِ الصَّغِيرِ الَّذِي لَمْ يَتَلُغْ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنْ ابْنِ ^(٢) عُمَرَ
أَنَّهُ زَوَّجَ ابْنَهُ وَهُوَ صَغِيرٌ ، فَاخْتَصَمُوا إِلَى زَيْدٍ ، فَأَجَازَاهُ جَمِيعًا . رَوَاهُ
الْأَثَرُمُ ^(٣) . وَلَأَنَّهُ يَتَصَرَّفُ فِي مَالِهِ بِغَيْرِ تَوَلِّيَّتِهِ ^(٤) ، فَمَلَكَ تَزْوِيجَهُ ، كَابْنَتِهِ
الصَّغِيرَةِ . وَسَوَاءٌ كَانَ عَاقِلًا أَوْ مَعْتُوهَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ تَزْوِيجَ الْعَاقِلِ ،

(١) فِي ف : « الشَّرْطُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) وَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الصَّدَاقِ وَالْحَبَاءِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُوطَأُ ٢ /

٥٢٧ . وَالْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ ، انْظُرْ : تَرْتِيبَ مَسْنَدِ الشَّافِعِيِّ ٢ / ١٠ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٦ /

٢٩٢ ، ٤٧٨ . وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي : سَنَنِ ١ / ٢٣١ ، ٢٣٢ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ

٤ / ٣٠١ ، ٣٠٢ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٧ / ٢٤٦ .

(٤) فِي م : « تَوَلِّيَّةٌ » .

فالمَعْتُوهُ أُولَى .

وَيَمْلِكُ الأبُّ أَيْضًا تَزْوِيجَ ابْنِهِ الْبَالِغِ الْمَعْتُوهِ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ ،
وَالْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكَلَّفٍ ، فَأَشْبَهَ الصَّغِيرَ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ
تَزْوِيجُهُ إِلَّا إِذَا ظَهَرَ مِنْهُ أَمَارَاتُ الشَّهْوَةِ ، بِاتِّبَاعِ النِّسَاءِ وَنَحْوِهِ . وَقَالَ أَبُو
بَكْرٍ : لَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهُ ^(١) بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ رَجُلٌ ، فَلَمْ يَجُزْ تَزْوِيجُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ،
كَالْعَاقِلِ . وَالْأَوَّلُ أُولَى ؛ لِأَنَّهُ إِذَا جاز تَزْوِيجُ الصَّغِيرِ مَعَ عَدَمِ حَاجَتِهِ إِلَى
قَضَاءِ شَهْوَتِهِ ، [٢٧٨ و] وَحِفْظِهِ عَنِ الزَّنى ، فَالْبَالِغُ أُولَى . وَلَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهُ
إِلَّا إِذَا رَأَى وَلِيُّهُ الْمَصْلَحَةَ فِي تَزْوِيجِهِ ؛ لِأَخْتِيَاغِهِ إِلَى الْحِفْظِ وَالْإِيوَاءِ ، أَوْ
قَضَاءِ الشَّهْوَةِ وَنَحْوِ ذَلِكَ . فَأَمَّا مَنْ لَهُ إِفَاقَةٌ فِي بَعْضِ أَحْيَانِهِ ، فَلَا يَجُوزُ
إِجْبَارُهُ عَلَى النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ اسْتِثْنَاءَهُ .

وَوَصَّى الأبُّ كَالْأَبِ فِي تَزْوِيجِ الصَّغِيرِ وَالْمَعْتُوهِ ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنْهُ ،
فَأَشْبَهَ الْوَكِيلَ . وَلَا يَمْلِكُ غَيْرُ الأبِّ وَوَصِيُّهُ تَزْوِيجَ صَغِيرٍ وَلَا مَعْتُوهِ ؛ لِأَنَّهُ
إِذَا لَمْ يَمْلِكْ تَزْوِيجَ الْأُنْثَى مَعَ قُصُورِهَا ، فَالذَّكَرُ أُولَى . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ :
لِلْحَاكِمِ تَزْوِيجُ الْمَعْتُوهِ الَّذِي يَشْتَهِي النِّسَاءَ ؛ لِأَنَّهُ يَلِي مَالَهُ ، فَمَلَّكَ
تَزْوِيجَهُ ، كَالْوَصِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ تَزْوِيجُ الصَّغِيرِ ؛ لِذَلِكَ ^(٢) . وَلَا
يَجُوزُ إِلَّا إِذَا رَأَى الْمَصْلَحَةَ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ نَاطِرٌ لَهُ فِي مَصَالِحِهِ ، وَهَذَا
مِنْهَا ، فَأَشْبَهَ عَقْدَهُ عَلَى مَالِهِ .

فصل : فَأَمَّا الْمَرْأَةُ ، فَإِنَّ السَّيِّدَ يَمْلِكُ تَزْوِيجَ أَمَتِهِ ، بِكْرًا كَانَتْ أَوْ ثَيِّبًا ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « الذي يشتهي كذلك » .

بغير رضاها ؛ لأنه عَقْدٌ على مَنَافِعِهَا ، فَمَلَكَه ، كإِجَارَتِهَا .

وَأَمَّا الْحُرَّةُ ، فَإِنَّ الْأَبَّ يَمْلِكُ تَزْوِيجَ ابْنَتِهِ الصَّغِيرَةِ الْبَكْرِ^(١) بغيرِ خِلَافٍ ؛
لأنَّ أبا بكرٍ الصَّدِيقَ^(٢) زَوَّجَ عَائِشَةَ لِلنَّبِيِّ ﷺ^(٣) وَهِيَ^(٤) ابْنَتُهُ سِتٌّ وَلَمْ
يَسْتَأْذِنْهَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٥) . وَرَوَى الْأَثَرُمُ^(٦) أَنَّ قُدَّامَةَ بْنَ مَظْعُونٍ تَزَوَّجَ ابْنَةَ
الزُّبَيْرِ حِينَ تُفِسَّتْ .

وَلَا يَمْلِكُ تَزْوِيجَ ابْنَتِهِ الثَّيِّبِ الْكَبِيرَةِ إِلَّا بِإِذْنِهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :
« الْأَيْمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا » .^(٧) رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَأَبُو دَاوُدَ^(٨) . وَرَوَى ابْنُ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) زيادة من : م .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب تزويج النبى ﷺ عائشة ، من كتاب مناقب الأنصار ، وفى :
باب إنكاح الرجل ولده الصغار ، وباب تزويج الأب ابنته من الإمام ، وباب من بنى بامرأة وهى
بنت تسع سنين ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٥ / ٧١ ، ٧ / ٢٢ ، ٢٧ ، ٢٨ . ومسلم ،
فى : باب تزويج البكر الصغيرة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٨ ، ١٠٣٩ .
كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى تزويج الصغار ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ /
٤٩٠ . وابن ماجه ، فى : باب نكاح الصغار يزوجهن الآباء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه
١ / ٦٠٣ ، ٦٠٤ . والدارمى ، فى : باب فى تزويج الصغار إذا زوجهن آبأؤهن ، من كتاب
النكاح . سنن الدارمى ٢ / ١٥٩ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٤٢ ، ١١٨ ، ٢١١ .

(٥) وأخرجه سعيد بن منصور ، فى : سننه ١ / ١٧٥ .

(٦ - ٦) سقط من : م .

والحديث أخرجه مسلم ، فى : باب استئذان الثيب فى النكاح بالنطق ... ، من كتاب
النكاح . صحيح مسلم ٢ / ١٠٣٧ . وأبو داود ، فى : باب فى الثيب ، من كتاب النكاح . سنن
أبى داود ١ / ٤٨٤ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى استئمار البكر والثيب ، من أبواب النكاح . =

عَبَّاسٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَيْسَ لِلْوَلِيِّ مَعَ الثَّيِّبِ أَمْرٌ » . رَوَاهُ ^(١) أَبُو دَاوُدَ ^(٢) .

وَفِي الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ إِجْبَارُهَا ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « الْأَيِّمُ ^(٣) أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا ، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ ^(٤) ، وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا » . وَإِثْبَاتُهُ الْحَقُّ لِلْأَيِّمِ عَلَى الْخُصُوصِ يَدُلُّ عَلَى نَفْيِهِ عَنِ الْبِكْرِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا إِلَّا بِإِذْنِهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تُنْكَحُ الْأَيِّمُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ ، وَلَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُأْذَنَ » . قَالُوا : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، فَكَيْفَ إِذْنُهَا ؟ قَالَ : « أَنْ تَسْكُتَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥) .

= عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢٥ / ٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ اسْتِئْذَانِ الْبِكْرِ فِي نَفْسِهَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُجْتَبَى ٦٩ / ٦ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ اسْتِئْذَانِ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٦٠١ / ١ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ اسْتِئْذَانِ الْبِكْرِ وَالثَّيِّبِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢ / ١٣٨ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ اسْتِئْذَانِ الْبِكْرِ وَالْأَيِّمِ فِي أَنْفُسِهِمَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُوطَأُ ٥٢٤ / ٢ ، ٥٢٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢١٩ / ١ ، ٢٤٢ ، ٢٦١ ، ٢٧٤ ، ٣٤٥ ، ٣٥٥ ، ٣٦٢ .

(١) فِي ف ، م : « رَوَاهُمَا » .

(٢) فِي : بَابِ فِي الثَّيِّبِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٤٨٤ / ١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ اسْتِئْذَانِ الْبِكْرِ فِي نَفْسِهَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُجْتَبَى ٦ / ٧٠ .

وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٣٤ / ١ .

(٣) فِي م : « الثَّيِّبِ » .

(٤) فِي م : « تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا » .

(٥) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَنْكَحُ الْأَبُ وَغَيْرُهُ الْبِكْرَ وَالثَّيِّبَ إِلَّا بِرِضَاهَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ ،

وَفِي : بَابِ فِي النِّكَاحِ ، مِنْ كِتَابِ الْحَيْلِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢٣ / ٧ ، ٣٢ / ٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ

اسْتِئْذَانِ الثَّيِّبِ فِي النِّكَاحِ بِالنُّطْقِ ... ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٠٣٦ / ٢ ، ١٠٣٧ . =

وَأَمَّا الثَّيْبُ الصَّغِيرَةُ ، ففِيهَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا ؛
لِعُمُومِ الْأَحَادِيثِ فِيهَا . وَالْآخَرُ ، يَجُوزُ تَزْوِيجُهَا ؛ لِأَنَّهَا وَلَدٌ صَغِيرٌ ، فَمَلَكَ
الْأَبُ تَزْوِيجَهَا ، كَالْغُلَامِ . وَالثَّيْبُ هِيَ الْمُؤْتَوَّةُ فِي فَرْجِهَا ، حَلَالًا كَانَ أَوْ
حَرَامًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ أُوصِيَ لِلثَّيْبِ ^(١) بِوَصِيَّةٍ ، دَخَلَ فِيهَا مَنْ ذَكَرْنَاهُ ، وَلَا تَدْخُلُ
فِي وَصِيَّتِهِ الْأَبْكَارُ .

وَوَصِيُّ الْأَبِ إِذَا نَصَّ لَهُ عَلَى التَّزْوِيجِ كَالْأَبِ ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ مَقَامَهُ .

فصل : فَأَمَّا غَيْرُهُمَا ، فَلَا يَمْلِكُ تَزْوِيجُ كَبِيرَةٍ إِلَّا بِإِذْنِهَا ، جَدًّا كَانَ أَوْ
غَيْرَهُ ؛ لِعُمُومِ الْأَحَادِيثِ ، وَلِأَنَّهُ قَاصِرٌ عَنِ الْأَبِ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الْإِجْبَارَ ،
كَالْعَمِّ . وَفِي الصَّغِيرَةِ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ ؛ إِحْدَاهُنَّ ، لَيْسَ لَهُمْ تَزْوِيجُهَا ؛ لِمَا
رَوَى أَنَّ قُدَامَةَ بْنَ مَظْعُونٍ زَوَّجَ ابْنَةَ أَخِيهِ مِنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ ، فَرَفَعَ ذَلِكَ
إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ : « إِنَّهَا يَتِيمَةٌ ، وَلَا تُنْكَحُ إِلَّا بِإِذْنِهَا » ^(٢) . وَالصَّغِيرَةُ لَا
إِذْنَ لَهَا . وَالثَّانِيَةُ ، لَهُمْ تَزْوِيجُهَا ، وَلَهَا الْخِيَارُ إِذَا بَلَغَتْ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى :

= كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الاستعمار ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨٢ / ١ .
والترمذی ، في : باب ما جاء في استعمار البكر والثيب ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذی ٥ /
٢٣ . والنسائي ، في : باب إذن البكر ، من كتاب النكاح . المجتبى ٧١ / ٦ . وابن ماجه ، في : باب
استعمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٢ / ١ . والدارمی ، في : باب استعمار
البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن الدارمی ١٣٨ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٠ / ٢ ،
٢٧٩ ، ٤٢٥ ، ٤٣٤ .

(١) في الأصل : « الميت » .

(٢) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٣٠ / ٢ . والدارقطني ، في : سننه ٢٣٠ / ٣ . والبيهقي ،
في : السنن الكبرى ١٢٠ / ٧ .

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ ^(١) .
 دَلَّتْ بِمَقْهُومِهَا ^(٢) أَنَّ لَهُ تَزْوِيجُهَا إِذَا أَقْسَطَ [٢٧٨ ظ] لَهَا ، وَقَدْ فَسَّرَتْهُ عَائِشَةُ
 بِذَلِكَ ^(٣) . وَالثَّلَاثَةُ ، لَهُمْ تَزْوِيجُهَا إِذَا بَلَغَتْ تِسْعًا ^(٤) بِإِذْنِهَا ، وَلَا يَجُوزُ قَبْلَ
 ذَلِكَ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « تُسْتَأْمَرُ الْيَتِيمَةُ فِي نَفْسِهَا ، فَإِنْ سَكَتَتْ فَهُوَ
 إِذْنُهَا ، وَإِنْ أَبَتْ ، فَلَا جَوَازَ عَلَيْهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٥) . وَجَمْعًا بَيْنَ الْآيَةِ ^(٦)

(١) سورة النساء ٣ .

(٢) بعده في م : « على » .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب شركة اليتيم وأهل الميراث ، من كتاب الشركة ، وفي : باب
 قول الله تعالى : ﴿وَاتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ...﴾ ، من كتاب الوصايا ،
 وفي : باب ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَنْ لَا تَقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ...﴾ ، من كتاب التفسير ، وفي : باب
 الترغيب في النكاح ، وباب الأكفاء في المال وتزويج المقل المثرية ، وباب لا يتزوج أكثر من
 أربع ... ، وباب إذا كان الولي هو الخاطب ... ، وباب تزويج اليتيمة ... ، من كتاب النكاح ،
 وفي : باب ما ينهي من الاحتيال للولي في اليتيمة ... ، من كتاب الحيل . صحيح البخاري ٣ /
 ١٨٣ ، ١١ / ٤ ، ٥٣ / ٦ ، ٥٤ ، ١٠ / ٧ ، ١١ ، ٢١ ، ٢٣ ، ٢٤ ، ٣١ / ٩ . ومسلم ، في : كتاب
 التفسير . صحيح مسلم ٤ / ٢٣١٣ ، ٢٣١٤ . وأبو داود ، في : باب ما يكره أن يجمع بينهن من
 النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٧٧ . والنسائي ، في : باب القسط في الأصدقاء ،
 من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٩٥ .

(٤) في ف : « سبعا » .

(٥) في : باب في الاستثمار ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٨٣ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج ، من أبواب النكاح .
 عارضة الأحوذى ٥ / ٢٩ . والنسائي ، في : باب البكر يزوجه أبوها وهي كارهة . من كتاب
 النكاح . المجتبى ٦ / ٧١ ، ٧٢ . والدارمي ، في : باب في اليتيمة تزوج نفسها ، من كتاب النكاح .
 سنن الدارمي ٢ / ١٣٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٢٦١ ، ٣٣٤ ، ٢٥٩ / ٢ ، ٤٧٥ ، ٤ /
 ٣٩٤ ، ٤٠٨ ، ٤١١ .

(٦) في م : « الأدلة » .

والأخبار . وقيدنا ذلك بابتة تسع ؛ لأن عائشة قالت : إذا بلغت الجارية تسع سنين ، فهي امرأة^(١) . وروى ذلك مرفوعاً إلى النبي ﷺ^(٢) . ولأنها تصلح بذلك للنكاح ، وتحتاج إليه ، فأشبهت البالغة .

وإذن الثيب الكلام ، وإذن البكر الصمات أو الكلام ، في حق الأب وغيره ؛ لما تقدم من الحديث ، وهو صريح في الحكم . وروى عدي الكندي عن رسول الله ﷺ أنه^(٣) قال : « الثيب تُعربُ عن نفسها ، والبكر رضاها صمتها » . رواه الأثرم ،^(٤) وابن ماجه . ولا فرق بين الثوبة بوطنيه مباح أو محرم ؛ لشمول اللفظ لهما جميعاً .

فصل : الشرط الخامس ، الإيجاب والقبول ، ولا يصح الإيجاب إلا بلفظ النكاح أو التزويج ، فيقول : زوّجتك ابنتي . أو : أنكحْتُكِها . لأن ما سواهما لا يأتي على معنى النكاح ، فلا ينعقد به ، كلفظ الإخلال ، ولأن الشهادة شرط في النكاح ، وهي واقعة على اللفظ ، وغير هذا اللفظ

(١) ذكره الترمذي ، في : باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج ، من أبواب النكاح . عارضة الأحمدي ٢٩ / ٥ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٣٢٠ / ١ . كلاهما تعليقا دون إسناد .

(٢) أخرجه أبو نعيم ، في : تاريخ أصبهان ٢٧٣ / ٢ . والديلمي ، انظر : فردوس الأخبار ١ / ٣٨٥ . وضعف إسناده في الإرواء ١٩٩ / ١ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٤) سقط من : ف .

والحديث أخرجه ابن ماجه ، في : باب استثمار البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٢ / ١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٩٢ / ٤ . وانظر الإرواء ٢٣٤ / ٦ ، ٢٣٥ .

ليس بمَوْضُوعٍ لِلنِّكَاحِ ، وَإِنَّمَا يُصْرَفُ ^(١) إِلَيْهِ بِالنِّيَّةِ ، وَلَا شَهَادَةَ عَلَيْهَا ، فَيَخْلُو
النِّكَاحُ عَنِ الشَّهَادَةِ . وَأَمَّا الْقَبُولُ ، فَيَقُولُ : قَبِلْتُ هَذَا النِّكَاحَ . وَإِنْ اقْتَصَرَ
عَلَى : قَبِلْتُ . صَحَّ ؛ لِأَنَّ الْقَبُولَ يَرْجِعُ إِلَى مَا أَوْجَبَهُ الْوَلِيُّ ، كَمَا فِي
الْبَيْعِ . وَإِنْ قِيلَ لِلْوَلِيِّ : أَرْوَجْتَ ؟ فَقَالَ : نَعَمْ . وَ ^(٢) لِلْمُتَزَوِّجِ : أَقْبَلْتَ ؟
فَقَالَ : نَعَمْ . انْعَقَدَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ « نَعَمْ » جَوَابٌ لِلسُّؤَالِ ، وَالسُّؤَالُ مُضْمَرٌ
مُعَادٌ فِيهِ ، وَلِهَذَا لَوْ قِيلَ لَهُ : أَسْرَقْتَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . كَانَ مُقَرَّرًا بِالسَّرِقَةِ ، حَتَّى
يُلْزَمَهُ الْقَطْعُ الَّذِي يَنْدَرِي بِالشُّبُهَاتِ ، فَهَلْهَذَا أَوْلَى .

وَلَا يَصِحُّ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ بِغَيْرِ الْعَرَبِيَّةِ لِمَنْ يُحْسِنُهَا ؛ لِأَنَّهُ عُذُولٌ عَنِ
لَفْظِ الْإِنِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ مَعَ إِمْكَانِهِمَا ، فَلَمْ يَصِحَّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

وَيَصِحُّ بِمَعْنَاهُمَا الْخَاصُّ بِكُلِّ لِسَانٍ لِمَنْ لَا يُحْسِنُهُمَا ^(٣) ؛ لِأَنَّهُ يَشْتَمِلُ
عَلَى مَعْنَى اللَّفْظِ الْعَرَبِيِّ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَتَى بِهِ . وَلَيْسَ عَلَيْهِ تَعَلُّمُهُمَا
بِالْعَرَبِيَّةِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ غَيْرُ وَاجِبٍ ، فَلَا يُلْزَمُ تَعَلُّمُ أَرْكَانِهِ ، كَالْبَيْعِ ، وَلِأَنَّ
الْمَقْصُودَ الْمَعْنَى دُونَ اللَّفْظِ الْمُعْجَزِ ^(٤) ، وَهُوَ حَاصِلٌ ، بِخِلَافِ الْقِرَاءَةِ . وَقَالَ
أَبُو الْخَطَّابِ : يُلْزَمُهُ التَّعَلُّمُ ؛ لِأَنَّ مَا كَانَتِ الْعَرَبِيَّةُ شَرْطًا فِيهِ عِنْدَ الْإِمْكَانِ ،
لَزِمَهُ تَعَلُّمُهُ ، كَالْتَّكْبِيرِ .

وَإِذَا فُهِمَتْ إِشَارَةُ الْأَخْرَسِ ، صَحَّ النِّكَاحُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى لَا يُسْتَفَادُ إِلَّا

(١) فِي ف : « يَنْصَرَفُ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « قِيلَ » .

(٣) فِي ف : « يُحْسِنُهَا » .

(٤) فِي م : « الْمَعْجُوزُ » .

مِنْ جِهَتِهِ ، فَصَحَّ بِإِشَارَتِهِ ، كَبَيْعِهِ .

وإن تقدّم القَبُولُ على الإيجابِ ، لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ القَبُولَ إنما هو للإيجابِ ^(١) ، فَيُشْتَرَطُ تَأْخُرُهُ عَنْهُ . وإن تَرَخَى القَبُولُ عن الإيجابِ ، صَحَّ ما دَامَا فِي المَجْلِسِ ، ولم يَتَشَاغَلَا بما يَقْطَعُهُ ؛ لأنَّ مُحْكَمَ المَجْلِسِ مُحْكَمُ حَالَةِ العَقْدِ ، بِدَلِيلِ القَبْضِ فيما يُشْتَرَطُ القَبْضُ [٢٧٩و] فيه . فإن تَفَرَّقَا قَبْلَهُ ، أو تَشَاغَلَا بغيرِهِ قَبْلَ القَبُولِ ، بَطَلَ الإيجابُ ؛ لأنَّهُمَا أَعْرَضَا عَنْهُ بِتَفَرُّقِهِمَا أو تَشَاغُلِهِمَا ، فَبَطَلَ ، كما لو طَالَ التَّرَاخَى . وَنَقَلَ أَبُو طَالِبٍ ^(٢) عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَجُلٍ مَشَى إِلَيْهِ قَوْمٌ ، فَقَالُوا : زَوْجُ فُلَانًا عَلَى أَلْفٍ . فَقَالَ : قَدْ زَوَّجْتُهُ عَلَى أَلْفٍ . فَرَجَعُوا إِلَى الزَّوْجِ فَأَخْبَرُوهُ ، فَقَبِلَ ، هَلْ يَكُونُ هَذَا نِكَاحًا ؟ قَالَ : نَعَمْ . فَجَعَلَ أَبُو بَكْرٍ هَذَا رِوَايَةً ثَانِيَةً . وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ وَكَّلَ مَنْ قَبْلَ العَقْدِ فِي المَجْلِسِ .

وإن خَرَجَ أَحَدُهُمَا عَنْ أَهْلِيَّةِ العَقْدِ بِجُنُونٍ ، أو إِغْمَاءٍ ، أو مَوْتٍ ، قَبْلَ القَبُولِ ، بَطَلَ ؛ لأنَّهُ لم يَنْعَقِدْ ، فَبَطَلَ بِهِذِهِ المَعَانِي ، كإيجابِ البَيْعِ .

ومتى عَقَدَ النِّكَاحَ هَازِلًا أو تَلَجِئَةً ، صَحَّ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ ؛ الطَّلَاقُ ، وَالنِّكَاحُ ، وَالرَّجْعَةُ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٣) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « الإيجاب » ، فِي م : « بِالْإِيجَابِ » .

(٢) فِي ف : « الْخَطَابِ » .

(٣) فِي : بَابُ مَا جَاءَ فِي الْجِدِّ وَالْهَزْلِ فِي الطَّلَاقِ ، مِنْ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ /

١٥٦ ، ١٥٧ .

كما أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الطَّلَاقِ عَلَى الْهَزْلِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ أَبِي =

فصل : وفى الكفاءة روايتان ؛ إحداهما ، هى شرط لصحة النكاح ،
فإذا فاتت ، لم يصح وإن رضوا به ؛ لما روى الدارقطني^(١) بإسناده عن
جابر ، أن^(٢) النبي ﷺ قال : « لَا تُنكِحُوا^(٣) النِّسَاءَ إِلَّا الْأَكْفَاءَ ، وَلَا
يُزَوِّجُهُنَّ إِلَّا الْأَوْلِيَاءَ » . وقال عمر : لأُمنعن تزويج^(٤) ذوى الأَحْسَابِ إِلَّا مِنْ
الْأَكْفَاءِ^(٥) . ولأنه تصرف يتضرر به مَنْ لم يَرْضَ به ، فلم يصح ، كما لو
زَوَّجَهَا وَلِيِّهَا بغير رضاها . والثانية ، ليست شرطاً ؛ لأنَّ النبي ﷺ زَوَّجَ
زَيْدًا مَوْلَاهُ ابْنَةَ عَمَّتِهِ زَيْنَبَ بِنْتَ جَحْشٍ^(٦) . وزَوَّجَ ابْنَهُ^(٧) أُسَامَةَ فَاطِمَةَ بِنْتَ
قَيْسِ الْفَهْرِيَّةِ الْقُرَشِيَّةِ .^(٨) رواه مسلم^(٩) . وقالت عائشة : إِنَّ أَبَا حُدَيْفَةَ تَبَنَّى

= داود ٥٠٧/١ . وابن ماجه ، فى : باب من طلق أو نكح أو راجع لاعبا ، من كتاب الطلاق .
سنن ابن ماجه ٦٥٨/١ .

(١) فى : سننه ٢٤٥/٣ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٣٣/٧ . وأعله بمبشر بن عبيد وأنه متروك
الحديث . وقال ابن عبد البر : حديث ضعيف لا يحتج بمثله ، ولا أصل له . التمهيد ١٩/١٦٥ .

(٢) فى م : « قال » .

(٣) فى م : « ينكح » .

(٤) فى الأصل ، م : « فزوج » .

(٥) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ١٥٢/٦ . والدارقطني ، فى : سننه ٢٩٨/٣ . والبيهقى ،
فى : السنن الكبرى ١٣٣/٧ . وضعفه فى الإرواء ٢٦٥/٦ ، ٢٦٦ .

(٦) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ١٥٣/٦ . وسعيد بن منصور ، فى : سننه ١٦١/١ .
والدارقطني ، فى : سننه ٣٠١/٣ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ١٣٦/٧ .

(٧) سقط من : م .

(٨ - ٨) زيادة من : م .

والحديث تقدم تخريجه فى ٣/٣٩ ، ٤٠ .

سالمًا وأنكحه ابنة أخيه هند ابنة^(١) الوليد بن عتبة بن ربيعة . أخرجه البخاري^(٢) .

لكن إن لم^(٣) يرض بعض الأولياء ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، العقد باطل ؛ لأن الكفاءة حقهم ، تُصرف فيه بغير رضاهم ، فلم يصح ، كتصرف الفضولي . والثانية ، يصح ، ولمن لم يرض الفسخ ، فلو زوج الأب بغير الكفاء فرضيت البتة ، كان للإخوة الفسخ ؛ لأنه ولي في حال يلحقه العار بفقد الكفاءة ، فملك الفسخ ، كالمساوين^(٤) .

فصل : والكفء ذو الدين والمنصب ، فلا يكون الفاسق كفتًا لعفيفة ؛ لأنه مرذول^(٥) مرذود الشهادة والرواية ، غير مأمور على النفس والمال . ولا يكون المولى والعجمي كفتًا لعربية ؛ لما ذكرنا من قول عمر . وقال سلمان لجريير : إنكم - معشر العرب - لا تتقدم في صلاتكم ، ولا تنكح نساءكم ، إن الله فضلكم علينا بمحمد ﷺ وجعله فيكم^(٦) .

(١) في م : « بنت » .

(٢) في : باب الأكفاء في الدين ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٩ / ٧ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب من حرم به ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٥ / ١ . والنسائي ، في : باب تزوج المولى العربية ، من كتاب النكاح . المجتبى ٥٣ / ٦ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الرضاع بعد الكبر ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٦٠٥ / ٢ .

(٣) بعده في م : « ترض المرأة ولم » .

(٤) في الأصل ، ف : « كالمساوين » .

(٥) سقط من : م .

(٦) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٥٢٠ / ٢ ، ١٥٤ / ٦ . وسعيد بن منصور ، في : سننه ١ / ١٦٤ .

وانظر طرق هذا الأثر والكلام عليه ، في : الإرواء ٢٧٨ / ٦ - ٢٨١ .

والعَرَبُ بعضهم لبعض أَكْفَاءُ، والعَجَمُ بعضهم لبعض أَكْفَاءُ؛ لَأَنَّ
 الْمُقْدَادَ بْنَ الْأَسْوَدِ الْكِنْدِيَّ تَزَوَّجَ ضُبَاعَةَ ابْنَةَ الزُّبَيْرِ عَمِّ^(١) رَسُولِ اللَّهِ ﷺ .
 وَزَوَّجَ أَبُو بَكْرٍ أُخْتَهُ لِلْأَشْعَثِ بْنِ قَيْسِ الْكِنْدِيِّ، وَزَوَّجَ عَلِيٌّ ابْنَتَهُ أُمَّ كُلْثُومِ
 عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ . وَعنه، أَنَّ غَيْرَ قُرَيْشٍ لَا يُكَافِئُهُمْ، وَغَيْرَ بَنِي هَاشِمٍ لَا
 يُكَافِئُهُمْ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ اصْطَفَى [٢٧٩ظ] كِنَانَةَ مِنْ وَلَدِ
 إِسْمَاعِيلَ، وَاصْطَفَى مِنْ كِنَانَةَ قُرَيْشًا، وَاصْطَفَى مِنْ قُرَيْشٍ بَنِي هَاشِمٍ،
 وَاصْطَفَانِي مِنْ بَنِي هَاشِمٍ»^(٢).

وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِي ثَلَاثَةِ أُمُورٍ؛ أَحَدُهَا، الْحُرِّيَّةُ، فَرُوي أَنَّهَا لَيْسَتْ
 شَرْطًا فِي الْكَفَاءَةِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِبَرِيرَةَ حِينَ عَتَقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ،
 فَاخْتَارَتْ فُرْقَتَهُ: «لَوْ رَاجَعْتِيهِ». قَالَتْ: أَتَأْمُرُنِي يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ:
 «لَا، إِنَّمَا أَنَا شَفِيعٌ»^(٣). وَمُرَاجَعْتُهَا لَهُ ابْتِدَاءً نِكَاحِ عَبْدٍ لِحُرَّةٍ. وَرُوي أَنَّهَا

(١) فِي ف: «عَمَّة»، وَفِي م: «ابْنِ عَمَّة».

(٢) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ، فِي: بَابِ فَضْلِ نَسَبِ النَّبِيِّ ﷺ...، مِنْ كِتَابِ الْفَضَائِلِ. صَحِيحٌ مُسْلِمٌ
 ١٧٨٢/٤. وَالتِّرْمِذِيُّ، فِي: بَابِ فِي فَضْلِ النَّبِيِّ ﷺ، مِنْ أَبْوَابِ الْمَنَاقِبِ. عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ
 ٩٤/١٣، ٩٥. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ١٠٧/٤.

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ، فِي: بَابِ فِي خِيَارِ الْأَمَةِ تَحْتَ الْعَبْدِ، وَبَابِ شَفَاعَةِ النَّبِيِّ ﷺ فِي زَوْجِ
 بَرِيرَةَ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ. صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٦١/٧، ٦٢. وَأَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ فِي الْمَمْلُوكَةِ
 تَعْتَقُ وَهِيَ تَحْتَ حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ. سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٥١٧/١. وَالنَّسَائِيُّ، فِي: بَابِ
 شَفَاعَةِ الْحَاكِمِ لِلْخَصُومِ قَبْلَ فَصْلِ الْحُكْمِ، مِنْ كِتَابِ آدَابِ الْقَضَاةِ. الْمَجْتَبَى ٢١٥/٨. وَابْنُ
 مَاجَةَ، فِي: بَابِ خِيَارِ الْأَمَةِ إِذَا أُعْتِقَتْ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ. سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٦٧١/١.
 وَالدَّارِمِيُّ، فِي: بَابِ فِي تَخْيِيرِ الْأَمَةِ تَكُونُ تَحْتَ الْعَبْدِ فَتَعْتَقُ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ. سَنَنُ الدَّارِمِيِّ
 ١٧٠/٢. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ٢١٥/١، ٢٨١، ٣٦١. كُلُّهُمْ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ.

شَرْطٌ . وهى أَصَحُّ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَيْرُ بَرِيرَةٍ حِينَ عَتَقَتْ تَحْتَ الْعَبْدِ^(١) .
فَإِذَا ثَبَتَ^(٢) الْخِيَارُ بِالْحُرِّيَّةِ الطَّارِئَةِ ، فَالسَّابِقَةُ أَوْلَى ، وَلأنَّ فِيهِ نَقْصًا فِي
الْمَنْصِبِ وَالِاسْتِمْتَاعِ وَالْإِنْفَاقِ ، وَيَلْحَقُ بِهِ الْعَارُ ، فَأَشْبَهَ عَدَمَ الْمَنْصِبِ .

وَالثَّانِي ، الْيَسَارُ ، فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ مِنْ شُرُوطِ الْكَفَاءَةِ ؛
لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الْحَسَبُ الْمَالُ »^(٣) . وَقَالَ : « إِنَّ أَحْسَابَ النَّاسِ بَيْنَهُمْ
هَذَا^(٤) الْمَالُ » . « رَوَاهُ النَّسَائِيُّ بِمَعْنَاهُ^(٥) . وَلأنَّ عَلَى الْمُوَسِّرَةِ ضَرَرًا فِي إِعْسَارِ
زَوْجِهَا ؛ لِإِخْلَالِهِ بِنَفَقَتِهَا وَنَفَقَةِ وَلَدِهَا . وَالثَّانِيَةُ ، لَيْسَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْفَقْرَ شَرَفٌ
فِي الدِّينِ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « اللَّهُمَّ أَحْيِنِي مِسْكِينًا ، وَأَمِتْنِي
مِسْكِينًا » . « رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٦) . وَلَيْسَ هُوَ أَمْرًا لَازِمًا ، فَأَشْبَهَ الْعَافِيَةَ مِنَ
الْمَرَضِ . وَالْيَسَارُ الْمُعْتَبَرُ مَا يَقْدِرُ بِهِ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا^(٧) حَسَبَ مَا يَجِبُ لَهَا .

(١) انظر حديث ابن عباس المتقدم ، وانظر ما يأتي تخريجه في صفحة ٣٠٢ . من حديث عائشة .

(٢) بعده في م : « لها » .

(٣) أخرجه الترمذى ، فى : باب تفسير سورة الحجرات ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى
١٥٨ / ١٢ . وابن ماجه ، فى : باب الورع والتقوى ، من كتاب الزهد . سنن ابن ماجه ٢ /
١٤١٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٠ / ٥ . وصححه فى الإرواء ٦ / ٢٧١ ، ٢٧٢ .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥ - ٥) زيادة من : م .

والحديث أخرجه النسائى ، فى : باب الحسب ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦ / ٥٣ .
كما أخرجه الحاكم ، فى : باب تخيروا لنطفكم فانكحوا الأكفاء من كتاب النكاح .
المستدرک ٢ / ١٦٣ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٥ / ٣٥٣ ، ٣٦١ .

(٦ - ٦) سقط من : ف .

والحديث تقدم تخريجه فى ١٩٥ / ٢ .

(٧) فى ف : « على » .

والثالث، الصَّنَاعَةُ، وفيها روايتان؛ إحداهما، أَنَّ أَصْحَابَ الصَّنَائِعِ الدَّيْنِيَّةِ لَا يُكَافِتُونَ مَنْ هُوَ أَعْلَى مِنْهُمْ؛ فَالْحَائِكُ، وَالْحَجَّامُ، وَالكَسَّاحُ، وَالزَّبَّالُ، وَقِيَمُ الْحَمَّامِ، لَا يَكُونُ كُفْتًا لِمَنْ هُوَ أَعْلَى مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ نَقَصٌ فِي عُرْفِ النَّاسِ، وَتُعْيِيرٌ^(١) بِهِ الْمَرْأَةُ، فَأَشْبَهَ نَقْصَ النَّسَبِ. وَالثَّانِيَةُ، لَيْسَ هَذَا شَرْطًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِنَقْصٍ فِي الدِّينِ، وَلَا هُوَ بِلَازِمٍ، فَأَشْبَهَ الْمَرَضَ، وَقَدْ أَنْشَدُوا^(٢):

وَلَيْسَ عَلَى عَبْدٍ تَقِيٌّ نَقِيصَةٌ إِذَا حَقَّقَ التَّقْوَى وَإِنْ حَاكَ أَوْ حَجَّمَ

فصل: وَيُسْتَحَبُّ إِعْلَانُ النِّكَاحِ، وَالضَّرْبُ^(٣) عَلَيْهِ بِالْذُّفِّ؛ لِمَا رَوَى مُحَمَّدُ بْنُ حَاطِبٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فَضْلُ مَا بَيْنَ الْحَلَالِ وَالْحَرَامِ الصَّوْتُ وَالذُّفُّ فِي النِّكَاحِ». رَوَاهُ النَّسَائِيُّ^(٤). فَإِنْ أَسْرَوْهُ وَتَوَاصَوْا بِكَيْثَمَانِهِ، كُرِهَ ذَلِكَ، وَصَحَّ النِّكَاحُ. وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ^(٥): لَا يَصِحُّ؛ لِلْحَدِيثِ. وَلَنَا، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيِّ وَشَاهِدَيْنِ»^(٦).

(١) فِي م: «تَعْيِيرٌ»، وَفِي ف: «تَغْيِيرٌ».

(٢) الْبَيْتُ لِأَبِي الْعَتَاهِيَةِ فِي دِيْوَانِهِ ٢٤٣. وَانْظُرْ: أَبُو الْعَتَاهِيَةِ أَشْعَارُهُ وَأَخْبَارُهُ ٣٤٨، ٣٤٩.

(٣) فِي ف: «الصَّوْتُ».

(٤) فِي: بَابُ إِعْلَانِ النِّكَاحِ بِالصَّوْتِ وَضَرْبِ الذِّفِّ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ. الْمَجْتَبَى ٦/١٠٤.

كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ، فِي: بَابِ مَا جَاءَ فِي إِعْلَانِ النِّكَاحِ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ. عَارِضَةٌ

الْأَحْوَذِيُّ ٤/٣٠٧. وَابْنُ مَاجَهَ، فِي: بَابِ إِعْلَانِ النِّكَاحِ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ. سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ

١/٦١١. الْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ٣/٤١٨، ٤/٢٥٩. وَحَسَنُهُ فِي الْإِرْوَاءِ ٧/٥٠، ٥١.

(٥) فِي الْأَصْلِ: «الْخُطَاب».

(٦) فِي م: «شَاهِدَى عَدْلٍ».

وَالْحَدِيثُ تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٢٣٧، ٢٣٨.

مفهومه صحته بهما ، والحديث مَحْمُولٌ على النَّذْبِ جَمْعًا بَيْنَ الْخَبْرَيْنِ ،
ولأنَّ إعلَانَ النِّكَاحِ وَالضَّرْبَ^(١) عليه بالدَّفِّ ، إِنَّمَا يَكُونُ بَعْدَ^(٢) الْعَقْدِ
وَصِحَّتِهِ ، ولو كَانَ شَرْطًا لَأُغْتَبِرَ حَالُ الْعَقْدِ ، كَسَائِرِ شُرُوطِهِ .

وقال أحمدُ : لا بَأْسَ بِالْغَزْلِ^(٣) فِي الْعُرْسِ ؛ لِقَوْلِ^(٤) النَّبِيِّ ﷺ
لِلأَنْصَارِ : « أَتَيْنَاكُمْ أَتَيْنَاكُمْ ، فَحَيُّونَا نُحْيِيكُمْ^(٥) ، لَوْلَا الذَّهَبُ الْأَحْمَرُ ،
مَا حُلَّتْ بَوَادِيكُمْ^(٦) ، وَلَوْلَا^(٧) الْحَبَّةُ السَّوْدَاءُ^(٧) ، مَا سُرَّتْ^(٨) عَذَارِيكُمْ^(٩) » .

فصل : وَيُسْتَحَبُّ عَقْدُهُ يَوْمَ الْجُمُعَةِ ؛ [٢٨٠ و] لِأَنَّ جَمَاعَةً مِنَ السَّلَفِ
كَانُوا يُحِبُّونَ^(١٠) ذَلِكَ .^(١١) وَالْمِيسَاءُ بِهِ^(١١) أَوْلَى ؛ لِمَا رَوَى أَبُو حَفْصٍ بِإِسْنَادِهِ

(١) فِي ف : « الصَّوْت » .

(٢) فِي ف : « بَعْدَ » .

(٣) فِي ف : « بِالْقَوْلِ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ف : « قَوْلِ » .

(٥ - ٥) فِي م : « فَحْيَانَا وَحْيَاكُمْ » .

(٦) فِي م : « نَوَادِيكُمْ » .

(٧ - ٧) فِي م : « الْحَنْطَةُ السَّمَرَاءُ » .

(٨) فِي م : « سَمْنَتْ » .

(٩) فِي م : « عَذَارَاكُمْ » .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الطَّبْرَانِيُّ فِي الْأَوْسَطِ ٤ / ١٦٥ ، مِنْ حَدِيثِ عَائِشَةَ . وَفِي : ٧ / ١١٢ ، مِنْ
حَدِيثِ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ . وَلَهُ شَاهِدٌ عِنْدَ ابْنِ مَاجَهٍ ، فِي : بَابِ الْغَنَاءِ وَالْدَفِّ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ .
سَنَنَ ابْنُ مَاجَهٍ ١ / ٦١٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣ / ٣٩١ . وَابْنُ بَيْهَقٍ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى
٧ / ٢٨٩ . وَأَصْلُ الْحَدِيثِ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ النِّسَاءِ الَّتِي يَهْدِيهَا الْمَرْأَةُ إِلَى زَوْجِهَا ،
مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٧ / ٢٨ . وَانْظُرِ الْإِرْوَاءَ ٧ / ٥١ ، ٥٢ .

(١٠) فِي ف : « يَسْتَحِبُّونَ » .

(١١ - ١١) فِي ف ، م : « الْمَسَايَةُ » .

عن النبي ﷺ أنه قال : « مَسُّوا بِالْإِمْلَاقِ ؛ فَإِنَّهُ أَكْبَرُ لِلْبَرَكَةِ »^(١) .

وَيُسْتَحَبُّ تَقْدِيمُ الْخُطْبَةِ بَيْنَ يَدَيِ النِّكَاحِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « كُلُّ أَمْرٍ ذِي بَالٍ لَا يُبْدَأُ فِيهِ بِالْحَمْدِ لِلَّهِ ، فَهُوَ أَقْطَعُ »^(٢) . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَخُطِبَ بِخُطْبَةِ ابْنِ مَسْعُودٍ الَّتِي قَالَ : عَلَّمَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ التَّشْهَدَ فِي الْحَاجَةِ : « إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ ، نَحْمَدُهُ وَنُسْتَعِينُهُ ، وَنَسْتَغْفِرُهُ ، وَنَعُوذُ بِاللَّهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا ، مَنْ يَهْدِهِ اللَّهُ فَلَا مُضِلَّ لَهُ ، وَمَنْ يَضِلَّ فَلَا هَادِيَ لَهُ ، وَأَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ »^(٣) ، وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ . وَيَقْرَأُ ثَلَاثَ آيَاتٍ : ﴿ اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تَقَاتِهِ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ ﴾^(٤) . ﴿ وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴾^(٥) . ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ﴾ الْآيَةُ^(٦) . ^(٧) رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ^(٧) . وَهَذَا

(١) لم نجده .

(٢) تقدم تخريجه في ١/٤٩٣ ، ٤٩٤ .

(٣) بعده في م : « وحده لا شريك له » .

(٤) سورة آل عمران ١٠٢ .

(٥) سورة النساء ١ .

(٦) سورة الأحزاب ٧٠ ، ٧١ .

(٧ - ٧) سقط من : ف .

والحديث أخرجه الترمذی ، فی باب ما جاء فی خطبة النکاح ، من أبواب النکاح . عارضة

الأحوذی ١٩/٥ - ٢١ .

كما أخرجه أبو داود ، فی : باب فی خطبة النکاح ، من کتاب النکاح . سنن أبي داود =

ليس بواجب؛ لأنَّ النبي ﷺ قال لخاطِبِ الواهبة: «زَوِّجْتُكَهَا بِمَا»^(١)
مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ»^(٢). ولم يَذْكُرْ خُطْبَةً.

فصل: وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُقَالَ لِلْمُتَزَوِّجِ مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ
رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ إِذَا رَفَأَ الْإِنْسَانَ إِذَا تَزَوَّجَ، قَالَ: «بَارَكَ
اللَّهُ لَكَ، وَبَارَكَ عَلَيْكَ، وَجَمَعَ بَيْنَكُمَا فِي خَيْرٍ»^(٣). رَوَاهُ أَبُو

= ٤٨٩/١. والنسائي، في باب كيفية الخطبة، من كتاب الجمعة. المجتبى ٨٥/٣، ٨٦. وابن
ماجه، في باب خطبة النكاح، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦٠٩/١. والدارمي، في:
باب في خطبة النكاح، من كتاب النكاح. سنن الدارمي ١٤٢/٢. والإمام أحمد، في: المسند
١/ ٣٩٢، ٣٩٣، ٤٣٢.

(١) في ف: «لما».

(٢) أخرجه البخاري، في باب وكالة المرأة الإمام في النكاح، من كتاب الوكالة، وفي باب
خيركم من تعلم القرآن وعلمه، وباب القراءة عن ظهر قلب، من كتاب فضائل القرآن، وفي
باب تزويج المعسر...، وباب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح، وباب النظر إلى المرأة قبل
التزويج، وباب إذا كان الولي هو الخاطب، وباب السلطان ولي، وباب إذا قال الخاطب للولي:
زوجني فلانة...، وباب التزويج على القرآن وبغير صداق، من كتاب النكاح، وفي: باب خاتم
الحديد، من كتاب اللباس. صحيح البخاري ١٣٢/٣، ٢٣٦/٦، ٢٣٧، ٨/٧، ١٧، ١٩،
٢٢ - ٢٤، ٢٦، ٢٠٢. ومسلم، في: باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن...، من كتاب
النكاح. صحيح مسلم ١٠٤١/٢. وأبو داود، في: باب في التزويج على العمل بعمل، من
كتاب النكاح. سنن أبي داود ٤٨٧/١. والترمذي، في: باب منه [ما جاء في مهر النساء]،
من أبواب النكاح. عارضة الأحوذى ٣٤/٥، ٣٥. والنسائي، في: باب الكلام الذي ينعقد به
النكاح، وباب هبة المرأة نفسها لرجل بغير صداق، من كتاب النكاح. المجتبى ٧٦/٦، ١٠٠،
١٠١. وابن ماجه، في: باب صداق النساء، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦٠٨/١.
والدارمي، في: باب ما يجوز أن يكون مهرا، من كتاب النكاح. سنن الدارمي ١٤٢/٢.
والإمام أحمد، في: المسند ٣٣٤/٥، ٣٣٦.

(٣) بعده في الأصل، ف: «وعافية».

داود^(١) . وإذا زُفَّتْ إليه قال ما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، عن النبي ﷺ قال : « إذا تزوج أحدكم امرأة ، أو اشترى خادماً ، فليقل^(٢) : اللهم إني أسألك خيرَهَا ، وخَيْرَ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ ، وأعوذُ بِكَ مِنْ شَرِّهَا ، وَشَرِّ مَا جَبَلْتَهَا عَلَيْهِ » . ^(٣) رواه أبو داود^(٣) . وعن أبي سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج ، فحضره عبد الله بن مسعود ، وأبو ذر ، وحذيفة ، وغيرهم من أصحاب رسول الله ﷺ فقالوا له : إذا دخلت على أهليك فصل ركعتين ، ثم خذ برأس أهليك فقل : اللهم بارك لي في أهلي ، وبارك لأهلي في ، و^(٤) ارزقني منهم . ثم شأنك وشأن أهليك^(٥) .

فصل : ويستحب لمن أراد التزويج^(٦) أن يختار ذات الدين ؛ لقول النبي ﷺ : « تُنكح المرأة لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدِينها ، فاظفر بذات

(١) في : باب ما يقال للمتزوج ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٩١ / ١ .
كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء فيما يقال للمتزوج ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٣١١ / ٤ . وابن ماجه ، في : باب تهنئة النكاح ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ١٤٦ . والدارمي ، في : باب إذا تزوج الرجل ما يقال له ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٣٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٣٨١ .

(٢) في الأصل : « قال » .

(٣ - ٣) زيادة من : م .

والحديث أخرجه أبو داود ، في : باب في جامع النكاح ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٩٨ / ١ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب ما يقول الرجل إذا دخلت عليه أهله ، من كتاب النكاح ، وفي باب شراء الرقيق ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦١٧ ، ٦١٨ ، ٧٥٧ / ٢ .

(٤) في الأصل : « ثم » .

(٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٢ / ٣٩١ ، ١٩١ / ٦ ، ١٩٢ .

(٦) في الأصل : « التزويج » .

الدين تَرَبَّتْ يَدَاكَ». ^(١) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ. وَيَخْتَارُ الْجَمِيلَةَ؛ لِأَنَّهُ أَسْكَنُ لِنَفْسِهِ، وَأَغْضُ لِبَصَرِهِ، وَأَذْوَمُ لِمَوَدَّتِهِ، وَلِذَلِكَ شُرِعَ النَّظَرُ قَبْلَ النِّكَاحِ، وَرَوَى سَعِيدٌ ^(٢) بِإِسْنَادِهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «خَيْرُ فَائِدَةٍ» ^(٣) أَفَادَهَا الْمَرْءُ الْمُسْلِمُ بَعْدَ إِسْلَامِهِ امْرَأَةً جَمِيلَةً، تَسْرُهُ إِذَا نَظَرَ إِلَيْهَا، وَتُطِيعُهُ إِذَا أَمَرَهَا، وَتَحْفَظُهُ فِي غَيْبَتِهِ فِي مَالِهِ وَنَفْسِهَا». وَيَتَخَيَّرُ الْحَسِيبَةَ؛ لِيَتَجَبَّ وَلَدُهَا، وَقَدْ رَوَى عَنْ عَائِشَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «تَخَيَّرُوا لِنُطْفِكُمْ، وَأَنْكِحُوا الْأَكْفَاءَ، وَأَنْكِحُوا إِلَيْهِمْ» ^(٤). وَيَخْتَارُ الْبِكْرَ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «عَلَيْكُمْ بِالْأَبْكَارِ؛ فَإِنَّهُنَّ أَغْذَبُ أَفْوَاهًا، وَ» ^(٥) أَفْتَحُ أَرْحَامًا». رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ. وَفِي لَفْظٍ: ^(٥).

(١ - ١) سقط من: ف.

والحديث أخرجه البخاري، في: باب الأكفاء في الدين... من كتاب النكاح. صحيح البخاري ٩/٧. ومسلم، في: باب استحباب نكاح ذات الدين، من كتاب الرضاع. صحيح مسلم ١٠٨٦/٢، ١٠٨٧.

كما أخرجه أبو داود، في: باب ما يؤمر به من تزويج ذات الدين، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ٤٧٢/١. والترمذي، في: باب ما جاء أن المرأة تنكح على ثلاث خصال، من أبواب النكاح. عارضة الأحوذى ٣٠٦/٤. والنسائي، في: باب على ما تنكح المرأة، وباب كراهية تزويج الزناة، من كتاب النكاح. المجتبى ٥٤/٦، ٥٦. وابن ماجه، في: باب تزويج ذات الدين، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٥٩٧/١. والدارمي، في: باب تنكح المرأة على أربع، من كتاب النكاح. سنن الدارمي ١٣٤/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٤٢٨/٢، ٨٠/٣، ٨١، ١٥٢/٦.

(٢) في: باب الترغيب في النكاح. سنن سعيد ١٤١/١.

(٣) في الأصل: «إفادة».

(٤) أخرجه ابن ماجه، في: باب الأكفاء، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦٣٣/١. وضعف إسناده في مصباح الزجاجة ١٠٩/٢.

(٥ - ٥) سقط من: م.

ولم نجده في المسند.

« أَنْتَقُ^(١) أَرْحَامًا ، وَأَرْضَى بِالْيَسِيرِ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَه^(٢) . وَيَخْتَارُ الْوُلُودَ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ أَنَسٍ قَالَ : كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ^(٣) : [٢٨٠ ظ] « تَزَوَّجُوا الْوُلُودَ الْوُلُودَ ، فَإِنِّي مُكَاثِّرٌ بِكُمْ^(٤) يَوْمَ الْقِيَامَةِ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ^(٥) . وَيَخْتَارُ ذَاتَ الْعَقْلِ ، وَيَجْتَنِبُ الْحَمَقَاءَ ؛ لِأَنَّهُ رُبَّمَا تَعَدَّى ذَلِكَ إِلَى وَلَدِهَا . وَقَدْ قِيلَ : اجْتَنِبُوا الْحَمَقَاءَ ، فَإِنَّ وَلَدَهَا ضَيَاعٌ ، وَصُحْبَتُهَا بَلَاءٌ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَيَخْتَارُ الْأَجْنَبِيَّةَ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهَا أَنْجَبٌ ، وَقَدْ قِيلَ : إِنَّ الْغَرَائِبَ أَنْجَبٌ ، وَبَنَاتِ الْعَمِّ أَضَبَرٌ .

(١) أَنْتَقُ أَرْحَامًا : أَكْثَرُ أَوْلَادًا .

(٢) فِي : بَابُ تَزْوِيجِ الْأَهْكَارِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَه ٥٩٨ / ١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الطَّبْرَانِيُّ ، فِي : الْكَبِيرِ ١٤١ / ١٧ . وَالْبَغْوِيُّ ، فِي : شَرْحِ السَّنَةِ ١٥ / ٩ .
وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٨١ / ٧ .

(٣ - ٣) فِي م : « عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ » .

(٤) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « الْأُمِّ » .

(٥) فِي : بَابِ التَّرْغِيبِ فِي النِّكَاحِ . سَنَنُ سَعِيدٍ ١٣٩ / ١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٥٨ / ٣ ، ٢٤٥ .

بَابُ مَا يَحْرُمُ مِنَ النِّكَاحِ

الْمَحْرَمَاتُ فِي النِّكَاحِ عَشْرَةُ أَنْوَاعٍ^(١)؛ أَحَدُهَا، الْمَحْرَمَاتُ بِالنَّسَبِ، وَهُنَّ سَبْعٌ، ذَكَرَهُنَّ اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى بِقَوْلِهِ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأُخْتِ﴾^(٢). فَالْأُمَّهَاتُ كُلُّ امْرَأَةٍ انْتَسَبَتْ إِلَيْهَا بِوِلَادَةٍ؛ وَهِيَ الْأُمُّ، وَالْجَدَّاتُ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ وَجِهَةِ الْأَبِ وَإِنْ عَلَوْنَ. وَالْبَنَاتُ كُلُّ مَنْ انْتَسَبَتْ^(٣) إِلَيْكَ بِوِلَادَةٍ؛ وَهِيَ ابْنَةُ الصُّلْبِ وَأَوْلَادُهَا^(٤)، وَأَوْلَادُ الْبَيْنِ وَإِنْ نَزَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ. وَالْأُخْتُ مِنَ الْجِهَاتِ الثَّلَاثِ. وَالْعَمَّاتُ كُلُّ مَنْ أَذَلَّتْ بِالْعُمُومَةِ مِنْ أَخَوَاتِ الْأَبِ وَأَخَوَاتِ الْأَجْدَادِ وَإِنْ عَلَوْنَ^(٥)، مِنْ جِهَةِ الْأَبِ وَالْأُمِّ. وَالْخَالَاتُ كُلُّ مَنْ أَذَلَّتْ^(٦) بِالْخُثُولَةِ مِنْ أَخَوَاتِ الْأُمِّ وَأَخَوَاتِ الْجَدَّاتِ وَإِنْ عَلَوْنَ، مِنْ جِهَةِ الْأَبِ وَالْأُمِّ. وَبَنَاتُ الْأَخِ كُلُّ مَنْ يَنْتَسِبُ^(٧)

(١) فِي م: «أَشْيَاء».

(٢) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٣.

(٣) فِي م: «انْتَسَبَ».

(٤) فِي الْأَصْلِ: «أَوْلَادُهُنَّ».

(٥) فِي م: «عَلَوْنَ».

(٦) فِي ف، م: «أَدْلَى».

(٧) فِي الْأَصْلِ: «يَنْسَبُ»، وَفِي ف: «انْتَسَبَ».

بِبُنُوَّةِ الْأَخِ مِنْ أَوْلَادِهِ وَأَوْلَادِ الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ وَإِنْ «نَزَلْنَ، وَ»^(١)
 بَنَاتُ «الْأَخْتِ كَذَلِكَ»^(٢)؛ لِأَنَّ الْأَسْمَ يُطْلَقُ^(٣) عَلَى الْبَعِيدِ وَالْقَرِيبِ؛ لِقَوْلِ
 اللَّهِ تَعَالَى: ﴿يَبْنِيْ عَادَمَ﴾^(٤). وَ﴿يَبْنِيْ إِسْرَءِيْلَ﴾^(٥). وَقَالَ تَعَالَى:
 ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيْمَ﴾^(٦). وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِبَعْضِ أَصْحَابِهِ: «ارْزُمُوا»^(٧)
 بَنِي إِسْمَاعِيْلَ، فَإِنَّ أَبَاكُمْ كَانَ رَامِيًا»^(٨).

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ النَّسَبِ الْحَاصِلِ بِنِكَاحٍ، أَوْ مِلْكٍ يَمِينٍ، أَوْ وَطْءٍ شُبْهَةٍ أَوْ
 حَرَامٍ، فَتَحْرُمُ عَلَيْهِ ابْنَتُهُ مِنَ الزَّوْنِ؛ لِدُخُولِهَا فِي عُمُومِ اللَّفْظِ، وَلِأَنَّهَا
 مَخْلُوقَةٌ مِنْ مَائِهِ، فَحَرُمَتْ^(٩)، كَتَحْرِيمِ الزَّانِيَةِ عَلَى وَلَدِهَا.
 وَتَحْرُمُ الْمَنْفِيَّةُ بِاللُّعَانِ؛ لِأَنَّهَا رَيْبَتُهُ، وَلِاحْتِمَالِ أَنَّهَا ابْنَتُهُ.

(١ - ١) فِي م: «نَزَلَتْ دَرَجَتُهُنَّ وَكَذَلِكَ».

(٢ - ٢) فِي م: «الْأَخ».

(٣) فِي الْأَصْلِ، م: «يَنْطَلِقُ».

(٤) سُورَةُ الْأَعْرَافِ ٢٦، ٢٧، ٣١، ٣٥، سُورَةُ يَسَ ٦٠.

(٥) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٤٠، ٤٧، ١٢٢، سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٧٢، سُورَةُ طه ٨٠، سُورَةُ الصَّف ٦.

(٦) سُورَةُ الْحَجِّ ٧٨.

(٧) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ: «يَا».

(٨) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ، فِي: بَابِ التَّحْرِيطِ عَلَى الرَّمْيِ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ، وَفِي: بَابِ قَوْلِ اللَّهِ
 تَعَالَى: ﴿وَإِذْ ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ إِسْمَاعِيلَ...﴾، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ، وَفِي بَابِ نَسَبِ الْيَمَنِ إِلَى
 إِسْمَاعِيلَ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاقِبِ. صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤/٤٥، ١٧٩، ٢١٩. وَابْنُ مَاجَهَ، فِي: بَابِ
 الرَّمْيِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ. سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٢/٩٤١. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ
 ١/٣٦٤، ٤/٥٠.

(٩) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ: «عَلَيْهِ».

فصل : النوع الثاني ، المحرّمات بالرضاع ، وهنّ مثل المحرّمات بالنسب
 سواءً ^(١) ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأُمّهَتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضْعَةِ ﴾ ^(٢) . نصّ على هاتين ، وقسنا عليهما سائر المحرّمات بالنسب ^(١) . وقال النبي ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) .

فصل : النوع الثالث ، المحرّمات بالمصاهرة ، وهنّ أربع ؛ أمّهات النساء ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأُمّهَتُ نِسَائِكُمْ ﴾ ^(٢) . فمتى عقد النكاح

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة النساء ٢٣ .

(٣) أخرجه البخارى ، فى باب الشهادة على الأنساب والرضاع المستفيض ... ، من كتاب الشهادات ، وفى : باب ما جاء فى بيوت أزواج النبي ﷺ ، من كتاب الخمس ، وفى : باب ﴿ وَأُمّهَاتِكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، وباب لا تنكح المرأة على عمتها ، وباب ما يحل من الدخول والنظر إلى النساء فى الرضاع ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢٢٢/٣ ، ١٠٠/٤ ، ١٢/٧ ، ١٥ ، ٤٩ . ومسلم ، فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة ، وباب تحريم الرضاعة من ماء الفحل ، وباب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٦٨/٢ ، ١٠٧٠ ، ١٠٧١ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ٤٧٤/١ . والنسائي ، فى : باب ما يحرم من الرضاع ، وباب تحريم بنت الأخ من الرضاع ، من كتاب النكاح . المجتبى ٨٢/٦ ، ٨٣ . وابن ماجه ، فى : باب يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٣/١ . والدارمى ، فى : باب ما يحرم من الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٥٦/٢ . والإمام مالك ، فى : باب رضاعة الصغير ، وباب جامع ما جاء فى الرضاعة ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٦٠١/٢ ، ٦٠٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٤/٦ ، ٥١ ، ٦٦ ، ٧٢ ، ١٠٢ ، ١٧٨ .

على امرأة، حُرِّمَ عليه جميعُ أمهاتها من النَّسَبِ والرَّضَاعِ وإن عَلَوْنَ، [٢٨١و] "على ما" ذَكَرْنَا. وَسَوَاءٌ دَخَلَ بِالْمَرْأَةِ أَوْ لَمْ يَدْخُلْ؛ لِعُمُومِ اللَّفْظِ فِيهِنَّ، وَلِمَا رَوَى عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «أَيُّمَا رَجُلٍ نَكَحَ امْرَأَةً، دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ أُمِّهَا». رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ^(٢). الثَّانِيَةُ، الرَّبَائِبُ، وَهُنَّ بَنَاتُ النِّسَاءِ، وَلَا تَحْرُمُ رَيْبَتُهُ إِلَّا أَنْ يَدْخُلَ بِأُمِّهَا، فَإِنْ فَارَقَ أُمُّهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، حَلَّتْ لَهُ ابْنَتُهَا؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿وَرَبِّبُكُمْ أَلَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَائِكُمُ الَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾^(٣). وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ دُخُولِهِ بِهَا، لَمْ تَحْرُمِ ابْنَتُهَا؛ لِلآيَةِ. وَعَنْهُ، تَحْرُمُ؛ لِأَنَّ الْمَوْتَ أُقِيمَ مَقَامَ الدُّخُولِ فِي تَكْمِيلِ الصَّدَاقِ وَالْعِدَّةِ، فَكَذَا هَلْهَنَا. وَإِنْ خَلَا بِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا، وَلَمْ يَطَّأَهَا، فَعَنْهُ، تَحْرُمُ ابْنَتُهَا؛ لِذَلِكَ^(٤). وَقَالَ الْقَاضِي: وَهَذَا مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ حَصَلَ نَظَرٌ لِّشَهْوَةٍ أَوْ مُبَاشَرَةٍ، فَيُخْرِجُ كَلَامُهُ عَلَى إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ، فَأَمَّا مَعَ عَدَمِ ذَلِكَ، فَلَا تَحْرُمُ؛ لِأَنَّ الدُّخُولَ كِنَايَةٌ عَنِ الْجِمَاعِ، وَلَمْ يُوجَدْ. وَالنَّسَبُ وَالرَّضَاعُ فِي

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ: «كَمَا».

(٢) أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ، فِي: بَابِ مَا جَاءَ فِي مَنْ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ ثُمَّ يَطْلُقُهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا ...، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ. عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٤١/٥. وَعَبْدُ الرَّزَاقِ، فِي: الْمُصَنَّفِ ٢٧٦/٦. وَهَذَا لَفْظُهُ. وَابْنُ عَدَى، فِي: الْكَامِلِ ١٤٦٩/٤. وَابْنُ بَيْهَقٍ، فِي: السَّنَنِ الْكُبْرَى ١٦٠/٧. وَضَعَفَهُ الْأَلْبَانِيُّ فِي الْإِرْوَاءِ ٢٨٦/٦، ٢٨٧.

وَلَيْسَ الْحَدِيثُ عِنْدَ ابْنِ مَاجَهَ.

(٣) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٣.

(٤) فِي م: «كَذَلِكَ».

هذا سواء. الثالثة، حلائل الأبناء، وهن زوجات أبنائه، وأبناء أبنائه^(١) وبناته^(٢)، وإن سفلوا، من نسب أو رضاع؛ لقول الله تعالى: ﴿وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ﴾^(٣). ويحرم من بمجرّد العقد؛ لعموم الآية فيهن. الرابعة، زوجات الأب القريب والبعيد، من قبل الأب والأم، من نسب أو رضاع، يحرم من؛ لقول الله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾^(٤). وسواء دخل بهن أو لم يدخل؛ لعموم الآية.

فصل: وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع، تحرم ابناتها وإن نزلت درجتها، إلا بنات العمات والخالات، فإنهن محلات؛ لقول الله تعالى: ﴿وَبَنَاتِ عَمَّتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَلَّتِكَ﴾^(٥). وكذلك بنات من نكحهن الآباء والأبناء، فإنهن محلات، فيجوز للرجل نكاح ربيبة أبيه وإبنة؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(٥).

فصل: ومن حرم نكاحها، حرم وطؤها بملك اليمين؛ لأنه إذا حرم النكاح لكونه طريقاً إلى الوطء، فتحرّم الوطء أولى. وكل من حرمها النكاح من أمهات النساء وبناتهن، وحلائل الآباء والأبناء، حرمها الوطء

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) سورة النساء ٢٣.

(٣) سورة النساء ٢٢.

(٤) سورة الأحزاب ٥٠.

(٥) سورة النساء ٢٤.

فِي مِلْكِ الْيَمِينِ وَالشُّبْهَةِ وَالزَّنى لَذلك^(١) ، وَلأنَّ الوَطْءَ آكَدُ فِي التَّحْرِيمِ مِنَ الْعَقْدِ ، وَلَذلك^(٢) تَحْرُمُ بِهِ الرَّبِيبَةُ ، وَلأنَّه سَبَبٌ لِلْبَعْضِيَّةِ ، أَشْبَهَ الوَطْءَ فِي النِّكَاحِ .

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الوَطْءِ فِي الْقُبْلِ وَالذُّبْرِ ؛ لِأنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَطْءٌ فِي فَرْجٍ يَجِبُ^(٣) الْحَدُّ بِجَنْسِهِ ، فَاسْتَوَيَا فِي التَّحْرِيمِ بِهِ . وَإِنْ وَطِئَ صَغِيرَةً لَا تُوطَأُ مِثْلُهَا ، أَوْ مَيِّتَةً ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ ؛ لِأنَّه مَعْنَى يَنْشُرُ الْحُرْمَةَ الْمُؤَبَّدَةَ ، فَأَشْبَهَ^(٤) الرِّضَاعَ . وَالثَّانِي ، لَا يَنْشُرُهَا ؛ لِأنَّه لَيْسَ بِسَبَبٍ لِلْبَعْضِيَّةِ ، أَشْبَهَ النَّظَرَ .

وَفِي الْقُبْلَةِ وَاللَّمْسِ لَشَهْوَةٍ ، وَالنَّظَرِ إِلَى الْفَرْجِ لَشَهْوَةٍ ، رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُحْرَمُ ؛ لِأنَّهَا مُبَاشَرَةٌ لَا تُبَاحُ إِلَّا بِمِلْكٍ ، فَتَعَلَّقَ بِهَا تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ، [٢٨١ ظ] كَالوَطْءِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا تُحْرَمُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾^(٥) . يَرِيدُ بِالدُّخُولِ الْوَطْءَ .

وَإِنْ تَلَوَّطَ بَغْلَامٍ ، فَاخْتَارَ أَبُو الْخَطَّابِ أَنَّ حُكْمَهُ فِي تَحْرِيمِ الْمُصَاهَرَةِ حُكْمُ الْمُبَاشَرَةِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ ؛ لَكَوْنِهِ وَطْئًا فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ . وَقَالَ غَيْرُهُ مِنْ

(١) فِي م : « كَذَلِكَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « يُوجِبُ » .

(٣) فِي م : « أَشْبَهَ » .

(٤) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٣ .

أصحابنا: حُكْمُهُ حَكْمُ الزَّنى ، فَيُحَرِّمُ عَلَى الْوَاطِئِ أُمَّ الْغُلَامِ وَابْنَتَهُ ،
(١) وَيُحَرِّمُ عَلَى الْغُلَامِ أُمَّ الْوَاطِئِ وَابْنَتَهُ (١) ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ فِي (٢) فَرْجِ آدَمِيٍّ ، أَشْبَهَ
الزَّنى بِالْمَرْأَةِ .

وَإِنْ وَطِئَ أُمُّ امْرَأَتِهِ أَوْ ابْنَتُهَا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهُ طَرَأَ عَلَيْهَا مَا
يُحَرِّمُهَا ، أَشْبَهَ الرِّضَاعَ .

**فصل : النوع الرابع ، تحريم الجمع ، وهو ضربان : جمع حرم لأجل
النَّسَبِ بَيْنَ الْمَرْأَتَيْنِ ، وهو ثابت فى أربع ؛ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ
تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ (٣) . وَسَوَاءٌ كَانَتَا (٤) مِنْ
أَبَوَيْنِ ، أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا ، أَوْ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رِضَاعٍ ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ فِي
الْجَمْعِ (٥) . وَالثَّانِ ، بَيْنَ (٦) الْأُمِّ وَبِنْتِهَا ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَ الْجَمْعِ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ تَنْبِيْهُ
عَلَى تَحْرِيمِهِ (٦) بَيْنَ الْأُمِّ وَبِنْتِهَا . وَالثَّالِثُ ، الْجَمْعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا .
الرَّابِعُ ، الْجَمْعُ بَيْنَ خَالَتِهَا ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ
اللَّهِ ﷺ : « لَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا ، وَلَا (٧) بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا » .**

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سورة النساء ٢٣ .

(٤) فى ف : « كانا » .

(٥) فى ف : « الجمع » .

(٦) فى م : « تحريم الجمع » .

(٧ - ٧) فى الأصل : « بينها وبين » .

مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١) . ولأنَّهما امرأتان لو كانت إحداهما ذكراً، حرِّمَتْ عليه الأُخْرَى، فحرِّم الجمعُ بَيْنَهُمَا، كالأُخْتَيْنِ، ولأنَّه يُفْضَى إلى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ المحرِّم؛ لما بينَ الزَّوْجَاتِ مِنَ التَّغَايُرِ والتَّنَافُرِ. والقَرِيبَةُ والبعيدةُ سَوَاءٌ فِي التَّحْرِيمِ؛ لِتَنَاوُلِ اللَّفْظِ لهُمَا، ولأنَّ^(٢) المحرِّمَةَ ثابتَةٌ بَيْنَهُمَا مع البُعْدِ، فَكَذَلِكَ تَحْرِيمُ الْجَمْعِ.

فإن تزَّوج أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، بَطُلَ فِيهِمَا؛ لأنَّ إحداهما ليست أُولَى بِالْبُطْلَانِ مِنَ الأُخْرَى، فبَطُلَ فِيهِمَا، كما لو باعَ دِرْهَمًا بِدِرْهَمَيْنِ. وإن تزَّوج امرأةً وابْنَتَهَا فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ، ففيها وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، يَبْطُلُ فِيهِمَا، كالأُخْتَيْنِ. والثاني، يَبْطُلُ فِي الأُمِّ وَحَدِّهَا؛ لَأَنَّهَا تَحْرُمُ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ عَلَى ابْنَتِهَا، وَالبَيِّنَةُ لَا^(٣) تَحْرُمُ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ، فَكَانَتِ الأُمُّ أُولَى بِالْبُطْلَانِ، فَاخْتَصَّتْ بِهِ. وإن تزَّوج امرأةً، ثم تزَّوجَ عَلَيْهَا مَنْ يَحْرُمُ الْجَمْعُ

(١) أخرجه البخارى، فى: باب لا تنكح المرأة على عمتها، من كتاب النكاح. صحيح البخارى ١٥/٧. ومسلم، فى: باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها...، من كتاب النكاح. صحيح مسلم ١٠٢٨/٢ - ١٠٣٠.

كما أخرجه النسائى، فى: باب الجمع بين المرأة وعمتها، وباب تحريم الجمع بين المرأة وخالتها، من كتاب النكاح. المجتبى ٧٩/٦، ٨١. وابن ماجه، فى: باب لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦٢١/١. والدارمى، فى: باب الحال التى يجوز للرجل أن يخطب فيها، من كتاب النكاح. سنن الدارمى ١٣٦/٢. والإمام مالك، فى: باب ما لا يجمع بينه من النساء، من كتاب النكاح. الموطأ ٥٣٢/٢. والإمام أحمد، فى: المسند ٤٦٢/٢، ٤٦٥، ٥١٦، ٥٢٩، ٥٣٢.

(٢) فى الأصل: «إن».

(٣) سقط من: الأصل.

بَيْنَهُمَا ، لَمْ يَصِحَّ نِكَاحُ الثَّانِيَةِ وَحْدَهَا ؛ لِأَنَّهَا اخْتَصَّتْ بِالْجَمْعِ .

فصل : وَإِنْ تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ أُخْتُهَا ، وَلَا عَمَّتُهَا ، وَلَا خَالَتُهَا ، حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ، رَجْعِيَّةً كَانَتْ أَوْ بَائِنًا^(١) ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، فَلَا يَجْمَعُ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ »^(٢) . وَلِأَنَّهَا مَخْبُوسَةٌ عَنِ النِّكَاحِ لِحَقِّهِ ، فَأُشْبِهَتْ الرَّجْعِيَّةَ . وَلَوْ قَالَ : أَخْبَرْتَنِي بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا . فَكَذَّبْتَهُ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِي إِسْقَاطِ نَفَقَتِهَا وَسُكْنَاهَا ، وَيُقْبَلُ فِي سُقُوطِ رَجْعَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ يُقَرُّ بِسُقُوطِ حَقِّهِ ، وَفِي جَوَازِ نِكَاحِ أُخْتِهَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، وَهُوَ مُقَلَّدٌ فِيهِ . وَلَوْ أَسْلَمَ زَوْجُ الْمَجْهُوسِيَّةِ ، أَوْ الْوَثْنِيَّةِ ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ نِكَاحُ أُخْتِهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا . وَإِنْ أَسْلَمَتْ زَوْجَتُهُ دُونَهُ ، فَتَكَحَّ أُخْتُهَا ، ثُمَّ أَسْلَمَا فِي عِدَّةِ الْأُولَى ، اخْتَارَ مِنْهُمَا وَاحِدَةً ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَهُمَا^(٣) مَعًا ، وَإِنْ أَسْلَمَا بَعْدَ عِدَّةِ الْأُولَى ، بَانَتْ مِنْهُ ، وَالثَّانِيَةُ زَوْجَتُهُ .

فصل : وَإِنْ مَلَكَ [٢٨٢و] أُخْتَيْنِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ لَا يُخْتَصُّ مَقْصُودُهُ الْاسْتِمْتَاعَ^(٤) ، وَلِذَلِكَ جَازَ أَنْ يَمْلِكَ مَنْ لَا تَحِلُّ لَهُ ، كَالْمَجْهُوسِيَّةِ ، وَأُخْتِهِ مِنَ الرِّضَاعِ . وَلَهُ وَطْءُ إِحْدَاهُمَا أُتَيْتَهُمَا شَاءَ ؛ لِأَنَّ الْأُخْرَى لَمْ تَصِرْ فِرَاشًا ، فَلَمْ يَكُنْ جَامِعًا بَيْنَهُمَا فِي الْفِرَاشِ ، فَإِذَا وَطِئَهَا ، حَرُمَتْ أُخْتُهَا

(١) فِي م : « بَائِنَةٌ » .

(٢) لَا أَصِلُ لَهُ . انْظُرْ : التَّلْخِيسُ الْحَبِيرُ ١٦٦/٣ ، ١٦٧ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « تَزَوَّجَهَا » .

(٤) فِي م : « بِالْإِسْتِمْتَاعِ » .

حتى تحرم الموطوءة بإخراج عن ملكه أو تزويج ، ويعلم أنها ليست حاملاً ؛
لئلا يكون جامعاً بينهما في الفراش ، أو ^(١) جامعاً مائه في رحم أختين .
فإن عزلها عن فراشه واستبرأها ، لم تحل له أختها ؛ لأنه لا يؤمن عودُه
إليها ، فيكون جامعاً بينهما . وإن رهنها ، أو ^(٢) ظاهر منها ، لم تحل أختها ؛
لأنه متى شاء فك الرهن ، وكفر ، فأحلها . وكذلك إن كاتبها ؛ لأنه
بمسبيل من حلها بما لا يقف على غيرهما ، فأشبه ما لو رهنها .

وروى عن أحمد أنه لا يحرم الجمع بين الأمتين ^(٣) في الوطء ، وإنما
يكرهه ؛ لقول الله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ ^(٤) . والمذهب الأول ؛
لأنه إذا حرم الجمع في النكاح لكونه طريقاً إلى الوطء ، ففي الوطء
أولى .

وإن تزوج امرأة ، ثم ملك أختها ، جاز ، ولا تحل له الأمة ؛ لأن أختها
على فراشه ، فإن وطئها ، لم تحل له الزوجة حتى يستبرئ الأمة . ويحتمل
أن تحرم حتى يخرج الأمة عن ملكه أو يزوجه ؛ لأنها قد صارت فراشاً .
وإن وطئ أمته ، ثم تزوج أختها ، فقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أن
النكاح لا يصح ؛ لأن النكاح سبب تصير به فراشاً ، فلم يجز أن يرد على
فراش الأخت ، كالوطء . وقال أبو الخطاب : ظاهر كلام أحمد أنه

(١) بعده في م : « يكون » .

(٢) في الأصل : « و » .

(٣) في الأصل ، م : « الأختين » .

(٤) سورة النساء ٣ .

يَصِحُّ ؛ لَأَنَّ النِّكَاحَ سَبَبٌ يُسْتَبَاحُ بِهِ الْوَطْءُ ، فَجَازَ أَنْ يَرِدَ عَلَى وَطْءِ الْأُخْتِ ، كَالشُّرَاءِ . وَلَا تَحِلُّ الْمُنْكَوْحَةُ حَتَّى يُحَرِّمَ الْأَمَةُ بِإِخْرَاجٍ عَنْ مِلْكِهِ أَوْ تَزْوِيجٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الَّتِي قَبْلَهَا .

وإن باع الموطوءة أو زوجهها ، ثم تزوج أختها ، ثم عادت الموطوءة إلى ملكه ، لم تحل له ، كما لو اشتراها ابتداءً ، ولا تحرم الزوجة ؛ لأن النكاح أقوى . وعنه ما يدل على تحريمها أيضًا حتى تخرج الأمة عن ملكه ؛ لأن هذه فراش ، والمنكوحه فراش ، فلا يحل وطء واحدة منهما ، كما لو كانتا أمتين .

ولو كانت له أمة يطؤها ، فزوجهها ، أو باعها ، ثم تسرى أختها ، فعادت^(١) الأولى إليه ، لم يسخ له واحدة منهما حتى تحرم الأخرى ؛ لأن الأولى عادت إلى الفراش ، فاجتمعتا فيه ، فلم يسخ له واحدة منهما قبل إخراج الأخرى عن الفراش .

فإن ملك أختين ، فوطئتهما ، فقد أتى مُحَرَّمًا ، وَلَا حَدٌّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ مَمْلُوكَتَهُ ، فَأَشْبَهَ وَطْءَ الْمُظَاهَرِ مِنْهَا ، وَلَا تَحِلُّ لَهُ وَاحِدَةٌ مِنْهُمَا حَتَّى يُحَرِّمَ الْأُخْرَى ، كَمَا يُحَرِّمُ وَطْءُ الْأُولَى الثَّانِيَةَ .

فصل : إذا تزوج أختين في عقدَيْن^(٢) ، ثم جهل السابقة منهما ، حرمتا جميعًا ؛ لِأَنَّ الْمُحَلَّلَةَ اشْتَبَهَتْ^(٣) بِالْمُحَرَّمَةِ ، فَحَرَمَتَا جَمِيعًا ، كَمَا لَوْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « ثُمَّ عَادَتْ » .

(٢) فِي ف : « عَقْد » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « اجْتَمَعَتْ » .

اَشْتَبَهَتْ بِأَجْنَبِيَّةٍ ، وَعَلَيْهِ فِرَاقُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا بِطَلْقَةٍ ، لِتَحِلَّ لِغَيْرِهِ ،
وَيُزَوَّلَ حَبْسُهُ عَنْهَا ، إِلَّا أَنْ يُرِيدَ إِمْسَاكَ إِحْدَاهُمَا ، فَيُطَلِّقَ الْأُخْرَى ، وَيُجَدِّدَ
الْعَقْدَ لِلَّتِي يُمَسِّكُهَا . فَإِنْ طَلَّقَهُمَا جَمِيعًا ^(١) قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَعَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ
لِإِحْدَاهُمَا ؛ لِأَنَّ نِكَاحَهَا ^(٢) صَحِيحٌ ، وَلَا يُعْلَمُ أَيُّهُمَا هِيَ ، فَيُفَرِّعُ بَيْنَهُمَا
فِيهِ ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ ، فَيُفَرِّعُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا لَوْ أَرَادَ السَّفَرُ [٢٨٢ ظ] بِإِحْدَى
زَوْجَتَيْهِ ، فَمَنْ خَرَجَتْ لَهَا الْقُرْعَةُ ، فَلَهَا نِصْفُ صَدَاقِهَا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ :
يَتَوَجَّهُ أَنْ لَا يُلْزَمَهُ لَهَا ^(٣) صَدَاقٌ ؛ لِأَنَّهُ مُجْبَرٌ ^(٤) عَلَى طَلْقِهَا ، فَلَمْ يُلْزَمْهُ
صَدَاقُهَا ، كَمَا لَوْ فَسَخَتْ ^(٥) نِكَاحَهُ بِرِضَاعٍ أَوْ غَيْرِهِ . قَالَ : وَهَذَا
اخْتِيَارِي . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهِمَا ، فَعَلَيْهِ كَمَالُ الصَّدَاقَيْنِ لَهَا ، إِلَّا أَنْ
لِإِحْدَاهُمَا الْمُسَمَّى . وَفِي الْأُخْرَى رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهَا الْمُسَمَّى أَيْضًا .
وَالثَّانِيَةُ ، لَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ بِالْإِصَابَةِ لَا بِالْعَقْدِ . فَإِنْ قُلْنَا : يَجِبُ
مَهْرُ الْمِثْلِ . أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمَا فِيهِ . وَإِنْ أَرَادَ نِكَاحَ إِحْدَاهُمَا ، طَلَّقَ الْأُخْرَى ،
وَعَقَدَ النِّكَاحَ لِلثَّانِيَةِ ، إِلَّا أَنَّهُ إِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، فَلَهُ أَنْ يَعْقِدَ
النِّكَاحَ فِي الْحَالِ ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا ^(٦) ، لَمْ يَعْقِدْهُ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا ؛
لِئَلَّا يَكُونَ نَاكِحًا لِإِحْدَاهُمَا فِي عِدَّةِ أُخْتِهَا ، أَوْ نَاكِحًا لِمُعْتَدَّةٍ مِنْ وَطْئِهِ لَهَا

(١) فِي م : « مَعَا » .

(٢) فِي الْأَصْل : « نِكَاحُهَا » .

(٣) فِي الْأَصْل : « لَهَا » .

(٤) فِي ف : « مُجْبَرٌ » .

(٥) فِي م : « فَسَخَ » .

(٦) فِي الْأَصْل : « بِهِمَا » .

فى غير ملكه .

فصل : ولا يَحْرُمُ الْجَمْعُ ^(١) «بَيْنَ ابْنَتِي» الْعَمِّ ، ولا ابْنَتِي الْخَالِ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ ^(٢) . ولأنَّ إحداهما لو كانت ذَكَرًا ، حَلَّتْ له الأُخْرَى . لكن يُكْرَهُ ؛ لما روى عيسى بن طَلْحَةَ قال : نهى رسولُ اللَّهِ ﷺ أن تُزَوَّجَ المرأةُ على ذى قَرَاتِيها ؛ مَخَافَةَ الْقَطِيعَةِ ^(٣) . وهذا مَحْمُولٌ على الْكَرَاهَةِ ^(٤) ؛ لما ذَكَرْنَاهُ .

ويَجُوزُ الْجَمْعُ بَيْنَ المرأةِ وَرَبِيبَتِها ؛ لِلآيَةِ . وفَعَلَهُ عَبْدُ اللَّهِ بنُ جَعْفَرٍ ، وعَبْدُ اللَّهِ بنُ صَفْوَانَ بنِ أُمَيَّةَ ^(٥) . ويجوزُ للرجلِ أنْ يَتَزَوَّجَ رَبِيبَةَ ابْنِهِ ، وَرَبِيبَةَ أَبِيه ، وَرَبِيبَةَ أُمِّه ؛ لِلآيَةِ ، وَ ^(٦) لَأَنَّهُ لَا نَسَبَ بَيْنَهُمَا وَلَا سَبَبٌ مُحَرَّمٌ .

فصل : الضَّرْبُ الثَّانِي : تَحْرِيمُ الْجَمْعِ لكَثْرَةِ الْعَدَدِ ، فلا يَحِلُّ لِلْحُرِّ أنْ يَجْمَعَ بَيْنَ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ زَوَجاتٍ ^(٧) ، بلا خِلَافٍ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تعالى : ﴿فَأَنْكِحُوا مَا

(١ - ١) فى الأصل : « بابتى » .

(٢) سورة النساء ٢٤ .

(٣) أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٢٦٣/٦ . وأبو داود ، فى : المراسيل ١٤٢ . وانظر : التلخيص الحبير ١٦٨/٣ .

(٤) فى الأصل : « الكراهية » .

(٥) عبد الله بن صفوان بن أمية بن خلف الجمحي المكي أبو صفوان ، من أشرف قريش ، لا صحبة له ، كان سيد أهل مكة فى زمانه حلمه وسخائه وعقله ، قتل مع ابن الزبير وهو متعلق بأستار الكعبة سنة ثلاث وسبعين . سير أعلام النبلاء ١٥٠/٤ ، ١٥١ . العبر ٨٢/١ .

(٦ - ٦) سقط من : الأصل .

(٧) سقط من : الأصل .

طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبْعَ^(١) . يَغْنَى اثْنَتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا .
ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لَغَيْلَانَ بْنِ سَلَمَةَ حِينَ أُسْلِمَ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ :
« أَمْسِكْ أَرْبَعًا ، وَفَارِقْ سَائِرَهُنَّ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٢) .

وليس للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين ؛ لما رَوَى عَنْ الْحَكَمِ بْنِ عُتَيْبَةَ^(٣)
أَنَّهُ قَالَ : أَجْمَعَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَلَى أَنَّ الْعَبْدَ لَا يَنْكِحُ إِلَّا
اثْنَتَيْنِ^(٤) . وَرَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ أَنَّ عُمَرَ سَأَلَ النَّاسَ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ
عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ : لَا يَتَزَوَّجُ إِلَّا اثْنَتَيْنِ^(٥) . وَهَذَا كَانَ بِمَحْضَرٍ مِنْ^(٦)
الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يُنْكَرْ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا .

وَالْحُكْمُ فِي مَنْ تَزَوَّجَ خَمْسًا ، أَوْ نَكَحَ خَامِسَةً فِي عِدَّةِ الرَّابِعَةِ ، وَنَحْوِ

(١) سورة النساء ٣ .

(٢) في : باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى
٦٠ / ٥ ، ٦١ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب
النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٨ / ١ . والإمام مالك ، في : باب جامع الطلاق ، من كتاب الطلاق .
الموطأ ٥٨٦ / ٢ . والإمام الشافعي ، في : كتاب النكاح . ترتيب مسند الشافعي ١٦ / ٢ . والإمام
أحمد ، في : المسند ٤٤ / ٢ . وصححه في الإرواء ٢٩١ / ٦ - ٢٩٥ .

(٣) في م : « عينة » .

وهو الحكم بن عتيبة الكندي أبو محمد ، مولاهم الكوفي ، الإمام الكبير عالم أهل الكوفة ،
كان ثقة ثبتا فقيها ، توفي سنة خمس عشرة ومائة . سير أعلام النبلاء ٢٠٨ / ٥ - ٢١٣ .

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : المصنف ١٤٥ / ٤ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ١٥٨ / ٧ .

(٥) أخرجه الشافعي من قول عمر ، في : باب في العدة ، من كتاب الطلاق . ترتيب مسند
الشافعي ٥٧ / ٢ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ١٥٨ / ٧ .

(٦) زيادة من : م .

ذلك من الفروع ، كالحكم في الجامع بين أختين على ما مضى فيه .
فصل : ويباح التسرى ^(١) من الإماء ^(٢) بغير ^(٣) حصر ؛ لقول الله تعالى :
﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ ^(٤) . ولأنَّ القسم يَنْهَى
غير واجب ، فلم يَنْحَصِرْ في عدد .

وللعبد أن يتسرى بإذن سيده . نص عليه أحمد ؛ لأنَّ ذلك قول ابن
عمر ، وابن عباس ، [٢٨٣ و] ولا يُعرف ^(٥) لهما مخالِفٌ ^(٥) في الصحابة ،
ولأنَّ العبد يملك في النكاح ، فملك ^(٦) التسرى ، كالحُرِّ . وإنما يملك
التسرى إذا ملكه سيده وأذن له في التسرى . قال القاضي : يجب أن
يكون تسرى العبد مَبْنِيًّا على الروايتين في ثبوت الملك له بتمليك سيده ؛
لأنَّ الوطء لا يُباح إلا بِنكاح أو ملك ^(٧) ؛ لقول الله تعالى : ﴿ إِلَّا عَلَى
أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ ^(٨) .

والمكاتب كالقن سواء ؛ لأنه عبد ما بقي عليه ذرهم . فأما من بعضه
حُرٌّ ، فإن ملك ^(٩) بجزئه الحرَّ جاريةً ، فملكه تامٌ ، وله الوطء بغير إذن

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « من غير » .

(٣) سورة النساء ٣ .

(٤) في الأصل : « يعرفون » .

(٥) في الأصل : « مخالفا » .

(٦) بعده في الأصل : « في » .

(٧) بعده في م : « يمين » .

(٨) سورة المؤمنون ٦ .

(٩) سقط من : الأصل .

السَّيِّدُ ؛ لقوله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾^(١) . ولأنَّ ملكه عليها تامٌ . فأما تزويجه ، فإنه يلزمه حقوق تتعلّق بجميعه ، فاعْتَبِرَ رضا السَّيِّدِ به ؛ ليكونَ راضياً بتعلّق الحقِّ بملكه .

وإذا تَسَرَّى^(٢) العبدُ بإذنِ سيِّده ، ثم رَجَعَ سيِّدُهُ ، لم يكنْ لسيِّده^(٣) الرُّجوعُ . نصَّ عليه ؛ لأنَّه يَمْلِكُ به البُضْعَ ، فلم يَمْلِكْ فسخه ، كالنِّكاحِ . وقال القاضي : ويَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ التَّزْوِيجَ . وله الرُّجوعُ في التَّسَرَّى ؛ لأنَّه رُجوعٌ فيما ملكه لعبده ، فأشبهه سائر المالِ .

فصل : النَّوعُ الخَامِسُ ، المحرَّماتُ لاختلافِ الدِّينِ ، فلا يَحِلُّ لمُسلمٍ نِكَاحُ كافِرةٍ غيرِ كِتَابِيَّةٍ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِيْنَ حَتَّى يُؤْمِنُ ﴾^(٤) . وقوله : ﴿ وَلَا تُنْسِكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ ﴾^(٥) . ولا يَحِلُّ نِكَاحُ مُرْتَدَّةٍ وإن تَدَيَّنَتْ بدينِ أهلِ الكتابِ ؛ لأنَّها لا تُقَرُّ على دينها ، ولا مَجُوسِيَّةٍ ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ لهم^(٦) كِتَابٌ ، ولا كِتَابِيَّةٍ أَحَدٌ أَبَوَيْهَا غيرُ^(٧) كِتَابِيٍّ ؛ لأنَّها لم تَتَمَحَّضْ كِتَابِيَّةً ، أَشْبَهَتْ المَجُوسِيَّةَ ، ولا مَنْ يَتَمَسَّكُ بِصُحُفِ إِبْرَاهِيمَ وَزَبُورِ دَاوُدَ ، أو كتابِ غيرِ التَّوْرَةِ وَالْإِنْجِيلِ ؛ لقولِ اللَّهِ

(١) سورة النساء ٣ .

(٢) في الأصل : « اشترى » .

(٣) في ف ، م : « له » .

(٤) سورة البقرة ٢٢١ .

(٥) سورة الممتحنة ١٠ .

(٦) في ف : « لها » .

(٧) سقط من : الأصل .

تعالى : ﴿ أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا ﴾^(١) . ولأنَّ تلك الكتب ليست بشرائع، إنما هي مواعظ وأمثال .

ويُباح نكاح خرائر الكتابيات ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ ﴾^(٢) . وهم اليهود والنصارى ومن وافقهم^(٣) في أصل دينهم ، ودان بالتوراة و^(٤) الإنجيل ؛ كالسامرة^(٥) ، وفرق النصارى .

وفي نصارى بنى تغلب روايتان ؛ أصحهما^(٦) ، إباحة نسائهم ؛ لأنَّهنَّ كتابيات ، فيدخلن في عموم الآية . والثانية ، تحريمهنَّ ؛ لأنَّه لا يُعلم دخولهنَّ^(٧) في دينهم قبل تبديل كتابهم .

ولا يحلُّ لمسلمة نكاح كافر بحال ، كتابيًا كان أو غير كتابي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا ﴾^(٨) . وقوله سبحانه وتعالى : ﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ

(١) سورة الأنعام ١٥٦ .

(٢) سورة المائدة ٥ .

(٣) في الأصل : « يوافقهم » .

(٤) في ف : « أو » .

(٥) السامرة : قوم من اليهود يخالفونهم في بعض أحكامهم ، يسكنون جبال بيت المقدس وقرى من أعمال مصر ، ويتقشفون في الطهارة أكثر من تقشف سائر اليهود . الملل والنحل ١ / ٥١٤ ، ٥١٥ .

(٦) في م : « إحداهما » .

(٧) في الأصل : « دخولهم » .

(٨) سورة البقرة ٢٢١ .

حَلُّ لَهْمٍ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ^(١).

وَكُلُّ مَنْ تَحِلُّ خَرَائِرُهُم بِالنِّكَاحِ ، حَلٌّ وَطْءُ إِمَائِهِمْ بِمِلْكِ الْيَمِينِ ، وَمَنْ حَرُمَ نِكَاحُ خَرَائِرِهِمْ ، حَرُمَ وَطْءُ إِمَائِهِمْ بِمِلْكِ الْيَمِينِ ، بِالْقِيَاسِ عَلَى الْمُحَرَّمَاتِ بِالرِّضَاعِ .

فصل : النوع السادس ، التَّحْرِيمُ لِأَجْلِ الرِّقِّ ، وَهُوَ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَحْرِيمُ الْإِمَاءِ ، وَهُنَّ نَوْعَانِ ؛ كِتَابِيَّاتٌ ، فَلَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ نِكَاحُهُنَّ وَلَوْ كَانَ عَبْدًا . وَعَنْهُ ، يَجُوزُ . وَالْأَوَّلُ [٢٨٣ظ] الْمَذْهَبُ^(٢) ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى :
﴿فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَنِيَتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ﴾^(٣) . فَشَرَطَ فِي
إِبَاحَتِهِنَّ إِيْمَانَهُنَّ ، وَلَآئِنَّهُنَّ نَاقِصَاتٌ مِنْ وَجْهَيْنِ ، أَشْبَهَ الْمُشْرِكَاتِ .
وَالثَّانِي ، الْأَمَةُ الْمُسْلِمَةُ ، فَلِلْعَبْدِ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّهَا تُسَاوِيهِ . وَلَا يَحِلُّ لِحُرٍّ
نِكَاحُهَا إِلَّا بِشَرْطَيْنِ ؛ عَدَمُ الطُّوْلِ ، وَهُوَ الْعَجْزُ عَنْ نِكَاحِ حُرَّةٍ ، أَوْ شِرَاءٍ^(٤)
أَمَةٍ . وَالثَّانِي ، خَشْيَةُ الْعَنْتِ ، وَهُوَ الزُّنَى ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى :
﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكَحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا
مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِنْ فَنِيَتِكُمْ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ . إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ذَلِكَ لِمَنْ
خَشِيَ الْعَنْتَ مِنْكُمْ﴾ . فَإِنْ أُمِّكَنَهُ نِكَاحُ حُرَّةٍ كِتَابِيَّةٍ ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ الْأَمَةُ

(١) سورة المتحنة ١٠ .

(٢) سقط من : الأصل ، وفي الحاشية « لعله أصح » .

(٣) سورة النساء ٢٥ .

(٤) في ف : « تسرى » .

المُسْلِمَةُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْشَى الْعَنْتَ ، وَلِأَنَّهُ أَمَكَّنَهُ صِيَانُهُ وَلَدِهِ عَنِ الرِّقِّ ، فَحَرُمَ عَلَيْهِ إِزْقَاقُهُ ، كَمَا لَوْ قَدَّرَ عَلَى نِكَاحِ مُؤْمِنَةٍ .

وَإِنْ تَزَوَّجَ أَمَةٌ تَحِلُّ لَهُ ، ثُمَّ وَجَدَ الطَّوْلَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، نِكَاحُهُ بَاقٍ . اخْتَارَهُ الْخَرِيقِيُّ ؛ لِأَنَّ زَوَالَ الشَّرْطِ بَعْدَ الْعَقْدِ لَا يُبْطِلُهُ ، كَمَا لَوْ أَمِنَ الْعَنْتَ . وَالثَّانِي ، يَبْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ أُبِيحَ لِلضَّرُورَةِ ، فَزَالَ بِزَوَالِهَا ، كَأَكْلِ الْمَيْتَةِ . وَإِنْ تَزَوَّجَ حُرَّةٌ عَلَى أَمَةٍ ، فَهَلْ يَبْطُلُ نِكَاحُ الْأَمَةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ كَذَلِكَ .

فَإِنْ تَزَوَّجَ حُرَّةٌ تُعَفُّهُ وَأَمَةٌ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ ، فَسَدَ نِكَاحُ الْأَمَةِ ؛ لِعَدَمِ شَرْطِهِ ، وَهُوَ عَدَمُ طَوْلِ الْحُرَّةِ . وَفِي نِكَاحِ الْحُرَّةِ رِوَايَتَانِ ، أَصْلُهُمَا تَفْرِيقُ الصَّفَقَةِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي كُلِّ عَقْدٍ جَمَعَ فِيهِ بَيْنَ مُحَلَّلَةٍ وَمُحَرَّمَةٍ ، كَأُجْنَبِيَّةٍ وَأُخْتِهِ مِنَ الرِّضَاعِ . فَإِنْ كَانَتِ الْحُرَّةُ لَا تُعَفُّهُ ، وَلَمْ يَتِمَّ كُنْ مِنْ نِكَاحِ حُرَّةٍ تُعَفُّهُ ، فَفِي نِكَاحِ الْأَمَةِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِدٌ لَطَوْلِ حُرَّةٍ . وَالثَّانِيَّةُ ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ خَائِفُ الْعَنْتِ ، عَادِمٌ لَطَوْلِ حُرَّةٍ تُعَفُّهُ ، فَحَلَّتْ لَهُ الْأَمَةُ ، كَالْعَاجِزِ عَنْ نِكَاحِ حُرَّةٍ . فَعَلَى هَذَا ، يَصِحُّ الْعَقْدُ فِيهِمَا جَمِيعًا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ كَانَتْ تَحْتَهُ حُرَّةٌ لَا تُعَفُّهُ ، فَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا أَمَةٌ ، أَوْ كَانَ تَحْتَهُ أَمَةٌ لَا تُعَفُّهُ فَتَزَوَّجَ ^(١) ثَانِيَةً ، فَفِيهَا ^(٢) رِوَايَتَانِ .

قَالَ الْخَرِيقِيُّ : وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مِنَ الْإِمَاءِ أَرْبَعًا ، إِذَا كَانَ الشَّرْطَانِ فِيهِ

(١) فِي م : « فَيَتَزَوَّجُ عَلَيْهَا » .

(٢) فِي ف : « ففِيهَا » .

قَائِمِينَ . وَوَجْهَ الرِّوَايَتَيْنِ مَا تَقَدَّمَ .

وإن تزوّج أمتين في عَقْدٍ واحدٍ ، وإحداهما تُعَفُّه ، بَطَلَ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّ إِحْدَاهُمَا لَيْسَتْ بِأُولَى مِنَ الْأُخْرَى ، فَبَطَلَ فِيهِمَا ، كَمَا لَوْ جَمَعَ بَيْنَ أُخْتَيْنِ .

فصل : الضربُ الثاني ، أَنَّهُ لَا يَحِلُّ لِلْعَبْدِ نِكَاحُ سَيِّدَتِهِ ؛ لِأَنَّ أَحْكَامَ الْمَلِكِ وَالنِّكَاحِ تَتَنَاقَضُ ، إِذْ مِلْكُهَا إِثَّاهُ يَقْتَضِي وَجُوبَ ^(١) «نَفَقَتِهِ عَلَيْهَا» ، وَسَفَرُهُ بِسَفَرِهَا ، وَطَاعَتُهُ إِثَّاهَا ، وَنِكَاحُهُ إِثَّاهَا يُوجِبُ عَكْسَ ذَلِكَ ، فَيَتَنَافِيَانِ .

وَلَا يَصِحُّ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْحُرُّ أُمَّتَهُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ يُوجِبُ لِلْمَرْأَةِ حُقُوقًا يَمْنَعُهَا مِلْكُ الْيَمِينِ ؛ مِنَ الْقَسَمِ وَالْمَيْتِ ، فَبَطَلَ . فَإِنْ مَلَكَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا أَوْ جُزْءًا مِنْهُ ، أَوْ مَلَكَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ أَوْ جُزْءًا مِنْهَا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَيَحْرُمُ عَلَى الْأَبِ نِكَاحُ جَارِيَةِ ابْنِهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ فِيهَا شُبْهَةً يَسْقُطُ الْحَدُّ بِوَطْئِهَا ، فَلَمْ يَحِلَّ لَهُ نِكَاحُهَا ، كَالْمُشْتَرَكَةِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ .

[٢٨٤و] وَلِلْإِبْنِ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّةً أَبِيهِ ؛ لِعَدَمِ ذَلِكَ فِيهِ . وَإِنْ تَزَوَّجَ جَارِيَةً ثُمَّ مَلَكَهَا ابْنُهُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَنْطُلُ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْإِبْنِ كَمِلْكِهِ فِي إِسْقَاطِ الْحَدِّ وَحُرْمَةِ الْإِسْتِيلَادِ ، فَكَانَ كَمِلْكِهِ فِي إِبْطَالِ النِّكَاحِ . وَالثَّانِي ، لَا يَنْطُلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ^(٢) يَمْلِكُهَا بِمِلْكِ الْإِبْنِ ، فَلَمْ يَنْطُلْ

(١ - ١) فِي ف : «نَفَقَتُهَا عَلَيْهِ» .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ف ، م .

نِكَاحُهُ ، كَمَا لَوْ مَلَكَهَا أَجْنَبِيٌّ .

فصل : النوع السابع ، مَنْكُوحَةٌ غَيْرُهُ ، وَالْمُعْتَدَّةُ مِنْهُ ، وَالْمُسْتَبْرَأَةُ^(١) مِنْهُ ؛
لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾^(٢) .
وَلِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا عُقَدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾^(٣) . وَلِأَنَّ تَزْوِيجَهَا يُفْضَى إِلَى اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ ، وَاشْتِبَاهِ الْأَنْسَابِ .
وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْمُعْتَدَّةُ مِنْ وَطْءٍ مُبَاحٍ^(٤) أَوْ مُحَرَّمٍ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ وَطْءٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يُؤْمَرُ أَنْ تَكُونَ حَامِلًا ، فَلَوْ جَوَّزْنَا تَزْوِيجَهَا ، لَاخْتَلَطَ نَسَبُ الْمُتَزَوِّجِ بِنَسَبِ
الوَاطِئِ الْأَوَّلِ . وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ^(٥) الْمُرْتَابَةِ بِالْحَمَلِ^(٦) بَعْدَ الْعِدَّةِ ؛ لِذَلِكَ^(٧) .

فَإِنْ وَطِئَتْ امْرَأَةُ الرَّجُلِ بِشُبْهَةٍ أَوْ زَنَى ، لَمْ يَنْفَسِخْ نِكَاحُهُ ؛ لِأَنَّ
النِّكَاحَ سَابِقٌ ، فَكَانَ أَوَّلَى . وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا حَتَّى تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا ؛ لِقَوْلِ
رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يَوْمَ حُنَيْنٍ : « لَا يَحِلُّ لَامْرَأَةٍ^(٨) يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ
يَسْقَى مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ » .^(٩) رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَأَبُو
دَاوُدَ ، وَزَادَ^(١٠) : يَغْنَى إِيَّانَ الْحَبَالَى . وَلِأَنَّهَا رُبَّمَا تَأْتِي بِوَلَدٍ مِنَ الزَّانِي فَيُنْسَبُ

(١) فِي ف : « الْمُسْتَبِينَةُ » .

(٢) سُورَةُ النِّسَاءِ ٢٤ .

(٣) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٣٥ .

(٤) بَعْدَهُ فِي ف : « يُفْضَى إِلَى اخْتِلَاطِ » .

(٥ - ٥) فِي م : « الْمَزْنَى بِهَا بِالْحَمَلِ إِلَّا أَنْ تَضَعَ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « بِحَمَلٍ » .

(٧) فِي م : « لِرَجُلٍ » .

(٨ - ٨) زِيَادَةٌ مِنْ : م .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي وَطْءِ السَّبَايَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ =

إليه . قال أحمدُ : وإذا عَلِمَ الرجلُ من جَارِيَتِهِ الفُجُورَ ، فلا يَطْوَها ، لَعَلَّها تُلْحِقُ به وَلَدًا ليس منه .

فصل : ولا يَحِلُّ التَّغْرِيزُ بِخِطْبَةِ الرَّجْعِيَّةِ ؛ لَأَنَّهَا زَوْجَةٌ ، فَأُشْبِهَتْ مَا قَبْلَ الطَّلَاقِ ، وَيَجُوزُ التَّغْرِيزُ بِخِطْبَةِ الْمُعْتَدَّةِ مِنَ الْوَفَاةِ ، وَالطَّلَاقِ الثَّلَاثِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا عَرَضْتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ ﴾ ^(١) . وَرَوَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ قَيْسٍ أَنَّ أَبَا عُمَرَ بْنَ حَفْصِ بْنِ الْمَغِيرَةِ طَلَّقَهَا آخِرَ ^(٢) ثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تَسْبِقِينِي بِنَفْسِكَ » ^(٣) . وَيَحْرُمُ التَّضْرِيحُ ؛ لِأَنَّ تَخْصِيصَ التَّغْرِيزِ بِالْإِبَاحَةِ دَلِيلٌ عَلَى تَحْرِيمِ التَّضْرِيحِ ، وَلِأَنَّ التَّضْرِيحَ لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَ النِّكَاحِ ، فَلَا يَأْمَنُ أَنْ يَحْمِلَهَا الْحِزْصُ عَلَيْهِ عَلَى الْإِخْبَارِ بَانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا قَبْلَ انْقِضَائِهَا ، بِخِلَافِ التَّغْرِيزِ .

فَأَمَّا الْبَائِنُ بِخُلْعٍ ، فَلَزَوْجُهَا التَّضْرِيحُ بِخِطْبَتِهَا ، وَالتَّغْرِيزُ ^(٤) ؛ لِأَنَّهُ يَحِلُّ ^(٤) لَهُ نِكَاحُهَا فِي عِدَّتِهَا ، إِذْ لَا يُصَانُ مَاؤُهُ عَنْ مَائِهِ ، وَلَا يُخْشَى

= ٤٩٧/١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الرَّجُلِ يَشْتَرِي الْجَارِيَةَ ... ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ .
عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٦٤/٥ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٠٨/٤ ، ١٠٩ .

(١) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٣٥ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي ٣/٣٩ ، ٤٠ .

(٤) فِي ف : « يَبَاح » .

اختِلَاطُ نَسَبِهِ بِنَسَبِ غَيْرِهِ . وَهَلْ يَحِلُّ لغيرِهِ التَّغْرِيزُ بِخُطْبَتِهَا ؟ فِيهِ وَجْهَان ^(١) ؛ أَحَدُهُمَا ^(٢) ، لَا يَحِلُّ ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ يَمْلِكُ اسْتِبَاحَتَهَا فِي عِدَّتِهَا ، فَأَشْبَهَتِ الرَّجْعِيَّةَ . وَالثَّانِي ، يَحِلُّ ؛ لِأَنَّهَا بَائِنٌ ، أَشْبَهَتِ الْمُطَلَّقةَ ثَلَاثًا .

وَالْمَرْأَةُ كَالرَّجُلِ فِيمَا يَحِلُّ لَهَا مِنَ الْجَوَابِ وَيَحْرُمُ .

والتَّصْرِيحُ أَنْ يَقُولَ : زَوَّجْتَنِي نَفْسِكَ إِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُكَ . وَنَحْوَهُ .
والتَّغْرِيزُ أَنْ يَقُولَ : إِنِّي فِي مِثْلِكَ لِرَاغِبٍ . وَ : لَا تَسْبِقْنِي بِنَفْسِكَ . وَ :
مَا أَخَوَجَنِي إِلَى مِثْلِكَ . وَنَحْوَهُ . وَتَجِيبُهُ : مَا يُرْغَبُ عَنْكَ . وَ : إِنْ قُضِيَ
شَيْءٌ كَانَ . وَنَحْوُهُ .

فصل : وَمَنْ خَطَبَ امْرَأَةً فَأُجِيبَ ، حَرَّمَ عَلَى غَيْرِهِ خُطْبَتَهَا ، إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ
أَوْ يَتْرُكَ ؛ [٢٨٤ ظ] لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَا يَخْطُبُ
الرَّجُلُ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ ، حَتَّى يَنْكِحَ أَوْ يَتْرُكَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وَفِي
حَدِيثٍ : « أَوْ يَأْذَنَ لَهُ فَيَخْطُبَ » ^(٤) . وَلِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِفْسَادًا عَلَى أَخِيهِ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « رَوَاتَان » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « إِحْدَاهُمَا » .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَخْطُبُ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ
الْبُخَارِيِّ ٢٤ / ٧ .

كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ أَنْ يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خُطْبَةِ أَخِيهِ ، مِنْ كِتَابِ
النِّكَاحِ . الْمُجْتَبَى ٦٠ / ٦ . وَلَيْسَ هَذَا اللَّفْظُ عِنْدَ مُسْلِمٍ .

(٤) انْظُرْ مَا أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ فِي الْمَوْضِعِ السَّابِقِ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : الْمُجْتَبَى ٦١ / ٦ . بَلْفَظٍ : « أَوْ
يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ » . وَمَا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : صَحِيحِهِ ١١٥٤ / ٣ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ
١٢٦ / ٢ ، ١٤٢ ، ١٥٣ . بَلْفَظٍ : « إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ » . كُلُّهُمْ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرٍ .

وإيقاعًا للعداوة بينهما ، فحرم ، كبيعته على بيعه . وإن لم تسكن إليه ،
 فلغيره خطبتها ؛ لما روت فاطمة بنت قيس أنها أتت النبي ﷺ فذكرت أن
 معاوية وأبا جهم خطباها ، فقال النبي ﷺ : « أمّا أبو جهم ، فلا يضع
 العصا عن ^(١) عاتقه ، وأمّا معاوية ، فصعلوك لا مال له ، انكحى أسامة » .
 متفق عليه ^(٢) . فخطبها بعد خطبتهما ^(٣) . وإن لم يعلم هل أجابت أم لا ؟
 ففيه وجهان ؛ أحدهما ، التحريم ؛ لعموم النهي . والثاني ، الإباحة ؛ لأن
 الأصل عدم الإجابة المحرمة .

والتغويل في الرد والإجابة عليها إن كانت غير مجبرة ، وعلى وليها إن
 كانت مجبرة .

فصل : النوع الثامن ، الملاءنة ، تحرم على الملائن ، ويذكر في بابيه .
 النوع التاسع ، الزانية ، يحرم نكاحها حتى تثوب ؛ لقول الله تعالى :
 ﴿ وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ﴾ ^(٤) . ولأنه لا يؤمن أن تلحق به ولدا
 من غيره ، فحرم نكاحها ، كالمعتدة . ويحرم نكاحها في عدتها على الزاني
 وغيره ؛ لأن ولدها لا يلحق نسبه بأحد ، فيؤدى تزويجها إلى اشتباه النسب .
 فأما الموطوءة بشبهة ، أو في نكاح فاسد ^(٥) ، فظاهر كلام الخريقي

(١) في الأصل : « على » .

(٢) تقدم تخريجه في ٣ / ٣٩ ، ٤٠ .

(٣) في الأصل : « خطبتها » .

(٤) سورة النور ٣ .

(٥) بعده في م : « فهل يحرم » .

تَحْرِيمُهَا عَلَى الْوَاطِئِ ؛ لِقَوْلِهِ فِي الَّذِي تَزَوَّجَ امْرَأَةً فِي عِدَّتِهَا : لَهُ أَنْ يَنْكِحَهَا
بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّتَيْنِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ وَطْءٌ فِي غَيْرِ مِلْكٍ ، أَشْبَهَ الْوَطْءَ الْحَرَّمَ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَحْرُمَ عَلَى الْوَاطِئِ ؛ لِأَنَّ نَسَبَ وَلَدِهَا لَاحِقٌ بِهِ ، فَأُشْبِهَتْ
الْمُعْتَدَّةُ مِنَ النِّكَاحِ .

فصل : واختلف أصحابنا في الحثي المشكل ، فقال أبو بكر : لَا يَصِحُّ
نِكَاحُهُ . وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي رِوَايَةِ الْمَيْمُونِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَشْكُوكٌ فِي حِلِّهِ
لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ ، فَلَمْ يَحِلَّ ، كَمَا لَوْ اشْتَبَهَتْ الْأَجْنَبِيَّةُ بِالْأُخْتِ . وَقَالَ
الْخِرَقِيُّ : يُرْجَعُ إِلَى قَوْلِهِ ، فَإِنْ قَالَ : إِنِّي رَجُلٌ . حَلَّ لَهُ النِّسَاءُ . وَإِنْ قَالَ :
أَنَا ^(١) امْرَأَةٌ . لَمْ يَنْكِحْ إِلَّا رَجُلًا ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى لَا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ ، وَلَيْسَ
فِيهِ إِجْبَابٌ حَقٌّ عَلَى غَيْرِهِ ، فَوَجِبَ أَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ ، كَمَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ فِي
انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ عَادَ بَعْدَ نِكَاحِ الْمَرْأَةِ فَقَالَ : أَنَا امْرَأَةٌ . انْفَسَخَ
نِكَاحُهُ ؛ لِإِقْرَارِهِ بِبُطْلَانِهِ ، وَلَزِمَهُ نِصْفُ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ،
وَجَمِيعُهُ إِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ يَنْكِحَ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِقَوْلِهِ : أَنَا
رَجُلٌ . بِتَحْرِيمِ الرِّجَالِ ، وَأَقَرَّ بِقَوْلِهِ : أَنَا امْرَأَةٌ . بِتَحْرِيمِ النِّسَاءِ .

وَإِنْ تَزَوَّجَ رَجُلًا ثُمَّ قَالَ : أَنَا رَجُلٌ . لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ^(٢) فِي فَسْخِ
نِكَاحِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ عَلَيْهِ ، فَإِذَا زَالَ النِّكَاحُ ، فَلَا مَهْرَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرَّرُ أَنَّهُ لَا
يَسْتَحِقُّهُ . وَسَوَاءٌ دُخِلَ بِهِ أَوْ لَمْ يُدْخَلْ . وَيَحْرُمُ عَلَيْهِ النِّكَاحُ بَعْدَ ذَلِكَ ؛
لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « إِنِّي » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ف .

فصل : النوع العاشر، التَّخْرِيمُ للإِخْرَامِ، فلا يَحِلُّ^(١) نِكَاحُ [٢٨٥و]
مُحْرِمٍ ولا مُحْرِمَةٍ، ولا يجوزُ عَقْدُ الْمُحْرِمِ نِكَاحَ غَيْرِهِ، ومتى عَقَدَ أَحَدٌ
نِكَاحًا مُحْرِمًا، أو على مُحْرِمَةٍ، أو عَقَدَ الْمُحْرِمُ نِكَاحًا لِنَفْسِهِ، أو لغيرِهِ،
فَالْعَقْدُ بَاطِلٌ؛ لقَوْلِ رَسولِ اللَّهِ ﷺ: « لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكَحُ، وَلَا
يَخْطُبُ ». رَوَاهُ مُسْلِمٌ^(٢). ولأنَّه عَارِضٌ مَنَعَ الطَّيْبَ، فَمَنَعَ النِّكَاحَ،
كَالْعِدَّةِ. وعنه، أَنَّ عَقْدَ الْمُحْرِمِ النِّكَاحَ لغيرِهِ صَحِيحٌ^(٣)؛ لأنَّه حَرُمٌ لِكَوْنِهِ
مِنَ دَوَاعِي الوَطْءِ، ولا يَخْصُلُ ذَلِكَ بِكَوْنِهِ وَلِيًّا. والأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِعُمومِ
الْخَبَرِ.

فَأَمَّا إِنْ كَانَ شَاهِدًا فِي النِّكَاحِ، انْعَقَدَ بِشَهَادَتِهِ؛ لأنَّه مِنْ أَهْلِ
الشَّهَادَةِ، فَأُشْبِهَ الْحَلَالَ. وَتُكْرَهُ لَهُ الشَّهَادَةُ وَالْخُطْبَةُ؛ لِلْخَبَرِ فِي الْخُطْبَةِ،
وَالشَّهَادَةِ فِي مَعْنَاهَا؛ لِأَنَّهَا مَعُونَةٌ عَلَى النِّكَاحِ.

(١) بعده في الأصل: «له».

(٢) تقدم تخريجه في ٣٤٧/٢.

(٣) في الأصل: «ويصح».

بَابُ الشُّرُوطِ فِي النِّكَاحِ

وهي قِسْمَانِ ؛ صحيحٌ ، وفاسِدٌ ، فالصَّحِيحُ نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، شَرْطُ ما يَقْتَضِيهِ الْعَقْدُ ، كَتَسْلِيمِ الْمَرْأَةِ إِلَيْهِ ، وَتَمَكِّيْنِهِ مِنْ اسْتِمْتَاعِهَا ، فَهَذَا لَا يُؤَثِّرُ فِي الْعَقْدِ ، وَوُجُودُهُ كَعَدَمِهِ . وَالثَّانِي ، شَرْطُ ما تَنْتَفِعُ بِهِ الْمَرْأَةُ ، كَزِيَادَةِ عَلَى مَهْرِهَا مَعْلُومَةٍ ، أَوْ نَقْدٍ مُعَيَّنٍ ، أَوْ أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا وَلَا يَتَسَرَّى ، أَوْ لَا يُسَافِرَ بِهَا ، وَلَا يَنْقُلَهَا عَنْ دَارِهَا وَلَا بَلَدِهَا ، فَهَذَا صَحِيحٌ يَلْزَمُ الْوَفَاءَ بِهِ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « إِنْ ^(١) أَحَقَّ الشُّرُوطُ أَنْ يُوفَى بِهَا ^(٢) مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وَرَوَى أَنَّ رَجُلًا تَزَوَّجَ امْرَأَةً ، وَشَرَطَ لَهَا دَارَهَا ، ثُمَّ أَرَادَ نَقْلَهَا ، فَخَاصَمُوهُ إِلَى عُمَرَ ، فَقَالَ : لَهَا شَرْطُهَا . فَقَالَ الرَّجُلُ : إِذَا تُطَلَّقْنَا ^(٤) . فَقَالَ عُمَرُ : مَقَاطِعُ الْحُقُوقِ عِنْدَ

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « به » .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ... ، من كتاب الشروط ، وفي : باب الشروط في النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٢٤٩/٣ ، ٢٦/٧ . ومسلم ، في : باب الوفاء بالشروط في النكاح ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٣٦/٢ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يشترط لها دارها ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٩٣/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الشرط عند عقدة النكاح ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥٨/٥ . والدارمي ، في : باب الشرط في النكاح ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٤٣/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٤٤/٤ ، ١٥٠ ، ١٥٢ .

(٤) في ف : « يطلقها » .

الشُّرُوطُ^(١) . ولأنَّه شَرْطٌ لها فيه نَفْعٌ وَمَقْصُودٌ لا يُنافي مَقْصُودَ النِّكَاحِ ،
فَصَحَّ ، كالزِّيَادَةِ في المَهْرِ . فإن لم يَفِ به^(٢) ، فلها فَسْخُ النِّكَاحِ ؛ لأنَّه
شَرْطٌ لازِمٌ في عَقْدٍ ، فثبتَ حَقُّ الفَسْخِ بِفَوَاتِهِ ، كَشَرْطِ الرِّهْنِ في البَيْعِ .

فصل : القِسْمُ الثَّانِي ، فاسِدٌ ، وهو ثَلَاثَةُ أَنْوَاعٍ ؛ أَحَدُهَا ، ما يَنْطُلُ في
نَفْسِهِ ، وَيَصِحُّ النِّكَاحُ ، مِثْلَ أنْ يَشْرُطَ عَلَيْهَا أَنَّهُ لا مَهْرَ لها ، أو الرُّجُوعَ
عَلَيْهَا^(٣) بِمَا مَهَرَهَا^(٤) ، أو لا نَفَقَةَ لها^(٥) ، أو أنْ نَفَقَتَهُ عَلَيْهَا ، أو لا يَطَّأَهَا ، أو
يَعْرِزَ عَنْهَا ، أو يَقْسِمَ لها دُونَ قِسْمِ صَاحِبَتِهَا ، أو لا يَقْسِمَ لها إِلَّا في
النَّهَارِ ، أو في^(٦) لَيْلَةٍ في الْأُسْبُوعِ ، ونحوه ، فهذه الشُّرُوطُ باطِلَةٌ في
نَفْسِهَا ؛ لأنَّها تَتَضَمَّنُ إسْقَاطَ حَقِّ يَجِبُ بالعَقْدِ قَبْلَ انْعِقَادِهِ ، فلم يَصِحَّ ،
كَإِسْقَاطِ الشُّفْعَةِ قَبْلَ البَيْعِ . وقد نُقِلَ عن أَحْمَدَ في النَّهَارِيَّاتِ
وَاللَّيَالِيَّاتِ^(٦) : ليس هذا مِنْ نِكَاحِ أَهْلِ الْإِسْلَامِ . وهذا يَحْتَمِلُ إِفْسَادَ
العَقْدِ ، فَيَتَخَرَّجُ عَلَيْهِ سَائِرُ الشُّرُوطِ الْفَاسِدَةِ أَنَّها تُفْسِدُهُ ؛ لأنَّها شُرُوطٌ

(١) أخرجه سعيد ، في : سننه ١ / ١٨٥ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ٤ / ١٩٩ . والبيهقي ،
في : السنن الكبرى ٧ / ٢٤٩ .

وعلق البخاري قوله : مقاطع الحقوق عند الشروط . في الموضعين السابقين .

كما أخرج البيهقي عن عمر خلاف ذلك ، في : السنن الكبرى ٧ / ٢٤٩ . وانظر الإرواء ٦ /

٣٠٣ ، ٣٠٤ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) في م : « بمهرها » .

(٤) بعده في م : « عليه » .

(٥) زيادة من : الأصل .

(٦) في م : « اللياليات » .

فَاسِدَةٌ ، فَأُفْسِدَتِ الْعَقْدُ ، كَمَا لَوْ زَوَّجَهُ وَلَيْتَهُ بِشَرْطٍ أَنْ يُزَوَّجَهُ الْآخَرُ وَلَيْتَهُ . وَ^(١) يَحْتَمِلُ أَنْ^(٢) يَفْسُدَ بِشَرْطِهَا عَلَيْهِ [٢٨٥ ظ] تَرَكَ الْوَطْءَ ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِي مُقْتَضَى الْعَقْدِ وَمَقْصُودَهُ . وَلَوْ شَرَطَ عَلَيْهَا أَنْ لَا يَطَّأَهَا ، لَمْ يَفْسُدْ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ حَقُّهُ عَلَيْهَا ، وَهِيَ لَا تَمْلِكُهُ .

فصل : النوع الثاني ، ما يُفْسِدُ النِّكَاحَ مِنْ أَصْلِهِ ، وَهُوَ ثَلَاثَةٌ^(٣) أُمُورٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَشْرُطًا تَأْقِيتَ النِّكَاحِ ، وَذَلِكَ نِكَاحُ الْمُتْعَةِ ، مِثْلَ أَنْ يَقُولَ : زَوَّجْتُكَ ابْنَتِي شَهْرًا . أَوْ نَحْوَهُ ، فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِمَا رَوَى الرَّيِّغُ ابْنُ سَبْرَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنِ الْمُتْعَةِ فِي حُجَّةِ الْوَدَاعِ^(٤) . وَفِي لَفْظٍ : أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَرَّمَ مُتْعَةَ النِّسَاءِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٥) . وَلِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ أَحْكَامُ النِّكَاحِ مِنَ الطَّلَاقِ وَغَيْرِهِ ، فَكَانَ بَاطِلًا ، كَسَائِرِ الْأَنْكِحَةِ الْبَاطِلَةِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهَا مَكْرُوهَةٌ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ قَالَ فِي رِوَايَةِ ابْنِ مَنْصُورٍ : يَجْتَنِبُهَا أَحَبُّ إِلَيَّ . فَظَاهِرُهُ الْكَرَاهَةُ لَا التَّحْرِيمُ . وَغَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِنَا يَقُولُ : الْمَسْأَلَةُ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ فِي تَحْرِيمِهَا .

(١) بعده في م : « هذا » .

(٢) بعده في الأصل : « لا » .

(٣) في ف ، م : « أربعة » .

(٤) أخرجه مسلم ، في : باب نكاح المتعة وبيان أنه أبيع ثم نسخ ... من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٢٦/٢ ، ١٠٢٧ . وأبو داود ، في : باب في نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٨/١ ، ٤٧٩ . والنسائي ، في : باب تحريم المتعة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦/١٠٣ . والدارمي ، في : باب النهي عن متعة النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٤٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٠٤/٣ ، ٤٠٥ .

(٥) في : باب في نكاح المتعة ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٩/١ .

ولو شرط أن يُطْلَقَهَا فِي وَقْتٍ بَعَيْنِهِ ، لَمْ يَصِحَّ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ يَمْنَعُ بَقَاءَ النِّكَاحِ ، فَأَشْبَهَ التَّأْقِيتَ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَصِحَّ النِّكَاحُ وَيَنْتَظِلَ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ وَقَعَ مُطْلَقًا ، وَشَرَطَ عَلَى نَفْسِهِ شَرْطًا لَا يُؤَثِّرُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطَ أَنْ لَا يَطَّأَهَا .

فصل : الأمر^(١) الثاني ، أَنْ يُزَوَّجَهُ وَلَيْتَهُ بِشَرْطِ أَنْ يُزَوَّجَهُ الْآخَرُ وَلَيْتَهُ ، فَهَذَا نِكَاحُ الشُّغَارِ . وَلَا تَخْتَلِفُ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ فِي فَسَادِهِ ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُثْمَرَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ نِكَاحِ الشُّغَارِ . وَالشُّغَارُ أَنْ يُزَوَّجَ الرَّجُلُ ابْنَتَهُ عَلَى أَنْ يُزَوَّجَهُ ابْنَتَهُ ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا صَدَاقٌ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . وَلِأَنَّهُ جَعَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَقْدَيْنِ سَلَفًا فِي الْآخَرِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ قَالَ : بِغِنَى ثَوْبِكَ عَلَى أَنْ أُبِيعَكَ ثَوْبِي .

فَإِنْ سَمَّيَا مَعَ ذَلِكَ صَدَاقًا ، فَقَالَ : زَوَّجْتُكَ أُخْتِي عَلَى أَنْ تُزَوِّجَنِي أُخْتِكَ ، وَمَهْرُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِائَةٌ . فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ صِحَّتُهُ ؛ لِحَدِيثِ ابْنِ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الشَّرْطُ » .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الشُّغَارِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٥ / ٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ نِكَاحِ الشُّغَارِ وَبَطْلَانِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٠٣٤ / ٢ . كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الشُّغَارِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٤٧٩ / ١ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الشُّغَارِ ، وَبَابِ تَفْسِيرِ الشُّغَارِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمَجْتَبَى ٩١ / ٦ ، ٩٢ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ النَّهْيِ عَنِ الشُّغَارِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٦٠٦ / ١ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي النَّهْيِ عَنِ الشُّغَارِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ١٣٦ / ٢ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ جَامِعِ مَا لَا يَجُوزُ مِنَ النِّكَاحِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمَوْطَأُ ٥٣٥ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٧ / ٢ ، ١٩ ، ٦٢ .

عُمَرَ . وقال الخِرَقِيُّ : لا يَصِحُّ ؛ لما رَوَى الْأَعْرَجُ أَنَّ الْعَبَّاسَ بْنَ ^(١) عَبْدِ اللَّهِ
ابنِ الْعَبَّاسِ أَنْكَحَ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ الْحَكَمِ ابْنَتَهُ ، وَأَنْكَحَهُ عَبْدُ الرَّحْمَنِ ابْنَتَهُ ،
وَكَانَا جَعَلَا صَدَاقًا ، فَكَتَبَ مُعَاوِيَةُ إِلَى مَرْوَانَ يَأْمُرُهُ أَنْ فَرِّقَ ^(٢) بَيْنَهُمَا ،
وَقَالَ فِي كِتَابِهِ : هَذَا الشُّغَارُ الَّذِي نَهَى عَنْهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . ^(٣) رَوَاهُ أَبُو
دَاوُدَ ^(٤) . وَلَأنَّهُ شَرَطُ عَقْدٍ فِي عَقْدٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لو بَاعَهُ ثَوْبَهُ بِشَرَطِ أَنْ
يَبِيعَهُ ثَوْبَهُ .

وإن سَمَّى لِأَحَدَاهُمَا ^(٥) مَهْرًا دُونَ الْأُخْرَى ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : النِّكَاحُ
فَاسِدٌ فِيهِمَا . وَقَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ أَنْ يَكُونَ فِي التَّي سَمَّى لَهَا مَهْرًا
رَوَايَتَانِ .

فصل : الأمر ^(٥) الثالثُ ، أَنْ يَشْرَطَ عَلَيْهِ إِخْلَالُهَا لَزَوْجٍ قَبْلَهُ ثُمَّ يُطَلِّقَهَا ،
فَيَكُونَ النِّكَاحُ حَرَامًا بَاطِلًا ؛ لما رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَعَنَ اللَّهُ
الْمُحْلِلَ ، وَالْمُحْلَلَّ لَهُ » . قَالَ التِّرْمِذِيُّ ^(٦) : هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ .

(١ - ١) فِي النسخ : « عبيد الله » . والمثبت كما فِي المصادر .

(٢) فِي م : « يفرق » .

(٣ - ٣) سقط من : ف .

والحديث أخرجه أبو داود ، فِي : باب فِي الشُّغَارِ ، من كتاب النِّكَاحِ . سنن أبي داود ١ /
٤٧٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فِي : المسند ٩٤ / ٤ . وحسنه فِي الإرواء ٣٠٧ / ٦ .

(٤) فِي الأصل ، م : « لأحدهما » .

(٥) فِي م : « الشرط » .

(٦) فِي : باب ما جاء فِي المحل والمحلل له ، من أبواب النِّكَاحِ . عارضة الأحوذى ٤٣ / ٥ ، ٤٤ .
كما أخرجه أبو داود ، فِي : باب فِي التحليل ، من كتاب النِّكَاحِ . سنن أبي داود =

فإن تَوَاطَأَ على ذلك ^(١) «قَبْلَ الْعَقْدِ» ، فَنَوَاهُ فِي الْعَقْدِ وَلَمْ يَشْرُطْهُ ،
فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ أَيْضًا . نَصَّ عَلَيْهِ ، وَقَالَ : مَتَى أَرَادَ بِذَلِكَ الْإِحْلَالَ ، فَهُوَ
[٢٨٦و] مَلْعُونٌ ؛ لِعُمُومِ الْحَدِيثِ . وَرَوَى نَافِعٌ أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِابْنِ عُمَرَ :
امْرَأَةٌ تَزَوَّجْتُهَا أُحِلُّهَا لَزَوْجِهَا ، وَلَمْ يَأْمُرْنِي ، وَلَمْ يَعْلَمْ . قَالَ : لَا ، إِلَّا نِكَاحَ
رَغْبَةٍ ، إِنْ أُعْجِبْتِكَ أَمْسَكْتُهَا ، وَإِنْ كَرِهْتُهَا فَارَقْتُهَا ، وَإِنْ كُنَّا نَعُدُّهُ عَلَى
عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ سِفَاحًا وَلَا يَزَالَانِ زَانِيَيْنِ وَإِنْ مَكَّنَّا ^(٢) عِشْرِينَ
سَنَةً ^(٣) .

وإن شَرَطَ عَلَيْهِ سَابِقًا إِحْلَالَهَا ، فَتَوَى غَيْرَ ذَلِكَ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ خَلَا عَنْ
نِيَّةِ التَّحْلِيلِ وَشَرْطِهِ . وَإِنْ قَصَدَتْ الْمَرْأَةُ التَّحْلِيلَ وَوَلِيَّتُهَا دُونَ الزَّوْجِ ، لَمْ
يُؤَثِّرْ فِي الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ إِلَيْهِمَا إِمْسَاكٌ وَلَا فِرَاقٌ ، فَلَمْ يُؤَثِّرْ بَيْنَهُمَا ،
كَالْأَجْنَبِيِّ .

وإن زَوَّجَهَا عَبْدُهُ بِنِيَّةٍ أَنْ يَهَبَهَا إِثَّاهَ لِيَنْفَسِخَ نِكَاحُهُ ، فَهُوَ نِكَاحُ الْمُحْلَلِ ؛
لِأَنَّهُ قَصَدَ بِهِ التَّحْلِيلَ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِيمَا إِذَا خَلَا الْعَقْدُ عَنْ شَرْطِ التَّحْلِيلِ

= ٤٧٩ / ١ . والنسائي ، في : باب إحلال المطلقة ثلاثا ... ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب
الموتشمات ... ، من كتاب الزينة . المجتبى ١٢١ / ٦ ، ١٢٧ / ٨ . وابن ماجه ، في : باب المحلل
والمحلل له ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٢ / ١ . والدارمي ، في : باب في النهي عن
التحليل ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٨ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٨٣ / ١ ، ٨٧ ،
٨٨ ، ٩٣ ، ١٠٧ ، ١٢١ ، ١٣٣ ، ١٥٠ ، ١٥٨ ، ٤٥٠ ، ٤٥١ ، ٤٦٢ ، ٢٢ / ٢ .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في ف : « داما » .

(٣) أخرجه الحاكم بنحوه ، في : المستدرک ١٩٩ / ٢ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٢٠٨ / ٧ .
وصححه في الإرواء ٣١١ / ٦ ، ٣١٢ .

وَجْهًا آخَرَ أَنَّهُ يَصِحُّ . وَخَرَّجَهُ أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةً ؛ لِأَنَّهُ رُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ كَرِهَهُ ، فَظَاهِرُهُ الصُّحَّةُ مَعَ الْكَرَاهَةِ ؛ لِأَنَّ مُجَرَّدَ النِّيَّةِ لَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى عَبْدًا يَتَوَى أَنْ يَبِيعَهُ .

فصل : النوع الثالث ، فاسدٌ ، وفي فساد النكاح به ^(١) روايتان ، وهو أن يتزوّجها بشرط الخيار ، أو إن رَضِيَتْ أُمُّهَا ، أو إنسانٌ ذَكَرَهُ ، أو بشرط أن لا يَكْرَهُ فُلَانٌ ، أو إن جاءها بالمهرِ إلى كَذَا ، وإِلَّا فلا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا . فنَقَلَ عنه ابْنَاهُ وَحَنَبَلٌ : نِكَاحُ الْمُتَعَةِ حَرَامٌ ، وَكُلُّ نِكَاحٍ فِيهِ وَقْتُ أَوْ شَرْطٌ فَاسِدٌ ؛ لِأَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ ثَابِتًا لَازِمًا ، فَنَافَاهُ هَذَا الشَّرْطُ ، كَالْخُلْعِ . وَنُقِلَ عَنْهُ أَنَّ الْعَقْدَ صَحِيحٌ ، وَالشَّرْطَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ يَصِحُّ فِي الْمَجْهُولِ ، فَلَمْ يَفْسُدْ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدِ ، كَالْعِتْقِ . وَنُقِلَ عَنْهُ فِي مَنْ شَرَطَ إِنْ جَاءَهَا بِالْمَهْرِ فِي وَقْتٍ كَذَا ، وَإِلَّا فَلا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا ، أَنَّ الشَّرْطَ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّ لَهَا فِيهِ نَفْعًا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطَ أَنْ لَا يُخْرِجَهَا مِنْ دَارِهَا ^(٢) .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في ف : « بلدها » .

باب الخيار في النكاح

وأَسْبَابُهُ أَرْبَعَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَجِدَ أَحَدُهُمَا بِصَاحِبِهِ عَيْتًا يَمْنَعُ الْوُطْءَ ، وَهُوَ سَبْعَةُ أَشْيَاءَ ؛ ثَلَاثَةٌ يَشْتَرِكُ فِيهَا الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ ، وَهِيَ الْجُنُونُ ، مُطَبِّقًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مُطَبِّقٍ ، وَالْجُذَامُ ، وَالْبَرَصُ . وَاثْنَانِ فِي الرَّجُلِ ^(١) ؛ الْجَبْتُ ، وَالْعُنَّةُ . وَاثْنَانِ فِي الْمَرْأَةِ ؛ الرَّثْقُ ، وَهُوَ انْسِدَادُ ^(٢) الْفَرْجِ . وَالْفَتْقُ ، وَهُوَ انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ مَخْرَجِ ^(٣) الْبَوْلِ وَالْمَنِيِّ . وَقِيلَ : انْخِرَاقُ مَا بَيْنَ الْقُبُلِ وَالذُّبُرِ . فَمَنْ وَجَدَ بِصَاحِبِهِ عَيْتًا مِنْهَا ^(٤) ، فَلَهُ الْخِيَارُ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تَزَوَّجَ امْرَأَةً مِنْ بَنِي غِفَارٍ ، فَرَأَى بِكَشْحِهَا ^(٥) بَيَاضًا ، فَقَالَ لَهَا النَّبِيُّ ﷺ : « الْبَيْسَى ثِيَابُكَ ، وَالْحَقِّي بِأَهْلِكَ » ^(٦) . فَثَبَّتَ الرَّدُّ بِالْبَرَصِ بِالْخَبَرِ ، وَقِسْنَا عَلَيْهِ ^(٧) سَائِرَ الْغُيُوبِ ^(٨) ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَاهُ ^(٨) فِي مَنَعِ الْاسْتِمْتَاعِ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « الرِّجَالُ » .

(٢) فِي ف : « اسْتِدَاد » .

(٣) فِي ف : « مَجْرَى » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهُمَا » .

(٥) الْكَشْحُ : مَا بَيْنَ الْخَاصِرَةِ وَالضُّلُوعِ .

(٦) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٩٣ / ٣ . وَالْحَاكِمُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكِ ٣٤ / ٤ . وَضَعَفَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ٣٢٦ / ٦ - ٣٢٨ .

(٧ - ٧) فِي ف : « بَقِيَّتُهَا » .

(٨) فِي ف : « مَعْنَاهَا » .

وإن كان قد بقي من ذكرِ المَجْبُوبِ ما يُمكنُ الجِماعُ به ، ويغيبُ منه في
الفرجِ قَدْرُ الحَشْفَةِ ، فلا خيارَ لها ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ [٢٨٦ظ] الاستِمتاعُ . وإن
اختلفا في ذلك ، فالقولُ قولُ المرأة ؛ لأنَّه يَضْعُفُ بالقَطْعِ ، والأصلُ عدمُ
الوَطْءِ .

فصل : وإن وجد أحدهما الآخرَ خُشْيَ ، أو وَجَدَتِ المرأةُ^(١) زَوْجَهَا
خَصِيًّا ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لها الخيارُ ؛ لأنَّه يُثِيرُ نَفَرَةً ، وفيه نَقْصُ
وعارٌ ، فأشبهَ البرَّصَ . والثاني ، لا خيارَ لها ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ الاستِمتاعُ .

واختلف أصحابنا في البَخرِ ، وهو نَتْنُ الفَمِ ، وفي الذي لا يَسْتَمْسِكُ
بَوْلُهُ أو خَلَاهُ ، فقال أبو بكرٍ : يَثْبُتُ به الخيارُ ؛ لأنَّه يُنْفَرُ عن الاستِمتاعِ ،
ويتعدَّى ضرره ونجاسته . وقال غيره : لا خيارَ فيه^(٢) ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ
الاستِمتاعُ ولا يُخْشَى تعديهِ . ويتخرَّجُ عليه النَّاصُورُ^(٣) ، والبَّاسُورُ^(٤) ،
والقُرُوحُ السَّيَّالَةُ في الفَرْجِ ؛ لأنها في مَعْنَاهُ .

واختلفوا في العَفَلِ ، وقيل : هو رَغْوَةٌ^(٥) في الفَرْجِ يَمْنَعُ لَذَّةَ الوَطْءِ .
فعَدَّه الخِرْقِيُّ مانِعًا كذلك . ولم يَعُدَّهُ القاضِي في المَوَانِعِ ؛ لأنَّه لا يَمْنَعُ

(١) زيادة من : الأصل .

(٢) في ف : « له » .

(٣) الناصور : علة تحدث في البدن من المقعدة وغيرها بمادة خبيثة ضيقة الفم يعسر برؤها .

(٤) الباسور : هو ورم تدفعه الطبيعة إلى كل موضع من البدن يقبل الرطوبة من المقعدة والأنثيين
والأشفار .

(٥) الرء مثلثة .

الاستِمتاع . وكذلك يُخَرَّجُ في الرَّائِحَةِ الكَرِيهِةِ التي في الفَرْجِ تَثُورُ عندَ
الوَطْءِ .

وما عدا هذه الغيوب ؛ كالقَرَعِ ، والعَمَى ، والعَرَجِ ، لا يَثْبُتُ به خِيَارٌ ؛
لأنَّه لا يَمْنَعُ الاستِمتاعَ ، ولا يُخْشَى تَعَدُّيه .

فصل : وَمَنْ عَلِمَ الْعَيْبَ وَقَتَ الْعَقْدِ ، فلا خِيَارَ له ؛ لأنَّه دَخَلَ على
بَصِيرَةٍ بِالْعَيْبِ ، فَأَشْبَهَ مَنْ اشْتَرَى ما يَعلَمُ عَيْبَهُ . وإن وَجَدَ بِصاحِبِهِ عَيْبًا به
مِثْلُهُ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، لِكُلِّ واحدٍ مِنْهُما الخِيَارُ ؛ لَوْجُودِ سَبَبِهِ ،
فَأَشْبَهَ الْعَبْدَ الْمَغْرُورَ بِأَمَةٍ ، ولأنَّه قد يَعَافُ عَيْبَ غَيْرِهِ وإن كان به مِثْلُهُ .
والثاني ، لا خِيَارَ له ؛ لأنَّهُما مُتَسَاوِيَانِ في النِّقْصِ ، فَأَشْبَهَا الْفَقِيرَيْنِ ^(١) .
وإن حَدَثَ الْعَيْبُ بِأَحَدِهِما بَعْدَ الْعَقْدِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، لا خِيَارَ
له ^(٢) . وهو قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لأنَّه عَيْبٌ حَدَثَ بَعْدَ لُزُومِ الْعَقْدِ ، أَشْبَهَ الْحَادِثَ
بِالْمَبِيعِ . والثاني ، يَثْبُتُ به الخِيَارُ . وهو ظَاهِرُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ لأنَّه عَيْبٌ لو
قَارَنَ أَثْبَتَ الخِيَارَ ، فإذا حَدَثَ أَثْبَتَهُ ، كَالْإِعْسَارِ .

فصل : وإذا عَلِمَ الْعَيْبَ فَأَخَّرَ الْمُطَالِبَةَ بِالْفَسْخِ ، لم يَتَّطِلْ خِيَارُهُ . وقال
القاضي : يَتَّطِلْ . وَأَصْلُهُما ما ذَكَرْنَا في خِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ في الْمَبِيعِ . وإن
قال : قد ^(٣) رَضِيتُ به مَعِييًا . أو وَجَدَ مِنْهُ دَلَالَةً على الرِّضَا ،

(١) في م : « القفيزين » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

كالاستمتاع، ^(١) «أو التمكن» منه، بطل خياره.

فصل: وإذا فسخ قبل الميسر، فلا مهر لها؛ لأنه إن كان الفسخ منها، فالفرقة من جهتها، فأسقط مهرها، كردتها، وإن كان من الزوج، فهو لغنى من جهتها؛ لحصوله بتدليسها، فأشبه ما لو باشرتها. وإن كان بعد الدخول، استقر المهر ولم يسقط؛ لاستقرار النكاح بالدخول فيه، ويجب المسمى؛ لأنه نكاح صحيح فيه مسمى صحيح، فوجب المسمى فيه، كما لو ارتدت. وذكر القاضي أن فيه رواية أخرى، أنه يجب مهر المثل؛ بناء على العقد الفاسد. وليس هذا بفاسد؛ إذ لو كان فاسداً، لما ثبت الخيار فيه ^(٢).

ويزوج بالمهر على من غره؛ [٢٨٧و] لما روى عن عمر، رضي الله عنه، أنه قال: أيما رجل تزوج امرأة بها جنون، أو جذام، أو برص، فمستها، فلها صداقها، غرم على وليها ^(٣). ولأنه غره في النكاح بما يجب به المهر، فكان المهر عليه، كما لو غره بخريئة أمة. وعنه، لا يزجج على أحد؛ لأن ذلك يروى عن علي، رضي الله عنه ^(٤). فإن لم يعلم الولي،

(١ - ١) في الأصل: «والتمكن».

(٢) سقط من: الأصل.

(٣) أخرجه الإمام مالك، في: باب ما جاء في الصداق والحياء، من كتاب النكاح. الموطأ ٢/

٥٢٦. والإمام الشافعي، في: باب في العيب بالمنكوحه، من كتاب النكاح. الأم ٥/٧٥.

وعبد الرزاق، في: المصنف ٦/٢٤٤. وسعيد، في سننه ١/٢١٢. والدارقطني، في سننه ٣/

٢٦٦، ٢٦٧. والبيهقي، في: السنن الكبرى ٧/٢١٤، ٢١٩. وضعفه في الإرواء ٦/٣٢٨.

(٤) أخرجه البيهقي، في: السنن الكبرى ٧/٢١٥.

فَالْغُرُورُ مِنَ الْمَرْأَةِ . وَإِنْ طَلَّقَ الزَّوْجُ ، ثُمَّ عَلِمَ بِهَا عَيْبًا ، فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ ، لَا يَرْجِعُ
بِهِ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالتِّزَامِهِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ الْفَسْخُ إِلَّا بِحُكْمِ حَاكِمٍ^(١) ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَلَفٌ فِيهِ ،
فَاتَّفَقَ إِلَى الْحَاكِمِ ، كَالْفَسْخِ لِلْإِعْسَارِ . فَإِنْ رَدَّ الْحَاكِمُ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ
فَفَسْخٌ^(٢) ، جَازٌ . وَالْفُرْقَةُ الْوَاقِعَةُ بَيْنَهُمَا فَسْخٌ لَا طَلَاقٌ ؛ لِأَنَّهُ رَدٌّ لِعَيْبٍ ،
فَكَانَ فَسْخًا ، كَرَدِّ الْمُشْتَرَى . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى الرَّجْعَةِ ، لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِنِكَاحٍ
جَدِيدٍ ، وَتَرْجِعُ عَلَى طَلَاقٍ ثَلَاثٍ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيهَا قَوْلٌ آخَرُ ، أَنَّهَا
تَحْرُمُ عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لِأَنَّهَا^(٣) فُرْقَةٌ حَاكِمٌ ، فَأُشْبِهَتْ فُرْقَةُ اللَّعَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا
فُرْقَةٌ لِعَيْبٍ ، أُشْبِهَتْ فُرْقَةُ الْمُعْتَقَةِ تَحْتَ عَبْدٍ .

فصل : وَلَيْسَ لَوْلِيٍّ صَغِيرٍ وَلَا صَغِيرَةٍ ، وَلَا سَيِّدٍ أُمَةٍ ، تَزْوِيجُهُمْ
بِمَعِيبٍ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِهِمْ ، وَعَلَيْهِ النَّظَرُ فِي الْحِظِّ لَهُمْ . وَلَا لَوْلِيٍّ كَبِيرَةٍ
تَزْوِيجُهَا بِمَعِيبٍ بَغَيْرِ رِضَاهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا بِهَا . فَإِنْ طَلَبَتِ التَّزْوِيجَ
بِمَجْبُوبٍ^(٤) أَوْ عَيْنَيْنِ ، لَمْ يَمْلِكْ مَنَعُهَا ؛ لِأَنَّ الضَّرَرَ يَخْتَصُّ بِهَا . وَإِنْ أَرَادَتِ
التَّزْوِيجَ^(٥) بِمَعِيبٍ غَيْرِهِمَا ، فَلَهُ مَنَعُهَا ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا وَعَارًا ، وَيُخْشَى
تَعَدُّيه إِلَيْهَا وَإِلَى وَلَدِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَنَعُهَا ؛ قِيَاسًا عَلَى الْجَبِّ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الْحَاكِمُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي ف ، م : « لِأَنَّهُ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « بِمَجْنُونٍ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « التَّزْوِيجُ » .

والعُتَّة . فإن رَضِيََا به ، جاز ، ويُكْرَهُ . قال أحمدُ : ما يُعْجِبُنِي أَنْ يُزَوَّجَهَا بَعَيْنٍ ، وإن رَضِيَتِ السَّاعَةُ فَتُكْرَهُ^(١) إذا دَخَلَتْ .

وإن حَدَثَ الْعَيْبُ بِالرَّجُلِ ، أو وَجَدْتَهُ مَعِيًّا ، فَرَضِيَتِ به الْمَرْأَةُ ، لم يَكُنْ لَوَلِيِّهَا إِجْبَارُهَا عَلَى الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي ابْتِدَاءِ الْعَقْدِ لَا فِي دَوَامِهِ ، وَلِهَذَا يَمْلِكُ مَنَعُهَا مِنْ نِكَاحِ الْعَبْدِ ، وَلَوْ عَتَقْتَ تَحْتَ عَبْدٍ ، لم يَمْلِكُ إِجْبَارُهَا عَلَى الْفَسْخِ .

فصل : وإذا اختلفا في عَيْبِ الْمَرْأَةِ ، أُرِيَتِ النِّسَاءُ الثُّقَاتِ ، فَرُجِعَ^(٢) إِلَى قَوْلِهِنَّ^(٣) . وإن ادَّعَتِ الْمَرْأَةُ أَنَّ زَوْجَهَا عَيْنٌ فَأُنْكَرَهَا ، فالقولُ قولُه مع يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ السَّلَامَةُ . وإن اعْتَرَفَ ، أَجَّلَهُ الْحَاكِمُ عَامًا مِنْذُ رَافَعْتَهُ ؛ لِمَا رَوَى سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ أَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَجَّلَ الْعَيْنَ سَنَةً^(٤) . وعن عَلِيٍّ ، وَالْمَغِيرَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، مِثْلُهُ^(٥) . وَلِأَنَّ الْعَجْزَ قَدْ يَكُونُ لِعَارِضٍ ؛ مِنْ حَرَارَةٍ ، أو بُرُودَةٍ ، أو يُيُوسَةِ ، أو رُطُوبَةٍ ، فَإِذَا مَضَتِ السَّنَةُ وَاجْتَلَفَتْ عَلَيْهِ الْأَهْوِيَّةُ ، وَلَمْ يَزُلْ ، عَلِمَ أَنَّهُ خِلْقَةٌ . وَلَا تُثَبِّتُ الْمُدَّةُ إِلَّا بِالْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّهَا مُدَّةٌ مُخْتَلَفٌ فِيهَا ، بِخِلَافِ مُدَّةِ الْإِيْلَاءِ . فَإِذَا مَضَتِ سَنَةٌ مِنْذُ ضُرِبَتْ لَهُ

(١) فِي الْأَصْلِ : « تَكْرَهُ » .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « مَا قَلَنْ » .

(٣) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي الْمَصْنَفِ ٢٥٣/٦ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٢٠٧/٤ - ٢٠٩ . وَالدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : سَنَنِهِ ٣٠٥/٣ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٢٦/٧ . وَانْظُرِ الْإِرْوَاءَ ٣٢٢/٦ - ٣٢٦ .

(٤) أَخْرَجَ أَثَرُ عَلِيٍّ وَالْمَغِيرَةِ ، عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٢٥٤/٦ . وَأَخْرَجَ أَثَرُ الْمَغِيرَةِ فَقَطْ ، ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٢٠٦/٤ . وَالدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : سَنَنِهِ ٣٠٦/٣ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَوْضِعِ السَّابِقِ .

المُدَّة ولم يَطَّأها ، خُيِّرَتْ في المَقَام معه أو فِرَاقه ؛ لأنَّ الحَقَّ لها . فإن رَضِيَتْهُ عَيْنًا ، أو قالت في وَقْتٍ : قد ^(١) رَضِيَتْهُ عَيْنًا . لم يكن لها خِيَارٌ بعدَ ذلك ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بِالْمَعِيبِ ^(٢) ، فَأَشْبَهَ ما لو رَضِيَتْ الْمَبِيعَ ^(٣) الْمَعِيبَ . وإن اخْتَارَتْ فِرَاقَهُ ، فَفَرَّقَ [٢٨٧ظ] الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا .

وإن اعْتَرَفَتْ أَنَّهُ وَطِئَهَا مَرَّةً ، بَطَلَ كَوْنُهُ عَيْنًا . وإن ادَّعَى أَنَّهُ وَطِئَهَا ، فَادَّعَتْ أَنَّهَا عَذْرَاءُ ، أُرِيَتْ النِّسَاءُ الثَّقَاتِ ؛ فإن شَهِدْنَ بما قالت ، فalcولُ قولها ، وإلَّا فalcولُ قوله . وإن اختلفا وهي تُتَبَّ ، فalcولُ قوله ؛ لأنَّ الأَصْلَ السَّلَامَةُ . وعنه ، القولُ قولها ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ الإِصَابَةِ . وعنه ، يُخَلَّى معها في بَيْتٍ ، ويُقالُ له : أَخْرِجْ مَاءَكَ على شَيْءٍ . فإن عَجَزَ عن ذلك ، فalcولُ قولها . وإن فَعَلَ ، فalcولُ قوله . فإن ادَّعَتْ أَنَّهُ ليس بِمَنْيٍّ ، جُعِلَ على النارِ ، فإن ذابَ ، فهو مَنْيٌّ ، وبَطَلَ قَوْلُهَا ؛ لأنَّه أَشْبَهُ ^(٤) بِيَّاضِ البَيْضِ ، ^(٥) والنَّارُ تُجَمَّدُهُ ، فإذا ذابَ هذا ، عَلِمَ أَنَّهُ غَيْرُهُ ^(٥) ؛ لأنَّ هذا قولُ عَطَاءٍ .

وإن اعْتَرَفَتْ أَنَّهُ وَطِئَ غَيْرَهَا ، أو وَطِئَهَا في الدُّبْرِ ، أو في نِكَاحٍ آخَرَ ، لم تَزُلْ عُتَّتُهُ ؛ لأنَّه قد يَعْنِي عن امرأةٍ دُونَ أُخْرَى ، وفي نِكَاحٍ دُونَ نِكَاحٍ ،

(١) زيادة من : م .

(٢) في ف : « المعيب » ، وفي م : « العيب » .

(٣) في الأصل : « بالمبيع » .

(٤) في ف : « إنما يشبه » ، وفي م : « شبيه » .

(٥ - ٥) في م : « وذلك إذا وضع على النار يجمع ويس وهذا يذوب فيتميز بذلك أحدهما من الآخر فيختبر به » .

والدُّبُرُ ليس بِمَحَلٍّ لِلوَطْءِ ، فَأُشْبِهَ ما دُونَ الْفَرْجِ . وَيَقْتَضِي قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهَا مَتَى اعْتَرَفَتْ بِوَطْئِهِ لغيرِها ، أو لها ، في أَى نِكَاحٍ كان ، زَالَتْ عُثَّتُهُ . وهذا اخْتِيَارُ ابْنِ عَقِيلٍ ؛ لِأَنَّ الْعُنَّةَ جِبِلَّةٌ وَخِلْقَةٌ ، فَلَا تَبْقَى مع ^(١) ما يُنافيها .

وَأُذْنِي الْوَطْءِ الَّذِي يَخْرُجُ بِهِ مِنَ الْعُنَّةِ إِيلاجُ الْحَشْفَةِ فِي الْفَرْجِ ؛ لِأَنَّهُ الْوَطْءُ الَّذِي تَتَعَلَّقُ بِهِ الْأَحْكَامُ دُونَ غَيْرِهِ . وَهَلْ يُحْلَفُ مَنْ الْقَوْلُ قَوْلُهُ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الْاسْتِخْلَافِ فِي غَيْرِ دَعْوَى الْمَالِ .

فصل : السَّبَبُ الثَّانِي ، إِذَا عَتَقَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا عَبْدًا ، فَلَهَا الْخِيَارُ فِي فَسْخِ النِّكَاحِ ؛ لِمَا رَوَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، قَالَتْ : كَاتَبْتُ بَرِيرَةَ ، فَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي زَوْجِهَا وَكَانَ عَبْدًا ، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا . قَالَ عُزْوَةُ : وَلَوْ كَانَ حُرًّا مَا خَيَّرَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . رَوَاهُ مَالِكٌ فِي « مُوَطَّئِهِ » ، وَأَبُو دَاوُدَ فِي « سُنَنِهِ » ^(٢) .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ ، ف : « تَنَافِيهَا » .

(٢) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْمَمْلُوكَةِ تَعْتَقُ وَهِيَ تَحْتَ حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٥١٧/١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ إِنَّمَا الْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ ، مِنْ كِتَابِ الْعَتَقِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢/١١٤٣ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْمَرْأَةِ تَعْتَقُ وَلَهَا زَوْجٌ ، مِنْ أَبْوَابِ الرِّضَاعِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٠١/٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ خِيَارِ الْأُمَةِ تَعْتَقُ وَزَوْجُهَا مَمْلُوكٌ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُجْتَبَى ١٣٥/٦ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ خِيَارِ الْأُمَةِ إِذَا أَعْتَقَتْ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةٍ ٦٧١/١ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي تَخْيِيرِ الْأُمَةِ تَكُونُ تَحْتَ الْعَبْدِ فَتَعْتَقُ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ١٦٩/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١١٥/٦ ، ١٨٠ ، ٢٠٩ . وَلَمْ نَجِدْهُ فِي الْمَوْطَأِ . وَانْظُرْ مَا تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ٢٥٢ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَبَّاسٍ .

وإن عتقت وزوجها حرًّا، فلا خيار لها؛ للخبر، ولأنّها كملت تحت كامل، فلم يثبت لها خيار، كما لو أسلمت الكتابيّة تحت مُسلم، بخلاف زوجة العبد. ولها الفسخ^(١) بنفسها؛ لأنّه^(٢) خيار ثبت بالنص والإجماع، ولما روى الحسن بن^(٣) عمرو بن أميّة، قال: سمعت رجلاً يتحدثون عن النبي ﷺ أنّه قال: «إذا أُعتقت الأمة، فهي بالخيار ما لم يطأها، إن شاءت فارقتّه، فإن وطئها فلا خيار لها». رواه الإمام أحمد في «المُسند».

وخيارها على التراخي؛ للخبر، ما لم يطأها، فإن أمكنته من وطئها عالمة بالحال، بطل خيارها؛ للخبر، ولأنّه دليل على رضاها به، فبطل خيارها، كما لو نطقت به. وإن لم تعلم^(٤)، بطل خيارها أيضًا. نص.

(١) في الأصل: «الخيار».

(٢) في الأصل: «لأنّها».

(٣) في الأصل، م: «عن».

والثبت من ف موافق لما أخرجه النسائي بلفظ: «أما أمة كانت تحت عبد فعتقت، فهي بالخيار ما لم يطأها زوجها». انظر باب إذا أراد أن يعتق العبد وامرأته بأيهما يبدأ، من كتاب العتق. السنن الكبرى ٣/ ١٨٠. وهو موافق أيضًا لما ترجمه الحافظ المزي في: تحفة الأشراف ١١/ ١٣٨. وكذا ابن حجر، في: النكت الظراف. ولم نجد لحسن بن عمرو ترجمة.

وذكر الحافظ المزي أنه عند النسائي - لعله في رواية ابن الأحمر - من طريق الشعبي عن عمرو بن أمية الضمري... قال النسائي: هذا عندي حديث منكر. تحفة الأشراف ١١/ ١٣٩. والحديث في: المسند ٤/ ٦٥، ٥/ ٣٧٨. من رواية الفضل بن عمرو بن أمية عن أبيه. وانظر: التاريخ الكبير للبخاري ٧/ ١١٥. الجرح والتعديل ٧/ ٦٤.

وفي المسند ٤/ ٦٦، ٣٧٨. من رواية الفضل بن الحسن بن عمرو بن أمية. وانظر: التاريخ الكبير ٧/ ١١٤، ١١٥. تهذيب التهذيب ٨/ ٢٦٩، ٢٧٠.

(٤) في الأصل: «يعلم».

عليه أحمد ؛ للخبر . وقال القاضي ، وأبو الخطاب : لا يَظُلُّ ؛ لأنَّ تَمَكِينَهَا مع جَهْلِهَا لا يَدُلُّ على رِضاها به . وإن لم تَعْلَمْ بالعِتْقِ حتى وَطَّئَهَا ، ففيه وَجْهان كالتي قبلها . فعلى هذا ، إن ادَّعَتِ الجَهِلَ بالعِتْقِ وهى مِمَّنْ يَجُوزُ خَفَاؤُهُ عَلَيْهَا ؛ لِبُعْدِهَا عَنِ الْمُعْتَقِ ^(١) ، فالقول قولُها مع يَمِينِهَا . وإن كانت مِمَّنْ لا يَخْفَى عَلَيْهَا ذَلِكَ ؛ لِقُرْبِهِ وَاشْتِهَارِهِ ، لم يُقْبَلْ قولُها . [٢٨٨ و] وإن ادَّعَتِ الجَهِلَ بِثُبُوتِ الْخِيَارِ ، فالقول قولُها ؛ لأنَّه لا يَعْلَمُهُ إِلَّا خَوَاصُّ النَّاسِ .

وإن أُعْتِقَ ^(٢) الْعَبْدُ قَبْلَ اخْتِيَارِهَا ^(٣) ، بَطَلَ خِيَارُهَا ؛ لأنَّ الْخِيَارَ لِلدَّفْعِ الضَّرَرِ الْحَاصِلِ بِالرِّقِّ ، وقد زال بعِتْقِهِ ، فزال ، كَرَدُّ الْمَعِيبِ إِذَا زال عَيْبُهُ . ولو أُعْتِقَ مَعًا ، فلا خِيَارَ لَهَا . وعنه ، لها الْخِيَارُ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنها لو عَتَقَتْ تَحْتَ حُرٍّ لم يَثْبُتْ لَهَا خِيَارٌ ؛ لِعَدَمِ الضَّرَرِ ، فكذا ههنا .

وَيُسْتَحَبُّ لِمَنْ أَرَادَ عِتْقَ عَبْدِهِ وَجَارِيَّتِهِ الْمُتَزَوِّجَيْنِ الْبِدَاءَ بِعِتْقِ الرَّجُلِ ؛ لِئَلَّا يَكُونَ لِلْمَرْأَةِ عَلَيْهِ خِيَارٌ ، وقد رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٤) عَنْ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، أَنَّهُ كَانَ لَهَا ^(٥) غُلَامٌ وَجَارِيَّةٌ ، فَقَالَتْ لِلنَّبِيِّ ﷺ : إِنِّي أُرِيدُ أَنْ

(١) فى الأصل : « العتق » .

(٢) فى الأصل : « عتق » .

(٣) فى الأصل : « خيارها » .

(٤) فى : باب فى المملوكين يعتقان معا هل تخير امرأته ؟ من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ١ / ٥١٨ .

كما أخرجه النسائى ، فى : باب إذا أراد أن يعتق العبد وامرأته بأيهما يبدأ ، من كتاب العتق . السنن الكبرى ٣ / ١٨٠ . وابن ماجه ، فى : باب من أراد عتق رجل وامرأته فليبدأ بالرجل ، من كتاب العتق . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٤٦ .

(٥) سقط من : م .

أُعْتَقَهُمَا ، فَقَالَ لَهَا : « فَأَبْدِئِي بِالرَّجُلِ » .

فصل : وإن عَتَقَتِ المَجْنُونَةُ والصَّغِيرَةُ ، فلا خِيَارَ لهما ؛ لأنَّهُما لا عَقْلَ لهما ، ولا قَوْلَ مُعْتَبَرٍ ، ولا يَمْلِكُهُ وَلِيُّهُمَا ؛ لأنَّ هذا طَرِيقُهُ الشَّهْوَةُ ، فلا يَدْخُلُ تَحْتَ الْوِلَايَةِ ، كَالْقِصَاصِ . فإذا بَلَغَتِ الصَّغِيرَةُ ، وَعَقَلَتِ المَجْنُونَةُ ، فَلهما الْخِيَارُ حِينَئِذٍ ؛ لكونِهِما صَارَا على صِفَةٍ يُعْتَبَرُ كَلَامُهُما . وَالْحُكْمُ فِي وَطْئِهِمَا ، كَالْحُكْمِ فِي وَطْءِ الْجَاهِلَةِ بِالْعِتْقِ .

فصل : إذا عَتَقَ بَعْضُ الْأَمَةِ ، فلا خِيَارَ لَهَا ، فِي إِحْدَى الرَّوَائِثَيْنِ . اخْتَارَهَا الْخَرَقِيُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَصَّ فِيهَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى مَنْ عَتَقَ جَمِيعُهَا ؛ لِأَنَّهَا أَكْمَلُ مِنْهَا . وَالثَّانِيَةُ ، لَهَا الْخِيَارُ . اخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهَا أَكْمَلُ مِنْ زَوْجِهَا ، فَأُشْبِهَتْ الْكَامِلَةَ الْعِتْقِ .

فصل : إذا فَسَخْتَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، سَقَطَ مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ مِنْ جِهَتِهَا . وَعَنْهُ ، يَجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ لِلْسَيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ الْمُسْتَحِقُّ لَهُ ، فَلَا يَسْقُطُ بِفِعْلِ^(١) مِنْ جِهَةِ غَيْرِهِ . وَإِنْ رَضِيَتْهُ ، فَالْمَهْرُ لِلْسَيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّهُ بِالْعَقْدِ . وَإِنْ فَسَخْتَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، اسْتَقَرَّ الْمُسَمَّى لِلْسَيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ لَهُ بِالْعَقْدِ وَاسْتَقَرَّ بِالْدُّخُولِ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ ارْتَدَّتْ .

وإن طَلَّقَهَا قَبْلَ اخْتِيَارِهَا ، وَقَعَ طَلَّاقُهَا ، وَلِسَيِّدِهَا نِصْفُ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَجَمِيعُهُ إِنْ كَانَ بَعْدَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : طَلَّاقُهَا مَوْقُوفٌ ، إِنْ

(١) فِي م : « نَصْفُهُ » .

فَسَخَتْ ، تَبَيَّنَّا أَنَّهُ لَمْ ^(١) يَقْع ، وَإِنْ لَمْ تَفْسَخْ ، وَقَع . وَلَنَا ، أَنَّهُ طَلَاقٌ مِنْ زَوْجٍ جَائِزٍ التَّصَرُّفِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، فَوَقَع ، كَمَا لَوْ لَمْ تَعْتَقِ ^(٢) .

فصل ^(٣) : وَإِنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ طَلَاقًا بَائِنًا ، ثُمَّ أُعْتِقَتْ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا يُفْسَخُ . وَإِنْ كَانَ رَجْعِيًّا ، فَلَهَا الْفَسْخُ فِي الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّ نِكَاحَهَا بَاقٍ يُمَكِّنُ ^(٤) فُسْخَهُ ، فَإِذَا فَسَخَتْ ، انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ ، وَبَنَتْ عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْعِدَّةِ ، كَمَا لَوْ طَلَّقَهَا بَائِنَةً . وَإِنْ اخْتَارَتِ الْمَقَامَ مَعَهُ ، بَطَلَ خِيَارُهَا ؛ لِأَنَّهَا حَالَةٌ صَحَّ مِنْهَا اخْتِيَارُ الْفَسْخِ ، فَصَحَّ اخْتِيَارُ الْمَقَامِ ، كَصُلْبِ النِّكَاحِ .

فصل : السَّبَبُ الثَّلَاثُ ، الْغُرُورُ ، فَلَوْ تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ رَجُلًا مُطْلَقًا ، أَوْ عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ فَبَانَ عَبْدًا ، فَلَهَا الْخِيَارُ فِي فُسْخِ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا مَلَكَتِ الْفَسْخَ لِلْحُرِّيَّةِ ^(٥) الطَّارِئَةِ ، فَلِلسَّابِقَةِ أَوْلَى . وَلَهَا الْفَسْخُ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ ، كَمَا لَوْ عَتَقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ . وَمَنْ جَعَلَ الْحُرِّيَّةَ مِنْ شُرُوطِ الْكَفَاءَةِ ، وَالْكَفَاءَةُ مِنْ شُرُوطِ النِّكَاحِ ، أَبْطَلَهُ ؛ لِقَوَاتِ شَرْطِهِ .

فصل : وَإِنْ تَزَوَّجَ أَمَةٌ عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ ، أَوْ ^(٦) يَظُنُّهَا حُرَّةً ، وَهُوَ مِمَّنْ لَا ^(١)

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « يعتق » ، وغير منقوطة في الأصل .

(٣) سقط هذا الفصل من الأصل .

(٤) في م : « ويمكن » .

(٥) في م : « بالحرية » .

(٦) بعده في ف : « ممن » .

يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ، ^(١) فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ، وَعَلَيْهِ فِرَاقُهَا مَتَى عَلِمَ، وَحُكْمُهُ
حُكْمُ الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ فِي الْمَهْرِ وَغَيْرِهِ. وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ تَحِلُّ لَهُ الْإِمَاءُ ^(٢)،
فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ فَوَاتَ صِفَةٍ فِي ^(٣) الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ لَا يُفْسِدُ الْعَقْدَ، كَمَا
لَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهَا يَتَضَاءُ فَبَانَتْ سَوْدَاءً. وَفِي الْمَوْضِعَيْنِ مَتَى أَصَابَهَا
فَوَلَدَتْ مِنْهُ، فَالْوَلَدُ حُرٌّ، حُرًّا كَانَ الزَّوْجُ أَوْ عَبْدًا؛ لِأَنَّهُ اعْتَقَدَ حُرِّيَّتَهَا.

وَعَلَيْهِ فِدَاءُ أَوْلَادِهِ؛ لِأَنَّ عُمَرَ، وَعَلِيًّا، وَابْنَ عَبَّاسٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ،
قَضَوْا بِذَلِكَ. وَعَنْهُ، لَيْسَ عَلَيْهِ فِدَاؤُهُمْ؛ [٢٨٨ ظ] لِأَنَّ الْوَلَدَ يَنْعَقِدُ حُرًّا،
فَلَمْ يَضُمَّنَّهُ لِسَيِّدِهَا؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهُ. وَعَنْهُ، يُقَالُ لِلزَّوْجِ: افْتَدِ وَلَدَكَ، وَإِلَّا
فَهُمْ يَتَّبِعُونَ الْأُمَّ. وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ.

وَلَهُ فَسْخُ نِكَاحِهَا إِنْ أَحَبَّ؛ لِأَنَّهُ غُرُورٌ بِالْحُرِّيَّةِ، أَشْبَهَ غُرُورَ الْمَرْأَةِ. فَإِنْ
فَسَخَ قَبْلَ الدُّخُولِ، فَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ لِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهَا. وَإِنْ
فَارَقَهَا بَعْدَ الدُّخُولِ، فَعَلَيْهِ الْمَهْرُ بِمَا أَصَابَ مِنْهَا.

وَيَزِجُّ بِمَا غَرِمَهُ مِنَ الْمَهْرِ، وَفِدَاءِ الْأَوْلَادِ فِي الْمَوْضِعَيْنِ عَلَى مَنْ غَرَّهَ.
نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ. وَذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ الَّذِينَ ذَكَرْنَاهُمْ قَضَوْا بِهِ.
وَعَنْ أَحْمَدَ، لَا يَزِجُّ بِالْمَهْرِ. وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ؛ لِأَنَّهُ يُزَوَّى عَنْ عَلِيٍّ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ^(٤). وَلِأَنَّهُ وَجِبَ فِي مُقَابَلَةِ نَفْعٍ وَصَلَ إِلَيْهِ. وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ

(١ - ١) سقط من: الأصل.

(٢) سقط من: الأصل، وفي ف: «من».

(٣ - ٣) زيادة من: الأصل.

(٤) انظر ما تقدم في صفحة ٢٩٨.

الأوّل ؛ لأنّ العاقِدَ ضَمِنَ له سَلَامَةُ الوَطْءِ ، كما ضَمِنَ له سَلَامَةُ الوَلَدِ ، فَوَجِبَ أن يَزْجَعَ به ، كَقِيَمَةِ الوَلَدِ .

فصل : وَيَفْدَى الأولادَ بِقِيَمَتِهِمْ يَوْمَ الْوِلَادَةِ ؛ لِأَنَّهُ يُزَوَّى عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَلِأَنَّهُ مَحْكُومٌ بِحُرِّيَّتِهِمْ يَوْمَ وَضْعِهِمْ ، فَاعْتُبِرَ فِدَاؤُهُمْ يَوْمَئِذٍ . وَتَجِبُ الْقِيَمَةُ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ وَجِبَ لِفَوَاتِ حُرِّيَّةِ ، فَأَشْبَهَ ضَمَانَ حِصَّةِ شَرِيكِهِ إِذَا سَرَى الْعِتْقُ إِلَيْهِ . وَعَنْهُ ، يَفْدِيهِمْ بِعَبِيدٍ ^(١) مِثْلِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ يُزَوَّى عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَضَى بِفِدَاءِ وَلَدِهِ بِغُرَّةِ غُرَّةٍ ، مَكَانَ كُلِّ غُلَامٍ غُلَامٌ ، وَمَكَانَ كُلِّ جَارِيَةٍ جَارِيَةٌ . وَلِأَنَّ الْوَلَدَ حُرٌّ ، فَلَا يُضْمَنُ بِقِيَمَتِهِ ، كَسَائِرِ الْأَحْرَارِ . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ فِدَائِهِمْ بِمِثْلِهِمْ وَقِيَمَتِهِمْ ؛ لِأَنَّ الْأَمْرَيْنِ يُزَوَّيَانِ جَمِيعًا عَنْ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

فَإِنْ فَدَاهُمْ بِمِثْلِهِمْ ، وَجِبَ مِثْلُهُمْ فِي الْقِيَمَةِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ يَنْجَبِرُ بِذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُنْظَرَ إِلَى صِفَاتِهِمْ تَقْرِيئًا ؛ لِأَنَّ الْآدَمِيَّ لَيْسَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ .

وَلَا يُفْدَى مِنْهُمْ إِلَّا مَنْ وُلِدَ حَيًّا فِي وَقْتِ يَعِيشُ مِثْلَهُ ، سَوَاءً عَاشَ أَوْ مَاتَ بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ غَيْرَ ذَلِكَ لَا قِيَمَةَ لَهُ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْمَغْرُورُ عَبْدًا ، فَوَلَدَهُ أَحْرَارًا ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَهَا يَعْتَقِدُ حُرِّيَّتَهَا ، فَكَانَ وَلَدُهُ حُرًّا ، كَوَلَدِ الْحُرِّ . وَعَلَيْهِ فِدَاؤُهُمْ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ رِقَّتَهُمْ . وَهَلْ يَتَعَلَّقُ فِدَاؤُهُمْ بِرَقَبَتِهِ أَوْ بِذِمَّتِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، بِرَقَبَتِهِ ،

(١) فِي ف : « بَعْد » .

كَأَرْشٍ جِنَائِيَّةٍ . وَالثَّانِي ، بِذِمَّتِهِ ، كِعَوَضِ الْخُلْعِ مِنَ الْأُمَّةِ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى مَنْ غَرَّه . فَإِنْ قُلْنَا : بِرَقَبَتِهِ . رَجَعَ بِهِ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤْخَذُ مِنْ سَيِّدِهِ فِي الْحَالِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَتَعَلَّقُ بِذِمَّتِهِ . لَمْ يَلْزَمْهُ أَدَاؤُهُ حَتَّى يَغْتِقَ ، وَلَا يَرْجِعُ بِهِ حَتَّى يَغْرَمَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ لَمْ يَفُتْ عَلَيْهِ ، وَتَتَعَجَّلُ حُرِّيَّتُهُمْ فِي الْحَالِ . وَلِلْعَبْدِ الْخِيَارُ إِذَا عَلِمَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ ؛ لِأَنَّهُ فَقْدُ صِفَةٍ لَمْ يَنْقُصْ بِهَا عَنْ رُتْبَتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطَ نَسَبَ امْرَأَةٍ فَبَانَ خِلَافُهُ . وَالْأَوَّلُ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهُ مَغْرُورٌ بِحُرِّيَّةٍ ، فَمَلَكَ الْفَسْخَ ، كَالْحُرِّ الَّذِي يُبَاحُ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ .

وَإِنْ غُرَّتِ الْأُمَّةُ بِعَبْدٍ ، فَتَزَوَّجَتْهُ عَلَى أَنَّهُ حُرٌّ ، فَلَهَا الْخِيَارُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا مَغْرُورَةٌ بِحُرِّيَّةٍ مِنْ لَيْسَ بِحُرٍّ ، أَشْبَهَتْ الْمَرْأَةَ^(١) الْحُرَّةَ وَالْعَبْدَ الْمَغْرُورَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ لَهَا خِيَارٌ ؛ لِأَنَّهُ يُكَافِئُهَا^(٢) ، وَلَا يُؤَثِّرُ رِقُّهُ فِي إِزْقَاقِ وَلَدِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطْتُهُ أَشْرَفَ نَسَبًا مِنْهَا ، فَتَبَيَّنَ أَنَّهُ مِثْلُهَا .

[٢٨٩و] فصل : فَإِنْ غَرَّهَا بِنَسَبِهِ وَكَانَ مُخِلًّا بِالْكَفَاءَةِ ، فَقَدْ مَضَى الْقَوْلُ فِيهِ . وَإِنْ لَمْ^(٣) يَكُنْ مُخِلًّا^(٣) بِهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا خِيَارَ لَهَا ؛ لِأَنَّ زِيَادَةَ نَسَبِهِ عَلَيْهَا لَا يَضُرُّهَا فَوَاتُهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ شَرَطْتُهُ جَمِيلًا أَوْ فَقِيهًا فَبَانَ بِخِلَافِهِ^(٤) . وَالثَّانِي ، لَهَا الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهَا شَرَطَتْ مَا يُقْصَدُ ، فَأَشْبَهَ

(١) زيادة من : م .

(٢) في ف : « مكافئها » .

(٣ - ٣) في ف ، م : « يخل » .

(٤) في ف : « خلافه » .

شَرَطَ الصِّفَةِ الْمَقْصُودَةِ فِي الْمَبِيعِ .

فصل : وإن شَرَطَهَا بِكُرًّا فَبَانَتْ ثَيِّبًا ، أَوْ نَسِيبَةً ، أَوْ جَمِيلَةً ، أَوْ بَيْضَاءَ ، ^(١) « فَبَانَتْ بِخِلَافِهِ » ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يُرَدُّ فِيهِ بَعِيْبٌ سِوَى الْعُيُوبِ السَّبْعَةِ ، فَلَا يُرَدُّ بِمُخَالَفَةِ الشَّرْطِ ، كَمَا لَوْ شَرَطْتَ ذَلِكَ فِي الرَّجُلِ . وَالثَّانِي ، لَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهَا صِفَاتٌ مَقْصُودَةٌ ، فَصَحَّ شَرَطُهَا ، كَالْحُرِّيَّةِ .

وإن شَرَطَهَا مُسْلِمَةً فَبَانَتْ كَافِرَةً ، أَوْ ^(٢) تَزَوَّجَهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ يَظُنُّهَا مُسْلِمَةً فَبَانَتْ كَافِرَةً ، فَلَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصٌ وَضَرَرٌ يَتَعَدَّى إِلَى الْوَلَدِ ، فَمَلَكَ الْخِيَارَ بِهِ إِذَا شَرَطَ عَدَمَهُ ، كَالرِّقِّ .

وإن تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهَا كِتَابِيَّةٌ فَبَانَتْ مُسْلِمَةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَهُ غَرَضٌ فِي إِسْقَاطِ الْعِبَادَاتِ عَنْهَا ، فَيُضَرُّهُ فَوَاتُهُ .

وإن تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنَّهَا أَمَةٌ فَبَانَتْ حُرَّةً ، فَلَا خِيَارَ لَهُ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ . وَكَذَلِكَ لَوْ شَرَطَهَا عَلَى صِفَةٍ فَبَانَتْ ^(٣) « عَلَى صِفَةٍ خَيْرٍ » مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُ نَفْعٌ ، فَلَمْ يَثْبُتْ بِهِ الْخِيَارُ ، كَمَا لَوْ شَرَطَهُ فِي الْمَبِيعِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١ - ١) فِي ف : « فَبَانَ خِلَافَهُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

(٣ - ٣) فِي ف ، م : « خَيْرًا » .

فصل^(١) : السَّبَبُ الرَّابِعُ ، الإِغْسَارُ بِالتَّفَقَّةِ وَنَحْوِهَا ، عَلَى مَا نَذَرُوه فِي
مَوْضِعِهِ ، وَمُخَالَفَتُهُ شَرْطُهَا اللَّازِمَ ، كَاشْتِرَاطِهَا دَارَهَا ، وَنَحْوِهَا ، عَلَى مَا
مَضَى . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١) هذا الفصل سقط من الأصل .

بَابُ نِكَاحِ الْكُفَّارِ

أَنْكِحْتُهُمْ صَحِيحَةٌ إِذَا اغْتَقَدُوا إِبَاحَتَهَا فِي شَرْعِهِمْ ، وَإِنْ خَالَفَتْ
أَنْكِحَةَ الْمُسْلِمِينَ ^(١) ، إِلَّا أَنْ يَتَزَوَّجَ مُحَرَّمَةً عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَسْلَمَ خَلْقٌ كَثِيرٌ فِي
عَصْرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَقْرَهُمْ عَلَى أَنْكِحَتِهِمْ ، وَلَمْ يَكْشِفْ عَنْ كَيْفِيَّتِهَا .
وَلَا يُتَعَرَّضُ ^(٢) لَهُمْ مَا لَمْ يَتَرَفَعُوا إِلَيْنَا ؛ لِأَنَّا صَالِحَانَاهُمْ عَلَى إِقْرَارِهِمْ
عَلَى دِينِهِمْ . وَعَنْ أَحْمَدَ فِي مَجُوسِيٍّ تَزَوَّجَ نَضْرَانِيَّةً ، أَوْ مَلِكٍ نَضْرَانِيَّةً :
يُحَوَّلُ بَيْنَهُمَا الْإِمَامُ . فَيُخَرَّجُ مِنْ هَذَا أَنَّهُ يُفَرَّقُ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ ^(٣) ذَوَاتِ
الْمَحَارِمِ ؛ لِأَنَّ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ أَنْ فَرَّقُوا بَيْنَ كُلِّ ذِي ^(٤) مَحْرَمٍ
مِنَ الْمَجُوسِ ^(٥) . وَإِنْ مَلَكَ نَضْرَانِيٍّ مَجُوسِيَّةً ، لَمْ يُحَلْ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَى
مِنْهَا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يُمْنَعُ مِنْ وَطْئِهَا أَيْضًا ، كَمَا يُمْنَعُ الْمَجُوسِيُّ مِنَ
النَّضْرَانِيَّةِ .

(١) بعده في م : « فهي صحيحة » .

(٢) في ف : « نتعرض » .

(٣) في ف : « من » .

(٤) بعده في م : « رحم » .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب الجزية من كتاب الجزية . صحيح البخاري ١١٧ / ٤ . وأبو
داود ، في : باب أخذ الجزية من المجوس ، من كتاب الخراج . سنن أبي داود ١٥٠ / ٢ . والإمام
أحمد ، في : المسند ١٩٠ / ١ ، ١٩١ .

فَأَمَّا إِنْ أَسْلَمُوا أَوْ تَرَاغَعُوا إِلَيْنَا ، لَمْ يُنْظَرْ فِي كَيْفِيَّةِ عَقْدِهِمْ ، وَ^(١) نَظَرْنَا فِي الْحَالِ ؛ فَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مِمَّنْ يَجُوزُ عَقْدُ نِكَاحِهَا فِي الْحَالِ ، أَقَرَّرْنَاهُمَا^(٢) ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ يَحْرُمُ تَزْوِيجُهَا^(٣) فِي الْحَالِ ؛ كَذَاتِ مَحْرَمِهِ ، وَالْمُعْتَدَّةِ ، وَالْمُطَلَّقَةِ ثَلَاثًا ، فَرَّقْنَا بَيْنَهُمَا . وَإِنْ تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ الْخِيَارِ مُدَّةً ، أَوْ فِي عِدَّتِهَا ، ثُمَّ أَسْلَمَا فِي الْمُدَّةِ أَوْ^(٤) الْعِدَّةِ ، فَرَّقْنَا بَيْنَهُمَا كَذَلِكَ^(٥) . وَإِنْ أَسْلَمَا بَعْدَ انْقِضَائِهِمَا ، أَقَرَّرْنَاهُمَا عَلَيْهِ^(٦) .

وَإِنْ قَهَرَ حَزْبِيٌّ حَزْبِيَّةً ، فَوَطَّئَهَا أَوْ^(٧) طَاوَعْتَهُ ، وَاعْتَقَدَاهُ نِكَاحًا ، أَقَرَّرْنَاهُمَا عَلَيْهِ ، وَإِلَّا فَلَا .

وَإِنْ أَسْلَمَا وَبَيْنَهُمَا نِكَاحٌ مُتَّعٍ ، أَوْ نِكَاحٌ شَرْطُ فِيهِ الْخِيَارُ [٢٨٩ ظ] مَتَى شَاءَ ، لَمْ يُقَرَّرَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنََّّهُمَا لَا يَعْتَقِدَانِ لُزُومَهُ وَلَا تَأْيِيدَهُ ، وَإِنْ اعْتَقَدَا فُسَادَ الشَّرْطِ وَخَدَهُ ، أُقَرَّرَا عَلَيْهِ .

فصل : وَإِذَا أَسْلَمَ الزَّوْجَانِ مَعًا ، فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ، سَوَاءً أَسْلَمَا قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ إِجْمَاعٌ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ بَيْنَهُمَا^(٨) اخْتِلَافٌ

(١) سقط من : الأصل ، ف .

(٢) في الأصل : « أقررناهما » .

(٣) في م : « نكاحها » .

(٤) في الأصل ، ف : « و » .

(٥) في الأصل : « لذلك » .

(٦) زيادة من : م .

(٧) في م : « و » .

(٨) في ف : « منهما » .

دِينِ يَقْتَضِي الْفُرْقَةَ . وَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، وَكَانَ الْمُسْلِمُ زَوْجَ كِتَابِيَّةٍ ، فَالنِّكَاحُ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ ابْتِدَاءُ نِكَاحِهَا . وَإِنْ أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ قَبْلَهُ ، أَوْ أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ الْوَثْنَيْنِ أَوْ الْمُجُوسَيْنِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، بَانَتْ مِنْهُ امْرَأَتُهُ ^(١) ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ ﴾ ^(٢) . وَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ ﴾ ^(٣) . وَتَقَعُ الْفُرْقَةُ بِسَبْقِ أَحَدِهِمَا الْآخَرَ بَلْفِظِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْضُلُ بِذَلِكَ اخْتِلَافُ الدِّينِ الْمُحَرَّمِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقِفَ عَلَى الْمَجْلِسِ ، كَالْقَبْضِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْمَجْلِسِ حُكْمُ حَالَةِ الْعَقْدِ ، وَلِأَنَّهُ يَتَعَدَّرُ ^(٤) اتِّفَاقُهُمَا عَلَى النُّطْقِ بِكَلِمَةِ الْإِسْلَامِ دَفْعَةً وَاحِدَةً .

فَإِنْ كَانَ إِسْلَامُ أَحَدِهِمَا بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَقِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُتَعَجَّلُ الْفُرْقَةُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِيَةُ ، تَقِفُ عَلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، فَإِنْ أَسْلَمَ الْآخَرُ فِيهَا ، فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا ، وَإِنْ لَمْ يُسْلِمِ حَتَّى انْقَضَتْ ، تَبَيَّنَا أَنَّ الْفُرْقَةَ وَقَعَتْ حِينَ أَسْلَمَ الْأَوَّلُ ، بِحَيْثُ لَوْ كَانَ وَطِئَهَا فِي عِدَّتِهَا وَلَمْ يُسْلِمِ ، أُدِّبَ ، وَلَهَا عَلَيْهِ مَهْرٌ مِثْلِهَا ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ شُبْرُمَةَ ^(٥) قَالَ : كَانَ النَّاسُ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ يُسْلِمُ الرَّجُلُ قَبْلَ الْمَرْأَةِ ، وَالْمَرْأَةُ قَبْلَهُ ، فَأَيُّهُمَا أَسْلَمَ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْمَرْأَةِ ، فَهِيَ امْرَأَتُهُ ، وَإِنْ أَسْلَمَ بَعْدَ الْعِدَّةِ ، فَلَا نِكَاحَ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سورة الممتحنة ١٠ .

(٣) في الأصل : « ينقصد » ، وفي م : « يبعد » .

(٤) عبد الله بن شبرمة بن حسان الضبي ، أبو شبرمة الكوفي القاضي ، من فقهاء التابعين ، توفي سنة أربع وأربعين ومائة . طبقات الفقهاء ، للشيرازي ٨٤ . تهذيب التهذيب ٥ / ٢٥٠ ، ٢٥١ .

بينهما^(١). ولم يُعْلَم أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ زَوْجَيْنِ أَسْلَمَا، مع أَنَّ
جماعةً منهم^(٢) أَسْلَمُوا قَبْلَ أَزْوَاجِهِمْ؛ منهم أَبُو سُفْيَانَ، وجماعةً أَسْلَمَ
أَزْوَاجُهُمْ^(٣) قَبْلَهُمْ؛ منهم صَفْوَانُ بْنُ أُمَيَّةَ^(٤)، وَعِكْرِمَةُ^(٥)، وأبو العاصِ
ابنُ الرَّيِّعِ^(٦).

والفُرْقَةُ الواقعةُ بينهما فَسَخٌ؛ لَأَنَّهَا فُرْقَةٌ عَرِيتُ عَنِ الطَّلَاقِ، فَكَانَتْ
فَسْخًا، كَسَائِرِ الْفُسُوحِ.

فصل: وإن أَسْلَمَ الْحُرُّ وَتَحْتَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ^(٧) فَأَسْلَمْنَ مَعَهُ، أَوْ^(٨)
كُنَّ كِتَابِيَّاتٍ، أُمِرَ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا، وَيُخَلِّيَ سَائِرَهُنَّ، سَوَاءً تَزَوَّجَهُنَّ
فِي عَقْدٍ أَوْ عُقُودٍ مُتَفَرِّقَةٍ، وَسَوَاءً اخْتَارَ أَوَّلَ مَنْ عَقَدَ عَلَيْهَا أَوْ آخِرَهُنَّ؛ لِمَا
رَوَى قَيْسُ بْنُ الْحَارِثِ، قَالَ: أَسْلَمْتُ وَتَحْتِي ثَمَانٍ^(٩) نِسْوَةٍ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ

(١) انظر الكلام عليه في: الإرواء ٣٣٩/٦.

(٢) سقط من: الأصل.

(٣) في م: «أزواجهن».

(٤) انظر: الموطأ ٥٤٣/٢، ٥٤٤. السنن الكبرى ١٨٦/٧، ١٨٧.

(٥) انظر: الموطأ ٥٤٥/٢. السنن الكبرى ١٨٧/٧.

(٦) أخرجه أبو داود، في: باب إلى متى ترد عليه امرأته إذا أسلم بعدها، من كتاب الطلاق.
سنن أبي داود ٥١٩/١. والترمذي، في: باب ما جاء في الزوجين المشركين... من أبواب
النكاح. عارضة الأحوذى ٨٢/٥. وابن ماجه، في: باب الزوجين يسلم أحدهما قبل الآخر،
من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦٤٧/١. والإمام أحمد، في: المسند ٢١٧/١، ٢٦١.
وصححه في الإرواء ٣٣٩/٦ - ٣٤١.

(٧) سقط من: ف، م.

(٨) في ف: «و».

(٩) في الأصل: «ثلاث».

ﷺ فَقُلْتُ لَهُ ذَلِكَ ، فَقَالَ : « اخْتَرْتُ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) .

فَإِنْ أَبَى ، أُجْبِرَ بِالْحَبْسِ وَالتَّغْزِيرِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ عَلَيْهِ يُمَكِّنُهُ إِيفَاؤُهُ ، فَأُجْبِرَ عَلَيْهِ ، كَالدَّيْنِ . وَلَا يَمْلِكُ الْحَاكِمُ الْاِخْتِيَارَ عَنْهُ ؛ ^(٢) «لَأَنَّ الْحَقَّ» لَغَيْرِ مُعَيَّنٍ .
فَإِنْ جُنَّ ، نُحْلَى حَتَّى يُفِيقَ ، ثُمَّ يُخَيَّرَ ؛ لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ الْاِخْتِيَارِ ، فَأُشْبِهَ الْعَاجِزَ ^(٣) عَنِ الدَّيْنِ بِالْإِعْسَارِ . وَعَلَيْهِ نَفَقَةُ الْجَمِيعِ إِلَى أَنْ يَخْتَارَ ؛ لِأَنَّهُنَّ مَخْبُوسَاتٌ عَلَيْهِ بِحُكْمِ النِّكَاحِ .

فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ الْاِخْتِيَارِ ، لَمْ يَقُمْ وَاِرْتُهُ مَقَامَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، وَلَزِمَ جَمِيعَهُنَّ الْعِدَّةُ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ زَوْجَةً . وَعِدَّةُ الْحَامِلِ وَضَعُ حَمْلِهَا ، وَعِدَّةُ ذَوَاتِ الْأَشْهُرِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعِشْرُونَ ، وَعِدَّةُ ذَوَاتِ [٢٩٠ و] الْأَقْرَاءِ أَطْوَلُ الْأَجَلَيْنِ مِنْ ثَلَاثَةِ قُرُوءٍ وَ ^(٤) «عِدَّةُ الْوَفَاةِ» لِيَسْقُطَ الْفَرَضُ بَيَقِينٍ . وَالْمِيرَاثُ لِأَرْبَعٍ مِنْهُنَّ بِالْقُرْعَةِ ، إِلَّا أَنْ يَصْطَلِحَنَّ عَلَيْهِ ، فَيَكُونَ بَيْنَهُنَّ عَلَى ذَلِكَ .

فصل : والاختيار أن يقول : قد ^(٥) اخترت هؤلاء . أو : نكاح هؤلاء .

(١) فى : باب من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٩ / ١ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٨ / ١ . وحسنه فى الإرواء ٢٩٥ / ٦ ، ٢٩٦ .

(٢ - ٢) فى م : «لأنه حق» .

(٣) فى الأصل : «العجز» .

(٤) فى ف : «أو» .

(٥) سقط من : الأصل .

أو : أَمَسَكْتُهُنَّ . أو نحو هذا . وإن قال : اخْتَرْتُ فَسَخَ نِكَاحِ هَؤُلَاءِ . كان
اخْتِيَارًا لغيرهنَّ .

وإن طَلَّقَ واحدةً ، كان اخْتِيَارًا لها ؛ لأنَّ الطَّلَاقَ لا يكونُ إِلَّا لزوجَةٍ .
وإن قال : فَاَرَقْتُ هذه . ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، يكونُ اخْتِيَارًا لِنِكَاحِهَا ؛
لأنَّ الفِرَاقَ طَلَاقٌ . والثاني ، يكونُ فَسْخًا لِنِكَاحِهَا ، وَاخْتِيَارًا لغيرِهَا ؛
لقولِ النبي ﷺ : « أَمَسِكُ مِنْهُنَّ أَرْبَعًا ، وَفَارِقُ سَائِرَهُنَّ »^(١) . وهذا يَفْتَضِي
أن يكونَ لَفْظُ الفِرَاقِ صَرِيحًا في تَرْكِ نِكَاحِهَا . وإن وَطِئَ إِحْدَاهُنَّ ، كان
اخْتِيَارًا لها ، في قياسِ المَذْهَبِ ، كما لو وَطِئَ الجَارِيَةَ الْمَبِيعَةَ^(٢) في مُدَّةِ
الخِيَارِ . وإن آلَى أو^(٣) ظَاهَرَ مِنْهَا ، لم يكنِ اخْتِيَارًا لها ؛ لأنَّه يَصِحُّ في غيرِ
زَوْجَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ اخْتِيَارٌ لها ؛ لأنَّه لا يُؤَثِّرُ إِلَّا في زَوْجَةٍ . فإن طَلَّقَ
الْجَمِيعَ ، أُقْرِعَ بَيْنَهُنَّ ، فإذا وَقَعَتِ الْقُرْعَةُ على أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ ، فَهُنَّ الْمُخْتَارَاتُ ،
فَيَقَعُ طَلَاقُهُ بِهِنَّ ، وَيَنْفَسِخُ نِكَاحُ^(٤) الْبَوَاقِي . وله نِكَاحٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُنَّ بَعْدَ
انْقِضَاءِ عِدَّةِ الْمُطَلَّقاتِ .

وإن أَسْلَمَ قَبْلَهُنَّ ، وقال : كُلُّمَا أَسْلَمْتُ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ فَقَدْ اخْتَرْتُهَا .
أو : فقد فَسَخْتُ نِكَاحَهَا . لم يَصِحَّ ؛ لأنَّ الاخْتِيَارَ وَالْفَسْخَ لا يَصِحُّ
تَغْلِيْقُهُ على شَرْطٍ ، ولا على غيرِ مُعَيَّنٍ ؛ لأنَّه كَالْعَقْدِ ، ولأنَّ الفَسْخَ إِنَّمَا

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٧٤ .

(٢) في م : « المبيعة » .

(٣) في الأصل : « و » .

(٤) في م : « طلاق » .

يُسْتَحَقُّ فِيمَا زَادَ عَلَى الْأَرْبَعِ ، وَقَدْ يَجُوزُ أَنْ لَا^(١) يُسَلِّمَ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعِ .

وإن قال : كُلَّمَا أَسْلَمْتُ وَاحِدَةً فَهِيَ طَالِقٌ . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطٍ . وَكُلَّمَا أَسْلَمْتُ وَاحِدَةً ، طَلَّقْتُ ، وَكَانَ اخْتِيَارًا لَهَا . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ الْاِخْتِيَارَ الَّذِي لَا يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ .

وإن قال : اخْتَرْتُ فُلَانَةَ . أَوْ : فَسَخْتُ نِكَاحَهَا . قَبْلَ إِسْلَامِهَا ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَقْتٍ لاختيارٍ وَلَا فسخٍ . وَإِنْ طَلَّقَهَا ، كَانَ مَوْقُوفًا ؛ إِنْ أَسْلَمَتْ تَبَيَّنَا وَقُوعَ طَلَاقِهِ ، وَإِلَّا فَلَا .

وإن وَطِئَ وَاحِدَةً ، فَأَسْلَمَتْ فِي عِدَّتِهَا ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ وَطِئَ زَوْجَتَهُ . وَإِنْ لَمْ تُسَلِّمْ^(٢) فَقَدْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً .

وإن طَلَّقَ الْجَمِيعَ ، فَأَسْلَمْنَ فِي الْعِدَّةِ ، أَمَرَ بِاخْتِيَارِ أَرْبَعٍ مِنْهُنَّ ، فَتَبَيَّنَ وَقُوعُ طَلَاقِهِ بِهِنَّ ، وَيَعْتَدِدْنَ مِنْ حِينَ طَلَاقِهِ ، وَبِأَن سَائِرُهُنَّ بغيرِ طَلَاقٍ .

فصل : وإن أَسْلَمَ عَبْدٌ وَتَحْتَهُ أَكْثَرُ مِنْ اثْنَتَيْنِ ، فَأَسْلَمْنَ مَعَهُ ، لَزِمَهُ اخْتِيَارُ اثْنَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا فِي حَقِّهِ كَالْأَرْبَعِ فِي حَقِّ الْحُرِّ . فَإِنْ عَتَقَ قَبْلَ الْاِخْتِيَارِ ، لَمْ يَجُزْ لَهُ الزِّيَادَةُ عَلَى اثْنَتَيْنِ ؛^(٣) لِأَنَّهُ ثَبَتَ^(٣) لَهُ الْاِخْتِيَارُ وَهُوَ عَبْدٌ . وَإِنْ أَسْلَمَ وَعَتَقَ ثَمَّ أَسْلَمْنَ ، أَوْ أَسْلَمْنَ ثَمَّ عَتَقَ ، ثَمَّ أَسْلَمَ^(٤) ، لَزِمَهُ

(١) سقط من : ف .

(٢) في الأصل : « يسلم » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : الأصل .

نِكَاحُ أَرْبَعٍ ؛ لِأَنَّهُ فِي وَقْتِ الْاِخْتِيَارِ مِمَّنْ لَهُ نِكَاحُ أَرْبَعٍ .

فصل : وَمَنْ أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ أُخْتَانِ ، لَزِمَهُ أَنْ يَخْتَارَ إِحْدَاهُمَا ؛ لِمَا رَوَى الضَّحَّاكُ بْنُ فَيْرُوزَ عَنْ أَبِيهِ قَالَ : قُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي أَسْلَمْتُ وَتَحْتِي أُخْتَانِ . قَالَ : « طَلَّقْ أُيْتَهُمَا شِئْتَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) . وَلِأَنَّ الْجَمْعَ بَيْنَهُمَا مُحَرَّمٌ ، فَأُشْبِهَ الزِّيَادَةَ ^(٢) « عَلَى الْأَرْبَعِ » . وَهَكَذَا الْقَوْلُ فِي الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِيهَا ، وَالْمَرْأَةِ وَخَالَتِيهَا ؛ لِأَنَّ جَمْعَهُمَا مُحَرَّمٌ .

وإن أَسْلَمَ وَتَحْتَهُ امْرَأَةٌ وَبَنَاتُهَا وَلَمْ يَدْخُلْ بِالْأُمِّ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّهَا تَحْرُمُ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ عَلَى ابْنَتَيْهَا ، وَثَبَتَ [٢٩٠ ظ] نِكَاحُ بَنَاتِهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَحْرُمُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِأُمِّهَا . وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِالْأُمِّ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَحُرِّمَتَا عَلَى التَّأْيِيدِ .

فصل : وَلَوْ أَسْلَمَ حُرٌّ وَتَحْتَهُ إِمَاءٌ ، فَأُسْلِمْنَ مَعَهُ ، وَهُوَ مِمَّنْ لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُنَّ ^(٣) . وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُ الْإِمَاءِ ،

(١) فِي : بَابِ مَنْ أَسْلَمَ وَعِنْدَهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ أَوْ أُخْتَانِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ١ / ٥١٩ .

كَمَا أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَسْلَمُ وَعِنْدَهُ أُخْتَانِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ١ / ٦٢٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤ / ٢٣٢ . وَابْنُ بَيْهَقٍ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٧ / ١٨٤ ، ١٨٥ .

وَبَلْفَظٍ : « اخْتَر » . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الرَّجُلِ يَسْلَمُ وَعِنْدَهُ أُخْتَانِ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ / ٦٣ .

(٢ - ٢) فِي ف : « عَنْ أَرْبَعٍ » .

(٣) فِي م : « نِكَاحُ الْإِمَاءِ » .

اخْتَارَ مِنْهُنَّ وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ ابْتِدَاءَ نِكَاحِهَا ، فَمَلَكَ اخْتِيَارَهَا ، كَالْحُرَّةِ .

وَلَوْ أَسْلَمَ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَلَمْ يُسَلِّمْ حَتَّى أُعْسَرَ ، فَلَهُ الْاِخْتِيَارُ مِنْهُنَّ ؛
لَأَنَّ وَقْتَ الْاِخْتِيَارِ حِينَ اجْتِمَاعِهِمْ ^(١) عَلَى الْإِسْلَامِ ، فَاعْتَبِرَ حَالَهُ حِينَئِذٍ .
وَإِنْ أَسْلَمَ وَهُوَ مُعْسِرٌ ، فَلَمْ يُسَلِّمْ حَتَّى أُيْسَرَ ^(٢) ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الْاِخْتِيَارُ
مِنْهُنَّ ؛ لِذَلِكَ ^(٣) . ^(٤) وَإِنْ أَسْلَمَ بَعْضُهُنَّ وَهُوَ مُوسِرٌ ، وَبَعْضُهُنَّ وَهُوَ مُعْسِرٌ ،
فَلَهُ الْاِخْتِيَارُ مِمَّنْ اجْتَمَعَ إِسْلَامُهُ وَإِسْلَامُهُنَّ ^(٥) وَهُوَ مُعْسِرٌ ؛ لِذَلِكَ ^(٦) .

فَإِنْ أَسْلَمَتْ مَعَهُ وَاحِدَةٌ ، فَلَهُ اخْتِيَارُهَا ، وَلَهُ ^(٦) انْتِظَارُ الْبَاقِيَاتِ ؛ لِأَنَّ لَهُ
غَرَضًا صَحِيحًا فِيهِ . فَإِنْ اخْتَارَ الْأُولَى ، ثَبَتَ نِكَاحُهَا ، وَ ^(٧) انْقَطَعَتْ عِصْمَةُ
الْبَوَاقِي مِنْذُ اخْتَلَفَ دِينُهُمْ ^(٨) .

وَإِنْ اخْتَارَ فَسَخَ نِكَاحَ الْمُسْلِمَةِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ إِنَّمَا
يَكُونُ فِي الْفَضْلِ عَمَّنْ يَثْبُتُ نِكَاحُهَا ، وَلَا فَضْلَ . فَإِنْ فَسَخَ وَلَمْ تُسَلِّمْ
الْبَوَاقِي ، لَزِمَهُ نِكَاحُهَا ، وَبَطَلَ الْفَسْخُ . وَإِنْ أَسْلَمْنَ فَلَهُ اخْتِيَارُ وَاحِدَةٍ . فَإِنْ
اخْتَارَ الَّتِي فَسَخَ نِكَاحُهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ

(١) فِي م : « اجتماعهن » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « أعسر » .

(٣) فِي م : « كذلك » .

(٤ - ٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) فِي ف : « إسلامها » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « أما » .

(٧) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « إن » .

(٨) فِي م : « دينهن » .

كان قبل وقته ، فوجوده كعدمه . والثاني ، ليس له ذلك ؛ لأننا إنما منعنا الفسخ فيها لكونها غير فاضلة ، وبإسلام غيرها صارت فاضلة ، فصح فسخ نكاحها^(١) .

فصل : وإن أسلم وتحتة حرة وأمة ، فأسلمتا في عدتهما ، ثبت نكاح الحرة ، وبطل نكاح الأمة ؛ لأنه لا يجوز له ابتداء نكاح أمة وتحتة حرة . وإن لم تسلم الحرة^(٢) في عدتها ، ثبت^(٣) نكاح الأمة إن كان ممن يحل^(٤) له نكاح الإمام . وإن أسلمتا في العدة ، ثم ماتت الحرة ، أو عتقت الأمة ، لم يكن له إمساك الأمة ؛ لأن نكاحها انفسخ بإسلام الحرة . وإن عتقت الأمة قبل إسلامها ، فله إمساكها ؛ لأن الاعتبار بحالة اجتماعهم على الإسلام ، وهي حرة حينئذ . وإن أسلمت قبله وعتقت ، ثم أسلم الزوج ، فله إمساكها ؛ لذلك^(٥) .

ولو أسلم وتحتة إماء ، فأعتقت إحداهن^(٦) ، ثم أسلمن كلهن ، لزم نكاح الحرة ، وانفسخ نكاح الإمام . وإن أسلمت إحداهن ، ثم أعتقت ، ثم أسلم البواقي ، فله الاختيار منهن^(٧) ؛ لأن الاعتبار بحالة الاختيار ، وحالة

(١) في ف : « نكاحهما » .

(٢) في ف : « المرأة » .

(٣) بعده في م : « له » .

(٤) سقط من : ف ، م .

(٥) في م : « كذلك » .

(٦) في الأصل : « إحداهم » .

(٧) سقط من : الأصل .

الاختيار حالة اجتماعهما على الإسلام ، وهي أمة^(١) حيثئذ .

فصل : وإذا ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول ، انفسخ النكاح ؛ لاختلاف دينهما ، أو كون المرأة^(٢) بحال لا يحل نكاحها . وإن كان بعده ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، تتعجل الفرقة . والثانية ، تقف^(٣) على انقضاء العدة ؛ فإن اجتمعما على الإسلام قبل انقضائها ، فهما على النكاح ، وإن لم يجتمعا ، وقعت الفرقة من حين الردة ؛ لأنه انتقل عن دين يمنع ابتداء النكاح ، فكان حكمه ما ذكرنا ، كإسلام أحد الزوجين .

فصل : وإن انتقل الكتابي إلى دين غير أهل الكتاب ، كالمجوسية وغيرها ، ففيه ثلاث^(٢) روايات ؛ إحداهن ، يجبر على الإسلام ، ولا يقبل منه غيره ؛ لأن ماسواه باطل ، اعترف^(٤) ببطلانه ؛ فإنه لما كان على دينه اعترف بطلان ماسواه ، ثم اعترف^(٤) [٢٩١ و] بطلان دينه حين انتقل عنه ، فلم يبق إلا الإسلام . والثانية ، لا يقبل منه إلا الإسلام ، أو^(٥) الدين الذي كان عليه ؛ لأننا أقرزناه عليه أولاً ، فنقره عليه ثانياً . والثالثة ، لا يقبل منه إلا الإسلام ، أو دين أهل الكتاب ؛^(٤) لأنه دين أهل كتاب ، فيقر عليه^(٤) ،

(١) في ف : « حرة » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في ف : « تقر » .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) في الأصل : « و » .

^(١) كغيره من أهل ذلك الدين .

وإن انتقل المجوسى إلى دين أهل الكتاب^(١) ، أو انتقل كيتابى إلى دين آخر من دين أهل الكتاب ، ففيه ثلاث روايات ؛ إحداهن ، لا يُقبلُ منه إلا الإسلام ؛ لما ذكرنا . والثانية ، يُقرُّ على ما انتقل إليه . والثالثة ، لا يُقبلُ منه إلا الإسلام أو دينه الذى كان عليه ؛ لما تقدّم .

وإذا قلنا : لا يُقبلُ منه إلا الإسلام . ففيه روايتان ؛ إحداهما ، أنه^(٢) يُجبرُ عليه بالقتل ، كالمزتد . والثانية ، أنه إن انتقل إلى المجوسية ، أُجبر بالقتل ، وإن انتقل إلى دين أهل الكتاب ، لم يُجبر بالقتل ، و^(٣) لكن يُجبر بالضرب والحبس ؛ لأنه لم يخرج عن دين أهل الكتاب ، فلم يُقتل^(٤) ، كالباقي على دينه . وكل موضع قلنا : لا يُقرُّ . فإذا انتقلت الكتابة المتروجة للمسلم ، فحكمها حكم المرتدة ، على ما يُن^(٥) فى موضعه .

فصل : إذا أسلم الزوجان قبل الدخول ، فقالت المرأة : أسلم أحدنا فانفسخ النكاح . وقال : بل أسلمنا معاً . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، القول قول الزوج ؛ لأن الأصل بقاء النكاح . والثانى ، القول قولها ؛ لأن الظاهر معها ، فإن اجتماع إسلاميهما حتى لا يسبق أحدهما الآخر بعيد . وإن

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

(٤) فى الأصل ، م : « يقبل » .

(٥) فى م : « بين » .

اتَّفَقَا عَلَى سَبْقِ أَحَدِهِمَا ، وَقَالَتِ الْمَرْأَةُ : أَنْتَ السَّابِقُ فَعَلَيْكَ نِصْفُ الْمَهْرِ .
 وَقَالَ الزَّوْجُ : بَلْ أَنْتِ سَبَقْتِ فَلَا مَهْرَ لَكَ . فَاَلْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ
 بَقَاءُ الْمَهْرِ وَعَدَمُ سُقُوطِهِ . وَإِنْ أَسْلَمَا بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَقَالَ الزَّوْجُ : أَسَلَمْتُ
 فِي عِدَّتِكَ ، فَالنِّكَاحُ بَاقٍ . وَقَالَتْ : بَلْ انْقَضَتْ عِدَّتِي قَبْلَ إِسْلَامِكَ .
 فَاَلْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ الْقَوْلَ
 قَوْلُ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ إِسْلَامِ الثَّانِي . وَإِنْ قَالَ : أَسَلَمْتُ قَبْلَكَ ، فَلَا
 نَفَقَةَ لَكَ . وَقَالَتْ : بَلْ أَسَلَمْتُ قَبْلَكَ ، فَلِيَ النِّفَقَةُ . ففِيهِ وَجْهَانِ ؛
 أَحَدُهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ وُجُوبُ النِّفَقَةِ . وَالثَّانِي ، الْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛
 لِأَنَّ النِّفَقَةَ إِنَّمَا تَجِبُ بِالتَّمَكُّينِ مِنَ الْإِسْتِمْتَاعِ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ وُجُودِهِ ^(١) .

فصل : إِذَا أَسْلَمَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ الْكَافِرَيْنِ ، ثُمَّ ارْتَدَّ ، وَلَمْ يُسْلِمِ الْآخَرُ
 فِي الْعِدَّةِ ، فَعِدَّتُهَا مِنْ حِينَ أَسْلَمَ الْأَوَّلُ . وَإِنْ أَسْلَمَ الثَّانِي فِي الْعِدَّةِ ،
 فَابْتِدَاءُ الْعِدَّةِ مِنْ حِينَ ارْتَدَّ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ اخْتِلَافِ الدِّينِ بِإِسْلَامِ الْأَوَّلِ زَالٍ
 بِإِسْلَامِ الثَّانِي مِنْهُمَا .

وَلَوْ أَسْلَمَ رَجُلٌ وَتَحْتَهُ عَشْرُ نِسْوَةٍ فَأَسْلَمْنَ ، ثُمَّ ارْتَدَدْنَ ، أَوْ ارْتَدَّ
 ذَوْنَهُنَّ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَخْتَارَ مِنْهُنَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْعَقْدَ عَلَيْهِنَّ فِي الْحَالِ .

فصل : وَلَوْ أَسْلَمَ عَبْدٌ وَتَحْتَهُ أَمَةٌ كَافِرَةٌ فَأُعْتِقَتْ ، أَوْ أَسَلَمَتْ قَبْلَهُ ثُمَّ
 أُعْتِقَتْ ، فَلَهَا فَسْخُ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهَا عَتَقَتْ تَحْتَ عَبْدٍ ، فَإِذَا فَسَخَتْ ، ثُمَّ
 أَسْلَمَ الثَّانِي فِي الْعِدَّةِ ، بَانَ بِفَسْخِ النِّكَاحِ ، وَإِنْ لَمْ يُسْلِمِ الثَّانِي ، تَبَيَّنَا أَنَّهَا

(١) فِي ف ، م : « وَجُوبِهِ » .

بانت باختلاف الدين . وعليها عدة حرة في الموضعين ؛ لأنها وجبت وهي حرة ، أو عتقت في أثناء عدة يمكن الزوج تلافى نكاحها^(١) فيها ، فأشبهت الرجعية .

وإن أحررت الفسخ حتى أسلم الثاني منهما ، لم يسقط حقها ؛ لأنها تركته اعتماداً على جريانها [٢٩١ ظ] إلى البيئونة ، فأشبهت الرجعية . وإن قالت^(٢) : قد رضيت بالزوج . فذكر القاضي أنه يسقط حقها ؛ لأنها رضيته في حال يمكن فسخه ، فصَحَّ ، كحالة اجتماعهما على الإسلام .

(١) في الأصل : « النكاح » .

(٢) في الأصل : « قال » .

كِتَابُ الصَّدَاقِ

يُسْتَحَبُّ أَنْ يُعْقَدَ النِّكَاحُ بِصَدَاقٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَتَزَوَّجُ وَيُزَوِّجُ بَنَاتِهِ بِصَدَاقٍ . وَعَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ جَاءَتْهُ امْرَأَةٌ ، فَقَالَتْ : إِنِّي وَهَبْتُ نَفْسِي لَكَ ، فَقَالَ رَجُلٌ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، زَوِّجْنِيهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكَ بِهَا حَاجَةٌ ، فَقَالَ : « هَلْ عِنْدَكَ مِنْ شَيْءٍ تُصَدِّقُهَا إِيَّاهُ ؟ » . فَقَالَ : مَا عِنْدِي إِلَّا إِزَارِي هَذَا . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِزَارُكَ إِنْ أُعْطِيَتْهَا إِيَّاهُ ، جَلَسْتَ وَلَا إِزَارَ لَكَ ، فَالْتِمِسْ شَيْئًا » . قَالَ : لَا أَجِدُ . قَالَ : « التَّمِسْ وَلَوْ خَاتَمًا مِنْ حَدِيدٍ » . فَالْتَمَسَ فَلَمْ يَجِدْ شَيْئًا ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : ^(١) « هَلْ مَعَكَ شَيْءٌ مِنَ الْقُرْآنِ ؟ » . قَالَ : نَعَمْ ، سُورَةُ كَذَا ، وَسُورَةُ كَذَا . لِسُورٍ يُسَمِّيْهَا . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : ^(٢) « زَوِّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وَلِأَنَّهُ أَقْطَعُ لِلنِّزَاعِ فِيهِ .

وَيَجُوزُ مِنْ غَيْرِ صَدَاقٍ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ ﴾ ^(٣) . فَأُثْبِتَ الطَّلَاقَ مَعَ عَدَمِ الْفَرَضِ . وَلِأَنَّ الْقَصْدَ بِالنِّكَاحِ الْوُضْعَةَ وَالِاسْتِمْتَاعَ ، وَهُوَ

(١ - ١) زيادة من : م .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٥٧ .

(٣) سورة البقرة ٢٣٦ .

حَاصِلٌ بِغَيْرِ صَدَاقٍ .

فصل : ويجوزُ أن يكونَ الصَّدَاقُ قليلاً ؛ لقولِ النبي ﷺ : « التَّمَسَّ وَلَوْ خَاتِماً مِنْ حَدِيدٍ » . ولأنَّه بدلٌ مَنْفَعَتِهَا ، فكانَ تَقْدِيرُهُ إليها ، كأَجْرَتِهَا . ويجوزُ أن يكونَ كثيراً ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَهُنَّ قِنْطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا ﴾ ^(١) . ولا تُسْتَحَبُّ الزِّيَادَةُ عَلَى خَمْسِمَائَةِ دِرْهَمٍ ؛ لأنَّه صَدَاقُ أَزْوَاجِ النبي ﷺ وَبَنَاتِهِ ^(٢) ، بِدَلِيلِ مَا رَوَى أَبُو سَلَمَةَ قَالَ : سَأَلْتُ عَائِشَةَ عَنْ صَدَاقِ النبي ﷺ فَقَالَتْ : ثِنْتَا عَشْرَةَ أُوقِيَّةً وَنَشٌّ . فَقُلْتُ : وَمَا نَشٌّ ؟ قَالَتْ : نِصْفُ أُوقِيَّةٍ . رَوَاهُ ^(٣) مُسْلِمٌ ، وَ^(٤) أَبُو دَاوُدَ . « وَلأنَّه ^(٥) إِذَا كَثُرَ ، أَجْحَفَ ، وَدَعَا إِلَى الْمَقْتِ .

وَيُسْتَحَبُّ تَخْفِيفُهُ ؛ لِمَا رَوَتْ عَائِشَةُ عَنِ النبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « أَعْظَمُ ^(٥)

(١) سورة النساء ٢٠ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) زيادة من : م .

والحديث أخرجه مسلم ، في : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٤٢ / ٢ . وأبو داود ، في : باب الصداق ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٨٥ / ١ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب القسط في الأصدقة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٩٦ / ٦ . وابن ماجه ، في : باب صداق النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٠٧ / ١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٩٤ / ٦ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥ - ٥) في الأصل : « فقالت » .

النِّسَاءِ بَرَكَهٗ أَتَيْسَرُهُنَّ^(١) مُؤَنَّةٌ . رَوَاهُ أَحْمَدُ^(٢) .

فصل : وكل ما جاز ثمنًا^(٣) في بيع^(٣) ، أو عوضًا في إجارة ؛ من دين وعين ، وحال ومؤجل ، ومنفعة معلومة ، من حرٍّ أو عبد ، كردَّ عبدها من مكان معين ، وخدمتها في شيء معلوم ، جاز أن يكون صداقًا ؛ لأنَّ الله تعالى أخبر عن شعيب أنه قال : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَي هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبِيبٌ ﴾^(٤) . فجعل الرِّعَى صداقًا . ولأنَّه عقدٌ على المنفعة ، فجاز ما ذكرنا ، كالإجارة .

فصل : وما لا يجوز أن يكون ثمنًا ولا أجرًا ، لا يجوز أن يكون صداقًا ؛ كالحَمْرِ ، وتعليم التَّوراة والإنجيل ، وتعليم الذِّمِّيَّةِ الْقُرْآنَ ، والمُعْدُومِ ، وما لم يَتَمَّ ملكه عليه ، كالمبيعِ الْمُعْتَبَرِ قَبْضُهُ قَبْلَ قَبْضِهِ ، وما لا يَقْدِرُ على تسليمه ؛ كالأبق ، والطَّيرِ في الهواء ؛ لأنَّه عوضٌ في عقد ، فَأُشْبِهَ عِوَضَ الْبَيْعِ^(٥) [٢٩٢و] والإجارة .

ولا يصح أن يكون مجهولًا ؛ كعبد ، وثوب . وهذا اختيار أبي بكر .

(١) في ف : « أخفهن » .

(٢ - ٢) في الأصل ، ف : « أبو حفص » .

والحديث أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٤٥ / ٦ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب بركة المرأة ، من كتاب عشرة النساء . السنن الكبرى ٥ /

٤٠٢ . وانظر الكلام على الحديث في : الإرواء ٣٤٨ / ٦ - ٣٥٠ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة القصص ٢٧ .

(٥) في ف : « المبيع » .

وقال القاضي : يَصِحُّ في مَجْهُولِ جَهَالَةٍ لا تَزِيدُ على مَهْرِ المِثْلِ ؛ كَعَبْدٍ ،
أو فَرَسٍ ، أو بَعِيرٍ ، أو ثَوْبٍ هَرَوِيٍّ ، أو قَفِيرِ حِنْطَةٍ ، أو قِنْطَارِ زَيْتٍ ؛ لِأَنَّهُ لو
تَزَوَّجَهَا على مَهْرٍ مِثْلِهَا ، صَحَّ مع كَثْرَةِ الجَهْلِ ، فهذا أَوَّلَى .

فإن زادت جهالته على جهالة مهر المثل ؛ كَثُوبٍ ، ودَابَّةٍ ، وحُكْمِ
إِنْسَانٍ ، ورَدُّ عِبْدِهَا أين كان ، وخِدْمَتِهَا فيما أرادت ، لم يَصِحَّ . وقال أبو
الخطَّابِ : إن تزوّجها على عَبدٍ من عبيده ، صَحَّ ، ولها^(١) أحدهم بالْقُرْعَةِ ،
نَصَّ عليه أحمدُ . قال^(٢) : وعلى هذا يُخْرِجُ إذا أَصْدَقَهَا قَمِيصًا من
قُمُصَانِهِ ، أو عِمَامَةً من عَمَائِمِهِ ، أو دَابَّةً من دَوَابِّهِ ؛ لِأَنَّ الجَهَالََةَ تَقِلُّ فيه ،
ولا يَصِحُّ على عَبدٍ مُطْلَقٍ ؛ لِأَنَّ الجَهَالََةَ تَكْثُرُ . ولنا ، أَنَّهُ عِوَضٌ في عَقْدِ
مُعَاوَضَةٍ ، فلم يَصِحَّ مَجْهُولًا ، كَثَمَنِ المَبِيعِ . وتأوَّل أبو بَكْرٍ نَصَّ أحمدَ
على أَنَّهُ عَيَّنَ عَبْدًا فَأَشْكَلَ عليه .

فإن أَصْدَقَهَا ما لا يجوزُ^(٣) صَدَاقًا ، لم يَنْتَهِلِ النِّكَاحُ . ونقل المَرْوُذِيُّ
عن أحمدَ^(٤) : إذا تَزَوَّجَ على مالٍ بَعَيْنِهِ غيرَ طَيِّبٍ . فَكَرِهَهُ^(٥) ، وَأَعْجَبَهُ
اسْتِقْبَالُ النِّكَاحِ . وهذا يَدُلُّ على أَنَّ النِّكَاحَ لا يَصِحُّ . اخْتَارَهُ أبو بَكْرٍ ؛
لِأَنَّهُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ ، فَفَسَدَ بفسادِ العِوَضِ ، كَالْبَيْعِ . والأَوَّلُ أَوَّلَى ؛ لِأَنَّ

(١) في الأصل : « له » .

(٢) سقط من : م .

(٣) بعده في م : « أن يكون » .

(٤ - ٤) زيادة من : م .

(٥) في م : « أنه كرهه » .

فساده ليس بأكثر من عدمه ، وعدمه لا يُفسد العقد ، ويجب لها مهر المثل ؛ لأنها لم ترض إلا ببدل ، ولم يُسلم البدل ، وتعذر رد العوض ، فوجب رد بدله ، كما لو باعه سلعة بخمر ، فتلفت عند المشتري . وعلى قول القاضى ، إذا أصدقها مجهولاً ، وجب لها الوسط ، ووسط العبيد السندى ، فيجب ذلك لها . وإن جاءها بقيمتها ، لزم قبوله ؛ قياساً على الإبل فى الدية .

فصل : فإن أصدقها عبداً فخرج حراً أو مستحقاً ، فلها قيمته ؛ لأن العقد وقع على التسمية ؛ لأنها رضىت بقيمته إذ^(١) ظنته مملوكاً ، وقد تعذر تسليمه ، فكانت لها قيمته ، كما لو وجدته معيباً فردته . وإن أصدقها مثلياً فخرج مستحقاً ، فلها مثله ؛ لأنه أقرب إليه ، ولذلك يُضمن به فى الإثلاف . وإن أصدقها عصيراً فخرج خمرًا ، فذكر القاضى أن لها قيمته ؛ لأن الخمر ليس من ذوات الأمثال . ويحتمل أن يلزمه مثل العصير المسمى ؛ لأنه مثلى ، فوجب إبداله بمثله ، كما لو أثلفه . ويفارق هذا ما إذا قال : أصدقك هذا الخمر . أو : هذا الحر . لأنها رضىت بما لا قيمة له ، فأشبهت المفوضة ، ولم ترض ههنا بذلك .

وإن قال : أصدقك هذا الخمر . و^(٢) أشار إلى الخل . أو^(٣) : هذا الحر . وأشار إلى عبده ، صح ، ولها المشار إليه ؛ لأنه محل يصح العقد عليه ، فلم يختلف حكمه باختلاف تسميته ، كما لو قال : أصدقك هذا الأبيض .

(١) فى الأصل : « إذا » .

(٢) سقط من : م .

(٣) فى الأصل : « و » .

وأشار إلى الأسود .

وإن تزوّجها على شيء فخرج مبيعًا ، فهي مُخَيَّرَةٌ بين أخذ أرشيه ، وبين رده وأخذ قيمته ، أو مثله إن كان مثليًا ؛ لما ذكرنا في أوّل الفصل .

فصل : وإذا تزوّج الكافر كافرةً مُحَرَّم ، ثم أسلمًا ، أو تحاكما إلينا قبل الإسلام والقَبْضِ ، سَقَطَ [٢٩٢ظ] المُسَمَّى ، وَوَجِبَ مَهْرُ المِثْلِ ؛ لأنّه لا يُمكن إجباره على تسليم المحرّم . وإن كان بعد القَبْضِ ، برئت ذمّته ، كما لو تبايعا بئعًا فاسدًا ^(١) وقد ^(٢) تقابضا . وإن قبضت البعض ، برئت ذمّته من المقبوض ، وَوَجِبَ بقسط ما بقى من مهر المثل . فإن كان الصّدّاقُ خنزيرين ، أو زقني خمر ، أو زق خمر ^(٣) وخنزيرًا ، قبضت ^(٤) أحدهما ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يُعتَبَرُ العدّد ؛ لأنّه لا قيمة له ، فكان الجميع واحدًا ، فيقسط على عدده ، فيسقط نصف الصّدّاق ، ويجب نصف مهر المثل . والثاني ، يُعتَبَرُ بقيمته عندهم ، أو بالكيل إن كان مكيلاً ؛ لأنّه أخصر ^(٤) .

فصل : وإن تزوّج امرأة على أن يشتري لها عبدًا بعينه ، صحّ ؛ لأنّه أصدّقها تحصيل عبدٍ مُعَيَّن ، فصحّ ، كما لو أصدّقها ردّ عبدها من مكانٍ مُعَيَّن ، فإن لم يُبَع ، أو طُلب به أكثر من قيمته ، فلها قيمته ؛ لأنّه تعذّر

(١ - ١) في الأصل : «أو» ، وفي م : «و» .

(٢) في الأصل : «أو» .

(٣) في م : «وقبضت» .

(٤) في م : «أخصر» .

تَسْلِيمُ الْمُسَمَّى ، فَوَجِبَتْ قِيَمَتُهُ ، كَمَا لَوْ تَلَفَ . وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى أَنْ يُعْتَقَ
أَبَاهَا ، صَحَّ ؛ لِذَلِكَ ^(١) . وَمَتَى تَعَذَّرَ إِعْتَاقُهُ ، وَجِبَتْ قِيَمَتُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .
^(٢) وَفِي ^(٣) الْمَسْأَلَتَيْنِ إِذَا أُمِكنَ ^(٤) الْوَفَاءُ بِمَا شَرَطَهُ ، فَبَدَلَ قِيَمَتِهِ ، لَمْ يُلْزَمُهَا
قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ ثَبَتَ لَهَا فِي مُعَيَّنٍ ، فَلَمْ يُلْزَمْ قَبُولُ عِوَضِهِ مَعَ إِمْكَانِهِ ، كَمَا
لَوْ قَالَ : أَصْدَقْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ .

وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى عَبْدٍ مَوْصُوفٍ فِي الذِّمَّةِ ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَصْلُحُ أَنْ
يَكُونَ عِوَضًا فِي الْبَيْعِ ، وَلَا يُلْزَمُهَا قَبُولُ قِيَمَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتْ عَبْدًا بِعَقْدِ
مُعَاوَضَةٍ ، فَلَمْ يُلْزَمُهَا قَبُولُ قِيَمَتِهِ ، كَالْمَبِيعِ . وَعِنْدَ الْقَاضِي يُلْزَمُهَا قَبُولُهَا ؛
قِيَاسًا عَلَى الْإِبِلِ فِي الدِّيَةِ .

فصل : وَإِنْ تَزَوَّجَهَا عَلَى طَلَاقِ زَوْجَتِهِ الْأُخْرَى ، لَمْ يَصِحَّ الصَّدَاقُ ؛
لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « ^(٥) لَا يَحِلُّ لَامْرَأَةٍ تَسْأَلُ » طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتَكْتَفِيَ
مَا فِي صَحْفَتِهَا ^(٦) ، « فَإِنَّمَا لَهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » ^(٧) . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ .

(١) فِي م : « كَذَلِكَ » .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ ، ف : « فِي » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « مَلِك » .

(٤ - ٤) فِي م : « تَسْأَلُ الْمَرْأَةَ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، م : « صَفَحَتِهَا » ، وَبَعْدَهُ فِي م : « أَوْ إِنَائِهَا ، وَلِتُكْجَح » .

(٦ - ٦) فِي م : « فَإِنَّمَا رَزَقَهَا عَلَى اللَّهِ » .

(٧) بَعْدَهُ فِي م : « وَمُسْلِم » .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَبِيعُ عَلَى بَيْعِ أَخِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيْعِ ، وَفِي : =

وعنه^(١)، يَصِحُّ؛ لأنَّ لها فيه غَرَضًا صحيحًا، أَشْبَهَ عِتْقَ أَبِيهَا. فإن فات طَلَّاقُهَا بِمَوْتِهَا^(٢)، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ: قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّ لها مَهْرَ الْمَيِّتَةِ؛ لأنَّ عَوَضَ طَلَّاقِهَا مَهْرُهَا، فَأَشْبَهَ قِيَمَةَ الْعَبْدِ. وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ لها^(٣) مَهْرُ الْمِثْلِ؛ لأنَّ الطَّلَاقَ لَا قِيَمَةَ له وَلَا مِثْلَ.

فصل: وإن تزوّجها على أَلْفٍ إن كان أبوها حيًّا، وألْفَيْنِ إن كان ميِّتًا، فالتَّسْمِيَةُ فاسِدةٌ؛ لأنَّها في مَعْنَى يَتَعَتَيْنِ في يَتَعَةٍ.

وإن تزوّجها على أَلْفٍ إن^(٤) لم يكن له زَوْجَةٌ، وعلى أَلْفَيْنِ إن كان له زَوْجَةٌ، فقال أحمدُ: تَصِحُّ التَّسْمِيَةُ. وقال أبو بَكْرٍ والقاضي: في المسألتين جميعًا روايتان. جَعَلَا نَصَّهُ في إحدَى المسألتين رِوَايَةً في

= باب ما لا يجوز من الشروط في النكاح، وباب الشروط في الطلاق، من كتاب الشروط، وفي: باب الشروط التي لا تحل في النكاح، من كتاب النكاح، وفي: باب ﴿وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ قَدَرًا مَقْدُورًا﴾، من كتاب القدر. صحيح البخارى ٩١/٣، ٢٥٠، ٢٥١، ٢٦٧/٧، ١٥٣/٨.

كما أخرجه مسلم، في: باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح، من كتاب النكاح. صحيح مسلم ١٠٢٩/٢، ١٠٣٠. وأبو داود، في: باب في المرأة تسأل زوجها طلاق امرأة له، من كتاب الطلاق. سنن أبي داود ٥٠٣/١. والترمذى، في: باب ما جاء لاتسأل المرأة طلاق أختها، من أبواب الطلاق. عارضة الأحوذى ١٦٥/٥، ١٦٦. والنسائى، في: باب النهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، من كتاب النكاح، وفي: باب بيع المهاجر للأعرابى، وباب النجش، من كتاب البيوع. المجتبى ٥٩/٦، ٢٢٤/٧، ٢٢٧. والإمام أحمد، في: المسند ٤١/٢، ٤٢، ٢٣٨، ٢٧٤، ٣١١، ٣٩٤، ٥٠٨، ٥١٢، ٥١٦.

(١) بعده في الأصل: «لا».

(٢) في الأصل: «بموته».

(٣) سقط من: م.

(٤) سقط من: الأصل.

الأخرى ؛ لتماثلهما ، إحداهما ، فساد التسمية . اختاره أبو بكر ؛ لأنه لم يُعَيَّن العوض ، ففسد ، كبيعَتَيْن في بَيْعَةٍ . والثانية ، يَصِحُّ ؛ لأنَّ الألفَ معلومةٌ ، وإنما جهلت الثانية ، وهي مُعلَّقة على شرط ، فإن وُجد ، كانت زيادة في الصَّدَاقِ ، والزيادة فيه صحيحة .

فصل : فإن أصدقها تعليم شيءٍ مباح ؛ كصناعة ، أو كتابة ، أو فقه ، أو حديث ، أو لغة ، أو شعر ، لها أو لغيرها ، صحَّ ؛ لأنه أخذ عوضي الإجارة ، فجاز صدقًا ، كالأثمان .

فإن أصدقها تعليم شيءٍ لا يُحسِنُه ، نظرت ؛ فإن قال : أُحصِّلُ لك تعليمه . صحَّ ؛ لأنها منفعةٌ في [٢٩٣و] ذمته لا تختصُّ به ، فأشبه ما لو أصدقها دينارًا لا يقدر عليه . وإن قال : على أن أعلمك . فذكر القاضي في « الجامع » أنه لا يَصِحُّ ؛ لأنه تعيَّن بفعله ، وهو عاجز عنه . وقال في « المجرد » : يَحْتَمِلُ أن يَصِحَّ ؛ لأنه يقع في ذمته ، فصَحَّ ؛ لما ذكرنا . فإن تعلَّمَتها من غيره ، أو تعذَّر عليه تعليمها ، فعليه أجره تعليمها ، وإن أتته غيرها ليعلِّمها مكانها ، لم يلزمه ذلك ؛ لأنهما يختلفان في سرعة التعليم و^(١) إبطائه . ويَحْتَمِلُ أن يلزمه إذا أتته بمن يجري مجراها ، كمن اُكْتَرَى شيئًا ، جاز أن يؤلِّيه لمن يقوم مقامه .

وإن طلقها بعد الدخول قبل تعليمها ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يُعلِّمها من وراء حجاب ، كما يسمَعُ الحديث من الأجنبية . والثاني ، عليه أجره

(١) في الأصل «أو» .

التَّعْلِيمُ ؛ لَأَنَّهَا صَارَتْ أَجْنَبِيَّةً ، فَلَا تُؤْمَنُ الْفِتْنَةُ عَلَيْهِمَا فِي تَعْلِيمِهَا ، أَمَّا الْحَدِيثُ ، فَإِنَّ الْحَاجَةَ دَاعِيَةً إِلَى سَمَاعِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا بَدَلَ^(١) لَهُ . وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَفِي تَعْلِيمِهِ النُّصْفَ الْوَجْهَانِ . فَإِنْ طَلَّقَهَا بَعْدَ تَعْلِيمِهَا ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِنُصْفِ أَجْرَةِ التَّعْلِيمِ .

فصل : وَإِنْ أَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ الْقُرْآنِ أَوْ شَيْءٍ مِنْهُ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَجُوزُ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ الْقُرْآنِ »^(٢) . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ تَعْلِيمَ الْقُرْآنِ لَا يَقَعُ إِلَّا قُرْبَةً لِمُصَاحِبِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ صَدَاقًا ، كَتَعْلِيمِ الْإِيمَانِ . وَقَدْ رَوَى النَّجَّادُ^(٣) بِإِسْنَادِهِ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ زَوَّجَ رَجُلًا عَلَى سُورَةٍ مِنَ الْقُرْآنِ ، ثُمَّ قَالَ : « لَا تَكُونُ لِأَحَدٍ بَعْدَكَ مَهْرًا »^(٤) . فَإِنْ قُلْنَا بِجَوَازِهِ ، فَأَصْدَقَهَا تَعْلِيمَ بَعْضِ الْقُرْآنِ ، فَمِنْ شَرْطِهِ تَعْيِينُ ذَلِكَ الْبَعْضِ ؛ لِأَنَّ التَّعْلِيمَ وَالْمَقَاصِدَ تَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِهِ .

وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ إِنْ^(٥) كَانَ فِي الْبَلَدِ قِرَاءَاتٌ ، افْتَقَرَ إِلَى تَعْيِينِ أَحَدِهَا ؛ لِأَنَّ حُرُوفَ الْقُرْآنِ تَخْتَلِفُ ، فَأَشْبَهَ تَعْيِينَ الْآيَاتِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَفْتَقَرُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ اخْتِلَافٌ يَسِيرٌ ، وَكُلُّ حَرْفٍ يَثُوبُ مَنَابٍ

(١) فِي الْأَصْلِ : « بَدَل » .

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ٢٥٧ .

(٣) أَحْمَدُ بْنُ سَلْمَانَ بْنِ الْحَسَنِ النَّجَّادِ أَبُو بَكْرٍ ، الْفَقِيهَ الْحَنْبَلِيَّ ، كَانَ مَكْثَرًا مِنَ الْحَدِيثِ ، تَوَفَّى سَنَةَ ثَمَانٍ وَأَرْبَعِينَ وَثَلَاثِمِائَةً . الْبَابُ ٣/٢١٣ ، ٢١٤ . طَبَقَاتُ الْحَنَابِلَةِ ٧/٢ - ١٢ .

(٤) أَخْرَجَهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي : سَنَنِهِ ١/١٧٦ . وَقَالَ الْأَلْبَانِيُّ : مَنْكَرٌ . الْإِرْوَاءُ ٦/٣٥٠ . وَانْظُرْ : سِلْسِلَةُ الْأَحَادِيثِ الضَّعِيفَةِ وَالْمَوْضُوعَةِ ٢/٤١٣ .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

صاحبه ، فأشبهه ما لو أصدقها قفيزًا من صبرة .

فصل : ويصح أن يكون الصداق معجلًا ومؤجلًا . فإن أطلق ذكره ، كان حالًا ؛ لأنه عوض في عقد معاوضة ، أشبه الثمن . فإن شرطه مؤجلًا إلى مدة معلومة ، فهو إلى أجله . وإن لم يذكر أجله ، فقال أبو الخطاب : لا يصح ، ولها مهر المثل ؛ قياسًا على الثمن في المبيع . وقال القاضي : يصح . وهو ظاهر كلام أحمد ؛ لأنه قال : إذا تزوج على العاجل والآجل ، لا يحل الآجل إلا بموت أو فُرقة ؛ لأنَّ الصداق يجوز أن يكون مجهولًا فيما إذا تزوجها على مهر المثل ، فالتأجيل التابع له أولى . فعلى هذا ، محلُّ الأجل الفُرقة بموت أو غيره ؛ لأنَّ المطلق يُحمل على العرف ، والعادة في الآجل تزوجه إلى الفُرقة ، فحمل عند الإطلاق عليه .

فصل : وإذا تزوجها على صداقين سرٍّ وعلائية ، فقال الخرقي : يؤخذ بالعلائية ؛ لأنَّ الزائد على صداق السرِّ زيادة زادها في الصداق ، وإلحاق الزيادة بالصداق جائزة . وقال القاضي : الواجب مهر العقد الذي انعقد به النكاح ، سرًّا كان أو علائية ؛ لأنه الذي انعقد به النكاح ، فكان الواجب المسمى فيه ، كما لو انفرد .

فصل : وإلحاق الزيادة بالصداق جائزة ، فإن زادها في صداقها [٢٩٣ ظ] شيئًا بعد انبرام^(١) العقد ، جاز ، وكان الجميع صداقًا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَاتَّوهُنَّ أَجُورَهُنَّ فَرِيضَةً وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُمْ بِهِ ۖ

(١) في ف : « التزام » .

مِنْ بَعْدِ الْفَرِيضَةِ^(١) .

فصل : وإذا تزوّج أربعا بصدّاق واحد ، صحّ ؛ لأنّ جُمْلَةَ صَدَاقِهِنَّ معلوم ، فصَحّ ، كما لو اشترى أربعة أعْبُدِ بثمانٍ واحدٍ^(٢) ، ويُقسَمُ بَيْنَهُنَّ على قدرِ مُهورِهِنَّ ، كما يتقَسَّطُ ثَمَنُ الأَعْبُدِ على قِيَمَتِهِمْ . وقال أبو بكرٍ : يُخَرَّجُ فيه وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُقَسَّمُ بَيْنَهُنَّ على عَدَدِهِنَّ ؛ لأنَّهُ أُضِيفَ^(٣) إِلَيْهِنَّ إضافةً واحدةً ، فَأُشْبِهَ ما لو أَقْرَأَ لَهُنَّ . وهكذا القولُ فيما لو خَالَعَهُنَّ بِعَوَضٍ واحدٍ ، أو كَاتَبَ عبيدَهُ^(٤) بِعَوَضٍ واحدٍ .

فصل : وتَمْلِكُ المرأةُ المُسَمَّى بالعَقْدِ إن كان صحيحًا ، ومَهْرُ المِثْلِ في المَوْضِعِ الذي يَجِبُ فيه ؛ لأنَّهُ عَقْدٌ يُمْلِكُ فيه المَعْوِضُ بالعَقْدِ ، فمِلْكُ العَوِضِ به ، كالْبَيْعِ . وعنه روايةٌ أُخْرَى تدلُّ على أَنَّهَا لا^(٥) تَمْلِكُ إِلَّا نِصْفَهُ ؛ لأنَّهُ لو طَلَّقَهَا لم يَجِبْ إِلَّا نِصْفُهُ . والمَذْهَبُ الأوَّلُ . فعلى هذا ، نَمَاؤُهُ وزيادَتُهُ لها ، وزَكَاتُهُ عليها ، ونُقْصَانُهُ بعدَ قَبْضِهَا إِيَّاهُ عليها . وإن نَقَصَ قَبْلَ القَبْضِ لَمَنَعَهُ إِيَّاهَا مِنْ قَبْضِهِ ، فهو مِنْ ضَمَانِهِ ، وإن لم يَمْنَعْهَا ، فَتَقْصُ المَكِيلِ والمَوْزُونِ عليه ؛ لأنَّهُ يُعْتَبَرُ قَبْضُهُ ، وما عَدَاهُ يُخَرَّجُ فيه وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً على الرِّوَايَتَيْنِ في المَبِيعِ . فَأَمَّا تَصَرُّفُهَا فيه بعدَ قَبْضِهِ ، فصَحِيحٌ نافذٌ . وما قبله فيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، حُكْمُهُ حَكْمُ البَيْعِ قَبْلَ

(١) سورة النساء ٢٤ .

(٢) بعده في الأصل : « صح » .

(٣) بعده في ف : « المهر » .

(٤) في م : « عبده » .

(٥) سقط من : الأصل .

الْقَبْضِ سَوَاءً ؛ لِأَنَّهُ مُنْتَقِلٌ بِعَقْدِ يَنْقُلُ الْمَلِكُ ، فَأَشْبَهَ الْمَبِيعَ . وَالثَّانِي ، لَهَا التَّصَرُّفُ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مُنْتَقِلٌ بِسَبَبٍ لَا يَنْفَسِخُ بِهِلَاكِهَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَجَازَ التَّصَرُّفُ فِيهِ قَبْلَ قَبْضِهِ ، كَالْوَصِيَّةِ وَالْمِيرَاثِ . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى جَوَازِ هَبَةِ الْمَرْأَةِ زَوْجَهَا صَدَاقَهَا قَبْلَ قَبْضِهِ ، وَهُوَ تَصَرُّفٌ فِيهِ ^(١) .

فصل : وَيُدْفَعُ صَدَاقُ الْمَرْأَةِ إِلَيْهَا إِنْ كَانَتْ رَشِيدَةً ، وَإِلَى مَنْ يَلِي مَالَهَا إِنْ كَانَتْ غَيْرَ رَشِيدَةٍ ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ لَهَا ، فَأَشْبَهَ ثَمَنَ مَبِيعِهَا . وَفِي الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ الْعَاقِلَةِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُدْفَعُ إِلَّا إِلَيْهَا ؛ لِذَلِكَ ^(٢) . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ دَفْعُهُ إِلَى أَبِيهَا ؛ لِأَنَّهُ الْعَادَةُ ، وَلِأَنَّهُ يَمْلِكُ إِجْبَارَهَا عَلَى النِّكَاحِ ، فَأَشْبَهَتْ الصَّغِيرَةَ .

فصل : وَلَهَا مَنَعُ نَفْسِهَا حَتَّى تَقْبِضَ صَدَاقَهَا الْمُعَجَّلَ ؛ لِأَنَّ فِي إِجْبَارِهَا عَلَى تَسْلِيمِ نَفْسِهَا أَوَّلًا خَطَرَ إِثْلَافِ الْبُضْعِ ، وَالِامْتِنَاعِ مِنْ ^(٣) بَذْلِ الصَّدَاقِ ، فَلَا يُمَكِّنُ الرُّجُوعُ فِيهِ ، بِخِلَافِ الْمَبِيعِ . وَلَهَا النِّفْقَةُ إِذَا امْتَنَعَتْ ؛ لِأَنَّهُ امْتِنَاعٌ بِحَقٍّ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ امْتَنَعَتْ لِلْإِحْرَامِ بِحُجَّةِ الْإِسْلَامِ .

وَإِنْ سَلَّمَتْ نَفْسَهَا ثُمَّ أَرَادَتْ الْمَنَعَ ، فَقَدْ تَوَقَّفَ أَحْمَدُ عَنِ الْجَوَابِ . وَذَهَبَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ بَطَّةَ ، وَأَبُو إِسْحَاقَ ابْنُ شَاقِلَا ، إِلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا سَلَّمَتْ تَسْلِيمًا اسْتَقَرَّ بِهِ الْعِوَضُ بِرِضَا الْمُسْلِمِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهَا الْمَنَعُ ، كَمَا لَوْ سَلَّمَتْ الْمَبِيعَ . وَذَهَبَ ابْنُ حَامِدٍ إِلَى أَنَّ ^(٤) لَهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ

(١) زيادة من : ف .

(٢) في م : « كذلك » .

(٣) في م : « عن » .

(٤) في الأصل : « أنها » .

تَسْلِيمٌ بِحُكْمِ عَقْدِ النِّكَاحِ ، فَمَلَكَتِ الْمَنَعَ مِنْهُ قَبْلَ قَبْضِ صَدَاقِهَا ،
كَالْأَوَّلِ . فَأَمَّا إِنْ أَكْرَهَهَا فَوَطَّئَهَا ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّهَا مِنَ الْامْتِنَاعِ ؛ لِأَنَّهُ بغيرِ
رِضَاها .

وَإِنْ قَبِضَتْ صَدَاقَهَا فَوَجَدَتْهُ مَعِيًّا ، فَرَدَّتْهُ ، فَلَهَا مَنَعُ نَفْسِهَا حَتَّى
يُيَدَّلَهُ^(١) ؛ لِأَنَّ صَدَاقَهَا جَيِّدٌ . وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ [٢٩٤و] عَيْتَهُ حَتَّى سَلِمَتْ
نَفْسُهَا ، ثُمَّ أَرَادَتْ الْامْتِنَاعَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى مَا تَقَدَّمَ .

وَإِنْ كَانَ صَدَاقُهَا مُؤَجَّلًا ، فَلَيْسَ لَهَا مَنَعُ نَفْسِهَا قَبْلَ قَبْضِهِ ؛ لِأَنَّ
رِضَاها بِالتَّأْجِيلِ رِضًا مِنْهَا بِتَسْلِيمِ نَفْسِهَا قَبْلَهُ ، كَالثَّمَنِ الْمَوْجَلِّ ، وَإِنْ حُلَّ
الْمَوْجَلُّ قَبْلَ تَسْلِيمِ نَفْسِهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنَعُ نَفْسِهَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَجَبَ
عَلَيْهَا تَسْلِيمُ نَفْسِهَا وَاسْتَقَرَّ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِحُلُولِهِ .

(١) فِي م : « يَدَّلُهُ » .

بَابُ مَا يَسْتَقِرُّ بِهِ الصَّدَاقُ وَمَا لَا يَسْتَقِرُّ وَحُكْمُ التَّرَاجُعِ

يَسْتَقِرُّ الصَّدَاقُ بِثَلَاثَةِ أُمُورٍ ؛ أَحَدُهَا ، الْخَلْوَةُ بَعْدَ الْعَقْدِ ؛ لِمَا رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ زُرَّارَةَ بْنِ أَوْفَى ، قَالَ : قَضَى الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ الْمَهْدِيُّونَ أَنَّ مَنْ أَغْلَقَ بَابًا ، أَوْ أَرْخَى سِتْرًا ، فَقَدْ وَجَبَ الْمَهْرُ ، وَوَجَبَتِ الْعِدَّةُ^(١) . وَهَذِهِ قَضَايَا اشْتَهَرَتْ ، فَلَمْ تُنْكَرْ ، فَكَانَتْ إِجْمَاعًا . وَلِأَنَّهَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا ، فَاسْتَقَرَّ صَدَاقُهَا ، كَمَا لَوْ وَطَّئَهَا .

فَإِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً لَا يُمَكِّنُ وَطْؤُهَا ، أَوْ الزَّوْجُ صَغِيرًا ، أَوْ أَعْمَى لَا يَعْلَمُ دُخُولَهَا عَلَيْهِ ، لَمْ يَكْمُلْ صَدَاقُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْصُلِ التَّمَكُّينُ . وَكَذَلِكَ إِنْ نَشَزَتْ^(٢) عَلَيْهِ فَمَنَعَتْهُ وَطْأَهَا ، لَمْ يَكْمُلْ صَدَاقُهَا ؛ لِذَلِكَ^(٣) . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ .

وَإِنْ كَانَ بِهِمَا عُذْرٌ ؛ كَالْإِحْرَامِ ، وَالصَّيَامِ الْوَاجِبِ ، وَالْمَرَضِ ، أَوْ بِأَحَدِهِمَا ؛ كَالْحَيْضِ ، وَالنَّفَاسِ ، وَالرَّثْقِ ، وَالْجَبِّ ، وَالْعُنَّةِ ، فَفِيهِ ثَلَاثُ

(١) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ عَنْ عُمَرَ وَعَلَى مِنْ طَرِيقِ الْأَحْنَفِ بْنِ قَيْسٍ ، وَعَنْ عُمَرَ مِنْ طَرِيقِ سَعِيدِ ابْنِ الْمُسَيْبِ . مَسَائِلُ الْإِمَامِ أَحْمَدُ بِرَوَايَةِ ابْنِهِ عَبْدِ اللَّهِ ١٠٢٧/٣ - ١٠٣٠ . وَأَخْرَجَهُ عَنْ زُرَّارَةَ عَبْدِ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٢٨٨/٦ . وَسَعِيدٌ ، فِي : سَنَنِهِ ٢٠٢/١ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٢٣٥/٤ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٥٥/٧ ، ٢٥٦ . وَانْظُرِ الْكَلَامَ عَلَى هَذِهِ الْآثَارِ فِي الْإِرْوَاءِ ٣٥٦/٦ ، ٣٥٧ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « أَشْرَتْ » ، وَفِي ف : « سِيرَتْ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « كَذَلِكَ » .

روايات ؛ إحداهن ، يَسْتَقِرُّ الصَّدَاقُ ^(١) ؛ لِعُمومِ ما ذَكَرْنَا ، ولأنَّ التَّسْلِيمَ الْمُشْتَحَقَّ عَلَيْهَا ^(٢) قد وُجِدَ ، والمنعُ مِنْ غيرِ جِهَتِهَا ، فلم يُؤَثِّرْ فِي الْمَهْرِ ، كما لم يُؤَثِّرْ فِي إِسْقَاطِ النَّفَقَةِ . والثانية ، لا يَسْتَقِرُّ ؛ لأنَّه لم يَتِمَّ كُنْ مِنْ تَسْلِيمِهَا ، فلم يَسْتَقِرَّ مَهْرُهَا ، كما لو منعتْ نَفْسَهَا . والثالثة ، إن كان المانعُ هو صَوْمَ رَمَضَانَ ، لم يَكْمُلِ الصَّدَاقُ ، وفي مَعْنَاهُ ما يُحَرِّمُ دَوَاعِيَ الْوَطْءِ ، كَالْإِحْرَامِ ، وما لا يَمْنَعُ دَوَاعِيَ الْوَطْءِ ، كَسَائِرِ الْمَوَانِعِ ، لا يَمْنَعُ اسْتِقْرَارَ الصَّدَاقِ .

فصل : والثاني ، الوطءُ ، يَسْتَقِرُّ بِهِ الصَّدَاقُ وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ خَلْوَةٍ ؛
لأنَّه قد وُجِدَ اسْتِيفَاءُ الْمَقْصُودِ ، فاسْتَقَرَّ الْعَوَظُ ، كما لو اشْتَرَى طَعَامًا فَأَكَلَهُ . وَإِنْ اسْتَمْتَعَ بِغَيْرِ الْوَطْءِ ؛ كَقُبْلَةٍ ، أو مُبَاشَرَةٍ دُونَ الْفَرْجِ ، أو نَالَ مِنْهَا مَا لَا يَحِلُّ لغيرِهِ ، كَالنَّظَرِ إِلَيْهَا غُرْيَانَةً ، فقال أحمدُ : يَكْمُلُ الصَّدَاقُ بِهِ ؛ لأنَّه نَوْعُ اسْتِمْتَاعٍ ، أَشْبَهَ الْوَطْءَ . وقال القاضي : هذا على الرِّوَايَةِ الَّتِي يَثْبُتُ بِهَا ^(٣) تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ، ولا يَكْمُلُ بِهِ الصَّدَاقُ عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُخْرَى ؛ لأنَّه لا ^(٤) يُحَرِّمُ الْمُصَاهَرَةَ ، فلم يُقَرَّرِ الصَّدَاقُ ، كَرُؤْيَةِ الْوَجْهِ .

فصل : الثالثُ ، مَوْتُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ الدُّخُولِ يُقَرَّرُ الصَّدَاقُ ،
سَوَاءً مَاتَ حَتْفَ أَنْفِهِ ، أو قَتَلَ نَفْسَهُ ، أو قَتَلَهُ غَيْرُهُ ؛ لِما رَوَى مَعْقِلُ بْنُ سِنَانَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى فِي بَرْوَعٍ بِنْتِ وَاشِقٍ ، وَكَانَ زَوْجُهَا مَاتَ وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، وَلَمْ يَفْرِضْ لَهَا صَدَاقًا ، فَجَعَلَ لَهَا مَهْرَ نِسَائِهَا ، لا وَكُسٍ

(١) فِي الْأَصْلِ : «الضمان» .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) فِي الْأَصْلِ : «بهذا» .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

ولا شَطَطٌ^(١). ولأنَّه عَقْدٌ عُمُرٍ، فَمَوْتِ أَحَدِهِمَا يَنْتَهِي بِهِ، فَيَسْتَقَرُّ بِهِ
الْعَوَاضُ، كَانْتِهَاءِ الْإِجَارَةِ.

ومتى اسْتَقَرَّ الصَّدَاقُ، لَمْ يَسْقُطْ مِنْهُ شَيْءٌ بِإِنْفِسَاخِ النِّكَاحِ [٢٩٤ظ]
ولا بغيره.

فصل: وإن اِفْتَرَقَا قَبْلَ اسْتِقْرَارِهِ، لَمْ يَخُلْ مِنْ أَرْبَعَةِ أَقْسَامٍ؛ أَحَدُهَا، أَنْ
يَكُونَ بِسَبَبٍ مِنَ الْمَرْأَةِ؛ كَرِدِّتِهَا، وَإِسْلَامِهَا، وَإِرْضَاعِهَا مَنْ يَنْفَسِخُ النِّكَاحُ
بِإِرْضَاعِهِ، وَفَسْخِهَا لَعَيْبِ الزَّوْجِ، أَوْ إِعْسَارِهِ، فَيَسْقُطُ مَهْرُهَا؛ لِأَنَّهَا
أَتَلَفَتِ الْمَعَوَاضَ^(٢) قَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَسَقَطَ الْعَوَاضُ، كَمَا لَوْ أَتَلَفَتِ الْمَبِيعَ قَبْلَ
تَسْلِيمِهِ. وَفِي مَعْنَاهُ فَسْخُ الزَّوْجِ لَعَيْبِهَا؛ لِمَا مَضَى فِي مَوْضِعِهِ. الثَّانِي، أَنْ
يَكُونَ بِسَبَبٍ مِنَ الزَّوْجِ؛ كَطَّلَاقِهِ، وَخُلْعِهِ، وَإِسْلَامِهِ، وَرِدِّتِهِ، وَاسْتِمْتَاعِهِ
بِأَمِّ زَوْجَتِهِ أَوْ بِنْتِهَا، فَيَسْقُطُ نِصْفُ الْمُسَمَّى، وَيَجِبُ نِصْفُهُ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ
تَعَالَى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً

(١) بعده في م: «رواه أحمد وأصحاب السنن وصححه الترمذي».

والحديث أخرجه أبو داود، في: باب في من تزوج ولم يسم صداقا حتى مات، من كتاب
النكاح. سنن أبي داود ٤٨٧/١، ٤٨٨. والترمذي، في: باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة
فيموت عنها قبل أن يفرض لها، من أبواب النكاح. عارضة الأحوذى ٨٤/٥، ٨٥. والنسائي،
في: باب عدة المتوفى عنها زوجها.... من كتاب الطلاق. المجتبى ١٦٤/٦. وابن ماجه، في:
باب الرجل يتزوج ولا يفرض لها فيموت على ذلك، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ١/
٦٠٩. والدارمي، في: باب الرجل يتزوج المرأة فيموت.... من كتاب النكاح. سنن الدارمي
١٥٥/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٤٤٧/١، ٢٨٠/٤. وإسناده صحيح. انظر الإرواء ٦/
٣٥٧، ٣٥٨.

(٢) في الأصل: «العوض».

فَنَصَفُ مَا فَرَضْتُمْ^(١) . وقسنا عليه سائر ما استقلَّ به الزَّوْجُ ؛ لأنَّه في معناه . وعن أحمد أنَّه إذا أسلَمَ لا مَهْرَ عليه ؛ لأنَّه فَعَلَ الواجِبَ عليه ، وحصلتِ الفُرْقَةُ بامتناعِها من مُوافَقَتِهِ على الواجِبِ ، فكان من جِهَتِهَا . والأوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لأنَّ فسخَ النِّكَاحِ لاختلافِ الدِّينِ ، وذلك حاصِلٌ بإسلامِهِ ، وإنَّما يُنَصَّفُ المَهْرُ بالخُلْعِ ؛ لأنَّ المَغْلَبَ فيه جانبُ الزَّوْجِ ، بدليل أنَّه يَصِحُّ به دُونُهَا ، وهو خُلْعُهُ مع أَجْنَبِيٍّ ، فصارَ كالمُنْفَرِدِ به . الثالثُ ، اِفْتِرَاقًا بِسَبَبٍ مِنْ أَجْنَبِيٍّ ، كَرِضَاعٍ أو غَيْرِهِ ، فيَجِبُ نِصْفُ المَهْرِ ؛ لأنَّه لا جِنَايَةَ مِنْهَا تُسْقِطُ مَهْرَهَا ، وَيَرْجِعُ الزَّوْجُ بما لَزِمَهُ على الفاعِلِ ؛ لأنَّه قَرَّرَهُ عليه . الرابعُ ، اِفْتِرَاقًا بِسَبَبٍ مِنْهُمَا^(٢) ، كَشِرَائِهَا لَزَوْجِهَا وَلِعَانِهُمَا ، ففيهِ رَوَايَتَانِ . وإنِ اشْتَرَاها زَوْجُهَا ، ففيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَسْقُطُ الصَّدَاقُ ؛ لأنَّهَا شَارَكَتْ فِي الفَسْخِ ، فَسَقَطَ مَهْرُهَا ، كالفَسْخِ بِعَيْبٍ . والثَّانِي ، يَتَنَصَّفُ ؛ لأنَّ لِلزَّوْجِ فِيهِ اخْتِيَارًا ، أَشْبَهَ الخُلْعَ .

فصل : ومتى سَقَطَ المَهْرُ أو نِصْفُهُ بعدَ تَسْلِيمِهِ إِلَيْهَا ، فله الرُّجُوعُ عَلَيْهَا ، ولا يَخْلُو ؛ إمَّا أَنْ يَكُونَ تَالِفًا أو غَيْرَ تَالِفٍ ؛ فَإِنْ كَانَ تَالِفًا ، رَجَعَ بِمِثْلِهِ إِنْ كَانَ مِثْلِيًّا ، أو بِقِيَمَتِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا ، أَقَلُّ مَا كَانَتْ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ إِلَى حِينِ الْقَبْضِ أو التَّمْكِينِ مِنْهُ ؛ لأنَّه إِنْ زَادَ بعدَ الْعَقْدِ ، فَالزِّيَادَةُ لَهَا ، وَإِنْ نَقَصَ ، فَالنَّقْصُ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِمَا هُوَ عَلَيْهِ .

وإنْ كَانَ بَاقِيًا ، لَمْ يَخْلُ مِنْ خَمْسَةِ أَحْوَالٍ :

(١) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ف : « مِنْهَا » .

أحدها ، أن يكون باقيا بحاله لم يتغير ، ولم يتعلق به حق غيرها ، فإن
 الزوج يزجج فيه ، ويدخل في ملكه حكما ، وإن لم يختز^(١) ذلك ،
 كالميراث ، في قياس المذهب ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ
 أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ . فعلق تنصيفه
 بالطلاق وحده ، فيجب أن يتنصف به . ويحتمل أن لا يملكه إلا باختياره ؛
 لأن الإنسان لا يملك شيئا بغير اختياره إلا بالميراث . فعلى هذا الوجه ، إن
 زاد بعد الطلاق وقبل الاختيار ، فهو للزوجة ؛ لأن ملكها لم يزُل عنه ،
 فنماؤه^(٢) لها ، وعلى الأول نماء نصيب الزوج له ؛ لأنه نماء ملكه ، فإذا
 قال : قد^(٣) رجعت فيه . أو : اخترته . ثبت الملك فيه على الوجهين . وإن
 نقص في يدها بعد ثبوت ملكه عليه ، وكانت قد منعه منه ، فعليها ضمان
 نقصه ؛ لأن يدها عادية ، فتضمن ، كالغاصبة . وإن لم تمنعه ، [٢٩٥] ففيه
 وجهان أصلهما الزوج إذا تلف الصداق المعين في يده قبل مطالبتهما به .
 فإن قال الزوج : نقص قبل الطلاق فهو من ضمانك . فأنكرته ، فالقول
 قولها ؛ لأن الأصل السلامة .

فصل : الحال الثاني ، أن يجده ناقصا ؛ كعبد مريض ، أو نسي
 صناعته ، أو كبر كبرا ينقص قيمته ، فالزوج بالخيار بين أخذه ناقصا ؛ لأنه
 يرضى بدون حقه ، وبين تركه ومطالبتهما بقيمته أو نصفها يوم وقع العقد

(١) في م : « يجز » .

(٢) في م : « فنهاؤها » .

(٣) سقط من : الأصل .

عليه ؛ لأنَّ النَّقْصَ حَدَثٌ فِي مِلْكِهَا ، فَكَانَ مِنْ ضَمَانِهَا .

فصل : الحال الثالث ، أن يجده زائدا ، فلا يخلو ؛ إمّا أن تكون الزيادة مُنفصلة ؛ كالوَلَدِ ، والشَّمَرَةِ ، واللَّبَنِ ، والكَسْبِ ، ونحو ذلك ، فله نصفُ الأصلِ ، والزيادة لها ؛ لأنها زيادة مُتميّزةٌ حادثةٌ مِنْ مِلْكِهَا ، فلم تَتَّبِعِ الأصلَ في الرَّدِّ^(١) ، كما في الرَّدِّ بالعَيْبِ . وإمّا أن تكون مُتصلةٌ ؛ كالسَّمَنِ ، والكَبَرِ ، والحَمَلِ فِي الْبَطْنِ ، والشَّمَرَةِ عَلَى الشَّجَرَةِ ، وتَعْلَمُ صِنَاعَةً ، أو كِتَابَةً ، ونحو ذلك ، فالمرأةُ مُخَيَّرَةٌ بَيْنَ دَفْعِ النِّصْفِ زَائِدًا ، فَيُلْزَمُهُ قَبُولُهُ ؛ لَأَنَّهُ نِصْفُ الْمَفْرُوضِ مَعَ زِيَادَةٍ لَا تَتَمَيَّزُ ، وَبَيْنَ دَفْعِ قِيَمَةِ حَقِّهِ يَوْمَ وَقَعَ الْعَقْدُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ فِي نِصْفِ الْمَفْرُوضِ^(٢) ، وَالزَّائِدُ لَيْسَ بِمَفْرُوضٍ ، فَوَجِبَ اخْتِذُ الْبَدَلِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَحْجُورًا عَلَيْهَا^(٣) ؛ لَسَفِهِ ، أَوْ فَلْسٍ ، أَوْ صِغَرٍ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا نِصْفُ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَهَا ، وَلَيْسَ لَهَا التَّبَرُّعُ بِمَا لَا يَجِبُ عَلَيْهَا . وَإِنْ كَانَتْ مُفْلِسَةً ، كَانَ غَرِيمًا بِالْقِيَمَةِ .

وإن بذلت له أخذ نصف الشجر دون الثمر ، لم يلزمه ؛ لأنَّ عليه ضررًا في بقاء الثمر عليها ، فلم يلزمه . وإن قال الزوج : أنا أرجع في نصف الشجر ، وأترك الثمر عليه . أو : أترك الرجوع حتى تجدى^(٤) ثمرتك ، ثم أرجع . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تجبر على قبوله ؛ لأنَّ الحقَّ انتقل من العين ، فلم يعد إليها إلا بتراضيهما . والثاني ، تجبر عليه ؛ لأنَّه لا

(١) في الأصل : « الزيادة » .

(٢) في م : « الفرض » .

(٣) في ف : « عليه » .

(٤) في م : « تجدى » .

ضَرَرَ عَلَيْهَا ، فَلَزِمَهَا^(١) ، كما لو وَجَدَهَا نَاقِصَةً فَرَضِيَ بِهَا .

وإن أَصْدَقَهَا أَرْضًا فزَرَعَتْهَا^(٢) ، فحُكْمُهَا حُكْمُ الشَّجَرِ إِذَا أَثْمَرَ سَوَاءً ،
فِي قَوْلِ الْقَاضِي . وَقَالَ غَيْرُهُ : يُفَارِقُ الزَّرْعُ الثَّمَرَةَ فِي أَنَّهَا إِذَا بَذَلَتْ نِصْفَ
الْأَرْضِ مَعَ نِصْفِ الزَّرْعِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّ الزَّرْعَ يَنْقُصُ الْأَرْضَ
وَيُضْعِفُهَا ، وَلِأَنَّهُ مِلْكُهَا أَوْدَعَتْهُ فِي الْأَرْضِ ، بِخِلَافِ الثَّمَرَةِ .

وإن أَصْدَقَهَا أَرْضًا فَبَنَتْهَا ، أَوْ ثَوْبًا فَصَبَغَتْهُ ، فحُكْمُهَا حُكْمُ الْأَرْضِ
الْمَزْرُوعَةِ . فَإِنْ بَذَلَ الزَّوْجُ لَهَا نِصْفَ قِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَالصَّبْغِ لِيَمْلِكَ^(٣) ، فَقَالَ
الْخَرَقِيُّ : يَلْزِمُهَا قَبُولُهُ ، وَيَصِيرُ لَهُ نِصْفُ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّ الْأَرْضَ لَهُ ، وَفِيهَا
بِنَاءٌ لغيرِهِ بُنِيَ بِحَقٍّ ، فَكَانَ لَهُ تَمْلِكُهُ بِالْقِيَمَةِ ، كَالشَّفِيعِ وَالْمُعِيرِ . وَقَالَ
الْقَاضِي : لَا يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ الْبِنَاءِ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا تُجْبَرُ^(٤) عَلَيْهَا ، كَمَا لَوْ
بَذَلَ نِصْفَ قِيَمَةِ الثَّمَرَةِ لِيَمْلِكَ نِصْفَ الشَّجَرِ .

فصل : الحال الرابع ، وَجَدَهُ زَائِدًا مِنْ وَجْهِ نَاقِصًا مِنْ وَجْهِ ؛ كَعَبْدٍ
تَعَلَّمَ صِنَاعَةً وَمَرِضَ ، أَوْ خَشَبٍ شَقَّتْهُ دُفُوفًا ، أَوْ حَلِي كَسَرَتْهُ ثُمَّ صَاغَتْهُ
عَلَى غَيْرِ مَا كَانَ ، أَوْ جَارِيَةٍ حَمَلَتْ ، فَإِنَّ الْحَمْلَ نَقْصٌ فِي الْآدَمِيَّةِ مِنْ
وَجْهِ ، وَزِيَادَةٌ مِنْ وَجْهِ ، بِخِلَافِ حَمْلِ الْبَهِيمَةِ فَإِنَّهُ زِيَادَةٌ مَحْضَةٌ ، فَهُوَ
كَسِمَنِهَا ، فَإِذَا تَرَاضَيَا عَلَى أَخْذِ [٢٩٥ ظ] نِصْفِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لهُمَا .

(١) فِي ف : « فَلَزِمَهُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « فزَرَعَهَا » .

(٣) فِي م : « لَتَمْلِكُهُ » .

(٤) فِي ف : « يُجْبَرُ » ، وَغَيْرُ مَنْقُوطَةٍ فِي الْأَصْلِ .

وأيُّهما امتنع من ذلك لم يُجبرَ عليه ؛ لأنَّ عليه ضرراً .

الحال الخامس ، أن يتعلَّق بها^(١) حقٌّ غيرها^(٢) ، وهو ثلاثة أنواع ؛ أحدها ، ما يُزيلُ ملكها ؛ كبيع العين ، وهبتها المقبوضة ، وعتيقها ، ووقفها ، فحكم ذلك حكم تَلْفِها ، فإن عادت العينُ إلى ملكها ثم طَلَّقها ، فله الرجوعُ في نصفها ؛ لعدم المانع منه ، وفي معنى ذلك العقدُ اللازمُ المرادُ لإزالة الملك ؛ كالرهن ، والكتابة . النوع الثاني ، ما ليس بلازم ؛ كالهبة قبل القبض ، والوصية قبل الموت ، والتَّديير ، فله الرجوعُ في نصفها ؛ لأنَّه حقٌّ غيرُ لازم ، فأشبهه الشَّرْكَة . النوع الثالث ، ما لا يُزيلُ الملك ، كالنِّكاح ، والإجارة ، فيُخَيَّرُ بين الرجوع في نصفها مع بقاء النِّكاح والإجارة ، وبين الرجوع بنصف القيمة ؛ لأنَّه نقص رَضِيَ به ، فأشبهه نقصها بهزاليها .

فصل : فإن كان الصَّدَاقُ عَيْنًا ، فوهبتها لزوجها ، ثم طَلَّقها قبل الدُّخُولِ بها^(٣) ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يَرْجِعُ عليها بنصفه ؛ لأنَّه عاد إليه بعقد مُستأنف ، فلم يَمْنَعِ استحقاق نصفه بالطلاق ، كما لو وهبته أجنبيًا ، ثم وهبه الأجنبيُّ للزوج . والثانية ، لا يَرْجِعُ عليها بشيء ؛ لأنَّ نصف الصَّدَاقِ تعجَّلَ له بالهبة . وإن كان دَيْنًا فأبرأته منه ، ثم طَلَّقها ، وقُلْنَا : لا يَرْجِعُ ثُمَّ . فهاهنا أولى . وإن قُلْنَا : يَرْجِعُ ثُمَّ . خُرِجَ هاهنا

(١) في م : « به » . والمقصود : الرقبة المَجْعولة صدَاقًا . انظر الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف ١٨٨/١٢ .

(٢) في ف ، م : « غيرهما » .

(٣) سقط من : م .

وَجْهَان ؛ أَحَدَهُمَا ، يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّهُ عَادَ إِلَيْهِ بِغَيْرِ الطَّلَاقِ ، فَأَشْبَهَ الْعَيْنَ .
وَالثَّانِي ، لَا يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّ الْإِبْرَاءَ إِسْقَاطٌ وَلَيْسَ بِتَمْلِيكَ . وَإِنْ أَصْدَقَهَا عَيْنًا
فَوَهَبَتْهَا لَهُ ، أَوْ دَيْنًا فَأَبْرَأَتْهُ مِنْهُ ، ثُمَّ ارْتَدَّتْ ^(١) قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَفِي رُجُوعِهِ بِهِ
عَلَيْهَا وَجْهَان ؛ بِنَاءً عَلَى الرُّجُوعِ فِي النُّصْفِ بِالطَّلَاقِ .

وَإِنْ بَاعَ رَجُلًا عَبْدًا ، أَوْ أَبْرَأَهُ مِنْ ثَمَنِهِ ، فَوَجَدَ بِهِ الْمُشْتَرِيَ عَيْنًا ،
فَرَدَّه ^(٢) وَطَالَبَهُ بِثَمَنِهِ ، أَوْ أَمْسَكَهُ وَأَرَادَ أَرْشَهُ ، فَهَلْ لَهُ ذَلِكَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛
بِنَاءً عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي الصَّدَاقِ . وَإِنْ أَصْدَقَهَا عَبْدًا فَوَهَبَتْهُ نِصْفَهُ ^(٣) ، ثُمَّ
طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، انْتَبَى عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِذَا وَهَبَتْهُ الْكُلَّ لَا
يَرْجِعُ بِشَيْءٍ . رَجَعَ هَلْهُنَا فِي نِصْفِ الْبَاقِي مِنَ الْعَبْدِ . وَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ
ثُمَّ . رَجَعَ فِي النُّصْفِ الْبَاقِي جَمِيعِهِ .

فصل : والزَّوْجُ هُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ، فَإِذَا طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ ،
فَأَيُّ الزَّوْجَيْنِ عَفَا لِسَاحِبِهِ عَمَّا وَجَبَ لَهُ مِنْ ^(٢) الْمَهْرِ ، وَهُوَ جَائِزُ الْأَمْرِ فِي
مَالِهِ ، بَرِيءٌ مِنْهُ صَاحِبُهُ ، وَكَمَّلَ لَهُ الصَّدَاقُ جَمِيعُهُ . وَعَنْهُ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ
الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ هُوَ الْأَبُ ، فَيَصِحُّ عَفْوُهُ عَنْ نِصْفِ مَهْرِ ابْنَتِهِ الْبِكْرِ
الَّتِي لَمْ تَبْلُغْ إِذَا طُلِّقَتْ قَبْلَ الدُّخُولِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ بَعْدَ
الطَّلَاقِ هُوَ الْوَلِيُّ ، وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَاطَبَ الْأَزْوَاجَ بِخِطَابِ الْمُوَاجَهَةِ ،

(١) فِي ف : « ارْتَدَّ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « نِصْفُهَا » .

^(١) ثم قال تعالى : ﴿ أَوْ يَعْفُوا أَلَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ﴾ ^(٢) . وهذا
خطابٌ غائب . واعتبرنا هذه الشروط ؛ لأنَّ الأب يلى مالها فى صغرها
دون غيره ، ولا يلىه فى كبرها ، ولا يملك تزويجها إلا إذا كانت بكراً ولم
تكن ذات زوج . والمذهب الأول . قال أبو حفص : ما أرى القول الآخر
إلا قولاً قديماً . ولا يجوز عفو الأب ولا غيره من الأولياء ؛ لما روى عمرو
ابن شعيب ، عن [٢٩٦ و] أبيه ، عن جده ، عن ^(٣) النبى ﷺ أنه ^(٤) قال :
« وَلِىُّ الْعُقْدَةِ الزَّوْجُ » . رواه الدارقطنى ^(٥) . ولأنَّ الله تعالى قال : ﴿ وَأَنْ
تَعْفُوا أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى ﴾ ^(٦) . وليس عفو الولى عن صداق ابنته أقرب
للتقوى ، ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر إلى خطاب الغائب ، كقوله
تعالى : ﴿ حَتَّى إِذَا كُنْتُمْ فِي الْفُلِكِ وَجَرِينَ بِمِمْ بِرِيحٍ طَيِّبَةٍ وَفَرِحُوا
بِهَا ﴾ ^(٧) . ولأنَّ صداق المرأة حق لها ، فلا يملك الولى العفو عنه ^(٧) ،
كسائر ديونها ، ولأنَّ الصغير لو رجع إليه صداق زوجته ، أو نصفه ،

(١ - ١) فى الأصل : « فقال » .

(٢) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٣) فى م : « أن » .

(٤) سقط من : م .

(٥) فى : سننه ٢٧٩ / ٣ .

كما أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٢٥١ / ٧ ، ٢٥٢ . وقال : وهذا غير محفوظ ،
وابن لهيعة غير محتج به . وانظر الكلام عليه فى الإرواء ٣٥٤ / ٦ ، ٣٥٥ .

(٦) سورة يونس ٢٢ .

(٧) فى الأصل : « عنها » .

لأنفساخ النكاح برضا أو نحوه ، لم يكن لوليّه العفو عنه ، رواية واحدة ،
فكذلك ولي الصّغيرة .

بَابُ الْحُكْمِ فِي الْمَفْوضَةِ^(١)

وهو أن يُزَوِّجَ الرجلُ المرأةَ^(٢) بغيرِ^(٣) صداقٍ ، برضاها^(٤) أو رضا أبيها ، سواءً سَكَتَا عن ذِكْرِهِ أو شَرَطَا نَفْيَهُ ، فَالْعَقْدُ صَحِيحٌ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾^(٥) . وعن عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِرَجُلٍ : « أَتَرْضَى أَنْ أُزَوِّجَكَ فُلَانَةً ؟ » . قَالَ : نَعَمْ . وَقَالَ لِلْمَرْأَةِ : « أَتَرْضَيْنِ أَنْ أُزَوِّجَكَ فُلَانًا ؟ » . قَالَتْ : نَعَمْ . فَزَوِّجَ أَحَدَهُمَا صَاحِبَهُ ، فَدَخَلَ بِهَا الرَّجُلُ ، وَلَمْ يَفْرِضْ لَهَا صَدَاقًا ، وَلَمْ يُعْطِهَا شَيْئًا ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ قَالَ : إِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ زَوَّجَنِي فُلَانَةً ، وَلَمْ أَفْرِضْ لَهَا صَدَاقًا ، وَلَمْ أُعْطِهَا شَيْئًا ،^(٥) فَإِنِّي أُشْهِدُكُمْ^(٥) أَنِّي قَدْ أُعْطِيتُهَا مِنْ صَدَاقِهَا سَهْمِي بِخَيْرٍ . فَأَخَذَتْ سَهْمًا ، فَبَاعَتْهُ بِمِائَةِ أَلْفٍ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٦) . وَيَجِبُ لَهَا مَهْرُ نِسَائِهَا بِالْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ

(١) قَالَ الْفَيُومِيُّ : « وَفَوْضُ أَمْرِهِ إِلَيْهِ تَفْوِيضًا ، سَلَّمَ أَمْرُهُ إِلَيْهِ ، وَقِيلَ : فَوَضْتُ ، أَيْ أَهْمَلْتُ حُكْمَ الْمَهْرِ ، فَهِيَ مَفْوضَةٌ اسْمُ فَاعِلٍ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : مَفْوضَةٌ ، اسْمُ مَفْعُولٍ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ فَوْضُ أَمْرِ الْمَهْرِ إِلَيْهَا فِي إِثْبَاتِهِ وَإِسْقَاطِهِ » . الْمَصْبَاحُ الْمُنِيرُ (ف و ض) .

(٢) فِي م : « ابْتَه » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « رِضَاهَا » .

(٤) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٣٦ .

(٥ - ٥) فِي الْأَصْلِ : « فَأُشْهِدُكُمْ عَلَى » .

(٦) فِي : بَابُ فِي مَنْ تَزَوَّجَ وَلَمْ يَسْمِ صَدَاقًا ... مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٤٨٨ / ١ . وَصَحَّحَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ٦ / ٣٤٤ ، ٣٤٥ .

لم يَجِبْ لَمَّا اسْتَقَرَّ بِالْدُّخُولِ ، وَلَا مَلَكَتِ الْمُطَالَبَةُ بِفَرَضِهِ قَبْلَهُ ، وَلَأَنَّ إِخْلَاءَ النِّكَاحِ عَنِ الْمَهْرِ خَالِصٌ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ .

ولها^(١) الْمُطَالَبَةُ بِفَرَضِهِ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ ، وَيُلْزَمُهُ إِجَابَتُهَا إِلَيْهِ . فَإِنْ تَرَفَعَا إِلَى الْحَاكِمِ ، لَمْ يَفْرِضْ إِلَّا مَهْرَ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ الْوَاجِبُ لَهَا ، وَإِنْ تَرَضَى الزَّوْجَانِ عَلَى فَرَضِهِ ، جَاز . فَإِنْ فَرَضَ لَهَا مَهْرَ مِثْلِهَا ، فَلَيْسَ لَهَا غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ الْوَاجِبُ لَهَا . وَإِنْ فَرَضَ لَهَا الْحَاكِمُ^(٢) أَكْثَرَ مِنْهُ ، جَاز ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَزِيدَهَا فِي صَدَاقِهَا . وَإِنْ فَرَضَ لَهَا أَقَلَّ مِنْهُ فَرَضِيَّتَهُ ، جَاز ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ، فَمَلَكَتْ تَنْقِصَهُ . وَمَا فَرَضَ لَهَا مِنْ ذَلِكَ صَارَ كَالْمُسَمَّى فِي التَّنْصِيفِ بِالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَقَرَارِهِ بِالْدُّخُولِ وَغَيْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَهْرٌ مَفْرُوضٌ^(٣) ، فَأَشْبَهَ الْمَفْرُوضَ بِالْعَقْدِ . وَإِنْ دَخَلَ بِهَا قَبْلَ الْفَرَضِ ، اسْتَقَرَّ مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْوُطْءَ فِي نِكَاحِ خَالٍ مِنْ^(٤) مَهْرٍ خَالِصٌ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ .

وإن مات أحدهما قبل الإصابتة والفرض ، وَجِبَ لَهَا مَهْرُ نِسَائِهَا ، فِي صَحِيحِ الْمَذْهَبِ ؛ لِمَا رَوَى عَلْقَمَةُ أَنَّ ابْنَ مَسْعُودٍ سُئِلَ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وَلَمْ يَفْرِضْ لَهَا صَدَاقًا ، وَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا حَتَّى مَاتَ ، فَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ : لَهَا صَدَاقٌ^(٥) نِسَائِهَا ، لَا وَكُسٌ وَلَا شَطَطٌ ، وَلَهَا الْمِيرَاثُ . فَقَامَ مَعْقِلُ بْنُ سِنَانٍ الْأَشْجَعِيُّ ، فَقَالَ : قَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي بَرُوعِ ابْنَةِ وَاشِقٍ ، امْرَأَةً

(١) فِي الْأَصْلِ : « لَهَا » .

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ : م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) فِي م : « عَنْ » .

(٥) فِي ف : « مَهْر » .

مِنَّا، مَثَلُ مَا قَضَيْتَ^(١). أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، وَالتِّرْمِذِيُّ، وَقَالَ: حَدِيثٌ حَسَنٌ^(٢) صَحِيحٌ. [٢٩٦ ظ] وَعَنْ أَحْمَدَ، لَا يَكْمُلُ لَهَا الصَّدَاقُ؛ لِأَنَّهَا فُرْقَةٌ قَبْلَ فَرَضٍ وَمَسِيَسٍ، فَأَشْبَهَتِ الطَّلَاقَ. فَعَلَى هَذَا، يَجِبُ لَهَا نِصْفُ مَهْرِ الْمِثْلِ.

فصل: وَمَهْرُ نِسَائِهَا هُوَ مَهْرُ نِسَاءِ عَصَبَاتِهَا الْمُسَاوِيَاتِ لَهَا، وَيُغْتَبَرُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ مِنْهُنَّ، فَأَقْرَبُهُنَّ الْأَخَوَاتُ، ثُمَّ بَنَاتُ الْإِخْوَةِ، ثُمَّ الْعَمَّاتُ، ثُمَّ بَنَاتُ الْأَعْمَامِ^(٣)، ثُمَّ مَنْ بَعْدَهُنَّ^(٤)؛ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ. وَلَا يُغْتَبَرُ ذَوَاتُ الْأَرْحَامِ، كَالْأُمِّ وَالْخَالَاتِ وَالْأَخْتِ مِنَ الْأُمِّ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْمَهْرَ يَخْتَلِفُ بِالنَّسَبِ، وَنَسَبُهَا مُخَالِفٌ لِنَسَبِهَا. وَالْأُخْرَى، يُغْتَبَرُ؛ لِأَنَّهُنَّ مِنْ نِسَائِهَا، فَيَدْخُلْنَ فِي الْحَبَرِ. فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا نِسَاءٌ عَصَبَاتٍ، اُعْتَبِرَ هَؤُلَاءِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ.

وَيُغْتَبَرُ بِمَنْ يُسَاوِيهَا فِي صِفَاتِهَا؛ مِنْ سِنِّهَا، وَبَلَدِهَا، وَعَقْلِهَا، وَعِفَّتِهَا، وَجَمَالِهَا، وَنِسَارِهَا، وَبَكَارَتِهَا، وَثُيُوبَتِهَا؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ مُتَلَفٍ، فَاعْتَبِرَ فِيهَا الصِّفَاتُ. فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَهْرُ نِسَائِهَا يَخْتَلِفُ بِهَذِهِ الْأُمُورِ، لَمْ نَعْتَبِرْهَا، وَإِنْ كَانَ يَخْتَلِفُ، فَلَمْ نَجِدْ إِلَّا دُونَهَا، زَيْدَ لَهَا بِقَدْرِ فَضِيلَتِهَا، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ^(٥) إِلَّا أَعْلَى مِنْهَا، نَقَصَتْ بِقَدْرِ نَقِصَتِهَا.

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٣.

(٢) سقط من: الأصل، ف.

(٣) في الأصل: «العم».

(٤) في الأصل، ف: «بعدهم».

(٥) في الأصل: «يجد».

ويجبُ حالاً من نقدِ البلدِ ، كقيمِ المثلّفاتِ . فإن كان عادةُ نِسائها التأجيلَ ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يُفرضُ مؤجّلاً ؛ لأنّه مهرُ نِسائها . والثاني ، يُفرضُ حالاً ؛ لأنّه قيمةٌ مُتلف .

فإن كان عادتهم أنّهم إذا زوّجوا عَشيرَتهم خفّفوا ، وإذا زوّجوا غيرهم ثَقَّلوا ، أو عكس ذلك ، اغتبر ؛ لأنّه مهرُ المثلِ . فإن لم يوجد من أقاربها أحدٌ ، اغتبرَ شَبهها من أهلِ بلدها . فإن غُدم ذلك ، اغتبرَ أقربُ الناسِ إليها من نساءِ أقربِ البلدانِ إليها .

فصل : وإن طلقَ المَفْوضَةُ قبلَ الدُّخولِ والفَرَضِ ، فليس لها إلاّ المُنْعَةُ . نصّ عليه أحمدٌ في روايةٍ جماعة . وعنه ، لها نصفُ مهرِ المثلِ ؛ لأنّه نِكَاحٌ صحيحٌ يُوجبُ مهرَ المثلِ بعدَ الدُّخولِ ، فيوجبُ نصفه بالطلاقِ قبله ، كالتي سَمّى لها . والمذهبُ الأوّلُ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتَّعُوهُنَّ ﴾^(١) . ولا مُنْعَةٌ لغيرها^(٢) في ظاهرِ المذهبِ ؛ لأنّه لما خَصَّ بالآيةِ مَنْ لم يفرض لها ، ولم يَمَسّها^(٣) ، دلّ على أنّها لا تجبُ لمُدْخولٍ بها ، ولا مفروضٍ لها ، ولأنّه حصل في مُقابَلَةِ الايتدالِ المهرُ أو نصفه ، بخلافِ مَسأَلَتِنَا . وعنه ، لكلِّ مُطلّقةٍ مَتاعٌ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَلِلْمُطَلَّقاتِ مَتَعٌ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾^(٤) . وقال سبحانه وتعالى : ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ

(١) سورة البقرة ٢٣٦ .

(٢) في ف : « لها » .

(٣) في الأصل ، ف : « يسم » .

(٤) سورة البقرة ٢٤١ .

طَلَّقَتْهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمِيتَعُوهُنَّ وَسَرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا^(١). قال أبو بكر: العملُ عندي على هذه الرواية لولا تواتر الروايات بخلافها؛ فإنه لم يزو هذه إلا حنبلٌ، وخالفه سائر من روى عن أبي عبد الله، فيتعين حملُ هذه الرواية على الاستحباب، جمعًا بين دلالة الآيات المختلفات، ولما ذكرنا من المعنى.

فأما المتوفى عنها زوجها^(٢)، فلا مُتعة لها، بغير خلاف؛ لأن الآية لم تتناولها، ولا هي في^(٣) معنى المنصوص عليه.

فصل: والمتعة مُعْتَبَرَةٌ بحال الزوج، على الموسع قدره وعلى المقتر قدره. وحكى القاضي عن أحمد أنها مُقَدَّرَةٌ بنصف [٢٩٧و] مَهْرِ المِثْلِ؛ لأنها بدلٌ عنه، فتقدَّرت به. والمذهب الأول؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ﴾^(٤). فقَدَّرَها بحال الزوج دون حال المرأة، ولأنه لو وجب قدرٌ نصف مَهْرِ المِثْلِ،^(٥) كان ذلك نصف مَهْرِ المِثْلِ.

وفى قَدَرِها روايتان؛ إحداهما، يُزَجُّ فيها^(٦) إلى اجتهاد الحاكم، فيفرض لها ما يؤدِّيه اجتهاده إليه؛ لأنه أمرٌ لم يرد الشرع بتقديره، ويحتاج

(١) سورة الأحزاب ٤٩.

(٢) سقط من: الأصل، م.

(٣) سقط من: م.

(٤) سورة البقرة ٢٣٦.

(٥ - ٥) سقط من: الأصل.

(٦) في ف: «في ذلك».

إلى الاجتهاد، فردَّ إلى الحاكم، كالنفقة. والثانية، أعلى المتعة خادم، وأذناها كسوة تجزئها لصلاتها^(١)، وأوسطها ما بين ذلك؛ لقول ابن عباس: أعلى المتعة^(٢) خادم، ثم دون ذلك النفقة، ثم دون ذلك الكسوة^(٣). وهذا تفسير من الصحابي، فيجب الرجوع إليه.

فصل: وكلُّ فُرْقَةٍ أُسْقِطَ الْمُسَمَّى أُسْقِطَتِ الْمُتْعَةُ، وما نَصَفَتِ الْمُسَمَّى أَوْجَبَتِ الْمُتْعَةَ؛ لأنها قائمة مقام نصف المسَمَّى، فاعتُبر ذلك فيها. وسئل أحمد عن رجل تزوج امرأة ولم يكن فرض لها مهرًا، ثم وهب لها غلامًا، ثم طلقها، قال: لها المتعة؛ وذلك لأنَّ الهبة لا تنقضي بها المتعة، كالمُسَمَّى.

فصل: فأما المفوضة المهر، وهي التي تزوجها على حكمها، أو حكم أجنبي، أو بمهر فاسد، أو يزوجه غير الأب بغير صداق بغير إذنها، فإنه يتنصف لها مهر المثل بالطلاق، في ظاهر المذهب. وهو اختيار الخرقي. وعن أحمد، ليس لها إلا المتعة؛ لأنه نكاح خلا عن تسمية صحيحة، فأشبهه نكاح المفوضة البضع. ولنا، أنها لم ترض بغير صداق، ولا رضى أبوها، فلم تجب المتعة، كالتى سمى لها، بخلاف الراضية بغير صداق.

(١) فى الأصل: «لصداقها». وفى م: «فى صلاتها».

(٢) فى ف: «النفقة».

(٣) أخرجه ابن جرير، فى تفسيره ٥٣٠ / ٢، عن عكرمة عن ابن عباس. وعن إسماعيل ابن عليه عن ابن عباس قال: أرفع المتعة الخادم، ثم دون ذلك الكسوة، ثم دون ذلك النفقة. مصنف ابن أبى شيبة ١٥٦ / ٥، ١٥٧.

فصل : ولأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ، صغيرة كانت أو كبيرة ، بكرًا أو ثيبًا ؛ لأنَّ عمرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، خَطَبَ النَّاسَ فَقَالَ : أَلَا لَا تُغَالُوا فِي صُدُقِ^(١) النِّسَاءِ ، فَمَا أَصْدَقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَحَدًا مِنْ نِسَائِهِ^(٢) وَلَا^(٣) بَنَاتِهِ أَكْثَرَ مِنْ اثْنَتَيْ عَشْرَةَ أُوقِيَّةً^(٤) . وظاهره صِحَّةُ تَسْمِيَةِ مَنْ زَوَّجَ بِمِثْلِ ذَلِكَ وَإِنْ نَقَصَ عَنْ مَهْرِ الْمِثْلِ . وزَوَّجَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ابْنَتَهُ بِدِرْهَمَيْنِ وَهُوَ سَيِّدُ قُرَشِيٍّ . ولأنَّه غَيْرُ مُتَّهَمٍ فِي حَقِّهَا ، فَلَا يُمْنَعُ مِنْ تَحْصِيلِ الْمَقْصُودِ وَالْحِظُّ لِابْنَتِهِ بِتَقْوِيَتِ^(٥) غَيْرِ الْمَقْصُودِ .

وليس لغيره نقضها عن مهر نساؤها إلا بإذنها ؛ لأنَّه مُتَّهَمٌ ، فَإِنْ زَوَّجَ بِغَيْرِ صَدَاقٍ ، لَمْ يَكُنْ تَفْوِيضًا صَحِيحًا ؛ لِأَنَّهُ أَشَقَطَ مَا لَيْسَ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ ، وَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ ، وَإِنْ فَعَلَهُ الْأَبُ ، كَانَ تَفْوِيضًا صَحِيحًا .

فصل : ولأب أن يَشْتَرِطَ لِنَفْسِهِ شَيْئًا مِنْ صَدَاقِ ابْنَتِهِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَخْبَرَ أَنَّ شُعَيْبًا زَوَّجَ ابْنَتَهُ لِمُوسَى ، عَلَيْهِمَا السَّلَامُ ، بِرِعَايَةِ غَنِمِهِ^(٥) . وقال

(١) فِي الْأَصْلِ : « صَدَاق » .

(٢ - ٢) فِي م : « أَوْ » .

(٣) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الصَّدَاقِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ١ / ٤٨٥ ، ٤٨٦ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي مَهْوَرِ النِّسَاءِ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ / ٣٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْقَسْطِ فِي الْأَصْدَقَةِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ ٦ / ٩٦ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ كَمْ كَانَتْ مَهْوَرُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ وَبَنَاتِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ٢ / ١٤١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١ / ٤١ ، ٤٨ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « بِتَقْوِيَتِ » .

(٥) يُشِيرُ إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَجَاجٍ ﴾ . الْآيَةُ ٢٧ مِنْ سُورَةِ الْقَصَصِ . وَانْظُرِ التَّعْلِيقَ الْمُتَقَدِّمَ فِي صَفْحَةِ ٢٣٣ .

النبي ﷺ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ»^(١). وقال عليه السلام: «إِنَّ أَوْلَادَكُمْ مِنْ أَطْيَبِ كَسْبِكُمْ، فَكُلُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ»^(٢). قال الترمذي: هذا حديث حسن. فإن زوّجها على ألف لها وألف له، ثم طُلِّقَتْ قبل الدُّخُولِ، رَجَعَ الزَّوْجُ بِالْأَلْفِ الَّتِي لَهَا؛ لِأَنَّ مَا أَخَذَهُ الْأَبُ مَحْشُوبٌ عَلَى الْبِنْتِ مِنْ صَدَاقِهَا، فَكَأَنَّهَا قَبَضَتْهُ، ثُمَّ وَهَبَتْهُ لَأَيِّهَا. فَإِنْ شَرَطَ غَيْرُ الْأَبِ شَيْئًا لِنَفْسِهِ، فَالْكُلُّ لَهَا، وَلَا شَيْءَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ عَوَضٌ عَنْهَا، فَكَانَ لَهَا، كَالْمُسَمَّى لَهَا.

فصل: وإن زوّج الرجل ابنته [٢٩٧ظ] الصَّغِيرَ، فَاَلْمَهْرُ عَلَى الزَّوْجِ؛ لِأَنَّ الْمَعْوَضَ^(٣) لَهُ، فَكَانَ الْعَوَضُ عَلَيْهِ، كَالْكَبِيرِ، وَكَمَا لَوْ اشْتَرَى لَهُ شَيْئًا. فَإِنْ كَانَ الْابْنُ مُعْسِرًا، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، هُوَ عَلَيْهِ؛ لِذَلِكَ^(٤). وَالثَّانِي، عَلَى الْأَبِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا زَوَّجَهُ مَعَ عِلْمِهِ بِإِعْسَارِهِ وَوُجُوبِ الصَّدَاقِ عَلَيْهِ، كَانَ رِضًا مِنْهُ بِالتَّزَامِهِ.

فصل: وإن تزوّج العبدُ بِإِذْنِ مَوْلَاهُ، فَاَلْمَهْرُ عَلَى الْمَوْلَى؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِإِذْنِهِ، فَكَانَ عَلَيْهِ، كَالَّذِي يَجِبُ بَعْقِدِ الْوَكِيلِ. وَإِنْ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ، فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ، فَإِنْ فَارَقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا، فَفِي رَقَبَتِهِ صَدَاقُهَا؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِجِنَايَتِهِ، فَكَانَ فِي رَقَبَتِهِ، كَسَائِرِ جِنَايَاتِهِ. وَفِي قَدْرِهِ رَوَايَتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، مَهْرُ مِثْلِهَا؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ

(١) تقدم تخريجه في ٦٠٢/٣.

(٢) تقدم تخريجه في ٦٠٣/٣.

(٣) في الأصل: «العوض».

(٤) في م: «كذلك».

يُوجِبُ الْمَهْرَ ، فَأَوْجَبَ جَمِيعَهُ ، كَوَطْءِ الْمَكْرَهَةِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَجِبُ عَلَيْهِ خُمْسُ الْمَهْرِ ؛ لِمَا رَوَى خِلَاسٌ أَنَّ غُلَامًا لَأَبِي مُوسَى تَزَوَّجَ بِمَوْلَاةٍ تَيْجَانَ^(١) التَّيْمِيَّ بِغَيْرِ إِذْنِ أَبِي مُوسَى ، فَكَتَبَ فِي ذَلِكَ إِلَى عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَكَتَبَ إِلَيْهِ أَنْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، وَخَذَ لَهَا الْخُمْسَيْنِ مِنْ صَدَاقِهَا . وَكَانَ صَدَاقُهَا خَمْسَةَ أَبْعَرَةٍ . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ^(٢) . وَلِأَنَّ الْمَهْرَ أَحَدُ مُوَجِبِي الْوَطْءِ ، فَجَازَ أَنْ يَنْقُصَ فِيهِ الْعَبْدُ عَنِ الْحُرِّ ، كَالْحَدِّ . وَقَدْ رَوَى حَنْبَلٌ عَنْ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا صَدَاقَ عَلَيْهِ . وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى مَا إِذَا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبُ شَيْءٌ فِي الْحَالَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ مُطَاوِعَةٌ لَهُ فِي غَيْرِ نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، أَشْبَهَ الزَّانِيَةَ . وَهَذَا مَذْهَبُ ابْنِ عُثْمَانَ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ . وَالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَفْدِيَهُ بِأَقْلِّ الْأُمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ^(٣) الْوَاجِبِ مِنَ الْمَهْرِ^(٤) ، كَأَرْشِ جِنَايَاتِهِ^(٥) .

وَإِذَا زَوَّجَ السَّيِّدُ عَبْدَهُ أُمَّتَهُ ، وَجَبَ الصَّدَاقُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ سَقَطَ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَخْلُو مِنْ مَهْرٍ ، وَلَا يَثْبُتُ لِلْسَّيِّدِ عَلَى عَبْدِهِ مَالٌ ، فَسَقَطَ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَثْبُتُ مَهْرٌ أَصْلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَجِبَ لِلْسَّيِّدِ عَلَى عَبْدِهِ مَالٌ .

(١) فِي م : « تَيْحَان » .

(٢) لَمْ نَجِدْهُ عِنْدَ الْإِمَامِ أَحْمَدَ . وَأَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمُصَنَّفِ ٢٤٣/٧ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : الْمُصَنَّفِ ٢٥٩/٤ ، ٢٦٠ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

(٤) فِي ف : « مَهْرُ الْمَثَل » .

(٥) فِي ف : « جِنَايَتِهِ » .

وإن تزوّج العَبْدُ بِحُرَّةٍ أو أَمَةٍ 'بغيرِ إِذْنٍ' سَيِّدِهِ ، ثم باعها العَبْدُ ، أو باعه لسيِّدِ الأَمَةِ بِشَمَنِ فِي الذِّمَّةِ ، صَحَّ ، وَتَحَوَّلَ صَدَاقُهَا إِلَى ثَمَنِهِ ، أو نِصْفُهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ . وَإِنْ باعها إِثَّاهُ بِصَدَاقِهَا ، صَحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهَا بِهِ عَبْدًا آخَرَ ، فَكَذَلِكَ هَذَا . وَيُنْفَسِخُ النِّكَاحُ إِذَا مَلَكَتْ زَوْجَهَا ، فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، رَجَعَ السَّيِّدُ عَلَيْهَا بِمَا يَشُقُّطُ مِنْ صَدَاقِهَا .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « يَأْذَن » .

بَابُ اخْتِلَافِ الزَّوْجَيْنِ فِي الصَّدَاقِ

إِذَا اخْتَلَفَا فِي قَدْرِهِ وَلَا بَيِّنَةً عَلَى مَبْلَغِهِ ، ففِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، الْقَوْلُ قَوْلُ مَنْ يَدَّعِي مَهْرَ الْمِثْلِ مِنْهُمَا ؛ فَإِنْ ادَّعَتْ مَهْرَ الْمِثْلِ أَوْ أَقْلَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، وَإِنْ ادَّعَى مَهْرَ مِثْلِهَا أَوْ أَكْثَرَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ صَدَاقَهَا مَهْرُ مِثْلِهَا ، وَلِأَنَّهُ مُوجِبُ الْعَقْدِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ خَلَا عَنِ الصَّدَاقِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مُدَّعِيهِ ، كَالْمُنْكَرِ فِي سَائِرِ الدَّعَاوَى . فَإِنْ ادَّعَى أَقْلَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ ، وَادَّعَتْ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ ، رُذًا إِلَى مَهْرِ الْمِثْلِ . وَيَنْبَغِي أَنْ يَخْلِفَ الزَّوْجُ عَلَى نَفْيِ الزَّائِدِ عَنِ مَهْرِ الْمِثْلِ ، وَتَخْلِفَ هِيَ عَلَى إِثْبَاتِ مَا نَقَصَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ دَعْوَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُحْتَمَلَةٌ ، فَلَا تُدْفَعُ بِغَيْرِ يَمِينٍ . وَالرَّوَايَةُ [٢٩٨و] الثَّانِيَةُ ، الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ ﷺ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ » ^(١) . فَإِنْ مَاتَ الزَّوْجَانِ ، فَوَرَثَتْهُمَا بِمَنْزِلَتِهِمَا ، إِلَّا أَنَّ مَنْ يَخْلِفُ مِنْهُمَا عَلَى الْإِثْبَاتِ يَخْلِفُ عَلَى الْبَتِّ ، وَمَنْ يَخْلِفُ عَلَى النَّفْيِ يَخْلِفُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْلِفُ عَلَى نَفْيِ فِعْلِ الْغَيْرِ .

وَإِنْ اخْتَلَفَ الزَّوْجُ وَأَبُو الصَّغِيرَةِ أَوْ الْمَجْنُونَةُ ، قَامَ الْأَبُ مَقَامَهُمَا فِي الْيَمِينِ ؛ لِأَنَّهُ يَخْلِفُ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهِ ، فَأَسْبَبَهُ الْوَكِيلُ . فَإِنْ لَمْ يَخْلِفْ حَتَّى

(١) تقدم تخريجه في صفحة ١٦٨ .

بَلَغَتِ الصَّبِيَّةُ ، وَعَقَلَتِ المَجْنُونَةُ ، فَالْيَمِينُ عَلَيْهِمَا دُونَهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا حَلَفَ
لِتَعْدِرِ الْيَمِينُ مِنْ جِهَتِهِمَا ، فَإِذَا أُمِكَ الحَلِفُ مِنْهُمَا ، لَزِمَهُمَا ، كَالْوَصِيِّ إِذَا
بَلَغَ الطِّفْلُ .

فصل : وَإِنْ أَنْكَرَ الزَّوْجُ تَسْمِيَةَ الصَّدَاقِ ، وَادَّعَتْ تَسْمِيَةَ مَهْرِ المِثْلِ ،
وَكَانَ الخِلَافُ بَعْدَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى
الرَّوَايَتَيْنِ . فَإِنْ قُلْنَا : القَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ . وَجَبَتِ الْمُتَعَةُ . وَإِنْ قُلْنَا بِالرَّوَايَةِ
الْأُخْرَى ، فَلَهَا نِصْفُ مَهْرٍ مِثْلِهَا ^(١) . وَإِنْ اخْتَلَفَا قَبْلَ الطَّلَاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ ،
فَقَدْ اسْتَقَرَّ لَهَا مَهْرٌ مِثْلُهَا . وَإِنْ كَانَ قَبْلَهُ ، فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ بِفَرْضِ مَهْرِ المِثْلِ ،
وَلَا يُشْرَعُ التَّحَالُفُ . وَإِنْ ادَّعَتْ أَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ المِثْلِ ، حَلَفَ عَلَى نَفْيِ
الزِّيَادَةِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَصْدَقْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ . قَالَتْ : بَلْ هَذِهِ الْأَمَةُ . لَمْ
تَمْلِكِ الْعَبْدَ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَدَّعِيهِ ، وَلَا الْأَمَةُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَجِبُ بِمَجَرَّدِ الدَّعْوَى .
لَكِنْ إِنْ قُلْنَا : القَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ . فَلَهَا قِيَمَةُ الْعَبْدِ . وَإِنْ قُلْنَا : القَوْلُ قَوْلُ مَنْ
يَدَّعِي مَهْرَ المِثْلِ . وَكَانَتِ الْأَمَةُ مَهْرَ المِثْلِ أَوْ أَقَلَّ ، حَلَفَتْ ، وَلَهَا قِيَمَتُهَا .
وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ وَالْعَبْدُ مَهْرَ المِثْلِ أَوْ ^(٢) أَكْثَرَ ، حَلَفَ الزَّوْجُ ، وَلَهَا قِيَمَتُهُ .
وَإِنْ كَانَتِ الْأَمَةُ أَكْثَرَ وَالْعَبْدُ أَقَلَّ ، رُدَّ إِلَى مَهْرِ المِثْلِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِيمَا
تَقَدَّمَ .

(١) فِي م : « المثل » .

(٢) فِي الْأَصْل : « وَ » .

فصل : وإن اختلفا في قبض الصِّدَاقِ أو إبرائه منه ، فالقول قولها ؛ لأنَّ^(١) الأصل معها . وإن اختلفا فيما يستقرُّ به الصِّدَاقُ من الاستمتاع ، أو الخلوة ، فالقول قوله ؛ لأنَّ الأصل معه . وإن اتَّفَقَا على أنه دَفَعَ إليها مالاً ، فقال : دفعته صِداقاً . قالت : بل هِبَةٌ . فإن كان الخلافُ في نيَّته ، فالقول قوله بلا يمين ؛ لأنَّه أعلمُ بما نواه . وإن اختلفا في لفظه ، فالقول قوله مع يمينه ؛ لأنَّه ملكه ، فالقول قوله في صفة نقله .

فصل : وإن نقص الصِّدَاقُ في يديها بعد الطَّلَاقِ ، فقالت : حدث بعد الطَّلَاقِ ، فلا ضمانَ عَلَيَّ . وقال : بل قبله . فالقول قولها ؛ لأنَّ الأصل براءة ذمتها .

فصل : ويجب المهرُ للموطوءة في نكاح فاسد ؛ لقول النبي ﷺ في التي نَكَحَتْ نفسها بغير إذن وليِّها : « فَإِنْ أَصَابَهَا ، فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا »^(٢) . ويجب للموطوءة بشبهة ؛ لهذا المعنى . ويجب للمُكْرَهَةِ على الزَّنى ؛ لأنَّه وَطْءٌ سَقَطَ الحَدُّ عنها فيه بشبهة ، والواطئُ من أهل الضَّمانِ في حقِّها ، فأوجب المهرَ ، كالوطءِ بالشبهة . ولا يجب مع المهرِ أَرْضُ الْبَكَارَةِ في هذه المواضع ؛ لأنَّه داخلٌ في المهرِ . وعنه ، للمُكْرَهَةِ الْأَرْضُ^(٣) مع المهرِ ؛ لأنَّه إِتْلَافٌ لجزءٍ ، فوجب عَوْضُهُ ، كما لو جَرَحَهَا ثم وَطَّئَهَا . وعن أحمد ، [٢٩٨ظ] لا يجب المهرُ للمُكْرَهَةِ الثَّيِّبِ ؛ قِيَاسًا على

(١) في الأصل : « لكن » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٢٢٣ ، ٢٢٤ .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

المُطَاوَعَةِ . وعنه ، لا يجب لمَحَارِمِهِ مِنَ النَّسَبِ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَهُنَّ تَحْرِيمُ أَصْلِ ،
فلا يُوجِبُ وَطْؤُهُنَّ مَهْرًا ، كَاللُّوَاطِ . وعنه ، مَنْ تَحْرُمُ ابْنَتُهَا ، لا مَهْرَ لَهَا ؛
لِذَلِكَ ^(١) ، وَمَنْ تَحِلُّ بِنْتُهَا ، كَالْعَمَّةِ ، وَالْخَالَةِ ، يَجِبُ لَهَا ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَهَا
أَخَفُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَتْلَفَ مَنَفَعَةً بَضْعِهَا بِالْوَطْءِ مُكْرَهَةً ، فَأَشْبَهَتْ الْأَجْنَبِيَّةَ
وَالْبَكْرَ .

فصل : ولا يجب المهر للمطاوعة على الزنى ؛ لأنها باذلة لما يوجب
البذل ^(٢) لها ، فلم يجب لها شيء ^(٣) ، كما لو أذنت في قطع يدها . فإن
كانت أمة ، وجب المهر لسيدها ؛ لأنه المستحق له ، فلا يسقط ببذلها ،
كيدها .

ولا يجب المهر بالوطء في الدبر ، ولا اللواط ؛ لأنه لا منفعة فيه متقومة
في الشرع ، بخلاف الفرج .

فصل : ومن نكاحها باطل بالإجماع ؛ كذات الزوج ، والمعتدة ،
حكمها حكم الأجنبية في وجوب الصداق إن كان الوطء بشبهة أو
إكراه ، وسقوطه إن كانت مطاوعة عالمة بالتحريم ؛ لأنه باطل بالإجماع ،
فكان وجوده كعدمه .

(١) في م : « كذلك » .

(٢) في ف : « البذل » .

(٣) سقط من : الأصل .

بَابُ الْوَلِيْمَةِ

وهي الإطعام في العُرسِ .

وهي مُسْتَحَبَّةٌ ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِعَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ حِينَ تَزَوَّجَ : «أُولِمَ وَلَوْ بِشَاةٍ» . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وليست واجبةً ؛ لِأَنَّهَا طَعَامٌ لِسُرُورٍ حَادِثٍ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ الْأَطْعِمَةِ .

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُولِمَ بِشَاةٍ ؛ لِلخَبَرِ ، وَإِنْ أُولِمَ بِغَيْرِهَا أَصَابَ السُّنَّةُ ؛ لِمَا

(١) أخرجه البخارى ، فى : باب ما جاء فى قول الله تعالى : ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا ... ﴾ ، من كتاب البيوع ، وفى : باب إخوان النبى ﷺ بين المهاجرين والأنصار ، من كتاب مناقب الأنصار ، وفى : باب قول الرجل لأخيه : انظر أى زوجتى شئت ، وباب قول الله تعالى : ﴿ وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نَحْلَةً ... ﴾ ، وباب الصفرة للمتزوج ... ، وباب كيف يدعى للمتزوج ، وباب الوليمة حق ، وباب الوليمة ولو بشاة ، من كتاب النكاح ، وفى : باب الإخاء والхلف ، من كتاب الأدب ، وفى : باب الدعاء للمتزوج ، من كتاب الدعوات . صحيح البخارى ٣/٦٨ ، ٦٩ ، ٥/٣٩ ، ٧/٤ ، ٢٥ ، ٢٧ ، ٣٠ ، ٣١ ، ٨/٢٧ ، ١٠٢ . ومسلم ، فى : باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد ... ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ٢/١٠٤٢ ، ١٠٤٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب قلة المهر ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١/٤٨٦ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الوليمة ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٥/٢ ، ٣ . وابن ماجه ، فى : باب الوليمة ، من كتاب النكاح ١/٦١٥ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الوليمة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢/٥٤٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/١٦٥ ، ١٩٠ ، ٢٠٥ ، ٤٧١ .

رَوَى أَنَسٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : مَا أَوْلَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى شَيْءٍ مِنْ نِسَائِهِ مَا أَوْلَمَ عَلَى زَيْنَبَ ، أَوْلَمَ بِشَاةٍ . ^(١) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ .

فصل : وإجابة الدّاعى إليها واجبة ؛ لما روى ابنُ عمرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى الْوَلِيمَةِ فَلْيَأْتِهَا » . وَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : وَ ^(٢) مَنْ لَمْ يُجِبْ فَقَدْ عَصَى اللَّهَ وَرَسُولَهُ . رَوَاهُمَا الْبُخَارِيُّ ^(٣) .

(١ - ١) سقط من : « ف » .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب ﴿ لَا تَدْخُلُوا بُيُوتَ النَّبِيِّ إِلَّا أَنْ يُؤْذَنَ لَكُمْ ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفى : باب الوليمة ولو بشاة ، وباب من أولم على بعض نسائه أكثر من بعض ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ١٤٨/٦ ، ١٤٩ ، ٣١/٧ . ومسلم ، فى : باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها ، وباب زواج زينب بنت جحش من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٤٦/٢ ، ١٠٤٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى استحباب الوليمة عند النكاح ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٣٠٧/٢ . وابن ماجه ، فى : باب الوليمة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/١٦٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٧٢/٣ ، ٢٢٧ .

(٢) زيادة من : م .

(٣) الأول أخرجه البخارى ، فى : باب حق إجابة الوليمة ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٣١/٧ .

كما أخرجه مسلم ، فى : باب الأمر بإجابة الداعى إلى دعوة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٥٢/٢ . وأبو داود ، فى : باب ما جاء فى إجابة الدعوة ، من كتاب الأطعمة . سنن أبى داود ٣٠٦/٢ . وابن ماجه ، فى : باب إجابة الداعى ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٦١٦ . والدارمى ، فى : باب إجابة الوليمة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٤٣/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الوليمة ، من كتاب النكاح . الموطأ ٥٤٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢٠/٢ ، ٢٢ ، ٣٧ ، ١٠١ .

والثانى أخرجه البخارى ، فى : باب من ترك الدعوة فقد عصى الله ورسوله ، من كتاب =

وإن كان الداعى ذمياً، لم تجب إجابته؛ لأن الإجابة للمسلم للإكرام والمؤالة، ولا يجب ذلك للذمى. وتجاوز^(١) إجابته؛ لما روى أنس، رضى الله عنه، أن يهودياً دعا النبى ﷺ إلى خبز شعير، وإهالة سِنخة^(٢)، فأجابه. رواه الإمام أحمد في «الزهد»^(٣).

وإنما تجب إجابة المسلم إذا نص عليه. فإن دعا الجفلى، كقوله: «أيها^(٤) الناس أجيئوا. و^(٥): هلم إلى الطعام. لم تجب الإجابة؛ لأن كل واحد غير منصوص عليه، فلا يترك قلب الداعى بتخلفه.

وإن دعا ثلاثة أيام، وجبت الإجابة فى اليوم الأول، واشتجبت فى الثانى، ولم تستحب فى الثالث؛ لما روى عن النبى ﷺ أنه قال:

= النكاح. صحيح البخارى ٣٢/٧.

كما أخرجه مسلم، فى: باب الأمر بإجابة الداعى إلى دعوة، من كتاب النكاح. صحيح مسلم ١٠٥٤/٢، ١٠٥٥. وأبو داود، فى: باب ما جاء فى إجابة الدعوة، من كتاب الأطعمة. سنن أبى داود ٣٠٦/٢. وابن ماجه، فى: باب إجابة الداعى، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦١٦/١. والدارمى، فى: باب فى الوليمة، من كتاب الأطعمة. سنن الدارمى ١٠٥/٢. والإمام مالك، فى: باب ما جاء فى الوليمة، من كتاب النكاح. الموطأ ٥٤٦/٢. والإمام أحمد، فى: المسند ٢٤١/٢، ٢٦٧، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٩٤.

(١) فى الأصل: «تجب». خطأ.

(٢) الإهالة: الدسم والشحم، والسِنخة: المتغيرة الريح.

(٣) الزهد ٥.

كما أخرجه، فى: المسند ٢١٠/٣، ٢١١، ٢٧٠.

(٤) فى ف: «يا أيها».

(٥) فى ف: «أو».

«الْوَلِيْمَةُ أَوَّلَ يَوْمٍ حَقٌّ، والثَّانِي مَعْرُوفٌ، والثَّالِثُ رِيَاءٌ وَسُمْعَةٌ». رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١).

فَإِنْ دَعَاهُ اثْنَانِ، وَلَمْ يُمْكِنْهُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا، أَجَابَ أَسْبَقَهُمَا؛ لِأَنَّ إِجَابَتَهُ وَجَبَتْ بِدَعْوَتِهِ، فَمَنَعَتْ مِنْ وُجُوبِ إِجَابَةِ الثَّانِي. فَإِنْ اسْتَوَيَا، أَجَابَ أَقْرَبَهُمَا بَابًا؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِذَا اجْتَمَعَ دَاعِيَانِ، فَأَجِبْ أَقْرَبَهُمَا بَابًا، فَإِنَّ أَقْرَبَهُمَا بَابًا أَقْرَبُهُمَا جَوَارًا، فَإِنْ سَبَقَ أَحَدُهُمَا، فَأَجِبْ الَّذِي سَبَقَ». رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٢). فَإِنْ اسْتَوَيَا، أَجَابَ [٢٩٩و] أَقْرَبَهُمَا رَحِمًا، فَإِنْ اسْتَوَيَا، أَجَابَ أَذْيَنَهُمَا^(٣)؛ لِأَنَّ هَذَا مِنْ أَبْوَابِ الْبِرِّ، فَقُدِّمَ بِهِذِهِ الْمَعَانِي. فَإِنْ اسْتَوَيَا، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا.

فصل: وَإِذَا دُعِيَ الصَّائِمُ، لَمْ تَسْقُطِ الْإِجَابَةُ، فَإِذَا حَضَرَ وَكَانَ الصَّوْمُ وَاجِبًا، لَمْ يُفْطِرْ، وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا، اسْتَحِبَّ لَهُ الْفِطْرُ، لَيْسَرَّ أَخَاهُ وَيَجْبُرَ قَلْبَهُ، وَلَا يَجِبُ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ

(١) فِي: بَابِ فِي كَمْ تَسْتَحِبُّ الْوَلِيْمَةَ، مِنْ كِتَابِ الْأَطْعَمَةِ. سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٣٠٧/٢.
كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ، فِي: بَابِ مَا جَاءَ فِي الْوَلِيْمَةِ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ. عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٤/٥. وَابْنُ مَاجَهَ، فِي: بَابِ إِجَابَةِ الدَّاعِي، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ. سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٦١٧/١.
وَالدَّارِمِيُّ، فِي: بَابِ فِي الْوَلِيْمَةِ، مِنْ كِتَابِ الْأَطْعَمَةِ. سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ١٠٥/٢. وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ٢٨/٥، ٣٧١. وَضَعَفَهُ الْحَافِظُ فِي التَّلْخِيصِ ١٩٥/٣، ١٩٦. وَالْأَلْبَانِيُّ فِي الْإِرْوَاءِ ٨/٧ - ١١.

(٢) فِي: بَابِ إِذَا اجْتَمَعَ دَاعِيَانِ أَيُّهُمَا أَحَقُّ، مِنْ كِتَابِ الْأَطْعَمَةِ. سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٣١٠/٢.
كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ، فِي: الْمُسْنَدِ ٤٠٨/٥. وَضَعَفَ الْحَافِظُ إِسْنَادَهُ، فِي: التَّلْخِيصِ الْحَبِيرِ ١٩٦/٣. وَانْظُرِ الْإِرْوَاءَ ١١/٧.
(٣) فِي ف: «أَدْنَاهُمَا».

ﷺ: « إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ ، فَلْيُجِبْ ، فَإِنْ كَانَ صَائِمًا فَلْيَذْغُ ، وَإِنْ كَانَ مُفْطِرًا فَلْيَطْعَمْ » .^(١) رَوَاهُ مُسْلِمٌ ، وَ^(٢) أَبُو دَاوُدَ . وَيُسْتَحَبُّ إِعْلَامُهُمْ بِصِيَامِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُزَوِّى عَنْ عُثْمَانَ وَابْنِ عُفَيْرٍ^(٣) ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَلِأَنَّ التُّهْمَةَ تَزُولُ وَيَتَمَهَّدُ عُذْرُهُ . وَإِنْ كَانَ مُفْطِرًا ، فَالْأَفْضَلُ الْأَكْلُ ؛ لِلخَبَرِ ، وَلِأَنَّ فِيهِ جَبَرُ قَلْبِ الدَّاعِي ، وَلَا يَجِبُ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ إِلَى الطَّعَامِ ، فَلْيُجِبْ ، فَإِنْ شَاءَ طَعِمَ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ »^(٤) . حَدِيثٌ صَحِيحٌ .

فصل : والدُّعَاءُ إِلَى الْوَلِيْمَةِ إِذْنٌ فِي الْأَكْلِ وَالْدُّخُولِ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ ، فَجَاءَ مَعَ الرَّسُولِ ، فَذَلِكَ إِذْنٌ لَهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٥) .

(١ - ١) زيادة من : ف .

والحديث أخرجه مسلم ، فى : باب الأمر بإجابة الداعى إلى دعوة ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٥٤ / ٢ . وأبو داود ، فى : باب فى الصائم يدعى إلى وليمة ، من كتاب الصوم . سنن أبى داود ٥٧٣ / ١ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى إجابة الصائم الدعوة ، من أبواب الصوم . عارضة الأحوذى ٣ / ٣٠٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٢٧٩ ، ٤٨٩ ، ٥٠٧ . (٢) أثر عثمان أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٤ / ٢٧٩ . وحسنه الألبانى ، فى : الإرواء ٧ / ١٢ - ١٤ .

وأثر ابن عمر أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : المصنف ٣ / ٦٤ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧ / ٢٦٣ .

(٣) أخرجه البيهقى ، فى : السنن الكبرى ٤ / ٢٧٩ .

(٤) فى : باب فى الرجل يدعى أياكون ذلك إذنه ؟ من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٢ / ٦٣٩ . كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٥٣٣ . وصححه فى الإرواء ٧ / ١٦ ، ١٧ .

فصل : وإذا دُعِيَ إلى وَلِيْمَةٍ فيها مُنْكَرٌ ، كَالْخَمْرِ وَالزَّمْرِ ، فَأَمَكْنَهُ الْإِنْكَارُ ، حَضَرَ وَأَنْكَرَ ؛ لِأَنَّهُ يَجْمَعُ بَيْنَ وَاجِبَيْنِ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْهُ ، لَمْ يَحْضُرْ ؛ لِأَنَّهُ يَرَى الْمُنْكَرَ وَيَسْمَعُهُ اخْتِيَارًا . وَإِنْ حَضَرَ ، فَرَأَى الْمُنْكَرَ أَوْ سَمِعَهُ ، أزاله ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْهُ إِزالته ، انْصَرَفَ ؛ لِمَا رَوَى سَفِينَةُ أَنَّ رَجُلًا أَضَافَهُ عَلَى فَصْنَعٍ لَهُ طَعَامًا ، فَقَالَتْ فَاطِمَةُ : لَوْ دَعَوْنَا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَأَكَلْ مَعَنَا . فَدَعَوَهُ ، فَجَاءَ فَوَضَعَ يَدَهُ عَلَى عُضَادَتِي الْبَابِ ، فَرَأَى قِرَامًا^(١) فِي نَاحِيَةِ الْبَيْتِ ، فَرَجَعَ ، فَقَالَتْ فَاطِمَةُ : الْحَقُّ ، فَقُلْ : مَا رَجَعَكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ ؟ فَقَالَ : « إِنَّهُ لَيْسَ لِي أَنْ أَدْخُلَ بَيْتًا مُزَوَّقًا »^(٢) . حَدِيثٌ حَسَنٌ . وَلِأَنَّهُ يُشَاهِدُ الْمُنْكَرَ وَيَسْمَعُهُ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ، فَمُنِعَ مِنْهُ ، كَالْقَادِرِ عَلَى إِزالته . وَإِنْ عَلِمَ الْمُنْكَرَ ، وَلَمْ يَرَهُ وَلَمْ يَسْمَعَهُ ، لَمْ يَنْصَرِفْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرَهُ وَلَمْ يَسْمَعَهُ . وَلَا يَنْصَرِفُ لِسَمَاعِ الدُّفِّ ؛ لِأَنَّهُ مَشْرُوعٌ ، وَلَا لِرُؤْيَا نُقُوشٍ وَ^(٣) صُورٍ غَيْرِ الْحَيَوَانِ ، كَالشَّجَرِ وَالْأُتَيْيَةِ ؛ لِأَنَّهُ نَقَشٌ مُبَاحٌ ، فَهُوَ كَعَلَمِ الثَّوْبِ . وَأَمَّا صُورُ الْحَيَوَانِ ، فَإِنْ كَانَتْ تُوطَأُ أَوْ يُتَّكَأُ عَلَيْهَا ، كَالْبُشْطِ وَالْوَسَائِدِ ، فَلَا بَأْسَ بِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ عَلَى حَيْطَانٍ أَوْ سُتُورٍ ، انْصَرَفَ ؛ لِمَا رَوَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، قَالَتْ : قَدِمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مِنْ سَفَرٍ ،

(١) القرام : ستر فيه رقم ونقوش .

(٢) أخرجه أبو داود ، في : باب إجابة الدعوة إذا حضرها مكروه ، من كتاب الأطعمة . سنن أبي داود ٣٠٩ / ٢ . وابن ماجه ، في : باب إذا رأى الضيف منكراً رجع ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ١١١٥ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٢١ / ٥ ، ٢٢٢ . وعند أبي داود وابن ماجه ، وفي الموضع الثاني من المسند ، أن الرجل هو الذي أضاف عليها ، رضى الله عنه .

(٣) سقط من : الأصل .

وقد سَتَرْتُ لِي سَهْوَةً بِنَمَطٍ^(١) فِيهِ تَصَاوِيرُ، فَلَمَّا رَأَاهُ، قَالَ: «أَتَشْتَرِينَ
الْجُدْرَ»^(٢) بِسِتْرِ فِيهِ تَصَاوِيرُ». فَهَتَكَه. قَالَتْ: فَجَعَلْتُ مِنْهُ^(٣) مُنْبَذَتَيْنِ،
فَكَانَنِي أَنْظُرُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ مُتَّكِئًا عَلَى إِحْدَاهُمَا^(٤).

فَإِنْ قَطَعَ رَأْسَ الصُّورَةِ، أَوْ مَا لَا يَبْقَى الْحَيَوَانُ بَعْدَهُ، كَصَدْرِ وَظَهْرٍ،
ذَهَبَتْ الْكَرَاهَةُ؛ لِأَنَّهُ لَا تَبْقَى الْحَيَاةُ فِيهِ، فَأَشْبَهَ الشَّجَرَ. وَإِنْ أُزِيلَ مِنْهُ مَا
تَبْقَى الْحَيَاةُ بَعْدَهُ، كَيَدٍ أَوْ رِجْلٍ، فَالْكَرَاهَةُ بِحَالِهَا؛ لِأَنَّهَا صُورَةُ حَيَوَانٍ.

وَإِنْ سَتَرْتَ الْحَيَاطَانَ بِسُتُورٍ غَيْرِ مُصَوَّرَةٍ لِحَاجَةٍ مِنْ حَرٍّ أَوْ بَرْدٍ، جَازٍ،
وَلَمْ يُكْرَهْ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَعْمِلُهُ لِحَاجَةٍ^(٥)، فَأَشْبَهَ لُبْسَ الثِّيَابِ. وَإِنْ [٢٩٩ظ] كَانَ
لِغَيْرِ حَاجَةٍ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، هُوَ مُحَرَّمٌ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَلِيِّ بْنِ
الْحُسَيْنِ قَالَ: نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ تُسْتَرَّ الْجُدْرُ. رَوَاهُ الْخَلَّالُ^(٦).
وَالنَّهْيُ يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ. وَدَعَا ابْنُ عُمَرَ أَبَا أَيُّوبَ، فَجَاءَ فَرَأَى الْبَيْتَ
مَسْتُورًا بِجُنَادِيٍّ^(٧) أَخْضَرَ، فَقَالَ: يَا عَبْدَ اللَّهِ أَتَشْتَرُونَ الْجُدْرَ؟ لَا أَطْعَمُ

(١) السهوة: الطاق، أو شبه الرف، والنمط: بساط ليف له خمل.

(٢) فِي م: «الجدر».

(٣ - ٣) فِي م: «وسادتين وحشوتهما ليفا فلم يعب ذلك على».

والحديث أخرجه ابن ماجه، في: باب الصور فيما يوطأ، من كتاب اللباس. سنن ابن ماجه

١٢٠٤/٢. والإمام أحمد، في: المسند ٢٤٧/٦. وانظر صحيح البخاري ١٧٩/٣، ٢١٥/٧،

٢١٦. وصحيح مسلم ١٦٦٩/٣. والمجتبى ١٨٩/٨.

(٤) فِي الْأَصْل: «لِحَاجَتِهِ».

(٥) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ، فِي: السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٧٢/٧. وَقَالَ: هَذَا مَنْقُطَعٌ.

(٦) فِي م: «بنجاد».

والجنادى، قيل: هو جنس من الأنماط أو الثياب يستر بها الجدران. النهاية ٣٠٦/١.

لكم طعامًا ، ولا أَدْخُلُ لكم بَيْتًا . ثم خَرَجَ ^(١) . والثاني ، هو مَكْرُوءة ؛ لأنَّ ابنَ عُمَرَ أَقَرَّ عليه ولم يُنْكِرْهُ ، ولأنَّ كَرَاهَتَهُ لِمَا فِيهِ مِنَ السَّرَفِ ، فلا يَبْلُغُ به التحريمُ ، كالزِّيَادَةِ فِي الْمَلْبُوسِ . ويجوزُ الرُّجُوعُ لذلك ؛ لِفِعْلِ أَبِي أَيُّوبَ .

فصل : فَأَمَّا سَائِرُ الدَّعَوَاتِ غَيْرِ الْوَلِيمَةِ ؛ كَدَعْوَةِ الْخِتَانِ ، وَتُسَمَّى الْإِعْذَارَ وَالْعَذِيرَةَ ، وَالْخُرُسَ وَالْخُرْسَةَ عِنْدَ الْوِلَادَةِ ، وَالْوَكِيرَةَ ، دَعْوَةَ الْبِنَاءِ ، وَالتَّقِيْعَةَ ، لِقُدُومِ الْغَائِبِ ، وَالْحِذَاقِ ، عِنْدَ حِذْقِ الصَّبِيِّ ^(٢) ، وَالْمَأْدُبَةِ ، اسْمٌ لِكُلِّ دَعْوَةٍ لَسَبَبٍ كَانَتْ أَوْ لغيرِ سَبَبٍ ، ففِعْلُهَا مُسْتَحَبٌّ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ إِطْعَامِ الطَّعَامِ ، وَإِظْهَارِ النُّعْمَةِ . وَلَا تَحِبُّ الْإِجَابَةُ إِلَيْهَا ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عُثْمَانَ بْنِ أَبِي الْعَاصِ أَنَّهُ دُعِيَ إِلَى خِتَانٍ ، فَأَتَى أَنْ يُجِيبَ وَقَالَ : إِنَّا كُنَّا لَا نَأْتِي الْخِتَانَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَلَا نُدْعَى إِلَيْهِ . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ^(٣) . وَتُسْتَحَبُّ الْإِجَابَةُ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « إِذَا دُعِيَ أَحَدُكُمْ فَلْيُجِبْ ، عُرْسًا كَانَ أَوْ غَيْرَ عُرْسٍ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤) . وَلأنَّ فِيهِ جَبْرَ قَلْبِ الدَّاعِي وَتَطْيِيبَهُ .

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ مُعَلِّقًا بِصِيغَةِ الْجَزْمِ ، فِي : بَابِ هَلْ يَرْجِعُ إِذَا رَأَى مِنْكَ فِي الدَّعْوَةِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣٢ / ٧ ، ٣٣ . وَوَصَلَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : كِتَابِ الْوَرَعِ ٨٥ . وَعَزَاهُ فِي مَجْمَعِ الزَّوَائِدِ إِلَى الطَّبْرَانِيِّ فِي الْكَبِيرِ ، وَقَالَ : وَرَجَالُهُ رِجَالُ الصَّحِيحِ . مَجْمَعُ الزَّوَائِدِ ٥٤ / ٤ ، ٥٥ .

(٢) أَى عِنْدَ خَتْمِهِ الْقُرْآنَ .

(٣) فِي : الْمُسْنَدِ ٢١٧ / ٤ .

(٤) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي إِجَابَةِ الدَّعْوَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَطْعِمَةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٣٠٦ / ٢ .
كَمَا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ الْأَمْرِ بِإِجَابَةِ الدَّاعِي إِلَى دَعْوَةٍ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٠٥٣ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٤٦ / ٢ .

فصل : والنَّشَارُ والتِّقَاطُ مَبَاحٌ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ إِبَاحِيٌّ ، فَأَشْبَهَ تَسْيِيلَ الْمَاءِ
وَالشَّمْرَةِ . وَفِي كَرَاهِيَّتِهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُكْرَهُ . وَهِيَ الَّتِي ذَكَرَهَا
الْخَيْرَقِيُّ ؛ لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ نَهَى عَنِ النَّهْبَةِ ، وَقَالَ : « لَا تَحِلُّ
النَّهْبَةُ » . رَوَاهُ أَحْمَدُ فِي « الْمُسْنَدِ » ^(١) . وَلِأَنَّ فِي التِّقَاطِ ذَنَاءَةً وَقِتَالًا ، وَقَدْ
يَأْخُذُهُ مَنْ غَيْرُهُ أَحَبُّ إِلَى صَاحِبِ النَّشَارِ مِنْهُ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يُكْرَهُ . اخْتَارَهَا
أَبُو بَكْرٍ ؛ لِمَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ قُزَيْبٍ ، قَالَ : قُرَّبَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ
خَمْسُ بَدَنَاتٍ أَوْ سِتُّ بَدَنَاتٍ ، فَطَفِقْنَ يَزْدَلِفْنَ إِلَيْهِ بِأَيْتِهِنَّ يَتَدَأُ ، فَتَحَرَّهَا
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَالَ : « مَنْ شَاءَ اقْتَطَعَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) .

وَلَا بَأْسَ أَنْ يَخْلِطَ الْمُسَافِرُونَ أَزْوَاجَهُمْ ، وَيَأْكُلُونَ جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ السَّلَفَ
كَانُوا يَتَنَاهَدُونَ ^(٣) فِي الْغَزْوِ وَالْحَجِّ وَغَيْرِهِمَا .

وَمَنْ وَقَعَ فِي حِجْرِهِ شَيْءٌ مِنَ النَّشَارِ ، فَهُوَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُبَاحٌ حَصَلَ فِي
حِجْرِهِ ، فَمَلَكَهُ ، كَمَا لَوْ وَثَبَتْ سَمَكَةٌ فَسَقَطَتْ فِي حِجْرِهِ .

(١) المسند ٣٠٧/٤

كما أخرجه البخاري ، في : باب النهي بغير إذن صاحبه ، من كتاب المظالم ، وفي : باب ما
يكره من المثلة والمصبورة والمجشمة ، من كتاب الذبائح . صحيح البخاري ١٧٨/٣ ، ١٢٢/٧ .

(٢) تقدم تخريجه في ٤٠٢/٢ .

(٣) تناهد القوم : أخرجوا ما لديهم من الطعام والشراب .

بَابُ عِشْرَةِ النِّسَاءِ

يَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ مُعَاشَرَةُ صَاحِبِهِ بِالْمَعْرُوفِ ؛ لقولِ
اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(١) . وقال سبحانه : ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ
الَّذِي عَلَيْهِنَ بِالْمَعْرُوفِ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَ دَرَجَةٌ ﴾ ^(٢) . وَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا بَذْلُ مَا يَجِبُ لَصَاحِبِهِ مِنَ الْحَقِّ عَلَيْهِ ، مِنْ غَيْرِ مَطْلٍ ، وَلَا إظهارِ
الكَرَاهَةِ لِلْبَذْلِ ، وَلَا إِتْبَاعِهِ بِأَذَى وَلَا مَنْ ، وَكَفُّ أَذَاهُ عَنْ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ
هَذَا مِنَ الْمُعَاشَرَةِ بِالْمَعْرُوفِ ، [٣٠٠ و] ولقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَطْلُ الْغَنِيِّ
ظُلْمٌ » ^(٣) .

فصل : وإذا تزَّوجَ امرأةٌ يُوطَأُ مِثْلُهَا ، فَطَلَبَ تَسْلِيمَهَا إِلَيْهِ ، وَجَبَ
ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ طَلَبَ حَقَّهُ الْمُتِمِّكِنَ ، فَإِنْ سَأَلَتْ الْإِنْظَارَ ، أُنْظِرَتْ مُدَّةَ جَرَتِ
الْعَادَةُ بِإِصْلَاحِ أَمْرِهَا فِيهَا ، كَالْيَوْمَيْنِ وَالثَّلَاثَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَسِيرُ جَرَتِ الْعَادَةُ
بِمِثْلِهِ . وَإِنْ كَانَتْ لَا يُجَامَعُ مِثْلُهَا ؛ لِصِغَرٍ ، أَوْ مَرَضٍ يُزْجَى زَوَالُهُ ، لَمْ
يَجِبْ تَسْلِيمُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلِاسْتِمْتَاعِ الْمُسْتَحَقِّ عَلَيْهَا . وَإِنْ كَانَ

(١) سورة النساء ١٩ .

(٢) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٣) تقدم تخريجه في ٢٢٧/٣ .

لَمْ رَضٍ غَيْرِ مَرْجُوِّ الزَّوَالِ ، أَوْ لَكُونَهَا نِضْوَةٌ الْخَلْقِ ^(١) ، وَجَبَ تَسْلِيمُهَا ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ مِثْلِهَا الْاسْتِمْتَاعُ بِغَيْرِ الْجِمَاعِ ، وَذَلِكَ مُمَكِّنٌ فِي الْحَالِ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ يَجِبُ تَسْلِيمُهَا إِلَيْهِ إِذَا طَلَبَهَا ، يَلْزَمُهُ تَسْلِيمُهَا ^(٢) إِذَا عُرِضَتْ عَلَيْهِ ، وَمَا لَا فَلَا .

فصل : وَيَجِبُ تَسْلِيمُ الْحُرَّةِ لَيْلًا وَنَهَارًا ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لغيره عليها ، وَلِلزَّوْجِ السَّفَرُ بِهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَسَافِرُ بِنِسَائِهِ ^(٣) . وَيَجِبُ تَسْلِيمُ الْأَمَةِ فِي اللَّيْلِ دُونَ النَّهَارِ ؛ لِأَنَّهَا مَمْلُوكَةٌ عُقِدَ عَلَى أَحَدٍ مَنَفَعَتَيْهَا ، فَلَمْ يَجِبِ التَّسْلِيمُ فِي غَيْرِ وَقْتِهَا ، كَالْمُسْتَأْجَرَةِ لِلخِدْمَةِ فِي أَحَدِ الزَّمَانَيْنِ ^(٤) .

فصل : وَلَهُ إِجْبَارُهَا عَلَى غُسْلِ الْخَيْضِ وَالتَّنَاقُصِ ، مُسَلِّمَةً كَانَتْ أَوْ

(١) نضوة الخلق : مهزولة .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ف : « تَسْلِيمُهَا » .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ هَبَةِ الْمَرْأَةِ لِغَيْرِ زَوْجِهَا ... ، مِنْ كِتَابِ الْهَبَةِ ، وَفِي : بَابِ تَعْدِيلِ النِّسَاءِ بَعْضَهُنَّ بَعْضًا ، مِنْ كِتَابِ الشَّهَادَاتِ ، وَفِي : بَابِ حَمْلِ الرَّجُلِ أَمْرَاتِهِ فِي الْغَزْوِ دُونَ بَعْضِ نِسَائِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ ، وَفِي : بَابِ حَدِيثِ الْإِفْكَ ، مِنْ كِتَابِ الْمَغَازِي ، وَفِي : بَابِ الْقِرْعَةِ بَيْنَ النِّسَاءِ إِذَا أَرَادَ سَفَرًا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢٠٨ / ٣ ، ٢٢٧ ، ٦٠ / ٤ ، ١٤٨ / ٥ ، ١٤٩ ، ٤٣ / ٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ فِي فَضْلِ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، مِنْ كِتَابِ فَضَائِلِ الصَّحَابَةِ ، وَفِي : بَابِ فِي حَدِيثِ الْإِفْكَ وَقَبُولِ تَوْبَةِ الْقَاذِفِ ، مِنْ كِتَابِ التَّوْبَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٨٩٤ / ٤ ، ٢١٣٠ . وَابْنُ مَاجَةٍ ، فِي : بَابِ الْقِسْمَةِ بَيْنَ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ ، وَفِي : بَابِ الْقَضَاءِ بِالْقِرْعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَحْكَامِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةٍ ٦٢٣ / ١ ، ٧٨٦ / ٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَكُونُ عِنْدَهُ النِّسَاءُ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ ، وَفِي : بَابِ خُرُوجِ النَّبِيِّ ﷺ مَعَ بَعْضِ نِسَائِهِ فِي الْغَزْوِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ١٤٤ / ٢ ، ٢١١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١١٤ / ٦ ، ١١٧ ، ١٩٧ ، ٢٦٩ .

(٤) فِي ف : « الرَّوَايَتَيْنِ » .

ذِمِّيَّةٌ ؛ لِأَنَّ إِبَاحَةَ الْوَطْءِ يَقِفُ عَلَيْهِ ، وَلَهُ إِجْبَارُ الْمُسْلِمَةِ عَلَى الْغُسْلِ مِنَ الْجَنَابَةِ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ عَلَيْهَا . وَفِي الذَّمِّيَّةِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَمْلِكُ إِجْبَارُهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ عَلَيْهَا ، وَلَا تَقِفُ إِبَاحَةُ الْوَطْءِ عَلَيْهِ . وَالثَّانِيَّةُ ، يَمْلِكُ إِجْبَارُهَا ؛ لِأَنَّ كَمَالَ الْاسْتِمْتَاعِ يَقِفُ عَلَيْهِ ، لَكَوْنِ النَّفْسِ تَعَافُ مَنْ لَا يَغْتَسِلُ مِنْ جَنَابَةٍ . وَفِي التَّنْظِيفِ وَالِاسْتِحْدَادِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى هَاتَيْنِ الرَّوَايَتَيْنِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ إِجْبَارُهَا عَلَى الْاسْتِحْدَادِ إِذَا طَالَ الشَّعْرُ وَاسْتَرْسَلَ ، وَتَقْلِيمِ الْأَظْفَارِ إِذَا طَالَتْ ، رَوَايَةً وَاحِدَةً .

وَهَلْ لَهُ مَنَعُهَا أَكْلَ مَا يَتَأَذَّى بِرَائِحَتِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَلَهُ مَنَعُ الْمُسْلِمَةِ مِنْ كُلِّ مُحَرَّمٍ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى مَنَعَهَا مِنْهُ . وَلَيْسَ لَهُ مَنَعُ الذَّمِّيَّةِ مِنْ يَسِيرِ الْخَمْرِ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَعْتَقِدُ تَحْرِيمَهُ ، وَلَهُ إِجْبَارُهَا عَلَى غَسْلِ فِيهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّ نَجَاسَتَهُ تَمْنَعُ الْاسْتِمْتَاعَ بِهِ . وَلَهُ مَنَعُهَا مِنَ الشُّكْرِ ؛ لِأَنَّهُ يَجْعَلُهَا كَالزُّقِّ الْمُنْفُوخِ ، وَلَا يَأْمَنُ مِنْ جِنَابَتِهَا عَلَيْهِ .

فصل : وَلَهُ مَنَعُهَا مِنَ الْخُرُوجِ مِنْ مَنْزِلِهِ ، إِلَّا لِمَا لَا بُدَّ لَهَا ^(١) مِنْهُ ؛ لِأَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ وَاجِبٌ ، فَلَا يَجُوزُ تَرْكُهُ بِمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ . وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ قَالَ : أَتَتْ امْرَأَةً إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، مَا حَقُّ الزَّوْجِ عَلَى زَوْجَتِهِ ؟ قَالَ : « حَقُّهُ عَلَيْهَا أَنْ لَا تَخْرُجَ إِلَّا بِإِذْنِهِ » ^(٢) . وَيُكْرَهُ مَنَعُهَا مِنْ عِبَادَةِ أَحَدٍ وَالِدَيْهَا ، أَوْ شُهُودِ جِنَازَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَى التُّفُورِ ، وَيُغْرِيبُهَا بِالْعُقُوقِ .

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه ابن عساكر ، في : تاريخ دمشق ٣٩٨ / ٢٧ . عن عبد الله بن عمرو . وبنحوه أخرجه أبو داود الطيالسي ، في : مسنده ٢٦٣ . عن عبد الله بن عمر .

فصل : وله الاستمتاع بها في كل وقت من غير إضرار بها ، ولا منعها من فريضة ، وقد روى عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها ، لعنتها الملائكة حتى ترجع » . متفق عليه ^(١) .

ولا يجوز وطؤها في الحيض ولا في الدبر ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَاعْتَزِلُوا النِّسَاءَ فِي الْمَحِيضِ وَلَا نَقْرِبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهُرْنَ ﴾ ^(٢) . وروى خزيمة بن ثابت أن النبي ﷺ قال : « إن الله لا يستحي من الحق ، لا تأتوا النساء في أعجازهن ^(٣) » . وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « من أتى حائضا ، أو امرأة في دبرها ^(٤) ، فقد كفر بما أنزل على محمد » . رواهما الأثرم ^(٥) .

(١) أخرجه البخاري ، في : باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٣٩/٧ . ومسلم ، في : باب تحريم امتناعها من فراش زوجها ، من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٥٩/٢ ، ١٠٦٠ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب في حق الزوج على المرأة ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٢٥٥ ، ٣٤٨ ، ٣٨٦ ، ٤٦٨ ، ٥١٩ ، ٥٣٨ .

(٢) سورة البقرة ٢٢٢ .

(٣) في الأصل : « أدبارهن » .

(٤) في ف : « الدبر » .

(٥) الأول أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في كراهية إتيان النساء في أدبارهن ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ١١٢/٥ . وابن ماجه ، في : باب النهي عن إتيان النساء في أدبارهن ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦١٩/١ . والدارمي ، في : باب من أتى امرأته في دبرها ، من كتاب الصلاة ، وفي : باب النهي عن إتيان النساء في أعجازهن ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢٦١/١ ، ١٤٥/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٨٦/١ ، ٢١٣/٥ .

والثاني أخرجه أبو داود ، في : باب في الكهان ، من كتاب الطب . سنن أبي داود =

ويجوز الاستمتاع بها فيما بين الألتين، ووطؤها في الفرج مقبلة ومذبرة، وكيف شاء؛ لقول الله تعالى: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾^(١). قال جابر: من بين يديها ومن خلفها، غير أن لا يأتيها إلا في المأثى. متفق عليه^(٢).

فصل: وإذا أراد الجماع، استحب أن يقول: باسم الله، اللهم جنبنا الشيطان، وجنب الشيطان ما رزقنا؛ لما روى ابن عباس، رضي الله عنهما، قال: قال رسول الله ﷺ: «لَوْ أَنَّ أَحَدَكُمْ حِينَ يَأْتِي أَهْلَهُ قَالَ: بِاسْمِ اللَّهِ، اللَّهُمَّ جَنِّبْنَا الشَّيْطَانَ، وَجَنِّبِ الشَّيْطَانَ مَا رَزَقْتَنَا. فَوُلِدَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ، لَمْ يَضُرَّهُ الشَّيْطَانُ أَبَدًا». متفق عليه^(٣).

= ٣٤١ / ٢. والترمذي، في: الباب السابق. عارضة الأحوذى ٢١٧ / ١. وابن ماجه، في الباب السابق. سنن ابن ماجه ٢٠٩ / ١. والدارمي، في: باب من أتى امرأته في دبرها، من كتاب الصلاة. سنن الدارمي ٢٥٩ / ١. والإمام أحمد، في: المسند ٤٠٨ / ٢، ٤٢٩، ٤٧٦. (١) سورة البقرة ٢٢٣.

(٢) هذا اللفظ أخرجه البيهقي، في: السنن الكبرى ١٩٥ / ٧. والمتفق عليه سبب نزول الآية. وانظر في سبب نزول الآية صحيح البخاري ٣٦ / ٦. صحيح مسلم ١٠٥٨ / ٢. سنن أبي داود ٤٩٩ / ١. عارضة الأحوذى ١٠٢ / ١١. سنن ابن ماجه ٦٢٠ / ١. سنن الدارمي ٢٥٨ / ١، ٢٥٩، ١٤٥ / ٢، ١٤٦.

(٣) أخرجه البخاري، في: باب التسمية على كل حال وعند الوقاع، من كتاب الوضوء، وفي: باب صفة إبليس وجنوده، من كتاب بدء الخلق، وفي: باب ما يقول الرجل إذا أتى أهله، من كتاب النكاح، وفي: باب ما يقول إذا أتى أهله، من كتاب الدعوات، وفي: باب السؤال بأسماء الله تعالى والاستعاذة بها، من كتاب التوحيد. صحيح البخاري ٤٨ / ١، ١٤٩ / ٤، ١٤٩ / ٧، ٢٩، ٣٠، ٨ / ١٠٢، ١٠٣، ١٤٦ / ٩. ومسلم، في: باب ما يستحب أن يقوله عند الجماع، من كتاب النكاح. صحيح مسلم ١٠٥٨ / ٢.

كما أخرجه أبو داود، في: باب في جامع النكاح، من كتاب النكاح. سنن أبي داود =

وَيُسْتَحَبُّ التَّسْتُرُ عِنْدَ الْجُمُعَةِ ؛ لِمَا رَوَى عُثْبَةُ بْنُ عَبْدِ^(١) ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا أَتَى أَحَدُكُمْ أَهْلُهُ ، فَلْيَسْتِرْ ، وَلَا يَتَجَرَّدُ^(٢) تَجَرُّدَ الْعَيْرَيْنِ^(٣) » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ^(٤) .

وَلَا يُجَامِعُهَا بَحِيثَ يَرَاهُمَا إِنْسَانٌ ، أَوْ يَسْمَعُ وَجْسَهُمَا^(٥) .

وَإِذَا فَرَّغَ قَبْلَهَا ، كُرِيَ لَهُ النَّزْعُ حَتَّى تَفْرُغَ ؛ لِمَا رَوَى أَنَسٌ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « إِذَا جَامَعَ الرَّجُلُ أَهْلَهُ ، فَلْيَصُدُقْهَا^(٦) ، ثُمَّ إِذَا قَضَى حَاجَتَهُ قَبْلَ أَنْ تَقْضِيَ حَاجَتَهَا ، فَلَا يُعْجِلْهَا حَتَّى تَقْضِيَ حَاجَتَهَا^(٧) » .

= ٤٩٨ / ١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يَقُولُ إِذَا دَخَلَ عَلَى أَهْلِهِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةٌ الْأَحْوَذِيُّ ٣١٣ / ٤ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَا يَقُولُ الرَّجُلُ إِذَا دَخَلَ عَلَيْهِ أَهْلُهُ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٦١٨ / ١ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ الْقَوْلِ عِنْدَ الْجُمُعَةِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ١٤٥ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢١٧ / ١ ، ٢٢٠ ، ٢٤٣ ، ٢٨٣ ، ٢٨٦ .

(١) فِي النِّسْخِ : « عَبِيد » . وَالمُثَبِّتُ كَمَا فِي سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ . وَانْظُرْ تَرْجُمَتَهُ فِي : تَهْذِيبِ التَّهْذِيبِ ٩٨ / ٧ .

(٢) فِي مَ : « يَتَجَرَّدَا » .

(٣) الْعَيْرُ - بِالْفَتْحِ - الْحِمَارُ الْوَحْشِيُّ وَالْأَهْلِيُّ أَيْضًا ، وَالْأُنْثَى عَيْرَةٌ .

(٤) فِي : بَابِ التَّسْتُرِ عِنْدَ الْجُمُعَةِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٦١٩ / ١ . وَانْظُرْ الْكَلَامَ عَلَيْهِ ، فِي : مُصْبَحِ الزَّجَاجَةِ ٩٥ / ٢ ، وَالْإِرْوَاءِ ٧١ / ٧ .

(٥) الْوَجَسُ : الصَّوْتُ الْخَفِيُّ .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، فَ : « فَلْيَقْصِدْهَا » .

(٧) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « مِنْ الْمُسْنَدِ » .

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ١٩٤ / ٦ . وَضَعْفُهُ فِي الْإِرْوَاءِ ٧١ / ٧ - ٧٣ .

فصل : وَيُكْرَهُ الْعَزْلُ ؛ وهو أن يُنْزَلَ الماءُ ^(١) «خارجاً من» الفَرْجِ ؛ لما فيه من تَقْلِيلِ النُّسْلِ ، وَمَنْعِ المرأةِ مِنْ كَمالِ اسْتِمْتاعِها ، وليس بِمُحَرَّمٍ ؛ لما رَوَى أبو سعيدٍ قال : ذَكَرَ - يَعْنِي الْعَزْلَ - عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « فَلِمَ يَفْعَلُ أَحَدُكُمْ ؟ » - وَلَمْ يَقُلْ : فَلَا يَفْعَلُ - « فَإِنَّهُ لَيْسَتْ ^(٢) نَفْسٌ مَخْلُوقَةٌ إِلَّا لِلَّهِ ^(٣) خَالِقُهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي أُمِّهِ ، فَلَهُ ذَلِكَ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ؛ لِأَنَّ الاسْتِمْتاعَ بِهَا حَقٌّ لَهُ ذُونَهَا ، وَكَذَلِكَ ^(٥) أُمُّ الْوَلَدِ . وَإِنْ كَانَ فِي زَوْجَةٍ حُرَّةٍ ، لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِإِذْنِهَا ؛ لما رَوَى ابْنُ عُمرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَالَ : نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يُعْزَلَ عَنِ الْحُرَّةِ إِلَّا بِإِذْنِهَا . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ^(٦) . وَإِنْ كَانَتْ أُمَّةً ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا يُعْزَلُ عَنْهَا إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَهُ . وَالْأُولَى جَوَازُهُ ؛ لِأَنَّ تَخْصِيصَ الْحُرَّةِ بِالْإِسْتِغْذَانِ دَلِيلُ

(١ - ١) فِي م : « خَارِجٌ » .

(٢) فِي م : « لَيْسَ » .

(٣) فِي م : « وَاللَّهُ » .

(٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ ﴿ هُوَ اللَّهُ الْخَالِقُ الْبَارِئُ الْمَصُورُ ﴾ ، مِنْ كِتَابِ التَّوْحِيدِ .
صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٤٨ / ٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ حُكْمِ الْعَزْلِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٠٦٣ / ٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْعَزْلِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ١ / ٥٠٠ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كِرَاهِيَةِ الْعَزْلِ ، مِنْ أَبْوَابِ النِّكَاحِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ / ٧٥ .

(٥ - ٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) فِي : الْمُسْنَدُ ٣١ / ١ .

كَمَا أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْعَزْلِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ١ / ٦٢٠ . وَضَعَفَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ٧ / ٧٠ .

سُقُوطُهُ فِي غَيْرِهَا ، وَلَأَنَّ السَّيِّدَ لَا حَقَّ لَهُ فِي الْوَطْءِ ، فَلَا يَجِبُ اسْتِئْذَانُهُ فِي كَيْفِيَّتِهِ ، وَلَأَنَّ عَلَى الزَّوْجِ ضَرَرًا فِي رِقٍّ ^(١) وَلَدِهِ ، بِخِلَافِ الْحُرَّةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الاسْتِئْذَانُ لِلْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ مُسْتَحَبًّا ^(٢) غَيْرَ وَاجِبٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُمَا فِي الْوَطْءِ لَا فِي الْإِنْزَالِ ، بِدَلِيلِ خُرُوجِهِ بِذَلِكَ مِنَ الْفَيْئَةِ وَالْعَنَةِ ^(٣) .

فصل : وَإِذَا كَانَ لَهُ زَوْجَتَانِ ، لَمْ يَجْمَعْ بَيْنَهُمَا فِي مَسْكَنِ وَاحِدٍ إِلَّا بِرِضَاهُمَا ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِمَا فِيهِ ضَرَرًا ، وَيُؤَدِّي إِلَى الْخُصُومَةِ . وَلَا يَطَأُ إِحْدَاهُمَا بِحَضْرَةِ الْأُخْرَى ؛ لِأَنَّ فِيهِ دَنَاءَةً ، وَشُوءَ عِشْرَةٍ ، وَإِثَارَةً لِلغَيْرَةِ .

(١) فِي ف : « إِرْقَاق » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « الْعَفَّة » .

[٣٠١] بَابُ الْقَسَمِ

يَجِبُ عَلَى الرَّجُلِ الْمَيْثُ عِنْدَ امْرَأَتِهِ الْحُرَّةِ لَيْلَةً مِنْ كُلِّ أَرْبَعٍ ، وَوَطْئُهَا مَرَّةً فِي كُلِّ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ عُذْرٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجِبُ الْمَيْثُ وَلَا الْوَطْءُ ابْتِدَاءً ، إِذَا لَمْ يَقْصِدِ الْإِضْرَارَ بِتَرْكِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهُ ^(١) ، فَجَاز تَرْكُهُ ، كَسُكْنَى الدَّارِ الْمُشْتَأْجِرَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرِو : « أَلَمْ أُخْبِرْ أَنَّكَ تَصُومُ النَّهَارَ ، وَتَقُومُ اللَّيْلَ ؟ » . قَالَ : بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ . قَالَ : « فَلَا تَفْعَلْ ، صُمْ وَأَفِطِرْ ، وَقُمْ وَنَمْ ، فَإِنَّ لَجَسَدِكَ عَلَيْكَ حَقًّا ، وَإِنَّ لِعَيْنِكَ عَلَيْكَ حَقًّا ، وَإِنَّ لِرِزْوَجِكَ عَلَيْكَ حَقًّا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) . وَقَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لَكَعْبِ بْنِ سُورٍ ^(٣) : اقْضِ بَيْنَ هَذَا وَامْرَأَتِهِ . قَالَ :

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب حدثنا على بن عبد الله ، من كتاب التهجد ، وفى : باب حق الضيف فى الصوم ، وباب حق الجسم فى الصوم ، من كتاب الصوم ، وفى : باب لزوجك عليك حق ، من كتاب النكاح ، وفى : باب حق الضيف ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٢ / ٦٨ ، ٥١ / ٣ ، ٤٠ / ٧ ، ٤١ ، ٣٨ / ٨ . ومسلم ، فى : باب النهى عن صوم الدهر لمن تضرر به أو فوت به حقا ، من كتاب الصيام . صحيح مسلم ٢ / ٨١٢ ، ٨١٣ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى صوم الدهر تطوعا ، من كتاب الصوم . سنن أبى داود ١ / ٥٦٥ . والنسائى ، فى : باب صوم يوم وإفطار يوم ، من كتاب الصيام . المجتبى ٤ / ١٨٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ١٩٤ ، ١٩٨ ، ١٩٩ .

(٣) فى ف : « سوار » .

وهو كعب بن سور الأزدي قاضى البصرة ، وليها لعمر وعثمان ، كان من نبلاء الرجال =

فَإِنِّي أَرَى كَأَنَّهَا امْرَأَةٌ عَلَيْهَا ثَلَاثُ نِسْوَةٍ هِيَ ^(١) رَابِعُهُنَّ ، فَأَقْضِي لَهُ بِثَلَاثَةِ أَيَّامٍ وَلَيَالِيَهُنَّ يَتَعَبَّدُ فِيهِنَّ ، وَلَهَا يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ . فَقَالَ عُمَرُ : وَاللَّهِ مَا رَأَيْتُكَ الْأَوَّلُ بِأَعْجَبَ إِلَيَّ مِنَ الْآخِرِ ، أَذْهَبْتَ فَأَنْتِ قَاضِيَةٌ عَلَى أَهْلِ ^(٢) الْبَصْرَةِ ^(٣) . وَلَأَنَّ الْوَطْءَ يَجِبُ عَلَى الْمَوْلَى ، وَيُفْسَخُ النِّكَاحُ لِتَرْكِهِ ، وَمَا لَا يَجِبُ عَلَى غَيْرِ الْحَالِفِ لَا يَجِبُ عَلَى الْحَالِفِ عَلَى تَرْكِهِ ، كَسَائِرِ الْمُبَاحَاتِ ، وَمَا لَا يَجِبُ لَا يُفْسَخُ النِّكَاحُ لِتَعَذُّرِهِ ، كَزِيَادَةِ النَّفَقَةِ . فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ فَطَلَبَتِ الْفُرْقَةُ ، فُرْقَ بَيْنَهُمَا .

قال أصحابنا : وحقُّ الأَمَةِ لَيْلَةٌ مِنْ كُلِّ سَبْعٍ ؛ لِأَنَّ أَكْثَرَ مَا يُمَكِّنُهُ جَمْعُهُ مَعَهَا ثَلَاثُ خَرَائِرَ ؛ لَهُنَّ سِتٌّ ، وَلَهَا السَّابِعَةُ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ لَهَا لَيْلَةً مِنْ كُلِّ ^(٢) ثَمَانٍ ، نِصْفَ مَا لِلْحُرَّةِ ؛ لِأَنَّ زِيَادَتَهَا عَلَى ذَلِكَ يُخِلُّ بِالتَّنْصِيفِ ، وَزِيَادَةُ الْحُرَّةِ عَلَى لَيْلَةٍ ^(٤) مِنْ أَرْبَعِ زِيَادَةٌ عَلَى الْوَاجِبِ ، فَتَعَيَّنَ مَا ذَكَرْنَا .

فصل : فَإِنْ كَانَتْ لَهُ امْرَأَتَانِ أَوْ أَكْثَرُ ، وَجَبَ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُنَّ فِي الْقَسَمِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ كَانَتْ لَهُ

= وعلمائهم ، قتل يوم الجمل ، قام يعظ الناس ويذكرهم ، فجاءه سهم غرب فقتله . وكانت وقعة الجمل سنة ست وثلاثين . سير أعلام النبلاء ٣/ ٥٢٤ ، ٥٢٥ . الإصابة ٥/ ٦٤٥ - ٦٤٧ .

(١) في م : « وهي » .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه وكيع ، في : أخبار القضاة ١/ ٢٧٥ ، ٢٧٦ . وبنحوه أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٧/ ١٤٨ - ١٥٠ . وابن سعد ، في : الطبقات الكبرى ٧/ ٩٢ . وصححه في الإرواء ٧/ ٨٠ .

(٤) في الأصل : « ثلاثة » .

امْرَأَتَانِ فَمَالَ إِلَى إِحْدَاهُمَا ، جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشَقُّهُ مَائِلٌ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١) . وَلَأَنَّ الْجَوْرَ يُخْلُ بِالْعِشْرَةِ بِالْمَعْرُوفِ .

وليس له البداية^(٢) ^(٣) في القسم بإحدهما^(٤) قبل^(٥) الأخرى من غير رضاها ؛ لأنه جَوْرٌ ، و^(٥) يَدْعُو إِلَى التَّفْوِيرِ . فَإِذَا أَرَادَ الْبَدَايَةَ^(٦) بِالْقَسْمِ ، أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يُقْرِعُ بَيْنَ نِسَائِهِ^(٧) . وَإِذَا بَدَأَ بِوَاحِدَةٍ بِقُرْعَةٍ^(٨) أَوْ غَيْرِهَا ، لَزِمَهُ الْقَضَاءُ لِلْبَوَاقِي ؛ لِأَنَّ تَرْكَ الْقَضَاءِ مَيْلٌ .

فصل : ويجبُ القسمُ على المريضِ ، والمجْبُوبِ^(٩) ، والمُظَاهِرِ ، والمُولَى ، وزَوْجِ الْمَرِيضَةِ ، والمَحْرَمَةِ ، والحائِضِ ، والنَّفْسَاءِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَقْسِمُ فِي مَرَضِهِ^(٩) . وَلَأَنَّ الْقَسْمَ يُرَادُّ لِلْأُنْثَى وَالْإِيوَاءِ ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ فِي هَذِهِ

(١) في : باب في القسم بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٩٢ / ١ .
كما أخرجه الترمذي ، في : باب في التسوية بين الضرائر ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٨٠ / ٥ ، ٨١ . والنسائي ، في : باب ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٦٠ / ٧ . وابن ماجه ، في : باب القسمة بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٣٣ / ١ . والدارمي ، في : باب في العدل بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٤٣ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٥ / ٢ ، ٣٤٧ ، ٤٧١ .

(٢) في م : « البداية » .

(٣ - ٣) في الأصل : « بالقسم بأحدهما » .

(٤) في م : « دون » .

(٥) سقط من : م .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٣٧٨ حاشية ٢ .

(٧) في م : « بقرعته » .

(٨) في ف : « المجنون » .

(٩) انظر ما يأتي تخريجه في صفحة ٣٨٩ حاشية ٢ .

الأحوال . فأما المجنون والمجنونة ، فإن خيف منهما ، سقط القسم ؛ لأنَّ الأنس لا يحصل منهما ، وإن لم يخف منهما ، فالمجنونة على حقها من القسم . ويطوف وليُّ المجنون به ؛ لأنَّ الأنس يحصل منهما .

فصل : وإذا سافرت زوجته بغير إذنه ، سقط حقها من القسم والنفقة ؛ لأنها منعه القسم لها بغيبتها ، وأسقطت نفقتها بشورها . وإن بعثها أو أمرها بالثقة [٣٠١ ظ] من بلدها ، لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم ؛ لأنَّ ذلك حاصل بفعله ، فلم يسقط حقها ، كما لو أثلف المشتري المبيع ، لم يسقط ثمنه . وإن سافرت بإذنه لحاجتها ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يسقط^(١) ؛ لأنها سافرت بإذنه ، أشبه ما لو سافرت معه . والثاني ، يسقط . اختاره الخريقي ؛ لأنَّ القسم للأنس ، والنفقة للتأمين من الاستمتاع ، وقد تعذر من جهتها ، فسقط ، كتمن المبيع إذا تعذر تسليمه . ويحتمل أن يسقط قسمها ، وجهًا واحدًا ؛ لأنه لو سافر عنها لعذر ، سقط حقها منه ، فإذا سافرت هي ، كان أولى . وفي النفقة وجهان ؛ لأنها لا تسقط بسفره .

فصل : وعماد القسم الليل ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَجَعَلْنَا أَلِيلَ لِبَاسًا ﴾  وَجَعَلْنَا النَّهَارَ مَعَاشًا ^(٢) . ولأنَّ الليل للسكن والإيواء ، والنهار للمعاش والانتشار ، إلا من معاشه بالليل ، كالحارس ، فعماد قسمه النهار ؛ لأنَّ نهاره كليل غيره .

(١) في الأصل ، م : « يسقطان » .

(٢) سورة النبا ١٠ ، ١١ .

وإذا قَسَمَ للمرأة ليلةً ، كان لها ما يليها من النهار تبعًا لليل ؛ بدليل ما رَوَى أَنَّ سَوْدَةَ وَهَبَتْ يَوْمَهَا لعائشة . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَقَالَتْ عائشةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : قُبِضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي بَيْتِي وَفِي يَوْمِي ^(٢) .

وَالأُولَى أَنْ يَقْسِمَ بَيْنَ زَوْجَاتِهِ لَيْلَةً وَلَيْلَةً ؛ اقْتِدَاءً بِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَلأنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى التَّشْوِيعِ فِي إِيفَاءِ الْحُقُوقِ ، فَإِنْ زَادَ عَلَى ذَلِكَ ، لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِرِضَاهُنَّ ؛ لأنَّهُ إِذَا بَاتَ عِنْدَ وَاحِدَةٍ ، تَعَيَّنَتِ اللَّيْلَةُ الثَّانِيَةُ لِلْأُخْرَى ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ يَبِيتَهَا عِنْدَ غَيْرِهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا . فَإِنْ اتَّفَقَ الْجَمِيعُ عَلَى الْقَسَمِ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَقَلَّ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَا يَخْرُجُ عَنْهُمْ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ أَنْ يَقْسِمَ لَيْلَتَيْنِ ^(٣) لَيْلَتَيْنِ ، وَثَلَاثًا ثَلَاثًا ؛ لِأنَّهُ يَسِيرٌ ، وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ إِلَّا بِرِضَاهُنَّ .

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الْمَرْأَةِ تَهَبُ يَوْمَهَا مِنْ زَوْجِهَا لَضَرَّتْهَا وَكَيْفَ يَقْسِمُ ذَلِكَ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٤٣ / ٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ جَوَازِ هَبْتِهَا نَوْبَتَهَا لَضَرَّتْهَا ، مِنْ كِتَابِ الرِّضَاعِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٠٨٥ / ٢ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْقَسَمِ بَيْنَ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ٤٩٢ / ١ ، ٤٩٣ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْمَرْأَةِ تَهَبُ يَوْمَهَا لِصَاحِبَتِهَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَةَ ٦٣٤ / ١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١١٧ / ٦ .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي بُيُوتِ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ ، ... مِنْ كِتَابِ الْخُمْسِ ، وَفِي : بَابِ فَضْلِ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، مِنْ كِتَابِ فَضَائِلِ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ، ... وَفِي : بَابِ إِذَا اسْتَأْذَنَ الرَّجُلُ نِسَاءَهُ فِي أَنْ يَمْرُضَ فِي بَيْتِ بَعْضِهِنَّ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٩٩ / ٤ ، ٣٧ / ٥ ، ٤٤ / ٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ فِي فَضْلِ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، مِنْ كِتَابِ فَضَائِلِ الصَّحَابَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٨٩٣ / ٤ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٨ / ٦ ، ١٢١ ، ٢٠٠ ، ٢٧٤ .

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

فإن قَسَمَ لإحدهما ، ثم طَلَّقَ الأُخْرَى قبل قَسَمِهَا ، أَثِمَ ؛ لَأَنَّهُ فَوَّتَ حَقَّهَا الواجِبَ لها ، فإن عَادَت بعد ذلك إليه ، لَزِمَهُ أَنْ يَقْضِيَ لها ؛ لَأَنَّهُ قَدَّرَ على إيفائه بعد العَجْزِ عنه ، فَلَزِمَهُ ، كَالَّذِينَ إِذَا أُعْسِرَ بِهِ ثُمَّ أُيسَرَ .
وإن نَشَزَتْ إِحْدَاهُمَا فِي لَيْلَتِهَا ، وَ^(١) أَغْلَقَتْ بَابَهَا دُونَهُ ، أَوْ ادَّعَتْ طَلَاقَهُ ، سَقَطَ حَقُّهَا مِنَ الْقَسَمِ . فإن طَاوَعَتْ ، اسْتَأْنَفَ الْقَسَمَ بَيْنَهُمَا ، وَلَمْ يَقْضِ لَهَا ؛ لِأَنَّهُمَا أَسْقَطَتْ حَقَّ نَفْسِهَا .

فصل : والأولى أن يطوف على نسائه في منازلهن ؛ اقتداء برسول الله ﷺ ، ولأنه أحسن في العشرة ، وأضون لهن . وله أن يُقيم في موضع واحد ، وَيَسْتَدْعِي واحدةً واحدةً ، وله أن يَأْتِيَ واحدةً وَيَسْتَدْعِي واحدةً ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَابِعَةٌ لِلزَّوْجِ فِي الْمَكَانِ ، وَلِذَلِكَ مَلَكَ نَقْلَهَا إِلَى حَيْثُ شَاءَ . وإن حُبِسَ فِي مَوْضِعٍ يُمَكِّنُ حُضُورَهَا مَعَهُ ، وَهُوَ مَسْكَنٌ مِثْلُهَا ، فَهِيَ عَلَى حَقِّهَا مِنَ الْقَسَمِ ، وإن لم يَكُنْ مَسْكَنٌ مِثْلُهَا ، لم يَلْزِمَهَا إجابته ؛ لِأَنَّ عَلَيْهَا ضَرَرًا .

وإن كانت له امرأتان في بِلَدَيْنِ ، فعليه الْعَدْلُ بَيْنَهُمَا ؛ لَأَنَّهُ حَقٌّ لِهَمَا^(٢) ، فلا يَسْقُطُ بِتَبَاعُدهما ، كَالنَّفَقَةِ . فإن امْتَنَعَتْ إِحْدَاهُمَا مِنَ النُّقْلَةِ بعد طلبه لها ، سَقَطَ حَقُّهَا . وإن أقام في بِلَدٍ إِحْدَاهُمَا ، ولم يُقِمْ مَعَهَا فِي الْمَنْزِلِ ، لم يَلْزِمَهُ الْقَضَاءُ ؛ لَأَنَّهُ لم يَقْسِمْ لَهَا ، وإن أقامَ عِنْدَهَا ، لَزِمَهُ الْقَضَاءُ لِلأُخْرَى .

(١) في ف : «أو» .

(٢) في الأصل : «لها» .

فصل : يُشْتَحَبُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَ الزَّوْجَاتِ فِي الِاسْتِمْتَاعِ ؛ [٣٠٢] لِأَنَّهُ أَكْمَلُ ، وَلَا يَجِبُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الدَّاعِيَ إِلَيْهِ الشَّهْوَةُ وَالْحُبَّةُ ، وَلَا سَبِيلَ إِلَى التَّسْوِيَةِ فِيهِ ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَلَنْ تَسْتَطِيعُوا أَنْ تَعْدِلُوا بَيْنَ النِّسَاءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ ﴾ ^(١) . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : فِي الْحُبِّ وَالْجِمَاعِ ^(٢) . وَقَالَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَقْسِمُ بَيْنَ نِسَائِهِ وَيَعْدِلُ ، ثُمَّ يَقُولُ : « اللَّهُمَّ هَذَا قَسَمِي فِيمَا أَمْلِكُ ، فَلَا تُلْمَنِي فِيمَا تَمْلِكُ ^(٣) وَلَا أَمْلِكُ ^(٤) » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ، وَابْنُ مَاجَهَ ^(٥) .

فصل : وَإِنْ خَرَجَ فِي لَيْلَةٍ إِحْدَاهُنَّ وَلَمْ يَلْبَثْ أَنْ عَادَ ، لَمْ يَقْضِ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي قَضَائِهِ ، وَإِنْ أَقَامَ قَضَى لَهَا ، سَوَاءٌ كَانَتْ إِقَامَتُهُ لِعُذْرِ أَوْ لَغَيْرِ عُذْرٍ ؛ لِأَنَّ حَقَّهَا فَاتٌ بَغْيِيَّتُهُ عَنْهَا . وَيُشْتَحَبُ أَنْ يَقْضِيَ لَهَا فِي مِثْلِ الْوَقْتِ الَّذِي خَرَجَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ إِلَى الْمُمَازَلَةِ . وَإِنْ قَضَاهُ فِي غَيْرِهِ مِنَ اللَّيْلِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لِعَدَمِ الْمُمَازَلَةِ . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ ؛

(١) سورة النساء ١٢٩ .

(٢) أخرجه ابن جرير ، في : تفسيره ٣١٤ / ٥ .

(٣ - ٣) في الأصل : « تملكه ولا أملكه » .

(٤) أخرجه الترمذی ، في : باب التسوية بين الزوجات ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى . ٥ / ٧٩ ، ٨٠ . وابن ماجه ، في : باب القسمة بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٣٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في القسم بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ / ٤٩٢ . والنسائي ، في : باب ميل الرجل إلى بعض نساءه دون بعض ، من كتاب عشرة النساء . المجتبى ٧ / ٦٠ ، ٦١ . والدارمي ، في : باب في العدل بين النساء ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ٢ / ١٤٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦ / ١٤٤ .

لأنَّه قَضَى فِي الْوَقْتِ الَّذِي هُوَ الْمَقْصُودُ فِي الْقَسْمِ . وَلَهُ الْخُرُوجُ فِي النَّهَارِ
كَيْفَ شَاءَ ؛ لِأَنَّ النَّهَارَ لِلْمَعَاشِ وَالْإِنْتِشَارِ .

وإن دَخَلَ عَلَى ضَرَّتِهَا فِي لَيْلَتِهَا ، وَلَمْ يَلْبَثْ أَنْ خَرَجَ ، لَمْ يَقْضِ ؛ لِعَدَمِ
الْفَائِدَةِ فِي قَضَائِهِ . فَإِنْ جَامَعَهَا فِيهِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَقْضِي
أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الزَّمْنَ الْيَسِيرَ لَا يَقْضِي ، وَالْوَطْءُ لَا يُسْتَحَقُّ فِي الْقَسْمِ .
وَالثَّانِي ، عَلَيْهِ الْقَضَاءُ ، وَهُوَ أَنْ يَدْخُلَ عَلَى صَاحِبَةِ الْقَسْمِ فِي لَيْلَةِ الْأُخْرَى
فَيَطَّأَهَا ، لِيُعْدَلَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ أَطَالَ الْمَقَامَ عِنْدَ الضَّرَّةِ ، قَضَاهُ مِنْ لَيْلَةٍ
الْمَدْخُولِ عَلَيْهَا بِكُلِّ حَالٍ . فَأَمَّا الدُّخُولُ عَلَى غَيْرِهَا فِي يَوْمِهَا ، فَيَجُوزُ
لِلْحَاجَةِ ، مِنْ غَيْرِ أَنْ يُطِيلَ وَلَا يُجَامِعَ . وَهَلْ لَهُ أَنْ يَسْتَمْتِعَ مِنْهَا ^(١) فِيمَا
دُونَ الْفَرْجِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ ؛ لِمَا رَوَتْ عَائِشَةُ قَالَتْ : كَانَ
رَسُولُ اللَّهِ ﷺ يَدْخُلُ عَلَيَّ فِي يَوْمٍ غَيْرِي وَيَنَالُ مِنِّي كُلَّ شَيْءٍ إِلَّا
الْجَمَاعَ ^(٢) . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ بِهِ السَّكَنُ ، أَشْبَهُ الْجَمَاعِ . وَإِنْ
أَطَالَ ، قَضَاهُ لِلأُخْرَى . وَإِنْ جَامَعَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي اللَّيْلِ .

فصل : وَالكِتَابِيَّةُ كَالْمُسْلِمَةِ فِي الْقَسْمِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ ،
فَاسْتَوَيَا فِيهِ ، كَالْتَّفَقَةِ وَالشُّكْنَى .

فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حُرَّةً وَالْأُخْرَى أَمَةً ، فَلِلْحُرَّةِ لَيْلَتَانِ ، وَلِلْأَمَةِ لَيْلَةٌ ؛
لِمَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ كَانَ يَقُولُ : إِذَا تَزَوَّجَ الْحُرَّةُ عَلَى الْأَمَةِ ، قَسَمَ لِلْأَمَةِ

(١) فِي الْأَصْلِ : «بِهَا» .

(٢) أَخْرَجَ أَبُو دَاوُدَ نَحْوَهُ ، فِي : بَابِ الْقَسْمِ بَيْنَ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ١ / ٤٩٢ . وَحَسَنَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ٧ / ٨٥ ، ٨٧ .

ليلة ، وللحرّة ليلتين . أخرجه الدارقطني^(١) . واحتج به أحمد . فإن أُعْتِقَت
الأمّة في مُدَّتِها أو قبلها ، أضاف إلى ليلتها أخرى ؛ لأنّها صارت حرّة ،
فيجب التسوية بينهما . وإن عتقت^(٢) بعد مُدَّتِها^(٣) ، استأنف القسم
مُساوياً ، ولم يقض لها .

**فصل : إذا كان له أربع نسوة ، فنشزت إحداهن ، وظلم أخرى فلم
يقسم لها ، وقسم للآخرتين ثلاثين ليلة ، ثم أطاعته الناشز ، وأراد القضاء
للمظلومة ، فإنه يقسم لها ثلاثاً ، وللناشز ليلة ، خمسة أدوار ، فيكمل
للمظلومة خمسة عشر ، ويحصل للناشز خمس ، فتحصل التسوية . فإن
كان له ثلاث نسوة ، فظلم إحداهن ، وقسم بين الباقيتين ثلاثين ليلة ، ثم
تزوج جديدة ، وأراد القضاء ، فإنه يبدأ فيوفى الجديدة حق العقد ، ثم
يقسم بينهما^(٤) وبين المظلومة خمسة أدوار ، كما ذكرنا في التي قبلها
سواء .**

**فصل : ولا قسم عليه في ملك اليمين ، فإذا كانت له زوجات وإماء ،
فهو الدخول على الإماء كيف شاء ، والاستمتاع بهن ؛ لأنّ الأمّة لا حق
لها في الاستمتاع ، ولذلك لم تملك المطالبة في الإيلاء .**

(١) في : سننه ٢٨٥ / ٣ .

كما أخرجه عبد الرزاق ، في : المصنف ٢٦٥ / ٧ . وابن أبي شيبة ، في : المصنف ١٥٠ / ٤ .
والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٢٩٩ / ٧ . وضعفه في الإرواء ٨٦ / ٧ ، ٨٧ .

(٢) في م : « أعتقت » .

(٣) في الأصل : « موتها » .

(٤) في ف : « بينها » .

[٣٠٢ ظ] فصل : وللمرأة أن تهب حَقَّها من القَسَمِ لزوجها ، فيَجْعَلَه
لَمَن شاء من زَوجَاتِه ، ولِبَعْضِ ضَرَائِرِها ، أو لَهُنَّ جَمِيعًا ، إذا رَضِيَ الزَّوْجُ ؛
لأنَّ حَقَّه في الاستِمتاعِ بها لا يَشْقُطُ إلَّا بِرِضاها ، فإذا رَضِيَ^(١) ، جاز ؛ لما
رَوَتْ عائِشةُ أَنَّ سَوْدَةَ وَهَبَتْ يَوْمَها لِعائِشَةَ ، فكان رسولُ اللَّهِ ﷺ يَقْسِمُ
لعائِشَةَ يَوْمَها ويومَ سَوْدَةَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . ويجوزُ ذلك في بعضِ الزَّمانِ ؛ لما
رَوَتْ عائِشَةُ أَنَّ رسولَ اللَّهِ ﷺ وَجَدَ على صَفِيَّةَ بِنْتِ حُحَيٍّ في شَيْءٍ ،
فَقالت لعائِشَةُ : هل لِكَ أن تُرَضِيَ عَنِّي رسولَ اللَّهِ ﷺ ولكِ يَوْمِي ؟
قالت : ^(٣) نعم . فَأَخَذَتْ خِمَارًا مَضْبُوعًا بِزَعْفَرَانٍ ، فَرَشَّتْهُ بالماءِ لِيَفُوحَ
رِيحُه ، ثم^(٤) قَعَدَتْ إلى جَنْبِ النَّبِيِّ ﷺ ، فقال رسولُ اللَّهِ ﷺ : «إِلَيْكَ
يَا عَائِشَةُ ، إِنَّهُ لَيْسَ يَوْمُكَ» . قالت : ذلك فَضْلُ اللَّهِ يُؤْتِيهِ مَن يَشَاءُ .
فَأَخْبَرْتُهُ بِالْأَمْرِ ، فَرَضِيَ عنها . رواه ابنُ ماجه^(٥) . ولا يُعْتَبَرُ رِضا المَوْهُوبَةِ ؛
لأنَّ حَقَّه عليها عامٌّ ، وإِنَّمَا مَنَعَهُ المَزَاحِمَةُ التي زَالَتْ بِالهِبَةِ . ثم إن كانت
ليلةُ الواهِبَةِ لا تلي ليلةَ المَوْهُوبَةِ ، لم تَجْزِ المُوَالاةُ بينهما ؛ لأنَّ المَوْهُوبَةَ قائِمةٌ
مَقَامَ الواهِبَةِ ، فلم يَجْزِ تَغْيِيرُها عن مَوْضِعِها^(٥) ، كما لو كانتِ الواهِبَةُ
باقِيَةً . وَيَحْتَمِلُ أن يجوزَ ؛ لَعَدَمِ الفائدةِ في التَّفْرِيقِ . وللواهِبَةِ الرُّجُوعُ في

(١) في ف : «رضيتا» .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٩ .

(٣ - ٣) زيادة من : م .

(٤) في : باب المرأة تهب يومها لصاحبها ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٣٤ / ١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٩٥ / ٦ ، ١٤٥ .

(٥) في الأصل : «مواضعها» .

هَبَّتْهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُقْبَضْ ، وَمَا مَضَى فَقَدْ اتَّصَلَ بِهِ الْقَبْضُ ، فَلَا حَقَّ لَهَا فِيهِ .

وإن بَذَلَتْ لَيْلَتَهَا بِمَالٍ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مَالًا ، وَلَا مَنَفَعَةً يُسْتَحَقُّ بِهَا الْمَالُ . وَإِنْ كَانَ الْعَوَضُ غَيْرَ الْمَالِ ، كإِرْضَاءِ زَوْجِهَا وَنَحْوِ ذَلِكَ ، جَازٌ ؛ لِحَدِيثِ عَائِشَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا .

فصل : والحق في قسم الأمة لها دون سيدها ، فلها هبة ليلتها بغير إذن سيدها ، ولها المطالبة بها ؛ لأن الإيواء والسكنى حق لها ، فملك إسقاطه والمطالبة به ، كالحرة .

فصل : وإن تزوج صاحب النشوة امرأة جديدة ، قطع الدور لحق الجديدة ؛ فإن كانت بكرًا ، أقام عندها سبعة ، وإن كانت ثيبًا ، أقام عندها ثلاثًا ، ثم دار ؛ لما روى أبو قلابة عن أنس قال : من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعة ، وإذا تزوج الثيب ، أقام عندها ثلاثًا ، ثم قسم . قال أبو قلابة : لو شئت لقلت : إن أنسا رفعه إلى النبي ﷺ . متفق عليه^(١) . وإن أحببت الثيب أن يقيم عندها سبعة ، فعل ، ثم قضى جميعها

(١) أخرجه البخاري ، في : باب إذا تزوج البكر على الثيب ، وباب إذا تزوج الثيب على البكر ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٤٣/٧ . ومسلم ، في : باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٨٤/٢ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المقام عند البكر ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١/٤٩٠ . والترمذي ، في : باب ما جاء في القسمة للبكر والثيب ، من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٧٧/٥ ، ٧٨ . وابن ماجه ، في : باب الإقامة على البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦١٧/١ . والدارمي ، في : باب الإقامة عند الثيب البكر إذا بنى بها ، من كتاب =

للبواقى ؛ لما رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ لما تزَوَّجَهَا أَقَامَ عِنْدَهَا ثَلَاثًا ،
وَقَالَ : « إِنْ شِئْتَ سَبَّغْتُ لَكَ ، وَإِنْ سَبَّغْتُ لَكَ ، سَبَّغْتُ لِنِسَائِي » . رَوَاهُ
مُسْلِمٌ ^(١) . وَفِي لَفْظٍ ^(٢) : « وَإِنْ شِئْتَ ثَلَّثْتُ ثُمَّ دُرْتُ » .

وَالْأَخْرَارُ وَالرَّقِيقُ سَوَاءٌ فِي هَذَا ؛ لِأَنَّهُ لِلإِنْسَانِ وَإِزَالَةُ الْاِحْتِشَامِ ،
فَاسْتَوَيْنَ فِيهِ ، لَاسْتَوَائِهِنَّ فِي الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، كَالْتَّفَقَةِ .

فصل : يُكْرَهُ أَنْ يَزُفَ امْرَأَتَيْنِ فِي لَيْلَةٍ وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْجَمْعُ
بَيْنَهُمَا فِي إِيفَاءِ حَقِّهِمَا ، وَتَسْتَضِيرُ الَّتِي يُؤَخَّرُ حَقُّهَا وَتَسْتَوْحِشُ ، فَإِنْ فَعَلَ ،
بَدَأَ بِالَّتِي تُدْخَلُ عَلَيْهِ أَوَّلًا فَوْقَهَا حَقُّهَا ؛ لِأَنَّهَا أَسْبَقُ ، فَإِنْ أُدْخِلْتَا عَلَيْهِ مَعًا ،
أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا ، فَقَدَّمَ مَنْ تَخْرُجُ لَهَا الْقُرْعَةُ ، ثُمَّ ثَنَّى بِصَاحِبَتَيْهَا ، ثُمَّ قَسَمَ
[٣٠٣و] بَعْدَ ذَلِكَ .

فصل : وَإِذَا أَرَادَ السَّفَرُ بِجَمِيعِ نِسَائِهِ ، قَسَمَ لَهُنَّ كَمَا يَقْسِمُ فِي

= النكاح . سنن الدارمي ١٤٤ / ٢ . والإمام مالك ، في : باب المقام عند البكر والأيم ، من كتاب
النكاح . الموطأ ٥٣٠ / ٢ .

(١) في : باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف ، من كتاب
الرضاع . صحيح مسلم ١٠٨٣ / ٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المقام عند البكر ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ١ /
٤٩٠ . وابن ماجه ، في : باب الإقامة على البكر والثيب ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ /
٦٧١ . والدارمي ، في : باب الإقامة عند الثيب والبكر إذا بنى بهما ، من كتاب النكاح . سنن
الدارمي ١٤٤ / ٢ . والإمام مالك ، في : باب المقام عند البكر والأيم ، من كتاب النكاح . الموطأ
٥٢٩ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٩٢ / ٦ ، ٢٩٥ ، ٣٠٧ ، ٣٠٨ ، ٣١٤ ، ٣٢٠ ،
٣٢١ .

(٢) عند مسلم ومالك في الموضع السابق .

الحَضَرِ . وإن أرادَ السَّفَرَ بِيَعْضِهِنَّ ، لم يُسافرْ بهنَّ إِلَّا بِقُرْعَةٍ ؛ لما رَوَتْ عائشةُ ، رَضِيَ اللهُ عنها ، أَنَّ رسولَ اللهِ ﷺ كان إذا أرادَ سَفَرًا ، أقرَعَ بينَ نِسائِهِ ، وأَيَّتُهُنَّ خَرَجَ سَهْمُهَا ، خَرَجَ بها معه . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . ولا يُلْزَمُهُ القَضَاءُ للحاضِرَاتِ ؛ لأنَّ عائشةَ لم تَذْكُرْ قَضَاءً ، ولأنَّ المُسافِرَةَ اخْتَصَّتْ بِمَشَقَّةِ السَّفَرِ ، فَاخْتَصَّتْ بالقِسْمِ . والسَّفَرُ الطويلُ والقَصِيرُ سواءٌ في هذا ؛ لعمومِ الخبرِ والمعنى .

وإن سافرَ بإحداهُنَّ بغيرِ قُرْعَةٍ ، أثِمَ ، وقَضِيَ للبَواقي ؛ لأنَّه خَصَّها مُدَّةً على وَجْهِ تَلَحُّقِ التُّهْمَةِ ، فَلَزِمَهُ القَضَاءُ ، كالحاضِرِ ^(٢) . فإن خَرَجَتِ القُرْعَةُ لإحداهُنَّ ، فامْتَنَعَتْ مِنَ السَّفَرِ معه ، سَقَطَ حَقُّها ؛ لامْتِناعِها . وإن آثَرَتْ أُخْرَى به ، جاز إذا رَضِيَ الزوجُ ؛ لأنَّ الحقَّ لها ، أَشْبَهَ لِيَلْتَمِها في الحَضَرِ ، وإن أَحَبَّ تَرْكُها والسَّفَرَ وحده ، جاز ؛ لأنَّ القُرْعَةَ لا تُوجِبُ ، وإنَّما تُعَيِّنُ مُسْتَحِقَّ التَّقديمِ . وإن سافرَ بها بِقُرْعَةٍ ، ثم بدا له فَأَبْعَدَ السَّفَرَ ، فله اسْتِصْحَابُها معه ؛ لأنَّه سَفَرٌ واحدٌ . وإن أقامَ في بَلَدَةٍ مُدَّةً يُلْزَمُهُ فيها إتمامُ الصَّلَاةِ ، قَضَى ذلك ، فإذا خَرَجَ مُسافِرًا ، لم يَقْضِ ما سافَرَه ؛ لأنَّه سَفَرٌ واحدٌ قد أقرَعَ له .

وإن كانتَ عنده امرأتانِ ، فتزوَّجَ امرأتينِ ، ثم أرادَ سَفَرًا ، أقرَعَ بينَ الكلِّ ، فإن وَقَعَتِ القُرْعَةُ لِإحدى الأوليَّينِ ، سافرَ بها ، فإذا قَدِمَ ، قَضَى

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٧٨ .

(٢) في ف : « كالحاضرة » .

حقَّ العَقْدِ^(١) لِلجَدِيدَتَيْنِ ، ثُمَّ دَارَ . وَإِنْ وَقَعَتْ لِلجَدِيدَةِ ، سَافَرَ بِهَا ، وَدَخَلَ
حَقُّ العَقْدِ فِي قَسَمِ السَّفَرِ ، فَإِذَا قَدِمَ ، قَضَى حَقَّ العَقْدِ^(١) لِلأُخْرَى ، ثُمَّ
دَارَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ وَجَبَ عَلَيْهِ قَبْلَ سَفَرِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَقْضَى لَهَا ؛ لِأَنَّ
الْإِيوَاءَ فِي الْحَضَرِ أَكْثَرُ مِنْهُ فِي السَّفَرِ ، فَيَحْصُلُ تَفْضِيلُهَا عَلَى الَّتِي سَافَرَ
بِهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقِيمَ عِنْدَ الأُخْرَى لِقَضَاءِ حَقِّ العَقْدِ ؛^(١) لِأَنَّهُ حَقٌّ وَجَبَ
بِالْعَقْدِ^(١) ، وَلَمْ يُوجَدْ لَهُ مُسْقِطٌ ، فَيَجِبُ قَضَاؤُهُ ، ثُمَّ يُقِيمُ مِثْلَهُ عِنْدَ الَّتِي
سَافَرَ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْفَضْلَ الْحَاضِرَةَ عَلَيْهَا ، فَإِنَّ الْعَدْلَ يَحْصُلُ بِهَذَا ، فَيَكُونُ
أَوَّلَى مِنْ إِسْقَاطِ حَقِّ العَقْدِ بِغَيْرِ مُسْقِطٍ ، وَإِنْ قَدِمَ مِنْ سَفَرِهِ قَبْلَ إِمْتَامِ حَقِّ
العَقْدِ لِتِلْكَ مَعَهُ ، أَتَمَّهُ فِي الْحَضَرِ .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

بَابُ النُّشُوزِ

وهو نَوْعَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، نُشُوزُ الْمَرْأَةِ ، وَهُوَ مَعْصِيَتُهَا زَوْجَهَا فِيمَا يَجِبُ لَهُ عَلَيْهَا مِنْ حُقُوقِ النِّكَاحِ ، فَمَتَى ظَهَرَ مِنْهَا أَمَارَاتُ النُّشُوزِ ؛ مِثْلَ أَنْ يَدْعُوهَا فَلَا تُجِيبُهُ ، أَوْ تُجِيبُهُ مُتَكَرِّهَةً مُتَبَرِّمَةً ، وَعَظَهَا وَخَوَّفَهَا اللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى ، وَمَا يُلْحَقُهَا مِنَ الْإِثْمِ وَالضَّرَرِ بِنُشُوزِهَا ؛ مِنْ سُقُوطِ نَفَقَتِهَا وَقَسَمِهَا ، وَإِبَاحَةِ ضَرْبِهَا وَأَذَاهَا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُمْ فَعِظُوهُمْ ﴾ ^(١) . وَلَا يَجُوزُ ضَرْبُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ لِعُذْرِ ، أَوْ ضَيْقِ صَدْرٍ مِنْ غَيْرِ الزَّوْجِ ، فَإِنْ أَظْهَرَتِ النُّشُوزَ ، فَلَهُ هَجْرُهَا فِي الْمَضَاجِعِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَهْجُرُوهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ ﴾ ^(٢) . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَا تُضَاجِعُهَا فِي فِرَاشِكَ ^(٣) . فَأَمَّا الْهَجْرَانُ فِي الْكَلَامِ ، فَلَا يَجُوزُ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَحِلُّ لِمُسْلِمٍ أَنْ يَهْجَرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ » . ^(٤) أَوْ قَالَ : « ثَلَاثَ لَيَالٍ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥) .

(١) سورة النساء ٣٤ .

(٢) أخرجه ابن أبي حاتم . انظر الدر المنثور ١٥٥ / ٢ .

(٣ - ٣) سقط من : ف .

والحديث أخرجه البخاري ، في : باب الهجرة وقول رسول الله ﷺ : لا يحل لرجل أن يهجر أخاه ، من كتاب الأدب ، وباب السلام للمعرفة ، من كتاب الاستئذان . صحيح البخاري ٢٤ / ٨ - ٢٦ ، ٦٥ . ومسلم ، في : باب تحريم الهجر فوق ثلاث بلا عذر شرعي ، من كتاب =

فإن رَدَعَهَا ذلك، وإلَّا فله ضَرْبُهَا؛ لقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَأَضْرِبُوهُنَّ﴾^(١). وقال النبي ﷺ: «إِنَّ لَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطِئَنَّ فُرْشَكُمْ أَحَدًا تَكَرُّهُنَّ، فَإِنْ فَعَلْنَ، فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبْرِحٍ». رواه مسلم^(٢). ولا يُبْرِحُ [٣٠٣ظ] بالضرب؛ للخبر. قال ثعلب: «غير مُبْرِحٍ». أى غير شديد. وعليه اجْتِنَابُ المواضع المخوفة والمستحسنة؛ لأنَّ المقصودَ التأديب لا الإثلاف والتشويه. وهل له ضَرْبُهَا بأَوَّلِ النُّشُوزِ؟ فعنه، له ذلك؛ للآية والخبر، ولأنَّها صرَّحت بالمعصية، فكان له ضَرْبُهَا، كالمُصِرَّة. وظاهرُ قول الخرقى أنَّه ليس له ضَرْبُهَا؛ لأنَّ المقصودَ بهذه العقوبات زَجْرُهَا عن المعصية فى المستقبل، فيبدأ بالأسهل فالأسهل، كما خراج من هُجِمَ^(٣) منزله، ولأنَّها عقوبات على جرائم، فاختلفت باختلافها، كعقوبات المحارِبين

= البر والصلة. صحيح مسلم ٤/١٩٨٤.

كما أخرجه أبو داود، فى: باب من يهجر أخاه المسلم، من كتاب الأدب. سنن أبى داود ٥٧٧/٢. والترمذى، فى: باب ما جاء فى كراهية الهجر للمسلم، من أبواب البر والصلة. عارضة الأحوذى ١١٨/٨. والإمام مالك، فى: باب ما جاء فى المهاجرة، من كتاب حسن الخلق. الموطأ ٩٠٦/٢، ٩٠٧. والإمام أحمد، فى: المسند ٣/١١٠، ١٦٥، ١٩٩، ٢٢٥، ٤١٦/٥، ٤٢١، ٤٢٢.

(١) سورة النساء ٣٤.

(٢) تقدم تخريجه من حديث جابر الطويل فى ٣٢١/٢. ويضاف إليه فيما يخص هذا اللفظ: وأخرجه الترمذى، فى: باب ما جاء فى حق المرأة على زوجها، من أبواب الرضاع. عارضة الأحوذى ١١١/٥. وابن ماجه، فى: باب حق المرأة على الزوج، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٥٩٤/١. والإمام أحمد، فى: المسند ٥/٧٣.

(٣) بعده فى م: «على»

فصل : النُّوعُ الثَّانِي ، نُشُوزُ الرَّجُلِ عَنْ زَوْجَتِهِ^(١) ؛ وَهُوَ إِعْرَاضُهُ عَنْهَا لِرَغْبَتِهِ عَنْهَا ، لِمَرْضِيهَا ، أَوْ كِبَرِهَا^(٢) ، أَوْ غَيْرِهِمَا ، فَلَا بَأْسَ أَنْ تَضَعَ عَنْهُ بَعْضَ حُقُوقِهَا^(٣) تَسْتَرْضِيهِ بِذَلِكَ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ﴾^(٤) . قَالَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : هِيَ الْمَرْأَةُ تَكُونُ عِنْدَ الرَّجُلِ لَا يَشْتَكِي مِنْهَا ، فَيُرِيدُ طَلَاقَهَا ، وَيَتَزَوَّجُ عَلَيْهَا ، تَقُولُ لَهُ : أُمْسِكْنِي ، وَلَا تُطَلِّقْنِي ، وَأَنْتَ فِي حِلٍّ مِنَ النَّفَقَةِ عَلَيَّ ، وَالْقِسْمَةِ لِي . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ^(٥) . وَقَالَتْ عَائِشَةُ : إِنَّ سَوْدَةَ حِينَ^(٦) أَسْنَتْ وَفَرَّقَتْ أَنْ يُفَارِقَهَا رَسُولُ اللَّهِ

(١) فِي م : « امْرَأَتِهِ » .

(٢) فِي الْأَصْل : « كِبَر » .

(٣) فِي م : « حَقِّهَا » .

(٤) سُورَةُ النِّسَاءِ ١٢٨ .

وَفِي الْأَصْل : « يَصْلِحَا » . وَهَذِهِ الْقِرَاءَةُ مُوَافِقَةٌ لِرَوَايَةِ الْبُخَارِيِّ ، وَهِيَ قِرَاءَةُ نَافِعٍ وَابْنِ كَثِيرٍ وَأَبِي عَمْرٍو وَابْنِ عَامِرٍ ، وَالمُثَبِّتُ كَمَا فِي ف ، م ، وَهُوَ قِرَاءَةُ عَاصِمٍ وَحَمْزَةُ وَالْكَسَائِيُّ . انْظُرِ السَّبْعَةَ فِي الْقِرَاءَاتِ ، لِابْنِ مَجَاهِدٍ ٢٣٨ .

(٥) فِي : بَابُ إِذَا حَلَّ مِنْ ظَلَمِهِ فَلَا رَجُوعَ فِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَظَالِمِ ، وَفِي : بَابُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَنْ يَصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًا ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَحِ ، وَفِي : بَابُ : ﴿ وَأَحْضَرْتُ الْأَنْفُسَ الشَّحَّ ﴾ ، مِنْ تَفْسِيرِ سُورَةِ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ التَّفْسِيرِ ، وَفِي بَابُ : ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا ﴾ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣ / ١٧٠ ، ٢٤٠ ، ٦٢ / ٦ ، ٤٢ / ٧ .

كَمَا أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : كِتَابِ التَّفْسِيرِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٤ / ٢٣١٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابُ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا ﴾ ، مِنْ كِتَابِ التَّفْسِيرِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦ / ٣٢٩ .

(٦) فِي م : « لَمَّا » .

ﷺ، قالت: يا رسول الله، يَوْمِي لعائشة. فَقَبِلَ ذلك منها، ففي تلك وأشباهها أراه أَنْزَلَ اللهُ: ﴿وَإِنْ أَمْرًا خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزًا أَوْ إِعْرَاضًا﴾. رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١). ومتى صالحتَه على شيءٍ مِنْ حَقِّهَا، ثم أَرَادَتِ الرُّجُوعَ، فلها ذلك. قال أحمدُ في الرجلِ يَغِيبُ عن زَوْجَتِهِ فيقولُ لها: إِنْ رَضِيتِ على هذا، وإِلَّا فَأَنْتِ أَعْلَمُ. فتقولُ: قد رَضِيتُ: فهو جائزٌ، وَإِنْ شَاءَتْ رَجَعَتْ.

فصل: وإذا ادَّعى كلُّ واحدٍ منهما ظُلْمَ صاحبه وعُدْوَانَه^(٢)، أَسَكَنَهُمَا الحَاكِمُ إلى جانبِ ثِقَةٍ يَطْلُعُ عليهما، ويُلْزِمُهُما الإنصافَ. فإن لم يُمكنْ إنصافُ أحدهما مِنْ صاحبه، وَخِيفَ الشُّقَاقُ بَيْنَهُمَا، بَعَثَ الحَاكِمُ حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا، لِيَفْعَلَا مَا يَرِيَانِ^(٣) المَصْلَحَةَ فيه؛ مِنْ التَّفْرِيقِ بَعْوَضٍ أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ الإِصْلَاحِ بِتَرْكِ بَعْضِ الحُقُوقِ أَوْ غَيْرِهِ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾^(٤).

ويجوزُ أَنْ يَكُونَ الحَكَمَانِ أَجْنَبِيَّيْنِ؛ لِأَنَّهُمَا إمَّا وَكِيلَانِ أَوْ حَكَمَانِ، وَأَيُّ ذَلِكَ كَانَ، فَلَا يُشْتَرَطُ لَهُ القَرَابَةُ. والأوَّلَى جَعْلُهُمَا مِنْ أَهْلِهِمَا^(٥)؛

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٣٨٩.

(٢) في ف: «عدوانه».

(٣) في م: «رأيا».

(٤) سورة النساء ٣٥.

(٥) في الأصل: «أهلها».

لِلآيَةِ ، وَلَأَنَّهُمَا أَعْرِفُ بِالْحَالِ وَأَشْفَقُ . وَيَجِبُ أَنْ يَكُونَا ذَكَرَيْنِ عَدْلَيْنِ ؛
لَأَنَّهُمَا إِنْ كَانَا وَكِيلَيْنِ ، فَهَمَا يَحْتَاجَانِ إِلَى الرَّأْيِ فِي النَّظَرِ وَالتَّفْرِيقِ ، وَلَا
يَكْمُلُ^(١) بَدُونِ هَذَيْنِ الْوَصْفَيْنِ . وَإِنْ كَانَا حَكَمَيْنِ ، فَهَذَا شَرْطٌ فِيهِ .

وَاخْتَلَفَتِ الرِّوَايَةُ فِيهِمَا ، فَرُوِيَ أَنَّهُمَا حَكَمَانِ ؛ لِتَسْمِيَةِ اللَّهِ تَعَالَى
إِيَّاهُمَا بِذَلِكَ . فَعَلَى هَذَا ، لَهُمَا فِعْلٌ مَا رَأَاهُ بغيرِ رِضَا الزَّوْجَيْنِ ؛ لِأَنَّ
الْحَاكِمَ يَحْكُمُ بِمَا يَرَاهُ مِنْ غَيْرِ رِضَا الْخَصْمِ . وَرُوِيَ أَنَّهُمَا وَكِيلَانِ لَا
يَمْلِكَانِ التَّفْرِيقَ ، وَلَا إِسْقَاطَ شَيْءٍ مِنَ الْحُقُوقِ إِلَّا بِتَوْكِيلِهِمَا وَ^(٢) رِضَاهُمَا ؛
لِأَنَّ الطَّلَاقَ إِلَى الزَّوْجِ ، وَبَذَلَ الْمَالِ إِلَى الزَّوْجَةِ ، فَلَمْ يَجُزْ إِلَّا بِإِذْنِهِمَا .
وَمَتَى كَانَا حَكَمَيْنِ ، اشْتَرَطَ كَوْنُهُمَا فَقِيهَيْنِ مُحَرَّرَيْنِ ؛ ^(٣) لِأَنَّ ذَلِكَ^(٣)
مِنْ شَرَائِطِ الْحُكْمِ ، وَإِنْ كَانَا وَكِيلَيْنِ ، جَازَ أَنْ يَكُونَا عَامِّيَّيْنِ أَوْ عَبْدَيْنِ ؛
لِأَنَّ تَوْكِيلَهُمَا جَائِزٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَا عَبْدَيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا
نَاقِصَانِ .

فَإِنْ غَابَ الزَّوْجَانِ ، نَفَذَ تَصَرُّفُ الْحَكَمَيْنِ فِي حَقِّهِمَا ، إِنْ قُلْنَا : هُمَا
وَكِيلَانِ . كَمَا يَنْفُذُ تَصَرُّفُ الْوَكِيلِ فِي غَيْبَةِ الْمُوَكَّلِ . وَإِنْ قُلْنَا : هُمَا
حَكَمَانِ . لَمْ يَنْفُذْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ لَهُ الْحُكْمُ [٣٠٤] لِلْغَائِبِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ
مِنْهُمَا مَخْكُومٌ لَهُ وَعَلَيْهِ . وَإِنْ جُنَّا ، لَمْ يَنْفُذْ تَصَرُّفُ الْحَكَمَيْنِ بِحَالٍ ؛
لِأَنَّ الْوَكَالَاتِ تَبْطُلُ بِجُنُونِ الْمُوَكَّلِ .

(١) فِي ف : « يَكْفُل » .

(٢) فِي م : « أَوْ » .

(٣ - ٣) فِي م : « لَأَنَّهُمَا » .

كِتَابُ الْخُلْعِ

وَمَعْنَاهُ فِرَاقُ الزَّوْجِ امْرَأَتَهُ بِعَوَضٍ . فَإِنْ خَالَعَهَا بِغَيْرِ عَوَضٍ ، لَمْ يَصِحَّ ، لَكِنْ إِنْ كَانَ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ ، أَوْ نَوَاهُ بِهِ ، فَهُوَ طَلَاقٌ رَجْعِيٌّ ، وَإِلَّا^(١) لَمْ يَقَعْ بِهِ شَيْءٌ . وَعَنْهُ ، يَصِحُّ الْخُلْعُ بِغَيْرِ عَوَضٍ . اخْتَارَهُ الْحَرَقِيُّ . فَإِذَا سَأَلْتَهُ خُلْعَهَا ، فَقَالَ : خَلَعْتُكَ . انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ فُرْقَةٌ ، فَجَازَتْ بِغَيْرِ عَوَضٍ ، كَالطَّلَاقِ . وَإِنْ قَالَ : خَلَعْتُكَ . مِنْ غَيْرِ سُؤَالِ الزَّوْجَةِ ، لَمْ يَكُنْ خُلْعًا ، وَكَانَ كِنَايَةً فِي الطَّلَاقِ لَا غَيْرُ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا خِلَافَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ أَنَّ الْخُلْعَ مَا كَانَ مِنْ قِبَلِ النِّسَاءِ ، فَإِذَا كَانَ مِنْ قِبَلِ الرِّجَالِ ، فَلَا نِزَاعَ فِي أَنَّهُ طَلَاقٌ يَمْلِكُ بِهِ الرَّجْعَةَ . وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّهُ فَسَخَ لِلنِّكَاحِ بِغَيْرِ عَوَضٍ وَلَا عَيْبٍ ، فَلَمْ يَمْلِكْهُ الزَّوْجُ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَسْأَلْهُ الْمَرْأَةُ .

فصل : والخُلْعُ على ثلاثة أضربٍ ؛ مُبَاحٌ ، وهو أن تَكْرَعَ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا لِبُغْضِهَا إِيَّاهُ ، وَ^(٢) تَخَافُ أَنْ لَا تُؤَدِّيَ حَقَّهُ ، وَلَا تُقِيمَ حُدُودَ اللَّهِ فِي طَاعَتِهِ ، فَلَهَا أَنْ تَفْتَدِيَ نَفْسَهَا مِنْهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾^(٣) . وَرَوَى الْبُخَارِيُّ^(٤)

(١) سقط من : م .

(٢) في الأصل : «أو» .

(٣) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٤) في : باب الخلع وكيف الطلاق فيه ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٦٠ / ٧ ، ٦١ .

بإسناده، قال : جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، ما أنقم على ثابت في ^(١) دين ولا خلقي ، إلا أنني أخاف الكفر في الإسلام . فقال رسول الله ﷺ : « أتردين عليه حديقته ؟ » . قالت : نعم . فردت عليه ، وأمره ففارقها . ولأن حاجتها داعية إلى فزقته ، ولا تصل إليها إلا ببذل العوض ، فأبيح لها ذلك ، كسراء المتاع .

الثاني ، المخالعة لغير سبب مع استقامة الحال ، فذهب أصحابنا إلى أنه صحيح مع الكراهة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا ﴾ ^(٢) . ويحتمل كلام أحمد بطلانه وتحريمه ؛ لأنه قال : الخلع مثل حديث سهلة ^(٣) ؛ تكره الرجل ، فتعطيه المهر ، فهذا الخلع . ووجه ذلك قول الله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ ﴾ ^(٤) . وروى ثوبان قال : قال رسول الله ﷺ : « أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما بأس ، فحرام عليهما رائحة الجنة » . رواه أبو داود ^(٥) . ولا يلزم من الجواز في غير عقد

(١) في م : « من » .

(٢) سورة النساء ٤ .

(٣) قال الحافظ : وقع لابن الجوزي في تنقيحه أنها سهلة بنت حبيب ، فما أظنه إلا مقلوبا ، والصواب حبيبة بنت سهل . فتح الباري ٣٩٩/٩ .

(٤) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٥) في : باب في الخلع ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٦/١ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في المختلعات ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٦٢/٥ ، ١٦٣ . وابن ماجه ، في : باب كراهية الخلع للمرأة ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٦٢/١ . والدارمي ، في : باب النهي عن أن تسأل المرأة زوجها طلاقها ، من =

الجواز في عقد؛ بدليل عقود الربا .

الثالث ، أن يعُضَلَ الرجل^(١) زوجته بأذاه لها ، ومنعها حقها ظلماً ، لتفتدي نفسها منه ، فهذا مُحَرَّم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْضُوا عَنْهَا لَتَذَهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ ﴾^(٢) . فإن طَلَّقَهَا في هذه الحال بعوض ، لم يَسْتَحِقَّهُ ؛ لأنه عِوَضٌ أُكْرِهَتْ على بذله بغير حق ، فلم يَسْتَحِقَّهُ ، كالثمن في البيع ، ويقع الطلاق رجعيًا .

وإن خالعتها بغير لفظ الطلاق ، قلنا : هو طلاق . فحكمه ما ذكرنا ، وإلا فالزوجة بحالها .

وإن أدبها لتزكها فرضاً أو نُشُوزها ، فخالعته لذلك ، لم يَحُرِّم ؛ لأنه ضَرَبَهَا بِحَقٍّ . وإن زنت فعَضَلَهَا لتفتدي نفسها منه ، جاز ، وصَحَّ الخلع ؛ لقول [٣٠٤ ظ] الله تعالى : ﴿ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾^(٢) . والاستثناء من النفي إثبات . وإن ضَرَبَهَا ظُلْمًا لغير قصد أخذ شيء منها ، فخالعته لذلك ، صَحَّ الخلع ؛ لأنه لم يعَضَلَهَا ليأخذ مما آتاها شيئًا .

فصل : ويصح الخلع من العبد ، والسفیه ، والمفلس ، وكل زوج يصح طلاقه ؛ لأنه إذا ملك الطلاق بغير عوض ، فبعوض أولى . والعوض في

= كتاب الطلاق . سنن الدارمی ١٦٢ / ٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٨٣ / ٥ . وصححه في الإرواء ١٠٠ / ٧ .

(١) في ف : « الزوج » .

(٢) سورة النساء ١٩ .

خُلِعَ الْعَبْدُ لِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ كَسْبِهِ ، لَا يَجُوزُ تَسْلِيمُهُ إِلَى غَيْرِهِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ^(١) .
 وَلَا يَجُوزُ تَسْلِيمُ الْعَوَضِ فِي خُلْعِ السَّفِيهِ إِلَّا إِلَى وَلِيِّهِ ، كَسَائِرِ حُقُوقِهِ . وَقَالَ
 الْقَاضِي : يَصِحُّ قَبْضُهُمَا ؛ لِأَنَّهُ صَحَّ خُلْعُهُمَا ، فَصَحَّ قَبْضُهُمَا ، كَالْمُقْلِسِ .
 وَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ زَوْجٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الطَّلَاقَ ، إِلَّا أَبَا الصَّغِيرِ ؛ فَإِنْ فِيهِ
 رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَمْلِكُ طَلَاقَ زَوْجَتِهِ وَلَا خُلْعَهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :
 « الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ » . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَه ^(٢) . وَلِأَنَّهُ إِسْقَاطُ لِحَقِّهِ ، فَلَمْ
 يَمْلِكْهُ ، كِإِسْقَاطِ قِصَاصِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، يَمْلِكُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ تَزْوِيجَهَا ، فَمَلِكَ
 الطَّلَاقَ وَالْخُلْعَ ، كَالزَّوْجِ . وَكَذَلِكَ الْقَوْلُ فِي زَوْجَةِ عَبْدِهِ الصَّغِيرِ .

فصل : وَيَصِحُّ الْخُلْعُ مِنْ كُلِّ زَوْجَةٍ رَشِيدَةٍ ؛ لِأَنَّ اسْتِدَانَتَهَا صَحِيحَةٌ .
 فَإِنْ كَانَتْ أُمَةً ، فَحُكْمُ خُلْعِهَا حُكْمُ اسْتِدَانَتِهَا بِإِذْنِ سَيِّدِهَا وَبِغَيْرِ ^(٣) إِذْنِهِ .
 وَيُزَجَّعُ عَلَى الْمُكَاتَبَةِ بِالْعَوَضِ إِذَا عَتَقَتْ ، وَعَلَى الْمُقْلِسَةِ إِذَا أُيْسِرَتْ ،
 كَاسْتِدَانَتِهَا . فَأَمَّا السَّفِيهَةُ وَالصَّغِيرَةُ وَالْمَجْنُونَةُ ، فَلَا يَصِحُّ بِذَلِكَ الْعَوَضُ
 مِنْهُنَّ ؛ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي الْمَالِ ، وَلَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ .

وَيَصِحُّ بِذَلِكَ الْعَوَضِ فِي الْخُلْعِ مِنَ الْأَجْنَبِيِّ ، فَإِذَا قَالَ : طَلَّقْ زَوْجَتَكَ
 بِالْأَلْفِ عَلَى . ففَعَلَ ، لَزِمَتْهُ ^(٤) الْأَلْفُ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ حَقٍّ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى رِضَا

(١) بعده في ف : « ولا يجوز إلا بإذنه » .

(٢) في : باب طلاق العبد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٧٢ / ١ . وحسنه في الإرواء ٧ /

١٠٨ - ١١٠ .

(٣) في الأصل : « يعتبر » .

(٤) في الأصل : « لزمه » .

المُسْقَطُ عنه ، فَصَحَّ بِالْمَالِكِ وَالْأَجْنَبِيِّ ، كَالْعَتَقِ بِمَالٍ . فَإِنْ قَالَ : طَلَّقَ زَوْجَتَكَ بِمَهْرِهَا ، وَأَنَا ضَامِنٌ . ففَعَلَ ، بَانَتْ ، وَعَلَيْهِ مَهْرُهَا ، لَا يَزْجَعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ .

وَلَيْسَ لِغَيْرِ الزَّوْجَةِ خُلْعُهَا بِشَيْءٍ مِنْ مَالِهَا ، وَلَوْ كَانَ أَبَا الصَّغِيرَةِ ؛ لِأَنَّهُ يُسْقَطُ بِهِ حَقُّهَا مِنَ الْعَوَضِ وَالنَّفَقَةِ وَالِاسْتِمْتَاعِ ، فَإِنْ فَعَلَ وَكَانَ طَلَاقًا ، كَانَ رَجْعِيًّا ، وَإِلَّا لَمْ يَقَعْ بِهِ شَيْءٌ ، كَالْخُلْعِ مَعَ الْعَضْلِ .

فصل : وَيَجُوزُ الْخُلْعُ مِنْ غَيْرِ حَاكِمٍ ؛ لِأَنَّهُ قَطْعُ عَقْدٍ بِالتَّرَاضِي ، فَلَمْ يَخْتَجْ إِلَى حَاكِمٍ ، كَالْإِقَالَةِ . وَيَجُوزُ فِي الْحَيْضِ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَ الطَّلَاقِ فِيهِ^(١) يَثْبُتُ دَفْعًا لَضَرَرِ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ ، وَالْخُلْعُ يُدْفَعُ بِهِ ضَرَرُ سُوءِ الْعِشْرَةِ ، وَهُوَ أَكْثَرُ وَأَذْوَمُ ، فَكَانَ دَفْعُهُ أَوْلَى .

فصل : وَأَلْفَاظُ الْخُلْعِ تَنْقَسِمُ إِلَى صَرِيحٍ وَكِنَايَةٍ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْفُرْقَةِ ، فَكَانَ لَهُ صَرِيحٌ وَكِنَايَةٌ ، كَالطَّلَاقِ . فَالْصَّرِيحُ ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ ؛ خَالَعُكَ . لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهُ عُرْفُ الْإِسْتِعْمَالِ . وَ^(٢) : فَادِئُكَ . لَوُرُودِ الْقُرْآنِ بِهِ . وَ : فَسَخْتُ نِكَاحَكَ . لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِيهِ . وَمَا عَدَا هَذَا ، مِثْلُ : بَارَأْتُكَ . وَ^(٣) : أَبْرَأْتُكَ . وَ : أَبْنَيْتُكَ . فَكِنَايَةٌ ، فَمَتَى أَتَى بِالصَّرِيحِ ، وَقَعَ وَإِنْ لَمْ يَنْوِ . وَلَا يَقَعُ بِالْكِنَايَةِ إِلَّا بِنِيَّةٍ ، أَوْ دَلَالَةٍ حَالٍ ، بَأَنْ تَطْلُبَ^(٤) الْخُلْعَ ، وَتَبْذُلَ الْعَوَضَ ، فَيُجِيبَهَا بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ دَلَالَةَ الْحَالِ تُغْنِي عَنِ النِّيَّةِ .

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «أَوْ» .

(٣) فِي ف : «أَوْ» .

(٤) فِي الْأَصْلِ : «يَطْلُبُ» .

ومتى وَقَعَ الْخُلْعُ بَلْفَظِ الطَّلَاقِ ، أَوْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ ، فَهُوَ طَلَاقٌ ^(١) بائنٌ ؛ لَأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ غَيْرَ الطَّلَاقِ . وَإِنْ خَالَعَهَا بِغَيْرِ لَفْظِ الطَّلَاقِ غَيْرَ نَاوٍ بِهِ الطَّلَاقَ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ طَلَاقٌ أَيْضًا ؛ لَأَنَّهُ كِنَايَةٌ فِي الطَّلَاقِ ، نَوَى بِهِ فُرْقَتَهَا ، فَكَانَ طَلَاقًا ، كَمَا لَوْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ . وَالثَّانِيَةُ ، هُوَ فَسْخٌ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : [٣٠٥] ﴿ اَلطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ ﴾ ^(٢) . ثُمَّ ذَكَرَ الْخُلْعَ ، ثُمَّ قَالَ : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ ^(٣) . فَلَوْ كَانَ طَلَاقًا ، كَانَتْ أَرْبَعًا ، وَلَا خِلَافَ فِي تَحْرِيمِهَا بِثَلَاثٍ ، وَلَأَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الطَّلَاقِ ، وَلَا ^(٤) نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ ، فَلَمْ يَكُنْ طَلَاقًا ، كَغَيْرِهِ مِنَ الْكِنَايَاتِ .

فَإِذَا قُلْنَا : هُوَ طَلَاقٌ . نَقَصَ بِهِ عَدَدُ طَلَاقِهَا ، وَمَتَى خَالَعَهَا ^(٥) ثَلَاثًا ^(٦) لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ . وَإِنْ قُلْنَا : هُوَ فَسْخٌ . لَمْ يَنْقُصْ بِهِ عَدَدُ طَلَاقِهَا ، وَحَلَّتْ لَهُ مِنْ غَيْرِ نِكَاحِ زَوْجٍ ثَانٍ وَلَوْ خَالَعَهَا مِرَارًا .

فصل : وَتَبَيَّنَ بِالْخُلْعِ عَلَى إِحْدَى ^(٧) الرِّوَايَتَيْنِ ، فَلَا يَمْلِكُ رَجْعَتَهَا ؛ لَأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَمْ يَمْلِكِ الرَّجُوعُ ^(٨) فِيمَا اغْتَاضَ عَنْهُ ، كَالْبَيْعِ ، وَلَا

(١) فِي الْأَصْلِ : « كَطَلَاقٍ » .

(٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٢٩ .

(٣) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٣٠ .

(٤) فِي ف : « لَوْ » .

(٥) بَعْدَهُ فِي ف : « قُلْنَا » ، وَفِي م : « خَالَعَهَا » .

(٦) زِيَادَةٌ مِنْ : م .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، م : « كَلْتَا » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « رَجَعَتَهَا » .

يُلْحَقُهَا طَلَاؤُهُ وَلَوْ وَاجَهَهَا بِهِ ؛ لِأَنَّهَا بَائِنٌ ، فَلَمْ يُلْحَقْهَا طَلَاؤُهُ ، كَبَعْدِ
الْعِدَّةِ .

فَإِنْ طَلَّقَهَا بِعَوَضٍ ، وَشَرَطَ الرَّجْعَةَ ، فَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَصِحُّ الْخُلْعُ ،
وَيَسْقُطُ الشَّرْطُ ؛ لِأَنَّ الْخُلْعَ لَا يَفْسُدُ بِالْعَوَضِ الْفَاسِدِ ، فَلَمْ يَفْسُدْ بِالشَّرْطِ
الْفَاسِدِ ، كَالنِّكَاحِ . قَالَ الْقَاضِي : وَيَسْقُطُ الْمُسَمَّى ، وَلَهُ صَدَاقُهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا
رَضِيَ بِهِ مَعَ الشَّرْطِ ، فَإِذَا فَسَدَ الشَّرْطُ ، وَجَبَ أَنْ يَرْجَعَ بِمَا نَقَصَ لِأَجَلِهِ ،
فَيَصِيرُ مَجْهُولًا ، فَيَفْسُدُ ، وَيَجِبُ ^(١) الصَّدَاقُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ الْمُسَمَّى ؛
لِأَنَّهُ مُسَمَّى صَحِيحٌ فِي عَقْدٍ صَحِيحٍ ، فَوَجَبَ ؛ قِيَاسًا عَلَى الصَّدَاقِ فِي
النِّكَاحِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ أَنَّهُ يَسْقُطُ الْعَوَضُ ، وَتَثْبُتُ الرَّجْعَةُ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ
الْعَوَضِ وَالرَّجْعَةِ يَتَنَافَيَانِ ، فَيَسْقُطَانِ ، وَيَبْقَى مُجَرَّدُ الطَّلَاقِ .

وَإِنْ شَرَطَ الْخِيَارَ فِي الْخُلْعِ ، بَطَلَ الشَّرْطُ ، وَصَحَّ الْخُلْعُ ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ
فِي الْبَيْعِ لَا يَمْنَعُ نَقْلَ الْمِلْكِ ، فَفِي الْخُلْعِ لَا يَمْنَعُ وَقُوعُهُ ، وَمَتَى وَقَعَ ، فَلَا
سَبِيلَ إِلَى رَفْعِهِ .

فصل : وَيَصِحُّ الْخُلْعُ مُنْجَزًا بِلَفْظِ الْمَعَاوِضَةِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمَعَاوِضَةِ ،
وَمُعَلَّقًا عَلَى شَرْطٍ ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ الطَّلَاقِ . فَأَمَّا الْمُنْجَزُ بِلَفْظِ الْمَعَاوِضَةِ ، فَهُوَ أَنْ
يُوقَعَ الْفُرْقَةُ بِعَوَضٍ ، فَيَقُولُ : خَلَعْتُكَ بِأَلْفٍ . أَوْ : طَلَّقْتُكَ بِأَلْفٍ . أَوْ ^(٢) :
أَنْتِ طَالِقٌ بِأَلْفٍ . فَتَقُولُ : قَبِلْتُ . كَمَا يَقُولُ : بِعْتُكَ هَذَا الثَّوبَ بِأَلْفٍ .

(١) فِي ف : « يَخْف » .

(٢) فِي الْأَصْل : « وَ » .

فتقول : قَبِلْتُ . هذا قولُ القاضي . وقياسُ قولٍ ^(١) أحمدُ أنه يَقَعُ رَجْعِيًّا ، ولا شيءَ له ؛ لأنه أَوْقَعَ الطَّلَاقَ الذي يَمْلِكُهُ ، ولم يُعَلِّقْهُ بِشَرْطٍ ، وجَعَلَ عليه عِوَضًا لم ^(٢) تَبْذُلْهُ ولم تَرْضَ به ، فلم يَلْزَمْهَا . فأما المَعَاوِضَةُ الصحيحةُ ، فمثلُ أن تقولَ المرأةُ : اخْلَعْنِي بِأَلْفٍ . أو : طَلِّقْنِي بِأَلْفٍ . أو : على أَلْفٍ . أو : وعلى أَلْفٍ . فيقول : طَلَّقْتُكَ . كما تقولُ : بِغِنَى ثَوْبِكَ ^(٣) بِأَلْفٍ . فيقول : بِغُثِّكَ . ولا يَحْتَاجُ إلى إِعَادَةِ ذِكْرِ الأَلْفِ في الجَوَابِ ؛ لأنَّ الإِطْلَاقَ ^(٤) يَرْجِعُ إليه ، كما يَرْجِعُ في البَيْعِ .

ولا يَصِحُّ الجَوَابُ في هذا إلا على الفورِ . ويجوزُ للزَّوْجِ ^(٥) الرُّجُوعُ في الإيجابِ قبلَ القَبُولِ ، وللمرأةِ الرُّجُوعُ في السُّؤَالِ قبلَ الجَوَابِ ، كما يجوزُ في البَيْعِ .

وأما المُعَلِّقُ فنحوُ ^(٦) أن يُعَلِّقَ الطَّلَاقَ على دَفْعِ مالٍ ، أو ضَمَانِهِ ، فيقول : إن أعطيتني ألفًا . أو : إذا أعطيتني ألفًا . أو ^(٧) : متى أعطيتني ألفًا . أو ^(٧) : متى ضَمِنْتَ لي ألفًا فأنت طالقٌ . فمتى ضَمِنْتُهَا له ، أو أعطته ألفًا ، طَلَّقْتُ ، سواءً كان على الفورِ أو التَّراخِي ؛ لأنه تَغْلِيْقٌ لِلطَّلَاقِ على شَرْطٍ ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : ف .

(٣) في م : « هذا الثوب » .

(٤) في الأصل ، ف : « الطلاق » .

(٥) في م : « للرجل » .

(٦) في الأصل ، م : « فيجوز » .

(٧) في الأصل : « و » .

فَوَقَعَ بِوُجُودِ الشَّرْطِ ، كما لو عَرِيَ عن ذِكْرِ الْعِوضِ . وَيَكْفِي فِي الْعَطِيَّةِ أَنْ تُحْضَرَ^(١) الْمَالُ ، وَيَأْذَنَ فِي قَبْضِهِ ، أَخَذَ أَوْ لَمْ يَأْخُذْ ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْعَطِيَّةِ يَقَعُ عَلَيْهِ ، يَقَالُ : أُعْطِيْتُهُ فَلَمْ يَأْخُذْ . فَإِنْ أُعْطِيْتُهُ بَعْضَ الْأَلْفِ ، لَمْ تَطْلُقْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الشَّرْطُ .

وإن قالت : طَلَّقْنِي بِالْأَلْفِ . فقال : أَنْتِ طَالِقٌ بِالْفِ إِنْ شِئْتَ . لم [٣٠٥ ظ] تَطْلُقْ حَتَّى تَشَاءَ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ عَلَى الْمَشِيئَةِ ، فَلَمْ يَقَعْ إِلَّا بِهَا . وَسَوَاءٌ شَاءَتْ عَلَى الْفَوْرِ أَوْ التَّرَاجِي . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْمَشِيئَةَ شَرْطًا ، فَأَشْبَهَ تَغْلِيْقَهُ عَلَى دُخُولِ الدَّارِ .

فصل : وإذا قال : أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ . طَلَّقْتَ رَجْعِيَّةً ، وَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجْعَلِ الْأَلْفَ عِوَضًا لِلطَّلَاقِ ، وَلَا شَرْطًا فِيهَا ، إِنَّمَا عَطَفَهُ عَلَى الطَّلَاقِ الَّذِي يَمْلِكُ إِيقَاعَهُ ، فَوَقَعَ مَا يَمْلِكُهُ دُونَ مَا لَا يَمْلِكُهُ .

وإن قال : أَنْتِ طَالِقٌ عَلَى أَلْفٍ . أَوْ : عَلَى أَنَّ عَلَيْكَ أَلْفًا . فعن أحمدَ فيها مثْلُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ « عَلَى » لَيْسَتْ حَرْفَ شَرْطٍ وَلَا مُقَابَلَةً ،^(٢) وَلِذَلِكَ لَا يَصِحُّ أَنْ تَقُولَ : بِعْتُكَ ثَوْبِي عَلَى أَلْفٍ . وقال القاضي : لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِهَا حَتَّى تَقْبَلَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا أُجْرِيَتْ مُجْرَى الشَّرْطِ وَالْجَزَاءِ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى فِي قِصَّةِ شُعَيْبٍ^(٣) عَلَيْهِ السَّلَامُ : ﴿ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَنِي حَبِيبٌ ﴾^(٤) . وَقَوْلُهُ سَبْحَانَهُ وَتَعَالَى :

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « يَحْضُرُ » .

(٢ - ٢) فِي م : « لِهَذَا » .

(٣) انْظُرِ التَّعْلِيْقَ الْمُتَقَدِّمَ فِي صَفْحَةِ ٢٣٣ .

(٤) سُورَةُ الْقَصَصِ ٢٧ .

﴿ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجًا عَلَىٰ أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدًّا ﴾^(١) . فعلى هذا^(٢) ، إذا قال : أنتِ طالقٌ ثلاثاً^(٣) على ألفٍ . أو : بألفٍ . فقالت : قَبِلْتُ واحدةً بثُلُثِ الألفِ . لم يَقَعْ ؛ لأنها لم تقبل ما بذله ، فأشبهه ما لو قال : بِعُثْكَ عبيدي الثلاثة بألفٍ . فقال : قَبِلْتُ واحداً بثُلُثِ الألفِ . وإن قالت : قَبِلْتُ واحدةً بألفٍ . وَقَعَ الثلاثُ ، واستحقَّ الألفُ ؛ لأنه علق الثلاث على بذلها للألفِ ، وقد وُجِدَ .

فإن قال : أنتِ طالقٌ ثلاثاً ، واحدةً منها بألفٍ . طَلَّقْتَ اثنتين ، ووقفت^(٤) الثالثة على قبولها . ولو لم يَتَّقَ من طلاقها إلا طَلَقَةً ، فقال : أنتِ طالقٌ اثنتين ؛ الأولى بغير شيءٍ ، والثانية بألفٍ . بانثُ بالثلاثِ ، ولم يَسْتَحِقْ شيئاً . وإن قال : الأولى بألفٍ . استحقَّ الألفُ إذا قَبِلَتْ .

فصل : وإن قالت : طَلَّقْنِي بألفٍ . فقال : خَلَعْتُكَ . يَتَوَى به الطَّلَاقُ ، أو قُلْنَا : الخُلْعُ طَلَاقٌ . استحقَّ الألفُ ؛ لأنه طَلَّقَهَا . وإن لم يَتَوَى الطَّلَاقُ وقُلْنَا : ليس بطلاقٍ . لم يَسْتَحِقْ العِوَضَ ؛ لأنها استدعتْ فُرْقَةً تَنْقُصُ عَدَدَ طَلَاقِهِ ، فلم يُجِبْهَا إليه ، ويكونُ كالخُلْعِ^(٥) بغيرِ عِوَضٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَقَعَ بها شيءٌ ؛ لأنه إنما بذَلَ خُلْعَهَا بعِوَضٍ ، ولم يَخْصُلْ ، فلم يَقَعَ . وإن

(١) سورة الكهف ٩٤ .

(٢) بعده في ف : « القول » .

(٣) سقط من : ف ، م .

(٤) في م : « وقعت » .

(٥) في ف : « الخلع » .

قالت : اخْلَعْنِي بِأَلْفٍ . فقال : طَلَّقْتُكَ بِأَلْفٍ . ^(١) وَقُلْنَا : الْخُلْعُ فَسَخٌّ . ففيه
وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ الْأَلْفُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ بَعْوَضٍ نَوْعٌ مِنَ الْخُلْعِ ، وَلِأَنَّهَا
اسْتَدْعَتْ فُرْقَةً لَا تَنْقُصُ عَدَدَ طَلَاقِهَا ، فَآتَى بِفُرْقَةٍ تَنْقُصُ عَدَدَ طَلَاقِهَا ،
وهذا زِيَادَةٌ . والثاني ، لَا يَسْتَحِقُّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُجِبْهَا إِلَى مَا سَأَلَتْ .

وإن قالت : طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ . فطَلَّقَهَا وَاحِدَةً ، وَقَعَتْ رَجْعِيَّةٌ ، وَلَا
شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُجِبْهَا إِلَى مَا سَأَلَتْ ، فَإِنَّهَا اسْتَدْعَتْ فُرْقَةً تَحْرُمُ بِهَا قَبْلَ
زَوْجٍ آخَرَ ، فَلَمْ يُجِبْهَا إِلَيْهِ . وإن لَمْ يَكُنْ بَقِيَ مِنْ عَدَدِ طَلَاقِهَا إِلَّا وَاحِدَةٌ ،
اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ ، عَلِمَتْ أَوْ لَمْ تَعْلَمْ ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ تَحْرِيمُهَا قَبْلَ زَوْجٍ آخَرَ ،
وقد حَصَلَ ذَلِكَ .

وإن قالت : طَلَّقْنِي وَاحِدَةً ^(٢) بِأَلْفٍ . فطَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، طَلَّقَتْ ثَلَاثًا ، وَلَهُ
الْأَلْفُ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ مَا طَلَبْتَهُ وَزِيَادَةٌ . وإن قالت : طَلَّقْنِي عَشْرًا بِأَلْفٍ .
فطَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ فِي قِيَاسِ الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ
الْمَقْصُودُ . وإن طَلَّقَهَا أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ ، لَمْ [٣٠٦] يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ
يُجِبْ سُؤَالَهَا .

فصل : فإن قالت : طَلَّقْنِي بِأَلْفٍ إِلَى شَهْرٍ . فقال : إِذَا جَاءَ رَأْسُ
الشَّهْرِ فَأَنْتِ طَالِقٌ . اسْتَحَقَّ الْأَلْفَ ، وَوَقَعَ الطَّلَاقُ عِنْدَ رَأْسِ الشَّهْرِ بَإِثْنًا ؛
لِأَنَّهُ بَعْوَضٌ . وإن طَلَّقَهَا قَبْلَ رَأْسِ الشَّهْرِ ، طَلَّقَتْ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ . نَصٌّ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في ف : «عشرا» .

عليه ؛ لأنه ^(١) «اختار إيقاع» الطلاق من غير عوض . وإن قالت : لك علي ألف ، على أن تُطلقني متى شئت ، من الآن إلى شهر . فطلقها قبل رأس الشهر ، وقع الطلاق ، واستحق الألف ؛ لأنه أجابها إلى ما سألت . وقال القاضي : تبطل التسمية ، وله صداقها ؛ لأن زمن الطلاق مجهول .

فصل : وإن قالت إحدى زوجتيه : طلقني وضررتي بألف . ففعل ، صح الخلع فيهما ؛ لأن الخلع مع الأجنبية صحيح . وإن طلق إحداهما ، لم يستحق شيئا ؛ لأنه لم يجبها إلى ما سألت ، فلم يستحق ما بذلت ، كما لو قال في المناضلة : من سبق بسهمين فله ألف . فسبق بأحدهما ^(٢) . وقال القاضي : تبين المطلقة ، وعلى الباذلة حصتها من الألف ، كما لو قال : من رد علي ^(٣) عهدي ، فله ألف . فرد أحدهما . وإن قالت : طلقني بألف على أن تطلق ضررتي بألف . فكذاك سواء . وقال القاضي : إذا لم يف بشرطها ، فله الأقل من المسمى في صداقها أو الألف .

فصل : وإن قال لزوجتيه : أنتما طالقان بألف . فقبلتا ، طلقتا ، وتقسّطت الألف بينهما على قدر صداقتهما ^(٤) . وعلى قول أبي بكر ، يكون بينهما نصفين ، كقوله فيما إذا تزوجهما ^(٥) بألف . وإن قبلت

(١ - ١) في م : «إخبار بإيقاع» .

(٢) في م : «أحدهما» .

(٣) زيادة من : الأصل .

(٤) في م : «صداقهما» .

(٥) في الأصل : «تزوجها» .

إحداهما ، بآنت ، ولزمتها حصتها من الألف . وإن كانت إحداهما غير
 رشيده ، فقبلتا ، بآنت الرشيدة بحصتها ، ولم تطلق الأخرى ؛ لأن بذلها
 للعوض غير صحيح . وإن قال : أنكما طالقان بألف إن شئتما . فقالتا : قد
 شئنا . فهي كالتى قبلها ، إلا أن إحداهما إذا شاءت وحدها ، لم تطلق
 واحدة منهما ؛ لأن مشيئتهما معا شرط لطلاقهما ، فلا يوجد^(١) بدون
 شرطه . فإن قالتا : قد شئنا . وإحداهما صغيرة أو مجنونة ، فكذلك ؛ لأن
 مشيئتهما غير صحيحة . وإن كانت سفيهة ، طلقنا ؛ لأن مشيئتهما^(٢)
 صحيحة ، وعلى الرشيدة حصتها من العوض ، ويقع طلاق السفیهة
 رجعيًا ، ولا عوض عليها ؛ لأن بذلها له^(٣) غير صحيح .

**فصل : وكل ما جاز صداقًا جاز جعله عوضًا فى الخلع ، قليلًا كان أو
 كثيرًا .** وقال أبو بكر : لا يأخذ أكثر مما أعطاهما ، فإن فعل ، ردّ الزيادة .
 والأوّل المذهب ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾^(٤) .
 وروى الربيع بنت مَعُوذٍ ، قالت : اختلعت من زوجى بما دون^(٥) عِقَاصٍ^(٦)
 رأسى ، فأجازه عثمان ، رضى الله عنه^(٨) . ولأنه عوض عن ملك منافع

(١) فى ف : « يؤخذ » .

(٢) فى الأصل : « مشيئتهما » .

(٣) سقط من : ف ، م .

(٤) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٥) فى الأصل : « خلعه » .

(٦) بعده فى ف : « من » .

(٧) العقاص : خيط تشد به أطراف الذوائب .

(٨) علقه البخارى مختصرا ، فى : باب الخلع وكيف الطلاق فيه ... ، من كتاب الطلاق . =

البُضْع ، أَشْبَهَ الصَّدَاقَ . وَلَا يُسْتَحَبُّ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا ؛ لِأَنَّهُ رَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ أَمَرَ ثَابِتَ بْنَ قَيْسٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْ زَوْجَتِهِ حَدِيقَتَهُ وَلَا يَزْدَادَ . رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ ^(١) .

وَحُكْمُهُ مُحْكَمُ الصَّدَاقِ فِي أَنَّهُ إِذَا وَجَدَ بِهِ عَيْبًا ، خُيِّرَ بَيْنَ قِيَمَتِهِ وَأَخْذِ أَرْضِهِ ، وَفِي أَنَّهُ إِذَا خَالَعَهَا عَلَى عَبْدٍ فَبَانَ حُرًّا ، أَوْ خَلَّ فَبَانَ خَمْرًا ، فَلَهُ قِيَمَةُ الْعَبْدِ ^(٢) وَمِثْلُ الْخَلِّ .

وَأِنْ خَالَعَهَا بِحُرٍّ أَوْ خَمْرٍ يَغْلَمَانِهِ وَهُمَا مُسْلِمَانِ ، فَهُوَ كَالْخُلْعِ بغيرِ عَوَضٍ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ مِنْهَا بِمَا لَيْسَ بِمَالٍ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَعْلَمْ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِغيرِ مَالٍ ، فَرَجَعَ بِحُكْمِ الْغُرُورِ . فَإِنْ كَانَا كَافِرَيْنِ فَأُسْلَمَا ، أَوْ تَحَاكَمَا إِلَيْنَا بَعْدَ قَبْضِهِ ، فَلَا شَيْءَ لَهُ ؛ [٣٠٦ ظ] لِأَنَّ حُكْمَهُ مَضَى قَبْلَ الْإِسْلَامِ . وَإِنْ أُسْلَمَا قَبْلَهُ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ أَنَّهُ يَجِبُ لَهُ عَوَضٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِغيرِ عَوَضٍ ، فَأَشْبَهَ الْمُسْلِمَ إِذَا اعْتَقَدَهُ عَبْدًا أَوْ خَلًّا . وَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » : لَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِمَا لَيْسَ بِمَالٍ ، فَأَشْبَهَ الْمُسْلِمَ . وَقَالَ فِي « الْمَجَرَّدِ » : لَهُ ^(٣) مَهْرُ الْمِثْلِ ؛ لِأَنَّ الْعَوَضَ فَاسِدٌ ، وَيَرْجِعُ إِلَى قِيَمَةِ

= صحيح البخارى ٦٠ / ٧ . ووصله الحافظ ابن حجر باللفظ المذكور ، فى : تعليق التعليق ٤ / ٤٦١ . وحسن إسناده . وأخرجه مطولا عبد الرزاق ، فى : المصنف ٥٠٤ / ٦ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٣١٥ / ٧ . وله شاهد فى الموطأ ٥٦٥ / ٢ .

(١) فى : باب المختلعة تأخذ ما أعطاهما ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٦٣ / ١ . وصححه الألبانى ، فى : الإرواء ١٠٣ / ٧ - ١٠٥ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) فى ف ، م : « لها » .

المُثْلَفِ ، وهو مَهْرُ المِثْلِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ لَهُ ^(١) قِيمَةُ الحُرِّ لو كان عَبْدًا ،
وقِيمَةُ الخَمْرِ عندَ الكَفَّارِ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِمَالِيَّةِ ذَلِكَ ، فَأَشْبَهَ الْمُسْلِمَ إِذَا اغْتَقَدَهُ
عَبْدًا أَوْ خَلًّا .

فصل : وَيَصِحُّ الْخُلْعُ عَلَى عِوَضٍ مَجْهُولٍ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَقَالَ أَبُو
بَكْرٍ : لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يَصِحُّ بِالْمَجْهُولِ ، كَالْبَيْعِ . وَلَنَا ، أَنَّ
الطَّلَاقَ مَعْنَى يَصِحُّ تَغْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ ، فَجَازَ أَنْ يُسْتَحَقَّ بِهِ الْمَجْهُولُ ^(٢) ،
كَالْوَصِيَّةِ . وَفِيهِ مَسَائِلُ خَمْسٌ :

أَحَدُهَا ، أَنْ تُخَالِغَهُ عَلَى مَا فِي يَدِهَا مِنَ الدَّرَاهِمِ ، فَإِنْ كَانَ فِي يَدِهَا
دَرَاهِمٌ ، فَهِيَ لَهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا دَرَاهِمٌ ، فَلَهُ ثَلَاثَةٌ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛
لِأَنَّهُ أَقَلُّ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ الدَّرَاهِمِ حَقِيقَةً ، وَلَفْظُهَا دَلٌّ عَلَى ذَلِكَ ،
فَاسْتَحَقَّهُ ، كَمَا لَوْ وَصَّى لَهُ بِدَرَاهِمٍ .

الثَّانِيَةُ ، خَالَعَهَا عَلَى مَا فِي يَدَيْهَا مِنَ الْمَتَاعِ ، فَإِنْ كَانَ فِيهِ مَتَاعٌ ، فَهُوَ
لَهُ ، قَلِيلًا كَانَ أَوْ كَثِيرًا ؛ لِأَنَّ الْخُلْعَ عَلَى الْمَجْهُولِ جَائِزٌ ، فَهُوَ كَالْوَصِيَّةِ بِهِ ،
وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ مَتَاعٌ ، فَلَهُ أَقَلُّ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ ^(٣) اسْمُ الْمَتَاعِ ، كَالْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا ،
وَكَالْوَصِيَّةِ . وَقَالَ الْقَاضِي وَأَصْحَابُهُ : لَهُ ^(٣) الْمُسَمَّى فِي صَدَاقِهَا ؛ لِأَنَّهَا
فَوَّتَتْ عَلَيْهِ الْبُضْعَ بِعِوَضٍ مَجْهُولٍ ، فَيَجِبُ قِيمَةُ مَا فَوَّتَتْ عَلَيْهِ وَهُوَ

(١) فِي م : «لَهَا» .

(٢) فِي ف : «المهر» .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

صَدَاقُهَا . ^(١) وَهَذَا التَّغْلِيلُ ^(٢) يَبْتَطُلُ بِالمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا .

الثَّالِثَةُ ، خَالَعَهَا عَلَى دَابَّةٍ ، أَوْ حَيَوَانٍ ، أَوْ بَعِيرٍ ، أَوْ ثَوْبٍ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ،
أَوْ قَالَ : إِنْ أُعْطِيتَنِي دَابَّةً ، أَوْ بَعِيرًا ، أَوْ بَقَرَةً . فَإِنَّهَا تَطْلُقُ ، وَيَمْلِكُ مَا أُعْطَتْهُ
مِنْ ذَلِكَ . فَإِنْ اخْتَلَفَا فِيمَا يَجِبُ لَهُ ، فَالْوَاجِبُ أَقْلُ مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الِاسْمُ فِي
قِيَاسِ قَوْلِ أَحْمَدَ . وَفِي قَوْلِ الْقَاضِي وَأَصْحَابِهِ ، يَجِبُ لَهُ صَدَاقُهَا . وَوَجْهُ
الْقَوْلَيْنِ مَا تَقَدَّمَ .

الرَّابِعَةُ ، خَالَعَهَا عَلَى عَبْدٍ مُطْلَقٍ ، أَوْ قَالَ : إِنْ أُعْطِيتَنِي عَبْدًا فَأَنْتِ
طَالِقٌ . فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالَّتِي قَبْلَهَا . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : نَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ
يَمْلِكُ الْعَبْدَ الَّذِي أُعْطَتْهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ عَبْدٌ وَسَطٌ . بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ فِي
الصَّدَاقِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَجِبُ لَهُ صَدَاقُهَا . وَوَجْهُهُمَا مَا تَقَدَّمَ .

الخَامِسَةُ ، خَالَعَهَا عَلَى مَا يُثْمِرُ نَخْلَهَا ، أَوْ عَلَى مَا تَحْمِلُ أُمْتُهَا ، أَوْ عَلَى
مَا فِي بَطْنِ الْأُمَةِ مِنَ الْحَمْلِ ، أَوْ ^(٢) مَا فِي ضَرْعِ الشَّاةِ مِنَ اللَّبَنِ ، أَوْ عَلَى مَا
فِي النَّخْلَةِ مِنَ الثَّمَرِ ^(٣) ، فَلَهُ مَا سُمِّيَ لَهُ ، إِنْ وُجِدَ مِنْهُ شَيْءٌ ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ
مِنْهُ شَيْءٌ ، فَقَالَ الْقَاضِي فِي « الْجَامِعِ » : لَا شَيْءَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُمَا دَخَلَا فِي
الْعَقْدِ مَعَ تَسَاوِيهِمَا فِي الْعِلْمِ بِالْحَالِ ، وَرِضَاهُ بِمَا فِيهِ مِنَ الْإِحْتِمَالِ ، فَلَمْ
يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ خَالَعَهَا عَلَى مَا لَيْسَ بِمَالٍ ، فَإِذَا لَمْ يَسْتَحِقَّ شَيْئًا ،
كَانَ كَالْخَلْعِ بِغَيْرِ عَوَظٍ ، وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا خَلَعَ امْرَأَتَهُ عَلَى ثَمَرِ نَخْلٍ

(١ - ١) فِي م : « وَهُوَ تَعْلِيلٌ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

(٣) فِي ف : « الثَّمَرَةُ » ، وَفِي م : « الثَّمَر » .

سِنِينَ ، فَجَائِزٌ ، تُرْضِيهِ بِشَيْءٍ^(١) . قِيلَ لَهُ : فَإِنْ حَمَلَ نَحْلُهَا ؟ قَالَ : هَذَا أَجْوَدُ مِنْ ذَاكَ . قِيلَ لَهُ : يَسْتَقِيمُ هَذَا ؟ قَالَ : نَعَمْ جَائِزٌ . قَالَ الْقَاضِي : قَوْلُهُ : تُرْضِيهِ بِشَيْءٍ . عَلَى طَرِيقِ الِاسْتِخْبَابِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ وَاجِبًا لَتَقَدَّرَ بِتَقْدِيرِ يُزَجُّعُ إِلَيْهِ^(٢) . وَفِي مَعْنَى هَذَا إِذَا خَالَعَهَا عَلَى حُكْمِ أَحَدِهِمَا ، أَوْ حُكْمِ أَجْنَبِيٍّ ، أَوْ عَلَى مَا فِي يَدِهَا ، أَوْ بَيْتِهَا ، أَوْ بِمِثْلِ مَا خَالَعَ بِهِ فُلَانٌ زَوْجَتَهُ ، وَنَحْوَ ذَلِكَ . [٣٠٧] وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يُزَجُّعُ عَلَيْهَا بِصَدَاقِهَا فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا ؛ لَمَّا تَقَدَّمَ . وَقَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : إِنْ خَالَعَهَا عَلَى حَمْلِ أُمِّتِهَا ، فَلَمْ يَخْرُجِ الْوَلَدُ سَلِيمًا ، فَلَهُ مَهْرُ الْمِثْلِ .

فصل : إذا قال : إذا أعطيتني عبدًا فأنت طالق . فأعطته عبدًا لها^(٣) ، مَلَكَه ، وَطَلَّقَتْ ، سَلِيمًا كَانَ أَوْ مَعِيًّا ، قِنًا أَوْ مُدَبَّرًا ؛ لِأَنَّ اسْمَ الْعَبْدِ يَقَعُ عَلَيْهِ ، فَقَدْ وَجِدَ شَرْطُ الطَّلَاقِ . وَإِنْ دَفَعَتْ إِلَيْهِ حُرًّا ، لَمْ تَطْلُقْ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُعْطِهِ عَبْدًا ، وَلَمْ تُمَلِّكْهُ شَيْئًا . وَإِنْ دَفَعَتْ إِلَيْهِ عَبْدًا مَغْضُوبًا ، لَمْ تَطْلُقْ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى الْعَطِيَّةِ هَاهُنَا التَّمْلِيكُ ، وَلَمْ تُمَلِّكْهُ شَيْئًا .

وإن قال : إن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق . فدفعته إليه ، فإذا هو حرٌّ أَوْ مَغْضُوبٌ ، لَمْ تَطْلُقْ ؛ لِذَلِكَ^(٤) . وَعَنْهُ ، تَطْلُقُ ، وَلَهُ قِيَمَتُهُ . وَإِنْ خَرَجَ مَعِيًّا ، لَمْ يُزَجَّعْ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطُ لَوْفُوعِ

(١) بعده في م : « قبل حمل نخلها » .

(٢) بعده في م : « وقال » .

(٣) بعده في ف : « فقد » .

(٤) في م : « كذلك » .

الطَّلَاقِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : إِنْ مَلَكَتُهُ فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ مَلَكَه . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ رَدُّهُ ، وَالرَّجُوعُ بِقِيَمَتِهِ أَوْ أَخْذُ أَرْضِهِ ؛ لِأَنَّهَا خَالَعَتْهُ عَلَيْهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَتْ : اخْلَعْنِي عَلَى هَذَا الْعَبْدِ . فَخَلَعَهَا . وَقَالَ - فِيمَا إِذَا قَالَ : إِنْ أَغْطَيْتَنِي عَبْدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ - : يَلْزَمُهَا عَبْدٌ وَسَطٌ ؛ لِذَلِكَ ^(١) .

وَإِنْ قَالَ : إِنْ أَغْطَيْتَنِي أَلْفَ دِرْهَمٍ فَأَنْتِ طَالِقٌ . وَنَوِيَا صِنْفًا مِنَ الدَّرَاهِمِ ، حُمِلَ الْعَقْدُ عَلَيْهَا . وَإِنْ أَطْلَقَا ، حُمِلَ عَلَى نَقْدِ الْبَلَدِ ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْبَلَدِ نَقْدٌ غَالِبٌ ، حُمِلَ عَلَى مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ . وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِدَفْعِ أَلْفٍ عَدَدًا نَاقِصَةً الْوِزْنِ ، وَلَا بِدَفْعِ ^(٢) نَقْرَةٍ زِنْهَا أَلْفٌ ؛ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ فِي عُرْفِ الشَّرْعِ الْمَضْرُوبَةُ الْوَازِنَةُ . وَإِنْ دَفَعَتْ إِلَيْهِ مَغْشُوشَةٌ تَبْلُغُ فِضَّتُهَا أَلْفًا ، طَلَّقَتْ بِوُجُودِ الصَّفَةِ ^(٣) ، وَإِنْ نَقَصَتْ عَنْهَا ، لَمْ تَطْلُقْ ؛ لِأَنَّ الدَّرَاهِمَ اسْمٌ لِلْفِضَّةِ .

فصل : فَإِذَا خَالَعَهَا عَلَى رِضَاعٍ وَلَدِهِ مُدَّةً مَعْلُومَةً ، صَحَّ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، صَحَّ أَيْضًا ، وَيُنْصَرَفُ إِلَى مَا بَقِيَ مِنَ الْحَوْلَيْنِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَيَّدَهُ بِحَوْلَيْنِ ، فَيُنْصَرَفُ الْإِطْلَاقُ إِلَيْهِ . فَإِنْ مَاتَتِ الْمَرْضِعَةُ أَوْ الصَّبِيُّ ، أَوْ جَفَّ لَبَنُهَا قَبْلَ ذَلِكَ ، فَعَلَيْهَا أَجْرَةُ الْمِثْلِ لِمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ عِوَضٌ مُعَيَّنٌ ، تَلَفَ قَبْلَ قَبْضِهِ ، فَوَجَبَتْ قِيَمَتُهُ أَوْ مِثْلُهُ ، كَمَا لَوْ خَالَعَهَا عَلَى قَفِيزٍ فَهَلَكَ قَبْلَ قَبْضِهِ .

(١) فِي م : « كَذَلِكَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، ف : « يَدْفَع » ، وَفِي م : « تَدْفَع » . وَأَثْبَتْنَا مَا يَنَاسِبُ السِّيَاقَ .

(٣) فِي م : « الْفِضَّة » .

وإن خالعتها على كفالة ولده عشر سنين ، صَحَّ ، ويُزَجُّ عند الإطلاق إلى نفقة مثله ، كما^(١) ذكرنا في الإجارة . فإن مات في أثناء المدَّة ، فله بدل ما يثبت في ذمتها .

فصل : ويجوز التوكيل في الخلع من الزوجين ، ومن كل واحد منهما ، مع تقدير العوض وإطلاقه ؛ لأنَّه عقد معاوضة ، فجاز ذلك فيه ، كالبيع . فإن وكل الزوج ، فخالع وكيله بما قدر له ، أو بزيادة عليه ، أو بصداقها عند الإطلاق ، أو بزيادة عليه ، صَحَّ ، ولزم المسمى ؛ لأنَّه امْتَثَلَ أمره ، أو زاد خيرا . وإن خالع بدونه ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يصح . اختاره ابن حامد ؛ لأنَّه خالف موكله ، فلم يصح تصرفه ، كما لو وكله في خلع امرأة فخالع أخرى . والثاني ، يصح ، ويُزَجُّ على الوكيل بالنقص . اختاره أبو بكر ؛ لأنَّه أمكن الجمع بين تصحيح التصرف ودفع الضرر ، فوجب ، كما لو لم يخالف . وذكر القاضي وجهين آخرين ؛ أحدهما ، يتخير الزوج بين قبول العوض ناقصا ، وبين رده وله الرجعة . والثاني ، يشقُّ المسمى ، ويجب مهر المثل . وإن عيَّن له جنس العوض ، فخالع بغيره ، أو خالع عند الإطلاق بغير نقد البلد ، أو بمحرَّم ، لم يصح ؛ لأنَّه خالف موكله في الجنس ، أشبه ما لو وكله في بيع [٣٠٧ ظ] شيء فباع غيره . فأما وكيل الزوجة ، فمتى خالع بالمقدَّر أو دونه ، أو بصداقها^(٢) عند الإطلاق أو دونه ، صَحَّ ؛ لأنَّه امْتَثَلَ أو زاد خيرا . وإن خالع بزيادة ،

(١) في الأصل : « لما » .

(٢) في م : « بصداقها » .

لم تَلْزَمَهَا ؛ لأنها لم تَأْذَنْ فِيهَا ، وَتَلْزَمُ الْوَكِيلَ ؛ لِأَنَّهُ اتَّزَمَهَا لِلزَّوْجِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَلْزَمُهَا مَهْرُ الْمِثْلِ .

فصل : إِذَا ادَّعَى الزَّوْجُ خُلْعَهَا ، فَأَنْكَرْتَهُ ، أَوْ قَالَتْ : إِنَّمَا خَالَعَكَ غَيْرِي بِعَوَضٍ فِي ذِمَّتِهِ . بَانَتْ بِإِقْرَارِهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي نَفْيِ الْعَوَضِ مَعَ يَمِينِهَا ؛ لِأَنَّهَا مُنْكَرَةٌ . وَإِنْ ادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ ، فَأَنْكَرَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا ^(١) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِيهِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى الْخُلْعِ ، وَاخْتَلَفَا فِي قَدْرِ الْعَوَضِ ، أَوْ جِنْسِهِ ، أَوْ صِفَتِهِ ، أَوْ حُلُولِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُهَا فِي أَصْلِهِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي صِفَتِهِ ، وَلِأَنَّهَا مُنْكَرَةٌ لِلزِّيَادَةِ الْمُخْتَلَفِ فِيهَا ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُنْكَرِ . وَإِنْ أَقَرَّتْ ، وَقَالَتْ : إِلَّا ^(٢) أَنَّهَا فِي ضَمَانِ زَيْدٍ . ^(٣) لَزِمَتْهَا الْأَلْفُ ^(٣) ، وَلَمْ يَلْزَمْ زَيْدًا شَيْءٌ ، إِلَّا أَنْ يُقَرَّرَ بِهِ .

(١) فِي م : « عَلَيْهِ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « لَزِمَهَا إِلَّا أَلْفٌ » .

كِتَابُ الطَّلَاقِ

وهو على خَمْسَةِ أَضْرِبٍ ؛ وَاجِبٌ ، وَهُوَ طَلَاقُ الْمُؤَلَّى بَعْدَ التَّرْبُصِ إِذَا أَتَى الْفَيْئَةَ ، وَطَلَاقُ الْحَكَمَيْنِ فِي الشَّقَاقِ إِذَا رَأَيَاهُ .

وَمَكْرُوءٌ ، وَهُوَ الطَّلَاقُ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ؛ لِمَا رَوَى مُحَارِبُ بْنُ دَثَارٍ ، عَنْ ابْنِ عُثْمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَبْغَضُ الْحَلَالِ إِلَى اللَّهِ الطَّلَاقُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) . وَعَنْهُ ، أَنَّهُ مُحَرَّمٌ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِنَفْسِهِ وَزَوْجَتَهُ ، وَقَدْ قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرَارَ » ^(٢) .

وَمُبَاحٌ ، وَهُوَ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ؛ لِضَرَرِهِ ^(٣) بِالْمُقَامِ عَلَى النِّكَاحِ ، فَيُبَاحُ لَهُ دَفْعُ الضَّرَرِ عَنْ نَفْسِهِ .

وَمُسْتَحَبٌّ ، وَهُوَ عِنْدَ تَضَرُّرِ الْمَرْأَةِ بِالنِّكَاحِ ، إِمَّا لِبُغْضِهِ أَوْ غَيْرِهِ ، فَيُسْتَحَبُّ إِزَالَةُ الضَّرَرِ عَنْهَا ، وَعِنْدَ كَوْنِهَا مُفَرِّطَةً فِي حُقُوقِ ^(٤) اللَّهِ الْوَاجِبَةِ

(١) فِي : بَابِ فِي كِرَاهِيَةِ الطَّلَاقِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٥٠٣ / ١ .
كَمَا أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ حَدَّثَنَا سُؤَيْدُ بْنُ سَعِيدٍ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَهَ ٦٥٠ / ١ . وَضَعْفُهُ فِي الْإِرْوَاءِ ١٠٦ / ٧ - ١٠٨ .

(٢) فِي ف ، م : « ضَرَارٌ » .
وَالْحَدِيثُ تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي ٢٥٢ / ٣ .

(٣) فِي م : « لَضَرَرٌ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « حَقٌّ » .

عليها^(١) ، كالصلاة ونحوه ، وعجزه عن إجبارها عليها ، أو^(٢) كَوْنُهَا غَيْرَ عَفِيفَةٍ ؛ لَأَنَّ فِي إِمْسَاكِهَا نَقْصًا وَدَنَاءَةً ، وَرُبَّمَا أَفْسَدَتْ فِرَاشَهُ ، وَأَلْحَقَتْ بِهِ وَلَدًا مِنْ غَيْرِهِ . وعنه ، أَنَّ الطَّلَاقَ هَلُهَا وَاجِبٌ ، قَالَ فِي مَسْأَلَةِ إِسْمَاعِيلَ ابْنِ سَعِيدٍ^(٣) : هَلْ يَحِلُّ لِلرَّجُلِ أَنْ يُقِيمَ مَعَ امْرَأَةٍ لَا تُصَلِّي ، وَلَا تَغْتَسِلُ مِنْ جَنَابَةٍ ، وَلَا تَتَعَلَّمُ الْقُرْآنَ ؟ أَخَشَى أَنْ لَا يَجُوزَ الْمَقَامُ مَعَهَا . وَقَالَ : لَا يَنْبَغِي لَهُ إِمْسَاكُ غَيْرِ الْعَفِيفَةِ .

وَمَحْظُورٌ ، وَهُوَ طَلَاقُ الْمَذْخُولِ بِهَا فِي حَيْضِهَا ، أَوْ فِي طَهْرِ أَصَابِهَا فِيهِ ، وَيُسَمَّى طَلَاقَ الْبِدْعَةِ ؛ لِمُخَالَفَتِهِ أَمْرَ اللَّهِ تَعَالَى فِي قَوْلِهِ : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾^(٤) . وَرَوَى ابْنُ عُثْمَرَ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ ، فَسَأَلَ عُمَرُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مُرَّهٌ فَلْيُرَاجِعْهَا ، ثُمَّ لِيُتْرَكْهَا حَتَّى تَطْهَرَ ، ثُمَّ تَحِيضَ ، ثُمَّ تَطْهَرَ ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ أَمْسَكَ بَعْدُ ، وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمْسَ ، فَيَلْكَ الْعِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ اللَّهُ أَنْ تُطَلَّقَ لَهَا^(٥) النِّسَاءُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . وَلِأَنَّ طَلَاقَ الْحَائِضِ يَضُرُّ بِهَا ،

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « و » .

(٣) إسماعيل بن سعيد الكسائي الشالنجي ، أبو إسحاق ، روى عن الإمام أحمد ، وأثنى عليه الإمام ، كان عالما بالرأى ، كبير القدر . الجرح والتعديل ١١ / ١٧٣ ، ١٧٤ . طبقات الحنابلة ١ / ١٠٤ ، ١٠٥ .

(٤) سورة الطلاق ١ .

(٥) في م : « بها » .

(٦) أخرجه البخاري ، في : أول تفسير سورة الطلاق ، من كتاب التفسير ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ ﴾ ، وباب إذا طلقت =

لِتَطْوِيلِ عِدَّتِهَا ، وَالْمُصَابَةِ تَرْتَابُ فَلَا تَذَرِي أَذَاتُ حَمْلٍ هِيَ فَتَعْتَدُ [٣٠٨و]
بَوْضِعِهِ أَمْ حَائِلٌ فَتَعْتَدُ بِالْقُرْوِ^(١) ؟ وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَبَيَّنَ حَمْلُهَا فَيَنْدَمَ عَلَى
فِرَاقِهَا مَعَ وَلَدِهَا .

فَأَمَّا غَيْرُ الْمَذْخُولِ بِهَا ، فَلَا يَحْرُمُ طَلَاقُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا تَطْوِيلُ .
وَالصَّغِيرَةُ الَّتِي لَا تَحْمِلُ وَالْآيِسَةُ ، لَا يَحْرُمُ طَلَاقُهُمَا^(٢) ؛ لِأَنَّهُ لَا رِيَّةَ لِهَمَا ،
وَلَا وَلَدَ يَنْدَمُ عَلَى فِرَاقِهِ . وَكَذَلِكَ الْحَامِلُ الَّتِي اسْتَبَانَ حَمْلُهَا ، لَا يَحْرُمُ
طَلَاقُهَا ؛ لِمَا رَوَى سَالِمٌ عَنْ أَبِيهِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « ثُمَّ لِيُطْلَقَهَا طَاهِرًا

= الحائض يعتد بذلك الطلاق ، وباب من طلق وهل يواجهه الرجل امرأته بالطلاق ، وباب
وبعولتهن أحق بردهن في العدة ، وباب مراجعة الحائض ، من كتاب الطلاق ، وفي : باب هل
يقضى الحاكم أو يفتى وهو غضبان ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ١٩٣/٦ ، ٥٢/٧ ،
٥٤ ، ٧٥ ، ٧٦ ، ٨٢/٩ . ومسلم ، في : باب تحريم طلاق الحائض بغير رضاها ... ، من كتاب
الطلاق . صحيح مسلم ١٠٩٣/٢ ، ١٠٩٥ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في طلاق السنة ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١/
٥٠٣ ، ٥٠٤ . والترمذى ، في : باب ما جاء في طلاق السنة ، من أبواب الطلاق . عارضة
الأحوذى ١٢٣/٥ ، ١٢٤ . والنسائى ، في : باب وقت الطلاق للعدة التي أمر الله عز وجل أن
تطلق لها النساء ، وباب ما يفعل إذا طلق تطليقة وهي حائض ، وباب الطلاق لغير العدة وما
يحتسب منه على المطلق ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١١٢/٦ ، ١١٤ ، ١١٥ . وابن ماجه ،
في : باب طلاق السنة ، وباب الحامل كيف تطلق ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/
٦٥١ ، ٦٥٢ . والدارمى ، في : باب السنة في الطلاق ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢/
١٦٠ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الأقراء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ، من كتاب
الطلاق . الموطأ ٥٧٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٦/٢ ، ٤٣ ، ٥١ ، ٥٤ ، ٥٨ ، ٥٩ ،
٦١ ، ٨١ ، ١٢٤ ، ١٣٠ .

(١) في م : « بالقرء » .

(٢) في الأصل : « طلاقها » .

أو^(١) حَامِلًا . أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ^(٢) . وَلَأنَّهُ لَا رِيَّةَ لَهَا ، وَلَا يَتَجَدَّدُ لَهَا أَمْرٌ
يَتَجَدَّدُ بِهِ النَّدَمُ ؛ لِأنَّهُ عَلَى بَصِيرَةٍ مِنْ حَمْلِهَا .

فصل : وَيَقَعُ الطَّلَاقُ فِي زَمَنِ الْبِدْعَةِ ؛ لِأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ بِالرَّجْعَةِ ،
وَلَا تَكُونُ إِلَّا بَعْدَ طَلَاقٍ .

وَيُسْتَحَبُّ اِزْتِجَاعُهَا ؛ لِأَمْرِ النَّبِيِّ ﷺ بِهِ^(٣) ، وَلَأنَّهُ يُزِيلُ الضَّرَرَ الْحَاصِلَ
بِالطَّلَاقِ . وَلَا يَجِبُ ؛ لِأنَّهُ بِمَنْزِلَةِ اِبْتِدَاءِ النِّكَاحِ أَوْ اسْتِدَامَتِهِ ، وَكِلَاهُمَا غَيْرُ
وَاجِبٍ . وَعَنْهُ ، أَنَّ الرَّجْعَةَ وَاجِبَةٌ ؛ لِظَاهِرِ الْأَمْرِ . وَمَتَى اِزْتِجَعَهَا ، أُبَيِّحَ لَهُ
طَلْقُهَا فِي الطُّهْرِ الَّذِي يَلِي الْحَيْضَةَ الَّتِي طَلَّقَ^(٤) فِيهَا قَبْلَ إِصَابَتِهَا^(٥) ؛ لِأنَّ
فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمرَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَهُ أَنْ يُرَاجِعَهَا حَتَّى تَطْهُرَ ، ثُمَّ إِنْ شَاءَ
طَلَّقَ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) .

(١) فِي الْأَصْلِ : «و» .

(٢) فِي : بَابِ تَحْرِيمِ طَلَاقِ الْحَائِضِ بِغَيْرِ رِضَاهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٠٩٥ / ٢ .
كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي طَلَاقِ السَّنَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١ /
٥٠٤ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي طَلَاقِ السَّنَةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ /
١٢٤ ، ١٢٥ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ مَا يَفْعَلُ إِذَا طَلَّقَ تَطْلِيقَةً وَهِيَ حَائِضٌ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ .
الْمُجْتَبَى ٦ / ١١٤ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْحَامِلِ كَيْفَ تَطْلُقُ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ
١ / ٦٥٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ السَّنَةِ فِي الطَّلَاقِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢ / ١٦٠ .
وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢ / ٢٦ ، ٥٨ ، ٥٩ .

(٣) فِي م : «بِهَا» .

(٤) فِي ف : «طَلَّقَهَا» .

(٥) فِي ف : «إِتْيَانَهَا» .

(٦) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٤٢٦ ، ٤٢٧ .

فصل : والأولى أن يُطْلَقَها واحدةً ، ثم يدْعُها حتى تَنْقُضِيَ عِدَّتُها ؛
لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ . إلى قوله : ﴿ لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ
بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ **فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ**
بِمَعْرُوفٍ ^(١) . وهذا لا يُمكنُ إذا جُمِعَ الثلاث . وقال عَلِيُّ : لو أَنَّ النَّاسَ
أَخَذُوا بِمَا أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى مِنَ الطَّلَاقِ ، مَا يُتَّبِعُ رَجُلٌ نَفْسَهُ امْرَأَةً أَبَدًا ، يُطْلَقُهَا
تَطْلِيقَةً ، ثُمَّ يدْعُها ما بينها ^(٢) وبين أن تَحِيضَ ثلاثًا ، فمَتَى شاء راجَعَهَا ^(٣) .

وهل يَحْرُمُ جَمْعُ الثلاثِ ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، يَحْرُمُ ؛ لِخُلَافَتِهِ أَمْرُ
اللَّهِ فِي الطَّلَاقِ وَاحِدَةً . وروى محمودُ بْنُ لَبِيدٍ ، قال : أَخْبَرَ رَسُولُ اللَّهِ
ﷺ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ جَمِيعًا ، فغَضِبَ ، وقال :
« أَيْلَعَبُ بِكِتَابِ اللَّهِ وَأَنَا يَتْنُ أَظْهَرُكُمْ ؟ » . حتى قام رجلٌ فقال : يا رسولَ
اللَّهِ ، أَلَا أَقْتُلُهُ ؟ رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ^(٤) . ولأنَّه حَرَّمَ امْرَأَتَهُ بِالْقَوْلِ لغيرِ حَاجَةٍ ،
فَحَرَّمَ ، كالظُّهَارِ . والثانيةُ ، لا يَحْرُمُ ؛ لأنَّ في حَدِيثِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ أَنَّ
زَوْجَهَا أَرْسَلَ إِلَيْهَا بِثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ ^(٥) . ولم يُثَقَلْ إنكارُهُ عن النَّبِيِّ ﷺ .
ولأنَّه طَلَّاقٌ يَجُوزُ تَفْرِيقُهُ ، فجاز جَمْعُهُ ، كطَلَّاقِ النِّسْوَةِ .

(١) سورة الطلاق ١ ، ٢ .

(٢) في ف : « بينهما » .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبَةَ ، في : المصنف ٤ / ٥ .

(٤) في : باب الثلاث المجموعة وما فيه من التغليظ ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١١٦ / ٦ . وهو

ضعيف . انظر : مشكاة المصابيح ٩٨١ / ٢ .

(٥) تقدم تخريجه في ٣ / ٣٩ ، ٤٠ حاشية ٧ .

ومتى طَلَّقَهَا ثلاثًا بكلمة واحدة، أو بكلمات، حُرِّمَتْ عليه حتى
تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ؛ لما رَوَى أَنَّ رُكَّانَةَ بِنَ عَبْدِ يَزِيدَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ سُهَيْمَةَ الْبَتَّةَ،
ثُمَّ أَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، طَلَّقْتُ امْرَأَتِي سُهَيْمَةَ الْبَتَّةَ،
وَاللَّهِ مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «اللَّهُ^(١) مَا أَرَدْتَ إِلَّا
وَاحِدَةً؟». فَقَالَ رُكَّانَةُ: اللَّهُ^(١) مَا أَرَدْتُ إِلَّا وَاحِدَةً. فَقَالَ: «هُوَ مَا
أَرَدْتَ». أَخْرَجَهُ^(٢) التِّرْمِذِيُّ^(٣). فَلَوْ لَمْ تَقَعِ الثَّلَاثُ، لَمْ يَكُنْ
لَا سِتِّخْلَافُهُ^(٤) مَغْنَى.

فصل: وَيَمْلِكُ الْحُرُّ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: [٣٠٨ ظ]
﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾^(٥). وَرَوَى أَبُو
رَزِينٍ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿الطَّلَاقُ
مَرَّتَانٍ﴾. فَأَيْنَ الثَّالِثَةُ؟ قَالَ: «تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ»^(٦).

(١) فِي م: «وَاللَّهُ».

(٢) فِي م: «فَرَدَهَا إِلَيْهِ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ. رَوَاهُ».

(٣) بَعْدَهُ فِي م: «وَالدَّارِقُطْنِي، وَأَبُو دَاوُدَ، وَقَالَ: الْحَدِيثُ صَحِيحٌ».

وَالْحَدِيثُ أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ، فِي: بَابِ مَا جَاءَ فِي الرَّجُلِ يَطْلُقُ امْرَأَتَهُ الْبَتَّةَ، مِنْ أَبْوَابِ
الطَّلَاقِ. عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٣١/٥، ١٣٢.

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ فِي الْبَتَّةِ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ. سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٥١١/١.
وَابْنُ مَاجَهَ، فِي: بَابِ طَلَاقِ الْبَتَّةِ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ. سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٦٦١/١. وَالدَّارِمِيُّ،
فِي: بَابِ فِي الطَّلَاقِ الْبَتَّةَ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ. سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ١٦٣/٢. وَضَعْفُهُ فِي الْإِرْوَاءِ ٧/
١٣٩ - ١٤٥.

(٤) فِي م: «لِلْاِسْتِخْلَافِ».

(٥) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٢٩.

(٦) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فِي: الْمَرَاثِلِ ١٤٦. وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ، فِي: الْمُصَنَّفِ ٢٥٩/٥، =

وَيَمْلِكُ الْعَبْدُ اثْنَتَيْنِ ، حُرَّةً كَانَتْ زَوْجَتَهُ أَوْ أُمَةً ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ مُكَاتَبًا لَأُمِّ سَلَمَةَ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ^(١) ، وَكَانَتْ حُرَّةً ، تَطْلِيقَتَيْنِ ، فَأَرَادَ رَجْعَتَهَا ، فَذَهَبَ إِلَى عُثْمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَوَجَدَهُ آخِذًا بِيَدِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، فَقَالَا : حُرِّمَتْ عَلَيْكَ ، حُرِّمَتْ عَلَيْكَ^(٢) . وَالْمُكَاتَبُ وَالْمُعْتَقُ بَعْضُهُمَا كَالْقَيْنِ فِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تَكْمُلِ الْحُرِّيَّةُ فِيهِ .

فصل : وَإِنْ طَلَّقَ الْعَبْدُ زَوْجَتَهُ طَلْقَتَيْنِ ، ثُمَّ عَتَقَ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى عِدَّةَ طَلَاقِهَا ، فَأَشْبَهَ الْحُرَّ إِذَا طَلَّقَ ثَلَاثًا . وَالثَّانِيَّةُ ، لَهُ أَنْ يَنْكِحَهَا ، وَتَكُونُ عِنْدَهُ عَلَى طَلْقَةٍ وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّهُ يُرْوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَضَى بِذَلِكَ . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ^(٣) . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ وَجَابِرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا .

وَيَصِحُّ الطَّلَاقُ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ بَالِغٍ عَاقِلٍ مُخْتَارٍ . فَأَمَّا غَيْرُ الزَّوْجِ ، فَلَا

= ٢٦٠ . وسعيد بن منصور، في: سننه ١/ ٣٤٠، ٣٤١. والدارقطني، في: سننه ٤/ ٤. والبيهقي، في: السنن الكبرى ٧/ ٣٤٠. والطبري، في: تفسيره ٢/ ٤٥٧. (١) في الأصل: «زوجته».

(٢) أخرجه البيهقي، في: السنن الكبرى ٧/ ٣٦٠.

(٣) في: باب طلاق العبد، من كتاب الطلاق. المجتبى ٦/ ١٢٦.

كما أخرجه أبو داود، في: باب في سنة طلاق العبد، من كتاب الطلاق، سنن أبي داود ١/ ٥٠٥. وابن ماجه، في: باب من طلق أمة تطليقتين ثم اشتراها، من كتاب الطلاق. سنن ابن ماجه ١/ ٦٧٣. وهو ضعيف. ضعيف سنن النسائي ١٢٣، ١٢٤. ضعيف سنن أبي داود ٢١٥، ٢١٦. ضعيف سنن ابن ماجه ١٦٠.

يَصِحُّ طَلَاقُهُ ؛ لقولِ النبي ﷺ : ^(١) « الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ » ^(٢) . وروى
 الخَلَّالُ بإسناده عن عليٍّ ، أَنَّ النبي ﷺ قال : « لَا طَّلَاقَ قَبْلَ نِكَاحٍ » ^(٣) .
 وعن عُمَرُو بْنِ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّهِ ، عن النبي ﷺ ^(٤) قال : « لَا
 طَّلَاقَ إِلَّا ^(٥) « فِيمَا تَمْلِكُ » . أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَالتِّرْمِذِيُّ ^(٥) . فلو قال : إذا
 تَزَوَّجْتُ فُلَانَةً ، أو امْرَأَةً ، فَهِيَ طَالِقٌ . ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، لَمْ تَطْلُقْ ؛ لِلخَبَرِ ،
 وَلأنَّهُ حَلٌّ لِقَيْدِ النِّكَاحِ قَبْلَهُ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لو قال لِأَجْنَبِيَّةٍ : إذا دَخَلْتَ
 الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ تَزَوَّجَهَا . وعن أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهَا تَطْلُقُ إذا
 تَزَوَّجَهَا ؛ لأنَّهُ يَصِحُّ تَغْلِيْقُهُ عَلَى الشَّرْطِ ، فَصَحَّ تَغْلِيْقُهُ عَلَى حُدُوثِ
 الْمِلْكِ ، كَالْوَصِيَّةِ .

وَأَمَّا الصَّبِيُّ الْعَاقِلُ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَقَعُ طَلَاقُهُ حَتَّى
 يَخْتَلِمَ ؛ لقولِ النبي ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَخْتَلِمَ » ^(٦) . وَلأنَّهُ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٤٠٨ .

(٣) أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ لَا طَّلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَه ١ /
 ٦٦٠ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : الْمَصْنَفِ ٦ / ٤١٦ . وَقَالَ الْبُوصَيْرِيُّ : هَذَا إِسْنَادٌ ضَعِيفٌ ؛ لِاتِّفَاقِهِمْ
 عَلَى ضَعْفِ جَوَيْرِ بْنِ سَعِيدٍ . مُصْبَاحُ الزَّجَاجَةِ ٢ / ١٣٢ .

(٤ - ٤) فِي الْأَصْلِ : « فِي مَلِكٍ » .

(٥) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ النِّكَاحِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ أَبِي دَاوُدَ ١ /
 ٥٠٦ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ لَا طَّلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ ، مِنْ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ . عَارِضَةُ
 الْأَحْوَذِيِّ ٥ / ١٤٧ .

كَمَا أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ لَا طَّلَاقَ قَبْلَ النِّكَاحِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ ابْنُ مَاجَه
 ١ / ٦٦٠ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢ / ١٩٠ .

(٦) تقدم تخريجه في ١ / ١٩٨ .

غير مُكَلَّفٍ ، أشبهَ الطُّفْلَ . والثانيةُ ، أنَّه إن كان ابنَ عَشْرِ ، وعَقَلَ الطَّلَاقَ ، صَحَّ طَلَاقُهُ . اختاره الخِرَقِيُّ ؛ لأنَّه يُرَوَّى عن النبي ﷺ أنَّه قال : « كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ ، إِلَّا طَلَاقَ الْمَعْتُوهِ الْمَغْلُوبِ ^(١) عَلَى عَقْلِهِ » . أخرجه الترمذِيُّ ^(٢) . ولأنَّه عاقلٌ ، أشبهَ البالغَ .

وأما الطُّفْلُ ، والمجنُّونُ ، والنائمُ ، والزَّائِلُ الْعَقْلُ ؛ لمرضٍ ، أو شُرْبِ دَوَاءٍ ، أو إكراهٍ على شُرْبِ الْخَمْرِ ، فلا يَقَعُ طَلَاقُهُ ؛ لقولِ النبي ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيْقَ » ^(٣) . فثبتَ في الثَّلَاثَةِ بِالْخَبَرِ ^(٤) ، وفي غيرهم بالقياسِ عليهم .

فأما السَّكَرَانُ لغيرِ عُذْرٍ ، وَالشَّارِبُ لِمَا يُزِيلُ عَقْلَهُ لغيرِ حاجةٍ ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، يَقَعُ طَلَاقُهُ . اختاره الخَلَّالُ ، والقاضي ؛ لما رَوَى ابنُ ^(٥) وَبَرَةَ الْكَلْبِيُّ ، قال : أُرْسَلَنِي خَالِدٌ إِلَى عُمَرَ ، فَأَتَيْتُهُ فِي الْمَسْجِدِ وَمَعَهُ عُثْمَانُ ، وَعَلِيٌّ ، وَطَلْحَةُ ، وَالزُّبَيْرُ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ ، فَقُلْتُ : إِنَّ خَالِدًا يَقُولُ : إِنَّ النَّاسَ انْهَمَكُوا فِي الْخَمْرِ ، وَتَحَاقَرُوا عُقُوبَتَهُ . فقال عُمَرُ : هؤلاء

(١) في الأصل ، م : « والمغلوب » .

(٢) في : باب ما جاء في طلاق المعتوه ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٦٦/٥ ،

١٦٧ . وضعفه الألباني مرفوعا ، وصحح الوقف على علي . ضعيف سنن الترمذى ١٤٢ .

الإرواء ١١٠/٧ ، ١١١ .

(٣) تقدم تخريجه في ١٩٨/١ .

(٤) في الأصل : « في الخبر » .

(٥) في النسخ : « أبو » . والمثبت كما عند الدارقطني والبيهقي .

عندك فسألهم . فقال عليّ : نراه إذا سكر هذى ، وإذا هذى افتري ، وعلى المفتري ثمانون . فقال عمر : أبلغ صاحبك ما قال ^(١) . فجعلوه كالصاحي في فريته ، وأقاموا مظنة الفرية مقامها . ولأنه مكلف ، فوقع طلاقه ، كالصاحي . والثانية ، لا يقع طلاقه . اختارها أبو بكر ؛ لأن ذلك قول عثمان ^(٢) ، رضي الله عنه ، صح ذلك عنه ، ولأنه زائل [٣٠٩و] العقل ، أشبه المجنون .

وفي قتله ، وقذفه ، وسرقته ، وعتقه ، ونذره ، وبيعه ، وشرائه ، مثل ما في طلاقه . والأولى أنه لا يصح منه تصرف له فيه حظ ؛ لأن تصحيح ما عليه إنما كان تغليظا عليه ، فيبقى فيما له على الأصل .

فصل : فأما المكره على الطلاق ، ^(٣) فإن أكره ^(٣) بحق ، كالذي وجب عليه الطلاق ، فأكرهه الحاكم عليه ، صح منه ؛ لأنه قول حبل عليه بحق ، فصح ، كإسلام المرتد . وإن أكرهه بغير حق ، لم يقع طلاقه ؛ لقول النبي ﷺ : « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ ، وَالنِّسْيَانُ ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ » ^(٤) . ولأنه قول حبل عليه بغير حق ، أشبه الإكراه على كلمة الكفر .

(١) في النسخ : « قالوا » . والمثبت كما في مصدرى التخريج .

والأثر أخرجه الدارقطني ، في : سننه ١٥٧/٣ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٣٢٠/٨ .

(٢) علقه البخاري عنه بصيغة الجزم ، في : باب الطلاق في الإغلاق .. من كتاب الطلاق .

صحيح البخاري ٥٨/٧ . ووصله عبد الرزاق ، في : المصنف ٨٤/٧ . وابن أبي شيبة ، في :

المصنف ٣٠/٥ .

(٣ - ٣) سقط من : م .

(٤) تقدم تخرجه في ٢١٣/١ .

ولا يكون مكرهاً إلا بشروط ثلاثة؛ أحدها، أن يكون المكر قادراً على فعل ما توعد به^(١)، لا يمكن دفعه عنه. الثاني، أن يغلب على ظنه فعل ما توعد به وإن^(٢) لم يفعل. الثالث، أن يكون ضرره كثيراً^(٣) غير مُحتمل؛ كالقتل، والقطع، والحبس الطويل، والإخراج من الديار، وأخذ المال، والإحراق^(٤) بمن يغض ذلك منه من ذوى الأقدار، فأما من لا يغض ذلك منه، والتهديد^(٥) بالشتم أو الضرب اليسير ونحوه، فليس بمكره.

واختلفت الرواية في نيله بشيء من العذاب، هل يشترط في الإكراه أو لا؟ فعنه، هو شرط، ولا يكون الوعيد بمجرده إكراهاً. هذا الذى ذكره الخزقي. لأن عمر، رضى الله عنه، قال: ليس الرجل أميناً على نفسه إذا أجعته^(٦)، أو أوثقته^(٧). ولأن الوعيد بمجرده لا يتحقق وقوعه به. والثانية، ليس بشرط. وهو الصحيح؛ لأن الوعيد بالمستقبل هو المبيع دون ما مضى منه، لكون الماضى لا يمكن دفعه، وقد استويا فى الوعيد، فيستويان فى عدم الوقوع، ولأن المهدد بالقتل إذا امتنع، قُتل، فوجب أن تثبت الإباحة بمجرّد التهديد، دفعاً لضرر القتل عنه.

فصل: وأما السفية المبذّر، فيقع طلاقه؛ لأنه زوج مكلف، فيقع

(١) بعده فى الأصل: «لأنه».

(٢) فى م: «إن».

(٣) فى م: «كبيراً».

(٤) فى النسخ: «الإحراق». وانظر المغنى ٣٥٣/١٠، والشرح الكبير مع المقنع والإنصاف ١٥٥/٢٢. والإحراق: الإهانة والغضاضة.

(٥) فى م: «المهدد».

(٦) فى ف: «أخفته». وفى م: «أوجعته».

(٧) أخرجه عبد الرزاق، فى: المصنف ٤١١/٦. والبيهقى، فى: السنن الكبرى ٣٥٩/٧.

طَلَّاقُهُ ، كَالرَّشِيدِ ، وَالْحَجَرُ إِنَّمَا هُوَ فِي مَالِهِ ، لَا فِي غَيْرِهِ .

فصل : وإن قال الْعَجَمِيُّ لامْرَأَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ . وَلَا يَعْلَمُ مَعْنَاهُ ، لَمْ تَطْلُقِي ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْتَرْ الطَّلَاقَ ؛ لَعَدَمِ عِلْمِهِ بِمَعْنَاهُ . فَإِنْ نَوَى مُوجِبَهُ ، لَمْ يَقَعْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ اخْتِيَارُهُ إِلَّا لَا يَعْلَمُهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ نَطَقَ بِكَلِمَةِ الْكُفْرِ مَنْ لَا يَعْرِفُ مَعْنَاهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَطْلُقَ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِالطَّلَاقِ نَاوِيًا مُقْتَضَاهُ ، فَوَقَعَ ، كَمَا لَوْ عَلِمَهُ . وَهَكَذَا الْعَرَبِيُّ إِذَا نَطَقَ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ بِالْعَجَمِيَّةِ غَيْرِ عَالِمٍ بِمَعْنَاهُ .

فصل : وإذا طَلَّقَ جُزْءًا مِنْ زَوْجَتِهِ ، كَثُلْتُهَا وَرُبِعَهَا ، أَوْ عُضْوًا مِنْهَا ، كَيْدَهَا وَأَضْبَعَهَا ، طَلَّقَتْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَبَعَّضُ ، فإِضَافَتُهُ إِلَى الْبَعْضِ إِضَافَةٌ إِلَى الْجَمِيعِ ، كَالْقِصَاصِ .

وإن أضافه إلى الشَّعْرِ وَالسِّنِّ وَالظُّفْرِ ، لَمْ يَقَعْ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ تَزُولُ وَيَخْرُجُ غَيْرُهَا ، فَلَمْ يَقَعْ بِإِضَافَتِهِ إِلَيْهَا ؛ كَالرِّيقِ . وَإِنْ أضافه إِلَى الرِّيقِ وَالذَّمْعِ وَالْعَرَقِ ، لَمْ يَقَعْ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ ذَاتِهَا ، إِنَّمَا هُوَ مُجَاوِرٌ لَهَا . وَإِنْ أضافه إِلَى سَوَادِهَا أَوْ بَيَاضِهَا ، لَمْ يَقَعْ ؛ لِأَنَّهُ عَرَضٌ ^(١) لَيْسَ مِنْ ذَاتِهَا . وَإِنْ أضافه إِلَى رُوحِهَا ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَقَعْ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ عُضْوًا ، وَلَا جُزْءًا ، وَلَا شَيْئًا يُسْتَمْتَعُ بِهِ ، وَلَا يَحِلُّ الْعَقْدُ بِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يَقَعْ بِإِضَافَتِهِ إِلَى رُوحِهَا وَدَمِهَا ؛ لِأَنَّ [٣٠٩ ظ] دَمُهَا مِنْ أَجْزَائِهَا ، فَهُوَ كُلُّهَا ، وَرُوحُهَا بِهَا قِوَامُهَا . وَإِنْ أضافه إِلَى الْحَمْلِ ، لَمْ يَقَعْ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ أَعْضَائِهَا ، وَإِنَّمَا

(١) فِي الْأَصْلِ : «عَوْضٌ» .

هو مُودَعٌ فيها .

فصل : إذا قال لزوجته : أنا منك طالق . لم تطلق ؛ لأنه محل لا يقع الطلاق بإضافته إليه من غير نيّة ، فلم يقع بينيّة ، كالأجنبيّ ، ولأنّه لو قال : أنا طالق . لم يقع به طلاق ، فكذلك إذا قال : أنا منك طالق . كالأجنبيّ .

وإن قال : أنا منك بائن . أو : برىء . ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يقع طلاقه ؛ لأنّه لا يقع بإضافة^(١) صريحه^(٢) إليه ، فكذلك كنايةه . والثاني ، يقع ؛ لأنّ البيّونة والبراءة يوصفُ بها الرجلُ ، فيقالُ : بانَ منها ، وبانت منه . ولأنّه عبارة عن قطع الوصلة التي بينهما ، فصَحَّ إضافته إلى كل واحد منهما .

(١) في ف : « بإضافته » .

(٢) في ف ، م : « صريحة » .

بَابُ صَرِيحِ الطَّلَاقِ وَكِنَايَتِهِ

لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِمَجَرَّدِ النِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ ، فَلَا يَحْصُلُ بِمَجَرَّدِ النِّيَّةِ ، كَالْعِثْقِ . وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ . وَنَوَى الطَّلَاقَ ، وَأَشَارَ بِأَصْبِعِهِ ^(١) ، لَمْ يَقَعْ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ كِنَايَاتِ الطَّلَاقِ وَلَا صَرِيحِهِ .

وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ إِلَّا بِصَرِيحٍ أَوْ كِنَايَةٍ ، فَالْصَّرِيحُ لَفْظُ الطَّلَاقِ وَمَا تَصَرَّفَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضُوعٌ لَهُ عَلَى الْخُصُوصِ ، ثَبَتَ لَهُ عُرْفُ الشَّرْعِ وَالِاسْتِعْمَالِ . فَإِذَا قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ . أَوْ : مُطَلَّقَةٌ . أَوْ : طَلَّقْتُكِ . أَوْ : يَا مُطَلَّقَةٌ . فَهُوَ صَرِيحٌ . وَذَكَرَ أَبُو بَكْرٍ فِي ^(٢) : أَنْتِ مُطَلَّقَةٌ . رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُرِيدَ طَلَاقًا مَاضِيًا . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَصَرَّفٌ مِنْ لَفْظِ الطَّلَاقِ ، فَكَانَ صَرِيحًا ، كَقَوْلِهِ : طَلَّقْتُكِ .

وَلَوْ قِيلَ لَهُ : أَطَلَّقْتَ امْرَأَتَكَ ؟ قَالَ : نَعَمْ . كَانَ صَرِيحًا ؛ لِأَنَّ الْجَوَابَ يَرْجِعُ إِلَى السُّؤَالِ ، فَصَارَ كَالْمَلْفُوظِ بِهِ . وَلَوْ قَالَ : قَدْ كَانَ بَعْضُ ذَلِكَ . وَفَسَّرَهُ بِتَغْلِيْقِهِ عَلَى شَرْطٍ ، قُبِلَ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ .

وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ الطَّلَاقُ . فَهُوَ صَرِيحٌ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَفْظُ الطَّلَاقِ ،

(١) فِي م : « بِأَصَابِعِهِ » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « قَوْلُهُ » .

وهو مُسْتَعْمَلٌ فِي عُرْفِهِمْ ، قَالَ الشَّاعِرُ ^(١) :

فَأَنْتِ الطَّلَاقُ وَأَنْتِ الطَّلَاقُ وَأَنْتِ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا تَمَامًا
وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَكُونَ صَرِيحًا ؛ لِأَنَّهُ وَصَفَهَا بِالْمُضَدِّ ، وَأَخْبَرَ بِهَ عَنِهَا ،
وَهَذَا تَجَوُّزٌ .

وَفِي لَفْظِ الْفِرَاقِ وَالشَّرَاحِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ صَرِيحٌ . اخْتَارَهُ
الْخَرِيقِيُّ ؛ لِأَنَّهُ وَرَدَ فِي الْقُرْآنِ ، فَهُوَ كَلْفُظِ الطَّلَاقِ . وَالثَّانِي ، لَيْسَ بِصَرِيحٍ .
اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضُوعٌ لْغَيْرِهِ ، يَكْثُرُ اسْتِعْمَالُهُ فِي غَيْرِ الطَّلَاقِ ،
أَشْبَهَ سَائِرَ كِنَايَاتِهِ . وَمَا عَدَا هَذَا فَلَيْسَ بِصَرِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ عُرْفُ
الشَّرْعِ وَلَا الِاسْتِعْمَالِ .

وَإِنْ لَطَمَ زَوْجَتَهُ وَقَالَ : « هَذَا طَلَاؤُكَ » ^(٢) . فَهُوَ صَرِيحٌ . ذَكَرَهُ ابْنُ
حَامِدٍ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ مَنْصُوصٌ أَحْمَدٌ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِلَفْظِ الطَّلَاقِ .
وكَذَلِكَ عَلَى قِيَاسِهِ إِنْ أَطْعَمَهَا وَقَالَ : هَذَا طَلَاؤُكَ .

فصل : [٣١٠] وَإِذَا أَتَى بِصَرِيحِ الطَّلَاقِ ، وَقَعَ ، نَوَاهُ أَوْ لَمْ يَنْوَاهُ ، جَاءًا
كَانَ أَوْ هَازِلًا ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ
قَالَ : « ثَلَاثٌ جِدُّهُنَّ جِدٌّ ، وَهَزْلُهُنَّ جِدٌّ ؛ الطَّلَاقُ ، وَالنِّكَاحُ ، وَالرَّجْعَةُ » .
رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٣) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ .

(١) نَسَبَهُ ابْنُ قَتِيْبَةٍ مَعَ بَيْتٍ آخَرَ إِلَى أَعْرَابِيٍّ قَالَهُمَا فِي امْرَأَتِهِ . عِيُونَ الْأَخْبَارِ ٤ / ١٢٧ .

(٢ - ٢) فِي ف : « هَكَذَا طَلَاؤُكَ » .

(٣) فِي : بَابُ مَا جَاءَ فِي الْجِدِّ وَالْهَزْلِ فِي الطَّلَاقِ ، مِنْ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ =

وإن أراد التَّلَفُّظَ بغير الطَّلَاقِ ، فسَبَقَ لِسَانُهُ إِلَيْهِ ، كأنَّ أَرَادَ : أَنْتِ طَاهِرٌ . فسَبَقَ لِسَانُهُ إِلَى : أَنْتِ طَالِقٌ . أو أَرَادَ : فَارَقْتُكَ بِقَلْبِي . أو : بِيَدَنِي . أو سَرَّخْتُكَ مِنْ يَدِي . أو : سَرَّخْتُ رَأْسَكَ . أو : طَلَّقْتُكَ مِنْ وَثَاقِي . لم تَطْلُقْ ؛ لَأَنَّهُ عَنَى بَلْفِظَهُ مَا يَحْتَمِلُهُ ، فَوَجَبَ صَرْفُهُ إِلَيْهِ . فإذا ادَّعَى ذَلِكَ ، دُيِّنَ^(١) فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لَأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ . فَأَمَّا فِي الْحُكْمِ ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ فِي حَالِ الْغَضَبِ ، أو سُؤَالِهَا الطَّلَاقَ ، لم يُقْبَلْ ؛ لَأَنَّهُ يُخَالِفُ الظَّاهِرَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ مُقْتَضَى اللَّفْظِ ، وَدَلَالَةِ الْحَالِ . وإن كَانَ فِي غَيْرِهِمَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ يُقْبَلُ ؛ لَأَنَّهُ فَسَّرَ^(٢) كَلَامَهُ بِمَا يَحْتَمِلُهُ اخْتِمَالًا غَيْرَ بَعِيدٍ ، فَقُبِلَ ، كَمَا لو كَرَّرَ لَفْظَةَ الطَّلَاقِ وَأَرَادَ بِالثَّانِيَةِ التَّأْكِيدَ . وَعَنَهُ ، لَا يُقْبَلُ ؛ لَأَنَّهُ يُخَالِفُ الظَّاهِرَ ، فلم يُقْبَلْ ، كَمَا لو أَقَرَّ بِدِرْهِمٍ ، ثُمَّ فَسَّرَهُ بِدِرْهِمٍ صَغِيرٍ ، أو رَدِيءٍ . وإن نَطَقَ بِهَذِهِ الصَّلَاتِ ، لم يَقَعِ الطَّلَاقُ . وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لَأَنَّهُ وَصَلَ كَلَامَهُ بِمَا يُغَيِّرُ مُقْتَضَاهُ ، فَأُشْبِهَ مَا لو وَصَلَهُ بِشَرْطٍ ، أو قَالَ : لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ صَغِيرٌ .

وإن قَالَ : طَلَّقْتُ زَوْجَتِي . وَقَالَ : أَرَدْتُ فِي نِكَاحٍ غَيْرِ هَذَا . أو قَالَ : يَا مُطَلَّقَةً . وَقَالَ : أَرَدْتُ مِنْ زَوْجٍ قَبْلِي . دُيِّنَ فِي ذَلِكَ . فَأَمَّا فِي الْحُكْمِ ،

= ١٥٦/٥ ، ١٥٧ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الطَّلَاقِ عَلَى الْهَزْلِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سنن أبي داود ٥٠٧/١ . وابن ماجه ، فِي : بَابِ مَنْ طَلَّقَ أو أَنْكَحَ أو رَاجَعَ لَاعِبًا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سنن ابن ماجه ٦٥٨/١ . وحسنه فِي الْإِرْوَاءِ ٢٢٤/٦ - ٢٢٨ .

(١) دُيِّنَ الرَّجُلُ فِي الْقَضَاءِ وَفِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ : صَدَقَهُ . لِسَانُ الْعَرَبِ (د ي ن) .

(٢) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « كُلِّ » .

فإن لم يكن وُجِدَ ، لم يُقْبَلْ ؛ لأنَّه لا يَحْتَمِلُهُ . وإن كان وُجِدَ فهل يُقْبَلُ ؟
على وَجْهَيْنِ ؛ لما ذَكَرناه .

فصل : وما عدا الصَّرِيحَ مِنَ الْأَلْفَاظِ قِسْمَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، ما لا يُشْبِهُ
الطَّلَاقَ ولا يَدُلُّ على الْفِرَاقِ^(١) ، كَقَوْلِهِ : اقْعُدِي . و : قُومِي . و : اقْرُبِي .
و : كَلِي . و : اشْرَبِي . و : أَطْعِمِينِي . و : اسْقِينِي . و : ما أَحْسَنَكَ .
و : بَارَكَ اللَّهُ عَلَيْكَ . و : أَنْتِ جَمِيلَةٌ . أو : قَبِيحَةٌ . ونحو هذا ، فلا يَقَعُ به
طَلَّاقٌ وإن نَوَاهُ ؛ لأنَّه لا يَحْتَمِلُ الطَّلَاقَ ، فلو أَوْقَعْنَاهُ ، لَوَقَعَ بِمَجَرَّدِ النِّيَّةِ ،
ولا سَبِيلَ إِلَيْهِ . والثَّانِي ، ما يُشْبِهُ الطَّلَاقَ وَيَدُلُّ على ما مَعْنَاهُ ، فهو كِنَايَةٌ
فيه ، إن نَوَى به الطَّلَاقَ ، وَقَعَ ؛ لأنَّه نَوَى بِكَلَامِهِ ما يَحْتَمِلُهُ . وإن لم يَنْوِ
شَيْئًا ، ولا ذَلَّتْ عَلَيْهِ قَرِينَةٌ ، لم يَقَعْ ؛ لأنَّه ظَاهِرٌ فِي غَيْرِ الطَّلَاقِ ، فلم
يَنْصَرِفْ^(٢) إِلَيْهِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ ، كما لا يَنْصَرِفُ الصَّرِيحُ إِلَى غَيْرِهِ . وإن كان
جَوَابًا لِسُؤَالِهَا الطَّلَاقَ ، وَقَعَ . نَصٌّ عَلَيْهِ ؛ لِدَلَالَةِ الْحَالِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْجَوَابَ
مَبْنِيٌّ عَلَى السُّؤَالِ ، فَيُصَرَفُ إِلَيْهِ ، كما لو قِيلَ : أَطَلَّقْتَ ؟ فقال : نعم .

وإن أتى بِالْكِنَايَةِ حَالَ الْخُصُومَةِ وَالْغَضَبِ ، ففيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ،
يَقَعُ الطَّلَاقُ ؛ لِأَنَّ دَلَالََةَ الْحَالِ تُغَيِّرُ حُكْمَ الْأَقْوَالِ وَالْأَفْعَالِ ، وَلِذَلِكَ كَانَ
قَوْلُ حَسَّانَ^(٣) :

(١) بعده في ف : « ولا يشبه الفراق » .

(٢) في الأصل ، م : « يصرف » .

(٣) كذا نسبه لحسان ، وليس في ديوانه ، وهو لأنس بن زعيم ، في السيرة ٤ / ٤٢٤ . وخزانة =

فَمَا حَمَلْتُ مِنْ نَاقَةٍ فَوْقَ رَحْلِهَا^(١) أَبْرًا وَأَوْفَى ذِمَّةً مِنْ مُحَمَّدٍ
مَذْحًا جَمِيلًا . وَقَوْلُ النَّجَاشِيِّ^(٢) :

قُبَيْلَةٌ لَا يَغْدِرُونَ بِذِمَّةٍ وَلَا يَظْلِمُونَ النَّاسَ حَبَّةَ خَزْدَلٍ
هِجَاءً قَبِيحًا ، [٣١٠ ظ] مع استوائيهما في الخبرِ عن^(٣) الوفاءِ بالذِّمَّةِ ؛
لِدَلَالَةِ الْحَالِ عَلَيْهِ^(٤) . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَقَعُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الطَّلَاقِ ، وَلَا
نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ الطَّلَاقُ ، كَحَالِ الرِّضَا . وَيَتَخَرَّجُ فِي جَوَابِ
السُّؤَالِ مِثْلُ ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ التَّفْرِيقُ بَيْنَ الْكِنَايَاتِ ، فَمَا^(٥) كَثُرَ اسْتِعْمَالُهُ
مِنْهَا فِي غَيْرِ الطَّلَاقِ ، كَقَوْلِهِ : اذْهَبِي . وَ : اخْرُجِي . وَ : رُوحِي . لَا يَقَعُ
بِغَيْرِ نِيَّةٍ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا جَرَتْ الْعَادَةُ بِاسْتِعْمَالِهِ بِغَيْرِ الطَّلَاقِ كَثِيرًا ، فَلَمْ
يَكُنْ طَلَاقًا ، كَحَالِ الرِّضَا . وَمَا نَذَرَ اسْتِعْمَالُهُ ، كَقَوْلِهِ : اغْتَدِّي . وَ :
حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ . وَ : أَنْتِ بَائِنٌ . وَ : بَتَّةٌ . إِذَا أَتَى بِهِ^(٦) حَالُ الْغَضَبِ ،
أَوْ سَوَالِ الطَّلَاقِ ، كَانَ طَلَاقًا ؛ لِدَلَالَةِ اسْتِعْمَالِهِ الْمُخَالَفَ لِعَادَتِهِ فِي
خُصُوصِ هَذِهِ الْحَالِ عَلَى إِرَادَةِ الْفِرَاقِ . فَأَمَّا إِنْ قَصَدَ بِالْكِنَايَةِ غَيْرَ الطَّلَاقِ ،

= الأَدَب ٤٧٤ / ٦ . وَلَأَنسَ وَآخَرِينَ فِي الْإِصَابَةِ ٥ / ٣ . وَغَيْرُ مَنْسُوبٍ فِي زَهْرِ الْأَدَابِ ٢ / ٢
١٠٩٣ .

(١) فِي الْأَصْلِ : « حَمَلَهَا » .

(٢) قَيْسُ بْنُ عَمْرٍو بْنِ مَالِكٍ ، وَالْبَيْتُ ، فِي : الشَّعْرُ وَالشَّعْرَاءُ ١ / ٣٣١ . وَالْعَقْدُ الْفَرِيدُ ٢ / ٢٩٧ ،
٦ / ١٤٥ . وَانْظُرْ تَرْجَمَتَهُ ، فِي : الْإِصَابَةِ ٦ / ٤٩١ - ٤٩٤ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥) فِي م : « فِيمَا » .

(٦) فِي م : « فِي » .

لم يَقَعْ على كلِّ حالٍ ؛ لأنَّه لو قَصَدَ ذلك بالصَّرِيحِ لم يَقَعْ ، فبالكناية^(١) أولى .

فصل : والكنایات ثلاثة أقسام ؛ ظاهرة ، وخفية ، ومختلف فيها .

فالظاهرة ستة ألفاظ ؛ خلية ، وبرية ، وبائنة ، وبئة ، وبئلة ، وأمرک بيدک . وفيها روايتان ؛ إحداهما ، هي ثلاث وإن نوى واحدة ؛ لأنَّ ذلك يُروى عن عليٍّ ، وابنِ عمرَ ، وزيدٍ ، رضي الله عنهم ، ولم يُنقل خلافهم في عصرهم ، فكان إجماعاً ، ولأنَّه لفظٌ يقتضي البئونة بالطلاق ، فوقع ثلاثاً ، كما لو طلق ثلاثاً . والثانية ، يَقَعُ ما نواه . اختاره أبو الخطاب ؛ لحديث رُكَّانَةَ الذي قدَّمناه^(٢) ، ولأنَّه أحدُ نوعي الطلاق ، فإذا نوى به واحدة ، لم يُزد عليها ، كالصريح . فإن لم ينو عدداً^(٣) ، وقع ثلاثاً . وروى عنه حنبلٌ أنَّه يَقَعُ به واحدةً بائنةً ؛ لأنَّه لفظٌ اقتضى البئونة دون العدد ، فوقعَ واحدةً بائنةً ، كالخلع .

فأما الخفية فنحو : اخرجي . و : اذهبي . و : ذوقي . و : تجرعي . و : أغناك الله . لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ يَنْفَرَقَا يُغْنِ اللَّهُ كُلًّا مِنْ سَعَتِهِ ﴾^(٤) . وأشباهُ هذا ، فهذا يَقَعُ به ما نواه ؛ لأنَّه مُحْتَمِلٌ له ، وإن لم ينو شيئاً ، وقعت واحدة ؛ لأنَّه اليقين .

(١) في م : « فالكناية » .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٤٣٠ .

(٣) في م : « شيئاً » .

(٤) سورة النساء ١٣٠ .

وَأَمَّا الْمُخْتَلَفُ فِيهَا : فَالْحَقَى بِأَهْلِكَ . وَ : حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ . وَ :
تَزَوَّجِي مَنْ شِئْتَ . وَ : اِغْتَدَّى . وَ : غَطَّى شَعْرَكَ . وَ : أَنْتِ حُرَّةٌ . وَ : قَدْ
أَعْتَقْتُكَ . وَ : لَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ . وَ : أَنْتِ عَلَيَّ حَرْجٌ . ففِيهَا رِوَايَتَانِ ؛
إِحْدَاهُمَا ؛ هِيَ ظَاهِرَةٌ ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الظَّاهِرَةِ . وَالْأُخْرَى ، هِيَ خَفِيَّةٌ ؛
لَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا دَخَلَتْ عَلَيْهِ ابْنَةُ الْجَوْنِ قَالَ : « لَقَدْ عَذَّبْتَ بَعْظِيمٌ ، الْحَقَى
بَأَهْلِكَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١) . وَلَمْ يَكُنِ النَّبِيُّ ﷺ لِيُطَلَّقْ ثَلَاثًا وَقَدْ نَهَى أُمَّتَهُ
عَنْهُ . وَ ^(٢) رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِسُودَةَ بِنْتِ زَمْعَةَ : « اِغْتَدَّى » .
فَجَعَلَهَا طَلْقَةً . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) .

وَفِي مَعْنَى هَذِهِ اللَّفْظَاتِ : اسْتَبْرَأِي رَحِمَكَ . وَ : حَلَلْتَ لِلْأَزْوَاجِ . وَ :
تَقَنَّنِي . وَ : لَا سُلْطَانَ لِي عَلَيْكَ . فَيُخْرَجُ فِيهَا وَجْهَانِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ . ففِيهِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ؛ إِحْدَاهُنَّ ،
أَنَّهَا ظَاهِرٌ ، نَوَى الطَّلَاقَ أَوْ لَمْ يَنْوِهِ . ذَكَرَهُ الْخَرِيقِيُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُرْوَى عَنْ

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ طَلَّقَ وَهَلْ يُوَاجِهُ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِالطَّلَاقِ ، مِنْ كِتَابِ
الطَّلَاقِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٥٣ / ٧ .

كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ مُوَاجَهَةِ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ بِالطَّلَاقِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُجْتَبَى
١٢٢ / ٦ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَا يَقَعُ بِهِ الطَّلَاقُ مِنَ الْكَلَامِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنِ ابْنِ
مَاجَهَ ٦٦١ / ١ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٩٨ / ٣ ، ٣٣٩ / ٥ . وَلَمْ يَعِزْهُ الْمَزْيُ إِلَى مُسْلِمٍ .
تَحْفَةُ الْأَشْرَافِ ٥٤١ / ٢ . وَانْظُرِ الْإِرْوَاءَ ١٤٦ / ٧ .

(٢) بَعْدَهُ فِي ف : « قَدْ » .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ بِسَنَدٍ ضَعِيفٍ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي كُنَايَاتِ الطَّلَاقِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ .
السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٤٣ / ٧ . وَابْنُ سَعْدٍ مَرْسَلًا ، فِي : الطَّبَقَاتِ الْكُبْرَى ٥٣ / ٨ ، ٥٤ . وَلَيْسَ عِنْدَ
الْبُخَارِيِّ وَلَا مُسْلِمٍ ، وَانْظُرِ إِرْوَاءَ الْغَلِيلِ ١٤٦ / ٧ ، ١٤٧ .

عُثْمَانُ ، وابنِ عَبَّاسٍ . ولأنَّه صرِيحٌ في تحريمِها ، فكان ظَهَارًا ، كقوله :
 أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهَرِ أُمِّي . والثانية ، هو كِنَايَةُ في الطَّلَاقِ ؛ لأنَّه يُزَوَّى عن
 عَلِيٍّ ، وزَيْدٍ ، وابنِ مَسْعُودٍ ، وأبِي هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . ولأنَّ الطَّلَاقَ
 تَحْرِيمًا ، فَصَحَّحَتِ الْكِنَايَةُ عَنْهُ بِالْحَرَامِ ، كقوله : أَنْتِ الْحَرَجُ . فإن لم يَنْوِ
 الطَّلَاقَ [٣١١] ، كان ظَهَارًا . فعلى هذه الرواية ، تكونُ كِنَايَةُ ظَاهِرَةً ،
 فيها مِنَ الْخِلَافِ مِثْلُ مَا تَقَدَّمَ . والثالثة ، أَنَّهُ يُزَجَّعُ فِيهِ إِلَى نَيْتِهِ ؛ إِنْ نَوَى
 الْيَمِينَ كَانَ يَمِينًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُزَوَّى عَنْ «أَبِي بَكْرٍ» الصَّدِّيقِ ، وَعُمَرَ ،
 وَ«عَائِشَةَ» رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . ولأنَّه تَحْرِيمٌ لَامْرَأَةٍ ، فَكَانَ يَمِينًا ، كَتَحْرِيمِ
 الْأُمَةِ .

وإن قال : أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ ، أَغْنَى بِهِ الطَّلَاقُ . ففيه رِوَايَتَانِ ؛
 إِخْدَاهُمَا ، أَنَّهُ طَلَّاقٌ . وهى المشهُورَةُ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ ^(٣) بِلَفْظِ الطَّلَاقِ .
 والثانية ، هِىَ ظَهَارٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ كِنَايَةً فِي الطَّلَاقِ ، فَلَمْ يَصِرْ طَلَّاقًا
 بِقَوْلِهِ : أَغْنَى بِهِ الطَّلَاقُ . كقوله ^(٤) : أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهَرِ أُمِّي .

وإن قال : أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهَرِ أُمِّي . يَنْوِي بِهِ الطَّلَاقَ ، كان ظَهَارًا ، وَلَمْ
 يَقَعْ بِهِ الطَّلَاقُ ؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِي الظُّهَارِ ، فَلَمْ يَكُنْ كِنَايَةً فِي غَيْرِهِ . ولو صرَّحَ
 بِهِ فَقَالَ : أَغْنَى بِهِ الطَّلَاقُ . لَمْ يَصِرْ طَلَّاقًا ؛ لِأَنَّهُ لَا تَصْلُحُ الْكِنَايَةُ بِهِ .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) بعده فى م : «عن» .

(٣) فى م : « صريح » .

(٤) سقط من : الأصل .

وإن قال : أنتِ على كالميتة والدم . ونوى به الطلاق ، فهو طلاق ؛ لأنه يُشبه الطلاق ، فصَحَّ أن يُكنى به عنه . وإن نوى الظهار ، كان ظهاراً ؛ لأنه يُشبهه . وإن نوى اليمين ، كان يمينا ؛ لأنه يُشبهها . وإن لم ينو شيئاً ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، يكون ظهاراً ؛ لأنَّ مَعْنَاهُ : أنتِ على حرام كالميتة . والآخر ، يكون يمينا ولا يكون طلاقاً ؛ لأنه ليس بصريح ، فلا^(١) يَقَعُ به الطلاق من غير نية .

فصل : ويجوز للرجل تفويض الطلاق إلى زوجته ؛ لما رَوَتْ عائشة ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، قالت : لما أَمَرَ رسولُ اللَّهِ ﷺ بتخيير أزواجه ، بدأ بي ، فقال : « إني^(٢) لمُخْبِرُكَ خَبِراً ، فلا عَلَيْكَ أن لا تَعْجَلِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكَ » . ثم قال : « إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلْ لِأَزْوَاجِكَ إِن كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا ﴾ . حتى بلغ : ﴿ فَإِنَّ اللَّهَ أَعَدَّ لِلْمُحْسِنَاتِ مِنْكُنَّ أَجْراً عَظِيماً ﴾^(٣) . فقلتُ : « في أيِّ » هذا أَسْتَأْمِرُ أَبَوَيَّ ! فَإِنِّي أُرِيدُ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَالِدَارَ الْآخِرَةَ . ثم فَعَلَ أَزْوَاجُ النَّبِيِّ ﷺ مِثْلَ^(٤) ما فَعَلْتُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٥) .

(١) في الأصل : « ولأنه » .

(٢) بعده في الأصل : « لما » .

(٣) سورة الأحزاب ٢٨ ، ٢٩ .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب قوله : ﴿ وَإِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ١٤٧/٦ . ومسلم ، في : باب بيان أن تخيير امرأته لا يكون طلاقاً إلا بالنية ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١٠٣/٢ .

وهو على ضربين ؛ أحدهما ، تفويضه بلفظ صريح ، فيقول^(١) : طَلَّقِي
نَفْسَكَ . فلها أن تُطَلَّقَ نفسها واحدة^(٢) ليس لها أكثر منها ؛ لأنَّ الأمرَ
المُطَلَّقَ يتناول أقلَّ ما يَقَعُ عليه الاسمُ ، كما لو وَكَّلَ فيه أجنبيًّا ، إلا أن
يَجْعَلَ إليها أكثرَ من ذلك بلفظه أو نيَّته . نصَّ عليه ؛ لأنَّه نَوَى بكلامه ما
يَحْتَمِلُهُ . والقولُ قوله في نيَّته ؛ لأنَّه أعلمُ بها .

ولها أن تُطَلَّقَ بلفظِ الصَّريحِ والكنايةِ مع النيَّةِ ؛ لأنَّ الجميعَ طلاقٌ ،
فيَدْخُلُ في لَفْظِهِ .

ولها^(٣) أن تُطَلَّقَ متى شاءت ؛ لأنَّه تَوَكَّلَ في الطَّلَاقِ مُطَلَّقٌ ، فأشبهه
تَوَكَّلَ الأجنبيُّ . وقال القاضي : يَتَقَيَّدُ بالمَجْلِسِ ؛ قِيَاسًا على التَّخْيِيرِ .

فصل : الضربُ الثاني ، تفويضه إليها بلفظِ الكِنَايَةِ ، وهو نَوْعَانِ ؛
أحدهما ، أن يَقُولَ : أَمْرُكَ بِيَدِكَ . فيكونَ لها أن تُطَلَّقَ نفسها ما شاءت ،
ومتى شاءت ؛ لأنَّه نَوْعٌ تَوَكَّلَ بلفظِ يَقْتَضِي العُمومَ في جميعِ أمرِها ،
فأشبهه ما لو قال : طَلَّقِي نَفْسَكَ ما شِئْتَ ، ومتى شِئْتَ . وقد رُوِيَ عن

= كما أخرجه الترمذی ، فی : باب ومن سورة الأحزاب ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذی
١٢ / ٨٤ . والنسائی ، فی : باب ما افترض الله عز وجل على رسوله ﷺ ... ، من كتاب
النكاح ، وفي : باب التوقيت في الخيار ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦ / ٤٥ ، ٤٦ ، ١٣٠ . وابن
ماجه ، فی : باب الرجل يخير امرأته ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٦٢ . والإمام
أحمد ، فی : المسند ٦ / ٧٨ ، ١٥٣ ، ١٦٣ ، ١٧٣ ، ٢٤٠ ، ٢٤٨ ، ٢٦٤ .

(١) فی ف : « كقوله » .

(٢) بعده فی الأصل : « و » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

عليّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فِي رَجُلٍ جَعَلَ أَمْرَ امْرَأَتِهِ بِيَدِهَا، قَالَ: هُوَ لَهَا حَتَّى يَنْكُلَ. وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِنْ نَوَى وَاحِدَةً، فَهِيَ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ تَخْيِيرٌ، فَرُجِعَ إِلَى نِيَّتِهِ، كَالْتَّخْيِيرِ.

النوع الثاني، أن يقول لها: اخْتَارِي. فليس لها أن تختار أكثر من واحدة، إِلَّا أن يجعلَ إليها أكثرَ من ذلك بلفظه أو نيته، كما^(١) ذكرنا [٣١١ ظ] في قوله: طَلَّقِي نَفْسَكَ.

وليس لها أن تختار إِلَّا عَقِيبَ تَخْيِيرِهِ، قَبْلَ أن يقطعَا ذلك بالأخذ في كلام غيره، أو قيام أحدهما عن مجلسه؛ لِأَنَّ ذلك يُرَوَى عَنْ عُمَرَ، وَعُثْمَانَ، وَابْنِ مَسْعُودٍ، وَجَابِرٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. وَلِأَنَّهُ خِيَارُ تَمْلِيكَ، فَكَانَ عَلَى الْفَوْرِ، كَخِيَارِ الْقَبُولِ.

وإن جعلَ إليها أكثرَ من ذلك بلفظه، أو نيته، أو قرينة، فهو على ما جعلَ إليها؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِعَائِشَةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «فَلَا عَلَيْنِكَ أَنْ لَا تَعْجَلِي حَتَّى تَسْتَأْمِرِي أَبَوَيْكَ».

وَلِلزَّوْجِ الرُّجُوعُ فِيمَا فَوَّضَهُ إِلَيْهَا قَبْلَ تَطْلِيلِهَا؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ تَفْوِيزٌ، فَمَلَكَ الرُّجُوعَ فِيهِ، كَتَوْكِلِ الْأَجْنَبِيِّ. وَإِنْ وَطَّئَهَا كَانَ رُجُوعًا؛ لِدَلَالَتِهِ عَلَى رَغْبَتِهِ فِيهَا، وَرُجُوعِهِ عَمَّا جَعَلَ إِلَيْهَا.

فصل: ولفظة الخيار وأمرك بيدك، كناية في حق الزوج؛ لأنه ليس

(١) في الأصل: «لما».

بَصْرِيحٍ فِي إِرَادَةِ الطَّلَاقِ ، فَلَمْ يَنْصَرِفْ إِلَيْهِ بِغَيْرِ نِيَّةٍ . وَإِنْ نَوَى بِهِ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ فِي الْحَالِ ، وَقَعَ ؛ لِأَنَّهُ يَضْلُحُ كِنَايَةً عَنِ الطَّلَاقِ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ كِنَايَاتِهِ . وَإِنْ نَوَى بِهِ التَّفْوِيضَ ، فَطَلَّقَتْ نَفْسُهَا بِلَفْظِ صَرِيحٍ ، وَقَعَ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ .

وَإِنْ لَمْ تَخْتَرْ شَيْئًا ، لَمْ يَقَعْ بِهَا شَيْءٌ . وَكَذَلِكَ إِنْ اخْتَارَتْ زَوْجَهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَيْرَ أَزْوَاجِهِ فَاخْتَرَنَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ طَلَاقًا . قَالَتْ عَائِشَةُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا : خَيْرَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَفْكَانُ ^(١) طَلَاقًا ^(٢) . وَلِأَنَّهُ تَفْوِيضٌ لِلطَّلَاقِ ^(٣) إِلَيْهَا ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ مُجَرَّدُهُ طَلَاقٌ ، كَقَوْلِهِ : طَلَّقِي نَفْسَكَ . وَإِنْ قَالَتْ : قَبِلْتُ . فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَنْصَرِفُ إِلَى قَبُولِ التَّفْوِيضِ ، فَهُوَ كَقَبُولِ التَّوَكِيلِ . وَإِنْ قَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِي . أَوْ ^(٤) : أَهْلِي . أَوْ : أَبَوَيَّ .

(١) فِي م : « فَكَان » .

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابٍ مِنْ خَيْرِ نِسَاءِهِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٥٥ / ٧ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ بَيَانِ أَنْ تَخْيِيرَ امْرَأَتِهِ لَا يَكُونُ طَلَاقًا إِلَّا بِالْنِيَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١١٠٣ / ٢ ، ١١٠٤ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْخِيَارِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٥١٠ / ١ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْخِيَارِ ، مِنْ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٥ / ١٣٨ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ مَا افْتَرَضَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ عَلَى رَسُولِهِ ﷺ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ ، وَفِي : بَابِ فِي الْخِيَرَةِ تَخْتَارُ زَوْجَهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَجْتَبَى ٤٦ / ٦ ، ١٣١ ، ١٣٢ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَخِيرُ امْرَأَتَهُ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَهَ ٦٦١ / ١ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي الْخِيَارِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ١٦٢ / ٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٥ / ٦ ، ٤٧ ، ٤٨ ، ١٧١ ، ٢٠٢ ، ٢٠٥ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « الطَّلَاق » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

أو: الأزواج. أو: لا^(١) تَدْخُلُ عَلَى. أو^(٢) نحو هذا مما يَحْتَمِلُ إِرَادَةَ الطَّلَاقِ، فهو كِنَايَةٌ يَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ، فَاعْتُبِرَتِ النِّيَّةُ فِيهِ، كَالْكِنَايَاتِ. فَإِنْ نَوَتْ بِهِ الطَّلَاقَ، كَانَ طَلَاقًا، وَإِلَّا فَلَا.

وَيَقَعُ بِهِ وَاحِدَةٌ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ الثَّلَاثَ، إِذَا جَعَلَ إِلَيْهَا ثَلَاثًا. وَإِنْ مَلَكَهَا ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ بِلَفْظِهِ، أَوْ بِنِيَّتِهِ، فَطَلَّقَتْ ثَلَاثًا، وَقَعَ ثَلَاثًا. وَإِنْ طَلَّقَتْ أَقَلَّ مِنْهَا، وَقَعَ؛ لِأَنَّ مَنْ مَلَكَ ثَلَاثًا، مَلَكَ وَاحِدَةً، كَالزَّوْجِ.

وإن قال: اخْتَارِي. فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا، وَنَوَى ثَلَاثًا، وَقَعَتِ الثَّلَاثُ، وَإِنْ نَوَى أَحَدَهُمَا طَلْقَةً وَالْآخَرَ أَكْثَرَ مِنْهَا، وَقَعَتْ طَلْقَةً؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَفْتَقِرُ إِلَى تَمْلِيكِ الزَّوْجِ وَإِيقَاعِ الْمَرَأَةِ، فَالزَّائِدُ لَمْ يُوجَدْ فِيهِ إِلَّا أَحَدُهُمَا، فَلَمْ يَقَعْ.

فصل: وإن قال لزَوْجَتِهِ: وَهَبْتُكَ لِنَفْسِكَ. أو^(٣): لِأَهْلِكَ. فهو كِنَايَةٌ؛ إِنْ نَوَى بِهِ الْإِيقَاعَ، وَقَعَ، وَإِنْ لَمْ يَنْوَِ الْإِيقَاعَ فِي الْحَالِ، فَهُوَ كِنَايَةٌ فِي حَقِّهِمَا^(٤)، يَفْتَقِرُ إِلَى قَبُولِهِمُ وَالنِّيَّةِ مِنَ الزَّوْجِ وَمِنْهُمْ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ. فَإِنْ نَوَى الطَّلَاقَ دُونَ الْعَدَدِ، وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ، يَمْلِكُ الرَّجْعَةَ. وَإِنْ نَوَى جَمِيعًا عَدَدًا، وَقَعَ. وَإِنْ نَوَى أَحَدَهُمَا أَكْثَرَ مِنَ الْآخَرِ، وَقَعَ الْأَقْلُ؛ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ. وَإِنْ رَدَّوْهَا، لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ؛ لَأَنَّهُ تَمْلِيكٌ لِلْبُضْعِ، فَافْتَقَرَ إِلَى

(١) فِي م: «أَلَا».

(٢) فِي م: «و».

(٣) فِي الْأَصْل: «و».

(٤) فِي الْأَصْل: «حَقِّهَا».

القبول ، كقوله : اختارى . وإن باعها لغيره ، لم يقع به طلاق وإن نوى ؛ لأنه لا يتضمن معنى الطلاق ، لكونه معاوضةً ، والطلاق مجرد إسقاط .

فصل : ويصح تفويض الطلاق إلى غير الزوجة ؛ لأنه إزالة ملك ،
[٣١٢و] فصَحَّ التوكيل فيه ، كالعتق . فإذا قال لرجل : طلق زوجتي .
أو^(١) : أمرها بيدك . فالحكم فيه كالحكم في جعل^(٢) ذلك إلى الزوجة
على ما مضى . فإن وكل اثنين ، لم يملك أحدهما طلاقها منفردًا ، وإن
جعل إليهما^(٣) طلاقًا ثلاثًا ، فطلقها أحدهما ثلاثًا ، والآخر واحدةً ، وقعت
واحدةً ؛ لاتفاقهما عليها^(٤) . ولو لم يترك من طلاقها إلا واحدةً ، فطلقها
الوكيل ثلاثًا ، وقعت الواحدة ؛ لأن المحل لا يتسع لأكثر منها^(٥) .

فصل : ولا يقع الطلاق بغير اللفظ إلا في موضعين ؛ أحدهما ،
الأخرس إذا أشار بالطلاق ، وقع طلاقه ؛ لأنه يحتاج إلى الطلاق ، فقامت
إشارته فيه مقام نطق غيره ، كالنكاح . ويقع من العدي ما أشار إليه ؛ لأن
إشارته كلفظ غيره . وأمَّا غير الأخرس ، فلا يقع الطلاق بإشارته ؛ لأنه لا
ضرورة به إليها ، فلم يصح منه بها ، كالنكاح .

الثاني ، إذا كتب طلاق زوجته ونواه ، وقع ؛ لأنه حروف يفهم منها

(١) في الأصل : «و» .

(٢) في ف : « طلب » .

(٣) في الأصل : « إليها » .

(٤) في الأصل : « عليهما » .

(٥) في م : « من هذا » .

صَرِيحُ الطَّلَاقِ ، أَشْبَهُ النُّطْقِ . وَإِنْ كَتَبَ صَرِيحَ الطَّلَاقِ مِنْ غَيْرِ نِيَّةٍ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَقَعُ ؛ لِذَلِكَ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَقَعُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ ^(١) تَحْتَمِلُ الطَّلَاقَ ، وَامْتِحَانَ الْخَطِّ ، وَغَيْرَهُ ، فَلَمْ تَطْلُقْ بِمُجَرَّدِهَا ، كَالْكِنَايَاتِ . وَإِنْ قَصَدَ بِالْكِتَابَةِ ^(٢) امْتِحَانَ الْخَطِّ ، أَوْ غَيْرَ الطَّلَاقِ ، لَمْ يَقَعْ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَصَدَ بِالنُّطْقِ ^(٣) «غَيْرَ الطَّلَاقِ» لَمْ يَقَعْ ، فَالْكِتَابَةُ ^(٤) أُولَى . وَإِنْ قَصَدَ غَمَّ أَهْلِهِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ يَقَعُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يُنَافِي الْوُقُوعَ ، فَيُغَمُّ أَهْلَهُ بِوُقُوعِ الطَّلَاقِ بِهِمْ . وَعَنْهُ فِي مَنْ قَصَدَ تَجْوِيدَ الْخَطِّ ، أَنَّهُ يَقَعُ طَلَاقُهُ أَيْضًا ^(٥) ؛ لِأَنَّهُ لَا ^(٦) يَتَنَافَى تَجْوِيدُ الْخَطِّ وَإِيقَاعُ الطَّلَاقِ . وَإِنْ ادَّعَى إِرَادَةَ مَا يَنْفَى وَقُوعَ الطَّلَاقِ ، دُيِّنَ . وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الْحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

وَإِنْ كَتَبَهُ بِشَيْءٍ لَا يَبِينُ ^(٧) ، كَكِتَابَتِهِ بِأُضْبِعِهِ عَلَى وِسَادَةٍ ، أَوْ فِي الْهَوَاءِ ، فَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ أَنَّهُ لَا يَقَعُ ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ بِمَا لَا يَتَبَيَّنُ كَالْهَمْسِ بِلِسَانِهِ بِمَا لَا يُسْمَعُ . وَقَالَ أَبُو حَفْصٍ : يَقَعُ ؛ لِأَنَّهُ كَتَبَ حُرُوفَ الطَّلَاقِ ، أَشْبَهُ كِتَابَتِهِ بِمَا يَبِينُ ^(٨) .

(١) فِي الْأَصْلِ ، م : « الْكِنَايَةُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « بِالْكِنَايَةِ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « غَيْرِهِ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، م : « فَالْكِنَايَةُ » .

(٥) زِيَادَةٌ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

(٧) فِي م : « يَتَبَيَّنُ » .

(٨) فِي ف : « يَتَبَيَّنُ » .

بَابُ مَا يَخْتَلِفُ بِهِ عَدَدُ الطَّلَاقِ

إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثاً . فهي ثلاث وإن نوى واحدة ؛ لأن لفظه نص في الثلاث لا يحتمل غيرها ، والنية إنما تصرف اللفظ إلى بعض محتملاته . وإن قال : أنت طالق واحدة . فهي واحدة وإن نوى ثلاثاً ؛ لأن لفظه لا يحتمل أكثر منها . وكذلك إن قال : أنت واحدة .

وإن قال : أنت طالق . ولم ينو عدداً ، فهي واحدة . وإن نوى ثلاثاً أو اثنتين ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يقع إلا واحدة ؛ لأن لفظه لا يتضمن عدداً ولا يثنونه ، فلم يقع به ثلاث ، كالتى قبلها . والثانية ، يقع^(١) ما نواه ؛ لأنه نوى بلفظه ما يحتمله ؛ بدليل أنه يصح تفسيره به ، فأشبه الكناية .

وإن قال : أنت طالق طلاقاً . أو : الطلاق . وقع ما نواه ؛ لأنه صرح بالمصدر ، وهو يقع على القليل والكثير . وإن أطلق ، وقع بقوله : أنت طالق طلاقاً . واحدة ؛ [٣١٢ ظ] لأنه اليقين . وفي قوله : طالق الطلاق . روايتان ؛ إحداهما ، تطلق ثلاثاً ؛ لأن الألف واللام للاستغراق . والثانية ، تقع واحدة ؛ لأن الألف واللام اشتهر استعمالها في الطلاق لغير الاستغراق ، كقوله : « أبغض الحلال إلى الله الطلاق »^(٢) . وإذا قال : فارقتك . لزمه

(١) بعده في م : « به » .

(٢) تقدم تخريجه مرفوعاً في صفحة ٤٢٥ .

الطَّلَاقُ . و : مَنْ أُكْرِهَ عَلَى الطَّلَاقِ . وَكَذَلِكَ فِي غَيْرِهِ مِنَ الْأَجْنَاسِ ، كَقَوْلِهِ : « إغْسِلِيهِ بِالْمَاءِ » ^(١) . و : « عَلَيْكَ بِالصَّعِيدِ » ^(٢) . و : تَيَمَّمُ بِالثَّرَابِ . فَيَجِبُ حَمْلُهُ عَلَى الْيَقِينِ . وَهَكَذَا إِنْ قَالَ : أَنْتِ الطَّلَاقُ . أَوْ : الطَّلَاقُ يَلْزُمُنِي . أَوْ : لَا زِمَ لِي . أَوْ : عَلَى الطَّلَاقِ . أَوْ : أَنْتِ عَلَى حَرَامٍ ، أَغْنَى بِهِ الطَّلَاقُ . فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ فِي مَنْ قَالَ : أَنْتِ عَلَى حَرَامٍ ، أَغْنَى بِهِ الطَّلَاقُ . أَنَّهُ ثَلَاثٌ ، وَمَنْ قَالَ : أَغْنَى بِهِ طَلَاقًا . فَهِيَ وَاحِدَةٌ .

فصل : إِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ كُلِّ الطَّلَاقِ . أَوْ : جَمِيعَهُ . أَوْ : أَكْثَرَهُ . أَوْ : مُنْتَهَاهُ . طَلَّقْتَ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الطَّلَاقُ الثَّلَاثُ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ كَعَدَدِ الْمَاءِ . أَوْ ^(٣) : الرِّيحِ . أَوْ : الثَّرَابِ . أَوْ : كَأَلْفٍ . طَلَّقْتَ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي الْعَدَدَ . إِنْ قَالَ : أَرَدْتُ ^(٤) أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً صُعُوبَتُهَا كَأَلْفٍ . قَبْلَ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ مَا قَالَهُ .

وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مِلءِ الدُّنْيَا . أَوْ : أَشَدَّ الطَّلَاقِ . أَوْ : أَغْلَظَهُ . أَوْ : أَطْوَلَهُ . أَوْ : أَغْرَضَهُ . طَلَّقْتَ وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَقْتَضِي عَدَدًا ، وَالطَّلْقَةُ الْوَاحِدَةُ تُوصَفُ ^(٥) بِكَوْنِهَا يَمْلَأُ ^(٦) الدُّنْيَا ذِكْرُهَا ، وَأَنَّهَا أَشَدُّ الطَّلَاقِ عَلَيْهَا ؛

(١) تقدم تخريجه في ١٢/١ ، ١٣ .

(٢) تقدم تخريجه في ١٤٣/١ .

(٣) في الأصل : « و » .

(٤) سقط من : ف ، م .

(٥) في الأصل : « تتصف » .

(٦) في م : « ملء » .

لَضَرِّهَا بِهَا ، فَلَمْ يَقَعْ الزَّائِدُ بِالشَّكِّ . فَإِنْ نَوَى ثَلَاثًا ، وَقَعَتْ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهَا .

فصل : وإن قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث . طَلَقْتَ طَلَقَتَيْنِ ؛
لأنَّ ما بعدَ الغاية لا يدخلُ فيها بمقتضى اللفظِ ، وإنِ احتَمَلَ دُخُولَهُ ، لم نُوقِعْهُ ^(١) بالشَّكِّ . وعنه ، تَطَلَّقُ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ ما بعدَ «إِلَى» ^(٢) قد يدخلُ مع ما قَبْلَهَا ، كَقَوْلِهِ : ﴿وَأَيَّدِيكُمْ إِلَى الْمَرَافِقِ﴾ ^(٣) .

فصل : وإن قال : أنت طالق طَلَقَةً فِي طَلَقَتَيْنِ . وَنَوَى الثَّلَاثَ ، وَقَعَ ؛
لِأَنَّ «فِي» تُ

سَتَعْمَلُ بِمَعْنَى «مَعَ» ^(٤) كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ ^(٥) . وَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً ، لَمْ يَقَعْ أَكْثَرُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا أُوقِعَ ^(٦) وَاحِدَةً .

وإن أَطْلَقَ وَلَا يَعْرِفُ الْحِسَابَ ، وَقَعَتْ وَاحِدَةً ، فَتَطَلَّقُ بِقَوْلِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ . وَلَا يَقَعُ بِقَوْلِهِ : فِي ثِنْتَيْنِ . شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْرِفُ مُقْتَضَاهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ ^(٤) كَانَ فِي عُرْفِهِمْ اسْتِعْمَالُ ذَلِكَ لِلثَّلَاثِ ، طَلَقَتْ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ إِرَادَةُ مَا تَعَارَفُوهُ . فَإِنْ نَوَى مُوجِبَهُ فِي الْحِسَابِ ، احْتَمَلَ أَنْ تَكُونَ نِيَّتُهُ

(١) فِي الْأَصْلِ : «يُوقَع» .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «الغاية» .

(٣) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٦ .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٥) سُورَةُ الْفَجْرِ ٢٩ .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، ف : «وَقَعَ» .

كَعَدَمِهَا . قَالَ الْقَاضِي . وَاحْتَمَلَ أَنْ تَطْلُقَ طَلْقَتَيْنِ . هَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ .
وَوَجْهُ الْقَوْلَيْنِ مَا ذَكَرْنَا فِيهِمَا إِذَا نَوَى الْعَجَمِيُّ بَلْفُظِ الطَّلَاقِ مُوجِبَهُ عِنْدَ
الْعَرَبِ . وَإِنْ كَانَ يَعْرِفُ الْحِسَابَ ، وَقَعَ طَلْقَتَانِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُوجِبُهُ
عِنْدَهُمْ . وَإِنْ لَمْ يَتَوَّ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَقَعُ طَلْقَتَانِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضُوعُهُ عِنْدَهُمْ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَقَعَ وَاحِدَةٌ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي غَيْرِ الْحَاسِبِ ^(١) .

فصل : فإن قال : أنتِ طالقٌ طَلْقَةً ، بل طَلْقَتَيْنِ . وَقَعَ طَلْقَتَانِ . نَصٌّ
عليه ؛ لِأَنَّ مَا لَفَظَ بِهِ بَعْدَ الْإِضْرَابِ يَدْخُلُ فِيهِ مَا لَفَظَ بِهِ قَبْلَهُ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ
أَكْثَرُ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ ، بَلِ دِرْهَمَانِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ
طَلْقَةً ، بَلِ طَلْقَةً . [٣١٣] طَلَّقْتُ وَاحِدَةً ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى دِرْهَمٍ ، بَلِ
دِرْهَمٍ . وَهَكَذَا إِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ، بَلِ أَنْتِ طَالِقٌ . نَصٌّ عَلَيْهِ . وَيَحْتَمِلُ
أَنْ يَقَعَ طَلْقَتَانِ . وَإِنْ نَوَى بِهِ طَلْقَتَيْنِ ، وَقَعَ طَلْقَتَانِ ؛ لِأَنَّهُ قَصْدُ إِيقَاعِ
طَلْقَتَيْنِ بَلْفُظَيْنِ .

وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ، بَلِ هَذِهِ الْأُخْرَى . طَلَّقْنَا مَعًا ؛ لِأَنَّهُ أَوْقَعَهُ
بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَى هَذَا الدَّرْهَمِ ، بَلِ هَذَا .
وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً ، بَلِ هَذِهِ ثَلَاثًا . طَلَّقْتُ الْأُولَى وَاحِدَةً ،
وَالثَّانِيَةَ ثَلَاثًا .

وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ هَكَذَا . وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلَاثِ ، طَلَّقْتُ ثَلَاثًا ؛
لِأَنَّ التَّفْسِيرَ يَخْصُلُ بِالْإِشَارَةِ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الشَّهْرُ هَكَذَا »

(١) فِي ف : « الْحَسَابِ » .

وَهَكَذَا^(١)». وإن قال : أرذتُ بعددِ الْمُقْبُوضَتَيْنِ . قُبِلَ منه ؛ لأنَّه يَحْتَمِلُهُ .

فصل : وإذا طَلَّقَهَا جُزْءًا مِنْ طَلْقَةٍ ، طَلَّقَتْ وَاحِدَةً ؛ لأنَّ ذِكْرَ بَعْضِ مَا لَا يَتَّبَعُ كَذِكْرِ جَمِيعِهِ ، كَمَا لو قال : نِصْفُكَ طَالِقٌ . وإن قال : أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفِي طَلْقَةٍ . طَلَّقْتُ^(٢) طَلْقَةً ؛ لأنَّ ذَلِكَ طَلْقَةٌ . وإن قال : ثَلَاثَةُ أَنْصَافِ طَلْقَةٍ . طَلَّقْتُ طَلْقَتَيْنِ ؛ لأنَّه طَلْقَةٌ وَنِصْفٌ ، فَيُكَمَّلُ النِّصْفُ بِالسَّرَايَةِ ، فَيَصِيرُ طَلْقَتَيْنِ . وإن قال : نِصْفَ طَلْقَتَيْنِ . طَلَّقْتُ وَاحِدَةً ؛ لأنَّ نِصْفَ الطَّلْقَتَيْنِ طَلْقَةٌ . وإن قال : أرذتُ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ جُزْءًا . طَلَّقْتُ طَلْقَتَيْنِ ؛ لأنَّه أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا هُوَ أَغْلَظُ . وإن قال : نِصْفِي طَلْقَتَيْنِ .

(١ - ١) سقط من : ف .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب قول النبى ﷺ : « إذا رأيتم الهلال فصوموا ، وإذا رأيتموه فأفطروا » . وباب قول النبى ﷺ : « لا نكتب ولا نحسب » . من كتاب الصوم ، وفى : باب اللعان وقول الله تعالى : ﴿ والذين يرمون أزواجهم ﴾... ، من كتاب الطلاق . صحيح البخارى ٣/ ٣٤ ، ٣٥ ، ٦٨/ ٧ . ومسلم ، فى : باب وجوب صوم رمضان لرؤية الهلال ، وباب الشهر يكون تسعا وعشرين ، من كتاب الصيام . صحيح مسلم ٢/ ٧٥٩ - ٧٦١ ، ٧٦٤ . وأبو داود ، فى : باب الشهر يكون تسعا وعشرين ، من كتاب الصيام . سنن أبى داود ١/ ٥٤٢ . والنسائى ، فى : باب ذكر الاختلاف على إسماعيل فى خبر سعد بن مالك فيه ، وباب ذكر الاختلاف على يحيى بن أبى كثير فى خبر أبى سلمة فيه ، من كتاب الصيام . المجتبى ٤/ ١١٢ - ١١٤ . وابن ماجه ، فى : باب ما جاء فى « الشهر تسع وعشرون » ، من كتاب الصيام . سنن ابن ماجه ١/ ٥٣٠ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١/ ١٨٤ ، ٢/ ٢٨ ، ٤٣ ، ٤٤ ، ٥٢ ، ٨١ ، ١٢٢ ، ١٢٥ ، ٣/ ٣٢٩ ، ٥/ ١٨٢ .

(٢) فى الأصل : « وقعت » .

وَقَعْتَ طَلَّقَتَانِ ؛ لِأَنَّ نِصْفِي ^(١) الشَّيْءِ كُلَّهُ . وَإِنْ قَالَ : ثَلَاثَةَ أَنْصَافٍ
طَلَّقَتَيْنِ . طَلَّقْتُ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ نِصْفَ الطَّلَقَتَيْنِ طَلْقَةٌ ، وَقَدْ كَرَّرَهُ ثَلَاثًا .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقَعَ طَلَّقَتَانِ ، وَيَكُونُ مَعْنَاهُ : ثَلَاثَةَ أَنْصَافٍ مِنْ طَلَقَتَيْنِ .

وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ نِصْفَ طَلْقَةٍ ، ثَلَّثَ طَلْقَةً ، سُدُسَ طَلْقَةٍ . أَوْ :
نِصْفَ وَثَلَّثَ وَسُدُسَ طَلْقَةٍ . طَلَّقْتُ طَلْقَةً ؛ لِأَنَّ هَذِهِ أَجْزَاءُ طَلْقَةٍ . وَإِنْ
قَالَ : نِصْفَ طَلْقَةٍ ، وَثَلَّثَ طَلْقَةً ، وَسُدُسَ طَلْقَةٍ . طَلَّقْتُ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ
عَطْفَ جُزْءِ الطَّلْقَةِ عَلَى جُزْءٍ آخَرَ يَدُلُّ عَلَى الْمَغَايِرَةِ ، فَيَقَعُ جُزْءٌ مِنْ كُلِّ
طَلْقَةٍ ، ثُمَّ يُكْمَلُ بِالسَّرَايَةِ .

وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ ^(٢) نِصْفُ طَالِقٍ . طَلَّقْتُ وَاحِدَةً ، كَمَا لَوْ قَالَ : نِصْفُكَ
طَالِقٌ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ نِصْفُ طَلْقَةٍ . طَلَّقْتُ وَاحِدَةً ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتِ
الطَّلَاقُ .

فصل : فَإِنْ قَالَ لِأَرْبَعِ نِسَائِهِ : أَوْقَعْتُ يَتَنَكَّرُ - أَوْ - عَلَيْكُنَّ ، طَلْقَةً .
طَلَّقْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ طَلْقَةً ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ رُبْعَ الطَّلْقَةِ ، ثُمَّ تُكْمَلُ . فَإِنْ
قَالَ : طَلَّقَتَيْنِ . فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قُسِمَ لَمْ تَزِدْ كُلُّ ^(٣)
وَاحِدَةٍ عَلَى طَلْقَةٍ ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَوْقَعَ يَتَنَهَّنُ ثَلَاثًا أَوْ أَرْبَعًا . وَإِنْ أَوْقَعَ يَتَنَهَّنُ
خَمْسًا ، طَلَّقْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ طَلَقَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ طَلْقَةً وَرُبْعًا ،

(١) فِي الْأَصْلِ : « نِصْف » .

(٢) بَعْدَهُ فِي ف : « طَالِق » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فِيكْمَلُ الرُّبْعَ طَلْقَةً . وَرَوَى الْكَوْسَجُ^(١) عَنْ أَحْمَدَ : إِذَا قَالَ : أَوْقَعْتُ بَيْنَكُمَا
ثَلَاثَ طَلَقَاتٍ : مَا أَرَى إِلَّا قَدْ بَيَّنَّ مِنْهُ . فظَاهِرُهُ أَنَّهُ^(٢) « قَدْ أَوْقَعُ » بِكُلِّ وَاحِدَةٍ
ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ نَصِيبَ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْ كُلِّ طَلْقَةٍ رُبْعٌ ، ثُمَّ يُكْمَلُ بِالسَّرَايَةِ .
وَهَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي . وَعَلَى هَذَا يَتَفَرَّغُ مَا أَشْبَهَهُ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً لَا تَقَعُ عَلَيْكِ . أَوْ : لَا يَنْقُصُ بِهِ
عَدَدُ طَلَاقِكَ . أَوْ : لَا شَيْءَ . أَوْ : لَيْسَ بِشَيْءٍ . طَلَّقْتُ ؛ لِأَنَّهُ أَوْقَعُ
الطَّلَاقَ ، ثُمَّ وَصَفَهُ بِمَا لَا يَتَّصِفُ بِهِ ، فَلَغَتِ الصِّفَةَ ، وَبَقِيَ الطَّلَاقُ بِحَالِهِ .
وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ أَوْ لَا ؟ لَمْ تَطْلُقِي ؛ لِأَنَّهُ [٣١٣ ظ] لَمْ يُوقِعْهُ وَإِنَّمَا اسْتَفْهَمَ
عَنْهُ ، فَلَمْ يَقَعْ .

(١) إِسْحَاقُ بْنُ مَنْصُورٍ بْنِ بَهْرَامٍ الْكَوْسَجِيُّ الْمُرُوزِيُّ ، أَبُو يَعْقُوبَ ، الْعَالِمُ الْفَقِيهَ ، وَهُوَ الَّذِي دَوَّنَ
عَنِ الْإِمَامِ أَحْمَدَ الْمَسَائِلَ فِي الْفَقْهِ ، تَوَفَّى بِنَيْسَابُورَ سَنَةَ إِحْدَى وَخَمْسِينَ وَمِائَتَيْنِ . طَبَقَاتُ الْحَنَابِلَةِ
١١٣/١ - ١١٥ ، الْعَبَرُ ١/٢ .
(٢ - ٢) فِي الْأَصْلِ : « وَقَع » .

بَابُ مَا يَخْتَلِفُ بِهِ حُكْمُ الْمَذْخُولِ بِهَا وَغَيْرِهَا

إذا قال : أنت طالق ، أنت طالق . لغير مذخولٍ بها ، طَلَّقْتَ وَاحِدَةً ؛
لأنَّها بَانَتْ بالأُولَى ، فلم يَقَعْ بها ما بعدها ؛ لأنَّه أَوْقَعَهُ عَلَى بَائِنٍ . وكذلك
كُلُّ طَلَاكِ يَتَرْتَّبُ فِي الْوُقُوعِ ، كَقَوْلِهِ : أنت طالق ثم طالق . أو : طالق
فطالق . أو ^(١) : طالق بل طالق وطالق . أو : طالق طَلَقَةً فَطَلَقَةً . ^(٢) أو :
طَلَقَةً ^(٢) قَبْلَ طَلَقَةٍ . أو : بعد ^(٣) طَلَقَةٍ . أو : بعدها طَلَقَةً . لم يَقَعْ إِلَّا وَاحِدَةً ؛
لذلك ^(٤) .

وإن قال : أنت طالق طَلَقَتَيْنِ . طَلَّقْتَ طَلَقَتَيْنِ ؛ لأنَّه أَوْقَعَهُمَا مَعًا فِي
مَحَلٍّ قَابِلٍ لِهَمَا . ولو قال : أنت طالق طَلَقَةً مَعَهَا طَلَقَةً . طَلَّقْتَ اثْنَتَيْنِ ^(٥) ؛
لأنَّ لَفْظَهُ يَقْتَضِي وَاقِعَهُمَا مَعًا . وكذلك لو قال : أنت طالق وطالق .
طَلَّقْتَ اثْنَتَيْنِ ^(٥) ؛ لأنَّ الْوَاقِعَ يَقْتَضِي الْجَمْعَ دُونَ التَّرْتِيبِ ، فَأَشْبَهَتْ مَا
قَبْلَهَا .

(١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) سقط من : الأصل .

(٣) من هنا تبدأ نسخة مصورة من جامعة الإمام محمد بن سعود ، ويرمز لها بالرمز (س ٣) .

(٤) في م : « كذلك » .

(٥) في م : « طلقتين » .

فإن قال : أنت طالق طَلَقَةً قبلها طَلَقَةً . فكذلك في قول أبي بكر ؛ لأنه تَعَدَّرَ وَقُوعُ الثانية قبل الأولى ، فَوَقَعَتْ معها . وقال القاضي : لا يَقَعُ إِلَّا طَلَقَةً ؛ لأنه أَوْقَعَهُمَا مُتَرَتِّبَتَيْنِ^(١) ، فَتَقَعُ الأولى وتَلْغُو الثانية ، كقوله : طَلَقَةً قبل طَلَقَةٍ . ومتى قال شيئاً من ذلك لِمَدْخُولِ بها ، طَلَقْتَ طَلَقَتَيْنِ ؛ لأنها لا تَبِينُ بالأولى .

ولو قال لها : إن قُمتِ فأنتِ طالقٌ وطالقٌ . أو^(٢) : أنتِ طالقٌ وطالقٌ وإن قُمتِ . أو قال : إن قُمتِ فأنتِ طالقٌ ، إن قُمتِ فأنتِ طالقٌ ،^(٣) إن قُمتِ فأنتِ طالقٌ^(٣) . فقامت ، طَلَقْتَ ثلاثاً ، مَدْخُولاً بها أو^(٤) غير مَدْخُولِ بها^(٤) ؛ لأنه لا تَرْتِيبَ فيه . وإن قال : إن قُمتِ فأنتِ طالقٌ ، ثم طالقٌ ، ثم طالقٌ . فقامت ، طَلَقْتَ واحدةً إن كانت غير مَدْخُولِ بها ، وثلاثاً إن كان دَخَلَ بها .

فصل : وإذا قال لِمَدْخُولِ بها : أنتِ طالقٌ طَلَقَةً قبلها طَلَقَةً . وقال : أَرَدْتُ أَنِّي طَلَّقْتُهَا في نِكَاحٍ آخَرَ . أو : طَلَّقَهَا زَوْجَ قَبْلِي . ذِيْن . وهل يُقْبَلُ في الحُكْمِ ؟ فيه ثلاثة أَوْجُهٍ ؛ أحدها ، يُقْبَلُ ؛ لأنه يَحْتَمِلُ أن يُرِيدَ ذلك . والثاني ، لا يُقْبَلُ ؛ لأنه يُخَالِفُ الظاهر . والثالث ، إن كان وُجِدَ ،

(١) في الأصل : « مرتين » .

(٢) في الأصل : « و » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) بعده في ف : « وثلاثاً إن كان دخل بها » .

قُبِلَ ؛ لَأَنَّ اخْتِمَالَ إِرَادَةِ ذَلِكَ شَائِعٌ ، وَلَا يُقْبَلُ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَجِدٌ ؛ لِأَنَّهُ كَذِبٌ . وَإِنْ قَالَ : بَعْدَهَا طَلَقَةٌ . وَقَالَ : أَرَدْتُ طَلَقَةً أَوْقَعُهَا فِيهَا بَعْدُ . دُيِّنَ . وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الْحُكْمِ ؟ يُخْرِجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ بِقَوْلِي : أَنْتِ طَالِقٌ ، أَنْتِ طَالِقٌ . التَّأْكِيدَ بِالثَّانِيَةِ . قُبِلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ لِمَا قَالَهُ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، طَلَّقْتَ طَلَقَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ الثَّانِيَّ كَالأَوَّلِ ، فَيَقْتَضِي مِنَ الْوُقُوعِ مَا اقْتَضَاهُ الْأَوَّلُ .

وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ طَالِقٌ . فَهِيَ وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ الثَّانِيَّ لَا يَصْلُحُ وَحْدَهُ لِلإِسْتِثْنَاءِ ، فَيَنْصَرِفُ إِلَى التَّأْكِيدِ ؛ كَقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « فَنَكَاحُهَا بَاطِلٌ بَاطِلٌ » ^(١) . وَإِنْ قَصَدَ بِالثَّانِي الْإِيْقَاعَ ، طَلَّقْتَ طَلَقَتَيْنِ ، وَيُقَدَّرُ لَهُ مَا يَتِمُّ الْكَلَامُ بِهِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَطَالِقٌ . فَهِيَ ثَلَاثٌ . [٣١٤ و]
وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ بِالثَّانِيَةِ التَّوْكِيدَ . دُيِّنَ ، وَلَمْ يُقْبَلْ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ غَايِرٌ بَيْنَهُمَا بِحَرْفٍ . وَإِنْ أَرَادَ بِالثَّلَاثَةِ التَّوْكِيدَ ، قُبِلَ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهَا مِثْلُ الثَّانِيَةِ فِي لَفْظِهَا .

وكَذَلِكَ إِذَا قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ، فَطَالِقٌ ، فَطَالِقٌ ^(٢) . أَوْ : طَالِقٌ ، ثُمَّ طَالِقٌ ، ثُمَّ طَالِقٌ ^(٣) . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ، وَطَالِقٌ ، فَطَالِقٌ . أَوْ : طَالِقٌ ، فَطَالِقٌ ، ثُمَّ طَالِقٌ . وَقَالَ : أَرَدْتُ التَّوْكِيدَ . لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّهُ غَايِرٌ بَيْنَ الْحُرُوفِ .

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٢٢٣ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

وإن غَايَرَ بَيْنَ الْأَلْفَاظِ ، فَقَالَ : أَنْتِ مُطَلَّقَةٌ ، أَنْتِ مُسَرَّحَةٌ ، أَنْتِ
مُفَارَقَةٌ . وَقَالَ : أَرَدْتُ بِالثَّانِيَةِ وَالثَّالِثَةِ التَّوَكِيدَ . قُبِلَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُغَايِرْ بَيْنَ
الْحُرُوفِ الْعَامِلَةِ فِي الْكَلَامِ ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا .

بَابُ الاسْتِثْنَاءِ فِي الطَّلَاقِ

يَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ فِي الطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّهُ لُغَةُ الْعَرَبِ ، وَنَزَلَ بِهِ الْقُرْآنُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَصِحُّ فِي عَدَدِ الطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى رَفْعِ الْوَاقِعِ مِنْهَا . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ فِي الطَّلَاقِ ، فَجَازَ ، كَمَا فِي عَدَدِ الْمُطَلَّاقَاتِ ، وَلَيْسَ الْاسْتِثْنَاءُ رَفْعًا لَوَاقِعَ ؛ إِذْ لَوْ كَانَ كَذَلِكَ لَمْ يَصِحَّ فِي الْإِقْرَارِ ، وَلَا فِي عَدَدِ الْمُطَلَّاقَاتِ ، وَإِنَّمَا يَمْنَعُ دُخُولُ الْمُسْتَثْنَى ^(١) فِي الْمُسْتَثْنَى مِنْهُ .

وَلَا يَصِحُّ اسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ ، وَلَا الْأَكْثَرِ . وَفِي اسْتِثْنَاءِ النِّصْفِ وَجْهَانِ ؛ لِأَنَّهُ نَذَرُ فِي الْإِقْرَارِ .

فَإِذَا قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا . أَوْ : إِلَّا طَلَقْتَيْنِ . طَلَقْتَ ثَلَاثًا . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا طَلَقَةً وَطَلَقْتَيْنِ . أَوْ : إِلَّا ^(٢) طَلَقَةً وَطَلَقَةً . فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ الْاسْتِثْنَاءُ ؛ لِأَنَّ الْعَطْفَ بِالْوَاوِ يَجْعَلُ الْجُمْلَتَيْنِ جُمْلَةً وَاحِدَةً ، فَيَكُونُ مُسْتَثْنَى الْأَكْثَرِ أَوْ الْكُلِّ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْاسْتِثْنَاءَ الْأَوَّلَ يُمَكِّنُ تَصْحِيحَهُ ، فَلَا يَنْطَلُ بِطُلَانٍ غَيْرِهِ . وَإِنْ قَالَ :

(١) بعده في ف ، م : « من الدخول » .

(٢) في الأصل : « لا » .

أَنْتِ طَالِقٌ طَلَّقْتَيْنِ وَطَلَقَةً إِلَّا طَلَقَةً . ففیه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَصِحُّ
الاسْتِثْنَاءُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الاسْتِثْنَاءَ يَعُودُ إِلَى مَا
يَلِيهِ ، فَيَصِيرُ مُسْتَثْنِيًا لِلْكَلِّ ، وَلِأَنَّ تَصْحِيحَهُ يَجْعَلُ الْمُسْتَثْنَى وَالْمُسْتَثْنَى مِنْهُ
لَغْوًا .

وإن قال : أَنْتِ طَالِقٌ وَطَالِقٌ وَإِلَّا طَلَقَةً . أَوْ : طَالِقٌ طَلَّقْتَيْنِ
وَنِصْفًا إِلَّا طَلَقَةً . أَوْ : إِلَّا نِصْفَ طَلَقَةٍ . فَكَذَلِكَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَلَوْ كَانَ
الْعَطْفُ بغيرِ الواوِ ، لَغَا الاسْتِثْنَاءُ ، وَجْهًا وَاحِدًا . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ
خَمْسًا إِلَّا طَلَّقْتَيْنِ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ عَادَ إِلَى الْخَمْسِ ، بَقِيَ بَعْدَهُ ثَلَاثٌ ،
وَإِنْ عَادَ إِلَى الثَّلَاثِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَثْنَى الْأَكْثَرَ . وَإِنْ قَالَ : إِلَّا طَلَقَةً .
ففیه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَثْنَى وَاحِدَةً مِنْ خَمْسٍ ، فَبَقِيَ
أَرْبَعٌ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، فَيَقَعُ طَلَقَتَانِ ؛ لِأَنَّ الاسْتِثْنَاءَ يَعُودُ
إِلَى مَا مَلَكَهُ مِنَ الطَّلَاقِ دُونَ مَا زَادَ .

وَلَا يَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ مِنَ الاسْتِثْنَاءِ فِي الطَّلَاقِ إِلَّا فِي مَسْأَلَةٍ وَاحِدَةٍ ،
وَهِيَ قَوْلُهُ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ، إِلَّا اثْنَتَيْنِ ، إِلَّا وَاحِدَةً . فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛
بِنَاءٍ عَلَى اسْتِثْنَاءِ النِّصْفِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا وَاحِدَةً .
لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ الاسْتِثْنَاءَ الْأَوَّلَ بَاطِلٌ ، فَلَا يَصِحُّ الاسْتِثْنَاءُ مِنْهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ
يَعُودَ اسْتِثْنَاءُ الْوَاحِدَةِ إِلَى أَوَّلِ الْكَلَامِ ؛ لِتَعَذُّرِ [٣١٤ ظ] عَوْدِهِ إِلَى مَا يَلِيهِ ،
فَيَقَعُ طَلَقَتَانِ .

فصل : وإن قال : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا . وَاسْتَثْنَى بِقَلْبِهِ : إِلَّا وَاحِدَةً .
طَلَقْتَ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّهُ يُسْقِطُ مَا يَقْتَضِيهِ نَصُّهُ بِالنِّيَّةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ ؛ وَإِنْ قَالَ

لِنِسَائِهِ : أَرْبَعُكُنَّ طَوَالِقُ . وَاسْتَشْنَى بِقَلْبِهِ : إِلَّا فُلَانَةً . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِذَلِكَ ^(١) .
وَإِنْ قَالَ : نِسَائِي طَوَالِقُ . وَنَوَى : إِلَّا فُلَانَةً . صَحَّ ، وَلَمْ تَطْلُقْ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يُسْقِطُ اللَّفْظَ ، وَإِنَّمَا يَسْتَعْمِلُ الْعُمُومَ فِي الْخُصُوصِ ، وَذَلِكَ شَائِعٌ . وَإِذَا
ادَّعَى ذَلِكَ دُيِّنَ . وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الْحُكْمِ ؟ يُخْرِجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

(١) فِي م : « كَذَلِكَ » .

بَابُ الشَّرْطِ ^(١) فِي الطَّلَاقِ

يَصِحُّ تَغْلِيْقُ الطَّلَاقِ بِشَرْطٍ ؛ كَدُخُولِ الدَّارِ ، وَمَجِيءِ زَيْدٍ ، وَدُخُولِ سَنَةٍ . فَإِذَا عَلَّقَهُ بِشَرْطٍ ، تَعَلَّقَ بِهِ ، فَمَتَى وَجَدَ الشَّرْطُ ، وَقَعَ ، وَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ ، لَمْ يَقَعْ ؛ لِأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ بُنِيَ عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ ، أَشْبَهَ الْعِثْقَ . وَلَوْ قَالَ : عَجَّلْتُ مَا عَلَّقْتُهُ . لَمْ تَطْلُقْ ؛ لِأَنَّهُ تَعَلَّقَ بِالشَّرْطِ ، فَلَمْ يَتَغَيَّرْ ^(٢) .

فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ الطَّلَاقَ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا سَبَقَ لِسَانِي إِلَى الشَّرْطِ . طَلَّقْتُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا يُوجِبُ التَّغْلِيْظَ مِنْ غَيْرِ تَهْمَةٍ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ قَالَ : أَرَدْتُ إِذَا دَخَلْتُ الدَّارَ . دُيِّنَ . وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الْحُكْمِ ؟ يُخْرَجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

فصل : وأدواتُ الشرطِ المُستعملةُ في الطَّلَاقِ والعَتَاقِ سِتَّةٌ : إِنْ ، وَمَنْ ، وَإِذَا ، وَمَتَى ، وَأَيُّ ، وَكُلَّمَا .

وَلَيْسَ فِيهَا مَا يَقْتَضِي التَّكْرَارَ إِلَّا « كُلَّمَا » ، فَإِذَا قَالَ : إِنْ قُمْتُ . أَوْ : إِذَا قُمْتُ . أَوْ : مَتَى قُمْتُ . أَوْ : أَيُّ وَقْتٍ قُمْتُ . أَوْ : مَنْ قَامَ مِنْكُنَّ ، فَهِيَ طَالِقٌ . فَقَامَتْ ، طَلَّقَتْ . وَإِنْ تَكَرَّرَ الْقِيَامُ ، لَمْ يَتَكَرَّرِ الطَّلَاقُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ

(١) فِي م : « الشُّرُوطُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « يَعْتَبَرُ » .

لا يَفْتَضِي التَّكْرَارَ . وإن قال : كُلَّمَا قُمْتَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَقَامَتْ ، طَلَّقَتْ .
وإن تَكَرَّرَ الْقِيَامُ ، تَكَرَّرَ الطَّلَاقُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَفْتَضِي التَّكْرَارَ .

وقال أبو بكرٍ : في « متى » ما يَفْتَضِي تَكَرَّرَهَا^(١) ؛ لِأَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ
لِلتَّكْرَارِ ، قال الشاعرُ^(٢) :

مَتَى تَأْتِيهِ تَغْشُو إِلَى ضَوْءِ نَارِهِ تَجِدُ خَيْرَ نَارٍ عِنْدَهَا خَيْرُ مُوقِدٍ

وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لَا تَفْتَضِيهِ ؛ لِأَنَّهَا اسْمُ زَمَانٍ ، فَأَشْبَهَتْ « إِذَا » .

وكلُّ هذه الأَدَوَاتِ عَلَى التَّرَاخِي إِذَا خَلَتْ عَنْ^(٣) حَرْفِ « لَمْ » ، فَإِنْ
صَحِبَتْهَا « لَمْ » كَانَتْ « إِنْ » عَلَى التَّرَاخِي . و« إِذَا » فِيهَا وَجْهَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، هِيَ عَلَى الْفَوْرِ ؛ لِأَنَّهَا اسْمُ زَمَانٍ ، فَأَشْبَهَتْ « مَتَى » . وَالثَّانِي ،
هِيَ^(٤) عَلَى التَّرَاخِي ؛ لِأَنَّهَا أُخْلِصَتْ لِلشَّرْطِ ، فَهِيَ بِمَعْنَى « إِنْ » ، وَإِنْ
اِحْتَمَلَتْ الْأَمْرَيْنِ ، لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ بِالشَّكِّ .

وسائرُ الأَدَوَاتِ عَلَى الْفَوْرِ ؛ لِأَنَّهَا تَفْتَضِيهِ ، فَإِذَا قَالَ : إِنْ لَمْ أُطْلَقْ^(٥)
فَأَنْتِ طَالِقٌ . وَلَمْ يَنْوِ وَقْتًا بَعِيْنَهُ ، وَلَا دَلَّتْ عَلَيْهِ قَرِيْنَةٌ ، لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ إِلَّا
عِنْدَ قُوَّتِهِ^(٦) مِنْهُ ، وَذَلِكَ فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ حَيَاةِ أَحَدِهِمَا . وَإِنْ قَالَ : مَتَى لَمْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « تَكَرَّرَ الطَّلَاقُ » .

(٢) هُوَ الْخَطِيئَةُ . وَالْبَيْتُ فِي دِيْوَانِهِ ١٦ .

(٣) فِي م : « مِنْ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

(٥) فِي ف : « أَطْلَقَ » .

(٦) فِي س ٣ ، م : « قَرَبَهُ » .

أُطْلُقُكَ . أو : أَيْ وَقْتُ لَمْ أُطْلُقْكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . أو : مَنْ لَمْ أُطْلُقْهَا مِنْكَ
فَهِيَ طَالِقٌ . فَمَضَى زَمَنٌ يُمَكِّنُ طَلَاقُهَا وَلَمْ يُطْلُقْهَا ، طَلَّقَتْ .

وإن قال : إذا لَمْ أُطْلُقْكَ فَأَنْتِ [٣١٥و] طَالِقٌ . فهل تَطْلُقُ فِي الْحَالِ أو
فِي آخِرِ حَيَاةِ أَحَدِهِمَا ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وإن قال : كُلَّمَا لَمْ أُطْلُقْكَ فَأَنْتِ
طَالِقٌ . فَمَضَى زَمَنٌ يُمَكِّنُ طَلَاقُهَا ثَلَاثًا ، وَلَمْ يُطْلُقْهَا ، طَلَّقْتَ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ
مَعْنَاهُ : كُلَّمَا سَكَتُ عَنْ طَلَاقِكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . وَقَدْ سَكَتَ ثَلَاثَ سَكَاتٍ
فِي ثَلَاثَةِ أَوْقَاتٍ .

فصل : وإن قال : إن دَخَلْتَ الدَّارَ أَنْتِ طَالِقٌ . لَمْ تَطْلُقِي حَتَّى تَدْخُلِي ،
كَمَا لَوْ قَالَ : « أَنْتِ طَالِقٌ »^(١) إن دَخَلْتَ الدَّارَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَقَعَ فِي الْحَالِ ؛
لِأَنَّ جَوَابَ الشَّرْطِ إِذَا تَأَخَّرَ عَنْهُ لَمْ يَكُنْ إِلَّا بِالْفَاءِ ، أَوْ بِ« إِذَا » . وإن قال :
إن دَخَلْتَ الدَّارَ وَأَنْتِ طَالِقٌ . طَلَّقْتَ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الْوَاوَ لَيْسَتْ جَوَابًا
لِلشَّرْطِ . فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ بِهَا الْجَزَاءَ . أَوْ : أَرَدْتُ أَنْ أَجْعَلَهُمَا شَرْطَيْنِ
لشَيْءٍ ، ثُمَّ أَمْسَكْتُ . دُيِّنَ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ لِمَا قَالَهُ . وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الْحُكْمِ ؟
يُخْرِجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

فإن قال : أَنْتِ طَالِقٌ وَإِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ . طَلَّقْتَ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُ : وَلَوْ
دَخَلْتَ . كَقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ : « مَنْ قَالَ : لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ . دَخَلَ
الْجَنَّةَ وَإِنْ زَنَى وَإِنْ سَرَقَ »^(٢) . وإن قال : أَنْتِ طَالِقٌ لَوْ دَخَلْتَ الدَّارَ .

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) أخرجه البخاري ، في : باب في الجنائز ومن كان آخر كلامه لا إله إلا الله ، من كتاب =

طَلَّقْتُ ؛ لِأَنَّ « لَوْ » تُسْتَعْمَلُ بَعْدَ الْإِثْبَاتِ لغيرِ الْمَنْعِ ، كَقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنَّهُ لَقَسَمٌ لَوْ تَعْلَمُونَ عَظِيمٌ ﴾^(١) . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ الشَّرْطَ . قُبِلَ ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَمِلٌ .

وإن قال : أَنْتِ طَالِقٌ أَنْ دَخَلْتِ . بَفَتْحِ الْهَمْزَةِ ، طَلَّقْتُ عِنْدَ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ « أَنْ » لِلتَّغْلِيلِ لَا لِلشَّرْطِ ، كَقَوْلِهِ^(٢) تَعَالَى : ﴿ يَمْنُونُ عَلَيْكَ أَنْ أَسْلَمُوا ﴾^(٣) . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ نَحْوِيًّا^(٤) ، وَقَعَ طَلَّاقُهُ لِذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ عَامِّيًّا ، فَهِيَ لِلشَّرْطِ ؛ لِأَنَّ الْعَامِّيَّ لَا يُرِيدُ بِهَا إِلَّا الشَّرْطَ ، فَأُجْرِيَ عَلَيْهِ حُكْمُهُ . وَحُكِيَ عَنِ الْخَلَّالِ أَنَّ النَّحْوِيَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ ، فَهُوَ كَالْعَامِّيِّ .

فصل : فإن قال : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ^(٥) شَرِبْتِ ، إِذَا أَكَلْتِ . أَوْ : مَتَى

= الْجَنَائِزُ ، وَفِي : بَابِ الثِّيَابِ الْبَيْضِ ، مِنْ كِتَابِ الْلبَاسِ ، وَفِي : بَابِ مِنْ أَجَابَ بَلِيكٍ وَسَعْدِيكَ ، مِنْ كِتَابِ الْاسْتِئْذَانِ ، وَفِي : بَابِ الْمَكْثَرُونَ هُمُ الْمَقْلُونُ ، وَبَابِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَمَا أَحَبُّ أَنْ لِي مِثْلُ أَحَدٍ ذَهَبًا » ، مِنْ كِتَابِ الرِّقَاقِ ، وَفِي : بَابِ كَلَامِ الرَّبِّ مَعَ جَبْرِيلَ وَنِدَاءِ اللَّهِ الْمَلَائِكَةَ ، مِنْ كِتَابِ التَّوْحِيدِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٨٩/٢ ، ٩٠ ، ٩٢/٧ ، ٩٣ ، ٧٥/٨ ، ١١٧ ، ١١٨ ، ١٧٤/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ مَنْ مَاتَ لَا يَشْرِكُ بِاللَّهِ شَيْئًا دَخَلَ الْجَنَّةَ ... ، مِنْ كِتَابِ الْإِيمَانِ ، وَفِي : بَابِ التَّرْغِيبِ فِي الصَّدَقَةِ ، مِنْ كِتَابِ الزَّكَاةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٩٤/١ ، ٩٥ ، ٦٨٨/٢ ، ٦٨٩ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي افْتِرَاقِ هَذِهِ الْأُمَّةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الْإِيمَانِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١١٣/١٠ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٥٢/٥ ، ١٥٩ ، ١٦١ ، ١٦٦ .

(١) سُورَةُ الْوَاقِعَةِ ٧٦ .

(٢) فِي س ٣ : « لَقَوْلِهِ » . وَفِي ف : « لَقَوْلِ اللَّهِ » .

(٣) سُورَةُ الْحَجَرَاتِ ١٧ .

(٤) فِي ف : « جَوَابًا » .

(٥) فِي م : « إِذَا » .

أَكَلَتْ . لم تَطْلُقْ حتى تَشْرَبَ بعدَ الأَكْلِ ؛ لأنَّ إدخالَ الشرطِ على الشرطِ يقتضى تقدِيمَ المؤخَّرِ . وإن قال : أَنْتِ طالقٌ إن شَرِبْتَ ، إن أَكَلْتَ . فكَذلك ؛ لما ذَكَرناه . وإن قال : أَنْتِ طالقٌ إن شَرِبْتَ فَأَكَلْتَ . أو : إن شَرِبْتَ ثم أَكَلْتَ . لم تَطْلُقْ حتى تأْكُلَ بعدَ الشُّرْبِ ؛ لأنَّهما حرفا تَرْتيبٍ . وإن قال : أَنْتِ طالقٌ إن شَرِبْتَ وَأَكَلْتَ . طَلَّقْتَ بوجُودِهما على أىِّ صِفَةٍ كان^(١) ؛ لأنَّ الواوَ للجمْعِ ، ولا تقتضى تَرْتيبًا ، ولا تَطْلُقُ بوجُودِ أَحَدِهما ؛ لأنَّها للجمْعِ .

وإن قال : أَنْتِ طالقٌ إن أَكَلْتَ ، أو شَرِبْتَ . طَلَّقْتَ بوجُودِ أَحَدِهما ؛ لأنَّ «أو» تقتضى تعليقَ الجزاءِ على واحدٍ مِنَ المذكُورَيْنِ^(٢) ، كقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَمَنْ كَانَتْ مِنْكُمْ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ ﴾^(٣) .

فصلٌ فى تعليقِ الطَّلَاقِ بالحَيْضِ : إذا قال : إن حِضَّتِ فَأَنْتِ طالقٌ . طَلَّقْتَ بأوَّلِ جُزْءٍ مِنَ الحَيْضِ . فإن رَأَتْ دَمًا وَتَبَيَّنَ أَنَّهُ ليس بحَيْضٍ ، تَبَيَّنَا^(٤) أَنَّ الطَّلَاقَ لم يَقَعْ . وإن قالت : قد حِضْتُ . فكَذَّبَها ، قُبِلَ قولُها بغيرِ يَمِينٍ . وعنه ، لا يُقْبَلُ قولُها ، و^(٥) يَخْتَبِرُهَا النِّسَاءُ بإدخالِ قُطْنَةٍ فى

(١) سقط من : م .

(٢) فى الأصل ، س ٣ : «المذكور» .

(٣) سورة البقرة ١٨٤ .

(٤) فى الأصل ، س ٣ ، م «تبين» .

(٥) فى الأصل : «أو» .

الفرج ، فإن ظهر الدَّم ، فهي حائضٌ ، وإلا فلا . والمذهب الأول ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهِنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾ ^(١) . فلو لا أن قولهنَّ مقبولٌ ، ما حرَّم عليهنَّ ^(٢) كتمانهُ ، ولأنَّه لا يُعرفُ إلا من جهتها . [٣١٥ ظ] وإن قال : قد حضت . فأنكرته ، طَلَّقَتْ بإقراره . وإن قال : إن حضتِ فضرَّتكَ طالقٌ . فقالت : قد حضتُ . فكذبها ، لم تطلقِ ضرَّتُها ؛ لأنَّ قولها يُقبلُ في حقِّها دونَ غيرها . وإن قال الزوجُ : قد حضتِ . فكذبته ، طَلَّقَتْ بإقراره .

فإن قال : إن حضتِ فأنتِ وضرَّتكَ طالقَتان . فقالت : قد حضتُ . فصَدَّقَها ، طَلَّقَتَا ، وإن كذبها ، طَلَّقَتْ وحدها ، ولم تطلقِ الضرَّةُ وإن صدَّقَها .

وإن قال : إذا حضتُما فأنتُما طالقَتان . فقالتا : قد حضنا . فصَدَّقَهما ، طَلَّقَتَا ، وإن كذبهما ، لم تطلقِ واحدةٌ منهما ؛ لأنَّ طلاقَ كلِّ واحدةٍ منهما مُعلَّقٌ على حيضِهما ، ولا يُقبلُ قولُ واحدةٍ منهما في حقِّ ضرَّتِها . وإن صدَّقَ إحداهما وحدها ، لم تطلقِ ؛ لأنَّ قولَ المكذبةِ غيرُ مقبولٍ في حقِّها ، وطلَّقَتِ المكذبةُ ؛ لأنها مقبولةُ القولِ في نفسها ، وقد صدَّقَ الزوجُ صاحبَتَها ، فوجدَ الشرطان في طلاقِها ، فطلَّقَتْ .

وإن قال لأربعِ نسوةٍ له : إن حضتُنَّ فأنتُنَّ طوالقُ . فقد علقَ طلاقَ كلِّ

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٢) في ف : « عليها » .

واحدة^(١) بحَيْضِ الأَرْبَعِ ، فَإِنْ قُلْنَ : قَدْ حِضْنَا . فَصَدَّقَهُنَّ ، طَلَّقْنَ ؛ لَأَنَّهُ^(٢) وَجَدَ حَيْضُهُنَّ بِتَضَدِّيقِهِ ، وَإِنْ كَذَّبَهُنَّ ، أَوْ كَذَّبَ ثَلَاثًا أَوْ اثْنَتَيْنِ ، لَمْ تَطْلُقْ واحدةٌ مِنْهُنَّ ؛ لِأَنَّ قَوْلَ كُلِّ واحدةٍ لَا يُقْبَلُ إِلَّا فِي حَقِّ نَفْسِهَا ، فَلَمْ يُوجَدْ الشَّرْطُ . وَإِنْ صَدَّقَ ثَلَاثًا ، طَلَقَتِ الْمَكْذُوبَةُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الْاِثْنَتَيْنِ إِذَا صَدَّقَ إِحْدَاهُمَا . وَإِنْ قَالَ : كُلَّمَا حَاضَتْ إِحْدَاكُنَّ فَضَرَّائِرُهَا طَوَالِقُ . فَقَدْ جَعَلَ حَيْضَ كُلِّ واحدةٍ شَرْطًا لَطَلَاقِ الْبَوَاقِي ، فَإِنْ قُلْنَ : قَدْ حِضْنَا . فَصَدَّقَهُنَّ ، طَلَّقْنَ ثَلَاثًا ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ واحدةٍ ثَلَاثَ ضَرَائِرَ ، فَتَطْلُقُ بِحَيْضِ كُلِّ واحدةٍ طَلَقَةً . وَإِنْ كَذَّبَهُنَّ ، لَمْ تَطْلُقْ واحدةٌ مِنْهُنَّ . وَإِنْ صَدَّقَ واحدةٌ مِنْهُنَّ ، طَلَقَتْ كُلُّ واحدةٍ مِنْ ضَرَائِرِهَا طَلَقَةً ؛ لِأَنَّ حَيْضَهَا ثَبَتَ بِتَضَدِّيقِهِ ، وَلَمْ تَطْلُقِ الْمُصَدِّقَةُ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ لَهَا صَاحِبَةٌ ثَبَتَ حَيْضُهَا . وَإِنْ صَدَّقَ اثْنَتَيْنِ ، طَلَقَتْ كُلُّ واحدةٍ مِنْهُمَا طَلَقَةً ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ واحدةٍ مِنْهُمَا ضَرَّةً مُصَدِّقَةً ، وَطَلَقَتْ كُلُّ واحدةٍ مِنَ الْمَكْذُوبَتَيْنِ طَلَقَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ واحدةٍ مِنْهُمَا ضَرَّتَيْنِ مُصَدِّقَتَيْنِ . وَإِنْ صَدَّقَ ثَلَاثًا ، طَلَقَتِ الْمَكْذُوبَةُ ثَلَاثًا ، وَطَلَقَتْ كُلُّ واحدةٍ مِنَ الْمُصَدِّقَاتِ طَلَقَتَيْنِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : إِذَا قَالَ لِحَائِضٍ : إِذَا حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ . لَمْ تَطْلُقْ حَتَّى تَطْهَرَ ثُمَّ تَحِيضَ ؛ لِأَنَّ « إِذَا » اسْمٌ لَزَمَ مُسْتَقْبَلٍ ، فَتَقْتَضِي فِعْلًا مُسْتَقْبَلًا . وَإِنْ قَالَ لَهَا : إِذَا طَهَرْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ . طَلَقَتْ بِانْقِطَاعِ الدِّمِ . نَصٌّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ لَهَا أَحْكَامُ الطَّهْرِ ؛ مِنْ وَجوبِ الْغُسْلِ ، وَالصَّلَاةِ ، وَصِحَّةِ الصَّوْمِ .

(١) بعده في م : « منهن » .

(٢) بعده في م : « قد » .

وذكر أبو بكر قولاً آخر أنها لا تطلق حتى تغتسل ؛ لأن بعض أحكام الحيض باقية . وإن قال لطاهر : إذا طهرت فأنت طالق . لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ؛ لما ذكرنا .

وإن قال لها : إذا حضت حيضة فأنت طالق . لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر . نص عليه ؛ لأنها لا تحيض حيضة كاملة إلا بذلك . وإن قال : إن حضت نصف حيضة فأنت طالق . احتمل أن تطلق إذا مضى نصف عادتها ؛ لأن الأحكام تعلقت بالعادة ، واحتمل أنه متى مضت [٣١٦ و] حيضتها ، تبين وقوع الطلاق في نصفها . وحكى عن القاضي أنه يلغو قوله : نصف حيضة . ويتعلق الطلاق بأول الدم . وقيل عنه : تطلق بمضي سبعة أيام ونصف ؛ لأنه نصف أكثر الحيض . يعني - والله أعلم - أنه ما دام حيضها باقياً لا يحكم بوقوع طلاقها حتى يمضي نصف أكثر الحيض ؛ لأن ما قبل ذلك لا يتيقن به مضي نصف الحيضة ، فلا يقع الطلاق بالشك . فإن طهرت ^(١) بدون ذلك ، تبين وقوع الطلاق من ^(٢) نصف الحيضة ، قلت أو كثرت ؛ لأننا تيقنا ^(٣) مضي نصف الحيضة بمضيها كلها .

وإن قال لزوجتيه : إذا حضتاً حيضة واحدة فأنتما طالقان . لغا قوله : حيضة واحدة . لاستحالة ذلك ، وصار كقوله : إذا حضتاً فأنتما طالقان . فإن قال : أرذت إذا حاضت كل واحدة منهما حيضة . قبل ؛

(١) في الأصل : « طلقت » .

(٢) في م : « و » .

(٣) في م : « تبينا » .

لأنه مُحْتَمِلٌ لِمَا قَالَه .

فصل : إذا قال مَنْ لطلاقها سُنَّةٌ وبِدْعَةٌ - وهى المَذْحُولُ بها مِنْ ذَوَاتِ الأَقْرَاءِ - : أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ . وهى فى طَهْرِ لَمْ يُصِيبْهَا فِيهِ ، طَلَّقَتْ فى الْحَالِ ؛ لَوْجُودِ الصُّفَةِ . وَإِنْ كَانَتْ حَائِضًا ، أَوْ فى طَهْرِ أَصَابَهَا فِيهِ ، لَمْ تَطْلُقْ فى الْحَالِ ؛ لَعَدَمِ الصُّفَةِ ، فَإِذَا طَهَّرْتَ الْحَائِضُ ، أَوْ حَاضَتْ الْمُصَابَةُ ، ثُمَّ طَهَّرْتَ ، طَلَّقْتَ ؛ لَوْجُودِ الصُّفَةِ حِينَئِذٍ . وَإِنْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ . وهى حَائِضٌ ، أَوْ فى طَهْرِ أَصَابَهَا فِيهِ ، طَلَّقْتَ فى الْحَالِ . وَإِنْ كَانَتْ فى طَهْرِ لَمْ يُصِيبْهَا فِيهِ ، لَمْ تَطْلُقْ ؛ لَعَدَمِ الصُّفَةِ ، فَإِذَا حَاضَتْ أَوْ جَامَعَهَا ، طَلَّقْتَ .

وَإِنْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ إِنْ كُنْتَ الْآنَ مِمَّنْ يُطْلَقُ لِلسُّنَّةِ . وَكَانَتْ فى زَمَنِ السُّنَّةِ ، طَلَّقْتَ ؛ لَوْجُودِ الصُّفَةِ ، وَإِلَّا لَمْ تَطْلُقْ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطُ لَوْقُوعِهِ كَوْنُهَا الْآنَ مِمَّنْ يُطْلَقُ لِلسُّنَّةِ ، وَلَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً لِلسُّنَّةِ ، وَطَلْقَةً لِلْبِدْعَةِ . طَلَّقْتَ فى الْحَالِ وَاحِدَةً . فَإِذَا صَارَتْ إِلَى ضِدِّ حَالِهَا ، طَلَّقْتَ الأُخْرَى . وَإِنْ قَالَ : طَلْقَةً لِلسُّنَّةِ وَالبِدْعَةِ . لَغَا قَوْلُهُ : لِلسُّنَّةِ وَالبِدْعَةِ . لاسْتِحَالَةِ اجْتِمَاعِهِمَا ، وَطَلَّقْتَ فى الْحَالِ .

وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا لِلسُّنَّةِ . فعلى قولِ الخِرَقِيِّ ، تَطْلُقُ ثَلَاثًا فى طَهْرِ لَمْ يُصِيبْهَا فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ وَقْتُ السُّنَّةِ . وعلى قولِ أَبِي بَكْرٍ ، تَطْلُقُ وَاحِدَةً فى طَهْرِ لَمْ يُصِيبْهَا فِيهِ ، وَتَطْلُقُ الثَّانِيَةَ وَالثَّالِثَةَ فى طَهْرَيْنِ فى نِكَاحَيْنِ إِنْ وُجِدَا ؛ لِأَنَّ السُّنَّةَ تَطْلِيقَةٌ وَاحِدَةٌ ، ثُمَّ يَدْعُهَا حَتَّى تَنْقُضِي عِدَّتَهَا .

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً ، بعضهنَّ للسنة وبعضهنَّ للبذعة . طَلَّقْتَ
طَلَّقْتَيْنِ فِي الْحَالِ ، والثالثة في الحال الأخرى ؛ لأنَّ قِسْطَ الْحَالِ الْأُولَى
طَلْقَةٌ وَنِصْفٌ ، فَكُمِّلْ ، فَصَارَ طَلَّقْتَيْنِ . وإن قال : أَرَدْتُ فِي هَذِهِ الْحَالِ
وَاحِدَةً ، وَالْبَاقِي فِي الْأُخْرَى . قُبِلَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْبَعْضَ يَقَعُ عَلَى الطَّلَاقِ
الوَاحِدَةِ ^(١) حَقِيقَةً ، فَلَمْ تُخَالِفْ دَعْوَاهُ الظَّاهِرَ ، فَقُبِلَتْ .

فصل : وإن ^(٢) « كَانَتْ امْرَأَتُهُ » صَغِيرَةً لَا تَحِيضُ ، أَوْ آيسَةً ، أَوْ حَامِلًا
تَبَيَّنَ حَمْلُهَا ، أَوْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا ، فَلَا سُنَّةَ لَطَّلَاقِهَا وَلَا بِدْعَةَ ، فَإِذَا قَالَ :
أَنْتِ طَالِقٌ لَا لِلسُّنَّةِ وَلَا لِلْبِدْعَةِ . طَلَّقْتَ ؛ لَوْجُودِ الصِّفَةِ . وإن قال : أَنْتِ
طَالِقٌ لِلسُّنَّةِ . أَوْ : لِلْبِدْعَةِ . أَوْ : لِلسُّنَّةِ وَالْبِدْعَةِ . طَلَّقْتَ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ
وَصَفَهَا بِصِفَةٍ لَا تَتَّصِفُ بِهَا ، فَلَغَتِ الصِّفَةُ ، وَوَقَعَ الطَّلَاقُ . فَإِنْ قَالَ :
أَرَدْتُ إِيقَاعَهُ بِهَا إِذَا صَارَتْ [٣١٦ ظ] مِنْ أَهْلِ سُنَّةِ الطَّلَاقِ وَبِدْعَتِهِ . دُيِّنَ .
وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الْحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

فصل : إِذَا قَالَ لِمَنْ لَطَّلَاقِهَا سُنَّةً وَبِدْعَةً : أَنْتِ طَالِقٌ أَحْسَنَ الطَّلَاقِ ،
وَأَجْمَلَهُ ، وَأَعْدَلَهُ . وَمَا أَشْبَهَ هَذَا مِنَ الصِّفَاتِ الْجَمِيلَةِ ، طَلَّقْتَ لِلسُّنَّةِ . وَإِنْ
قَالَ : أَقْبَحَ الطَّلَاقِ ، وَأَسْمَجَهُ . وَمَا أَشْبَهَهُ مِنْ صِفَاتِ الذَّمِّ ، طَلَّقْتَ
لِلْبِدْعَةِ . فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ بِالْأَوَّلِ طَلَاقَ الْبِدْعَةِ ، وَبِالثَّانِي طَلَاقَ السُّنَّةِ ؛
لِأَنَّهُ الْأَلْيَقُ بِهَا . فَإِنْ كَانَ أَغْلَظَ عَلَيْهِ ، قُبِلَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُقَرَّرٌ عَلَى نَفْسِهِ ، وَإِنْ
كَانَ أَخَفَّ عَلَيْهِ ، دُيِّنَ . وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الْحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) في م : « كان له امرأة » .

وإن قال : أنت طالق طلاق الحرج . فهو طلاق البدعة ؛ لأنه يَأْتُم به .

وإن قال : أنت طالق طَلَقَةً حَسَنَةً قَبِيحَةً . طَلَقْتَ في الحالِ على أَى صِفَةٍ كانت ؛ لأنه وَصَفَ الطَّلَاقَ بما لا تَتَّصِفُ به ، فَلَغَتِ الصِّفَةُ ، وَوَقَعَ الطَّلَاقُ .

وإن قال لها : أنت طالق في كُلِّ قَرَّةٍ طَلَقَةً . وهى مِمَّنْ لَطَلَّاقِهَا سُنَّةٌ وَبِدْعَةٌ ، طَلَقْتَ في كُلِّ حَيْضَةٍ طَلَقَةً ، إِلَّا على قَوْلِنَا : الْأَقْرَاءُ الْأَطْهَارُ . فَإِنَّهُ يَقَعُ في كُلِّ طَهْرٍ طَلَقَةً . وإن كانت مِمَّنْ لا سُنَّةَ لَطَلَّاقِهَا ولا بِدْعَةَ ، طَلَقْتَ في الحالِ طَلَقَةً ، ثم إن كانت مِمَّنْ يَتَجَدَّدُ لَهَا أَقْرَاءٌ ، طَلَقْتَ في كُلِّ قَرَّةٍ مِنْهَا طَلَقَةً . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا تَطْلُقَ في الحالِ شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْقَرَّةَ وَالطَّهْرَ بَيْنَ الْحَيْضَتَيْنِ ، وليس ذلك لها .

فصل في تغليقه بالحمل : إذا قال لها ^(١) : إن كُنتِ حَامِلًا فَأَنْتِ طَالِقٌ . حَرَّمَ وَطْؤُهَا . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ حَامِلًا فَيُغْلَبَ التَّحْرِيمُ . وَحَكَى أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةً أُخْرَى ، لا يَحْرُمُ وَطْؤُهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْحَمْلِ . ثم إن وَلَدَتْ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، تَبَيَّنَا وَقُوعَ الطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ حَامِلًا ، وَإِنْ وَلَدَتْ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ ، لم تَطْلُقْ ؛ لِأَنَّا عَلِمْنَا أَنَّهَا لم تَكُنْ حَامِلًا ، وَإِنْ وَلَدَتْ فِيما بَيْنَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ وَأَرْبَعِ سِنِينَ ، ولم يَكُنْ لَهَا مَنْ يَطْؤُهَا ، طَلَقْتَ ؛ لِأَنَّهَا كَانَتْ حَامِلًا ، وَإِنْ كَانَ لَهَا زَوْجٌ يَطْؤُهَا ، فَوَلَدَتْ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ وَطِئَ ، طَلَقْتَ ؛ لِأَنَّا عَلِمْنَا

(١) سقط من : الأصل ، ف .

أنه ليس من الوطء . وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر من وطئه ، لم تطلق ؛ لأن الأصل عدم الحمل والطلاق .

وإن قال لها : إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق . حرم وطؤها قبل استيرائها ؛ لأن الأصل عدم الحمل . وكل موضع يقع الطلاق في التي قبلها لا يقع هلئها ، وكل موضع لا يقع ثم يقع هلئها ؛ لأنها ضدها ، إلا إذا أتت بولد لأكثر من ستة أشهر ، وأقل من أربع سنين ، فهل يقع الطلاق هلئها ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، تطلق ؛ لأن الأصل عدم الحمل قبل الوطء . والثاني ، لا تطلق ؛ لأن الأصل بقاء النكاح .

ويحصل الاستبراء بحيضة . نص عليه ؛ لأن براءة الرجم تحصل بحيضة . وذكر القاضي رواية أخرى ، أنها تستبرأ بثلاثة قروء ؛ لأنه استبراء حرّة ، فأشبهت عدتها . والأولى أصح ؛ لأن المقصود معرفة براءتها من الحمل^(١) ، وهو يحصل بحيضة ، وأما عدة الحرّة بثلاثة قروء ، ففيها نوع من التعبد ، ولذلك يجب مع علمنا ببراءة الرجم ، مثل أن يكون زوجها غائبا عنها سنين ، وقد حاضت قبل طلاقه حيضات [٣١٧] كثيرة ، فلا يجوز تعديتها إلى محل لم يرد الشرع بالتعبد فيه ، ولهذا كفى استيرائها قبل يمينه . وإن استبرأها قبل عقد اليمين ، أجزأ ؛ لأن معرفة براءة الرجم تحصل به ، وهو المقصود .

ولو قال : إن كنت حاملاً بذكر ، فأنت طالق واحدة ، وإن كنت

(١) في م : « الحيض » .

حَامِلًا بَأُنْثَى ، فَأَنْتِ طَالِقٌ اثْنَتَيْنِ . فَوَلَدْتَ ذَكَرًا وَأُنْثَى ، طَلَّقْتَ ثَلَاثًا . وَإِنْ قَالَ : إِنْ كَانَ حَمْلُكَ ، أَوْ : مَا فِي بَطْنِكَ ذَكَرًا ، فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً ، وَإِنْ كَانَ أُنْثَى ، فَأَنْتِ طَالِقٌ اثْنَتَيْنِ . فَوَلَدْتَ ذَكَرًا وَأُنْثَى ، لَمْ تَطْلُقْ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ أَنْ يَكُونَ جَمِيعُ حَمْلِهَا أَوْ مَا فِي بَطْنِهَا ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى ، وَلَمْ يُوجَدْ .

فصل في تغليقه بالولادة : إذا قال : إِذَا وَلَدْتَ وَلَدًا^(١) فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَوَلَدْتَ وَلَدًا ، حَيًّا أَوْ مَيِّتًا^(٢) ، ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى أَوْ خُشْيَ ، طَلَّقْتَ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدٌ . وَإِنْ قَالَ : كُلَّمَا وَلَدْتَ وَلَدًا ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَوَلَدْتَ ثَلَاثَةً دَفْعَةً وَاحِدَةً ، طَلَّقْتَ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ صِفَةَ الثَّلَاثِ قَدْ وَجِدَتْ وَهِيَ زَوْجَةٌ ، وَإِنْ وَلَدْتَهُمْ وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ ،^(٣) مِنْ حَمَلٍ وَاحِدٍ^(٣) ، طَلَّقْتَ بِالْأَوَّلِ طَلْقَةً ، وَبِالثَّانِي أُخْرَى ، وَبِالثَّلَاثِ ، وَلَمْ تَطْلُقْ بِهِ . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ انْقَضَتْ بِوَضْعِهِ ، فَصَادَفَهَا الطَّلَاقُ بَائِنًا ، فَلَمْ يَقَعْ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِذَا مِتُّ فَأَنْتِ طَالِقٌ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : تَطْلُقُ بِهِ الثَّالِثَةَ ؛ لِأَنَّ زَمَنَ الْوُقُوعِ زَمَنُ الْبَيْثُونَةِ ، وَلَا تَنَافِي بَيْنَهُمَا . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، وَعَلَيْهِ التَّفْرِيعُ ، فَلَوْ قَالَ : إِنْ وَلَدْتَ ذَكَرًا فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً ، وَإِنْ وَلَدْتَ أُنْثَى فَأَنْتِ طَالِقٌ اثْنَتَيْنِ . فَوَلَدْتُهُمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، طَلَّقْتَ ثَلَاثًا . وَإِنْ وَلَدْتُهُمَا وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ ، وَقَعَ بِالْأَوَّلِ مَا عُلقَ عَلَيْهِ ، وَبِالثَّانِي وَلَمْ تَطْلُقْ بِهِ . فَإِنْ أَشْكَلَ الْأَوَّلُ مِنْهُمَا ، طَلَّقْتَ وَاحِدَةً بَيِّقِينَ ، وَلَمْ تَلْزَمْهُ الثَّانِيَةَ بِالشُّكِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنْ

(١) سقط من : ف ، وفي الأصل : « ذكرًا » .

(٢) بعده في الأصل ، ف ، س ٢ : « أو » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

يُفْرَعُ بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ فَهُوَ الْأَوَّلُ .

ولو قال : « إن كان ^(١) أول ما تلدين ذكرًا فأنت طالق واحدة ، وإن كان أنثى فأنت طالق اثنتين . فولدتها دفعة واحدة ، لم تطلق ؛ لأنه لا أول فيهما .

ومتى ادّعت الولادة فصَدَّقَها ، أو ادّعى هو ولادتها وأنكرته ، طَلَّقَتْ بإقراره ، وإن ادّعت المرأة فأنكرها ، لم تطلق إلا ببيّنة ؛ لأنّ هذا يُمكن إقامة البيّنة عليه ، بخلاف الحيض .

فصل في تعليقه بالطلاق : إذا قال لمدخول بها : إذا طَلَّقْتُكَ فأنت طالق . ثم طَلَّقَها ، طَلَّقْتَ طَلَّقَتَيْنِ ؛ واحدة بالمباشرة ، وأخرى بالصفة . فإن قال : أرَدْتُ أَنَّكَ تَطْلُقِينَ بما أوقعه من طلاقك ^(٢) « لا جعله » شرطًا . دُيِّنَ . وهل يُقبلُ في الحكم ؟ على روايتين ؛ لأنّ الظاهر جعله شرطًا . وإن وَكَّلَ مَنْ طَلَّقَها ، فهو كمباشرته ؛ لأنّ فِعَلَ الْوَكِيلِ كِفْعَلِ الْمُوَكَّلِ .

وإن قال : إذا طَلَّقْتُكَ فأنت طالق . ثم قال : إن قُمتِ فأنت طالق . فقامت ، طَلَّقْتَ طَلَّقَتَيْنِ ؛ واحدة بقيامها ، وأخرى بالصفة ؛ لأنّ الصِّفَةَ [٣١٧ ظ] تَطْلِيقُهُ ^(٣) لها ، وتعليقه لطلاقها بقيامها إذا اتَّصَلَ به الْقِيَامُ تَطْلِيقٌ لها . وإن قال مُبْتَدِئًا : إن قُمتِ فأنت طالق . ثم قال : إذا طَلَّقْتُكَ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢ - ٢) في م : « لأجعله » .

(٣) في م : « تطليقة » .

فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَقَامَتْ ، طَلَّقَتْ وَاحِدَةً بِقِيَامِهَا ، وَلَمْ تَطْلُقِ الْآخَرَى ؛ لِأَنَّ
هَذَا يَقْتَضِي ابْتِدَاءَ إِيقَاعِ ، وَوُقُوعِ الطَّلَاقِ هَلْهُنَا بِالْقِيَامِ إِنَّمَا هُوَ وَوُقُوعُ بِصِفَةِ
سَابِقَةٍ لِعَقْدِ الطَّلَاقِ شَرْطًا .

ولو قال : إِذَا قُمْتَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ قَالَ : إِذَا وَقَعَ عَلَيْكَ طَلَاقِي ،
فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَقَامَتْ ، طَلَّقَتْ طَلَقَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ الْوَاقِعَ بِقِيَامِهَا طَلَاقُهُ ،
فَقَدْ وَجِدَتْ الصِّفَةَ . وَإِنْ قَالَ : إِذَا أَوْقَعْتُ عَلَيْكَ الطَّلَاقَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ
قَالَ : إِذَا قُمْتَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَقَامَتْ ، طَلَّقَتْ اثْنَتَيْنِ^(١) ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : أَوْقَعْتُ
عَلَيْكَ الطَّلَاقَ . كَقَوْلِهِ : طَلَّقْتُكَ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا تَطْلُقُ إِلَّا طَلَقَةً
وَاحِدَةً^(٢) بِقِيَامِهَا ، وَلَا تَطْلُقُ بِالصِّفَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَقْتَضِي مُبَاشَرَتَهَا بِهِ ، لَا
وُقُوعَهُ بِالصِّفَةِ .

وإن قال : كُلَّمَا طَلَّقْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ . طَلَّقَتْ
طَلَقَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا بِقَوْلِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ . وَالْآخَرَى بِالصِّفَةِ ، وَلَا تَقَعُ الثَّالِثَةُ ؛
لِأَنَّ الصِّفَةَ إِيقَاعُ الطَّلَاقِ ، وَلَمْ يَتَكَرَّرْ ، فَلَمْ يَتَكَرَّرِ الطَّلَاقُ . وَإِنْ قَالَ :
كُلَّمَا وَقَعَ عَلَيْكَ طَلَاقِي فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ وَقَعَ عَلَيْهَا طَلَاقُهُ بِمُبَاشَرَةٍ أَوْ
صِفَةٍ ، طَلَّقَتْ ثَلَاثًا ؛ لِأَنَّ الثَّانِيَةَ طَلَقَةً^(٣) وَاقِعَةً عَلَيْهَا ، فَتَقَعُ بِهَا^(٤) الثَّالِثَةُ .
وإن قال : كُلَّمَا وَقَعَ عَلَيْكَ طَلَاقِي فَأَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَهُ ثَلَاثًا . ثُمَّ قَالَ :

(١) فِي الْأَصْلِ : « طَلَقَتَيْنِ » .

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ف ، وَبَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « وَاحِدَةً » .

(٤) فِي م : « عَلَيْهَا » .

أَنْتِ طَالِقٌ . فقال ابنُ عَقِيلٍ : تَطْلُقُ واحدةً بالمُبَاشَرَةِ ، وَيَلْغُو ما عُلِقَ عليها ؛
لأنَّهُ طَلَّاقٌ في زَمَنِ ماضٍ ، فَأُشْبِهَ قَوْلَهُ : أَنْتِ طَالِقٌ أَمْسٍ . وقال القاضي :
تَطْلُقُ ثَلَاثًا ؛ لأنَّهُ وَصَفَ الْمُعْلَقَ بِصِفَةِ يَسْتَحِيلُ وَصْفُهُ بِهَا ، فَإِنَّهُ يَسْتَحِيلُ
وُقُوعُهَا بِالشَّرْطِ قَبْلَهُ ، فَلَغَتْ صِفَتُهَا بِالْقَبْلِيَّةِ ، وصار كأنَّهُ قال : إِذَا وَقَعَ
عَلَيْكَ طَلَّاقِي فَأَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا .

فإن قال لزَوْجَتَيْهِ : كُلِّمَا طَلَّقْتُ حَفْصَةَ فَعَمْرَةُ طَالِقٌ ، وَكُلِّمَا طَلَّقْتُ
عَمْرَةَ فَحَفْصَةُ طَالِقٌ . ثم طَلَّقَ إِحْدَاهُمَا ، طَلَّقْنَا جَمِيعًا ؛ إِحْدَاهُمَا
بِالمُبَاشَرَةِ ، وَالْأُخْرَى بِالصِّفَةِ . فإن كَانَتِ المُبَاشَرَةُ بِهِ حَفْصَةَ ، لم تَزِدْ واحدةً
منهما على طَلْقَةٍ ؛ لأنَّهُ ما أَحْدَثَ في عَمْرَةَ طَلَّاقًا ، إِنَّمَا طَلَّقْتَ بِالصِّفَةِ
السَّابِقَةِ ، وإن كَانَتِ المُبَاشَرَةُ عَمْرَةَ ، طَلَّقْتَ أُخْرَى بِالصِّفَةِ الْحَادِثَةِ بَعْدَ
تَغْلِيْقِهِ طَلَّاقَهَا . وإن قال لِحَفْصَةَ : كُلِّمَا طَلَّقْتُ عَمْرَةَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . وقال
لِعَمْرَةَ : كُلِّمَا طَلَّقْتُ حَفْصَةَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثم طَلَّقَ عَمْرَةَ ، طَلَّقْتَ كُلَّ
وَاحِدَةٍ وَاحِدَةً . وإن طَلَّقَ حَفْصَةَ طَلْقَةً^(١) ، طَلَّقْتَ طَلْقَتَيْنِ ، وَطَلَّقْتَ عَمْرَةَ
وَاحِدَةً .

وإن قال لأَرْبَعِ نِسَائِهِ : أَيُّتُكُنَّ^(٢) وَقَعَ عَلَيْهَا طَلَّاقِي ، فَضَرَّائِرُهَا طَوَالِقِي .
ثم وَقَعَ بِإِحْدَاهُنَّ طَلَّاقَهُ ، طَلَّقَ الْجَمِيعُ ثَلَاثًا .

فصل : فإن كان له أَرْبَعُ نِسَاءٍ وَعَبِيدٌ ، فقال : كُلِّمَا طَلَّقْتُ امْرَأَةً ، فَعَبْدٌ

(١) سقط من : الأَصْلُ ، ف .

(٢) في الأَصْلُ : « أَيَّتُهَا » .

مِنْ عِبْدِي حُرٌّ، وَكُلَّمَا طَلَّقْتُ اثْنَتَيْنِ^(١)، فَعَبْدَانِ حُرَّانِ، وَكُلَّمَا طَلَّقْتُ
 ثَلَاثًا، فَثَلَاثَةُ أَحْرَارٍ، وَكُلَّمَا طَلَّقْتُ أَرْبَعًا، فَأَرْبَعَةُ أَحْرَارٍ، ثُمَّ طَلَّقَ الْأَرْبَعَ
 مُتَّفِرِّقَاتٍ أَوْ مُجْتَمِعَاتٍ، فَإِنَّهُ يَغْتِقُ مِنْ عِبْدِهِ خَمْسَةَ عَشَرَ، يَغْتِقُ بِطَلَاقِ
 الْوَاحِدَةِ وَاحِدًا، وَبِطَلَاقِ الثَّانِيَةِ ثَلَاثَةً؛ لِأَنَّهَا وَاحِدَةٌ، وَهِيَ^(٢) إِلَى
 صَاحِبَتَيْهَا^(٣) اثْنَتَانِ، وَيَغْتِقُ بِطَلَاقِ الثَّالِثَةِ أَرْبَعَةً؛ لِأَنَّهَا وَاحِدَةٌ، وَهِيَ مَعَ
 صَاحِبَتَيْهَا^(٣) ثَلَاثٌ، وَيَغْتِقُ بِطَلَاقِ الرَّابِعَةِ [و٣١٨] سَبْعَةً؛ لِأَنَّهَا وَاحِدَةٌ،
 وَهِيَ مَعَ الثَّالِثَةِ اثْنَتَانِ، وَهِيَ مَعَ صَوَاحِبِهَا أَرْبَعٌ. وَإِنْ شِئْتَ قُلْتَ: فِيهِنَّ
 أَرْبَعُ صِفَاتٍ؛ هُنَّ أَرْبَعٌ، فَيَغْتِقُ لَذَلِكَ أَرْبَعَةً، وَهُنَّ أَرْبَعَةُ أَحَادٍ، فَيَغْتِقُ
 بِذَلِكَ^(٤) أَرْبَعَةً أُخْرَى، وَهُنَّ اثْنَتَانِ وَاثْنَتَانِ، فَيَغْتِقُ بِذَلِكَ أَرْبَعَةً أُخْرَى، وَفِيهِنَّ
 ثَلَاثٌ، فَذَلِكَ خَمْسَةَ عَشَرَ. وَقِيلَ: يَغْتِقُ عَشْرَةً، بِالْوَاحِدَةِ وَاحِدًا،
 وَبِالثَّانِيَةِ اثْنَانِ، وَبِالثَّالِثَةِ ثَلَاثَةً، وَبِالرَّابِعَةِ أَرْبَعَةً. وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ؛ لِأَنَّ الصِّفَةَ
 إِذَا تَكَرَّرَتْ تَكَرَّرَ الْجَزَاءُ وَإِنْ كَانَ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَ: إِنْ
 كَلَّمْتُ رَجُلًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَإِنْ كَلَّمْتُ أَسْوَدَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَإِنْ كَلَّمْتُ
 طَوِيلًا فَأَنْتِ طَالِقٌ. فَكَلَّمْتُ رَجُلًا أَسْوَدَ طَوِيلًا، طَلَّقْتُ ثَلَاثًا. وَلَوْ قَالَ:
 كُلَّمَا أَكَلْتُ رُمَّانَةً فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَكُلَّمَا أَكَلْتُ نِصْفَ رُمَّانَةٍ فَأَنْتِ طَالِقٌ.
 فَأَكَلْتُ رُمَّانَةً، طَلَّقْتُ ثَلَاثًا؛ وَاحِدَةً لِكُونِهَا رُمَّانَةً، وَاثْنَتَيْنِ بِأَكْلِهَا
 النِّصْفَيْنِ. وَلَوْ قَالَ: إِذَا وَلَدْتُ وَلَدًا فَأَنْتِ طَالِقٌ، وَإِذَا وَلَدْتُ غُلَامًا فَأَنْتِ

(١) فِي الْأَصْلِ: «امْرَأَتَانِ».

(٢ - ٢) فِي م: «لصاحبتيهما».

(٣) فِي الْأَصْلِ: «صاحبتها».

(٤) فِي الْأَصْلِ: «لذلك».

طالق ، وإذا وَلَدَتْ أَسْوَدَ فَأَنْتِ طالقٌ . فَوَلَدَتْ غُلَامًا أَسْوَدَ ، طَلَّقَتْ ثَلَاثًا .

فصل في تغليقه بالحلف : إذا قال لزوجته : إذا حلفتُ بطلاقك فَأَنْتِ طالقٌ . ثم قال : إن خَرَجْتَ فَأَنْتِ طالقٌ . أو ^(١) : إن لم تَخْرُجِي فَأَنْتِ طالقٌ . أو : إن لم يكن هذا القولُ حَقًّا فَأَنْتِ طالقٌ . طَلَّقَتْ في الحال ؛ لَأَنَّهُ حَلَفَ بِطَلَّاقِهَا .

وإن قال : إن طَلَعَتِ الشَّمْسُ ، أو قَدِمَ الْحَاجُّ ، فَأَنْتِ طالقٌ . ففيه وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَطْلُقُ حَتَّى تَطْلُعَ الشَّمْسُ وَيَجِيءَ الْحَاجُّ ؛ لِأَنَّ الْحَلْفَ مَا قُصِدَ بِهِ الْمَنْعُ مِنْ شَيْءٍ ، أَوِ الْحَثُّ عَلَيْهِ ، أَوِ التَّصَدِيقُ ، وَلَيْسَ فِي طُلُوعِ الشَّمْسِ وَقُدُومِ الْحَاجِّ شَيْءٌ مِنْ هَذَا . هَذَا قَوْلُ الْقَاضِي فِي «الْمَجَرَّدِ» ، وَابْنِ عَقِيلٍ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ حَلَفَ ؛ لِأَنَّهُ تَغْلِيْقٌ عَلَى شَرْطٍ ، فَكَانَ حَلْفًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : إن خَرَجْتَ ، فَأَنْتِ طالقٌ . هَذَا قَوْلُ الْقَاضِي فِي «الْجَامِعِ» ، وَأَبِي الْخَطَّابِ .

وإن قال : إذا شِئْتَ فَأَنْتِ طالقٌ . أو : إذا حِضَّتْ ، أو : إذا طَهُرَتْ ، فَأَنْتِ طالقٌ . لم يكن حَلْفًا ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ تَغْلِيْقَهُ عَلَى الْمَشِيئَةِ تَمْلِيْكٌ ، وَتَغْلِيْقَهُ عَلَى الْحَيْضِ طَلَّاقٌ بِدَعَاةٍ ، وَتَغْلِيْقَهُ عَلَى الطُّهْرِ ^(٢) طَلَّاقٌ سُنَّةٌ .

فإن قال : إن حَلَفْتُ بِطَلَّاقِكِ فَأَنْتِ طالقٌ . ثم أعَادَهُ ثَانِيَةً ، طَلَّقَتْ وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّهُ حَلَفَ بِطَلَّاقِهَا ، فَإِنْ أعَادَهُ ثَالِثًا ، طَلَّقَتْ ثَانِيَةً ، فَإِنْ أعَادَهُ

(١) في ف : «و» .

(٢) في الأصل : «الحيض» .

رابعًا ، طَلَّقْتُ ثلاثًا ؛ لأنَّ كُلَّ مَرَّةٍ يُوجَدُ بِهَا صِفَةُ طَلَاقٍ ، وَيُنْعَقَدُ بِهَا صِفَةُ أُخْرَى ، وَمِثْلُهُ لَوْ قَالَ : إِنْ كَلَّمْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . وَكَرَّرَهُ أَرْبَعًا ، طَلَّقْتُ ثلاثًا ؛ لذلك^(١) .

ولو قال لَمَذْخُولٍ بهما : إِذَا حَلَفْتُ بِطَلَاقِكُمَا فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ . وَكَرَّرَهُ أَرْبَعًا ، طَلَّقْتُ ثلاثًا . فَإِنْ كَانَتَا غَيْرَ مَذْخُولٍ بهما ، بَانَتَا إِذَا أَعَادَهُ مَرَّةً ثَانِيَةً ، وَلَمْ يَقَعْ بِهِمَا بَعْدَهُ طَلَاقٌ . فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا مَذْخُولًا بِهَا ، وَالْأُخْرَى غَيْرَ مَذْخُولٍ بِهَا ، فَأَعَادَهُ مَرَّةً ، طَلَّقَتْ الْمَذْخُولُ بِهَا طَلْقَةً رَجْعِيَّةً ، وَالْأُخْرَى طَلْقَةً بَائِنَةً^(٢) . فَإِنْ أَعَادَهُ ثَانِيَةً ، لَمْ تَطْلُقْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ شَرْطَ طَلَاقِهِمَا الْحَلْفُ بِطَلَاقِهِمَا ، وَلَمْ يَحْلِفْ بِهِ ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الْمَذْخُولِ بِهَا لَا يَصِحُّ الْحَلْفُ بِطَلَاقِهَا .

وإِنْ قَالَ لَمَذْخُولٍ بهما^(٣) لِإِحْدَاهُمَا : إِنْ حَلَفْتُ بِطَلَاقِ ضَرَّتِكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ قَالَ لِلْأُخْرَى مِثْلَ ذَلِكَ ، طَلَّقَتْ الْأُولَى ، وَإِنْ أَعَادَهُ لِلأُولَى ، طَلَّقَتْ [٣١٨ ظ] الْأُخْرَى ، وَكُلَّمَا أَعَادَهُ لَامْرَأَةٍ ، طَلَّقَتْ الْأُخْرَى . وَإِنْ قَالَ : كُلَّمَا حَلَفْتُ بِطَلَاقِكَ فَضَرَّتُكَ طَالِقٌ . ثُمَّ قَالَ مِثْلَ ذَلِكَ لَضَرَّتِهَا ، طَلَّقْتُ^(٤) ، فَإِنْ أَعَادَهُ لِلأُولَى ، طَلَّقْتُ^(٥) ، ثُمَّ^(٦) كُلَّمَا أَعَادَهُ لَامْرَأَةٍ ،

(١) فِي م : « كَذَلِكَ » .

(٢) فِي م : « ثَانِيَةً » ، وَغَيْرُ مَنْقُوطَةٍ فِي س ٣ .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « بِهَا » ، وَبَعْدَهُ فِي م : « أَوْ » .

(٤) بَعْدَهُ فِي س ٣ : « الضَّرَّة » .

(٥) بَعْدَهُ فِي م : « الضَّرَّةُ فَإِنْ أَعَادَهُ لِلثَّانِيَةِ ، طَلَّقَتْ الْأُولَى » .

(٦) فِي ف ، م : « وَ » .

طَلَّقْتُ، ^(١) إِلَى أَنْ يَبْلُغَ ثَلَاثًا. وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا غَيْرَ مَذْخُولٍ بِهَا، فَطَلَّقْتُ مَرَّةً، لَمْ تَطْلُقْ أُخْرَى، وَلَمْ تَطْلُقِ الْأُخْرَى بِإِعَادَتِهِ لَهَا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِخَلِيفٍ بَطْلَاقِهَا ^(٢)؛ لَكُونِهَا بَائِنًا.

فصل: وَإِنْ اسْتَعْمَلَ الطَّلَاقَ أَوْ ^(٣) الْعَتَاقَ اسْتِعْمَالَ الْقَسَمِ، وَأَجَابَهُ بِجَوَابِهِ، فَقَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، لِأَقُومَنَّ، أَوْ: مَا قُئْتُ، أَوْ: لَقَدْ قُئْتُ، أَوْ: إِنِّي لَقَائِمٌ. وَبَرَّ ^(٤)، لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ؛ لِأَنَّهُ خَلِفَ بَرٍّ فِيهِ، فَلَمْ يَحْنُثْ، كَمَا لَوْ خَلَفَ بِاللَّهِ، وَإِنْ حَنِثَ، وَقَعَ طَلَاقُهُ. وَإِنْ قَالَ: أَنْتِ طَالِقٌ، لَوْلَا أَبُوكَ لَطَلَّقْتُكَ. وَكَانَ صَادِقًا، لَمْ تَطْلُقِي، وَإِنْ كَانَ كَاذِبًا، طَلَّقْتَ.

فصل في تغليقه بالكلام: إِذَا قَالَ: إِنْ كَلَّمْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ، فَاغْلَمِي ذَلِكَ. أَوْ: فَتَحَقِّقِيهِ. طَلَّقْتَ؛ لِأَنَّهُ كَلَّمَهَا بَعْدَ عَقْدِ الْيَمِينِ، إِلَّا أَنْ يَرِيدَ بَعْدَ انْقِضَاءِ كَلَامِي هَذَا وَ ^(٥) نَحْوَهُ. وَإِنْ زَجَرَهَا فَقَالَ: تَنْحَنِي. أَوْ: اسْكُتِي. حَنِثَ؛ لِأَنَّهُ كَلَّمَ. وَإِنْ سَمِعَهَا تَذَكُّرَهُ فَقَالَ: الْكَاذِبُ لَعَنَهُ اللَّهُ. حَنِثَ؛ لِأَنَّهُ كَلَّمَهَا.

وَإِنْ قَالَ: إِنْ بَدَأْتُكَ بِالْكَلَامِ فَأَنْتِ طَالِقٌ. فَقَالَتْ: إِنْ بَدَأْتُكَ بِالْكَلَامِ فَعَبْدِي حُرٌّ. انْحَلَّتْ يَمِينُهُ يَمِينِهَا؛ لِأَنَّهَا كَلَّمَتْهُ، فَلَمْ يَكُنْ كَلَامُهُ لَهَا بَعْدَ

(١ - ١) فِي ف: «حَتَّى يَكْمَلَ»، وَفِي م: «ضَرَّتْهَا حَتَّى تَكْمَلَ».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «بَطْلَاقَهُمَا».

(٣) فِي م: «و».

(٤) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ: «مَنْ».

(٥) فِي ف: «أَوْ».

ذلك بدايةً ، فإن كَلَّمَهَا ، انْحَلَّتْ يَمِينُهَا ؛ لَأَنَّهَا لَمْ تَبْدَأْهُ ، مَا لَمْ يَكُنْ لَهَا ^(١) نِيَّةٌ .

وإن قال : إن كَلَّمْتُمَا هَذَيْنِ الرَّجُلَيْنِ فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ . فَكَلَّمْتَ كُلَّ وَاحِدَةٍ وَاحِدًا ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَطْلُقَانِ ؛ لِأَنَّ تَكْلِيمَهُمَا وَجَدَ مِنْهُمَا . وَالثَانِي ، لَا تَطْلُقَانِ حَتَّى تُكَلِّمَ كُلُّ وَاحِدَةٍ الرَّجُلَيْنِ مَعًا ^(٢) ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ طَلَاقُهُمَا ^(٣) عَلَى فِعْلَيْهِمَا مَعًا . وَلَوْ قَالَ : إِنْ رَكِبْتُمَا هَاتَيْنِ الدَّابَّتَيْنِ فَأَنْتُمَا طَالِقَتَانِ . طَلَقْتَا إِذَا رَكَبْتَ كُلُّ وَاحِدَةٍ دَابَّةً ؛ لِأَنَّ الْعُرْفَ فِي رُكُوبٍ ^(٤) دَابَّتَيْهِمَا أَنْ تَرْكَبَ كُلُّ وَاحِدَةٍ ^(٥) دَابَّةً .

ولو قال : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ كَلَّمْتَ زَيْدًا وَمُحَمَّدًا مَعَ خَالِدٍ . لَمْ تَطْلُقِي حَتَّى تُكَلِّمَ زَيْدًا فِي حَالٍ يَكُونُ مُحَمَّدٌ مَعَ خَالِدٍ ؛ لِأَنَّ الْجُمْلَةَ حَالٌ لِلْجُمْلَةِ الْأُولَى ، إِلَّا أَنْ يُرِيدَ بِكَلَامِهِ ^(٦) الْاسْتِثْنَاءَ ، فَتَطْلُقَ بِكَلَامِ زَيْدٍ بِكُلِّ حَالٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْنُثُ بِكَلَامِ زَيْدٍ ؛ لِأَنَّ الْجُمْلَةَ الثَّانِيَةَ اسْتِثْنَاءٌ لَا تَعْلُقُ لَهَا بِالْأُولَى .

وإن قال : مَنْ بَشَّرْتَنِي بِقُدُومِ أَخِي فَهِيَ طَالِقٌ . فَأَخْبِرْهُ بِذَلِكَ زَوْجَتَاهُ ،

(١) فِي الْأَصْلِ : «لَهَا» .

(٢) فِي ف : «جَمِيعًا» .

(٣) فِي الْأَصْلِ : «طَلَاقِيَهُمَا» .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، س ٣ : «رَكْبًا» ، وَفِي ف : «رَكْبَانِ» .

(٥) فِي س ٣ ، م : «وَاحِدًا» .

(٦) زِيَادَةٌ مِنْ : م .

وهما صادقتان ، طَلَّقَتِ الأولى وحدها ؛ لأنَّ البِشَارَةَ خَبَرٌ يَحْصُلُ به سُرورٌ أو غَمٌّ ، وإنَّما يَحْصُلُ بالأوَّلِ ، وإن كانتا كاذبتين ، لم تَطْلُقْ واحدةٌ منهما ؛ لأنَّه لا سُرورَ في الكَذِبِ . وإن كانتِ الأولى كاذبةً ، والثانيةُ صادقةً ، طَلَّقَتِ الثانيةُ وحدها ؛ لذلك . وإن قال : مَنْ أَخْبَرْتَنِي بِقُدومِ أَخِي فهي طالقٌ . فقال القاضي : هي كالتى قبلها سواء ؛ لأنَّ المرادَ مِنَ الْخَبَرِ الإِغْلَامُ ، ولا يَحْصُلُ إِلَّا بِالْخَبَرِ الأوَّلِ الصَّدَقُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَطْلُقَ الثانيةُ والكاذبةُ ؛ لأنَّ الْخَبَرَ يَقَعُ عَلَى [٣١٩و] الجميع .

فصلٌ فى تعليقه بالمشيئة : إذا قال : أَنْتِ طالقٌ إنْ شِئْتَ . أو : متى شِئْتَ . أو غير ذلك مِنَ الْحُرُوفِ ، فقالت : قد شِئْتُ . طَلَّقَتْ ، سواء شَاءَتْ عَلَى الْفَوْرِ أو التَّرَاحِي ؛ لأنَّه تَعْلِيقٌ لِلطَّلَاقِ عَلَى شَرْطٍ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ التَّعْلِيقِ . وإن قالت : قد شِئْتُ إنْ شِئْتَ . أو : إنْ شَاءَ أبى . لم تَطْلُقْ وإنْ شَاءَ ؛ لأنَّها لم تَشَأْ ، إِنَّمَا عَلَّقَتْ مَشِئَتَهَا بِمَشِئَتِهِ ، كما لو قالت : قد شِئْتُ إذا طَلَعَتِ الشَّمْسُ .

ولو قال : أَنْتِ طالقٌ إنْ شَاءَ زيدٌ . فشَاءَ وهو مَجْنُونٌ أو طِفْلٌ ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّه لا مَشِئَةَ لهما ، وكذلك إنْ شَاءَ وهو سَكْرَانٌ . وخرجه أصحابنا على الرِّوَايَتَيْنِ فى طَلَاقِهِ . وإنْ شَاءَ وهو مُمَيَّزٌ ، طَلَّقَتْ ؛ لأنَّ له مَشِئَةً ، ولذلك صَحَّ اخْتِيَارُهُ لِأَحَدِ أَبَوَيْهِ ، وَخُوطِبَ بِالْإِسْتِخْذَانِ فى الْعَوْرَاتِ الثَّلَاثِ .

وإن كان أَخْرَسَ فَأَوْمَأَ بِمَشِئَتِهِ ، طَلَّقَتْ ؛ لأنَّ إِشَارَتَهُ كُنْطُقٍ غَيْرِهِ . وإن كان نَاطِقًا فَخَرَسَ ، فكَذَلِكَ ؛ لأنَّه مِنْ أَهْلِ الْإِشَارَةِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لا

يَحْنَثَ ؛ لَأَنَّ إِشَارَتَهُ لَا يُعْتَدُّ بِهَا فِي تِلْكَ الْحَالِ ^(١) «فِي الشَّرْعِ» . وَإِنْ مَاتَ
أَوْ جُنَّ ، لَمْ تَطْلُقْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَشَأْ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّهَا تَطْلُقُ .

وإن قال : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَتِ الْبَهِيمَةُ . فَهُوَ تَعْلِيْقٌ لِلطَّلَاقِ عَلَى
الْمُسْتَحِيلِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ لِمَشِيئَةِ أَبِيكَ ، أَوْ : رِضَاهُ . طَلَّقْتَ فِي
الْحَالِ ؛ لَأَنَّ مَعْنَاهُ : لِيَرْضَى ، أَوْ لِكَوْنِهِ شَاءَ . فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ تَعْلِيْقَهُ
بِذَلِكَ . قُبِلَ مِنْهُ ؛ لَأَنَّ ذَلِكَ يُسْتَعْمَلُ لِلشَّرْطِ فِي قَوْلِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ لِلشَّئَةِ .

فإن قال : أَنْتِ طَالِقٌ إِلَّا أَنْ تَشَائِي . فَشَاءَتْ فِي الْحَالِ ، لَمْ تَطْلُقْ ، وَإِنْ
لَمْ تَشَأْ ، طَلَّقْتَ ؛ لِأَنَّهُ أَوْقَعَهُ عَلَيْهَا إِلَّا أَنْ تَرْفَعَهُ مَشِيئَتُهَا ، فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ مَا
يَرْفَعُهُ ، وَقَعَ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةً إِلَّا أَنْ تَشَائِي ثَلَاثًا . فَشَاءَتْ
ثَلَاثًا ، طَلَّقْتَ ثَلَاثًا ، وَإِنْ لَمْ تَشَأْ ، أَوْ شَاءَتْ دُونَ الثَّلَاثِ ، وَقَعَتْ
وَاحِدَةً ^(٢) ؛ لَأَنَّ هَذَا هُوَ السَّابِقُ إِلَى الْفَهْمِ مِنْ ذَلِكَ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهَا
إِذَا شَاءَتْ ثَلَاثًا ، لَمْ تَطْلُقْ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ وَقُوعَ الْوَاحِدَةِ عَلَى عَدَمِ مَشِيئَتِهَا
الْثَّلَاثَ ، وَلَمْ يُوقِعْ بِمَشِيئَتِهَا ^(٣) شَيْئًا ، فَأَشْبَهَ قَوْلَهُ : إِلَّا أَنْ تَشَائِي .

وإن قال : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ وَشَاءَ أَبُوكَ . فَشَاءَ أَحَدُهُمَا مُنْفَرِدًا ، لَمْ
تَطْلُقْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الشَّرْطُ .

فصل : وإن قال : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ كُنْتَ تُحْيِيَنَّ أَنْ يُعَذِّبَكَ اللَّهُ بِالنَّارِ . أَوْ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) بعده في ف : «إِذَا شَاءَتْ» .

(٣) في س ٣ ، م : «لِمَشِيئَتِهَا» .

قال : إن كنت تُحْيِيَنَّ ذلكَ بِقَلْبِكَ^(١) . فقالت : أنا أُحِبُّ ذلكَ . ففيه وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَطْلُقُ ؛ لِأَنَّهَا لَا تُحِبُّ ذلكَ ، وَقَوْلُهَا كَذِبٌ لَا يُلْتَفَتُ إِلَيْهِ . وَالثَّانِي ، تَطْلُقُ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُوقَفْ^(٢) عَلَى مَا فِي الْقَلْبِ ، عُلِقَ عَلَى النَّطْقِ ، كَالْمَشِيئَةِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ : عَبْدِي حُرٌّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ . طَلَّقْتَ زَوْجَتَهُ ، وَعَتَقَ عَبْدُهُ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّهُ قَالَ : إِذَا قَالَ الرَّجُلُ لَامْرَأَتِهِ^(٣) : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ . فَهِيَ طَالِقٌ^(٤) . وَلِأَنَّهُ اسْتِثْنَاءٌ يَرْفَعُ جَمْلَةَ الطَّلَاقِ حَالًا وَمَالًا ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَاسْتِثْنَاءِ الْكُلِّ .

فَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ إِنْ شَاءَ اللَّهُ . فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَقَعُ الطَّلَاقُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَالْأُخْرَى ، لَا يَقَعُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ الْمُعْلَقَ بِشَرْطٍ يَمِينٍ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ، فَقَالَ : [٣١٩ ظ] إِنْ شَاءَ اللَّهُ . »^(٥) لَمْ يَحْنَثْ^(٦) . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٦) ، وَقَالَ :

(١) فِي م : « فِي قَلْبِكَ » .

(٢) فِي ف : « تَوَقَّفَ » .

(٣) فِي م : « لَزَوْجَتِهِ » .

(٤) أَخْرَجَهُ ابْنُ عَدَى ، فِي : الْكَامِلِ ٣٣٢ / ١ . وَابْنُ بَيْهَقٍ ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٦١ / ٧ .

(٥ - ٥) فِي س ٣ ، م : « فَلَا حَنْثَ عَلَيْهِ » .

(٦) فِي : بَابُ مَا جَاءَ فِي الْاسْتِثْنَاءِ فِي الْيَمِينِ ، مِنْ أَبْوَابِ النَّذْرِ وَالْأَيْمَانِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٧ /

١٢ - ١٤ . وَقَدْ نَقَلَ كَلَامَ مُحَمَّدِ بْنِ إِسْمَاعِيلَ عَنِ الْحَدِيثِ ، وَالَّذِي حَسَنَهُ التِّرْمِذِيُّ حَدِيثَ ابْنِ

عَمْرِ بَلْفَظَ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ، فَقَالَ : إِنْ شَاءَ اللَّهُ . فَقَدْ اسْتِثْنَى ، فَلَا حَنْثَ عَلَيْهِ » .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ مِنْ حَدِيثِ ابْنِ عَمْرِو بْنِ نُحَيْلٍ مَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ فِي : بَابِ الْاسْتِثْنَاءِ فِي

الْيَمِينِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَيْمَانِ وَالنَّذْرِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢ / ٢٠١ ، ٢٠٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ =

حديث^(١) حسنٌ غريبٌ .

وإن قال : أنت طالقٌ إلا أن يشاء الله . طَلَّقْتَ ؛ لما ذَكَّرْنَا ، ولأنَّه علَّقَ رَفَعَ الطَّلَاقِ على مَشِيئَةِ لا يُوقَفُ عليها . وإن قال : أنت طالقٌ ما لم يَشَأْ الله . أو : إن لم يَشَأْ الله . طَلَّقْتَ ؛ لأنَّه علَّقَه بِمُسْتَحِيلٍ ، فإنَّ وَقوعَ طَلَّاقِهَا إذا لم يَشَأْ^(٢) الله مُحالٌ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يَحْنَثَ .

وإن قال : أنت طالقٌ لَتَدْخُلَنَّ الدارَ إن شاء الله . لم يَحْنَثَ ، دَخَلَتْ الدارَ^(٣) أو لم تَدْخُلْ ؛ لأنها إن دَخَلَتْ ، فقد شاءَ الله ، وإن لم تَدْخُلْ^(٤) ، فلم يَشَأْ^(٥) الله تعالى .

فصلٌ في تعليقه بوقتٍ مُستقبلٍ : لا يَصِحُّ تعليقُ الطَّلَاقِ قبلَ النِّكاحِ ، فلو قال لأَجَنِيَّةٍ : إن دَخَلْتُ الدارَ فأنت طالقٌ . فتزوَّجَهَا ، ودَخَلَتْ الدارَ^(٥) ، لم تَطْلُقْ ؛ لما رَوَى عن النبي ﷺ أَنَّهُ قال : « لَا طَلَّاقَ وَلَا عَتَاقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ ابْنُ آدَمَ ، وَإِنْ عَيَّنَهَا^(٦) » . رواه الدَّارَقُطْنِيُّ^(٧) . وفي لَفْظٍ :

= حلف فاستثنى ، وباب الاستثناء ، من كتاب الأيمان . المجتبى ١٢ / ٧ ، ٢٣ . وابن ماجه ، فى : باب الاستثناء فى اليمين ، من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦٨٠ . والدارمى ، فى : باب الاستثناء فى اليمين ، من كتاب النذور والأيمان . سنن الدارمى ٢ / ١٨٥ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٢ ، ١٠ ، ٤٨ ، ٦٨ ، ١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٥٣ .

(١) سقط من : الأصل ، س ٣ .

(٢) فى الأصل : « يشأه » .

(٣) زيادة من : الأصل ، م .

(٤) فى الأصل : « تفعل » .

(٥) زيادة من : م .

(٦ - ٦) فى م : « ولو سميت المرأة بعينها » .

(٧) فى : سننه ١٧ / ٤ .

« لَا طَلَّاقَ فِيمَا لَا يَمْلِكُ » . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(١) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ .
وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ الطَّيَالِسِيُّ^(٢) نَحْوَهُ .

وإن قال : كلُّ امرأةٍ أتزوَّجها فهي طالقٌ . أو^(٣) : إن تزوَّجتُ فلانةً فهي طالقٌ . ثم تزوَّجها ، لم يَقَعْ ؛ لذلك^(٤) . قال أبو بكرٍ : لا يَخْتَلِفُ قولُ أبي عبدِ اللهِ أنَّ الطَّلَاقَ إذا وَقَعَ^(٥) قبلَ النِّكَاحِ ، لا يَقَعُ . وقال غيره عن أحمدَ ما يدلُّ على أنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ ؛ لأنَّه يصحُّ تَغْلِيْقُهُ على الأخطارِ ، فصَحَّ تَغْلِيْقُهُ على المِلْكِ ، كالوَصِيَّةِ . والمَذْهَبُ الأوَّلُ ؛ لما ذَكَرْنَا ، ولأنَّ مَنْ لا يَقَعُ طَلَّاقُهُ بالمُبَاشَرَةِ لا يصحُّ تَغْلِيْقُهُ ، كالمَجْنُونِ .

فصل : إذا عُلِّقَ الطَّلَاقُ بعدَ النِّكَاحِ بوقتٍ ، طَلَّقْتَ بأوَّلِهِ ؛ لأنَّه إذا عُلِّقَ بشيءٍ تَعَلَّقَ بأوَّلِهِ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ إذا دَخَلْتَ الدَّارَ . طَلَّقْتَ بدُخُولِهَا أوَّلَ جُزْءٍ منها . فلو قال : أنتِ طالقٌ في رَمَضَانَ . طَلَّقْتَ بَغُرُوبِ

(١) في : باب ما جاء لا طلاق قبل النكاح ، من أبواب الطلاق . عارضة الأخوذى ١٤٧/٥ .
وبنحوه أخرجه أبو داود الطيالسي ، في صفحة ٢٩٩ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الطلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٠٦/١ . وابن ماجه ، في : باب لا طلاق قبل النكاح ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٦٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٩/٢ ، ١٩٠ ، ٢٠٧ .

وانظر الإرواء ١٧٣/٦ ، ١٧٤ .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ١٦١ .

(٣) في الأصل ، س ٣ ، م : « و » .

(٤) في م : « كذلك » .

(٥) في ف : « أوقع » .

شمسِ شَعْبَانَ . وإن قال : أنتِ طالقُ اليومَ . طَلَّقْتَ في الحالِ . وإن قال :
أنتِ طالقُ غداً . طَلَّقْتَ بَطُلُوعِ فَجْرِهِ . فإن قال : أَرَدْتُ في آخِرِ الشهرِ
واليومِ والغَدِ . دُيِّنَ . وهل يُقْبَلُ في الحُكْمِ ؟ يُخَرِّجُ على رِوَايَتَيْنِ .

وإن قال : أنتِ طالقُ في أوَّلِ رَمَضانَ ، أو : في غُرَّتِهِ . طَلَّقْتَ في
أَوَّلِهِ ، ولم يُقْبَلْ قَوْلُهُ : نَوَيْتُ في ^(١) آخِرِهِ . لَأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُهُ . وإن قال :
أَرَدْتُ بِالْغُرَّةِ اليومَ الثاني . قُبِلَ ؛ لَأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ ؛ لِأَنَّ الثَّلَاثَ الْأَوَّلَ مِنَ الشهرِ
تُسَمَّى غُرَرًا .

وإن قال : أنتِ طالقُ إذا رَأَيْتِ هِلَالَ رَمَضانَ . طَلَّقْتَ بِأَوَّلِ جُزْءٍ مِنْهُ ؛
لَأَنَّ رُؤْيَيْتَهُ في الشَّرْعِ عِبَارَةٌ عَمَّا ^(٢) يُغْلَمُ بِهِ دُخُولُهُ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ
وَالسَّلَامُ : « صُومُوا لِرُؤْيَيْتِهِ ، وَأَفْطِرُوا لِرُؤْيَيْتِهِ » ^(٣) . فإن قال : أَرَدْتُ إذا
رَأَيْتَهُ ^(٤) بَعَيْنَيْكَ . قُبِلَ ؛ لَأَنَّهُ فَسَّرَ ^(٥) اللَّفْظَ بِمَوْضُوعِهِ . وَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِرُؤْيَيْتِهَا
إِيَّاهُ بَعْدَ الْغُرُوبِ ؛ لِأَنَّ هِلَالَ الشهرِ مَا كَانَ في أَوَّلِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَعَلَّقَ
بِرُؤْيَيْتِهَا إِيَّاهُ قَبْلَ الْغُرُوبِ وَبَعْدَهُ ؛ لَأَنَّهُ هِلَالٌ لِلشَّهْرِ يَتَعَلَّقُ بِهِ وَجُوبُ الصَّوْمِ
وَالْفِطْرِ . فَإِنْ لَمْ تَرَهُ ^(٦) حَتَّى أَقْمَرَ ، لَمْ تَطْلُقْ ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ بِهِلَالٍ . وَاخْتَلَفَ
فِيمَا يُقْمَرُ بِهِ ، فَقِيلَ : بَعْدَ ثَالِثَةِ . وَقِيلَ : بِاسْتِدَارَتِهِ . وَقِيلَ : إِذَا بَهَرَ ضَوْؤُهُ .

(١) زيادة من : الأصل .

(٢) في الأصل : « على ما » .

(٣) تقدم تخريجه في ٢٢٨/٢ .

(٤) في ف : « رأيتيه » .

(٥) في الأصل : « فسد » .

(٦) في الأصل : « يره » .

وإن قال : أنت طالق إلى شهرِ رَمَضانَ . طَلَّقْتُ في أوَّلِ جُزْءٍ منه ، كقولِه : في شهرِ رَمَضانَ . لأنَّه جَعَلَ الشَّهْرَ [٣٢٠ و] غَايَةً لِلطَّلَاقِ ، ولا غَايَةَ لِآخِرِهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُجْعَلَ غَايَةً لِأَوَّلِهِ . وإن قال : أردتُ الإيقاعَ في الحالِ . طَلَّقْتُ ؛ لأنَّه يُقَرَّرُ على نَفْسِهِ بما هو أغْلَظُ .

وإن قال : أنت طالق في آخِرِ أوَّلِ الشَّهْرِ . طَلَّقْتُ في آخِرِ أوَّلِ يومٍ منه ؛ لأنَّه أوَّلُهُ . وإن قال : في أوَّلِ آخِرِهِ . طَلَّقْتُ بَطُلُوعِ فَجْرِ آخِرِ يومٍ منه ؛ لأنَّه آخِرُهُ . وقال أبو بَكْرٍ : تَطَلَّقُ في المُسَالَّتَيْنِ بِغُرُوبِ شَمْسِ اليَوْمِ الخَامِسِ عَشَرَ مِنْهُ ؛ لأنَّه آخِرُ نِصْفِ الشَّهْرِ الأوَّلِ وأوَّلُ نِصْفِهِ الْآخِرِ .

فصل : إذا قال : إذا مَضَتْ سَنَةٌ فَأَنْتِ طالقٌ . اغْتَبِرَ مُضِيُّ سَنَةٍ بِالْأَهْلَةِ ؛ لِأَنَّهَا السَّنَةُ الْمُعْهُودَةُ فِي الشَّرْعِ . فإن قاله في أَثْناءِ شَهْرٍ ، كُملَ^(١) ذلك الشَّهْرُ بِالْعَدَدِ ثَلَاثِينَ يَوْمًا ، وأَحَدَ عَشَرَ شَهْرًا بِالْأَهْلَةِ . وإن قال : أردتُ سَنَةً بِالْعَدَدِ ، وهى ثَلَاثُمِائَةٍ وَسِتُّونَ يَوْمًا . أو : شَمْسِيَّةً ، وهى ثَلَاثُمِائَةٍ وَخَمْسَةٌ وَسِتُّونَ يَوْمًا . قُبِلَ ؛ لِأَنَّهَا^(٢) سَنَةٌ حَقِيقَةٌ .

وإن قال : إذا مَضَتْ السَّنَةُ فَأَنْتِ طالقٌ . طَلَّقْتُ بِانْسِلَاخِ ذِي الْحِجَّةِ ؛ لِأَنَّ التَّعْرِيفَ بِالْأَلْفِ وَاللَّامِ يَقْتَضِي ذَلِكَ . فإن قال : أردتُ سَنَةً كَامِلَةً . دُيِّنَ . وهل يُقْبَلُ في الْحُكْمِ ؟ يُخَرَّجُ على رِوَايَتَيْنِ .

وإن قال : أنت طالق في كُلِّ سَنَةٍ طَلَقَةً . طَلَّقْتُ في الحالِ . ثم إذا

(١) في ف : « كان » .

(٢) في م : « لأنه » .

مَضَتْ سَنَةٌ كَامِلَةٌ، طَلَّقَتْ أُخْرَى، وَكَذَلِكَ الثَّالِثَةُ. وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ :
تَطْلُقُ الثَّانِيَةَ بِدُخُولِ الْحَرَمِ، وَكَذَلِكَ الثَّالِثَةُ. فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ أَنْ يَكُونَ
اِبْتِدَاءُ السَّنِينَ مِنْ أَوَّلِ الْجَدِيدَةِ. دُيِّنَ^(١). وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الْحُكْمِ ؟ يُخْرِجُ
عَلَى رِوَايَتَيْنِ.

فصل : وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ إِذَا قَدِمَ فَلَانٌ غَدًا. أَوْ : غَدًا إِذَا قَدِمَ
فُلَانٌ. لَمْ تَطْلُقِي حَتَّى يَتَقَدَّمَ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقَعُ قَبْلَ شَرْطِهِ. فَإِنْ مَاتَتْ^(٢)
قَبْلَ قُدُومِهِ، لَمْ تَطْلُقِي ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَبْقَ مَحَلًّا لِلطَّلَاقِ. وَإِنْ قَدِمَ بَعْدَ الْغَدِ، لَمْ
تَطْلُقِي ؛ لِفَوَاتِ مَحَلِّ الطَّلَاقِ. وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ يَوْمَ يَتَقَدَّمُ فُلَانٌ. فَقَدِمَ
لَيْلًا، لَمْ تَطْلُقِي ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ لَمْ يُوجَدْ، إِلَّا أَنْ يَرِيدَ بِالْيَوْمِ الْوَقْتَ، فَتَطْلُقِي،
قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ يُؤْلِهِمْ يَوْمَ ذُبُرِهِ ﴾^(٣). وَإِنْ قَدِمَ نَهَارًا، طَلَّقَتْ.
وَهَلْ تَطْلُقُ فِي أَوَّلِ الْيَوْمِ أَوْ حِينَ قُدُومِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا، تَطْلُقُ
مِنْ أَوَّلِهِ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ يَوْمَ الْجُمُعَةِ. وَالثَّانِي، لَا تَطْلُقُ إِلَّا بَعْدَ
قُدُومِهِ ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ قُدُومَهُ فِيهِ شَرْطًا، فَلَا تَطْلُقُ قَبْلَهُ. فَإِنْ «مَاتَتْ أَوْ»
مَاتَ^(٤) قَبْلَ قُدُومِهِ، طَلَّقَتْ عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ، وَلَمْ تَطْلُقْ عَلَى الثَّانِي.

فصل : وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ الْيَوْمَ، إِنْ لَمْ أُطَلِّقْكَ الْيَوْمَ. وَلَمْ يُطَلِّقْهَا،
طَلَّقَتْ فِي آخِرِ الْيَوْمِ إِذَا بَقِيَ مِنْهُ مَا لَا يَتَّسِعُ لِقَوْلِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ. لِأَنَّ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : « مات » .

(٣) سورة الأنفال ١٦ .

(٤ - ٤) سقط من : م .

(٥) بعده في الأصل : « الزوج » .

مَعْنَاهُ : إِذَا فَاتَنِي طَلَاؤُكَ الْيَوْمَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . وَبِهَذَا يَفُوتُ طَلَاؤُهَا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا تَطْلُقُ ؛ لِأَنَّ شَرْطَ طَلَاقِهَا خُرُوجُ الْيَوْمِ ، وَبَخْرُوجِهِ يَفُوتُ ^(١) مَحَلُّ طَلَاقِهَا . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ الْيَوْمَ إِذَا جَاءَ غَدٌ . فَقَالَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ : يَقَعُ الطَّلَاقُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِشَرْطِ مُحَالٍ ، فَلَمَّا شَرَطَهُ ، وَوَقَعَ الطَّلَاقُ ، كَمَا لَوْ قَالَ لَا يَسِيَّةٌ : أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ . وَقَالَ فِي «الْمَجَرَّدِ» : لَا تَطْلُقُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقَعُ فِي الْيَوْمِ لِعَدَمِ الشَّرْطِ ، فَإِذَا جَاءَ الْغَدُ ، لَمْ يُمَكِّنِ الطَّلَاقُ فِي الْيَوْمِ ؛ لِأَنَّهُ زَمَنٌ مَاضٍ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ الْيَوْمَ ، غَدًا . طَلَّقْتَ وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّ مَنْ طَلَّقْتَ الْيَوْمَ فَهِيَ طَالِقٌ غَدًا . وَإِنْ [٣٢٠ ظ] قَالَ : أَرَدْتُ طَلْقَةَ الْيَوْمِ وَطَلْقَةَ غَدًا . طَلَّقْتَ اثْنَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرَّرُ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا هُوَ أَغْلَظُ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ نِصْفَ طَلْقَةِ الْيَوْمِ ، وَنِصْفَ طَلْقَةِ ^(٢) غَدًا . فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ كُلَّ نِصْفٍ يُكْمَلُ بِالسَّرَايَةِ ، فَيَصِيرَانِ طَلْقَتَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ نِصْفَ طَلْقَةِ الْيَوْمِ ، وَبَاقِيَهَا غَدًا . فَكَذَلِكَ فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ بَاقِيَهَا نِصْفٌ يُكْمَلُ بِالسَّرَايَةِ . وَالثَّانِي ، لَا تَطْلُقُ إِلَّا وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا كُتِبَ النِّصْفُ الْأَوَّلُ ، لَمْ يَبْقَ مِنَ الطَّلْقَةِ شَيْءٌ ، فَلَا بَاقِيَ لَهَا .

فصل ^(٣) : فَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ^(٤) الْيَوْمَ وَالْغَدَ . طَلَّقْتَ وَاحِدَةً ؛ لِإِذَا

(١) فِي م : « يَقُومُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : ف ، م .

(٤) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « فِي » .

ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ فِي الْيَوْمِ وَفِي الْغَدِ . فَكَذَلِكَ فِي أَحَدِ
الْوَجْهَيْنِ . وَفِي الْآخِرِ ، تَطْلُقُ طَلْقَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ إِعَادَةَ حَرْفِ الصَّلَةِ يَقْتَضِي
فِعْلًا ، فَكَأَنَّهُ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ فِي الْيَوْمِ ، وَأَنْتِ طَالِقٌ فِي غَدِ .

فصل : إذا قال : أَنْتِ طَالِقٌ بَعْدَ مَوْتِي . لَمْ تَطْلُقِي ؛ لِأَنَّهَا بَعْدَ مَوْتِهِ
بَائِنٌ ، فَلَيْسَتْ مَحَلًّا لِلطَّلَاقِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مَعَ مَوْتِي . لَمْ تَطْلُقِي ؛
لِأَنَّ زَمَنَ الْبَيْتُونَةِ زَمَنُ الطَّلَاقِ ، فَلَمْ يُمَكِّنْ إِيقَاعُهُ .

وَإِنْ تَزَوَّجَ أُمَةً أَبِيهِ ، ثُمَّ قَالَ : إِذَا مَاتَ أَبِي فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَمَاتَ أَبُوهُ ،
لَمْ تَطْلُقِي ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُهَا بِمَوْتِ أَبِيهِ ، فَيَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا ، فَيَجْتَمِعُ الْفَسْخُ
وَالطَّلَاقُ ، فَيَمْتَنِعُ وَقُوعُهُ ، كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ^(١) ، أَنَّهَا تَطْلُقُ ؛
لِأَنَّ زَمَنَ الطَّلَاقِ عَقِيبُ الْمَوْتِ ، وَهُوَ زَمَنُ الْمِلْكِ ، وَالْفَسْخُ بَعْدَ الْمِلْكِ ،
فَيَتَقَدَّمُ الطَّلَاقُ الْفَسْخَ ، فَيَقَعُ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ اشْتَرَيْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ .
وَاشْتَرَاهَا ، فَعَلَى وَجْهَيْنِ ، كَالَّتِي قَبْلَهَا .

وَإِنْ قَالَ الْأَبُ لِحَارِيتِهِ : إِذَا مِتُّ فَأَنْتِ حُرَّةٌ . وَقَالَ الزَّوْجُ : إِذَا مَاتَ أَبِي
فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَمَاتَ الْأَبُ ، وَقَعَتِ الْحُرِّيَّةُ وَالطَّلَاقُ مَعًا ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ تَمْنَعُ
ثُبُوتَ الْمِلْكِ لَهُ ، فَلَا يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا ، فَيَقَعُ طَلَاقُهَا .

فصل في إضافته إلى زمن ماضٍ : إذا قال : أَنْتِ طَالِقٌ أَمْسٍ . أَوْ : قَبْلَ
أَنْ أَتَزَوَّجَكَ . لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَى زَمَنِ يَسْتَحِيلُ

(١) سقط من : الأصل .

وَقَوْعُهُ فِيهِ ، فَلَمْ يَقَعْ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ مَوْتِي بِشَهْرٍ . وَمَاتَ قَبْلَ مُضِيِّ شَهْرٍ . وَقَالَ الْقَاضِي فِي بَعْضِ كُتُبِهِ : تَطْلُقُ ؛ لِأَنَّهُ وَصَفَ الطَّلَاقَ بِمَا لَا تَتَّصِفُ بِهِ ، فَلَغَتِ الصِّفَةُ ، وَوَقَعَ الطَّلَاقُ ، كَمَا لَوْ قَالَ لَا يَسِيَّةٌ : أَنْتِ طَالِقٌ لِلْبِدْعَةِ . وَحُكِيَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ فِي قَوْلِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَتَزَوَّجَكَ . خَاصَّةً ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ثَانِيًا ^(١) ، وَهَذَا الْوَقْتُ قَبْلَهُ ، فَيَقَعُ فِيهِ ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ طَلَّاقَهَا فِي الْحَالِ . وَقَعَ ؛ لِأَنَّهُ يُقَرَّرُ عَلَى نَفْسِهِ بِمَا هُوَ أَغْلَظُ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ أَنِّي طَلَّقْتُهَا أَمْسٍ . طَلَّقْتُ بِإِقْرَارِهِ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ أَنِّي طَلَّقْتُهَا فِي نِكَاحٍ آخَرَ ، أَوْ طَلَّقْتُهَا زَوْجَ قَبْلِي . فَقَدْ ذَكَرْنَا حُكْمَهُ فِيمَا مَضَى .

وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ قُدُومِ أَخِي بِشَهْرٍ . أَوْ : قَبْلَ مَوْتِي بِشَهْرٍ . فَقَدِمَ أَخُوهُ ، أَوْ ^(٢) مَاتَ مَعَ مَجِيءِ الشَّهْرِ أَوْ قَبْلَهُ ، لَمْ تَطْلُقْ ؛ لِأَنَّهُ زَمَنُ مَاضٍ . وَإِنْ ^(٣) قَدِمَ أَوْ ^(٣) مَاتَ بَعْدَ مُضِيِّ شَهْرٍ وَجُزْءٍ يَقَعُ الطَّلَاقُ فِيهِ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ وَقَعَ فِي ذَلِكَ الْجُزْءِ قَبْلَ الشَّهْرِ .

فَإِنْ خَلَعَهَا بَعْدَ تَغْلِيْقِ طَلَّاقِهَا يَوْمَ ، ثُمَّ مَاتَ ، أَوْ قَدِمَ بَعْدَ التَّغْلِيْقِ بِشَهْرٍ وَسَاعَةٍ ، وَقَعَ الطَّلَاقُ دُونَ الْخُلْعِ ؛ لِأَنَّهَا بَانَتْ بِالطَّلَاقِ ، فَكَانَ الْخُلْعُ لِبَائِنٍ . وَإِنْ مَاتَ أَوْ ^(٢) قَدِمَ بَعْدَ الْخُلْعِ بِشَهْرٍ وَسَاعَةٍ ، [٣٢١ و] صَحَّ الْخُلْعُ ؛ لِأَنَّهُ

(١) فِي م : « بَاثِنَا » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ : « قَدَمَا وَ » .

صَادَفَ زَوْجَةً ، وَلَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ ؛ لِأَنَّهَا بَانَتْ بِالْخُلْعِ قَبْلَهُ .

وإن قال : أنت طالق قبل موْتِي . طَلَّقْتَ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ قَبْلَ مَوْتِهِ ،
وَكَذَلِكَ^(١) إن قال : أنت طالق قبل قُدُومِ زَيْدٍ . سَوَاءٌ قَدِيمٌ أَوْ لَمْ يَتَقَدَّمْ .
ذَكَرَهُ الْقَاضِي . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ قُبَيْلَ^(٢) مَوْتِي . أَوْ : قُبَيْلَ^(٣) قُدُومِ
زَيْدٍ . لَمْ يَقَعْ الطَّلَاقُ^(٤) إِلَّا فِي الْجُزْءِ الَّذِي يَلِي الْمَوْتَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَصْغِيرٌ
يَقْتَضِي الْجُزْءَ الْيَسِيرَ .

فصل : وإن علَّقه على مُسْتَحِيلٍ ، كَقَوْلِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ طُرِثِ . ففِيهِ
وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَطْلُقُ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ عَلَى صِفَةٍ لَمْ تُوجَدْ . وَالثَّانِي ،
تَطْلُقُ ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَ طَلَّاقَهَا عَلَى مَا يَرْتَفِعُ بِهِ جَمَلَةٌ ، فَلَمَّا الشَّرْطُ ، وَوَقَعَ
الطَّلَاقُ ، كَقَوْلِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ طَلْقَةً لَا تَلْزَمُكَ . وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ لَمْ
تَطِيرِي . أَوْ : تَقْتُلِي الْمَيْتَ . طَلَّقْتَ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ عَدَمُهُ . وَإِنْ
قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ لَتَطِيرِينَ . فَكَذَلِكَ . وَحُكِيَ عَنِ الْقَاضِي أَنَّهُ لَا يَحْنُثُ .

فصل : إذا كَتَبَ إِلَيْهَا : إِذَا أَتَاكَ كِتَابِي فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَأَتَاهَا الْكِتَابُ ،
طَلَّقَتْ إِذَا أَتَاهَا . وَإِنْ ذَهَبَتْ حَوَاشِيهِ ، أَوْ امَّحَى^(٥) مَا فِيهِ ، إِلَّا ذَكَرَ
الطَّلَاقَ ، طَلَّقَتْ ؛ لِأَنَّهُ أَتَاهَا كِتَابُهُ^(٦) مُشْتَمِلًا عَلَى الْمَقْصُودِ . وَإِنْ امَّحَى^(٦)

(١) فِي الْأَصْلِ : « لَذَلِكَ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « قَبْلَ » .

(٣) زِيَادَةٌ مِنْ : م .

(٤) فِي س ٣ : « ائْمَحَى » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « كِتَابُهَا » .

(٦) فِي ف ، س ٣ : « ائْمَحَى » .

كُلُّ ما فيه ، أو امْحَى^(١) ذِكْرُ الطَّلَاقِ ، أو ضاعَ الكتابُ ، لم تَطْلُقْ ؛ لأنَّ المقْصودَ لم يَأْتِ . وإنْ ذَهَبَ الكتابُ إِلَّا مَوْضِعَ الطَّلَاقِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، تَطْلُقْ ؛^(٢) «لأنَّ المقْصودَ»^(٢) أَتَاهَا . والثاني ، لا تَطْلُقْ ؛ لأنَّ الكتابَ لم يَأْتِ . وإنْ قال : إذا أَتاكِ طَلِيقِي فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثم كَتَبَ : إذا أَتاكِ كِتَابِي فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَأَتَاهَا الكتابُ ، طَلَّقْتَ طَلِيقَتَيْنِ ، واحدةً بِمَجِيءِ^(٣) الكتابِ ، وأُخْرَى بِمَجِيءِ^(٣) الطَّلَاقِ .

فصلٌ في مسائل تَنْبِيْهِ عَلَى نِيَّةِ الْحَالِفِ : إذا قال : إنْ لم تُخْبِرْنِي بِعَدَدِ حَبِّ هَذِهِ الرُّمَّانَةِ^(٤) فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَإِنَّهَا تُعَدُّ لَهُ عَدَدًا يَعْلَمُ^(٥) أَنَّ عَدَدَهَا دَاخِلٌ فِيهِ ، وَلَا يَحْنُثُ إِذَا نَوَى ذَلِكَ ، فَإِنْ لَمْ يَنْوِ ، حَنِثَ فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ الْأَيْمَانَ تَنْبِيْهِ عَلَى الْمَقَاصِدِ ، وَظَاهِرُ قَصْدِ الْحَالِفِ الْعِلْمُ بِكَمِّيَّتِهِ ، وَلَا يَحْصُلُ بِهَذَا . فَإِنْ قَالَ : إنْ لم تُمَيِّزِي نَوَى مَا أَكَلْتُ مِنْ نَوَى مَا أَكَلْتُ ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَأَفْرَدَتْ كُلُّ نَوَاةٍ وَحْدَهَا ، فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْتِي قَبْلَهَا .

ولو وَقَعَتْ فِي مَاءٍ جَارٍ ، فَقَالَ : إنْ أَقَمْتُ فِيهِ^(٦) ، أَوْ خَرَجْتِ مِنْهُ ،

(١) فِي ف ، س ٣ : « امْحَى » .

(٢ - ٢) فِي ف : « لَأَنَّهُ » .

(٣) فِي ف : « لِمَجِيءِ » .

(٤) بَعْدَهُ فِي م : « وَلَا » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « تَعْلَمُ » .

(٦ - ٦) فِي الْأَصْلِ ، ف : « قَمْتُ مِنْهُ » .

فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَقَالَ الْقَاضِي فِي «الْجَامِعِ» : هِيَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ ظَاهِرَ^(١)
قَضْدِهِ خُرُوجُهَا مِنَ النِّهْرِ . وَقَالَ فِي «الْمَجْرَدِ» : لَا يَحْنُثُ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ
الَّذِي كَانَتْ فِيهِ جَرَى وَصَارَتْ فِي غَيْرِهِ .

وَلَوْ قَالَ : إِنْ كَانَتْ امْرَأَتِي فِي الشُّوقِ فَعَبْدِي حُرٌّ ، وَإِنْ كَانَ عَبْدِي
فِي الشُّوقِ فَاِمْرَأَتِي طَالِقٌ . فَكَانَا فِي الشُّوقِ ، عَتَقَ الْعَبْدُ ، وَلَمْ تَطْلُقِ الْمَرْأَةُ ؛
لِأَنَّ الْعَبْدَ عَتَقَ بِاللَّفْظِ الْأَوَّلِ ، فَلَمَّا عَتَقَ ، لَمْ يَتَّقَ لَهُ فِي الشُّوقِ عَبْدٌ .

وَلَوْ كَانَ فِي فِيهَا تَمْرَةٌ ، فَقَالَ : إِنْ أَكَلْتِيهَا ، أَوْ أَمْسَكْتِيهَا ، أَوْ أَلْقَيْتِيهَا ،
فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَأَكَلَتْ بَعْضَهَا ، وَأَلْقَتْ^(٢) بَعْضَهَا ، انْبَتَى عَلَى فِعْلِ بَعْضِ
الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ .

وَلَوْ كَانَتْ عَلَى سُلَمٍ ، فَحَلَفَ عَلَيْهَا أَنْ لَا تَنْزِلَ عَنْهُ ، وَلَا تَصْعَدَ عَنْهُ ،
وَلَا تَقِفَ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهَا تَنْتَقِلُ إِلَى سُلَمٍ آخَرَ ، ثُمَّ تَنْزِلُ أَوْ تَصْعَدُ ؛ لِأَنَّ
صُعُودَهَا وَ^(٣) نُزُولَهَا إِنَّمَا حَصَلَ مِنْ غَيْرِهِ .

وَلَوْ سَرَقَتْ زَوْجَتَهُ [٣٢١ ظ] مِنْهُ شَيْئًا ، فَحَلَفَ : لَتَصْدُقَنِي أَسْرَقْتِ مِنِّي
شَيْئًا أَمْ لَا ؟^(٤) وَكَانَتْ قَدْ سَرَقَتْ مِنْهُ^(٥) ، وَخَشِيتُ أَنْ تُخْبِرَهُ ، فَإِنَّهَا تَقُولُ :
سَرَقْتُ مِنْكَ مَا سَرَقْتُ مِنْكَ . وَتَكُونُ « مَا » ، هَاهُنَا ، بِمَعْنَى الَّذِي .

فصل : ومتى علق طلاق زواجه على صفة ، ثم أبانها ، ثم تزوجها قبل

(١) في م : « الظاهر » .

(٢) في م : « رمت » .

(٣) في م : « أو » .

(٤ - ٤) سقط من : الأصل ، ف .

الصِّفَّةُ ، عَادَتِ الصِّفَّةُ ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ وَالصِّفَّةَ وَجَدَا مِنْهُ فِي الْمَلِكِ ، فَأَشْبَهَ مَا
لَوْ لَمْ يَتَخَلَّلْهُمَا يَثْنُونَهُ . وَإِنْ وَجَدَتِ الصِّفَّةُ حَالَ الْبَيْثُونَةِ ، لَمْ تَنْحَلْ
الْيَمِينُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْنَثْ فِي يَمِينِهِ ، فَلَمْ تَنْحَلْ ، كَمَا لَوْ لَمْ تُوجَدْ الصِّفَّةُ ،
وَلِأَنَّ الْمَلِكَ مُقَدَّرٌ فِي يَمِينِهِ لِتَقْيِيدِ الطَّلَاقِ بِهِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ تَنْحَلَّ الصِّفَّةُ ؛
بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ فِي الْعِتْقِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي الْحَسَنِ التَّمِيمِيِّ ؛ لِأَنَّ الصِّفَّةَ
وُجِدَتْ فَانْحَلَّتِ الْيَمِينُ بِهَا ، كَمَا لَوْ وَجَدَتْ حَالَ الْمَلِكِ ، وَلِأَنَّ الْيَمِينَ
إِذَا تَعَلَّقَتْ بِعَيْنٍ ، لَمْ تَتَقَيَّدْ بِالْمَلِكِ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ
وَهِيَ مِلْكُهُ .

بَابُ الشَّكِّ فِي الطَّلَاقِ

إذا شك هل طلق أم لا؟ لم تطلق؛ لأن النكاح مُتَيَقَّنٌ، فلا يزول بالشك. وإن طلق فلم يدر، أواحدة طلق أم ثلاثاً؟ بنى على اليقين؛ لذلك^(١). نص عليه أحمد. فإن ارتجعها، فعليه نفقتها. واختلف أصحابنا في حلها، فقال الخِرَقِيُّ: هي مُحَرَّمَةٌ؛ لأنه مُتَيَقَّنٌ للتَّحْرِيمِ الحَاصِلِ بالطلاق، شك في حصول الحل بالرجعة، فلا يزول التَّحْرِيمُ المُتَيَقَّنُ بالشك. وقال غيره: تحل؛ لأن الرجعة مُزِيلَةٌ لحكم^(٢) المُتَيَقَّنِ مِنَ الطَّلَاقِ. ومنهم من منع حصول التَّحْرِيمِ بالطلاق؛ لكون الرجعية^(٣) مُبَاحَةً، فلم يكن التَّحْرِيمُ مُتَيَقَّنًا^(٤). والورع أن يلتزم حكم الطلاق الأكثر، فيدعها^(٥) حتى تنقضي^(٦) عدتها لتحل لغيره؛ لقول النبي ﷺ: «دَعْ مَا يَرِيكَ إِلَى مَا لَا يَرِيكَ»^(٧).

(١) في م: «كذلك».

(٢) في م: «الحكم».

(٣) في م: «الرجعة».

(٤) في ف: «منفياً»، وفي م: «يقينا».

(٥) في م: «ثم يدعها».

(٦) في م: «تنقضي».

(٧) أخرجه الترمذي، في: باب حدثنا عمرو بن علي... من أبواب القيامة. عارضة الأحوذى ٣٢٠/٩، ٣٢١. والنسائي، في: باب الحث على ترك الشبهات، من كتاب الأشربة. المجتبى =

فصل : وإذا قال لِنِسَائِهِ : إِنْ خِدَاكَ طَالِقٌ . وَلَمْ يَنْوِ وَاحِدَةً بَعَيْنِهَا ، أُقْرِعَ بَيْنَهُنَّ ، فَأُخْرِجَتْ بِالْقُرْعَةِ الْمُطْلَقَةُ مِنْهُنَّ . نَصَّ عَلَيْهِ ؛ ^(١) «لَأَنَّ ذَلِكَ» يُزَوَّى عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَلَأَنَّ الطَّلَاقَ إِزَالَةُ مِلْكٍ يُنْبَى عَلَى التَّغْلِيْبِ وَالسَّرَايَةِ ، فَتَدْخُلُهُ الْقُرْعَةُ ، كَالْعِتْقِ . وَإِنْ نَوَى وَاحِدَةً بَعَيْنِهَا ، طَلَّقَتْ وَخَدَّهَا ؛ لَأَنَّهُ نَوَى بِلَفْظِهِ مَا يَحْتَمِلُهُ ، فَانْصَرَفَ إِلَيْهِ ، وَقَوْلُهُ فِي ذَلِكَ مَقْبُولٌ ؛ لَأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ ، فَقَبِلَ قَوْلُهُ ^(٢) ، كَقَوْلِ الْمَرَأَةِ فِي حَيْضِهَا .

وإن قال : هذه الْمُطْلَقَةُ ، بل هذه ^(٣) . طَلَّقْنَا ؛ لَأَنَّ إِقْرَارَهُ ^(٤) بَطْلَاقٍ ^(٥) الثَّانِيَةِ مَقْبُولٌ ، وَرُجُوعُهُ عَنْ طَلَاقِ الْأُولَى غَيْرُ مَقْبُولٍ . وَإِنْ قَالَ : طَلَّقْتُ هذه ، بل هذه أو هذه . طَلَّقْتُ الْأُولَى وَإِخْدَى الْأُخْرَيَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : هذه ^(٦) أو هذه ^(٧) ، بل هذه . طَلَّقْتُ الثَّلَاثَةَ ^(٨) وَإِخْدَى الْأُولَيَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : طَلَّقْتُ هذه وهذه ، أو هذه . اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الشَّكُّ فِي الْجَمِيعِ ؛ لَأَنَّهُ أَتَى بِحَرْفِ الشَّكِّ بَعْدَ الْأُولَيَيْنِ ، فَيَعُودُ إِلَيْهِمَا . وَاخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ الشَّكُّ فِي

= ٢٩٤ / ٨ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٠٠ / ١ ، ١١٢ / ٣ ، ١٥٣ . وَصَحَّحَهُ فِي الْإِرْوَاءِ ١ / ٤٤ .

(١ - ١) فِي م : «لَأَنَّهُ» .

(٢) فِي م : «مِنْهُ» .

(٣) بَعْدَهُ فِي م : «الْمُطْلَقَةُ» .

(٤) فِي الْأَصْلِ : «طَلَّاقَهُ» .

(٥) فِي الْأَصْلِ : «يُاقِرُّ» .

(٦ - ٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٧) فِي الْأَصْلِ : «الثَّانِيَةِ» .

الثانية والثالثة ؛ لأنَّ حَرْفَ الشَّكِّ بينهما . وإن قال : طَلَّقْتُ هذه ، أو هذه وهذه . ففي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ يَكُونُ شَاكًّا فِي طَلَاقِ الْجَمِيعِ ، [٣٢٢ و] لا يَذَرِي أَطْلَقَ الْأَوَّلَى وَحْدَهَا أَمْ الْأُخْرَيْنِ جَمِيعًا ؟ وَفِي الْآخِرِ ، يَكُونُ مُتَيَقَّنًا لَطَلَاقِ الثَّالِثَةِ ^(١) ، شَاكًّا فِي طَلَاقِ ^(٢) الْأَوَّلَيْنِ .

وَكُلُّ مَوْضِعٍ عَلِمَ أَنَّهُ طَلَّقَ بَغْضَهُنَّ ، وَاشْتَبَهَتْ عَلَيْهِ بَغِيرَهَا ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْمَنْسِيَةِ عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ .

وإن لم يَنْوِ واحدةً بَعَيْنِهَا ، تَعَيَّنَتْ بِالْقُرْعَةِ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَةُ الْجَمِيعِ حَتَّى تَتَعَيَّنَ ^(٣) الْمُطَلَّقَةُ ؛ لِأَنَّهُنَّ مَحْبُوسَاتٌ عَلَيْهِ .

فصل : وإن طَلَّقَ واحدةً بَعَيْنِهَا ثَلَاثًا وَأَنْسِيَهَا ، أَوْ خَفِيََتْ عَلَيْهِ ، بَأْنَ يَطْلُقُهَا فِي ظُلْمَةٍ ، أَوْ مِنْ وَرَاءِ حِجَابٍ ، أَوْ يَرَاهَا فِي طَاقَةٍ ، فَيَطْلُقُهَا وَتَشْتَبِهَ عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِ الْجَمِيعُ ؛ لِأَنَّهُ اشْتَبَهَتْ عَلَيْهِ ^(٤) زَوْجَتَهُ بَغِيرَهَا ، فَحَرُمَتَا ، كَمَا لَوْ اشْتَبَهَتْ بِمَنْ لَمْ يَتَزَوَّجْهَا . وَإِنْ عَلِمَهَا ، عَيْنَهَا ، وَقُبِلَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ . فَإِنْ امْتَنَعَ مَعَ الْعِلْمِ ، حُبِسَ حَتَّى يُعَيَّنَهَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ عَلَيْهِ امْتِنَاعٌ مِنْ ^(٥) إِيفَائِهِ ^(٦) . وَإِنْ ادَّعَتْ غَيْرُ الْمُعَيَّنَةِ عَلَيْهِ أَنَّهَا

(١) فِي م : « الثَّانِيَةِ » .

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي م : « يَتَيَقَّنُ » .

(٤) زِيَادَةٌ مِنْ : ف .

(٥) فِي م : « عَنْ » .

(٦) فِي ف : « إِيفَاعُهُ » .

المُطَلَّقةُ ، فالقولُ قوله من غيرِ يمينٍ . فإن مات ، أُقْرِعَ بينهما ، فمن خرجت لها القُرعةُ فلا ميراثَ لها . قال إسماعيلُ بنُ سعيدٍ : سألتُ أحمدَ عن الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امرأةً من نِسائِهِ ، ولا يَعْلَمُ أَيُّهُنَّ طَلَّقَ ، قال : أكرهُ أن أقولَ في الطلاقِ بالقُرعةِ . قلتُ : أرأيتَ إن ماتَ بعدها^(١) ؟ قال : أقولُ بالقُرعةِ ؛ وذلكَ لأنَّه تصيرُ القُرعةُ على المالِ . وقد روى عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، في رجلٍ له أَرْبَعُ نِسْوَةٍ ، طَلَّقَ إحداهُنَّ ، ثم ماتَ ، لا يُدْرِي أَيُّهُنَّ طَلَّقَ : أُقْرِعَ بينَ الأَرْبَعِ ، وَأُنْذِرُ^(٢) مِنْهُنَّ واحدةً ، واقتسمَ بينهما الميراثَ^(٣) . وكذلك^(٤) إن ماتت إحداهُنَّ ، أو مِثْنٌ جميعًا ، أُقْرِعنا بينهما ، فمن خرجت^(٥) عليها القُرعةُ^(٥) ، حرَّمناه ميراثها . وقال الخِرَقِيُّ وكثيرٌ من أصحابنا : يُقْرِعُ بينهما في حياته ، فمن خرجت عليها قُرعةُ الطلاقِ ، بانت ، وحلَّ له البواقي . احتجَّاجًا بحديثِ عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عنه .

فإن ذكرَ بعدَ ذلكَ أنَّ المُطَلَّقةَ غيرها ، بانتِ المذكورةُ ؛ لأنَّها المُطَلَّقةُ ، ويكونُ وطؤه لها وطئًا بشبهةٍ ، وتُرَدُّ إليه الأُخرى ، إلَّا أن تكونَ قد تزوّجت ، أو تكونَ القُرعةُ بحكمٍ حاكمٍ ، فلا تُرَدُّ . نصَّ عليه ؛ لأنَّها إذا تزوّجت^(٦) تعلَّقَ بها حقُّ غيره ، فلم يُقْبَلْ قوله في فسخِ نكاحِ غيره ، وقُرعةُ

(١) في الأصل : «أحدها» .

(٢) في م : «أنذر» . وأنذر : أسقط .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة مختصرا ، في : المصنف ٤٦/٥ .

(٤) في م : «لذلك» .

(٥ - ٥) في الأصل : «منهن» .

(٦) بعده في م : «فقد» .

الحاكم كحكمه ، لا سبيل إلى نقضه . وقال أبو بكر ، وابن حامد : لا ترد إليه التي عيَّنتها القرعة بحال ؛ لأنه لا يقبل قوله عليها ، ولا يرثها إن ماتت ، وإن مات هو ورثته .

فصل : فإن رأى طائرا ، فقال : إن كان غرابا فحفصة طالق ، وإن كان حماما فعمره طالق . فطار ولم يعرف ما هو ، لم يلزمه طلاق ؛ لأنه يحتمل أنه غيرهما^(١) . ولو قال : إن كان غرابا ، فحفصة طالق ، وإن لم يكن غرابا فعمره طالق . ولم يعرف ما هو ، طلقت إحداهما . والحكم فيها على ما ذكرنا في المشتبهة . وإن كان الحالف رجُلين ، فقد حث أحدهما^(٢) ، فيحرُم الوطء عليهما ؛ لأننا علمنا التحريم في أحدهما^(٣) ، فأشبه ما لو كان الحالف واحدا على زوجتين ، ويثقی في حق كل واحد منهما أحكام النكاح ؛ من النفقة والكسوة والمسكن ؛ لأن نكاحه كان متيقنا ، وزواله مشكوك فيه .

وإن قال أحدهما : إن كان غرابا فعبدي حر . وقال الآخر : إن لم يكن غرابا فعبدي حر . لم يعتق واحد منهما ؛ لأن الأصل الرق . فإن اشترى أحدهما عبد صاحبه ، عتق ؛ لأن تمسكه بعبده اغتراف منه بعثي الآخر ، وقد ملكه ، [٣٢٢ ظ] فيعتق . قاله القاضي . وقال أبو الخطاب : يُقرع بينهما حينئذ ؛ لأن العبدین صارا له ، وقد علم عتق أحدهما لا

(١) في م : « غيرها » .

(٢) في الأصل : « في إحداهما » .

(٣) في الأصل ، م : « إحداهما » .

بَعَيْنِهِ ، فَيَعْتِقُ بِالْقُرْعَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا قَدْ أَقْرَأَ أَنَّ الْحَانِثَ صَاحِبُهُ ،
فَيُؤْخَذُ بِإِقْرَارِهِ . وَلَوْ كَانَ الْحَالِفُ وَاحِدًا ، فَقَالَ : إِنْ كَانَ غُرَابًا فَعَبْدِي
حُرٌّ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ غُرَابًا فَأَمْتِي حُرَّةٌ . وَلَمْ يُعْرِفْ ، أَقْرَعْنَا^(١) بَيْنَهُمَا ، فَمَنْ
خَرَجَتْ قُرْعَتُهُ ، فَهُوَ الْحُرُّ ؛ لِأَنَّ الْقُرْعَةَ تُسْتَعْمَلُ لِتَعْيِينِ الْحُرِّيَّةِ .

فصل : إِذَا قَالَ لِحَمَاتِهِ : ابْنْتُكَ طَالِقٌ . أَوْ كَانَ اسْمُ زَوْجَتِهِ زَيْنَبَ ،
فَقَالَ : زَيْنَبُ طَالِقٌ . طَلَّقْتَ زَوْجَتَهُ . فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ ابْنَتَهَا الْأُخْرَى . أَوْ :
أُجْنَبِيَّةً^(٢) اسْمُهَا زَيْنَبُ . دُيِّنَ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ مَا قَالَهُ ، وَلَمْ يُقْبَلْ فِي الْحُكْمِ .
نَصَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ غَيْرَ زَوْجَتِهِ لَيْسَ مَحَلًّا لَطَلَاقِهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ تَفْسِيرُهُ بِهَا . وَإِنْ
نَظَرَ إِلَى زَوْجَتِهِ وَأُجْنَبِيَّةٍ ، فَقَالَ : إِحْدَاكُمَا طَالِقٌ . فَكَذَلِكَ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .
وَقَالَ الْقَاضِي : هَلْ يُقْبَلُ فِي الْحُكْمِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

فصل : فَإِنْ كَانَتْ لَهُ زَوْجَتَانِ ؛ هِنْدُ وَزَيْنَبُ ، فَقَالَ : يَا هِنْدُ . فَأَجَابَتْهُ
زَيْنَبُ ، فَقَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ . يَنْوِي الْمُجِيبَةُ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ ، طَلَّقَتْ الْمُجِيبَةَ
وَحْدَهَا ؛ لِأَنَّهَا الْمُخَاطَبَةُ بِالطَّلَاقِ ، وَلَمْ يُرِدْ غَيْرَهَا بِهِ . وَإِنْ قَالَ : ظَنَنْتُ
الْمُجِيبَةَ هِنْدًا ، فَطَلَّقْتُهَا . طَلَّقَتْ هِنْدُ . رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِأَنَّهُ أَرَادَهَا بِطَلَاقِهِ ،
وَفِي زَيْنَبَ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَطَلَّقُ . اخْتَارَهَا ابْنُ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّهُ خَاطَبَهَا
بِالطَّلَاقِ ، فَطَلَّقَتْ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا تَطَلَّقُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ
يُرِدْهَا بِكَلَامِهِ ، فَلَمْ تَطَلَّقْ ، كَمَا لَوْ أَرَادَ أَنْ يَقُولَ : أَنْتِ طَاهِرٌ . فَسَبَقَ لِسَانُهُ

(١) فِي م : « أَقْرَع » .

(٢) فِي م : « امْرَأَةٌ أُجْنَبِيَّة » .

بقوله : أنت^(١) طالق . وقال أبو بكر : لا يَخْتَلِفُ كلامُ أحمدَ أنَّها لا تَطْلُقُ . وإن قال : عَلِمْتُ أَنَّ المَجْبِيَةَ زَيْنَبُ وَأَرَدْتُ طلاقَ هِنْدٍ . طَلَقْتُ مَعًا ؛ هِنْدٌ بإِرادَتِهِ ، وزَيْنَبُ بِخِطَابِهِ لَهَا بالطلاقِ اختِيارًا .

ولو لَقِيَ أَجْنَبِيَّةً ظَنَّنَهَا^(٢) زَوْجَتَهُ ، فَقَالَ : أَنْتِ طالقٌ . طَلَقْتُ زَوْجَتَهُ ؛ لَأَنَّهُ قَصَدَ زَوْجَتَهُ بِلَفْظِ الطَّلَاقِ ، فَطَلَّقْتُ ، كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَإِنْ لَقِيَ زَوْجَتَهُ فَظَنَّهَا أَجْنَبِيَّةً ، فَقَالَ : تَنَحَّى يَا مُطَلَّقَةً . أَوْ أُمَّتَهُ ، فَقَالَ : تَنَحَّى يَا حُرَّةً . يَظُنُّهَا^(٣) أَجْنَبِيَّةً ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يُلْزَمُهُ عِتْقٌ وَلَا طَلَاقٌ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ طَلَاقًا وَلَا عِتْقًا . وَيُخَرَّجُ عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ أَنَّ يَقَعَ الْعِتْقُ وَالطَّلَاقُ ؛ بِنَاءً عَلَى الْمَسْأَلَةِ^(٤) فِي أَوَّلِ الْفَصْلِ .

(١) سقط من : الأصل ، ف .

(٢) في م : « يظنها » .

(٣) في ف : « فظنها » .

(٤) بعده في ف : « التي » .

كِتَابُ الرَّجْعَةِ

إِذَا طَلَّقَ الْحُرُّ زَوْجَتَهُ بَعْدَ الدُّخُولِ بِغَيْرِ عَوَضٍ أَقْلٌ مِنْ ثَلَاثٍ ، أَوْ الْعَبْدُ أَقْلٌ مِنْ اثْنَتَيْنِ ، فَلَهُ ارْتِجَاعُهَا مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَيُعَوِّلُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ﴾ ^(١) . يَرِيدُ الرَّجْعَةَ عِنْدَ جَمَاعَةِ أَهْلِ التَّفْسِيرِ . وَقَالَ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ ﴾ ^(٢) . وَرَوَى ^(٣) ابْنُ عُمرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَالَ : طَلَّقْتُ امْرَأَتِي وَهِيَ حَائِضٌ ، فَسَأَلَ عُمرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَ : « مُرُهُ فَلْيُرَاجِعْهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَعَنْ عُمرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ طَلَّقَ حَفْصَةَ وَرَاجَعَهَا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٥) .

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٢) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٣) بعده في ف : « عن » .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ٤٢٦ ، ٤٢٧ .

(٥) في : باب في المراجعة ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥٣١ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب حدثنا سويد بن سعيد ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١ / ٦٥٠ . والدارمي ، في : باب في الرجعة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ٢ / ١٦٠ ، ١٦١ .

فَإِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، لَمْ يَمْلِكْ رَجْعَتَهَا ؛ لقوله تعالى : [٣٢٣ و] ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَلِكَ ﴾ . وَإِنْ طَلَّقَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا رَجْعَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا عِدَّةَ لَهُ ^(١) عَلَيْهَا ، فَلَا تَرَبُّصَ فِي حَقِّهَا يَرْتَجِعُهَا فِيهِ . وَكُلُّ هَذَا مُجْمَعٌ عَلَيْهِ بِحَمْدِ اللَّهِ .

فصل : وَإِذَا كَانَتْ حَامِلًا بِاثْنَيْنِ ، فَوَضَعَتْ أَحَدَهُمَا ، فَلَهُ رَجْعَتُهَا قَبْلَ وَضْعِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ لَا تَنْقُضِي إِلَّا بَوَضعِ الْحَمْلِ كُلِّهِ .

وإِنْ طَهَّرَتْ ذَاتُ الْقَرْءِ مِنَ الْقَرْءِ الثَّالِثِ وَلَمْ تَغْتَسِلْ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ رَجْعَتُهَا . اخْتَارَهُ كَثِيرٌ مِنْ أَصْحَابِنَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُرْوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَعُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَغَيْرِهِمْ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا رَجْعَةَ لَهُ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ^(٢) . وَهِيَ الْحَيْضُ ، وَقَدْ زَالَ الْحَيْضُ ^(٣) . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي الْخَطَّابِ .

فصل : وَيَمْلِكُ رَجْعَتَهَا بِغَيْرِ رِضَاهَا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ ^(٤) . وَلَا تَفْتَقِرُ الرَّجْعَةُ إِلَى وَلِيٍّ وَلَا صَدَاقٍ ؛ لِأَنَّهَا إِمْسَاكٌ . وَهَلْ تَفْتَقِرُ إِلَى إِشْهَادٍ ؟ فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تَفْتَقِرُ إِلَى الْإِشْهَادِ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِّنكُمْ ﴾ ^(٤) . وَظَاهِرُ الْأَمْرِ الْوُجُوبُ ، وَلِأَنَّهُ اسْتِيبَاحَةٌ بُضْعٍ مَقْصُودٍ ، أَشْبَهَ

(١) زيادة من : ف .

(٢) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سورة الطلاق ٢ .

النِّكَاحُ . والثَّانِيَّةُ ، لَا يَجِبُ ؛ لِأَنَّهُ إِمْسَاكٌ لَا يَفْتَقِرُ إِلَى رِضَا الْمَرْأَةِ ، أَشْبَهُهُ التَّكْفِيرُ فِي الظُّهَارِ .

فصل : ^(١) «وَالرَّجْعِيَّةُ زَوْجَةٌ» ؛ بِدَلِيلِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى سَمَّى الرَّجْعَةَ إِمْسَاكًا ، وَسَمَّى الْمُطَلَّقِينَ بُعُولَةً ، فَقَالَ ^(٢) سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ ﴾ . فَيَلْحَقُهَا طَلَاقُهُ ، وَظَهَارُهُ ، وَلِعَانُهُ ، وَخُلْعُهُ ، وَيَرِثُهَا وَتَرِثُهُ ؛ لِأَنَّهَا زَوْجَةٌ ^(٣) ، فَثَبَّتَ فِيهَا مَا ذَكَرْنَا ، كَمَا قَبْلَ الطَّلَاقِ .

فصل : وَالرَّجْعِيَّةُ مُبَاحَةٌ لَزَوْجِهَا ، فَلَهَا التَّرْتِيبُ ^(٤) وَالتَّشْرِيفُ لَهُ ، وَلَهُ السَّفَرُ بِهَا ، وَالخَلْوَةُ مَعَهَا ^(٥) ، وَوَطْئُهَا ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ ﴾ ^(٦) إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ^(٧) . وَهَذِهِ زَوْجَةٌ . وَعَنْهُ ، أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ مِنْ طَلَاقِهِ ، فَحَرُمَتْ عَلَيْهِ ، كَالْمُخْتَلِعَةِ . فَإِنْ وَطَّئَهَا ، فَلَا حُدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا زَوْجَتُهُ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ ؛ لِذَلِكَ ^(٧) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ الْمَهْرُ عَلَى الْقَوْلِ بِالتَّحْرِيمِ ، إِذَا أَكْرَهَهَا عَلَى الْوَطْءِ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ حَرَّمَهُ ^(٨) الطَّلَاقُ ، فَأَشْبَهُهُ وَطْءَ الْمُخْتَلِعَةِ .

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : «الرَّجْعَةُ زَوْجِيَّةٌ» .

(٢) فِي الْأَصْلِ : «بِقَوْلِهِ» .

(٣) فِي م : «زَوْجَةٌ» .

(٤) بَعْدَهُ فِي ف : «لَهُ» .

(٥) فِي ف : «بِهَا» .

(٦) سُورَةُ الْمُؤْمِنُونَ ٥ ، ٦ ، سُورَةُ الْمَعَارِجِ ٢٩ ، ٣٠ .

(٧) فِي م : «كَذَلِكَ» .

(٨) بَعْدَهُ فِي ف : «عَلَيْهِ» .

فصل : وَتَحْصُلُ الرَّجْعَةُ بِالْوَطْءِ فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، قَصْدٌ أَوْ لَمْ يَقْصِدْ ؛
لأنَّ سَبَبَ زَوَالِ الْمِلْكِ انْعَقَدَ مَعَ الْخِيَارِ ، وَالْوَطْءُ مِنَ الْمَالِكِ يَمْنَعُ زَوَالَهُ ،
كَوَطْءِ الْبَائِعِ فِي مُدَّةٍ ^(١) الْخِيَارِ . وَلَا يَحْصُلُ بِاسْتِمْتَاعٍ ، سَوَاءً ^(٢) مِنْ قُبْلَةٍ أَوْ
لَمْسٍ ، أَوْ نَظَرٍ إِلَى مُحَرَّمٍ ^(٣) مِنْهَا ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ :
يُخْرِجُ فِيهِ وَجْهَانِ مَبْنِيَّانِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي تَحْرِيمِ الْمُصَاهَرَةِ بِهِ ^(٤) . فَأَمَّا
الْخَلْوَةُ بِهَا ، فَلَيْسَتْ رَجْعَةً بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَ الْمُصَاهَرَةِ ^(٥) لَا يَثْبُتُ بِهَا .
وَقَالَ بَعْضُ ^(٦) أَصْحَابِنَا : يَحْصُلُ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ مُحَرَّمٌ مِنْ غَيْرِ الزَّوْجَةِ ، فَأَشْبَهَ
الِاسْتِمْتَاعَ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، لَا تَحْصُلُ الرَّجْعَةُ إِلَّا بِالْقَوْلِ . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ
الْخِرَقِيِّ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ ^(٧) . وَلَا يَحْصُلُ
الْإِشْهَادُ إِلَّا عَلَى الْقَوْلِ ، وَلِأَنَّهُ اسْتِبَاحَةٌ بُضِعَ ^(٨) مَقْصُودٌ ، أَشْبَهَ النِّكَاحَ .

فصل : وَالْفَاظُ الرَّجْعَةُ : رَاجَعْتُكَ . وَارْتَجَعْتُكَ . لَوُرُودِ ^(٩) السُّنَّةِ بِهِمَا ^(١٠)
فِي حَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، وَاشْتِهَارِهِمَا فِي الْعُرْفِ بِهَذَا

(١) بعده في ف : « حكم » .

(٢) في الأصل ، ف : « سواء » .

(٣) في ف : « ما حرم » .

(٤) سقط من : م ، وفي الأصل : « فيه » .

(٥) في ف : « المظاهرة » .

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) سورة الطلاق ٢ .

(٨) في م : « عضو » .

(٩) بعده في م : « النص و » .

(١٠) في ف : « بها » .

اللفظ. [٣٢٣ظ] و: رَدَدْتُكَ. و: أَمْسَكْتُكَ. لَوُزِدَ الْكِتَابُ بِهِمَا^(١) فِي
قَوْلِهِ^(٢) تَعَالَى: ﴿أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾. وَقَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾^(٣).
وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الصَّرِيحُ لَفْظَ الْمُرَاجَعَةِ وَحْدَهُ؛ لَاشْتِهَارِهِ فِي الْعُرْفِ دُونَ
غَيْرِهِ.

وإن قال: نَكَحْتُكَ. أو: تَزَوَّجْتُكَ. ففيه وَجْهَان؛ أَحَدُهُمَا، تَصِحُّ
الرَّجْعَةُ بِهِ^(٣). اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ؛ لِأَنَّ الْأَجْنَبِيَّةَ تَحِلُّ بِهِ، فَالزَّوْجَةُ أَوْلَى.
وَالثَّانِي، لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ وُضِعَ لِابْتِدَاءِ النِّكَاحِ، وَهَذَا لِاسْتِدَامَتِهِ.

فإن قال: رَاجَعْتُكَ لِلْمَحَبَّةِ. أو: الْإِهَانَةِ. فَهِيَ رَجْعَةٌ صَحِيحَةٌ؛ لِأَنَّهُ
أَتَى بِصَّرِيحِ الرَّجْعَةِ، وَمَا قَرَنَهُ بِهِ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ بَيَانًا لِلْعِلَّةِ، وَيَحْتَمِلُ
غَيْرَهُ، فَلَا يَزُولُ اللَّفْظُ عَنْ مُقْتَضَاهُ بِالشَّكِّ. فَإِنْ نَوَى بِهِ: إِنِّي رَاجَعْتُكَ
لِحَبْسِي إِيَّاكَ. أو: لِأَهْيَنِكَ. لَمْ يَقْدَحْ فِي الرَّجْعَةِ؛ لِأَنَّهُ ضَمَّ إِلَيْهَا بَيَانَ
عِلَّتِهَا. وَإِنْ لَمْ يُرِدِ الرَّجْعَةَ، وَإِنَّمَا أَرَادَ: رَاجَعْتُكَ إِلَى الْإِهَانَةِ بِفِرَاقِي إِيَّاكَ.
أو: إِلَى الْمَحَبَّةِ. فَلَيْسَ بِرَجْعَةٍ؛ لِأَنَّهُ قَصَدَ بِلَفْظِهِ غَيْرَ الرَّجْعَةِ.

فصل: وَلَا يَصِحُّ تَغْلِيْقُهَا عَلَى شَرْطٍ؛ لِأَنَّهُ اسْتِبَاحَةٌ بُضِعَ، فَأَشْبَهَتْ
النِّكَاحَ. وَلَوْ قَالَ: رَاجَعْتُكَ إِنْ شِئْتَ. أو: كُلَّمَا طَلَّقْتُكَ فَقَدْ رَاجَعْتُكَ.
لَمْ يَصِحَّ.

(١ - ١) فِي م: «لِقَوْلِهِ».

(٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٣١، وَسُورَةُ الطَّلَاقِ ٢.

(٣) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلُ، وَبَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ، ف: «و».

وإن راجعها في الردّة ، فقال أبو الخطاب : لا يصح ؛ لأنه استباحة
بضع ، أشبه النكاح . وقال القاضي : إن قلنا : تتعجل الفرقة . فلا يصح .
وإن قلنا : لا تتعجل . فهي موقوفة ؛ إن أسلم ، صحّت ، وإن لم يسلم ، لم
تصح ، كما يقف الطلاق والنكاح . وهذا اختيار ابن حامد .

فصل : وإذا ادّعت المرأة انقضاء عدتها بالقروء في زمن يمكن
انقضاؤها فيه ، أو بوضع الحمل الممكن ، فأنكرها الزوج ، فالقول قولها ؛
لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لهنَّ أَنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾^(١) .
فلولا أن قولهن مقبول ما حرّم عليهن كتمانهم ، كالشهود ، لما حرّم عليهم
كتمان الشهادة ، دلّ على قبولها منهم . وإن ادّعت انقضاء عدتها
بالشهور ، فأنكرها ، فالقول قوله ؛ لأنه اختلاف في وقت الطلاق ، والقول
قوله فيه . وإن ادّعت انقضاءها في مدة لا يمكن انقضاؤها فيها ، لم تسمع
دعواها ، مثل أن تدعى انقضاءها بالقروء في أقل من ثمانية وعشرين يوماً ،
إذا قلنا : الأقرء الأطهار . أو في أقل من تسعة وعشرين يوماً^(٢) ، إذا قلنا :
هي الحيض . لأننا نعلم كذبها . وإن ادّعت انقضاءها بالقروء^(٣) في شهر ،
لم يقبل قولها إلا ببيّنة . نصّ عليه ؛ لأنه يزوى عن علي ، رضي الله
عنه^(٤) . ولأن ذلك يندرج جداً . وظاهر قول^(٥) الخرقى قبول قولها بمجرده ؛

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٢) زيادة من : ف .

(٣) في ف : « في القروء » .

(٤) تقدم تخريجه في صفحة ١٦٤/١ .

(٥) في الأصل : « كلام » .

لما ذكرناه .

فصل : وإن ادّعى الزوج رجعتها في عدتها فأنكرته ، فالقول قوله ؛ لأنه يملك رجعتها ، فقبل قوله فيه ، كالطلاق . وإن ادّعى رجعتها بعد انقضاء^(١) العدة ، فأنكرته ، فالقول قولها ؛ لأنه في زمن^(٢) لا يملكها ، والأصل عدمها . فإن كان في زمن^(٣) يمكن انقضاء العدة فيه ، فقالت : قد انقضت عدتي . فقال : قد كنت راجعك . فأنكرته ، لم يقبل قوله ؛ لأن قولها في انقضاء عدتها مقبول ، فصار دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضائها . ولو سبق فقال : قد كنت راجعك . فقالت : قد انقضت عدتي قبل رجعتك . فأنكرها ، فالقول قوله ؛ لأنه ادّعى الرجعة قبل الحكم بانقضاء عدتها^(٤) . وظاهر كلام الخريفي أن القول قولها في الحالين ؛ لأن من قبل قوله سابقا ، قبل مسبوقا ، كسائر الدعاوى . وإن ادّعى أنه أصابها لتبث له رجعتها ، فأنكرته ، [٣٢٤] فالقول قولها ؛ لأن الأصل عدمها .

فصل : فإن طلقها ، فانقضت^(٤) عدتها وتزوجت ، ثم ادّعى رجعتها ، وصدّقته هي وزوجها ، ردت إليه ؛ لأننا تبيننا أن الثاني نكحها وهي زوجة الأول . وإن صدّقه أحدهما دون الآخر ، قبل قوله في حقه وحده ، فإن صدّقه الزوج ، انفسخ نكاحه ؛ لاغترافه بفساده ، ولم تسلم المرأة إليه ؛ لأن

(١) زيادة من : ف .

(٢) في الأصل : « زمان » .

(٣) في م : « العدة » .

(٤) في الأصل ، س ٣ ، م : « فقضت » .

إِقْرَارَ الزَّوْجِ عَلَيْهِ غَيْرُ مَقْبُولٍ . وَإِنْ كَانَ هَذَا قَبْلَ دُخُولِهِ بِهَا ، فَلَهَا عَلَيْهِ نِصْفُ الْمَهْرِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، فَلَهَا الْجَمِيعُ بِمَنْزِلَةِ طَلَاقِهَا . وَإِنْ صَدَّقَتْهُ الْمَرْأَةُ وَحْدَهَا ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهَا فِي فَسْخِ نِكَاحِ الزَّوْجِ . فَإِنْ بَانَتَ مِنْهُ بِطَلَاقٍ أَوْ غَيْرِهِ ، رُدَّتْ إِلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ الَّذِي كَانَ لِحَقِّ الثَّانِي قَدْ زَالَ . وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِاعْتِرَافِهَا أَنَّهَا لَيْسَتْ زَوْجَةً لَهُ . فَإِنْ أَنْكَرَاهُ ^(١) ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمَا ، فَإِنْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ بِدَعْوَاهُ ، قُبِلَتْ ، وَرُدَّتْ إِلَيْهِ ، سَوَاءً دَخَلَ بِهَا الثَّانِي أَوْ لَمْ يَدْخُلْ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَّا أَنَّ الثَّانِي نَكَحَهَا وَهِيَ زَوْجَةُ الْأَوَّلِ . وَعَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، إِنْ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي ، فَهِيَ زَوْجَتُهُ ، وَيَنْتَظِلُ نِكَاحُ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ يُزَوَّى عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقَدَ عَلَيْهَا وَهِيَ مِمَّنْ يَجُوزُ الْعَقْدُ عَلَيْهَا فِي الظَّاهِرِ ، وَمَعَ الثَّانِي مَزِيَّةُ الدُّخُولِ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ .

فصل : وَإِنْ تَزَوَّجَتِ الرَّجْعِيَّةُ فِي عِدَّتِهَا ، فَوَطِئَهَا الثَّانِي ، وَحَمَلَتْ مِنْهُ ، انْقَطَعَتْ عِدَّةُ الْأَوَّلِ ، فَإِذَا وَضَعَتْ حَمْلَهَا ، أَتَمَّتْ عِدَّةُ الْأَوَّلِ ، وَلَهُ رَجْعَتُهَا فِي هَذَا التَّمَامِ ؛ لِأَنَّهَا فِي عِدَّتِهِ . وَإِنْ رَاجَعَهَا قَبْلَ الْوَضْعِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا فِي عِدَّةٍ غَيْرِهِ لَا فِي عِدَّتِهِ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ بَاقِيَّةً ، وَإِنَّمَا انْقَطَعَتْ عِدَّتُهُ لِعَارِضٍ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ وَطِئَتْ فِي صُلْبِ نِكَاحِهِ .

فصل : وَإِنْ وَطِئَ الزَّوْجُ الرَّجْعِيَّةَ ، وَقُلْنَا : لَا تَحْصُلُ الرَّجْعَةُ بِهِ . فَعَلَيْهَا

(١) فِي الْأَصْلِ : « أَنْكَرَهُ » .

استثنافُ العِدَّةِ مِنَ الوَطْءِ، ويدخلُ فيها بَقِيَّةُ عِدَّةِ الطَّلَاقِ ؛ لأنَّهما عِدَّتَانِ^(١) مِنْ رجلٍ واحدٍ، فتدخلا، وله اِرتجاعُها فِي بَقِيَّةِ العِدَّةِ الأولى، وليس له اِرتجاعُها بعدها؛ لأنَّ عِدَّةَ الطَّلَاقِ انقَضَتْ.

فصل: إِذَا طَلَّقَ الحُرُّ زَوْجَتَهُ ثَلَاثًا،^(٢) أَوْ طَلَّقَ العَبْدُ زَوْجَتَهُ^(٣) طَلَقَتَيْنِ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ، وَلَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ وَيَطَّأَهَا؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾^(٤).

وَيُشْتَرَطُ لِحِلِّهَا لِلأَوَّلِ شَرْطَانِ؛ أَحَدُهُمَا، نِكَاحُ زَوْجٍ غَيْرِهِ؛ لِلآيَةِ، فَلَوْ كَانَتْ أُمَةً فَوَطِئَهَا سَيِّدُهَا، أَوْ وَطِئَتْ بِشُبْهَةٍ، أَوْ اسْتَبْرَأَهَا مِنْ سَيِّدِهَا، لَمْ تَحِلَّ لَهُ، وَلَا بُدُّ أَنْ يَكُونَ نِكَاحًا صَحِيحًا، فَلَوْ نَكَحَهَا نِكَاحًا فَاسِدًا وَوَطِئَهَا، لَمْ تَحِلَّ لَهُ. وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا آخَرَ، أَنَّهُ يُحِلُّهَا؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «لَعَنَ اللَّهُ الْمُحْلِلَ وَالْمُحَلَّلَ لَهُ»^(٥). فَسَمَّاهُ مُحْلِلًا مَعَ فَسَادِ نِكَاحِهِ. وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ الْمُطْلَقَ فِي الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ إِنَّمَا يُحْمَلُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنَّمَا سَمَّاهُ مُحْلِلًا؛ لِقَضْدِهِ التَّحْلِيلَ فِيمَا لَا يَحِلُّ لَهُ^(٦)، كَقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿فِيحِلُّوا مَا حَرَّمَ اللَّهُ﴾^(٦). وَلَوْ أَحَلَّ حَقِيقَةً، لَمْ يَكُنْ هُوَ وَالزَّوْجُ مَلْعُونَيْنِ.

(١) فِي الْأَصْلِ: «عِدَّة».

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ.

(٣) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٣٠.

(٤) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ٢٩١، ٢٩٢.

(٥) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ، س ٣.

(٦) سُورَةُ التَّوْبَةِ ٣٧.

الثانى ، أن يطأها الزوج فى الفرج ، وأذناه تغيب الحشفة مع الانتشار ؛ لما روت عائشة ، رضى الله عنها ، أن رفاعة القرظى طلق امرأته فبت طلاقها ، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، فجاءت رسول الله ﷺ ، فقالت : إنها كانت عند رفاعة ، فطلقها آخر ثلاث تطليقات ، فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، فقالت : والله ما معه إلا مثل هذه الهدبة ^(١) . فتبسم رسول الله ﷺ [٣٢٤ ظ] وقال : « لعلك تريدان أن ترجعى إلى رفاعة ، لا ، حتى يذوق عسيلتك ، وتذوقى عسيلته » . متفق عليه ^(٢) .

فإن وطئها فى الدبر ، أو دون الفرج ، أو غيب الحشفة من غير انتشار ، لم تحل ؛ لأن النبى ﷺ علق الحكم بذواق العسيلة ، ولا يحصل بذلك . فإن كان الذكر مقطوعا ، فبقى منه قدر الحشفة ، فأولج ^(٣) ، أحلها ، وإلا

(١) هدبة الثوب : طرف الثوب الذى لم ينسج ، والمعنى : أرادت متاعه وأنه رخو مثل طرف الثوب لا يغنى عنها شيئا .

(٢) أخرجه البخارى ، فى : باب من أجاز طلاق الثلاث ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب الإزار المهدب ، من كتاب اللباس ، وفى : باب التبسم والضحك ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ٥٥ / ٧ ، ١٨٤ ، ٢٧ / ٨ . ومسلم ، فى : باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح من كتاب النكاح . صحيح مسلم ١٠٥٥ / ٢ ، ١٠٥٦ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى من يطلق امرأته ... من أبواب النكاح . عارضة الأحوذى ٤٢ / ٥ . وابن ماجه ، فى : باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا ... من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٢١ ، ٦٢٢ . والدارمى ، فى : باب ما يحل المرأة لزوجها ... من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ٢ / ١٦١ ، ١٦٢ . والإمام مالك ، فى : باب نكاح المحلل وما أشبهه ، من كتاب النكاح . الموطأ ٢ / ٥٣١ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦ / ٣٤ ، ٣٧ ، ٣٨ ، ٢٢٦ ، ٢٢٧ . (٣) فى ف ، م : « فأولجها » .

فلا . وإن كان خَصِيًّا ، أو مَسْلُولًا ، أو مَوْجُوعًا ، حَلَّتْ بَوَاطِيئُهُ ؛ لِدُخُولِهِ فِي
عُمُومِ الْآيَةِ . وعنه ، لا يُحِلُّهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا تُذَاقُ عُسَيْلَتُهُ . قال أَبُو بَكْرٍ : الْعَمَلُ
عَلَى أَنَّهُ يُحِلُّهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفْقِدْ إِلَّا الْإِنْزَالَ ، وَهُوَ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ فِي الْإِحْلَالِ .

ولو كانت ذِمِّيَّةً فَوَطَّئَهَا زَوْجٌ ذِمِّيٌّ ، أَحَلَّهَا لِلْمُسْلِمِ ؛ لِدُخُولِهِ فِي الْآيَةِ
وَالْخَبَرِ . وكذلك الْمَمْلُوكُ وَالصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ . وقال ابنُ حَامِدٍ : لا يُحِلُّهَا
الْمَجْنُونُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَذُوقُ الْعُسَيْلَةَ . وَالْأَوَّلُ الْمَذْهَبُ ؛ لِدُخُولِهِ فِي عُمُومِ الْآيَةِ
وَالْخَبَرِ ، وَلَا يَصِحُّ دَعْوَى أَنَّهُ لَا يَذُوقُ الْعُسَيْلَةَ ، فَإِنَّ الْمَجْنُونَ كَالصَّحِيحِ فِي
الشَّهْوَةِ وَاللَّذَّةِ ، وَافْتِرَاقُهُمَا فِي الْعَقْلِ لَا يُوجِبُ افْتِرَاقَهُمَا فِي ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ
يُوجَدُ فِي الْبَهَائِمِ مَعَ عَدَمِ الْعَقْلِ .

وإن وَطَّئَهَا نَائِمَةً ، أو مُغْمًى عَلَيْهَا ، أو وَطَّئَهَا يَغْتَقِدُهَا أَعْجَنِيَّةً ، أو
اسْتَدْخَلَتْ ذَكَرَهُ وَهُوَ نَائِمٌ ، حَلَّتْ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ وَجَدَ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ .
وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَحِلَّ بِالْوَطْءِ فِي الْإِغْمَاءِ ؛ لِأَنَّهَا لَا^(١) تَذُوقُ عُسَيْلَتَهُ .

فصل : واشْتَرَطَ أَصْحَابُنَا أَنْ يَكُونَ الْوَطْءُ حَلَالًا ، فَلَوْ وَطَّئَهَا زَوْجُهَا
فِي حَيْضٍ ، أو نِفَاسٍ ، أو صَوْمٍ مَفْرُوضٍ ، أو إِحْرَامٍ ، لَمْ تَحِلَّ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ
حَرَّمَ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يُحِلَّهَا ، كَوَطْءِ الْمُزْتَدَّةِ . وَظَاهِرُ النَّصِّ أَنَّهُ يُحِلُّهَا ؛
لِدُخُولِهِ فِي الْعُمُومِ ، وَلِأَنَّهُ وَطْءٌ تَامٌّ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ تَامٍّ ، فَأَحَلَّهَا ، كَمَا لَوْ
كَانَ التَّحْرِيمُ لِحَقِّ آدَمِيٍّ ، مِثْلَ أَنْ يَطَّأَ مَرِيضَةً تَتَضَرَّرُ بِوَطْئِهِ ، فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ
فِي حِلِّهَا بِهِ . فَأَمَّا الْوَطْءُ فِي رِدَّتَيْهِمَا ، أو رِدَّةِ أَحَدِهِمَا ، فَلَا يُحِلُّهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنْ

(١) سقط من : الأصل .

عاد إلى الإسلام، فقد وَقَعَ الوطءُ في نِكَاحٍ غير تامٍّ؛ لَانِعْقَادِ سَبَبِ
الْبَيْتُونَةِ، وإن لم تُسَلِّمْ في الْعِدَّةِ، فلم يُصَادِفِ الوطءُ نِكَاحًا.

فصل: وإذا غَابَتِ الْمُطَلَّقةُ ثلاثًا، ثم أَتَتْ زَوْجَهَا، فَذَكَرَتْ أَنَّهَا
نَكَحَتْ مَنْ أَصَابَهَا، وَكَانَ ذَلِكَ مُمَكِّنًا، وَكَانَ يَعْرِفُ مِنْهَا الصَّدَقَ
وَالصَّلَاحَ، حَلَّتْ لَهُ؛ لِأَنَّهَا مُؤْتَمِنَةٌ عَلَى مَا تَدَّعِيهِ، وَقَدْ وُجِدَ مَا يَغْلِبُ عَلَى
ظَنِّهِ صِدْقَهَا. وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ مَا يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقَهَا، لَمْ تَحِلَّ لَهُ؛ لِأَنَّ
الْأَصْلَ التَّحْرِيمُ، وَلَمْ يُوجَدْ غَلْبَةُ ظَنِّ تَنْقُلُ عَنْهُ، فَلَمْ تَحِلَّ^(١)، كَمَا لَوْ أَخْبَرَهُ
فَاسِقٌ غَيْرُهَا. فَإِنْ كَذَّبَهَا، ثُمَّ غَلَبَ عَلَى ظَنِّهِ صِدْقُهَا، فَصَدَّقَهَا، حَلَّتْ
لَهُ^(٢)؛ لِأَنَّهُ قَدْ لَا يَعْلَمُ، ثُمَّ يَتَجَدَّدُ عِلْمُهُ بِذَلِكَ.

وإن تَزَوَّجَتْ زَوْجًا ثُمَّ طَلَّقَهَا، فَادَّعَتْ أَنَّهُ أَصَابَهَا، فَأَحَلَّهَا، وَاسْتَقَرَّ
عَلَيْهِ مَهْرُهَا، فَأَنْكَرَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي حِلِّهَا؛ لِأَنَّهَا لَا تَدَّعِي عَلَيْهِ حَقًّا،
وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي اسْتِقْرَارِ مَهْرِهَا؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ عَلَيْهِ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ. وَإِنْ
ادَّعَتْ عَلَيْهِ طَلَاقَهَا، فَأَنْكَرَهَا، لَمْ تَحِلَّ لِلأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَّبَثْ طَلَاقَهَا،
فَتَبَقِيَ عَلَى نِكَاحِ الثَّانِي.

فصل: وإذا عَادَتِ الْمُطَلَّقةُ ثلاثًا إِلَى زَوْجِهَا بَعْدَ زَوْجٍ^(٣) وَإِصَابَةٍ، مَلَكَ
عَلَيْهَا [٣٢٥] ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى مَا كَانَ يَمْلِكُ مِنَ الطَّلَاقِ

(١) فِي م: «يَحِلُّ».

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ: س ٣.

(٣) فِي م: «زَوَاجٍ».

الثلاث ، فَوَجَبَ أَنْ يَسْتَأْنِفَهَا . وَإِنْ كَانَ طَلَاقُهَا أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثٍ ، رَجَعَتْ
إِلَيْهِ عَلَى مَا بَقِيَ مِنْ طَلَاقِهَا ؛ لِأَنَّهَا عَادَتْ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْعَدَدِ ، فَرَجَعَتْ^(١)
بِمَا بَقِيَ^(٢) مِنَ الْعَدَدِ^(٢) ، كَمَا لَوْ رَجَعَتْ قَبْلَ نِكَاحٍ آخَرَ . وَعَنْهُ ، أَنَّهَا إِنْ
رَجَعَتْ بَعْدَ نِكَاحِ زَوْجٍ آخَرَ ، رَجَعَتْ عَلَى طَلَاقِ ثَلَاثٍ ؛ لِأَنَّهَا رَجَعَتْ
بَعْدَ زَوْجٍ وَإِصَابَةٍ ، فَأَشْبَهَتْ الْمُطَلَّقَةَ ثَلَاثًا .

(١) فِي الْأَصْلِ : « فَوَجَبَ » .

(٢ - ٢) زِيَادَةٌ مِنْ : م .

كِتَابُ الْإِيلَاءِ

وهو الحَلْفُ عَلَى تَرْكِ وَطْءِ الزَّوْجَةِ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ ^(١) .

وَيَصِحُّ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ مُكَلَّفٍ قَادِرٍ عَلَى الْوَطْءِ ، وَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ زَوْجٍ ^(٢) ، كَالسَّيِّدِ يُؤْلَى مِنْ أَمَتِهِ ، أَوْ مِنْ أَجْنَبِيَّةٍ ، ثُمَّ يَتَزَوَّجُهَا ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ . وَلَا يَصِحُّ مِنْ صَبِيٍّ وَلَا مَجْنُونٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا حُكْمَ لِيَمِينِهِمَا .

فَأَمَّا الْعَاجِزُ عَنِ الْوَطْءِ ، فَإِنْ كَانَ لَسَبَبٍ يُزْجِي زَوَالَهُ ، كَالْمَرَضِ وَالْحَبْسِ ، صَحَّ إِيْلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَمْنَعُ نَفْسَهُ ^(٣) الْوَطْءَ يَمِينِهِ ، فَأُشْبِهَ الْقَادِرَ ، وَإِنْ كَانَ لَسَبَبٍ غَيْرِ مَرْجُوِّ الزَّوَالِ ، كَالجَبِّ ، وَالشَّلَلِ ، لَمْ يَصَحَّ إِيْلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ مُسْتَحِيلٍ ، فَلَمْ يَصَحَّ ، كَالْحَلْفِ عَلَى تَرْكِ الطَّيْرَانِ ، وَلِأَنَّ الْإِيلَاءَ الْيَمِينُ الْمَانِعَةُ مِنَ الْجِمَاعِ ، وَهَذَا لَا تَمْنَعُهُ مِنْهُ يَمِينُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصَحَّ إِيْلَاؤُهُ ، كَالْعَاجِزِ بِالْمَرَضِ .

وَيَصِحُّ إِيلَاءُ الذَّمِّيِّ ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ ، وَلِأَنَّ مَنْ صَحَّ طَلَاقُهُ وَيَمِينُهُ عِنْدَ

(١) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٢) فِي ف : « مُكَلَّفٌ » .

(٣) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « مِنْ » .

الحاكم، صَحَّ إِيْلَاؤُهُ، كالمسلم.

فصل: وَيُشْتَرَطُ لَصِحَّتِهِ أَرْبَعَةُ شُرُوطٍ؛ أَحَدُهَا، الْحَلْفُ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ﴾^(١). وَالْإِيْلَاءُ الْحَلْفُ. فَإِنْ حَلَفَ بِاللَّهِ تَعَالَى، أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ، كَانَ مُوَلِيًّا، بغيرِ خِلَافٍ. وَإِنْ حَلَفَ بِالطَّلَاقِ، أَوْ الْعَتَاقِ، أَوْ الظُّهَارِ، أَوْ صَدَقَةِ الْمَالِ وَنَحْوِهِ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، لَا يَكُونُ مُوَلِيًّا؛ لِأَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ فِي تَفْسِيرِ الْآيَةِ: يَخْلِفُونَ بِاللَّهِ^(٢). هَكَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ، رَحِمَهُ اللَّهُ. وَلِأَنَّهُ لَمْ يَخْلِفْ بِاللَّهِ تَعَالَى، فَلَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا، كَالْحَالِفِ^(٣) بِالْكَفْبَةِ. وَالثَّانِيَةُ، يَكُونُ مُوَلِيًّا؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ يُلْزَمُ بِالْحِنْثِ فِيهَا حَقٌّ، فَصَحَّ الْإِيْلَاءُ بِهَا، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى. وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: مَا أَوْجَبَ الْكُفَّارَةَ، كَالْحَرَامِ^(٤)، كَانَ بِهِ مُوَلِيًّا، وَمَا لَا كُفَّارَةَ فِيهِ، كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ،^(٥) لَا يَكُونُ^(٥) بِهِ مُوَلِيًّا.

وَلَا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَكُونُ مُوَلِيًّا بِمَا لَا^(٦) يُلْزَمُهُ بِهِ حَقٌّ، كَقَوْلِهِ: إِنْ وَطِئْتُكَ فَأَنْتَ زَانِيَةٌ. لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ تَغْلِيْقُ الْقَذْفِ بِشَرْطٍ، فَلَا يُلْزَمُ^(٧)

(١) سورة البقرة ٢٢٦.

(٢) انظر ما أخرجه البيهقي، في: السنن الكبرى ٣٨٠ / ٧.

(٣) في الأصل، م: «كالخلف».

(٤) بعده في الأصل: «به».

(٥ - ٥) في م: «لم يكن».

(٦) سقط من: م.

(٧) في م: «يلزمها».

بِالْوُطْءِ حَقٌّ ، فَلَا يَكُونُ مُوَلِيًّا . وَلَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ فَعَلَيْ صَوْمِ أَمْسٍ . أَوْ :
صَوْمُ هَذَا الشَّهْرِ . لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ عِنْدَ وُجُوبِ الْفَيْئَةِ مَاضِيًّا ، وَلَا
يَصِحُّ نَذْرُ الْمَاضِي .

وإن قال : إِنْ وَطِئْتُكَ فَسَالِمٌ حُرٌّ عَنْ ظَهَارِي . صَارَ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ^(١)
يَلْزَمُهُ بِالْوُطْءِ^(٢) حَقٌّ ؛ وَهُوَ تَعَيُّنٌ^(٣) عِثْقٍ سَالِمٍ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ
فَسَالِمٌ حُرٌّ عَنْ ظَهَارِي ، إِنْ تَظَاهَرْتُ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ
الْوُطْءُ بغيرِ^(٤) حَقٍّ يَلْزَمُهُ . وَإِنْ تَظَاهَرَ ، صَارَ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْوُطْءُ إِلَّا
بِحَقٍّ يَلْزَمُهُ .

فصل : الشَّرْطُ الثَّانِي ، أَنْ يَخْلِفَ عَلَى تَرْكِ الْوُطْءِ فِي الْفَرْجِ ؛ لِأَنَّهُ
الَّذِي يَحْصُلُ الضَّرَرُ بِهِ . وَإِنْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ الْوُطْءِ فِي الدُّبْرِ ، أَوْ دُونَ
الْفَرْجِ ، فَلَيْسَ بِمُولٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِيهِ .

وَالْفَافُ الْإِيْلَاءِ تَنْقَسِمُ ثَلَاثَةً أَقْسَامٍ : أَحَدُهَا : صَرِيحٌ فِي الظَّاهِرِ
وَالْبَاطِنِ ، وَهِيَ قَوْلُهُ : وَاللَّهِ لَا أُنِيْكُكَ^(٥) . أَوْ : لَا أُذْخِلُ ، [٣٢٥ ظ] أَوْ : لَا
أُغَيِّبُ ، أَوْ : لَا^(٦) أُولِجُ ذَكَرِي ، أَوْ حَشَفَتِي ، فِي فَرْجِكَ . أَوْ : لَا

(١) بعده في ف : « لم » .

(٢) في ف : « في الوطء » .

(٣) في ف : « معين » ، وفي م : « تعين » .

(٤) في الأصل : « من غير » .

(٥) في الأصل : « أنيئك » ، وفي م : « آتيك » .

(٦) سقط من : الأصل ، س ٣ .

أَفْتَضُّكَ . لِلْبَكْرِ خَاصَّةٌ . فهذه ^(١) لا يُدَيِّنُ فيها ، لأنها لا تَحْتَمِلُ غيرَ الإيلاء .

والقسمُ الثاني : صَرِيحَةٌ في الحُكْمِ ، و ^(٢) يُدَيِّنُ فيها ، وهى عَشْرَةٌ ألفاظٍ : لا وَطِئْتُكَ ، لا جَامَعْتُكَ ، لا أَصَبْتُكَ ، لا بَاشَرْتُكَ ، لا مَسَسْتُكَ ، لا قَرَبْتُكَ ، ^(٣) لا أَتَيْتُكَ ^(٣) ، لا بَاضَعْتُكَ ، لا بَاعَلْتُكَ ، لا اغْتَسَلْتُ مِنْكَ . فهذه صَرِيحَةٌ في الحُكْمِ ؛ لأنها تُسْتَعْمَلُ في الوَطْءِ عُرْفًا ، وقد وَرَدَ الكتابُ والسُّنَّةُ ببعضها ، فلا يُقْبَلُ تَفْسِيرُهَا ^(٤) بما يُحِيلُهُ ، كَوَطْءِ الْقَدَمِ ، والإصابةِ باليدِ ، وَيُدَيِّنُ فيما بينه وبينَ اللَّهِ تعالى ؛ لأنه يَحْتَمِلُ ما قاله .

القسمُ الثالثُ : كِنَايَةٌ ، وهو ما عدا هذه الألفاظُ ، ممَّا يَحْتَمِلُ الجِمَاعَ وغيره . كقوله ^(٥) : لَأَسْوَأَنَّكَ ^(٦) ، لا دَخَلْتُ عَلَيْكَ ^(٦) ، لا جَمَعَ رَأْسِي وَرَأْسَكَ شَيْءٌ . فهذا لا يكونُ مُوَلِّيًا بها إِلَّا بالنِّيَّةِ ؛ لأنها ليست ظاهرةً في الجِمَاعِ ، فلم تُحْمَلْ عليه إِلَّا بالنِّيَّةِ ، ككنائياتِ الطلاقِ فيه . فإن قال : واللَّهِ لا جَامَعْتُكَ إِلَّا جِمَاعٌ سُوءٌ . ونَوَى به الجِمَاعَ في الدُّبْرِ ، أو دُونَ الفَرْجِ ، فهو مُوَلِّ ، وإن نَوَى جِمَاعًا ضَعِيفًا لا يَزِيدُ على تَغْيِيبِ الحَشْفَةِ ، فليس بِمُوَلِّ ؛ لأنَّ الضَّعِيفَ كَالْقَوِيَّ في الحُكْمِ .

(١) بعده فى م : « صريحة و » .

(٢) فى الأصل : « أو » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) فى ف : « تفسيره » .

(٥) بعده فى ف : « واللَّهِ » .

(٦) بعده فى ف ، م : « و » .

فصل : الشرط الثالث : أن يكون الحالف زوجًا مكلفًا ، قادرًا على الوطء في الجملة ، وقد ذكرنا ذلك .

الشرط الرابع : أن يحلف على مدة تزيد على أربعة أشهر ، فإن حلف على أربعة فما دونها ، لم يكن مؤلّيًا ، حرًا كان أو عبدًا ، من حرّة أو أمة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ ^(١) . فدلّ على أنه لا يكون مؤلّيًا بما ^(٢) دونها ، ولأنّ المطالبة بالطلاق والفيئة إنما تكون بعدها ، فلا تصحّ المطالبة من غير إيلاء ، فإذا قال : والله لا وطئتُكِ . كان مؤلّيًا ؛ لأنه يقتضى التأييد . وكذلك إن قال : حتى تموتى أو أموت . لأنه للتأييد . وكذلك إن علّقه على مستحيل ، فقال : حتى تطيرى ، و ^(٣) يشيب الغراب ، ويبيض القار . لأنّ معناه التأييد ، قال الله سبحانه وتعالى : ﴿ وَلَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ ﴾ ^(٤) . أى لا يدخلونها أبدًا . وإن علّقه على فعل يتيقن ، أو يغلب على ظنه أنه لا يوجد في أربعة أشهر ، كقيام الساعة ، و ^(٣) خروج الدجال ، و ^(٣) نزول عيسى ^(٥) بن مريم ، عليه الصلاة والسلام ^(٥) ، من السماء ، أو موت زيد ، فهو مؤلّي ؛ لأنه لا

(١) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٢) سقط من : الأصل ، م .

(٣) فى ف : «أو» .

(٤) الأعراف ٤٠ .

وبعده فى م : «أى لا يلج الجمل فى سم الخياط» .

(٥ - ٥) زيادة من : الأصل .

يُوجدُ في أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ظَاهِرًا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ صَرَّحَ بِهِ .

وإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ حتى تَحْبِلِي . فهو مُوَلٍ ؛ لأنها لا تَحْبِلُ مِنْ غَيْرِ وَطِئِهِ ، فهو كَالْحَلْفِ^(١) على تَرْكِ الوَطِئِ دَائِمًا^(٢) . وقال القاضِي : إن كانت مَن يَحْبِلُ مِثْلُهَا ، لم يَكُنْ مُوَلِيًا . ولا أَعْلَمُ^(٣) لِقَوْلِ القاضِي^(٤) وَجْهًا ؛ لأنَّهُ لا «يُمْكِنُ حَمْلُهَا» مِنْ غَيْرِ وَطِئٍ . وإن قال : أَرَدْتُ بـ « حَتَّى » السَّبَبِيَّةَ ، أَيْ : لا أَطْوُكُ لِتَحْبِلِي . قُبِلَ مِنْهُ ؛ لأنَّهُ يَحْتَمِلُ مَا قَالَهُ ، ولا يَكُونُ مُوَلِيًا ؛ لأنَّهُ^(٥) يُمْكِنُ وَطِئُهَا لِغَيْرِ ذَلِكَ .

وإن عُلِّقَ على ما يُعْلَمُ وَجُودُهُ قَبْلَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَجَفَافِ بَقْلِ ، أَوْ^(٦) ما يَغْلِبُ على الظَّنِّ وَجُودُهُ قَبْلَهَا ، كَنُزُولِ الغَيْثِ في أَوَانِهِ ، وَ^(٧) قُدُومِ الحاجِّ في زَمَانِهِ ، أَوْ ما يَحْتَمِلُ الأمرَيْنِ على السَّوَاءِ ، كَقُدُومِ زَيْدٍ مِنْ سَفَرٍ قَرِيبٍ ، لم يَكُنْ مُوَلِيًا ؛ لأنَّهُ لم يَغْلِبْ على الظَّنِّ وَجُودُ الشَّرْطِ ، فلا يَنْبَغُ حُكْمُهُ .

وإن قال : والله لَيَطُولَنَّ تَزْكِى لِحْمَاعِكَ . وَنَوَى مُدَّةَ الإِيْلَاءِ ، فهو مُوَلٍ ، وإِلَّا فلا . وإن قال : والله لَأُسْوَأَنَّكَ ، وَلَتَطُولَنَّ غَيْبَتِي عَنْكَ . وَنَوَى

(١) في ف : « كالحالف » .

(٢) في م : « أبدا » .

(٣ - ٣) في ف : « لها » ، وفي س ٣ ، م : « لهذا » .

(٤ - ٤) في ف : « يمكن حملها » ، وفي م : « تحمل حينها » .

(٥) بعده في ف : « لا » .

(٦) في الأصل : « و » .

(٧) في ف : « أو » .

تَرَكَ الْجَمَاعَ فِي مُدَّةِ الْإِيلَاءِ، فَهُوَ مُوَلٍ؛ لِأَنَّهُ عَنَى بَلْفُظُهُ [و٣٢٦] مَا يَحْتَمِلُهُ، وَإِلَّا فَلَا. وَإِنْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ ^(١) طَاهِرًا، أَوْ وَطِئْتُكَ ^(٢) مُبَاحًا. فَهُوَ مُوَلٍ؛ لِأَنَّهُ حَلَفَ عَلَى تَرَكَ الْوَطْءِ الَّذِي يُطَالَبُ ^(٣) بِهِ فِي الْفَيْئَةِ، فَكَانَ مُوَلِيًا، كَمَا لَوْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ إِلَّا فِي الدُّبْرِ.

فصل: وَإِنْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ فِي هَذَا الْبَيْتِ، أَوْ الْبَلَدِ. لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًا؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ الْوَطْءُ بغيرِ حَنْثٍ. وَإِنْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ إِلَّا بِرِضَاكَ، أَوْ: إِلَّا أَنْ تَشَائِي. فَلَيْسَ بِمُوَلٍ؛ لِذَلِكَ ^(٣). وَكَذَلِكَ: وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ مَرِيضَةً، أَوْ: مَحْزُونَةً، أَوْ: مُكْرَهَةً، أَوْ: لَيْلًا، أَوْ: نَهَارًا. لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًا؛ لِذَلِكَ ^(٣). وَإِنْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ إِنْ شِئْتَ. فَشَاءَتْ، صَارَ مُوَلِيًا، وَإِلَّا فَلَا.

فصل: وَيَصِحُّ تَغْلِيْقُ الْإِيلَاءِ عَلَى شَرْطٍ؛ لِأَنَّهُ يَمَيِّنُ، فَإِذَا قَالَ: إِنْ وَطِئْتُكَ فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ. لَمْ يَصِرْ مُوَلِيًا فِي الْحَالِ؛ لِأَنَّهُ ^(٤) يُمَكِّنُهُ وَطْؤُهَا بغيرِ حَنْثٍ. فَإِذَا وَطِئَهَا، صَارَ مُوَلِيًا؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْوَطْءُ إِلَّا بِحَنْثٍ. وَإِنْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ فِي هَذِهِ السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً. لَمْ يَصِرْ مُوَلِيًا فِي الْحَالِ؛ لِذَلِكَ ^(٣)، فَإِذَا وَطِئَهَا وَقَدْ بَقِيَ مِنَ السَّنَةِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ، صَارَ مُوَلِيًا؛ لِأَنَّهُ صَارَ مَمْنُوعًا مِنْ وَطْئِهَا يَمِينِهِ. وَإِنْ قَالَ: وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ سَنَةً إِلَّا

(١ - ١) فِي ف: «ظَاهِرًا وَبَاطِنًا».

(٢) فِي الْأَصْلِ: «يَطْلُبُ».

(٣) فِي م: «كَذَلِكَ».

(٤) بَعْدَهُ فِي ف: «لَا».

يومًا . فكذلك ؛ لأنَّ اليومَ مُنْكَرٌ ، فلم يَخْتَصَّ يَوْمًا بَعِيْنَه ، فصارت كالتي قبلها . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِيرَ مُوْلِيًا فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الْيَوْمَ الْمُسْتَشْنَى يَكُونُ مِنْ آخِرِ السَّنَةِ ، كَمَا فِي التَّأْجِيلِ .

فصل : فإن قال : واللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . ثم قال : واللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ نِصْفَ عَامٍ . ^(١) دَخَلَتِ الْمُدَّةُ الثَّانِيَةُ فِي الْأُولَى ؛ لِأَنَّهَا بَعْضُهَا ، وَلَمْ يُعَقَّبْ إِحْدَاهُمَا بِالْأُخْرَى ، فَتَدَاخَلَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَهُ عَلَيَّ مِائَةٌ . ثم قال : لَهُ عَلَيَّ خَمْسُونَ . فإن قال : واللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا ، فَإِذَا مَضَى ، فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ نِصْفَ عَامٍ ^(٢) . فهما إِبِلَاءَانِ فِي زَمَانَيْنِ ، لَا يَدْخُلُ حُكْمُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخِرِ ، فَإِذَا انْقَضَى حُكْمُ الْأَوَّلِ ، ثَبَتَ حُكْمُ الْآخِرِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، فَإِذَا مَضَتْ ، فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . لَمْ يَكُنْ مُوْلِيًا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّمَانَيْنِ لَا تَزِيدُ مُدَّتُهُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مُوْلِيًا ؛ لِأَنَّهُ مُتَمَتِّعٌ بِيَمِينِهِ مِنْ وَطِئِهَا مَدَّةً مُتَوَالِيَةً أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ .

فصل : وإن قال لأَرْبَعَ نِسْوَةٍ : وَاللَّهِ لَا أَطْوُكُنَّ . انْبَنَى عَلَى أَصْلٍ ، وَهُوَ هَلْ يَخْنَثُ بِفِعْلِ بَعْضِ الْمُخْلُوفِ عَلَيْهِ أَمْ لَا ؟ ^(٢) وَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَخْنَثُ ، فَيَكُونُ مُوْلِيًا فِي الْحَالِ مِنْهُنَّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ وَطْءُ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ إِلَّا بِحِنْثٍ ، فَإِذَا وَطِئَ وَاحِدَةً ، انْحَلَّتْ يَمِينُهُ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدَةٌ ، فَتَنَحَلَّ بِالْحِنْثِ فِيهَا ، كَمَا لَوْ خَلَفَ عَلَى وَاحِدَةٍ . وَعَلَى الْآخَرَى ، لَا يَخْنَثُ بِفِعْلِ

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : ف ، م .

البعض ، فلا يكون موليًا في الحال ؛ لأنه يُمكن وطء كل واحدة بغير
حِنْث ، فإذا وطئ ثلاثًا ، صار موليًا من الرابعة ، وابتداء المدّة حينئذ . فإن
مات بعضهن ، أو طلقها ، انحل الإيلاء ؛ لأنه أمكنه وطء الباقيات بغير
حِنْث .

وإن قال : والله لا وطئت واحدة منك . صار موليًا في الحال ؛ لأنه لا
يُمكنه الوطء إلا بحِنْث . فإن طلق ^(١) واحدة منهن ، أو ماتت ، كان موليًا
من الباقيات ؛ لأنه تعلّق بكل واحدة منهن منفردة . وإن وطئ واحدة ،
سقط الإيلاء من الباقيات ؛ لأنها يمين واحدة ، فإذا حِنْث مرّة ، لم يعد
الحِنْث مرّة ثانية . وإن نوى ^(٢) واحدة بعينها ، كان موليًا منها ^(٣) وحدها ،
ويُقبل قوله في ذلك ؛ لأنّ اللفظ يَحْتَمِلُهُ ، وهو أعلم بِنَيْتِهِ . وإن قال : نويت
واحدة غير مُعيّنة . قبل ؛ لأنه يَحْتَمِلُ ذلك . وقياس المذهب أن تُخرج
المولى منها بالقرعة ، كالطلاق . وذكر القاضي أنّ الحكم في من أطلق
يمينه ولم ينو شيئًا كذلك . والأوّل أولى ؛ لأنه نكرة في سياق النفي فيكون
عامًا .

ولو قال : والله لا وطئت كل واحدة منك . كان ^(٣) موليًا من
جميعهن ، ولم يُقبل قوله : نويت واحدة . لأنّ لفظه لا يَحْتَمِلُ ذلك .
وتنحل اليمين بوطء واحدة ؛ [٣٢٦ ظ] لما ذكرنا . فإن طالبن بالفَيْتة ، وقف

(١ - ١) سقط من : الأصل .

(٢) في ف : « فيها » .

(٣) في ف : « صار » .

لَهُنَّ كُلُّهُنَّ . وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مُطَالِبَتُهُنَّ ، وَقَفَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ عِنْدَ طَلِبِهَا^(١) ؛
لأنَّه لَا يُؤْخَذُ بِحَقِّهَا قَبْلَ طَلِبِهَا . وَعِنْدَهُ ، يُوقَفُ لَهُنَّ جَمِيعًا عِنْدَ طَلَبِ
أُولَاهُنَّ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدَةٌ ، فَكَانَ الْوَقْفُ لَهَا وَاحِدًا .

وَإِنْ قَالَ لَزَوْجَتَيْهِ : كُلَّمَا وَطِئْتُ إِحْدَاكُمَا^(٢) فَلِلْأُخْرَى طَالِقٌ . وَقُلْنَا
بَكُونِهِ إِيلَاءٌ ، فَهُوَ مُوَلٍ مِنْهُمَا .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ . ثُمَّ قَالَ لِلْأُخْرَى : شَرَكْتُكَ
مَعَهَا .^(٣) لَمْ يَصِرْ^(٣) مُوَلِيًّا مِنَ الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ بِاللَّهِ لَا يَصِحُّ إِلَّا بَلْفَظِ
صَرِيحٍ مِنْ اسْمِ^(٤) أَوْ صِفَةٍ ، وَهَذَا^(٥) كِنَايَةٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَكُونُ مُوَلِيًّا
مِنْهُمَا . وَإِنْ قَالَ : إِنْ أَصَبْتُكَ فَأَنْتِ طَالِقٌ . وَقَالَ لِلْأُخْرَى : شَرَكْتُكَ^(٦)
مَعَهَا . وَنَوَى ، وَقُلْنَا بِكُونِهِ^(٧) إِيلَاءٌ مِنَ الْأُولَى ، صَارَ مُوَلِيًّا مِنَ الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّ
الطَّلَاقَ يَصِحُّ بِالْكِنَايَةِ . وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . ثُمَّ قَالَ لِلْأُخْرَى :
شَرَكْتُكَ^(٨) مَعَهَا . كَانَ مُظَاهِرًا مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الظُّهَارَ تَحْرِيمٌ ، فَصَحَّ بِالْكِنَايَةِ ،
كَالطَّلَاقِ . وَهَلْ يَفْتَقِرُ إِلَى نِيَّةٍ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَفْتَقِرُ إِلَيْهَا^(٩) ؛

(١) فِي ف : « طَلِبَتَهَا » .

(٢) فِي م : « إِحْدَاكُن » .

(٣ - ٣) فِي م : « لَا يَصِير » .

(٤) بَعْدَهُ فِي ف : « اللَّهُ » .

(٥) فِي ف : « هَذِهِ » ، وَفِي م : « هَكَذَا » .

(٦) فِي ف : « شَرَكْتُ » ، وَفِي س ٣ : « أَشْرَكْتُكَ » .

(٧) فِي ف : « يَكُون » .

(٨) فِي ف : « أَشْرَكْتُكَ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « إِلَيْهَا » .

(١) لَأَنَّ التَّشْرِيكَ لَا بُدَّ أَنْ يَقَعَ فِي شَيْءٍ، فَوَجَبَ صَرْفُهُ إِلَى الْمَذْكُورِ، كَجَوَابِ السُّؤَالِ. وَالثَّانِي، يَفْتَقِرُ إِلَيْهَا^(١). ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الظَّهَارِ، فَافْتَقَرَ إِلَى النِّيَّةِ، كَسَائِرِ كِنَايَاتِهِ.

فصل: وَلَا يُطَالَبُ الْمُؤَلَّى بِشَيْءٍ قَبْلَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ؛ لِلآيَةِ. وَابْتِدَاءُ الْمُدَّةِ مِنْ حِينَ الْيَمِينِ؛ لِأَنَّهَا ثُبَّتْ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ، فَلَمْ تَفْتَقِرْ إِلَى حَاكِمٍ^(٢)، كَمُدَّةِ الْعِدَّةِ. فَإِنْ كَانَ بِالْمَرْأَةِ عُذْرٌ يَمْنَعُ الْوَطْءَ؛ كَصِغَرٍ، أَوْ مَرَضٍ، أَوْ نُشُوزٍ، أَوْ جُنُونٍ، أَوْ إِحْرَامٍ، أَوْ صَوْمٍ فَرَضٍ، أَوْ اغْتِكَافٍ فَرَضٍ، لَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ بِمُدَّتِهِ؛ لِأَنَّ الْمَنَعَ مِنْهَا. وَإِنْ طَرَأَ مِنْهُ شَيْءٌ، انْقَطَعَتِ الْمُدَّةُ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا ضُرِبَتْ لِامْتِنَاعِ الزَّوْجِ مِنْ^(٣) الْوَطْءِ، وَلَا امْتِنَاعَ مِنْهُ مَعَ الْعُذْرِ. وَتُسْتَأْنَفُ الْمُدَّةُ عِنْدَ زَوَالِ الْعُذْرِ؛ لِأَنَّ مِنْ شَأْنِهَا أَنْ تَكُونَ مُتَوَالِيَةً. وَيُحْتَسَبُ بِمُدَّةِ الْحَيْضِ؛ لِأَنَّهُ عُذْرٌ مُعْتَادٌ لَا يُنْفَكُ مِنْهُ، فَلَوْ قَطَعَ الْمُدَّةُ، سَقَطَ حُكْمُ الْإِبْلَاءِ، وَلِذَلِكَ^(٤) لَا يَقْطَعُ^(٥) التَّابِعُ فِي الصَّيَامِ. وَفِي النَّفَاسِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، هُوَ كَالْحَيْضِ؛ لِأَنَّهُ مِثْلُهُ فِي أَحْكَامِهِ. وَالثَّانِي، هُوَ كَالْمَرَضِ؛ لِأَنَّهُ عُذْرٌ نَادِرٌ، أَشْبَهَ الْمَرَضَ.

وَإِنْ كَانَ بِالزَّوْجِ عُذْرٌ، حُسِبَتْ عَلَيْهِ مُدَّتُهُ، وَلَمْ يَقْطَعْ الْمُدَّةَ طَرِيَانُهُ؛

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ: م.

(٢) فِي ف: «حَكَم».

(٣) فِي ف: «عَنْ».

(٤) فِي م: «كَذَلِكَ».

(٥) فِي ف: «يَنْقَطِعُ».

لأنَّ الامتناعَ من جهته ، والزَّوجِيَّةُ باقيةٌ ، فحُسِبَتْ عليه المدةُ .

وإن آلى من الرَّجْعِيَّةِ ، احتُسِبَ عليه بالمدةِ . ذكره ابنُ حامِدٍ . وإن طرأ الطلاقُ الرَّجْعِيُّ ، لم يَقْطَعْ المدةُ ؛ لأنَّ الرَّجْعِيَّةَ مُبَاحَةٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَنْقَطِعَ إذا قلنا بتَحْرِيمِهَا .

وإن طَلَّقَهَا طَلَاقًا بَائِنًا ، انْقَطَعَتِ المدةُ ؛ لَأَنَّهَا حُرِّمَتْ عَلَيْهِ ، فإذا تزَوَّجَهَا وَقَدْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، اسْتَوْفَتِ المدةُ ، سواءً كَانَ الطَّلَاقُ فِي المدةِ أَوْ بَعْدَهَا .

فصل : وإن وطَّئها ، حِنْثٌ ، وَسَقَطَ الْإِيلَاءُ ؛ لِزَوَالِ الْيَمِينِ وَالضَّرَرِ عَنْهَا ، سَوَاءً وَطَّئَهَا يَقْظَانَةً أَوْ نَائِمَةً ، أَوْ عَاقِلَةً أَوْ مَجْنُونَةً . وَهَكَذَا إِنْ وَطَّئَهَا فِي حَيْضٍ ، أَوْ نِفَاسٍ ، أَوْ إِحْرَامٍ ، أَوْ صِيَامٍ ، أَوْ ظَهَارٍ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : قِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنْ لَا يَخْرُجَ مِنْ حُكْمِ الْإِيلَاءِ بِالْوَطْءِ الْحَرَامِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَرُ بِهِ فِي الْفَيْئَةِ ، فَهُوَ كَالْوَطْءِ فِي الدُّبْرِ . وَالْأَوَّلُ [٣٢٧] أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ تَنْحَلُّ بِهِ ، فَيُزُولُ الْإِيلَاءُ لِزَوَالِهَا ^(١) .

وإن وطَّئها وهو مَجْنُونٌ ، لَمْ يَحْنَثْ ؛ لِأَنَّ الْقَلَمَ عَنْهُ مَرْفُوعٌ ، وَيَسْقُطُ الْإِيلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ وَفَّاهَا حَقَّهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْقُطَ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْيَمِينِ بَاقٍ ، لَوْ أَفَاقَ لَمَنْعَتَهُ الْيَمِينُ الْوَطْءَ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَحْنَثُ وَيَنْحَلُّ الْإِيلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ . وَإِنْ وَطَّئَهَا نَاسِيًا ، فَهَلْ يَحْنَثُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛

(١) فِي م : « يَزُولُهَا » .

أَصْحُهُمَا ، لَا يَحْنُثُ . فعلى هذا ، هل يسقط الإيلاء ؟ على وجهين ، كما ذكرنا فى المجنون . وإن استدخلت ذكره وهو نائم ، لم يحنث ؛ لأنه ما وطئ . وهل يسقط الإيلاء ؟ على وجهين ؛ لما ذكرنا .

وأذننى الوطء الذى تحصل به الفيئة تغيب الحشفة فى الفرج ؛ لأن أحكام الوطء تتعلق به . وإن وطئها فى الدبر ، أو دون الفرج ، لم يعتد به ؛ لأن الضرر واليمين لا يزولان به .

فصل : وإذا وطئ ، لزمت الكفارة ؛ لقول النبى ﷺ : « من حلف على يمين ، فرأى غيرها خيرا منها ، فليأت الذى هو خير ، وليكفر عن يمينه » . متفق عليه ^(١) . وإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو طلاق ، وقع ؛ لأنه معلق على شرط قد وجد . وإن كان على نذر ، خير بين الوفاء به والتكفير ؛ لأنه نذر لجأج ^(٢) ، وهذا حكمه .

وإن كان معلقا على ^(٣) طلاق ثلاث ^(٣) ، لم يحل له الوطء ؛ لأن آخره

(١) أخرجه مسلم ، فى : باب نذب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها ... من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٧٢ ، ١٢٧٣ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى الكفارة قبل الحنث ، من أبواب النذور والأيمان . عارضة الأحوذى ٧ / ١١ . والإمام مالك ، فى : باب ما تجب فيه الكفارة من الأيمان ، من كتاب النذور والأيمان . الموطأ ٢ / ٤٧٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢ / ٣٦١ . كلهم من حديث أبى هريرة .

والحديث لم يخرج به البخارى ، انظر : تحفة الأشراف ٤ / ٤١٥ ، ٤١٦ ، ونصب الراية ٣ / ٢٩٦ ، ٢٩٧ .

(٢) فى ف : « الحاجة » .

(٣ - ٣) فى ف : « ثلاث طلاقات » .

يَقَعُ فِي أَجْنَبِيَّةٍ ، وَيَقَعُ ^(١) طَلَاقُ الْبِدْعَةِ مِنْ ^(٢) وَجْهَيْنِ ؛ جَمْعُ الثَّلَاثِ ،
وَوُقُوعُهُ بَعْدَ الْإِصَابَةِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ كَلَامَ أَحْمَدَ يَقْتَضِي رِوَايَتَيْنِ . فَإِنْ
وَطِئَ ، فَعَلِيهِ النَّزْعُ حِينَ يُوَلَّجُ ؛ لِأَنَّ الْحِنْثَ حَصَلَ بِهِ ، فَصَارَتْ أَجْنَبِيَّةً ،
فَإِذَا فَعَلَ هَذَا ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، وَلَا مَهْرَ ؛ لِأَنَّهُ تَارَكَ لِلْوَطْءِ . وَإِنْ لَبِثَ ، أَوْ ^(٣)
أَتَمَّ الْإِيلَاجَ ، فَلَا حَدَّ أَيْضًا ؛ لِتَمَكُّنِ الشُّبْهَةِ مِنْهُ ، لَكُونِهِ ^(٤) وَطْئًا بَعْضُهُ فِي
زَوْجَةٍ . وَفِي الْمَهْرِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجِبُ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ فِي مَحَلٍّ غَيْرِ
مَمْلُوكٍ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ وَطِئَ بَعْدَ النَّزْعِ . وَالثَّانِي ، لَا يَجِبُ ؛ لِأَنَّهُ إِيلَاجٌ فِي
مَحَلٍّ مَمْلُوكٍ ، فَكَانَ آخِرُهُ تَابِعًا لَهُ فِي سُقُوطِ الْمَهْرِ ، وَيَلْحَقُ النَّسَبُ بِهِ . وَإِنْ
نَزَعَ ، ثُمَّ أَوَّلَجَ وَهُمَا عَالِمَانِ بِالتَّحْرِيمِ ، فَهُمَا زَانِيَانِ زِنَى لَا شُبْهَةَ فِيهِ ،
فَعَلِيهِمَا الْحَدُّ ، وَلَا مَهْرَ لَهَا إِذَا كَانَتْ مُطَاوَعَةً . وَإِنْ كَانَتْ مُكْرَهَةً ، أَوْ
جَاهِلَةً بِالتَّحْرِيمِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهَا ، وَلَهَا عَلَيْهِ الْمَهْرُ . وَإِنْ جَهِلَا التَّحْرِيمَ مَعًا ،
فَلَا حَدَّ ، وَيَجِبُ لَهَا الْمَهْرُ ، وَيَلْحَقُهُ النَّسَبُ .

وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . فَقَالَ أَحْمَدُ : لَا يَطَأُ ^(٥)
حَتَّى يُكْفَرَ . يُرِيدُ أَنَّهُ إِذَا وَطِئَهَا مَرَّةً ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَطَأَهَا ثَانِيًا حَتَّى يُكْفَرَ ؛
لِأَنَّهَا تَصِيرُ مُحَرَّمَةً عَلَيْهِ بِالظُّهَارِ ، فَأَمَّا قَبْلَ ذَلِكَ ، فَلَا يَصِحُّ مِنْهُ التَّكْفِيرُ ؛
لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ الْكَفَّارَةِ عَلَى سَبِّهَا .

(١) فِي الْأَصْلِ ، س ٣ ، م : « يَوْع » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « فِي » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهُ » .

(٥) فِي ف : « يَطَأُهَا » .

فصل : وإن انقضت المدة ولم يَطأ^(١) ، فلها المطالبة بالفيئة أو الطلاق ؛ لقول الله سبحانه وتعالى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾﴾ .^(٢) فإن سكنت عن المطالبة ، لم يسقط حقها . وإن عفت عنها ، سقط حقها ، في أحد الوجهين ، كما لو عفت امرأة العنين . والآخر ، لا يسقط ، ولها الرجوع والمطالبة ؛ لأنها تثبت لدفع الضرر بترك الوطء ، وذلك يتجدد مع الأحوال ، فأشبهه النفقة والقسم .

وإن طلب الإمهال ولا عذر له ، لم يُمهّل ؛ لأن الحق حال عليه وهو قادر عليه^(٣) . وإن كان ناعسا ، [٣٢٧ ظ] فقال : أمهلوني حتى يذهب الثعاس . أو جائعا ، فقال : أمهلوني حتى أتغذى ، أو : حتى ينهضم الطعام . أو : حتى أفطر من صيامي . أمهل بقدر ذلك ، ولا يُمهّل أكثر من قدر الحاجة ، كالدين الحال ، فإن وطئها ، فقد وفاها حقها .

وإن أبى ولا عذر له ، أمر بالطلاق إن طلبت ذلك ، فإن طلق ، وقع طلاقه الذي أوقعه ، ولا يطالب بأكثر من طلاق ؛ ^(٤) «لأنها تُفْضَى» إلى البيئونة . فإن امتنع ، طلق الحاكم عليه ؛ لأنه حق تعين مستحقه ، ودخلته النيابة ، فقام الحاكم مقامه عند امتناعه منه ، كقضاء دينه . وعن أحمد ، لا

(١) في ف : « يطأها » .

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ ، ٢٢٧ .

(٣) سقط من : م .

(٤ - ٤) في ف : « لأنه يفضى » .

تُطَلَّقُ عَلَيْهِ ، وَلَكِنْ يُخْبَسُ وَيُضَيَّقُ عَلَيْهِ حَتَّى يُطَلَّقَ ؛ لِأَنَّ مَا خَيْرَ فِيهِ بَيْنَ شَيْئَيْنِ لَمْ يَقُمْ الْحَاكِمُ مَقَامَهُ فِيهِ ، كاخْتِيَارِ إِحْدَى الزَّوْجَاتِ إِذَا أَسْلَمَ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعٍ .

فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ الْحَاكِمَ يَمْلِكُ الطَّلَاقَ . فَلَهُ أَنْ يُطَلِّقَ وَاحِدَةً وَثَلَاثًا ؛ لِأَنَّهُ قَائِمٌ ^(١) مَقَامَ الزَّوْجِ ، فَمَلَكَ مَا يَمْلِكُهُ . فَإِنْ طَلَّقَ الزَّوْجُ أَوْ الْحَاكِمُ ثَلَاثًا ، حَرُمَتْ عَلَيْهِ ، إِلَّا بِزَوْجٍ ^(٢) وَإِصَابَةٍ ، فَإِنْ طَلَّقَ أَحَدُهُمَا أَقْلًا مِنْ ثَلَاثٍ ، فَلَهُ رَجْعَتُهَا . وَعَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَكُونُ طَلَقًا بَائِنَةً ؛ لِأَنَّهَا شَرِيعَتْ لِدَفْعِ الضَّرَرِ الْحَاصِلِ مِنْهُ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يَمْلِكَ رَجْعَتَهَا ، كَالْمُخْتَلَعَةِ . وَعَنْهُ ، أَنَّ تَفْرِيقَ الْحَاكِمِ يُحَرِّمُهَا عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لِأَنَّهُ تَفْرِيقُ حَاكِمٍ ، فَأَشْبَهَ فُرْقَةَ اللَّعَانِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ عَدَدَ طَلَاقِهَا ، فَلَمْ تَحْرُمْ عَلَى التَّأْيِيدِ ، كَمَا لَوْ طَلَّقَ الزَّوْجُ . وَإِنْ قَالَ الْحَاكِمُ : فَرَّقْتُ بَيْنَكُمَا . فَهُوَ فَسْخٌ لِلنِّكَاحِ ، لَا تَحِلُّ لَهُ ^(٣) إِلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ . نَصَّ عَلَيْهِ .

وَمَتَى وَقَعَ الطَّلَاقُ ، ثُمَّ ارْتَجَعَهَا ، أَوْ تَرَكَهَا حَتَّى انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، أَوْ طَلَّقَ ثَلَاثًا ، فَتَزَوَّجَتْ غَيْرَهُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا وَقَدْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، وَقَفَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ مُمْتَنِعٌ مِنْ وَطْئِهَا بَيِّنٍ فِي حَالِ الزَّوْجِيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَاجَعَهَا ، وَإِنْ بَقِيَ أَقْلٌ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، لَمْ يَثْبُتْ مُحْكَمُ الْإِيلَاءِ ؛ لِقُصُورِهِ عَنْ مُدَّتِهِ .

(١) فِي ف : « قَام » .

(٢) فِي ف : « بَعْدَ زَوْجٍ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : س ٣ ، ف .

فصل : وإن انقضت المدة وهي حائض أو نفساء، لم يطالب^(١) بالفيئة ؛ لأنها لا تستحق الوطء في هذه الحال . وإن كان مغلوباً على عقله ، لم يطالب أيضاً ؛ لأنه لا يصلح لخطاب ، ولا يصح منه جواب . وإن كان مريضاً ، أو مخبوساً لا يمكنه الخروج ، طُلب بالفيئة المغدور ، وهو أن يقول : متى قدرت جامعتهما . أو نحو ذلك ؛ لأن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الإضرار بما أتى به من الاعتذار ، فمتى قدر على الوطء ، طُلب به ؛ لأنه تأخير^(٢) للعدر ، فإذا زال العذر ، طُلب به ، كالدين . وهذا اختيار الخريقي . وقال أبو بكر : إذا فاء^(٣) فيئة المغدور ، لم يطالب ؛ لأنه فاء مبرّة ، فلم يلزمه فيئة أخرى ، كالذي فاء بالوطء . و^(٤) لا يلزمه بالفيئة باللسان كفارة ؛ لأنه لم يحنث .

وإن كان غائباً لا يمكنه القدوم ، لخوف أو نحوه ، فاء فيئة المغدور . وإن أمكنه القدوم ، فلها أن تؤكل من يطالبه بالمسير^(٥) إليها ، أو حملها إليه ، أو الطلاق .

وإن كان مُحَرِّماً ، فاء فيئة المغدور في قول الخريقي ؛ لأنه عاجز عن الوطء ، أشبه المريض . ويتخرج في الاعتكاف المندور مثله . وإن كان

(١) في م : « تطالب » .

(٢) في س ٣ ، م : « تأخر » .

(٣) في ف : « فاءت » .

(٤) سقط من : م .

(٥) في ف : « بالسير » .

مُظَاهِرًا ، لم يُؤْمَرْ بِالْوَطْءِ ؛ لَأَنَّهُ مُحَرَّمٌ ، ولا يَحِلُّ الأَمْرُ بِمَعْصِيَةِ اللَّهِ تعالى .
ويُقالُ له : إمَّا أَنْ تُكْفِّرَ و^(١) تَفِيءَ ، وإمَّا أَنْ تُطَلَّقَ . فإن طَلَبَ الإِمْهَالَ
لِيَطْلُبَ رَقَبَةً يُعْتِقُهَا ، أو طَعَامًا يَشْتَرِيهِ ، أُمْهَلُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ؛ لَأَنَّهَا قَرِيبَةٌ . وإن
عَلِمَ أَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى التَّكْفِيرِ ، وَأَنَّ قَصْدَهُ الْمُدَافَعَةَ ، لم يُمْهَلْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ حَالٌ
عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا يُمْهَلُ لِلْحَاجَةِ ، ولا حَاجَةَ . وإن كَانَ فَرَضُهُ الصِّيَامَ ، لم يُمْهَلْ
حَتَّى يَصُومَ ؛ لَأَنَّهُ كَثِيرٌ ، وإن كَانَ قد بَقِيَ عَلَيْهِ مِنَ الصِّيَامِ مُدَّةٌ يَسِيرَةٌ ،
أُمْهَلُ فِيهَا . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ يَفِيءَ الْمُظَاهِرُ فَيْعَةَ الْمَعْذُورِ ، وَيُمْهَلُ^(٢) لِيَصُومَ ،
كَالْمُحَرَّمِ . فإن أَرَادَ الْوَطْءَ فِي حَالِ الْإِحْرَامِ أو الظُّهَارِ ، فَمَنْعَتْهُ ، لم يَسْقُطْ
حَقُّهَا ؛ لَأَنَّهَا مَنْعَتْهُ مِمَّا يَحْرُمُ ، فَأَشْبَهَ مَا لو مَنْعَتْهُ فِي الْحَيْضِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي
أَنَّهُ يَسْقُطُ حَقُّهَا ؛ لَأَنَّهَا مَنْعَتْهُ مِنْ إِيْفَائِهِ .

وإن انْقَضَتْ مُدَّةُ الْعَاجِزِ ، لَجَبٌ ، أو سَلَلٌ ، فَفَيْعَتْهُ : لو قَدَرْتُ
لِجَامَعَتِكَ . لَأَنَّهُ لَا قُدْرَةَ لَهُ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ .

فصل : وَمَنْ طَوَّلَ بِالْفَيْعَةِ ، فَقَالَ : قد وَطَّئْتُهَا^(٣) . فَأَنْكَرْتُهُ ؛ فإن
كَانَتْ نَيْبًا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ ، وَعَدَمُ مَا يُوجِبُ إِزَالَتَهُ .
وَهَلْ يُحْلَفُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُحْلَفُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخَرَقِيِّ ؛
لَأَنَّ مَا تَدَّعِيهِ الْمَرْأَةُ مُحْتَمِلٌ ، فَوَجَبَ نَفْيُهُ بِالْيَمِينِ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَمِينُ
عَلَيْهِ . اخْتَارَهُ أَبُو بَكْرٍ ؛ لَأَنَّهُ لَا يُقْضَى فِيهِ بِالنُّكُولِ . وإن كَانَ بِكْرًا ،

(١) فِي ف : «أَوْ» .

(٢) بَعْدَهُ فِي ف : «عَلَيْهِ» .

(٣) فِي ف : «وَطَّئْتَكَ» .

أُرِيَتِ النِّسَاءُ الثَّقَاتِ ، فَإِنْ شَهِدْنَ بَبْكَارَتِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ يُعْلَمُ كَذِبُهُ ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . وَإِنْ ادَّعَى عَجْزَهُ عَنِ الْوَطْءِ ، وَلَمْ يَكُنْ عُلِمَ أَنَّهُ عَيْنٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ سَلَامَتُهُ ، فَيُؤَمَّرُ بِالطَّلَاقِ . وَالثَّانِي ، يُقْبَلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْرَفُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّهُ اخْتِلَافٌ فِي وَقْتِ حَلْفِهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِيهِ . وَهَلْ يُحْلَفُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ .

فصل : وَإِنْ تَرَكَ الزَّوْجُ الْوَطْءَ بغيرِ يَمِينٍ ، فَلَيْسَ بِمُؤَلٍّ ؛ لِأَنَّ الْإِيْلَاءَ مِنْ شَرْطِهِ الْحَلْفِ ، فَلَا يَثْبُتُ بِدُونِهِ ، لَكِنْ إِنْ تَرَكَه مُضِرًّا بِهَا لِغَيْرِ عُذْرِ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يُلْزَمُهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُؤَلٍّ ، فَلَا يَثْبُتُ لَهُ حُكْمٌ ، كَمَا لَوْ تَرَكَهُ لِعُذْرِ ، وَلِأَنَّ تَخْصِيصَ الْإِيْلَاءِ بِحُكْمِهِ يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَثْبُتُ بِدُونِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، تُضْرَبُ لَهُ مُدَّةُ الْإِيْلَاءِ ، وَيُوقَفُ بَعْدَهَا ، كَالْمُؤَلِّ سِوَاءٍ^(١) ؛ لِأَنَّهُ تَارِكٌ لَوْطِئِهَا مُضِرًّا بِهَا ، فَأَشْبَهَ الْمُؤَلِّ ، وَلِأَنَّ مَا لَا يَجِبُ إِذَا لَمْ يَحْلَفْ لَا يَجِبُ إِذَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ ، كَالزِّيَادَةِ عَلَى الْوَاجِبِ ، وَثُبُوتُ حُكْمِ الْإِيْلَاءِ لَهُ لَا يَمْنَعُ مِنْ قِيَاسِ غَيْرِهِ عَلَيْهِ إِذَا كَانَ فِي مَعْنَاهُ ، كَسَائِرِ الْأَحْكَامِ الثَّابِتَةِ بِالْقِيَاسِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١) بعده في ف : «و» .

كِتَابُ الظَّهَارِ

وهو قول الرجل لزوجته : أنت على كظهر أمي . أو ^(١) ما أشبهه .
وهو مُحَرَّمٌ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتُهُمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ ^(٢) .

ويَصِحُّ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ يَصِحُّ طَلَاؤُهُ ؛ لَأَنَّهُ قَوْلٌ يَخْتَصُّ النِّكَاحَ ، أَشْبَهَ الطَّلَاقَ ، إِلَّا الصَّبِيَّ ، فَلَا يَصِحُّ مِنْهُ ؛ لَأَنَّهُ يَمِينٌ مُوجِبَةٌ لِلْكَفَّارَةِ ، أَشْبَهَ الْيَمِينَ بِاللَّهِ تَعَالَى . وقال القاضي : ظهاره كطلاقه . لما ذكرناه أولاً .
ويَصِحُّ ظَهَارُ الذَّمِّيِّ ؛ لَأَنَّهُ مُكَلَّفٌ يَصِحُّ طَلَاؤُهُ ، فَصَحَّ ظَهَارُهُ ، كالمسلم .
وَلَا يَصِحُّ ظَهَارُ السَّيِّدِ مِنْ أَمَتِهِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ . فَخَصَّ بِهِ الزَّوْجَاتِ . فَإِنْ ظَاهَرَ مِنْهَا ، أَوْ حَرَّمَهَا ، فعليه كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، كما لو حَرَّمَ طَعَامَهُ . وعنه ، عليه كَفَّارَةُ ظَهَارٍ . قال أبو الخطاب : ويتَوَجَّهُ أَنْ لَا يُلْزَمَهُ شَيْءٌ ، كما لو ظَاهَرَتِ الْمَرْأَةُ مِنْ زَوْجِهَا .

(١) في م : «و» .

(٢) سورة المجادلة ٢ .

وفي س ٣ : (يُظَاهِرُونَ) . وهي قراءة نافع وابن كثير وأبي عمرو ، وقرأ ابن عامر وحمزة والكسائي بياء مفتوحة وألف وتشديد الظاء (يُظَاهِرُونَ) ، وقرأ عاصم بياء مضمومة وألف وتخفيف الظاء ، وهو المثلث . انظر : كتاب السبعة في القراءات لابن مجاهد ٦٢٨ .

فإن ظاهر من أجنبيّة، ثم تزوّجها، أو قال: كل امرأة أتزوّجها^(١) على كظهر أمي. ثم تزوّجها، لم تحلّ له^(٢) حتى يكفر؛ لما روى الإمام أحمد^(٣) بإسناده، عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه، أنه قال في رجل قال: إن تزوّجت فلانة فهي على كظهر أمي. ثم تزوّجها، قال: عليه كفارة الظهار. ولأنها يمين [٣٢٨ ظ] مكفرة، فصَحَّ عقدها قبل النكاح، كاليمين بالله تعالى.

فصل: فإن قال: أنت على كظهر أمي. أو ظهر من^(٤) يحرم عليه على التأييد؛ كجدته، وسائر ذوات محاربه من النسب، أو^(٥) الرضاع، أو المصاهرة، فهو مظاهر؛ لأنه شبهها بظهر من هي محل للاستمتاع^(٦)، تحرم عليه على التأييد، فكان مظاهراً، كما لو قال: أنت على كظهر أمي. وإن شبهها بمن^(٧) تحرم عليه^(٧) في حال^(٨) دون حال^(٨)؛ كأخت زوجته،

(١) بعده في م: «هي».

(٢) زيادة من: م.

(٣) لم نجده في المسند. وانظر مسائل الإمام أحمد برواية ابنه عبد الله ١١/٣. وأخرجه الإمام مالك، في: باب ظهار الحر، من كتاب الطلاق. الموطأ ٥٥٩/٢. وعبد الرزاق، في: المصنف ٤٣٥/٦، ٤٣٦. وسعيد بن منصور، في: سننه ٢٥٢/١. والبيهقي، في: سننه ٣٨٣/٧. وأعله بالانقطاع.

(٤) سقط من: الأصل.

(٥) في م: «و».

(٦) في الأصل: «الاستمتاع».

(٧ - ٧) في م: «يحرم».

(٨ - ٨) سقط من: م.

وَعَمَّتِهَا ، أَوْ ^(١) الْأَجْنَبِيَّةَ ، فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ ظَهَارٌ . اخْتَارَهُ ^(٢)
الْخَرَقِيُّ ، وَأَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌُ بِمُحَرَّمَةٍ ^(٣) عَلَيْهِ ، أَشْبَهُ تَشْبِيْهِهَا بِالْأُمِّ .
وَالْأُخْرَى ، لَيْسَ بِظَهَارٍ ؛ لِأَنَّهُ شَبَّهَهَا بِمَنْ لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ ^(٤) عَلَى التَّأْيِيدِ ، أَشْبَهُ
تَشْبِيْهِهَا ^(٥) بِالْمُحَرَّمَةِ وَالصَّائِمَةِ .

وإن قال : أنتِ على كظهر البهيمة . لم يكن مظاهراً ؛ لأنه ليس
^(٦) محلّاً للاستمتاع .

وإن قال : أنتِ على كظهر أبي . ففيه روايتان ؛ إحداهما ، هو ظهارٌ ؛
لأنه شبَّهها بمحلٍّ مُحَرَّمٍ عَلَى التَّأْيِيدِ ، أَشْبَهُ التَّشْبِيْهِ بِظَهْرِ الْأُمِّ . وَالْأُخْرَى ،
لَيْسَ بِظَهَارٍ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلِاسْتِمْتَاعِ ، أَشْبَهُ التَّشْبِيْهِ بِالْبَهِيمَةِ .

فصل : فإن قال : أنتِ عندي ، أو : معي ، أو : مني ، كظهر أُمِّي .
فهو ظهارٌ ؛ لِأَنَّهُ ^(٧) يُفِيدُ مَا ^(٧) يُفِيدُهُ قَوْلُهُ : أَنْتِ عَلَى كظهر أُمِّي . وَإِنْ شَبَّهَهَا
بَعْضُ غَيْرِ الظَّهِرِ ، فَقَالَ : أَنْتِ عَلَى كَفَرْجِ أُمِّي ، أَوْ : يَدِهَا ، أَوْ : رَأْسِهَا .
فهو ظهارٌ ؛ لِأَنَّ غَيْرَ الظَّهِرِ كَالظَّهِرِ فِي التَّحْرِيمِ ، فَكَذَلِكَ فِي الظَّهَارِ بِهِ .

(١) فِي الْأَصْلِ ، ف : « و » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « واختاره » ، وَفِي ف : « اختارها » .

(٣) فِي م : « بمحرم » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، س ٣ .

(٥) فِي س ٣ ، م : « تحريمها » .

(٦ - ٦) فِي الْأَصْلِ : « بمحل الاستمتاع » .

(٧ - ٧) فِي م : « تفيد بما » .

وإن شَبَّهَ عُضْوًا مِنْهَا بِظَهْرِ أُمِّهِ أَوْ عُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا ، فَقَالَ : ظَهْرُكَ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . أَوْ : رَأْسُكَ عَلَى كِرَاسِ أُمِّي . فَهُوَ مُظَاهِرٌ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ يُوجِبُ تَحْرِيمَ الزَّوْجَةِ ، فَجَازَ تَغْلِيْقُهُ عَلَى يَدَيْهَا وَرَأْسِهَا ، كَالطَّلَاقِ . وَمَا لَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِإِضَافَتِهِ إِلَيْهِ ؛ كَالشَّعْرِ ؛ وَالسِّنِّ ، وَالظُّفْرِ ، لَا يَتَعَلَّقُ الظُّهَارُ بِهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا .

فصل : فإن قال : أنتِ على كَأُمِّي . أَوْ : مثلُ أُمِّي . فهو مُظَاهِرٌ . فإن نَوَى به التَّشْبِيهَ فِي الْكِرَامَةِ أَوْ نَحْوِهَا ، فَلَيْسَ بِظُهَارٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ^(١) مَا قَالَهُ^(٢) . وَعَنْهُ ، لَيْسَ بِظُهَارٍ حَتَّى يَنْوِيَهُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ غَيْرَ الظُّهَارِ كَاِحْتِمَالِهِ إِيَّاهُ ، فَلَمْ يُضَرْفْ إِلَيْهِ إِلَّا بِنِيَّةٍ ، كِكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ كَأُمِّي ، أَوْ : مِثْلُهَا . فَلَيْسَ بِظُهَارٍ ،^(٣) «إِلَّا أَنْ»^(٢) يَنْوِيَهُ ؛ لِأَنَّهُ فِي غَيْرِ التَّحْرِيمِ أَظْهَرُ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : هِيَ كَالَّتِي قَبْلَهَا . وَهَكَذَا يَتَخَرَّجُ^(٤) فِي قَوْلِهِ : رَأْسُكَ كِرَاسِ أُمِّي ، أَوْ^(٥) : يَدُكَ كِيَدِهَا . وَمَا أَشْبَهَهُ . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ إِنْ وَجِدْتَ قَرِينَةً صَارِفَةً إِلَى الظُّهَارِ ، مِثْلَ أَنْ يُخْرِجَهُ مَخْرَجَ الْيَمِينِ ، كَقَوْلِهِ : إِنْ خَرَجْتَ مِنَ الدَّارِ فَأَنْتِ عِنْدِي كَأُمِّي . وَشَبَّهَهُ ، فَهُوَ ظُهَارٌ ؛ لِأَنَّ الْقَرِينَةَ صَارِفَةً إِلَيْهِ ، وَإِلَّا لَمْ يَكُنْ ظُهَارًا ؛ لِتَرَدُّدِ الْإِحْتِمَالَاتِ فِيهِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ حَرَامٌ كَأُمِّي . فَهُوَ صَرِيحٌ فِي الظُّهَارِ ؛ لِأَنَّهُ لَا^(٥) يَحْتَمِلُ سِوَى التَّحْرِيمِ .

(١ - ١) فِي م : «مقاله» .

(٢ - ٢) فِي الْأَصْل : «حتى» .

(٣) فِي م : «يخرج» .

(٤) فِي ف : «و» .

(٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

فصل : وإن قال : أنت طالق كظهر أمي . طَلَّقْتُ ، ولم يكن ظهراً ؛
لأنه أوقع الطلاق صريحاً ، فوقع ، وبقي قوله : كظهر أمي . غير متعلق
بشيء ، فلم يقع . فإن نوى به الطلاق والظهار معاً ، فهو ظهراً وطلاقاً .
وإن نوى بقوله : أنت طالق . الظهار ، لم يكن ظهراً ؛ لأنه صريح في
موجبه ، فلم ينصرف إلى غيره بالنية ، [٣٢٩ و] كما لو نوى بقوله : أنت
عليّ كظهر أمي . الطلاق .

فصل : ويصح الظهار مؤقتاً ، كقوله : أنت عليّ كظهر أمي شهراً ؛ لما
روى سلمة بن صخر ، قال : ظهرت من امرأتي حتى ينسلخ شهر
رمضان ، فبينما هي تخدمني ذات ليلة ، إذ انكشف لي منها شيء ، فلم
ألبث أن نزوت عليها ، فانطلقت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته الخبر ،
فقال : « حرّز رقبته » . (رواه أبو داود ^(١) . ولأنه يمين مكفرة ، فصح
توقيئها ، كاليمين بالله تعالى . فإذا مضى الوقت ، مضى حكم الظهار .
ويجوز تغليقه بشرط ، كدخول الدار ؛ لذلك ، فإذا وجد الشرط ، ثبت
حكم الظهار . وإن قال : أنت عليّ كظهر أمي إن شاء الله . لم يصير ^(٢)
مظاهراً ؛ لما ذكرناه .

فصل : وإذا قالت المرأة لزوجها : أنت عليّ كظهر أبي . لم تكن

(١ - ١) سقط من الأصل .

والحديث تقدم تخريجه في ١٩٤ / ٢ .

(٢) في ف : « يكن » .

مُظَاهِرَةً ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾^(١) . فَعَلَّقَهُ عَلَى الزَّوْجِ ، وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ يُوجِبُ تَحْرِيمَ الزَّوْجَةِ ، يَمْلِكُ الزَّوْجُ رَفْعَهُ ، فَاخْتَصَّ الرَّجُلَ^(٢) ، كَالطَّلَاقِ . وَفِي وُجُوبِ الْكَفَّارَةِ ثَلَاثُ رَوَايَاتٍ ؛ إِحْدَاهُنَّ ، عَلَيْهَا كَفَّارَةُ الظُّهَارِ ؛ لِمَا رَوَى إِبْرَاهِيمُ أَنَّ عَائِشَةَ بِنْتَ طَلْحَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، قَالَتْ : إِنْ تَزَوَّجْتُ مُضْعَبَ بْنِ الزُّبَيْرِ ، فَهُوَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أَبِي . فَسَأَلْتُ أَهْلَ الْمَدِينَةِ ، فَرَأَوْا أَنَّ عَلَيْهَا الْكَفَّارَةَ . رَوَاهُ الْأَثَرُمُ^(٣) . وَلِأَنَّهَا أَتَتْ بِالْمُنْكَرِ مِنَ الْقَوْلِ وَالزُّورِ بِهَذَا اللَّفْظِ ، فَلَزِمَتْهَا كَفَّارَةُ الظُّهَارِ ، كَالرَّجُلِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا شَيْءَ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌُ غَيْرُ ظُهَارٍ ، فَلَمْ يُوجِبْ كَفَّارَةً^(٤) ، كَقَوْلِهَا : أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ الْبَهِيمَةِ . وَالثَّالِثَةُ ، عَلَيْهَا كَفَّارَةُ يَمِينٍ . أَوْ مَأً إِلَيْهَا بِقَوْلِهِ : قَدْ ذَهَبَ عَطَاءٌ مَذْهَبًا ، جَعَلَهَا بِمَنْزِلَةِ مَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِنَ الطَّعَامِ . وَهَذَا أَقْبَسُ فِي مَذْهَبِهِ ؛ لِأَنَّهُ تَحْرِيمٌ لِحَلَالٍ غَيْرِ الزَّوْجَةِ ، فَأَوْجَبَ كَفَّارَةَ يَمِينٍ ، كَتَحْرِيمِ الْأَمَةِ . وَعَلَيْهَا التَّمْكِينُ قَبْلَ التَّكْفِيرِ^(٤) ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ عَلَيْهَا ، فَلَا يَسْقُطُ بِيَمِينِهَا ، وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ غَيْرُ الظُّهَارِ مُوجِبٌ لِلْكَفَّارَةِ ، فَأَشْبَهَ الْيَمِينَ بِاللَّهِ تَعَالَى .

(١) سورة المجادلة ٣ .

وفى الأصل ، س ٣ : (يُظَاهِرُونَ) . وانظر ما تقدم فى صفحة ٥٤٩ .

(٢) بعده فى ف : « به » .

(٣) وأخرجه ابن حزم من طريقه ، فى : المحلى ٢٦١ / ١١ ، ٢٦٢ . ومن طرق أخرى أخرجه عبد الرزاق ، فى : المصنف ٤٤٤ / ٦ . وسعيد بن منصور ، فى : سننه ١٩ / ٢ . وإسناده صحيح . انظر : التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل ١٤٥ ، ١٤٦ .

(٤) فى م : « الكفارة » .

فصل : وإذا صَحَّ الظُّهَارُ ووُجِدَ العَوْدُ ، وَجَبَتِ الكَفَّارَةُ ؛ لقولِ اللَّهِ تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾^(١) . والعَوْدُ هو الوَطْءُ في ظاهرِ كلامِ أحمدَ والخِرْقِيُّ . قال أحمدُ : العَوْدُ الغَشْيَانُ ؛ لأنَّ العَوْدَ في القولِ فِعْلٌ ضِدٌّ ما قال ، كما أنَّ العَوْدَ في الهَبَةِ^(٢) اسْتِرْجَاعٌ ما وَهَبَ^(٣) . فالمُظَاهِرُ^(٤) مَنَعَ نَفْسَهُ غَشْيَانَهَا ، فَعَوْدُهُ في قوله غَشْيَانَهَا^(٥) . وقال القاضي وأصحابه : العَوْدُ العَزْمُ على الوَطْءِ ؛ لأنَّ اللَّهَ سبحانه وتعالى أَمَرَ بالتَّكْفِيرِ عَقِيبَ العَوْدِ قَبْلَ التَّمَاسِّ^(٦) ، بقوله سبحانه وتعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ ﴾ . وعلى كِلَا القولَيْنِ لا يَحِلُّ له الوَطْءُ قَبْلَ التَّكْفِيرِ ؛ لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ ﴾ . فإن وَطِئَ قَبْلَهُ ، أَثِمَ ، وَاسْتَقَرَّتِ الكَفَّارَةُ عليه ، ولم يَجِبْ عليه أكثرُ منها ؛ لحديثِ سَلَمَةَ حينَ وَطِئَ ، فلم يأْمُرْهُ النبي ﷺ بأكثرَ من كَفَّارَةٍ . وَتَحْرِيمُها باقٍ حتى يُكْفَرَ ؛ لما رَوَى أَنَّ النبي ﷺ قالَ لَسَلَمَةَ : « مَا حَمَلَكَ عَلَى مَا صَنَعْتَ » . قالَ : رأيتُ بياضَ ساقِها في القَمَرِ . قالَ : « فَاعْتَزِلْها حَتَّى تُكْفَرَ »^(٦) . [٣٢٩ ظ] وأما قَبْلَ

(١) وردت في الأصل ، س ٣ : « يُظَاهِرُونَ » .

(٢) بعده في م : « هو » .

(٣) في ف : « وجب » .

(٤ - ٤) في م : « محرم للوطء على نفسه ، ومانع لها منه ، فالعود فعله » .

(٥) في ف : « أن يتماسا » .

(٦) أخرجه أبو داود ، في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٥ / ٢ .
والترمذی ، في : باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر ، من أبواب الطلاق . سنن الترمذی =

الوَطْءِ ، فلا كَفَّارَةَ عليه ، وإنما أُمِرَ بها لكونِها شَرْطًا لِحِلِّ الوَطْءِ ، كاستِبراءِ الأُمَّةِ المُشْتَرَاةِ . فإن فأت الوَطْءُ بموتِ أَحَدِهِما أو فُرْقَتِهِما ، فلا كَفَّارَةَ عليه ؛ لذلك ، وإن عاد فِتْرَ وَجْهَها ، لم تَحِلَّ له ^(١) حتى يُكْفَّرَ . وقال أبو الخَطَّابِ : إن كانتِ الفُرْقَةُ بعدَ العَزْمِ ، فعليه الكَفَّارَةُ . وهذا مُقْتَضَى قولِ مَنْ وافَقَه . وقد صَرَّحَ أحمدُ بِإنكارِهِ . وكذلك قال القاضِي : لا كَفَّارَةَ عليه .

فصل : وفي التَّلَذُّذِ بالمُظَاهَرِ منها قبلَ التَّكْفِيرِ بما دُونَ الجِمَاعِ ، كالقُبْلَةِ ، واللَّمْسِ ، رِوَايَتَانِ ؛ إحداهما ، يَحْرُمُ ؛ لأنَّ ما حَرَّمَ الوَطْءُ مِنَ القَوْلِ ، حَرَّمَ دَوَاعِيَهُ ، كالطَّلَاقِ . والثَّانِيَةُ ، لا يَحْرُمُ ؛ لأنَّه تَحْرِيمٌ يَتَعَلَّقُ بالوَطْءِ ، فيه كَفَّارَةٌ ، فلم يَتَجَاوَزِ الوَطْءُ ، كَتَحْرِيمِ الحَيْضِ ، ولأنَّ المَسِيْسَ ههنا كِنَايَةٌ عَنِ الوَطْءِ ، فَيُقْتَصَرُ عليه .

فصل : وإذا ظاهَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ بأَرْبَعِ كَلِمَاتٍ ، فعليه لِكُلِّ واحدةٍ كَفَّارَةٌ ؛ لأنَّها أَرْبَعُ أَيْمَانٍ فِي مَحَالٍّ مُخْتَلِفَةٍ ، فَأُشْبِهَ ^(٢) ما لو وُجِدَتْ فِي أَرْبَعَةِ أَنْكِحَةٍ . قال ابنُ حَامِدٍ والقاضِي : هذا المَذْهَبُ ، رِوَايَةٌ واحدةٌ . وقال أبو بَكْرٍ : فيه رِوَايَةٌ أُخْرَى ، يُجْزِئُهُ كَفَّارَةٌ واحدةٌ ؛ لأنَّ ذلك يُؤْوَى عَنِ

= ١٧٦/٥ ، ١٧٧ . والنسائي ، في : باب الظهار ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٣٦/٦ ،

١٣٧ . وابن ماجه ، في : باب المظاهر يجامع قبل أن يكفر ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه

٦٦٦/١ ، ٦٦٧ . كلهم من حديث ابن عباس .

(١) سقط من الأصل ، س ٣ .

(٢) سقط من : الأصل .

عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وَلِأَنَّ الْكَفَّارَةَ حَقٌّ لِلَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى، فَلَمْ تَتَكَرَّرْ
بِتَكَرُّرِ سَبَبِهَا، كَالْحُدُودِ^(١). وَإِنْ ظَاهَرَ مِنْهُنَّ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ، فَكَفَّارَةٌ
وَاحِدَةٌ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عَبَّاسٍ، أَنَّ عُمَرَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، سُئِلَ
عَنْ رَجُلٍ ظَاهَرَ مِنْ نِسْوَةٍ، فَقَالَ: يُجْزِيهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ^(٢).^(٣) وَلِأَنَّهَا يَمِينٌ
وَاحِدَةٌ^(٤)، فَلَمْ تُوجِبْ^(٥) أَكْثَرَ مِنْ كَفَّارَةٍ، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى.
وَإِنْ ظَاهَرَ مِنْ امْرَأَةٍ مِرَارًا وَلَمْ يُكْفَرْ، فَكَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ؛
لِأَنَّ الْيَمِينَ الثَّانِيَةَ لَمْ تُؤَثِّرْ تَحْرِيمًا فِي الزَّوْجَةِ، فَلَمْ يَجِبْ بِهَا كَفَّارَةُ الظُّهَارِ،
كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى. وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ إِنْ نَوَى بِالثَّانِيَةِ
الِاسْتِثْنَاءَ، وَجِبَ بِهَا كَفَّارَةٌ ثَانِيَةٌ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ يُوجِبُ تَحْرِيمًا فِي الزَّوْجَةِ،
فَإِذَا نَوَى بِهِ الِاسْتِثْنَاءَ، تَعَلَّقَ بِهِ مُحْكَمٌ، كَالطَّلَاقِ^(٥). وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ.
فَأَمَّا إِنْ كَفَّرَ عَنِ الْأُولَى، فَعَلِيهِ لِلثَّانِيَةِ كَفَّارَةٌ^(٦)، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ؛ لِأَنَّهَا
أُثْبِتَتْ فِي الْمَحَلِّ تَحْرِيمًا، أَشْبَهَتْ الْأُولَى.

وَإِنْ قَالَ: كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا، فَهِيَ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي. ثُمَّ تَزَوَّجَ نِسَاءً
فِي عَقْدٍ^(٧)، فَكَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ. وَإِنْ تَزَوَّجَهُنَّ فِي عُقُودٍ، فَكَذَلِكَ فِي إِحْدَى

(١) فِي س ٣: «كالحُدود».

(٢) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ، فِي: السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٨٣/٧، ٣٨٤.

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلِ.

(٤) فِي ف: «يُوجِبُ سَبَبِهَا».

(٥) فِي ف: «الطَّلَاق».

(٦) بَعْدَهُ فِي م: «وَاحِدَةٌ».

(٧) بَعْدَهُ فِي م: «وَاحِدٌ».

الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لَأَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدَةٌ . وَالْأُخْرَى ، لِكُلِّ عَقْدٍ كَفَّارَةٌ ، فَلَوْ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ فِي عَقْدٍ ، وَأُخْرَى فِي عَقْدٍ ، لَزِمَتْهُ كَفَّارَتَانِ ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ عَقْدٍ حُكْمَ نَفْسِهِ ، فَتَعَلَّقَ بِالثَّانِي كَفَّارَةً ، كَالأَوَّلِ .

فصل : وإن ظاهر من زواجه الأمة ، ثم ملكها ، فقال الخِرَقِيُّ : لا يَطْوُهَا حَتَّى يُكْفِّرَ . يَعْنِي كَفَّارَةَ الظُّهَارِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا ﴾ ^(١) . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : عَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ لَا غَيْرُ ؛ لِأَنَّهَا خَرَجَتْ عَنْ الزَّوْجَاتِ ، فَلَمْ يَجِبْ بَوَاطِنُهَا كَفَّارَةُ ظُهَارٍ ، كَمَا لَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا وَهِيَ أَمَةٌ . فَإِنْ أَعْتَقَهَا عَنْ كَفَّارَتِهِ ، جَازَ ، فَإِذَا تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، لَمْ يَعُدْ حُكْمُ الظُّهَارِ .

(١) سورة المجادلة ٣ .

وورد في الأصل : (يُظَاهَرُونَ) . وانظر صفحة ٥٤٩ .

بَابُ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ

والواجب [٣٣٠و] فيها تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ، فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ، فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ؛ لقولِ اللَّهِ سبحانه وتعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ ۖ ﴾ . الآيتين ^(١) . وروى أبو داود ^(٢) بإسناده عن خولة ^(٣) بنتِ مالِك بنِ ثعلبة ، قالت : تَظَاهَرَ ^(٤) مَنِي أَوْسُ بْنُ الصَّامِتِ ، فَجِئْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَشْكُو إِلَيْهِ ، وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُجَادِلُنِي فِيهِ ، فَمَا بَرِحْتُ حَتَّى نَزَلَ الْقُرْآنُ : ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا ۖ ﴾ ^(٥) . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « يُعْتَقُ رَقَبَةٌ » . قلتُ : لَا يَجْدُ . قَالَ : « فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ » . فقلتُ ^(٦) :

(١) سقط من : م .

والآيتان ٣ ، ٤ من سورة المجادلة . وورد في الأصل : (يُظَاهِرُونَ) .

(٢) في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٣/١ ، ٥١٤ .
كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤١٠/٦ ، ٤١١ . وأصل الحديث عند البخاري معلقا ، انظر : باب قول الله تعالى : ﴿ وَكَانَ اللَّهُ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴾ . من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ١٤٤/٩ .

(٣) في الأصل : « خويلة » . ويقال : خولة ، وخويلة . انظر عون المعبود ٣٣٤/٢ .

(٤) في ف : « ظاهر » .

(٥) سورة المجادلة ١ .

(٦) في م : « قلت » .

يا رسول الله، إنه^(١) شيخ كبير، ما به من^(٢) صيام. قال: «فليطعم سِتِينَ مِسْكِينًا». فمن مَلَكَ رَقَبَةً، أو مَالًا يَشْتَرِي بِهِ رَقَبَةً، فَاضِلًا عَنْ حَاجَتِهِ لِنَفَقَتِهِ وَكِسْوَتِهِ وَمَسْكَنِهِ، وما لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ^(٣) مِنْ مُؤَنَةِ عِيَالِهِ وَنَحْوِهِ، لَزِمَهُ الْعِتْقُ؛ لَأَنَّهُ وَاجِدٌ، فَإِنْ كَانَتْ لَهُ رَقَبَةٌ لَا يَسْتَغْنِي عَنْ خِدْمَتِهَا لِكِبَرِهِ أَوْ مَرَضِهِ، أَوْ لَكَوْنِهِ مِمَّنْ^(٤) لَا يَخْدُمُ نَفْسَهُ، أَوْ يَخْتَاجُ إِلَيْهَا لَخِدْمَةِ زَوْجَتِهِ الَّتِي يَلْزِمُهُ إِخْدَامُهَا، أَوْ يَتَقَوَّتُ بِغَلَّتِهَا، أَوْ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَاجَةً لَا بُدَّ مِنْهَا، لَمْ يَلْزِمَهُ عِتْقُهَا؛ لَأَنَّ مَا تَسْتَغْرِقُهُ حَاجَتُهُ كَالْمَعْدُومِ فِي جَوَازِ الْإِنْتِقَالِ إِلَى الْبَدَلِ، كَمَنْ مَعَهُ مَاءٌ يَخْتَاجُ إِلَيْهِ لِلْعَطَشِ فِي التَّيِّمِ. وَإِنْ كَانَتْ فَاضِلَةً عَنْ حَاجَتِهِ الْأَصْلِيَّةِ، لَزِمَهُ عِتْقُهَا؛ لَأَنَّهُ مُسْتَغْنٍ عَنْهَا. فَإِنْ كَانَ مَالُهُ^(٥) غَائِبًا، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، لَهُ التَّكْفِيرُ بِالصَّيَامِ^(٥)؛ لَأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي تَحْرِيمِ الْوَطْءِ إِلَى حُضُورِ الْمَالِ، فَكَانَ لَهُ الصَّوْمُ، كَالْمُعْسِرِ. وَالثَّانِي، لَا يُجْزِئُهُ إِلَّا الْعِتْقُ؛ لَأَنَّهُ مَالِكٌ لِمَا يَشْتَرِي بِهِ رَقَبَةً^(٦)، فَاضِلًا^(٧) عَنْ كِفَايَتِهِ، وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ فِي كَفَّارَةِ الْقَتْلِ وَالْجِمَاعِ، لَمْ يَكُنْ لَهُ التَّكْفِيرُ بِالصَّيَامِ؛ لَأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى

(١) سقط من: الأصل.

(٢) زيادة من: م.

(٣) سقط من: م.

(٤) في الأصل: «مما».

(٥) بعده في الأصل: «و».

(٦) بعده في م: «ولأنه».

(٧) في الأصل، م: «فاضل».

التَّكْفِيرِ بِالْعِتْقِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ ، فَلَزِمَهُ ، كَمَنْ مَالُهُ حَاضِرٌ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ
لَهُ الصَّوْمُ ؛ لِأَنَّهُ عَاجِزٌ فِي الْحَالِ ، فَأَشْبَهَ الْمَظَاهِرَ .

فصل : والاعتبارُ بحالِ وُجوبِ الكفَّارةِ ، في أظهرِ الروايتين ؛ لأنها
تجِبُ على وَجْهِ التَّطْهِيرِ ، فاعْتَبِرَ فِيهَا حَالُ الْوُجُوبِ ، كَالْحَدِّ . وَالثَّانِيَةُ ،
الاعتبارُ بِأَغْلَظِ الْأَحْوَالِ مِنْ حِينَ الْوُجُوبِ إِلَى الْأَدَاءِ ، فَأَيُّ وَقْتٍ قَدَرَ عَلَى
الْعِتْقِ ، لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ بِوُجُودِ الْمَالِ ، فاعْتَبِرَ فِيهِ أَغْلَظُ
الْأَحْوَالِ ، كَالْحَجِّ . فَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ حَتَّى شَرَعَ فِي الصَّيَامِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ الْإِنْتِقَالُ
إِلَى الْعِتْقِ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ الْمُبْدَلَ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي صَوْمِ الْبَدَلِ ، فَأَشْبَهَ الْمُتَمَتِّعَ
بِجَدِّ الْهَدْيِ بَعْدَ الشُّرُوعِ فِي الصَّيَامِ . وَإِنْ أَحَبَّ الْإِنْتِقَالُ إِلَيْهِ بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ
قَبْلَهُ ، عَلَى الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ الْأَصْلُ ، فَيُجْزِئُهُ كَسَائِرُ
الْأُصُولِ ، إِلَّا الْعَبْدَ إِذَا أُعْتِقَ ^(١) بَعْدَ وُجُوبِ الْكَفَّارَةِ عَلَيْهِ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا
الصَّوْمُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يُجْزِئُهُ غَيْرُهُ حِينَ ^(٢) الْوُجُوبِ ، فَكَذَلِكَ بَعْدَهُ .

فصل : وَلَا يُجْزِئُ فِي ^(٣) الْكَفَّارَاتِ كُلُّهَا إِلَّا رَقَبَةٌ مُؤْمِنَةٌ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ
سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ
مُسَلَّمةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَّدَّقُوا فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ
مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ ^(٤) . نَصٌّ عَلَى الْمُؤْمِنَةِ فِي كَفَّارَةِ

(١) فِي س ٣ ، ف : « عتق » .

(٢) فِي م : « عند » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) سُورَةُ النِّسَاءِ ٩٢ .

القتل ، وقسنا عليها سائر الكفارات ؛ لأنها فى مَعْنَاهَا . وعنه ، يُجْزَى^(١) فى سائر الكفارات ذِمِّيَّة ؛ لإِطْلَاقِ الرَّقَبَةِ فيها .

فصل : ولا يُجْزَى إِلَّا رَقَبَةٌ سَالِمَةٌ مِنَ الْغُيُوبِ الْمُضِرَّةِ بِالْعَمَلِ ضَرَرًا بَيْنًا ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَمْلِيكَ الْعَبْدِ مَنْفَعَتَهُ ، وَتَمَكِينَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ ، وَلَا يَحْصُلُ هَذَا مَعَ الْعَيْبِ الْمَذْكُورِ ، فَلَا يُجْزَى الْأَعْمَى ؛ لِأَنَّهُ يَعْجِزُ عَنِ الْأَعْمَالِ [٣٣٠ ظ] التى يُخْتِاجُ إِلَى الْبَصِيرِ فِيهَا ، وَلَا الزَّمِنُ ، وَلَا مَقْطُوعُ الْيَدِ أَوِ الرَّجْلِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْجِزُ عَنِ أَعْمَالٍ كَثِيرَةٍ ، وَلَا مَقْطُوعُ الْإِبْهَامِ أَوْ^(٢) السَّبَّابَةِ أَوِ الْوُسْطَى مِنَ الْيَدِ ؛ لِأَنَّ نَفْعَهَا يَنْتَظِلُّ بِهَذَا ، وَلَا مَقْطُوعُ الْخِنْصَرِ وَالْبِنْصَرِ مِنْ يَدٍ وَاحِدَةٍ ؛ لِذَلِكَ^(٣) ، وَقَطْعُ أُتْمَلَتَيْنِ مِنْ أَصْبُعٍ كَقَطْعِهَا ؛ لِأَنَّ نَفْعَهَا يَذْهَبُ بِذَلِكَ ، وَلَا يَمْنَعُ قَطْعُ أُتْمَلَةٍ وَاحِدَةٍ ؛ لِأَنَّهَا^(٤) تَصِيرُ كَالْأَصْبُعِ الْقَصِيرَةِ ، إِلَّا^(٥) الْإِبْهَامَ فَإِنَّهَا أُتْمَلَتَانِ ، فَذَهَابُ إِحْدَاهُمَا كَقَطْعِهَا ؛ لِذَهَابِ نَفْعِهَا . وَإِنْ قُطِعَتِ الْخِنْصَرُ مِنْ يَدٍ ، وَالْبِنْصَرُ مِنْ أُخْرَى ، لَمْ يَمْنَعْ ؛ لِأَنَّ نَفْعَ الْيَدِ لَا يَنْتَظِلُّ بِهِ . وَلَا يُجْزَى الْأَعْرَجُ عَرَجًا فَاحِشًا ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْعَمَلِ ، فَهُوَ كَقَطْعِ الرَّجْلِ ، فَإِنْ كَانَ عَرَجًا يَسِيرًا ، أَجْزَأ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّ ضَرَرًا بَيْنًا .

وَلَا يُجْزَى الْأَخْرَسُ الَّذِى لَا تُفْهَمُ إِشَارَتُهُ ، فَإِنْ فُهِمَتْ إِشَارَتُهُ ،

(١) فى م : « يجزئه » .

(٢) فى الأصل : « ولا » .

(٣) فى م : « كذلك » .

(٤) بعده فى ف : « لا » .

(٥) فى ف : « لا » .

فَالْمَنْصُوصُ أَنَّ الْأَخْرَسَ لَا يُجْزَى . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ : يُجْزَى ،
إِلَّا أَنْ يَجْتَمِعَ مَعَهُ الصَّمَمُ ^(١) ، فَإِنَّهُمَا إِذَا اجْتَمَعَا أَضَرَّا ضَرَرًا بَيِّنًا .

وَلَا يُجْزَى الْمَجْنُونُ جُنُونًا مُطَبِّقًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصْلُحُ لِعَمَلٍ ، وَلَا مَنْ أَكْثَرَ
زَمَنَهُ الْجُنُونُ ؛ لِأَنَّهُ يُعْجِزُهُ ^(٢) عَنِ الْعَمَلِ فِي أَكْثَرِ زَمَنِهِ ، فَإِنْ كَانَ أَكْثَرُهُ
الْإِفَاقَةَ ، وَلَا يَمْنَعُهُ مِنَ الْعَمَلِ ، أَجْزَأ ؛ لِعَدَمِ الضَّرَرِ الْبَيِّنِ .

**فصل : وَيُجْزَى الْأَعْوَرُ ؛ لِأَنَّهُ يُدْرِكُ مَا يُدْرِكُهُ ذُو الْعَيْنَيْنِ ، وَأَجْدَعُ
الْأَنْفِ وَالْأُذُنَيْنِ ، وَالْأَصَمُّ ؛ لِأَنَّهُ كَغَيْرِهِ فِي الْعَمَلِ . وَيُجْزَى الْخَصِيُّ
وَالْمُجَبُّوبُ ؛ لِذَلِكَ ^(٣) . وَيُجْزَى الْمَرْهُونُ ، وَالْجَانِي ، وَالْمُدَبِّرُ ، وَوَلَدُ الزَّانِي ؛
لِذَلِكَ ^(٣) . وَيُجْزَى الْأَحْمَقُ ، وَهُوَ الَّذِي يُخْطِئُ وَيَعْتَقِدُ خَطَأَهُ صَوَابًا .
وَيُجْزَى الْمَرِيضُ الْمَرْجُو بُرْؤُهُ ، وَالنَّحِيفُ الْقَادِرُ عَلَى الْعَمَلِ ، فَأَمَّا مَنْ لَا
يُزْجَى بُرْؤُهُ ، أَوْ ^(٤) لَا يَقْدِرُ عَلَى الْعَمَلِ ، فَلَا يُجْزَى ؛ لِأَنَّهُ لَا عَمَلَ فِيهِ .
وَيُجْزَى عِتْقُ الْغَائِبِ الْمَعْلُومِ حَيَاتِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَنْتَفِعُ ^(٥) بِنَفْسِهِ حَيْثُ كَانَ ،
وإِنْ شَكَّ فِي حَيَاتِهِ ، لَمْ تَبْرَأْ ذِمَّتُهُ ؛ لِأَنَّ الْوُجُوبَ ثَابِتٌ بَيِّنٌ ، فَلَا يَزُولُ
بِالشَّكِّ ، فَإِنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ حَيًّا ، تَبَيَّنَ أَنَّ الذِّمَّةَ بَرِئَتْ بِعِتْقِهِ .**

فصل : وَلَا يُجْزَى عِتْقُ الْجَنِينِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ أَحْكَامُ الرِّقَابِ . فَإِنْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « الصم » .

(٢) فِي م : « يعجز » .

(٣) فِي م : « كذلك » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ف : « و » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « متفع » .

أَعْتَقَ صَبِيًّا ، فَقَالَ الْخِرَقِيُّ : لَا يُجْزَى حَتَّى يُصَلِّيَ وَيَصُومَ ؛ لِأَنَّ الْإِيمَانَ قَوْلٌ وَعَمَلٌ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهُ عِبَادَةٌ ، لِفَقْدِ التَّكْلِيفِ ، فَلَمْ يُجْزَى فِي الْكُفَّارَةِ ، كَالْمُجْتَنُونَ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يَجُوزُ ^(١) عِتْقُ ^(٢) مَنْ لَهُ دُونَ السَّبْعِ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ : يُجْزَى عِتْقُ الصَّغِيرِ فِي جَمِيعِ الْكُفَّارَاتِ ، إِلَّا كُفَّارَةَ الْقَتْلِ ، فَإِنَّهَا عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ وَغَيْرُهُ : يُجْزَى الطُّفْلُ فِي جَمِيعِ الْكُفَّارَاتِ ؛ لِأَنَّهُ تُرْجَى مَنَافِعُهُ وَتَصَرُّفُهُ ، فَأَجْزَأُ ، كَالْمَرِيضِ الْمَرْجُوِّ بُرْؤُهُ ^(٣) .

وَلَا يُجْزَى عِتْقُ مَغْضُوبٍ ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنَ التَّصَرُّفِ فِي نَفْسِهِ ، فَأَشْبَهَ الزَّمَنَ .

فصل : وَلَا يُجْزَى عِتْقُ أُمِّ الْوَلَدِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهَا مُسْتَحَقٌّ بِسَبَبٍ آخَرَ ، فَلَمْ يُجْزَئْهُ ^(١) ، كَعِتْقِ ^(٢) قَرِيْبِهِ ، وَلِأَنَّ الرُّقَّ فِيهَا غَيْرُ كَامِلٍ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ نَقْلَ مِلْكِهِ فِيهَا . وَعَنْهُ ، يُجْزَى ؛ لِأَنَّهَا رَقَبَةٌ ، فَتَنَاولُهَا الْآيَةُ بِعُمُومِهَا .

وَفِي الْمَكَاتِبِ ثَلَاثُ رِوَايَاتٍ ؛ إِخْدَاهُنَّ ، يُجْزَى مُطْلَقًا . وَالْأُخْرَى ، لَا يُجْزَى مُطْلَقًا . وَوَجْهُهُمَا مَا ذَكَرْنَا . وَالثَّالِثَةُ ، إِنْ أَدَّى مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئًا ، لَمْ

(١) فِي م : « يُجْزَى » .

(٢) زِيَادَةٌ مِنْ : ف .

(٣) سَقَطَ مِنْ : س ٣ ، م .

(٤) فِي ف : « كَعِتْقِ » .

يُجْزَى ؛ لَأَنَّهُ [و٣٣١] حَصَلَ الْعَوَضُ عَنْ بَعْضِهَا ، فَلَمْ يُغْتَقَ رَقَبَةً كَامِلَةً ، وَإِنْ لَمْ يُؤَدَّ شَيْئًا ، أَجْزَأُ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَغْتَضُ ^(١) عَنْ شَيْءٍ مِنْهَا ، أَشْبَهَ الْمُدَبَّرَ .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى مَنْ يَغْتَقُ عَلَيْهِ يَنْوِي بِشِرَائِهِ الْعِتْقَ عَنِ الْكَفَّارَةِ ، عَتَقَ ، وَلَمْ يُجْزِئْهُ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ مُسْتَحَقٌّ فِي غَيْرِ ^(٢) الْكَفَّارَةِ ، فَلَمْ يُجْزِئْهُ ، كَمَا لَوْ اسْتُحِقَّ عَلَيْهِ الطَّعَامُ فِي النَّفَقَةِ ، فَدَفَعَهُ عَنِ الْكَفَّارَةِ . وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدًا بِشَرْطِ الْعِتْقِ ، فَأَعْتَقَهُ عَنْ ^(٣) الْكَفَّارَةِ ، لَمْ يُجْزِئْهُ ؛ لِذَلِكَ ^(٤) . وَلَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ فَعَلَيْ أَنْ أُعْتِقَ عَبْدِي . ثُمَّ وَطِئَهَا ، وَأَعْتَقَ الْعَبْدَ عَنْ ظَهَارِهِ ، أَجْزَأُ ؛ لَأَنَّهُ لَمْ يَتَعَيَّنْ عِتْقُهُ عَنِ الْإِيلَاءِ ، بَلْ هُوَ مُخَيَّرٌ بَيْنَ عِتْقِهِ وَبَيْنَ كَفَّارَةِ يَمِينٍ .

فصل : وَلَوْ مَلَكَ نِصْفَ عَبْدٍ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَأَعْتَقَ نَصِيبَهُ ، وَنَوَى عِتْقَ الْجَمِيعِ عَنِ كَفَّارَتِهِ ، لَمْ يُجْزِئْهُ ، فِي قَوْلِ الْخَلَّالِ وَصَاحِبِهِ . وَحَكَاهُ صَاحِبُهُ عَنْ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ عِتْقَ النَّصِيبِ الَّذِي لَشَرِيكِهِ اسْتُحِقَّ بِالسَّرَايَةِ ، فَلَمْ يُجْزِئْهُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَى قَرِيْبَهُ يَنْوِي بِهِ التَّكْفِيرَ . وَقَالَ غَيْرُهُمَا : يُجْزَى ؛ لِأَنَّ حُكْمَ السَّرَايَةِ مُحْكَمُ الْمُبَاشَرَةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ جَرَحَهُ فَسَرَى إِلَى نَفْسِهِ ، كَانَ كَمُبَاشَرَةِ قَتْلِهِ . وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا عَتَقَ نَصِيبَهُ ، فَإِنْ مَلَكَ نِصْفَهُ ^(٥) الْآخَرَ ، فَأَعْتَقَهُ عَنِ الْكَفَّارَةِ ، أَجْزَأُ ؛ لَأَنَّهُ أَعْتَقَ جَمِيعَهُ فِي وَقْتَيْنِ ، فَأَجْزَأُ ، كَمَا لَوْ أَطْعَمَ الْمَسَاكِينَ فِي وَقْتَيْنِ .

(١) فِي م : « يَغْتَضُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) فِي م : « كَذَلِكَ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « نَصِيبِهِ » .

وإن أعتق نصف عبدين ، فقال الخرقى : يُجزئ ؛ لأنَّ أبعاض الجملة كالجملة^(١) فى الزكاة والفطرة ، كذلك فى الكفارة . وقال أبو بكر : لا يُجزئ ؛ لأنَّ المقصود تكميل الأحكام ، ولا يحصل بإعتاق نصفين . فعلى قوله ، إذا أعتق المؤسر نصف عبدا ، عتق جميعه ، ولا يُجزئه إعتاق نصف آخر .

فإن أعتق عبده عن كفارة غيره بغير إذنه ، لم يُجزئه ؛ لأنها عبادة ، فلم تجز عن غيره بغير أمره مع كونه من أهل الأمر ، كالحج ، إلا أن يكون ميّتا ، فيُجزئ عنه ؛ لأنه لا سبيل إلى إذنه ، فصَحَّ من^(٢) «غير إذنه» ، كالحج عنه . وإن أعتقه عن كفارة حتى بأمره ، صحَّ ، وأجزأ عن الكفارة إذا نواها ؛ لأنه أعتق عنه بأمره ، فأجزأه ، كما لو ضمن له عوضا . وعنه ، لا يُجزئ ، إلا أن يضمن له عوضا ؛ لأنَّ العتق بغير عوض كالهبّة ، ومن شرطها القبض ، ولم يحصل .

فصل فى الصيام : ومن لم يجد رقبة ، وقدر على الصيام ، لزمه صيام شهرين متتابعين ، فإن شرع فى أوّل شهر ، أجزأه صيام شهرين بالاهلة ، تامّين كانا أو ناقصين ، وإن دخل فى أثناء شهر ، صام شهرا بالهلال ، وآتم الشهر الذى دخل فيه بالعدد ثلاثين يوما ؛ لما ذكرنا فيما تقدّم .

فإن أفطر يوما لغير عذر ، لزمه استئناف الشهرين ؛ لأنه أمكنه التسابع ،

(١) سقط من : م .

(٢ - ٢) فى ف : « غيره » .

فلزِمه . وإن حاضَتِ المرأةُ أو نُفِسَتْ ، أو أَفْطَرَتْ لمرَضٍ مَخُوفٍ ، أو جُنُونٍ ، أو إغماءٍ ، لم يَنْقَطِعْ^(١) التَّائِبُ ؛ لأنَّه لا صُنْعَ لها في الفِطْرِ . وإن أَفْطَرَ لِسَفَرٍ ، فظاهرُ كلامِ أحمدَ أنَّه لا يَنْقَطِعُ التَّائِبُ ؛ لأنَّه عُذْرٌ^(٢) مُبِيحٌ لِلْفِطْرِ ، أشَبَهَ المرَضُ . وَيَتَخَرَّجُ في السَّفَرِ والمرَضِ غيرِ المَخُوفِ أنَّه يَنْقَطِعُ التَّائِبُ ؛ لأنَّه أَفْطَرَ باختيارِهِ ، فَقَطَعَ التَّائِبُ ، كالفِطْرِ لغيرِ عُذْرِ .

وإن أَفْطَرَتِ الحَامِلُ أو^(٣) المُرْضِعُ خَوْفًا على أَنْفُسِهِمَا ، فهما كالمرِضِ ، وإن أَفْطَرَتَا خَوْفًا على وَلَدَيْهِمَا ، اِحْتَمَلْ أَنْ لا يَنْقَطِعَ التَّائِبُ ؛ لأنَّه [٣٣١ظ] عُذْرٌ مُبِيحٌ لِلْفِطْرِ ، أشَبَهَ المرَضُ . وَاِحْتَمَلْ أَنْ يَنْقَطِعَ ؛ لأنَّ الخوفَ على غيرِهِمَا ، ولذلك أَوْجَبَ الكُفَّارَةَ مع قِضَاءِ رَمَضانَ .

وَمَنْ أَكَلَ يَظُنُّ أَنَّ الفَجَرَ لم يَظْلُعْ ، وقد طَلَعَ ، أو يَظُنُّ أَنَّ الشمسَ^(٤) غَابَتْ ، ولم تَغِبْ ، أَفْطَرَ . وفي قِطْعِ التَّائِبِ وَجْهَانِ ؛ بناءً على ما تقدَّمَ .

وإن نَسِيَ التَّائِبُ أو تَرَكَه جَهْلًا^(٥) بوجوبِهِ ، انْقَطَعَ ؛ لأنَّه تَتَابَعٌ وَاجِبٌ ، فانْقَطَعَ بِتَرْكِه جَهْلًا و^(٦) نِسْيَانًا ، كالمُؤَالَاةِ في الطَّهَارَةِ .

وإن أَفْطَرَ يومَ فِطْرٍ أو أَضْحَى ، أو أَيَّامَ التَّشْرِيقِ ، لم يَنْقَطِعْ به التَّائِبُ ؛

(١) في الأصل : « يقطع » .

(٢) بعده في الأصل : « غير » .

(٣) في س ٣ ، م : « و » .

(٤) بعده في الأصل ، م : « قد » .

(٥) في م : « جاهلا » .

(٦) في ف : « أو » .

لأنَّه فِطْرٌ وَاجِبٌ ، أَشْبَهَ الْفِطْرَ لِلْحَيْضِ ، وَيُكْمَلُ الشَّهْرَ الَّذِي أَفْطَرَ فِيهِ يَوْمَ الْفِطْرِ ثَلَاثِينَ يَوْمًا ؛ لِأَنَّهُ بَدَأَ مِنْ أَثْنَائِهِ . وَإِنْ صَامَ ذَا الْحِجَّةِ ، قَضَى أَرْبَعَةَ أَيَّامٍ ^(١) حَسْبُ ، بِقَدْرِ مَا أَفْطَرَ ؛ لِأَنَّهُ بَدَأَ مِنْ أَوَّلِهِ . وَإِنْ انْقَطَعَ ^(٢) صَوْمُ الْكَفَّارَةِ بِصَوْمِ رَمَضَانَ ، لَمْ يَنْقَطِعِ التَّابِعُ ؛ لِأَنَّهُ زَمَنٌ ^(٣) مَنَعَهُ الشَّرْعُ صَوْمَهُ فِي الْكَفَّارَةِ ، أَشْبَهَ زَمَنَ ^(٤) الْحَيْضِ . وَإِنْ صَامَ فِي أَثْنَاءِ الشَّهْرَيْنِ عَنْ نَذْرٍ ، أَوْ قَضَاءٍ ، أَوْ تَطَوُّعًا ، انْقَطَعَ التَّابِعُ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ صَوْمَ الْكَفَّارَةِ اخْتِيَارًا لِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَفْطَرَ لغيرِ عُذْرٍ . وَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ نَذْرٌ فِي ^(٥) كُلِّ يَوْمٍ خَمِيسٍ ، قَدَّمَ صَوْمَ الْكَفَّارَةِ عَلَيْهِ ، وَقَضَاهُ بَعْدَهَا ، وَكَفَّرَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ صَامَهُ لَمْ يُمْكِنَهُ التَّكْفِيرُ بِحَالٍ .

فصل : وَإِنْ وَطِئَ الْتِي ظَاهَرَ مِنْهَا فِي لَيَالِي الصَّوْمِ ، لَزِمَهُ الْاسْتِثْنَاءُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ ﴾ ^(٦) . أَمَرَ بِهِمَا خَالِيَتَيْنِ عَنْ ^(٧) التَّمَاسِّ ، وَلَمْ يُوجَدْ . وَعَنْهُ ، لَا يَنْقَطِعُ التَّابِعُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ لَا يُفْطِرُ بِهِ ، فَلَمْ يَقْطَعْ التَّابِعَ ، كَوَطِئَ غَيْرَهَا . وَإِنْ وَطِئَ غَيْرَهَا لَيْلًا ، لَمْ يَنْقَطِعِ ^(٨) التَّابِعُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَمْنُوعٍ مِنْهُ . وَإِنْ وَطِئَهَا نَهَارًا نَاسِيًا ، أَفْطَرَ ،

(١) بعده في م : و .

(٢) في س ٣ ، م : « قطع » .

(٣) في الأصل : « زمان » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) سورة المجادلة ٤ .

(٦) في ف : « من » .

(٧) في الأصل ، س ٣ ، م : « يقطع » .

وَانْقَطَعَ التَّائِبُ . وَعَنهُ ، لَا يُفْطِرُ وَلَا يَنْقَطِعُ ^(١) التَّائِبُ بِهِ .

فصل في الإطعام : وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الصَّوْمَ لِكَبَرٍ ، أَوْ مَرَضٍ غَيْرِ مَرْجُوٍّ الزَّوَالِ ، أَوْ شَبَقٍ شَدِيدٍ ، أَوْ نَحْوِهِ ، لَزِمَهُ إِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ؛ لِأَنَّ سَلَمَةَ ابْنَ صَخْرٍ لَمَّا أَخْبَرَ النَّبِيَّ ﷺ بِشِدَّةِ شَبَقِهِ ، أَمَرَهُ بِالْإِطْعَامِ ^(٢) . وَأَمَرَ أَوْسَ بْنَ الصَّامِتِ بِالْإِطْعَامِ حِينَ قَالَتِ امْرَأَتُهُ : إِنَّهُ شَيْخٌ كَبِيرٌ مَا بِهِ مِنْ صِيَامٍ ^(٣) . فَإِنْ قَدَّرَ عَلَى طَعَامٍ ^(٤) سِتِّينَ مِسْكِينًا ، لَمْ يُجْزِئْهُ أَقَلُّ مِنْهُمْ . وَعَنهُ ، يُجْزِئُهُ تَرْدِيدُ الْإِطْعَامِ ^(٥) عَلَى وَاحِدٍ سِتِّينَ يَوْمًا ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى إِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِينًا ؛ لَكُونِهِ قَدْ دَفَعَ ^(٦) كُلَّ يَوْمٍ حَاجَةَ مِسْكِينٍ . وَعَنهُ ، لَا يُجْزِئُهُ إِلَّا إِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ، سَوَاءً وَجَدَهُمْ أَوْ لَمْ يَجِدْهُمْ ؛ ^(٧) لظَاهِرِ قَوْلِهِ ^(٧) سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ ^(٨) . وَالْمَذْهَبُ أَنَّ ذَلِكَ يُجْزِئُ مَعَ تَعَذُّرِ ^(٩) الْمَسَاكِينِ ؛ لِلْحَاجَةِ ، وَلَا يُجْزِئُ مَعَ وَجُودِهِمْ ؛ لِأَنَّهُ أَمَّا امْتِثَالُ الْأَمْرِ بِصُورَتِهِ وَمَعْنَاهُ .

فصل : وَالْوَاجِبُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى كُلِّ مِسْكِينٍ مُدَّ بُرٍّ ، أَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ

(١) فِي الْأَصْلِ : « يَقْطَعُ » .

(٢) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي ٢ / ١٩٤ .

(٣) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥٥٩ .

(٤) زِيَادَةُ مَنْ : ف .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « الطَّعَامُ » .

(٦) بَعْدَهُ فِي م : « فِي » .

(٧ - ٧) فِي ف : « لِقَوْلِهِ تَعَالَى » .

(٨) سُورَةُ الْمُجَادَلَةِ ٤ .

(٩ - ٩) فِي الْأَصْلِ : « الْحَاجَةُ لِلْمَسَاكِينِ » .

تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ؛ لِمَا رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ^(١)، بِإِسْنَادِهِ، ^(٢)عَنْ أَبِي يَزِيدَ الْمَدَنِيِّ قَالَ: جَاءَتْ امْرَأَةٌ مِنْ بَنِي بَيَاضَةَ بِنَصْفٍ وَشَقِ شَعِيرٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلْمُظَاهِرِ: «أَطْعِمْ هَذَا، فَإِنَّ مُدِّيَّ^(٣) شَعِيرٍ مَكَانُ مُدِّ بُرٍّ». وَهَذَا نَصٌّ. وَلِأَنَّهَا كَفَّارَةٌ تَشْتَمِلُ عَلَى صِيَامٍ وَ^(٤)إِطْعَامٍ، فَكَانَ مِنْهَا لِكُلِّ فَقِيرٍ مِنَ التَّمْرِ [٣٣٢] نِصْفُ صَاعٍ، كَفْذِيَّةُ الْأَذَى. وَأَمَّا الْمُدُّ مِنَ الْبُرِّ، فَيُجْزَى؛ لِأَنَّهُ قَوْلُ زَيْدٍ، وَابْنِ عَبَّاسٍ، وَابْنِ عُمَرَ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. وَيَجِبُ أَنْ يُمْلِكَ كُلُّ فَقِيرٍ هَذَا الْقَدْرَ، فَإِنْ دَفَعَهُ إِلَيْهِمْ مُشَاعًا، فَقَالَ: هَذَا بَيْنَكُمْ^(٥) عَنْ كَفَّارَتِي^(٥) بِالسَّوِيَّةِ. فَقَبِّلُوهُ، أَجْزَاهُ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ إِلَيْهِمْ حَقَّهُمْ، فَبَرِيَ مِنْهُ، كَالَّذِينَ. وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ: يُجْزَى إِنْ لَمْ يَقُلْ: بِالسَّوِيَّةِ. لِأَنَّ قَوْلَهُ: عَنْ كَفَّارَتِي. يَقْتَضِي السَّوِيَّةَ.

وَإِنْ غَدَّاهُمْ أَوْ عَشَّاهُمْ سِتِّينَ مُدًّا، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ؛ إِحْدَاهُمَا، يُجْزَى؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾. وَهَذَا قَدْ أَطْعَمَهُمْ، وَلِأَنَّ

(١) انظر إسناده، في: المغنى ٤/٣٨٣، والشرح الكبير ٧/٤٧١، ٤٧٢. ولم نجده في المسند. وانظر إرواء الغليل ٧/١٨١.

والحديث أخرجه البيهقي، في: السنن الكبرى ٧/٣٩٢، ٣٩٣. وعزاه السيوطي بنحوه إلى عبد بن حميد. الدر المنثور ٦/١٨١. وانظر التكميل لما فات تخريجه من إرواء الغليل ١٤٧. (٢ - ٢) سقط من: م.

(٣) بعده في الأصل: «من».

(٤) في الأصل: «أو».

(٥ - ٥) زيادة من: ف.

أَنَسَا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَعَلَ ذَلِكَ ^(١) . وَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا يُجْزِئُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَعْلَمُ وَصُولَ حَقِّ كُلِّ فَقِيرٍ إِلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ وَجِبٌ ^(٢) لِلْفُقَرَاءِ شَرْعًا ، فَوَجِبَ تَمْلِيكُهُمْ إِيَّاهُ ، كَالزَّكَاةِ .

وَلَا يَجِبُ التَّابِعُ فِي الإِطْعَامِ ؛ لِأَنَّ الأَمْرَ بِهِ مُطْلَقٌ لَا تَقْيِيدَ فِيهِ .

فصل : وَيُجْزِئُهُ فِي الإِطْعَامِ مَا يُجْزِئُهُ فِي الْفِطْرَةِ ، سَوَاءٌ كَانَتْ قُوْتٌ بَلَدِهِ أَوْ لَمْ تَكُنْ . وَإِنْ أَخْرَجَ غَيْرَهَا مِنَ الْحُبُوبِ الَّتِي هِيَ قُوْتُ بَلَدِهِ ، أَجْزَأَهُ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ ^(٣) . فَإِنْ أَخْرَجَ غَيْرَ ^(٤) قُوْتِ بَلَدِهِ خَيْرًا مِنْهُ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ زَادَ عَلَى الْوَاجِبِ ، وَإِنْ كَانَ أَنْقَصَ مِنْهُ ، لَمْ يُجْزِئْ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُجْزِئُ إِخْرَاجُ غَيْرِ مَا يُجْزِئُ فِي الْفِطْرَةِ ؛ لِأَنَّهُ طَعَامٌ لِلْمَسَاكِينِ ، فَأُشْبِهَ الْفِطْرَةَ . وَالْأَوَّلُ أَجْوَدُ ؛ لِمُوَافَقَتِهِ ظَاهِرِ النَّصِّ .

وَيَجُوزُ إِخْرَاجُ الدَّقِيقِ إِذَا بَلَغَ قَدْرَ مُدٍّ مِنَ الْحِنْطَةِ . وَفِي الْخُبْزِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُجْزِئُهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ فَأِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا ﴾ . وَمُخْرِجُ الْخُبْزِ قَدْ أَطْعَمَهُمْ . وَالْأُخْرَى ، لَا يُجْزِئُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ خَرَجَ عَنْ حَالِ الْكَمَالِ وَالْإِدْخَارِ ، فَأُشْبِهَ الْهَرِيسَةَ . فَإِذَا قُلْنَا : يُجْزِئُهُ . اعْتَبِرْ

(١) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : الْمُصَنَّفِ ٢٢٠ / ٤ . وَالطَّبْرَانِيُّ ، فِي : الْمَعْجَمِ الْكَبِيرِ ٢١٤ / ١ .

وَالدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : سَنَنِ ٢٠٧ / ٢ . وَالْبَيْهَقِيُّ ، فِي : السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٢٧١ / ٤ .

(٢) فِي ف : « وَاجِبٌ » .

(٣) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٨٩ .

(٤) فِي ف : « مِنْ » .

أن يكون من مُدٍّ بُرٍّ فصاعداً ، فإن أخذ مُدَّ حِنْطَةٍ فَطَحَنَهُ وَخَبَزَهُ ، أَجْزَأَهُ .
وقال الخِرَقِيُّ : لكلِّ مِسْكِينٍ رَطْلًا خُبْزٍ ؛ لأنَّ الغالبَ أنَّهما لا يكونان إلا
من مُدٍّ فَأَكْثَرَ . وفي السَّوِيْقِ وَجْهَانِ ؛ بناءً على الرِّوَايَتَيْنِ في الخُبْزِ .

ولا تُجْزَى الهَرِيسَةُ والكَبُولَا^(١) ؛ لأنَّه خَرَجَ عن الاقْتِيَاتِ الْمُعْتَادِ ، ولا
الْقِيَمَةُ ؛ لأنَّه أَحَدُ^(٢) ما يُكْفَرُ بِهِ ، فلم تُجْزَى الْقِيَمَةُ فِيهِ ، كَالْعِثْقِ .

فصل : ولا يجوز^(٣) صَرْفُهَا إِلَّا إِلَى الْفُقَرَاءِ أَوْ^(٤) الْمَسَاكِينِ ؛ لأنَّهما
صِنْفٌ وَاحِدٌ فِي غَيْرِ الزَّكَاةِ . ولا يجوزُ دَفْعُهَا إِلَى غَنِيٍّ وَإِنْ كَانَ مِنْ
أَصْنَافِ الزَّكَاةِ ؛ لأنَّ اللَّهَ تَعَالَى خَصَّ بِهَا الْمَسَاكِينَ ، ولا إِلَى مُكَاتِبٍ ؛
لِذَلِكَ^(٥) . وقال الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : يجوزُ دَفْعُهَا إِلَيْهِ ؛ لأنَّه يَأْخُذُ مِنْ
الزَّكَاةِ لِحَاجَتِهِ ، فَأَشْبَهَ الْمِسْكِينَ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لأنَّ اللَّهَ سَبَّحَانَهُ وَتَعَالَى
خَصَّ بِهَا الْمَسَاكِينَ ، وَالْمُكَاتِبُ صِنْفٌ آخَرٌ ، فَأَشْبَهَ الْمُؤَلَّفَةَ قُلُوبُهُمْ^(٦) .

ولا يجوزُ دَفْعُهَا إِلَى مَنْ لَا يَجُوزُ دَفْعُ الزَّكَاةِ إِلَيْهِ ؛ كَالْعَبْدِ ، وَالْكَافِرِ ،
وَمَنْ تَلَزَّمَهُ مُؤَنَّثُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي الزَّكَاةِ . وَخَرَّجَ أَبُو الْخَطَّابِ وَجْهًا آخَرَ فِي
جَوَازِ الدَّفْعِ إِلَى الْكَافِرِ ؛ بِنَاءً عَلَى عِثْقِهِ . وَلَا يَصِحُّ ؛ لأنَّه كَافِرٌ ، فَلَمْ يَجُزِ
الدَّفْعُ إِلَيْهِ ، كَالْمُسْتَأْمِنِ .

(١) الكبولا : العصيدة .

(٢) في ف : «أخذ» .

(٣) في ف : «يجزى» .

(٤) في م : «و» .

(٥) في م : «كذلك» .

(٦) زيادة من : ف .

فصل : ولا تُجزئُ كفارةٌ إلا بالنية ؛ لقول النبي ﷺ : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ ، وَإِنَّمَا لِامْرِئٍ ^(١) مَا نَوَى » ^(٢) . ولأنَّه حقٌّ يَجِبُ على سَبِيلِ الطُّهْرَةِ ، فافتقر إلى النِّيَّةِ ، كالزَّكَاةِ . فإن كانت عليه كفاراتٌ من جنسٍ ، لم يُلْزَمه تَعْيِينُ سَبَبِهَا ، فإن كانت [٣٣٢ ظ] من أجناسٍ ، فكذلك ؛ لأنَّها كفاراتٌ ، فلم يَجِبْ تَعْيِينُ سَبَبِهَا ، كما لو كانت من جنسٍ . وقال القاضى : يَحْتَمِلُ أن يُلْزَمه تَعْيِينُ سَبَبِهَا ؛ لأنَّها عِبَادَاتٌ من أجناسٍ ، فَوَجِبَ تَعْيِينُ النِّيَّةِ لها ، كأَنْوَاعِ الصَّيَامِ . فلو كانت عليه كفارةٌ لا يَعْلَمُ سَبَبَهَا ، فَأَعْتَقَ رَقَبَةً ، أجزأه على الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . وعلى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَنْبَغِي أن تُلْزَمه كفاراتٌ بَعْدَ الْأَسْبَابِ ، كما لو نَسِيَ صَلَاةً مِنْ يَوْمٍ لا يَعْلَمُ عَيْنَهَا .

ولا يُلْزَمه نِيَّةُ التَّائِبِ فى الصَّيَامِ ^(٣) ؛ لأنَّ الْعِبَادَةَ هِيَ الصَّوْمُ ، والتَّائِبُ شَرْطٌ فِيهِ ، فلم تَجِبْ نِيَّتُهُ ^(٤) ، كَالِاسْتِقْبَالِ ^(٥) فى الصَّلَاةِ .

فصل : وإن كان المظاهرُ كَافِرًا ، كَفَرُ بِالْعِتْقِ وَالْإِطْعَامِ ؛ لأنَّه يَصِحُّ مِنْهُ فى غيرِ الْكُفَّارَةِ ، فَصَحَّ مِنْهُ فِيهَا . ولا يُكْفَرُ بِالصَّوْمِ ؛ لأنَّه لا يَصِحُّ مِنْهُ فى غيرِهَا ، فكذلك فيها ، وإن أسْلَمَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ ، كَفَرُ بِمَا يُكْفَرُ بِهِ الْمُسْلِمُونَ .

(١) فى ف ، م : « لكل امرئ » .

(٢) تقدم تخريجه فى ١ / ٥١ .

(٣) فى الأصل : « الصلاة » ، وفى ف : « الصوم » .

(٤) فى ف : « نية » .

(٥) فى ف : « كاستقبال القبلة » .

فصل : ولا يجوزُ تقدِيمُ الكُفَّارةِ على سببِها ؛ لأنَّ الحُكْمَ لا يجوزُ
تقدِيمُهُ على سببِهِ ، كَتَقْدِيمِ الزَّكَاةِ قَبْلَ الْمِلْكِ ، ولو كَفَّرَ عن الظُّهَارِ قَبْلَ
المُظَاهَرَةِ ، أو عن اليمينِ قبلَها ، أو عن القَتْلِ قَبْلَ الجرحِ ، لم يَجُزْ ؛
لذلك^(١) . وإن كَفَّرَ بَعْدَ السَّبَبِ وَقَبْلَ الشرطِ ، جازَ ، فإذا كَفَّرَ عن الظُّهَارِ
بعده وقبلَ العَوْدِ ، و^(٢) عن اليمينِ بعدها وقبلَ الحِنثِ ، وعن القَتْلِ بَعْدَ
الجرحِ^(٣) وقبلَ الزُّهوقِ ، جازَ ؛ لأنَّ اللهَ سبحانه وتعالى قال : ﴿ فَتَحْرِيرُ
رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ﴾ . وقالَ النبي ﷺ : « إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ ،
فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا ، فَكَفِّرْ عَنْ يَمِينِكَ ، وَاتِّبِ الدِّيَّ هُوَ خَيْرٌ^(٤) » .

(١) في م : « كذلك » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في الأصل : « الخروج » .

(٤) بعده في الأصل : « منها » .

والحديث أخرجه البخارى ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ... ﴾ ، من كتاب الأيمان والنذور ، وفي : باب من لم يسأل الإمارة أعانه الله ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ١٥٩/٨ ، ٧٩/٩ . ومسلم ، فى : باب من حلف يمينا فرأى غيرها خيرا منها ... ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٧٣/٣ ، ١٢٧٤ . والنسائى ، فى : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، وباب الكفارة قبل الحنث ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ١٠/٧ . والدارمى ، فى : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن الدارمى ١٨٦/٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٦٣/٥ .

وبلفظ : « فأتى الذى هو خير ، وكفر عن يمينك » . أخرجه البخارى ، فى : باب الكفارة قبل الحنث وبعده ، من كتاب كفارات الأيمان ، وفى : باب من سأل الإمارة وكل إليها ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ١٨٣/٨ ، ١٨٤ ، ٧٩/٩ . وأبو داود ، فى : باب الرجل يكفر قبل أن يحنث ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن أبى داود ٢٠٥/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، وباب ما جاء فى الكفارة قبل الحنث ، من =

ولأنَّها كَفَّارَةٌ، فجازَ تَقْدِيمُها على شَرْطِها، ككَفَّارَةِ الظُّهَارِ، ولأنَّه حقٌّ ماليٌّ، فجازَ تَقْدِيمُهُ قبلَ شَرْطِهِ، كالزَّكَاةِ.

= أبواب النذور. عارضة الأحوذى ١٠/٧، ١١. والنسائي، فى باب الكفارة بعد الحنث، من كتاب الأيمان والنذور. المجتبى ١٢/٧. والإمام أحمد، فى: المسند ٦١/٥. كلهم من حديث عبد الرحمن بن سمرة.

كِتَابُ اللَّعَانِ

ومتى قَذَفَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ الْمُحْصَنَةَ بِزَنَى، فَيُقْبَلُ أَوْ دُبْرٍ، فَقَالَ:
 زَنَيْتَ . أَوْ: يَا زَانِيَةً . أَوْ: رَأَيْتُكَ تَزْنِينَ . لَزِمَهُ الْحَدُّ، إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بَيِّنَةً أَوْ
 يُلَاعِنَهَا؛ لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا
 بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ . إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ
 أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ﴾ ^(١) .
 دَلَّتِ الْآيَةُ الْأُولَى عَلَى وَجُوبِ الْحَدِّ، إِلَّا أَنْ يُسْقِطَهُ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ،
 وَالْآيَةُ ^(٢) الثَّانِيَةُ عَلَى أَنَّ لِعَانَهُ يَقُومُ مَقَامَ الشُّهَدَاءِ فِي إِسْقَاطِ الْحَدِّ . وَرَوَى
 ابْنُ عَبَّاسٍ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أَنَّ هِلَالَ بْنَ أُمَيَّةَ قَذَفَ امْرَأَتَهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ
 ﷺ: «الْبَيِّنَةُ، ^(٣) وَإِلَّا ^(٤) حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ» . فَقَالَ هِلَالٌ: وَالَّذِي بَعَثَكَ
 بِالْحَقِّ، إِنِّي لَصَادِقٌ، وَلَيُنْزِلَنَّ اللَّهُ فِي أَمْرِي مَا يُبَيِّرُنِي ظَهْرِي مِنَ الْحَدِّ .
 فَنَزَلَتْ: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٥) . وَلَأَنَّ الزَّوْجَ يُتَمَلَّى

(١) سورة النور ٤ - ٦ .

(٢) زيادة من: ف .

(٣ - ٣) في ف: «أَوْ» .

(٤) في: باب إذا ادعى أو قذف فله أن يلتمس البينة...، من كتاب الشهادات، وفي: باب
 ﴿وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ...﴾، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ٢٣٢/٣، ١٢٦/٦ .

كما أخرجه أبو داود، في: باب في اللعان، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٢/١،
 ٥٢٣ . والترمذي، في: باب ومن سورة النور، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذى ٤٥/١٢،

٤٦ . وابن ماجه، في: باب اللعان، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٦٨/١ .

بَقْذِفِ امْرَأَتَهُ لِنَفْيِ^(١) الْعَارِ وَالنَّسَبِ الْفَاسِدِ ، وَتَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ ، وَلَأنَّهُ قَدْ يَحْتَاجُ إِلَى نَفْيِ [و٣٣٣] النَّسَبِ الْفَاسِدِ ، وَلَا يَنْتَفِي إِلَّا بِاللَّعَانِ ؛ لِتَعَذُّرِ الشَّهَادَةِ عَلَى نَفْيِهِ . وَلَهُ الْمُلَاعَنَةُ وَإِنْ قَدَّرَ عَلَى الْبَيِّنَةِ ؛ لِذَلِكَ^(٢) ، وَلَأنَّهُمَا مُحَجَّتَانِ ، فَمَلَكَ إِقَامَةَ أُيُّهُمَا شَاءَ ، كَالرَّجُلَيْنِ ، وَالرَّجُلِ وَالْمَرَأَتَيْنِ فِي الْمَالِ .

فصل : وَلَا يُعْرَضُ لَهُ حَتَّى تُطَالِبَهُ زَوْجَتُهُ ؛ لِأنَّ الْحَقَّ لَهَا ، فَلَا يُسْتَوْفَى مِنْ غَيْرِ طَلِبِهَا ، كَالدَّيْنِ ، فَإِنْ عَفَتْ عَنِ الْحَدِّ ، أَوْ^(٣) لَمْ تُطَالِبْ ، لَمْ تَجْزُ مُطَالِبَتُهُ بَبَيِّنَةٍ وَلَا حَدٍّ وَلَا لِعَانٍ . وَلَا يَمْلِكُ وَلِيُّ الْمَجْنُونَةِ وَالصَّغِيرَةِ ، وَسَيِّدُ الْأَمَةِ ، الْمُطَالِبَةَ بِالْتَّعْزِيرِ مِنْ أَجْلِهِنَّ ؛ لِأنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ لِلتَّشْفِي ، فَلَا يَقُومُ غَيْرُ الْمُشْتَحِقِّ مَقَامَهُ فِيهِ ، كَالْقِصَاصِ . فَإِنْ أَرَادَ الزَّوْجُ اللَّعَانَ مِنْ غَيْرِ طَلِبِهَا ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا نَسَبٌ^(٤) يُرِيدُ نَفْيَهُ ، لَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ؛ لِأنَّهُ لَا حَاجَةَ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا نَسَبٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، فَلَهُ أَنْ يُلَاعِنَ ؛ لِأنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ ، فَيُشْرَعُ ، كَمَا لَوْ طَالِبَتُهُ ، وَلَأنَّ نَفْيَهُ حَقٌّ لَهُ ، فَلَا يَسْقُطُ بِرِضَاهَا بِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُشْرَعَ اللَّعَانُ ، كَمَا لَوْ صَدَّقَتْهُ .

فصل : وَيَصِحُّ اللَّعَانُ بَيْنَ كُلِّ زَوْجَيْنِ مُكَلَّفَيْنِ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ سَبَحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾^(٥) . وَلَأنَّ اللَّعَانَ لِدَرْءِ عُقُوبَةِ الْقَذْفِ

(١) فِي ف : « لِنَفْيِ » .

(٢) فِي م : « كَذَلِكَ » .

(٣) فِي ف : « وَ » .

(٤) فِي م : « وَلَد » .

(٥) سُورَةُ النُّورِ ٦ .

وَنَفَى النَّسَبِ الْبَاطِلِ . وَالْكَافِرُ وَالْعَبْدُ كَالْمُسْلِمِ الْحُرِّ^(١) فِيهِ . وَعَنْهُ ، لَا يَصِحُّ
 اللَّعَانُ إِلَّا بَيْنَ مُسْلِمَيْنِ ، عَذْلَيْنِ ، حُرَّيْنِ ، غَيْرِ مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفٍ ؛ لِأَنَّ
 اللَّعَانَ شَهَادَةٌ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شَهَادَةٌ إِلَّا
 أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَتْ أَحَدُهُمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ ﴾ . فَلَا يُقْبَلُ مِمَّنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ .
 وَقَالَ الْقَاضِي : مَنْ لَا يُحَدُّ بِقَذْفِهَا ؛ كَالذَّمِّيَّةِ ، وَالْأَمَةِ ، وَالْمَحْدُودَةِ فِي
 الزَّوْنِ ، إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ يَرِيدُ نَفْيَهُ ، فَلَهُ اللَّعَانُ^(٢) لِنَفْيِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ^(٣)
 إِلَيْهِ ، وَإِلَّا فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ لِإِسْقَاطِ حَدٍّ ، أَوْ^(٤) نَفْيِ نَسَبٍ ،
 وَلَمْ يُوجَدْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا .

وَإِنْ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا ، فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ غَيْرَ
 الْمَكْلَفِ لَا حُكْمَ لِقَوْلِهِ ، وَنَفَى^(٥) الْوَلَدِ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِشَمَامِ اللَّعَانِ ، وَلَا يَتِمُّ^(٦)
 مَعَ عَدَمِ الْقَوْلِ مِنْهَا^(٧) . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ لِعَانُ الْمَجْنُونَةِ ، إِنْ كَانَ ثُمَّ نَسَبٌ
 يَرِيدُ نَفْيَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ^(٨) إِلَيْهِ .

فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا أُخْرَسَ ، وَلَيْسَتْ لَهُ إِشَارَةٌ مَفْهُومَةٌ وَلَا كِتَابَةٌ ، فَهُوَ

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِلخبر » .

(٢) فِي ف : « أَنْ يلاعن » .

(٣) فِي ف ، م : « محتاج » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

(٥) بَعْدَهُ فِي م : « حَكَم » .

(٦) بَعْدَهُ فِي م : « اللَّعَان » .

(٧) فِي ف : « مِنْهُمَا » .

(٨) فِي ف : « يَحْتَاج » .

كالجُنُونِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ طَلَبُهَا ، وَلَا يُتَصَوَّرُ لِعَانُهَا . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ إِشَارَةٌ
مَفْهُومَةٌ أَوْ كِتَابَةٌ^(١) ، صَحَّ اللَّعَانُ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُ كَالنَّاطِقِ فِي نِكَاحِهِ وَطَلَاقِهِ ،
فكَذَلِكَ فِي لِعَانِهِ . وَعَنْ أَحْمَدَ : إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ خَرَسَاءَ ، فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا ؛
لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ طَلَبُهَا . فَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحْمَلَ عَلَى عُمُومِهِ فِي كُلِّ خَرَسَاءَ ؛ لِأَنَّ
إِشَارَتَهَا لَا تَخْلُو مِنْ تَرَدُّدٍ وَاحْتِمَالٍ ، وَالْحَدُّ يُذَرَأُ بِالشُّبْهَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ
يَخْتَصَّ بِمَنْ لَا تُفْهَمُ إِشَارَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ عَلَّلَ بِأَنَّهُ لَا تُعْلَمُ^(٢) مُطَالَبَتُهَا . وَإِنْ اغْتَقِلَ
لِسَانُ^(٣) النَّاطِقِ ، وَأَيْسَ مِنْ نُطْقِهِ ، فَهُوَ كَالْأَخْرَسِ ، وَإِنْ رُجِيَ نُطْقُهُ ، لَمْ
يَصِحَّ لِعَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَا يُؤْسَى مِنْ نُطْقِهِ ، فَأُشْبِهَ السَّاكِتَ .

فصل : وَيَصِحُّ اللَّعَانُ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ قَبْلَ الدُّخُولِ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ
وَتَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾^(٤) . وَبَعْدَ الطَّلَاقِ الرَّجْعِيِّ ؛ لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ
زَوْجَةٌ^(٥) ، فَتَدْخُلُ فِي الْعُمُومِ ، وَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ الزَّوْجَيْنِ ؛ لِلآيَةِ^(٦) . فَإِنْ
قَذَفَ مَنْ كَانَتْ زَوْجَتَهُ - فَبَانَتْ مِنْهُ - بَرْنَى لَمْ يُضِفْهُ إِلَى حَالِ الزَّوْجِيَّةِ ،
فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ قَذَفَ أَجْنَبِيَّةً ، وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَى حَالِ الزَّوْجِيَّةِ وَبَيْنَهُمَا
وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، لَا عَنَ لَنَفْيِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَيْهِ ، فَصَحَّ [٣٣٣ ظ] مِنْهُ ، كَحَالِ
الزَّوْجِيَّةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ ، مُحَدٌّ ، وَلَمْ يُلَاعِنْ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَاجَةَ بِهِ^(٧)

(١) فِي ف : « كُنَايَةٌ » .

(٢) فِي م : « تَفْهَمُ » .

(٣) فِي ف : « لِسَانُهَا » .

(٤) سُورَةُ النُّورِ ٦ .

(٥) فِي م : « زَوْجَتَهُ » .

(٦) فِي ف : « لِلآيَتَيْنِ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

إليه ، فَأُشْبِهَ قَذْفَ الْأَجْنَبِيَّةِ . ولو قال لامرأته : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا يَا زَانِيَةُ .
فَنَصَّ أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ يُلَاعِنُ . فَتَحْمِلُهُ عَلَى مَنْ يَبْتَنِيهَا وَلَدٌ ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ
إِضَافَةُ قَذْفِهَا إِلَى حَالِ الزَّوْجِيَّةِ . ولو نَكَحَ امْرَأَةً نِكَاحًا فَاسِدًا ، ثُمَّ قَذَفَهَا ،
فَالْحُكْمُ فِيهَا كَالْمُطَلَّاقَةِ ؛ إِنْ كَانَ يَبْتَنِيهَا وَلَدٌ ، لَاعَنَ لِنَفْسِهِ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّ
النَّسَبَ يَلْحَقُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى اللَّعَانِ لِنَفْسِهِ .

وإن قَذَفَ أَجْنَبِيَّةً ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، حُدَّ ، وَلَمْ يُلَاعِنْ ؛ لِأَنَّهُ قَذَفَ أَجْنَبِيَّةً
قَذْفًا لَا حَاجَةَ بِهِ إِلَيْهِ ، وَإِنْ قَذَفَهَا بِزَنَى أَضَافَهُ إِلَى مَا قَبْلَ النِّكَاحِ ؛ فَإِنْ كَانَ
يَتَعَلَّقُ بِهِ نَفْيُ نَسَبٍ^(١) عَنْهُ ، فَلَهُ اللَّعَانُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَنُقِلَ عَنْ أَحْمَدَ فِي هَذَا
رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يُلَاعِنُ ؛ لِأَنَّهُ قَذَفَهَا فِي حَالِ كَوْنِهَا أَجْنَبِيَّةً ، أَشْبَهَ مَا
لَوْ قَذَفَهَا قَبْلَ نِكَاحِهِ لَهَا . وَالثَّانِيَةُ ، يُشْرَعُ اللَّعَانُ ؛ لِأَنَّهُ قَذَفَ زَوْجَتَهُ .

(١) فِي ف : « نَسَبِهِ » .

بَابُ صِفَةِ اللَّعَانِ

وَصِفَتُهُ أَنْ يَقُولَ الرَّجُلُ بِمَخْضَرٍ مِنَ الْحَاكِمِ أَوْ نَائِبِهِ ^(١) «أَرْبَعُ مَرَّاتٍ» :
أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ ^(٢) «زَوْجَتِي هَذِهِ» ^(٣) مِنَ الزَّنَى .
وَيُشِيرُ إِلَيْهَا إِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً ، وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً سَمَّاها ، وَنَسَبَهَا حَتَّى
تَنْتَفِيَ الْمَشَارَكَةُ . ثُمَّ يَقُولُ : وَأَنْ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَى إِنْ كُنْتُ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا
رَمَيْتُ بِهِ زَوْجَتِي ^(٤) هَذِهِ مِنَ الزَّنَى . ثُمَّ يَقُولُ الْمَرْأَةُ أَرْبَعُ مَرَّاتٍ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ
أَنْ زَوْجِي هَذَا لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّنَى . وَتُشِيرُ إِلَيْهِ ، فَإِنْ
كَانَ غَائِبًا سَمَّتْهُ بِاسْمِهِ ^(٥) ، وَنَسَبَتْهُ . ثُمَّ يَقُولُ الْخَامِسَةُ ^(٦) : وَأَنْ غَضَبَ اللَّهُ
عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّنَى . لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ
وَتَعَالَى : ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ﴾ الْآيَاتُ ^(٧) .
وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٨) ، بِإِسْنَادِهِ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، أَنَّ هِلَالَ

(١ - ١) سقط من : الأصل ، س ٣ ، وفي ف : «أربع» .

(٢ - ٢) في م : «امرأتى» .

(٣) في م : «امرأتى» .

(٤) زيادة من : ف .

(٥) سقط من : م ، وفي ف : «إلى آخر الآيات» .

(٦) في : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٣/١ ، ٥٢٤ .

كما أخرجه أبو داود الطيالسي ، في : مسنده ٣٤٨ . والبيهقي ، في : السنن الكبرى ٧/

٣٩٤ ، ٣٩٥ .

ابن أُمَيَّةَ قَذَفَ امْرَأَتَهُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَرْسِلُوا إِلَيْهَا » . فَأَرْسَلُوا
إِلَيْهَا فَجَاءَتْ ، فَتَلَا عَلَيْهِمَا ^(١) آيَةَ اللَّعَانِ ، وَذَكَرَهُمَا ، وَأَخْبَرَهُمَا أَنَّ عَذَابَ
الْآخِرَةِ أَشَدُّ مِنْ عَذَابِ الدُّنْيَا ، فَقَالَ هَلَالٌ : وَاللَّهِ لَقَدْ صَدَقْتُ عَلَيْهَا .
فَقَالَتْ : كَذَبَ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا عِنُوتَ بَيْنَهُمَا » . فَقِيلَ لَهُلَالُ :
اشْهَدْ . فَشَهِدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ، فَلَمَّا كَانَتِ الْخَامِسَةُ
قِيلَ : يَا هَلَالُ ، اتَّقِ اللَّهَ ، فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ ، وَإِنَّ
هَذِهِ الْمُوجِبَةُ الَّتِي تُوجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ . فَقَالَ : وَاللَّهِ لَا يُعَذِّبُنِي اللَّهُ
عَلَيْهَا ، كَمَا لَمْ يَجْلِدْنِي عَلَيْهَا . فَشَهِدَ الْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ
مِنَ الْكَاذِبِينَ . ثُمَّ قِيلَ لَهَا : اشْهَدِي . فَشَهِدَتْ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ
الْكَاذِبِينَ . فَلَمَّا كَانَتِ الْخَامِسَةُ قِيلَ لَهَا : اتَّقِ اللَّهَ ، فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ
مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ ، وَإِنَّ هَذِهِ الْمُوجِبَةَ الَّتِي تُوجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ . فَتَلَكَّأَتْ
سَاعَةً ، ثُمَّ قَالَتْ : وَاللَّهِ لَا أَفْضَحُ قَوْمِي . فَشَهِدَتْ الْخَامِسَةَ ^(٢) ، أَنَّ غَضَبَ
اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ . [٣٣٤و] فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا ،
وَقَضَى أَنْ لَا يَتَّ لَهَا ، مِنْ أَجْلِ أَنَّهِنَّمَا يَفْتَرِقَانِ ^(٣) مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ ، وَلَا
مُتَوَفًى عَنْهَا .

**فصل : وشروطُ صِحَّةِ اللَّعَانِ سِتَّةٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرٍ مِنَ
الْحَاكِمِ أَوْ نَائِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ فِي دَعْوَى ، فَاعْتَبِرْ فِيهِ أَمْرُ الْحَاكِمِ ، كَسَائِرِ**

(١) فِي الْأَصْلِ ، س ٣ : « عَلَيْهِم » .

(٢) بَعْدَهُ فِي م : « وَ » .

(٣) فِي س ٣ ، م : « يَتَفَرَّقَانِ » .

الدَّعَاوَى ، وإن كانتِ المرأةُ بَرْزَةً ، أُرْسِلَ إليها فَأُخْضِرَها ، كما فَعَلَ النَّبِيُّ
ﷺ بامرأةٍ هِلَالٍ ، وإن لم تكن بَرْزَةً ، بَعَثَ مَنْ يُلَاعِنُ بَيْنَهُمَا ، كما يَفْعَلُ
مَنْ يَسْتَخْلِفُها في سائرِ الدَّعَاوَى .

الثاني ، أن يَأْتِيَ به بعدَ إلقائه عليه ، فإن بَادَرَ به قبلَ ذلك ، لم يُعْتَدَّ
به ، كما لو حَلَفَ قبلَ أن يَسْتَخْلِفَهُ الحاكمُ .

الثالث ، كمالُ لَفْظَاتِهِ الخَمْسِ ، فإن نَقَصَ منها شيئاً^(١) ، لم يُعْتَدَّ به ؛
لأنَّ اللَّهَ تعالى عَلَّقَ الحُكْمَ عليها ، فلا يَثْبُتُ بدُونِها ، ولأنَّها بَيِّنَةٌ ، فلم يَجْزِ
النَّقْصُ مِنْ عَدِيدِها ، كالشَّهادَةِ .

الرابع ، التَّرتِيبُ على ما وَرَدَ به الشَّرْعُ ، فإن بُدِئَ^(٢) بِلِيعانِ المرأةِ ، لم
يُعْتَدَّ به ؛ لأنَّه خِلَافُ ما وَرَدَ به الشَّرْعُ ، ولأنَّ لِعانَ الرَّجُلِ بَيِّنَةٌ للإثباتِ^(٣) ،
ولِيعانُ المرأةِ بَيِّنَةٌ للإنكارِ^(٤) ، فلم يَجْزِ تَقْدِيمُ الإنكارِ على الإثباتِ ، فإن قَدَّمَ
الرَّجُلُ اللَّغْنَ على شيءٍ مِنَ الألفاظِ الأربعةِ ، أو^(٥) المرأةُ^(٦) الغَضَبَ على
شيءٍ منها ، لم يُعْتَدَّ بها ؛ لأنَّ اللَّهَ سبحانه وتعالى جَعَلَهَا الخَامِسَةَ ، فلا
يجوزُ تَغْيِيرُهُ .

(١) في الأصل : « شيء » .

(٢) في ف ، م : « بدأ » .

(٣) في الأصل : « الإثبات » .

(٤) في الأصل : « الإنكار » .

(٥) في ف : « أو » .

(٦) بعده في ف : « قدمت لفظه » .

الخامس ، الإتيان بصورة الألفاظ الواردة في الشرع ، فإن أبدل^(١) الشهادة ببعض ألفاظ اليمين ، كقوله : أقسم . أو : أخلف . أو : أولى . أو أبدل^(٢) لفظة اللعنة بالإبعاد ، أو الغضب بالسخط ،^(٣) أو غيره^(٣) ، لم يعتد به ؛ لأنه ترك المنصوص ، ولأنه موضع ورد الشرع فيه بلفظ الشهادة ، فلم يجر إبداله ، كالشهادة في الحقوق . وفيه وجه آخر ، أنه يجرى ؛ لأن معناه واحد . وقال الخريقي : يقول الرجل : أشهد بالله لقد زنت . وليس هذا لفظ النص ، فيدل ذلك على أنه لم يشترط اللفظ . وإن أبدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة ، لم يجر ؛ لأن الغضب أغلظ ، ولذلك خصت به المرأة ؛ لأن المعرة والإثم بزناها أعظم من الحاصل بالقذف . وإن أبدل الرجل اللعنة بالغضب ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يجوز ؛ لمخالفته المنصوص . والثاني ، يجوز ؛ لأنه أبلغ في المعنى .

السادس ، الإشارة من كل واحد منهما^(٤) إلى صاحبه ، إن كان حاضرا ، أو^(٥) تسميته ونسبته^(٥) بما يتميز به إن كان غائبا ، ليحصل التمييز^(٦) عن غيره .

(١) في ف : « بدل » .

(٢) في م : « بدل » .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : س ٣ ، م .

(٥ - ٥) في م : « تسمية نسبه » .

(٦) في الأصل ، م : « التميز » .

قال الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة^(١) : الفقهاء يشترطون أن يُزاد :
 فيما رميها به من الزنى . وفي نفيها عن نفسها : فيما رمانى به من الزنى .
 ولا أراه يحتاج إليه ؛ لأن الله سبحانه وتعالى أنزل ذلك ويئنه ، ولم يذكر
 هذا ، ولم يأت في الخبر في صفة اللعان عند رسول الله ﷺ ، فاشتراطه
 زيادة^(٢) .

فصل : ويشترط في اللعان العريئة لمن يحسنها ، ولا يصح غيرها ؛ لأن
 الشرع ورد به بالعريئة ، فلم يصح غيرها ، كأذكار الصلاة . فإن لم يحسن
 العريئة ، جاز بلسانه ؛ لأنه يحتاج إليه ، فجاز بلسانه ، كالنكاح . فإن
 عرف الحاكم لسانه ، أجزأ ، وإن لم يعرف^(٣) لسانه ، أخضر عدلين
 يترجمان عنه ، [٣٣٤ ظ] ولا يقبل أقل منهما ؛ لأنه بمنزلة الشهادة عليه .

فصل : فإن كان بينهما ولد يُريد نفيه ، لم ينتف إلا بذكره في
 اللعان ، فإن لم يذكره ، أعاد اللعان . هذا ظاهر قول الخرقي ، واختيار^(٤)
 القاضي . وقال أبو بكر : لا يحتاج إلى ذكره ، وينتفى بزوال الفراش ؛ لأن
 حديث سهل بن سعد وصف فيه اللعان ، ولم يذكر فيه الولد ، وقال فيه :
 ففرق رسول الله ﷺ بينهما ، وقضى أن^(٥) لا يدعى ولدها لأب^(٥) ،

(١) يحيى بن محمد بن هبيرة الشيباني الحنبلي ، وزير المقتدى وابنه ، كان مجلسه معمورا بالعلماء
 والفقهاء ، وألف ، ومات شهيدا مسموما سنة ستين وخمسمائة . العبر ٤ / ١٧٢ ، ١٧٣ ، ذيل
 طبقات الحنابلة ١ / ٢٥١ - ٢٨٩ .

(٢) انظر : الإفصاح ٢ / ١٦٧ .

(٣) بعده في ف : « الحاكم » .

(٤) في م : « اختاره » .

(٥ - ٥) في م : « يدعى لأمه » .

«ولا تُزْمَى»^(١) ، ولا يُزْمَى وَلَدُهَا . رواه أبو داود^(٢) . والأوّلُ أصحُّ ؛ لأنَّ ابنَ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قال : لَأَعَنَّ رَجُلٌ امْرَأَتَهُ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وَانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا ، ففَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا ، وألْحَقَ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ .^(٣) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ . والزِّيَادَةُ مِنَ الثَّقَةِ مَقْبُولَةٌ ، ولأنَّ مَنْ سَقَطَ حَقُّهُ بِاللَّعَانِ^(٤) اشْتَرَطَ ذِكْرَهُ فِيهِ ، كَالزَّوْجَةِ . وتَذَكُّرُ الْمَرْأَةِ فِي لِعَانِهَا ؛ لِأَنَّهَا يَتَحَالَفَانِ^(٥) عَلَيْهِ ، فَاشْتَرَطَ ذِكْرَهُ فِي تَحَالُفِهِمَا ، كَالْمُخْتَلِفَيْنِ فِي الثَّمَنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُشْتَرَطَ ذِكْرُهَا لَهُ^(٦) ؛ لِأَنَّهَا لَا تَنْفِيهِ . والأوّلُ الْمَذْهَبُ . وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِهِ

(١ - ١) زيادة من : س ٣ .

(٢) تقدم تخريج هذا اللفظ في صفحة ٥٨٣ من حديث ابن عباس ، ولم نجده من حديث سهل . وانظر لحديث سهل : صحيح البخارى ٥٤/٧ ، ٦٩ . صحيح مسلم ١١٢٩/٢ ، ١١٣٠ . سنن أبى داود ١/٥٢٠ ، ٥٢١ . المجتبى ٦/١٣٩ ، ١٤٠ . سنن ابن ماجه ١/٦٦٧ . سنن الدارمى ٢/١٥٠ . الموطأ ٢/٥٦٦ ، ٥٦٧ . المسند ٥/٣٣٦ ، ٣٣٧ .

(٣ - ٣) سقط من : م .

والحديث أخرجه البخارى ، فى : باب يلحق الولد بالملاعنة ، من كتاب الطلاق ، وفى : باب ميراث الملاعنة ، من كتاب الفرائض . صحيح البخارى ٧/٨٢ ، ١٩١/٨ . ومسلم ، فى : كتاب اللعان . صحيح مسلم ٢/١١٣٢ ، ١١٣٣ .

كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى اللعان ، من أبواب الطلاق . عارضة الأحوذى ٥/١٨٨ ، ١٨٩ . والنسائى ، فى : باب نفى الولد باللعان وإلحاقه بأمه ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/١٤٦ . وابن ماجه ، فى : باب فى اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٦٩ . والدارمى ، فى : باب ما جاء فى اللعان ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ٢/١٥١ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى اللعان ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/٥٦٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢/٢٧ ، ٦٤ ، ٧١ ، ١٢٦ .

(٤) فى م : « فى اللعان » .

(٥) فى الأصل ، س ٣ : « متحالفان » .

(٦) سقط من : م .

فى كُلِّ لَفْظَةٍ ، فإِذَا قَالَ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنِّى لِمَنِ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنْ الزَّنى ^(١) . يَقُولُ ^(٢) : وَمَا هَذَا الْوَلَدُ وَلَدِى . وَتَقُولُ هِىَ : وَ ^(٣) هَذَا الْوَلَدُ وَلَدُهُ . فِى كُلِّ لَفْظَةٍ . وَذَكَرَ الْقَاضِى ؛ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَقُولَ : هَذَا الْوَلَدُ مِنْ زَنِى ، وَلَيْسَ مِنْى . لِأَنَّ يَعْْنِى بِقَوْلِهِ : لَيْسَ مِنْى ، خَلْقًا ^(٤) وَخُلُقًا ^(٥) . وَلَا يَكْفِيهِ قَوْلُهُ : هُوَ مِنْ زَنِى . لِأَنَّهُ قَدْ يَعْتَقِدُ الْوَطْءَ فِى النِّكَاحِ الْفَاسِدِ زَنِى . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهُ نَفَى الْوَلَدَ ، فَيَنْتَفِى عَنْهُ ، كَمَا لَوْ قَالَ ذَلِكَ .

فصل : وَيُسَنُّ فِى اللَّعَانِ أَرْبَعَةُ أُمُورٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَتْلَاعَنَا قِيَامًا ؛ لِأَنَّ فِى بَعْضِ الْأَفَاطِ حَدِيثُ ابْنِ عَبَّاسٍ ^(٦) : فَقَامَ هِلَالٌ ، فَشَهِدَ ، ثُمَّ قَامَتْ فَشَهِدَتْ ^(٧) . وَلِأَنَّ فِعْلَهُ فِى الْقِيَامِ أَتْلَعُ فِى الرَّذْعِ .

الثَّانِى ، أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرٍ مِنْ جَمَاعَةٍ ؛ لِأَنَّ ابْنَ عُمرَ ، وَابْنَ عَبَّاسٍ ، وَسَهْلَ بْنَ سَعْدٍ ، رَضِىَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، حَضَرُوهُ مَعَ حَدَائِثِهِ ^(٨) أَسْتَأْنِيهِمْ فِى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَإِنَّمَا يَحْضُرُ الصَّبِيَّانُ تَبَعًا لِلرِّجَالِ ، وَلِأَنَّ اللَّعَانَ يُنَى عَلَى التَّغْلِيظِ لِلرَّذْعِ وَالزُّجْرِ ، وَفِعْلُهُ فِى الْجَمَاعَةِ أَتْلَعُ فِى ذَلِكَ .

(١) بعده فى ف : « ثم » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣ - ٣) سقط من : الأصل .

(٤ - ٤) فى ف : « الحديث أن ابن عباس قال » .

(٥) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٧٧ . وانظر صفحة ٥٨٣ ، ٥٨٤ .

(٦) بعده فى ف : « من » .

والثالثُ ، أن يَعْظَهما الحاكِمُ بعدَ الرَّابِعةِ ، وَيُخَوِّفَهما ، كما جاءَ عن
النَّبِيِّ ﷺ في حَدِيثِ ابنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُما .

والرابعُ ، أن يَضَعَ رجلٌ يَدَهُ على فِى المُلَاعِنِ بعدَ الرَّابِعةِ ، يَمْنَعُهُ المُبَادَرَةَ
إلى الخَامِسَةِ ، إلى أن يَعْظَهُ الحاكِمُ ، ثم يُزِيلُهَا ، وَتَفْعَلُ امْرَأَةٌ بِالمُلَاعِنَةِ بعدَ
رَابِعَتِهَا كذلك ؛ لِما رَوَى ابنُ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُما ، في خَبَرِ
المُتْلَعَيْنِ ، قالَ : فَشَهِدَ أَرْبَعَ شَهادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ، ثم أُمِرَ بِهِ
فَأُمْسِكَ عَلَى فِيهِ ، فَوَعَّظَهُ ، وقالَ : وَيَحْكُ ، كُلُّ شَيْءٍ أَهْوَنُ عَلَيْكَ مِنْ
لَعْنَةِ اللَّهِ . ثم أُرْسِلَ ، فقالَ : لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كانَ مِنَ الكاذِبِينَ . ثم دَعَا
بِهَا فَقَرَأَ عَلَيْهَا ، فَشَهِدَتْ أَرْبَعَ شَهادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الكاذِبِينَ ، ثم أُمِرَ بِهَا
فَأُمْسِكَ عَلَى فِيهَا ، فَوَعَّظَهَا ، وقالَ "لِهَا : وَيَحْكُ" ، كُلُّ شَيْءٍ أَهْوَنُ
عَلَيْكَ مِنْ غَضَبِ اللَّهِ . أَخْرَجَهُ الجَوْزْجَانِيُّ ^(٢) .

فصل : ولا يُسَنُّ التَّغْلِيظُ بَرَمَانٍ ^(٣) ولا مَكَانٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرِدْ بِهِ أَثَرٌ ، ولا
فَعَلَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، وَإِنَّمَا دَلَّ الْحَدِيثُ عَلَى أَنَّ لِعَانَهُمَا [٣٣٥] كانَ في
صَدْرِ النَّهَارِ ؛ لِقَوْلِهِ في الْحَدِيثِ : فَلَمْ يُهْجَهِ ^(٤) حَتَّى أَصْبَحَ ، ثم غَدَا عَلَى ^(٥)

(١ - ١) في ف ، س ٣ ، م : « ويلك » .

(٢) وَأَخْرَجَهُ ابنُ أَبِي حَاتِمٍ ، وساق إِسنادَهُ ابنُ كَثِيرٍ ، في : التفسير ١٥ / ٦ . وقال الشيخ صالح بن
عبد العزيز آل الشيخ : وإِسنادُهُ صحيح . انظر التكميل لما فات تخريجَهُ من إرواء الغليل ١٤٨ ،
١٤٩ .

(٣) في ف ، س ٣ ، م : « بزمان » .

(٤) أى لم يزعجه ولم ينفره .

(٥) في ف : « إلى » .

رسول الله ﷺ. وذكر الحديث^(١). والغدو إنما يكون^(٢) أول النهار. وقال أبو الخطاب: يشتحب التغليظ بهما، فيتلاعنان بعد العصر؛ لقول الله سبحانه وتعالى: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ﴾^(٣). يعني بعد^(٤) العصر. ويكون في الأماكن الشريفة؛ عند المنابر في الجامع، إلا^(٥) في مكة، بين الركن والمقام، وفي المسجد الأقصى عند الصخرة؛ لأنه أبلغ في الرذع والزجر.

(١) تقدم تخريجه من حديث ابن عباس في صفحة ٥٧٧.

(٢) بعده في ف: «في».

(٣) سورة المائدة ١٠٦.

(٤) بعده في ف: «صلاة».

(٥) في م: «وفي».

بَابُ مَا يُوجِبُهُ اللَّعَانُ مِنَ الْأَحْكَامِ

وهي أَرْبَعَةُ أَحْكَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، سُقُوطُ الْحَدِّ وَ^(١) التَّغْزِيرُ الَّذِي أَوْجِبَهُ الْقَذْفُ ؛ لِأَنَّ هِلَالَ بْنَ أُمَيَّةَ قَالَ : وَاللَّهِ لَا يُعَذِّبُنِي اللَّهُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَمْ يَجْلِدُنِي عَلَيْهَا . وَلِأَنَّ شَهَادَتَهُ أُقِيمَتْ مُقَامَ^(٢) «بَيِّنَتِهِ» ، وَبَيِّنَتُهُ^(٣) مُسْقِطَةٌ لِلْحَدِّ ، كَذَلِكَ لِعَانِهِ ، وَيُحْصَلُ هَذَا بِمُجَرَّدِ لِعَانِهِ ؛ لِذَلِكَ^(٤) . وَإِنْ نَكَلَ عَنِ اللَّعَانِ ، أَوْ عَنْ تَمَامِهِ ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ . فَإِنْ ضُرِبَ بَعْضُهُ ، ثُمَّ قَالَ : أَنَا أَلَا عَيْنُ . سُمِعَ ذَلِكَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ مَا أَسْقَطَ جَمِيعَ الْحَدِّ ، أَسْقَطَ بَعْضُهُ ، كَالْبَيِّنَةِ . وَلَوْ نَكَلَتْ الْمَرْأَةُ عَنِ الْمُلَاعَنَةِ ، ثُمَّ بَدَّلَتْهَا ، سُمِعَتْ مِنْهَا كَالرَّجُلِ .

وَإِنْ قَذَفَ زَوْجَتَهُ^(٥) بِرَجُلٍ سَمَّاهُ ، سَقَطَ حُكْمُ قَذْفِهِ بِلِعَانِهِ وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ هِلَالَ بْنَ أُمَيَّةَ قَذَفَ زَوْجَتَهُ^(٥) بِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ فِي لِعَانِهِ ، وَلَمْ يَحُدِّهِ النَّبِيُّ ﷺ لِشَرِيكِ^(٦) ، وَلَا عَزَّرَهُ لَهُ . وَلِأَنَّ اللَّعَانَ بَيِّنَةٌ فِي أَحَدِ الطَّرَفَيْنِ ، فَكَانَ بَيِّنَةً فِي الْآخَرِ ، كَالشُّهَادَةِ . وَقَالَ أَبُو

(١) فِي س ٣ : «أَوْ» .

(٢ - ٢) فِي م : «بَيِّنَةٌ» .

(٣) فِي م : «كَذَلِكَ» .

(٤) فِي م : «امْرَأَتَهُ» .

(٥) فِي ف : «امْرَأَتَهُ» .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

الخطاب : يُلاعِنُ لإسقاطِ الحدِّ لها وللمُسَمَّى .

فصل : الحكمُ الثاني ، نفى الولدِ ، وينتفى عنه بِلِعاينِه ، على ما ذكرناه ؛ ^(١) «لما ذكرنا» من الحديث فيه ، ولأنَّه أخذَ مقصودَي اللّعانِ ، فيثبتُ به ، كإسقاطِ الحدِّ .

فصل : فإن نفى الحملَ في لِعائِه ، فقال الخِرَقِيُّ : لا ينتفى حتى ينتفيه بعدَ وضعِها له ، ويُلاعِنُ ؛ لأنَّ الحملَ غيرُ مُتَيَقِّنٍ ، يَحْتَمِلُ أن يكونَ رِيحًا ، فيصيرُ اللّعانُ مشروطًا بوجُوده ، ولا يجوزُ تعليقُه على شرطٍ . وظاهرُ كلامِ أبي بكرٍ صِحَّةُ نفيه ؛ لظاهرِ حديثِ هلالِ بنِ أميَّةَ ، فإنَّه لاعنَها قبلَ الوضْعِ ، بدليلِ أنَّ النبيَّ ﷺ قال : « انظروها ، فإن جاءَتْ به كذا وكذا » ^(٢) . ونفى عنه الولدَ ، ولأنَّ الحملَ تثبُتُ أحكامُه قبلَ الوضْعِ ؛ من وجوبِ التَّفَقُّةِ ، والمسكَنِ ، ونفيِ طلاقِ البِدْعَةِ ، ووجوبِ الاعتِدَادِ به ، وغيرِ ذلك ، فكان كالمُتَيَقِّنِ .

فصل : فإن وَلَدَتْ تَوَأْمَيْنِ ، فنفى أحدهما واشتَلَحَ الآخرَ ، لحقاه جميعًا ؛ لأنَّه لا يُمكنُ جعلُ أحدهما من رجلٍ والآخرِ من غيره ، والنَّسَبُ يُحتَاطُ لإثباتِه لا لنفيه . وإن نفى أحدهما وترك الآخرَ ، ألحقناهما به جميعًا ؛ لذلك ^(٣) .

(١ - ١) سقط من : م .

(٢) تقدم تخريجه في صفحة ٥٧٧ .

(٣) في م : « كذلك » .

فصل : وإن أَقَرَّ بِالْوَلَدِ ، أو هُنَّى به فَسَكَتَ ، أو أَمَّنَ على الدُّعَاءِ ، أو دَعَا لِمَنْ هُنَّاهُ به ، لَزِمَهُ نَسَبُهُ ، ولم يَمْلِكْ [٣٣٥ ظ] نَفْيُهُ ^(١) ؛ لأنَّ هذا جَوَابُ الرَّاغِبِ به ، وكذلك ^(٢) إن عَلِمَ به ^(٣) فَسَكَتَ ، لِحَقِّهِ ؛ لِأَنَّهُ ^(٤) خِيَارٌ لِدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فَكَانَ عَلَى الْفَوْرِ ، كَخِيَارِ الشُّفْعَةِ . وهل يَتَقَدَّرُ بِالْمَجْلِسِ أو يَكُونُ عَقِيبَ الْإِمْكَانِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى خِيَارِ الشُّفْعَةِ . وإن أُخِّرَ لِعُذْرٍ ؛ كَأَدَاءِ صَلَاةٍ حَضَرَتْ ، أو أَكْلٍ لِدَفْعِ الْجُوعِ ، و ^(٥) أَشْبَاهُ هَذَا مِنْ أَشْغَالِهِ ، أو لِلْجَهْلِ بِأَنَّ لَهُ نَفْيَهُ ، أو بِوُجُوبِ نَفْيِهِ عَلَى الْفَوْرِ ، لم يَنْطَلُ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَارِيَةً بِتَقْدِيمِ هَذِهِ الْأُمُورِ ، وَالْجَاهِلُ مَعْدُورٌ ، وَإِنْ ادَّعَى الْجَهْلَ بِذَلِكَ ، قُبِلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَخْفَى ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فَقِيهًا ، فَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ فِي مَظَنَّةِ الْعِلْمِ . وإذا أُخِّرَ لِعُذْرٍ مُدَّةً يَسِيرَةً ، لم يَحْتَجَّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ ، وَإِنْ طَالَتْ ، أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ بِنَفْيِهِ ، كَالطَّلَبِ بِالشُّفْعَةِ . وإن قال : لم أَصْدَقِ الْمَخْبِرَ ^(٦) . وَكَانَ الْخَبَرُ ^(٧) مُسْتَفِيزًا ، أو الْمَخْبِرُ ^(٨) مَشْهُورَ الْعَدَالَةِ ^(٨) ، لم يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، وَإِنْ لم يَكُنْ كَذَلِكَ ، قُبِلَ . وإن أُخِّرَ نَفْيَ

(١) بعده فى الأصل : « لذلك » .

(٢) فى الأصل : « لذلك » .

(٣) سقط من : م .

(٤) بعده فى الأصل : « لا » .

(٥) فى ف : « أو » .

(٦) فى ف : « الخبر » .

(٧) فى الأصل : « المخبر » .

(٨ - ٨) فى ف : « مشهورا بالعدالة » .

الحَمَلِ ، لم يَسْقُطْ نَفْيُهُ ؛ لَأَنَّهُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ ، وَإِنْ اسْتَلْحَقَّهُ ^(١) ، ^(٢) لم يُلْحَقَهُ ؛ لذلك ^(٣) ، إِلَّا عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ . وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ لَمْ يَعْلَمْ بِالْوِلَادَةِ ، وَأَمَكَنَ صِدْقَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَإِلَّا فَلَا . وَإِنْ أَخَّرَ نَفْيَهُ رَجَاءَ مَوْتِهِ ، لِيُكْفَى أَمْرَ اللَّعَانِ ، سَقَطَ حَقُّهُ مِنَ النَّفْيِ .

فصل : الحُكْمُ الثَّالِثُ ، الْفُرْقَةُ ، وفيها رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا تَحْصُلُ حَتَّى يُفَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ؛ لِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، فِي حَدِيثِهِ : فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا ^(٤) . وَفِي حَدِيثِ عُومَيْرٍ أَنَّهُ قَذَفَ امْرَأَتَهُ ^(٥) ، فَتَلَاعَنَّا عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ^(٦) ، فَقَالَ عُومَيْرٌ : كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أُمِسَكْتُهَا . فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٧) . فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الْفُرْقَةَ لَمْ تَحْصُلْ بِمُجَرَّدِ اللَّعَانِ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ التَّفْرِيقِ ، لَحِقَهَا طَلَاقُهُ ، وَلِلْحَاكِمِ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ طَلَبِ ذَلِكَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانِهِمَا ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا . الثَّانِيَةُ ، تَحْصُلُ الْفُرْقَةُ بِمُجَرَّدِ لِعَالِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى يَقْتَضِي التَّحْرِيمَ الْمُؤَبَّدَ ، فَلَمْ يَقِفْ عَلَى تَفْرِيقِ الْحَاكِمِ ،

(١) فِي م : « اسْتَحَقَّهُ » .

(٢ - ٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣) فِي م : « كَذَلِكَ » .

(٤) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥٧٧ .

(٥) فِي م : « زَوْجَتَهُ » .

(٦) بَعْدَهُ فِي ف : « فَرَّقَ بَيْنَهُمَا » .

(٧) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ فِي صَفْحَةِ ٥٨٨ مِنْ حَدِيثِ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ .

كالرَّضَاعِ ، ولأنَّ الفُرْقَةَ ^(١) لو وقفت ^(٢) على تَفْرِيقِ الحَاكِمِ ، لَسَاغَ تَرْكُ ^(٣) التَّفْرِيقِ إذا لم يَرْضَا بِهِ ، كالتَّفْرِيقِ لِلْعَيْبِ وَالْإِغْسَارِ ، وَتَفْرِيقِ النَّبِيِّ ﷺ بَيْنَهُمَا بِمَعْنَى أَنَّهُ أُعْلِمَهُمَا بِحُصُولِ الْفُرْقَةِ بِاللُّعَانِ . ^(٤) وَعَلَى ^(٥) كَلَّتَا الرُّوَايَتَيْنِ ، فَفُرْقَةُ اللَّعَانِ فَسَخٌ ؛ لِأَنَّهَا فُرْقَةٌ تُوجِبُ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا ، فَكَانَتْ فَسَخًا ، كَفُرْقَةِ الرِّضَاعِ ^(٦) .

فصل : الحُكْمُ الرَّابِعُ ، التَّحْرِيمُ الْمُؤَبَّدُ يَثْبُتُ ؛ إِذَا رَوَى سَهْلُ بْنُ سَعْدٍ ، قَالَ : مَضَتْ السُّنَّةُ فِي الْمُتَلَاعِنَيْنِ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، ثُمَّ لَا يَجْتَمِعَانِ ^(٧) أَبَدًا .
رَوَاهُ الْجَوْزْجَانِيُّ ^(٨) . وَلِأَنَّهُ تَحْرِيمٌ لَا يَرْتَفِعُ قَبْلَ الْجَلْدِ وَالتَّكْذِيبِ ، فَلَمْ يَرْتَفِعْ بِهِمَا ، كَتَحْرِيمِ الرِّضَاعِ . وَقَدْ رَوَى عَنْهُ حَنْبَلٌ ، أَنَّهُ إِذَا أَكْذَبَ ^(٩) نَفْسَهُ ، عَادَ فِرَاشُهُ ^(١٠) كَمَا كَانَ ^(١١) . وَهَذِهِ رِوَايَةٌ ^(١٢) شَدَّ بِهَا عَنْ سَائِرِ أَصْحَابِهِ ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَالْعَمَلُ عَلَى الْأَوَّلِ .

وإن لَاعْنَهَا فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، أَوْ بَعْدَ الْبَيْتُونَةِ لِنَفْيِ نَسَبٍ ، ثَبَتَ التَّحْرِيمُ

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ : « أَوْقَعَتْ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣ - ٣) فِي الْأَصْلِ ، ف : « عَلَى » ، وَفِي س ٣ : « فَعَلَى » .

(٤) فِي ف : « الرِّضَاعَةُ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، س ٣ : « يَجْتَمِعَانِ » .

(٦) حَدِيثٌ سَهْلٌ تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ٥٨٨ .

وَهَذِهِ الزِّيَادَةُ عِنْدَ أَبِي دَاوُدَ ، فِي : سَنَنِهِ ٥٢١ / ١ . وَابِيهَقِي ، فِي : السَّنَنِ الْكُبْرَى ٤١٠ / ٧ .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « كَذَبَ » .

(٨ - ٨) سَقَطَ مِنْ : م .

(٩) فِي م : « الرِّوَايَةُ » .

المؤبّد؛ لأنّه لعانٌ صحيحٌ، فأثبت التّحریم، كاللّعانِ فی النّكاحِ الصّحيحِ .
ويَحْتَمِلُ أن لا يثبت التّحریم؛ لأنّه لم يَزَفَعْ فِرَاشًا، فلم يثبت [و٣٣٦]
تَحْرِيمًا، كغيرِ اللّعانِ . ولو لَاعَنَهَا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ وَهِيَ أَمَةٌ، ثُمَّ اشْتَرَاهَا،
لَمْ تَحِلَّ لَهُ؛ لأنّه وَجِدَ مَا يُحَرِّمُهَا عَلَى التّأْيِيدِ، فلم يَزَفَعْ بِالشُّرَاءِ،
كَالرِّضَاعِ .

فصل: ولا تَبْتَ هذه الأحكامُ إِلَّا بِكَمَالِ اللّعانِ، إِلَّا سُقُوطَ الحَدِّ،
وما قامَ مقامه، فإنّه يَسْقُطُ بِمَجَرَّدِ لِعَانِهِ . فإن مات أحدهما قبلَ كَمَالِهِ
منهما، فقد مات على الزّوجيّة؛ لأنّ الفُرْقَةَ لم تَحْصُلْ بِكَمَالِ اللّعانِ،
ویرثه صاحبه؛ لذلك^(١)، ويثبت النّسبُ؛ لأنّه لم يوجَدَ ما يُسْقِطُهُ . فإن
كان الميّتُ الزّوج، فلا شيء على المرأة . وإن ماتت المرأة قبلَ لِعَانِ الزّوجِ
وطلبها بالحدِّ^(٢)، فلا لعانَ؛ لأنّ الحدَّ لا يُورَثُ . وإن ماتت بعدَ طلبها،
قام وارثها مقامها في المطالبة، وله اللّعانُ لإسقاطِ الحدِّ .

فصل: وإن أكذب^(٣) نفسه بعدَ كَمَالِ اللّعانِ، لَزِمَهُ الحدُّ إن كانت
مُحْصَنَةً، و^(٤) التّعزيرُ إن كانت غيرَ مُحْصَنَةٍ، ويلحقه النّسبُ؛ لأنّهما^(٥)
حقٌّ^(٦) عليه، فيتلزمانه بإقراره بهما، ولا يعودُ الفِرَاشُ، ولا يَزَفَعُ التّحریمُ

(١) في م: «كذلك» .

(٢) في س ٣، ف: «الحد» .

(٣) في الأصل، ف: «كذب» .

(٤) في الأصل: «أو» .

(٥) في ف: «لأنها» .

(٦) بعده في ف: «عليها و» .

المُؤَبَّدُ ؛ لَأَنَّهُمَا حَقٌّ لَهُ ، فَلَا يَعُودَانِ بِتَكْذِيبِهِ .

فصل : فَإِنْ لَاعَنَ الزَّوْجُ ، وَنَكَلَتِ الْمَرَأَةُ عَنِ اللَّعَانِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ زِنَاهَا لَمْ يَثْبُتْ ، فَإِنَّهُ لَوْ ثَبَتَ زِنَاهَا بِلِعَانِ^(١) الزَّوْجِ ، لَمْ يُسْمَعْ^(٢) لِعَانُهَا ، كَمَا لَوْ قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، وَلَا يَثْبُتُ بُكُولُهَا ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ لَا يُقْضَى فِيهِ بِالنُّكُولِ ، لِأَنَّهُ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَالشُّبُهَةُ مُتَمَكِّنَةٌ مِنْهُ ، وَلَكِنْ تُحْبَسُ حَتَّى تَلْتَعِنَ أَوْ تُقِرَّ . قَالَ أَحْمَدُ : أُجْبِرُهَا عَلَى اللَّعَانِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ وَيَذَرُونَ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُمْ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾^(٣) . فَإِذَا لَمْ تَشْهَدْ ، « وَجِبَ أَنْ لَا »^(٤) يُدْرَأَ عَنْهَا الْعَذَابُ^(٥) . وَعَنْهُ ، يُخْلَى سَبِيلُهَا . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهَا مَا يُوجِبُ الْحَدَّ ، فَيُخْلَى سَبِيلُهَا ، كَمَا لَوْ لَمْ^(٦) تَكْمُلِ الْبَيِّنَةُ . وَإِنْ صَدَّقَتْهُ فِيمَا قَذَفَهَا بِهِ ، لَمْ يَلْزَمُهَا الْحَدُّ حَتَّى تُقِرَّ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ لَا يَثْبُتُ بِدُونِ إِقْرَارِ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ^(٦) ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ ، وَحُكْمُهَا حُكْمُ مَا لَوْ نَكَلَتْ ، وَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ إِنَّمَا يَكُونُ مَعَ انْكَارِهَا ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ إِنْسَانٌ عَلَى نَفْيِ مَا يُقِرُّ بِهِ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) فى ف : « نسمع » .

(٣) سورة النور ٨ .

(٤ - ٤) فى الأصل ، س ٣ : « فوجب أن لا » ، وفى م : « لم » .

(٥) سقط من : م .

(٦) سقط من : س ٣ ، م .

بَابُ مَا يَلْحَقُ مِنَ النَّسَبِ وَمَا لَا يَلْحَقُ

إِذَا تَزَوَّجَ مَنْ يُوَلَّدُ لِمِثْلِهِ بَامْرَأَةٍ، فَاتَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا، بَعْدَ
إِمْكَانِ اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى الْوَطْءِ، لَحِقَهُ نَسَبُهُ^(١) فِي الظَّاهِرِ مِنَ الْمَذْهَبِ؛ لِقَوْلِ
رَسُولِ اللَّهِ ﷺ: «الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ»^(٢). وَلَأنَّ مَعَ هَذِهِ الشُّرُوطِ يُمَكِّنُ كَوْنُهُ

(١) زيادة من: م .

(٢) أخرجه البخارى، فى: باب تفسير المشبهات، وباب شراء المملوك من الحرى وهبته وعتقه،
من كتاب البيوع، وفى: باب دعوى الوصى للميت، من كتاب الخصومات، وفى: باب أم
الولد، من كتاب العتق، وفى: باب قول الموصى: تعاهد ولدى...، من كتاب الوصايا، وفى:
باب وقال الليث...، من كتاب المغازى، وفى: باب الولد للفراش، وباب من ادعى أخا أو ابن
أخ، من كتاب الفرائض، وفى: باب للعاشر الحجر، من كتاب الحدود، وفى: باب من قضى له
بحق أخيه...، من كتاب الأحكام. صحيح البخارى ٣/٧٠، ١٠٦، ١٦١، ٤/٤، ٥/٥
١٩٢، ١٩١/٨، ١٩٤، ٢٠٥، ٩٠/٩. ومسلم، فى: باب الولد للفراش وتوقى الشبهات،
من كتاب الرضاع. صحيح مسلم ٢/١٠٨٠، ١٠٨١. وأبو داود، فى: باب الولد للفراش،
من كتاب الطلاق. سنن أبى داود ١/٥٢٨، ٥٢٩. والترمذى، فى: باب ما جاء أن الولد
للفراش، من أبواب الرضاع، وفى: باب ما جاء لا وصية لوارث، من أبواب الوصايا. عارضة
الأحوذى ٥/١٠٢، ١٠٣، ٨/٢٧٥، ٢٧٨. والنسائى، فى: باب إلحاق الولد بالفراش...،
وباب فراش الأمة، من كتاب الطلاق. المجتبى ٦/١٤٨، ١٤٩. وابن ماجه، فى: باب الولد
للفراش وللعاشر الحجر، من كتاب النكاح، وفى: باب لا وصية لوارث، من كتاب الوصايا.
سنن ابن ماجه ١/٦٤٦، ٦٤٧، ٢/٩٠٥. والدارمى، فى: باب الولد للفراش، من كتاب
النكاح، وفى: باب فى ميراث ولد الزنى، من كتاب الفرائض. سنن الدارمى ٢/١٥٢، ٣٨٩.
والإمام مالك، فى: باب القضاء بإلحاق الولد بأبيه، من كتاب الأقضية. الموطأ ٢/٧٣٩.
والإمام أحمد، فى: المسند ٦/٣٧، ١٢٩، ٢٠٠، ٢٢٦، ٢٣٧.

منه ، والنَّسَبُ مِمَّا يُخْتَاطُ لَهُ ، ولم يُوجَدْ ما يُعَارِضُهُ ، فَوَجِبَ إلْحَاقُهُ بِهِ . وإنِ
اِخْتَلَّ شَرْطُ مِمَّا ذَكَرْنَا ، لم يُلْحَقْ بِهِ ، وانْتَفَى مِنْ غَيْرِ إِيْعَانٍ ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ
يَمِينٌ ، وَالْيَمِينَ جُعِلَتْ لِتَحْقِيقِ^(١) أَحَدِ الْجَائِزَيْنِ^(٢) ، أَوْ نَفَى أَحَدِ الْمُحْتَمَلَيْنِ ،
وما لا يجوزُ لا يَحْتَاجُ إِلَى نَفْيِهِ .

**فصل : وأقلُّ سِنٍّ يُولَدُ لِمِثْلِهِ فِي حَقِّ الرَّجُلِ عَشْرُ سِنِينَ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ
ﷺ : « مُرُوهُمْ بِالصَّلَاةِ لِسَبْعٍ ، وَاضْرِبُوهُمْ عَلَيْهَا لِعَشْرِ ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمْ فِي
الْمَضَاجِعِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٣) . وَقَالَ الْقَاضِي : تِسْعُ سِنِينَ وَأَقْلُ مُدَّةِ الْحَمْلِ ؛
لِأَنَّ الْجَارِيَةَ يُولَدُ لَهَا [٣٣٦ ظ] لَذَلِكَ^(٤) ، فَكَذَلِكَ الْغُلَامُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا
يُلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ حَتَّى يَتَلُغَ . قَالَ ابْنُ عَقِيلٍ : هُوَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ مَنْ لَا يُنْزِلُ الْمَاءَ لَا
يَكُونُ مِنْهُ^(٥) وَلَدٌ . وَهَذَا لَيْسَ بِسَدِيدٍ ؛ لِأَنَّهُمْ إِنْ أَرَادُوا بِالْبُلُوغِ بُلُوغَ
« خَمْسَ عَشْرَةَ »^(٦) ، فَهُوَ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ يُولَدُ لَهُ لَدُونِ^(٧) ذَلِكَ ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّهُ لَمْ**

(١) فِي الْأَصْلِ : « لِتَحْقِيقِ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « الْجَائِزِ » .

(٣) فِي : بَابِ مَتَى يُؤْمَرُ الْغُلَامُ بِالصَّلَاةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ١ / ١١٥ .
كَمَا أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ مَتَى يُؤْمَرُ الصَّبِيُّ بِالصَّلَاةِ ، مِنْ أَبْوَابِ الصَّلَاةِ .
عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٢ / ١٩٨ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ مَتَى يُؤْمَرُ الصَّبِيُّ بِالصَّلَاةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ .
سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ١ / ٣٣٢ .

(٤) فِي م : « كَذَلِكَ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « لَهُ » .

(٦ - ٦) فِي ف : « خَمْسَةَ عَشْرَ » ، وَفِي س ٣ : « خَمْسَةَ عَشْرَةَ » .

(٧) فِي م : « بَغِيرِ » .

يَكُنْ بَيْنَ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ وَبَيْنَ ابْنِهِ عَبْدِ اللَّهِ إِلَّا ^(١) «اثنتا عشرة» سنة، وإن أرادوا الإنزال ^(٢) «فِيمَ نَعْلَمُهُ»؟ فلا بُدَّ مِنْ ضَبْطِهِ ^(٣) بِأَمْرِ ظَاهِرٍ. وإذا وَلَدَتْ امرأةٌ غُلامٌ ^(٤) سِنَّهُ دُونَ ذَلِكَ، لَمْ يَلْحَقْ بِهِ.

وَمَنْ كَانَ مَجْبُوبًا مَقْطُوعَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَيْنِ، لَمْ يَلْحَقْ بِهِ نَسَبٌ؛ لَأَنَّهُ لَا يُنْزَلُ مَعَ قَطْعِهِمَا. وَإِنْ قُطِعَ أَحَدُهُمَا، فَقَالَ أَصْحَابُنَا: يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ؛ لَأَنَّهُ إِذَا بَقِيَ الذَّكَرُ أَوْلَجَ فَأَنْزَلَ. وَإِنْ بَقِيَتِ الْأُنْثَيَانِ، سَاحَقَ فَأَنْزَلَ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ مَقْطُوعَ الْأُنْثَيْنِ لَا يَلْحَقُ بِهِ نَسَبٌ؛ لَأَنَّهُ لَا يُنْزَلُ إِلَّا مَاءً رَقِيقًا لَا يُخْلَقُ ^(٥) مِنْهُ وَلَدٌ، وَلَا تَنْقَضِي بِهِ شَهْوَةٌ، فَأُشْبِهَ مَقْطُوعَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَيْنِ.

وإن لم يُمَكِّنِ اجْتِمَاعُ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْوَطْءِ، بَأَن يُطَلَّقَهَا عَقِيبَ تَزْوِيجِهِ بِهَا، أَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا مَسَافَةٌ لَا يُمَكِّنُ اجْتِمَاعُهُمَا ^(٦) عَلَى الْوَطْءِ مَعَهَا، لَمْ يَلْحَقْ بِهِ الْوَلَدُ. وَإِنْ وَلَدَتْ زَوْجَتُهُ لَدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ تَزَوَّجَهَا، لَمْ يَلْحَقْهُ وَلَدُهَا؛ لِأَنَّا عَلِمْنَا أَنَّهَا عَلِقَتْ بِهِ قَبْلَ النِّكَاحِ.

فصل: وأقلُّ مُدَّةِ الْحَمْلِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ؛ لِمَا رُوِيَ أَنَّ عُثْمَانَ، رَضِيَ اللَّهُ

(١ - ١) فِي الْأَصْلِ: «اثنا عشر». وَفِي ف: «اثنتا عشر».

(٢ - ٢) فِي ف: «فِيمَ يَعْلَمُ»، وَفِي م: «فِيمَا يَعْلَمُ».

(٣) فِي م: «ضَبَطَهَا».

(٤) فِي ف: «غَلَامًا».

(٥) فِي الْأَصْلِ: «يَلْحَقُ».

(٦) فِي م: «اجْتِمَاعَهَا».

عنه ، أُتِيَ بامرأة وَلَدَتْ لِسِتَّةَ^(١) أشهر ، فشاوَر القومَ فى رَجْمِهَا ، فقال ابنُ عَبَّاسٍ : أنزَلَ اللهُ تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾^(٢) . وأنزَلَ : ﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾^(٣) . فالِفِصَالُ فى عامَيْنِ ، والحملُ فى سِتَّةِ أشهرٍ^(٤) . وذكرَ^(٥) القُتَيْبِيُّ^(٦) أَنَّ عبدَ المَلِكِ بنَ مَرْوَانَ وُلِدَ لِسِتَّةِ أشهرٍ^(٧) . وأكثرَها أَرْبَعُ سِنِينَ . وعنه ، سَنَتَانِ ؛ لِمَا رَوَى عن عائِشةَ ، رَضِيَ اللهُ عنها ، أَنَّهَا قَالَتْ : لَا تَزِيدُ المَرَأَةُ على سَنَتَيْنِ^(٨) فى الحَمَلِ^(٩) . والأوَّلُ المَذْهَبُ ؛ لِمَا رَوَى الولِيدُ بنُ مُسْلِمٍ ، قَالَ : قلتُ لمَالِكِ بنِ أَنَسٍ : حَدِيثُ عائِشةَ ، رَضِيَ اللهُ عنها : لَا تَزِيدُ المَرَأَةُ على السَّنَتَيْنِ فى الحَمَلِ . قالَ مالِكٌ : سُبْحَانَ اللهِ ، مَنْ يَقُولُ هَذَا ! هَذِهِ جَارَتُنَا امْرَأَةُ مُحَمَّدِ بنِ عَجْلَانَ تَحْمِلُ أَرْبَعَ سِنِينَ^(١٠) . وقالَ أحمدُ : نِسَاءُ بَنِي عَجْلَانَ يَحْمِلْنَ أَرْبَعَ سِنِينَ ، وامْرَأَةُ^(١١)

(١) فى النسخ : « لدون ستة » . والمثبت موافق لمصادر التخریج .

(٢) سورة الأحقاف ١٥ .

(٣) سورة لقمان ١٤ .

(٤) أخرج نحوه عبد الرزاق ، فى : باب التى تضع لسته أشهر . المصنف ٣٥١ / ٧ ، ٣٥٢ .

وسعيد بن منصور ، فى : باب المرأة تلد لسته أشهر . سنن سعيد بن منصور ٦٦ / ٢ .

(٥) بعده فى الأصل ، م : « ابن » .

(٦) فى الأصل ، ف : « القتيبي » .

(٧) انظر المعارف لابن قتيبة ٥٩٥ ، وفيه : « عبد الله بن مروان » خطأ .

(٨) فى الأصل : « السنتين » .

(٩) أخرجه سعيد بن منصور ، فى : سننه ٦٧ / ٢ . والدارقطنى ، فى : سننه ٣٢٢ / ٣ . والبيهقى ،

فى : السنن الكبرى ٤٤٣ / ٧ .

(١٠) أخرجه الدارقطنى ، فى : سننه ٣٢٢ / ٣ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٤٤٣ / ٧ .

(١١) بعده فى ف : « محمد بن » .

عَجَلَانَ حَمَلَتْ ثَلَاثَةَ بُطُونٍ ؛ كُلُّ دَفْعَةٍ أَرْبَعِ سِنِينَ . وَغَالِبُ الْحَمْلِ تِسْعَةُ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّهُ كَذَلِكَ يَقَعُ غَالِبًا .

وَإِذَا أَتَتِ الْمَرْأَةُ بَوْلًا بَعْدَ فِرَاقِهَا لَزَوْجِهَا - بِمَوْتٍ أَوْ طَلَاقٍ بَائِنٍ - بِأَرْبَعِ سِنِينَ ، لَمْ يَلْحَقْ بِهِ ، وَانْتَفَى عَنْهُ بِغَيْرِ إِعَانٍ ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِهِ بَعْدَ زَوَالِ الْفِرَاشِ ، وَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا ، فَوَضَعَتْهُ لِأَرْبَعِ سِنِينَ مِنْذُ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، فَكَذَلِكَ ؛ لِذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ حِينَ الطَّلَاقِ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَلْحَقُهُ ^(١) ؛ لِأَنَّهَا عَلِقَتْ بِهِ بَعْدَ طَلَاقِهِ ^(٢) ، أَشْبَهَتْ الْبَائِنَ . وَالثَّانِيَّةُ ، يَلْحَقُهُ ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الزَّوْجَاتِ ، فَأَشْبَهَتْ مَا قَبْلَ الطَّلَاقِ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ لِأَقَلِّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ قَبْلَ الْحُكْمِ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، لَحِقَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَمَكَنَ إِحْلَاقَهُ بِهِ ، وَالنَّسَبُ مِمَّا يُخْتَاطُ لِإثْبَاتِهِ .

وَإِنْ بَانَ زَوْجَتُهُ مِنْهُ فَوَضَعَتْ وَلَدًا ، ثُمَّ وَضَعَتْ آخَرَ ، يَتْنَهُمَا أَقَلُّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، لَحِقَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُمَا حَمْلٌ وَاحِدٌ . وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا ، لَمْ يَلْحَقْ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ حَمْلٌ ثَانٍ ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَا حَمَلًا وَاحِدًا يَتْنَهُمَا مُدَّةُ الْحَمْلِ ، فَيَعْلَمُ أَنَّهَا عَلِقَتْ بِهِ بَعْدَ زَوَالِ [و٣٣٧] الزَّوْجِيَّةِ .

وَإِنْ اغْتَدَّتْ بِالْأَقْرَاءِ ، ثُمَّ أَتَتْ بَوْلًا لَدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، لَحِقَ بِهِ ، لَعَلِمْنَا أَنَّهَا ^(٣) حَمَلَتْهُ فِي الزَّوْجِيَّةِ ، وَالْدَّمُ دَمٌ فَسَادٍ رَأَتْهُ فِي حَالِ ^(٤) حَمْلِهَا . وَإِنْ

(١) فِي م : « يَلْحَقُ بِهِ » .

(٢) فِي ف : « طَلَاقُهَا » .

(٣) فِي الْأَصْلِ : « أَنَّهُ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : م .

كان أَكْثَرَ^(١) مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ^(٢) بَعْدَ قِضَائِ عِدَّتِهَا^(٣) ، لَمْ يَلْحَقْ بِهِ ؛ لِأَنَّا حَكَمْنَا بِانْقِضَائِ عِدَّتِهَا ، فَلَا تَنْقُضُهَا بِالِاخْتِمَالِ .^(٤) هَذَا قَوْلُ أَصْحَابِنَا^(٥) .

فصل : وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ بَعْدَ انْقِضَائِ عِدَّتِهَا ، ثُمَّ وَلَدَتْ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ تَزَوَّجَهَا الثَّانِي ، فَهُوَ وَلَدُهُ فِي الْحُكْمِ لَا يَنْتَفِي عَنْهُ إِلَّا بِاللُّعَانِ ، وَإِنْ وَلَدَتْ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ^(٦) تَزَوَّجَهَا الثَّانِي ، لَمْ يَلْحَقْ بِهِ ، وَلَا بِالْأَوَّلِ ، وَانْتَفَى عَنْهُمَا بِغَيْرِ لِعَانٍ . وَإِنْ تَزَوَّجَتْ فِي عِدَّتِهَا ، وَوَلَدَتْ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ نِكَاحِ الثَّانِي ، فَهُوَ وَلَدُ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ أُمُكَّنَ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ إِنْ حَاقَهُ بِالثَّانِي . وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا ، فَهَذَا يَحْتَمِلُ^(٧) أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، فَيَرَى الْقَافَّةَ مَعَهُمَا ، فَيَلْحَقُ بِمَنْ أَلْحَقُوهُ بِهِ مِنْهُمَا ؛ فَإِنْ أَلْحَقْتَهُ بِالْأَوَّلِ ، انْتَفَى عَنِ الثَّانِي بِغَيْرِ لِعَانٍ ؛^(٨) لِأَنَّ نِكَاحَهُ^(٩) فَاسِدٌ ، وَإِنْ أَلْحَقْتَهُ بِالثَّانِي ، لَحِقَ . وَهَلْ لَهُ نَفْيُهُ بِاللُّعَانِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ . وَالْأُخْرَى ، لَا يَنْتَفِي عَنْهُ بِحَالٍ . وَإِنْ لَمْ تُوجَدْ قَافَةٌ ، أَوْ أَشْكَلَ أَمْرُهُ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُتْرَكُ حَتَّى يَتَلَعَّ فَيَنْتَسِبَ إِلَى مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا . وَالْأُخْرَى ، يَضِيعُ نَسَبُهُ .

فصل : إِذَا أَتَتْ زَوْجَتُهُ بِوَلَدٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، فَقَالَتْ : هَذَا وَلَدِي

(١) فِي م : « أَكْثَر » .

(٢ - ٢) فِي م : « فَصَاعِدًا » .

(٣ - ٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، س ٣ .

(٤) بَعْدَهُ فِي الْأَصْلِ : « انْقَضَتْ عِدَّتُهَا وَلِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ » .

(٥) فِي ف : « مُحْتَمِل » .

(٦ - ٦) فِي ف : « لِأَنَّهُ نِكَاحٌ » .

منك . فقال : ليس هذا ^(١) وَلَدِي منك ^(١) ، بل استعزتيه ، أو : التَّقْطِيه .
 ففيه وجهان ؛ أحدهما ، القول قولها ؛ لأنه خارج تنقضي به العدة ، فالقول
 قولها فيه ، كالحَيْض . والثاني ، القول قوله ، ولا يُقبل قولها إِلَّا بَيِّنَةٌ ؛ لأنَّ
 الولادة يُمكن إقامة البَيِّنَة عليها ، و ^(٢) الأصل عدمها ، فكانت البَيِّنَة على
 مدَّعيها ، وَيَكْفِي في ذلك امرأة عَدْلَة ، وإذا ثبتت ولادتها ، لحق نسبه به ؛
 لأنَّه وُلِدَ على فراشه . وإن كان خلافهما في انقضاء العدة ، فالقول قولها
 في انقضائها بغير بَيِّنَة ؛ لأنَّ المَرْجِع إليها فيها . وإن قال : هو من زوج
 قبلي . ولم يكن لها قبله زوج ، أو كان ولم يُمكن إلحاقه به ، لحقه ، ولم
 يُلتَفَت إلى قوله . وإن قال : هو من وطئ شُبْهَة . أو قال : لم تزني ، ولكن
 ليس هذا الولد مني . فقال الخِرَقِيُّ : هو وَلَدُه في الحُكْم ، ولا حَدُّ عليه
 لها ؛ لأنَّه لم يَقْذِفْها ، ولا لِعَان بَيِّنَتُهما ؛ لأنَّ من شَرَطَه القَذْف ، ولم
 يَقْذِفْها . وقال أبو الخطَّاب : هل له أن يُلاعِنَ لنفي الولد ؟ على روايتين ؛
 إحداهما ، لا يُلاعِنُ ؛ لذلك ^(٣) . والثانية ، له أن يُلاعِنَ ؛ لأنَّه يَحْتَاجُ إلى
 نفي النَّسَبِ الفاسِدِ ، فشرع ، كما لو قَذَفْها .

فصل : ومن ولدت زوجته بعد وطئه لها بسِتَّة أشهرٍ من غير مُشاركةٍ
 غيره له في وطئها ، لحقه نسب ولدها ، ولم يحلَّ له نفيه ؛ لما روى أبو
 هُرَيْرَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عنه ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ حِينَ نَزَلَتْ آيَةُ الْمُلَاعَنَةِ :

(١ - ١) في ف : « ولدك » ، وفي س ٣ : « ولدي » .

(٢) في ف : « لأن » .

(٣) في م : « كذلك » .

«أَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ، احْتَجَبَ اللَّهُ عَنْهُ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُغُوسِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ». أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١). وَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ مِنْ غَيْرِهِ، بَأَنَّ ^(٢) يَرَاهَا تَزْنِي فِي طَهْرٍ لَمْ يُصِبْهَا فِيهِ، فَاجْتَنَبَهَا حَتَّى وَلَدَتْ، لَزِمَهُ قَذْفُهَا، وَ ^(٣) نَفَى وَلَدَهَا؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي الْحَدِيثِ: «وَأَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتَهُ» ^(٤). فَلَمَّا حَرَّمَ عَلَيْهَا أَنْ تُدْخَلَ [٣٣٧ظ] عَلَيْهِمْ نَسَبًا لَيْسَ مِنْهُمْ، دَلَّ عَلَى أَنَّ الرَّجُلَ مِثْلُهَا ^(٥)، وَلَا تَهْ إِذَا لَمْ يَنْفِهِ، زَا حَمَ وَلَدَهُ فِي حُقُوقِهِمْ، وَنَظَرَ إِلَى حَرَمِهِ ^(٦)، بِحُكْمٍ أَنَّهُ مَحْرَمٌ لَهُنَّ. وَإِنْ لَمْ يَرَهَا تَزْنِي، لَكِنْ عَلِمَ أَنَّ الْوَلَدَ مِنْ غَيْرِهِ؛ لَكُونِهِ لَمْ يُصِبْهَا، لَزِمَهُ نَفَى وَلَدَهَا؛ لِذَلِكَ ^(٧). وَلَيْسَ لَهُ قَذْفُهَا؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ مُكْرَهَةً، أَوْ مَوْطُوءَةً بِشُبْهَةٍ. وَإِنْ كَانَ يَطُؤُهَا وَيَغْزِلُ، لَمْ يَكُنْ لَهُ نَفَى وَلَدَهَا؛ لِمَا رَوَى أَبُو سَعِيدٍ الْخُدْرِيُّ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، قَالَ: قَالُوا لِرَسُولِ اللَّهِ ^(٨): إِنَّا نُصِيبُ ^(٩) النِّسَاءَ وَنُحِبُّ الْأَثْمَانَ، أَفَنَغْزِلُ ^(٩)

(١) فِي، بَابِ التَّغْلِيظِ فِي الْإِنْتِفَاءِ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ. سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٥٢٥/١.
كَمَا أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ، فِي: بَابِ التَّغْلِيظِ فِي الْإِنْتِفَاءِ مِنَ الْوَلَدِ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ. الْمَجْتَبَى ١٤٧/٦.

(٢) فِي م: «مِثْلُ أَنْ».

(٣) فِي م: «أَوْ».

(٤) هُوَ طَرَفُ الْحَدِيثِ الْمَتَقَدِّمِ.

(٥) فِي الْأَصْلِ، س ٣، م: «مِثْلُهُ».

(٦) فِي ف: «حَرِيمِهِ».

(٧) فِي م: «كَذَلِكَ».

(٨) فِي ف: «يَا رَسُولَ».

(٩ - ٩) فِي م: «الْإِمَاءَ فَنَغْزِلُ».

عَنْهُمْ ، فقال : « إِنَّ اللَّهَ إِذَا قَضَى خَلْقَ نَسَمَةٍ خَلَقَهَا »^(١) . ولأنه قد يسبقُ
 مِنَ الْمَاءِ مَا لَا يُحْسُ بِهِ ، فَتَعَلَّقُ بِهِ^(٢) . وإن كان يُجامِعُهَا دُونَ الْفَرْجِ ، أَوْ فِي
 الدُّبُرِ ، فقال أصحابنا : ليس له نَفْيُهُ ؛ لَأَنَّهُ قَدْ يَسْبِقُ مِنَ الْمَاءِ إِلَى الْفَرْجِ مَا لَا
 يُحْسُ بِهِ^(٣) .

فصل : وإن ولدت امرأته غلامًا أسودَ وهما أبيضان ، أو أبيضَ وهما
 أسودان ، لم يَجْزُ له نَفْيُهُ . ذكره ابن حامد ؛ لما روى أبو هريرة ، رَضِيَ اللَّهُ
 عنه ، قال : جاء رجلٌ إلى النبي ﷺ فقال : إِنَّ امْرَأَتِي جَاءَتْ بِوَلَدٍ أَسْوَدَ .
 يُعَرِّضُ بِنَفْيِهِ ، فقال النبي ﷺ : « هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ ؟ » . قال : نعم . قال :
 « فَمَا أَلْوَانُهَا ؟ » . قال : حُمْرٌ . قال : « هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْزَقٍ ؟ » . قال : إِنَّ
 فِيهَا لَوْزَقًا^(٤) . قال : « فَأَنَّى أَتَاهَا ذَلِكَ ؟ » . قال : عسى أن يكون نَزَعَهُ
 عِزْقٌ . قال : « وَهَذَا عَسَى أَنْ يَكُونَ نَزَعُهُ عِزْقٌ »^(٥) . قال : ولم يُرَخِّصْ له
 فِي الْإِنْتِفَاءِ مِنْهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . وَلِأَنَّ دَلَالََةَ وَلَادَتِهِ عَلَى فِرَاشِهِ قَوِيَّةٌ ، وَدَلَالََةُ

(١) انظر ما تقدم تخريجه من حديثه في صفحة ٣٨٣ .

(٢) في م : « منه » .

(٣) في م : « تحس » ، وغير منقوطة في : الأصل ، س ٣ .

(٤) في م : « أوزقا » .

(٥) بعده في س ٣ : « فيه » .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب من شبه أصلا معلوما ... من كتاب الاعتصام . صحيح

البخاري ١٢٥ / ٩ . ومسلم ، في : كتاب اللعان . صحيح مسلم ١١٣٧ / ٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب إذا شك في الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ /

٥٢٥ . والنسائي ، في : باب إذا عرض بامرأته ... من كتاب الطلاق . المجتبى ١٤٦ / ٦ ، ١٤٧ .

والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٢٣٩ ، ٤٠٩ .

الشَّبه^(١) ضَعِيفَةٌ ، فلا يجوزُ مُعَارَضَةُ الْقَوِيِّ بِالضَّعِيفِ ، ولذلك لما اختلفَ عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ وَسَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ فِي^(٢) ابْنِ أُمِّهِ زَمْعَةَ^(٣) ، وقال عَبْدُ : أَخِي وَلَدَ عَلَى فِرَاشِ أَبِي . فقال سعدٌ : ابْنُ أَخِي عَهْدَ إِلَى فِيهِ أَخِي^(٤) . ورَأَى النَّبِيُّ ﷺ بِهِ^(٥) شَبَهَا بَيْنَنَا بَعْتَبَةَ^(٦) ، فقال : « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٧) . فَاعْتَبَرَ الْفِرَاشَ دُونَ الشَّبهِ . وقال القاضى : ظاهرُ كلامِ أَحْمَدَ أَنَّ لَهُ نَفْيَهُ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ فِي امْرَأَةٍ هَلَالٍ : « انْظُرُوهَا^(٨) ؛ فَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَوْزَقَ^(٩) جَعْدًا جَمَالِيًّا^(١٠) خَدَلَجَ السَّاقِينَ^(١١) سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ^(١٢) ، فَهُوَ لِشَرِيكَ^(١٣) » . فجاءَتْ بِهِ عَلَى النَّعْتِ الْمَكْرُوهِ ، فقال النَّبِيُّ ﷺ : « لَوْلَا الْإِيْمَانُ ، لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » . أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ^(١٤) .

(١) فِي م : « الشَّبهَة » .

(٢ - ٢) فِي م : « غلام » .

(٣ - ٣) فِي م : « فقال سعد : هذا يا رسول الله ابن أخى عتبة بن أبى وقاص ، عهد إلى أنه ابنه ، انظر إلى شبهه . وقال عبد بن زمعة : هذا أخى يا رسول الله ، ولد على فراش أبى من وليدته » .

(٤) فِي م : « فِيهِ » .

(٥) فِي م : « لَعْتَبَة » .

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٠١ .

(٧) فِي م : « أَبْصَرُوهَا » .

(٨) فِي م : « أبيض سبطا ، قضى العينين » .

(٩ - ٩) فِي م : « فهو لهلال بن أمية ، وإن جاءت به أكحل جعدًا ، أحمش الساقين » .

(١٠) جمالى : ضخم الأعضاء تام الأوصال ، كأنه الجملى .

(١١) خدلج الساقين : ممتلئهما .

(١٢) بعده فى م : « رواه أحمد ، ومسلم » .

(١٣) تقدم تخريجه فى صفحة ٥٨٣ من حديث ابن عباس .

فَجَعَلَ الشُّبْهَةَ^(١) دَلِيلًا عَلَى نَفْيِهِ عَنِ^(٢) الزَّوْجِ^(٣) .

فصل : وَإِنْ رَأَاهَا تَزْنِي ، وَلَمْ يَكُنْ لَهَا^(٤) نَسَبٌ يُلْحَقُهُ ، فَلَهُ قَذْفُهَا ؛
لَأَنَّ هَلَالًا وَعُومِيرًا قَذَفَا زَوْجَتَيْهِمَا قَبْلَ أَنْ يَكُونَ ثُمَّ نَسَبٌ يُنْفَى . وَلَهُ أَنْ
يَشْكُتَ ؛ لِأَنَّهُ لَا نَسَبَ فِيهِ يَنْفِيهِ ، وَفِرَاقُهَا مُمَكِّنٌ^(٥) بِالطَّلَاقِ ، فَيَسْتَعْنِي عَنِ
اللَّعَانِ . وَإِنْ أَقَرَّتْ عِنْدَهُ بِالزَّنى ، فَوَقَعَ فِي نَفْسِهِ صَدْقُهَا ، أَوْ^(٦) أَخْبَرَهُ بِذَلِكَ
ثِقَّةٌ ، أَوْ^(٧) اسْتَفَاضَ فِي النَّاسِ أَنَّ رَجُلًا يَزْنِي بِهَا ، ثُمَّ رَأَى الرَّجُلَ يَخْرُجُ
مِنْ عِنْدِهَا فِي أَوْقَاتِ الرَّيبِ ، فَلَهُ قَذْفُهَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ زِنَاهَا ، وَإِنْ لَمْ يَرَ
شَيْئًا ، وَلَا اسْتَفَاضَ ، سِوَى أَنَّهُ رَأَى رَجُلًا يَخْرُجُ مِنْ عِنْدِهَا مِنْ غَيْرِ
اسْتِفَاضَةٍ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ قَذْفُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ^(٨) أَنْ يَكُونَ دَخَلَ هَارِبًا ، أَوْ
سَارِقًا ، أَوْ لِيُرَاوِدَهَا عَنْ نَفْسِهَا ، فَمَنْعَتْهُ ، فَلَمْ يَجْزُ قَذْفُهَا بِالشَّكِّ . وَإِنْ
اسْتَفَاضَ ذَلِكَ ، وَلَمْ يَرَ يَدْخُلُ إِلَيْهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَجُوزُ
قَذْفُهَا ؛ لِأَنَّ الاسْتِفَاضَةَ أَقْوَى مِنْ خَبَرِ الثَّقَةِ . [٣٣٨و] وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛
لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّ^(٨) عَدُوًّا أَشَاعَ ذَلِكَ عَنْهَا .

(١) فِي م : « الشُّبْهَةُ » .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « عَلَى » .

(٣) فِي ف : « الزَّوْجِيَّة » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، س ٣ .

(٥) فِي ف : « يُمْكِنُ » .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « وَ » .

(٧) فِي ف : « يُمْكِنُ » .

(٨) بَعْدَهُ فِي ف : « يَكُونُ » .

فصل : ومن ملك أمة ، لم تصر فراشا بنفس الملك ؛ لأنه قد يقصد بملكها التمول ، أو ^(١) التجمل ، أو التجارة ، أو الخدمة ، فلم يتعين لإرادة الوطء ، فإن أتت بولد ولم يعترف به ، لم يلحقه نسبه ؛ لأنه لم يولد على فراشه ، فإذا وطئها ، صارت فراشا له ، فإذا أتت بولد لمدة الحمل من ^(٢) يوم الوطء ، لحقه نسبه ^(٣) ؛ لأن سغدا نازع عبد بن زمعة في ابن وليدة ^(٤) زمعة فقال عبد بن زمعة : هو أخى وابن وليدة أبى ، ولد ^(٥) على فراشه . فقال رسول الله ﷺ : « هو لك يا عبد بن زمعة ، الولد للفراش ، وللعاهر الحجر » . متفق عليه ^(٦) . فإن ادعى أنه كان يعزل عنها ، لم ينتف عنه الولد ^(٧) بذلك ؛ لما ذكرنا في الزوجة . وقد روى عن عمر ، رضى الله عنه ، أنه قال : ما بال رجال ^(٨) يطئون ولائدهم ، ثم يعزلونها ، لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها إلا ألحق بها ولدها ، فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ^(٩) . وإن اعترف بوطئها دون الفرج ، فقال أصحابنا : يلحقه ^(١٠)

(١) فى الأصل : « و » .

(٢) بعده فى م : « حين » .

(٣) زيادة من : الأصل .

(٤) بعده فى الأصل : « ابن » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) تقدم تخريجه فى صفحة ٦٠١ .

(٧) سقط من : م .

(٨) فى م : « قوم » .

(٩) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب القضاء فى أمهات الأولاد ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٢ /

٧٤٢ . وعبد الرزاق ، فى : المصنف ٧ / ١٣٢ . والبيهقى ، فى : السنن الكبرى ٧ / ٤١٣ .

(١٠) بعده فى م : « نسب » .

ولَدُهَا ؛ لِأَنَّ الْمَاءَ قَدْ يَسْبِقُ إِلَى الْفَرْجِ مِنْ حَيْثُ لَا يَعْلَمُ . وَإِنْ انْتَفَى مِنْ
وَلَدِهَا بَعْدَ اعْتِرَافِهِ بِوَطْئِهَا ، لَمْ يُلَاعِنْ ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ لَا يَكُونُ إِلَّا بَيْنَ
الزَّوْجَيْنِ ، وَلَا يَنْتَفَى عَنْهُ ، إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَ أَنَّهُ اسْتَبْرَأَهَا بَعْدَ وَطْئِهِ لَهَا ، فَإِنْ
ادَّعَى ذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَيَنْتَفَى وَلَدُهَا عَنْهُ ، وَيَقُومُ ذَلِكَ مَقَامَ اللَّعَانِ فِي
نَفْيِ الْوَلَدِ .

فهرس

الجزء الرابع من الكافي

الصفحة

كتاب الوصايا

- الوصية هي التبرع بعد الموت ٥
- فصل : ويستحب لمن رأى موصيا يحيف في وصيته أن ينهاه ٧
- فصل : ولا يجوز لمن له وارث الوصية بزيادة على الثلث ٧
- فصل : فإن أوصى بجزء من المال ، فأجاز الوارث ، ثم قال : إنما
- أجزتها ظنا منى أن المال قليل ٨
- فصل : ويعتبر خروجه من الثلث وقت الموت ٨
- باب من تصح وصيته والوصية له ومن لا تصح ١١ - ١٦
- من ثبتت له الخلافة ، صحت وصيته بها ١١
- فصل : ومن عليه حق تدخله النيابة ... صحت الوصية به ١٢
- فصل : ومن صح تصرفه في المال ، صحت وصيته ١٢
- فصل : ولا تصح الوصية بمعصية ١٣
- فصل : ولا تجوز الوصية لوارث ١٣
- فصل : ولا تصح الوصية لمن لا يملك ١٤

فصل :	وإن وصى لعبده بمعين من ماله ، أو بمائة ، لم يصح	١٥
باب ما تجوز به الوصية	١٧ - ٢٠	
تصح الوصية بكل ما يمكن نقل الملك فيه	١٧	
فصل : وتجوز الوصية بالمنافع	١٧	
فصل : وتجوز الوصية بما يجوز الانتفاع به من النجاسات	١٨	
فصل : ويجوز تعليقها على شرط فى الحياة	١٨	
فصل : وإذا كانت الوصية لغير معين ... أو لمن لا يعتبر		
قبوله ... لزمّت بالموت	١٨	
فصل : وإن رد الوصية فى حياة الموصى ، لم يصح الرد	١٩	
فصل : وإن مات الموصى له قبل موت الموصى ، بطلت الوصية	١٩	
باب ما يعتبر من الثلث	٢١ - ٢٨	
ما وصى به من التبرعات ... اعتبر من الثلث	٢١	
فصل : فأما عطيته فى صحته ، فمن رأس ماله	٢٢	
فصل : والمرض المخوف ؛ كالتفاعون ، والقولنج ، والرعاف الدائم	٢٣	
فصل : وإذا ضرب الحامل الطلق ، فهو مخوف	٢٤	
فصل : فأما بيع المريض بثلث المثل ... فلازم من جميع المال	٢٤	
فصل : فإن عجز الثلث عن التبرعات ، قدمت العطايا على الوصايا	٢٥	

- فصل : وإذا عتق بعض العبد بالقرعة ، تبينا أنه كان حرا ٢٦
- فصل : وإن وهب المريض مريضا عبدا ... ثم وهبه الثانى
- لأول ... فقد صحت هبة الأول فى شىء ٢٦
- فصل : ولو تزوج المريض امرأة صداق مثلها خمسة ، فأصدقها
- عشرة لا يملك غيرها ، فماتت قبله ، ثم مات ٢٧
- فصل : وإن باع المريض عبدا لا يملك غيره ، قيمته ثلاثون بعشرة ٢٧
- فصل : ومن وصى لرجل بثلث ماله ومنه حاضر وغائب ،
- وعين ودين ، فللموصى له ثلث العين الحاضرة ، ٢٧
- فصل : وإن وصى له بمنفعة عبد سنة ، ففى اعتبارها من الثلث
- وجهان ؛ ٢٨
- باب الموصى له ٢٩ - ٣٤
- إذا وصى لجيرانه ، صرف إلى أربعين دارا من كل جانب ٢٩
- فصل : والغلمان والصبيان ؛ الذكور ممن لم يبلغ ٣١
- فصل : ومن وصى لصنف من أصناف الزكاة ، صرف إلى من
- يستحق الزكاة من ذلك الصنف ٣١
- فصل : وإن وصى لحمل امرأة ، فولدت ذكرا أو أنثى ،
- فهما سواء ٣٢

فصل : ومتى كانت الوصية لجمع يمكن استيعابهم ، لزوم استيعابهم ٣٢

فصل : وإن وصى لزيد والمساكين ، فلزيد النصف ، وللمساكين

النصف ٣٣

فصل : وإن قال له : ضع ثلثي حيث يريدك الله . لم يملك أخذه

لنفسه ٣٣

فصل : إذا وصى بشيء لله ولزيد ، فجميعه لزيد ٣٤

باب الوصية بالأنصباء ٣٥ - ٤٤

إذا وصى لرجل بسهم من ماله ٣٥

فصل : وإن وصى له بنصيب ، أو حظ ، ... أعطاه الورثة ما شاءوا ٣٦

فصل : وإن وصى له بمثل نصيب أحد ورثته ، أعطى مثل ما

لأقلهم نصيبا ٣٦

فصل : وإن وصى له بضعف نصيب ابنه ، فله مثل نصيبه

مرتين ٣٦

فصل : وإن وصى لرجل بجزء مقدر من ماله ... أخذته من مخرجه

فدفعته إليه ٣٧

فصل : وإن وصى لرجل بثلاث ماله ، ولآخر بمثل نصيب أحد

ورثته... ففيها وجهان ٣٩

فصل : وإن وصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته ، ولآخر بجزء

..... مما يبقى من المال ٤٠

فصل : وإن وصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته ، ولآخر بثلاث

..... ما بقى من الثلاث ٤١

فصل : وإذا كان له مائتا درهم ، وعبد قيمته مائة ، فأوصى

..... لرجل بثلاث ماله ، ولآخر بالعبد ٤١

فصل : وإن وصى بثلاث ماله لوارثه وأجنبي ، فأجز لهما ،

..... فهو بينهما ٤٢

فصل : وإن وصى له بمثل نصيب أحد ورثته إلا جزءا من المال ٤٣

فصل : وإن وصى له بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما يبقى

..... بعد النصيب ٤٣

باب جامع الوصايا ٥٦ - ٤٥

إذا وصى بعبد من عبيده ، ولا عبيد له ... فالوصية باطلة ٤٥

فصل : وإن وصى بعرق عبد وله عبيد ، احتمل أن يجزئ ٤٦

فصل : وإن قال : أعطوه شاة من غنمى . فهو كالوصية بعبد

..... من عبيده ٤٧

فصل : وإن أوصى له بدابة ، أعطى من الخيال أو البغال أو الحمير ٤٧

- فصل : وإن وصى بكلب يباح اقتناؤه ، صحت الوصية ٤٨
- فصل : وإن وصى له بطبل من طبوله ، وله طبول حرب ، أعطى
واحدًا منها ٤٩
- فصل : وإن وصى له بقوس وأطلق ، انصرف إلى قوس الرمي
بالسهم ٤٩
- فصل : وإذا وصى له بعبد ، ولآخر يباقي الثلث ، دفع العبد إلى
صاحبه ، وتماثل الثلث للآخر ٥٠
- فصل : وإن وصى لرجل بمائة ، ولآخر بتمام الثلث ولثالث
بالثلث ، فأجيز لهم ٥٠
- فصل : إذا أوصى لرجل بمنفعة جارية ، ولآخر برقبتها ، صح ٥١
- فصل : ومن أوصى له بشيء ، فتلّف بعضه أو هلك ، فله ما بقى
إن حمّله الثلث ٥٣
- فصل : إذا أوصى بعق مكاتبه أو الإبراء مما عليه ٥٣
- فصل : وإن وصى لرجل بمال الكتابة ، ولآخر برقبته ، صح ٥٤
- فصل : وإذا قال : حجوا عني بخمسمائة . وهي تخرج من الثلث ،
وجب صرفها كلها في الحج ٥٤
- فصل : وإذا أوصى ببيع عبده ، فالوصية باطلة ٥٦

باب الرجوع فى الوصية	٥٧ - ٦٠
يجوز الرجوع فى الوصية	٥٧
فصل : وإن قال : هو تركتى . لم يكن رجوعا	٥٧
فصل : وإن باعه ، أو وهبه ،... كان رجوعا	٥٨
فصل : وإن وصى بثلث ماله ، ثم باع ماله ، لم يكن رجوعا	٥٨
فصل : وإن وصى بطعام معين فخلطه بغيره ، كان رجوعا	٥٨
فصل : وإن وصى بحنة فزرعها أو طحنها ، أو بدقيق فخبزه ،...	
كان رجوعا	٥٩
فصل : وإن وصى بأرض ، ثم زرعها ، لم يكن رجوعا	٥٩
باب الأوصياء	٦١ - ٦٦
لا تصح الوصية إلا إلى عاقل	٦١
فصل : وتصح وصية الرجل إلى المرأة	٦٢
فصل : وتعتبر هذه الشروط حال العقد	٦٢
فصل : ويجوز أن يوصى إلى رجل ، فإن مات فإلى آخر	٦٤
فصل : وللوصى التوكيل فيما لم تجر العادة أن يتولاه بنفسه	٦٥
فصل : ولا تتم إلا بالقبول	٦٥
فصل : وللموصى عزل الوصى متى شاء	٦٥

فصل : إذا بلغ الصبي ، فاختلف هو والوصى فى النفقة ،

فالقول قول الوصى ٦٥

فصل : إذا ملك المريض من يعتق عليه ٦٦

كتاب الفرائض

وهى علم الموارث ٦٧

فصل : وأسباب التوارث ثلاثة ؛ رحم ، ونكاح ، وولاء ٦٨

فصل : والمجمع على توريثهم من الذكور عشرة ٦٨

فصل : وينقسم الوارث إلى ذوى فرض ، وعصبة ، وذوى رحم ٦٩

باب ذوى الفروض ٧١ - ٨٢

وهم عشرة ٧١

فصل : وأما الأم ، فلها ثلاثة فروض ٧١

فصل : وللأم حال رابع ، وهو إذا لاعنها زوجها ونفى ولدها ،

وتم اللعان بينهما ٧٢

فصل : وللأب ثلاثة أحوال ٧٣

فصل : وللجد أحوال الأب الثلاثة ، ٧٤

فصل فى المعادة : ولد الأب إذا انفردوا يقومون مقام ولد

الأبوين فى مقاسمة الجد ٧٥

فصل : وللجدة السدس ٧٦

فصل : فأما البنات ، فلهن الثلثان وإن كثرن ٧٩

فصل : وبنات الابن كبنات الصلب سواء ٨٠

فصل : وللأخت للأبوين النصف ٨١

فصل : فأما ولد الأم ، فلواحدهم السدس ... وللأثنين السدسان ٨٢

باب ما يسقط ذوى الفروض ٨٣ - ٨٦

تسقط بنات الابن بالابن ، ويسقطن باستكمال البنات الثلثين ٨٣

فصل : ويسقط ولد الأبوين بثلاثة ٨٣

فصل : ويسقط ولد الأم بأربعة ٨٤

فصل : ومن لم يرث لمعنى فيه ... لم يحجب غيره ٨٥

باب أصول سهام الفرائض ٨٧ - ٩٠

الفروض المذكورة فى كتاب الله تعالى النصف ، والرابع ،

والثمن ، والثلثان ، والثلث ، والسدس ٨٧

فصل : وأصل الستة يتصور عوله إلى عشرة ٨٨

فصل : وأصل اثنى عشر تعول على الأفراد إلى ثلاثة عشر ٨٩

باب تصحيح المسائل ٩١ - ٩٢

إذا لم تنقسم سهام فريق من الورثة عليهم قسمة صحيحة ،

- ضربت عددهم فى أصل المسألة ٩١
- باب الرد ٩٣ - ٩٦
- إذا لم تستغرق الفروض المال ، وفضلت منه فضلة ، ولم يكن
- عصبة ، فالفاضل عن ذوى الفروض مردود عليهم ٩٣
- فصل : فإن اجتمع مع أهل الرد أحد الزوجين ، أعطيته من أصل
- مسأله ، ٩٤
- باب ميراث العصبة من القرابة ٩٧ - ١٠٠
- وهم كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى ٩٧
- فصل : وأربعة من الذكور يعصبون أخواتهم فيمنعونهن
- الفرض ، ويقتسمون ما ورثوا ٩٨
- فصل : وإن اجتمع فى شخص واحد شيئان يقتضيان الإرث ...
- ورث بهما جميعا ٩٨
- باب المناسخات ١٠١ ، ١٠٢
- إذا لم تقسم تركة الميت الأول حتى مات بعض وراثه ١٠١
- فصل : فإن خلف الميت تركة معلومة ، فانسب سهام كل
- وارث من المسألة ، وأعطه مثل تلك النسبة من التركة ١٠٢
- باب ميراث الغرقى ومن عمى موتهم ١٠٣ ، ١٠٤

إذا مات متوارثان فلم يعلم أيهما مات قبل صاحبه ، ورث كل

واحد منهما من صاحبه ١٠٣

باب ميراث ذوى الأرحام ١١٠ - ١٠٥

ويرثون إذا لم يكن عصبه ، ١٠٥

فصل : وطريق توريثهم بالتنزيل أن ينزل كل واحد منهم منزلة

من يدلى به من الوارث ١٠٥

فصل : ولا يرث ذو رحم مع ذى فرض ولا عصبه إلا مع الزوج ١٠٩

باب ميراث الخنثى ١١٤ - ١١١

وهو الذى له ذكر وفرج امرأة ١١١

باب ميراث الحمل ١١٦ ، ١١٥

إذا مات عن حمل يرثه ، فطالب بقية الورثة بالقسمة ، وقف

نصيب ابنين ذكرين ... أو أنثيين ١١٥

باب ما يمنع الميراث ١٢٢ - ١١٧

ويمنع الميراث ثلاثة أشياء ؛ اختلاف الدين ١١٧

فصل : ومن أسلم على ميراث قبل أن يقسم ، قسم له ١١٨

فصل : ويرث الكفار بعضهم بعضا وإن اختلفت أديانهم ١١٨

فصل : وإذا أسلم المجوس ، أو تحاكموا إلينا ، ورثوا بجميع

قراباتهم	١١٩
فصل : والثانى من الموانع ، الرق	١٢٠
فصل : ومن بعضه حر يرث ويورث	١٢٠
فصل : الثالث من الموانع ، قتل الموروث	١٢١
باب ذكر الطلاق الذى لا يمنع الميراث	١٢٣ - ١٢٦
إذا طلق الرجل زوجته طلاقا رجعيا ، لم ينقطع التوارث بينهما	١٢٣
فصل : وإن طلق امرأته قبل الدخول فهل ترثه ؟ فيه روايتان	١٢٤
فصل : لو تسببت الزوجة فى فسخ نكاحها فى مرضها ...	
بانت ، وورثها زوجها	١٢٥
فصل : وإن تزوج نساء بعضهن عقدها فاسد ، ولم تعلم بعينها ...	
أقرع بينهن	١٢٥
باب الإقرار بمشارك فى الميراث	١٢٧ - ١٣٠
إذا أقر جميع الورثة بمشارك لهم فى الميراث ، ثبت نسبه ،	
وورث	١٢٧
فصل : وإن أقر من أعيلت له المسألة بمن يسقط العول ...	
فاضرب وفق مسألة الإقرار فى مسألة الإنكار	١٢٨
باب ميراث المفقود	١٣١ ، ١٣٢

إذا غاب الإنسان وخفى خبره ، وغالب سفره السلامة ...

انتظر به تمام تسعين سنة من يوم ولد ١٣١

باب الولاء ١٣٣ - ١٣٦

ومن أعتق مملوكا ، ثبت له عليه الولاء ١٣٣

فصل : ومن أعتق عبده سائبة ، أو قال : أعتقتك ، ولا ولاء لى

عليك ... ففيه روايتان ١٣٤

فصل : وإن أعتق مسلم كافرا ، أو كافر مسلما ، ثبت

له الولاء ١٣٤

فصل : ولا يجوز بيع الولاء ولا هبته ١٣٤

باب الميراث بالولاء ١٣٧ - ١٤٢

إذا مات المعتق ولم يخلف وارثا من نسبه ، ورثه مولاه ، ١٣٧

فصل : وإذا مات رجل عن ابنين ومولى ، فمات أحد الابنين

بعده عن ابن ، ثم مات المولى ١٣٩

فصل فى جر الولاء : إذا تزوج عبد معتقة قوم فأولدها ، فولاء

الولد لمولى أمه ١٣٩

فصل : وإن تزوج عبد أمة فأولدها ، فأعتقها سيدها وولدها ، ثبت

له الولاء عليهم ١٤٠

فصل : إذا تزوج عبد معتقة قوم فأولدها ولدا ، فاشترى الولد

أباه ١٤١

فصل : ولو تزوج عبد معتقة فأولدها بنتين ، فاشترى أباهما ١٤١

كتاب العتق

وهو قربة مندوب إليها ١٤٣

فصل : ويحصل العتق بثلاثة ؛ القول ، والملك ، والاستيلاد ١٤٣

فصل : ولا يصح العتق إلا من جائز التصرف ١٤٥

فصل : وإن كان العبد بين شريكين ، فأعتق أحدهما نصيبه

وهو موسر ١٤٥

فصل : وإن أعتق المعسر بعض عبده ، عتق كله ١٤٨

فصل : وإذا ملك بعض عبد ، فأعتقه في مرض موته أو دبره ،

فعتق بموته ١٤٨

فصل : وإذا كان العبد لثلاثة ، لأحدهم نصفه ، وللآخر ثلثه ،

وللثالث سدسه ١٤٨

فصل : وإذا كان العبد لثلاثة ، فأعتقوه معا ... عتق على كل

واحد حقه منه ١٤٩

- فصل : فأما العتق بالملك ، فإن من ملك ذا رحم محرم ، عتق
 ١٥٠ عليه بمجرد ملكه
- فصل : وإن وهب لصبي من يعتق عليه ... وكان بحيث لا
 ١٥١ يجب على الصبي نفقته
- فصل : وإذا أعتق في مرضه عبدا لا مال له غيرهم ... لم يعتق
 ١٥٢ منهم إلا الثلث
- فصل : ولو أعتقهم وثلثه يحتملهم ، فأعتقناهم ، ثم ظهر عليه
 ١٥٣ دين يستغرقهم
- فصل : فإن مات بعضهم ، أقرعنا بينهم ١٥٣
- فصل في كيفية القرعة : قال أحمد : بأى شئ خرجت القرعة ،
 ١٥٤ وقع الحكم به
- فصل : إذا أعتق الأمة وهى حامل ، عتق جنينها ١٥٦
- فصل : وإذا كان العبد بين شريكين ، فادعى كل واحد منهما
 ١٥٦ أن شريكه أعتق نصيبه
- فصل : وإن ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه ، وهما
 ١٥٨ موسران
- فصل : إذا ادعى العبد أن سيده أعتقه ، وأقام شاهدا ، حلف

مع شاهده	١٥٨
فصل : إذا مات رجل وخلف ابنين ، وعبدان متساويي القيمة ،	
فاعترف كل واحد منهما بعق أحد العبدان	١٥٨
باب تعليق العتق بالصفة	
١٥٩ - ١٦٢	
ويجوز تعليق العتق بالصفة	
١٥٩	
فصل : وإن علق عتق أمته على صفة وهي حامل ، تبعها ولدها	
في ذلك	
١٦٠	
فصل : وإذا علق العتق بصفة ، لم يملك إبطالها بالقول	
١٦٠	
فصل : وإن علق العتق على صفة قبل الملك ... لم يعتق	
١٦١	
باب التدبير	
١٦٣ - ١٦٩	
ومعناه تعليق الحرية بالموت	
١٦٣	
فصل : ويجوز مطلقا ومقيدا	
١٦٣	
فصل : ولو قال : أنت حر بعد موتى بشهر . ففيه روايتان	
١٦٤	
فصل : ويجوز تدبير المعلق عتقه على صفة	
١٦٤	
فصل : ويجوز بيع المدبر	
١٦٥	
فصل : وإذا زال ملكه عن المدبر يبيع أو غيره ، ثم عاد إليه ،	
رجع التدبير بحاله	
١٦٦	

فصل : ولو دبره ثم قال : قد رجعت فى تديرى ...

لم يطل ١٦٦

فصل : وإذا دبر أحد الشريكين نصيبه ، لم يسر إلى نصيب

شريكه ١٦٦

فصل : وما ولدت المدبرة بعد تديرها ، فولدها بمنزلتها ١٦٧

فصل : ويصح تدير الصبى المميز والسفيه ١٦٧

فصل : إذا ادعى العبد أن سيده دبره ، فأنكر ، فالقول قول السيد

مع يمينه ١٦٨

فصل : وإن قتل المدبر سيده ، بطل تديره ١٦٩

باب الكتابة ١٧١ - ١٧٦

وهى مندوب إليها فى حق من يعلم فيه خيرا ١٧١

فصل : ولا تنعقد إلا بالقول ١٧١

فصل : ولا تصح إلا من جائز التصرف ١٧٢

فصل : ولا تصح إلا على عوض ١٧٢

فصل : وتجوز الكتابة على المنافع ١٧٣

فصل : والكتابة عقد لازم لا يملك العبد فسخها بحال ١٧٤

فصل : ويجوز بيع المكاتب ١٧٤

فصل : وإن اشترى المكاتب مكاتبا آخر ، صح ١٧٥

باب ما يملكه المكاتب وما لا يملكه ١٧٧ - ١٨٥

يملك المكاتب اكتساب المال بالبيع والإجارة ، والأخذ

بالشفعة ١٧٧

فصل : ويملك التصرف فى المال بما يعود بمصلحته ومصلحة

ماله ١٧٧

فصل : وليس له إقامة الحد على رقيقه ١٧٨

فصل : وليس له التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط ١٧٨

فصل : وإذا استولد أمته ، صارت أم ولد له ١٧٩

فصل : وإن حبس المكاتب أجنبى عن التصرف ، فعليه أجره مثله ١٨١

فصل : وليس للسيد وطء مكاتبته من غير شرط ١٨١

فصل : وولد المكاتبه من غير سيدها بعد كتابتها بمنزلتها ١٨٢

فصل : وإذا كانت الأمة بين شريكين فكاتبها ، ثم وطئها

أحدهما ، أدب ، ولا حد عليه ١٨٣

فصل : فإن وطئها الثانى بعد وطء الأول ، وكانت باقية على

الكتابة ، فعليه المهر لها ١٨٤

فصل : ويجب على السيد إيتاء المكاتب من المال قدر ربع

الكتابة	١٨٤
باب الأداء والعجز	١٨٧ - ١٩٢
لا يعتق المكاتب حتى يبرأ من مال الكتابة بالأداء أو الإبراء	١٨٧
فصل : وإن عجلت الكتابة قبل محلها وفي قبضها ضرر ، لم	
يلزمه قبضه قبل محله	١٨٧
فصل : وإذا حل نجم ، فعجز عن أدائه ، فللسيد الفسخ	١٨٨
فصل : وإن كان معه متاع يريد بيعه ، فاستنظره لبيعه ، لزمه	
إنظاره	١٨٩
فصل : وإن أحضر المكاتب المال ، فقال السيد : هذا حرام .	
وأنكر المكاتب ، ولا بينة	١٩٠
فصل : فإن أدى المكاتب ظاهرا فبان مستحقا ، تبينا أنه لم يعتق	١٩٠
فصل : وإن باع ما في ذمة المكاتب ، لم يصح	١٩١
فصل : إذا جنى المكاتب بدئ بجنايته قبل كتابته	١٩١
باب الكتابة الفاسدة	١٩٣ ، ١٩٤
إذا كاتبه على عوض محرم أو مجهول ، فالعقد فاسد	١٩٣
فصل : ومتى فسد العقد ، فللسيد الفسخ	١٩٣
باب جامع الكتابة	١٩٥ - ١٩٧

- تصح كتابة بعض العبد ١٩٥
- فصل : ويجوز أن يكتب جماعة من عبده صفقة واحدة
- بعوض واحد ١٩٦
- فصل : إذا كاتب السيد عبده ، فماله لسيدته ١٩٧
- باب اختلاف السيد ومكاتبه ١٩٩ - ٢٠٣
- إذا اختلفا في أصل العقد ، فالقول قول السيد مع يمينه ١٩٩
- فصل : وإن وضع السيد عن العبد بعض نجومه ... واختلفا في
- أى النجوم هو ١٩٩
- فصل : فإن كان للمكاتب ولد ، فقالت : ولدته فى الكتابة .
- وقال السيد : بل قبلها ٢٠٠
- فصل : فإن أدى أحد المكاتبين إلى السيد ... فادعى كل
- واحد من المكاتبين أنه المؤدى ٢٠٠
- فصل : إذا كاتب عبدا كتابة واحدة ، فأدوا وعتقوا ، وقال
- من كثرت قيمته : أدينا على قدر قيمنا ٢٠١
- فصل : إذا كاتب رجلان عبدا بينهما ، فادعى أنه أدى إليهما ،
- فصدقه أحدهما ، وأنكر الآخر ٢٠١
- فصل : وإذا خلف رجل ابنين وعبدا ، فادعى العبد أن سيده

٢٠٣	كاتبه ، فأنكره
٢٠٩ - ٢٠٥	باب حكم أمهات الأولاد
	إذا أصاب الرجل أمته ، فولدت منه ما يتبين فيه بعض خلق
٢٠٥	الإنسان، صارت له أم ولد
٢٠٦	فصل : فإن أسقطت ولدا ميتا ، فهو كالخى فى ذلك
	فصل : ويملك الرجل استخدام أم ولده ، وإجارتها ، ووطأها ،
٢٠٦	وتزويجها
٢٠٧	فصل : ولا يملك بيعها ، ولا هبتها ، ولا التصرف فى رقبتها
٢٠٧	فصل : وإن ولدت من غير سيدها ، فله حكمها
٢٠٨	فصل : وإن أسلمت أم ولد الذمى ، لم تعتق
٢٠٨	فصل : وإن جنت ، لزم سيدها فداؤها
	فصل : وإن جنت أم الولد على سيدها فيما دون النفس ،
٢٠٩	فهى كجناية القن سواء

كتاب النكاح

٢١١	النكاح مشروع
٢١٣	فصل : ولا يصح إلا من جائز التصرف

- فصل : ومن أراد نكاح امرأة ، فله النظر إليها ٢١٤
- فصل : وله أن ينظر من ذوات محارمه إلى ما يظهر غالبا ٢١٥
- فصل : ومن لا تميز له من الأطفال ، لا يجب التستر منه
- في شيء ٢١٦
- فصل : والعجوز التي لا يشتهي مثلها يباح النظر منها إلى ما
- يظهر غالبا ٢١٧
- فصل : ويباح لكل واحد من الزوجين النظر إلى جميع بدن
- صاحبه ولمسه ٢١٩
- فصل : فأما الرجل مع الرجل ، فلكل واحد منهما النظر من
- صاحبه إلى ما ليس بعورة ٢٢٠
- فصل : وفي نظر المرأة إلى الرجل روايتان ٢٢٠
- باب شرائط النكاح ٢٢٣ - ٢٦٠
- وهي خمسة ؛ أحدها ، الولي ٢٢٣
- فصل : فإن تزوج بغير ولي ، فالنكاح فاسد ٢٢٤
- فصل : فإن كانت أمة ، فوليتها سيدها ٢٢٤
- فصل : وإن كانت حرة ، فأولى الناس بها أبوها ٢٢٥
- فصل : فإن استوى اثنان في الدرجة ، وأحدهما من أبوين

- والآخر من أب ... ففيه روايتان ٢٢٧
- فصل : فإن زوجها الوليان لرجلين دفعة واحدة ، فهما باطلان ٢٢٨
- فصل : ويشترط للولى ثمانية شروط ٢٢٩
- فصل : وإن زوج الأبعد مع حضور الأقرب وسلامته من الموانع ٢٣٣
- فصل : ولكل واحد من الأولياء أن يوكل فى تزويج موليته ٢٣٤
- فصل : وإذا لم يكن للمرأة ولى ، ولا للبلد قاض ولا سلطان ٢٣٥
- فصل : وإذا أراد ولى المرأة تزوجها ... جعل أمرها إلى من يزوجها منه بإذنها ٢٣٥
- فصل : الشرط الثانى من شرائط النكاح ، أن يحضره شاهدان ٢٣٧
- فصل : ويشترط فى الشهود سبع صفات ٢٣٨
- فصل : الشرط الثالث من شرائط النكاح ، تعيين الزوجين ٢٣٩
- فصل : الشرط الرابع ، التراضى من الزوجين ، أو من يقوم مقامهما ٢٤١
- فصل : فأما المرأة ، فإن السيد يملك تزويج أمته ٢٤٢
- وأما الحرة ، فإن الأب يملك تزويج ابنته الصغيرة البكر ٢٤٣
- ووصى الأب إذا نص له على التزويج كالأب ٢٤٥
- فصل : فأما غيرهما ، فلا يملك تزويج كبيرة إلا بإذنها ٢٤٥

فصل : الشرط الخامس ، الإيجاب والقبول	٢٤٧
فصل : وفى الكفاءة روايتان	٢٥٠
فصل : والكفء ذو الدين والمنصب	٢٥١
فصل : ويستحب إعلان النكاح ، والضرب عليه بالدف	٢٥٤
فصل : ويستحب عقده يوم الجمعة	٢٥٥
فصل : ويستحب أن يقال للمتزوج ما روى أبو هريرة	٢٥٧
فصل : ويستحب لمن أراد التزوج أن يختار ذات الدين	٢٥٨
باب ما يحرم من النكاح	٢٦١ - ٢٨٦
المحرمات فى النكاح عشرة أنواع ؛ أحدها ، المحرمات بالنسب ،	
وهن سبع	٢٦١
فصل : النوع الثانى ، المحرمات بالرضاع	٢٦٣
فصل : النوع الثالث ، المحرمات بالمصاهرة ، وهن أربع	٢٦٣
فصل : وكل من ذكرنا من المحرمات من النسب والرضاع ، تحرم	
ابنتها وإن نزلت درجتها	٢٦٥
فصل : ومن حرم نكاحها ، حرم وطؤها بملك اليمين	٢٦٥
فصل : النوع الرابع ، تحريم الجمع ، وهو ضربان : جمع حرم	
لأجل النسب بين المرأتين	٢٦٧

- فصل : وإن تزوج امرأة ، ثم طلقها ، لم تحل له أختها ، ولا
- عمتها ، ولا خالتها ، حتى تنقضى عدتها ٢٦٩
- فصل : وإن ملك أختين ، جاز ٢٦٩
- فصل : إذا تزوج أختين في عقدين ، ثم جهل السابقة منهما ،
- حرمتا جميعا ٢٧١
- فصل : ولا يحرم الجمع بين ابنتي العم ، ولا ابنتي الخال ٢٧٣
- فصل : الضرب الثانى : تحريم الجمع لكثرة العدد ٢٧٣
- فصل : ويباح التسرى من الإماء بغير حصر ٢٧٥
- فصل : النوع الخامس ، المحرمات لاختلاف الدين ٢٧٦
- فصل : النوع السادس ، التحريم لأجل الرق ، وهو ضربان ؛
- أحدهما ، تحريم الإماء ٢٧٨
- فصل : الضرب الثانى ، أنه لا يحل للعبد نكاح سيده ٢٨٠
- فصل : النوع السابع ، منكوحة غيره ، والمعتدة منه ، والمستبرأة منه ... ٢٨١
- فصل : ولا يحل التعريض بخطبة الرجعية ٢٨١
- فصل : ومن خطب امرأة فأجيب ، حرم على غيره خطبتها ، إلا
- أن يأذن أو يترك ٢٨٣
- فصل : النوع الثامن ، الملاعنة ، تحرم على الملاعن ٢٨٤

- النوع التاسع ، الزانية ، يحرم نكاحها حتى تتوب ٢٨٤
- فصل : واختلف أصحابنا فى الخنثى المشكل ٢٨٥
- فصل : النوع العاشر ، التحريم للإحرام ، فلا يحل نكاح محرم
- ولا محرمة ٢٨٦
- باب الشروط فى النكاح ٢٨٧ - ٢٩٣
- وهى قسمان ، صحيح ، وفاسد ، فالصحيح نوعان ٢٨٧
- فصل : القسم الثانى ، فاسد ، وهو ثلاثة أنواع ؛ أحدها ، ما
- يطل فى نفسه ، ويصح النكاح ٢٨٨
- فصل : النوع الثانى ، ما يفسد النكاح من أصله ، وهو ثلاثة
- أمور ؛ أحدها ، أن يشترط تأقيت النكاح ٢٨٩
- فصل : الأمر الثانى ، أن يزوجه وليته بشرط أن يزوجه الآخر
- وليته ٢٩٠
- فصل : الأمر الثالث ، أن يشترط عليه إحلالها لزوجه قبله ثم
- يطلقها ٢٩١
- فصل : النوع الثالث ، فاسد ، وفى فساد النكاح به روايتان ٢٩٣
- باب الخيار فى النكاح ٢٩٥ - ٣١١
- وأسابيه أربعة ؛ أحدها ، أن يجد أحدهما بصاحبه عيبا يمنع الوطء ... ٢٩٥

فصل : وإن وجد أحدهما الآخر خنثى ، أو وجدت المرأة زوجها

خصيا ، ففيه وجهان ٢٩٦

فصل : ومن علم العيب وقت العقد ، فلا خيار له ٢٩٧

فصل : وإذا علم العيب فأخر المطالبة بالفسخ ، لم يبطل خياره ٢٩٧

فصل : وإذا فسخ قبل الميسر ، فلا مهر لها ٢٩٨

فصل : ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم ٢٩٩

فصل : وليس لولى صغير ولا صغيرة ، ولا سيد أمة ، تزويجهم

بمعيب ٢٩٩

فصل : وإذا اختلفا فى عيب المرأة ، أريت النساء الثقات ٣٠٠

فصل : السبب الثانى ، إذا عتقت المرأة وزوجها عبد ، فلها الخيار

فى فسخ النكاح ٣٠٢

فصل : وإن عتقت المجنونة والصغيرة ، فلا خيار لهما ٣٠٥

فصل : إذا عتق بعض الأمة ، فلا خيار لها ، فى إحدى الروايتين ٣٠٥

فصل : إذا فسخ قبل الدخول ، سقط مهرها ٣٠٥

فصل : وإن طلقها الزوج طلاقا بائنا ، ثم أعتقت ، فلا خيار لها ٣٠٦

فصل : السبب الثالث ، الغرور ٣٠٦

فصل : وإن تزوج أمة على أنها حرة ... وهو ممن لا يحل له

- نكاح الإماء ٣٠٦
- فصل : ويفدى الأولاد بقيمتهم يوم الولادة ٣٠٨
- فصل : وإن كان المغرور عبدا ، فولده أحرار ٣٠٨
- فصل : فإن غرها بنسبه وكان مخلا بالكفاءة ٣٠٩
- فصل : وإن شرطها بكرا فبانت ثيبا ... ففيه وجهان ٣١٠
- فصل : السبب الرابع ، الإعسار بالنفقة ونحوها ٣١١
- باب نكاح الكفار ٣١٣ - ٣٢٦
- أنكحتهم صحيحة إذا اعتقدوا إباحتها في شرعهم ، وإن
- خالفت أنكحة المسلمين ٣١٣
- فصل : وإذا أسلم الزوجان معا ، فهما على نكاحهما ٣١٤
- فصل : وإن أسلم الحر وتحتة أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه ...
- أمر أن يختار منهن أربعا ٣١٦
- فصل : والاختيار أن يقول : قد اخترت هؤلاء . أو : نكاح هؤلاء ٣١٧
- فصل : وإن أسلم عبد وتحتة أكثر من اثنتين ، فأسلمن معه ،
- لزمه اختيار اثنتين ٣١٩
- فصل : ومن أسلم وتحتة أختان ، لزمه أن يختار إحداهما ٣٢٠
- فصل : ولو أسلم حر وتحتة إماء ، فأسلمن معه ، وهو ممن لا

- يحل له نكاح الإماء ٣٢٠
- فصل : وإن أسلم وتحتة حرة وأمة ، فأسلمتا فى عدتهما ، ثبت
- نكاح الحرة ٣٢٢
- فصل : وإذا ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول ، انفسخ النكاح ٣٢٣
- فصل : وإن انتقل الكتابى إلى دين غير أهل الكتاب ... ففيه
- ثلاث روايات ٣٢٣
- فصل : إذا أسلم الزوجان قبل الدخول ، فقالت المرأة : أسلم
- أحدنا فانفسخ النكاح . وقال : بل أسلمنا معا ٣٢٤
- فصل : إذا أسلم أحد الزوجين الكافرين ، ثم ارتد ، ولم يسلم
- الآخر فى العدة ٣٢٥
- فصل : ولو أسلم عبد وتحتة أمة كافرة فأعتقت ... فلها
- فسخ النكاح ٣٢٥

كتاب الصداق

- يستحب أن يعقد النكاح بصداق ٣٢٧
- فصل : ويجوز أن يكون الصداق قليلا ٣٢٨
- فصل : وكل ما جاز ثمننا فى بيع ، أو عوضا فى إجارة ...

- جاء أن يكون صداقا ٣٢٩
- فصل : ومالا يجوز ثمننا ولا أجرة ، لا يجوز أن يكون صداقا ٣٢٩
- فصل : فإن أصدقها عبدا فخرج حرا أو مستحقا ، فلها قيمته ٣٣١
- فصل : وإذا تزوج الكافر كافرة بمحرم ، ثم أسلما ... سقط
- المسمى ٣٣٢
- فصل : وإن تزوج امرأة على أن يشتري لها عبدا بعينه ، صح ٣٣٢
- فصل : وإن تزوجها على طلاق زوجته الأخرى ، لم يصح
- الصداق ٣٣٣
- فصل : وإن تزوجها على ألف إن كان أبوها حيا ، وألفين إن
- كان ميتا ، فالتسمية فاسدة ٣٣٤
- فصل : فإن أصدقها تعليم شيء مباح ... صح ٣٣٥
- فصل : وإن أصدقها تعليم القرآن أو شيء منه ، ففيه روايتان ٣٣٦
- فصل : ويصح أن يكون الصداق معجلا ومؤجلا ٣٣٧
- فصل : وإذا تزوجها على صداقين سر وعلانية ٣٣٧
- فصل : وإلحاق الزيادة بالصداق جائزة ٣٣٧
- فصل : وإذا تزوج أربعا بصداق واحد ، صح ٣٣٨
- فصل : وتملك المرأة المسمى بالعقد إن كان صحيحا ، ومهر

- المثل فى الموضع الذى يجب فيه ٣٣٨
- فصل : ويدفع صداق المرأة إليها إن كانت رشيدة ٣٣٩
- فصل : ولها منع نفسها حتى تقبض صداقها المعجل ٣٣٩
- باب ما يستقر به الصداق وما لا يستقر وحكم التراجع ٣٤١ - ٣٥١
- يستقر الصداق بثلاثة أمور ؛ أحدها ، الخلوة بعد العقد ٣٤١
- فصل : والثانى ، الوطاء ، يستقر به الصداق وإن كان فى غير
- خلوة ٣٤٢
- فصل : الثالث ، موت أحد الزوجين قبل الدخول يقرر الصداق ٣٤٢
- فصل : وإن افترقا قبل استقراره ، لم يخل من أربعة أقسام ٣٤٣
- فصل : ومتى سقط المهر أو نصفه بعد تسليمه إليها ، فله الرجوع
- عليها ٣٤٤
- وإن كان باقيا ، لم يخل من خمسة أحوال ؛ أحدها ، أن يكون
- باقيا بحاله لم يتغير ٣٤٥
- فصل : الحال الثانى ، أن يجده ناقصا ٣٤٥
- فصل : الحال الثالث ، أن يجده زائدا ٣٤٦
- فصل : الحال الرابع ، وجده زائدا من وجه ناقصا من وجه ٣٤٧
- فصل : الحال الخامس ، أن يتعلق بها حق غيرهما ، وهو

ثلاثة أنواع ٣٤٨

فصل : فإن كان الصداق عينا ، فوهبتها لزوجها ، ثم طلقها

قبل الدخول بها ٣٤٨

فصل : والزوج هو الذى بيده عقدة النكاح ٣٤٩

باب الحكم فى المفوضة ٣٥٣ - ٣٦٢

وهو أن يزوج الرجل المرأة بغير صداق ، برضاها أو رضا أبيها ٣٥٣

وإن مات أحدهما قبل الإصابة والفرض ، وجب لها مهر نسائها ٣٥٤

فصل : ومهر نسائها هو مهر نساء عصباتها المساويات لها ٣٥٥

فصل : وإن طلق المفوضة قبل الدخول والفرض ، فليس لها

إلا المتعة ٣٥٦

فصل : والمتعة معتبرة بحال الزوج ٣٥٧

فصل : وكل فرقة أسقطت المسمى أسقطت المتعة ، وما نصفت

المسمى أوجبت المتعة ٣٥٨

فصل : فأما المفوضة المهر ... فإنه يتنصف لها مهر المثل بالطلاق ٣٥٨

فصل : وللأب تزويج ابنته بدون صداق مثلها ٣٥٩

فصل : وللأب أن يشترط لنفسه شيئا من صداق ابنته ٣٥٩

فصل : وإن زوج الرجل ابنه الصغير ، فالمهر على الزوج ٣٦٠

- فصل : وإن تزوج العبد بإذن مولاه ، فالمهر على المولى ٣٦٠
- باب اختلاف الزوجين فى الصداق ٣٦٣ - ٣٦٨
- إذا اختلفا فى قدره ولا بينة على مبلغه ، ففيه روايتان ٣٦٣
- فصل : وإن أنكر الزوج تسمية الصداق ، وادعت تسمية مهر
المثل ، وكان الخلاف بعد الطلاق قبل الدخول ٣٦٤
- فصل : فإن قال : أصدقتك هذا العبد . قالت : بل هذه الأمة ٣٦٤
- فصل : وإن اختلفا فى قبض الصداق أو إبرائه منه ، فالقول قولها ٣٦٥
- فصل : وإن نقص الصداق فى يدها بعد الطلاق ، فقالت :
حدث بعد الطلاق ... وقال : بل قبله ٣٦٥
- فصل : ويجب المهر للموطوءة فى نكاح فاسد ٣٦٥
- فصل : ولا يجب المهر للمطاوعة على الزنى ٣٦٦
- فصل : ومن نكاحها باطل بالإجماع ... حكمها حكم الأجنبية ٣٦٦
- باب الوليمة ٣٦٧ - ٣٧٥
- وهى الإطعام فى العرس ٣٦٧
- فصل : وإجابة الداعى إليها واجبة ٣٦٨
- فصل : وإذا دعى الصائم ، لم تسقط الإجابة ٣٧٠
- فصل : والدعاء إلى الوليمة إذن فى الأكل والدخول ٣٧١

فصل : وإذا دعى إلى وليمة فيها منكر ... فأمكنه الإنكار ،

حضر وأنكر ٣٧٢

فصل : فأما سائر الدعوات غير الوليمة ... ففعلها مستحب ٣٧٤

فصل : والنثار والتقاطه مباح ٣٧٥

باب عشرة النساء ٣٧٧ - ٣٨٤

يجب على كل واحد من الزوجين معاشرة صاحبه بالمعروف ٣٧٧

فصل : وإذا تزوج امرأة يوطأ مثلها ، فطلب تسليمها إليه ، وجب ذلك ... ٣٧٧

فصل : ويجب تسليم الحرة ليلا ونهارا ٣٧٨

فصل : وله إجبارها على غسل الحيض والنفاس ٣٧٨

فصل : وله منعها من الخروج من منزله ، إلا لما لا بد لها منه ٣٧٩

فصل : وله الاستمتاع بها فى كل وقت من غير إضرار بها ٣٨٠

فصل : وإذا أراد الجماع ، استحب أن يقول : باسم الله ،

اللهم جنبنا الشيطان ، وجنب الشيطان ما رزقتنا ٣٨١

فصل : ويكره العزل ٣٨٣

فصل : وإذا كان له زوجتان ، لم يجمع بينهما فى مسكن

واحد إلا برضاها ٣٨٤

باب القسم ٣٨٥ - ٣٩٨

- يجب على الرجل المبيت عند امرأته الحرة ليلة من كل أربع ،
- ٣٨٥ ووطؤها مرة في كل أربعة أشهر
- فصل : فإن كانت له امرأتان أو أكثر ، وجب التسوية بينهما
- ٣٨٦ في القسم
- ٣٨٧ فصل : ويجب القسم على المريض ، والمحبوب ، والمظاهر ، والمولى
- فصل : وإذا سافرت زوجته بغير إذنه ، سقط حقها من القسم
- ٣٨٨ والنفقة
- ٣٨٨ فصل : وعماد القسم الليل
- ٣٩٠ فصل : والأولى أن يطوف على نسائه في منازلهن
- ٣٩١ فصل : يستحب التسوية بين الزوجات في الاستمتاع
- فصل : وإن خرج في ليلة إحداهن ولم يلبث أن عاد ، لم
- ٣٩١ يقض لها
- ٣٩٢ فصل : والكتانية كالمسلمة في القسم
- فصل : إذا كان له أربع نسوة ، فنشزت إحداهن ، وظلم أخرى
- ٣٩٣ فلم يقسم لها
- ٣٩٣ فصل : ولا قسم عليه في ملك اليمين
- ٣٩٤ فصل : وللمرأة أن تهب حقها من القسم لزوجها

فصل : والحق فى قسم الأمة لها دون سيدها	٣٩٥
فصل : وإن تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة ، قطع الدور	
لحق الجديدة	٣٩٥
فصل : يكره أن يزف امرأتين فى ليلة واحدة	٣٩٦
فصل : وإذا أراد السفر بجميع نسائه ، قسم لهن كما يقسم	
فى الحضر	٣٩٦
باب النشوز	٣٩٩ - ٤٠٣
وهو نوعان ؛ أحدهما ، نشوز المرأة	٣٩٩
فصل : النوع الثانى ، نشوز الرجل عن زوجته	٤٠١
فصل : وإذا ادعى كل واحد منهما ظلم صاحبه وعدوانه ،	
أسكنهما الحاكم إلى جانب ثقة	٤٠٢

كتاب الخلع

ومعناه فراق الزوج امرأته بعوض	٤٠٥
فصل : والخلع على ثلاثة أضرب ؛ مباح	٤٠٥
الثانى ، المخالعة لغير سبب مع استقامة الحال	٤٠٦
الثالث ، أن يعضل الرجل زوجته بأذاه لها	٤٠٧

- فصل : ويصح الخلع من العبد ، والسفيه ، والمفلس ، وكل
- زوج يصح طلاقه ٤٠٧
- فصل : ويصح الخلع من كل زوجة رشيدة ٤٠٨
- فصل : ويجوز الخلع من غير حاكم ٤٠٩
- فصل : وألفاظ الخلع تنقسم إلى صريح وكناية ٤٠٩
- فصل : وتبين بالخلع على إحدى الروائتين ٤١٠
- فصل : ويصح الخلع منجزا بلفظ المعاوضة ... ومعلقا على شرط ٤١١
- فصل : وإذا قال : أنت طالق وعليك ألف . طلقت رجعية ، ولا
شيء له ٤١٣
- فصل : وإن قالت : طلقني بألف . فقال : خلعتك . ينوى به
- الطلاق ... استحق الألف ٤١٤
- فصل : فإن قالت : طلقني بألف إلى شهر . فقال : إذا جاء
رأس الشهر فأنت طالق ٤١٥
- فصل : وإن قالت إحدى زوجتيه : طلقني وضرتي بألف .
- ففعل ، صح الخلع فيهما ٤١٦
- فصل : وإن قال لزوجتيه : أنتما طالقتان بألف . فقبلتا ، طلقنا ٤١٦
- فصل : وكل ما جاز صداقا جاز جعله عوضا في الخلع ٤١٧

- فصل : ويصح الخلع على عوض مجهول فى ظاهر المذهب ٤١٩
- فصل : إذا قال : إذا أعطيتنى عبدا فأنت طالق . فأعطته عبدا
- لها ، ملكه ، وطلقت ٤٢١
- فصل : فإذا خالعتها على رضاع ولده مدة معلومة ، صح ٤٢٢
- فصل : ويجوز التوكيل فى الخلع من الزوجين ، ومن كل واحد
- منهما ٤٢٣
- فصل : إذا ادعى الزوج خلعها ، فأنكرته ، أو قالت : إنما
- خالعك غيرى بعوض فى ذمته ٤٢٤

كتاب الطلاق

- وهو على خمسة أضرب ؛ واجب ، وهو طلاق المولى بعد التربص ... ٤٢٥
- ومكروه ، وهو الطلاق من غير حاجة ٤٢٥
- ومباح ، وهو عند الحاجة إليه ٤٢٥
- ومستحب ، وهو عند تضرر المرأة بالنكاح ٤٢٥
- ومحذور ، وهو طلاق المدخول بها فى حيضها ، أو فى طهر
- أصابها فيه ٤٢٦
- فصل : ويقع الطلاق فى زمن البدعة ٤٢٨

- فصل : ويملك الحر ثلاث تطليقات ٤٣٠
- فصل : وإن طلق العبد زوجته طلقته ، ثم عتق ، ففيه روايتان ٤٣١
- ويصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل مختار ٤٣١
- وأما الصبي العاقل ، ففيه روايتان ٤٣٢
- فصل : فأما المكره على الطلاق ، فإن أكره بحق ... صح منه ٤٣٤
- فصل : وأما السفية المبذر ، فيقع طلاقه ٤٣٥
- فصل : وإن قال العجمي لامرأته : أنت طالق . ولا يعلم معناه ،
لم تطلق ٤٣٦
- فصل : وإذا طلق جزءا من زوجته ... طلقت ٤٣٦
- فصل : إذا قال لزوجته : أنا منك طالق . لم تطلق ٤٣٧
- باب صريح الطلاق وكنايته ٤٣٩ - ٤٥٣
- لا يقع الطلاق بمجرد النية ٤٣٩
- فصل : وإذا أتى بصريح الطلاق ، وقع ، نواه أو لم ينوه ٤٤٠
- فصل : وما عدا الصريح من الألفاظ قسمان ٤٤٢
- فصل : والكنايات ثلاثة أقسام ؛ ظاهرة ، وخفية ، ومختلف فيها ٤٤٤
- فصل : فإن قال : أنت على حرام . ففيه ثلاث روايات ٤٤٥
- فصل : ويجوز للرجل تفويض الطلاق إلى زوجته ٤٤٧

وهو على ضربين ؛ أحدهما ، تفويضه بلفظ صريح ٤٤٨

فصل : الضرب الثانى ، تفويضه إليها بلفظ الكناية ، وهو

نوعان ٤٤٨

فصل : ولفظة الخيار وأمر بك بيدك ، كناية فى حق الزوج ٤٤٩

فصل : وإن قال لزوجته : وهبتك لنفسك ... فهو كناية ٤٥١

فصل : ويصح تفويض الطلاق إلى غير الزوجة ٤٥٢

فصل : ولا يقع الطلاق بغير لفظ إلا فى موضعين ٤٥٢

باب ما يختلف به عدد الطلاق ٤٥٥ - ٤٦١

إذا قال لزوجته : أنت طالق ثلاثا . فهي ثلاث وإن نوى واحدة ٤٥٥

فصل : فإن قال : أنت طالق كل الطلاق . أو : جميعه ...

طلقت ثلاثا ٤٥٦

فصل : وإن قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث . طلقت

طلقتين ٤٥٧

فصل : وإن قال : أنت طالق طلقة فى طلقتين . ونوى

الثلاث ، وقع ٤٥٧

فصل : فإن قال : أنت طالق طلقة ، بل طلقتين . وقع طلقتان ٤٥٨

فصل : وإذا طلقها جزءا من طلقة ، طلقت واحدة ٤٥٩

فصل : فإن قال لأربع نسائه : أوقعت بينكن - أو - عليكن ،

طلقة . طلقت كل واحدة طلقة ٤٦٠

فصل : فإن قال : أنت طالق طلقة لا تقع عليك ... طلقت ٤٦١

باب ما يختلف به حكم المدخول بها وغيرها ٤٦٣ - ٤٦٦

إذا قال : أنت طالق ، أنت طالق . لغير مدخول بها ، طلقت

واحدة ٤٦٣

فصل : وإذا قال لمدخول بها : أنت طالق طلقة قبلها طلقة .

وقال : أردت أننى طلقتها فى نكاح آخر ٤٦٤

باب الاستثناء فى الطلاق ٤٦٧ - ٤٦٩

يصح الاستثناء فى الطلاق ٤٦٧

فصل : وإن قال : أنت طالق ثلاثا . واستثنى بقلبه : إلا

واحدة . طلقت ثلاثا ٤٦٨

باب الشرط فى الطلاق ٤٧١ - ٥٠٦

يصح تعليق الطلاق بشرط ٤٧١

فصل : وأدوات الشرط المستعملة فى الطلاق والعناق ستة :

إن ، ومن ، وإذا ، ومتى ، وأى ، وكلما ٤٧١

فصل : وإن قال : إن دخلت الدار أنت طالق . لم تطلق

حتى تدخل ٤٧٣

فصل : فإن قال : أنت طالق إن شربت ، إذا أكلت ، أو :

متى أكلت ٤٧٤

فصل في تعليق الطلاق بالحيض : إذا قال : إن حضت

فأنت طالق . طلقت بأول جزء من الحيض ٤٧٥

فصل : إذا قال لحائض : إذا حضت فأنت طالق . لم تطلق حتى

تطهر ثم تحيض ٤٧٧

فصل : إذا قال لمن لطلاقها سنة وبدعة ... أنت طالق للسنة .

وهي في طهر لم يصبها فيه ٤٧٩

فصل : وإن كانت امرأته صغيرة لا تحيض ، أو آيسة ... فلا

سنة لطلاقها ولا بدعة ٤٨٠

فصل : إذا قال لمن لطلاقها سنة وبدعة : أنت طالق أحسن

الطلاق ... طلقت للسنة ٤٨٠

فصل في تعليقه بالحمل : إذا قال لها : إن كنت حاملا فأنت

طالق . حرم وطؤها ٤٨١

فصل في تعليقه بالولادة : إذا قال : إذا ولدت ولدا فأنت

طالق . فولدت ولدا حيا أو ميتا ٤٨٣

فصل فى تعليقه بالطلاق : إذا قال لمدخول بها : إذا طلقته

فأنت طالق . ثم طلقها ، طلقت طلقتين ٤٨٤

فصل : فإن كان له أربع نساء وعبيد ، فقال : كلما طلقت

امرأة ، فعبد من عبيدى حر ٤٨٦

فصل فى تعليقه بالحلف : إذا قال لزوجته : إذا حلفت بطلاقك

فأنت طالق ٤٨٨

فصل : وإن استعمل الطلاق أو العتاق استعمال القسم ، وأجابه

بجوابه ... وبر ٤٩٠

فصل فى تعليقه بالكلام : إذا قال : إن كلمتك فأنت طالق ،

فاعلمى ذلك ... طلقت ٤٩٠

فصل فى تعليقه بالمشيئة : إذا قال : أنت طالق إن شئت ...

فقلت : قد شئت . طلقت ٤٩٢

فصل : وإن قال : أنت طالق إن كنت تحبين أن يعذبك الله

بالنار ... فقلت : أنا أحب ذلك ٤٩٣

فصل : فإن قال : أنت طالق ... إن شاء الله . طلقت زوجته ٤٩٤

فصل فى تعليقه بوقت مستقبل : لا يصح تعليق الطلاق قبل

النكاح ٤٩٥

فصل : إذا علق الطلاق بعد النكاح بوقت ، طلقت بأوله ٤٩٦

فصل : إذا قال : إذا مضت سنة فأنت طالق . اعتبر مضى سنة

بالأهله ٤٩٨

فصل : وإن قال : أنت طالق إذا قدم فلان غدا ... لم تطلق

حتى يقدم ٤٩٩

فصل : وإن قال : أنت طالق اليوم ، إن لم أطلقك اليوم .

ولم يطلقها ٤٩٩

فصل : وإن قال : أنت طالق اليوم ، غدا . طلقت واحدة ٥٠٠

فصل : فإن قال : أنت طالق اليوم والغدا . طلقت واحدة ٥٠٠

فصل : إذا قال : أنت طالق بعد موتى . لم تطلق ٥٠١

فصل فى إضافته إلى زمن ماض : إذا قال : أنت طالق أمس ...

لم يقع الطلاق ٥٠١

فصل : وإن علقه على مستحيل ... ففيه وجهان ٥٠٣

فصل : إذا كتب إليها : إذا أتاك كتابي فأنت طالق . فأتاها

الكتاب ، طلقت إذا أتاها ٥٠٣

فصل فى مسائل تنبنى على نية الحالف : إذا قال : إن لم

تخبرينى بعدد حب هذه الرمانة فأنت طالق ٥٠٤

فصل : ومتى علق طلاق زوجته على صفة ، ثم أبانها ، ثم

تزوجها قبل الصفة ٥٠٥

باب الشك في الطلاق ٥٠٧ - ٥١٣

إذا شك هل طلق أم لا ؟ لم تطلق ٥٠٧

فصل : وإذا قال لنسائه : إحدكن طالق . ولم ينو واحدة

بعينها ، أقرع بينهن ٥٠٨

فصل : وإن طلق واحدة بعينها ثلاثا وأنسيها ... فإنه يحرم

عليه الجميع ٥٠٩

فصل : فإن رأى طائرا فقال : إن كان غرابا فحفصة طالق ،

وإن كان حماما فعمرة طالق . فطار ولم يعرف ما هو ٥١١

فصل : إذا قال لحماته : ابتك طالق ... طلقت زوجته ٥١٢

فصل : فإن كانت له زوجتان ؛ هند وزينب ، فقال : يا هند .

فأجابته زينب ، فقال : أنت طالق . ينوى المجيبة ٥١٢

كتاب الرجعة

إذا طلق الحر زوجته بعد الدخول بغير عوض أقل من ثلاث ...

فله ارتجاعها ما دامت في العدة ٥١٥

فصل : وإذا كانت حاملا باثنين ، فوضعت أحدهما ، فله

رجعتها قبل وضع الثاني ٥١٦

فصل : ويملك رجعتها بغير رضاها ٥١٦

فصل : والرجعية زوجة ٥١٧

فصل : والرجعية مباحة لزوجها ٥١٧

فصل : وتحصل الرجعة بالوطء في ظاهر المذهب ٥١٨

فصل : وألفاظ الرجعة : راجعتك . وارتجعتك ٥١٨

فصل : ولا يصح تعليقها على شرط ٥١٩

فصل : وإذا ادعت المرأة انقضاء عدتها بالقروء في زمن يمكن

انقضاؤها فيه ... فأنكرها الزوج ٥٢٠

فصل : فإن طلقها ، فانقضت عدتها وتزوجت ، ثم ادعى

رجعتها ، وصدقته هي وزوجها ٥٢١

فصل : وإن تزوجت الرجعية في عدتها ، فوطئها الثاني ،

وحملت منه ٥٢٢

فصل : وإن وطئ الزوج الرجعية ، وقلنا : لا تحصل الرجعة به ٥٢٢

فصل : إذا طلق الحر زوجته ثلاثا ... حرمت عليه ، ولم تحل له

حتى تنكح زوجا غيره ويطأها ٥٢٣

- ويشترط حلها للأول شرطان ؛ أحدهما ، نكاح زوج غيره ٥٢٣
- فصل : الثانى ، أن يطأها الزوج فى الفرج ٥٢٤
- فصل : واشترط أصحابنا أن يكون الوطء حلالا ٥٢٥
- فصل : وإذا غابت المطلقة ثلاثا ، ثم أتت زوجها ، فذكرت
أنها نكحت من أصابها ، وكان ذلك ممكنا ٥٢٦
- فصل : وإذا عادت المطلقة ثلاثا إلى زوجها بعد زوج وإصابة ،
ملك عليها ثلاث تطليقات ٥٢٦

كتاب الإيلاء

- وهو الحلف على ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر ٥٢٩
- فصل : ويشترط لصحته أربعة شروط ؛ أحدها ، الحلف ٥٣٠
- فصل : الشرط الثانى ، أن يحلف على ترك الوطء فى الفرج ٥٣١
- وألفاظ الإيلاء تنقسم ثلاثة أقسام : أحدها : صريح فى الظاهر
والباطن ٥٣١
- والقسم الثانى : صريحة فى الحكم ، ويدين فيها ٥٣٢
- القسم الثالث : كناية ٥٣٢
- فصل : الشرط الثالث : أن يكون الحالف زوجا مكلفا ٥٣٣

الشرط الرابع : أن يحلف على مدة تزيد على أربعة أشهر ٥٣٣

فصل : وإن قال : والله لا وطئتك في هذا البيت ، أو البلد . لم

يكن موليا ٥٣٥

فصل : ويصح تعليق الإيلاء على شرط ٥٣٥

فصل : فإن قال : والله لا وطئتك عاما . ثم قال : والله لا

وطئتك نصف عام ٥٣٦

فصل : وإن قال لأربع نسوة : والله لا أطؤكن . انبنى على أصل ،

وهو هل يحنث بفعل بعض المحلوف عليه أم لا ؟ ٥٣٦

فصل : فإن قال : والله لا وطئتك . ثم قال للأخرى : شركتك

معهما . لم يصر موليا من الثانية ٥٣٨

فصل : ولا يطالب المولى بشيء قبل أربعة أشهر ٥٣٩

فصل : وإن وطئها ، حنث ، وسقط الإيلاء ٥٤٠

فصل : وإذا وطئ ، لزمته الكفارة ٥٤١

فصل : وإن انقضت المدة ولم يطأ ، فلها المطالبة بالفيئة أو الطلاق ... ٥٤٣

فصل : وإن انقضت المدة وهي حائض أو نفساء ، لم يطالب

بالفيئة ٥٤٥

فصل : ومن طولب بالفيئة ، فقال : قد وطئتها . فأنكرته ٥٤٦

فصل : وإن ترك الزوج الوطء بغير يمين ، فليس بمول ٥٤٧

كتاب الظهار

وهو قول الرجل لزوجته : أنت على كظهر أمي ٥٤٩

فصل : فإن قال : أنت على كظهر أمي ... فهو مظاهر ٥٥٠

فصل : فإن قال : أنت عندي ، أو : معي ، أو : مني ، كظهر

أمي . فهو ظهار ٥٥٢

فصل : فإن قال : أنت على كأمي ... فهو مظاهر ٥٥٢

فصل : وإن قال : أنت طالق كظهر أمي . طلقت ٥٥٣

فصل : ويصح الظهار مؤقتا ٥٥٣

فصل : وإذا قالت المرأة لزوجها : أنت على كظهر أبي . لم تكن

مظاهرة ٥٥٣

فصل : وإذا صح الظهار ووجد العود ، وجبت الكفارة ٥٥٥

فصل : وفي التلذذ بالمظاهر منها قبل التكفير بما دون الجماع ...

روايتان ٥٥٦

فصل : وإذا ظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات ، فعليه لكل

واحدة كفارة ٥٥٦

- فصل : وإن ظاهر من زوجته الأمة ، ثم ملكها ٥٥٨
- باب كفارة الظهار ٥٥٩ - ٥٧٤
- والواجب فيها تحرير رقبة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ،
- فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا ٥٥٩
- فصل : والاعتبار بحال وجوب الكفارة ٥٦١
- فصل : ولا يجزئ في الكفارات كلها إلا رقبة مؤمنة ٥٦١
- فصل : ولا يجزئ إلا رقبة سالمة من العيوب المضرة بالعمل
- ضررا بينا ٥٦٢
- فصل : ويجزئ الأعور ٥٦٣
- فصل : ولا يجزئ عتق الجنين ٥٦٣
- فصل : ولا يجزئ عتق أم الولد ٥٦٤
- فصل : وإن اشترى من يعتق عليه ينوى بشرائه العتق عن
- الكفارة ، عتق ، ولم يجزئه ٥٦٥
- فصل : ولو ملك نصف عبد وهو موسر ، فأعتق نصيبه ، ونوى
- عتق الجميع عن كفارته ، لم يجزئه ٥٦٥
- فصل في الصيام : ومن لم يجد رقبة ، وقدر على الصيام ،
- لزمه صيام شهرين متتابعين ٥٦٦

فصل : وإن وطئ التي ظاهر منها في ليالي الصوم ، لزمه الاستئذان ٥٦٨

فصل في الإطعام : ومن لم يستطع الصوم لكبر ... لزمه

إطعام ستين مسكينا ٥٦٩

فصل : والواجب أن يدفع إلى كل مسكين مدبر ، أو نصف

صاع من تمر أو شعير ٥٦٩

فصل : ويجزئه في الإطعام ما يجزئه في الفطرة ٥٧١

فصل : ولا يجوز صرفها إلا إلى الفقراء أو المساكين ٥٧٢

فصل : ولا تجزئ كفارة إلا بالنية ٥٧٣

فصل : وإن كان المظاهر كافرا ، كفر بالعتق والإطعام ٥٧٣

فصل : ولا يجوز تقديم الكفارة على سببها ٥٧٤

كتاب اللعان

ومتى قذف الرجل زوجته المحصنة بزنى ، في قبل أو دبر ...

لزمه الحد ٥٧٧

فصل : ولا يعرض له حتى تطالبه زوجته ٥٧٨

فصل : ويصح اللعان بين كل زوجين مكلفين ٥٧٨

فصل : ويصح اللعان بين الزوجين قبل الدخول ٥٨٠

باب صفة اللعان ٥٨٣ - ٥٩١

وصفته أن يقول الرجل بمحضر من الحاكم أو نائبه أربع مرات :

أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى هذه

من الزنى ٥٨٣

فصل : وشروط صحة اللعان ستة ٥٨٤

فصل : ويشترط فى اللعان العرية لمن يحسنها ٥٨٧

فصل : فإن كان بينهما ولد يريد نفيه ، لم ينتف إلا بذكره

فى اللعان ٥٨٧

فصل : ويسن فى اللعان أربعة أمور ٥٨٩

فصل : ولا يسن التغليظ بزمان ولا مكان ٥٩٠

باب ما يوجب اللعان من الأحكام ٥٩٣ - ٦٠٠

وهى أربعة أحكام ؛ أحدها ، سقوط الحد والتعزير الذى أوجبه

القذف ٥٩٣

فصل : الحكم الثانى ، نفى الولد ٥٩٤

فصل : فإن نفى الحمل فى لعانه ٥٩٤

فصل : فإن ولدت توأمين ، فنفى أحدهما واستلحق الآخر ،

لحقاه جميعا ٥٩٤

- فصل : وإن أقر بالولد ، أو هنيئ به فسكت ... لزمه نسبه ٥٩٥
- فصل : الحكم الثالث ، الفرقة ٥٩٦
- فصل : الحكم الرابع ، التحريم المؤبد يثبت ٥٩٧
- فصل : ولا تثبت هذه الأحكام إلا بكمال اللعان ٥٩٨
- فصل : وإن أكذب نفسه بعد كمال اللعان ، لزمه الحد ٥٩٨
- فصل : فإن لاعن الزوج ، ونكلت المرأة عن اللعان ، فلا حد عليها ... ٥٩٩
- باب ما يلحق من النسب وما لا يلحق ٦٠١ - ٦١٣
- إذا تزوج من يولد لمثله بامرأة ، فأنت بولد لسته أشهر فصاعدا ،
- بعد إمكان اجتماعهما على الوطء ٦٠١
- فصل : وأقل سن يولد لمثله فى حق الرجل عشر سنين ٦٠٢
- فصل : وأقل مدة الحمل ستة أشهر ٦٠٣
- فصل : وإذا تزوجت المرأة بعد انقضاء عدتها ، ثم ولدت بعد
- سته أشهر منذ تزوجها الثانى ٦٠٦
- فصل : إذا أتت زوجته بولد يمكن أن يكون منه ، فقالت :
- هذا ولدى منك . فقال : ليس هذا ولدى منك ٦٠٦
- فصل : ومن ولدت زوجته بعد وطئه لها بستة أشهر من غير
- مشاركة غيره له فى وطئها ٦٠٧

فصل : وإن ولدت امرأته غلاماً أسود وهما أبيضان ... لم

يجز نفيه ٦٠٩

فصل : وإن رآها تزني ، ولم يكن لها نسب يلحقه ، فله قذفها ٦١١

فصل : ومن ملك أمة ، لم تصر فراشا بنفس الملك ٦١٢

آخر الجزء الرابع

ويليه الجزء الخامس : وأوله :

كتاب العدد

والحمد لله حق حمده

رقم الإيداع ١٩٩٧/٧٥١٨ م

I . S . B . N . 977 - 256 - 154 - 9

هجر

للطباعة والنشر والتوزيع والاعلان

المكتب : ٤ ش ترعة الزمر - المهندسين - جيزة

٣٤٥٢٥٧٩ - فاكس ٣٤٥١٧٥٦

المطبعة : ٢ ، ٦ ش عبد الفتاح الطويل

أرض اللواء - ٣٤٥٢٩٦٣

ص . ب ٦٣ إمبابة