روضة القضاة وطريق النجاة

للعلامة أبي القاسم علي بن محمد بن احمد الرحبي السمناني

المتوفى سنة ٤٩٩ هـ

حققها وقدم لها وترجم لمصنفها

المحامي

الدكتور صلاح الدين الناهي

الاستاذ ورئيس قسم القانون الخاص
في كلية الحقوق بجامعة بغداد (سابقاً)
ورئيس جمعية القانون المقارن العراقية
ورئيس الجمعية العراقية لقوانين التأمين

الجزء الثالث

مؤسسة الرسالة
بيروت

دار الفرقان
عمان

جميع الحقوق محفوظة

ولا يحق لأية جهة أن تطبع أو تعطي حق الطبع لأحد
سواء كان مؤسسة رسمية أو أفراداً.

دار البشير للنشر والتوزيع
عمان/الاردن/جبل الحسين شارع خالد بن الوليد
ص.ب. ٩٢١٥٢٦ - تلفون: ٦٦٠٩٣٧

مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع
مؤسسة الرسالة بيروت - شارع سوريا - بناية سمدي وصالحة
هاتف: ٣١٩٠٣٩ - ٨١٥١١٢ ٢٤١٦٩٢ - ٢٩٥٥٠١
ص.ب (٧٤٦٠) برقياً: بيوشران.

كتاب الصداق

باب اختلاف الزوجين في النكاح والمهر وما يترتب عليه •

فصـــــل

ادعاء النكاح على منكر أو منكرة

٥٩٣١ ـ واذا ادعى الرجل نكاح امرأة أو المرأة نكاح رجل فانكر المدعي عليه منهما ذلك فان اقام بينة على دعواه حكم له بالزوجية كائناً من كان ، وان عدم البينة وطلب اليمين فلا يمين على المنكر في قول ابي حنيفة •

٥٩٣٢ ـ وقال أبو يوسف ومحمد يجب اليمين •

٥٩٣٣ ـ وهو قول الشـافعي ، وقد مضت في الايمان هـذه المسألة ونظائرها[1] على ما يقول أبو حنيفة ويقولان •

فصـــــل

ادعى نكاحها رجلان

٥٩٣٤ ـ ولو ادعى رجلان نكاح امرأة فانكرت فاقام كل واحد البينة بالزوجية فالبينة باطلة ولا نكاح بينها وبين واحد منها ، وان كانت في منزل احدهما فهي له ، وان وقتا وقتين فهي للاول منهما كانت عنده أو عند الآخر ، وان اقرت لاحدهما فهي له وعلى الآخر البينة انه تزوجها قبل ذلك والنكاح يخالف البيع ، والملك (وما يقع فيه الاشتراك)[2] •

---

(١) النظير المثل ، وقيل المثل في كل شيء ، وفلان نظيرك اي مثلك لانه اذا نظر اليهما الناظر يراهما سواء (لسان العرب) •

(٢) ما بين قوسين من نسخة تونس وقد آثرناها على عبارة سـائر النسخ التي جاء فيها (فيه ما يصح الاشتراك) •

فصـــــل

القول لمن في المهر

٥٩٣٥ ـ وان ادعت المهر انه ألف ، وقال الزوج خمسمائة فالقول قول المرأة فيما بينها وبين مهر المثل ، والقول قول الزوج فيما زاد على ذلك ولا يتحالفان .

٥٩٣٦ ـ وقال أبو الحسن يتحالفان في جميع الاحوال بحكم مهر المثل .

٥٩٣٧ ـ وهو قول الشافعي .

٥٩٣٨ ـ وقال مالك يتحالفان وينفسخ النكاح بينهما كما قلنا في البيع .

٥٩٣٩ ـ وقال أبو يوسف القول قول الزوج فيما يقربه الا ان يأتي بشيء مستنكر ، واختلف عنه في المستنكر فقيل انه ما كان اقل من عشرة دراهم وقيل انه اقل من مهر مثل المرأة ، هـذا اذا كان النكاح قائما بين الزوجين ، فاذا كان الخلاف بعد الطلاق فالقول قول الزوج فيما يقربه .

٥٩٤٠ ـ وقال محمد القول قول المرأة فيما بينها وبين متعة مثلها ، والقول قول الرجل فيما زاد على ذلك اذا كان لم يدخل بها[1] .

فصـــــل

ما يجوز أن يكون مهراً

٥٩٤١ ـ والخلاف في المهر يترتب على معرفة ما يجوز ان يكون مهرا وما لا يجوز .

٥٩٤٢ ـ وجملة القول في هذا ان يكون المهر عند اصحابنا مالا يقوم في نفسه ، أو ما يستحق به حقاً في مال يجب تسليمه الى الزوجة .

(١) لم يرد هذا الفصل في نسخة تونس .

٥٩٤٣ ـ وقال الشافعي يجوز ان يكون غير مال بل منفعة الحر وتعليم القرآن ، وكل ما يجوز ان يستأجر على عمله •

فصـــل

منفعة البضع

٥٩٤٤ ـ واتفق الفريقان على ان منفعة البضع لا تكون مهرا ، ولا الطلاق ولا الصلح عن دم العمد وان جاز اخذ العوض فيه •

فصـــل

٥٩٤٥ ـ وقال من اجاز ان يكون مهرا لو طلق قبل الدخول وجب نصف مهر المثل ولا يتنصف بالقرآن الطلاق قبل الدخول •

فصـــل

أقل الصداق

٥٩٤٦ ـ وقال اصحابنا الصداق مقدر بالاقل ولا يكون اقله اقل من عشرة دراهم أو دينار أو ما قيمته ذلك مما يتقوم •

٥٩٤٧ ـ والمعتبر في القيمة يوم العقد لا عند التسليم والتعذر •

٥٩٤٨ ـ وقال مالك اقل الصداق ربع دينار ولا يجوز اقل من ذلك •

٥٩٤٩ ـ وقال الشافعي لا يتعذر اقله ، وما جاز ان يكون بدلا في الاجارة وثمنا في البيع فهو مهر •

فصـــل

عدد المنكوحات

٥٩٥٠ ـ واتفقوا على ان اقل العدد في المنكوحات مقدر وان النكاح يخالف البيع في الشرائط ، وان البضع لا يجوز ان يملكه ويطأة الزوج بغير بدل •

فصـــــل

زواج الشغار

٥٩٥١ – واتفقوا على انه لو تزوج امرأة على ان يزوجه الآخر بنته أو امته ان التسمية لا تصح واختلفوا في صحة النكاح •

٥٩٥٢ – فقال الشافعي النكاح باطل وهذا هو الشغار •

٥٩٥٣ – وقال اصحابنا يجب لكل امرأة مهر مثلها وتبطل التسـمية ويصح النكاح كما لو جعل الطلاق مهرا •

فصـــــل

٥٩٥٤ – ولو سمى لها اقل من عشرة فلها عشرة دراهم ، ولا فرق بين الحرة والامة في ذلك انها تكمل •

٥٩٥٥ – وقال زفر التسمية باطلة ويجب مهر المثل •

٥٩٥٦ – لان الذي سمى لو ضم اليه ما بقي صح ان يكون مهرا ويخالف تسمية الخمر والحر في ذلك •

فصـــــل

ما يثبت مهراً وما لا يثبت

٥٩٥٧ – وجملة ما يثبت مهرا وما لا يثبت ان المسمى اذا كان يقع على اجناس مختلفة او على مقادير مختلفة في الكثرة والقلة ، واللفظ يشمل الجميع ، أو وقع في العقد على ما لا قدر له في اللفظ فالتسمية باطلة ، ويجب مهر المثل • فجهالة الجنس كالدابة والثوب ، وجهالة القدر ان يتزوجها على حكمه أو حكمها أو يتزوج على حنطة أو شعير أو موزون لا يذكر قدره •

٥٩٥٨ ـ واذا كان المسمى معلوم القدر مجهول الصفة كالعبد والجارية أو برذون أو حمار أو بغل أو ثوب هروى أو مروى فذكر الجنس داخل بالصفة كقفيز حنطة أو شعير فان التسمية تصح عندنا ويجب من ذلك الوسط •

٥٩٥٩ ـ والاصل في هذا الباب ان كل جهالة كانت اقل من جهالة مهر المثل فهي تثبت في العقد ولا يثبت مهر المثل وان كانت اكثر ثبت مهر المثل ، وكل ما يوجب الوسط فالزوج بالخيار ان شاء اعطاه وان شاء اعطى قيمته •

٥٩٦٠ ـ وان سمى احد شيئين معينين جاز ذلك وكان الخيار الى الزوج يعطى ايهما شاء عند ابى يوسف ومحمد •

٥٩٦١ ـ فاما ابو حنيفة فانه ينظر : فان كان مهر مثلها مثل اقلهما قيمة او اقل من ذلك فلها اقلهما قيمة الا ان يرضى الزوج ان يعطى الرفيع ، وان كان مهر مثلها مثل الاكثر قيمة أو أكثر فلها اكثرهما قيمة الا ان ترضى المرأة بالادون ، وان كان مهر مثلها ما بين ذلك فلها مهر مثلها •

٥٩٦٢ ـ وقال الشافعي لا يثبت مهر الا ما يثبت في السلم مسلما فيه ، وكل ما ذكرناه مجهول ويجب عنده مهر المثل •

فصـــل

تسمية الحيوان

٥٩٦٣ ـ ولا فرق عندنا في تسمية الحيوان ان وصف او لم يوصف في انه لا يجبر على تسليمه •

٥٩٦٤ ـ وقال الشافعي يجبر على التسليم •

فصـــل

قيمة العقد الوسط والبيت الوسط

٥٩٦٥ ـ وكان ابو حنيفة يجعل قيمة العبد الوسط اربعين دينارا ،

وكذلك البيت الوسط •

٥٩٦٦ ـ وقالا هذا على قدر الزمان في الغلاء والرخص •

فصـــــل

هلاك المهر واستحقاقه

٥٩٦٧ ـ واتفق اصحابنا ان المهر اذا كان معينا فتلف في يد الزوج انها ترجع على الزوج بقيمته ، وللشافعي قولان احدهما هذا والثاني يجب مهر المثل لأن النكاح لا يبطل بتلف المهر •

٥٩٦٨ ـ وكذلك الخلاف اذا استحق المهر •

فصـــــل

الغلط في المهر

٥٩٦٩ ـ وقال ابو حنيفة اذا وجد العبد حرا والخل خمرا والذكية ميتة ، وقد جعل ذلك مهرا فلها مهر المثل عنده •

٥٩٧٠ ـ وقال ، لو قال على هذا الحر أو هذا الخمر أو هذه الميتة فاذا الحر عبد ، والخمر خل ، والميتة ذكية ، فالمهر هو المشار اليه دون ما سمى ، ان كانت العين حلالا فلها العين ، وان كانت حراما فلها مهر المثل •

٥٩٧١ ـ وعند ابي يوسف العقد واقع على الحلال منهما ، فان كانت العين حراما وقع العقد على التسمية ، فيكون لها قيمة الشاة والحر ومثل الخمر خلا •

٥٩٧٢ ـ وعند محمد ان كان المسمى من جنس المشـــار اليه فالعقد واقع على العين وان كان المشار اليه من غير جنس المسمى وقع العقد على التسمية كان المشار اليه حلالا أو حراما فيكون لها في الحر والميتة مهر المثل ، وفي الخمر مثل كيلها خلا •

٥٩٧٣ ـ وقد روى عنه في الخمر ايضا انه يجب مهر المثل ، رواه ابن سماعة •

٥٩٧٤ ـ وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان لها الخل مع الاشارة •

٥٩٧٥ ـ وعند الشافعي يجب مهر المثل في الاحوال كلها •

فصـــل

عيب الصداق

٥٩٧٦ ـ وان كان الصداق من ذوات القيم فوجدت به عيبا لم يرد باليسير ويرد بالكثير •

٥٩٧٧ ـ وقال زفر يرد بالعيب اليسـير والكثير سواء ، وهو قول الشـافعي •

٥٩٧٨ ـ واتفق الفريقان انه لو كان من ذوات الامثال رد باليسير والكثير •

فصـــل

تزوج الذميين على خمر

٥٩٧٩ ـ واذا تزوج الذمي الذميمة على خمر بعينها أو خنزير بعينه ثم اسلما او احدهما فان كانت مقبوضة فلا شيء لها وان كانت غير مقبوضة فلها العين عند ابي حنيفة وان كان ذلك غير معين فلها مهر مثلها في الخنزير وقيمة العبد عند ابي حنيفة •

٥٩٨٠ ـ وقال أبو يوسف لها في الجميع مهر المثل ، وهو قول الشـافعي •

٥٩٨١ ـ وقال محمد لها القيمة في الوجهين •

فصـــــل

مهر المفضاة

٥٩٨٢ ـ واتفق اصحابنا على ان المفضاة البضع يجب المهر لها بالعقد ، ويستقر بالموت والدخول ، وقال الشافعي لها المهر بالوطء ولا يجب لهـا مهر بالموت •

٥٩٨٣ ـ ولو لم يجب لها مهر بالعقد لما صح ان تطلب ذلك ، ولو سقط باسقاطها لم يجب بالوطء كما لو ابرات منه بعد العقد •

فصـــــل

مهر فرض بعد العقد

٥٩٨٤ ـ وكل مهر فرض بعد العقد لم يتنصف بالطلاق قبل الدخول، ولها المتعة •

٥٩٨٥ ـ وعن ابي يوســف انه يتنصـف كالمفروض ، وهو قول الشـافعي •

٥٩٨٦ ـ لانه لم يذكر في العقد فصار كما لو لم يسم مهرا •

فصـــــل

تزوج على خمر ثم طلق قبل الدخول

٥٩٨٧ ـ واذا تزوج على خر وخنزير ثم طلق قبل الدخول وجبت المتعـة •

٥٩٨٨ ـ وقال الشافعي نصف مهر المثل •

٥٩٨٩ ـ لان المسمى اذا لم يصح في العقد سقط حكمه واذا سقط وجبت المتعة •

فصـــــل

لمن تجب المتعة

٥٩٩٠ ـ ولا تجب المتعة الا لمطلقة لم يسم لها مهر قبل الدخول •

٥٩٩١ ـ وقال الشافعي تجب لكل مطلقة الا التي طلقها قبل الدخول، وقد سمي لها مهرا •

٥٩٩٢ ـ وقال مالك لا تجب المتعة رأسا •

٥٩٩٣ ـ وقال اصحابنا لا تزاد على نصـف مهر المثل ، ويجوز ان ينقص منه •

فصـــــل

الزيادة في المهر

٥٩٩٤ ـ وتلحق الزيادة في المهر بعد التسمية ولا تتنصف بالطلاق •

٥٩٩٥ ـ وعن ابي يوسف انه يتنصف •

٥٩٩٦ ـ وقال زفر والشافعي لا تلحق الزيادة بالعقد بل تكون هبـة مبتدأة ان قبضت صحت ولزمت •

٥٩٩٧ ـ واجمعو انهـا لو حطت بعض المهر صح حطها ، فكذلك الزيادة كحالة الابتداء •

فصـــــل

قتلت نفسها قبل الدخول

٥٩٩٨ ـ ومن قتلت نفسـها قبل الدخول بها من الزوجات لم يسقط مهرها ، وفي الامة روايتان ، وان قتل المولى الأمة سقط المهر ، وقال ابو يوسف ومحمد لا يسقط المهر •

٥٩٩٩ ـ وقال الشافعي يسقط المهر ولا يورث •

٦٠٠٠ ـ لأن القتل وجد معه ما يجرى مجرى الدخول وهو الموت فقرر المهر •

فصـــــل

لا حبس في المهر المؤجل

٦٠٠١ ـ والمهر اذا كان مؤجلا فليس لها حبس نفسها عند ابي حنيفة ومحمد والشافعي •

٦٠٠٢ ـ وقال أبو يوسف لها ذلك •

٦٠٠٣ ـ لانه رضى بالتأخير •

فصـــــل

هل لمن سلمت نفسها طوعاً حبس نفسها؟

٦٠٠٤ ـ وان سلمت نفسها طوعا ودخل بها فلها حبس نفسها في احدى الروايتين عن ابي حنيفة •

٦٠٠٥ ـ وقالا والشافعي ليس لها حبس نفسها بعد ذلك •

٦٠٠٦ ـ لان العقد اوجب تقديم المهر على الوطء ، وهذا قائم في الثاني والثالث •

فصـــــل

ما يوجبه الوطء في النكاح الفاسد من المهر

٦٠٠٧ ـ والوطء في النكاح الفاسد يوجب اقل الأمرين من مهر المثل والمسمى •

٦٠٠٨ ـ وقال الشافعي يجب مهر المثل بالغا ما بلغ •

٦٠٠٩ ـ لان التسمية لها حكم في العقد فلا تلغى •

فصـــــل

الطلاق بعد هبة المهر

٦٠١٠ – ومن وهبت مهرها قبل الدخول ثم طلقت لم يرجع عليها الزوج بشيء •

٦٠١١ – وقال زفر يرجع عليها بالنصف وهو قول الشافعي •

٦٠١٢ – وفي البراءة وجهان لهم •

٦٠١٣ – لان التبرع لا يوجب الضمان على المتبرع كما لو استحقت العين الموهوبة بل هذا اقل من ذلك •

٦٠١٤ – ولا ترجع هي على الزوج بشيء •

٦٠١٥ – وعن زفر انها ترجع بالنصف •

فصـــــل

قبضت مهرها ووهبت

٦٠١٦ – وان قبضت ووهبت فكل ما لا يتغابن فانه يجب عليها ضمانه •

٦٠١٧ – وكل ما يتعين بالعقد فان زاد او نقص ولم يستحق رده ضمنت ، وما يستحق عليها رده لا ضمان عليها •

٦٠١٨ – وان قبضت النصف ووهبت الباقي لم ترجع •

٦٠١٩ – وقال ابو حنيفة ترجع بالربع •

٦٠٢٠ – وهو احد قولي الشافعي •

فصـــــل

نماء المهر قبل القبض

٦٠٢١ – وما حدث من المهر قبل القبض من نماء وولد او ارش

جناية فهو كله مهر ، وقال الشافعي لا يدخل في المهر ، ويكون النماء للزوجة كله ، ويتنصف الاصل بالطلاق •

فصـــــل

نماء المرء بعد القبض

٦٠٢٢ ـ وان حدث ذلك بعد القبض منع الدخول في الاصل ، وكان للزوج قيمة نصف ذلك يوم تنصف •

٦٠٢٣ ـ وقال الشافعي لا يمنع الفسخ فيه ، كما قال في البيع •

فصـــــل

الكسب لا يدخل في المهر

٦٠٢٤ ـ والكسب لا يدخل في المهر عند ابي حنيفة •

وقال ابو يوسف ومحمد يدخل ويتنصف بالاطلاق لانه ليس من العين ولا بدل جزء منها ولا اجرى مجرى الجناية عليها فلا يكون لها مهر •

فصـــــل

تزوج المطلقة المدخول بها في العدة

٦٠٢٥ ـ واذا طلق المدخول بها ثم تزوجها في العدة على مهر مسمى ثم طلقها فلها مهر كامل ، وعليها عدة مستقبلة عند أبي حنيفة وابي يوسف•

٦٠٢٦ ـ ومحمد يقول لها نصف المهر وتمام ما بقى من العدة •

٦٠٢٧ ـ وهو قول الشافعي •

٦٠٢٨ ـ وقال بشر لها نصف المهر ولا عدة عليها لان الرجعة رفعت حكم الطلاق •

٦٠٢٩ ـ وابو حنيفة يجعل الدخول في الاول دخولا في الثاني ، وهو ظاهر يبنى على الاصول •

فصـــــل

أربع نسوة على مهر واحد

٦٠٣٠ ـ ومن تزوج اربع نسوة على مهر واحد في عقد النكاح فالنكاح صحيح ، والمهر يقسم بينهن على قدر مهر المثل لكل واحدة .

٦٠٣١ ـ وقال الشافعي لا تصح تسمية المهر ويجب لكل واحدة مهر المثل في احد قوليه وكل اصل في هذه المسألة فهو ممنوع عندنا .

فصـــــل

تقادم الصداق

٦٠٣٢ ـ وكان ابو حنيفة لا يقضى بالصداق اذا تقادم ، واختلف الورثة في قدره لتعذر الوصول اليه[1] .

٦٠٣٣ ـ وقال أبو يوسف ومحمد ، اختلاف الورثة كاختلاف الزوجين .

٦٠٣٤ ـ وهو قول الشافعي ، ويقضى بمهر المثل .

فصـــــل

لكل منهما بينة بالصداق

٦٠٣٥ ـ واذا اختلفا في الصداق واقام كل واحد بينة بما يدعيه فالبينة بينة المرأة لانها تثبت الزيادة ، وبينة الزوج تنفى ذلك اذا كان ديناً .

فصـــــل

اختلافهما في محل المهر

٦٠٣٦ ـ ولو قال الزوج ، المهر هذا العبد ، وقالت المرأة ، المهر هذه

---

(١) من تطبيقات مبدأ منع سماع الدعوى بمرور الزمان .

الجارية تحالفا ويبدأ اليمين الزوج فان فعل لزمه ما ادعت المرأة ، فاذا تحالفا نظرا الى مهر المثل فان كان اكثر قيمة من الجارية فلها مهر مثلها لا تجاوز به قيمة الجارية ، وان كان مهر مثلها اقل من قيمة العبد كان لها مهر مثلها الا ان تشاء ان تصدق الزوج وتأخذ العبد ، وان كان مهر مثلها مثل قيمة الجارية او اقل وهو اكثر من قيمة العبد فلها مهر مثلها .

٦٠٣٧ ـ وان طلقها قبل الدخول فلها المتعة الا ان تشاء ان تأخذ نصف العبد .

٦٠٣٨ ـ قال محمد وهذا قياس قول ابي حنيفة وهو قول محمد ، وكذلك كل عوضين اختلفا فيه .

فصـــل

البينة بينة المرأة

٦٠٣٩ ـ وان اقاما جميعا البينة فالبينة بينة المرأة لانها تثبت ما ادعت على الزوج وما شهدت به بينة الزوج فقد ابرأته منه فلا يكون حقا لها .

فصـــل

اختلافهما في كمية المهر إن كان طعامه بعينه

٦٠٤٠ ـ وان اختلفا في طعام بعينه فقالت تزوجتني على انه كران ، وقال بل على انه كر واحد فهو مثل الخلاف في الالف والالفين ، وكذلك كل ما يكال أو يوزن مثل ذلك لأن القدر معقود عليه .

فصـــل

ما في تبعيضه ضرر من المهر

٦٠٤١ ـ وكل شيء في تبعيضه ضرر مثل الاواني التي توزن من الذهب والفضة والنحاس والثياب اذا اختلفا في ذرعها فالقول قول الزوج ،

ولا يمين على المرأة لان ما في تبعيضه ضرر يصير صفة في العين والذرع صفة في الثوب وقد مضى نظائر ذلك في كتاب البيوع وبيناه هناك •

فصـــــل

هلاك ما فيه قول الزوج

٦٠٤٢ ـ وكل ما كان القول فيه قول الزوج فهلك ثم اختلفا في قيمته فالقول قول الزوج لان القيمة ليست هي المعقود عليه ، والاختلاف فيـه يوجب التحالف ، فيجب ان يكون القول قول الزوج •

فصـــــل

المهر دين أو عرض

٦٠٤٣ ـ وان كان المهر دينا من غير الدراهم والدنانير من المكيل والموزون أو عرضا يصح العقد عليه في النكاح واختلفا في جنسه أو صفته أو ذرعه ، نظر الى مهر المثل ، فان كان مثل ما قال أو اقل فلهـا ما قال الزوج •

وان كان اكثر مما قال الزوج أو أقل مما قالت المرأة فلها مهر مثلها •

٦٠٤٤ ـ قال محمد : وهذا قياس قول ابي حنيفة وسواء ادعت المرأة دينا أو عينا اذا اقر الزوج بدين غير الدراهم والدنانير •

٦٠٤٥ ـ وقال محمد : وان طلقها في هذا كله قبل ان يدخل بها فلها في ذلك كله في قياس قول ابي حنيفة نصف ما قال الزوج ولا يشبه ما كان دينا فاقر به الزوج ما كان قائما بعينه ، لان ما كان قائما بعينه عرض من العروض لا يدخل في ملكها •

فصـــــل

العفو عن المهر

٦٠٤٦ ـ وليس لابي البكر ان يعفو عن المهر •

فصـــــل

من بيده عقدة النكاح

٦٠٤٧ ـ والذي بيده عقدة النكاح انما هو الزوج وهو تأويل الآية عندنا[١] .

٦٠٤٨ ـ وهو قول علي رضي الله عنه .

٦٠٤٩ ـ وقول الشافعي الجديد .

٦٠٥٠ ـ وقال مالك هو الولي ، وله ان يعفو عن نصف المهر .

فصـــــل

لأبي البكر قبض مهرها

٦٠٥١ ـ ولأبي البكر ان يقبض مهرها مع سكوتها من غير نطق اذا كانت بالغة استحساناً .

٦٠٥٢ ـ وقال زفر لا يقبض الا باذنها له في ذلك .

٦٠٥٣ ـ وهو قول الشافعي .

٦٠٥٤ ـ لان عقده النكاح تجوز مع سكوتها مثل الصغيرة وكذلك مسائر الاجداد .

٦٠٥٥ ـ فاما غيرهم من الاولياء كالعم والاخ فليس لهم قبض المهر لانهم يتصرفون في المال .

٦٠٥٦ ـ والاب اذا طلب المهر وادعى ان ابنته صغيرة فقال الزوج له ، اقبض وسلم الجارية فانه يؤمر بقبض المهر وتسليم الجارية ، فان قال

---

(١) اشارة الى قوله تعالى « الا ان يعفون أو يعفو الذي بيده عقده النكاح » ، البقرة ٢٣٧ .

يطلبها حيث هي لم يدفع اليه المهر لانه بدل عن بضعها فلابد من تسليم العوض •

فصـــــل

٦٠٥٧ ـ وان قال انا اسلم أمر الزوج بتسليم المهر واخذ من الاب كفيل بتسليم الابنة اليه بعد ذلك ، لان المهر يجب تقديمه على البضع باتفاق العلماء •

فصـــــل

تسلم الزوجة حيث وقع العقد

٦٠٥٨ ـ وان قال هي بالبصرة وهناك وقع العقد فانه لا يكلف الأب حملها ولكن يقال للزوج اطلبها انت هناك ، ويأخذ من الاب كفيلا بالمهر حتى يسلم بالبصرة •

فصـــــل

توكيل من يحمل الزوجة إلى زوجها

٦٠٥٩ ـ وان قال الزوج انا أوكل من يحملها من ذوي رحمها فله ذلك ، وان كان اجنبيا فليس له ذلك ، لانه لا يجوز السفر مع غير ذي زوج ولا ذي رحم •

فصـــــل

الوكيل بقبض المهر

٦٠٦٠ ـ ولو كان وكيلا من جهتها بقبض المهر فهو كالاب يستوثق منه بالكفيل في قبض المهر •

فصـــــل

لا يقبل مهر الغائبة

٦٠٦١ ـ واتفق الجميع على انه اذا لم تكن في منزله وهي غائبة

لا يقدر على تسليمها انه ليس له قبض المهر ، وانما يقبض اذا كانت في منزله وتحت نظره •

٦٠٦٢ ـ فان كانت غائبة أو خارجة عن منزله لم يدفع المهر حتى تحضر وتسلم نفسها ، وهذا قول ابي يوسف الذي صار اليه لا يدفع المهر حتى تحضر •

٦٠٦٣ ـ وقال غيره ، عليه ان يدفع بشرط التسليم على ما تقدم •

فصـــــل

إثبات المهر عند الحاكم

٦٠٦٤ ـ واتفق الجميع على ان للوكيل والاب ان يثبتا المهر عند الحاكم ويسجلانه وان لم يجز لهما قبضه حتى تحضر •

فصـــــل

مهر الثيب

٦٠٦٥ ـ واتفق الجميع على ان الثيب لا يقبض مهرها الا باذنها دون السكوت ، وابوها في المهر كسائر الاجانب •

فصـــــل

لا بد في ادعاء الزوج الدخول من بينة

٦٠٦٦ ـ واذا اختلف الاب والزوج فقال الاب بنتي بكر وهي في منزلي ، وقال الزوج قد دخلت بها ، لتسقط المطالبة بقبض المهر فالقول قول الاب ، لان الاصل عدم الدخول فلا يقبل من الزوج دعواه بغير بينة •

٦٠٦٧ ـ وان طلب الزوج يمين الاب فلا يمين عليه ، لانه لو اقر لم يقبل منه عليها •

٦٠٦٨ ـ وان اقر الاب بذلك لم يكن له ان يطلب المهر منه ويكون

الطلب اليها •

٦٠٦٩ ـ وان طلب الزوج سؤالها عما ادعاه فان كانت خفرة (مخدرة) ارسل اليها من يسألها من امنائه ، ورجلين يعرفانها مع الاب ، فان اقرت بما ادعاه الزوج امرها ان تحضر في منزل الزوج ، وان انكرت فالقول قولها ، وكذلك ان حضرت •

٦٠٧٠ ـ وهذا قول ابي يوسف ومحمد والشافعي •

٦٠٧١ ـ وعند ابي حنيفة ليس عليها الحضور وان اقرت حتى تقبض المهر لان لها حق حبسها[1] بعد الدخول بها حتى تأخذ المهر •

فصـــل

تحليفها على عدم الدخول

٦٠٧٢ ـ وله ان يستحلفها انه ما دخل بها ، لانها لو اقرت لزمها عند ابي يوسف ومحمد •

فصـــل

ادعى رضاها في الدخول

٦٠٧٣ ـ وان ادعى الرضا في الدخول بها وانكرت ذلك ، فالقول قولها لانها لم ترض بذلك لأنـه يدعي سـقوط حقها من الحبس ، وهي تنكر ذلك •

فصـــل

بالخلوة يجب المهر فقط

٦٠٧٤ ـ وليس له ان يجبرها بعد الخلوة بها ان تسلم نفسها ، لان الخلوة ليست بدخول ولا جماع ، وانما وجب المهر للسنة والاثر في ذلك ،

(١) اي حق حبس نفسها بالمهر •

وهذا لا خلاف فيه بين الجميع .

فصـــل

حبس الزوج بالمهر

٦٠٧٥ – ولها ان تحبس الزوج بالمهر وقد مضى الخلاف فيما تقدم من الكتاب فيما يحبس به من الدين وما لا يحبس به وكيفية ذلك من اول الكتـاب .

فصـــل

المطالبة بالنفقة في مدة الحبس

٦٠٧٦ – ولها المطالبة في مدة الحبس والمطالبة الى ان تستوفي المهر ، ويفرض ذلك لها القاضي ،لانه حق وجب لها بالنكاح كسائر الحقوق .

فصـــل

لا تحبس الزوجة مع الزوج

٦٠٧٧ – وان طلب الزوج حبسها معه ، وقال ان لي في الحبس موضعا خاليا فاريد ان تكون معي لم تحبس لان حبسها في الحبس لا يستحقه عليها ، ولكن تكون في منزله لا تخرج ولا تدخل ويكون هو في الحبس .

٦٠٧٨ – وقد كان ينبغي على قول من قال انها ليس لها ان تمتنع بعد الوطء عليه ان الزوج اذا طلبها في الحبس ليطأها انه يجب عليها ذلك ان كان خاليا ، لانهم قالوا : وله في الحبس ان يطأ الزوجة والامة ، ان كان خاليا ، ولا يطأ اذا كان معه غيره .

٦٠٧٩ – وقالوا لا يخرجه من الحبس ليطأ لأن في خروجه فكاكاً للحبس عنه ، وهذا لا يجوز[1] ، وقد مضى ذكر ذلك في باب الحبس من

(١) ينبغي في عصرنا هذا ان يقال بالجواز اذا تعهد بالعودة للحبس ، وكان ممن يوثق بقوله لأن في ذلك تيسيرا عليه في قضاء حاجة طبيعية مباحة له شرعا، ولان فيه دفع مضار نفسية وخلقية شديدة الوطأة وخيمة العاقبة .

هذا الكتاب •

فصـــــل

مطالبة الأب بمهر الصغيرة وبنفقتها

٦٠٨٠ ـ وان كانت الزوجة صغيرة وطلب الاب مهرها فله ذلك ويجبر الزوج على ذلك ان رضي بتأخير حقه من الوطء •

٦٠٨١ ـ ولو انه طلب النفقة لها فان كانت تصلح للوطء فرض القاضي لها ، وان لم تصلح لم يفرض لها حتى تصلح لذلك لان ذلك في مقابلة التمكين من الوطء ، والمهر يجب في مقابلة الاباحة للبضع •

فصـــــل

خلاف الأب والزوج حول صلاحها للرجال

٦٠٨٢ ـ ولو قال الزوج انها تصلح للرجال وقال الاب لا تصلح أو سلمت اليه فقال قد دخلت بها وهي تصلح ، وقال الأب قد دخل بها وعقرها وهي لا تصلح فان القاضي يريها النساء الثقات ، فان قلن انها تصلح امره بدفعها اذا دفع المهر ، وان قلن لا تصلح لم يأمر بتسليمها في جميع ما ذكرنا •

فصـــــل

قبض الأب مهر الكبيرة والإنفاق عليها من مال زوجها الصغير

٦٠٨٣ ـ وللأب ان يقبض مهر ابنته الكبيرة البكر اذا كان زوجها صغيرا وكان ابوه قد زوجه •

٦٠٨٤ ـ وينفق على الكبيرة من مال الغلام لانها تصلح للوطء والعجز من قبل الزوج •

فصـــــل

نفقة البالغة الصغيرة بصلاحها للوطء

٦٠٨٥ ـ وان كانت صغيرة تحت بالغ فلا نفقة لها ولا يفرض حتى

تصلح للوطء عندنا .

٦٠٨٦ – وللشافعي قولان احدهما التسوية بين الجميع في اسقاط النفقة والثاني التسوية في الوجوب .

فصـــل

مهر الثيب الصغيرة

٦٠٨٧ – والثيب الصغيرة كالبكر الصغيرة والكبيرة في حق الأب في قبض المهر ولا خلاف في هذا الفصل .

فصـــل

اختلاف الأب والزوج في موت الزوجة

٦٠٨٨ – ولو قال الاب للزوج قد ماتت ابنتي وانا الوارث ، وانت ايها الزوج فسلم الي حقي من الميراث ، وقال الزوج بل هي باقية وانما تريد ان تمنعني حقي بهذا القول ، فان الزوج لا يسلم المهر اليه لانه قد أقر أنـه لا ولاية له في القبض لابنته، وانما يقبل قوله مع قيام الولاية .

٦٠٨٩ – ولو كان الاب قال انها ميتة .

وقال الزوج قد ماتت فللاب ان يقبض المهر ويستوثق منه بالكفيل ، فان سلمها اليه والا رجع عليه الزوج بنصف المهر بالميراث ، وكذلك ان صدقه فيما قال فهو مثل ذلك .

كتاب القسمة

بين النساء في العشرة

٦٠٩٠ ـ والقسم بين النساء الحرائر واجب سواء مسلمات كن او كتابيات ومسلمات •

٦٠٩١ ـ فان كن اماء وحدهن فكذلك •

٦٠٩٢ ـ وان كن اماء وحرائر قسم للحرة يومين وللأمة يوما لتفاضل الحرة والامة وكون عدتها ازيد من الامة فالقسم مثله •

٦٠٩٣ ـ وقد روى عن علي بن ابي طالب ـ رضى الله عنه ـ انه ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال لا تنكح الامة على الحرة وتنكح الحرة على الامة •

٦٠٩٤ ـ وللحرة الثلثان من القسمة •

٦٠٩٥ ـ ولا يقسم في حال السفر وان سافر ببعضهن فلا قسم عليه لمن بقى •

٦٠٩٦ ـ وقال الشافعي ان كان بقرعة لم يقض ، وان كان بغير قرعة قضى للباقي ، لانه لا يلزمه ان يسافر بشيء منهن •

٦٠٩٧ ـ والمريض في القسمة بمنزلة الصحيح اذا كان مقيما في التسوية في الاقامة عندهن •

٦٠٩٨ ـ والبكر والثيب في ذلك سواء ، وان كن كلهن ابكارا أو ثيبات فكذلك ، ولا فرق بين ان يتزوجهن معا أو واحدة بعد الاخرى •

٦٠٩٩ ـ والابتداء والبقاء في ذلك سواء •

٦١٠٠ ـ وقال الشافعي تفضل البكر سبعة ايام ، والثيب بالخيار ان

شاءت اقام عندها سبعا وقضى وانه شاءت خصها بثلاث •

٦١٠١ ـ والتفضيل ميل وترك للتسوية ، ولو وجب ذلك لكان حالة البقاء مثله كالحرة والامة •

فصـــــل
تنازل إحدى الزوجات عن قسمتها

٦١٠٢ ـ وان اصطلحن على شيء رضين به فيما بينهن فهو جائز ، وان رضيت احداهن بان لا قسم لها فهو جائز ، وقد فعلت ذلك سودة[1] وجعلت يومها لعائشة ـ رضى الله عنها ـ فردها النبي (ص) ورد عليها يومها •

٦١٠٣ ـ وان تركت يومها فلها ان ترجع في ذلك لانها اسقطت حقا لم يجب بعد •

٦١٠٤ ـ وان طلب الزوجة القسم وهي وحدها فقد قال الطحاوي في المختصر يكون عندها يوما من اربعة ايام وليلة من اربع ، وان كانت امة فيكون لها يوم من سبعة ايام •

٦١٠٥ ـ وقال غيره اذا لم يكن لها ضرة لم تستحق القسم •

فصـــــل
الشقاق والحكمان

٦١٠٦ ـ والشقاق اذا وقع بين الزوجين بعث القاضي حكمين ينظران

---

(١) جامع مسانيد الامام ١٥٢/٢ وفيه « أبو حنيفة عن الهيثم ان النبي (ص) قال لسودة اعتدى ، فقعدت له على طريق ، وقالت : يا نبي الله راجعني ، فاني قد وهبت يومي في القسم لعائشة ، فراجعها » •

بينهما[1] .

٦١٠٧ ـ وليس للحكمين ان يطلقا الا ان يجعل اليهما الزوج ذلك .

٦١٠٨ ـ وبه قال الشافعي في الجديد ، وقال في القول الآخر ، اذا رأيا الفرقة وبعوض أو بغير عوض فلهما ذلك ، وان رأى الذي من جهة الزوج الفرقة جاز ولا يحتاج في الطلاق الى رأى الذي من جهة المرأة .

٦١٠٩ ـ ولو جازلهما الفرقة لكان القاضي اولى بذلك .

٦١١٠ ـ ورضى الزوج شرط في اسقاط حقه من البضع .

فصـــل
نثار العرس

٦١١١ ـ وقال اصحابنا ، لا بأس بنثار العرس ولا بأس بأخذه .

٦١١٢ ـ وقال الشافعي احب الى تركه .

٦١١٣ ـ وقد اتفق الجميع على الاباحة [اذ] يجوز ان يثبت لغير معين في الهدي اذا عطب دون محله ، وقد يجوز ان يختلف في حكم الهبة في الاباحة كما يختلف حكم البيع في التفاضل فيجوز في موضع ولا يجوز في آخر .

٦١١٤ ـ وقد ذكرنا حكم الانسان اذا دعى الى طعام غيره ، والقاضي اذا دعى فيما تقدم من الكتاب ، وبينا ما يحل من ذلك وما يحرم وما يستحب ، وذكرنا الخلاف هناك فيه .

---

(١) والاصل في ذلك قوله تعالى « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من أهلها ، ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما (٣٥/٤) وانظر ما قلناه بصدد التحكيم بين الزوجين كتابنا الاسرة والمرأة (ص٤٦ـ٤٧) ولقد نظم قانون الاحوال الشخصـــية العراقي رقم ١٨٨ لسـنة ١٩٥٩ التحكيم بين الزوجين في المادة (٤٠) منه في صدد التفريق للضرر والشقاق والظاهر من هذه المادة انها اخذت بالرأي القائل بانه لا يجوز للحكمين ان يطلقا وانها سلبت منهما ذلك بصورة مطلقة فقد حصرت الفقرة (٣) من هذه المادة مهمة الحكمين في ان « يجتهدا في الاصلاح ، فان تعذر عليهما ذلك رفعا الامر الى القاضي موضحين له الطرف الذي ثبت لهما انه هو المقصر ، دون ان يكون لهما التطليق .

كتاب الرضاع

وهذا كتاب الرضاع

٦١١٥ ـ وقد كان الواجب ان نذكر ذلك في الباب الذي يحرم نكاحه وما لا يذكر ، غير ان الناس افردوه عن النكاح فاتبعنا من تقدم في ذلك .

فصل

الآثار المروية في التحريم بالرضاع

٦١١٦ ـ والاصل في ذلك قوله تعالى : « وامهاتكم اللائتي ارضعنكم (واخواتكم من الرضاعة) »[1] .

وقوله عليه السلام : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »[2] . وقد بينا في ذلك تفسير الآية .

فصل

اللبن لمن

٦١١٧ ـ وعند اصحابنا ان اللبن لمن يكون للمرأة والرجل جميعا .

٦١١٨ ـ وهو قول الشافعي ، وعامة الفقهاء ان زوج المرضعة اذا كان اللبن لولده ان المرضع (كذا) لان الاصل ان اللبن يتولد بالوطء وهو من الرجل ، ومن الفقهاء من قال لا يحرم على اولاد الزوج ، وان اللبن للمرأة

---

(١) النساء ٢٣/٤ .

(٢) سيأتي في الهامش اللاحق . وانظر جامع مسانيد الامام ٩٧/٢ وفيه « ابو حنيفة عن الحكم بن عتيبة عن القاسم بن مخيمرو عن شريح بن هانىء عن علي بن ابي طالب (رض) عن النبي (ص) انه قال : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب قليله وكثيره » .

خاصة دون الرجل والاول جاءت السنة في ابن ابي القعيس[1] حين قال النبي (ص) لعائشة ـ رضي الله عنها ـ ليلج عليك عمك •

فصـــــل

حرمة الرضيع على أولاد من أرضعته جميعاً

٦١١٩ ـ والمرأة اذا ارضعت صبياً بلبن ولدها فذلك الصبي المرضع على اولادها حرام من كان منهم ومن يكون ابداً واخوه حلال لاولادهـا وكذلك اخته •

فصـــــل

مدة الرضاع

٦١٢٠ ـ واختلف في مدة الرضاع فقال اصحابنا لا يحرم رضـــاع الكبير ، وقد كان في الشرع ثابتا ونسخ ، ومن الناس من قال يحرم ، والتحريم يحصل بحصول اللبن في الجوف في اي حال كان •

٦١٢١ ـ واختلف القائلون بانه يختص بمدة فمنهم من قال يحرم قبل البلوغ ، ولا يحرم بعده •

٦١٢٢ ـ وقال زفر يحرم في ثلاث سنين ولا يحرم بعدها •

٦١٢٣ ـ وقال ابو يوسف والشافعي يحرم في الحولين ولا يحـرم بعدهـا •

---

(١) في جامع مسانيد الامام (٢/٩٤) « ابو حنيفة والحجاج بن ارطأة وعبدالله بن شبرمه وشعبة كلهم عن عراك بن مالك عن عائشة (رض) ان افلح بن ابي القعيس استاذن على عائشة فاحتجبت منه ، فقال : انا عمك اذ رضعت لبن امرأة أخي •

فسألت عائشة رسول الله (ص) عن ذلك فقال صدق افلح ليلج عليك فانه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، فكانت لا تحتجب منه بعده » • وانظر هذا الحديث في سبل السلام ٣/٢١٦ •

٦١٢٤ – والآية عامة ، والخبر الثابت مطلق ، والذي روى عنه – عليه السلام – انه قال لا رضاع بعد فصال .

٦١٢٥ – وقال الله تعالى « وفصاله في عامين »[١] لا يدل على ان ما زاد بخلاف ذلك الا من حيث دليل الخطاب ، ولكل وجه فيما قال .

فصل

٦١٢٦ – واختلف في العدد المحرم ، فقال اصحابنا قليل الرضاع وكثيره سواء في التحريم .

٦١٢٧ – وقال الشافعي لا يحرم الا خمس رضعات فما زاد ، ولا يحرم بدون ذلك .

٦١٢٨ – وعن ابن الزبير انه لا تحرم المصة ولا المصتان ويحرم بالثلاث .

٦١٢٩ – واتفق على ان كل محرم يسيره وكثيره سواء كالخمر والخنزير والميته والدم والبول والنجاسات وأكل مال الغير[٢] .

فصل
لبن الميتة

٦١٣٠ – ولا فرق بين لبن الحية والميتة في التحريم عندنا .

٦١٣١ – وقال الشافعي لبن الميتة لا يحرم[٣] .

٦١٣٢ – وقالوا جميعا لو حلب في اناء وترك حتى ماتت المرأة وسقي

---

(١) ١٤/٣١ .

(٢) اي ان اكل مال الغير محرم يسيرا كان ام كثيرا . وهذا اصل مهم في الكسب دون سبب .

(٣) وهو الراجح عندي لان لبن الميتة فاسد فخالف لبن الحية .

الصبي فانه يحرم لان اللبن لا يموت ولا يحله الموت ، وغاية ما فيه انه يتنجس بالموت ولو نجس في حال الحياة لكان محرما كالطاهر سواء •

فصل

التسعيط بلبن امرأة

٦١٣٣ ـ ومن سعط بلبن امرأة فهو رضاع لانه وصل الى جوف المرضع •

فصل

الحقن بلبن امرأة

٦١٣٤ ـ وان حقن به صبي فليس برضاع لانه لا ينبت اللحم ولا يقوم مقام الغذاء في العادة •

فصل

خلط اللبن وطبخه

٦١٣٥ ـ واللبن اذا خلط بطعام فكان الطعام هو الغالب فليس برضاع ، وكذلك ان طبخ بالنار •

٦١٣٦ ـ وهذا قولهم جميعا•

٦١٣٧ ـ وكذلك اذا خلط بالماء وكان الماء غالبا •

٦١٣٨ ـ وقال الشافعي يحرم اذا كان فيه قدر خمس رضعات •

٦١٣٩ ـ وقال في النجاسة في القلتين لا يحرم وان كان قدرا يحرم منفردا •

٦١٤٠ ـ وان كان اللبن هو الغالب لا يحرم عند ابي حنيفة •

٦١٤١ ـ وحرم عندهما وهو قول الشافعي حكى الخلاف عنهما أبو موسى في المختصر وابو الليث في خلافه[1] •

(١) اشارة الى مختلف الرواية لأبى الليث السمرقندي •

فصـــل

خلطه بلبن امرأة أخرى

٦١٤٢ ـ وان خلط بلبن امرأة اخرى فسقى منه صبي ، فانه يكون ولدهمـا جميعا ، ولا فرق بين يسـير ذلك وكثيرة عند زفر ومحمد بن الحسـن •

٦١٤٣ ـ والنجس لا يغلب النجس •

٦١٤٤ ـ وعند ابي حنيفة وابي يوسف يكون اللبن للغالب ايهما كان ، ولم يذكر اصحابنا اذا تساويا وينبغي ان يثبت التحريم بينهما •

فصـــل

تزوجت وهي مرضعة

٦١٤٥ ـ ومن تزوجت وهي مرضعة من زوجها الاول وحملت من الثاني ، فاللبن للاول حتى تضع عند ابي حنيفة •

٦١٤٦ ـ وقال أبو يوسف ان عرف ان اللبن الثاني من الزوج الثاني فهو منه •

٦١٤٧ ـ وقال محمد استحسن ، ان يكون اللبن في حال الحمل ، منهما جميعا ، فاذا وضعت فاللبن للثاني في قولهم جميعا •

فصـــل

لبن الثيب والبكر

٦١٤٨ ـ ولبن الثيب والبكر سواء في التحريم لانه لبن امرأة •

فصـــل

لبن الرجل

٦١٤٩ ـ ولو نزل لرجل لبن فارضع به صبي لم يحرم بذلك •

فصـــــل

لبن غير الإنسان

٦١٥٠ ـ وان ارتضع صغيران من لبن شـاة أو بقرة لم يكن ذلك رضاعا ولا يثبت بينهما اخوة •

فصـــــل

زوجته الكبيرة أرضعت الصغرى

٦١٥١ ـ واذا تزوج الرجل صغيرة وكبيرة لها لبن فارضعت الكبيرة الصغيرة انفسخ نكاحهما جميعا •

٦١٥٢ ـ فان كان دخل بالكبيرة حرمتا عليه جميعا على التأبيد •

٦١٥٣ ـ وان لم يكن دخل بالكبيرة جاز له ان يتزوج الصغيرة لانه لم يدخل بامها •

٦١٥٤ ـ ويجب نصف مهر الصغيرة على الكبيرة ان كانت قصـدت التحريم ، وان لم تقصد ذلك فلا شيء عليها •

٦١٥٥ ـ وقال الشافعي تغرم في الحالين •

٦١٥٦ ـ ولا مهر للكبيرة ان كان لم يدخل بها لانها منعت لنفسها فهي كالمرتدة سواء •

٦١٥٧ ـ وان دخل بها فلهاالمهر لانه استحل فرجها ، وقد قال النبي ـ عليه السلام ـ « ولها المهر بما استحل من فرجها »[1] •

---

(١) « اذا ادخلت المرأتان كل واحدة منهما على غير زوجها فوطئت كل واحدة منهما ، قال : ترد كل واحدة على زوجها ولها الطلاق بما أستحل من فرجها ولا يقربها زوجها حتى تنقضى عدتها •
(جامع مسانيد الامام ٢/١٠٣) •

فصـــــل

قوله لزوجته هذه أختي

٦١٥٨ ـ واذ قال الزوج لزوجته هذه اختي من النسب أو الرضاع وقعت الفرقة بينهما فان صدقته على ما قال فلا مهر لها ، ان كان لم يدخل بها ، وان دخل بها فلها المهر .

٦١٥٩ ـ وان كذبته فلها نصف المهر .

٦١٦٠ ـ ولو رجعا وكذبا انفسهما وقالا غلطنا في ذلك القول فلهما ان يتزوجا .

٦١٦١ ـ وقال الشافعي ليس لهما ذلك واقرارهما يلزم على الابد .

فصـــــل

أرضعت الكبيرة الصغيرتين

٦١٦٢ ـ ولو تزوج كبيرة وصغيرتين فارضعتهما الكبيرة معا بنّ جميعا منه ، والقول في المهر على ما تقدم .

٦١٦٣ ـ ولو ارضعتهما واحدة بعد الاخرى فالبائنة امرأته على حالها لانها ارضعتهما وهي بائنةمنه فلا يكون رضاعا .

فصـــــل

ادعت أنها أرضعت امرأتيه

٦١٦٤ ـ ولو تزوج بامرأتين فجاءتامرأة اليهما وقالتأني أرضعتكما في الصغر ، قال أصحابنا الاولى لهما أن يتفرقا ولا يجبرهما على الفرقة ، وقد قيل للنبي الا تتزوج بنت حمزة فأنها من أجمل امرأة في قريش فقال

هي أختي من الرضاعة أرضعتني واياها ثويبة[1] [أمه امي لهب][2] .

٦١٦٥/وقد روى أن أمرأة سوداء جاءت الى رجل وامرأته لتسليهما فردا عليها فقالت أني قد أرضعتكما ، فسئل النبي عليه السلام عن ذلك فقال: كيف وقد قيل[3] .

فصـــل

الشهادة على الرضاع

٦١٦٦/وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لا نقبل على الرضـاع الا شهادة شاهدين .

٦١٦٧/وقال أصحابنا ، وتقبل شهادة رجل وامرأتين لان بها تثبت الحقوق والامـوال .

٦١٦٨/وقال الشافعي ، تقبل على الرضاع شهادة أربع نسوة ولا رجل معهـــن .

٦١٦٩/وعندنا لابد من رجل في الرضاع ولا تقبل شهادة النســـاء منفردات .

---

(١) سبل السلام ٣/٢١٧ وفيها « عن ابن عباس (رض) أن النبي (ص) اريد على ابنة حمزة ، أي قيل له تزوجها فقال : انها لا تحل لي انها ابنة اخي من الرضاعة ، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النســـب . متفق عليه .

(٢) الزيادة التى بين قوسين من سبل السلام ايضا .

(٣) سبل السلام ٣/٢١٨ وفيها « عن عقبة بن الحارث وهو ابو سروعة عقبة بن الحارث بن عامر القرشي النوفلي . انه تزوج ام يحيى بنت ابي اهاب فجاءت امرأة . فقالت : قد ارضعتكما ، فسأل النبي (ص) فقال : كيف وقد قيل ففارقها عقبة فنكحت زوجا غيره . اخرجـه البخاري . الحديث دليل على ان شهادة المرضعة وحدها تقبل .

٦١٧٠/وهو لا يقبل في الطلاق شهادة رجل وامرأتين ولا يفرق بين الزوجين ، ويفرق بينهما اذا شهد النساء بالرضاع •

٦١٧١/ومسائل الرضاع كثيرة ، وقد عمل الخصاف فيه كتابا منفردا فروى عجيبـــه •

٦١٧٢/واذ قد ذكرنا حكم النكاح والرضاع وكان البضع يملك من الحرة بالعوض فهل لمن ملكه أن يأخذ عنه عوضا أم لا ؟ وهذا يقتضي أن نذكر الخلع وما يجب به العوض للزوج •

كتاب الخلع

وهذا كتاب الخلع[1]

٦١٧٣/أعلم أن الخلع أمر ورد القرآن به ، وحكم فيه النبي[2]

---

(١) جاء في لسان العرب في مادة (خلع) :

« خلع الشيء يخلعه خلعا واختلعه كتنزعه ، الا أن في الخلع مهلة ، وسوى بعضهم بين الخلع والنزع ... وخلع الربقة عن عنقه : نقض عهده، وتخالع القوم نقضوا الحلف والعهد بينهم . وفي الحديث : « من خلع يداً من طاعة الله لقي الله لا حجة له » .

أي من خرج من طاعة سلطانه ، وعدا عليه بالشر ...

وخلع امرأته خلعا بالضم وخلاعاً، فاختلعت، وخالعته أزالها عن نفسه، وطلقها على بذل منها له ، فهي خالع ، والاسم الخُلعة ، وقد تخالعا ، واختلعت منه اختلاعا فهي مختلعة ...

أنشد ابن الاعرابي :

مولعات بهات هات فان

شقّرَ مال اردن منك الخلاعا

شقّر مال : قلّ

قال أبو منصور : خلع امرأته ، وخالعها ، اذا أفتدت منه بمالها فطلقها وأبانها من نفسه ، وسمي ذلك الفرق خُلعا ، لأن الله تعالى جعل النساء لباسا للرجال والرجال لباسا لهن فقال : « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » وهي ضجيعة وضجيعته ، فاذا أفتدت المرأة بمال تعطيه لزوجها ليبينها منه فأجابها الى ذلك فقد بانت منه ، وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه . والاسم من كل ذلك الخُلع والمصدر الخَلع ، فهذا معنى الخُلع عند الفقهاء ١ هـ

(٢) أورد ابن يتيمه في منتقى الاخبار (٦/٢٧٦ ـ ٢٨٢) جملة من الاخبار الواردة عن النبي (ص) في القضاء بالخلع في شكوى امرأة ثابت بن قيس بن شمّاس ، وأنها أختلعت على عهد رسول الله «ص» فأمرها برد حديقته التي مهرها لها دون زيادة وخلى سبيلها .

والامة بعده ، وهو يدور في الدنيا ولا يكاد يخلو الزمان من وجوده ، وله أحكام وشعب وخلاف ووفاق .

وقد قال الله تعالى :

(ولا جناح عليهما فيما أفتدت به)[1]

فصـــل

٦١٧٤/ويجوز عندنا بما دفعه اليها وباقل منه وبما زاد ، ولا يكره له الفضل اذا كان النشوز من قبلها ، وان كان من قبله وتعنته كره لـــه الفضل ، وفي الناس من قال لايجوز بالزيادة على المهر[2] .

---

(١) البقرة ٢٢٩ .

(٢) هذه الاراء تدور حول مبدائي الكسب دون سبب والتعسف في أستعمال الحق ضراراً . هذا وقد أجازت الفقرة (٣) من المادة (٤٦) من قانون الاحوال الشخصية أخذ الفضل على المهر في الخلع والراجح عندي أن هذه الزيادة لاتعد مشروعة الا أذا كان لها سبب معقول كأن تكون تعويضا

هذا وقد نظم قانون الاحوال الشخصية العراقي الخلع فخصه بمادة واحدة هي المادة (٤٦) التي وردت بعنوان التفريق الاختياري (الخلع) . وقد عرفت الفقرة الاولى من هذه المادة الخلع بانه « ازالة قيد الزواج بلفظ الخلع أو ما في معناه ، وينعقد بايجاب وقبول امام القاضي ، مع مراعاة أحكام المادة التاسعة والثلاثين من هذا القانون ، وبذا لم يعد الخلع تصرفا ارادياً من جميع الوجوه فقد اخضعه هذا النص لاشراف القاضي فأوجب ان يتم أنعقاده أمام القاضي واحال الى المادة (٣٩) من هذا القانون ومعنى هذا أن الخلع الذي يقع مع تعذر مراجعة المحكمة يجب أن يسجل في المحكمة فان لم يتم التسجيل بقيت حجة الزواج معتبرة الى حين ابطالها من طرف المحكمة وكل ذلك اسوة بالطلاق وبذلك خضع الخلع من حيث هو اتفاق لتوجيه القضاء وتدخل المشرع الوضعي منعا لاساءة أستعمال هذا الحق أو الالجاء عليه أما المدة التي ينبغي ان يسجل الخلع الواقع خارج المحكمة خلالها في المحكمة فهي مدة العدة .

فصـــــل

٦١٧٦/وهو عندنا طلاق بائن الا أن ينوى ثلاثا فيكون كما نوى ، سائر المواضع[1] .

فصـــــل

الخلع طلاق بائن

٦١٦٧/وهو عندنا طلاق بائن الا أن ينوى ثلاثا فيكون كما نوى ، الا أن ينوى أثنتين فيكون واحدة عند أصحابنا خلاف زفر ، بناء عـــلى الكنايات اذا نوى بها ذلك .

٦١٧٧/وهو طلاق في جميع الاحوال وينقص به العدد .

٦١٧٨/وقال الشافعي في أحد قوليه هو صريح في الفسخ ، والثاني كناية في الطلاق فان نوى به الطلاق كان طلاقا ، وان لم تكن له نيـــة فهـــو فســـخ .

٦١٧٩/ولو كان فسخا لما صح بين غير الزوج والزوجة ، ولا ببدل هو أقل من المهر ولا أكثر ، ولا بغير جنس المهر ولكان كالاقالة في البيع يملكها ولي الصغير والصغيرة ، ولكان لايجوز بعد الدخول .

٦١٨٠/والفرقة الواقعة من جهة المرأة التي لم يجعلها الزوج اليها فهي فسخ ، وكل فرقة جاءت من قبل الزوج وقطعت النكاح على وجـــه

(١) انظر مع ذلك نص الفقرة الاولى من المادة (٤٦) والمادة (٣٩) من قانون الاحوال الشخصية وقد حصر الخلع من حيث الشكل فاوجب في الاصل ايقاعه في المحكمة وعند التعذر أوجب تسجيله والمحكمة هي التـي تقدر حالة التعذر ، ولها أن تمتنع عن طلب تسجيل الخلع الواقـع خارج المحكمة عند عدم ثبوت تعذر ايقاعه امامها ، على ما نرى ، لان الحكمة من الخلع تقتضي عدم التوسع في الاستثناء المذكور .

لا يتأبد فهي طلاق عند أبي حنيفة الا الردة وخيار الغلام اذا بلغ •

٦١٨١/وقال أبو يوسف الا ذلك واباء الزوج الاسلام •

٦١٨٢/وقال محمد كل ذلك طلاق الاخيار الغلام اذا بلغ •

٦١٨٣/واتفق الجميع على أن سائر الفرق غير الطلاق لا يجوز أخذ العوض عنها بحال ، وأنها اذا نوى بها الطلاق فليس بطلاق •

فصـــــل

طلقني طلقة بألف

٦١٨٤/ولو قالت المرأة لزوجها ، طلقني طلقة بالف ، فطلقها ثلاثاً وقعت الثلاث ولا شيء عليها عند أبي حنيفة •

٦١٨٥/وقالا عليها الالف •

٦١٨٦/وهو قول الشافعي •

٦١٨٧/لانه أجابها الى غير ما سألت ، وبالزيادة التي أضافها تغير حكم المزيد عليه وتغير الشرط •

فصـــــل

طلقني طلقة ولك ألف

٦١٨٨/ولو قالت طلقني طلقة ولك ألف أو اخلعني ولك ألف ، ففعل وقع الطلاق ولا شيء عليها عند ابى حنيفة •

٦١٨٩/وقال أبو يوسف ومحمد يجب العوض ، وهو قول الشافعي•

٦١٩٠/وكذلك الخلاف لو قال العبد ذلك ، لان قولها ولك ألف خبر عما له من المال لا خبر عما عليها من العوض ، وهو مثل قولها ولك دار أو عبد أو أزيد لا الف درهم ، وقد كان القياس أن لايكون ذلك عوضا في الاجارة •

فصـــــل

طلقني ثلاثاً على ألف

٦١٩١/ولو قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحـــدة وقعت ولا عوض عليهـــا •

٦١٩٢/وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يستحق ثلث الالف لان « علي » فيها معنى الشرط •

٦١٩٣/ولا يلزم العوض مع الشك[1] لان الجواب يجب ان يطابق السؤال في الجملة •

فصـــــل

طلقي نفسك واحدة بألف

٦١٩٤/ولو قال لها طلقي نفسك واحدة بالف فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع عليها شيء عند أبي حنيفة •

٦١٩٥/وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يقع واحدة بالالف •

٦١٩٦/لان الطلاق اختلف لفظا ومعنى فلم يفعل المأمور به •

فصـــــل

خلعها على أن له الرجعة

٦١٩٧/ولو خلعها على مال على أن له الرجعة صح الخلع ، وبطـل شـــرط الرجعـــة •

٦١٩٨/وقال الشافعي يسقط العوض وتثبت الرجعة •

---

(١) هذا قريب من قاعدة ان الشك يفســـــر في مصلحة المدين في القوانين المدنية الوضعية •

٦١٩٩/لان الخلع يقتضى البينونة وهي موجب الخلع فلا يصح نفيها كما لو شرط أن لايقع الطلاق ، وهو فسخ عنده ، والفسخ لا تثبت فيه الرجعة أيضا لانه يرفع النكاح فلا ترجع بغير عقد ، وكان الواجب اذا لم يصح الشرط أن لايقع الطلاق •

٦٢٠٠/وقال المزني يبطل الشرطان جميعا ويقع الطلاق بائنا ويجب مهر المثل ، والشرط اذا بطل بطل ما علق عليه ، ومهر المثل غير مشروط ، ولا أستحق ما شرطه عليه •

فصـــــل

الخلع على خمر أو خنزير

٦٢٠١/ولو خلعها على خمر وخنزير وميتة أو شيء لا قيمة له وقع الخلع ولم يستحق عليها تسليم ذلك ولا عوضا سواه •

٦٢٠٢/وقال الشافعي يقع ويلزمها رد مهر مثلها •

٦٢٠٣/لانها لم تغره ، وخروج البضع لا قيمة له •

فصـــــل

صريح الطلاق في الخلع[1]

٦٢٠٤/والمختلعة يلحقهـا صريح الطلاق بغير عوض ، ولا يلحقهـا

---

(١) لم يشر السمناني الى الالفاظ الصريحة بالخلع وقـــد جاء في بداية المجتهد (ج ٢ ص ٥٤) •

ان اسم الخلع والفدية والصلح والمبارأة كلها تؤل الى معنى واحد ، وهو بذل العوض على طلاقها :

الا أن اسم الخلع يختص ببذلها جميع ما اعطاها

والصلح ببعضه •

والفديـة باكثره •

والمبارأة باسقاطها عنه حقاً لها عليه •

على ما زعم الفقهاء • ١ هـ •

بعوض ، وكذلك أعتدى واستبرئي رحمك ، وانت واحدة ، في رواية وفي أخرى هذه الالفاظ كسائر الكنايات لا يلحقها الا أن تكون معلقة بشرط وجد في العلة فيقع ذلك .

٦٢٠٥/وقال الشافعي ، كل بائنة لا يلحقها طلاق بحال .

٦٢٠٦/وبقولنا قال أبن مسعود وابراهيم والشعبي ، وشبهوا ذلك بالمكاتبة انه يجوز للمولى عنها .

فصـــل

البدل المجهول الصفة في الخلع

٦٢٠٧/والبدل المجهول الصفة والقدر يثبت في الخلع كما يثبت في النكاح ، ويجوز أن يثبت ما لايثبت مهرا بحال ، مثل ما تلد الغنم وتحمل الشجر ، فان لم تحمل رجع بما أعطى .

٦٢٠٨/وفي هذا الباب تفصيل كثير يطول شرحه ان ذكرناه .

٦٢٠٩/وقال الشافعي يجب مهر المثل في هذه المواضع اذا ذكر مهرا مجهولا لان ما يصح الوصية به من الاعيان يجوز ان يثبت بدلا في الخلع بالحاضر من الاعيان .

فصـــل

مخالعة المريضة

٦٢١٠/وما تبذله المرأة في الخلع اذا كانت مريضة يعتبر من الثلث .

٦٢١١/وقال الشافعي مقدار مهر المثل رأس المال والزيادة عليه من الثلث .

٦٢١٢/لانها بذلت عما ليس بمال حصل لها فصار كهبة المال .

فصـــــل

خلعها على نفقة عدتها

٦٢١٣/وان خلعها على نفقة عدتها صح الخلع وسقطت النفقة وقال الشافعي لها النفقة اذا كانت حاملا ، ويرجع عليها بمهر المثل •

٦٢١٤/لان النفقة تصح بالكفالة بها فهي كاجرة الدار اذا جعلهـــا عوضـا في الخلـع •

٦٢١٥/وكان بعض أصحابنا يجعل الخلع واقعا على قدر النفقة وتقع قصاصا بما يجب لها في المستقبل •

فصـــــل

ما يترتب على الخلع

٦٢١٦/والخلع اذا وقع بلفظ الخلع والمبارأة والمفاداة على عوض ، وجب العوض وسقط كل حق يتعلق بالنكاح لكل واحد على صاحبه مـن صـــــداق ونفقة •

٦٢١٧/وأما سائر الديون من غير النكاح ففيها روايتان •

٦٢١٨/وقال محمد لا يسقط من الحقوق الا ما سمياه •

٦٢١٩/وهو قول الشافعي •

٦٢٢٠/وقال أبو يوسف ، في الخلع بقول محمد وفي المبارأة يقول أبي حنيفـــة •

فصـــــل

اختلفا في بدل الخلع

٦٢٢١/واذا أختلفا في بدل الخلع فالقول قول المرأة ان كانت هي

الباذلة ، وان كان غيرها فالقول قوله ولا يتحالفان •

٦٢٢٢/وقال الشافعي يتحالفان ويجب مهر المثل •

٦٢٢٣/لان البدل [هو] المستحق عليها فكان القول قولها كالغاصب •

فصـــل

٦٢٢٤/وان نكلت عن اليمين لزمها ما قال الزوج •

٦٢٢٥/وان أقاما جميعا بينة فبينة الزوج أولى لانها تثبت البذل عليها•

فصـــل

خلع على رضاع

٦٢٢٦/وان خلعها على رضاع أبنه منها[1] فمات قبل المدة وجب عليها قيمة رضاع المدة الباقية •

٦٢٢٧/وقال الشافعي يرجع عليها بمهر المثل •

فصـــل

الخلع على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي

٦٢٢٨/وان وقع الخلع على حكمه أو حكمها أو حكم أجنبي ،فحكم من له الحكم بشيء ورضى الزوجان به ، فهو جائز ما كان ، وان لم يرضيا به أو رضي به أحدهما جاز من ذلك قدر المهر ، ولا تجوز الزيادة اذا كان الحكم من الزوج وأبت المرأة ، وان كان الحكم من المرأة جاز مهر المثل وأكثر وان نقصته من المهر لم يجز على الزوج ويؤدى من يرضى منهما الى

---

(١) هذا مثال من أمثلة الاشتراط لمصلحة الغير اذ أ حصل الخلع على رضاع ابنه منها ، فكانت فائدة العقد مشترطة لغير الطرفين •

قدر مهر المثل وكذلك اذا حكم الاجنبي ، فان نقص اعتبر رضا الزوج ، وان زاد أعتبر رضا المرأة ، وان كان قدر الواجب لزمهما فكذلك الطلاق على مال في هذا كله سواء .

٦٢٢٩/وفي الخلع مسائل كثيرة .

ولما كان الخلع يجب به العوض وكان ما يجوز للانسان أن يأخذ عليه العوض يجوز أن يوقعه بغير عوض وكان الطلاق أمرا عمت به البلوى وجب ذكره .

كتاب الطلاق

وهذا كتاب الطلاق[1]

٦٢٣٠/اعلم أن الطلاق أمر استفاده الزوج بعقد النكاح ، قاطع لحقه من البضع ، اذا مضت العدة أو أستوفى عدد الطلاق ، أو أخذ عليه عوضا، أو اوقعه بلفظ البينونة عندنا .

عموم البلوى بالطلاق

٦٢٣١/ولما كانت البلوى به عامة ، والحلف به كثيرا ، وهو أكثر ما يسأل عنه العلماء ، ويحكم فيه الحكام ، ويقع فيه الخلاف والاعتراض، وجب أن نذكر من ذلك ما هو مختلف فيه ، وما يجوز ان يقع من حالف، فيعلم حكمه فقد جهل كثير من القضاة مواضع ظاهرة منه ، لا سيما اذا كان القاضي غير عارف بالفقه ، وليس عنده فقيه يرجع اليه ، فلهذا أستوفيت في هذا الكتاب أكثر ما يدور فيه وقربته الى الفهم بما يمكن ، وأسأل اللهالتوفيق

فصـــــل

شروط الطلاق

٦٢٣٢/اجمع الفقهاء على أن الطلاق لا يقع الا فى ملك أو مضاف الى ملك اذا كان الحالف عاقلا مكلفا[1] .

---

(١) الظاهر من اقتصار السمنانى على هذه القاعدة من قواعد الاجماع في مسائل الطلاق أن المجمع عليه في هذا المضمار نادر وقد ذكر ابن رشد في بداية المجتهد قاعدة اخرى من قواعد الاجماع في هذا الصدد وأشار الى خلافهم فيما سواها فجاء في الكتاب المذكور (٢/٦٠) « أجمع المسلمون على أن الطلاق يقع اذا كان بنية وبلفظ صريح . واختلفوا هل يقع بالنية مع اللفظ الذي ليس بصريح ، أو بالنية من دون اللفظ ، أو باللفظدون النية » .

فصـــــل

طلاق الصبي الذي يعقل

٦٢٣٣/واختلفوا في طلاق الصبي الذي يعقل فلم يوقعه اصحابنا[١] والشافعي وعامة الفقهاء اذا اوقعه على زوجته التي زوجه الولى لانه غير مكلف ، ولقوله عليه السلام ، « كل الطـــلاق جائز الا طـــلاق المعتوه والصـــبي »[٢] .

٦٢٣٤/وحكي عن ابراهيم انه يقع طلاقه وهو مذهب الحنابلة على ما سمعته في المناظرة عنهم[٣] .

فصـــــل

إضافة وقوع الطلاق إلى ملك

٦٢٣٥/واختلف فيمن عقد الطلاق في غير ملك واضاف وقوعه الى الملـــك[٤] .

---

(١) في مختصر الطحاوى (ص ١٩١) « طلاق من لم يبلغ الحلم باطل ، وطلاق المجنون كذلك » .

(٢) جامع مسانيد الامام ١٤٩/٢ وفيه : « أبو حنيفة عن سليمان بن مهران الاعمش عن ابراهيم عن عامر بن ربيعة عن أمير المؤمنين علي بن ابي طالب (ر) قال : كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه » .

(٣) في الافصاح (٣٥٣/٢) « عن احمد روايتان أظهرهما انه يقع طلاقـــه » .

(٤) أى أن الفقهاء اختلفوا فيمن طلق أمرأة معينة أو غير معينة قبل أن يتزوجها واضاف وقوع الطلاق الى الملك أى علقه عليه . وقد اختلف الفقهاء في هذا الصدد الى ثلاث فرق ففريق اجاز ذلك مطلقا وهؤلاءهـــم الحنيفة وفريق منع ذلك مطلقا وهم الشافعية والحنابلة وفريق اجـــازه مقيدا بالتخصيص والتعيين وأقرب هذه الاقـــوال الى تحقيق المصلحـــة الاجتماعية وصيانه الروابط الزوجية من العبث رأى من منع ذلك مطلقاً ، وقد أخذ به قانون الاحوال الشخصية العراقي فنصت المادة (٣٧) منه على أن « لايقع الطلاق غير المنجز أو المشروط أو المستعمل بصيغة اليمين » .

٦٢٣٦/فقال اصحابنا يقع الطلاق اذا اوجد شرطه ، ولا فرق عندهم بين أن يعين امرأة أو قبيلة أو يطلق القول ويعم به كل النساء .

٦٢٣٧/وقال مالك أن عم لم يصح ولم يقع الطلاق ، وان خص امرأة بعينها أو قبيلة جاز ذلك ووقع الطلاق .

٦٢٣٨/وقال الشافعي[1] لا يقع الطلاق سواء عم أو خص اذا كان المحلوف على طلاقها ليست في ملكه عند العقد .

٦٢٣٩/وهذا مثل قوله كل امرأة أتزوج فهي طالق أو ان تزوجت فلانه فهي طالق .

فصـــــل

إضافة الطلاق إلى غير الملك

٦٢٤٠/واتفق الجميع على أنه لو عقد الطلاق في الملك واضافة الى غير الملك ان العقد باطل اعتبارا بما أضيف اليه دون حالة العقد .

فصـــــل

تحقق الشرط في النكاح الثاني

٦٢٤١/ولو عقد الطلاق في الملك واطلق العقد ثم ابان الزوجة ثم تزوجها ثم وجد الشرط في النكاح الثاني وقع الطلاق المعقود عليه .

تحقق شرط اليمين في تزوجها منه للمرة الثانية

٦٢٤٢/ولو طلقها ثلاثا ثم تزوجت بزوج وطلقها ثم عادت الى الاول ووجد شرط اليمين لم يقع الطلاق لان هذا نكاح غير الاول .

٦٢٤٣/وقال الشافعي في عدد الصفة قولين أحدهما يرجع سواء أكان

---

(١) في الافصاح لابن هبيرة ان هذا هو قول الشـــافعي وأحمـــد (ص ٣٤٧ منه) .

الطلاق ثلاثا أو أقل والثاني لايرجع بحال •

٦٢٤٤/وقال بعض اصحابه مثل قولنا •

فصـــــل

طلاق الساهي والناسي

٦٢٤٥/وقال أصحابنا طلاق الساهي والناسي واقع[١] •

٦٢٤٦/وقال الشافعي لايقع في أحد قوليه •

٦٢٤٧/لان عدم القصد اقل من شرط الخيار فاذا لم يمنع شـرط الخيار الوقوع فالناسي اولى •

فصـــــل

طلاق المكره

٦٢٤٨/وطلاق المكره واقع عندنا وكذلك نكاحه وعتاقه ونذره •

٦٢٤٩/وقال الشافعي باطل[٢] •

---

(١) الظاهر أن الحنيفة قاسوا طلاق الساهى والناسى على طلاق المكره فانه عندهم لازم ، وقد عالج قانون الاحوال الشخصية العراقي هذه المعضلة فنص في المادة (٣٥) منه على أن لايقع طلاق المكره والسكران ومن كان فاقد التمييز من غضب أو مصيبة مفاجئة أو كبر أو مرض ، ويمكـــن القول أن طلاق الساهي والناسي من هذه القبيل بجامع عدم تحقق القصد اليـــه •

(٢) في بداية المجتهد (٢/٦٦) تفصيل ما اجمله السمناني فقد جاء فيهـــا :

« فاما طلاق المكره فانه غير واقع عند مالك والشافعي وأحمد وداود وجماعة ، وبه قال عبدالله بن عمر وابن الزبير وعمر بن الخطاب وعلي بن أبن طالب وأبن عباس • وفرق اصحاب الشافعي بين أن ينوى الطـــلاق أو لا ينوى شيئا : فان نوى الطلاق فعنهم قولان اصحها لزومه ، وان لم ينو فقولان أصحهما ان لايلزم •

وقال أبو حنيفة واصحابه هو واقع ، وكذلك عتقـــــه دون بيعه ، ففرقوا بين البيع والطلاق والعتق •

٦٢٥٠/واجمع الجميع على ان سائر العقود لا يلزم مع الاكراه •

فصـــــل

لا تأثير للإكراه في الأفعال

٦٢٥١/ واجمعوا أن الاكراه لا يؤثر في الافعال وانه يجوز أن يلزم الفاعل حكمها في موضع دون موضع على اختلاف في ذلك •

الإكراه على الأحداث

٦٢٥٢/اما الاكراه على الاحداث في الطهارة فهو والطائع سـواء في البطـــــلان •

فصـــــل

الإكراه على الكلام في العقود

٦٢٥٣/وكذلك اذا أكره على الكلام في الصلاة والعقود والحدود انهـا تبطـــل •

فصـــــل

الإكراه على إبطال الصوم

٦٢٥٤/واختلف في الاكراه على ابطال الصوم فابطله أصحابنا •

٦٢٥٥/وقال الشافعي لا يبطل •

٦٢٥٦/وقالوا في القتل يقتل المكـره والمكَره أعني الشافعي في أحد قوليه ، وهو قول زفر •

٦٢٥٧/وابو حنيفة يقتل المكـره ولا يقتل المكَره •

٦٢٥٨/وابو يوسف لا يقتل واحدا منهما[1] .

فصـــل

الإكراه على الإقرار بالطلاق

٦٢٥٩/واتفق الجميع على انه لو أكره على الاقرار بالطـــلاق أن حكمـــه لا يلزمـــه .

فصـــل

إذا طلقتك فأنت طالق قبل ذلك ثلاثاً

٦٢٦٠/ومن قال لزوجته اذا طلقتك فانت طالق قبل ذلك ثلاثا ، ثم طلقها وقع الطلاق عليها أن كان ثلاثا وقع الطلاق وبطل الطلاق المعلـــق بالشرط ، وان كان أقل من ذلك وقع تمام الثلاث من المعلق بالشرط .

٦٢٦١/وقال أبن سريج لاتطلق هذه المرأة أبدا ، وجعل شـــرط الطلاق مانعا من وقوع مالم يشرطه .

---

(١) جاء في مختصر الطحاوى (ص ٤٠٩ ، ٤١٠) « من أكره على قتل رجل بسيف ، فان أبا حنيفة (ر) كان يقول يقتل المكره ولا يقتـل المأمور المكرَه . وقال ابو يوسف (ر) عـــلى المكره الامر ضـمان ديـن المقتول لوليه في ماله ، ولا شيء على المأمور المكره » .

وقد أضاف الطحاوى الى ما ذكر رواية رأى زفر في الاكراه على القتل واخذ به ، وهو ما لم يذكره السمنانى ، فقد جاء في المختصر المذكـــور (ص ٤١٠) :

« وقال زفر (ر) يقتل المأمور المكرَه ، وقال الاكراه في هذا لايبيح المكره ان يقتل الذى اكره على قتله ، وان ما يبيحه الاكراه ما تبيحـــه الضرورة ، وهذا القول اجود من القولين الاولين ، وبه نأخذ » .

فصـــــل

أنت طالق قبل دخولك الدار

٦٢٦٢/ولو قال أنت طالق قبل دخولك الدار وقع الطلاق في الحال لانها غير داخلة في الداخلة ، وهو قبل ذلك •

فصـــــل

٦٢٦٣/قال أنت طالق ثلاثا ، في كلمة واحدة فقد فعل محرما عندنا ويقـــع الطلاق[1] •

٦٢٦٤/وقال الشافعي انما يحرم من الطلاق ما كان في الحيض أو عقيب الجماع ، والجمع ليس بحرام بل سنة •

٦٢٦٥/وقال مالك سنة الطلاق أن لايزيد على واحدة •

فصـــــل

الطلاق في حال الحيض

٦٢٦٦/ولا يبطل ذلك اذا جمع ، ومن الناس ومن قال لا يقع •

٦٢٦٧/وكذلك الطلاق في حال الحيض هو واقع •

٦٢٦٨/وقال بعضهم لا يقع •

٦٢٦٩/وقد روى في خبر أبن عمر أنه قال له النبي صلى الله عليـــه

---

(١) مثل هذا الطلاق يقع بالنظر للفقرة (٢) من المادة (٣٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي طلقة واحدة •

وسلم « مرة فليواجعها » ولو كان الطلاق لم يقع لم يكن لهذا معنى[1] .

فصـــــل

قوله لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثاً

٦٢٧٠/ولو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا ، وقع عليها الثلاث عندنـــا .

٦٢٧١/وهو قول الشافعي وعامة الفقهاء ، وعن الحسن البصري انها تطلق واحدة[2] لان قوله أنت طالق ثلاثا يقع الطلاق بقوله ، انت طالق ويصادفها الثلاث وهى بائنة فلا يقع .

---

(١) لم يعالج قانون الاحوال الشخصية الطلاق في حال الحيض ، على أن المادة (٣٩) من هذا القانون نصت على انه « على من اراد الطلاق ان يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية بطلب ايقاعه واستحصال حكم به »الخ، وفي نظرى أن المحكمة تملك التحقق من كون الطلاق سنيا وليس بدعيا ، وان تؤجل سماع الدعوى بالطلاق اذا ذكرت الزوجة أنها حائض ، ولا تنظر فى طلب الزوج الا اذا تطهرت الزوجة من الحيض . وما نقول به يسنده أن المقصود بالطلاق ان يكون طلاقا سنيا لابدعيا وان هذا القول أدنى الى تقوية روابط الزوجية بأفساح الفرصة للزوجين في العـــــودة للوفاق وكل هذا من قبيل القول باكثر الاحوال ملائمة لقانون الاحوال الشخصية (م ١منه). وقد صاغ الطحاوى في مختصره قاعدة الطـلاق السنى بقوله :

من اراد أن يطلق زوجته وهى ممن تحيض وقد دخل بها فينبغي ان يطلقها طاهرا من غير جماع (ص ١٩١ ــ ١٩٢ من مختصر الطحاوى) .

(٢) ان قول الحسن البصرى هو الذى ينطبق على ما جاء فى الفقرة (٢) من المادة (٣٦) من قانون الاحوال الشخصية من أن الطـلاق المقترن بعدد لايقع الا واحدة ، لأن هذا النص مطلق لم يفرق بين مدخول بهـــا وغير مدخول بها . ومما يؤيد قول الحسن البصري ان قوله انت طالـــق ثلاثا جملة بسيطة فصح تعليله ، أما قوله انت طالق ان دخلت الدار فجملة مركبة ، وفيها يقع تعليق على شرط فلا يصح تجزئتها ، خلافا للجملةالاولى.

والحاصل فان جميع صور الطلاق المقترن بعدد اصبحت محكومـة بحكم النص المذكور ، ويعد قضاء طلقة واحدة نظرا لصراحة النص .

٦٢٧٢/وعندنا ان الكلام اذا لم يفرع فالجملة واحدة ، الا ترى أنه لو قال أن دخلت الدار فانت طالق أو أنت طالق ان دخلت الدار فإنهـــا لاتطلق وتقف على وجود الشرط •

فصـــــل

٦٢٧٣/ولو قال لها انت طالق وطالق وقع عليها واحـــدة وبطلت الاخرى عند الجمهور من الائمة •

٦٢٧٤/وروى عن محمد بن الحسن أنها تطلق طلقتين لان المعطوف بعضه على بعض في حكم الجملة الواحدة •

فصـــــل

٦٢٧٥/ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة طلقت واحدة[١] •

٦٢٧٦/ولو قال قبلها واحدة طلقت أثنتين[٢] •

٦٢٧٧/ولو قال بعد واحدة طلقت أثنتين •

٦٢٧٨/وان قال بعدها واحدة فهي واحدة •

٦٢٧٩/ولو قال مع واحدة أو معها فهي طالقة أثنتين[٣] •

---

(١) لان معنى قوله « قبل واحدة » اى : قبل واحدة تكون (مختصر الطحاوى ص ١٩٨) •

(٢) لان معنى قوله « قبلها واحدة » انما هو : « قـــد كانت » (مختصر الطحاوى ص ١٩٨) •

(٣) لان معنى «مع» ومعها ههنا أنما هو : « مع واحدة قد كانت » (مختصر الطحاوى ص ١٩٨) •

٦٢٨٠/وقد ذكر الطحاوى في خلاف الفقهاء عن أبي يوسف في مع ومعها أنها واحدة لان المذكور أولا اذا كان الموقع اولا فهو بمعنى كان، واذا كان بمعنى يكون وقع الاول ولم يقع الثانى ، ومع تقتضي المضاف والمقارنة فيقع الجميع .

فصل

أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار

٦٢٨١/ولو قال لها ، انت طالق وطالق وطالق ان دخلت الدار وقف الجميع على الشرط ولم يقع منه شيء[١] .

٦٢٨٢/ولو قدم الشرط فقال أن دخلت الدار فانت ، طالق ، وطالق وطالق تعلقت بالشرط ووقع عليها في الحال واحدة وبطلت الاخريان عند أبي حنيفة كأنه قال عند الدخول ذلك[٢] .

٦٢٨٣/وقال أبو يوسف ومحمد لافرق بين أن يقدم الشرط أو يؤخره في أنه يقف ذلك كله على الشرط كما لو كانت مدخولا بها.

فصل

أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار

٦٢٨٤/ولو قال والمسئلة بحالها ، انت طالق ثم طالق ثم طالق ان دخلت الدار ، أو قال ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق فأن

---

(١) فان دخلت الدار فقد تحقق الشرط فكانت طالقا ثلاثا مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها (مختصر الصحاوى ، ص ١٩٧) .

(٢) كذا . وقد وردت هذه المسئلة في مختصر الطحاوى على نحو أخر يستفاد منه ان وقوع الطلاق بالاولى منهن انما يتوقف على دخولها الدار فقد جاء فيه (ص ١٩٧) :

« ولو قال لها : ان دخلت الدار فانت طالق وطالق وطالق فدخلت الدار طلقت واحدة ، وهى الاولى منهن في قول ابى حنيفة (ر) . ولم تطلق في قوله غيرها .

أبا حنيفة قال أن ثم لا تصل الكلام كما تصله الواو فتقع واحدة[1] اذا قدم الكلام ويبطل ما زاد عليه وان قدم الشرط تعلق بواحدة وبانت بالثانيـــة وبطلت الثالثة[2] .

٦٢٨٥/وقال أبو يوسف ومحمد أن ثم تصل الكلام كما تصله الواو وتفيد العطف[3] .

فصـــل

مشيئة الله

٦٢٨٦/واتفقوا في مشيئة الله أنها تؤثر في الكلام سواء قـــدمها أو أحرها عندنـا[4] .

---

(١) في مختصر الطحاوى (ص ١٩٧ ـ ١٩٨) « فتقع عليهـــا الاولى من التطليقات الثلاث » حين قال لها ما قال وتبطل الباقيتان .

(٢) اصل هذه الجملة في مختصر الطحاوى (ص ١٩٨) «ولو قال لها أن دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق : وقعت عليها الثانية حين قال لها ما قال ، وبانت بها منه ، وبطلت الثالثة فلم تقع عليها أبـــداً ، وكانت الاولى معلقة عليها ، فان دخلت الدار وهى فى نكاح [ثان] قد عقد عليها ، ولم تكن دخلتها قبل ذلك طلقتها » .

(٣) في مختصر الطحاوى (ص ١٩٨) تفصيل هذه العبارة عـــلى النحو الاتي :

« واما فى قول ابى يوسف ومحمد (ر) فان ثم تصل الكلام كمـــا تصله الواو والفاء ، الا أن الطلاق يقع بها بعضه تاليا لبعض ، فتبين بأوله ويبطل عليها ما سواه منه .. وبه ناخذ » هـ.

(٤) استخلص السمنانى قاعدة التعليق على مشيئة الله والاستثناء بمشيئة الله فذكر ان كل ذلك يؤدى الى التأثير في الكلام سواء قدم أو أخر، فلا تطلق من علق تعليقها على مشيئة الله أو أستثني منه ما لا يشاء الله ، وان هذا هو مذهب الحنيفة وذهب مالك الى عدم تأثير ذلك في الطلاق ، وقد علل الحنيفة عدم وقوع الطلاق في حالتى الاستثناء والتعليق بمشيئة الله بأن الشرط لا يعلم ههنا فيكون اعداما من الاصل (الهداية شرح بدايـــة المبتدى للمرغينانى ج ١ ص ٢٥٤ ط البابى الحلبى) .

٦٢٨٧/وعند مالك لا تمنع وقوع الطلاق ولا العتق وقد مضت .

فصـــــل

طالق مع

٦٢٨٨/ولو قال لزوجته انت طالقة مع موتي أو موتك لم يقع الطلاق لان ذلك مقتضى بعد الموت لان جواب الشرط مرتب عليه .

فصـــــل

تعليق الطلاق بشرط يجوز أن يكون أو يجب أن يكون

٦٢٨٩/واذا علق الطلاق بشرط يجوز أن يكون أو يجب ان يكون فان الطلاق لايقع حتى يوجد الشرط ، فالاول كقوله أن قدم زيد والثاني اذا جاء رأس الشهر[1] .

٦٢٩٠/وقال مالك اذا علق الطلاق بأمر كائن لا محاله كرأس الشهر وقع الطلاق في الحال .

٦٢٩١/وقال أبو حنيفة اذا قال انت طالق الى شهر وقع في الحال.

٦٢٩٢/وقال أبو يوسف ومحمد يقع رأس الشهر .

---

(١) وردت هذه القاعدة في مختصر الطحاوى بصيغة اخرى فجاء فيه (ص ١٩٨ ــ ١٩٩) « من قال لامرأته انت طالق اذا كان كذا وكذا لما هو كائن لا محالة (الاضافة الى زمن مقبل) او لما قد يكون وقد لايكون (التعليق على شرط) كان ذلك كله سواء ، ولم يقع الطلاق حتى يكون ، ولم يجب في ذلك على قائله اعتزال زوجته قبل ان يكون الذى به تطلق هذا وقد نصت المادة (٣٦) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على ان لا يقع الطلاق غير المنجز أو المشروط فلا يقع الطلاق المضاف الى أجل لا في الحال ولا عند حلول الاجل ، كما لايقع الطلاق المعلق على شرط لا في الحال ولا بعد تحقق الشرط .

٦٢٩٣/وقد روى عنه مثل ذلك لان الطلاق لايقبل التأجيل بعد ثبوته

فصـــــل

إضافة الطلاق إلى عضو

٦٢٩٤/واذا أضاف الطلاق الى عضو لا يعبر عن جميع الشخص في العادة كاليد والرجل ـ والاصبع لم يقع[١] .

٦٢٩٥/وان أضافة الى الرأس والفرج والوجه وما يعبر به عـــن الجملة وقع[٢] .

٦٢٩٦/وقال زفر والشافعي يقع في الجملة .

٦٢٩٧/واتفقوا أنه لو أوقع على جزء شائع أنه يقع سواء كان معلوما أو مجهولا .

٦٢٩٨/وكذلك اذا بعّض الطلاق بان يقول نصف تطليقة [أو ذكر جزءا من اجزائها سوى ذلك كانت طالقاً تطليقة كاملة][٣] .

٦٢٩٩/وقد خالف أهل الظاهر في الفصلين جميعا وقالوا لايقع

فصـــــل

إضافة الطلاق إلى نفسه

٦٣٠٠/واذا أضاف الطلاق الى نفسه فقال انا منك طالق أو طلقت نفسي منك ونوى الطلاق لم يقع عندنا .

---

(١) مختصر الطحاوى ، ص ١٩٩ .

(٢) ايضـــــا .

(٣) من مختصر الطحاوى ص ١٩٩ .

٦٣٠١/وقال الشافعي يقع[١]

٦٣٠٢/واتفق الفريقان على انه لو قال أنا منك بائن [او أنا عليك حرام] [٢] انه يقع اذا نوى •

فصل

طلاق السكران

٦٣٠٣/وطلاق السكران لازم له [٣] •

٦٣٠٤/وقال الطحاوى والكرخي وابو موسى الضرير لايقع •

٦٣٠٥/وهو أحد قولي الشافعي •

٦٣٠٦/لان خبره لايقبل في انه لم يطلق ولانه سكران •

فصل

صريح الطلاق

٦٣٠٧/وصريح الطلاق قوله ، انت طالق[٤] ، وليس الفراق والسراح من الصريح بل كناية فيه •

---

(١) انظر مناظرة ما ذهب اليه الشافعي في الهداية ١/٢٣٦ •

(٢) من الهداية ١/٢٣٦ •

(٣) نصت المادة (٣٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على أن طلاق السكران لايقع •

(٤) جاء في الهداية (١/٢٣٠) وكذا « مطلقة وطلقتك ، فهذا يقع به الطلاق الرجعي ، لان هذه الالفاظ تستعمل في الطلاق ، ولا تستعمل في غيره فكان صريحا ، وانه يعقب الرجعة بالنص ولا يفتقر الى النية •

٦٣٠٨/وقال الشافعي هو صريح مثل الطلاق[١] .

فصـــل

كنايات الطلاق[٢]

٦٣٠٩/وكنايات الطلائق كلها بوائن الا أعتدى واستبرئي رحمك ، وانت واحدة .

٦٣١٠/وقال زفر الكل بوائن .

٦٣١١/وقال الشافعي الكل رجعي ، ولا تكون الكناية أكثر مـــن الصريح ، والذى يطابق لفظ البينونة .

فصـــل

اللفظ الذي لا يحتمل السبب

٦٣١٢/وكل لفظ لا يحتمل السبب من الكنايات فانه اذا قال لزوجته في حال ذكر الطلاق فانه يقع به الطلاق وان لم ينو ولا يصدق انه لم ينـو الطـــلاق .

٦٣١٣/وقال الشافعي يصدق ، ودلالة الحال لا تؤثر في ذلك ولا تقوم مقام النية عنده .

---

(١) جاء في بداية المجتهد (٢/٦٠ ـ ٦١) « وقال الشافعي الفاظ الطلاق الصريحة ثلاث ، الطلاق والفراق والســـراح ، وهي المذكـورة في القرآن ، وقال بعض أهل الظاهر لايقع طلاق الا بهذه الثـلاث ... لان الشرع ورد بهذه الالفاظ .. وهي عبادة ومن شرطها اللفظ فـــوجب ان يقتصر بها على اللفظ الشرعي الوارد فيها » .

(٢) في بداية المجتهد (٢/٦١) ان الكناية هي اللفظ الذى يكون مجازا في دلالته .

٦٣١٤/واجمع الفريقان انها تؤثر فى اباحة الذم وهو أمر معلـــوم لكـــل عاقـــل •

فصـــل

النية في ألفاظ الكناية

٦٣١٥/وان نوى بلفظ الكناية الذي هو : بائن وحرام ، وحبلك على غاربك والحقى بأهلك وسرحتك ، وفارقتك ، وامرك بيدك وما يجرى هذا المجرى ، فان نوى الطلاق فهو طلاق ، وان نوى واحدة فواحدة بائـن ، وان نوى ثلاثا فثلاث ، وان نوى أثنتين فواحدة عندنا •

٦٣١٦/وقال زفر والشافعي يكون ما نوى من الاثنين •

٦٣١٧/لان اللفظ لا يحتمل العدد •

فصـــل

أنت طالق مع النية[1]

٦٣١٨/قال اصحابنا ، ان قال انت طالق ونوى ثلاثا فهي واحدة •

٦٣١٩/وروى عن أبي يوسف انه يكون ثلاثا[2] •

---

(١) لا عبرة بالنية من باب أولى بالنظر لما نص عليه في الفقرة (٢) من المادة (٣٦) من قانون الاحوال الشخصية من أن الطلاق «لايقع الا واحدة» ولو أقـترن بعدد لفظا أو اشارة ، فان أقترانه بالعدد اقوى من اقترانه بالنيـــة •

(٢) يستفاد من قول السمنانى ان دعوى المطلّق انصراف نيتـه الى العدد في الطلاق الصريح بلفظ انت طالق لا تجوز عنـــد الحنيفة وان لابى حنيفة قولا آخر بالجواز وان هذا القول روى ايضا عن ابى يوسف وهو قول الشافعي وقد ذكر في الهداية (١/ ٢٣١) ان للحنيفة في هـــذه المسئلة قولا واحد فقط هو ان صريح الطلاق لايقع به الا واحدة وان نوى ←

٦٣٢٠/وحكى أنه قول أبي حنيفة الاول •

٦٣٢١/وهو قول الشافعي •

٦٣٢٢/لان اللفظ لم يصلح للعدد ، والطلاق لايقع بمجرد النية كما لايقف على شرط النية وهو مثل قائم وقاعد ونائم وحائض وطاهر وهذا كله لا يحتمل العدد ، فكذلك طالق وليس من حيث صح أن يفسر بثلاث وبواحدة وينبغي أن يصح من غير ذكر لفظ اذا نوى ، كما يصح أن يقول أنت طالق ان دخلت الدار فان ذلك يصح تعليق الطلاق به ، ولو نوى لم يصح •

فصل

الاختيار

٦٣٢٣/والخيار طلقة واحدة بائنة[1] •

٦٣٢٤/وان نوى أكثر من ذلك فليس بشيء لان الطلاق يقع به كما يقع بالفسوخ وتشبها بها •

أكثر من ذلك • وقد احتج الحنيفة لقولهم هذا ان طالق نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان وللثلاث طوالق فلا يحتمل العدد لأنه ضده ، وذكر الطالق ذكر لطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق ، والعدد الذي يقترن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك اعطيته جزيلا اي عطاء جزيلا • اما الشافعية فيحتج لهم بان ذكر الطالق ذكر للطلاق كذكر العالم ذكر للعلم ، ولهذا يصح عندهم قران العدد به فيكون نصبا على التمييز • ١ هـ •

(١) يقصد بالاختيار في باب الطلاق ان يقول الزوج لزوجته اختاري وهو ينوى الطلاق أو يقول لها طلقي نفسك • والقاعدة ان لها حينئذ ان تطلق نفسها ما دامت في مجلسها ذلك • فان قامت منه او اخذت بعمل آخر خرج الامر من يدها (الهداية ١/٢٤٣) •

٦٣٢٥/وقال الشافعي تكون كما نوى .

فصـــل

اختارت زوجها

٦٣٢٦/وان اختارت زوجها فليس بشيء وكذا قالت عائشة رضى الله عنها ، خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم [فاختارته] فلم يعـــد ذلـــك طلاقـا[1] .

٦٣٢٧/وقال عمر بن الخطاب وعبدالله بن مسعود رضى الله عنهما ان أختارت نفسها فهي واحدة ، وهو أملك برجعتها وان أختارت زوجها فلا شـيء .

٦٣٢٨/وقال علي بن أبي طالب رضى الله عنه ، ان اختارت نفسها فواحدة بائنة وان اختارت زوجها فواحدة وهو أملك برجعتها .

٦٣٢٩/وقال زيد بن ثابت ان اختارت نفسها فثلاث ، وان اختارت زوجها فلا شيء ، وقد روى عنه انه قال اذا أختارت زوجها فواحـــدة تملـك الرجعـــة .

فصـــل

الخيار على المجلس

٦٣٣٠/والخيار عندنا علي المجلس ، فان قامت او أعرضت بطـل خيارها ، وهو قول عمر وعلي وعبدالله بن مسعود والشعبي وابراهيـــم وسـفيان الثورى .

---

(١) في جامع مسانيد الامام (٢/١٤١) « ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة (ر) قالت : خيرنا رسول الله(ص)فاخترناه، فلم يعد ذلك طلاقا » .

٦٣٣١/وقال غيرنا ، لها الخيار أبدا .

٦٣٣٢/واتفق الجميع على أنه لو اوجب له نكاحا أو بيعا كان الخيار في المجلس .

٦٣٣٣/وقال الشافعي فيما حكي عنه من الوجوه ان الخيار على الفور .

فصل

الطلاق بطريقة الكتابة

٦٣٣٤/واذا كتب بطلاق زوجته ونوى الطلاق وقع .

٦٣٣٥/وقال الشافعي لا يقع في أحد قوليه لانه ليس بكلام .

فصل

٦٣٣٦/وقال أصحابنا ، لايقع اذا لم ينو وقال في أحد قوليه انه يقع

٦٣٣٧/وليس حكم الكتابة اكبر من الكناية وذلك يفتقر الى النية .

فصل

الطلاق بمجرد النية

٦٣٣٨/ولا يقع الطلاق عندنا بمجرد النية .

٦٣٣٩/وقال مالك يقع بالنية[1] .

٦٣٤٠/وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « عفى عن

---

(١) قول السمناني ان الطلاق يقع عند مالك بمجرد النية ليس هو القول المشهور عن مالك فقد جاء في بداية المجتهد (١/٦١) « المشهور عن مالك ان الطلاق لايقع الا باللفظ والنية » .

امتي ما حدثت به نفوسها ما لم تقل أو تفعل »[1] .

٦٣٤١/ولا خلاف ان سائر العقود والاقرارات لا تثبت بالنيـــة وحدها ، ودون معنى ينضم اليها .

فصـــل

قوله كلي واشربي منتوياً بنية الطلاق

٦٣٤٢/وان قال لها كلي وأشربي ونوى الطلاق لم يكن طلاقا .

٦٣٤٣/وقال الشافعي يكون طلاقا .

٦٣٤٤/لان ذلك ليس من الفاظ الطلاق كما لو قال الحمد لله .

فصـــل

إن دخلت الدار فأنت طالق

٦٣٤٥/ولو قال لها ، اَن دخلت الدار فانت طالق ، مفتوحـــة ، فالطلاق واقع قبل الدخول .

٦٣٤٦/وان كانت (اِن) مكسورة لم يقع الطلاق حتى تدخل الدار.

---

(١) سبل السلام (٣/١٧٦) « عن ابى هريرة (ر) عن النبي (ص) قال : ان الله تعالى تجاوز عن امتى ما حدثت به أنفسها مالم تعمل او تكلّم. متفق عليه . ورواه ابن ماجة من حديث ابى هريرة بلفظ (عما تسوس به صدورها) بدل (ما حدثت به أنفسها » وزاد في آخره : (وما أستكرهوا عليه)قال المصنف : واظن الزيادة هذه مدرجة ، كأنها دخلت على هشـام بن عمار من حديث في حديث . والحديث دليل على أن لايقع الطلاق بحديث النفس وهو قول الجمهور . وروى عن أبن سيرين والزهري ورواية عن مالك بانه اذا طلق فى نفسه وقع الطلاق ١ هـ .

فصـــــل

إن لم أدخل الدار فأنت طالق

٦٣٤٧/ولو قال ، ان لم أدخل الدار فانت طالق فان الطلاق لايقع الا في آخر جزء من اجزاء الحياة عند الاياس من ذلك •

٦٣٤٨/وكذلك (اذا) مثل (ان) عند أبي حنيفة •

٦٣٤٩/وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي هي بمنزلة (متى) فيقع الطـــــلاق •

٦٣٥٠/واذا قال اذا لم اطلقك فانت طالق يقع في الحال •

٦٣٥١/وقال أبو حنيفة لا يقع الا في آخر جزء من الحياة مثـــــل « ان لم اطلقـــك »[1] •

فصـــــل

هل تعتق بلفظ الطلاق مع النية

٦٣٥٢/ومن قال لامته (انت طالق او حرام) ونوى العتق لـــــم تعتق عند اصحابنـــا •

---

(١) نقل السمناني هذين البندين نقلا مقتضبا عن مختصر الطحاوى (ص ٢٠٢) وقد فرق في المختصر المذكور بين ما لم واذا لم من جهة وبـين « ان لم » من جهة اخرى • وجاء فيه :

من قال لامرأته : أنت طالق ما لم اطلقك فان سكت فلم يطلقها طلقت، وان طلقها برّ ولم يقع عليه من الطلاق غير ما طلقها •

وان كان قال لها : أنت طالق اذا لم اطلقك او أن لم اطلقك ، فان أبا حنيفة (ر) قال لا تطلق حتى يموت ولم يطلقها قبل ذلك ، فاذا مـــات كذلك طلقت ، يعني في آخر جزء من اجزاء حياته •• وقال أبو يوســـف ومحمد (ر) مثل قوله فيه اذا قال ان لم أطلقك ، وخالفاه في قوله اذا لم أطلقك وجعلاه كقوله مالم اطلقك وقد اختار الطحاوى قول الصاحبين •

٦٣٥٣/وقال الشافعي تعتق •

٦٣٥٤/لان الطلاق لا يزيل الملك عن الرقبة فهو كلفظ الاجارة اذا أستعمله في بيع العين •

فصـــــل

قوله لزوجته أنت حرة

٦٣٥٥/واجمع الفريقان انه لو قال لزوجته أنت حرة ونوى الطلاق أنهـــا تطلـــق •

فصـــــل

جعل الطلاق إلى زوجته أو إلى أجنبي

٦٣٥٦/واذا جعل الطلاق الى زوجته بالخيار ، والامر باليد فليس له أن يرجع في ذلك •

٦٣٥٧/وقال زفر له أن يرجع ، وهو قول الشافعي ولو فرضه الى أجنبي فله الرجوع في قول الفريقين لانه في الاول تمليك وفي الثاني وكالة•

فصـــــل

مدة الخيار

٦٣٥٨/ولها الخيار ما دامت في المجلس وقد مضت •

٦٣٥٩/واذا أختارت وقع الطلاق وان لم تنو •

٦٣٦٠/وقال الشافعي يحتاج الى نية •

فصـــــل

قوله أنت على حرام

٦٣٦١/واذا قال لزوجته انت على حرام ولا ينوى به الطلاق ، أو

نوى التحريم فهي يمين ، وان اقربها كفر ولا تلزمه الكفـــارة بنفس اللفظ عندنـــا •

٦٣٦٢/وقال الشافعي تلزمه الكفارة بنفس اللفظ •

فصـــــل

محرم زوجته مُوْلٍ

٦٣٦٣/وان حرم زوجته كان موليا ، وان حرم الامة او الطعـــام والشراب فهو حالف •

٦٣٦٤/وللشافعي في ذلك قولان •

فصـــــل

تعاقب جمل الشرط

٦٣٦٥/واذا قال لزوجته (ان حلفت بطلاقك فعبدى حر) ثم قال اذا جاء رأس الشهر فانت طالق أو اذا قدم الحاج فانت طالق فقد حلف وحنث وعتق العبـــد •

٦٣٦٦/وقال الشافعي لايعتق العبد •

فصـــــل

٦٣٦٧/واذا قال لها انت طالق واحدة في ثلاث وقع الضرب دون المضروب فيه ، وان نوى الضرب والحساب •

٦٣٦٨/وقال الشافعي يقع موجب الحساب في ذلك •

٦٣٦٩/وهو قول زفر •

فصـــــل

الطلاق في المرض

والفرار من حكم الشرع

٦٣٧٠/واذا طلق في المرض ثلاثا ثم مات ورثت منـــــه ماداامت في العـــدة عندنـــا •

٦٣٧١/ وقال أبن أبي ليلى ترث وان انقضت المدة مالم تتزوج •

٦٣٧٢/وقال مالك ترث وان تزوجت أزواجا لأنه فار •

٦٣٧٣/وقال الشافعي لاترث بحال[1] لانها بائنة وذكر أصحابه في المسئلة هذه الاقوال كلها •

فصـــــل

٦٣٧٤/وقال أبو حنيفة اذا ورثت اعتدت باربعة اشهر فلزمهـــا عـــدة الوفـاة •

٦٣٧٥/وقال ابو يوسف عدتها الحيض دون الشهور •

فصـــــل

عبد طلق وهو مريض ثم أعتق

٦٣٧٦/وان طلق العبد امرأته وهو مريض ثم أعتق في ذلك ثم مات فملا ميراث لها لانه لم يكن في وقت الطلاق قصد الفرار من الميراث •

---

(١) وذهب أهل الظاهر ايضا الى أن طلاق المريض كطلاق الصحيح (انظر المحلى ١٠/١٨ ٢) •

فصـــــل

تطليق الأمة أو الذمية في مرضه

٦٣٧٧/وان طلق الحر في مرضه أمرأته الامـــة أو الذمية فاعتقت الامة ، واسلمت الذمية فانها لاترث لانه لم يفر من الميراث بالطلاق[١] ، وقد ورث عثمان بن عفان رضى الله عنه تماضر أمرأة عبـد الرحمن[٢] [بن عـوف] .

٦٣٧٨/وهو قول عمر وعمر وعائشة وعامـــة الصحابة والتابعين رضى الله عنهـــم .

٦٣٧٩/وحكى الخلاف عن أبن الزبير رض الله عنه .

---

(١) الاصل في هذه التفرقة بين طلاق الفار وغير الفار عند الحنيفة ما رواه أبـو حنيفـة في جامع مسانيـد الامام (٢ ٥٥ ـ ١٥٦) فقـــد جـــاء فيـــه :

١ ـ ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم في المريض طلق امرأته ثلاثا في مرض موته ، فان مات في مرضه ذلك قبل ان تنقضى عدتها ورثت واعتدت عدة المتوفي عنها زوجها ، فاذا انقضت عدتها قبل آن يموت لم ترثه ، ولم يكن عليها عدة . اخرجه الامام محمد بن الحسن في الآثار فرواه عن أبى حنيفة ثم قال محمد ، وبهذا كله نأخذ الا في خصلة واحـــدة ، اذا ورثت أعتدت بابعد الاجلين كما وصفت لك ، وهو قول ابى حنيفة (ر) .

٢ ـ ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم قال : اذا اختلعت المرأة مـــن زوجها وهو مريض فمات في مرضه فلا ميراث لها . اخرجه الامام محمـــد بن الحسن في الآثار فرواه عن ابى حنيفة ثم قال محمد ، وبه نأخذ لانهـا طلبت ذلك ، وهو قول ابى حنيفة (ر) .

(٢) جاء في المحلى لابن حزم (١٠ ٢١٨)« عن نافع مولى أبن عمر قال: ان عبدالرحمن بن عوف طلق امرأة له كلبية في مرضه الذى مات فيـــه ، فكلمه عثمان ليراجعها ، فتلكأ عليه عبدالرحمن ، فقال عثمان :

قد أعرف أنما طلقها كراهية آن ترث مـــع أم كلثوم ، وانى والله لاقسمن لها ميراثها وان كانت أم كلثوم اختى » .

فصـــــل

حلف عليها وهو صحيح

٦٣٨٠/واذا حلف عليها وهو صحيح فقـــال انت طالق ان دخلت الدار ، أو صليت ثم وجد الشرط في المرض ، فكل ما لها منه بد فأنهـــا لاترث معه عندنا وكل ما لابد لها منه كالصلاة وبر الوالدين فانها تـــرث معـــه عندنـــا •

فصـــــل

٦٣٨١/ولو كان هذا معلقا على فعله ورثت سواء اكان ذلك ماله بد أو لابد منه في قولهم •

٦٣٨٢/وقال محمد بن الحسن اذا عقد اليمين وهو صحيح فانهـــا لا تـــرث •

٦٣٨٣/واجمع الجميع على انه لو حلف وهو مريض وفعلته ثم عادت الى الاول فانها ترجع على ثلاث تطليقات وقد انهدم الطلاق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول [ابن] عمر وان مسعود[1] •

---

(١) في جامع مسانيد الامام (٢/١٤٦) ما يستفاد منه انه قول ابن عمر وراوية سعيد بن جبير عن أبن عباس وعن ابن عمر فقد جاء فيه : أبو حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير أنه قال : كنت جالسا عند عبدالله بن عقبه اذا أتاه آت يسأله عن رجل طلق امرأته تطليقتين ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم تزوجت زوجا غيره فدخل بها ، ثم طلقها او مات عنهـــا ثم أراد الاول أن يتزوجها ، فقال لى : أسمعت فيها من ابن عمر شيئا ؟

فقلت لا ، ولكن سمعت ابن عباس (ر) يقول يهدم جماع الآخر الاثنتين والثـــلاث •

فقال : اذا لقيت ابن عمر فسله عن ذلك •

←

٦٣٨٤/وقال محمد بن الحسن والشافعي تعود على ما بقى من الطلاق الاول •

٦٣٨٥/وهو قول عمر بن الخطاب رض الله عنه وابي هريره وابي بن كعب •

فصل

طلق إحدى امرأتيه واشتبه عليه

٦٣٨٦/واذا طلق احدى امرأتيه واشتبهت عليه فالبيان اليه ، ولا يحال بينهما •

٦٣٨٧/وقال الشافعي يحال ، ولا فرق بين المعين ، وغير المعين ، من ذلك •

فصل

وطىء إحداهما وإحداهما مطلقة

٦٣٨٨/وان وطىء احداهما تعين الطلاق في الاخرى •

٦٣٨٩/وقال الشافعي لايتعين بالوطء •

فصل

٦٣٩٠/وان مات قبل البيان ورثا ميراث امرأة يكون بينهما ولا

→

فلقيت أبن عمر فسألته فقال مثل ما قال ابن عباس ••• اخرجه الامام محمد بن الحسن في الاثار ، فرواه عن الامام ابى حنيفة ، ثم قال وبهذا كله كان يأخذ أبو حنيفة • اما قولنا فهي على ما بقى من طلاقها اذا بقى منه شيء ، وهو قول عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب ومعاذ بن جبل وأبى بن كعب وعمران بن حصين وأبى هريرة (ر) •

يوقف ذلك حتى يصطلحا .

٦٣٩١/وقال الشافعي يوقف حتى يصطلحا .

فصـــل

٦٣٩٢/وان ماتت احدى المرأتين تعين الطلاق في الاخرى ، وليس له ان يطلق الميتة ويجعلها المطلقة .

فصـــل

عدد الطلاق بالنساء

٦٣٩٣/وعدد الطلاق بالنساء والحرة ثلاث حرا كان زوجها أو عبدا والامة طلقتان حرا كان زوجها أو عبدا ، الطلاق ، والعدة بالنساء .

٦٣٩٤/وقال الشافعي الطلاق بالرجال الحر يطلق ثلاثا والعبد طلقتين

٦٣٩٥/وأجمع الجميع ان النكاح يعتبر بالرجال الحر له أن يتزوج باربع ، والعبد باثنتين وقد مضت في النكاح .

باب

اختلاف الزوجين في الطلاق

فصـــل

٦٣٩٦/واذا ادعت المرأة الطلاق على زوجها فانكر ما ادعت بـــه ، ولا بينة لها ، فان القاضي يحلف الزوج ما طلقها ثلاثا في هذا النكاح الذي تدعى انك مقيم معها عليه ، وان شئت ما هي مطلقة منك ثلاثا بما ادعت .

٦٣٩٧/وقال الحسن يحلف ما هي بائن منك اليوم بما ادعت في الطلاق ، وان شئت ما هي طالقة منك بما ادعت من الطلاق .

فصـــــل

اختلاف الشاهدين في عدد الطلقات

٦٣٩٨/وان اقامت بينة بأنه طلق فشهد احد الشاهدين انه طلق ثلاثا وشهد اخر انه طلق واحدة ، وهي تدعى الواحدة أو الثلاث فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة لانهما أختلفا لفظا ومعنى •

٦٣٩٩/وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي تطلق واحدة لاتفاقهما على ذلك ، وهذا كالالف والالفين ، وقد مضت •

فصـــــل

شهد إحداهما بطلقة بائنة والآخر برجعية

٦٤٠٠/ولو شهد أحدهما بطلقة بائنة وشهد الاخر برجعية جازت الشهادة على الرجعي في قولهم جميعا لانهما اتفقا على اللفظة والبينونة من صفتها تكون •

٦٤٠١/ولو شهد احدهما انه قال لها ، انت حرام ، وشهد الاخر انه قال انت بائن أو حرام أو خلية فالشهادة في قولهم جميعا باطلة •

فصـــــل

جهلا المطلقة بعينها

٦٤٠٢/ولو شهد أنه طلق احدى امرأتيه بعينها ثم جهلا ، ذلك ، فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد •

٦٤٠٣/وقال زفر تجوز الشهادة ويقال له بين كما لو كانت بغير عينها او اقر •

فصـــــل

طلق امرأة بغير عينها

٦٤٠٤/ولو شهد أنه طلق امرأته بغير عينها وله نساء فالشهادة جائزة في الاستحسان كما لو أقر •

فصـــــل

إنكارهما شهادة الشهود بالطلاق الثلاث إلخ

٦٤٠٥/ولو شهد الشهود بالطلاق الثلاث والزوج والمرأة ينكـران فالشهادة جائزة ويفرق بينهما ، وهذا الاخلاف فيه نعلمه •

٦٤٠٦/وكذلك الشهادة بعتق الامة ، وهي والمولى ينكران لانه فرج وأمر بمعروف ونهى عن منكر •

٦٤٠٧/واختلف في العبد فقال أبو حنيفة اذا كانا ينكران ذلك فالشهادة باطلـــة •

٦٤٠٨/وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي العبد والامة سواء •

٦٤٠٩/وقد سمعت قاضي القضاة رحمه الله يحكي في العبد مـــل قولهمـــا •

٦٤١٠/والعبد اذا ادعى العتق وانكر المولى فانه يحلف بانه ما اعتقت هذا العبـــد • وفي الامة يحلف ما اعتقتها في هذا الملك لانها يجوز أن ترتد فتسبى فيطرأ عليها رق جديد وفي الرجل بخلاف ذلك •

فصـــــل

طلق إحدى امرأتيه

٦٤١١/واذا طلق احدى امرأتيه وحضرتا أو احداهما تدعي انهـــا المطلقة فان الحاكم يعدى عليه ، ولو كانت واحدة ان تخاصمه فاذا حلف

لها تعين الطلاق في الاخرى • وان نكل عن اليمين تعين الطلاق ، لان الطلاق يقع بدله عند ابي حنيفة • وقد قال بعض الفقهاء ، لايصح الطلاق في مجهول لانها غير معروفة ، كما لا يصح النكاح والبيع •

فصـــــل

٦٤١٢/وان كان الطلاق قبل الدخول ومات ولم يبين فلها مهر ونصف لانه قد سقط بالطلاق نصف مهر واحدة وبقى النصف فوجب ان تكون لكل واحدة ثلاثة أرباع الصداق الذى تزوجها عليه لان النصف يسقط عليهـما جميعـــا •

فصـــــل

٦٤١٣/والميراث بينهما بالسوية على ما مضى ، خلاف الشافعي •

فصـــــل

٦٤١٤/وعلى كل واحدة عدة كاملة اربعة اشهر وعشر لان احدهما زوجة والثانية غير زوجة والعدة يحتاط لها •

فصـــــل

٦٤١٥/ولو بين في حال الحياة فالعدة من يوم البيان في قول اصحابنا وقد اختلف ابو يوسف ومحمد فقال احدهما يقال له بين الطلاق وقال الاخر يقال له اوقع الطلاق على ايهما شئت •

وقد ذكر الكرخي رحمه الله هذه المسائل ونظائرها وأحسن فيمـــا جمع وقرب في المختصر •

فصـــــل

تزوج المملوك

٦٤١٦/وليس للحر ولا للحرة أن يتزوج بمملوك يملكه أوله فيـه

شركة • وقال أهل الظاهر يجوز

فصـــــل

شراء الزوجة

٦٤١٧/ومن اشترى زوجته الامة فسد النكاح بينهما بغير طلاق ، وله أن يطأها بملك اليمين ولا عدة عليها •

فصـــــل

٦٤١٨/ولو اراد أن يزوجها غيره وجب عليها عدة الامة حيضتان ان كانت من ذوات الحيض وشهر ونصف ان كانت من ذوات الشهور •

فصـــــل

٦٤١٩/وان كان طلقها قبل الشراء طلقتين لم تحل له حتى تنكـــح زوجا غيره • وقال مالك وغيره تحل له بعد الطلاق لان هذا سبب اخر في الاباحة كما لو باع امته ثم تزوجها حلت له •

فصـــــل

اشترت زوجها

٦٤٢٠/ولو كانت الحرة هي التي اشترت زوجها فسد نكاحها وعليها عـــــدة الحرة •

فصـــــل

طلاق الأخرس

٦٤٢١/واتفق اصحابنا أن الاخرس اذا طلق وله اشارة معلومة ان طلاقه واقع وكذلك سائر العقود •

وقال بعض الفقهاء لا يصح طلاقه بالاشارة لانها ليست بكلام ، وهى

أقل من الكناية التي لا تبين ، وهو القياس عند بعض اصحابنا والنظر •

فصـــــل

متى وكلما

٦٤٢٢/ولو قال لزوجته انت طالق متى شئت فلها مشيئة واحـدة ، وان قال كلما شئت فلها ، ان تطلق واحدة بعد واحدة مادام النكاح موجودا•

فصـــــل

صور من التعليق

٦٤٢٣/ولو قال انت طالق واحد أو عشرين وهي غير مدخول بهـا وقعت عليها ثلاث وقال زفر واحدة لانها كلمة واحدة عندنا وعنده كلمتان•

فصـــــل

٦٤٢٤/ولو قال أحد عشر طلقت ثلاثا •

فصـــــل

ولو قال لزوجتيه اذا ولدتما فانتما طالقتان ، وكذلك اذا قال اذا حضتما فهو مثل ذلـــك •

فصـــــل

ولو قال أنت طالق اذا حضت فالقول قولها في ذلك ويقع الطلاق •

٦٤٢٥/ولو قال ان ولدت فانت طالق فقالت قد ولدت فمنهم من قال هو مثل الحيض ويقبل قولها ومنهم من قال لايقبل قولها بغير بينه •

فصـــــل

الطلاق الموصوف

٦٤٢٦/ولو قال انت طالق مثل عظيم الجبل فهي طالق بائنة الا ان ينوى ثلاثـا •

فصـــــل

٦٤٢٧/ولو قال ، انت طالقة كيف شئت •

قال أبو حنيفة قد وقعت واحدة ولها ان تجعل ذلك ثلاثا وبائنا •

وقال أبو يوسف لايقع شيء وهذا مثل قوله ، ان شئت او حيث شئت وهو قول الشافعي •

فصـــــل

جعل الرجعية بائنة

٦٤٢٨/وقال ابو حنيفة ، واذا طلق طلقة رجعية فله ان يجعلها بائنة، وليس له ان يجعلها ثلاثا •

وقال محمد لاتكون بائنة ولا ثلاثا •

فصـــــل

طلاق الحامل والنفساء

والحامل تطلق للسنة عند أبي حنيفة وابى يوسف في كل شهر تطليقة وقال محمد وزفر لاتطلق الحامل الا واحدة للسنة لان طهرها واحد والنفساء في سنة الطلاق كالحائض في الكراهة والوقوع لانه يمنع الصلاة كالحيض •

فصـــــل

٦٤٢٩/ولو قال الرجل لامرأته ان بشرتني بقدوم زيد فانت طالق فاخبره بذلك غيرها ثم اخبرته هي بذلك لم تطلق لان البشـارة هى اول الخبر والثاني ليس ببشارة •

ولو قالَ ان اخبرتني بقدومه فاخبره جماعة ثم اخبرته بذلك وقع الطلاق لان الثاني خبر • وكتاب الطلاق كبير وهو وكتاب الايمان يتقاربان في الفروع والبر والحنث ، وذكر جميع ما فيه لايمكن ، وفي الذى ذكرت بعض من كل ، وسنتذكر في كتاب الايمان في ذلك طرفاً اخر ان شاء الله•

ولما كان الطلاق ينقسم الى ما يوجب العدة وهو ما كان بعد الدخول ومنه ما لا يوجب عدة وهو اذا كان قبل الخلوة وجب ان تذكر احكام العدد ومواضع ثبوتها وسقوطها •

كتاب العدة

وهذا كتاب العدة [1]

٦٤٣٠ ـ اعلم أن العدة تخلف النكاح في المنع من الازواج ، والاصل في ذلك قوله تعالى :

(واحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا تخرجـــوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة[2]) .

فصـــــل

أنواع العدة

والعدة على ثلاثة أضرب

٦٤٣١ ـ عدة بالحيض

والثانية بالشهور

والثالثة بوضع الحمل

٦٤٣٢ ـ فعدة الحرة بالحيض ثلاث حيض وكذلك ان وطئت بشبهة لان حكم عدتها لايختلف بالطلاق والوطء .

٦٤٣٣ ـ والعدة بالشهور على جزءين .

أحدهما أصل والثاني بدل

---

(١) العدة مأخوذة من العدد لاشتمالها على عدد من الاقراء أو الاشهر غالبا ، وهي فى الشرع أسم لمدة تتربص فيهاالمرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها ، وشرعت صيانة للانساب وتحصينا لها من الاختلاط رعاية لحق الزوجين والولد والناكح الثانى (الاقناع فى حل الفاظ أبي شجاع للشربيني ٢/١٧٢ ـ ١٧٣) .

فالاصل عدة الوفاة وهى اربعة اشهر وعشر في حق الحرة وشهران وخمسة أيام في حق الامة

وهذا قوله وقول الشافعي ومالك

فصـــل

٦٤٣٤ ـ ولا فرق بين الصغيرة والكبيرة ولا بين من دخل بها ولم يدخل بها في ذلك لانها تجب بسبب واحد وهو الموت •

والثاني من الضربين بالشهور بدلا من الحيض ينتصف في الطلاق والوطيء بشبهة في حق الصغيرة والامة وهو في حق الحرة ثلاثة أشهر وفي الامة شهر ونصف •

٦٤٣٥ ـ وقال اصحابنا عدة الامة بالحيض حيضتان •

٦٤٣٦ ـ وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال لو أستطعت لجعلتها حيضة ونصف حيضة وقال الاصم وابن علية لا عبرة بأمة ولا حرة[1] •

٦٤٣٧ ـ والعدة بالحيض ثلاث حيض وبالشهور ثلاثة أشهر ، لان الله تعالى لم يفصل بين الحرة والامة في العدة ولا بين الحر والعبد في الطلاق فيجب أن يكون الجميع سواء •

٦٤٣٨ ـ وقد روت عائشة وابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى

---

(١) ذهب أهل الظاهر الى أن عدة الامة المتزوجة من الطلاق والوفاة كعدة الحرة سواء بسواء لعموم الآيات الواردة في هذا الموضوع (المحلى ١٠/٣٠٦) وفيه قد أختلف في هذا فروينا من طريق الحجاج ٠٠ عن عمرو أوس الثقفى ان عمر بن الخطاب قال : لو أستطعت ان اجعل عدة الامة حيضة ونصفا لفعلت ٠٠ الخ » •

الله عليه وسلم انه قـــال :

« طلاق الامة طلقتان وعدتها حيضتان[1] ذكره ابو داود ما هو مذهب جماعة من الفقهـــاء » •

فصـــــل

٦٤٣٩ ـ والعدة من يوم الطلاق والموت علمت الزوجة او لم تعلم ، ويحتسب بذلك وقد روى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه انه قـال من يوم تعلم ، لان العدة بسبب الطلاق والموت فيجب ان يعتبر السبب •

فصـــــل

٦٤٤٠ ـ وهي في حق البائن والرجعية سواء لان كل واحدة مطلقة عقيب الوطىء •

فصـــــل

٦٤٤١ ـ والرجعية لايحرم عليها الطيب والزينة ويحرم ذلك على البائن ، ولا تخرج من منزلها ولا يخرجها الزوج ليلا ولا نهارا وكذلـك المتوفي عنها زوجها ، الا انها تخرج نهارا ولا تخرج ليلا •

وقال الشافعي ، المطلقة لا تجتنب الزينة وانما ذلك في المتوفي عنهـــا زوجهـــا •

---

(١) في جامع مسانيد الامام (٢/١٣٩) :

« ابو حنيفة عن عطية العوفي عن عبدالله بن عمر (ر) قال :

قال رسول الله (ص) : طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان • اخرجه أبو محمد البخاري عن صالح بن أبي رميح عن عبدالله بن أبي بكر بن أبي خيثمة أحمد بن محمد بن زهير عن هارون بن حميد عن الفضل بن عيينه عن ابى حنيفة • (ر) • ١ هـ

فصـــــل

لا حداد على صغيرة

٦٤٤٢ ـ ولا حداد على صغيرة ولا كافرة •

وقال الشافعي ، عليها ذلك[١] ، لانها غير مطلقة وذلك يمنـــع من وجوب العبادات عليها ، وانما منع الاولياء من التزويج لها عبادة في حقهم لا حقهـــا •

فصـــــل

العدة بالحمل

٦٤٤٣ ـ واما العدة بالحمل فيستوى في ذلك الحرة والامـــة[٢] والنفاس من الولد الاول والعدة تنقضي بالآخر عند أبي حنيفة •

٦٤٤٤ ـ وقال الشافعي النفاس والعدة من الاخر •

وقد روى عن سبيعة انها سالت ابا السنابل بن بعك عن الحامل اذا وضعت قبل أربعة أشهر وعشرا فقال لا ، حتى تمضي ، فذكرت للنبي صلى الله عليه وسلم فقال ، كذب أبو السنابل انكحي من شئت[٣] •

---

(١) جاء في المحلى (١٠/٢٧٥) عدة الوفاة والاحداد فيها يلزم الصغيرة ولو في المهد وكذلك المجنونة ، وهو قول مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة عليها العدة ولا احداد عليها •

(٢) والقاعدة في ذلك كما صاغها ابن حزم (١٠/٢٦٣) «ان كانت المطلقة حاملا من الذى طلقها أو من زنا بها أو باكراه فعدتها وضع حملها ولو أثر طلاق زوجها لها بساعة او أقل أو أكثر » •

(٣) جاء في المحلى لابن حزم (١٠/٢٦٥) عن ابى مسلمة عبدالرحمن بن عوف قال : بعثنا كريبا ـ وهو مولى ابن عباس ـ الى أم ســـلمة أم المؤمنين فجاءنا من عندها ان سبيعه وضعت بعد وفاة زوجها بايام ، فأمرها

←

٦٤٤٥ ـ والمعتدة لايجوز لاحد ان يتزوجها ولا يصرح بخطبتهـا ولكن يلوح ويقول ، انك لحسنة ولي فيك رغبة لقوله تعالى : « لاجناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء » الآية[1] .

فصـــل

بطلان نكاح المعتدة

٦٤٤٦ ـ واذا تزوجت المعتدة فالنكاح باطل ، ولا فرق بين العدة من الطلاق البائن والرجعي والوفاة والوطىء بشبهه لقوله تعالى .

(ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله)[2] .

فصـــل

٦٤٤٧ ـ فان دخل الزوج بها فلها الاقل مما سمى لها ومن مهر مثلها

فصـــل

٦٤٤٨ ـ وقال الشافعي لها مهر مثلها بالغا ما بلغ ، لان للتسمية حكما فان كانا يعلمان بالتحريم فانهما يعزران عندنا .

٦٤٤٩ ـ وقال بعضهم يحدان ، لان العقد شبهة في اسقاط الحد .

رسول الله (ص) ان تتزوج .

وفي جامع مسانيد الامام (٢/١٤٢) « ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان سبيعة بنت الحارث الاسلمية مات عنها زوجها فولدت لخمسة وعشرين يوما (بسبع عشرة ليلة فمر بها أبو السنابل فقال لها : تزينت وتصنعت تريدين الباءة ؟! كلا ورب الكعبة حتى يبلغ اقصى الأجلين .

فاتت رسول الله (ص) فقال : كذب أبو السنابل » .

(١) و (٢) البقرة ٢/٢٣٥ .

فصـــــل

٦٤٥٠ ـ ويجوز لهما بعد العدة ان يتزوجا •

وقال مالك بن أنس لا يتزوجها ابدا عقوبة له كيف استعجل ما اخره الله كما يحرم القاتل الميراث ، وهو قول عمر بن الخطاب رض الله عنه ، لان هذا الفعل لايكون أكثر من الزنا •

فصـــــل

٦٤٥١ ـ ويحتسب بما مضى من عدة الثانى بتمام عدة الاول ويتم عدة الثاني ، وتتداخل العدتان عندنا •

٦٤٥٢ ـ وقال الشافعي لكل واحدة مفردة •

٦٤٥٣ ـ واتفق الفريقان أنها لو كانت حاملا من الاول او الثانى فوضعت أن العدتين تنقضيان ولا تستأنف عدة اخرى لان مضي الزمان في حق الجميع سواء •

فصـــــل

طلاق الأمة وإعتاقها

٦٤٥٤ ـ واذا طلقت الامة وهي في العدة فاعتقت فان كان الطلاق رجعيا انتقلت الى عدة الحرة لان الحرية حصلت وهي زوجة ، وان كان الطلاق بائنا لم تنقل[١] •

٦٤٥٥ ـ وقال الطحاوى تنقل في الوجهين[٢] وهو قول الشافعي ، وان كان العتق في عدة الوفاة فانها لا تنقل لانها بائنة في الزوج وقـــد لزمتهـا عدة الامة •

---

(١) مختصر الطحاوى ، ص ٢١٨ •

(٢) ليس لهذه العبارة ذكر في مختصر الطحاوى (ص ٢١٨) •

فصـــــل

عدة أم الولد والمعتقة

٦٤٥٦ ـ والسيد اذا مات عن أم ولده او اعتقها فعدتها ثلاث حيض أن كانت من ذوات الحيض او ثلاثة اشهر أن كانت آيسه •

٦٤٥٧ ـ وقال مالك والشافعي عدتها حيضة واحدة •

٦٤٥٨ ـ وقال غيرهما ولا (؟) عدتها اربعة اشهر وعشر في الوفاة •

فصـــــل

حيض الصغيرة بعد مضي جزء من عدتها

٦٤٥٩ ـ واذا مضى من عدة الصغيرة شهران ثم حاضت أستأنفت العدة بالحيض لانها الاصل •

٦٤٦٠ ـ وقال الشافعي لا تستأنف وتعتد بما مضى بقرء واحد •

فصـــــل

معنى القرء

٦٤٦١ ـ والاقراء هي الحيض عندنا •

٦٤٦٢ ـ وقال الشافعي هي الاطهار •

فصـــــل

انقطاع الحيض من حمل

٦٤٦٣ ـ ومن انقطع حيضها من حمل يعلم انه بها فهي في العـــدة حتى يعلم انها آيسة ثم تعتد بعد ذلك بالشهور •

٦٤٦٤ ـ وقد روى عن اصحابنا في ذلك روايتان احدهما ان ذلك

مقدر بخمسين سنة وفي الاخرى بستين ثم تعتد بالشهور على الروايتين جميعا

فصـــل

لا عدة على معتقة

٦٤٦٥ ـ ومن اعتق امته وقد كان يطأها فليس عليها ان تعتد ولهـا ان تتزوج من ساعتها [ولا عدة على الزانية] •

وقال غيرنا عليها العدة لأن العـــدة تجب لحفظ ماء الواطىء ومـاء الزاني لا حرمة له •

فصـــل

٦٤٦٦ ـ وان كانت حاملا لم يطأها الزوج وقد مضت في النكاح •

فصـــل

٦٤٦٧ ـ والاحداد على الامة اذا طلقت او مات عنها زوجها لانهـــا مسلمة مكلفة •

فصـــل

٦٤٦٨ ـ ولا أحداد على أم ولد ، ولا في النكاح الفاسد لانها ليست عدة بسبب النكاح •

فصـــل

٦٤٦٩ ـ وليس للمعتدة ان تسافر مع غير ذى رحم محرم ما دامت في العدة ، وان طلقت في الطريق رجعت الى اقرب المواضع منها ، وقـــالا ترجع الى المصر ، لانه سفر بغير حاجة •

فصـــل

السفر بالمعتدة

٦٤٧٠ ـ وليس للزوج أن يسافر بالمعتدة الرجعية مخافة أن تنقضي العـــدة •

٦٤٧١ ـ وقال زفر له ذلك •

وهذا ينبني على ان المسافرة لا يصير بها مراجعا عندنا ، وعنده يصير مراجعـــا •

فصـــل

المتوفي عنها زوجها

٦٤٧٢ ـ ولاسكن ولا نفلة للمتوفي عنها زوجها حاملا ، كانت أو حائلا خلاف أبن أبى ليلى ، لان المال لغيرها •

فصـــل

المهاجرة إلينا

٦٤٧٣ ـ والمهاجرة الينا باسلام وذمة لاعدة عليها ولها ان تتزوج عند أبى حنيفة وعليها العدة عندهما •

٦٤٧٤ ـ وهو قول الشافعي ، وقد مضت في النكاح ، وان كانت حاملا ففيها روايتان احدهما ان تتزوج والثانية لا تتزوج لانها حامل بولـــد ثابت النســـب •

فصـــل

ولادة المعتدة بعد سنتين

٦٤٧٥ ـ واذا اتت المعتدة بولد بعد سنتين لم يلحق بالزوج وترد نفقة

ستة أشهر أن كانت قبضت ذلك، وهذا بناء على أن أكثر مدة الحمل سنتان.

٦٤٧٦ ـ وقال الشافعي اربع سنين وقال غيره سبع سنين وقال اهل الظاهر تسعة أشهر ، واتفق الجميع على ان مدة الحمل ستة أشهر كوامل لقوله تعالى ، وحمله وفصاله ثلاثون شهرا[1] ثم قال وفصاله في عامين[2] .

فصـــل

العدة في النكاح الفاسد

٦٤٧٧ ـ والعدة في النكاح الفاسد من يوم يفرق بينهما .

وقال زفـر من اخر وطأهُ لان حكم العقد قائم ما لم يقطعـــه الحاكـم ويرفعـــه .

فصـــل

موت زوجها ومولاها

٦٤٧٨ ـ وأم الولد إذا مات عنها زوجها ومولاها ولا يعلم ايهما مات أولا، فاما أن يكون بين موتهما شهران وخمسة أيام أو أقل من ذلك أو أكثر منه أو يكون بينهما وقت مجهول ، فان كان أقل من ذلك فعليها ان تعتد أربعة أشهر وعشرا من آخر موتهما ، وليس عليها الحيض ، وان كان بينهمـا ذلك القدر فصاعدا فعليهما اربعة أشهر وعشرا تستكمل فيها ثلاث حيض . وان كان الوقت مجهولا فالجواب في قول أبي حنيفة مع الشهور وفي قولهما تستكمل العدة أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض ، ولما كانت العدة تمنع النكاح في حال ولا تمنع في اخرى فان الذى له العدة لا يمنع نكاحهما اذا كان من وطيء يشبهه أو طلاق لم يستوف عدده ، ولما كان الطلاق الرجعى يجوز للزو جفيه المراجعة على شرط وصفات وجب ان تذكر ذلك .

---

(١) الاحقاف ١٥/٤٦ . (٢) لقمان ١٤/٣١ .

كتاب الرجعة

وهذا كتاب الرجعة[1]

الأصل في الرجعة

٦٤٧٩ - والأصل في الرجعة قوله تعالى (لاتدرى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا)[2] يعنى الرجعة • وقد طلق النبي صلى الله عليه وسلم حفصة وسوده وارتجعهما ، وفيه اجماع العلماء على جواز الرجعة اذا لم يستوف عدد الطلاق ولم يكن بائنا •

فصـــــل

٦٤٨٠ - والزوج أحق بها مالم تغتسل من حيضتها الثالثة أو يمض عليها وقت صلاة أو يتمم ، وتصلى به اذا كان حيضها اقل من عشرة فان تيممت ولم تصل فالرجعة بحالها عند أبى حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد وزفر قد أنقطعت الرجعة •

وقد روى عن أبي حنيفة في الاملاء مثل ذلك •

---

(١) الرجعة بفتح الراء افصح من كسرها عند الجوهري ، والكسر أكثر عند الازهرى ، وهى لغة المرة من الرجوع •
وشرعا رد المرأة الى النكاح من طلاق غير بائن فى العدة على وجـــه مخصـــوص •
والاصل فيها قبل الاجماع قوله تعالى « وبعولتهن احق بردهن في ذلك» أى في العدة « ان ارادوا أصلاحا » [البقرة ٢٢٨] اى رجعة •
وقوله (ص) أتانى جبريل فقال : راجع حفصة فانها صوامة قوامة ، وانها زوجتك في الجنة » الاقناع في حل الفاظ ابى شـجاع للشـربينى ١٥٨/٢) •

(٢) الطلاق ٦٥/١ •

٦٤٨١ ـ وان كان حيضها عشرة أيام فمضت فقد انقطعت الرجعة • وان كانت نصرانية أو يهودية انقطعت الرجعة بانقطاع الدم في التى أيامها أقل الحيض أو أكثر في قولهم جميعا •

فصـــــل

وطء الرجعية

٦٤٨٢ ـ وللزوج أن يطأ الرجعية وليس بمحرمة عندنا في أحدى الروايتين ، وذكر الكرخي انها محرمة وهو قول الشافعى ، لانها زوجة ترث وتورث فلا تحرم عليه •

فصـــــل

الرجعة بالقول

٦٤٨٣ ـ وتصح الرجعة بالقول ، وهو ان يقـــول ، راجعتك الى النكاح أو رددتك الى نكاحي ، وهذا لاخلاف فيه نعلمه •

فصـــــل

الرجعة بغير القول

٦٤٨٤ ـ وان مسها بشهود او نظر الى فرجها بشهود فهو رجعـــه عندنا ، وقال الشافعي لاتكون الرجعة الا بالقول ، والحكم اذا تعلق بمدة كان لمن له الحق ان يبطله بقوله وفعله كمدة الخيار والوطء ادل من القـــول على الرضـا •

فصـــــل

لا مهر بالرجعة

٦٤٨٥ ـ ولا يجب لها المهر اذا وطأها ، وقال الشافعي يجب في أحد القولين لانها زوجة له ولم تبن منه •

فصـــــل

تطليق الرجعية

٦٤٨٦ ـ ويجوز أن يطلقها بعوض وبغير عوض ويقع عليها صريح الطلاق ، وتدخل في جملة الزوجات في اليمين اذا قال نسائي طوالق .

فصـــــل

صحة الرجعة بغير شهود

٦٤٨٧ ـ وتصح الرجعة بغير شهود

وقال الشافعي لاتصح الا بشهود في أحد قوليه ، وقاس ذلك على النكاح ولو كانت كالنكاح لاحتاجت الى ولي ومهر واذن من جهتها.

ولها النفقة والسكن ما دامت في العدة باختلاف من أهل العلم .

فصـــــل

نفقة العدة

٦٤٨٨ ـ ولها النفقةوالسكن ما دامتفيالعدة بلا خلاف من أهلالعلم.

فصـــــل

لمن القول في المراجعة وانقضاء العدة

٦٤٨٩٩ ـ ولو قال لها ، راجعتك فقالت مجيبه له ، قد انقضت عدتي فالقول قولها عند أبي حنيفة ، ولا رجعة .

٦٤٩٠ ـ وقال أبو يوسف ومحمد صحت الرجعة ، ولو كانت أمة فقال الزوج راجعتها وصدقه المولى وكذبته الأمة فهي مصدقة ، ولا رجعة ، وقالا يصدق الزوج والمولى لان قول الامة في ذلك مقبول دون المولى في العدة فهي والحرة سواء .

فصـــــل

أقل ما تصدق فيه المعتدة

٦٤٩١ ـ أقل ما تصدق فيه المعتدة في انقضاء العدة شهران على قول أبي حنيفة واختلف عنه في التفسير ، فقال محمد يجعلها طاهرا خمسة عشر يوما ، وحائضا خمسة أيام وطاهرا خمسة عشر يوما وحائضا خمسة أيام وطاهرا خمسة عشر يوما وحائضا خمسة أيام يأخذ باقل الطهر وحائضا عشرة أيام ـ وطاهرا خمسة عشر يوما وحائضا عشرة أيام فيبدأ بالحيض ويأخذ بأكثر الحيض واقل الظهر .

٦٤٩٢ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لا تصدق في أقل من تسعة وثلاثين يوما ثلاث حيض وخمسة عشر طهرا وثلاث حيض وخمسة عشر طهرا وثلاث حيض .

٦٤٩٣ ـ وقال زفر لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر .

٦٤٩٤ ـ وقال الشافعي لاتصدق في أقل من اثنى وثلاثين يوما ولحيضتين لانه يجعل اقل الحيض يوما وليلة واقل الطهر كما ذكرنا .

فصـــــل

أقل ما تصدق فيه النفساء

٦٤٩٥ ـ وان كانت نفساء لم تصدق في رواية الحسن في أقل من مائة يوم ، وفي رواية محمد فى اقل من خمسة وثلاثين يوما .

٦٤٩٦ ـ وقال أبو يوسف لاتصدق في أقل من خمسة وستين يوما لانه جعلها نفساء أحد عشر يوما ، وقال محمد لا تصدق في اقل من أربعة وخمسين يوما ولحظة .

واذا قد ذكرنا حكم الرجعة وكان الرجل يجوز ان يحلف على الزوجة تارة بان لا يطأها وتارة يحلف على المعتدة وجب ان نذكر حكم اليمين على ذلك وكيفية القول فيها .

كتاب الإيلاء

وهذا كتاب الإيلاء[1]

دليل الإيلاء

٦٤٩٧ ـ اعلم أن الايلاء أمر ورد به الشرع نطق به القرآن ، قال الله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وان فاؤا فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم »[2] .

والايلاء هو الحلف في اللغة وعزيمة الطلاق عند اصحابنا هو ترك جماعها باليمين اربعة أشهر فان أنقضت قبل ان يجامع بانت .

فصـــل

الفيء[3]

٦٤٩٨ ـ والفيء الجماع في الاربعة اشهر وقد روى ذلك عن عبدالله بن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت وعثمان بن عفان ، واحدى الروايتين عن علي بن أبي طالب رضى الله عنهم أجمعين .

---

(١) صورة الايلاء فقها ان يقول الرجل لامرأته : والله لا أقربك أو يقول : والله لا أقربك اربعة أشهر . فهو في الحالين قول . والايلاء لغة هو الحلف كما ذكر السمناني . وقد كان الايلاء طلاقا في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله الى أنقضاء المدة (بداية المجتهد ١٢/٢) .

وقد جاء في الاقناع في حل الفاظ ابى شجاع (١٦٠/٢ ـ ١٦١) ان الايلاء شرعا حلفُ زوج يصح طلاقه على امتناعه من وطء زوجته مطلقا أو فوق أربعة اشهر .

(٢) البقرة ٢٢٦/٢ .

(٣) ما ذكره السمناني هو المعنى الفقهي لهذا المصطلح في هـــذا الباب أما معنى الفيء لغة فهو الرجوع ومنه الاية « حتى تفيء الى أمر الله » اى ترجـــع .

فصـــــل

مدة الإيلاء

٦٤٩٩ ـ فكل يمين منعت جماع حرة أربعة أشهر فصاعدا لا يحنث يلزمه (كذا) فهو مول • وفي الامة النصف من هذه المدة فصاعدا •

واذا كان لايمنع في الحرة أربعة أشهر وفي الامة شهران لم يكن موليا

٦٥٠٠ ـ وقال الشافعي الامة والحرة في العدة سواء ، واتفق الجميع على أنهما في العدة يختلفان ، وهي مدة ثبت ابتداؤها بقول الزوج يتعقبها بينونة وفرقة •

فصـــــل

الحلف على ترك الكلام

٦٥٠١ ـ واتفق العلماء على انه لا يكون موليا بالحلف على تـــرك الكلام ولا المساكنة ولا بغير الجماع ، وان المراد بالآية الجماع في الفرج خاصة ، ولا بد من ذكر المدة وما زاد عليها ليكون ذلك ايلاء •

٦٥٠٢ ـ وقد روى عن ابراهيم النخعي انه لا يحتاج الى مدة مقدرة في الايلاء والاجماع بخلافه أو الحكم مستفاد بالنص ، وهو مقدر بمـــا ذكرنـــاه •

فصـــــل

لا إيلاء من الأجنبية

٦٥٠٣ ـ والآية تدل على انه لايكون موليا من الاجنبية لانها ليست من نسائه •

فصـــــل

معيار المولى

٦٥٠٤ ـ وتدل على أن من لايلزمه حنث ليس بمول •

فصـــــل

المدة

٦٥٠٥ ـ وتدل على ان المدة اذا كان يحل جزء منها لا تأثير لها في البينونة انه لايكون موليا •

فصـــــل

عزيمة الطلاق

٦٥٠٦ ـ وعزيمة الطلاق هو ترك جماعها في المدة ، وقال الشافعي، هو أن يطالب بالفيء او الطلاق بعد المدة •

٦٥٠٧ ـ ولا خلاف انه اذا وطيء في المدة حنث وسقوط الايلاء بعد المدة لا يثبت له هذا الحكم •

٦٥٠٨ ـ وقد تقرر في الشرع واللغة ان العزم غير المعزوم عليه ، واذا كان غيره فنحن نقول هو ترك الوطيء في المدة ، وهم يقولون هـو المطالبة بالطلاق ، وكل منا يدعي غير الظاهر ، وما قلناه مجمع على اعتباره•

فصـــــل

الفيء بعد الأربعة أشهر

٦٥٠٩ ـ وليس الفيء بعد الاربعة اشهر فيئا لان الفقهاء اجمعوا على ان الجماع في المدة فيء ، واختلفوا فيما بعدها ، ولم تدل الآية عليه فيجب ان يكونقوله ، فان فاؤا بعد اليمين لابعد المدة •

فصـــــل

مضى مدة الإيلاء

٦٥١٠ ـ واذا مضت المدة بانت بطلقة واحدة لان المدة التي خـير

الزوج بين رفع حكمها وتبقية حكمها لا لتبين عيب بتعقبها البينونة بالعدة.

٦٥١١ ـ وهذا حال المولى وقد قال الشافعي ومالك لا يبين ويطء بالفيء أو بالطلاق .

فصـــل

تأجيل المُولى

٦٥١٢ ـ وقد روى عن الشافعي انه قال يؤجل ثلاثة ايام كأجـــل قـــوم ثمود .

٦٥١٣ ـ وقال بعض مخالفيه ان هذا الحكم من حكم قوم ثمود ، وأستطرف هذا الاحتجاج .

٦٥١٤ ـ وقال الشافعي رجعي ولو كان رجعيا لم يقدر ان يصل الى حقها من الوطىء فصار اذا طلق المولى زوجته المولى منها طلاقا رجعيـــا أحتسبت عليه المدة كأنه لم يطلق .

٦٥١٥ ـ وقال الشافعي لا يحتسب بايام المدة لانها زوجة له لم تبن منه

فصـــل

كيفية الفيء

٦٥١٦ ـ ولو هربت أو مرضت فانه يحتسب عليه بذلك في الحكم ، فان لم يقدر على الوصول فبلسانه عندنا ولا يلزمه حكم الطلاق .

٦٥١٧ ـ وقال المخالف ، لايكون الفيء بغير الجماع ، وهو قـول مالك واحد قوليه .

فصـــل

آلى من امرأتين

٦٥١٨ ـ ولو قال لامرأتين له :

والله لا اقربكما ، فهو قول منهما في الاستحسان ، وهو قول أبـي حنيفة وابى يوسف ومحمد •

٦٥١٩ ـ وقال زفر لايكون موليا وهو القياس •

٦٥٢٠ ـ وقال المخالف لانه يمكنه الوصول الى الاخرى بغير حنث يلزمه فان قرب احداهما فهو مول من الاخرى في قولهم جميعا •

فصـــل

سنة إلا يوماً

٦٥٢١ ـ ولو قال والله لاقربنك سنة الا يوما فانه لايكون موليا لان له أن يجعل ذلك اليوم أى يوم شاء في الاربعة عند علمائنا الثلاثة •

٦٥٢٢ ـ وقال زفر يكون موليا لان الاستثناء يكون من آخر السنة •

فصـــل

مضى ثمانية أشهر

٦٥٢٣ ـ وان مضى من السنة مقدار ثمانية أشهر وبقى أربعة فهو مول في قولهم جميعا •

فصـــل

آلى من واحدة بغير عينها

٦٥٢٤ ـ ولو كان له أربع نسوة فآلى من واحدة بغير عينها فهـو مول من واحدة بغير عينها فان مضت المدة بانت واحدة بغير عينها ، وله ان يعين ذلـك •

فصـــل

صيغة الإيلاء

٦٥٢٥ ـ ولايكون موليا الا بالحلف على الجماع في الفرج خاصة

فان حلف على غير ذلك من القرب فليس بمول كمن قال ، والله لامس جلدى جلدك أو ضاجعتك وان كان عل الموضع المكروه لايكون موليا •

فصـــــل

تزوجها بعد مضي مدة الإيلاء والعدة

٦٥٢٦ ـ واذا مضت مدة الايلاء وانقضت العدة ثم تزوجها عـادت اليمين ويقع بمضي المدة طلقة اخرى ، وكذلك اذا تزوج دفعة اخرى ، فاذا وقت الثلاث وبانت ثم تزوجها بعد زوج لم يعد حكم الآبه لان طلاق ذلك الملك قد زال •

٦٥٢٧ ـ وقال زفر يعود ما دام حكم اليمين باقيا •

فصـــــل

آلى منها ثم أبانها

٦٥٢٨ ـ واتفق اصحابنا انه لو آلى منها ثم أبانها فمضت المـــدة وهي في العدة أنه يقع عليها اخرى بالايلاء ، ولو كان الطلاق البائن ، اولا ثم آلى لم يصح الايلاء لان الاول مستحق عليه •

باب اليمين التي يكون بها الحالف موليا

فصـــــل

حلف باسم من أسماء الله تعالى

٦٥٢٩ ـ وجملة ذلك أنه اذا حلف باسم من اسمائه كقوله والله والرحمن والرحيم والجليل والكبير والقادر واللطيف والخبير وســـائر أسمائه في ذلك سواء •

وكذلك لو قال وعزة الله وعظمة الله وجلال الله وكبريائه .

وكذلك قوله بالله وتالله وايم الله .

وأقسم أو اقسم بالله أو احلف او احلف بالله أو اشهد أو أشهد بالله فهذا كله ايمان وعليه الكفارة اذا اوطأ .

وكذلك عهد الله او ميثاقه أو ذمته وهو برىء من الاسلام أو يهودي أو نصراني أو مجوسي .

٦٥٣٠ ـ وقد خالف الشافعي فيما عدا اسم الله وصفاته .

وقال لا يكون حالفا وسنذكر ذلك في كتاب الأيمان ان شاء الله .

فصل

حلف بحجة أو عمرة إلخ

٦٥٣١ ـ وان حلف بحجة او عمرة أو صدقة أو قال على كفارة يمين أو على صيام أو اعتكاف أو فعبدي فلان حر أو زوجتي فلانة طالق أو هي على كظهر أمي او انت طالق او أنت على كظهر امي فهو مول[1].

فصل

صيغ لا إيلاء فيها

٦٥٣٢ ـ ولو قال ، فلله على ان أصلي ركعتين او اربعا لم يكن موليا

---

(١) الهداية ٢/١٣ وقد علل الحلف بهذه الاشياء بتحقق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء ، وهذه الاجزية مانعة لما فيها من المشقة. ١ هـ وفي الهداية ايضا أن صورة الحلف بالعتق ان يعلق بقربانها عتق عبده ، وفيه خلاف أبي يوسف (ر) فانه يقول :
يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء ، وهما يقولان :
البيع موهوم فلا يمنع المانعيه فيه . ١ هـ

عند أبي حنيفة وابي يوسف ، وكان موليا عند زفر ومحمد والحسن بن زياد .

فصل

تكرار الإيلاء

٦٥٣٣ وان آلى في مجلس واحد ثلاث مرات فان اراد التكرار فهو أيلاء واحد وان اراد التغليظ في اليمين ثم قربها فعليه ثلاث كفارات عند اصحابنا جميعا .

واذا مضت المدة وقع عليها ثلاث تطليقات في القياس ، وهو قول زفر ومحمد .

٦٥٣٤ – وقال أبو حنيفة وابو يوسف يقع عليها طلقة واحدة أستحسانا .

فصل

إن قربتك فأنت حرام

٦٥٣٥ – ولو قال لها :

ان قربتك فانت علي حرام ولا ينوى الطلاق فهو مول في الحال عند أبي حنيفة ، وقالا لايكون موليا اذا قربها ، وان اراد بالحرام الطلاق فهو مول في قولهم جميعا .

فصل

آلى من أربع نسوة

٦٥٣٦ – ولو الى من اربع نسوة فقال :

والله لاقربكن ، يكون موليا منهن .

٦٥٣٧ ـ وقال زفر لايكون موليا ما لم يقرب الثلاث فاذا قـــرب الثلاث صار موليا من الرابعة •

فصـــــل

إيلاء أهل الذمة

٦٥٣٨ ـ واذا آلى الذمي ، فان حلف بالطلاق والعتاق فهو مول في قولهم جميعا وان حلف بالصيام أو الحج والعمرة لايكون موليا بائنا وان آلى باسم الله أو صفة له تعالى فهو مول عند ابى حنيفة لقوله تعالى (يولون من نسائهم) وهو عام •

٦٥٣٩ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لايكون موليا •

٦٥٤٠ ـ وقد ذكر الكرخي في المختصر ان الحسن بن زياد روى عن أبي حنيفة التسوية بين المسلم والذمي في الايلاء •

قال وأجمع الرواة على خلافه •

فصـــــل

طالق قبل أن أتزوجك

٦٥٤١ ـ واتفق اصحابنا انه لو قال لاجنبيه

أنت طالق قبل أن أتزوجك ثم تزوج انها لاتطلق لانه موقع الطلاق في الحـــال •

فصـــــل

إذا تزوجت بك

٦٥٤٢ ـ ولو قال ، اذا تزوجت بك فانت طالق قبل ذلك •

قال أبو حنيفة ومحمد هو مثل الاول •

٦٥٤٣ ـ وقال ابو يوسف يقع الطلاق اذا تزوج •

ومسائل الايلاء كثيرة وفروعه عسيرة وفي الذى ذكرت اصوله وبعض فروعه ، ولما كان موجب الايلاء الكفارة ، وكان الظهار في معنى الايلاء في باب الكفارة ، وهو مستفاد بالنكاح ولا يصـــح حكمه الا فيه ، وجب ان نذكـــره •

كتاب الظهار

وهذا كتاب الظهار[1]

الآثار المروية في الظهار

٦٥٤٤ ـ قال أصحابنا الظهار كان طلاقا في الجاهلية ثم نقله الشرع الى الكفارة اذا عاد[2] ، وقد روى في سبب ذلك ان اويس من الصامت كان يكثر ذلك مع امرأته خولة[3] حتى نزلت اية المجادلة قال تعالى .

---

(١) الظهار في الفقه ان يقول الرجل لامرأته : أنت على كظهر أمي ، وحكمه أن تحرم عليه فلا يحل له وطؤها ولامسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره (الهداية ٢/١٧) .

(٢) كذا ايضا في الهداية (٢/١٧) ومنها ان الشرع قرر اصله ونقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح ، وهذا لانه جناية ، لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحرمة . ١ هـ .

فالجزاء ههنا يقوم على أسس خلقية هي تهذيب العابثين باحكام الشرع وفي الاقناع في حل الفاظ ابى شجاع للشربينى (٢/١٦٤) :

الظهار لغة مأخوذ من الظهر ، لان صورته الاصلية أن يقول الرجل لزوجته أنت على كظهر امى ، وخصوا الظهر دون غيره لانه موضع الركوب والمرأة مركوب الزوج ، وكان طلاقا في الجاهلية كالايلاء فغيّر الشرع حكمه الى تحريمها بعد العود ولزوم الكفارة » .

(٣) جاء في بداية المجتهد (٢/٨٥) ان السنة الواردة في الظهار «حديث خولة بنت مالك بن ثعلبة » ، قالت :

ظاهر منى زوجى اويس بن الصامت ، فجئت رسول الله (ص) اشكو اليه ، ورسول الله يجادلنى ويقول اتقى الله فانه ابن عمك ، فما خرجت حتى أنزل الله « قد سمع الله قول التى تجادلك في زوجها وتشتكى الى الله، والله يسمع تحاوركما » الايات ، فقال ليعتق رقبة ، قالت : لايجد قال فيصوم شهرين متتابعين ، قالت يا رسول الله انه شيخ كبير مابه من صيام ، قال فليطعم ستين مسكينا ، قالت ما عنده من شيىء يتصدق به ، قال : فانى ساعينه بعرق من تمر ، قالت وانا اعينه بعرق آخر ، قال : لقد أحسنت ، اذهبى فاطعمى عنه ستين مسكينا ، خرجه ابو داود . وحديث مسلمه بن صخر البياضى عن النبى (ص) . ١ هـ

« قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكى الى الله ، والله يسمع تحاوركما » الى قوله « والذين يظاهرون من نسائهم ، ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبه من قبل ان يتماسا ذلك توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا »[1] .

فصـــــل

دلالة آية الظهار

٦٥٤٥ ـ وقد دلت الاية على وجوه من الفقة كثيرة منها .

انها خطاب للمسلمين لانها بكاف المواجهة وهي واردة على سبب في المســـلمين .

٦٥٤٦ ـ وقال الشافعي يدخل في ذلك الذمي والمسلم جميعا ، وعندنا لا يدخل في الخطاب ولا يصح ظهاره لانه لايصح منه التكفير بالصوم فهو كالصبي والمجنون ، ويكفى ان لايرد دليل بصحة الظهار منه في نفي وجوبه

فصـــــل

لا يقربها حتى يكفر

٦٥٤٧ ـ ودلت الاية على انه لايجوز أن يقربها حتى يكفر لانه قال من قبل أن يتماسا .

٦٥٤٨ ـ وقال الثورى يجوز .

فصـــــل

الصوم بدل من العتق

٦٥٤٩ ـ ودلت على أن الصوم بدل من العتق لانه لايجوز مع القدرة على العتـــق .

---

(١) المجادلة ٥٨ .

فصـــــل

عدم القدرة

٦٥٥٠ ـ ولا فرق بين من لم يقدر على ذلك لاجل العدم المشاهد أو من طريق الحكم كالعبد والمكاتب فانه لايقدر على ذلك لانه لايملك المال ويجزيـــه الصيـــام •

فصـــــل

صيام شهرين

٦٥٥١ ـ ودلت الآية على انه لا يطأ الا بعد صيام شهرين لامسيس فيهما ولا قبلهما فاذا وجد المسيس قبلهما أمكن أن يفعل الصوم عـــــلى الوجه الآخر •

وهذا قول ابي حنيفة ومحمد :

٦٥٥٢ ـ وقال أبو يوسف والشافعي لو وطأ المظاهر منها ليلا عامـدا أو نهـاراً ساهيا فانه يبنى ولا يستأنف ، والآية حجة عليهما من الوجـــه الذى ذكرناه •

فصـــــل

متى يقرب

٦٥٥٣ ـ ودلت الاية على انه اذا لم يقدر على العتق ولم يســـتطع الصيام أنه يجوز له المسيس قبل الاطعام لان الله تعالى لم يشرط عـــدم المسيس في الاطعام •

٦٥٥٤ ـ وقال الشافعي الجميع سواء ولا يقرب حتى يكفر بالجميع•

فصـــــل

التوبة والاستغفار

٦٥٥٥ ـ ودلت الاية على انه اذا قربها قبل المسيس انه لاشيء عليه اخر من كفارة ولا غيرها وانما عليه التوبة والاستغفار •

فصـــــل

المسيس

٦٥٥٦ ـ ودلت الاية على انه لايمسس لشهوة كما لايطأ لان ذلـك عام في كل مسيس •

فصـــــل

ما يدخل في الرقبة

٦٥٥٧ ـ ودلت الآية على جواز عتق ما يسمى رقبة فيدخل في ذلك المقطوع اليد والخصى عندنا •

٦٥٥٨ ـ وقال الشافعي لا يجزيه ، وهو قول زفر •

٦٥٥٩ ـ لان منفعة الجنس باقية •

فصـــــل

عتق الكافر

٦٥٦٠ ـ ودلت على جواز عتق الكافر لان الآية مطلقة لم يشترط فيهـــا ايمـــان •

٦٥٦١ ـ وقال الشافعي لا يجزيه عتق الكافر •

فصـــــل

عتق الفاسق والصغير

٦٥٦٢ ـ واجمع الفريقان أن الفاسق يجزى في ذلك ، وكذلـــك الصغير من العبيد .

٦٥٦٣ ـ وقد حكى أبو الحسن على بن موسى القمى في احكام القرآن له ان من الناس من قال :

لا يجزى الفاسق ولا الصغير في القتل ولا في الكفارة .

فصـــــل

الظهار من الذمية

٦٥٦٤ ـ واجمعوا ان الظهار من المرأة الذمية كالظهار من المسلمة لانها من نسائنا فدخلت تحت الاية .

فصـــــل

عتق المكاتب

٦٥٦٥ ـ ودلت الاية على جواز عتق المكاتب لانه حرر رقبة .

٦٥٦٦ ـ وقال الشافعي لا يجزى .

فصـــــل

مكاتب أدَّى بعض نجوم الكتابة

٦٥٦٧ ـ ولو كان قد ادى بعض نجوم الكتابة لم يجزه .

٦٥٦٨ ـ وسمعت قاضى القضاة[1] رحمه الله يحكى في ذلك رواية اخرى أنه يجزى .

---

(١) يشير الى شيخه الدامغانى

فصـــــل

عتق عبد اشتراه على الكفارة

٦٥٦٩ ـ ودلت الاية على جواز عتق العبد الذى أشتراه على أن يعتقه عـــلى الكفـــارة •

٦٥٧٠ ـ وقال الشافعي لا يجزيه •

فصـــــل

عتق ذي الرحم

٦٥٧١ ـ ودلت على جواز عتق ذى الرحم اذا أشتراه ينوى به الكفارة لانه حرر رقبة في الكفارة يعنى قارن العتق •

٦٥٧٢ ـ وقال زفر والشافعي لا يجزيه[١] من الكفارة (لانه)[٢] يعتـق بالنسب •

فصـــــل

عتق نصيب

٦٥٧٣ ـ ودلت الاية على أن احد الشريكين اذا اعتق نصيبه عـــن الكفارة ثم ضمن النصف أنه لايجزيه لانه لم يحرر رقة وانما حرر بعضها•

٦٥٧٤ ـ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي أن كان موسرا اجزاه بناء على اصلهما أن العتق يسرى في الكل •

٦٥٧٥ ـ وابو حنيفة عنده ان من اعتق النصف لايعتق الكل لـــو

---

(١) وقد جاء في بداية المجتهد ٢/٩٢ « اختلف مالك والشافعي مع ابى حنيفة في اجزاء عتق من يعتق عليه بالنسب ، فقال مالك والشافعى لايجرى عنه ، وقال أبو حنيفة اذا نوى به عتقه عن ظهار اجزاه » •

(٢) في النسخ المختلفة : الا ، والسياق يقتضى ما اثبتناه •

انفـــرد في ملكـــه •

فصـــــل

عتق نصف رقبتين

٦٥٧٦ ـ ودلت الاية على انه لو أعتق نصف رقبتين لا يجزيه لانـه لم يحرر رقبة ، وذلك عبارة عن شخص واحد من طريق المشاهدة •

٦٥٧٧ ـ وقال الشافعي يجزيه •

فصـــــل

قوله أعتق عبدك

٦٥٧٨ ـ ودلت الاية على ان من قال لغيره ، اعتق عبدك عن كفارتي فاعتقه أنه لا يجزيه لانه لم يحرر رقبة وانما حررها غيره •

٦٥٧٩ ـ وقال أبو يوسف يقع عن الامر بالقيمة •

٦٥٨٠ ـ وقال الشافعي عن الامر بغير عوض •

فصـــــل

صرف أعتاق من عليه عدة كفارات

٦٥٨١ ـ ودلت الاية على ان من عليه كفارات من أجناس فاعتق ينوى واحدة منها جاز لانه حرر رقبه •

وقال الشافعي لايجزيه حتى يعين باللفظ •

فصـــــل

٦٥٨٢ ـ ودلت الاية على انه [ان] أعتق لم ينو واحدة بعينها انـــه لا يجزيه ذلك عن الكفارة •

٦٥٨٣ ـ وقال غيرنا يجزيه ان يصرف ذلك الى ما شاء مما عليه كمن عليه ديون بأسباب مختلفة فدفع قدر بعضها[1] •

فصـــــل

ودلت الاية على أن الكفارات اذا كانت من جنس واحد يجزيه لانه قد حرر رقبة مما عليه من الرقاب •

فصـــــل

المعتبر في الكفارة

٦٥٨٤ ـ وذلت الاية ان المعتبر في الكفارة بحالة الاداء لاحالـــة الحلف ولا حالة الحنث خلاف من يعتبر حالة الحنث ، وهو الشافعي •

فصـــــل

توقيت الظهار وإطلاقه

٦٥٨٥ ـ ودلت الآية على صحة الظهار موقتا ومطلقا لانها عامة •

٦٥٨٦ ـ وقال الشافعي لايصح الظهار موقتا ، وقد اجمعوا عـــلى صحة اليمين مطلقة وموقتة ، والظهار يمين يجب بها كفارة •

فصـــــل

ظاهر من نسائه بكلمة واحدة

٦٥٨٧ ـ ودلت الاية على أنه اذا ظاهر من نسائه بكلمة واحدة انه يكون من الجميع مظاهرا ويلزمه لكل واحدة كفارة لان الاية دلت على من ظاهر أمرأته من جملة النساء •

---

(١) هذه القاعدة عامة فى أن صرف المدفوع الى أحد الديون هـو حق من حقوق المدين بعدة ديون اذا اوفى جزءا مما عليه •

٦٥٨٨ ـ وقال الشافعي يلزمه كفارة واحدة في احد قوليه .

فصـــل

ظهار السكران

٦٥٨٩ ـ ودلت الاية على صحة ظهار السكران لوجود لفـــظ الظهار منـــه .

٦٥٩٠ ـ وقال الشافعي لايصح ظهاره في احد قوليه ، كما قال في طلاقـــه .

فصـــل

إضافة الظهار إلى عضو

٦٥٩١ ـ ودلت الاية على أنه اذا أضـــاف الظهار الى عضو لايعبر به عن جميع البدن انه لايصح لانه لم يظاهر من النساء من اتربة (كذا) وأنه يظاهر بشعرها .

فصـــل

إضافة الظهار إلى الملك

٦٥٩٢ ـ ودلت الاية على صحة اضافة الظهار الى الملك لانه ظاهـر بعـــد التزويج .

٦٥٩٣ ـ وقال الشافعي لايصح كما قال زفر في الطلاق .

فصـــل

إضافة الظهار إلى وجه أمه

٦٥٩٤ ـ ودلت الاية على انه ، اذا [اضاف الظهار الى] وجه أمه أو رجلها أو عضو يجوز له النظر اليه أنه لايكون مظاهرا ، خلافه يكون مظـــاهـرا .

فصـــــل

الظهار بمن لا يحل له وطؤها

٦٥٩٥ ـ ودلت الاية على انه اذا ظاهر بمن لايحل له وطؤها عـلى التأبيد بسبب أو نسب أنه ظهار كما يكون بالام والجدة لانه قال يظاهرون من نسائهم وعم ولم يخص في هذه الاية بالظهار •

٦٥٩٦ ـ وقال الشافعي يختص بالام والجدة وفيمن سوى ذلك قولان

فصـــــل

مظاهر ينوى الطلاق

٦٥٩٧ ـ ودلت الاية على انه اذا قال ، انت على حرام كظهر أمي ينوى الطلاق أنه لايكون طلاقا لان هذا حقيقة في الظهار فلا يقع به الطلاق وقال محمد والشافعي يكون طلاقا •

فصـــــل

الطلاق ليس بظهار

٦٥٩٨ ـ واتفق الجميع انه لو قال أنت طالق ونوى به الظهـــار لا يكون ظهارا •

ودلت الاية على أبطال قول أبى يوسف انه يكون طلاقا وظهارا لان الله تعالى جعل ذلك ظهارا فحسب •

فصـــــل

تكرير لفظ الظهار

٦٥٩٩ ـ ودلت الاية على أنه اذا كرر لفظ الظهار ولم يكن لـــه نية أو نوى الاول انه يكون ظهارا واحدا لانه لم يفصل بين ان يكرر القول أو يقوله مرة واحدة •

٦٦٠٠ ـ وقال الشافعي في أحد قوليه يتكرر كما لو نوى التكرار .

فصـــل

متى تجب كفارة الظهار

٦٦٠١ ـ ودلت الاية على ان الكفارة لاتجب بنفس الظهار لانـــه شرط العـــود[1] .

فصـــل

العود في الظهار

٦٦٠٢ ـ ودلت على ان العود ليس هو أمساكها زمانا يمكنه الطلاق لانه قال ثم يعودون لما قالوا ، والامساك ليس بعود لما قالوا .

٦٦٠٣ ـ خلاف الشافعي[2] .

---

(١) جاء في بداية المجتهد (٢/٨٦) ان الجمهور على أن الكفارة لاتجب في الظهار دون العود وشذ مجاهد وطاوس فقالا تجب دون العود ، ودليل الجمهور قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالـــوا فتحرير رقبه) . وهو نص في معنى وجوب تعلق الكفارة بالعود . ا هـ

(٢) اكتفى السمناني ههنا بالرد على ما ذهب اليه الشافعي من أن العود هو الامساك نفسه ولم يشر الى سائر معاني العود في آية الظهـار ، فالى جانب المعنى المذكور ذهب فريق من الفقهاء الى أن العود هو أن يعزم على أمساكها والوطء معا (رواية عن مالك) وفريق آخر الى أن العود هو أن يعزم على وطئها فقط (الرواية الصحيحة المشهورة عن مالك عند أصحابه وقول أبي حنيفة واحمد) كما ذهب آخرون الى أن العود هو نفس الوطء (اضعف الروايات عن مالك) وذهب داود وأهل الظاهر الى أن العود هو أن يكرر لفظ الظهار ثانية ، ومتى لم يفعل ذلك فليس بعائد (بداية المجتهد ٢/٨٦ ـ ٨٧) .

فصـــــل
الظهار من الأمة

٦٦٠٤ ـ ودلت الاية على ان الظهار من الامة لا يصح لانها ليست من نسائنا وهو قول الشافعي •

٦٦٠٥ ـ وقال مالك يصح لانه يقال نساء فلان وان كن اماء •

فصـــــل
مثل أمي

٦٦٠٦ ـ وقال أبو حنيفة لو قال لامرأته أنت على مثل أمي ولا نيـة له أنه ليس بشيء وان نوى الطلاق فهو طلاق وان نوى الظهار فهو ظهار وان نوى اليمين فهو ايلاء •

٦٦٠٧ ـ وقال أبو يوسف اذا لم يكن له نية فهو ايلاء ويمين ، وقال محمد بن الحسن هو ظهار •

فصـــــل
ظاهر ثم ارتد ثم عاد

٦٦٠٨ ـ ودلت الاية على أن المسلم اذا ظاهر ثم أرتد عن الاسلام ثم عاد اليه ان الظهار باق •

٦٦٠٩ ـ وقال أبو يوسف ومحمد قد بطل الظهار ، وكذلك الخلاف فيه اذا أرتد الزوج وحده ، ثم عاد وتزوجها وهذا من اعجاز القرآن ان تدل آية واحدة على هذه الجملة المتقدمة •

واذا قد ذكرنا الظهار وشبهه بالايلاء ، وكان اللعان يثبت بين الزوجين عند التخاصم والقذف ، وله حكم يتعلق بهما في الحال والثاني ، وبغيرهما هو الولد وجب أن نذكر ذلك ونبين حكمه وما قيل فيه •

كتاب اللعان[1]

دليل اللعان

٦٦١٠ ـ اعلم أن اللعان أمر ورد به القرآن وبلى به الصحابة وفعله النبي صلى الله عليه وسلم ، وهو بدل من الحد في الأجنبيات لان قـذف الاجنبية يجب به الحد ويسقط باقامة البينة بما قال القاذف لانه معطوف على قذف الاجنبيات ، وسنبين ذلك في كتاب الحدود ان شاء الله • قال الله تعالى

« والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشـهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين •

ويدارأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين » •

ثم بين تعالى أن ذلك من فضله علينا ولا خلاف أنه يحتاج ان يقول أشهد بالله انى من الصادقين فيما رميتها به من الزنا على ما في تفسير الاية •

وأختلف هل يقول ذلك بلفظ الكناية أو لفظ المواجهة على روايتين•

٦٦١١ ـ والأصل في هذا الباب ما روى عن سهل بن سعد الساعدى

---

(١) اللعان مأخوذ من اللعن لانه يقول الزوج فى الخامسة : لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين • ويقال فيه اللعان والالتعـان والملاعنة (سبل السلام ٣/ ١٩٠) وفي الاقناع في حل الفاظ أبى شـجاع (٢/ ١٦٨) اللعان لغة المباعدة ، ومنه لعنه الله اي أبعده وطرده ، وسمى بذلك لبعد الزوجين عن الرحمة أو لبعد كل منهما عن الآخر فلا يجتمعان أبدا • وشرعا كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر الى قذف من لطخ فراشه والحق العار به • وسميت هذه الكلمات لعانا بقول الرجل عليه لعنة الله ان كان من الكاذبين •

أن عويمر بن شقرا العجلانى جاء الى عاصم بن عدى الانصارى فقال له :

يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع أمرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أو كيف يفعل ؟ سل لى يا عاصم [عن ذلك] رسول الله صلى الله وسلم ، فسأل عاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم فكره رسول الله صلى الله عليه ونهما [عن] المسائل وعابها فقال يا عاصم ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقال عاصم ، لم تأتني بخير قد كره رسول الله صلى الله عليه وسلم المسئلة التي سألته عنها فقال عويمر والله لا أنتهي حتى أسأله عنها ، فاقبل عويمر حتى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو وسط الناس فقال ، يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا ايقتله فتقتلونه أم كيف يفعل؟

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

قد أنزل الله فيك وفي صاحبتك فاذهب فأت بها .

قال سهل ، فلا عنها بحضره النبي عليه السلام وانا أسمع ، فلما فرغا من اللعان قال [عويمر] كذبت عليها ان أمسكتها هي طالق ثلاثا [فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره بذلك رسول الله (ص) . قال مالك] .

قال أبن شهاب فصارت تلك سنة المتلاعنين[1] .

٦٦١٢ ـ وروى أبن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين .

٦٦١٣ ـ وكذلك روى ابن عباس وأبن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين هلال بن أمية وبين امرأته وقد اختلف في حديث هلال بن أمية فرواه أبن مسعود أنه قال للنبى صلى الله عليه وسلم .

---

(١) انظر باب اللعان في الالمام باحاديث الاحكام للقشيري المعروف بابن دقيق العيد مراجعة محمد سعيد المولوى (ص ٤٢٨ ـ ٤٣٠) .

أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا ايقتله فتقتلونه أم يتكلم فتجلدونه ؟ وذكر في الخبر أن لما فرق بينهما قال عليه السلام •

ان جاءت به أكحل العينين سابغ الاليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء • وان كان كذا فهو لهلال ، فجاءت به على الصفة المكروهة (كذا في النسختين)[1] •

فقال عليه السلام ،، لولا ما مضى في كتاب الله لكان لى ولها شأن •

فصل

تكييف اللعان

٦٦١٤ ـ واللعان شهادة عند أبي حنيفة[2] وقال أبو يوسف هو يمين فيه معنى الشهادة •

٦٦١٥ ـ وقال محمد هو حد فيه معنى اليمين •

٦٦١٦ ـ وقال الشافعي هو يمين •

فصل

٦٦١٧ ـ واذا كان شهادة لم تصح عندنا الا من حرين مسلمين بالغين

٦٦١٨ ـ وقال الشافعي يصح ممن يصح منه اليمين والطلاق •

---

(١) وفي رواية اخرى : فقال رسول الله (ص) : « ابصروها فان جاءت به أبيض سبطا قضى العينين فهو لهلال بن أمية ، وان جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء » (الالمام لابن دقيق العيد ، ص ٤٣٣) •

(٢) جاء في الهداية (٢/٢٣) « الاصل ان اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالايمان ، مقرونة باللعن ، قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى : ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم • والاستثناء انما يكون من الجنس • ا هـ

٦٦١٩ ـ وقد روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ، لالعان بين الحر والعبد والمسلم والذمي[1] .

فصـــــل

ولا يصح بين حرة وعبد

٦٦٢٠ ـ وقال الشافعي يصح ويجب على الزوج الحد ، لان الامتناع جاء من قبلـه .

فصـــــل

٦٦٢١ ولا يثبت بين صغيرين ولا صغير وكبير .

فصـــــل

متى تقع الفرقة

٦٦٢٢ ـ ولا تقع الفرقة بلعان الزوج وحده عندنا .

٦٦٢٣ ـ وقال الشافعي تقع بلعان الزوج وحده .

٦٦٢٤ ـ وقد طلق عويمر بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثا بعد اللعان ولم ينكره النبي عليه .

فصـــــل

٦٦٢٥ ـ ولا تقع الفرقة بلعانهما مالم يفرق الحاكم بينهما .

٦٦٢٦ ـ وقال زفر تقع الفرقة بفراغ المرأة من اللعان .

فصـــــل

أكثر اللعان

٦٦٢٧ ـ واذا التعنا أكثر اللعان ثم فرق الحاكم وقعت الفرقة عندنا .

٦٦٢٨ ـ وقال الشافعي لابد من استيفاء عدد اللعان في حق الزوج لانه بمثابة الطلاق .

فصـــل

الملاعنة بالحمل

٦٦٢٩ ـ ولا يلاعن بالحمل عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف يلاعن، وهو قول الشافعي ، لانه لايدرى هل هناك ولد أم لا ؟

فصـــل

لا لعان بعد الإبانة

٦٦٣٠ ـ واذا ابان زوجته فلا لعان وعليه الحد ان قذفها بعد ذلك، خلاف الشافعي يلاعن في نفي النسب ، وكذلك النكاح الفاسد والـوطىء بشبهة .

لان شرط اللعان أن يرمى الزوجة ، فمن ليست بزوجة فهي باقيـة مع الاجنبيات في وجوب الحد .

فصـــل

لا لعان بين المولى وأمته

٦٦٣١ ـ ولا يثبت بين المولى وامته لانها ليست بزوجة .

٦٦٣٢ ـ وقال الشافعي في احد قوليه يثبت .

فصـــل

نوع فرقة اللعان

٦٦٣٣ ـ وفرقة اللعان طلاق وهي واحدة بائنة وليس بفسخ .

٦٦٣٤ ـ وقال أبو يوسف هي فسخ

وبه قال الشافعي ، لانه استفاده الزوج بالنكاح فهو كالطلاق .

فصـــــل

لا حرمة مؤبدة باللعان

٦٦٣٥ ـ ولا يوجب حرمة[1] مؤبدة ، واذا أكذب نفسه ضرب الحد وحلت له بالنكاح ، وهو قول سعيد بن المسيب وابي حنيفة ومحمد .

٦٦٣٦ ـ وقال ابو يوسف لا يجتمعان ابدا[2] .

وهو قول الشافعي .

فصـــــل

٦٦٣٧ ـ ولا يصح لعان الاخرس بالاشارة ، وقال الشافعي يصح .

لان العبرة بلفظ الشهادة وذلك لايمكن تعيين اللفظ به .

فصـــــل

الإقرار بالولد ونفيه

٦٦٣٨ ـ واذا أقر بولده ثم نفاه لزمه وضرب الحد ، واذا لم يقر به فله أن ينفيه بحضرة الولادة ، وروى عن أبي حنيفة ان له نفيه الى سبعة أيام ، وقال أبو يوسف ومحمد له أن ينفيه الى أربعين يوما .

---

(١) في نسخة (ق) : فرقة والصواب ما أثبتناه .

(٢) وسنده في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام «المتلاعنان لايجتمعان ابدا» نص على التأبيد .

ولهما أن الاكذاب رجوع ، والشهادة بعد الرجوع لاحكـــم لها ، ولا يجتمعان ما داما متلاعنين، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الاكذاب فيجتمعان .

فصـــــل
النفي في المجلس

٦٦٣٩ ـ ولو كان الرجل غائبا فبلغه الخبر فلم ينفه في المجلس فليس له نفيه •

٦٦٤٠ ـ وقال الشافعي اذا سكت لم يكن له ان ينفيه •

٦٦٤١ ـ وقال أبو يوسف ومحمد له أن ينفيه الى مدة النفاس وهو أربعون يوما •

فصـــــل
حكم ولد الملاعنة

٦٦٤٢ ـ واذا وقع اللعان وهناك ولد الحق بامه وقطع نسبه عن الزوج فصار كأن لا أب له •

فصـــــل

٦٦٤٣ ـ فان ادعاه بعد ذلك نظرب فان ادعاه في حال الحياة صحت دعواه ، وان كان قد مات فالدعوى باطلة •

٦٦٤٤ ـ وقال الشافعي يصح ايضا •

فصـــــل
من له ادعاء الولد بعد موت الملاعن

٦٦٤٥ ـ وان كان قد خلف ولدا فان كان ذكرا صحت الدعوى به ، وان كان ولدا أنثى لم يصح عند ابى حنيفة •

٦٦٤٦ ـ وقالا لايصح في الحالين جميعا •

فصـــــل

٦٦٤٧ ـ واذا ولدت ولدين [في بطن واحد] فأقر باحدهما ونفا الآخر لزماه جميعا لانه حمل واحد فلا يتبعض وضرب الحد بالقذف[1] •

فصـــــل

اللعان عند الحاكم

٦٦٤٨ ـ ولا يكون اللعان الا عند الحاكم ، ولا يصح بين الزوجين بـدون حاكم •

فصـــــل

٦٦٤٩ ـ واذا قذف امرأته ثم أبانها فلا حد عليه ولا لعان ، وقـال الشافعي يجب اللعان •

فصـــــل

الامتناع عن اللعان

٦٦٥٠ ـ واذا أمتنع الزوج أو الزوجة عن اللعان حبس حتى يلتعن•

٦٦٥١ ـ وقال الشافعي ومالك يقام عليه الحد ، وهما لايريان النكول محكوما به في الاموال فكيف فعلوه في الدماء ؟

---

(١) سوى السمناني بين حالتي نفيه الاول أو الثاني منهما في وجوب الحد عليه ، وفرق في الهداية بين الامرين فجعل اعترافه بالثاني مع نفي الاول بمثابة اكذاب نفسه فأوجب الحد عليه ، وجعل اعترافه بالاول مع نفي الثاني مستوجبا للملاعنة لتأخر القذف عن الاقرار بالعفة وفيما عدا ذلك فتستوى الحالتان في ثبوت نسب الولدين •

فصـــــل
موجب القذف

٦٦٥٢ ـ وموجب القذف اللعان ، وقال الشافعي موجبه الحد .

وفي اللعان فروع كثيرة ، ومسائل مشتبهة واذا قد ذكرنا حكم اللعان والفرقة وكانت فرقة اللعان طلاقا عندنا فهل تجب النفقة فيه وفي البائن أم لا؟

وهذا ما يقضي بان تذكر أحكام النفقات على النساء والصغار والعبيد.

كتاب النفقات

وهذا كتاب النفقات[1]

٦٦٥٣ ـ والنفقة تجب بالنكاح والنسب والملك ، ولكل واحد من الاسباب الثلاثة أحكام تخصه .

فصـــل

نفقة النكاح

٦٦٥٤ ـ فنفقة النكاح واجبه لكل زوجة على زوجها اذا كانا بالغين قد سلمت نفسها في منزل الزوج وهذا لاخلاف فيه[1] .

فصـــل

نفقة الصغيرة

٦٦٥٥ ـ فان كانت الزوجة صغيرة والزوج كبيرا فلا نفقة لها حتى تبلغ الى حال تصلح للوطء .

---

(١) النفقة ما يبذله الانسان فيما يحتاجه هو أو غيره من الطعام والشراب وغيرهما (سبل السلام ٣/٢١٨) . ودليل النفقة في القرآن قوله تعالى : لينفق ذو سعة من سعته ، وقوله وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف . وفي السنة قوله عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف . والنفقة جزاء الاحتباس ، وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه (الهداية ٢/٣٩) .

(١) لم يشرط أهل الظاهر في نفقة الزوجة التسليم ولا منعوها النفقة بالنشوز فقد جاء في المحلى لابن حزم (١٠/٨٨) « ينفق الرجل على أمرأته من حين يعقد نكاحها دعي الى البناء أو لم يدع ولو أنها في المهد ، ناشزا كانت أو غير ناشز غنية كانت أو فقيرة ذات أب كانت أو فقيرة » . وذهبوا الى أن الزوج اذا عجز عن نفقة نفسه وامرأته غنية كلفت النفقة عليه ولا ترجع عليه بشيء من ذلك (المحلى ١٠/٩٢) .

فصـــــل

نفقة زوج الصغير

٦٦٥٥ ـ وان كان الزوج صغيرا والمرأة كبيرة فلها النفقة •

٦٦٥٦ ـ وللشافعي قولان احدهما لايجب لها وسوى بين الصغيرة والصغير في منع النفقة والثاني التسوية في الوجوب •

فصـــــل

٦٦٥٧ ـ وتجب النفقة للمسلمة والذمية ، حرة كانت أوامة اذا كانت تصلح للوطىء •

فصـــــل

لا نفقة لمتنعة عاصية

٦٦٥٨ ـ لانفقة لمن منعت نفسها عاصية وكل امرأة منعت نفسها عن الكـون مع الزوج بســـبب هي عاصـــية فيه فلا نفقـــة لها كالناشز وان منعت منه لحق أو باطل فلا نفقة لها كمن حبست بدين أو غصبها غاصب ، لان النفقة تجب بالتمكين من الوطىء •

٦٦٥٩ ـ وان سافرت للحج فلا نفقة لها عند أبي حنيفة ومحمد ، لانها مانعة نفسها بالسفر فلا تجب النفقة •

٦٦٦٠ ـ وقد روى عن أبي يوسف انه يجب لها نفقة الاقامة دون السفر ، ولا يلزمه كراء الحج •

وان كان الزوج معها مسافرا فلها النفقة لان الكون مع الزوج ومنع الاحرام من الوطء كمنع القرن والرتق ، وقد قال أصحابنا يجب للقرناء والرتقاء النفقـــة •

فصـــــل

ما يفرض للزوجة

٦٦٦١ ـ ويفرض للزوجة ما يكفيها بالمعـروف من غير سرف ولا تقتير، وسنبين قدر النفقة في باب أن شاء الله •

فصـــــل

سقوط النفقة بمضي الزمان

٦٦٦٢ ـ والنفقة تجب على الزوج بفرضها على نفسه أو يحكـم الحاكم لها بذلك ، فان لم يفرض ذلك الحاكم سقطت بمض المدة عندنا •

٦٦٦٣ ـ وقال الشافعي لا تسقط بمضى الزمان •

٦٦٦٤ ـ وقد روى عن الحسن وابراهيم وشريح أنها تسقط بمضي الزمـــان •

٦٦٦٥ ـ لان المقصود بها أحياء النفس ، وليست عوضا عن البضع كالمهر ، ولانها تجرى عندنا مجرى نفقة ذوى الارحام •

فصـــــل

سقوطها بالموت

٦٦٦٦ ـ وقال أصحابنا أنها تسقط بالموت وان كانت مفروضة لهـا بفرضه أو فرض الحاكم ، ولا فرق عندنا بين موت الزوجة أو الزوج لان مال الزوج قد خرج عن ملكه •

٦٦٦٧ ـ وقال الشافعي لا تسقط بموت أحدهما ، واتفق الفريقان على أن نفقة ذوى الارحام والابوين تسقط بالموت •

٦٦٦٨ ـ وشبه أصحابنا ذلك بالدية على العاقلة أنها تسقط بموت العاقلة ولا يؤخذ من تركتها •

فصـــــل

نفقة المبوأة

٦٦٦٩ ـ ولا تجب نفقة الزوجة الامة اذا بوأها مولاها بيتا ، فـأن كانت في بيت المولى فلا نفقة لها لان النفقة تستحق بالكون عند الزوج •

فصـــــل

٦٦٧٠ ـ ولا فرق بين أن يكون زوجها حرا أو عبدا في وجـوب النفقـــة عليـــه •

٦٦٧١ ـ ولا تختلف الحرة والامة في الزوج •

فصـــــل

٦٦٧٢ ـ وتجب في ذمة العبد ، ويباع عندنا اذا أجتمعت •

٦٦٧٣ ـ وقال الشافعي لاتباع في ذلك كما لا يباع المأذون في التجارة، ويؤخذ بها بعد العتق •

فصـــــل

٦٦٧٤ ـ واذا طلبت مهرها ولم يدفعه اليها فلها النفقة حتى تأخـذ المهر لانه مطالبة بحق لها عليه •

فصـــــل

هل للموطوءة حبس نفسها؟

٦٦٧٥ ـ وان كانت سلمت نفسها الى الزوج فوطأها فلها المنع عنـد أبي حنيفة والنفقـة •

٦٦٧٦ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لاتجب لانه ليس لها حبس نفسها عنه بد ذلك •

فصـــــل

نفقة زوجة الإبن الصغير

٦٦٧٧ ـ وينفق الولى على أمرأة أبنه الصغير من مال الصغير ، فان كان لا مال له فلا نفقة على الاب على زوجة الابن .

فصـــــل

منع أهل الزوجة

٦٦٧٨ ـ وللزوج أن يمنع أهلها من الدخول الى منزله ، وليس له أن يمنعهم من تفقدها ، وكذلك أمها لان طاعة الابوين واجبة عليها .

فصـــــل

اعتبار النفقة

٦٦٧٩ ـ واذا فرض النفقة لها وهو فقير فايسر أو فرضها القاضي فانه يزيدها بزيادة حاله وتنقص بنقصان حاله ، لانها تجب بحال الزوج[١]

٦٦٨٠ ـ وقد قال بعض أصحابنا أنها تعتبر بحالهما جميعا[٢] .

---

(١) جاء في الهداية (٢/٣٩) « قال الكرخى (ر) يعتبر حال الزوج، وهو قول الشافعي (ر) « لينفق ذو سعة من سعته » ٠ ١ هـ

(٢) جاء في الهداية (٢/٣٩) ان هذا هو أختيار الخصاف ، وعليه الفتوى ٠٠٠ فان كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات ٠ ١ هـ ٠ وقد أخذ قانون الاحوال الشخصية العراقي بالقول الذى عليه الفتوى فنصت المادة (٢٧) منه على أن تقدر النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسرا وعسرا » ٠

وفي الامتناع في حل الفاظ أبى شجاع (٢/١٨٩) نفقة الزوجة مقدرة على الزوج بحسب حاله ٠ وفي المحلى لابى حزم ان هذا هو أيضا قول أهل الظاهر (١٠/٨٨ منه) ٠

فصـــــل

٦٦٨١ ـ وإن كان الرجل من ذوى الموائد والطعام والشراب والدجاج والحلوى والمرأة فقيرة فانه لايكلف من ذلك الا بحسب ما جرت عادتها .

فصـــــل

٦٦٨٢ ـ وان كانت هي من أهل البيوتات ومن يعتاد هذا وسـع عليهـا في ذلـك .

فصـــــل

فرض النفقة لخادم

٦٦٨٣ ـ وتفرض النفقة لخادم واحد أن كانت من ذوات الخـدم ، ولا تفرض لما زاد على ذلك في قولهم المشهود ، وروى عنهم أنه يفرض لخادمين ولا يفرض لما زاد .

٦٦٨٤ ـ وقد روى الطحاوى في المختصر عن أبى يوسف انه يفرض لما زاد عن ذلك اذا كانت كذلك .

فصـــــل

أعار الرجل بالنفقة

٦٦٨٥ ـ واذا أعسر الرجل بالنفقة فانه يفرض عليه ويؤذن لهـا في الاستدانة عليه ، والنفقة من عندها ، ويؤخذ بذلك اذا أيسر .

٦٦٨٦ ـ وقال الشافعي يفسخ النكاح بالاعسار بالنفقة ، وله في العسرة بالمهر قولان احدهما يفسخ به ، والثاني لايفسخ به .

فصـــــل

٦٦٨٧ ـ ويجب رفع يديه عنها لتكسبان لم يكن لها مال .

فصـــــل

الحبس بالنفقة الواجبة

٦٦٨٨ ـ ويحبس الرجل في النفقة الواجبة كما يجب في ســـائر الديون الواجبـــــة •

فصـــــل

وجوب النفقة على الغائب والحاضر

٦٦٨٩ ـ وتجب النفقة على الزوج أذا غاب •

كما تجب لو كان حاضرا •

فصـــــل

نفقة زوجة الغائب إذا لم يكن نكاحها ثابتاً عند الحاكم

٦٦٩٠ ـ فان غاب الزوج وحضرت تطلب النفقة من ماله ، والنكاح غير ثابت عند الحاكم واقامت البينة بالنكاح ، فمن أصحابنا من قال لاتسمع بينتها بالنكاح لانه قضاء على غائب ، ومنهم من قال تسمع ويفرض ويكون دينا عليه يؤخذ به اذا حضر •

٦٦٩١ ـ ومن الفقهاء من قال يؤخذ من ماله منهم الشافعي وغيره •

٦٦٩٢ ـ وقد روى أن هندا بنت عتبة أتت النبي صلى الله عليـــــه وســـــلم وقالت :

(أن أبا سفيان رجل شحيح لايعطيني وولدى ما يكفيني ، وله مال) فقال عليه السلام •

« خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف »[1] .

فصـــل

الإنفاق من الوديعة

٦٦٩٣ – وان كان له مال عند رجل وديعة ، وهو مقر بذلـــك وبالزوجية فانه يؤثر ان ينفق عليها ويكون ذلك دينار يؤخذ منها به كفيل.

فصـــل

٦٦٩٤ – واذا حضر الغائب وانكر النكاح كلفت اعادة البينة عليه بذلك ، فان أقامت لها بها وامر بتسليم ما فرض لها من ذلك .

فصـــل

٦٦٩٥ – ولا يبيع الحاكم في النفقة عليه العروض والعقار عند أبي حنيفـــة .

٦٦٩٦ – وقال أبو يوسف ومحمد يبيع العروض والعقار في النفقة والدين وهو قول الشافعي وعنده يحبس حتى يبيع بنفسه ، أعني أبا حنيفة وأجمع الفريقان انه لايباع ثبات بدنه في ذلك .

---

(١) سبل السلام (٣/٢١٨) وفيها « عن عائشة » قالت :

دخلت هند بنت عتبه بن ربيعة بن عبد شمس بن عبد مناف ... امرأة أبي سفيان على رسول الله(ص) فقالت يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح لايعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني ألا ما أخذت من مالـه بغير علمه ، فهل علي في ذلك جناح ؟

فقال : خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بينك . متفق عليه .

وقد فسر الشح بأنه البخل مع حرص فهو اخص من البخل ، والبخل يختص بمنع المال والشح بكل شيء .

فصـــــل

الكفيل بالنفقة عند سفر الزوج

٦٦٩٧ ـ واذا أراد الزوج سفرا فطلبت بالنفقة كفيلا ، فان ابا حنيفة قال لا آخذه بما لم يجب لها بعد •

٦٦٩٨ ـ وقال محمد يؤخذ لها شهر واحد لا ما زاد عليه •

فصـــــل

لزوم شهر واحد

٦٦٩٩ ـ ولو تكفل رجل بنفقة امرءته كل شهر كذا لزمه شـــهر واحد ولا يلزمه ما زاد على ذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ، وروى عن أبي يوسف انه يلزمه نفقة كل شهر ما دام النكاح باقيا •

فصـــــل

التوقيت في النفقة

٦٧٠٠ ـ ولو وقت وقتا معلوما وتكفل به جاز في قولهم جميعا •

فصـــــل

التكفل بنفقة الزوجة للأبد

٦٧٠١ ـ ويجوز أن يتكفل بنفقة الابد ما دام النكاح قائما[1] •

فصـــــل

التكفل بنفقة الوالد أبداً

٦٧٠٢ ـ ولو تكفل بنفقة الولد ابدا لم يجز لانه ينقطع ببلوغه وفي النكاح لا ينقطع •

---

(١) هذا دليل على جواز ترتيب مرتب مدى الحياة في الفقه الاسلامي

فصـــــل

تخلية البيت

٦٧٠٣ – وان طلبت الزوجة ان يخلى لها البيت ولايكون معها غيرها فلهـا ذلك .

فصـــــل

مجاورة الصالحين

٦٧٠٤ – وان شكت سوء اخلاقه وطلبت ان تكون في جوار قـــوم صالحين وأن يكون في جواره رجل صالح وصاه بها ، وان كانوا يتعصبون له كلفة النقلة بها الى جوار قوم صالحين .

فصـــــل

سلفة النفقة

٦٧٠٥ – ولو تسلفت النفقة والكسوة سنتين ثم ماتت أو مات الزوج قبل ذلك لم يرجع عليها بشيء ، ويكون ذلك لورثتها عند أبي حنيفـــة وأبي يوســـف .

٦٧٠٦ – وقال محمد يحسب لها بمقدار ما مضى من المدة .

وكذلك أن استهلكت ذلك .

فصـــــل

ضياع النفقة وسرقتها

٦٧٠٧ – وان سرقت النفقة منها أو ضاعت من يدها فلا نفقة لها لما بقى من المدة ، ولا كسوة .

فصـــــل

٦٧٠٨ ـ قال وفي الاب والابن اذا سرقت نفقته تجب له نفقة اخرى لان ذلك ليس فيه معنى العوض وانما هو على سبيل التطوع •

فصـــــل

باب قدر النفقة

٦٧٠٩ ـ قال أصحابنا تفرض النفقة بقدر الحاجة على ما تقدم وبحسب ما يراه الحاكم من ذلك ولا قدر له مقدر لاتجوز الزيادة عليه ولا النقصان بل ذلك موقوف على اجتهاده •

٦٧١٠ ـ وقال الشافعي يفرض على الفقير مـدا قمح واوقية زبيب والمتوسط مد ونصف (مد) واوقية ونصف (أوقية) زبيبا ، وعلى الغنى مدان واوقيتان من زبيب ، ولا يختلف عنده الحال في ذلك ، وهذا يكتب به في الدفاتر لا يعمل به في البلاد وقد رأينا جماعة من الحكام من اصحابه وهم يفرضون ويحكمون بغير ذلك بل كما نقول نحن في ذلك •

فصـــــل

ما يفرض في الكسوة

٦٧١١ ـ ويفرض في الكسوة عندنا على الفقير قميص ومقنعة وملحفة على قدر ما يحتمل مثله ، وان كان موسرا فرض اجود من ذلك مما يحتمل مثله ، ويزيدها في الشتاء جبة وسراويل على قدر يساره وعسرته •

فصـــــل

اللحاف والقطيفة

٦٧١٢ ـ وان طلبت لحافا أو قطيفة تنام عليها لزمه من ذلك ما يلزم مثله من القطن ثم الكتان ثم الحرير على حسب العادة في ذلك •

فصـــل

٦٧١٣ ـ ويفرض على الذمي النفقة لزوجته وان كانت ذات رحم منه عند أبي حنيفة لانه يقرهم على النكاح •

وقال أبو يوسف ومحمد لايفرض ويفرق بينهم •

٦٧١٤ ـ وقد روى عن أبي يوسف أنه قال أتبعهم في ديارهم وافرق بينهم ، وما هم فيه من الكفر أعظم مما هم فيه من النكاح •

فصـــل

٦٧١٥ ـ واتفق الجميع على أنه لو كان تزوج بغير شهود أو في عدة من ذمي وبلا ولى انه يفرض النفقة ولا يفرق •

فصـــل

البينة بالنكاح والوديعة

٦٧١٦ ـ واذا أدعت امرأة الغائب أن له عند أنسان وديعة وأنهـا زوجة له ، وطلبت ان يسمع بينتها بالنكاح والوديعة •

٦٧١٧ ـ قال أبو يوسف يسمع في قوله الاول ، وقال أبو حنيفـة ومحمد لا يسمع البينة وهو قوله الاخر ، ولا فرق عندهما بين ان يجحد النكاح أو الوديعة أوهما في ان ذلك لا يسمع •

فصـــل

اختلافهما في اليسار والفقر

٦٧١٨ ـ واذا اختلف الزوج والزوجة في اليسار والفقر فقالـت الزوجة ، أنت غنى وعليك نفقة الغني ، وقال الزوج بل أنا فقير معســـر فالقول قول الزوج مع يمينه لان الاصل عدم الغنى ، وان اقاما بينة فبينـة المرأة أولى لانها تثبت الامر الطارىء •

باب نفقة المطلقة

فصـــــل

نفقة المطلقة رجعياً

٦٧١٩ ـ أجمع العلماء على أنه تجب النفقة للمطلقة طلاقا رجعيـــا ما دامت في العدة ، وحكمها في النفقة كالزوجات •

فصـــــل

٦٧٢٠ ـ ولا فرق بين أن تكون كبيرة أو صغيرة عند من يوجب النفقة للصغيرة من الزوجات •

فصـــــل

٦٧٢١ ـ ولا بين الحامل والحائل ولا بين المسلمة والذمية ولا بين الحرة والامة •

فصـــــل

نفقة المطلقة بائناً

٦٧٢٢ ـ واختلف في المطلقة طلاقا ثلاثا أو بائنا كالمختلعة وغيرهـــا فقال أصحابنا لها النفقة والسكنى كما للرجعية •

٦٧٢٣ ـ وقال الشافعي في آخر قوليه لا نفقة لبائن [الا اذا كانت حامـــلا][1] •

٦٧٢٤ ـ وقال أبن أبي ليلى لها السكنى دون النفقة ، واجمع الجميع على أنها لو كانت حاملا فلها النفقة[2] •

---

(١) من الهداية ٢/٤٤

(٢) مرد الاجماع ههنا النص لقوله تعالى : « وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن » (الهداية ٢/٤٤) •

٦٧٢٥ ـ واختلف اصحاب الشافعي في طريق الوجوب فمنهم من قال تجب لاجل الحمل خاصة ومنهم من قال بسبب الحمل ، ولو كان لمكان الحمل لوجب للموطوءه بشبهة ولام الولد وفي النكاح الفاسد ، ولتعددت بعدد الاولاد ، ولكان الولد اذا خرج ميتا أن يرجع عليها بالنفقة .

٦٧٢٦ ـ وقال أصحابنا انما وجب للحامل النفقة لانها محبوسة عليه والحائل مثلها في هذا المعنى .

٦٧٢٧ ـ وقد روت فاطمة بنت قيس أنها قالت ، طلقني زوجي ثلاثا ووكل أخاه في نفقتي فخاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يجعل لى نفقة .

٦٧٢٨ ـ وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، لاندع كتاب ربنا وسنة بيننا لقول أمرأة لعلها نسيت أو أشتبه عليها[1] .

فصل

اختلافهما في انقضاء العدة

٦٧٢٩ ـ واذا اختلف الزوج والزوجة في انقضاء العدة فالقول قولها مع يمينها .

فصل

مدة الإنفاق على الحبلى المطلقة

٦٧٣٠ ـ وان قالت أنا حبلى ، انفق عليها الى سنتين عندنا واربع سنين

---

(١) في الهداية ٢/٤٤ ـ ٤٥) أن عمر بن الخطاب (ر) قال ايضا « سمعت رسول الله (ع) يقول « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة» . وانظر أيضا جامع مسانيد الامام ٢/١٥٨ـ ١٥٩ و ١٦٠ و ١٦٢ وفيها أيضا أن حديث فاطمة بنت قيس رده أيضا زيد بن ثابت (ر) واسامة بن زيد وعائشة (ر) .

عند الشافعي ، فان مضت المدة ولم تلد فقالت ظننت اني حبلى ، وقال الزوج بل قد أمرت بانقضاء العدة ، فالعدة حتى تحيض او تبلغ حد الاياس فتعتد بثلاثة أشهر بعد ذلك •

فصـــــل

٦٧٣١ ـ وينبغي ان كانت آيسه ان يرجع الى غيرها في الشهور لان ذلك لايقدر على أستعلامه من غيرها •

فصـــــل

اختلافهما في مضي الشهور

٦٧٣٢ ـ وان اختلفا في مضى الشهور فالقول قولها انها لم تمض لان الأصل عدم مضيها •

فصـــــل

٦٧٣٣ ـ وان أقام كل واحد بينة بما قال فلم أر لاصحابنا هذا الفرع ويحتمل ان تكون البينة بينتها لانها تثبت الحق على الزوج وهو ينفي ذلك ، ويحتمل أن يقال بينه الزوج مقبولة لانها تثبت معنى الاجل ، وســـقوط الحق عن ذمته ، والاول أظهر من الثاني ، وقد قلنا اذا اختلفا في الاجارة ومضى المدة فيما تقدم ما في ذلك من الخلاف فيجب ان تكون ههنا مثله •

فصـــــل

نفقة المختلعه والمبارئة المفادية

٦٧٣٤ ـ وللمختلعة والمبارئة والفادية النفقة لانها تجب بسبب العدة لا بسبب النكـــاح •

فصـــــل

نفقة الملاعنة

٦٧٣٥ ـ والملاعنة لها النفقة ما دامت في العدة لان غاية الحال ان تكون في حكم البائنة •

فصـــــل

نفقة الأمة المعتقة

٦٧٣٦ ـ والامة اذا أعتقت وهي عند زوج فاختارت نفسها فلها النفقة لان خيارها كخيار الطلاق •

فصـــــل

قاعدة عامة في النفقة بكل فرقة من قبل الزوج

٦٧٣٧ ـ وكل فرقة جاءت من قبل الزوج بمعصية كانت أو غـير معصية فلها النفقة والسكنى ما دامت في العدة •

فصـــــل

في الفرقة من قبل الزوجة

٦٧٣٨ ـ وكل فرقة جاءت من قبلها بمعصية فلا نفقة لها في العـدة كالمرتـــدة •

فصـــــل

حكم نفقة العدة

٦٧٣٩ ـ ومن لها النفقة في العدة فحكمها حكم الزوجة في النفقـة تبطل بما يبطل في النكاح ، وتجب فيما يجب في النكاح ، فالردة تسـقط النفقة في الموضعين لانها تستحق الحبس بذلك وهذا معنى يسقط النفقة في النكـاح •

فصـــــل

تقبيل ابن زوجها في العدة

٦٧٤٠ ـ ولو قبلت أبن زوجها في العدة لم تسقط النفقة لانها لـم تزدد بينونة بذلك •

فصـــــل

تقبيل ابن زوجها خلال قيام النكاح

٦٧٤١ ـ ولو كان ذلك في النكاح لسقطت النفقة بذلك •

فصـــــل

نفقة الناشر المطلقة

٦٧٤٢ ـ ولو طلقت في غير بيت الزوج وارادت الرجوع اليه ، او كانت ناشزاً فعادت اليه فلها النفقة في الموضعين في النكاح والعدة •

فصـــــل

المسألة بعينها في الأمة

٦٧٤٣ ـ ولو كانت أمة فعادت الى منزل الزوج فليس لها نفقة عند الثلاثة من علمائنا •

٦٧٤٤ ـ وقال زفر لها النفقة اذا عادت الى بيت الزوج •

باب نفقة الصبيان

فصـــــل

أجرة الرضاع

٦٧٤٥ ـ ومن له ولد صغير يرضع فطلبت امه اجرة الرضاع وابت أن ترضعه فانها لا تجبر على أرضاعه منها •

٦٧٤٦ – وقال الحسن وابراهيم تجبر على أرضاعه منها •

فصـــل

٦٧٤٧ – وليس لها أن تأخذ الاجر منه عندنا ولا في العدة منه[١] لانها في نفقته وتحت حبسه •

فصـــل

٦٧٤٨ – وان أنقضت العدة فهي أحق برضاعه من الاجنبية بما تأخذ الاجنبية من الاجر •

فصـــل

نفقة الصغير بعد الفطام

٦٧٤٩ – ويفرض للصغار اذا خرجوا من الفطام ما يحتاجون اليه بالمعروف ويسلم الى أمهم ان كانت امينة لتنفق ذلك فان كانت غير مأمونة يسلم الى من ينفق على الصغار •

فصـــل

٦٧٥٠ – واذا كان للصغار مال انفق عليهم منه (فالاصل ان نفقـــة الانسان في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا)[٢] •

فصـــل

٦٧٥١ – وان كان الاب معسرا فرض لها عليه النفقة واذن لها في الاستدانة عليـه •

---

(١) في الهداية (٢/٤٥ – ٤٦) ان أستأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز ، لأن الارضاع مستحق عليها ديانة • قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن •

(٢) الهداية ٢/٤٦ •

فصـــــل

٦٧٥٢ ـ فان تصدق على الصغار بصدقة لم يرجع على الاب لانهم أكلوا من غير جهة الام •

فصـــــل

٦٧٥٣ ـ وقال أصحابنا لا يشارك الاب احد في النفقة على الصغـار من ولده ، وان كانوا اناثا كبارا وذكورا زمنى •

٦٧٥٤ ـ فالنفقة بين الاب والام أثلاثا على الام الثلث من ذلك وعلى الاب الثلثـــان •

فصـــــل

٦٧٥٥ ـ وقد روى عنهم ان الجد كالاب لا يشاركه في النفقة أحد•

٦٧٥٦ ـ وروى عنهم انه يشاركه الام ، وفي الاب رواية يشارك الام في الصغـار أيضـــا •

فصـــــل

إيجار الصغير

٦٧٥٧ ـ وللاب أن يؤجر الصبي ما دام صغيرا وينفق عليه ما يحتاج اليه ويحفظ الباقي له ، وان كانت امه محتاجة انفق عليها من كسبه لانـه فاضل للصبي عما يحتـاج اليـــه •

فصـــــل

للزوجة النفقة ولو غنية

٦٧٥٨ ـ ولا تفرض نفقة احد على أحد مع الغنى الا الزوجة خاصة، ومن سوى الزوجة فيعتبر الفقر •

باب النفقة على الأبوين وذوي الأرحام

فصـــــل

٦٧٥٩ ـ ويجبر الولد على نفقة الابوين اذا كانا محتاجين ، الذكر والانثى سواء في ذلك •

فصـــــل

٦٧٦٠ ـ وان أجتمع الابن والبنت فالنفقة عليهما بالسوية ، ولا يفضل الابن في النفقة على البنت •

فصـــــل

٦٧٦١ ـ وكذلك الاجداد والجدات مثل الاب والام •

فصـــــل

لا عبرة باختلاف الدين

٦٧٦٢ ـ وينفق الرجل على الصغار من ولده وولد ولده [والابوين والاجداد والجدات][1] وان كانوا علي خلاف دينه ، كما ينفق عـــلى الزوجة مع أختلاف الدين •

فصـــــل

وجوب النفقة على الذمي لولده المسلم

٦٧٦٣ ـ واذا أسلمت امرأة الذمي ولها ولد صغير فانه يصير مسلما، ويجب على الاب الذمي نفقته ، وكذلك لو أسلم الاب وبقيت الام وهي غنية

---

(١) من الهداية ٤٧/٢ وفيها أيضا « الا أنهم اذا كانوا حربيين لاتجب نفقتهم على المسلم » •

وألاب فقير فعليها النفقة على الصغير ، ولها ان ترجع على الاب في الرواية التي لا يشتركان في النفقة وهي الاظهر •

٦٧٦٤ ـ وكذلك حكم ولد الولد وان سفل هو مثل الولد الاعلى •

فصـــــل

النفقة على قدر الحال لا الرؤوس

٦٧٦٥ ـ وان كان لها أبن موسر مكثر واخر متوسط الحال فرض على المكثر من النفقة أكثر مما يفرض على المتوسط كما يفعل في نفقـــــة الزوجات ، والنفقة على قدر الحال لا على قدر الرؤوس•

فصـــــل

٦٧٦٦ ـ وان كان أحدهما ذميا والاخر مسلما فالنفقة عليهما جميعا، ولا يعتبر في الاب من يرثه أو من هو على دينه •

فصـــــل

٦٧٦٧ ـ ولو ترك بنتا واخا فان النفقة على البنت دون الاخ وليس الاخ كالبنت وان ورث معها لانها أقرب رحما من الاخ •

فصـــــل

نفقة الأخوة

٦٧٦٨ ـ ويجبر الابن على النفقة على أبيه واخوانه الصغار اذا كان لـه مال •

٦٧٦٩ ـ وقال الشافعي ، لا يجبر على نفقة الاخوة والاخوات •

وقد قال تعالى وعلى الوارث مثل ذلك

فصـــــل

نفقة امرأة الأب

٦٧٧٠ ـ وقال أصحابنا لايجبر على نفقة امرأة أبيه[1] ولا أم ولده لان أعفافه لا يجب عليه عندنا ، وعند الشافعي يجبر لان اعفافه واجب عليه.

فصـــــل

٦٧٧١ ـ قال أصحابنا ، فان كان بالاب علة تمنعه من خدمة نفسه فان الابن يجبر على نفقة من يخدمه من زوجة أو أم ولد لان خدمته واجبة عليه

فصـــــل

ابن ذات الزوج المعسر

٦٧٧٢ ـ وان كان للمرأة زوج معسر وأبن موسر فالنفقة على الزوج دون الولد ، غير أنه يؤخذ من الابن على سبيل القرض على الزوج فيأخذ ذلك بعـــد اليســـار .

فصـــــل

أقراض النفقة

٦٧٧٣ ـ وان أبى الابن أن يقرضها فان الحسن بن زياد قال ، تفرض عليه النفقة ويجعل الزوج كالميت اذا كان معسرا .

---

(١) اقتصرت المادة (٦١) من قانون الاحوال الشخصية على الزام الولد الموسر بنفقة والديه الفقيرين فقط . فلا يجبر على نفقة امرأة أبيـــه بدون نص . ومع ذلك ينبغي التسليم بان الاب اذا كانت به علة تمنعه من خدمة نفسه اجبر الابن على نفقة من يخدمه من زوجة أو غيرها .

فصـــــل

اجتماع ابن الإبن والبنت

٦٧٧٤ ـ وان أجتمع ابن الابن والبنت لانها أقرب من ولد الابن •

فصـــــل

إلزام العم بالنفقة

٦٧٧٥ ـ والعم يجبر على نفقة أبن أخيه

فصـــــل

نفقة ذوي الأرحام

٦٧٧٦ ـ ويجبر على نفقة عماته وخالاته وكل ذات رحم [محرم] من النساء وعلى ولد الاخ المحتاج الزمن ، ومن ليس به زمانة فانه لايجبر أن ينفق عليهمن الرجال الا من ذكرنا •

فصـــــل

٦٧٧٧ ـ ولا يجبر على النفقة على ولد العم والعمة ولا ولد الخال والخالة لانهم ليسوا بذوى رحم محرم منه •

٦٧٧٨ ـ وقال أبو موسى الضرير فى مختصره :

ومن أصحابنا من أوجب النفقة لكل وارث سواء كان محرما أو غير محرم ، واختار القول به •

فصـــــل

٦٧٧٩ ـ وتجب النفقة على بنت البنت دون الاخ من الاب أو الام لانها من ولد ولده ، ولا يقال فاجعل النفقة على الوارث منهما •

فصـــــل

٦٧٨٠ – ولا يجب ذلك لابن الاخ المسلم والابن النصراني تجب النفقة على الابن وان يرث الابن •

وقد ذكر الخصاف عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه في النصراني الذى قال له :

(أخذنا كسبك وانت صحيح ونتركك اليوم ففرض له نفقة في بيت المـــال) •

فصـــــل

القول لمن في القدرة

٦٧٨١ – اذا أختلف الاب الطالب والابن المطلوب في الغنى والقدرة فقال الابن لا قدرة لى فالقول قوله وينظر الحاكم الى كسبه ، فان كان فيه فضل أخذه من الابن ، وان لافضل فيه لم يأخذ •

٦٧٨٢ – وقال بعض الفقهاء ادخل الاب في كسبه ويزاحمه في قوته لانه بعضه وماله ماله •

فصـــــل

مال الإبن الغائب

٦٧٨٣ – واذا كان للابن مال في يد الاب وغاب الابـن فانفق الاب المال عليه وعلى أمه فلا ضمان على الاب اذا كان محتاجا ، وان أخذ المال من غيره فهو ضامن ، وليس هذا لغير الاب والام ممن يجب عليه نفقه من جميع الجهـــات •

فصـــــل

بيع مال الإبن الغائب في النفقة

٦٧٨٤ – وان باع مال الابن وهو كبير غائب في نفقته فبيعه جائز في

الاستحسان عندنا في العروض وغيرها، وليس الام كالاب في هذا الحكم ، والقياس فيهما سواء ، وهو قولهما .

فصـــــل

نفقة ولد الحرة من عبد

٦٧٨٥ – والحرة اذا ولدت من عبد فنفقة الولد على عصبة الام عند جابر بن زيد ، وعندنا النفقة على الام .

٦٧٨٦ – وهو قول الشافعي ولا ينفق مملوك على ولده سواء كان من حرة أو أمة ، والمكاتب والمأذون والعبد المحجور عليه في ذلك سواء .

وتجب على الحرة ان كانت زوجة وعلى مولى الامة ان كانت امة أو مدبـــرة .

فصـــــل

زوجة المفقود وصغاره

٦٧٨٧ – والمفقود اذا غاب فانه ينفق على زوجته والصغار من اولاده والزمنى الكبار منهم ، ويؤخذ كفيل بما يأخذون من ذلك .

فصـــــل

ذوو أرحام المفقود والكبار من ولده

٦٧٨٨ – ولا ينفق على ذوى ارحامه ولا على الكبار من ولده .

فصـــــل

الوكيل على أموال المفقود

٦٧٨٩ – ويقيم الحاكم له وكيلا يحفظ ماله وينفق من دخله على ما يحتاج اليه حتى تثبت وفاته .

فصـــــل

زوجة المفقود

٦٧٩٠ ـ ولا تتزوج أمرأته مالم تثبت وفاته أو تأتى عليه مدة لايعيش الى مثلها في الغالب ، وقد قدر بعض أصحابنا ذلك بمائة وعشرين سـنة [والارفق ان يقدر بتسعين][1] .

٦٧٩١ ـ وقال مالك اذا مضت اربع سنين اعتدت عدة الوفاة وتزوجت فان وصل الزوج قبل الدخول بها فهو أحق بها ، وهو قول الشافعي في القديم واحتج بخبر تميم الدارى .

٦٧٩٢ ـ وقد روى عن على رضي الله عنه انه قال : امرأة بليت فلتصبر [حتى يستبين موت أو طلاق][2] .

فصـــــل

٦٧٩٣ ـ ولو شهدت بينة بالطلاق والزوجة تقر أو تنكر ، وطلبت ان تفرض لها النفقة حتى تزكى البينة ففرض القاضي لها ذلك ، ثم اخذت ذلك وزكيت البينة فرق ولا شيء عليها وان لم تزك فردت الى الزوج فانه يرجع عليها بالنفقة لان القاضى منعها منه فصار كمنعها نفسها .

فصـــــل

٦٧٩٤ ـ وان كانت غير مدخول بها فلا عدة عليهما وان كانت مدخولا بها فقد منعت منه فلا نفقة لها .

---

(١) من الهداية ٢/١٨٢ .

(٢) الهداية ٢/١٨١ .

فصـــــل

أمة ادعت الحرية

٦٧٩٥ ـ ولو كانت أمة فشهدت البينة ، وانفق عليها ازمانا لدعواها الحرية أما من جهته أو حرية الاصل فلم تزك البينة فردت في الرق فـلا شيء عليها من ذلك .

فصـــــل

امرأته أخته من الرضاع

٦٧٩٦ ـ ولو فرض النفقة لامرأة وقامت البينة أنها أخته من النسب أو الرضاع ، وقد كانت قبضت ذلك ، وفرق القاضي بينهما ، فانها ترد ما قبضت من ذلك لانها قبضته بغير حق فوجب عليها رده .

باب اختلافهما في الولد من يكون أحق به

فصـــــل

٦٧٩٧ ـ واذا أختصم الزوج والزوجة في الولد ، فالام اولى به اذا وقع الطلاق بينهما ، وبهذا قضى أبو بكر رضى الله عنه في عاصم بن عمر رضي الله عنه .

فصـــــل

حضانة أم الأم

٦٧٩٨ ـ وأم الام احق به مالم تتزوج أو يأكل وحده ويشـــــرب ويتنجى ، ثم الاب أولى منهما ان كان الولد ذكرا ، وان كان أنثى فهي أحق بالجارية حتى تحيض ، ثم الاب اولى بها .

فصـــــل

٦٧٩٩ ـ وان تزوجت الام أو ماتت فالجدة من قبل الام احق به من الاب حتى يستغنى الغلام بنفسه ، والجارية حتى تشتهى ، ثم الاب اولى ، وسائر العصبات كالاب في ذلك .

فصـــــل

تخيير الغلام والجارية

٦٨٠٠ ـ ولا يخير الغلام والجارية اذا بلغا سبع سنين أو ثمانية ، وقال الشافعي يخير فيدفع الى من يختار من أبويه[1] لانه لايميز مصالحه من مفاسده .

فصـــــل

الأم أحق بالحضانة

وقد روى [له] ان امرأة زوجها اختصما في ولد ، فقالت ، يارسول الله صلى الله عليه وسلم [ابن ابنى هذا] ، كانت بطني [له] وعاء وحجرى [له] حواء وثدياى سقاء فكيف يأخذه مني[2] ؟

---

(١) جاء في سبل السلام ٣/٢٢٧ ـ ٢٢٨ « عن أبى هريرة (ر) ان أمرأة قالت :

يا رسول الله ان زوجي يريد أن يذهب بابنى ، وقد نفعني وسقاني من بئر ابي عنبة ، فجاء زوجها ، فقال النبى (ص) :

يا غلام ، هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه، فانطلقت به . رواه أحمد والاربعة وصححه الترمذى وصححه أبن القطان ، والحديث دليل على أن الصبى بعد استغنائه بنفسه يخير بين الام والاب ، وأختلف العلماء في ذلك . الخ .

(٢) سبل السلام ٣/٢٢٧ وفي هذا المرجع « رواه أحمد وأبو داود وصححه الحاكم » وفيه أيضا ان الحكم الذى دل عليه (هذا) الحديث لاخلاف فيه وقضى به أبو بكر وعمر . ١ هـ

فقال عليه السلام ، أنت أحق به مالم تتزوجي

وقد ورى عن شريح أنه قال ، الاب أشفق والام أرفق

فصـــــل

أم الأم أولى بالحضانة

٦٨٠٢ ـ وأم الام أولى به من أم الاب لانها أقرب الى الام ، ثم أم الاب أولى من الخالة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد •

٦٨٠٣ ـ وقال زفر الخالة أولى من أم الاب •

فصـــــل

الأخت من الأب والأم

٦٨٠٤ ـ والاخت من الاب والام أولى من الخالة في رواية كتـــاب النكاح ، وقال في رواية أخرى الخالة أولى ، والعمّة أولى من بنت الخالة، وأم الام أولى وأن بعدت من الخالة ، وأم الولد اذا أعتقها سيدها أو مات عنها كالحرة ، والمسلمة والذمية في ذلك سواء •

فصـــــل

لا حق لأم الولد في الحضانة

٦٨٠٥ ـ ولا حق لام ولد ولا مدبرة ولا مكاتبة في الحضانة لانهن رقيق مولى عليهن •

فصـــــل

ترتيب العصبات في الحضانة

٦٨٠٦ ـ والعصبات اذا اختصموا في الولد فالاب أحق ، ثم الجد ، ثم الاخ من الاب والام ، ثم الاخ من الاب ، فان كان أبوام أو خال وعم

وطلبوا ذلك فالعم أولى به ، لأن هذا حق للنساء ، فاذا لم يكن فذو الرحم المحـــرم .

فصـــــل

هل للمرتدة حضانة

٦٨٠٧ – والام أحق به في كل حال اذا وقعت الفرقة ، الا المرتدة اذا لحقت بدار الحرب ، فان عادت رجع حقها من الحضانة .

فصـــــل

٦٨٠٨ – وان تزوجت سقط حقها ، فان طلقها الزوج عاد حقها من الحضانة ، والطلاق الرجعي في ذلك والبائن سواء .

باب اختلاف الزوجين في متاع البيت

فصـــــل

سبعة أقاويل

٦٨٠٩ – وان أختلف الزوجان في متاع البيت وتداعيا فقد اختلف العلماء في ذلك على سبعة أقاويل .

٦٨١٠ – فقال أبو حنيفة : ما كان للرجال فهو للرجال وما كـــان للنساء فهو للنساء ، وما كان مشكلا فهو للباقي منهما ، وفي الموت والطـلاق ســـــواء .

٦٨١١ – واما في قول أبي يوسف تعطى المرأة جهاز مثلها ، والباقي للزوج في الطلاق والموت .

٦٨١٢ – واما في قول محمد بن الحسن ما كان للرجال فهو للرجال

وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان مشكلا فهو للرجل أو ورثته والطلاق والموت سواء •

٦٨١٣ ـ والرابع قول زفر انه ما كان للرجال فهو للرجال وما كان للنساء فهو للمرأة وما كان مشكلا فهو بينهما نصفان •

٦٨١٤ ـ والخامس قول مالك أن المتاع كله بينهما نصفان ، وهو قول الشافعي ، والموت والطلاق سواء ، وقد روى عن زفر مثلـــه ، ذكره في اختلاف زفر •

٦٨١٥ ـ والسادس قول أبن أبي ليلى ان المتاع كله للزوج الا الثياب التي على بدن المرأة فانها أحق بها •

٦٨١٦ ـ والسابع ، ان المتاع كله للمرأة لان البيت لها ، وهو قول الحسن البصري •

فصـــــل

أحد الزوجين مملوك

٦٨١٧ ـ وان كان أحد الزوجين مملوكا والاخر حرا فهو للحـر منهما عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف ومحمد ، ان كان مكاتبا أو مأذونا له في التجارة فهو والحر سواء في ذلك •

فصـــــل

السفر بالصبي

٦٨١٨ ـ واذا أرادت الام السفر بالصبي فان الولى أولى به منهـا ، الا أن تخرجه الى مصرها الذي وقع النكاح فيه فلها ذلك ، ولا تخرجه من مصر الى قرية •

٦٨١٩ ـ وروى الخصاف ان لها ذلك ان وقع النكاح فيهـا فلها ان تنقل من المصر اليها •

٦٨٢٠ ـ وقال الطحاوى ، ليس لها ذلك

٦٨٢١ ـ وان اختلفا في موضع النكاح فقالت بالبصرة وقع وهمـا بالكوفة فالقول قول الزوج أنه بالكوفة وكتاب النفقات فكبير وفيه كل فرع عجيب وخلاف كبير ، وقد صنف منفردا في مجـلد للخصاف وغيره من اصحابنا ، وفيما ذكرت هو الذي تدعو الحاجة اليه ، وتقع غالبا ، ولما كانت النفقة تجب بمناسبة الملك كما تجب بمناسبة النكاح وكان العتق يزيـل الملك كما يزيل الطلاق والنكاح ، وقد يعتق على الانسان من يجب عليـه النفقة له ومن لا تجب عليه نفقة ، وجب ان نذكر العتاق وما يتفرع عليه من الكتب •

كتاب العتاق[1]

دليل العتق

٦٨٢٢ ـ الاصل في العتق قوله تعالى :

« فلا أقتحم العقبة ، وما أدراك ما العقبة فك رقبة ، أو اطعام في يوم ذي مسغبة »[2] .

فصـــــل

أسباب العتق

٦٨٢٣ ـ والعتق يجب على الانسان بسبب يوجد من جهته ، وسبب لا صنع له فيه ، فما هو سبب يوجد من جهته فهو القتل والحنث في اليمين والعود في الظهار ، وهذه أسباب كلها معاصى لله تعالى في حال دون حال ،

---

(١) جاء في سبل السلام (١٣٨/٤) العتق الحرية ، يقال عتق عتقا بكسر العين وبفتحها فهو عتيق وعاتق . وفي النجم الوهاج العتق أسقاط الملك من الآدمي قربا لله ، وهو مندوب وواجب في الكفارات .

(٢) البلد ٩٠/١١ وقد أقتصر السمناني على ذكر دليل العتـق في القرآن ولم يشر الى الاحاديث الجمة الواردة في العتق على ما يستفاد مـن هذه الاحاديث من حرص الشرع الاسلامي على حماية الرقيق وأيجاب العتق عقوبة على الاساءة اليهم ، ومن جملة ذلك ما جاء في جامع مسانيد الامـام (ج٢ ص ١٦٢ ـ ١٦٣) من ايقاع الرسول العتق على من أساء الى راعية غنم له غفلت عن حراسة شاة فاختلسها الذئب فلطم رب الغنم أمته الراعية ثم ندم على ذلك فذكر ذلك لرسول الله (ص) فعظم النبي (ص) ذلك فقال ضربت وجه مؤمنة !

فقال أنها سوداء لا علم لها .

فارسل اليها رسول الله (ص) وسألها : أين الله ؟ قالت : في السماء، قال : فمن أنا ؟ قالت رسول الله .

قال : أنها مؤمنة فاعتقها .

والحال التي هي معصية اذا تعمد ذلك ، والتى ليست بمعصية اذا لم يتعمد والثاني يجب عليه بالنذر وسائر أنواع النذر طاعة لله تعالى ، أو بقبول عقد فيمن يعتق عليه • والثالث الذي لا صنع له فيه هو عتق ما ورثه ممن يعتق عليه

فصـــــل

ما يعتق عليه

٦٨٢٤ ـ وعندنا يعتق عليه بالميراث والشراء وقبول الهبة كل ذى رحم محرم من جهة النسب ، وقال الشافعي لا يعتق عليه سوى الوالدين وان عَلَيا والمولودين وان سفلوا •

وقال أهل الظاهر ، لايعتق عليه أحد الا من يعتقه بقوله من ســـائر العبيد ، ولا فرق بين القريب والبعيد •

فصـــــل

متى يجزي الولد والده

٦٨٢٥ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ، (لايجزي ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه) •

٦٨٢٦ ـ وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال (من أعتق مملوكا أعتق الله بكل عضو يعتقه عضوا منه من النار)[1] •

---

(١) ورد هذا الحديث في سبل السلام (٤/١٣٨) بصيغ اخرى منها: عن أبى هريرة (ر) قال : قال رسول الله (ص) ايما أمرىء مسلم أعتق امرأً مسلما أستنقذ الله بكل عضو منه عضوا من النار • وأنظر أيضا جامـــع مسانيد الإمام (٢/١٦٥) •

فصـــــل

أي الرقاب أفضل

٦٨٢٧ ـ وسئل صلى الله عليه وسلم اى الرقاب أفضل ؟
فقال أغلاها [ثمنا] وانفسها عند أهلها[1] •

فصـــــل

صيغة العتق

٦٨٢٨ ـ ومن قال لعبده ، أنت حر لوجه الله أو لم يقل لوجه الله فقد أعتق العبد •

فصـــــل

٦٨٢٩ ـ ولو قال نصفك حر أو سمى جزءا من أجزائه يكون أقل من النصف أو أكثر فان الفقهاء مختلفون ، قال أبو حنيفة وجماعة معه اذا أعتق النصف عتق نصفه وهو في النصف بالخيار أن شاء اعتقه وان شاء استسعاه •

٦٨٣٠ ـ وقال أبو يوسف والشافعي ومحمد يعتق كله •

٦٨٣١ ـ وقد روى عن علي وابن عباس رضي الله عنهما انه يعتق منه النصف ويبقى النصف الاخر في الرق وقد ذهب الى ذلك جماعة من الفقهـــاء •

---

(١) جاء في سبل السلام (٤/١٣٩) «عن ابى ذر» (ر) قال
سألت النبي (ص) أي العمل أفضل ؟
قال : ايمان بالله وجهاد في سبيله •
قلت فاى الرقاب أفضل ؟
قال : أغلاها ثمنا وانفسها عند أهلها •
متفق عليـــه •

٦٨٣٢ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا اعتق شقصا في عبد فاعتقه النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس لله شريك •

فصـــل

إضافة العتق إلى عضو

٦٨٣٣ ـ واذا أضاف العتق الى عضو من العبد أو الامة لايعبر به عن جميع الشخص أو يجوز أن يبقى العبد بعد قطعة وأبانته حيا فانه لايعتق عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد ، وهذا كاليد والرجل والشعر •

٦٨٣٤ ـ وقال زفر والشافعي يعتق وهو كعتق الجزء الشائع والمعلوم منه وكذا في الطلاق •

فصـــل

٦٨٣٥ ـ وقال أصحابنا اذا قال عينك حر عتق لانه يقال هذا عين الرأى وعين الصواب كما يقال عين القوم ورأس العشيرة وعندى فـرج وحرم فلان فرج امرأته يريد به الجملة •

فصـــل

٦٨٣٦ ـ ولو قال لعبد أو أمة ، أنت طالق ونوى العتق ، وقال الشافعي يعتق ، وقد مضت في الطلاق •

فصـــل

تعليق العتق بمشيئة الله

٦٨٣٧ ـ ولو قال أنت حر ان شاء الله لم يعتق ، وكذلك لو قال ان لم يشأ الله ، وقال مالك اذا قال ان شاء الله عتق لان الله تعالى أخبر عن موسى عليه السلام انه قال ستجدنى ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يكذبه اللـــه •

٦٨٣٨ ـ وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ، والله لاغزون قريشا ثم قال بعد ذلك ان شاء الله ، وتلا قوله تعالى ، ولا تقولن لشيء أني فاعل ذلك غدا الا ان يشاء الله ، واذكر ربك اذا نسيت ، وبهذا احتج أبن عباس في جواز استثناء المنقطع .

فصـــل

٦٨٣٩ ـ ولو قال لعبد له أكبر سنا منه هذا ابني عتق ، وقال أبـــو وسف ومحمد والشافعي لايعتق ، لان هذا للفظ يتضمن الحرية وثبوت النسب ، ويجوز أن ينفرد بعض ذلك عن الاخر .

فصـــل

٦٨٤٠ ـ ولو قال لمن هو أصغر منه ، هذا أبني عتق في قولهم جميعا ولا فرق بينه وبين أن يكون معروف النسب أو لا نسب له معروف أنـــه يعتق وأن كان منسوبا الى غيره .

فصـــل

أنت حر وعليك ألف درهم

٦٨٤١ ـ ولو قال له أنت حر وعليك الف درهم عتق ولا شيء عليه عند أبي حنيفة ، وقالا يعتق عليه بالالف ، وهو قول الشافعي .

فصـــل

أنت حر بألف

٦٨٤٢ ـ ولو قال بالف وقف العتق على قبول العبد في المجلس ، وقد مضى في الطلاق نظيره .

فصـــــل

إعتاق أحد الشريكين نصيبه

٦٨٤٣ ـ ولو أعتق أحد الشريكين فالآخر بالخيار أن شاء أعتق نصيبه، وان شاء ضمن المعتق قيمة نصيبه يوم العتق أن كان موسرا ، وان شـــــاء أستسعى العبد ، فان أعتق أو استسعى فالولاء بينهما نصفان ، واذا ضمن الشريك كان له ان يستسعى العبد فيما أخذ منه ، والولاء له .

٦٨٤٤ ـ وقال أبو يوسف ومحمد اذا كان موسرا أعتق جميعه ووجب الضمان على المعتق ، وهو قول الشافعي واذا كان معسرا فالخيار الى المولى بين العتق والاستسعاء عند أبى حنيفة ، وهو قولهما .

٦٨٤٥ ـ وقال الشافعي لا يستسعى بحال ويعتق منه ما عتق ويبقى الباقي على الرق للاخر ، غير أنه قال لو زنا العبد لم يحد بقدر ما فيه من الحرية فيجب نصف حد العبد ونصف حد الحر ، وهو في الشهادة بمثابة العبد وفي النكاح والطلاق .

فصـــــل

أحدكم حر

٦٨٤٦ ـ وان قال لاحد عبديه أحدكما حر وهو لا ينوي أحدا بعينه قيل له اوقع العتق على ايهما شئت وقد عتق واحد منهما بغير عينه[1] .

فصـــــل

٦٨٤٧ ـ ومن الفقهاء من قال لا يعتق واحد منهما حتى يعين العتق في واحد لانه عتق في مجهول .

---

(١) هذا معناه ان الفقه الاسلامي يجيز وجود دائن بغير عينـــه ، ويلزم المدين بالتعيين في بعض الاحوال .

فصـــل

٦٨٤٨ ـ ولو قتلهما رجل واحد بضربة واحدة فعليه دية وقيمة تؤخذ لكل واحد منهما لان احدهما حر والاخر عبد فيجب دية حر وقيمة عبد •

فصـــل

٦٨٤٩ ـ ولو قتلهما رجلان فعلى كل واحد منهما قيمة ما قتل لا دية حر ، لانه لا يلزمه الضمان بالشك وفي الواحد قد تحققنا انه قتل حرا وعبدا فأسقط الضمان •

فصـــل

٦٨٥٠ ـ ولو باع أحـد العبدين او اخرجه من ملكه ومات تعـين العتق في الاخر ، لانه لم يبق على ملكه من يقبل الحرية غيره •

٦٨٥١ ـ وقال الشافعي له ان يصرف العتق الى الميت ، وكذلـك قوله في طلاق احدى امرأتيه •

فصـــل

٦٨٥٢ ـ ولو كان مكان العبدين امتين فوطىء احداهما لم يتعـين العتق في الاخرى عند ابي حنيفة ، لان ملك اليمين لا ينافيه التحـــريم ويجوز ان يجامعه •

٦٨٥٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يتعين في الاخرى العتق كمـــا لو طلق ووطىء احداهما ، ولاصحاب الشافعي في ذلك وجهان في التعيين•

فصـــل

اشترى عبداً بجارية

٦٨٥٤ ـ ومن اشترى عبدا بجارية وجعل الخيار له فاعتقهما معـــا نفذ عتقه فيهما في قول ابي يوسف ومحمد •

٦٨٥٥ ـ وروى عن ابي حنيفة مثله ، وقد روى عنه انه قال ينفذ عتقه فيما كان من جهته خاصة بناء على ان من شرط الخيار زوال الملك اد الاشياء كلها لله تعالى ، وانما للعبد التصرف فيها باذن الشرع[1] .

فصـــل

إعتاق المريض عبده

٦٨٥٦ ـ والمريض اذا اعتق عبده في مرضه وعليـــه دين يحيط بجميع ماله ، بعد عتقه سعى العبد في قيمته للغرماء .

٦٨٥٧ ـ وقال الشافعي لا ينفذ العتق ، لأن العتق لا يلحقه الفسخ بعد ثبوته فصار كما لو مات .

فصـــل

٦٨٥٨ ـ ولو قتل العبد في تلك الحالة قاتل وجب عليه القصاص .

فصـــل

٦٨٥٩ ـ وقال اصحابنا لو اعتق ستة اعبد له في مرضه ولا مال له غيرهم عتق من كل واحد الثلث ، وسعى في ثلثي قيمته .

٦٨٦٠ ـ وقال الشافعي يجزؤن ثلاثة اجزاء ويقرع بينهم فعلى من خرجت القرعة عتق دون الباقي فنقل الحرية من شخص وابطل حقه بعد موته ، ولم يفعل ذلك في الوصايا ولا فى الديون ولا فى الطلاق الذى لم يعينه .

---

(١) وهذا معناه ان الملكية في الفقه الاسلامي لا تعد سلطة مطلقة لشخص على شيء وانما هي حق في التصرف في الشيء المملوك في حدود اذن الشارع بذلك . وان للشارع رسم حدود هـذا الحق بما فيـه مصلحـة المكلفين بالشرع .

فصـــــل
تعليق العتق

٦٨٦١ ـ واذا علق عتق عبده بدخول الدار ثم باعـــه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عليه ، وقال الشـــافعي لا يعتق لان اليمين لا تحل الا بوجود شرطها ، وليس للحالف الرجوع فيها •

فصـــــل
عبيدي أحرار

٦٨٦٢ ـ ولو قال رجل عبيدى احرار ولـــه عبد مأذون له عبيد ، فان كان عليه دين لم يعتق عبيده ، وان نواهم ، وان لم يكن عليه ديـن عتقوا اذا نواهم عند ابي حنيفة ، وروى عنه انهم يعتقون وان لم ينوهـم ، وهو قول محمد •

٦٨٦٣ ـ وقال ابو يوسف يعتقون مع النية في الفصلين ولا يعتقون مع عدمها فيهما جميعا •

فصـــــل
رجوع الشاهدين على العتق

٦٨٦٤ ـ واذا شهد شاهدان على رجل انه اعتق عبده وهو يجحـد فقضى القاضي بعتقه ثم رجعا غرما قيمة العبد •

٦٨٦٥ ـ خلاف الشافعي لم يضمن لانهما اتلفا عليه الرق فـله قيمته •

فصـــــل
شهادة أخوي المولي على العتق

٦٨٦٦ ـ ولو شهد أخوان ان المولى قد كان اعتق العبد قبل ذلك

لم يقبل ذلك عند ابي حنيفة لانه قد سبق عتقه لهذه الشهادة •

فصـــــل

التعليق على وزن القيد

٦٨٦٧ ـ واذا قيد الرجل عبده بقيد ثم قال له ، ان كان وزن القيد عشرة ارطال فأنت حر ، ثم قال ان حملك من القيد احد فأنت حر فشـهد اثنان عند القاضي ان القيد عشرة ارطال فأمر بحله فحل ووزن القيد فكان أقل من عشرة ارطال فعلى الشاهدين الضمان عند ابي حنيفة •

٦٨٦٨ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لاضمان عليهما لانه عتق وهو يقول هما سبب الحل وبقولهما وقع الحكم •

فصـــــل

أحدكما حر

٦٨٦٩ ـ وقالوا في رجل له عبدان واسمهما واحد فقال ، سالم حر او احدكما حر فشهد بذلك شاهدان عند الحاكم لم يقبل ذلك الا ان يكون قال ذلك في مرضه فيجوز في الاستحسان وهذا قول ابي حنيفة •

وقال أبو يوسف تقبل الشهادة كحالة المرض •

فصـــــل

٦٨٧٠ ـ ولو قالا ، سماه لنا ونسياه لم تقبل الشهادة عندهم جميعا ، وقال زفر يقبل ذلك ، لانهما شكا في الشهادة •

فصـــــل

آخر عبد اشتريته حر

٦٨٧١ ـ ولو قال آخر عبد اشتريته فهو حر ثم اشترى عبدا فمات

عن العبد عتق العبد عند الشراء ، فان كان في حال الصحة عتق من جميع المال ، وان كان مريضـــا عتق من الثلث ، وقال ابو يوسف ومحمد يعتق قبل الموت بلا فصل لانه في تلك الحال يعلم انه آخر (عبد) وكذلك خلافهم في الطلاق اذا قال آخر امرأة اتزوجها •

فصـــــل

٦٨٧٢ ـ ولو قال كل امة اشتراها فهي حرة فاليمين على من فـي ملكه يوم اليمين ، ولا تدخل التي اشتراها بعد ذلك •

٦٨٧٣ ـ وقال زفر تدخل وتعتق •

فصـــــل

التسري[1]

٦٨٧٤ ـ والتسري ان تحيض الامة ويطأها ويقصد الولد منها ، وقال ابو يوسف هي سرية وان لم يقصد الولد ولا طلب لان الاسم يقع على ذلك •

فصـــــل

التعليق على الدخول وعدمه

٦٨٧٥ ـ واذا كان العبد بين شريكين فقال احدهما ، ان دخلت الدار اليوم فأنت حر •

وقال الآخر ان لم تدخل الدار فأنت حر ومضى اليوم ولم يدر ادخل ام لا فأنه يعتق نصف بغير شيء ويسعى للشريكين في نصف قيمته ، سواء كانا موسرين او معسرين عند ابي حنيفة •

---

(١) سَرَّره سُرية زوجه اياهـا ، ويقـال أيضـا ســرّاه عـلى الابدال (المنجد) •

٦٨٧٦ ـ وقال ابو يوسف ان كانا موسرين فلا سعاية عليه لهما ، وان كانا معسرين سعى لهما ، وهو قول محمد في الفصلين ، وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للمعسر عند ابى يوسف ، وعند محمد يسعى للموسر في نصف قيمته والولاء بينهما نصفين عند ابى حنيفة .

٦٨٧٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد الولاء موقوف .

لانا تحققنا عتقه وثبت قولنا انه على من يعتق النصف من كل واحد على تنزيل الاحوال ولا سعاية عليه لانه عتق نصف كل واحد منهم حرمه مالكه .

فصل

عتق النصيب

٦٨٧٨ ـ والمريض اذا اعتق نصيبه من العبد المشترك عتق ، ولا ضمان عليه عند ابي حنيفة .

وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي عليه الضمان .

فصل

حكم العبد الساعي

٦٨٧٩ ـ والعبد مادام يسعى فهو كالمكاتب في شهادته وجنايته وحدوده عند ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد هو كالمديون .

فصل

شهد أن صاحبه أعتق نصيبه

٦٨٨٠ ـ والعبد اذا كان بين اثنين فشهد احدهما على صاحبه انه اعتق نصيبه لم تجز الشهادة للعبد وعليه ان يسعى لهما في قيمته فتكون

بينهما نصفين عند ابي حنيفة •

٦٨٨١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد ان كان المشهود عليه[1] معسرا يسعى الشاهد ، وان كان موسرا لم يسع له ويسعى للمشهود عليه في نصف قيمته في الاحوال كلهـا •

فصـــل
عبدان في الدار وثالث في الخارج

٦٨٨٢ ـ رجل له ثلاثة اعبد اثنان في الدار والآخر خارج عنها فقال لمن في الدار احدكما حر فخرج واحد منهما ودخل الخارج فقال احدكما حر ، يعتق من الخارج النصف ومن الثابت في الدار ثلاثة ارباع ومن الداخل النصف عند ابي يوسف وقال محمد يعتق من الداخل الربع ، وفيه يقع الخلاف بينهم •

وان قال ذلك في مرضه قسم الثلث بينهم على هذا السبيل •

فصـــل
أول من تلدينه حر

٦٨٨٣ ـ ولو قال رجل لامته ، أول ولد تلدينه فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخـــر حيا يعتق الثاني عند ابي حنيفة ، وقال ابو يوســـف ومحمد لا يعتق •

لانه ليس بأول •

٦٨٨٤ ـ واتفقوا على انه لو قال ذلك وجعل جواب الشرط عتـق عبد آخـر أو طلاق امرأة له عتق ذلك الولد الاول لان المقصود عتـق

---

(١) كذا في نسخة (و) والصواب على ما يظهر : الشاهد •

المحلوف عليه لا عتق الولد ، وفي المسألة الاولى المقصود عتق من يولد من الاولاد •

فصـــل

عبد وبهيمة

٦٨٨٥ ـ ومن قال لعبده وبهيمة احدكما حر ، عتق العبد عليه عند ابي حنيفة لان البهيمة لا يصح عتقها ، ولو كان معه عبد لغيره فقال له ذلك لم يعتق ، وقالا لا يعتق في الوجهين •

لانه يحتمل ان يقول اردت الآخر بالقول •

فصـــل

يا حر ، يا مولاي

٦٨٨٦ ـ ولو قال لعبده يا ابني او يا بنتي فانه يعتق عند ابي حنيفة، وروى ابن رستم بانه لا يعتق بالتكنى الا في موضعين ، ان يقول ياحر ، يا مولاي ، وهو قول مشهور •

فصـــل

أنت حر على ألف

٦٨٨٧ ـ ولو قال لعبده ، انت حر على الف درهم على ان تؤدي الي كل شهر مائة درهم فانه لا يكون بيعه ، وهو مكاتب في احـــدى الروايتين ، وقال في الاخرى يجوز بيعه ، وهو مثل قولـه ان دخلت الـدار •

فصـــل

تعليق العتق على خدمة المعتق

٦٨٨٨ ـ ولو قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل

العبد ذلك عتق في الحال ، فان مات قبل الاربع سنين وترك مالا يؤدى من ذلك الى المولى قيمة نفسه عند ابي حنيفة فى قوله الثانى وهو قول ابي يوسف ، وفى قوله الاول يؤدى قيمة خدمته لما بقى من المدة •

وهو قول محمد •

لان الخدمة هي المستحقة عليه وقد تعذرت فيجب القيمة •

فصـــــل

تعليق العتق على دخول الدار

٦٨٨٩ ـ ولو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ودخل الدار وهو فى يد المشتري لم يعتق •

٦٨٩٠ ـ وقال ابن ابي ليلى يعتق •

لانه دخل في حالة لا يملك ايقاع العتق عليه فلا يعتق بالشرط •

فصـــــل

عتق مشتري العبد المغصوب المستحق

٦٨٩١ ـ ولو غصب رجل عبدا فباعه ثم ان المشترى له اعتقه ثم قامت البينة لصاحبه بالملك فعتق المشترى جائز عند ابن ابي ليلى وباطل عند فقهائنا •

لانه لم يملك المشترى ، وقد اعتق ملك الغير •

فصـــــل

٦٨٩٢ ـ واذا ادعى العبد او الامة على المولى العتق وهو ينكر ذلك ، فأن كان له بينة سمعت وقضى بها ، وان لم تكن له بينة فالقول قول المولى مع يمينه انه ما اعتق العبد ، وفي الامة ما اعتقها فى هذا الملك ،

فأن حلف فهو رقيق ، وان نكل عن اليمين قضى عليه بالعتق وجعل عليه الولاء له .

٦٨٩٣ ـ ولما كان العتق يجوز بغير بدل وببدل ، وكان ذكر مسائل العتق منها ما يكون على عوض نبين خلاف الناس في ذلك .

كتاب المكاتب

وهذا كتاب المكاتب[1]

٦٨٩٤ ـ والكتابة أمر ندب الله تعالى اليها[2] ، لمن طلبها من العبيد بقوله تعالى :

---

(١) جاء في سبل السلام (٤ /١٤٤) ان المكاتب اسم مفعول من الكتابة ، وهو من وقعت عليه الكتابة ، وحقيقة الكتابة تعليق عتق العبد على ادائه مالا او نحوه ، من مالك او نحوه ، وهو على خلاف القياس عند من يقول ان العبد لا يملك .

وفي الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع (٢/٣٣١) .

الكِتابة وهي بكسر الكاف على الاشهر ، لغة الضم والجمع لان فيها ضم نجم الى نجم ، والنجم يطلق على الوقت ايضا الذى يحل فيه مال الكتابة وسميت كتابة للعرف الجارى بكتابه ذلك في كتاب يوافقه ، وشرعا عقد عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين فاكثر ، ولفظها اسلامي لا يعرف في الجاهلية . اهـ

وعلى فرض صحة ان اللفظ اسلامي لم يستعمل في الجاهلية بهذا المعنى ، فان هذا ليس بدليل على ان عتق العبد بعوض منجم كان غير معروف في الجاهلية .

(٢) وذهب الشافعية ايضا الى ان الكتابة مستحبة لا واجبة ان طلبها الرقيق (الاقناع ٢/٣٣١) .

أما اهل الظاهر فلهم في الكتابة رأى جدير بالتقدير والتنويه ، فقد ذهبوا الى ان على السيد حين يدعوه عبده الى المكاتبة ان يستجيب وان ←

« والذين يبتغون الكتاب مما ملكت ايمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وآتوهم من مال الله الذي آتاكم) • وقد اختلف العلماء في قوله (ان علمتم فيهم خيرا) فمنهم من قال الخير المال وقال الاخرون الخير الصلاح والدين[٢] •

فصـــل
صيغة المكاتب

٦٨٩٥ ـ والكتابة ان يقول المولى لعبده ، قد كاتبتك على ألف درهم

→

السلطان يجبره عليها عند امتناعه اذا كان العبد مسلما او مسلمة (المحلى ٩/٢٢٢) وبذلك مهد اهل الظاهر السبيل في زمانهم لاعلان حق العبيد في الحرية لقاء التزامهم بعوض يدفع على نجوم ويحط منه ، وعبارة ابن حزم في هذا : « من كان له مملوك مسلم او مسلمة فدعا او دعت الى الكتابة ففرض على السيد الاجابة الى ذلك ، ويجبره السلطان على ذلك بما يدرى ان المملوك العبد او الامة يطيقه بما لا حيف فيه على السيد ، لكن مما يكاتب عليه مثلهما ولا يجوز كتابة عبد كافر أصلا » •

وقد استند ابن حزم الى مطلق صيغة الامر في قوله تعالى : « والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً ، وآتوهم من مال الله الذى آتاكم » •

وتتجلى أهمية رأى أهل الظاهر في وجوب الاستجابة الى طلب المكاتبة في كونه يمهد السبيل لالغاء الرق وان قيد ذلك بقيدين فاشترط في طالب المكاتبة من الارقاء أن يكون مسلما وان يكون قادرا على الوفاء بما كاتب عليه والعمل •

(٢) اكتفى السمناني بالاشارة الى دليل المكاتبة من القرآن اما دليلها من الحديث فخبر « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم • رواه ابو داود وغيره » (الاقناع ٢/٣٣١) •
أما دليل الكتابة من العقل فالحاجة الداعية اليها كما اشار الشربيني في الاقناع (ايضا) •

خلاف انها لا تجب •

٦٩١٦ ـ ولا يجب حط جزء من الاعواض في النكاح والبيع •

فصـــل

كتابة الأمة والصغير

٦٩١٧ ـ والامة والعبد في الكتابة سواء •

٦٩١٨ ـ والصغير الذى يعقل في ذلك سواء ، قال الشافعي لا تصح كتابة الصغير ، لان للمولى ان يأخذ كسبه بلا كتابة فله في ذلك منفعة •

فصـــل

٦٩١٩ ـ وان كاتب عبديه كتابة واحدة صحت وقسم المال على قدر قيمتهم عند اصحابنا جميعا •

٦٩٢٠ ـ وقال الشافعي ذلك باطل •

فصـــل

ضمان المكاتبين مال الكتابة

٦٩٢١ ـ وان ضمن أحدهما وكل واحد منهما مال الكتابة صح الضمان ، ولا يعتق واحد منهما حتى يؤدي الجميع •

٦٩٢٢ ـ وقال الشافعي لا يصح ذلك •

فصـــل

العتق لا يتجزأ

٦٩٢٣ ـ ولا يعتق منه بقدر ما ادى[1] ، وقد روى عن النبي صلى

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (٢/١٦٩) :
« ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علي بن ابي طالب (ر) في المكاتب : يعتق منه بقدر ما ادى ويرق بقدر ما عجز • اخرجه الامام محمد ابن الحسن في الاثار فرواه عن الامام ابي حنيفة (ر) •

الله عليه وسلم انه قال : (المكاتب عبد ما بقى عليه درهم)[1] .

فصـــل

٦٩٢٤ ـ ولو اقر بالجناية والغصب يؤخذ مما في يده ومن كسبه .

فصـــل

٦٩٢٥ ـ وان عجز رد في الرق ، واخذ منه بعد العتق .

٦٩٢٦ ـ وقال الشافعي ، يؤخذ الجميع بعد العتق .

فصـــل

شهادة المكاتب وجنايته إلخ . . .

٦٩٢٧ ـ وهو كالعبد فى الشهادة والحدود والجناية عليه وله .

٦٩٢٨ ـ وتصلى المكاتبة مكشوفة الرأس كالامة .

---

(١) في سبل السلام (٤/١٤٥) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي (ص) قال : المكاتب عبد ما بقى عليه من مكاتبته درهم، أخرجه أبو داود باسناد حسن، وأصله عند أحمد والثلاثة وصححه الحاكم. وروى من طرق كلها لا تخلو من مقال . قال الشافعي في حديث عمرو بن شعيب : لا أعلم احدا روى هذا الا عمرو بن شعيب ، ولم أر من رضيت من أهل العلم يثبته ، وعلى هذا فتيا المفتين ، والحديث دليل على ان المكاتب اذا لم يف بما كوتب عليه فهو عبد له احكام المماليك ، والى هذا ذهب الجمهور والهادوية والحنفية والشافعي ومالك ، وفي المسألة خلاف ... وقول الجمهور دليله الحديث ، وان كان ما خلت طرقه عن قادح الا انه ايدته آثار سلفية عن الصحابة ، ولانه أخذ بالاحتياط في حق السيد ، فلا يزول ملكه الا بما قد رضى به من تسليم ما عنده عبده ، فالاقرب كلام الجمهور . اهـ

وانظر ايضا رواية هذا الحديث في جامع مسانيد الامام ٢/١٦٩ وفيه « ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن زيد بن ثابت (ر) كان يقول : يقول : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » .

فصـــل

وطء المكاتبة

٦٩٢٩ ـ وان وطأها المولى وجب عليه المهر وقال بعض الفقهـــاء لا مهر عليه وله ان يطأها كما يطأ ام الولد والمدبرة •

فصـــل

ليس للسيد التصرف في المكاتب

٦٩٣٠ ـ واتفقو على انه ليس ان يؤجره ولا يزوجها ولا يأخذ مما في يدهما من شيء سوى الضريبة[1] •

فصـــل

توقف الملك

٦٩٣١ ـ والملك موقوف بينهما وبين المولى في جميع ما بيدهما •

فصـــل

ولد المكاتبة

٦٩٣٢ ـ وان ولدت المكاتبة ولدا دخل معها في الكتابة ، فان اشترت ذوى ارحامها فليس له بيعهم ولا التصرف فيهم عند ابي يوسف ومحمد ، وقال ابو حنيفة لهما بيع ما سوى الوالدين والولد •

فصـــل

موت المكاتب عن وفاء بمال الكتابة

٦٩٣٣ ـ وان مات المكاتب وترك وفاء بمال الكتابة فانه يؤدى ذلك

---

(١) المقصود بالضريبة ههنا العوض المتفق عليه في عهد المكاتبة •

عنه ويعتق في آخر جزء من اجزاء حياته • ويكون ما فضل بعد ذلك لورثته لا لمولاه •

٦٩٣٤ ـ وقال الشافعي ، يموت على الرق ويأخذ الولى ذلك كله كما يأخذه بعد العجز •

٦٩٣٥ ـ وقد روى عن ابن مسعود انه اذا أدى قدر قيمته في حال الحياة لم يبطل العتق وان لم يوف الضريبة •

فصـــل

شرط أن لا يسافر

٦٩٣٦ ـ ولو شرط على المسافر ان لا يسافر عن المصر فالقيـاس ان تبطل الكتابة ، والاستحسان ان يبطل الشرط ، وله ان يخرج ، لانـه يتصرف فيما يعود بربح المال •

فصـــل

تصرف المكاتب

٦٩٣٧ ـ وله ان يبيع بالنقد والنسيئة ويؤجر نفسه وعبده وامته •

فصـــل

إذن السيد في الزواج

٦٩٣٨ ـ ولا يتزوج ولا تزوج المكاتبة الا بأذن السيد •

فصـــل

٦٩٣٩ ـ وله ان يزوج الاماء وليس له ذلك في العبيد •

فصـــل

الولاء لمن؟

٦٩٤٠ ـ وله ان يكاتب عبده فان ادى عتق وكان الولاء موقـوفـا

على اداء الاصل ، فان عتق كان الولاء له وان عجز فالولاء لمولاه عندنا .

فصـــل

هبة المكاتب وضمانه

٦٩٤١ ـ وليس له ان يهب من المال شيئا ولا يضمن ولا يتبرع وان اذن له مولاه ، وللشافعي في تبرعات المكاتب قولان ، وكذلك في ضمانه وكفالته .

فصـــل

الإبراء بالتعجيل

٦٩٤٣ ـ ولو قال المولى له ، اذا عجلت مال الكتابة كذا فانت بريء مما بقي فعجل ذلك بريء من الباقي وعتق .

فصـــل

إبراء المكاتب

٦٩٤٣ ـ وان ابرأه من مال الكتابة صحت البراءة وعتق وتبعه سائر اولاده واكسابه .

فصـــل

موت المكاتب عن ولد

٦٩٤٤ ـ وان مات المكاتب وترك ولدا فانه يسعى في نجوم الكتابة فان ادى عتق وان عجز رد في الرق اذا ولد في الكتابة ، وان كان اشتراه قيل له اما ان تؤدي في الحال او ترجع في الرق عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هذا والاول سواء ولا فرق بين الجميع عندهما .

فصـــل

إبراء بعض الورثة

٦٩٤٥ ـ واذا ابرأ بعض الورثة من نصيبه فالبراءة باطلة وان ابراء

جميعهم فالبراءة صحيحة ويكون الولاء للميت لا لهم •

٦٩٤٦ ـ وقال بعض الفقهاء انه لا تصح براءتهم لان شرط عتقه الاداء ولم يحصل ذلك •

فصل

مكاتبة نصف العبد

٦٩٥٠ ـ ويجوز ان يكاتب نصف العبد كما يجوز ان يبيعه ، وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يصير مكاتبا كما قالوا في العتق •

فصل

مكاتبة النصيب

٦٩٥١ ـ واحد الشريكين اذا كاتب نصيبه فللذى لم يكاتب ان يفسخ الكتابة ، وان لم يفعل حتى ادى الضريبة عتق وصار كفن بين اثنين اعتقه احدهما ، والمولى بالخيار ان شاء استسعى وان شاء اعتقه ، ويرجع الذى لم يكاتب بنصف ما اخذ الذى كاتب لانه قبض كسب مشترك ،، واذا اخذه المولى منه عاد على المكاتب بذلك ان كان كاتبه نصيبه وان كان كاتبه كله لم يرجع عند ابي حنيفة •

٦٩٥٢ ـ وقال ابو يوسف يرجع في الحالين •

٦٩٥٣ ـ وقال ابن ابي ليلى لا يرجع الحالين ، ولا يرجع [على] المولى الذى كاتب في شيء مما قبض[1] •

فصل

المكاتبة على وصف

٦٩٥٤ ـ واذا كاتب على وصف او ثوب هروى صحت الكتابة وله

---

(١) في هذه المسئلة تطبيقات متعددة لمبدأ الكسب دون سبب •

الوسط من ذلك كما قلنا في النكاح .

٦٩٥٥ ـ وقال الشافعي الكتابة باطلة في قولهم جميعا لانه مجهول القدر والصفة .

فصل

شرط الخدمة بعد اداء المال

٦٩٥٦ ـ ولو شرط على المكاتب ان يخدمه بعد اداء المال سنة جاز ذلك وتجب عليه الخدمة بعد اداء المال .

فصل

عجز المكاتب

٦٩٥٧ ـ واذا عجز المكاتب نفسه ولم يؤد روى عن علي رضي الله عنه انه قال : اذا توالى عليه نجمان ولم يؤد رد في الرق .

٦٩٥٨ ـ وهو قول ابي يوسف .

٦٩٥٩ ـ وقال ابو حنيفة ومحمد اذا عجز من نجم واحد احضره القاضي وطالبه فان كان له مال حاضر او غائب يرجى وصوله في مدة ثلاثة أيام ضرب له تلك المدة والا حكم بعجزه ورده الى الرق[1] .

فصل

٦٩٦٠ ـ ويطيب للمولى ما كان اخذه من المكاتب[2] بعد العجز كما يطيب له بعد الاداء ، ولا خلاف في ذلك .

فصل

اختلاف المولى والمكاتب

٦٩٦١ ـ واذا اختلف المولى والمكاتب في قدر مال الكتابة فالقول

---

(١) من تطبيقات مبدأ الفسخ فى العقود .

(٢) في نسخة المعهد « ما كان تصدق به على المكاتب » .

قول المولى في قدر المال •

٦٩٦٢ ـ وقول آخر ان القول قول المكاتب وهو قول ابى حنيفة الآخر اذا ادعى صح ، ولو انكره تجوز الكتابة عليه كالخلع ولا يتحالفان•

٦٩٦٣ ـ وقال الشافعي يتحالفان فى الجميع كما فى البيع وهـــو قولهما وقول الاول ، وقد قدمنا القول في ذلك في البيوع •

فصـــــل

تقديم بينة المولى

٦٩٦٤ ـ فان اقاما بينة فالبينة بينة المولى لانها تثبت الزيادة ، والوجه الذى قبلنا فيه البينة غير الوجه الذى حلف عليه •

فصـــــل

الكتابة الفاسدة

٦٩٦٥ ـ وفي الكتابة الفاسدة اذا ادى المكاتب البدل الى الورثـة عتق وكان عليه قيمة نفسه •

٦٩٦٦ ـ وقال الشافعي لا يعتق •

فصـــــل

المكاتبة على خمر أو خنزير

٦٩٦٧ ـ ولو كاتبه على خمر او خنزير فأدى ذلك عتق وكان عليه قيمة نفسه ، وهذا لا خلاف فيه ان الكتابة الفاسدة يعتق فيها العبد وهـــي حجة لاصحابنا فى البيع الفاسد اذا اتصل به القبض ان المشترى يملكه •

٦٩٦٨ ـ وفي المكاتب مسائل كثيرة وهو فى الاصل محله ، وقـد ذكرت اصوله وبعض فروعه ، وقل ان يقع اليوم فيه كتاب او يحتـــاج فيه الى فتوى •

واذا قد ذكرنا حكم العتق المعجل وحكمه اذا كان على عوض وبقى ان يذكر حكم العتق بعد الموت ما حكمه وهو التدبير •

كتاب التدبير

وهذا كتاب التدبير[1]

فصـــــل

تعريف التدبير

٦٩٦٩ ـ اتفق الفقهاء على ان الرجل اذا قال لعبده أنت حر بعد موتي أو دبرتك ، أو اذا مت فأنت حر ، ان العبد مدبر[2] يعتق بعد الموت ، فان كان له مال عتق من ثلث المال ، وان لم يكن له مال عتق منه الثلث وسعى في ثلثي قيمته عند اصحابنا .

فصـــــل

عدم التصرف بالمدبر

٦٩٧٠ ـ وقالو لا يجوز بيع هذا المدبر ولا هبته ولا التصدق بـه .

٦٩٧١ ـ وقال مالك يجوز بيع المدبر في الدين فى الحياة وبعـد الوفـــاة .

---

(١) جاء في لسان العرب فى مادة (دبر) التدبير ان يتدبر الرجل امره ويدبره اى ينظر في عواقبه والتدبير ان يعتق الرجل عبده عن دبر ، وهو ان يعتق بعد موته فيقول : انت حر بعد موتى ، وهو مدبر .

وفى الاقناع (٢/٣٢٨) « التدبير لغـة النظـر فى عواقب الامور ، وشرعا تعليق عتقه بالموت الذى هو دبر الحياة ، فهو تعليق عتق بصفـة لا وصية ، ولهذا لا يفتقر الى اعتاقه بعد الموت ، ولفظه مأخوذ من الدبـر لان الموت دبر الحياة ، وكان معروفا فى الجاهلية فأقره الشرع .

(٢) في سبل السلام (٤ ١٤٤) «المدبر اسم مفعول ، وهو الرقيق الذى علق عتقه بموت مالكه ، سمى بذلك لان مالكه دبر دنياه وآخرته ، أما دنياه فاستمرار انتفاعه بخدمة عبده ، واما آخـرته فتحصيل ثواب العتق .

٦٩٧٢ ـ وقال الشافعي يجوز له بيعه في حال الحياة ولا يجوز للورثة بيعه بعد الموت في أحد قوليه[1] .

٦٩٧٣ ـ وقد روى ابن عمر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم (ان المدبر لا يباع ولا يوهب ، ويعتق من ثلث المال)[2] .

ولا نه يعتق بالموت كأم الولد ، وكان القياس عندهم يقتضي ان يجوز بيعه ، وهو قول بشر .

فصل

٦٩٧٤ ـ وقد قال اصحابنا ان التدبير لا يمنع البيع ، وهو ان يقول اذا مت من مرضي هذا او سفري هذا فأنت حر ، فهذا تدبير لا يمنع البيع عندهم وعليه حملوا خبر جابر (رحمه الله) ان النبي صلى الله عليه

وفي بداية المجتهد (٢ / ٣٢١) أجمع المسلمون على جواز التدبير ، وهو ان يقول السيد لعبده : انت حر عن دبر مني او يطلق فيقول انت مدبر ، وهذان هما عندهم لفظا التدبير ، باتفاق وانظر القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣٨١ .

(١) الاقناع للشربيني ٢/٣٢٩ .

(٢) في بداية المجتهد (٢/٣٢٣) « قال مالك وابو حنيفة وجماعة من أهل الكوفة : ليس للسيد ان يبيع مدبره . وفي موطأ مالك رواية محمد بن الحسن الشيباني (ص ٣٠٠) اما نحن فلا نرى ان يباع المدبر ، وهو قول زيد بن ثابت وعبدالله بن عمر ، وبه نأخذ ، وهو قول ابي حنيفة ، والعامة من فقهائنا » . (وانظر نيل الاوطار ح ٦ ص ١٠١ـ١٠٢) وفيه « ان المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث » .

وسلم باع غلاما اعتقه مولاه عن دبر منه بثمنمائة درهم في دين عليه[1] .

فصـــل

تدبير عبد لشريكين

٦٩٧٥ ولو كان العبد لشريكين فقالا اذا متنا فأنت حر ، فهذا ليس بتدبير ، ويجوز لهما بيعه ، فان مات احدهما صار مدبرا من الاخر لانه يعتق عليه بموته ، والاول لا يعتق بموت احدهما وانما يعتق بموتهما .

ويصير حينئذ كعبد بين رجلين دبره احدهما فان شريكه بالخيار ان شاء اعتق ، وان شاء دبره وان شاء استسعاه وان شاء ضمن الشريك ما بين قيمته مدبرا الى غير مدبر .

وعند ابي يوسف ومحمد يصير كله مدبرا من جهة الذى دبره ويلزمه الضمان لصاحبه موسرا كان او معسرا ، فرقا بينه وبين العتق في هذا الموت .

فصـــل

جناية المدبر

٦٩٧٦ ـ وجناية المدبر مضمونة على السيد بقيمة المدبر ، وان جنى اخرى شارك الاول فيما اخذ من المولى ، وفي الجناية الثالثة كذلك ابدا .

فصـــل

ولد المدبرة

٦٩٧٧ ـ واذا ولدت المدبرة ولدا فهو مدبر مثلها وحكمه حكمها في سائر ما ذكرناه .

---

(١) جاء في الالمام لابن دقيق العيد (ص ٣٨٧) عن جابر قال : اعتق رجل من الانصار غلاما له عن دبر ، وكان محتاجا ، وكان عليه دين ، فباعه (الرسول) بثمان مائة درهم فاعطاه اياها ، وقال : اقض دينك . اهـ .

فصـــــل

تدبير العبد المشترك

٦٩٧٨ ـ واذا قال كل واحد من الشريكين فى العبد دبرت نصيبي منه ، او انت حر بعد موتي وخرج القولان منهما جميعا معا فهو مدبر منهما جميعا لا يباع ولا يوهب •

فصـــــل

ثبوت نسب من ادعاه مدبر أو مكاتب

٦٩٧٩ ـ ولو ادعى المدبّر او المكاتب نسب ولد وصدقه المولى فى ذلك ثبت النسب ، وهل يفتقر في العبد الى تصديق المولى ؟ فيه روايتان احداهما يفتقر الى ذلك والثانية لا يفتقر •

فصـــــل

٦٩٨٠ ـ والمكاتبة اذا ولدت من المولىان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولد وان شاءت أدت وعتقت •

واذا قد ذكرنا طرفا من التدبير فوجب ان نذكر من الاستيلاد طرفا •

كتاب أمهات الأولاد

وهذا كتاب أمهات الأولاد

الآثار الواردة

٦٩٨١ - روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ، لمارية رضى الله عنها ، اعتقها ولدها[١] ، ونادى عمر بن الخطاب رضى الله عنه على المنبر .

(الا ان بيع امهات الاولاد حرام)[٢] والصحابة رضى الله عنهم

---

(١) الامام لابن دقيق العيد (ص ٣٨٨) وثمة خبر آخر تبنى عليه أحكام أمهات الاولاد لم يذكره السمناني وقد اشار اليه الشربيني في الاقناع (٣٣٥/٢) بقوله « والاصل في ذلك خبر : ايما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه . رواه ابن ماجة والحاكم وصحح اسناده ، وخبر الصحيحين عن أبي موسى ، قلنا يا رسول الله انا نأتى السبايا ونحب اثمانهن فما ترى في العزل ؟

فقال ما عليكم ان لا تفعلوا ، ما من نسمة كائنة الى يوم القيامة الا وهي كائنة .

ففي قولهم (ونحب اثمانهن) دليل على أن بيعهن بالاستيلاد ممتنع، واشتهد لذلك البيهقي بقول عائشة (ر) : لم يترك رسول الله دينارا ولا درهما ولا عبدا ولا امة ، قال فيه دلالة على انه لم يترك أم ابراهيم رقيقة، وأنها اعتقت بموته . اهـ

(٢) جاء في نيل الاوطار (ج ٦ ص ١٠٩ ـ ١١٠) :

عن عطاء عن جابر قال : بعنا امهات الاولاد على عهد رسول الله(ص) وابي بكر (ر) فلما كان عمر نهانا فانتهينا .

وعن ابن عمر عن النبي (ص) انه نهى عن بيع امهات الاولاد ، وقال: لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن ، يستمتع بها السيد ما دام حيا ، واذا مات فهي حرة .

رواه الدارقطني ، ورواه مالك في الموطأ ، والدارقطني من طريق آخر عن ابن عمر عن عمر من قوله . وهو اصح .

وانظر أيضا ص ٢٨٢ من موطأ مالك ط ٢ تعليق وتحقيق عبدالوهاب عبداللطيف) .

تسمعه فلم ينكر عليه •

قال اصحابنا لا يجوز بيع ام ولد ولدت في ملكه عندنا وعند الشافعي ومالك وعامة الصحابة والفقهاء رضى الله عنهم ، وقد روى عن علي رضى الله عنه انه قال كان رأيي ورأى عمر ان لا يبعن ثم رأيت ارقاقهن ، فقال له عبيدة السلماني[1] ، رأيك في الجماعة احب الينا من رأيك في الفرقة •

فصـــل
ما يمنع على المستولد

٦٩٨٢ ـ ويجوز للمولى عتقها ولا يجوز رهنها ولا التصدق بها ، ويجوز له ان يؤجرها •

٦٩٨٣ ـ وقال اصحاب الشافعي ، في اجارتها ورهنها وجهان •

فصـــل
حكم من تلدهم بعد الاستيلاء

٦٩٨٤ ـ وما ولدت بعد الولد من سيدها فحكمه حكم ولدها لا يباع ولا يتصرف فيه ، ولا يلحق بالمولى الا بالدعوة •

٦٩٨٥ ـ وقال زفر يلحق به من غير دعوة ، وهـــو قول مالك والشافعي •

فصـــل
استيلاء جارية إبنه

٦٩٨٦ ـ واذا استولد جارية ابنه صارت ام ولد ويلزمه ضـــمان القيمـــة •

فصـــل
إستيلاء أمة الغير

٦٩٨٨ ـ ولو تزوج امة الغير فاولدها ، ثم اشتراها فقد صارت ام

---

(١) لعل المقصود « عبيد بن خالد السلمى ثم البهزى فقد سكن الكوفة وشهد صفين مع علي ويقال له ايضا عبدة وعبيدة (أسد الغابة ، ج ٣ ص ٣٤٨) •

ولد ولا يجوز بيعها •

٦٩٨٩ ـ وقال الشافعي له البيع ولا تكون ام ولد الا فى ملكه •

فصـــل

إعتاق أم الولد من جميع المال

٦٩٩٠ ـ وتعتق من جميع المال ولا تسعى فى دين ان كان عـلى السـيد •

فصـــل

هل تضمن أم الولد بالغصب

٦٩٩١ ـ ولا تضمن بالغصب عند ابي حنيفة وقالا تضمن •

وان كانت بين رجلين فاعتقها احدهما لم يضمن عند ابي حنيفة ، ويضمن عندهما ، وفي المدبر يضمن في الغصب والعتق •

فصـــل

تزويج أم الولد

٦٩٩٢ ـ ويجوز ان يزوجها وان كرهت ، وقال الشافعي لا يجوز له ذلك •

فصـــل

حكم أم الولد

٦٩٩٣ ـ وام الولد ليست بمال عند ابي حنيفة وقال ابو يوسـف ومحمد هي مال ولا ترث سيدها ، وان مات ولدها قبل سيدها لم ترثـه ولا يجوز عتقها في كفارة

فصـــل

اختلافهما في نسب الولد

٦٩٩٤ ـ واذا ادعت امة على مولاها انه استولدها هذا الولد الحاضر

وانكر المولى ذلك ، فان اقامت بينة على اقراره بولد منها فهي ام ولد ، والولد منهما جميعا ، وانَ لم تكن بينة فأبو حنيفة قال لا يمين على أحدهما ، وهذه احدى المسائل الست ، فان نكل عندهما قضى بنكوله وصارت أم ولد ، ولا يكون الولد منهما مالم يصدقها ان كان كبيرا •

فصـــــل

ابن الأمة بين شريكين فأكثر

٦٩٩٥ ــ واذا جاءت الامة بولد وهي بين شريكين فأدعياه جميعا فهو ابنهما يرثهما ، ويرثانه ، وهو للباقي منهما ، وهذا قول أبي حنيفة • ولا يكون ابنا لما زاد على ذلك •

٦٩٩٦ ــ وقال أبو يوسف يكون ابنا لهما كما قال أبو حنيفة •

٦٩٩٧ ــ ومنهم من اثبته من ثلاثة ومنع مازاد •

٦٩٩٨ ــ وقد روى عن الحسن انه روى انه يكون ابنهم ولو كانو مائة •

٦٩٩٩ ــ وقال الشافعي القول للقافة فيلحقونه بمن اشبه به •

٧٠٠٠ ــ ومنع اصحابنا ان يكون القائف قوله مقبولا في الدين بلا طريق يرجع اليه •

فصـــــل

ادعاه أحدهما

٧٠٠١ ــ وان ادعاه احدهما هما ثبت النسب منه وضمن لشريكه نصف قيمة الام ونصف العقر لانه أقر بوطء ملك الغير ، ولاحَدَّ عليه •

فصـــــل

العبرة بقول مدعيه في القيمة

٧٠٠٢ ــ ويعتبر قوله في القيمة يوم ادعى الولد ، ولا ضمان عليه

في الولد لانه دعوة استيلاد فيما يبطل به حق الغير •

فصـــــل

اختلافهما في قيمة الأمة

٧٠٠٣ ـ وان اختلفا فى قيمة الامة ولا بينة فمن اصحابنا من قال القول قول الغارم ، ومنهم من قال القول قول الغارم فى كل موضع يقوم•

٧٠٠٤ ـ وقال أصحاب الشافعي، هذا مبني على الاقوال في غرم المعتق ومتى يعتق وقول من يقبل ، ولهم فى ذلك تفصيل طويل واختلاف كبير، كما ان لهم فى كيفية القرعة فى العبيد اذا وقع العتق فى المرض ، وهم متفاضلون فى القيمة واذا جزؤا ثلاثة اجزاء فأما ان تتفق القيمة او تختلف أو يكون واحد قيمته أكثر من الجماعة أو مثلهم أو مثل اثنين أو ثلاثة أو اربعة منهم ، وكل فروعهم فى ذلك مضطرب لانها لا توجد فيما رووا من خبر القرعة ولا يتضمن ذكر قيمة ولا عدد ولا تجزىء ، ولهذا لم يستو تفريعهم على ذلك •

فصـــــل

ثبوت إستيلاد الذمي

٧٠٠٥ ـ ويثبت من الذمي كما يثبت من المسلم لانهما فى العتـــق يستويان •

فصـــــل

٧٠٠٦ ـ واذا اسلمت ام ولد النصراني فقد زال ملكه عنها ولاضمان عليهما عندنا •

فصـــــل

٧٠٠٧ ـ ومسائل الاستيلاد كثيرة وفيها فروع صعبة منها أنه لو جاءت

امة لرجل بثلاثة أولاد في بطون شتى فنظر اليهم ثم قال أحدهم ولدى ولم يبين ذلك فالجارية ام ولد بالاتفاق ولا يثبت نسب واحد من الاولاد بالاتفاق علمائنا الثلاثة ويعتق من الجميع الثلث من كل واحد عنه عند ابي حنيفة ، وهو كعتاق فوقع عليهم •

٧٠٠٨ ـ وقال أبو يوسف ومحمد يعتق من الاكبر الثلث ومن الاوسط النصف ومن الاصغر كله •

٧٠٠٩ ـ وروى عن ابي يوسف انه يعتق من الاكبر النصف ايضاء

٧٠١٠ ـ وهو باب كثير الفروع وقل ان يقع فلا معنى لذكر مسائله، وانما اعتمدنا في هذا الكتاب الاصول وما يكاد يقع وتدعو الحاجة اليه ، ولما كان الانسان تارة يحلف بالله وأخرى بالطلاق وثالثة بالعتاق وكان لكل يمين حكم ولكل باب جواب وجب ان نذكر من الايمان ما يعرف به الحكم في الابواب المذكورة ونقدمه على الولاء كما أخرناه عن هذه الكتب •

كتاب الإيمان

وهذا كتاب الإيمان[1]

٧٠١١ ـ اعلم ان اليمين قد يتعلق بها طلاق او عتاق او كفارة أو بائم مخصوص ، أو لا يتعلق بها شيء من ذلك والقاضي يجب ان يعرف اليمين التي تكفر ، بالكفارة فيها[2] وواضع الحنث ليحكم في ذلك بما يجب الحكم ويفتي بما يجب الفتوى به .

٧٠١٢ ـ واليمين معمول بها في سائر الشرائع وكل مقر بالصانع يخاف دركها ويرجو ثوابها .

أنواع الإيمان

٧٠١٣ ـ وقد قال محمد بن الحسن في الاصل ان الايمان ثلاث .

١ ـ يمين تُكفر

٢ ـ يمين لا تكفر

٣ ـ ويمين نرجو ان لا يؤخذ الله بها .

اليمين التي تكفر

٧٠١٤ ـ فاليمين التي تكفر هي اليمين التي يتصور فيها[3] البر

---

(١) الايمان جمع يمين ، واليمين يمين الانسان وغيره نقيض اليسار ، واليمين الحلف والقسم ، انثى والجمع أيمن وأيمان (لسان العرب وفي مختارات النوازل : اليمين في اللغة عبارة عن القوة وفي الشريعة عبارة عن عقد ورد على الخبر في المستقبل) . وفيها « وانما يُسمّى الحلف يمينا لانهم كانوا اذا تحالوا تصافحوا بالايمان تأكيدا لما عقدوا » وفيها ان « اليمين ايجاب فعل مباح أو تحريمه على نفسه ، مقرونا بذكر الله تعالى بحرف القسم ، والمقصود منه البر واليمين يحمله عليه ويمنعه عن الفعل» .

(٢) في نسخة تونس : ومالاكفارة فيه .

(٣) في نسخة تونس : يقع فيها .

والحنث وهى المنعقدة ، وذلك ما كان على المستقبل دون الماضى .

٧٠١٥ ـ وهذا مما لا اختلاف فيه[١] بين العلماء ان الكفارة تثبت بالحنث[٢] .

فصـــل

اليمين الغموس[٣]

٧٠١٦ ـ واليمين التى لا تكفر هى اليمين الغموس التى هى غير منعقدة بأن يحلف انه ما فعل كذا وهو فعله ، وقد فعل كذا ، وما فعله ولا كفارة فيها عندنا الا التوبة والاستغفار[٤] .

---

(١) في نسخة تونس : وهذا فصل لا خلاف فيه .

(٢) في نسخة تونس : تجب بالحنث فيه .

(٣) في لسان العرب: الغمس ارساب الشيء في الشيء السيال والامر الغموس الشديد واليمين الغموس التى تغمس صاحبها في الاثم ثم في النار ، وهي لا استثناء فيها ، وقيل هي اليمين الكاذبة التى تقطع بها الحقوق ، وسميت غموسا لغمسها صاحبها في الاثم ثم في النار ، وقال ابن مسعود : أعظم الكباير اليمين الغموس ، وهو أن يحلف الرجل وهو يعلم انه كاذب ليقطتع بها مال أخيه .

وفي الحديث « اليمين الغموس تذر الديار بلاقع » .
هي اليمين الكاذبة الفاجرة .
وفعول للمبالغة .
والغموس الشديد من الرجال الشجاع . وكذلك المغامس .

(٤) وسند هذا القول ما رواه ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيـــم انه قال : اليمين يمينان : يمين تكفر ويمين فيها الاستغفار ، فاليمين التى تكفر فالرجل يقول والله لافعلن ، والتى فيها الاستغفار قالذى يقول : والله لقد فعلت . اخرجه الامام محمد بن الحسن في الاثار فردده عن الامام ابي حنيفة (ر) . (جامع مسانيد الامام ٢/٢٦٥) .

٧٠١٧ ـ وقال الشافعي تجب فيها الكفار كما تجب فى اليمين التى يحنث فيها وهى منعقدة .

٧٠١٨ ـ والاصل عندنا ان الكفارة لا يجوز اثباتها الا من طـــريق التوقيف أو الاتفاق .

٧٠١٩ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (اليمين الفاجرة تدع البلاد بلاقع)[1] .

ولانها لا يتوقع فيها الحنث والبر فهى كاللغو .

فصـــــل

اليمين اللغو

٧٠٢٠ ـ اليمين التي يرجى ان لا يؤاخذ الله بها هي اللغو ، وهـــي ان يحلف الانسان على شيء وهو يعتقد انه كما حلف وهى قول الرجل لا والله وبلى والله ، هكذا روى عن عائشة رضى الله عنهـــا وغيرها مـــن الصحـابة[2] انهم قالـوا ذلك ، وقـد قال الله تعـالى (لا يؤاخـذكم الله

---

(١) سبق ذكـره في الهامش الانف الذكر . وقد ورد في لســان العرب بالفاظ أخرى . وفي جامع مسانيد الامام (٢/٢٥٥) أبو حنيفة عن ناصح بن عبيدالله ويقال بن عجلان عن يحيى بن ابي كثير عن ابي سلمة عن ابي هريرة (ر) قال : قال رسول الله (ص) : ليس فيمـــا عصى الله تعالى به أعجل عقابا من البغي ، وليس فيما أطيع الله تعالى فيه شيء أسرع ثوابا من أهله ، واليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع » .

(٢) ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عائشة ام المؤمنين (ر) انها قالت في اللغو : هو كل شيء يصل به الرجل كلامه لا يريد يمينا : لا والله ، وبلى والله ، ومالا يعقد عليه قلبه .
اخرجه الامام محمد بن الحسن في الاثار فرواه عن الامام ابي حنيفة. ثم قال محمد وبه نأخذ .

←

باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان)[1] ثم قال : (فكفارته اطعام عشرة مساكين) الآية • فقسم ذلك قسمين احدهما تجب به الكفارة والاخر لا تجب •

فصـــــل

اليمين المجمع عليها

٧٠٢١ ـ واليمين المجمع عليها ما كانت باسم الله تعالى او بصفة من صفاته ، وما عدا ذلك فمختلف فيه نحو ، اقسم واشـهد واحلف وأنا يهودى أو بريء من الاسلام •

فقال اصحابنا هى ايمان ، وقال الشافعي وزفر ليست بايمان وكذلك فى حق الله •

قال أبو حنيفة ما افترضه على عباده تعالى ، وقال غيره من اصحابنا هى يمين وكذلك عهد الله •

٧٠٢٢ ـ وقـد روى عـن النبي صـلى الله عليه وسلم انه قال : (لا تحلفوا بآبائكم ولا بامهاتكم ، ومن كان حالفا فليحلف بالله تعـالى أو ليدع)[2] •

→

ومن اللغو ايضا : الرجل يحلف على الشيء يرى انه ما حلف عليه ، فيكون على غير ذلك ، فهو ايضا من اللغو ، وهو قول ابي حنيفة (ر) (جامع مسانيد الامام ٢/٢٦٧ ـ ٢٦٨) •

(١) البقرة (٢/٢٢٥) •

(٢) في سبل السلام (٤/١٠١) عن ابن عمر (ر) عن رسول الله (ص) انه ادرك عمر بن الخطاب في ركب ، وعمر يحلف بأبيه ، فناداهـم رسول الله (ص) : ألا ان الله ينهاكم ان تحلفوا بآبائكم ، فمن كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت ، متفق عليه •

فصـــل

لا كفارة بالحلف بغير الله

٧٠٢٣ ـ واجمعوا على ان الحلف بغير الله تعالى لا تجب به كفارة كالحلف بالنبي صلى الله عليه وسلم وبالبيت وبالقبر وبزمزم وبالصفـــا وبسائر بقاع المناسك انها ايمان بغير الله تعالى .

فصـــل

٧٠٢٤ ـ وكذلك ان قال : آكل الميتة او اشرب الدم او آكل الخنزير فليس هذه بايمان ولا كفارة فيها .

فصـــل

٧٠٢٥ ـ وان قال عَلَيَّ كفارة يمين او نحو كذا او عبدى ابي او امي .

فصـــل

٧٠٢٦ ـ وقد اختلف في ذلك فقال اصحابنا يجب بنحر ولـــده شاة وبنحر نفسه وابيه خلاف .

٧٠٢٧ ـ وقال الشافعي كل هذا لا يجب به شيء ، وهو قول زفر .

فصـــل

٧٠٢٨ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : « من حلف على يمين فرأى غيرهـا خيرا منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه »[1] .

---

(١) في سبل السلام (٤/١٠٣) « عبدالرحمـن بن سمرة بن ←

٧٠٢٩ ـ وقال اصحابنا تجب الكفارة بالحنث ، ولا يجب تقديمها على الحنث .

٧٠٣٠ ـ وقال مالك تجب بعقد اليمين ولا يجوز تقديمها عليها .

٧٠٣١ ـ وقال الشافعي تجب بالحنث ويجوز تقديمها على الحنث .

٧٠٣٢ ـ ولو جاز تقديم ذلك لجاز بسائر الانواع والصوم ، وقد وافق على انه لا يجوز بالصوم حتى يحنث فكذلك سائر البدلات الثلاث ، ولانها وضعت لتكفير الحنث وليس ذلك بحاصل ولا موجود .

فصـــل

٧٠٣٣ ـ واذا اعطف اسمه على اسم او صفة على الاسم بواو العطف فهما يمينان عندنا .

٧٠٣٤ ـ وقال الشافعي ، ان لم يكن له نية فهي يمين واحدة .

فصـــل

تعليق الطلاق على يمين

٧٠٣٥ ـ ومن حلف يمينا على طلاق او عتاق او بالله تعالى ففعل المحلوف عليه ناسيا او مكرها فقد حنث عندنا .

٧٠٣٦ ـ وقال الشافعي لا يحنث في أحد قوليه .

فصـــل

قوله لا أكلم الناس

٧٠٣٧ ـ ومن قال لا اكلم الناس فكلم واحدا حنث ، وكذلك لا

→

حبيب بن عبد شمس العبشمي ابي سعيد صحابي من مسلمة الفتح ... قال : قال رسول الله (ص) اذا حلفت على يمين ورأيت غيرها خيرا منها ، فكفر عن يمينك وائت الذى هو خير . متفق عليه .

وَطـأت النساء فوطأ واحدة حنث بواحدة من الجنس لان اليمين اذا لـم تكن محصورة فالمراد بها الجنس وذلك لا يمكن استغراقه فحنث بالبعض.

فصـــل

لا أكلم هذين

٧٠٣٨ ـ ولو قال لا اكلم هذين الرجلين فكلم احدهما لا يحنث لان اليمين على كلامهما جميعا .

فصـــل

٧٠٣٩ ـ ولو قال لا ادخل هذه الدار وهو فيهـــا لم يحنث حتى يخرج ثم يدخل .

فصـــل

هذا الثوب

٧٠٤٠ ـ ولو قال لا البس هذا الثوب وهو لابسه ، أو لا اركب هذه الدابة وهو راكبها فنزع من ساعته الثوب او نزل عن الدابة لم يحنث وان لم ينزع او لم ينزل لم يحنث .

٧٠٤١ ـ وقال زفر يحنث في الفصلين جميعا .

فصـــل

يمين أهل الذمة

٧٠٤٢ ـ ومن حلف من أهل الذمة بالله ثم حنث لا كفارة عليـــه ويمينه غير منعقدة عندنا .

٧٠٤٣ ـ وقال الشافعي يحنث .

٧٠٤٤ ـ لان ما هو فيه من الكفر اعظم من الحنث .

فصـــــل

متابعة الصوم

٧٠٤٥ ـ ومن كفر بالصوم فانه يصوم ذلك متتابعا ولا يجزيه اذا فـرق •

٧٠٤٦ ـ وقال الشافعي يجزيه اذا فرق ، وقد روى في قراءة عبدالله ابن مسعود رضى الله عنه « فصيام ثلاثة ايام متتابعات » •

فصـــــل

التفكير بالكسوة

٧٠٤٧ ـ وان كفر بالكسوة اجزاه القميص ، وقد روى عنهم جواز السراويل والقلنسوة ذكره الطحاوى فى مختصره •

فصـــــل

التفكير بالإطعام

٧٠٤٨ ـ وان كان ذلك بالاطعام اجزاه ان يغذى الفقراء او يعشيهم•

٧٠٤٩ ـ وقاله الشافعي لا يجوز حتى يدفع اليهم قدر الكفارة •

فصـــــل

مقدار ما يكفر به

٧٠٥٠ ـ وعندنا يعطى لكل فقير نصف صاع من تمر •

٧٠٥١ ـ وقال الشافعي مد ، وهو رطل وثلث من القمح بالبغدادي•

فصـــــل

٧٠٥٢ ـ وان اعطى كل يوم لفقير واحد طعمته اجزاه •

٧٠٥٣ ـ وقال الشافعي لابد من عشرة اشخاص والمعتبر عندنا باخراج

القدر الى الفقراء لا اغناء الفقراء لأن الاطعام هو طعمتهم وقد وجد شرط الدفع وهو الفقر •

فصـــل

٧٠٥٤ ـ وان كسا خمسة واطعم خمسة اجزاه ذلك عند ابـي يوسف اذا بلغ قيمة ذلك اجزاه عندنا ، والقيمة لا تجوز في الزكاة •

٧٠٥٥ ـ وقال الشافعي لا تجزيه القيمة فى الموضعين •

فصـــل
لا أدخل دار فلان

٧٠٥٦ ـ وان قال ، لا ادخل دار فلان هذه فباعها ثم دخلها في ملك غيره لم يحنث عند ابي حنيفة •

٧٠٥٧ ـ وقال محمد يحنث لانه عينها باليمين •

٧٠٥٨ ـ وقد اتفق الجميع على انه لو قال لا آكل هذه البسر فصار رطبا فأكله انه لا يحنث •

فصـــل
هذا الحمل

٧٠٥٩ ـ ولو قال هذا الحمل فصار كبشا فأكل منه حنث في قولهـم جميعـا •

فصـــل
دابة فلان

٧٠٦٠ ـ ولو قال ، لا اركب دابة فلان فركب دابة عبد مأذون له في التجارة لم يحنث ، وقال بعض اصحابنا يحنث لان العبد يوالي ويعادي •

فصـــــل
داراً لفلان

٧٠٦١ ـ ولو حلف لادخل دار فلان فدخل دارا هو فيها باجرة حنث عندنا ، وقال الشافعي لا يحنث •

٧٠٦٢ ـ لان الدار تضاف الى الساكن كما تضاف الى المالك •

فصـــــل
الحلف على الخروج

٧٠٦٣ ـ ولو قال لزوجته ان خرجت من الدار الا باذني ، فهو على كل موضع •

٧٠٦٤ ـ وقال الشافعي فى أحد قوليه يكفي اذن واحد وتحـــــل اليمين •

٧٠٦٥ ـ لان الحلف على الخروج عام ، وقد استثنى منه ماكـــــان موصوفا بأذنه فبقى ما عداه بحاله •

فصـــــل
إلا أن آذن

٧٠٦٦ ـ ولو قال ، الا ان آذان لك فهذا على اذن واحد ، وقد وجد ذلك ، فانحلت اليمين •

فصـــــل
إذن وهي لا تسمع

٧٠٦٧ ـ ولو اذن لها وهى لا تسمع ذلك فقد قال ابو يوسف هـــذا آذن ولو كان بالعين •

٧٠٦٨ ـ وقال محمد لا يكون ذلك اذنا حتى تعلم ذلك ، وقد روى كل واحد عن ابي حنيفة مثل قوله .

فصـــل

لا أقرأ لفلان كتاباً

٧٠٦٩ ـ ولو قال : لا أقرأ لفلان كتابا فنظر فيه ولم يقرأه بلسانه فانه لا يحنث عند ابي حنيفة .

٧٠٧٠ ـ وقال محمد يحنث ، لان القراءة فعل القارىء لانظره في الكتاب .

فصـــل

تحليف السلطان

٧٠٧١ ـ ولو حلف السلطان رجلا بالطلاق او غيره من الايمان لا يخرج من البلد الا بعلمه ، او حتى رأى رجلا ذكره اخذه به فعزل السلطان فاليمين تحل بعزله ، ولا يلزمه الحنث بعد العزل ، وانما يمينه ادام سلطانا عند ابي حنيفة وسائر الاصحاب .

٧٠٧٢ ـ وروى عن ابي يوسف انه يحنث مادام باقيا .

فصـــل

حلف على خروجها إلى الحمام

٧٠٧٣ ـ ولو خرجت امرأته الى الحمام فقال لها ، ارجعي فلم ترجع ، فقال ان خرجت الى الحمام فأنت طالق فرجعت الى الدار ثم خرجت بعد ذلك بيوم او ايام فانه لا يحنث واليمين مقصورة على تلك الخرجة الا الا ان ينوي بذلك الدوام فتكون له على ما نوى .

فصـــــل

لا يدخل هذه الدار

٧٠٧٤ ـ ولو حلف على هذه الدار لا يدخلها فخربت ثم دخلهـا يحنث عندنا •

وقال الشافعي لا يحنث •

لانها تسمى بعد الخراب دارا ، ولهذا يقال دار بني فلا وديار بكر وان لم يبق بها أحد من ولده •

٧٠٧٥ ـ ولو قال ذلك لبيت معروف فخرب ثم دخله لم يحنث لانه لا يسمى بيتا بعد الخراب •

فصـــــل

٧٠٧٦ ـ وان بناها دارا اخرى حنث ، فان بناها حماما او جعلهـــا بستانا او مقبرة ثم دخلها لم يحنث لان الاسم زال عنها وتجدد لهـــــا اسم آخر •

فصـــــل

إن فعلت كذا

٧٠٧٧ ـ وان قال ، ان فعلت كذا فلله على المشي الى الكعبة او الى البيت الحرام لزمه لمشي الى ذلك الموضع اما لحجة او لعمرة فى قـــول أصحابنا جميعا •

فلو قال الى المسجد الحرام او الى الحرم فليس عليه شيء في قول أبي حنيفة •

وقال أبو يوسف ومحمد هو مثل مكة والبيت يلزمه حجة أو عمرة •

فصـــــل

٧٠٧٨ ـ ولو قال ، ان حلفت بطلاقك فعبدي حر •

وقال للعبد ان حلفت بعتقك فامرأتي طالق فقد حلف بالطلاق وعتق العبد ، ولم تطلق الزوجة ، بخلاف ما قاله بعض اصحاب الشافعي انه غير حالف لان اليمين عقد بتنظيم الشرط والجواب ، والشرط هو المتقدم في الحكم والجواب هو المتأخر في الحكم فما دخل تحت ان واذا ومن وسائر حروف الشرط ، والجواب هو ما دخل المجازاة بالفاء مضمر أو مظهر ، فالمحلوف به هو ما دخل تحت الجواب لا ما دخل تحت الشرط لانه لا يحتاج ان يكون في ملكه لينفذ الحكم والشرط لا يحتاج ان يكون في ملكه باجماع لانه غير محلوف به ، فاذا عرفت هذه الجملة فالشرط في المسئلة الاولى الحلف بطلاق امرأته وجوابه عتق العبد ، والمحلوف به هو العتق دون الطلاق ، ولما قال لعبده ان حلفت بعتقك فأمرأتي طالق فقد حلف بطلاق امرأته ، لان الذي دخل في الجواب في اليمين الثالثة قوله ، فأمرأتي طالق ، فالطلاق هو المحلوف به ، وشرط اليمين الاولى ، هو الحلف بطلاقها وجوابها عتق العبد فوجب ان يعتق العبد لوجود شرط الحنث في الاولى بانعقاد الثانية •

فصـــــل

إن حلفت بطلاقك إلخ . . .

٧٠٧٩ ـ وكذلك لو قال ان حلفت بطلاقك فأنت طالق حتى قال هذا القول ثلاث مرات فان كانت مدخولا بها طلقت إثنتين فانعقدت الثالثة لان شرط اليمين الاولى الحلف بطلاقها وجوابها وقوع الطلاق عليهـــا وكذلك شرط الثانية والثالثة يعقد شرط الاولى بانعقاد الثانية فيقع تطليقه بانحلال اليمين الاولى وانعقاد الثانية •

فصـــــل

٧٠٨٠ ـ فان لم تكن بها فان الثانية تنعقد ويحنث في الاولى بانعقاد الثانية فيقع عليها تطليقه بالحنث في الاولى وبانت منه فلا تنعقد الثانية اذا حلف بالطلاق لان شرط كون المحلوف بطلاقها فى ملكه ، فاذا لم تنعقد الثانية بقيت اليمين الثانية معقودة كما كانت فلا يجب فيها •

فصـــــل

أنت حر إن حلفت إلخ . .

٧٠٨١ ـ ولو قال انت حر ان حلفت بطلاق امرأتي ثم قال لامرأته أنت طالق ان شئت لم يعتق عبده ، لان الطلاق المعلق بمشيئتها يكون تمليكا ولا يكون يمينا لانه مقصور على المجلس ، ولا يختص ما شرط بالمجلس دون غيره الا ان يعلقه بالمجلس من جهة اللفظ •

واما اذا قال لها بعد اليمين بعتق العبد انت طالق ان قمت او قعدت أو أكلت او دخلت الدار فهذه كلها ايمان الطلاق •

وان كانت معلقة بفعلها لانها ليست مقصورة على المجلس ، فـاذا كان كذلك عتق العبد لوجود شرط الحنث في اليمين الاولى وهو انعقاد اليمين بطلاق امرأته •

فصـــــل

حلف لا يساكن إلخ . .

٧٠٨٢ ـ ولو حلف لا يساكن فلانا فى دار فسكن في مقصورة من الدار والاخر في اخرى لم يحنث حتى يجتمعا في دار واحدة او مقصورة واحـــدة •

وان وقع الاسم على الجميع فانه ينصرف بالعرف الى ما ذكرناه الا

ان ينوى ما قلناه فيحنث وقد يكون الاسم عاما يعم مسميات كثيرة ويستعمل في بعضها بالعرف كاللحم والرؤس فانه لا يعم كل رأس ولا كل لحم لانه يخرج منه لحم السمك عندنا • وعند الثورى ، وفى رواية عن ابى يوسف انه يحنث في السمك الطرىء •

وقد يكون الاسم عاما ويستعمل فى جميع ما يتناوله كالناس والنساء والطعام والركوب وهو على العموم الا ان ينوى الخصوص فيصار اليه •

فصـــــل

٧٠٨٣ ـ ولو قال ، لا أساكن فلانا في دار أو بيت أو مدينة فجاء زائرا له لم يحنث لان الزائر ليس بساكن فى العرف عند العلماء والعامة •

فصـــــل

حلف لا يسكن هذه الدار

٧٠٨٤ ـ ولو حلف لا يسكن هذه الدار فتحول من ساعته لم يحنث عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد •

٧٠٨٥ ـ وقال زفر يحنث •

٧٠٨٦ ـ لان اليمين تنعقد على ما يمكن الاحتراز عنه فلا يدخل تحت اليمين •

فصـــــل

لا أساكنك

٧٠٨٧ ـ ولو ، قال لا اساكنك في هذه الدار وعينها فاقتسماها وافرز كل واحد منهما حصته منها وجعل لها بابا او طريقا ثم دخلها بعد ذلك حنث •

لان كل جزء منها قد تناولته اليمين لكونه معينا فحنث بدخول كل جزء منها •

فصـــــل

لا يسكن داراً لفلان

٧٠٨٨ ـ ولو حلف لا يسكن دارا لفلان وقد كان باع دارا لـــه فسكنها لم يحنث عندهم جميعا •

ولو اشترى فلان بعد اليمين دارا فدخلهـا حنث عنـــد ابي حنيفة ومحمد •

وقال أبو يوسف لا يحنث ، لان اليمين تقع على ملك في الحال، كما لو قال ملك فلان ، وأبو حنيفة يعتبر الاضافة وقت الدخول ، وهي مضافة الى المحلوف عليه •

فصـــــل

لا آكل طعاماً لفلان

٧٠٨٩ ـ واجمع الجميع على أنه لو قال لا آكل طعاما لفلان انه اذا أكل طعاما اشتراه فلان بعد اليمين حنث ، وفرق بينهما بأن الطعام يشترى كل وقت ولكن الدار لا تشترى كل وقت ، وهو فرق صورة •

فصـــــل

٧٠٩٠ ـ والدخول على الانفصال من خارج الى داخل يقع في العرف، وهو عكس الخروج •

فصـــــل

٧٠٩١ ـ ولو حلف لا يكلم صاحب هذه الدار او امرأة فلان فكلمها بعد الطلاق والاخر بعد بيع الدار حنث عندهم جميعا لان اليمين على المرأة والرجل جميعا وهما بعد ذلك كما كانا قبل المعنى الحادث •

فصـــل

لا يجلس على الأرض

٧٠٠٢ ـ ولو حلف لا يجلس على الارض فجعل فوقها حصيرا لم جلس لم يحنث •

٧٠٩٣ ـ وقالوا لو قال لا يجلس فوق السطح فجلس على حصير عليه يحنث ، لانه هو السطح •

فصـــل

لا أجلس فوق سرير

٧٠٩٤ ـ ولو قال لا أجلس فوق سرير فجعل عليه آخر أو فوق فراش فجعل عليه آخر ففيه خلاف بينهم •

فصـــل

الأيام والشهور والجمع

٧٠٩٥ ـ والايام والشهور والجمع عند ابي حنيفة عشرة ، اذ قال لا أكلمة الايام او الجمع أو الشهور ، وقال أبو يوسف ومحمد الايام الاسبوع والشهور السنة والسنين الابد •

فصـــل

أياماً

٧٠٩٦ ـ ولو قال أياما فهي عشرة عند ابي حنيفة وروى عنه ثلاثة أيام •

فصـــل

أدنى الصلاة والصوم

٧٠٩٧ ـ والصلاة لا يحنث حتى يصلي ركعة وسجدتين والصوم

بالدخول فيه ، وسوى الشافعي بين الجميع في الحنث •

فصـــل

قراءة القرآن

٧٠٩٨ ـ وقال أبو حنيفة لو حلف [لا يتكلم] فقرأ القرآن فان كان في الصلوة لا يحنث ، وان كان خارج الصلوة حنث •

٧٠٩٩ ـ وقال الشافعي يحنث في الموضعين •

لانه غير متكلم •

فصـــل

الكلام والإشارة

٧١٠٠ ـ ولو حلف لا يكلم رجلا فأشار اليه بيده لم يحنث ، ومن أصحاب الشافعي من قال يحنث لان ذلك ليس بحقيقة الكلام •

فصـــل

إذاعة السر

٧١٠١ ـ ولو قال لا أذيع لك سرا فكتب به وأشار بيده على غيره حنث لان ذلك اذاعة للسر •

فصـــل

٧١٠٢ ـ ولو قال على أول خبر والعلم يقع بالثاني فكذلك (الخبر) وقبل الخبر مثل ذلك ، ومبنى الايمان على العرف دون ما يقتضيه اطـــلاق الاســـم •

فصـــل

تكرار الإيمان على فعل واحد

٧١٠٣ ـ وتكرار الايمان على فعل واحد يقتضي تكرارها الا ان ينوي

تأكيد الاول ، لان اللفظ الثاني لو انفرد وجب به الكفارة ولزمت اليمين فكذلك حال الاجتماع .

فصـــل

اليمين على فعل المحظور

٧١٠٤ – واليمين على فعل المحظور والمباح سواء في وجوب الحنث ووجوب الكفار بالحنث .

وكتاب الايمان كتاب كبير وفروعه كثيرة ومحمد ذكر فى الجامع نيفا وسبعين بابا فى الايمان وهو كثير الخلاف والوفاق ، وذكر جميعه لا يمكن وقد ذكرت من ذلك معرفة بعض ما يحتاج اليه ، ولما كان الولاء نتيجة للعتق والعتق يجب بالحنث ويحصل بالايقاع في الرق وجب ذكر الموضع (الذى) يثبت فيه والموضع الذى لا يثبت .

كتاب الولاء
وهذا كتاب الولاء[1]

٧١٠٥ – اعلم ان الولاء يثبت للمولى المعتق على عبده بدلا من نعمته عليه بالعتق فيصير به عصبة له ، فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (الولاء لُحمة كلمة النسب ، لا يباع ولا يوهب)[2] .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم (الولاء لمن وزن الثمن)[3] والذى وزن الثمن هو الآمر والمعتق عنه كالوكيل فى الايقاع .

(١) جاء في الاقناع للشربيني (٣٢٧/٢) الولاء بفتح الواو والمد لغة القرابة ، مأخوذ من الموالاة وهي المعاونة والمقاربة .

وشرعا : عصوبة سببها زوال الملك عن الرقيق بالحرية ، وهي متراخية عن عصوبة النسب فيرث بها المعتق ويلي أمر النكاح والصلاة ويعقل .

والاصل فيه قبل الاجماع قوله تعالى « ادعوهم لآبائهم » الى قوله تعالى « ومواليكم » .

وقوله (ص) انما الولاء لمن اعتق .

وقوله الولاء لحمة كلحمة النسب .

(٢) في الالمام لابن دقيق العيد (ص ٣٨٣) عن ابن عمر قال : قال رسول الله (ص) : الولاء لحمة كلمة النسب ، لا يباع ولا يوهب ولا يورث . رواه أبو يعلي الموصلي ، ثم ابن حبان في صحيحه . (وانظر جامع مسانيد الامام ، ج ٢ ص ١٧٣ – ١٧٤) .

(٣) ورد هذا الحديث في كتب السنة بصيغة « الولاء لمن اعتق » (نيل الاوطار ، ج٥ ص٢٠٤) وفي صيغة أخرى « الولاء لمن اعتق وان اشترطوا مائة شرط » (نيل الاوطار ، ج ٥ ص ٢٠٤) وقد روى فيه هذا الحديث عن طريق عائشة وعن ابي هريرة وعن ابي عمر ، وانظر موطأ مالك في بيع الولاء ٧٩٧ ص ٢٨١ – ٢٨٢ .

فصـــــل

ثبوت الولاء للعصب

٧١٠٦ – وهو يثبت للعصب ولا يرث أحد مع العصب عند ابي حنيفة ومحمد •

وهو قول عامة الفقهاء ويتبين ذلك في امرأة اشترت عبدا يكون للاب السدس وللابن خمسة أسهم من ستة كما فى قسمة الميراث •

فصـــــل

٧١٠٧ – وقال أبو حنيفة فى أمرأة اسلمت على يدى رجل ووالته انه يصير مولى لها ويدخل تحت ولائه من ولدت بعد ذلك ومن لم تلده قبل ذلك لانه حق يسرى كالنسب •

٧١٠٨ – وقال أبو يوسف ومحمد لا يدخل •

٧١٠٩ – وفي الاستحسان يكون للاب لان الولاء كالنسب •

٧١١٠ – ولا يثبت النسب في حق الغير بقول واحد من الورثة •

والاستحسان انا قبلنا قوله في العتق وهو المستحق للولاء فيقبل قوله في ذلك •

فصـــــل

٧١١١ – ولو كان معه وارث غيره أعنى ابن آخر فكذبه وجب على العبد السعاية للذى كذبه ويكون الولاء نصفه للذى استسعاه ونصفه للاب عند ابي حنيفة •

وقال أبو يوسف ومحمد يكون النصف موقوفا •

فصـــــل

إعتاق الحربي عبداً

٧١١٢ ـ والحربي اذا اعتق عبدا فى دار الحرب حربيا لا ينفذ عتقه الا أن يخلى سبيله فيعتق ويكون الولاء له ، وله ان يوالي من شاء عند ابي يوسف ومحمد ، ولا ينفذ العتق عند ابي حنيفة لان ملكه غير تام على ما في يده ، لانه يجوز أخذه من غير قضاء ولا رضاء فهو على سبيل الاباحـــة •

فصـــــل

٧١١٣ ـ وقال أبو يوسف ليس له ان يوالي من شاء ، وولاؤه له •

فصـــــل

إعتاق مسلم عبداً في دار الحرب

٧١١٤ ـ ولو ان مسلما دخل دار الحرب واشترى عبدا من أهـل الحرب فأعتقه عتق في القول بالاستحسان ، والولاء له في قول أبي حنيفة وهو قول محمد في هذه الرواية •

٧١١٥ ـ وفى قول ابى يوسف ولاؤه له وهو قول محمد فى السـير الكبير وفرق محمد بين المسلم والحربي •

فصـــــل

عبد مسلم أعتق في دار الحرب

٧١١٦ ـ ولو كان العبد مسلما واعتقه مسلم او حربي فى دار الحرب أو فى دار الاسلام فولاؤه له بالاتفاق •

فصـــــل

باع مولاه من حربي

٦١١٧ ـ واذا تسلط رجل من أهل الحرب على مولاه فباعه من حربي

أو مسلم صار العبد حرا عند ابي حنيفة لان ملك مولاه زال عنه وصار المالك مملوكا .

٧١١٨ – وقال أبو يوسف ومحمد لا يعتق الا ان يخـــرج الى دار الاسلام أو يظهر عليه المسلمون .

فصـــل

عدم تحول الولاء

٧١١٩ – وقال اصحابنا فى أمة اشتراها رجل من بني أسد ، فاعتقها ثم اعتقت عبدا ملكته ، ثم انها ارتدت والعياذ بالله تعالى ولحقت بدار الحرب فسبيت ثم اشتراها رجل من بني همذان فجنى العبد جناية فان عقله على ابن أسد في قول أبي يوســف الاول والولاء لا يتحـــول بعد ثبوته كما لا يتحول النسب ، وفي قوله الآخر وهو قول محمد عقله على بني همذان، لانه الولاء لهم في هذه الحال وهو تابع لولاء الامـــة يدور حيث دار ، وميراثه للمرأة .

فصـــل

إقرارها بمولى الصغير

٧١٢٠ – ولو ان امرأة في يدها ولد صغير لا يعرف أبوه ، وأقرت لرجل انه مولاه [فولاؤه] له والاعتاق اعتاقه ، قال زفر اقرارها جائز عليها وعلى ولدها .

٧١٢١ – وقال ابو يوسف ومحمد يجوز على نفسها ولا يجوز عـلى ولدها ، وهذا ينبني على جواز موالاتها ، وهي المسئلة التى مضت .

فصـــل

أقر لرجل بأنه مولاه

٧١٢٢ – فاذا أقر رجل لرجل بأنه مولاه الذى اعتقه والمقر له ينكر

ذلك ، ويكذبه وأراد ان يقر بولائه لآخر لا يجوز عند ابي حنيفة •

٧١٢٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ، وهذا مثل قول المولى هذا العبد عبدى فلان وكذبه العبد وأراد ان يدعيه لنفسه لا يجوز عند ابي حنيفة •

وقال ابو يوسف ومحمد يجوز لانه لم يثبت بعد من العبد •

فصـــــل

أقر بأنه مولى لامرأة

٧١٢٤ ـ واذا أقر الرجل بانه مولى لامرأة اعتقته فكذبته المرأة وقالت لم اعتقك ولكن اسلمت على يدي والدى فهو مولى لها وليس لها ان تحول ولاءه عند ابي حنيفة الى غيرها •

ولها ذلك عند ابي يوسف ومحمد والاصل واحد على ما مضى •

فصـــــل

لا ولاء للنساء إلا بالعتق والموالاة

٧١١٨ ـ ولا يثبت الولاء للنساء الا ان يعتقن او يوالين ، لانه يجرى مجرى التعصيب فلا يثبت للنساء •

فصـــــل

ترتيب الولاء

٧١١٩ ـ والاخ للاب والام اولى بالولاء ويقدم على الاخ للاب ، وعن الشافعي فى بعض الاقوال انهما سواء لتساويهما فى الانتساب الى الاب • وكذلك قال في النكاح في أحد قوليه والصلاة على الجنازة •

فصـــل

جر الولاء

٧١٢٠ ـ رجل زوج عبده مولاة لقوم فأولدهـــا أولادا فهم أحرار وولاؤهم لمولى الام وان اعتق المولى الاب فانه يجر الولاء اليه لان الاب هو العصبة وأولى بالميراث •

فصـــل

٧١٢١ ـ ولو كان مكان الاب جد فاعتقه المولى لم يجر الولاء سواء كان الاب حيا او ميتا •

والجد لا يجر الولاء ولا يصير الولد مسلما باسلامه ، ولا يحجب الام الى السدس ، ولا ينفرد بنفقة الصغير ، وبهـــذه الاحكام خالف الجد الاب •

٧١٢٢ ـ وفي الولاء مسائل كثيرة وفروع موقوفة مع المسائل ، ولا يمكن ذكر الجميع •

واذا قد ذكرنا أحكام الاقوال فى المعاملات والمناكحـات وسائر ما طريقة القول ، وجميع ما تقدم فى هذه الكتب اما ان يكون الرجل يجوز له ان يتولى ذلك بنفسه أو بغيره ومنها ما يتولاه بنفسه ولا يتولاه بغيره ومنها ما يتولاه بغيره ولا يتولاه بنفسه ومنها ما لا يجوز له ان يتولاه بنفسه ولا بغيره فالعقود الجائزة في الشرع يجوز له أن يتولاها بنفسه ويتولاها بغيره وما يتولاه بنفسه ولا تجوز النيابة فيه فهو الوطء فى النكاح وملـك اليمين والعبد والاحتشاش واخذ الماء من المواضع المباحة ، وما يتولاه الغير له ولا يجوز له ان يتولاه فهو كالحكم والشهادة يجوز له ان يفعله الغير له ولا يجوز ان يفعله لنفسه ، ومالا يجوز ان يتولاه لنفسه ولا يجوز للغير ان يفعله فهو سائر العقود الباطلة المحرمة لا يجوز ان يفعلها ولا تفعـــل لاجله •

واذا قد ذكرنا الاقوال وأحكامها وجب ان نذكر الافعال[1] ونبتدى من ذلك بالجنايات •

(١) بالرغم مما يشوب هذا التسلسل من تكلف فان هذا التقسيم لاحكام الفقه تقسيم دقيق يدور حول رد مصادر الالتزام الى واقعتين ينشأ عن كل منهما بعض مصادر الالتزام او الحق وهاتان الواقعتان هما : القول والفعل • ويمتاز هذا التقسيم الذى يذهب اليه الفقه الوضعي الحديث كما أشار السنهوري في مبسوطه بكونه يرد تقسيم مصادر الالتزام الى أبسط الوقائع • ويمتاز السمناني بكونه عمم التقسيم فجعله شاملا لمصـــادر الالتزام والحق بينما وقف الفقه الوضعي الحديث فى هذا التقسيم عنـد حدود الالتزام •

كتاب الجنايات

وهذا كتاب الجنايات[1]

٧١٢٣ - ترجم بعض الفقهاء هـذا الكتاب بكتاب القصـاص[2] والديات[3] ، وبعض بالجنايات ، وقد يتفق جناية لا قصاص فيها ولا دية

---

(١) الجنايات جمع جناية وفي لسان العرب : « جنى الذنب عليه جناية جره ، ورجل جان من قوم جناة ، وجناء ، الاخيرة عن سيبويه .. وفي الحديث « لا يجنى جان الا على نفسه » الجناية الذنب والجرم ، وما يفعله الانسان مما يوجب عليه العقاب او القصاص في الدنيـا والاخرة ، والمعنى انه لا يطالب بجناية غيره من أقاربه وابا عده، فاذا جنى احدهم جناية لا يطالب بها الاخر ، لقوله عز وجل « ولا تزر وازرة وزر أخرى » .

وتجنى فلان على فلان ذنبا اذا تقوله عليه وهو برىء ، وتجنى عليه وجانى اذا ادعى عليه جناية .

(٢) جاء في لسان العرب في مادة (قصص) :

القصاص والقصاصاء (بالكسر والضم) القود ، وهو القتل بالقتل أو الجرح بالجرح .

والتقاص : التناصف في القصاص، وتقاصّ القوم اذا قاص كل واحد منهم صاحبه في حسابه او غيره والاقتصاص : أخذ القصاص .

والاقصاص : ان يؤخذ لك القصـاص ، وقد أقصه وأقص الامير فلانا من فلان اذا اقتص له منه فجرحه مثل جرحه او قتله قودا .

واستقصه : سأله ان يقصه منه .

(٣) جاء في لسان العرب في مادة (ودى) :

الدية حق القتيل ، وقد وديته وديا .

الجوهري : الدية واحدة الديات ، والهاء عوض من الواو ، تقول : وديت القتيل اديه دية اذا أعطيت ديته .

←

ولا تخرج ان تكون جناية فتسميته بالجناية أعم وبالقصاص والديات أخص، ولكل واحد من القولين وجه في التسمية •

فصـــــل

القتل محظور

٧١٢٤ ـ والقتل محظور في الجملة على كل قاتل الا ان يوجد اذن الشرع له في ذلك •

٧١٢٥ ـ وهو من الكبائر[١] المتوعد عليها المجمع على ذلك وهو مغلظ على الكبائر •

٧١٢٦ ـ وفيه آيات محكمات وسنن ثابتات وأدلة قاطعة وبراهين بينة، وخلاف كثير وأصول مختلفة • وقد قال تعالى : « ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها ، وغضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما »[٢] •

→

واتديت اى اخذت ديته •

واذا امرت منه قلت : د فلانا ، وللاثنين : ديا ، وللجماعة : دو فلانا ، وفي حديث القسامة : فوداه من ابل الصدقة ، أي اعطى ديته ، ومنه الحديث : ان أحبوا قادوا وان أحبوا وادو ، أي ان شاؤ اقتصوا وان شاؤا أخذوا الدية ، وهي مفاعلة من الدية •

يقال : ودى فلانا اذا ادى ديته الى وليه واصل الدية ودْية فحذفت الواو •

(١) الكبائر جمع كبيرة • وفى التنزيل العزيز : الذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش ، وفي الاحاديث ذكر الكبائر فى غير موضع• والكبيرة هي الفعلة القبيحة من الذنوب المنهى عنها شرعا ، العظيم أمرها كالقتل والزنا والفرار من الزحف وغير ذلك • (لسان لعرب) •

(٢) النساء (٤/٩٣) •

فذكر الله تعالى في هذه الاية حكم الاخرة ، وما اعده من الجزاء لفاعل القتل ، وقد ذكر الخلود في النار ، وضم الى الخلود الخبر عن غضبه واللعنة لفاعله وعظيم عذابه ، وما يستعظمه الله تعالى فلا أعظم منه ولا أكبر .

وذكر في آية أخرى أحكام الدنيا وما يجب به القصاص فقال تعالى :

(يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى)[1] .

ثم ذكر العفو عن بعضنا لبعض ، وبين في آية أخرى ان للولي القصاص وقتل القاتل فقال تعالى : « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل أنه كان منصورا »[2] .

فصل

معنى الإسراف في القتل

٧١٢٧ ـ وقد اختلف في معنى الاسراف فقال بعض العلماء هو المثلة[3] بالقاتل وقال آخرون هو ان يقتل غير القاتل ، وكلا القولين عندنا مراد بالآية فانه لا يجوز الاسراف في المثلة ولا بقتل غير القاتل .

---

(١) البقرة (٢/١٧٨) .

(٢) الاسراء (١٧/٣٣) .

(٣) المُثْلة : تشويه القتيل من الانسان والحيوان وتقطيع اعضائه وقد جاء في لسان العرب « في الحديث نهى رسول الله (ص) ان يمثل بالدواب وان تؤكل الممثول بها ، وهو ان تنصب فترمى أو تقطع اطرافها وهي حية . وفي الحديث : انه نهى عن المُثْلة .

يقال مثلت بالحيوان امثل به مثلا اذا قطعت اطرافه وشوهت به ، ومثلت بالقتيل اذا جدعت انفه وأذنه ومذاكيره أو شيئا من أطرافه ، والاسم المُثْلة . فأما مثل بالتشديد فهو للمبالغة ، ومثل بالقتيل جدعه (لغة العرب) .

٧١٢٨ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « واذا قتلتم فاحسنوا القتلة »[١] .

فصل

متى يجب القصاص

٧١٢٩ ـ ونهى عن المثلة[٢] .

٧١٣٠ ـ وقد قال اصحابنا انه اذا قتل بغير السيف والحديد بمثقل[٣]

---

(١) في نيل الاوطار (جـ٨/١٦٠) « عن شداد بن اوس عن رسول الله (ص) قال : ان الله كتب الاحسان على كل شيء ، فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة ، واذا ذبحتم فاحسنوا الذبح ، وليحد احدكم شفرته وليرح ذبيحته . رواه احمد ومسلم والنسائي وابن ماجة » .

(٢) في سنن النسائي (٧/١٠١) عن أنس قال : كان رسول الله (ص) يحث في خطبته على الصدقة وينهى عن المثلة . وانظر ايضا نيل الاوطار جـ٧ ص٢٣ ، وفيه عن عمران بن حصين قال : « ما خطبنا رسول الله (ص) خطبة الا امرنا بالصدقة ونهانا عن المثلة » .

(٣) جاء في سبل السلام (٣/٢٣٦) « عن أنس بن مالك (رض) ان جارية وجد رأسها قد رُضّ بين حجرين فسألوها من صنع بك هذا ؟ فلان ، فلان ، حتى ذكروا يهوديا فاومأت برأسها فاخذ اليهودي فأقر ، فأمر رسول الله (ص) ان يُرَضّ رأسه بين حجرين . متفق عليه واللفظ لمسلم (صحيح مسلم ١١/١٥٨) . الحديث دليل على انه : يجب القصاص بالمثقل كالمحدود وانه يقتل الرجل بالمرأة وانه يقتل بما قتل ، فهذه ثلاث مسائل : الاولى وجوب القصاص بالمثقل واليه ذهب الهادوية والشافعي ومالك ومحمد بن الحسن ، عملا بهذا الحديث ، والمعنى المناسب ظاهر قوي ، وهو صيانة الدماء من الاهدار ، ولأن القتل بالمثقل كالقتل بالمحدد في ازهاق الروح ، وذهب ابو حنيفة والشعبي والنخعي الى انه لا قصاص في القتل بالمثقل ، واحتجوا بما اخرجه البيهقي من حديث النعمان بن بشير مرفوعاً « كل شيء خطأ الا السيف ، ولكل خطأ أرش » وفي لفظ « كل شيء سوى الحديدة خطأ ولكل خطأ أرش » واجيب بأن الحديث مداره ←

كالحجر العظيم والخشبة العظيمة انه لا قصاص عليه عند ابي حنيفة •

٧١٣١ ـ وقال ابو يو سف ومحمد يجب القصاص بكل آلة الغالب عليها ان القتل يحصل بها •

٧١٣٢ ـ وهو قول الشافعي •

٧١٣٢ ـ واتفق اصحابنا على انه لا يستوفى القصاص بذلك اذا وقع به القتل •

٧١٣٤ ـ وقال الشافعي يقتل القاتل بمثل ما قتل به من الآلات ، الا اللواط فانه يعمل له خشبة وتوليج فيه حتى يموت •

٧١٣٥ ـ وان قتله بخمر فانه لا يسقى الخمر ولكن يسقى بالماء حتى يموت •

٧١٣٦ ـ وكذلك قال بعض اصحابنا انه لا يقتل بالنار •

٧١٣٧ ـ وجملة القول ان الذي يعتمد عليه ان الله تعالى قال فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به •

وان النبي صلى الله عليه وسلم رضخ[1] رأس يهودي بين حجرين

→

على جابر الجعفي وقيس بن الربيع ولا يحتج بهما فلا يقاوم حديث أنس هذا ، وجواب الحنفية عن حديث أنس بانه حصل في الرض الجرح أو بان اليهودي كان عادته قتل الصبيان فهو من الساعين في الارض فسادآتكلف أ•هـ (وانظر نيل الاوطار ج٧ ص١٨ ـ ١٩) واقضية رسول الله للقرطبي ص٨ •

(١) جاء في اقضية رسول الله للقرطبي ، ص٨ ، بعد حديث من قتل احداً بحجر : « وفي هذا الحديث من الفقه ان يقتل القاتل بمثل ما قتل من حجر أو عصا أو خنق أو شبهه ، وهو قول مالك ، بخلاف قول اهل العراق الذين يقولون لا قود الا بحديده • وجاء في نيل الاوطار (ج٧/٢٣) تفصيل

←

لانه كان رضخ رأس جارية من الانصار وهو خبر رواه ابو هريرة رضى الله عنه ، وهو صريح في الآلة لو فعل به مثل ما فعل فلم يمت انه يقتل بعد ذلك ، وليس هذا مثلة اذا ضربه بعدد تلك الضربات فلم يمت انه يقتل بعد ذلك ، وقال اصحابنا في اخذنا دلالة على انه كان قبل النهي عن المثلة .

٧١٣٨ ـ وقد روى عنه عليه السلام انه قال :

لا قتل الا بالسيف وروى بحديدة وهو نص في الاستيفاء والوجوب ، وتركوا قولهم في الخمر واللواط .

فصل

٧١٣٩ ـ وهذا عند ابي حنيفة شبه العمد ، قبل الخطأ شبه العمد .

٧١٤٠ ـ قتل السوط والعصا فيه مائة من الابل فيها اربعون خلفة (في بطونها اولادها)[1] .

فصل

أنواع القتل

٧١٤١ ـ وقال اصحابنا ، القتل على ثلاثة اضرب :

←

اختلاف الفقهاء في صدد القتل بمثل ما قتل القاتل وان هذا هو قول الجمهور خلافا لما ذهب اليه العترة والكوفيون ومنهم ابو حنيفة واصحابه استنادا الى حديث « لا قود الا بالسيف » .

(١) كذا وصواب هذه العبارة يتضح بالرجوع الى حديث « الا ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل منها اربعون خلفة في بطونها اولادها (الالمام جـ١ ص٤٥٣) .

١ ـ عمد[١] ٢ ـ وشبه عمد[٢] ٣ ـ وخطأ[٣] .

٧١٤٢ ـ وقال مالك بن انس ، لا اعرف شبه العمد والقتل على ضربين عمد وخطأ ، فاما شبه العمد فلا اعرفه ، وقد بينا ان فيه سنة ثابتة نادى بها النبي صلى الله عليه وسلم عام الفتح[٤] واشتهر امرها فلم يعرف متى قال ما قال .

---

(١) عرف الطحاوي في مختصره (ص٢٣٢) القتل العمد بأنه « ما تعمده بالسلاح أو بما سواه مما يجرح فقتله به » .

(٢) عرف الطحاوي القتل شبه العمد (ص٢٣٣) بأنه ما اريد وتعمد فاصيب به النفس بما لا قصاص فيه مما مثله يقتل ومما مثله لا يقتل ، وقد انتقد ابن حزم مذهب الحنفية والشافعية في شبه العمد (عمد الخطأ) (المحلى ١٠/٣٤٣) وذهب الى ان شبه العمد عمد فيه القود أو الدية كما في سائر العمد لانه عدوان . (ايضا) .

(٣) وعرف الطحاوي القتل الخطأ (ص٢٣٢) بانه ما أصابه فقتله مما لم يرده ، وانما اراد غيره .

وفي القتل العمد القود وهو القصاص بالسيف لا بما سواه ، الا ان يصطلح على ذلك الجاني وولي المجنى عليه فيجوز عليهما من ذلك ما اصطلحا عليه ويبطل به القود ، ويكون ما اصطلحا عليه على الجاني في ماله ، ولا كفارة في ذلك على الجاني .

وفي شبه العمد في قولهم جميعا الكفارة والدية تغلظ فيها في الابل خاصة دون ما سواها من اصناف الدية .

وفي القتل الخطأ الدية على العاقلة في ثلاث سنين في كل سنة فيها ثلثها . (مختصر الطحاوي ، ص٢٣٢ ـ ٢٣٤) وانظر في هذا التقسيم الثلاثي المبسوط للسرخسي ٢٦/٥٩ .

(٤) الظاهر ان حجة القائلين بشبه العمد حديث « ... الا ان دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل اربعون خلفة في بطونها اولادها » (سنن ابي داود ٢/٥٠١) والالمام لابن دقيق العيد ، ص٤٥٣ ، وقد انكر المالكية هذا الحديث فجاء في احكام القرآن لابن العربي (ص٤٧٩) هذا حديث لم يصح . وانظر ايضا الدية واحكامها للسيد خالد رشيد الجميلي (ص ٨٤) .

٧١٤٣ ـ ومثل قولنا قال الشافعي في ذلك •

فصـــــل

الجراح ضربان

٧١٤٤ ـ واتفق جميع العلماء على ان الجراح كلها على ضربين عمد وخطأ ، وليس فيها شبه عمد ، وهو (قول) مالك لولا السنة المروية في ذلك •

فصـــــل

هل لقاتل العمد توبة ؟

٧١٤٥ ـ وقد اختلف الصحابة (رض) في ذلك هل لقاتل العمد توبـة •

٧١٤٦ ـ فقال ابو هريرة وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم لا توبة له ، وقال في الحجة[١] هل يستطيع ان يبتغي نفقاً في الارض أو سلما في السماء[٢] ؟ فقال السائل لا ، فقال فلا توبة للقاتل •

٧١٤٧ ـ وقال عمر بن الخطاب (رض) توبته مقبولة ، وتلا قولـه تعالى (غافر الذنب وقابل التوبة)[٣] •

---

(١) لعله اراد بذلك الاشارة الى كتاب الحجة على اهل المدينة ؟

(٢) اشارة الى قوله تعالى « فان استطعت ان تبتغي نفقا في الارض أو سلما في السماء (الانعام ٦/٣٥) •

(٣) اي ان القصاص وحده في نظر الحنفية عقوبة اصلها في القتل العمد ولا تجب الدية بديلا عنه الا برضا القاتل (انظر الدية واحكامهـا للسيد خالد رشيد الجميلي ص٩٤) •

فصـــل

تبعة الآخرة

٧١٤٨ – واختلف العلماء فيما اذا استوفى منه القصاص في الدنيا هل يبقى عليه تبعة في الآخرة ام لا ؟ فمنهم من قال ، ليس عليه شيء لانه قد استوفى منه مثل ما فعل فلا يبقى عليه تبعة .

٧١٤٩ – وقال آخرون يبقى عليه حق الله تعالى ، واقدامه على مخالفة وعيده ، وانما تعجل حق المقتول في الدنيا ، وقد قال تعالى :

(والذين لا يدعون مع الله الاها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ، ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق آثاماً ، نضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيها مهانا الا من تاب)[1] الآية وهذه الآية تدل على قبول التوبة ، واذا سقط الذنب مع التوبة فمع استيفائه مثلة ، والامر في الجميع مقتبس .

فصـــل

القود في العمد

٧١٥٠ – وقيل العمد يوجب القود ولا يوجب الدية الا ان يرضى بذلك القاتل[2] .

٧١٥١ – وقال مالك والشافعي ولي المقتول بالخيار ان شاء قتل وان شاء اخذ دية المقتول ، لانه عليه السلام قال :

(من قتل له بعد ذلك قتيل فاهله بين خيرين ان احبوا قتلوا وان

---

(١) الفرقان (٦٨/٢٥) .

(٢) انظر : الدية واحكامها للسيد خالد رشيد الجميلي ، ص٩٤ .

شاءوا اخذوا الدية)[1] كذا رواه ابو هريرة وابو شريح الكعبي[2] .

٧١٥٢ ـ وقال اصحابنا المراد بذلك اذا بذل القاتل الدية ، ولا تكون دية مأخوذة الا برضا من يؤدى ذلك وانما كان في الجاهلية انه لا تقبل دية اذا بذلت للمولى ،لهذا قال تعالى :

(فمن عفى له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف) يعنى يتبعه الولى ، (واداء اليه) كما أحب (ذلك تخفيف من ربكم ورحمة) والهاء راجعة الى الولى ، فله ان يأخذ ما اعطاه القاتل ، ونهى عن العدوان بعد ذلك في الاخذ والعطاء ، والخبر يتضمن رضا الولى حتى يأخذ الدية ، وليس فيه اسقاط رضا القاتل ، ونحن نضمن ذلك بالدليل على الرضا بالاداء اليه .

فصـــل

٧١٥٣ ـ وقد اتفق الفريقان على ان كل من وجد جنس حقه ، وبذل له ، انه لا يجوز له العدول الى غيره الا برضاء المؤدى من سائر الحقوق وذوات الامثال[3] .

٧١٥٤ ـ والقتل انما شرع لصيانة الدماء وردعا عن القتل ، فكل من يجب قراره في دارنا على التأبيد فالقصاص مسوغ بقتله في الجملة ،

---

(١) احتج الشافعي بهذا الحديث في القول ان القصاص والدية عقوبتان اصليتان في القتل العمد وان ولى الدم يتخير منهما ما شاء ولا اعتبار لرضا الجاني (انظر الدية واحكامهما للسيد خالد رشيد الجميلي ، ص٩٨) ونيل الاوطار جـ٧ ص٩ وفيه ان هذا هو ايضا مذهب الهادوية والناصر وابي حامد والشافعي في قوله ، فقد روى ابو شريح الكعبي ان النبي قال عام الفتح : « من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ان أحب اخذ العقل وان احب فله القود » .

(٢) انظر نيل الاوطار ج٧ ص٨ .

(٣) هذا قياس مع الفارق .

وسائر الناس في هذه الجملة سواء ، المسلم والذمي والحر والعبد والصغير والكبير والذكر والانثى والقريب والبعيد ، وكل هذه الجملة مختلف فيها .

فصـــــل
قتل المسلم بالذمي

٧١٥٥ – فالمسلم يقتل بالذمي عندنا[١] ، ولا يقتل بالمستأمن في اصح الروايتين .

٧١٥٦ – وقد روى الطحاوي في مختصره عن ابي يوسف انـــه يقتل به[٢] .

٧١٥٧ – وقال الشافعي وغيره لا يقتل مؤمن بكافر .

٧١٥٨ – وان جرح الذمي ذمياً فاسلم الجارح ثم مات المجروح قتل

---

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (٢/١٧٧ – ١٧٨) ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان رجلا من بني شيبان قتل رجلا نصـرانيا من اهل الجزية فكتب والى الكوفة الى عمر بن الخطاب بذلك ، فكتب اليه عمر (رض) ان ادفعه الى اولياء القتيل فان شاءوا قتلوا وا شاءوا عفوا عنه ، ثم كتب اليه ان افده بالدية من بيت المال ، وذلك انه بلغه انه فارس من فرسان العرب .

(٢) قتل المسلم بالمستأمن اساسه حديث عبدالله بن عمرو عن النبي (ص) انه قال : « من قتل معـاهدا لم يرح رائحـة الجنـة » رواه احمد والبخاري والنسائي وابن ماجة ، وفي رواية ابي هريرة عن النبي (ص) انه قال « الا من قتل نفسا معاهدة لها ذمة الله وذمة رسوله فقد اخفر ذمة الله ، ولا يرح رائحة الجنة » وقد روى هذا الحديث عن ابى هريرة من غير وجه مرفوعا « قوله معاهدا » والمعاهد هو الرجل من اهل دار الحرب يدخل دار الاسلام بامان فيحرم على المسلمين قتله بلا خلاف بين اهـل الاسلام حتى يرجع الى مأمنه ويدل على ذلك قوله تعالى « وان احدا من المشركين استجارك فاجره حتى يسمع كلام الله ، ثم ابلغه مأمنه » . (نيل الاوطار ج٧ ص١٤ – ١٥) .

المسلم به وان كان مؤمناً .

٧١٥٩ ـ فاذا خرج من الخبر هذا واللفظ يمنع منه حمل اصحابنا الخبر على المسلم اذا قتل الكافر الحربي ، لانه عليه السلام قال :

(ولا ذو عهد في عهده)[١] والكافر الذي لا يقتل به ذو العهد هو الكافر الحربي ، وكذا المؤمن الذي لا يقتل بالكافر مثله لانه معطوف عليه .

وقد روى انه عليه السلام اقاد مسلما بذمي[٢] .

وقال (انا اولى من وفى بذمته) ولانهما تساويا في الحرية وحقن الدم على التأبيد ، وليس بينهما ابوة ولا ملك ، والقتل عمداً يوجب القصاص لانه بهذه الاوصاف يجب القتل على المسلم للمسلم والذمي للذمي .

وقد روى عن ابي يوسف انه رجع عن ذلك ، وفيه بيت شعر :

جار ابو يوسف في حكمه بقتله المسلم بالكافر

---

(١) حديث لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد في عهد رواه احمد وابو داود (نيل الاوطار ، ج٧ ص١٠) .

(٢) جاء في نيل الاوطار (ج٧/١٢) ذهب الشعبي والنخعي وابو حنيفة واصحابه الى انه يقتل المسلم بالذمي ، واستدلوا بقوله في حديث علي وعمرو بن شعيب « ولا ذو عهد في عهده » . وجاء فيه ايضا (ج٧ ص١٣) ومن جملة ما احتج به القائلون بان يقتل المسلم بالذمي عموم قوله تعالى النفس بالنفس « يجاب بانه مخصص باحاديث الباب ومن ادلتهم ما اخرجه البيهقي من حديث عبدالرحمن بن البيلماني « ان رسول (ص) قتل مسلماً بمعاهد » ، وقال « انا اكرم من وفى بذمته » واجيب عنه بانه مرسل ، ولا تثبت بمثله حجة . وبأن ابن البيلماني المذكور ضعيف لا تقوم به حجة اذا وصل الحديث ، فكيف اذا ارسله كما قال الدارقطني .

فصـــــل

قتل الحر بالعبد

٧١٦٠ ـ والحر يقتل بالعبد عندنا اذا كان عبداً لغيره ولا يقتل بعبد نفســـه •

٧١٦١ ـ وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد في كل حال الحر بالحر وقد قابل العبد بالحر وجعله بازائه في الاستيفاء ، واجمعنا على ذلك ولان العبيد يحتاج الى زاجر عن قتلهم كما يحتاج في ذلك الحر •

فصـــــل

قتل الذكر بالأنثى

٧١٦٢ ـ ويقتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر عندنـا وهو قول الشافعي وعامة الفقهاء •

٧١٦٣ ـ وحكى ابو موسى في مختصره(*) ان من الناس من قال لا يقتل حتى يغرمه اولياء المرأة تمام الدية يعنى دية الحر القاتل ، وقال آخرون لا يقتل بحال •

٧١٦٤ ـ وعندنا ان النفوس متكافئة الصحيح والسقيم والحر والعبد

(*) ورددت الاشارة في تكملة تأريخ الطبري للمهداني (ص١٤٤ و ١٤٧) الى محمد بن عيسى المعروف بابن ابي موسى الضرير وانه ولى القضاء بالجانب الغربي من بغداد في خلافة المستكفي سنة ٣٣٣هـ ، وورد ان القضاء بالجانب الشرقي كان الى عبدالله بن ابى موسى الهاشمي فدخل عليه اللصـوص في شهر ربيع الآخر فاخذوا ماله وقتلوه •

والصغير والبالغ والذكر والانثى لقوله تعالى (النفس بالنفس)[1] وقول النبي صلى الله عليه وسلم (العمد قود)[2] ولاجل العلة التي تقدمت لها .

فصـــل

٧١٦٥ ـ ولا يقتل الوالد بولده عندنا ، وهو قول الشافعي [واحمد][*] .

٧١٦٦ ـ وقال مالك الا النفحة بالسيف[3] وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (لا يقتل والد بولده) ولقياس يوجب ان يقتل به لولاالسنة .

فصـــل

قتل الجماعة بالواحد

٧١٦٧ ـ وتقتل الجماعة بالواحد ولا غرم عليه لمن بقى ، وقد قال عمر بن الخطاب (رض) : (لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم به) .

٧١٦٨ ـ وهو قول الشافعي ومالك .

وقال بعض الفقهاء ، يقتل به واحد من الجماعة ويقترعون فمن وقعت عليه القرعة قتل .

---

(١) المائدة (٥/٤٥) .

(٢) في سنن النسائي (٨/٤٠) في باب من قتل بحجر أو سوط عن ابن عباس . من قتل عمدا فقود يده ، فمن حال بينه وبينه فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل .

(*) الافصاح لابن هبيرة (٢/٣٧٥) .

(٣) في الافصاح لابن هبيرة (٢/٣٧٥) قال مالك (اذا قتل الاب ابنه) يقتل به اذا كان قتله له بمجرد القصد كاضجاعه وذبحه فان حذفه بالسيف غير قاصد لقتله فلا يقتل به . والجد في ذلك عنده كالاب . أهـ . والنفح هو الضرب والرمي (لسان العرب) .

٧١٦٩ ـ والقرعة لا توجب القتل على من لا قتل عليه •

٧١٧٠ ـ وقال بعض الفقهاء عليهم دية المقتول •

فصـــــل
القتل بالجماعة

٧١٧١ ـ وعندنا يقتل بالجماعة ، وقال الشافعي يغرم ديات من بقي من العبيد ، ان كان القاتل حراً وان كان عبداً قتل بالجماعة ولا غرم على المولى ، ولانهم ساووه اذا قتلوه فساواهم اذا قتلوا به كالواحد مع الواحد •

فصـــــل
قتل الولد بالوالد إلخ

٧١٧٢ ـ واتفق الجميع على ان الواحد يقتل بالجماعة وان الولد يقتل بالوالد والعبد بالحر والكافر بالمسلم والمرأة بالرجل •

فصـــــل
من لا قصاص بينهم

٧١٧٣ ـ واتفق اصحابنا على ان القصاص لا يجرى بين الاحرار والعبيد في الاطراف ولا بين النساء والرجال والواجب في ذلك الارش والديات •

٧١٧٤ ـ وقال الشافعي كل محصنين جرى القصاص في النفس فانه يجرى في الطرف واعتبر الاطراف بالنفوس •

فصـــــل
ما تجب فيه الكفارة بدلاً من القصاص

٧١٧٥ ـ واتفق الجميع على انه لا يقطع الصحيح بالاشل ولا الكامل الا صابع بالناقص ، ويقتل الصحيح بالزمن وبالمقطوع الاطراف وان حرمة النفس آكد وحكمها اعظم وتجب الكفارة •

فصـــــل
ما لا كفارة فيه

٧١٧٦ ـ ولا يجب بقطع طرف كفارة ولا قسامة •

فصـــــل
لا يقطع عضوان بعضو

٧١٧٧ ـ وقال اصحابنا ، ولا يقطع يدان بيد ، ولا تفقأ عينان بعين ولا تقطع رجلان برجل •

٧١٧٨ ـ وقال الشافعي اذا لم يتميز الفعل قطعت اليدان بالواحدة ، وكذلك سائر الاطراف وقال : لو قطع كل واحد جانبا حتى التقيا فلا قصاص عليهما وتجب الدية كما تقول •

فصـــــل
عدم مضاعفة الدية

٧١٧٩ ـ واتفق الجميع على انه لو كان ذلك خطأ كان الواجب دية واحدة لا ديتين •

فصـــــل
المكرِه والمكرَه

٧١٨٠ ـ ويجب القصاص على المكرِه ولا يجب على المكرَه عند ابي حنيفة ومحمد •

٧١٨١ ـ وقال زفر يجب عليها جميعا ، وهو احد قولي الشافعي •

٧١٨٢ ـ وقال ابو يوسف لا قصاص •

٧١٨٣ ـ وزفر يقول الاكراه لم يبح الفعل فهو كالمختار ، وابو حنيفة

يقول في بعض الطرق عنه انه آلة لمكرِه في الفعل ، وفي بعضها ينقل الفعل اليه •

٧١٨٤ – والصحيح ان الاكراه لنفسه معصية يجب به القتل اذا اتصل به القتل •

فصـــــل

اشتراك العامد والمخطىء

٧١٨٥ – واذا اشترك العامد والمخطىء في القتل فالقصاص على العامد لانه نفس خرجت بخطأ وعمد فهو يشبه العمد ، وهو قول الشافعي •

٧١٨٦ – وقال مالك ، يجب على المتعمد فعله لا فعل الغير •

فصـــــل

٧١٨٧ – واذا اشترك الاب والعامد في قتل الولد فلا قصاص على الاجنبي لان فعل الاب لا يتعلق به القصاص فهو كالخطأ •

٧١٨٨ – وقال الشافعي يجب على الاجنبي القود •

٧١٨٩ – وكذلك الخلاف لو جرحه وجرحه السبع أو جرح نفسه على الخلاف •

فصـــــل

اللجوء إلى الحرم

٧١٩٠ – ومن قتل خارج الحرم ثم لجأ اليه لم يقتل عندنا •

٧١٩١ – وقال الشافعي يقتل •

٧١٩١ – واتفقوا على انه لو قتله وهو حربي ثم اسلم انه لا يقتل •

٧١٩٣ – واتفقوا على انه يستوفى في الطرف في الحرم وسائر الحقوق •

٧١٩٤ ـ واتفقوا على انه لو قتل في الحرم قتل فيه ، لانه فعل فيه مثل ما فعل •

فصـــــل

استيفاء القصاص لمن؟

٧١٩٥ ـ ويثبت استيفاء القصاص لكل وارث عندنا •

٧١٩٦ ـ وقال الشافعي للرجال والنساء •

٧١٩٧ ـ وقال مالك لا حق للنساء في القصاص وذلك في الرجال[١] •

٧١٩٨ ـ لانهن يرثن المال كالرجال •

فصـــــل

عفو أولياء الدم

٧١٩٩ ـ ولو عفا احد اولياء الدم من رجل او امرأة سقط القصاص ، ولمن بقي من الاولياء حصته من الدية وليس له ان يقتص •

٧٢٠٠ ـ وقال مالك ، لمن لم يعف ان يقتص وجعل ذلك كولاية النكاح لكل ولي ان يزوج وبقولنا قال عمر وابن مسعود (رض) •

٧٢٠١ ـ لانه نفس احيى بعضها •

---

(١) رأي مالك اقرب الى تصوير العرف قبيل الاسـلام كما كان مألوفاً في المدينة حيث أخذ بما جرى عليه العمل في المدينة ، والعرف العربي يصدر عن نظام حصر السلطة في رب الاسرة والعصبات من الرجال •

اما الرأي الآخر فيصدر عن تصوير جديد ينظر فيه الى الميراث والى ما تقرر في الشرع الاسلامي من مساواة الرجل والمرأة في الحقوق ، والظاهر ان هذه المسئلة لم تحدث فيها سابقة في زمن البعثة النبوية ، اي لم تقع حادثة طلب فيها القصاص النساء دون الرجال ، ولو كان شيء من ذلك قد وقع لرويت ستة تقطع النزاع •

فصـــــل
عفو المجروح

٧٢٠٢ ـ ولو عفى المجروح عن الجناية ثم مات سقط القصاص ، لانه اسقط الحق مع وجود سببه •

فصـــــل
العفو عن الوارث

٧٢٠٣ ـ ولو عفى عن الوارث فالقياس ان العفو باطل لانه عفى قبل ثبوت حقه فهو كالشفيع اذا اسقط حقه قبل البيع •

٧٢٠٤ ـ وفي الاستحسان ان العفو جائز لان حقه قد تعلق في مرضه ولهذا صح عقده لاجل الوارث فيما زاد عن الثلث •

فصـــــل
سقوط الدية

٧٢٠٥ ـ واذا اسقط القصاص بالعفو هل تسقط الدية ام لا ؟ فقد قالوا ان كان عفى عن الشجة ثم صارت نفسا فعليه الدية في قولهم جميعا ، وان كان عفى عنها وما يحدث منها أو عن الجناية فقد اختلف في ذلك فمنهم من قال عفوه قبل ثبوت الحق ، وقد كان القياس ان يجب القصاص ، وانما سقط بشبهه والدية تثبت مع الشبهة •

فصـــــل
جناية الثاني

٧٢٠٦ ـ واذا قطع رجل يد آخر عمدا من الزند ثم جاء آخر وقطعها من المرفق ثم مات المجني عليه فالقصاص على الثاني عند اصحابنا الا زفر وقد قال الشافعي يقتلان جميعا • لان جناية الثاني ازالة عين الاولى فسقط حكمها والانسان لا يتألم بما فات •

فصـــــل

ما يجب القصاص به

٧٢٠٧ ـ ويجب القصاص في اليد والرجل والعين وفي اصابع اليد والرجل اذا ما اثبتت[1] في ذلك ولا نعلم في ذلك خلافاً •

فصـــــل

الاقتصاص من العين

٧٢٠٨ ـ والعين اذا اراد ان يقتض منها تشد الصحيحة التي لا قصاص فيهـا ويجعل بازاء العين التي فيها القصـاص مرآة محماة وتقابل بها حتى يذهب ضوءها •

فصـــــل

الأذن الصماء

٢٧٠٩ ـ وفي الاذن الصماء القصاص •

فصـــــل

السن

٧٢١٠ ـ والســـن اذا قلعت عندنا يســـتأني بهـا حولا فان ثبتت فلا قصاص فيها واذا لم تثبت ففيها القصاص ، وتبرد بالمبرد اذا كسـرت وتقلع اذا قلعت •

فصـــــل

العين

٧٢١١ ـ والعين اذا قورت واخرج لحمها يفعل بالجاني مثل ذلك لانا لا ندري كم اخذ من باطن العين من اللحم •

---

(١) في نسخة المعهد (اما علة) •

فصـــــل
لا قصاص على المقتص

٧٢١٢ ـ ومن قطع يد انسان فاقتص منه فمات من القصاص لا قصاص على المقتص له باتفاق[١] •

فصـــــل
لا دية على المقتص

٧٢١٣ ـ واختلف في الديـة فقال ابو يوسف ومحمد والشـافعي لا شيء عليه كما لا شيء على الامام اذا قطع السارق •

٧٢١٤ ـ وقال ابو حنيفة تجب دية النفس لانه استوفى غير حقـه ، وروى عنه يجب نصف الدية •

فصـــــل
وفاة المقتص قبل قطع يد الجاني

٧٢١٥ ـ واتفق الجميع على ان المقتص لو مات بعد قطع يد الجاني فان كان استوفى قبل البرء وجب القصـاص على الجاني ، لان الجنايـة صارت نفساً •

فصـــــل
قطع يمنى رجلين

٧٢١٦ ـ ومن قطع يمنى رجلين فانه تقطع يده لهما ويغرم الديـة فتكون بينهما •

٧٢١٧ ـ وقال الشافعي يقطع للاول منهما ، ويغرم دية اليد للثاني ، وهو حجة في القصاص له ان يغرم لمن بقى •

(١) الجواز الشرعي ينافي الضمان •

فصـــــل

يد القاطع شلاء

٧٢١٨ ـ وان قطع يد رجل ويد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع ، فالمجنى عليه بالخيار ان شاء اخذ الدية وان شاء اخذ اليد الناقصة •

٧٢١٩ ـ وقال الشافعي ، له ان يقطع ويأخذ ارش ما فات من الاصابع • وروى عنه انه تجب نصف الدية •

٧٢٢٠ ـ لان التساوي يجب في الاطراف لان فيها معي المال فاذا لم يجد نفس حقه بكماله ثبت له الخيار في اخذ الناقص •

فصـــــل

اليد المقطوعة شلاء

٧٢٢١ ـ ولو كان القاطع صحيح اليد والمقطوع اليد ناقص الاصابع أو يده شلاء فانه يلزمه دية ما فيها من الاصابع عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف انه لا يلزمه دية الاصابع وحكومة عدل فيما قطع من الكف ويجب عليه دية اليد وحكومه عدل •

فصـــــل

قطع يد من نصف الساعد

٧٢٢٢ ـ ومن قطع يد رجل من نصف الساعد فلا قصاص في ذلك عليه وعليه دية اليد وحكومة فيما قطع من الذراع ، وقد روى عن ابي يوسف ان عليه دية اليد خاصة •

فصـــــل

للوصي استيفاء القصاص

٧٢٢٣ ـ واتفق اصحابنا على ان للوصي ان يستوفى القصاص

للصبي فيما دون النفس ، وليس له ان يستوفي في النفس ، فلو قتل عبد اليتيم أو وليه فليس له ان يقتص عندهم .

٧٢٢٤ – وقال بعض اصحابنا ان القياس ان يقتص في الجميع .

فصـــل
للأب أن يقتص

٧٢٢٥ – وقالوا في الاب له ان يقتص في النفس والطرف وفي العبد التي تقتل لولده الصغير .

٧٢٢٦ – وقال الشافعي الاب والوصي في ذلك سواء فلا يستوفى قصاص في نفس ولا طرف لانه اتلاف حق على الصغير ، ونحن نقول استيفاء حق للصغير يجوز ان يستوفى بالغير في حق البالغ كالمال .

فصـــل
قتل بلا وارث

٧٢٢٧ – ومن قتل ولا وارث له فالامام بالخيار ان شاء اقتص له ، وان شاء اخذ الدية وليس له ان يعفو ، هكذا حكم عثمان بن عفان في عبدالله بن عمر حين قتل الهرمزان الذي اتهم بقتل ابيه .

فصـــل
ثبوت القصاص لصغير وكبير

٧٢٢٨ – واذا ثبت القصاص لصغير وكبير فللكبير ان يستوفى القصاص قبل بلوغ الصغير عند ابى حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي ليس له ذلك حتى يجتمعا على القصاص بعد البلوغ لان الحق ثبت لمعين لم يتم استيفاؤه[1] .

---

(١) تفرقه بين ثبوت الحق نفسه وبين ثبوت الحق في الاستيفاء وبعبارة اخرى بين المديونية والمسؤولية .

فصـــــل

بعض الورثة غائب

٧٢٢٩ ـ واتفق الفريقان على انه لو كان بعض الورثة غائبا ليس للحاضر ان يقبض مع غيبته وعن مالك ، الغائب والصغير سواء ، ويستوفى القصاص بناء على اصلنا ان لكل واحد ان يستوفى القصاص منفردا •

فصـــــل

قطع عضو ناقص

٧٢٣٠ ـ واتفق اصحابنا على ان من قطع لسان الاخرس أو ذكر العنين أو قلع العين العوراء أو السن السوداء أو رجل طفل لم يمش فانه لا قصاص في ذلك اذا كان عمدا ولا دية اذا كان خطأ وفي جميع ذلك حكومة عدل •

فصـــــل

القتل بالإلقاء من شاهق والخنق إلخ

٧٢٣١ ـ ولو نكس رجل رجلا من شاهق أو خنقه أو غرقه في ماء فعليه الدية ولا قصـاص عليه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسـف ومحمد والشافعي في ذلك القصاص اذا كان بحيث لا ينجو فيه •

٧٢٣٢ ـ وقال ابو حنيفة ان وجد الخناق يخنق في المصر وتكرر منه فان الامام يقتله دون اولياء المخنوق •

فصـــــل

ثبوت القصاص بين اثنين

٧٢٣٣ ـ واذا ثبت القصاص بين اثنين في مملوك لها واحدهما صغير والآخر كبير فمن اصحابنا من حكى عن ابي حنيفة ان ذلك والمسألة المتقدمة

سواء فللكبير ان يقتص عند الحنفية ، ومنهم من قال ليس للمولى الكبير ان يقتص في الملك وهو بخلاف الولي سمعت هذا من شيخنا قاضي القضاة في درس هذه المسئلة .

٧٢٣٤ – ولم ار منصوصاً في القصاص في الطرف اذا ثبت لصغير وكبير هل للكبير ان يستوفى ، ولعل فيه نص لم اره ولا بلغني .

٧٢٣٥ – وعند ابي يوسف ومحمد لا اشكال انه لا يستوفى حتى يبلغ الصغير ، والا ظهر عندي على اصل ابي حنيفة انه لا يستوفى الا ان يكون الشريك في ذلك اب أو وصي[1] ، فان كان ممن لا يتصرف على الصغير فلا يستوفى ذلك .

فصـــل

لا قصاص في الشجاع

٧٢٣٦ – ولا قصاص في شيء من الشجاج الا الموضحة فانه يقتص بقدرها اذا كانت عمدا .

فصـــل

لا قصاص في كسر عظم

٧٢٣٧ – ولا قصاص في كسر عظم ولا هشمه .

وسنذكر في الديات حكم الشجاج لان ذكرها هناك أليق .

فصـــل

الأنامل

٧٢٣٨ – ومن له انملتان فجاء رجل له ثلاثة انامل فقطع العليا من

---

(١) في النسختين (أب للوطىء) والسياق يقتضي ما اثبتناه .

الانملتين فلا قصاص عليه ، ولو ذهبت انملته العليا استوفى القصاص من الوسطى لان الجناية على وقوعها غير موجبة القصاص •

فصـــــل

قطع إصبعاً فشلت أخرى

٧٢٣٩ ـ ومن قطع اصبع رجل عمدا فشـلت اخرى الى جنبها من القطع سقط القصاص ووجب دية الاصبعين عند ابي حنيفة •

وقالا وقال الشافعي يقتص في المقطوعة ويجب أرش التي نسلت •

٧٢٤٠ ـ لان الجناية الواحدة اذا وجب بها ارشان سقط القصاص كما لو كانت الجناية خطأ •

فصـــــل

قطع يمين رجلين

٧٢٤١ ـ واذا قطع رجل يميني رجلين فعفا احدهما فهو على ثلاثة اوجـه :

اما ان يعفو قبل قضاء القاضي واستيفاء الدية أو يكون العفو بعد القضاء وقبل استيفاء الدية أو بعد القضاء واستيفاء الدية •

فان كان قبل قضاء القاضي فلمن لم يعف قطع يده في قولهم جميعا •

وان كان بعد القضاء قبل الاستيفاء فهو مثل الاول عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد لا يجوز ان يقتص ، ولكن يأخذ ارش اليد •

واما ان كان بعد القضاء واستيفاء الدية فعند ابي حنيفة وابي يوسف يجب القصاص للآخر في القياس ولكنهما استحسنا وقالا لا قصاص لكن يأخذ تمام دية اليد •

وهو قول محمد وكذلك لو اخذ به رهنا[1] .

فصـــل

العفو بعد القطع

٧٢٤٢ – ومن وجب له قصاص في نفس أو قطع (فقطع) الولي يد الجاني ثم عفى عنه فعليه دية اليد عند ابي حنيفة .

٧٢٤٣ – وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء عليه ، وهو قول الشافعي، ولان العفو للسيد الى حين الجناية فيكون اخذ طرفا ليس له اخذه .

فصـــل

عفو أحد الوليين

٧٢٤٤ – واذا عفى احد الوليين عن القصاص ثم قتل الآخر بعد ذلك وهو لا يعلم بالعفو او علم ولكن لم يعلم انه قد حرم عليه القتل فلا قصاص عليه .

وان كان يعلم بالتحريم فعليه القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد .

٧٢٤٥ – وقال زفر عليه القصاص في الاحوال كلها .

٧٢٤٦ – وقال مالك ، لا قصاص عليه في الاحوال كلها .

فصـــل

٧٢٤٧ – وتجب الدية عليه لانه قتل من لا حق له في قتله ويسقط من ذلك مقدار حقه في الدية .

---

(١) في نسخة (ق) : رضا .

(٢) في نسخة المعهد : يستند .

فصـــــل

قطع يده ثم قتله

٧٢٤٨ ـ ومن قطع يد رجل عمدا ثم قتله قبل ان يبرأ من اليد فعند ابي حنيفة للمولى ان يقطع يده ثم يقتله ان شاء •

٢٧٤٩ ـ وقال ابو يوسف ومحمد له ان يقتله وليس له القطع ، وان كان برأ من القطع فله القطع والقتل في قولهم جميعاً •

فصـــــل

٧٢٥٠ ـ ولو كان قطع يده خطأ ثم قتله خطأ فان كان قبل البرء فعليه دية واحد وان كان بعد البرء فعليه دية النفس ودية اليد في قولهم جميعاً لان جناية اليد استقرت بالبرء •

فصـــــل

قطع يده خطأ وقتله عمداً

٧٢٥١ ـ ولو قطع يده خطأ وقتله عمدا فعليه دية اليد في قول زفر •

٧٢٥٢ ـ وقال ابو يو سف ليس عليه دية اليد الا ان يبرأ ، وكذلك ان قطع عمدا ثم قتل خطأ •

فصـــــل

موت من قطع إصبعه عمداً ثم قطع كفه خطأ

٧٢٥٣ ـ ولو قطع رجل اصبع رجل عمدا ثم قطع آخر كفه خطأ ثم مات فلا قصاص على واحد منهما وعلى كل واحد نصف الدية عند زفر •

٧٢٥٤ ـ وقال ابو يوسف يقتص من الاصبع ، وعلى عاقلة الآخر (الديـة) •

٧٢٥٥ – لان جناية الاول استقرت بالقطع فهو كالبرء •

فصـــل

قتل كل من أبوين ابن الآخر

٧٢٥٦ – ولو ان ابوين قتل كل واحد منها ابن الآخر وكل واحد منهما وارث الآخر فجاءا الى الحاكم وطلب كل واحد القصاص •

٧٢٥٧ – قال ابو يوسف لا قصاص وقد سقط عنهما لان كل واحد منهما يلزم في حال ويدرأ في حال •

٧٢٥٨ – وقال زفر للامام ان يبدأ بايهما شاء فيقتله ويبطل قصاص الثاني لانه ورث دم نفسه •

فصـــل

قطع عمداً ثم ارتد

٧٢٥٩ – ومن قطع يد رجل عمدا ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم مات أو قتل فعلى القاطع دية اليد ولا قصاص عليه ، لانه طرأ على الجناية ما يمنع القصاص فاسقطه •

ولو رجع الى الاسلام ثم مات من ذلك فعلى القاطع دية النفس عند ابي حنيفة وابي يوسف لان الجناية صارت نفسا ولذا سقط القصاص لانه سقط بالرق فلا يعود •

فصـــل

٧٢٦٠ وقال محمد بن الحسن تجب دية اليد •

فصـــل

قلع سن دفاعاً عن النفس

٢٧٦١ – ولو عض رجل يد رجل فجذب المعضوض يده فقلع سنه

فلا قصاص عليه في السن ولا دية لانه في حكم الدافع عن نفسه فلا يلزمه ضمان والله اعلم[1] .

٧٢٦٢ - ومن رمى غيره بسهم فقتله فعليه القصاص وهو كالعمد يقتل به اذا كان ذلك بحديد لان ما يتولد من اعتماد القوس فهو في حكم فعل الفاعل لانه عنه تولد القتل[2] .

فصل

٧٢٦٣ - وعلى من رمى عبدا فاعتقه مولاه قبل ان يصيبه السهم بعد الرمي قيمته لا دية حر .

٧٢٦٤ - وقال ابو يوسف ومحمد عليه قيمته مرميا الى غير مرمى ولو كان قطع يد عبده فاعتقه مولاه فعلى القاطع ارش اليد ان مات من ذلك لمولاه ، وان كانت الجناية عمدا فان كان المولى هو الوارث فله ان يقتل الجاني وان كان الوارث سواه أو شريكه فعلى القاطع ارش اليد للمولى ولا شيء عليه سوى ذلك وعتاقه كبرئه من الجناية ، وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف .

---

(١) هذه القاعدة تستند الى قضاء مروى لرسول الله (ص) ففي صحيح مسلم (١٥٩/١١) عن عمران بن حصين قال : قاتل يعلى بن امية رجلا فعض احدهما صاحبه فانتزع يده من فمه فنزع ثنيته فاختصما الى النبي (ص) فقال : « ايعض احدكم كما يعض الفحل ؟ لا دية له » .

وفي سنن النسائي عن عمران بن حصين ايضا ان رجلا عض يده فانتزع يده فسقطت ثنيته أو قال ثناياه فاستعدى عليه رسول الله (ص) فقال له رسول الله (ص) :

ما تأمرني ؟ تأمرني ان آمره ان يدع يده في فيك تقضمها كما يقضم الفحل ؟! ان شئت فادفع اليه يدك حتى يقضمها ثم انتزعها ان شئت الخ .

(٢) اشارته الى التولد من صميم قضايا السببية في المسؤولية الجنائية .

٧٢٦٥ – وقال محمد لا قصاص عليه في الوجهين جميعا ولا شيء عليه سوى ارش اليد ، وهو قول زفر ، وذكر المسئلة الطحاوي في مختصره .

فصـــــل

٧٢٦٦ – ومن رمى مسلما فارتد قبل اصابه السهم فعليه الدية في قول ابي حنيفة .

٧٢٦٧ – وقال أبو يوسف ومحمد لا شيء عليه .

فصـــــل

٧٢٦٨ – ولو رماه وهو مرتد فاسلم واصابه السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعاً اعتبروا حال الرمي .

فصـــــل

باب نذكر فيه مسائل من الرمى

٧٢٦٩ – وقالوا لو رمى صيدا ثم احرم واصابه السهم فلا جزاء عليه عندهم جميعا .

٧٢٧٠ – ولو رماه وهو في الحل واصابه السهم في الحرم فعليه الجزاء في الاستحسان والقياس ان لا جزاء عليه .

فصـــــل

٧٢٧١ – واتفق الجميع ان الرجل لو رمى عبدا فاصابه السهم ثم اشتراه ثم مات من الرمية انه لا قصاص عليه ، وان كان عبدا عند الرمي ولا يرجع على البائع بشيء .

٧٢٧٢ – وهذا الذي ذكرناه من طرائف مسائل الجنايات وهو كتاب كبير ، وقد بينا حكم ما يجب به القصاص فبقي حكم ما تجب به الدية .

كتاب الديات

٧٢٧٣ ـ وهذا كتاب الديات[١] •

قال الله تعالى « وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمناً الا خطأ ، ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ، ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ، وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليماً حكيماً »[٢] •

فصـــل

٧٢٧٤ ـ فقد دلت الآية على وجوه من الفقه منها جواز الاستثناء من الكلام العام ودخول التخصيص عليه •

٧٢٧٥ ـ وقد قال بعض اهل العلم ان قوله عز وجل « الا خطأ » ان المراد بذلك ولاخطأ ، وهذا خطأ لأن المخطىء والناسي لا يدخلان تحت الخطاب •

ومنهم من قال في الكلام اضمار محذوف تقديره : الا وهو اثم في قتله ، الا خطأ فلا اثم عليه •

فصـــل

٧٢٧٦ ـ ومنها ان اسم القتل يقع على المخطىء والعامد ويسمى مع الخطأ ، قاتلا كما يسمى مع العمد ، ودلت الآية على وجوب عتق الرقبة بقتل الخطأ فلو كان العمد مثل الخطأ في الكفارة لبطل فائدة ذكر الخطأ

---

(١) الدية عوض الجناية على النفس أو العضو • وقد عرف هذا الضرب من التعويض لدى اكثر الشعوب القديمة بعد ان خفت وطأة الاخذ بالثأر •

(٢) النساء (٤/٩٢) •

فدل ذكر الخطأ على ان العمد لا كفارة فيه •

٧٢٧٧ ـ وقال الشافعي في العمد الكفارة الواجبة في الخطأ لانها اذا وجدت في الخطأ ففي العمد بالطريق الاولى ، لانه يستعمل في الاعلى فيثبت به في الادنى كمن هو امين على القنطار فهو امين على الدينار ، اولى ، ومن هو امين على دينار فلا يجب ان يكون امينا على القنطار والتأفيف[1] يدل على منع الضرب ومنع الضرب لا ينفى التأفيف ، ولما صح طريق الاول لعظم المأثم في العمد منع ذلك عن الخطأ •

فصـــل

لا يعتق الكافر في القتل

٧٢٧٨ ـ ودلت الآية على ان عتق الكافر لا يجوز في القتل لانه شرط الايمان في ذلك ولو جاز لبطل شرط الايمان •

فصـــل

٧٢٧٩ ـ ودلت الآية على ان كل من يقع عليه اسم مؤمن انه يجزى في ذلك ويدخل في ذلك الصغير والكبير والذكر والانثى لوقوع الاسم عليه •

فصـــل

تسلم الدية

٧٢٨٠ ـ ودلت الآية على وجوب تسليم الدية الى ولي المقتول •

فصـــل

٧٢٨١ ـ ودلت الآية على سائر الاهل سواء فيدخل في ذلك المرأة والزوجات ، خلاف ما قال مالك ان المرأة لا ترث من دية زوجها وترث

---

(١) اشارة الى قوله تعالى « ولا تقل لهما اف » •

مما سوى ذلك ، وقد ورث النبي صلى الله عليه وسلم امرأة اشيم الضبابي[٢] من دية زوجها ، وهو قول الشافعي وعامة الفقهاء .

فصـــل

٧٢٨٢ ـ ودلت الآية على جواز تسليم الجاني الدية وتسليم الحاكم ومن سواه من الناس اذا سلم الى اهله ، لانه لم يذكر المتسلم من هو .

فصـــل

أخذ الدية من العاقلة

٧٢٨٣ ـ ودلت الآية على جواز أخذ الدية من العاقلة لان التسليم يصلح بهم .

فصـــل

عتق الرقبة بالوكيل

٧٢٨٤ ـ ودلت على جواز عتق الرقبة بالوكيل عن القاتل ، ومن قال له اعتق عبدك عني بالف ففعل ذلك .

٧٢٨٤ ـ ودلت على جواز الصدقة بالدية من اهل المقتول ، وانه لا يجب ان يستوفوا ذلك .

فصـــل

العفو عن الدية صدقة

٧٢٨٥ ـ ودلت على ان العفو عن الدية يسمى صدقة .

---

(٢) في اسد الغابة (جـ١ ص٩٩) : « ان عمر كان يقول : الدية على العاقلة ولا ترث المرأة من دية زوجها حتى اخبره الضحاك بن سفيان الكلابي ان رسول الله (ص) كتب اليه ان ورث امرأة اشيم الضبابي من دية زوجها . قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح » ، وكان قتل اشيم خطأ .

فصـــــل

جواز إقامة المؤمن بين الأعداء والكفار

٧٢٨٦ ـ ودلت على ان يجوز ان يكون المؤمن مقيما بين من هو عدو وهو من الكفار •

فصـــــل

الخروج من الأمان

٧٢٨٧ ـ وذلت على انه لا يخرج من الامان بمقامه بينهم •

فصـــــل

الكفارة بقتلى المؤمن في دار الحرب

٧٢٨٨ ـ ودلت الآية على وجوب الكفارة بقتلى المؤمن في دار الحرب، وانه في الكفارة مثل المقيم في دار الاسلام •

فصـــــل

قتل المؤمن المقيم بين العدو عمداً

٧٢٨٩ ـ ودلت الآية على انه لا يقتل ان قتله عمدا لانه ذكر الكفارة دون القصاص والدية •

٧٢٩٠ ـ وقال الشافعي يقتل في العمد في احد قوليه •

٧٢٩١ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يقتل في العمد ويجب بقتلـه الكفارة والدية والآية تنفي ذلك كله ، ولو وجبت الدية لم يكن لقوله تعالى « بينه وبين » للمعاهد معنى ، وقد فرق الله تعالى بينهما في ذلك •

فصـــــل

٧٢٩٢ ـ ودلت الآية على ان المقتول ان كان من قوم بيننا وبينهم ميثاق ان ديته وكفارته لازمة •

فصـــــل

٧٢٩٣ ـ ودلت الآية على انه لا فرق بين ان يكون المقتول مؤمناً أو من اهل العهد لانه عم ولم يخص •

٧٢٩٤ ـ ومن اهل العلم من قال الكناية ترجع الى من هو مؤمن دون الكافر لانه المذكور في اول الآية •

فصـــــل

الصوم أولى من العتق

٧٢٩٥ ـ ودلت الآية على ان الصوم اولى من العتق فانه لا يجوز مع القدرة عليه •

فصـــــل

الإطعام لا يجزى في القتل

٧٢٩٦ ـ ودلت الآية على أن الاطعام لا يجزى في القتل ولا يثبت بدلا من الصوم عند العجز خلافاً لما قاله الشافعي انه يثبت ذلك قياساً على كفارة الظهـار •

فصـــــل

أنواع الخطأ

٧٢٩٧ ـ والخطأ على ثلاثة اوجه :

احدها بان يرمى عَرَضا فيصيب انسانا •

٧٢٩٨ ـ والثاني ان يقتل رجلا يظن انه من اهل الكفر والردة فتبين انه مؤمن •

٧٢٩٩ ـ والثالث ان يضربه بآلة لا يقتل بمثلها في الغالب كالضربة بالسوط والعصا الصغيرة فهذا كله خطأ وتجب فيه الدية والكفارة •

باب معرفة دية الخطأ على من تجب وعمن تسقط •

٧٣٠٠ ـ اعلم ان الدية تجب عندنا بقتل كل نفس لها حرمة ، وكل من يجب بقتله الكفارة يجب بقتله الدية فالكفارة تدل على حرمة المقتول •

فصـــــل

اختلاف الدية باختلاف الذكورة والأنوثة

٧٣٠١ ـ والدية عندنا انما تختلف بالرجل والمرأة ، فسائر الرجال الذكور في ذلك سواء اذا كانوا احرارا مسلمين كانوا أو من اهل الذمة أو معاهدين ، والصغير والكبير في ذلك سواء والعاقل والمجنون في ذلك سواء •

٧٣٠٢ ـ والنساء على النصف من ذلك •

٧٣٠٣ ـ وقال الشافعي ، دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم والنساء على النصف من ذلك ودية المجوسي ثلث دية الكتابي •

٧٣٠٤ ـ وقد اتفق الجميع على انهم في الكفارة سواء •

فصـــــل

الدية لا تختلف

٧٣٠٥ ـ وقد دلت الآية على ان الدية[1] لا تختلف •

٧٣٠٦ ـ وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم في النفس مائة من الابل[2] ، وعندنا هم في القصاص سواء فكذلك الدية •

---

(١) في نسخة (ق) : الذمة ، وفي نسخة المعهد قريب من ذلك والصواب ما ذكرناه على ما يظهر •

(٢) في الالمام لابن دقيق العيد (ص ٤٤٨) ان هذا الحديث ورد في ←

فصـــــل

دية الخطأ أخماس

٧٣٠٧ ـ وعندنا الدية في الخطأ اخماس[١] وهي مائة من الابل منها عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة • هكذا روى حنيفة بن مالك[*] عن عبدالله بن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال احسب انه جعل الدية في الخطأ اخماساً •

٧٣٠٨ ـ وقال الشافعي تكون ارباعاً وليس فيها ابن مخاض •

٧٣٠٩ ـ وهو قول علي بن ابي طالب رضى الله عنه ، خمس وعشرون من كل صنف مما ذكرناه[٢] •

→

الكتاب الذي كتبه النبي (ص) لعمرو بن حزم في العقول • وانظر سبل السلام ٣/٢٤٤ • وجاء في بداية المجتهد (٢/٣٤٠) « خرج أبو داود عن عمرو بن سعيد عن ابيه عن جده ان رسول الله (ص) قضى ان من قتل خطأ فديته مائة من الابل ، ثلاثون بنت مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشر بنو لبون ذكر • قال ابو سليمان الحطابي : هذا الحديث لا اعرف احدا من الفقهاء المشهورين قال به » وجاء (٢/٢٤٩) ان في الكتاب الذي كتبه رسول الله (ص) لعمرو بن حزم في العقول ان في النفس مائـة من الابل • أهـ •

(١) جاء في بداية المجتهد (٢/٣٤٠) قال أبو سلمان الحطابي « اكثر العلماء ان دية الخطأ اخماس وان كانوا اختلفوا في الاصناف » وانظر سبل السلام ٣/٢٤٨ ، وفيها عن ابن مسعود عن النبي (ص) قال : دية الخطأ اخماسا •

(*) كذا وفي نسخة تونس : أبو حنيفة عن مالك •

(٢) جاء في بداية المجتهد (٢/٣٤٠) « روى ان دية الخطأ مربعة عن بعض العلماء وهم الشعبي والنخعي والحسن البصري » •

فصـــــل

الدية من ثلاثة أصناف

٧٣١٠ ـ وهي عند ابي حنيفة من ثلاثة اصناف :

٧٣١١ ـ الابل والذهب والورق فالابل مائة كما ذكرنا ومن الذهب الف مثقال ومن الورق عشرة آلاف درهم •

٧٣١٢ ـ وقال الشافعي [ومالك][1] ان اخذ الورق اخذ اثنى عشر الفا[2] •

٧٣٣١ ـ ولا خلاف ان الدينار عدل في الزكاة بعشرة دراهم حتى جعل نصاب الورق مائتا درهم والذهب عشرون مثقالاً •

فصـــــل

الخيار بين أصناف الدية

٧٣١٤ ـ والخيار عندنا للجاني وعاقلته اذ اداء الواجب له •

٧٣١٥ ـ وقد قال الشافعي ان الذهب والفضة بدل من الابل ويعتبر رضاء اولياء الجناية في ذلك •

(*) في مختلف الرواية : الف دينار •

(١) بداية المجتهد (٢/٣٤١) •

(٢) في بداية المجتهد (٢/٣٤١) قال الشافعي بمصر لا يؤخذ من اهل الذهب ، ولا من اهل الورق ، الا قيمة الابل بالغا ما بلغت ، وقوله بالعراق مثل قول مالك • وعمده قول مالك تقويم عمر بن الخطاب المائة من الابل على اهل الذهب بالف دينار ، وعلى اهل الورق باثنى عشر الف درهم • وعمدة الحنفية ما رووا ايضا عن عمر انه قوم الدينار بعشرة دراهم ، واجماعهم على تقويم المثقال بها في الزكاة •

فصـــــل

الدية ستة أصناف

٧٣١٦ ـ وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه انه جعل الدية ستة اصناف :

٧٣١٧ ـ الابل والذهب والورق كما ذكرناه ومن البقر مائتا بقرة ومن الشاة الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة وهو قول ابي يوسف ومحمد بن الحسن[١] ، غير انهما قالا قيمة كل حلة خمسون ، وقد روى عن ابي حنيفة ذلك ايضا في كتاب المعاقل ٠

فصـــــل

دية شبه العمد

٧٣١٨ ـ فاما دية شبه العمد فهي ارباع خمسة وعشرون بنت مخاض وخمسة وعشرون بنت لبون وخمسة وعشرون حقة وخمسة وعشرون جذعة ، وهكذا قال ابن مسعود (رض) ٠

وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد بن الحسن ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ما بين ثنى الى نازل عامها كلها خلفة في بطونها اولادها وهو قول عمر بن الخطاب (رض) وزيد بن ثابت وابي موسى (الاشعري) وقد جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد روى عن علي رضى الله عنه انه قال ثلاث وثلاثون حقة وثلاث وثلاثون جذعة واربع وثلاثون ما بين ثنى الى نازل غامها كلها خَلِفة في بطونها اولادها[٢]

---

(١) في بداية المجتهد ٢/٣٤٠ ان ما ذهب اليه ابو يوسف ومحمد ابن الحسن في هذا الصدد هو قول الفقهاء السبعة المدنيين ٠

(٢) النسائي (٨/٤٠) عن عبدالله بن عمرو عن النبي (ص) قال : قتيل الخطأ شبه العمد بالسوط أو العصا مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها ٠ (كلهن خَلِفة) ٠ والخلفة هي الناقة الحاملة الى نصف اجلها ٠

وقد روى عن محمد بن الحسن هذا القول ايضا والاول اشهر عنه ، وهو قول المختلفين لاصحابنا من اصحاب الشافعي وغيرهم .

فصل

دية ما في البدن منه إثنان

٧٣١٩ – وكل ما كان في البدن منه اثنان ففيهما الدية .

٧٣٢٠ – وما كان فيه واحد ففيه الدية كاملة[١] الا لسان الاخرس وذكر العنين فان في ذلك حكومه عدل .

فصل

ما فيه نصف الدية

٧٣٢١ – والشفتان والاليتان واليدان والرجلان فان في كل واحد نصف الدية وفي الجميع الدية[٢] .

---

(١) في كتاب النبي (ص) الى عمرو بن حزم : في الانف اذا اوعب جدعه الدية وفي اللسان الدية (سبل السلام ٣/٢٤٤) .

(٢) في بداية المجتهد (٢/٢٤٩) تفصيل هذه القاعدة وبيان ما هو محل وفاق وخلاف من تطبيقاتها فقد جاء « ان العلماء اجمعوا على ان في الشفتين الدية كاملة ، والجمهور على ان في كل واحدة منهما نصف الدية .

وروى عن قوم من التابعين ان في السفلى ثلثي الدية لأنها تحبس الطعام والشراب .

وبالجملة فان حركتها والمنفعة بها اعظم من حركة الشفة العليا .

وهو مذهب زيد بن ثابت .

وبالجملة فجماعة العلماء وائمة الفتوى متفقون على ان في كل زوج من الانسان الدية خلا الحاجبين وقدمي الرجل .

واختلفوا في الاذنين متى يكون فيهما الدية : فقال الشافعي وابو حنيفة والثوري والليث [بن سعد] اذا اصطلحتا كان فيهما الدية ، ولم يشترطوا ←

فصـــــل

دية الأصابع

٧٣٢٢ ـ وفي الاصابع في كل اصبع عشر الدية وفي كل انملة ثلث عشر الدية الا الابهام فان في كل انملة نصف عشر الدية ٠

٧٣٢٣ ـ واصابع اليدين والرجلين سواء ٠

فصـــــل

دية اللحية وأشفار الحاجبين إلخ

٧٣٢٤ ـ وفي اللحيـــة الدية وكذلك في اشـفار الحاجبين واهـداب

→

ذهاب السمع ، بل جعلوا في ذهاب السمع الدية مفردة ٠

واما مالك فالمشهور عنه انه لا تجب في الاذنين الدية الا اذا ذهب سمعهما ، فان لم يذهب ففيه حكومة ٠

فروى عن ابى بكر انه قضى في الاذنين بخمس عشرة من الابل ، وقال لا يضران السمع ويسترهما الشعر أو العمامة ٠

وروى عن عمر وعلي وزيد انهم قضوا في الاذن اذا اصطلمت نصف الديـة ٠

واما الجمهور من العلماء فلا خلاف عندهم ان في ذهاب السمع الدية ٠

واما الحاجبان ففيهما عند مالك والشافعي حكومة ٠

وقال ابو حنيفة فيهما الدية ٠

وكذلك في اشفار العين ٠

وليس عند مالك في ذلك الا حكومة ٠

وعمدة الحنفية ما روى ابن مسعود انه قال في كل اثنين من الانسان الدية ، وتشبيها بما اجمعوا عليه من الاعضاء المثناة ٠

وعمدة مالك انه لا مجال فيه للقياس وانما طريقة التوقيف ، فما لم يثبت من قبل السماع فيه دية فالاصل ان فيه حكومة ٠

وايضا فان الجواجب ليست اعضاء لها منفعة ولا فعل بين ، اعني ضروري في الخلقة » أهـ ٠

العينين وشعر رأس المرأة .

٧٣٢٥ – وقال الشافعي ، لا دية في شيء من الشعور بحال .

٧٣٢٦ – وسمعت قاضي القضاة رحمه الله يحكي غير مرة ان القصاص يجب في اللحية عند الليث بن سعد وعن زفر تتيقن بالميزان بان يزن ما اخذ من شعره فروى ذلك عنه .

٧٣٢٧ – والدية تجب بكل عضو فيه جمال او له منفعة حبست .

فصل

دية الجفن

٧٣٢٨ – وفي كل جفن من اجفان العينين ربع الدية لانها اربعة .

فصل

دية السن والضرس والناب

٧٣٢٨ – وفي كل سن أو ضرس أو ناب من انياب الانسان نصف عشر الدية .

٧٣٢٩ – وهو قول الشافعي ان فرق القلع .

فصل

٧٣٣٠ – وان جمع ذلك بضربة واحدة ففي جميع ما في الفم دية وثلاثة اخماس دية .

٧٣٣١ – وقال الشافعي في احد قوليه دية واحدة .

فصل

عدد الأسنان

٧٣٣٢ – والأسنان اثنان وثلاثون سناً ، اربع ثنايا واربع ضواحك

واربع انياب وعشرون ضرساً ، وهذا هو العام الظاهر في الناس •

٧٣٣٣ ـ وقد قال اهل العلم بالطب والمعرفة قد يكون ثمانية وعشرون سناً وانا من اسنانه في اصل خلقتها ثمانية وعشرون سناً فقد صدق المخبر في ذلك حكايته •

فصـــــل

ثمرة الخلاف في عدد الأسنان

٧٣٣٤ ـ وثمرة الخلاف في ذلك ان اصـــحابنا قالوا اذا اختلف الضارب والمضروب ، فقال الضارب لم يكن في فيك سن الا واحدة أو خمسة أو ما زاد •

وقال المضروب بل جميع اسناني انت رميتها بالجناية ، هل يكون القول قول الضارب أو القول قول المضروب في العدد ؟

فالقياس ان يكون القول قول الضارب لان الاصل عدم الضمان ، والاستحسان ان يكون القول قول المضروب ، ويجب ان يكون القول قول المضروب الى ثمانية وعشرين لا الى اثنى وثلاثين لوجود ذلك خلقـة ، والشك فيما زاد على ذلك عندي •

فصـــــل

٧٣٣٥ ـ وكذلك الخلاف في الســن اذا ضـــربها فاســودت فقال الضارب ، حدث ذلك من غير جنايتي ، وقال المضروب ذلك من جنايتك فهو على ما ذكرت من الخلاف ، وقد اخذ المخالف لاصحابنا بالقياس •

فصـــــل

موضحة ذهب منها السمع

٧٣٣٦ ـ واتفق الجميع انه لو شجه موضحة فذهب منها الســـمع

واختلفا فقال المشجوج حدث ذلك من الشجة ، وقال الشاج : حدث ذلك من غير الشجة ان القول قول الشاج مع يمينه .

فصـــل

العين العوراء

٧٣٣٧ – وفي العين العوراء حكومة عدل وهي كاليد الشلاء ولسان الاخرس وذكر العنين لانه لا منفعة فيها .

فصـــل

عين الأعور

٧٣٣٨ – وفي عين الاعور نصف الدية وهي كمن له عينان وهو قول الشافعي .

٧٣٣٩ – وقال مالك بن انس عليه كمال الدية ، لانهـا تقوم مقام عينين ، ولو كان الامر كما قال لوجب اذا كان القلع عمدا ان يقتص منه في العين ، وأحد لا يقول ذلك ، كذلك في الدية .

فصـــل

لا قصاص بين العبيد في الأطراف

٧٣٤٠ – ولايجرى القصـــاص بين العبيد بعضـــهم مع بعض في الاطراف .

وقال الشافعي يجرى والواجب في ذلك الاروش .

٧٣٤١ – لان قيم ذلك مختلفة بالحزر والظن وهو تفاوت يجرى مجرى الاموال في الاتلاف .

فصـــل

٧٣٤٢ – ومن حلق شعر رأس أو نتف لحية انسان فنبت ذلك ابيض

وقد كان اسود ، قال ابو حنيفة : ان كان حرا فلا شيء عليه ، وان كان عبدا فعليه حكومة عدل •

٧٣٤٣ ـ وقال محمد الحر والعبد سواء وعليه حكومة عدل في الجميع •

٧٣٤٤ ـ وذكر أبو الليث ان الخلاف في رواية هشام[١] •

٧٣٤٥ ـ قال وكذلك لو ضرب سنه فاصفرت فابو حنيفة يقول ان كان حرا فلا شيء فيه وان كان عبدا ففيه حكومة (عدل) •

٧٣٤٦ ـ وقال محمد فيه حكومة ، حرا كان أو عبدا ، وقال محمد[٢] ان اصفرت السن ففيها حكومة عدل ، وقال زفر عليه ارش السن لانه بطل الجمال بها[٣] •

---

(١) عيون المسائل للفقيه ابى الليث السمرقندي • المسئلة ١٣٧٣ وهي بعنوان « حلق شعر رجل » •

(٢) كذا وفي عيون المسائل للفقيه ابى الليث السمرقندي ان هذا هو قول ابى يوسف • انظر المسئلة ١٣٧٤ من المعيون وهي بعنوان ضرب سنه فاصفرت •

(٣) ان القول بان اتلاف جمال العضو يستوجب الارش يفسح المجال للقول بوجوب الارش في كل ضرر معنوي آخر قياسا على الجمال بشرط ان تتوفر في الضرر المعنوي عناصر الضرر المترتب على بطلان الجمال ومنها ايذاء شعور المضار بما فاته من خير معنوي قياسا على الايذاء الذي يحل بمن اتلف جمال عضو من اعضائه ، وعلى هذا النحو يفسح المجال لتطور جديد في ضمان الفعل الضار في الفقه الاسلامي ونتخطى حدود المعايير المادية التي غلبت على هذا الفقه في تقدير الضرر المستحق للضمان والتعويض تقديرا يقف عبر حدود الضرر المادي ، ولا نسلم بقصر الدية على كل عضو فيه جمال أو منفعة لان هذا التحديد يضيق نطاق حرمة الانسان ويهدر ما لا جمال له أو منفعة من اعضائه ، وما حال جماله من الاعضاء فتأمل !

باب معرفة الشجاج

واروش ذلك وكيف تكون حكومة العدل

٧٣٤٧ – اعلم ان الشجاج عشرة منها خمسة لها اروش مقدرة ومنها خمسة فيها حكومة عدل ، وجميع ذلك ليس فيه قصاص الا الموضحة خاصة فانه يقتص منها اذا كان واضحاً .

الشجاج التي لها أروش

٧٣٤٨ – فالموضحة التي اوضحت عن العظم اذا كانت خطأ نصف عشر الدية .

فصـــل

٧٣٤٩ – ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم عشر الدية .

فصـــل

المنقلة

٧٣٥٠ – ثم المنقلة وهي التي ينحى منها العظم ويطرح عشر ونصف عشر الدية[1] .

فصـــل

الآمة

٧٣٥١ – ثم الآمة وهي التي بأم الدماغ وهي التي بينها وبين الدماغ جلد رقيق ثلث الدية .

---

(١) في كتاب النبي (ص) الى عمرو بن حزام « في المنقلة خمس عشرة من الابل » وقد فسرت المنقلة في سبل السلام (٣/٢٤٤) بانها « اسم فاعل من نقل مشدد القاف » وهي التي تخرج منها صغار العظام وتنتقل من اماكنها ، وقيل التي تنقل العظم اي تكسره .

فصـــــل

٧٣٥٢ ـ والجائفة مثل ذلك[١] •

فصـــــل

النافذة

٧٣٥٣ ـ ثم النافذة وهي التي تنفذ من جانبين ثلثا الدية لانها بمنزلة جائفتين ، ففي هذا يترتب ما هو مقدر في الكثرة والقلة •

فصـــــل

شجاج ليس لها أرش مقدر

٧٣٥٤ ـ واما التي لا أرش لها مقدر فاول ذلك المتلاحمـة وهي [التي] يسود منها اللحم ويحمر ولا ينشق ففيها حكومة عدل •

فصـــــل

الدامية

٧٣٥٥ ـ ويليها الدامية وهي التي تشق الجلد ولا تأخذ من اللحم شيئاً فحكومة عدل اكبر من ذلك •

فصـــــل

الباضعة

٧٣٥٦ ـ ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم وتأخذ في جزء منه اكثر من ذلك •

---

(١) في خزانة الفقه لابي الليث السمرقندي (ص٣٦٢) ان الجائفة هي التي تقطع الجلد والعرق الذي في وسط اللحم حتى يسيل الدم ، وهذا معناه ان الجائفة ليست كالآمة خلافاً لما ذكره السمناني ، الا اذا اريد بها انها كالآمة في مقدار الأرش كما هو ظاهر السياق • وقد جاء في الكتاب الذي كتبه رسول الله (ص) لعمرو بن حزم في العقول « وفي المأمومة ثلث الدية ، وفي الجائفة مثلها » • (انظر بداية المجتهد ٢/٣٤٩) •

فصـــــل

السمحاق

٧٣٥٧ ـ ثم السمحاق وهي التي قد اخذت اللحم وبقي بينها وبين الايضاح جلد رقيق ، وتسمى ايضا الملطاة[١] حكومـة اكثر من ذلك ، وقد روى عن علي رضى الله عنه فيها اربعة من الابل .

فصـــــل

الحارصة[٢]

٧٣٥٨ ـ ثم الحارصة ، وهي التي قد عملت في الجلد الرقيق الذي بين العظم واللحم الى الموضحة .

٧٣٥٩ ـ وهكذا رتب اصحابنا الشجاج وفيه آثار عن الصحابة والسلف من التابعين رضى الله عنهم .

فصـــــل

٧٣٦٠ ـ وقالوا كل هذه الشجاج انما تكون في الرأس واللحيين[٣]

---

(١) الملطاة على مفعال السمحاق من الشجاج وهي التي بينها وبين العظم القشرة الرقيقة . قال أبو عبيد : اخبرني الواقدي : ان السمحاق في لغة اهل الحجاز الملطا بالقصر ، قال ابو عبيد : يقال لها الملطاة بالهـاء ، قال : فاذا كانت على هذا فهي في التقدير مقصورة ، قال : وتفسير الحديث الذي جاء « ان الملطى بدمها » يقول معناه انه حين يشج صـاحبها يؤخذ مقدارها تلك الساعة ثم يقضي فيها بالقصاص أو الأرش ، لا ينظر الى ما يحدث فيها بعد ذلك من زيادة أو نقصان ، قال و هذا قولهم وليس هو قول اهل العراق . (لسان العرب) .

(٢) الحارصة كالحريصة : الشجة تشق الجلد قليلا ، والحرص الشق (القاموس المحيط) .

(٣) اللحى منبت اللحية من الانسان وغيره وهما لحيان وثلاث الخ على افعل الا انهم كسروا الحاء لتسلم الياء ، والكثير لحي ولحي على فعول مثل ثدي وظبي ودلي فهو فعول . (لسان العرب) .

والجبين ، فان كانت في غير ذلك فليس لها هذا الحكم •

فصـــــل

الحد الأقصى لحكومة العدل

٧٣٦١ ـ ولا يبلغ بشيء من حكومة العدل ارش الموضحة بل ينقص من ذلك الى ما يراه الحاكم ، كما لا يبلغ باليد الشلاء والعين العوراء دية الصحيح من ذلك •

فصـــــل

مفهوم حكومة العدل

٧٣٦٢ ـ وطريق معرفة الحكومة ان يقوم المحكوم فيه ويجعل من طريق الحكم كانه عبد لا جناية به كم يسوى ، ثم يقوم وبه الجناية كم يسوى فينظر الى ما نقص فيوجب ذلك من الدية كأنه يسوى عشرة دراهم وهو صحيح ويسوى وبه الشجة عشرة الا دانق فيعلم انه قد نقص من القيمة سدس عشرها فيوجب له سدس عشر الدية فيكون ذلك من الذهب ستة عشر وثلثين ومن الورق مائة وستة وستين وثلثين •

فصـــــل

٧٣٦٣ ـ فان بلغ ارش ذلك نصف عشر فانقص من ذلك شيئاً حتى لا يبلغ ارش الموضحة ويعلم ان المقوم اخطأ في ذلك ، فكذا تفعل في الحكومة في كل موضع حكمت بها •

فصـــــل

جراحات النساء

٧٣٦٤ ـ وجراحات النساء على النصف من جراحات الرجال الى السن والموضحة ، فاذا نزلت عن ذلك استوى الرجال والنساء في ذلك عندنا في حكومة العدل •

٧٣٦٥ ـ وقال بعض الفقهاء ان ذلك على النصف فيما دق وجل كائناً ما كان قياساً على الارواش المقدرة ، وله وجوه من القياس .

٧٣٦٦ ـ وقد قال مالك انهن يساوين الرجال في جميع ما دون الثلث من الدية فاذا بلغ الثلث مما زاد تفاضلوا فكان الرجل على الضعف من المرأة وهي على النصف من ذلك وهو قول سعيد بن المسيب .

فصـــل

٧٣٦٧ ـ وقد حكى بعض اهل العلم ان رجلا سأل سعيد بن المسيب عن ذلك فقال : ارأيت ان قطع منها اصبع ؟

فقال عشر الدية ، فقال له ارأيت ان قطع منها اصبعان فقال عشران ، فقال فان قطع منها ثلاثة اصابع ، فقال ثلاثة اعشار ، فقال له فان قطع منها اربع ؟

فقال عشران فقال السائل : فلما اشتد جرحها وعظمت بليتها نقص عقلها .

فقال له سعيد : اعراقي انت ؟ بذلك جاءت السنة .

فصـــل
موضحة ذهبت بالبصر

٧٣٦٨ ـ ومن شج رجلا موضحة فذهب بصره أو لسانه فعليه ارش الشجة والدية في اللسان والبصر ، ولو ذهب منها سمعه وجب ايضاً دية السمع مع ارش الشجة في الظاهر من الرواية ، وروى عن ابي يوسف انه قال يجب عليه الدية ويدخل ارش الموضحة في ذلك .

لانه ليس بحاسة ظاهرة ، وجعل ذلك كالعقل اذا ذهب ، وقد اتفق على ان العقل لو ذهب بالشجة لدخل ارش الشجة في دية العقل .

٧٣٦٩ ـ وقد روى عن الحسن بن زياد (اللؤلؤي) انه قال : لا يدخل ارش احد الجنايتين في الاخرى الا الموضحة اذا ذهب شعره •

٧٣٧٠ ـ وقال زفر بن الهذيل ، لا يدخل احدهما في الآخر في الاحوال كلها ، وهو القياس •

فصل

قطع كف ناقصة

٧٣٧١ ـ ولو قطع رجل كف رجل وهي ناقصة الاصابع فان كان في كفه ثلاثة اصابع او اكثر فعلى القاطع دية ما فيها من الاصابع ولا شيء عليه في الكف في قولهم جميعا •

وان كان لا شيء فيها من الاصابع فعليه في الكف حكومة عدل ، في قولهم جميعا •

وان كان في كفه اصبع أو اصبعان فان في قول ابى حنيفة يجب ارش ما فيها من الاصابع ولا شيء عليه في الكف ، وعند ابي يوسف ومحمد ينظر الى ذلك ، فان كان ارش الكف اكثر من ارش ما بقى من الاصابع يجب عليه ارش الكف •

وان كان أرش الاصابع اكثر يجب ذلك ويدخل القليل في الكثير •

٧٣٧٢ ـ وقد كان ابو يوسف يقول ان كان ارش الكف اكثر فعليه الارشان جميعا •

وان كان ارش ما بقى من الاصابع اكثر فعليه دية ما بقى من الاصابع ولا يجب ارش الكف ، وقد روى عنه رواية اخرى انه قال يجب عليه ارش الاصبع الباقي وارش الكف ولا يجاوز بذلك كله ارش ثلاثة اصابع •

٧٣٧٣ ـ وروى عن ابي حنيفة ايضا انه قال يجب عليه ارش ما بقى من الاصابع ، وصار ما زاد من الكف تابعا له ، وعليه فيما سوى ذلك من الكف ارش •

باب العاقلة
وما يحمل كل منهما

٧٣٧٤ ـ وعند الفقهاء ان العاقلة تتحمل الدية عن القاتل[١] •

٧٣٧٥ ـ والعاقلة هم الذين يتحملون يقال عقلت عنه اذا تحملت عنه ، وقد كانت العاقلة تتحمل في الجاهلية فاقرهم الشرع على ذلك وان تغيرت بعض الاحكام ، وليس بممتنع ان يتحمل ذلك عن الجاني لانه يكثر منه وفيه معنى العوض كما يجب النفقة للفقير على الغني من اقربائه •

٧٣٧٦ ـ وتجب الدية بالقتل على القاتل ثم يتحمل عنه ذلك العاقلة •

٧٣٧٧ ـ وقال الشافعي تجب على العاقلة ابتداء •

٧٣٧٨ ـ واذا وجبت على غير القاتل فالقاتل اولى •

فصـــل
من هم العاقلة

٧٣٧٩ ـ والعاقلة هم كل من ينتصر بهم الجاني ، وكانت العاقلة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وابي بكر وصدر من خلافة عمر رضي الله عنهما على القبائل ، لان النصرة كانت بالقبائل ، فلما دون عمر الدواوين نقل ذلك الى اهل الديوان ، وهو امام الائمة وعظيم الخلفاء ، ولم يعب على فعله عائب ، ولا رد عليه في وقته احد ، فيجب ان يقتدى به في ذلك •

---

(١) العقل الدية ، وعقل القتيل يعقله عقلا وداه ، وعقل عنه ادى جنايته وذلك اذا لزمته دية فاعطاها عنه ، وهذا هو الفرق بين عقلته وعقلت عنه وعقلت له •

ويقال اعتقل فلان من دم صاحبه ومن طائلته اذا أخذ العقل ، وعقلت له دم فلان اذا تركت القود للدية (لسان العرب) •

وهذا انما فعله عمر لغرض صحيح لان التناصر صار بالديوان ، فالرجل يكون بالعراق وعشيرته بالشام فاحب ان لا يبطل الدم لبعد القريب فجعله على اهل الديوان ، وقيل لاصحابنا كيف يجوز ان يترك ما فعل النبي صلى الله عليه وسلم وابو بكر وينسخ بعده ويغير حكمه ؟

فاجابوا بان ذلك كان متعلقاً بسبب وهو النصرة فتحول العقل تبعاً لذلك كالزكاة يدفعها الغني الى الفقير فلو استغنى الفقير وافتقر الغني عاد الامر بالعكس فكذلك امر العاقلة[1] .

فصـــل

تقسيط الدية على أهل الديوان

٧٣٨٠ ـ وتؤخذ منهم الدية في ثلاث سنين في كل سنة الثلث من ذلك من يوم يقضى بها القاضي .

٧٣٨١ ـ وقال الشافعي من يوم القتل .

٧٣٨٢ ـ لان الحاكم اذا اراد الزام الغير حكما ما اعتبر من يوم الحكم لا من وقت السبب الموجب له كأجل العنين .

فصـــل

أخذ الثلث في سنة

٧٣٨٣ ـ فان كان الواجب الثلث فما دون اخذ في سنة واحدة لأن

---

(١) من هذه المناظرة التي صورها السمناني لنا يتضح انه كان يذهب الى جواز نسخ السنن السابقة بالسنن اللاحقة في كل ما شرع لتحقيق غرض دنيوي صحيح ، اذا ما تغيرت المصلحة وتطورت الروابط الاجتماعية من حال الى حال وطور الى طور وبذا سلم السمناني لولي الامر بسلطة تشريعية واسعة في حدود مراعاة المصالح المشروعة المتجددة والروابط المستجدة مع المحافظة على روح التشريع واهدافه العليا .

ما دون الثلث يدخل في الثلث على طريق التبع فلا يتأجل ، وهذا كالآمة والهاشمة والمنقلة والموضحة .

وقال المخالف لنا ، يتأجل كل ما تحمله العاقلة .

فصـــــل

تقسيط ما كان أكثر من الثلث

٧٣٨٤ – وما كان من ذلك أكثر من الثلث اخذ من الثلث في السنة الاولى وما زاد الى الثلثين في سنتين وان كان المأخوذ الثلثين فصاعدا اخذ ذلك في سنتين والزائد في الثالثة .

٧٣٨٥ – وهذا قول ابراهيم ، وهو قول اصحابنا جميعا .

فصـــــل

كيف تستقطع الدية من الأعطيات

٧٣٨٦ – وان عجل الامام اعطيه الجند اخذ من عطاء كل واحد ما يخصه من الثلث .

٧٣٨٧ – وقد قال الطحاوي في مختصره[1] ان الدية تؤخذ في ثلاثة اعطيات تأخرت أو تقدمت وان كان العطاء من سنة الى سنة ، فاذا تعجل ذلك قبل السنة تعجل ما يجب فيه ولو كانت لهم اوراق كل شـهر اخذ بقسط ذلك من السنة في العطايا .

وان كان لهم جميـع ذلك أخذ من العطـايا دون الاوراق من بعد الحكم بها .

فصـــــل

٧٣٨٨ – ويؤخذ من كل رجل اربعـة دراهـــم الى ما دون ذلك

---

(١) مختصر الطحاوي ، ص٢٣٣ .

ولا يزاد على ذلك •

فان كان نصيب كل واحد من ذلك أكثر من اربعة ضم اقرب القبائل من اهل الديوان اليهم • وعندنا يضم البعيد الى القريب في العقل •

٧٣٩٠ ـ وقال الشافعي لا يضم الى القريب البعيد •

٧٣٩١ ـ لان التناصر يقع بالبعيد كما يقع بالقريب ، ولو لم يكن الامر على ما قلناه لوجب على اقرب الوارثين اليه •

فصـــل

هل يشترك الجاني في آداء الدية؟

٧٣٩٢ ـ ويؤدي الجاني مع اهل الديوانَ والعاقلة •

٧٣٩٣ ـ وقال الشافعي لا يؤدي هو شيئاً ، ولا ابنه ولا ابوه ويؤخذ بالعكس من هذا عندنا لان الأقرب الداني اتصر واحق بالتحمل كالنفقة •

فصـــل

ما لا تعقله العاقلة

٧٣٩٤ ـ ولا تعقل العاقلة صلحاً ولا اعترافاً ولا عمداً ولا عبداً وبهذا جاء الاثر[1] فقال ابو حنيفة ومحمد قوله ولا عبدا هو العبد يجني •

وقال ابو يوسف هو العبد يجني عليه •

فصـــل

٧٣٩٥ ـ واذا قتل الحر عبدا لغيره وقيمته اكثر من دية الحر خطأ فعلى العاقلة دية الحر الا عشرة دراهم في قول ابي حنيفة ومحمد في ثلاث سنين •

٧٣٩٦ ـ وقال ابو يوسف تجب قيمته بالغة ما بلغت في مال العاقل •

---

(١) عن ابن عباس : قال رسول الله (ص) : من قتل عمدا فهو قود •

وهو قول الشافعي •

٧٣٩٧ – وشبهوه بالاموال ، ولو كان كالاموال لما كان في عمده قصاص ولا حملته العاقلة •

٧٣٩٨ – وللشافعي قولان في تحمله العاقلة واتفق الجميع على وجوب الكفارة بقتله •

فصـــل

ما دون النفس من العبيد

٧٣٩٩ – واتفق الجميع على ما دون النفس من العبيد لا تحمله العاقلة وان حكم ذلك حكم اتلاف المال وان كان المقتول امة وقيمتها اكثر وجب خمسة آلاف لا عشرة آلاف درهم •

فصـــل

موت العبد المغصوب

٧٤٠٠ – واتفقوا انه لو غصب عبدا فمات عنده انه يضمن قيمته بالغة ما بلغت •

فصـــل

٧٤٠١ – ولو قتل عمدا فصالح المولى على اكثر من دية الحر انه يجوز ذلك عند ابي حنيفة واصحابنا •

فصـــل

قطع يد العبد

٧٤٠٢ – ولو قطع يد العبد ففيها نصف قيمته عند ابي حنيفة

والشافعي لان اليد من العبد كاليد من الحر في الدية •

٧٤٠٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يجب ما نقص منه وهو قول مالك •

٧٤٠٤ ـ ولو قطع يديه جميعا فالمولى بالخيار ان شاء امسكه ولا شيء له ، وان شاء سلمه واخذ قيمته عند ابي حنيفة •

٧٤٠٥ ـ وقال ابو يوسف ومحمد وان شاء اخذ منه نقصان القيمة وحبس العبد لنفسه •

٧٤٠٦ ـ وقال الشافعي له ان يمسك العبد ويأخذ القيمة فجمع على ملكه بين البدل والمبدل فيما يصح تملكه باسباب الملك •

٧٤٠٧ ـ وليس في الاصول انه يجب في بعض المملوك ما يجب في جميعه •

٧٤٠٨ ـ وسائر الاموال في ذلك سواء فيجب حفظ هذا الاصل •

فصل

قُتل بعد القطع

٧٤٠٩ ـ ولو قتله انسان بعد القطع كان عليه قيمته اقطع وهذا حجة على ابي حنيفة ان له قيمة بعد القطع وقد يجوز ان يجب الشيء ثم يجب بعده امر آخر ، كمن قطع اصابع اليد وجب فيها الدية ولو قطع آخرُ الكف بعد ذلك فان عليه ارش ذلك •

ولو كان الاول قطع الكف والاصابع لم يلزمه ضمان الكف •

فصل

٧٤١٠ ـ وقد ذكر ابو الليث في خلافه لاصحابنا في رجل فقأ عيني

عبد ثم جاء آخر فقطع يده فعلى فاقىء العينين ما نقصه وعلى قاطع اليد نصف قيمته مفقوء العينين •

وروى ذلك ابو يوسف عن ابي حنيفة وقال انه استحسان ، والقياس انه لا شيء على فاقىء العينين على قول ابي حنيفة خاصة •

لان تعذر دفعه الى الجاني لمكان القطع الثاني فلا يطالب بشيء •

فصل

٧٤١١ – والمسئلة مفروضة اذا قطع يدى العبد معا ، فان قطع يده ثم برىء ثم قطع الاخرى وجب بالفعل الاول نصف قيمته صحيحا ، وبالثاني نصف قيمته مقطوع اليد •

فصل

قطع أنف عبد

٧٤١٢ – ولو قُطع انف عبد أو اذناه أو لحيته أو فُعل به ما تجب به الدية كاملة في الحر فعلى الجاني ما نقصه من ذلك في قول ابي يوسف ومحمد ، وهو رواية عن ابي حنيفة •

وروى محمد عن ابي حنيفة انه تجب القيمة ، ان سلمه المولى كما تقدم من اصله في ذلك •

فصل

دية الجنين

٧٤١٣ – ودية الجنين تجب حاله لا مؤجلة في ثلاث سنين بخلاف احد الوجهين لاصحاب الشافعي لانها دون الثلث فهي كالموضحة عندنا •

فصـــــل

ضمان الجنين الميت

٧٤١٤ ـ ومن ضرب امرأة فالقت جنينا ميتا بعد موتها فلا ضمان فيه ، وان خرج حياً فمات وجب ضمانه ، وقال الشافعي يجب ضمانه في الوجهين جميعا •

فصـــــل

٧٤١٥ ـ واتفق على انـه لو القته في حال حياتها انـه يضـمن في الوجهين سواء خرج حيا أو ميتا • وقد اتفق الجميع انه كل ما أبين من الميت انه لا ضمان فيه بحال من الاعضاء •

فصـــــل

٧٤١٦ ـ ومن ضرب بطن امة فالقت جنينا ميتا ففيه نصف عشر قيمته ان كان ذكرا أو عشر قيمته ان كان انثى ، وقال الشافعي : يجب عشـر قيمة امة ونصف عشر قيتمها •

قال اصحابنا : واذا اعتبرنا هذا ادى القول الى ان يجب بالجنين ميتا اضعاف قيمته اذا كان حيا ، لانه لو خرج حيا ثم مات لكان الواجب فيـه القيمة ، ولو كانت قيمته حيا دينارا وقيمة الام الف دينارا اليس يكون الواجب فيه مائة دينارا ، وهذا اضعاف قيمته حيا •

فصـــــل

٧٤١٧ ـ واتفق الجميع على انه لو ضرب بطن امرأة حرة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة عبد أو امة وسطا أو قيمة ذلك خمسون دينارا ، وخمسون دينارا معلوم انها نصف عشر قيمة الحر فكان العبرة بقيمته في نفسه لا قيمة الغير كذلك جنين الأمة •

فصـــــل

ضربة أذهبت السمع والبصر والعقل والشم

٧٤١٨ – ولو ضرب رجلا في رأسه فذهب منها سمعه وبصره وعقله وشمه فعليه اربع ديات •

فصـــــل

امتحان السمع والبصر والشم

٧٤١٩ – وان اختلف الضارب والمضروب أو اولياؤه وقال انه يسمع ويبصر ويشم ، امتحن في السمع بان يصاح به على غفلة وفي النظر بان يبصره ثعبان من اطباء المسلمين فيرجع اليهم في ذلك ، وفي الشم يقرب اليه من الروائح الكريهة ما يستدل به على ذلك وينظر في وجهه •

فصـــــل

امتحان نقصان ضوء العين الواحدة

٧٤٢٠ – وان ادعى نقصان ضوء العين الواحدة فانه يشد السليمة وينظر الى موضع ويبصر آخر ما ينظر اليه ، ثم يسد المفتوحة وينظر الى جانب آخر بالعين التي كانت مشدودة ثم يبصر آخر ما كان ينظر اليه ثم يمسح الموضعان فينظر كم يبصر من المسافة فيعطى قسط ذلك من دية العين[1] •

---

(١) هذه الطريقة من طرق امتحان نقصان ضوء العين المضروبة من الطرق التي تعزى الى اقضية الامام علي (ع) وقد استحسنها ابن رشد في بداية المجتهد (٢/ ٣٥٠) وفضلها على ما سواها من طرق الامتحان في هـذا الصدد ، فقد جاء في الكتاب المذكور « وفي احسن ما قيل فيمن ضـرب عين رجل فاذهب بعض بصرها ما روى من ذلك عن علي (رض) انه أمر بالذي اصيب بصره بان عصبت عينه الصحيحة ، واعطى رجلا بيضة فانطلق بها ←

باب ما تجب به الدية
من الأسباب

٧٤٢١ ـ ومن وضع حجرا في الطريق فعطب به انسان أو حفر بئراً فوقع فيها انسان أو اشرع جناحا فسقط فعطب به انسان ففي كل شيء من ذلك الدية •

فصـــل

٧٤٢٢ ـ وليس في شيء من ذلك كفارة لانه لم يباشر القتل •

فصـــل

٧٤٢٣ ـ ويرث من لحقته هذه الجناية ان كان وارثه •

٧٤٢٤ ـ وقال بعض اصحاب الشافعي لا يرث لأنه كالقاتل خطأ •

٧٤٢٥ ـ ومنهم من قال تجب الكفارة ايضا في ذلك •

فصـــل
موت الواقع في البئر غماً أو جوعاً

٧٤٢٦ ـ وان مات الواقع في البئر جوعا أو غماً فان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة انه لا شيء على الحافر لانه لم يمت بالوقوع •

٧٤٢٧ ـ وقال ابو يوسف عن نفسه ، ان مات غما ضمن ، وان مات

→

وهو ينظر اليها حتى لم يبصرها فخط عند اول ذلك خطا في الارض ، ثم امر بعينه المصابة فعصبت وفتحت الصحيحة ، واعطى رجلا البيضة بعينها فانطلق بها وهو ينظر اليها حتى خفيت عنه ، فخط ايضاً عند اول ما خفيت عنه في الارض خطا ، ثم علم ما بين الخطين من المسافة ، وعلم مقدار ذلك من منتهى رؤية العين الصحيحة ، فاعطاه قدر ذلك من الدية » وفي هـذا دلالة عـلى ان مذهب الامام على عدم تقييد القاضـي بادلة اثبات محددة سـلفاً •

جوعا لم يضمن .

٧٤٢٨ – وقال محمد يضمن في الوجهين جميعا لأن الوقوع سبب الغم والجوع .

فصـــل

تعلق الواقع في البئر

٧٤٢٩ – ولو ان الواقع في البئر تعلق برجل آخر وتعلق الثاني بثالث فوقعوا جميعا في البئر وماتوا ولا يدرى حال موتهم ففي ذلك قياس واستحسان .

القياس ان دية الاول على الحافر ودية الثاني على الاول ودية الثالث على الثاني وهو قول محمد . والاستحسان ان دية الاول تجب على الحافر ثلثها وثلثها على الثاني وثلثها هدراً . ودية الثاني يجب نصفها على الاول ونصفها هدر . ودية الثالث على الثاني وكل ذلك على العاقلة .

فصـــل

اختلاف الحافر وورثة الميت

٧٤٣٠ – واذا اختلف الحافر وورثة الميت الواقع فقال الحافر هو القى نفسه متعمدا ، وقال الورثة بل سقط هو فيها من غير عمد فكان ابو يوسف يقول القول قول الورثة ، وعلى الحافر الضمان لان الظاهر ان الانسان لا يفعل بنفسه هذا ، فالظاهر مع الورثة ، ثم رجع فقال القول قول الحافر ولا ضمان عليه لان الاصل براءة الذمة وطريق شغلها انما هو الشرع ، ولا دليل يدل على ذلك ، وهو المدعى عليه الضمان .

فصـــل

عطب بحصيرة أو قنديل في مسجد إلخ

٧٤٣١ – ومن بسط حصيرة في مسجد أو علق فيه قنديلا وجلس

فيه للحديث فعطب بذلك انسان فان كان من اهل المسجد فلا ضمان عليه وان كان من غير اهل المسجد فعليه الضمان في قول ابى حنيفة وفي قول ابي يوسف ومحمد لا ضمان عليه اذا كان المسجد عاما •

فصـــــل

٧٤٣٢ ـ واتفقوا على انه لو بني فيه دكة أو حفر بئراً انه يضمن في قولهم جميعا ما عطب بذلك •

فصـــــل

٧٤٣٣ ـ واتفقوا على انه ان كان من اهل المسجد انه لا ضمان عليه في قولهم جميعا •

فصـــــل

القاتل لا يرث

٧٤٣٤ ـ والقاتل لا يرث باجماع سواء كان بما يجب به قصاص اولا•

فصـــــل

٧٤٣٥ ـ وقاتل الخطأ لا يرث اذا باشر القتل ويرث اذا لم يباشر •

٧٤٣٦ ـ وقال الشافعي لا يرث في الوجهين •

٧٤٣٧ ـ ومن الفقهاء من قال يرث بكل حال اذا كان القتل خطأ •

٧٤٣٨ ـ وقال مالك يرث من المال ولا يرث من الدية والارث لا يتبعض في حق الوارث في الاصول والعقد للمذهب ان كل من لزمه الكفارة حرم الميراث •

٧٤٣٩ ـ ومن لا كفارة عليه يرث فاعتبر احدهما بالآخر في كل موضع •

فصـــل

جرح العجماء

٧٤٤٠ ـ والعجماء جرحها جبار ، وهي الدابة المنفلتة[١] .

فصـــل

العجماء مع سائقها

٧٤٤١ ـ فان كان معها سائق ففيها العقل .

فصـــل

انفلات دابة بعد حلها

٧٤٤٢ ـ وكذلك لو حل الدابة فانفلتت فجنت فاصابت من فورها انسانا ففيه العقل .

فصـــل

٧٤٤٣ ـ واذا احدث يمينا وشمالا فليس في ذلك شيء لانها زالت

---

(١) ان قاعدة جرح العجماء جبار ورد بها اثر ثابت عن النبي (ص) وقد اختلف الفقهاء في مدى ما ينبني على هذا الاثر من قواعد الضمان واكثرهم اعمالا لمطلق هذا الاثر اهل الظاهر وقد ورد في بداية المجتهد في هذا الصدد (٢/٣٤٥) :

« ومن انواع الخطأ المختلف فيه اختلافهم في تضمين الراكب والسائق والقائد . فقال الجمهور هم ضامنون لما اصابت الدابة ، واحتجوا في ذلك بقضاء عمر على الذي اجرى فرسه فوطىء آخر بالعقل ، وقال أهل الظاهر لا ضمان على أحد في جرح العجماء واعتمدوا الأثر الثابت فيه عنه (ص) من حديث ابى هريرة انه قال (رض) : جرح العجماء جبار ، والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس ، فحمل الجمهور الحديث على انه اذا لم يكن للدابة راكب ولا سائق ولا قائد ، لأنهم رأوا انه اذا اصابت الدابة احدا وعليها راكب لها أوقائد أو سائق فان الراكب لها أو السائق أو القائد هو المصيب ولكن خطأ » . اهـ .

بتصرفها عن سببها الاول •

فصـــــل

فتح باب قفص

٧٤٤٤ ـ وعلى هذا قال اصحابنا اذا فتح باب القفص وفيه طير ، فان طار من فوره أو بعد ذلك فلا ضمان عليه لان له فعلا مختارا •

٧٤٤٥ ـ وقال الشافعي ان طار من فوره فعليه الضمان وان طار بعد ساعة فلا ضمان •

٧٤٤٦ ـ وقال مالك ليس عليه الضمان في الوجهين ، كما لو حل رأس الزق[1] •

فصـــــل

إرسال الكلب

٧٤٤٧ ـ والكلب اذا ارسله فهو مثل الدابة على سواء •

فصـــــل

جناية كلب مربوط

٧٤٤٨ ـ ومن ربط في دار نفسه كلبا أو سبعا فجنى على انسان لم يضمن وكذلك اذا حفر في ملكه أو بنى لم يضمن ما تلف بذلك من مال أو انسان •

---

(١) في مجمع الضمانات (٢/٨٤) تفرقة بين كون السمن سائلا أو جامداً « فلو شق زق دهن سائل حتى سال ... ضمن ... أو فتح الزق والسمن جامد فذاب وخرج لم يضمن • وعند (م) يضمن » •

فصـــل

رمى حية

٧٤٤٩ ـ ومن رمى على غيره حية فنهشته فعطب من ذلك فهو ضامن .

فصـــل

الرجل جبار

٧٤٥٠ ـ والرجل جبار[1] ، وهي الدابة ترمح برجلها وبذلك جاءت السنة .

فصـــل

المعدن جبار

٧٤٥١ ـ وكذلك المعدن جبار وهم القوم يحفرون فيسقط عليهم .

فصـــل

راكب وسائق وقائد

٧٤٥٢ ـ واذا كان مع الدابة سائق وقائد وعليها راكب فعطب بها

(١) ليست هذه القاعدة محل وفاق كما توهم عبارة السمناني ، فقد اختلف الفقهاء في هذا الصدد وذكر ابن رشد هذا الخلاف في بداية المجتهد (٢/٣٦٦) بقوله : اختلف الجمهور فيما اصابت الدابة برجلها .

فقال مالك لا شيء فيه ان لم يفعل صاحب الدابة بالدابة شيئاً يبعثها فيه على ان ترمح برجلهما .

وقال الشافعي يضمن الراكب ما ا صابت بيدها أو برجلها ، وبه قال ابن شبرمة وابن ابى ليلى ، وسويا بين الضمان برجلها أو بغير رجلها ، وبه قال أبو حنيفة ، الا انه استثنى الرمحة بالرجل أو بالذنب .

وربما اجتح من لم يضمن رجل الدابة بما روى عنه (ص) الرجل جبار ، ولم يصح هذا الحديث عند الشافعي . اهـ .

انسان فالدية عليهم اثلاثا وعلى الراكب الكفارة .

فصـــــل

سقوط النائم

٧٤٥٣ – والنائم اذا سقط على انسان فقتله فهو بمنزلة قاتل الخطأ .

فصـــــل

سقوط رجل من حائط

٧٤٥٤ – وان سقط رجل من حائطه على احد في الطريق فعطبا جميعا فدية الاسفل على الاعلى بكل حال ودية الاعلى اذا كان الرجل يمشـــي فهدر ، وان كان جالساً في الطريق فعليه الدية .

باب جناية الرقيق

الدفع بالجناية أو الفداء

٧٤٥٥ ـ ومن جنى من العبيد جناية تبلغ النفس أو ما دونها فانه يقال للمولى ، ادفعه بالجناية و افده بأرشها ، وكذا روى عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه ، وهو قول الشعبي وابراهيم .

٧٤٥٦ ـ وقال الشافعي ، المولى بالخيار ان شاء فداه وان شاء سلمه ليباع في الجناية ، فان فداه فيما يفديه ففيه قولان ، احدهما يفديه باقل الامرين من قيمته ومن ارش الجناية ، والثاني يفديه بارش الجناية بالغا ما بلغ ، لانه اذا اختار الفداء وجب عليه ارش الجناية ، لانها مستحقة عليه .

فصـــل

جناية المدبر وأم الولد

٧٤٥٧ ـ واما جناية المدبر وام الولد فان المولى يجب عليه الاقل من قيمة المدبر وام الولد وارش الجناية ، ولا يجوز له الدفع ، لان نقل الملك فيهما لا يجوز ، وهذا في قتل الخطأ ، فأما العمد فانه يسلم حتى يقتص منه .

فصـــل

٧٤٥٨ ـ وان جنت ام الولد مرارا فليس على المولى الا قيمة واحدة وكذلك المدبر .

٧٤٥٩ ـ وقال الشافعي في احد قوليه يفديها بجنايتها دفعة اخرى وثالثة وكذلك ابدا وفي الآخر مثل قولنا يشارك الثاني ، الاول وكذلك الثالث يشارك الاول والثاني وكذلك ابدا .

٧٤٦٠ ـ لانه بالتدبير والاستيلاء منع الدفع واتلف القيمة فلا يلزمه اكثر من قيمة واحدة .

فصـــــل

سعاية المكاتب في جنايته

٧٤٦١ ـ وجناية المكاتب في ماله يسعى فيها بالغا ما بلغت •

فصـــــل

موت العبد الجاني

٧٤٦٢ ـ واذا مات العبد بطلت جنايته ، ولا يضمن المولى ذلك لانه لم يتعين عليه القيمة •

فصـــــل

موت أم الولد والمدبر الجانيين

٧٤٦٣ ـ وجناية ام الولد والمدبر لا تبطل بموتهما •

والمولى يؤدى ذلك لانه منع من التسلم في الحياة ، فهو كما لو اختار العبد اذا اعتقه أو باعه بعد العلم بالجناية فانه يصير مختارا للجناية •

وان كانوا قد قالوا انه لو وطىء أو استخدم الجارية انه لا يكون مختارا •

٧٤٦٤ ـ وروى عن ابي يوسف في الوطىء انه يكون مختارا ولو رهنه أو اجره لم يكن مختارا •

فصـــــل

٧٤٦٥ ـ والعبد اذا قتل دابة أ واستهلك مالا فانه يباع في ذلك الا ان يفديه المولى •

فصـــــل

٧٤٦٦ ـ ولو فعل ذلك مدبر أو ولد سعيا فيه ، وكذلك المكاتب يسعى •

فصـــــل

إقرار الرقيق بجناية خطأ

٧٤٦٧ ـ وكل رقيق من الرجال والنساء اذا اقر بجناية خطأ فانها لا تلزم مولاه وتلزمه اذا عتق الا المكاتب فانه تلزمه السعاية •

فصـــــل

٧٤٦٨ ـ فان كانت نفسا فقضى عليه بها ثم مات فقد صارت دينا يبدأ بها قبل مال الكتابة ولو لم يقض بها حتى مات بطلت في قول بعض فقهائنا •

٧٤٦٩ ـ وقال ابو حنيفة تبطل وان قضى بها لان اصلها كان باقرار المكاتب ، واقراره لا يقبل على مولاه •

فصـــــل

القيمة يوم الجناية

٧٤٧٠ ـ وكل جناية تلزم العبد فالمعتبر بالقيمة يوم الجناية لا يوم الحكم بها ولا الدفع لانها سبب الوجوب عليه ، مثل قيمـة الرهن يوم التسليم والغصب يوم القبض كذلك هذا •

باب القسامة(١)

الأثر الوارد فيها

٧٤٧١ – روى سهل بن حَثْمة عن رجال كبراء من قومه ان عبدالله ابن سهل ومُحيّصة [بن مسعود] خرجا الى خيبر من جهد اصابهما فوجد محيصة عبدالله بن سهل قد قتل والقى في عقير (قعير بئر) أو عين ، فقال محيصة لليهود انتم قتلتموه فانكروا ذلك فجاء الى النبي صلى الله عليه

---

(١) جاء في سبل السلام (٣/٢٥٣) « القسامة لغة مصدر اقسم قسما وقسامة وهي الايمان تقسم على اولياء القتيل اذا ادعو الدم أو على المدعى عليهم الدم ، وخص القسم على الدم بالقسامة . قال امام الحرمين : القسامة عند اهل اللغة اسم للقوم الذين يقسمون ، وعند الفقهاء اسم للايمان .

وفي القاموس : القسامة : الجماعة يقسمون على الشيء ويأخذونه ، أو يشهدون .

وفي الضياء : القسامة الايمان تقسم على خمسين رجلا من اهل البلد او القرية التي يوجد فيها القتيل ، لا يعلم قاتله ، ولا يدعى اولياؤه قتله على أحد بعينه . أهـ .

والقسامة نظام عرفي قديم من نظم المسؤولية الجنائية الجمعية ، كان معروفا لدى الشعوب السامية وفي جاهلية العرب (سبل السلام ٣/٢٥٦) وبموجب هذا النظام اذا وجد قتيل في موضع ولم يثبت قاتله وظن ان اهل ذلك الموضوع قتلوه حلف خمسون رجلا من هؤلاء خمسين عينا بالله ما قتلنا ولا علمنا قاتلا ، فمن حلف منهم برىء ومن لم يحلف فعليه بقسطه في العدد من الدية .

ولم يجمع فقهاء المسلمين على جواز الحكم بالقسامة في الاسلام ومع ذلك فقد ذهب جمهور الفقهاء الى وجوب الحكم بالقسامة على الجملة فذهب الى ذلك مالك والشافعي وابو حنيفة واحمد وسفيان وداود واصحابهم وغير ذلك من فقهاء الامصار ، وقالت طائفة من العلماء : سالم بن عبدالله وابو قلابة وعمر بن عبدالعزيز وابن علية لا يجوز الحكم بها . (بداية المجتهد ٢/٣٠٤) .

وسلم ومعه حُوَيصة وهو اكبر منه وعبدالرحمن بن سهل فابتدأ محيصة يتكلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : الكبير الكبير [وفي رواية كَبِّر كَبِّر يريد السن] •

فتكلم حويصة ثم محيصة وعبدالرحمن فكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليهود : اما ان تدوا صاحبكم واما ان تأذنوا بحرب ، فكتبوا يحلفون ما قتلناه •

فقال النبي صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحيصة وعبدالرحمن أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم ؟ فقالوا : كيف نحلف ولم نر ولم نشاهد : قال : فيحلف من اليهود خمسون [وفي رواية : فيحلف لكم يهود] • قالوا : اذن يحلفون يا رسول الله •

فوداه النبي صلى الله عليه وسلم من عنده [فبعث اليهم مائة فاقة][1] •

فصـــل

دلالة الخبر

٧٤٧٢ ــ وقد دل هذا الخبر على وجوه كثيرة منها جواز استماع اقوال المدعي مع غيبة الخصم ، ومنها تقديم النبي صلى الله عليه وسلم الكبير على الصغير في الكلام •

فصـــل

٧٤٧٣ ــ ومنها جواز المكاتبة الى المدعي عليه واستعلام ما يدعى عليه من جهته •

---

(١) اقضية رسول الله ، للقرطبي ، ص٩ ــ ١١ •

وسبل السلام ٣/٢٥٣ ــ ٢٥٤ ، وفيها ان هذا الحديث اصل كبير في ثبوت القسامة عند القائلين بها ، وهم الجماهير •

فصـــــل

٧٤٧٤ ـ ومنها انه يجوز ان يهدد المدعي عليه لانه قال ، اما ان تدوا صاحبكم أو تأذنوا بحرب •

فصـــــل

٧٤٧٥ ـ ومنها جواز قبول قول المدعي عليه وسماع انكاره مع الغيبة •

فصـــــل

٧٤٧٦ ـ ومنها قول النبي عليه السلام تحلفون للمدعين القتل وان هذا حكم يخالف حكم الاموال •

فصـــــل

٧٤٧٧ ـ ومنها ان المدعي لا يجوز ان يحلف مع عدم العلم ، ولا يشهد الانسان بما لم ير •

فصـــــل

٧٤٧٨ ـ ومن ذلك انه قال ، فيحلف من اليهود (خمسون) •

فصـــــل

٧٤٧٩ ـ ومنها ان الذي يحلف خمسون رجلا •

فصـــــل

٧٤٨٠ ـ ومنها جواز الطعن على المدعي عليه لانه لم ينكر عليهم ما قالوا •

فصـــــل

٧٤٨١ ـ ومنها جواز دفع الدية من غير المدعي عليهم بل من بيت المـال •

ففي هذا الخبر هذه الوجوه كلها من الفقه •

فصـــــل

القسامة في الجاهلية

٧٤٨٢ – وقد روى عن سعيد بن المسيب ان القسامة كانت في الجاهلية فاقرها النبي صلى الله عليه وسلم في قتيل من الانصار وجد في جهة اليهود ، قال فبدأ النبي صلى الله عليه وسلم فكلفهم قسامة خمسين فقالت اليهود لا نحلف فقال النبي صلى الله عليه وسلم احلفون فابت الانصار ان تحلف فاغرم اليهود ديته لانه قتل بين اظهرهم • هذا الحديث يضاد الاول وينافيه لانه حكى انه بدأ بالمدعي عليهم وكلفهم القسامة وغرم اليهود الديـة •

٧٤٨٣ – وسعيد بن المسيب قاضي المدينة والعالم بالسيرة وقد خالف الخبر الاول ، واذا اختلفت الروايـة نظرا الى ما يوافق الاصـول من الاخبار •

فصـــــل

اللوث

٧٤٨٤ – وقد قال مالك أن المدعين اذا حلفوا قتلوا ، وقال الشافعي بل لهم الدية .

٧٤٨٥ – وقال مالك لا تجب القسامة حتى يقول المقتول دمي عند فلان أو يأتي بلوث[1] من بينة ، وبه قال الشافعي في اللوث •

---

(١) اللوث لغة الطي واللي والشر والجراحات والمطالبات بالاحقـاد وتمريغ اللقمة في الاهالة ، وعند الشافعي اللوث شبه الدلالة ولا يكون بينه تامة ، وفي القسامة ذكر اللوث وهو ان يشهد شاهد واحد على اقرار

←

٧٤٨٦ – وليس في الخبرين جميعا ذكر لوث من بينة ولا من غيرها ، والدم يجب فيه الاحتياط ويدرأ بالشبه .

فصـــل

قتيل في محلة

٧٤٨٧ – واذا وجد القتيل في محلة قوم [لا أثر] به من دم سائل فانه لا قسامة فيه [ولا دية][1] .

٧٤٨٨ – وقال الشافعي فيه القسامة .

٧٤٨٩ – لانه يحتمل ان يكون قد مات فجاءة فلا تجب القسامة بالشك .

فصـــل

٧٤٩٠ – واذا كان في المحلة اقل من خمسين كررت عليهم الايمان حتى يحلفوا خمسين يميناً عند اصحابنا .

المقتول قبل ان يموت ان فلانا قتلني أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما أو تهديد منه له أو نحو من ذلك (لغة العرب) .

وجاء في سبل السلام (٣/٢٥٤) « لا تثبت القسامة بمجرد دعوى القتل على المدعى عليهم من دون شبهة اجماعا .

وقد روى عن الاوزاعي وداود ثبوتها من غير شبهة ولا دليل لهما . واختلف العلماء في الشبهة التي تثبت القسامة : فمنهم من جعل الشبهة اللوث : وهو كما في النهاية ان يشهد شاهد واحد على اقرار المقتول قبل ان يموت ان فلانا قتلني ، أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما أو تهديد له منه أو نحو ذلك ، ومن اللوث التلطخ .

ومنهم من لم يشترطه كالهادوية والحنفية فانهم قالوا وجود الميت وبه اثر القتل في محل يختص بمحصورين تثبت به القسامة عندهم اذا لم يدع المدعى على غيرهم » . أهـ .

(١) صوبنا العبارة بالرجوع الى مختصر الطحاوي ، ص٢٤٧ .

٧٤٩١ ـ وقد قال الشافعي اذا لم يكن هناك لوث هل تكرر الايمان أو تكون يمينا واحدة ؟ على قولين احدهما تكرر والثاني تكفي يمين واحدة وهو قولنا اذا لم يكن به ارش •

فصـــل

٧٤٩٢ ـ واذا كانوا اكثر من خمسين فالمولى يختار منهم خمسين فيحلفهم •

فصـــل

من لا يحلف في القسامة

٧٤٩٣ ـ ولا تحلف النساء ولا من لا يلزمه عقل عندنا •

فصـــل

متى تكون الدية في بيت المال

٧٤٩٤ ـ واذا اصيب في فلاة من الارض مقتولا فديته في بيت المال ، وكذلك اذا وجد في سوق العامة ووسط الفرات والماء يحمله فديته في بيت المال[١] •

فصـــل

٧٤٩٥ ـ وان اصيب بين قريتين فالايمان والعقل على اقرب القريتين اليه وبهذا حكم عمر[٢] •

---

(١) يلاحظ ان خزانة الفقه لأبي الليث السمرقندي (ص ٣٦٧) جاء فيها انه : « ان وجد في وسط الفرات يجرى به الماء فهو هدر » • وقد وردت هذه العبارة بعينها في الهداية في باب القسامة •

(٢) في مسند ابي شيبة واقضية الرسول لابن فرج المالكي (ص ١٢) ان الرسول (ص) هو اول من الزم اقرب القريتين بدم القتيل •

فصـــــل

٧٤٩٦ ـ واذا اختلفوا فعلى العاقلة الدية •

فصـــــل

٧٤٩٧ ـ ويعقل اهل المحلة مع عاقلتهم •

فصـــــل

٧٤٩٨ ـ وتحلف العاقلة مع اهل المحلة اذا كانت العاقلة في المصر •

فصـــــل

٧٤٩٩ ـ ولا يغرم كل انسان منهم الا ثلاثة دراهم أو اربعة •

فصـــــل

٧٥٠٠ ـ فان لم يفو بالدية يضم اليهم اقرب القبائل حتى تتكامل الديـة •

فصـــــل

٧٥٠١ ـ فان لم يكن للقاتل عاقلة وكان من اهل الباديـة الذين لا ديوان لهم فالدية على قبيلته •

فصـــــل

بطلان القسمة

٧٥٠٢ ـ وقال بعض الفقهاء ان القسامة باطلة والبينـة على المدعي واليمين على من انكر •

قال ابو موسى : وهم شواذ من الفقهاء ، وقد بينا السنة في ذلك •

فصـــــل

قتيل في دار قبل قبضها

٧٥٠٣ ـ ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل قال ابو حنيفة القسامة والدية على من هي في يديه ان كانت في يد البائع فعلى البائع ، وان كانت في يد المشترى سواء كان الشراء باتا أو فيه خيار (فعلى المشترى) .

٧٥٠٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد ، ان كان باتا فالقسامة على المشترى والدية على عاقلته ، وان كان فيه خيار فالقسامة والدية على من صارت الدار اليه .

نوع آخر من المسائل

فصـــــل

حفر في دار مشتركة

٧٥٠٥ ـ والدار اذا كانت بين اثنين لاحدهما الثلث وللآخر الثلثان فحفر احدهما فيها بغير اذن شريكه فوقع فيها انسان كان على الحافر الدية الا مقدار لنصيب نفسه .

ولو كان بين ثلاثة نفر فحفر احدهم بئراً فوقع فيها انسان فعليه ثلثا الدية في قول ابي حنيفة وفي قولهما عليه نصف الدية .

فصـــــل

التقدم إلى رب الحائط بهدمه

٧٥٠٦ ـ والحائط اذا كان بين جماعة فتقدم رجل الى احدهم بهدمه فلم يهدمه حتى عطب به حيوان أو انسان فعلى المتقدم اليه مقدار حصته عند ابي حنيفة وعندهما نصف الضمان .

فصـــــل

عطب بتراب حائط

٧٥٠٧ ـ والحائط اذا هدم فوقع انسان بترابه فعطب فعليه الضمان عند محمد ولا ضمان عليه عند ابي يوسف •

فصـــــل

اختياره فداء عبده

٧٥٠٨ ـ واذا اختار المولى فداء عبده (من) ارش الجناية وجب عليه حالا في ماله ، وان تبدل اختياره[1] بعد ذلك فالجناية زائلة عن رقبة العبد باختيار المولى •

٧٥٠٩ ـ وقال أبو يوسف اذا لم يكن له مال سوى العبد فاختياره باطل والمال في رقبة العبد حتى يستوفى وقال محمد الاختيار جائز معسرا كان أو موسرا ، ويكون ذلك في رقبة العبد دينا لولى الجناية •

٧٥١٠ ـ وفي كتاب الجنايات مسائل كثيرة وفروع مشتبهة والذي ذكرناه هو ما يجوز ان يقع ويتفق دون النادر •

ولما كان قتال اهل البغي يجوز في حالة ويحرم في اخرى ، وهو شبيه بالجنايات اذا حرم وبالمباحات اذا احل وجب ان نذكره بعد ذلك ونبين حكم قتالهم وهل تجب دية ام لا تجب ؟

---

(١) كذا وفي نسخة المعهد « ان ثبت اعساره » •

كتاب قتال أهل البغي
وهذا كتاب أهل البغي[1]

فصـــــل

الدليل على أحكام أهل البغي

٧٥١١ ـ قال الله تعالى : (وان طائفتان من المؤمنين اقتلوا فاصلحوا بينهما ، فان بغت احدهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله ، فان فاءت فاصلحوا بينهما بالعدل واقسطوا ، ان الله يحب المقسطين ، انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين أوخويكم)[2] الآية .

فصـــــل

(دلالة الآية)

٧٥١٢ ـ فامر بقتال الباغية ، ونهى عن القتال بعد الفيئة والرجوع ، ولم يسلب الجميع اسم الايمان ، وامر اهل الحل والعقد بالسعي بينهما بالصلح .

والآية تدل على قتال مستقبل لانها بلفظة (إن) التي لا تصلح للماضي وهي شرط وجواب الشرط فاصلحوا .

٧٥١٣ ـ وقد قاتل ابو بكر المرتدين وبه عرف حكمهم ، وضرب عمر الدواوين وبه عرف حكم ذلك ، والخراج ، وعرف بقتل عثمان رضى الله عنه حكم الفترة وما يفعل اذا عدم الامام .

وعرف بعلي رضى الله عنه قتال اهل البغي ، وكيف يفعل بهم ، وهذا الذي اشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم بقوله (عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي فعضوا عليها بالنواجذ)[3] فيجب ان

---

(١) في سبل السلام : البغي مصدر بغى عليه بغيا علا وظلم وعدل عن الحق وله معان كثيرة .

(٢) الحجرات ٤٩/٩ .

(٣) سنن ابن ماجة ١٦/١ رقم الحديث ٤٢ .

يفعل ما فعل كل واحد منهم ، ويقتدى به كما امر الرسول عليه السلام وقد ذكر ابو روف الهمداني[1] عن اكثر من عشرين رجلا ممن ادرك ذلك ان عليا رضي عنه قال للأشتر يوم الجمل وقد قتل واجهز على الجرحى ، ليس الامر كذلك ، ليس القوم بكفار وانما قاتلناهم ببغيهم علينا فلا تتبعن مدبرا ولا تجهزن على جريح[2] .

فقال يزيد بن قيس الهمداني وهو حاضر ايكما يرضى ان تكون صاحبة الفسطاط الاحمر في قسمه ؟ يعنى عائشة فسكت الاشتر .

فصل

الخوارج[3]

٧٥١٤ ـ والخوارج هم كل فرقة اظهرت رأياً ودعت اليه وقاتلت عليه وصار لهم شوكة منيعة وبقعة معينة وشهرت السلاح على الجماعة .

٧٥١٥ ـ فالامام المفترض الطاعة يدعو هؤلاء الى الرجوع ويسألها عما دعت اليه ويحل شبهتها ان كان لها شبهة ، فاذا انصفهم وازال ما يدعون اليه وهم ممتنعون في الدخول تحت طاعته والرجوع الى الجماعة فحينئذ يجب حربهم وقتالهم .

٧٥١٦ واذا قاتل الامام الفئة الباغية وهزمها فانها ان كان لها فئة يرجعون اليها ومعقلا يتحصنون به فانه يتبع المدبر ويجهز على الجريح

---

(١) كذا والظاهر ان صوابه ابو فروة الهمداني عروة بن الحارث من الطبقة الثالثة في اهل الكوفة كما ذكره ابن سعد في الطبقات الكبرى ٣٢٩/٦ .

(٢) قريب من هذا ما جاء في نيل الاوطار (ج٧ ص١٩١) : « عن مروان بن الحكم قال : صرخ صارخ لعلي يوم الجمل : لا يقتلن مدبر ، ولا يذفف على جريح ، ومن اغلق بابه فهو آمن ، ومن القى السلاح فهو آمن » رواه سعيد بن منصور . وانظر تاريخ الطبري ، ج٤ ص٥٤١ .

(٣) يطلق على الخوارج مصطلح المحاربين على التأويل ، (كما في بداية المجتهد ٣٨٠/٢) .

ويقتل الاسير عند اصحابنا •

٧٥١٧ ـ وان كانوا بخلاف هذه الحالة لا شوكة لهم قوية ولا بقعة منيعة ولا ردء[١] يلجاؤن اليه فانه لا يجهز على جريح ولا يقتل اسيرا ولا يتبع مدبرا عملا بما ذكرنا من الخبر في ذلك •

فصـــل

حبس سلاحهم

٧٥١٨ ـ وما اخذنا من مال أو سلاح أو كراع أو غيره من الاموال فان كل ذلك يحبس حتى تنقضي الحرب أو يقتلوا أو يرجعوا ثم يرد ذلك كله على اربابه ولا يخمس عندنا ذلك ولا يملك •

فصـــل

٧٥١٩ ـ وقد قال ابن شبرمة وابن ابي ليلى والحسن بن صالح يخمس ذلك كله •

٧٥٢٠ ـ وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم (لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه)[٢] •

٧٥٢١ ـ ولأن امير المؤمنين عليا رضى الله عنه لم يخمس اموال الخوارج ، وفعله هو الاصل في هذا الباب •

---

(١) الردء الناصر والعون ج • ارداء •

(٢) نيل الاوطار ، ج٥ ص٣٥٥ « عن أنس ان النبي (ص) قال : لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفسه • رواه الدارقطني ، وعمومه حجة في الساحة الغصب يبنى عليها ، والعين تتغير صفتها انها لا تملك •

فصـــــل

لا ضمان على ما أتلفه المتحاربون في حرب البغاة

٧٥٢٢ ـ وما أتلفوا علينا من مال أو نفس أو اتلفنا عليهم من ذلك فلا ضمان على احد الفريقين لصاحبه •

٧٥٢٣ ـ وقال الشافعي يجب الضمان في احد قوليه لانهم باينوا الجماعة دارا وحربا فهم كاهل الحرب •

فصـــــل

بيع سلاح ذوي الفئة

٧٥٢٤ ـ وما دامت لهم فئة يرجعون اليها فان سلاحهم وكراعهم يباع ويحفظ ثمنه الى ان تقضي الحرب ثم يرد عليهم •

فصـــــل

استعمال سلاح ذوي الفئة

٧٥٢٥ ـ وان احتيج الى ذلك السلاح فلا بأس باستعماله مع الحاجة اليه ، ولا يجوز مع عدم الحاجة •

فصـــــل

هل يصلى على قتلى أهل البغي؟

٧٥٢٦ ـ وقال اصحابنا ، لا يصلى على من مات منهم أو قتل •

٧٥٢٧ ـ وقال الشافعي يصلى عليهم ، وجعل اصحابنا ذلك كأهل الحرب •

فصـــــل

الصلاة على قتلى أهل البغي

٧٥٢٨ ـ واجمع الفريقان على انهم يدفنون ولا تحمل رؤسهم الى

غير البلد الذي قتلوا فيه ، لان في ذلك مُثْلة ، وقد نهى عنه الائمة الراشدون .

فصل

قتل الأب المشرك

٧٥٢٩ ـ وقد كره اصحابنا ان يتعهد[١] الولد المسلم قتل ابيه المشرك أو الباغي لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى حنظلة بن ابي عامر[٢] عن قتل والده وقالوا لا بأس ان يبدأ بقتل اخيه لان حرمة الاب اعظم ، وقد قال تعالى : (وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا)[٣] .

فصل

العادل يرث

٧٥٣٠ ـ والعادل يرث الباغي اذا مات أو قتل .

فصل

٧٥٣١ ـ واختلف في الباغي هل يرث العادل اذا قتله ؟

فقال ابو حنيفة ومحمد ان قال قتلته وانا على حق ورث .

وقال أبو يوسف لا يرث الباغي من العادل اذا قتله في كل حال .

---

(١) في نسخة تونس : ان يتعمد .

(٢) حنظلة بن ابي عامر ، واسم ابى عامر عمرو بن صيفي بن زيد الاوسي الانصاري ، كان ابوه عامر يعرف في الجاهلية بالراهب ، وقد حسد الرسول واضمر النفاق فخرج الى مكة ثم قدم مع قريش يوم أحد محاربا فسماه رسول الله (ص) الفاسق واقام بمكة فلما فتحت هرب الى هرقل والروم فمات هناك كافرا ، واما حنظلة ابنه فهو من سادات المسلمين وفضلائهم وهو المعروف بغسيل الملائكة ، قتل يوم أحد (اسد الغابة ج٢ ، ص٥٩ ـ ٦٠ ، وتاريخ الطبري ج٢ ص٥١٢ و ٥٢١ ـ ٥٢٢) .

(٣) لقمان (٣١/١٥) .

فصـــــل

ضمان ما أتلف الباغي قبل خروجه

٧٥٣٢ ـ وما أتلفـوا علينـا أو اتلفنا عليهـم من الاموال والرقيق والحيوان قبل خروجهم فهو مضمون على من فعله ، ويؤخذ به بعد ان ينقضوا ويقضى به لكل واحد على الآخر .

فصـــــل

أنظار البغاة

٧٥٣٣ ـ وقال اصحابنا ليس للامام ان يعفو عن قتالهم ولا يصالحهم على مال يأخذه منهم وجعل يجعله عليهم حتى ينظروا لانهم ليسـوا بكفار فيقروا بالجزية .

وقد سئل علي بن ابي طالب رضي الله عنه ، عنهم أكفار هم ؟ فقال من الكفر هربوا . فقيل امنافقون هم ؟

فقال : ان المنافقين لا يذكرون الله الا قليلاً . فقيل له ما هم ؟

فقال اخواننا بغوا علينا بالامس فنصرنا عليهم . وانما يفعل بهم ذلك حتى لا يكبروا ويعظم امرهم .

فصـــــل

٧٥٣٤ ـ وجملة القول ان هذا امر اليوم كالمأيوس منه ، ولو شاهد اهل العلم ومن صنف الكتب في الفقه ما نشاهد لعلموا ان هذا انما كان في غير هذا الزمان ، ونحن نرى اليوم الخوارج في كل بلد وكل انسان يفعل ما يرى من غير جامع يجمع شمل المسلمين ويعز الدين[1] .

---

(١) هذه الملاحظة دليل على واقعية السمناني في استنباط الاحكام المناسبة لكل زمان ، وعدم اصراره على التمسك بالقواعد التي لم تعد تلائم ←

فصـــــل

طلب الباغي الأمان

٧٥٣٥ ـ ولو ان العادل اراد قتل الباغي في الحرب فالقى سلاحه وطلب الامان فانه لا يقتله وان طلب ذلك والسلاح معه فله قتله •

فصـــــل

قضاة الخوارج

٧٥٣٦ ـ وقال اصحابنا لو ان رجلا من اهل العدل ولاه الخوارج حكما على مدينتهم فحكم بحد أو قصاص أو طلاق أو نكاح أو شيء مما يحكم به الحكام جاز ذلك كله ، وليس ينبغي له اذا قدر على ذلك الا يقيمه اذا كانوا قدسلموا ذلك اليه ، لانه يجرى فعلـه مجرى الامر بالمعروف والنهي عن المنكر اذا قدر على ازالته •

فصـــــل

لا يستعان بأهل الشرك على الخوارج

٧٥٣٧ ـ وليس له ان يستعين باهل الشـرك على الخوارج اذا كان الشرك هو الغالب لانا لا نأمن منهم الفتك في الجميع •

→

مشاكل العصر وضرورة التفرقة بين ما هو مدون في كتب الفقه من القواعد التقليدية وما تمس الحاجة والضرورات الى استنباطه من القواعد فالقواعد التي صاغها الفقه في معاملة المنشقين على الدولة بتأويل وضعت بالاستناد الى سيرة الامام علي في الخوارج في عصر متقدم فلم تعد تصلح للقضاء عـلى الفتن في عصور لاحقة شاعت فيها الثورات وشق عصا الطاعـة على دول الخلافة والرغبة في الانفصال • وهكذا يصرح السمناني في اكثر من موضع بضرورة تجديد قواعد الفقه واستنباط ما يلائم كل عصر من الاحكام لئلا يصح الفقه مجموعة من القواعد التي لا تصلح في التطبيق ولا ظل لها في غير دفاتر الفقهاء •

فصـــل

حد الخوارج

٧٥٣٨ ـ وليس الحكم في الواحد والاثنين والجماعة التي (هي) غير ممتنعة بدار من الخوارج هذا الحكم الذي ذكرناه ، هؤلاء تقام عليهم الحدود كلها ويضمنون ما اتلفوا أو اتلف عليهم كسائر الناس من اهل العـدل ، ولو جوزنا ذلك لكان كل فرقة من المسلمين من اهل المذاهب المختلفين والعشائر المتضادين يفعل مثل ذلك ، وليس هذا قولا لاحد من المسلمين واهل العلم والدين .

فصـــل

(الحرابة واللصوصية)[1]

اللصوص

٧٥٣٩ ـ واللصـوص اذا كان لهم منعـة وشـوكة فاتلفوا الاموال والنفوس ثم قدرنا عليهم فانه تقام فيهم الحدود وتستوفى الحقوق ويضمنون الاموال التي اتلفوا ويستوفى القصاص منهم في النفس والطرف ، وليس هم في هذه الاحكام كالخوارج المتأولين للقتـال والداعين الى مقالة ذكروهـا ودلوا بالسنة عليها ، هؤلاء كاهل الحرب واؤلئك كفساق اهل العدل .

---

(١) الاصل في الحرابة قوله تعالى « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف ، أو ينفوا من الأرض ، ذلك لهم خزى في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم » (المائدة) .
وقد عرف ابن رشد المتفق عليه من معنى الحرابة بقوله في بداية المجتهد (٢/٣٧٧) .

اما الحرابة فاتفقوا على انها اشهار السـلاح وقطع السبيل خارج المصر ، واختلفوا فيمن حارب داخل المصر . فقال مالك دخل المصر وخارجه ←

فصـــــل

اللص المكابر

٧٥٤٠ ـ وكان اصحابنا يرون ان اللص اذا دخل ليلا وكابر على اخذ المال ان قتله حلال لان الدفع عن المال كالدفع عن النفس •

فصـــــل

٧٥٤١ ـ وكان ابو حنيفة لا يؤديه بالدية •

وقال غيره من اصحابنا يؤدى بالدية وجعل ذلك كالمضطر الى طعام الغير انه يضمن •

فصـــــل

دخول اللص نهاراً

٧٥٤٢ ـ فلو ان اللص دخل نهارا وقاتل بعصا فان ابا حنيفة قال لا يجوز قتله لان النهار يقدر فيه على المعونة ، والليل بخلاف ذلك •

فصـــــل

٧٥٤٣ ـ وقال ابو يوسف ومحمد هذا والاول سواء ويجوز قتلـه ويؤدى لان العصا قيل تقتل كالسيف •

→

سواء ، واشترط الشافعي الشوكة ، وان كان لم يشترط العدد • وانما معنى الشوكة عنده من المغالبة • ولذلك يشترط فيها البعد عن العمران ، لأن المغالبة انما تتأتى بالبعد من العمران • وكذلك يقول الشـافعي اذا ضعف السلطان ووجدت المغالبة في المصر كانت محاربة • واما غير ذلك فهو عنده اختلاس • وقال ابو حنيفة لا تكون محاربة في المصر • اهـ •

فصـــــل

دفن أهل البغي في مقابر المسلمين

٧٥٤٤ ـ وقد روى عن ابي يوسف ان اهل البغي يدفنون في مقابر اهل العدل ، وليس حالهم اكبر من حال الزاني المحصن والقاتل عمدا .

فصـــــل

ما ينفذ من أحكام أهل البغي

٧٥٤٥ ـ وينفذ من احكامهم ما ينفذ من (احكام) اهل العدل ، ويرد ما يرد منها ، لان لهم تأويلا اليه يذهبون .

فصـــــل

٧٥٤٦ ـ ومن عبر بماله عليهم فاخذوا منه الزكاة فالامام يثنيها عليه لانه دفع الى غير من له حق الاخذ .

٧٥٤٧ ـ وقال الشافعي لا يثنى عليه .

فصـــــل

٧٥٤٨ ـ واتفق الفريقان على انهم لو ملكوا البلاد واخذوا ما للامام خذه واقاموا الحدود انها لا تثنى على احد بعد ذلك .

٧٥٤٩ ـ واذا قد ذكرنا حكم البغاه وحكم من ليس باغ وجب ان نذكر حكم من يباح قتله وليس باغ ولا عادل ، وليس هذا الا من ارتد عن الدين وبدله .

كتاب المرتد
الآيات الواردة في الردة
وهذا كتاب المرتد[1]

٧٥٥٠ ـ قال الله تعالى : « يا ايها الذين آمنوا من يرتد منكم عن دينه فسوف يأتي الله بقوم يحبهم ويحبونه »[2] الآية .

وقال : « فمن كفر بعد ذلك منكم فقد ضل سواء السبيل »[3] .

فدلت الآيتان على ان الردة محرم فعلها وانها تخرج الفاعل عن الدين الذي اختاره الله ورضيه .

فصـــــل
الآثار الواردة في الردة

٧٥٥١ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه انه قال : « من بدل دينه فاقتلوه »[4] .

وقال (لا يحل دم امرى مسلم الا باحدى ثلاث ، كفر بعد ايمـان

---

(١) الرد صرف الشيء ورجعه ... وقد ارتد وارتد عنه تحول ، وفي التنزيل « من يرتد منكم عن دينه » والاسـم الردة ، ومنه الردة عن الاسلام اي الرجوع عنه ، وارتد فلان عن دينه اذا كفر بعد اسـلامه . (لسان العرب) .

(٢) المائدة (٥/٥٤) .

(٣) المائدة (٥/١٢) .

(٤) في نيل الاوطار ، ج٧ ص٢١٦ : عن عكرمة قال : اتى أمير المؤمنين علي (رض) بزنادقة فاحرقهم ، فبلغ ذلك ابن عباس فقال : لو كنت انا لم احرقهم ، لنهى رسول الله (ص) قال : لا تعذبوا بعذاب الله ، ولقتلتهم لقول رسول الله (ص) من بدل دينه فاقتلوه . رواه الجماعة الا مسلما ، وليس لابن ماجة فيه سوى من بدل دينه فاقتلوه .

وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس)[1] .

٧٥٥٢ ـ واجمع الفقهاء على ان كل عاقل بالغ مكلف اذا ارتد عن الدين صحت ردته ووجب قتله لاجل الردة ، وان الامام يقتله بالسيف بعد ان يفرض عليه الاسلام ، فان ابى قتل . ولا فرق بين الحر والعبد في ذلك عند الجميع .

فصل

ردة المرأة

٧٥٥٣ ـ وقال ابو حنيفة ومحمد ان كانت امرأة بالغة ارتدت وهي عاقلة فانها لا تقتل بالردة وتحبس وتضرب حتى ترجع الى الاسلام ، وهو قول ابي يوسف الآخر .

٧٥٥٤ ـ وقال ابو يوسف اولا تقتل بالردة ، وهو قول ابراهيم النخعي والشافعي ، ولو قتلت بالكفر الطارىء لكان الاصلي مثل ذلك كالرجل يقتل بهما ، والصبي لا يقتل بهما وكذلك المجنون .

فصل

ردة الصبي

٧٥٥٥ ـ والصبي اذا ارتد وهو يعقل الردة صحت ردته ، ولا يقتل لعدم التكليف عند ابي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا تصح ردته ، وهو قول الشافعي ، واتفق اصحابنا على ان الصبي يصح اسلامه اذا كان يعقل الاسلام ، وقال الشافعي لا يصح اسلامه ، وصح منه الصلاة والصيام والطهارة والحج والعمرة فكيف صح منه الفرع ولم يصح الاصل .

---

(١) في نيل الاوطار (ج٧ ص٧) « عن عائشة : لا يحل دم امرىء مسلم الا من زنى بعد ما احصن ، أو كفر بعد ما اسلم ، أو قتل نفسا فقتل بها ، رواه أحمد والنسائي ومسلم بمعناه .

فصـــــل

الإستتابة

٧٥٥٦ ـ وقال اصحابنا ان الاستتابة في حق المرتد مستحبة وليست بواجبة .

٧٥٥٧ ـ وللشافعي قولان احدهما مثل قولنا ، والآخر واجبه لقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه .

فصـــــل

تأجيل المرتد

٧٥٥٨ ـ وان طلب التأجيل اجل لينظر في ذلك .

٧٥٥٩ ـ وقال الشافعي في احد قوليه لا يجب التأجيل .

٧٥٦٠ ـ وقد قال الله تعالى (وان احد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله)[1] .

فصـــــل

ردة السكران

٧٥٦١ ـ ولا تصح ردة السكران عند اصحابنا ، والقياس ان ردته تصح ، وهو قول الشافعي ، لان الردة تتعلق بالاعتقاد ويجب الاحتياط في ذلك .

فصـــــل

جحود المرتد ردته

٧٥٦٢ ـ ولو شهد عليه بالردة وهو يجحد ذلك فذلك توبة من

---

(١) التوبة (٩/٦) .

الردة عندنا •

٧٥٦٣ ـ وقال ابن ابي ليلى لا يكون الجحود توبة وجحود الكفر اكثر من الاقرار به والعود اليه •

فصـــل

المرتدة تلحق بدار الحرب

٧٥٦٤ ـ وما ولد في دار الحرب من الاولاد فانه يسترق •

٧٥٦٥ ـ وللشافعي في ذلك قولان احدهما هذا والآخر لا يسترق ، ولم يجز استرقاق الولد لما وجب قتل الوالدين عنده واحدهما عنده[١] •

فصـــل

توبة الزنديق

٧٥٦٦ ـ ولا تقبل توبة الزنديق[٢] في احدى الروايتين عن اصحابنا وتقبل في الاخرى • وهو قول الشافعي ، لان الكفر يجب الانتهاء عنه والرجوع الى الحق وان تكلف غير الظاهر •

فصـــل

عقود المرتد

٧٥٦٧ ـ والمرتد عند ابي حنيفة عقوده كها موقوفة من البيع والهبة والعتق الا النكاح فانه باطل فان اسلم جازت وان قتل او مات أو لحق بالدار بطلت جميعها •

٧٥٦٨ ـ وقال ابو يوسف عقوده جائزة كما تجوز من غيره ممن

---

(١) في نسخة منيخ واحدهما عندنا •

(٢) الزنديق هو القائل بالتثنية اي بوجود الاهي خير وشر واللفظة معربة من الزند افستا •

يباح دمه .

٧٥٦٩ ـ وقال محمد يجوز تصرفه كما يجوز تصرف المريض الذي يخاف عليه .

٧٥٧٠ ـ وللشافعي ثلاثة اقوال احدهما ان ملكه موقوف مراعى ، والثاني ان ملكه لم يزل ، والثالث انه يزول ومن اصحابه من قال الاقوال في نفوذ تصرفه واما ما ملكه فباق قولاً واحداً .

فصل

كسب المرتد قبل الردة

٧٥٧١ ـ وما اكتسبه المرتد قبل الردة فهو لورثته من المسلمين عند اصحابنا وما اكتسبه بعد الردة فهو فيء للمسلمين عند ابي حنيفة .

٧٥٧٢ ـ وقال أبو يوسف ومحمد الجميع لورثته من المسلمين .

٧٥٧٣ ـ وقال الشافعي الجميع فيء ولا يورث عنه لان المسلم لا يرث الكافر .

فصل

ما يجب على المرتد من دية

٧٥٧٤ ـ ولو قتل المرتد قتيلا خطأ فالدية واجبة فيما اكتسبه قبل الردة ، ولا يجب على العاقلة منه شيء عند ابي حنيفة ذكره في الجامع الصغير .

٧٥٧٥ ـ وقال في السير الكبير انها تجب في المال الذي اكتسبه بعد الردة .

٧٥٧٦ ـ وقال ابو يوسف ومحمد تجب في المالين جميعا .

فصـــــل

قتل عبداً وأمة مرتدين

٧٥٧٧ ـ ومن قتل عبدا مرتدا أو امة مرتدة لم يجب عليه شـيء في الظاهر عند اصحابنا •

٧٥٨٧ ـ وروى عن ابي حنيفة انه قال يجب في الامة القيمة ولا يجب في العبد ، لانها لا تستحق القتل بالردة عنده •

فصـــــل

ارتداد أهل بلدة

٧٥٧٩ ـ ولو ان اهل بلدة ارتدوا عن الاسلام وغلبوا عليها فانهـا لا تصير دار حرب الا بشرائط ثلاث احدهما ان تكون متاخمة لدار الحرب متصلة بهم •

والثاني ان تجرى فيها احكام اهل الشرك •

والثالث ان لا يبقى فيها احد من المسلمين أو من اهل الذمة الا بأمان من المرتدين فحينئذٍ تصير دار الحرب • وهذا قول ابي حنيفة •

٧٥٨٠ ـ وقال أبو يوسف ومحمد ، اذا جرى فيهـا احكام اهل الشرك فهي دار حرب •

فصـــــل

لحوق المرتد بدار الحرب

٧٥٨١ ـ والمرتد اذا لحق بالدار وقضى القاضي بذلك فانه ينظر الى ورثته وقت اللحوق بدار الحرب من كان من ورثته موجودا ورث ومن مات قبل ذلك لم يرث ، وهذا قول محمد واحدى الروايتين عن ابي حنيفة•

٧٥٨٢ ـ وذكر ابو يوسف في الأمالي انه ينظر الى ورثته وقت قضاء القاضي بلحوقه وهو رواية عن ابي حنيفة في بعض الروايات هكذا حكى الخلاف ابو الليث في خلافة لاصحابنا في كتاب السير •

فصـــــل

دعوة المرتد

٧٥٨٣ ـ ودعوة المرتد جائزة وتصير الجارية ام ولد بدعوته ولا يرث هذا الابن اباه اذا كانت الامة يهودية أو نصرانية وان كانت مسلمة ورثه مع سائر الورثة على ما تقدم من تفصيل الروايات •

فصـــــل

ردة الذمي

٧٥٨٤ ـ وقد مضى في كتاب النكاح ان الذمي اذا ارتد من دين الى دين انه لا يقتل ولايكلف الرجوع الى دينه الاول ولا الى دين الاسلام ويخلى وشأنه •

فصـــــل

هل يقضي المرتد ما فاته من عبادة؟

٧٥٨٥ ـ والمرتد لا يقضي شيئاً مما تركه من العبادات في حال الاسلام أو الردة ويستأنف الحج اذا رجع ، وهذا قول اصحابنا جميعا • وقال الشافعي يقضي ما فات •

فصـــــل

الردة بسبب النبي

٧٥٨٦ ـ ومن سب النبي صلى الله عليه وسلم من المسلمين فقد ارتد ووجب عليه ما يجب على المرتد عندنا •

فصـــــل

٧٥٨٧ ـ وان كان من أهل الذمة فانه يؤدب ولا يقتل ولا يكون بذلك ناقضاً للعهد •

٧٥٨٨ ـ وقال الشافعي يقتل ويصير ناقضا للعهد •

٧٥٨٩ ـ وكتاب المرتد يدور في الكتب جميعها في الاحكام • واذا قد ذكرنا احكام المرتد وما يجب عليه وله ، فهل من قصد رجلا ليقتله هل يباح ذلك له ام لا ؟

كتاب الصول

وهذا كتاب الصول

٧٥٩٠ ـ والصـول معنى محظور فيالشرع مسقط للضـمان فيمن يصح بذله من الناس واباحة دمة اذا اقدم على غيره •

فصـــل

٧٥٩١ ـ وقد اتفق الجميع على ان رجلا لو شهر سلاحا على غيره واراد قتله وغلب في ظن المقصود بذلك انه يريد قتله فقتله المشهور عليه السلاح فانه لا قصاص عليه ولا دية •

فصـــل

٧٥٩٢ ـ وان كان الشاهر صبياً أو مجنوناً فقتله فعليه ضمان ديتـه لانه لا يصح له فعل اباحة دمه •

---

(١) لم يذكر السمناني الآثار الواردة في اباحة دفع الصائل وهدر دمه دفاعا عن النفس والعرض والمـال • وقد ورد في ذلك احاديث عديدة منها حديث عن ابي هريرة قال : جاء رجل فقال يا رسول الله ارأيت ان جاء رجل يريد أخذ مالي ؟ قال فلا تعطه مالك •

قال : ارأيت انقاتلني ؟ قال قاتله •

قال : ارأيت ان قتلني ؟ قال فانت شهيد •

قال : ارأيت انقتلته ؟ قال : هو في النار •

ومنها « من قتل دون ماله فهو شهيد » •

ومنها « ومن اريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد » •

ومنها « من قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دونماله فهوشهيد ، ومن قتل دون اهله فهو شهيد » (نيل الاوطار ج٥ ص٣٦٦ ـ ٣٦٧) •

فصـــــل

٧٥٩٣ ـ وقالوا للابن والعبد والذمي ان يدفع عن نفسه الاب والمولى والمسـلم • وان قتل واحد من هؤلاء الآخر لم يقتل ، وذلك مضـى في الجنايات •

فصـــــل

صول حيوان لغيره

٧٥٩٤ ـ وقال ابو حنيفة ومحمد ، اذا صال عليه بعير لغيره أو فرس أو من الحيوان ما له قيمة فقتله دفعا عن نفسه فعليه الضمان لمالكه •

٧٥٩٥ ـ وقال أبو يوسف والشافعي لا ضمان عليه في ذلك •

فصـــــل

الاضطرار إلى طعام غيره

٧٥٩٦ ـ واتفق الجميع على انه لو اضطر الى طعام غيره ان له اخذه والضمان عليه واجب لانه اتلف مال آدمى طالبا لحياة نفسه •

٧٥٩٧ ـ وهـذا موجود في مسألتنا وقد يجوز الاقدام عـلى الفعل ولا يسقط الضمان كمن ذبح شاة غيره وهو يعتقد انها لـه وكمن رمى صيدا فاصاب انسانا فقتله •

فصـــــل

صول الصيد في الحرم

٧٥٩٨ ـ ولو صال عليه الصيد في الحرم أو الاحرام فقتله فلا جزاء عليه عندنا • وقال زفر عليه الجزاء كما لو اضطر الى قتله للحاجة •

فصـــــل

تجاوز حد الدفاع عن النفس

٧٥٩٩ ـ ولو شهر على رجل في المصر عصا أو حجرا فقتله المشهور

عليه فان ابا حنيفة قال يجب عليه القود • لانه قتل من ليس له قتله •

٧٦٠٠ ـ وقال أبو يوسف ومحمد لا يقتل ، وان كان العصا والحجر كبيرا تلزمه الدية •

فصـــل

الاطلاع على قوم

٧٦٠١ ـ ولو اطلع على قوم من كوة بغير اذنهم وهم منكشفون أو عند رجل حرمته (كذا) وليس المطلع من ذوي الارحام فقطع عينه ببندقة أو حصاة أو طعن عينه بعود فذلك هدر ولا شيء على الفاعل في رواية الطحاوي • وهو قول الشافعي •

٧٦٠٢ ـ وقال الرازي يجب الضمان • وقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (من اطلع في بيت قوم بغير اذنهم ففقأوا عينه فلا دية ولا قصاص)[1] •

فصـــل

ما تفسده البهيمة

٧٦٠٣ ـ وما افسدت البهيمة من زرع أو مال وليس معها احد فلا ضمان على مالكها لان جرح العجماء جبار • وقال الشافعي : ما افسدت ليلا من زرع أو مال وليس معها احد وجب الضمان •

---

(١) في الالمام لابن دقيق العيد (ص٤٦٠ ـ ٤٦١) عن ابى هريرة ان رسول الله (ص) قال : لو أن رجلا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه ، ما كان عليك جناح » •

وفي رواية : « من اطلع في دار قوم بغير اذنه فقد حل لهم ان يفقأوا عينه » لفظ مسلم •

وعند ابن حبان « من اطلع الى دار قوم بغير اذنهم ففقأوا عينه ، فلا دية ولا قصاص » •

فصـــــل

٧٦٠٤ ـ وقد ذكر علي بن موسى في احكام القرآن الصغير له ان الدفع عن النفس ليس بواجب عند بعض الفقهاء •

٧٦٠٥ ـ وقال ذلك في تفسير قوله « ولئن بسطت الى يدك لتقتلني ما انا بباسط يدي اليك لاقتلك اني اخاف الله رب العالمين »[٢] • وذكر هناك اخباراً كثيرة في المعنى •

٧٦٠٦ ـ واذ قد ذكرنا حكم القتول من البهيمة والانسان ، وكان القتل في المحاربة واخذ اموال اهل الحرب في الصورة واحد وجب ان نبين هل يجوز ذلك ام لا : وما الذي ابيح لنا فعله وحرم علينا فعله ، وهـذا يتبين بان نذكر الغنيمة أو السير •

---

(٢) المائدة (٥/٢٨) •

كتاب السير والغنيمة[1]

٧٦٠٧ – اعلم ان جميع اهل العلم اتفقوا على جواز أكل ما غنمه الغانمون من اهل الحرب في الجملة وقد نزل القرآن فقال : (فكلوا مما غنمتم حلالاً طيباً)[2] .

٧٦٠٨ – والجهاد احد عرى الاسلام ودعائمه واصوله واركانه وقوامه .

فصل

الآثار الواردة في الجهاد

٧٦٠٩ – وقد بين الله فضل المجاهد على القاعد ومدح من جاهد اشد مدح في كتابه وعلى لسان رسوله صلى الله عليه وسلم . وقد روى عنه عليه‌السلام انه قال : (القتل في سبيل الله يكفر جميع الذنوب الا الدين)[3]. وقال ابن مسعود (القتل في سبيل الله يكفر الذنوب كلها الا الامانة)[4] .

---

(١) السير جمع سيرة والسيرة سلوك الانسان والمقصود بالسيرة في مصطلح الفقهاء ما استنبطه الفقهاء من احكام الجهاد بالرجوع الى سيرة النبي والخلفاء الراشدين في حروب الفتح والغزوات فالسيرة مجموعة قواعد السلم والحرب والهدنة في علاقة الدولة الاسلامية (دار السلم) بغيرها من الدول .

والسيرة في اللغة الاسم من السير اي الذهاب يقال سار بهم سيرة حسنة ، والسيرة الهيئة وفي التنزيل العزيز « سنعيدها سيرتها الاولى » وسيَّر سيره حدث احاديث الاوائل (لسان العرب) .

(٢) الانفال (٨/٦٩) .

(٣) كذا وقد ورد في نيل الاوطار (ج٧/٢٥١) بصيغة اخرى فجاء « عن عبدالله بن عمرو ان رسول الله (ص) قال : يغفر الله للشهيد كل ذنب الا الدَّين ، فان جبريل عليه السلام قال لي ذلك » رواه احمد ومسلم .

(٤) في نيل الاوطار (ج٧ ص٢٥١) « عن أنس قال : قال رسول ←

وقال سلمان الفارسي : من رابط يوماً [وليلة] في سبيل الله كان له كأجر صيام شهر وقيامه ، ومن قبض مرابطا في سبيل الله اجير من فتنة القبر[1] • وكم فيه من الفضائل المأثورة والسنن الصحيحة النافعة •

فصـــــل
مسائل السير

٧٦١٠ ـ والقاضي يحتاج الى معرفة من يسهم له ومن لا يسهم ومن يرضخ له ومن يصح امانه ومن لا يصح ، وكيف تقسم الغنائم ، وعلى من تقسم ، وما يؤخذ من الارض اذا فتحت عنوة أو اسلم اهلها عليها وما اخذه اهل الحرب من اموالنا واخذناه منهم وحكم الجزية والاسترقاق ومن يباح قتله ومن لا يباح قتله لانه ينوب عن الامام فيحتاج الى علم ما يتقدم به الامام اليه أو يحتاج الامام ان يفعله ويعلمه •

فصـــــل
الدعوة أولاً

٧٦١١ ـ وكل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام فالسنة في قتاله ان يدعى الى الاسلام ويعلم بما يدعى اليه وتبين له شرائعه وفرائضه واحكامه ، فان اسلم كف عنه وخلي وشأنه ودعي الى التحول الى دار الاسلام والكون فيها ، فان لم يجب الى ذلك كله دعي الى الجزية ، فان بذلها كف عنه وان امتنع استعين بالله وقوتلوا على اسم (الله) وملة رسول الله صلى الله عليه وسلم •

الله (ص) القتل في سبيل الله يكفر كل خطيئة ، فقال جبريل الا الدين • فقال (ص) الا الدين • رواه الترمذي ، وقال : حديث حسن غريب •

(١) جاء في سنن النسائي (ج٦ ص٣٩) « عن سلمان الخير عن رسول الله (ص) قال : من رابط يوما وليلة في سبيل الله كان له كأجر صيام شهر وقيامه ، ومن مات مرابطاً اجرى له مثل ذلك من الأجر ، واجرى عليه الرزق وآمن من الفتان » •

فصـــل

قتل الرجال دون النساء والصبيان

٧٦١٢ ـ ويقتل الرجال منهم وتسبى النساء والصبيان وسائر اموالهم وجميع ما تحويه ايديهم •

٧٦١٣ ـ ولا فرق عندنا بين اهل الكتاب من اليهود والنصارى المشركين من العجم • فاما مشركوا العرب فانهم لا يسترقون لفضيلة العرب على سائر انواع الناس •

٧٦١٤ ـ وقال الشافعي يسترقون في احد قوليه[1] •

فصـــل

قتال من بلغته الدعوة

٧٦١٥ ـ وللامام ان يقاتل من بلغته دعوة الاسلام وعرف شرائعه من غير ان يدعوه الى الاسلام أو بذل الجزية عندنا لانه يعلم ما يدعى اليه وقد تركه عناداً أو رغبة عنه •

---

(١) انظر في الاحاديث الواردة في جواز استرقاق المشركين من العرب ما جاء في نيل الاوطار (ج٨ ص٤ ـ ٨) وقد رجح فيه الشوكاني جواز استرقاق كفار العرب كسائر الكفار من سائر الامم « فقد ثبت في جنس اسارى الكفار جواز القتل والمن والفداء والاسترقاق ، فمن ادعى ان بعض هذه الامور يختص ببعض الكفار دون بعض لم يقبل منه ذلك الا بدليل ناهض بخصوص العمومات » •

اما دعوى الحنفية فضيلة العرب على سائر انواع الناس فتشكر ولا يسلم بها فان التفاضل بين الشعوب والامم بالتقوى كما صرح بذلك كتاب الله في اكثر من موضع فكيف بكفار العرب ! وكيف وقد ثبت عقلا وعلما فساد كل دعوى تفوق عنصر على عنصر •

فصـــــل
لا تقسم الغنائم في دار الحرب

٧٦١٦ ـ فاذا جمعت الغنائم كلها فانها لا تقسم في دار الحرب ، لان الحيازة لم تحصل فيها وما تم الملك عليها •

٧٦١٧ ـ وقال الشافعي تقسم وقد قسم النبي صـلى الله عليه وسلم الغنائم بخيبر ولم يقسم ببني المصطلق والنضير ولا في حنين حتى رجع •

فصـــــل
اشتراك المدد في الغنيمة

٧٦١٨ ـ وعندنا يشـترك المدد للغانمين ما داموا في دار الحرب ، بهذا كتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى امراء الجيوش[1] •

٧٦١٩ ـ وقال الشافعي لا يشتركون •

٧٦٢٠ ـ واتفق الجميع على ان لهم ان يأخذوا ما يحتاجون اليه من العلف والطعام والشراب والسلاح ، وان العدو لو رجع واسترجع الغنائم ثم عاد المدد والجيش الاول فاخذوها انهم يشتركون فيها •

فصـــــل
الإسهام للرجال الأحرار

٧٦٢١ ـ ويسهم للرجال الاحرار البالغين المسـلمين ولا خلاف في ذلك لانهم المخاطبون بالجهاد واقامة فرضة •

فصـــــل
لا يسهم لصبي غير بالغ ولا امرأة

٧٦٢٢ ـ ولا يسهم لصبي غير بالغ ولا امرأة تداوي الجرحى وان قاتلا يرضخ لهما من الغنيمة •

---

(١) وردت الاشارة الى هذا الكتاب في شرح السير الكبير لمحمد بن الحسن الشيباني املاء محمد بن احمد السرخسي ، تحقيق صلاح‌الدين المنجد (ج٣ ص١٠٠٧) •

٧٦٢٣ ـ ولا يسهم لذمي استعان به الامام وانما يعطى على سبيل الرضخ[١] .

فصل
الرضخ للعبد

٧٦٢٤ ـ ويرضخ للعبد ولا يسهم له ، ويكون ما يأخذه لمالكه الذي ملكه .

فصل
ممن يصح الأمان[٢]

٧٦٢٥ ـ وكل واحد ممن له سهم كامل في الغنيمة فانه يصح امانه لاهل الحرب ، ويجب على كافة المسلمين ان ينفذوا ذلك ويحرم القتال بذلك الأمان على من يريد القتال ، ولا فرق بين العدل والفاسق والعربي والعجمي في هذا الحكم لانه يملك القتال بنفسه وله ولاية على غيره .

فصل
هل يصح الأمان من العبد

٧٦٢٦ ـ فاما العبد فانه لا يصح امانه عند ابي حنيفة الا ان يكون المولى قد اذن له في القتال ، فان لم يأذن له في ذلك فامانه باطل .

٧٦٢٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي امانه جائز في الوجهين جميعاً .

---

(١) الرضخ العطية القليلة (نيل الاوطار ، ج٧ ص٣٢٠) .

(٢) ورد في الامان آثار عديدة (انظر سبل السلام ، ج٤ ص٦٠ ـ ٦١) .

فصـــــل

٧٦٢٨ ـ والمرأة اذا أمنت صح أمانها وكذلك التجار من المسلمين واهل سوق العسكر وان لم يسهم لهم لانهم من اهل الولاية والقتال .

٧٦٢٩ ـ وقد امنت ام هانيء وزينب ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجاز ذلك النبي صلى الله عليه وسلم[١] .

الغنائم

فصـــــل

حكم الغنائم في دار الإسلام

٧٦٣٠ ـ واذا جمعت الغنائم في دار الاسلام نظر الامام اليها ، فان كان فيها مال قد اخذ من المسلمين قد كان الكفار اخذوه على سبيل الغصب أو القهر والغلبة وله صاحب حاضر اخذه بغير شيء[٢] .

٧٦٣١ ـ وقال الزهري والحسن يخمس الجميع ولا يرد على احد ما عرف من ماله لانهم ملكوه عليه .

فصـــــل

٧٦٣٢ ـ وعندنا يرد قبل القسمة بغير شيء ، وبعد القسمة يأخذه مولاه بقيمته لان بالقسمة استقر ملكه عليه .

(١) ام هانيء بنت ابى طالب بن عبد مناف القرشية بنت عم النبي (ص) واختلف في اسمها فقيل هند وقيل فاطمة وقيل فاختة (اسد الغابة ٥/٦٢٤) .

(٢) في نيل الاوطار (ج٨ ص٣٣٣) عن ابن عمر « انه ذهب فرس له ، فاخذه العدو فظهر عليهم المسلمون فرد عليه في زمن رسول الله (ص) » .

فصـــــل

يملك الكفار بالقهر والغلبة

٧٦٣٣ ـ وعندنا ان الكفار يملكون بالقهر والغلبة •

٧٦٣٤ ـ وقال الشافعي لا يملكون •

٧٦٣٥ ـ ولا خلاف انا نملك عليهم ما نأخذه من اموالهم وبهذا جاء القرآن ووردت السنة واجمع عليه العلماء •

فصـــــل

لا تضمين بين المتحاربين

٧٦٣٦ ـ واتفق العلماء على ان كل ما اتلفوه علينا (من مال) أو نفس أو طرف فانا لا نضمنهم ذلك ولا يرجع به على من اسلم منهم وان حكمهم في ذلك وحكمنا معهم سواء •

فصـــــل

٧٦٣٧ ـ وقال ابو حنيفة لو اخذوا لنا مدبرا لم يملكوه ورد الى مولاه بغير شيء بعد القسمة وقبلها •

٧٦٣٨ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يملكونه •

٧٦٣٩ ـ واتفق على (ان) ام الولد لا تملك بالقهر على مولاها •

فصـــــل

٧٦٤٠ ـ ومن اسلم هناك فانه يقر في يديه ماله من مال ورقيق ومتاع وذهب وفضة ، وماله من وديعة عند مسلم أو ذمي وما كان في يد حربي فانه يكون فيئاً ، وكذلك اراضيه •

٧٦٤١ ـ وقال الشافعي كل ماله قد حرزه[1] باسلامه في سائر الاسهام•

(١) حرز المال حرزا حفظه واصابه •

٧٦٤٢ ـ وقد روى عن ابي يوسف مثل ذلك لانه يده ثابتة من طريق المشاهدة على المنقول ، فاما العقار فلا •

فصـــل

٧٦٤٣ ـ ولو خرج الينا مسلما فجميع ماله هنالك يخمس ولا يجوز به وكذلك اذا ترك اولادا له هناك صغارا •

فصـــل

٧٦٤٤ ـ وان كانت له زوجة وهي حبلى فانها تسترق وما في بطنها •

٧٦٤٥ ـ وقال الشافعي لا يسترق اولاده ولا الحمل الذي لـه من زوجة أو ملك يمين وهو كالمسلم في دار الاسلام •

٧٦٤٦ ـ لانه لم يحرز ذلك بدارنا ولا صار محظورا على احد اخذه •

فصـــل

غزاة دون التسعة

٧٦٤٧ ـ وكل عدد دخل دار الحرب من المسلمين دون التسعة فانه لا يخمس ما يأخذون وهم في حكم اللصوص عندنا •

٧٦٤٨ ـ وقال الشافعي يخمس ذلك •

٧٦٤٩ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه ، قال خير الرفقة اربعة والسرايا اربعمائة والجيوش اربعـة آلاف ولا يغلب اثنا عشـر الفا من قلـة •

فصـــل

التخميس

٧٦٥٠ ـ والامام أو الامير يجزىء الغنائم اجزاء من سائر المنقولات

فيعطى اربعة اخماسها للغانمين ويعزل الخمس من ذلك •

٧٦٥١ ـ ولا خلاف في ان الغانمين لهم اربعة اخماس الغنيمة •

فصـــــل

تقسيم الخمس

٧٦٥٢ ـ فاما الخمس وكيف يقسم فقد اختلف العلماء في ذلك على ضروب من الخلاف • فمنهم من قال يقسم ستة اسهم سهم لله تعالى يصرف الى الكعبة وسهم للرسول يصرف الى الخليفة بعده لانه قائم مقامه ، وسهم الى ذوي القربى المذكورين في الآية ، فمنهم من قال قرابة النبي صلى الله عليه وسلم ومنهم من قال قرابة الخليفة بعده ، ومنهم من قال قرابة الغانمين، ومنهم من قال لا يقسم هكذا ولكن يقسم على اربعة اسهم سهم لذوي القربى وسهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لبني السبيل ويأخذ من (سهم) ذوي القربى بنو هاشم وبنو المطلب ولا يأخذ منه بنو نوفل ولا بنو عبد شمس ، وهذا قول الشافعي •

٧٦٥٣ ـ وقال مالك لا يقسم اخماساً ولكن يقسم على ما يراه الامام من ذلك ولا يتجاوز هذه الاصناف الى غيرها ، وله ان يفضل بعضهم على بعض ويعطى بعضهم دون بعض • وقال اصحابنا جميعا يقسم اليوم الخمس على ثلاثة اسهم على اليتامى والمساكين وابن السبيل وسقط سهم الرسول بذهابه وسقط سهم ذوي القربى •

٧٦٥٤ ـ وهكذا قسمه أبو بكر وعمر رضى الله عنهما •

٧٦٥٥ ـ وقد روى عن ابن عباس رضى الله عنهما ان عمر عرض علينا ان يزوج منه أيمنا ويقضى منه عن غارمنا فأبينا منه الا ان يدفعه الينا بأسره فابى علينا •

وقد روى عن جعفر بن محمد[1] انه سئل عن ذلك فقال : كان عمي رضي الله عنه على مذهب اهله فقال له محمد بن اسحق فلم لم يحكم بذلك ؟

٧٦٥٦ ـ قال كراهة ان ينسب الى خلاف صاحبيه • وقد روى عن عثمان بن عفان وجبير بن مطعم[2] انهما قالا للنبي عليه الصلاة والسلام •

٧٦٥٧ ـ يا رسول الله انا لا ننكر قرابة بني هاشم وفضلهم فما بال بني المطلب اعطيتهم ومنعتنا وقرابتنا وقرابتهم واحدة ؟

فقال : ان بني المطلب لم يفارقونا في جاهلية ولا في اسلام وشبك بين اصابعه • ولو اعتبر عموم اللفظ دخل فيهم الجميع ، فعلم انه لم يعطهم لاجل القرابه وانما اعطاهم لاجل النصرة •

٧٦٥٨ ـ وقد روى عن ابي يوسف انه كان لهم سهم يستحقونه بالبصرة •

فصل

٧٦٥٩ ـ ومن كان من ذوي القربى من الاصناف الثلاثة وهو فقير فانه يعطى من ذلك السهم لانه من جملتهم لا للقرابة •

٧٦٦٠ ـ وقال الشافعي لا يدخلون في اصحاب السهام ولهم سهم مفرد •

---

(١) الامام جعفر بن محمد الصادق الذي ينسب اليه المذهب الجعفري من مذاهب الامامية •

(٢) هو جبير بن مطعم بن عدي بن نوفل بن عبد مناف بن قصي القرشي النوفلي يكنى ابا محمد وقيل ابا عدي ، كان من حكماء قريش وساداتهم وكان يؤخذ عنه النسب لقريش وللعرب قاطبة ، وكان يقول اخذت النسب عن ابى بكر الصديق (رض) (اسد الغابة ١/٢٧١) •

٧٦٦١ ـ والخمس انما اخذوه بدلا من الزكاة ولهذا قال عليه‌السلام : اليس في الخمس ما يغنيكم عن اوساخ الناس[1] ؟ فعلم انه مأخوذ من الزكاة .

فصل

٧٦٦٢ ـ وسائر ما يؤخذ من دار الحرب يخمس الا الحشيش لانه مال وصل الينا بزوال يد اهل الحرب .

فصل

حكم الأرض المفتوحة

٧٦٦٣ ـ واما الارض فالامام بالخيار ان شاء ان يقسم قسمها وان شاء أقرها في يد اهلها ووضع عليهم الخراج كما فعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه بالسواد وان شاء نقل اليها غير اهلها .

فصل

أرض السواد

٧٦٦٤ ـ وقد اختلف العلماء في ارض السواد فقال اصحابنا هي مملوكة يجوز بيعها ويجرى فيها سهام المواريث .

٧٦٦٥ ـ وقال الشافعي نفسه لا ادري ما صنع عمر رضى الله عنه بارض العراق ، وأما اصحابه فمنهم من قال باعها من اربابها وما يؤخذ من الخراج فهو ثمن لها ، ومنهم من قال هو أجرة عنها تؤخذ منهم[1] .

---

(١) هذه مسئلة تكييف وخلاف اثير مؤخرا حول طبيعة التصرف الذي قام به عمر بن الخطاب (رض) حين اقر الارض المفتوحة بايدي فلاحيها ودهاقينها في مقابل الخراج . والظاهر ان عمر بن الخطاب لم يقصد الى بيع ولا الى اجارة ، وانما قصد حبس الارض المفتوحة بخراجها لينفق من ←

فصـــــل

٧٦٦٦ ـ ويجوز وقفها عندنا ، وتؤخذ بالشفعة وهي كسائر البلاد .

فصـــــل

أرض العرب

٧٦٦٧ ـ وارض العرب لا يجوز ان يوضع عليها خراج لان النبي صلى الله عليه وسلم فتح مكة عنوة عندنا ووضع عليها العشـر ولم يضـع الخـراج .

٧٦٦٨ ـ وقد قال الشافعي مكة فتحت صلحا ولو كانت صلحا لما كان لذكر الفتح معنى ولا نزل به القرآن .

فصـــــل

مقدار خراج عمر

٧٦٦٩ ـ والخراج الذي وضعه عمر رضى الله عنه على العراق هو عن كل جريب لزرع الحنطة والشعير والحبوب قفيز درهم ، والقفيز ثمانية ارطال بالعراقي ومن الكرم والنخل عشرة دراهم .

→

الخراج على مصالح الدولة والدواوين التي دونها ، وان تصرفه نوع من فرض الضريبة على الارض الزراعيـة الى تعد رقبتها مملوكة للدولـة وحق الانتفاع بها وزرعها للفلاحين والمزارعين . وقد كانت هذه الضريبة معروفة قبل الاسلام عند الساسانيين كما تروى كتب التاريخ الاسلامي الشـهيرة ككتاب تاريخ الرسل والملوك للطبري فاقتبس عمر هذا النظام من الدولة الساسانية بعد تهذيبه ومصادرة الاقطاع الطبقي الذي كان مقرراً في عهد الاكاسرة للاسرة المالكة ورجال الدين وتحرير الفلاحين من نير الامتيازات الطبقية باعلان مبادىء المساواة الاسلامية (يراجع كتـاب الخراج لابى يوسف) .

فصـــل

٧٦٧٠ ـ وجريب النخل اربعون نخلة عددا لا مساحة ولم ار لاصحابنا في كتاب وصل الينا ذكر مساحة الجريب بالذرعان •

فصـــل

سلطة الإمام في تعيين الخراج

٧٦٧١ ـ ويجب ان يرجع في ذلك الى ما يراه الامام (و) ما يعهده اهل كل بلد من ذلك وعمل ذلك على العادة اذا جهلنا نص الشارع في ذلك • قال اصحابنا : فيما لم ينص على بيعه كيلا ولا وزنا انه يرجع الى عادة البلاد في ذلك •

٧٦٧٢ ـ وقال الشافعي يرجع الى عادة اهل الحجاز في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا اعرف قوله في المساجد ايضا •

الفي[1]

٧٦٧٣ ـ والخراج والجزية وكل ما لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب

---

(١) الفيىء ما كان شمسا فنسخه الظل ، والجمع افياء وفيؤ ، وفاء رجع ، وفاء الى الأمر يفيء فيئاً وفيوأ رجع اليه • وفي الحديث : الفيء على ذي الرجم اي العطف عليه والرجوع اليه بالبر • استفاوا : رجعوا عن طلب الترة الى قبول الدية • وفلان سريع الفيء من غضبه ، وفاء من غضبه رجع • وفاء المولي من امرأته كفر يمينه ورجع اليها ، قال الله تعالى « فان فاؤا فان الله غفور رحيم » •

قال : الفيء في كتاب الله تعالى على ثلاثة معانٍ مرجعها الى اصل واحد ، وهو الرجوع :

١ ـ الفيء من الايلاء وهو الرجوع الى ما حلف ان لا يفعله ،

٢ ـ والفيء الغنيمة والخراج ، تقول منه افاء الله على المسلمين مال الكفار يفيء افاءة ، وقد تكرر في الحديث ذكر الفيء على اختلاف تصرفه ، وهو ما حصل للمسلمين من اموال الكفار من غير حرب ولا جهاد ، واصل الفيء الرجوع ، كأنـه كان في الاصـل لهم فرجع اليهم • قال الله تعالى : « ما افاء الله على رسوله من اهل القرى » •

التهذيب : الفيء ما رد الله تعالى على اهل دينه من اموال من خالف دينه بلا قتال ، اما بأن يجلوا عن اوطانهم ويخلوها للمسلمين ، أو يصالحوا على جزية يؤدونها على رؤسهم أو مال غير الجزية يفتدون بـه من سـفك دمائهم ، فهذا المال هو الفيء في كتاب الله ، قال الله تعالى « فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب » اي لم توجفوا عليه خيلا ولا ركابا ، نزلت في اموال بني النضير حين نقضوا العهد وجلوا عن اوطانهم الى الشام ، فقسم رسول الله (ص) اموالهم من النخيل وغيرها في الوجوه التي اراه الله ان يقسـمها ، وقسمة الفيء غير قسمة الغنيمة التي اوجف الله عليها بالخيل والركاب •

٣ ـ وكذلك قوله تعالى في قتال اهل الفيء « حتى تفيء الى امر الله » اي ترجع الى الطاعة (لسان العرب) •

فهو الفيء وفيه ارزاق القضاة والعلماء والقراء ومصالح المسلمين من القناطر والرباطات وارزاق الذرية •

وهل يخمس ذلك ام لا ؟ فقد اختلف اصحابنا فمنهم من قال بفعل فيه كما يفعل في الغنيمة ويخمس ويكون خمس الخمس على ما تقدم من الخلاف مقسوماً •

الجزية

٧٦٧٤ ـ ويضرب على الرقاب الجزية[١] (على) الرجال البالغين العقلاء ، فيؤخذ من الفقير اثنى عشر درهما ومن المتوسط اربعة وعشرون درهما ومن الغني المكثر ثمانية واربعون درهما • وهكذا ضرب عمر بن الخطاب رضى الله عنه الجزية على اهل العراق ، ولم ينكر عليه ذلك احد من الصحابة رضى الله عنهم فصار ذلك اجماعا •

٧٦٧٥ ـ وقال الشافعي اقل الجزية دينار ، وسائر الناس في ذلك سواء وان رأي الامام الزيادة زاد في ذلك •

فصـــل

الفقير والمتوسط والغني

٧٦٧٦ ـ وقد طبق اصحابنا الطبقات الثلاث فقالوا الفقير من يملك نصابا من العين أو ما قيمته ذلك الى النصاب الاقل الى الالف • والمتوسط هو من يملك من الف الى عشرة آلاف • والغني المكثر من يملك من عشرة آلاف وما زاد •

فصـــل

القول لمن في الفقر

٧٦٧٧ ـ وان اختلفا في الفقر واليسار فالقول قول الدافع للجزية ، وهو كالنفقة القول قول الزوج •

فصـــل

العبرة ببينة العامل

٧٦٧٨ ـ وان اقام العامل بينة والذمي بينة فالبينة بينة العامل لانها

---

(١) الجزية خراج الارض والجمع جِزىً وجِزىً ، وجزية الذمى منه (لسان العرب) •

تثبت الغنى والمال .

فصـــل
أرض العشر

٧٦٧٩ ـ وكل ارض اسلم عليها اهلها فهي ارض عشر لا خراج .

فصـــل
لا جمع بين عشر وخراج

٧٦٨٠ ـ ولا يجتمع عندنا على مسلم في ارضه عشر وخراج .

٧٦٨١ ـ وقال الشافعي يجمع ذلك كله ، لان كل واحد وضع لجهة فلا يجتمعان .

فصـــل
تأبيد الخراج

٧٦٨٢ ـ والخراج اذا وضع على الارض فهي ابدا ارض خراج ولا تنتقل عند ابي حنيفة الى العشر ابدا .

٧٦٨٣ ـ والارض العشرية يجوز ان تنتقل الى الخراج اذا اشتراها الذمي من مسلم فانه يوضع عليها الخراج ثم لا تعود الى العشر ابدا .

٧٦٨٤ ـ وقال ابو يوسف اذا رجع المسلم فاشتراها من الذمي عادت الى العشر .

٧٦٨٥ ـ وقال محمد لا عبرة بمالك الارض وانما المعتبر بالارض نفسها فما كانت في الاصل عشرية فهي ابدا كذلك وكذلك الخراجية .

فصـــل
لا زيادة على الخراج العُمري

٧٦٨٦ ـ والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على الارض ليس

لاحد من الائمة ان يزيد عليه عند ابي يوسف ، لان عقود الائمة لا تنقض.

٧٦٨٧ ـ وقال محمد له الزيادة في ذلك اذا احتملت الارض ذلك .

فصـــــل

جزية سنة واحدة

٧٦٨٨ ـ ولا يؤخذ من الذمي الا جزية سنة واحدة فان فات عليه سنون لم تؤخذ .

٧٦٨٩ ـ وهذا قول ابي حنيفة ، وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يؤخذ لما مضى لانه دين عليه .

فصـــــل

٧٦٩٠ ـ وعندنا انها تسقط بالاسلام والموت وقال الشافعي لا تسقط .

٧٦٩١ ـ لان الصغار لا يوجد بعد ذلك[1] .

فصـــــل

المعتبر في استحقاق الغنيمة

٧٦٩٢ ـ والمعتبر في استحقاق الغنيمة يوم دخول دار الحرب فمن كان فارساً اسهم له سهم فارس وان نفق فرسه ، ومن كان راجلا اعطى سهم راجل وان ملك فرسا .

٧٦٩٣ ـ وقال الشافعي المعتبر منقضى الحرب .

فصـــــل

سقوط الحق في الغنيمة

٧٦٩٤ ـ ومن مات من الغانمين في دار الحرب قبل القسمة والحيازة

---

(١) اشارة الى قوله تعالى « عن يد وهم صاغرون » .

بدار الاسلام سقط حقه من الغنيمة • وقال الشافعي لا يسقط ، وان مات في دار الاسلام فحقه باق •

فصـــــل

حكم السبي قبل القسمة

٧٦٩٥ – ومن زنى بأمة من السبى قبل القسمة أو سرق او قتل عبدا من الغنيمة فلا حد عليه ولا ضمان ولا قطع ولا قصاص ، لانه على اصل الاباحـة •

فصـــــل

٧٦٩٦ – وان اعتق عبدا من الغنيمة بعد الحيازة لم يعتق لجواز ان لا يقع في سهمه •

فصـــــل

ما يسهم للفارس والفرس

٧٦٩٧ – ويسهم للفارس سهمان سهم له وسهم لفرسه ، ولا يسهم لاكثر من فرس واحد[١] •

٧٦٩٨ – وقالا والشافعي يعطى ثلاثة اسهم سهمان لفرسه وسـهم واحد له[٢] •

٧٦٩٩ – ويسهم لفرسين من الجنائب[٣] ولا يزاد على ذلك •

---

(١) جاء في سبل السلام (٥٨/٤) : ذهبت الهادوية والحنفية الى انه الفرس له سهم واحد ، لما في بعض روايات ابى داود بلفظ « فاعطى للفارس سهمين وللراجل سهما » وانظر نيل الاوطار (ج٧ ص٣٢١) •

(٢) جاء في سبل السلام (٥٨/٤) : عن ابن عمر « قال قسم رسول الله (ص) يوم خيبر للفرس سهمين وللراجل سهما » • متفق عليه واللفظ للبخاري ولأبى داود ••• واليه ذهب الناصر والقاسم ومالك والشافعي •

(٣) في سبل السلام (٥٨/٤) لا يسهم الا لفرس واحد ، ولا يسهم لها الا اذا حضر القتال •

فصـــــل

٧٧٠٠ ـ والعجمي والعربي والتركي في ذلك سواء ٠

فصـــــل

٧٧٠١ ـ ولا يسهم لبغل ولا حمار ولا جمل ولا شيء سوى الخيل خاصـة ٠

فصـــــل

التنفيل[١]

٧٧٠٢ ـ وللامام ان ينفل قبل القسمة واللحوق بدارنا ، وليس له بعد القسمة واللحوق بدارنا ٠

فصـــــل

السلب

٧٧٠٣ ـ والسلب [لا] يخمس الا ان يشترط الامام ذلك[٢] ٠

٧٧٠٤ ـ وقال الشافعي السلب لقاتل اذا قتله مقبلا غير مدبر وهو من اهل السهمان ٠

---

(١) التنفيل هو ان يقول الامام من قتل قتيلا فله سلبه ٠ وقد جاء في سبل السلام (٤/٥٩ ـ ٦٠) « عن ابن عمر (رض) قال : كان رسول الله (ص) ينفل من يبعث من السرايا لانفسهم خاصة ، سوى قسمه عامة الجيش » ٠ متفق عليه ٠ فيه انه (ص) لم يكن ينفل كل من يبعثـه بل بحسب ما يراه من المصلحة في التنفيل ٠

(٢) يراجع نيل الاوطار باب ان السلم للقاتل وانه غير مخموس (٧/٢٩٧ وما بعدها) ٠

فصـــل
من لا يقتل

٧٧٠٥ ـ ولا يقتل صبي ولا امرأة ولا اعمى ولا راهب ولا شيخ هرم الا ان يقاتل فيقتل[١] .

فصـــل

٧٧٠٦ ـ وكذلك من له رأي في الحرب .

٧٧٠٧ ـ وللشافعي في قتل الشيوخ والرهبان قولان .

٧٧٠٨ ـ وكتاب السير الكبير لمحمد بن الحسن (الشيباني) سمعت قاضي القضاة رحمه الله يقول فيه اربعة آلاف خبر بيَّن احكامها وتكلم على تأويلاتها فلا يمكن الا اذا كان هذا الكتاب من الكتب الكبار .

٧٧٠٩ ـ واذ قد ذكرنا بعضا من جمله وكان اخذ القضاة اموال المسلمين في الصورة مثل اخذ المسلمين اموال اهل الحرب وجب بيان ذلك وحكمه ، وهذا يعرف بذكر الغصب .

---

(١) يراجع نيل الاوطار باب الكف عن قصد النساء والصبيان والرهبان والشيخ الفاني بالقتل (٧/٢٧٩ وما بعدها) .

كتاب الغصب

وهذا كتاب الغصب[1]
الآيات والآثار الواردة في الغصب

٧٧١٠ ـ المعقول من الغصب انه فعل مذموم من فاعله يستحق به المأثم ، وقد قال الله : « يا ايها الذين آمنوا لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم » الى قوله « ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف نصليه نارا ، وكان ذلك على الله يسيرا »[2] • وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال : من غصب شبرا من ارض طوقه يوم القيامة من سبع ارضين[3] • وروى عنه عليه الصلاة والسلام : انه قال (ليس لعرق ظالم حق)[4] • وقد روى في سبب هذا الخبر انه عليه السلام امر بقلع النخيل وقال الراوي : فلقد رأيت الفؤس تعمل في اصولها وانها

---

(١) الغصب لغة أخذ الشيء ظلماً ، غصب الشيء يغصبه غصبا واغتصبه فهو غاصب ، وغصبه على الشيء قهره وغصبه منه ، والاغتصاب مثله ، والشيء غصب ومغصوب • ويكرر في الحديث ذكر الغصب وهو اخذ المال ظلما وعدوانا ، وفي الحديث أنه غصبها نفسها اراد انه واقعها كرها فاستعاره للجماع (لسان العرب) •

(٢) النساء (٤/٢٩) •

(٣) في سبل السلام (٣/٧٠) عن سعيد بن زيد ان رسول الله قال : (من اقتطع شبراً من الأرض) اي من أخذه ، وهو احد الفاظ الصحيحين (ظلما طوقه الله يوم القيامة اياه من سبع ارضين) • متفق عليه •

(٤) في سبل السلام (٣/٢٧) عن عروة بن الزبير (رض) قال : قال رجل من اصحاب رسول الله (ص) ان رجلين اختصما الى رسول الله (ص) في ارض غرس احدهما فيها نخلا والارض للآخر ، فقضى رسول الله (ص) بالارض لصاحبها ، وامر صاحب الارض ان يخرج نخله فقال ليس لعرق ظالم حق (وانظر نيل الاوطار ، ج٥ ص٣٥٩) •

لنخيل غمر والغمر الطوال[1] .

فصـــل

ماهية الغصب

٧٧١١ ـ والغصب ان يأخذ الانسان مالا ليس له اخذه ولا له حق في امساكه وحبسه على مالكه قاصدا الى الحيلولة بينه وبين مالكه ، وتغييبه عن عينه .

٧٧١٢ ـ وقد اجمع العلماء على ان هذا الفعل محرم بالشرع ممنوع منه بالعقل ، وانه يجب على فاعله رد العين على مالكها اذا قدر على ذلك ، وتمكن منه وانها ان تلفت في يديه وجب عليه مثلها ان كان لهـا مثل أو قيمتها ان كان لهاقيمة ، لقوله عليه الصلاة والسلام : (على اليد ما اخذت حتى ترد)[2] .

فصـــل

ذوات الأمثال

٧٧١٣ ـ وذوات الامثال هي المكيلات والموزونات من كل نوع يجوز السلم فيه أو يجوز استقراضه وذلك كالحنطة والشعير والزبيب والتمر والذرة والارز والدراهم والدنانير .

فصـــل

ذوات القيم

٧٧١٤ ـ وذوات القيم فهي الحيوان والنبات والجوهر واللؤلؤ وكل

---

(١) في نيل الاوطار (ج٥ ص٣٥٩) « وانهـا لنخل عُمٌ » . وعم جمع عميمة وهي الطويلة .

(٢) نيل الاوطار (٥/٣٦١) .

ما لا يصح السلم فيه ، وقد بينا في كتاب البيوع ما يجوز من ذلك وما لا يجوز ، وذكرنا الخلاف في ذلك وقلنا ان الجوز واللوز والبيض يجوز السلم فيه كيلا ووزنا وعددا وانه من ذوات الامثال ، وان زفر والحسن بن زياد قالا ان ذلك من ذوات القيم •

فصـــل

٧٧١٥ – وبينا ان القياس يقتضي ان لا يجوز السلم في الثياب ، والاستحسان ان يجوز ذلك وذكرنا خلاف الشافعي في الحيوان ومالك في الجلود والرؤس • وذكرت الوجه في ذلك •

فصـــل
ضمان ماله مثل

٧٧١٦ – وعندنا يضمن ماله مثل بمثله وهو قول الشافعي ومالك •

٧٧١٧ – وقد حكى في الخلاف ان من الناس من يقول يضمن بقيمته يوم الاخذ لا مثله •

٧٧١٨ – وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم ان رجلا اعتق شقصاً في عبد فضمنه النبي عليه السلام قيمة نصيب شريكه ولم يوجب عليه نصف عبد ، ولا خيره في ذلك ، فدل على اعتبار القيمة فيما ذكرناه •

٧٧١٩ – واما ذوات الامثال فقال : الذهب بالذهب مثل بمثل والفضة بالفضة مثل بمثل ، الخبر فاعتبر المماثلة في الجنس والوزن • وكذلك سائر ما تضمنه خبر الربا •

٧٧٢٠ – فيجب ان يكون على المتلف مثل ما اتلف وبهذا خالف ذوات القيم فانه لو اعتبر فيها القيمة في العقد لما صح بيع سلعة باكثر من قيمتها ولا اقل ، وهذا لا يقوله احد من العلماء •

فصـــل

٧٧٢١ ـ وما ذكرناه دليل على ابطال قول من قال ان الاجناس تضمن بمثلها ، وضمن الحيوان بمثله من جنسه ، وكذلك الثياب والاواني وسائر صنوف الاموال لانه عليه السلام لم يضمن المعتق نصف عبد مثله مع ان الحيوان لا يكاد يتساوى في القيمة لاختلاف الصور والخواص التي فيه والعلوم والصنائع •

فصـــل

المعتبر في القيمة

٧٧٢٢ ـ والمعتبر في القيمة التي يقضى بها يوم الغصب ، ولا عبرة بما زاد ونقص من ذلك عند اصحابنا •

٧٧٢٣ ـ وقال زفر والشافعي يضمن اعلى ما كان موجودا من يوم الغصب الى يوم الهلاك لان الغصب سبب لثبوت الضمان ومحله الذمة وذلك لا يصح فيه الزوائد ، والغصب هو الذي اقتضى ذلك فلا يجوز ان يتجدد به ضمان من جنسه ، مع بقائه ويخالف الجناية فان الذي يتولد منها جناية والغصب لا يتولد منه اعيان •

فصـــل

قيمة المثلي المنقطع

٧٧٢٤ ـ وان كان مما له مثل ثم انقطع المثل من ايدي الناس فعليه قيمة ذلك يوم الخصومة عند ابي حنيفة •

٧٧٢٥ ـ وقال ابو يوسف عليه قيمته يوم الغصب •

٧٧٢٦ ـ وقال محمد عليه قيمة ذلك آخر ما كان موجودا الا انه في تلك الحال تعذر الرد •

فصـــــل

الضمان عند تعذر الرد

٧٧٢٧ ـ ولا فرق بين ان يتعذر الرد على المالك بفعل الغاصب أو بفعل الله تعالى أو بفعل غيره من الناس لان الغصب يقتضي الضمان عند تعذر رد العين ، وهو مأمور برد العين الى مالكها وترك التعدي •

فصـــــل

سقوط الضمان عن الغاصب بإتلاف المغصوب منه

٧٧٢٨ ـ ولو ان المغصوب منه كان المتلف للعين أو الجاني عليها جناية لو فعلها غيره على ملكه ازال ملكه عنها ووجب عليه الضمان بذلك فان ذلك يسقط الضمان عن الغاصب وهذا كأكل العين أو قتل العبد أو قطع طرفه •

٧٧٢٩ ـ وقد قال الشافعي ان قدم الغاصب الطعام الى مالكه فأكله فانه لا يبرأ من الضمان ، وللمالك ان يضمنه ذلك في احد قوليه اذا كان لا يعلم بذلك •

فصـــــل

٧٧٣٠ ـ واتفق الجميع على انه لو اطعمه لأجنبي ان للمالك ان يضمن الاجنبي ذلك ولا يرجع به على الغاصب فكيف يرجع المالك على الغاصب بما يجب عليه ضمانه لو كان اجنبياً •

فصـــــل

شرط العدوان

٧٧٣١ ـ ولا يجب الضمان على الغاصب الا بقبض العين المغصوبة أو تسليمه اياها الى غيره ، لان الضمان بفعل ، على طريق العدوان فلابد من اعتبار وجوده فيجب الضمان •

فصـــل
ما لا ينقل

٧٧٣٢ ـ ولا يجب ضمان ما لا ينقل ويحول من الاعيان كالعقار عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٧٧٣٣ ـ وروى ابو يوسف انه يجب الضمان وهو قول محمد والشافعي •

٧٧٣٤ ـ لان العقار في محل قبضه ولا يمكن ان يغيبه عن المالك فلا يوجد فيه غير الحيلولة وذلك لا يوجب الضمان كما لو حبس المالك عن ماله[1] •

فصـــل
منافع المغصوب

٧٧٣٥ ـ وعلى هذا قال اصحابنا لا يجب عليه ضمان المنافع سواء استوفاها أو تلفت تحت يده كما لا يجب في منفعه البضع اذا تلفت على الزوج •

٧٧٣٦ ـ وقال الشافعي يجب ضمان المنافع سواء تلفت تحت يده أو استوفى ذلك[1] • ولو غصب عبدا يطبخ ويخبز ويعمل الاعمال ودقيق الصنائع فاي منفعة يضمنها من ذلك له جميع ذلك أو البعض ؟ وباي شيء خصص ذلك وما وجد العمل منه لهذه الصنائع •

فصـــل
ارش ما نقص العين المغصوبة

٧٧٣٧ ـ وان نقصت العين المغصوبة أو دخلها عيب من طريق الحكم

---

(١) انظر مختصر الطحاوي ، ص١١٨ •

(٣) انظر في قول مالك في منافع المغصوب كتاب الافصاح لابن هبيرة ٢/٢٧٢ •

أو المشاهدة كذهاب عين أو طرف أو ما يعده التجار عيبا في العادة فانه يرد العين وارش ذلك العيب تقوم ولا عيب بها يوم الغصب ، وتقوم وبها العيب فما فضل منهما رده مع العين ، لان كل جزء مضمون لان الجملة مضمونة •

فصـــــل

٧٧٣٨ ــ وان كانت العين المغصوبة مما لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا كالحنطة وسائر المكيلات والذهب والفضة وسائر الموزونات فدخل ذلك عيب من عفن أو ما يشبه • ذلك أو هشم الاناء الفضة أو الذهب أو مما يباع وزنا في الآنية فالمغصوب منه بالخيار ان شاء اخذ ذلك مكسورا أو مهشوما وان شاء اخذ قيمته من الذهب ان كان المكسور فضة وقيمته فضة ان كان المكسور ذهبا ، وكذلك سائر الاواني من الموزونات ، لان الجنس لا يباع بجنسه متفاضلا فكذلك لم يضمن النقصان ويلقي معه الإصل زيادة •

فصـــــل

زيادة العين المغصوبة

٧٧٣٩ ــ واذا زادت العين المغصوبة في بدنهـا أو ولدت ان كانت جارية أو حيوانا سواها فالزيادة غير مضمونة عندنا ولا يضمن الا بما يضمن به سائر الامانات •

٧٧٤٠ ــ وقد روى الطحاوي ان ذلك لا يضمن الا في المتصل خاصة عند ابي حنيفة لانه ضمان من غير جنس الاول[1] •

٧٧٤١ ــ وقال زفر والشـــافعي الجميع مضـــمون عليه في المتصـــل والمنفصل ، وان الضمان يسرى من الاصل الى الفرع •

٧٧٤٢ ــ لان الزيادة حدثت بغير فعله ولم يوجد ما يوجب الضمان فيها فلم تصر مضمونة •

---

(١) لم ترد هذه الرواية في مختصر الطحاوي •

فصـــــل

المنع يوجب الضمان

٧٧٤٣ ـ ولو طلبها المغصوب منه فمنعها فهي مضـمونة باتفاق لان المنع يوجب الضمان على المودع والمستعير فاوجبه على الغاصب •

فصـــــل

ولد العبد يضمن

٧٧٤٤ ـ واتفقوا على ان ولد العبد يضمن اذا هلك في يده وان ولد الوديعة والمستأجرة لا يضمن •

فصـــــل

ولد المرهونة

٧٧٤٥ ـ واختلفوا في ولد المرهونـــة هل يصـــير رهنـا ام لا ؟ فقال اصحابنا يدخل في الرهن وقال الشافعي لا يدخل في الرهن ، وان كان حملا ففيه قولان • وكذلك ولد المبيعة •

فصـــــل

ما يتولد من الجناية

٧٧٤٦ ـ واجمعوا على ان جميع ما يتولد من الجناية مضمون عـلى الجاني ، وان الريح اذا القت ثوباً في دار انسـان وهو لا يعلم من صاحبه فتلف قبل اخذه انه لا ضمان •

فصـــــل

ولد أم الولد

٧٧٤٧ ـ واتفقـوا عـلى ان ولد ام الولد من المولى يخالف امـه في الضمان ، وولد المغرور يخالف امه في الضمان والاستحقاق •

فصـــــل
مخالفة الفرع الأصل

٧٧٤٨ ـ واجمعوا على ان الفرع قد يخالف الاصل في الوقت ، وانه يجوز بيع الفرع ولا يجوز بيع الاصل ، وان البغل فرع يتولد من الفرس وانه يخالف الام في الاباحة والاحكام •

فصـــــل
ولد الحرة وولد الأمة

٧٧٤٩ ـ واجمعوا على ان ولد الحرة لا يجوز ان يكون عبدا بحال ، وان ولد الامة يجوز ان يكون حرا في الاستيلاء والغرور •

فصـــــل
أجر العين المغصوبة

٧٧٥٠ ـ ولو اجر الغاصب العين المغصوبة فان الاجرة لا يردها على المالك ، ويتصدق بها عندنا لانها حصلت من جهة محظورة[١] •

فصـــــل
الساحة المغصوبة

٧٧٥١ ـ ولو غصب الرجل ساحة وبنى عليها ملكها وجب عليه قيمتها يوم الاخذ ، ولا يكلف النقض عندنا ولا فرق بين ان يبنى عليها أو حولها ، وفرق الكرخي بينهما فقال : ان بنى عليها نقض وان بنى حولها لم ينقض • والصحيح هو الاول عند اصحابنا • وقال الشافعي يكلف النقض وردها على المالك •

---

(١) تطبيقا لقواعد الكسب دون سبب •

فصـــــل

الخيط المغصوب

٧٧٥٢ ـ وقال الجميع انه لو غصب خيطا وخاط به جرح عبد أو حيوان لا يؤكل انه لا يقلع وتجب قيمته •

فصـــــل

غصب ساحة

٧٧٥٣ ـ وقالوا لو غصب ساحة فبنى فيها أو غرس شجرا أو نخلا فانه يكلف القلع •

فصـــــل

٧٧٥٤ ـ فان تملكها وجب عليه القيمة ، ولا يحل له الانتفاع بالعين حتى يؤدى القيمة كمن غصب حنطة فطحنها أو سمسما فعمله شيرجا أو شاة فذبحها وشواها أو ثوبا فخاطه قميصا أو صفرا فاتخذه آنية أو فضة فصاغها آنية فان في هذه المواضع ينقطع حق المالك ويجب الضمان •

٧٧٥٥ ـ وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو بالخيار بين ان يسلم العين ويأخذ القيمة وبين ان يمسك العين ويضمنه النقصان •

٧٧٥٦ ـ لان هذا الفعل لو فعله في ملكه لم يزل ملكه كذلك اذا فعله غيره •

فصـــــل

وطء أحد الشريكين الجارية

٧٧٥٧ ـ واتفق الجميع على ان أحد الشريكين اذا وطىء الجارية المشتركة واحبلها انه يضمن حصة الشريك ويزول ملكه عن الجارية ، ولو وطأ المالك جارية نفسه لم يزل الملك •

فصـــــل

وطىء جارية ابنه

٧٧٥٨ ـ كذلك الاب اذا وطىء جارية ابنه فحملت يجب عليه الضمان ويزيل الملك عنها اليه •

٧٧٥٩ ـ وقال الشافعي يجب العقر في احد قوليه ولا يملك الاصل • وفي قول آخر يملك ويجب عليه ضمان العقر مع ذلك •

فصـــــل

بين العين المغصوبة

٧٧٦٠ ـ وقال اصحابنا لو باع الغاصب العين في الموضع الذي قد سقط (كذا) حق المالك في الرجوع نفذ البيع ولم ينقض • وقال الشافعي لا يصح بيعه لانه يجرى مجرى البيع الفاسد عندنا •

فصـــــل

ضمان العبد المغصوب الآبق

٧٧٦١ ـ ومن غصب عبدا فابق من الغاصب ثم ضمن العبد للمغصوب منه اما ببينة أو باقرار ملكه بالضمان ، واذا رجع اليه لا يجب رده على المالك لانه اخذ منه العوض فملك المعوض كما لو اشتراه •

٧٧٦٢ ـ وقال الشافعي يرد قيمة ويأخذ العبد ، وجعل القيمة في مقابلة الحيلولة ، والقيمة لا يجوز ان تكون في مقابلة السبب ، بل في مقابلة المال لان المال هو المقوم دون الغصب •

فصـــــل

صبغ المغصوب

٧٧٦٣ ـ وليس للمغصوب ان يطالب الغاصب بقلع الصبغ من الثوب

الذي غصبه وصبغه ولا للغاصب ايضا ذلك بشرط ان يضمن ما نقص من الثوب ، بل المالك بالخيار ان شاء ان يأخذ ثوبه ويعطيه ما زاد الصبغ ويضمن قيمة الثوب ابيض خلاف الشافعي في الوجهين •

فصل

غصب دقيقاً فلتة

٧٧٦٤ ـ ومن غصب دقيقا فلته فلته بسمن أو عسلا فعمله خبيصا فهو مثل ذلك في الحكم •

فصل

أولاد العين

٧٧٦٥ ـ ويرد اولاد العين معها اذا اراد ردها ، لانها عين مملوكه للمغصوب منه

فصل

نقص قيمتها بالولادة

٧٧٦٦ ـ ولو كانت الولادة قد نقصت قيمتها وفي الولد قيمة ما نقصت الولادة فانه يجبر بالزيادة ما نقص من الام ، وان لم يكن في الولد جبر لما نقص من الام رد الام وقيمة ما نقص منها والولد استحساناً عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد •

٧٧٦٧ ـ وقال زفر والشافعي يرد نقص الولادة مع الولد والام ولا يجبر بالولد النقصان الفائت •

فصل

قطع يد الجارية المغصوبة

٧٧٦٨ ـ واجمعوا ان الجارية لو قطعت يدها عند الغاصب انه يجبر

بالارش النقصان لان النقص افاد مالا واذهب مالا فقام احدهما مقام الأخر •

فصـــــل

موت الولد قبل الطلب

٧٧٦٩ ـ ولو كان الولد مات قبل ان يطلبه رب المال فلا ضمان فيـه عندنا ، وبه قال مالك بن انس وقال زفر يضمن ، وهو قول الشـافعي وجعلاه كولد الصيد ، واصحابنا جعلوا ذلك كزيادة السعر •

فصـــــل

ما وهب للأمة المغصوبة

٧٧٧٠ ـ ولو وهب للامة هبة فانها ترد مع الامة الى مالكها •

فصـــــل

ارش يد الأمة المغصوبة

٧٧٧١ ـ ولو كانت قطعت يدها واخذ المالك أرشها أو وهبت لها هبة أو ولدت عنده ولدا وضمن الغاصب قيمتها اما لاباقها أو موتها عنده فانـه يرد الهبة ولا يرد الارش والولد عند محمد بن الحسن ، وقال ابو يوسف يرد الولد والهبة ولا يرد الارش ، لان الغاصب يملك بالضمان العين فما [كان] بدل جزء منها أو نماؤها يدخل في الملك كما يدخل في البيع ، والهبة ليست من العين ولا بدلها •

٧٧٧٢ ـ وابو يوسف لا يسند الضمان الى حالة الغصب والولد فعين اخرى فهو والموهوب لها سواء والكسب بخلاف ذلك •

فصـــــل

الغاصب أعتق العبد

٧٧٧٣ ـ ولو كان الغاصب اعتق الامة أو العبد ثم ضمنه المولى قيمتها

لم ينفذ العتق لانه اعتق مالا يملك فيبطل العتق •

فصـــــل

بيع المغصوب

٧٧٧٤ ـ ولو كان باعها من انسان ثم ضمن القيمة جاز البيع عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ، وقال زفر لا يجوز البيع •

٧٧٧٥ ـ لان العقد يقع صحيحا ويقف على اجازة المالك فاذا سقط حق المالك نفذ العقد من جهة العاقد وعند الشافعي وزفر لا ينفذ البيع •

٧٧٧٦ ـ لانه باع مالا يملك ولا يقف العقد عندهما •

فصـــــل

إجاز بيع المغصوب

٧٧٧٧ ـ ولو لم يضمنه المالك القيمة ولكن اجاز[1] البيع وهي حية جاز البيع وكان الثمن للمالك •

٧٧٧٨ ـ وقال الشافعي لا يجوز ، لان البيع لا ينعقد موقوفا (عنده) •

فصـــــل

٧٧٧٩ ـ ولو كانت ماتت ثم اجاز البيع لم يجز باتفاق لانه اجاز في حالة قد بطل العقد •

فصـــــل

إعتاق المشتري ما اشتراه من مغصوب

٧٧٨٠ ـ ولو كان الغاصب قد باعها وسلمها فاعتقها المشتري أو باعها ثم ان المالك اجاز بيع الغاصب فعتق المشتري جائز وبيعه لا يجوز •

٧٧٨١ ـ وقال محمد بن الحسن لا يجوز العتق ايضا كذا ذكر

---

(١) في نسخة تونس : اخذ •

المسئلة أبو موسى في مختصـــره ، وذكر ابو الليث المسئلة في خلافه بين اصحابنا قال يجوز البيع ويبطل العتق في قول محمد وزفر وهو القياس • وفي قول ابي حنيفة وابي يوسف جاز العتق •

فصـــل
أولد المغصوبة

٧٧٨٢ ـ ولو ان رجلا غصب جارية فولدت عنده ولدا من الغاصب ، ثم اقر الغاصب انه غصبها من فلان فانه لا يصدق على رد الجارية ويغرم قيمتها ولا يغرم قيمة الولد •

فصـــل
العقر

٧٧٨٣ ـ فاما العقر فقال ابو يوسف ، لا يضمن فيه العقر لانهـا صارت مستهلكة بالعلوق كمن استولد جارية ابنة •

وقال زفر يغرم قيمتها وقيمة الولد والعقر وذكر ابو الليث ، ان هذا في خلاف زفر •

فصـــل
قطع رجل دابة مغصوبة

٧٧٨٤ ـ ولو غصب دابة فقطع رجلها ضمن قيمتها ، وروى هشام ان المالك بالخيار ان شاء اخذها ولا شيء له ، وان شاء تركها واخذ القيمـة من الغاصب عند ابي حنيفة •

٧٧٨٥ ـ وقال ابو يوسف ومحمد ان شاء اخذها واخذ ارش النقصان كما قالا في الجناية على العبد واذا قلع عين الدابة فعليه ربع القيمة استحساناً ، والقياس ان يغرم النقصان ، وهو قولي الشافعي ولو قلع الجميع فعليـه القيمـة •

فصـــل

صبغ الثوب المغصوب

٧٧٨٦ ـ ولو صبغ الغاصب الثوب اسود فان ابا حنيفة قال يأخذه بغير شيء [لأنه نقصان][1] •

٧٧٨٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يعطى ما زاد الصبغ كالاحمر ، وقد قيل ان المسئلة لا خلاف فيها لان كل واحد اجاب على ما شاهد في زمانه •

فصـــل

ضرب الفضة المغصوبة

٧٧٨٨ ـ وقال أبو حنيفة : لو غصب فضة فضربها دراهم فالمالك يأخذها منه ولا يرد عليه شيئاً •

٧٧٨٩ ـ وقال أبو يوسف ومحمد الدراهم للغاصب وعليه مثل القيمة للمالك ، وجعلا ذلك كما لو عملها آنية •

فصـــل

موت المغصوب عند المشتري

٧٧٩٠ ـ ولو باع الغاصب العين المغصوبة فماتت عند المشتري واختار المولى تضمين الغاصب فانه يضمنها بقيمتها يوم تسلمها •

٧٧٩١ ـ وقال محمد ان شاء ضمن الغاصب قيمتها يوم سلمها ، وقد روى اهل هذا القول ايضا عن ابي حنيفة انه جعل التسليم كذبح الشاة وقتل العبد عبداً آخر ، وجعلوا ذلك كمودع المودع •

---

(١) الهداية (٤/١٨) وانظر مختصر الطحاوي (ص١١٩ ـ ١٢٠) وفيه « وان كان صبغه بسواد فان ابا حنيفة كان يقول ان شاء سلمه الى الغاصب كذلك وضمنه قيمته ابيض يوم غصبه ، وان شاء احتبسه ولم يغرم للغاصب •

فصـــــل

التصدق يربح المغصوب

٧٧٩٢ ـ ولو غصب الفا فاشترى بها امة فباعها بالفين فانا نفتيه ان يتصدق بالف[١] .

٧٧٩٣ ـ وقال ابو يوسف لا يتصدق بشيء لانه ربح على اصل فاسد وهو يقول العلة بالضمان وقد ضمن الالف .

فصـــــل

التضحية بشاة مغصوبة

٧٧٩٤ ـ ومن غصب شاة فضحى بها ثم ضـمن القيمة أجزيت عن الغاصب اذا ضمن في ايام الاضحية وان آخرها لم تجزه .

فصـــــل

٧٧٩٥ ـ وقال ابو يوسف لا تجزيـه عن الاضـحية لأن الذبح غير قربـة .

فصـــــل

تحول العصير المغصوب

٧٧٩٦ ـ ومن غصب عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا فمالكه بالخيار ان شاء اخذه خلا وان شاء ضمنه مثل العصير ، ولو كان هو الذي خلله فعليه مثله لانه ازال الاسـم وعامـة المنافع ، ويجب عـلى قول الشافعي ان لا يزول الملك عن ذلك ويكون الخيار اليه .

فصـــــل

فرخ بيضة مغصوبة

٧٧٩٧ ـ ولو غصب بيضه فحضنها فخرج منها فرخ فهو للغاصب وعليه مثل البيضة لانه استهلكها ولو كانت دجاجة حضنتها من غير ان يكون

(١) تطبيقا لمبادىء الكسب دون سبب .

له في ذلك صنع فالفرخ لرب البيضة لانه لم يحدث في ذلك حدثا •

فصـــــل

تغير قيمة الكر المغصوب

٧٧٩٨ ـ ولو غصب رجل من رجل كر حنطة بمكة وقيمتـه الف درهم فلقيه بالكوفة وقيمة الكر مائة فانه لا يجبر المالك عـلى اخذ الكر ويقضى له بالف درهم •

فصـــــل

وجوب الدراهم المغصوبة في كل موضع

٧٧٩٩ ـ ولو كان غصبه دراهم أو دنانير وجب عليه اخذ ذلك في اي موضع لقيه لان ذلك قيمة الاشياء في كل موضع •

فصـــــل

من يضمن قيمة المغصوب

٧٨٠٠ ـ ولو غصب فلوسا فهلكت أو كسدت فهلكت ضمن قيمتها يوم الغصب عند ابي يوسف ، وقال محمد يوم كسدت •

فصـــــل

نقص سعر المغصوب وزيادته

٧٨٠١ ـ ولو نقص سعرها أو زاد وهي باقية ردها ولا شيء عليه لانه لم يتعد في ذلك بشيء •

فصـــــل

دفع دعوى السرقة بالوديعة

٧٨٠٢ ـ ولو حضر رجل وادعى على آخر عينا في يديه انه سرقها منه، فقال الذي هي في يديه ان هذه العين لفلان أودعني ذلك واقام على ذلك

بينة فانه لا يدفع الخصومة عن نفسه عند ابي حنيفة وابي يوسف ، وقال محمد بن الحسن يدفع الخصومة .

فصل

تضمين الغاصبين على التفاضل (بالتضامن)

٧٨٠٣ ـ ومن غصب امة قيمتها الف درهم فزادت قيمتها حتى صارت الفي درهم ، ثم غصبها من الغاصب آخر ، فالمالك بالخيار ان شاء ضمن الاول قيمتها الف درهم يوم غصبها ، وان شاء ضمنها للثاني يوم اخذها الفين ، فان ضمن الاول رجع على الثاني بالفين ويتصدق بالفضل عندنا[١] وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول بشيء وله ان يضمنها جميعا ان شاء على السواء وان شاء على التفاضل عند اصحابنا جميعا .

فصل

ادعى هلاك المغصوب

٧٨٠٤ ـ واذا ادعى الغاصب هلاك العين المغصوبة لم يصدق حتى يحبس زمانا لو كانت موجودة اظهرها ، الا ان يقيم بينة بالهلاك فيضمن القيمة لان القيمة بدل من العين .

فصل

القول قول الغاصب في العين وأوصافها

٧٨٠٥ ـ وان اختلفا في العين أو في صفة فيها أو صحتها أو عيبها فالقول قول الغاصب لانه المدعى عليه .

---

(١) تطبيقا لمبادىء الكسب دون سبب .

٧٨٠٦ ـ ولو ادعى عليه الغصب فانكر لكان القول قوله ، وكذلك القول قوله في مقدار ما قبض وسلم .

فصـــل

البينة بينة الغاصب

٧٨٠٧ ـ ولو اقاما بينـه ، فالبينـة بينة المغصـوب لانهـا تثبت الحق والزيادة ، وهو المدعى ايضا .

فصـــل

القول قول الغاصب في قيمة المغصوب

٧٨٠٨ ـ وان اختلفا في القيمة فالقول قول الغاصـب والبينة بينـة المغصوب منه ، لان من وجب عليه الضمان فالقول قوله فيما يؤدى .

فصـــل

ادعى الغاصب الرد

٧٨٠٩ ـ ولو ادعى الغاصب الرد وانكر المغصوب منه ذلك فالقول قول المالك انه ما استرجع ، لأن الاصل وجوب الضمان .

فصـــل

البينة بينة الغاصب في الرد

٧٨١٠ ـ ولو اقاما بينة فالبينة بينة الغاصب لانها تثبت الامر الطارىء وهو الرد على المالك .

فصـــل

اختلافهما في الهلاك

٧٨١١ ـ ولو اختلفا في الهلاك فقال الغاصـب هلك بعد ردى اياه ،

وقال المغصوب منه هلك عندك ، فالقول قول المغصوب منه لان الغاصب يدعى براءة نفسه من الضمان والمالك ينفى ذلك •

٧٨١٢ ـ وان اقاما بينة فالبينة بينة الغاصب لانها تثبت البراءة من الدين الذي عليه والحق الذي لزمه •

فصل

البينة بينة المغصوب في التلف

٧٨١٣ ـ ولو أقام الغاصب البينة بالرد وأقام المغصوب منه البينة انها تلفت من ركوبه عند الغاصب فالبينة بينته لانها تثبت الضمان الذي ينفيه الغاصب فلا يقبل •

فصل

البينة بينة المغصوب في نفي زيادة القيمة

٧٨١٤ ـ ولو قال الغاصب كانت القيمة يوم الغصب الف درهم وانما زادت قيمة العين بعد ذلك فلا يلزمني ضمان الزيادة ، وقال المغصوب منه بل كانت هذه القيمة مع الزيادة التي نفاها الغاصب يوم الغصب فالبينة بينة المغصوب منه •

٧٨١٥ ـ وكذلك قالوا في الراهن يقيم البينة على الزيادة انه تكون البينة بينته لان العين مضمونة عليه وكذلك الغاصب يتصرف في ملك غيره بغير اذنه ويريد ان يسقط الضمان عن نفسه وهو ثابت عليه فلا يقبل ان يصرفه الزيادة غير مضمون عليه (كذا) •

فصل

٧٨١٦ ـ وقد ذكر الشيخ ابو عبدالله البصري[1] رحمه الله في شرح

(١) يراجع تاريخ الادب العربي لبروكلمان ترجمة الدكتور عبدالحليم ←

مختصر ابي الحسن الكرخي رحمه الله في كتاب الرهن هذه المسألة • وقال : ولا يشبه هذا الشهود عندي اذا رجعو لأن ما شهدوا به لم يكن مضمونا عليهم واذا كان المشهود عليه يدعى الزيادة على الشهود وهم ينكرون ذلك لم يصدق عليهم وكذلك احد الشريكين اذا اعتق نصيبه من العبد واختلفوا في قيمته يوم العتق ان القول قول المعتق لانه لم يكن ذلك مضمونا عليه • وكذلك اذا دبر الرجل عبده وحفر بئراً فوقع فيها انسان واختلف في قيمة المدبر وما يلزم المولى المدبِّر لانه غير مضمون عليه ، والذي وجب له القيمة يدعى ضمان الزيادة فيجب ان لا يصدق ، قال وهذا القول محفوظ في المدبر وهو قولهم المرجوع اليه ، وما قلناه في الشهود فهو قياس قولهم وما قالوا في الرهن فمحفوظ عنهم ، فهذا الذي حكاه في ذلك •

فصل

ما يضمن ضمان الغصب

٧٨١٧ – وقد يجب الضمان على من ليس له حكم الغاصب في المأثم ، وهو من اشترى سلعة من السوق فبانت مستحقه وقد هلكت في يده فان ذلك يضمن ضمان الغصب وليس بغصب ، وكذلك المقبوض على سوم البيع والمقبوض عن بيع فاسد والوديعة اذا جحدت والشهود لو رجعوا ، وليس هذا ضمان غصب ، وانما هو مثل صورته مع اختلاف علة ذلك ، وهذا الاختلاف فيه ، واذ قد ذكرنا حكم اخذ المال على طريق الغصب وحكم الضمان بغير غصب وبقي هل يجب الضمان على من اكره على اخذ مال غيره ، وهذا يعلم بذكر الاكراه •

النجار ، ج٣ ص٢٦٧ • وفي الفوائد البهية (ص٦٧) : الحسن بن علي ابو عبدالله البصري المعتزلي ، قال الصيمري لم يبلغ أحد مبلغه في العلمين اي الفقه والكلام ، أخذ عن ابى الحسن عبدالله الكرخي عن البردعي عن نصير بن يحي عن محمد • ومات سنة سبع وتسعين وثلثمائة » •

كتاب الإكراه

وهذا كتاب الإكراه[1]

الآيات والآثار الواردة في الإكراه

٧٨١٨ ـ قال الله تعالى (الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ، ولكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله)[2] . الآية .

وقال تعالى : « وله اسلم من في السموات والارض طوعا وكرها »[3].

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال (رفع عن امتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)[4] .

فصل

٧٨١٩ ـ والاكراه قد اختلف الناس فيه وفي الاكراه الذي يبيح الفعل للفاعل ، وباي شيء يكون مكرها ، وفي تعلق الاحكام به على ضروب من الخلاف كثيرة ، ورأيت لبعض اهل البصرة من المتأخرين كتابا في ذلك ، قد جمع فيه سائر الخلاف هو القاضي أبو محمد الشافعي[5] .

فصل

التسلط

٧٨٢٠ ـ والذي قال ابو حنيفة ان الاكراه الذي يسقط حكم الفعل

---

(١) جاء في لسان العرب : اجمع كثير من اهل اللغة ان الكره (بالفتح والضم) لغتان فبأي لغة وقع فجائز ، الا القرآن فانه زعم ان الكره بالضم ما اكرهت نفسك عليه والكره بالفتح ما اكرهك غيرك عليه . يقول جئتك كُرْهاً وادخلتني كرها والكره بالضم والفتح المشقة .

(٢) النحل (١٠٦/١٦) .

(٣) آل عمران (٨٣/٣) .

(٤) في المحلى لابن حزم (٣٣٤/٨) : عن ابن عباس « عفى لا متى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

(٥) الظاهر ان المقصود به قاضي القضاة ابو محمد بن معروف الشافعي المشار اليه في رسائل الصابي .

عن الفاعل ويتعلق الحكم بالمكره انما هو اكراه السلطان ، ولا يكون اكراه غيره اكراها •

وقال ابو يوسف ومحمد كل من كان مسلطا على المكرَه من سائر الناس كاللصوص والمتغلبين فاكراهه اكراه لان التسلط موجود •

فصل

ما لا يكون إكراهاً

٧٨٢١ ـ وقال اصحابنا لا يكون اكراها بالقيد ، ولا بالحبس ولا بالضرب اذا هدده بذلك ، وكل ما لا يكون معه التلف من الاشياء فليس باكراه • وقال غيرنا ذلك اكراه •

٧٨٢٢ ـ والصحيح ما قاله اصحابنا لان غاية ما يجوز ان يعتبر انما هو الاتلاف •

فصل

تعريف الإكراه

٧٨٢٣ ـ والاكراه هو حمل الغير على اتلاف مال غيره او نفسه أو فعل يفعله وهو مضطر اليه يخاف التلف ان لم يفعله •

فصل

أكرهه على إتلاف مال نفسه

٧٨٢٤ ـ واتفق الجميع على ان رجلا لو اكره رجلا على اتلاف مال نفسه او قتل عبده أو حيوان له ففعل ذلك فلا ضمان على الفاعل المكرَه لانه آلة في فعله فصار (المكره) كانه هو الفاعل لذلك •

فصل

الإكراه على إتلاف مال الغير

٧٨٢٥ ـ وان أكره على اتلاف مال لغيره فعلى المكرِه والمكرَه

الضمان ، ولمالكه ان يضمن ايهما شاء ، فان ضمن المكره رجع به على المكره وهذا لا خلاف فيه نعلمه .

فصل
الإكراه على قتل الغير

٧٨٢٦ – وان اكرهه على قتل غيره فقد ذكرنا ذلك في الجناية وذكرنا ما فيه من الخلاف[1] .

فصل
الإكراه على الكفر

٧٨٢٧ – وان اكرهه على كلمة الكفر لم يحكم بكفره ولم تبن زوجته في الاستحسان ، والقياس ان يحكم بالفرقة .

فصل
إكراه الذمي على الإسلام

٧٨٢٨ – ولو اكره الذمي على الاسلام صار مسلماً عند اصحابنا .

٧٨٢٩ – وقال الشافعي لا يكون مسلما .

٧٨٣٠ – واتفق الفريقان على ان الحربي يصح اكراهه على الاسلام والاكراه لا يختلف بالذمي والحربي .

فصل
الإكراه على إفساد العبادات

٧٨٣١ – ولو اكره على افساد سائر العبادات فسدت عندنا الطهارة والصلاة والصوم والاعتكاف ، وقال الشافعي يفسد ذلك الا الصوم والحج .

---

(١) مختصر الطحاوي (ص٤٠٩ – ٤١٠) .

فصـــــل
الإكراه على النكاح

٧٨٣٢ ـ ولو اكره على النكاح انعقد عندنا ، فان كان الزوج كفوءاً فلا خيار لها ولا للاولياء في الفسخ •

٧٨٣٣ ـ وقال الشافعي النكاح باطل والطلاق والعتاق مثل ذلك عندنا• وقال الشافعي الجميع باطل ويضمن قيمة العبد المكرَه (على اعتاقه) ومهر الزوجة الذي يقضى لها [به] قبل الدخول ، ولا ضمان على المكرَه للمرأة اذا كان قد دخل بها •

فصـــــل
أكرهت على النكاح بألف

٧٨٣٤ ـ ولو اكرهت على النكاح بالف درهم فان كان مهر مثلها فلا خيار لها وان كان اقل فان رضيت تم النكاح والصداق وللولي ان يفسخ ذلك ويتمم المهر عند ابي حنيفة خلافهما ليس له ذلك وتلزم التسمية التي سماها وقد مضت في النكاح •

فصـــــل
الإكراه على الطلاق

٧٨٣٥ ـ ولو اكرهها على قبول الطلاق بالف وقع الطلاق ولم يلزمها المال ، فان رضيته صار الطلاق بائناً عند ابي حنيفة بناءً على ان الطلقة الرجعية له ان يجعلها ثلاثا وبائنا ومحمد يقول لا يصير ذلك بائنا وقد مضت •

فصـــــل
الإكراه على شرب الخمر

٧٨٣٦ ـ ولو اكره على شرب الخمر فله شربها ولا حد عليه وان

سكر لانه يباح لاجل الضرورة والخوف على النفس •

فصـــــل
الإكراه على الزنا

٧٨٣٧ ـ ولو اكره على الزنا بامرأة بما يخاف التلف زنا فعليه الحد في قول ابي حنيفة الاول وهو قول زفر •

٧٨٣٨ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا حد عليه وهو قوله الثاني •

٧٨٣٩ ـ لانه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ، وزفر يقول الانتشار لا يحصل من غير اختيار وشهوة فيرتفع الاكراه ويجب الحد •

فصـــــل
أكره على عتق نصف عبده

٧٨٤٠ ـ ولو اكره رجلا على ان يعتق نصف عبده فاعتقه كلـه لم يضمن عند ابي حنيفة ويضمن عندهما ولو اكره على ان يعتق كله فعتق نصفه ضمن نصف قيمته عند ابي حنيفة وعندهما يضمن جميع القيمة •

فصـــــل
الإكراه على العقود

٧٨٤١ ـ والاكراه على سائر العقود التي يصـح رفعها بعد ثبوتهـا ويجوز شرط الخيار فيها يؤثر تأثير شـرط الخيار فلا يمنع الانعقاد عند اصحابنا ويمنع اللزوم •

٧٨٤٢ ـ وقال الشافعي يمنع اللزوم والانعقاد جميعا •

فصـــــل
الإكراه على قطع يد

٧٨٤٣ ـ ومن اكره رجلا على قطع يده وسع المأمور ذلك ووجب

القصاص على المكره عند ابي حنيفة ومحمد واختلف اصحابنا عن ابي يوسف ، منهم من قال يجب عليه القود ، ومنهم من قال لا قصاص عليه .

٧٨٤٤ ـ والصحيح عندنا على قياس قوله في النفس ان لا قصاص في الطرف على المكره وعليه دية اليد في ماله .

فصل

الإكراه على إلقاء نفسه في النار

٧٨٤٥ ـ ولو قال لرجل ان لم تلق نفسك في النار والا قتلتك فان كان بحيث ينجو منها وقد لا ينجو وسعه القاء نفسه في النار ، فان مات وجب القصاص على المكره ، عند ابي حنيفة ومحمد والرواية قال بعض اصحابنا عن ابي يوسف انها مشتبهة ، وان كان بحالة لا ينجو من ذلك فان كان له في ذلك ادنى راحة وسعة القاء نفسه عند ابي حنيفة .

٧٨٤٦ ـ وقال محمد لا يسعه ان يلقى نفسه ، فان فعل فهلك فالقصاص على المكره ، في قول ابي حنيفة ومحمد .

فصل

٧٨٤٧ ـ وقال ابو يوسف عليه الدية بلا اشتباه عنه في ذلك .

فصل

٧٨٤٨ ـ وان كان لا راحة له في ذلك فالقى نفسه فتلف فدمه هدر في قياس قولهم جميعا لانه يصير هو القاتل لنفسه فيسقط دمه بفعله .

فصل

٧٨٤٩ ـ ولو قال له ، لاقتلنك أو ترمى نفسك من شاهق الجبل فان كان بحال قد ينجو وقد لا ينجو وسعه القاء نفسه في قول ابى حنيفة ولا يسعه في قول محمد ، فان القى نفسه فمات فالدية على المكره ولا قصاص .

٧٨٥٠ ـ وقال محمد عليه القصاص وصار كأنه قتل نفسه بحجر عظيم •

٧٨٥١ ـ وعند ابى يوسف تجب الدية في ماله •

فصـــــل

٧٨٥٢ ـ والخلاف في اكراهه على القاء نفسه في ما مثل ذلك عند ابي حنيفة تجب الدية على المكرِه وعندهما على المكره القصاص هو الواجب بناءً على من قتل بالماء وغرق •

فصـــــل

قال له اقتلني فقتله

٧٨٥٣ ـ واختلف اصحابنا اذا قال الرجل لآخر اقتلني فقتله فمات فعلى القاتل الدية ولا قصاص عند ابى حنيفة ، كذا روى الطحاوي[1] •

٧٨٥٤ ـ ولو قال اقطع يدي ففعل فلا شيء عليه في قولهم المشهور •

فصـــــل

٧٨٥٥ ـ وقال في اختلاف زفر لو ان رجلا قال لرجل اقتلني فقتله عمدا فعليه القصاص وان قال اقطع يدي فقطعها فمات فلا قصاص عليه •

فصـــــل

قال له اقتل ابني

٧٨٥٦ ـ ولو قال اقتل ابني أو اقطع يده فمات وقد فعل ذلك فعلى الفاعل القصـاص • وقال ابو يوسـف في قتل نفسه لا شـيء على الفاعل واستحسن ان اجعل عليه في قتل ابنه الدية •

---

(١) لم يرد في مختصره •

فصـــــل

اقطع يد ابني

٧٨٥٧ ـ ولو قال له اقطع يد ابني ففعل فعليه القصاص في ذلك لان القطع ثبت للابن والقصاص ثبت للاب وليس هو بمكره للفاعل بل آمر له بذلك • وفرق بين ان يأمر بالقتل وبين ان يكرهه على ذلك لان الامر لا قصاص عليه عندنا• وقد خالف ذلك مالك وأوجب القصاص على الآمر في الممسك ايضا • وقد روى ابن زياد عن ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف الذي حكيناه وروى عنه ايضا مثل قوله في وجوب القصاص في قوله اقتلني •

فصـــــل

أكره رجلاً على قطع يد آخر

٧٨٥٨ ـ ولو اكره رجلا على قطع يد آخر ففعل ثم قطع رجله بلا اكراه ثم مات من ذلك فعلى الجميع القصاص في قول ابي حنيفة ومحمد •

٧٨٥٩ ـ وقال ابو يوسف لا قصاص عليهما جميعا وعليهما الدية في مالهما بناء على اصل كل واحد منهم لان قطع اليد يجب فيه القصاص على المكره لو تعقبه الموت• وكذلك قطع الرجل اذا انفرد فاذا اجتمعا كان المكرِه قطع اليد والمكرَه قطع الرجل ومات فيجب القصاص عليها جميعا كذلك هـذا •

٧٨٦٠ ـ وابو يوسف يقول القطع الاول لا يتعلق به قود لو انفرد على واحد منهما ، فاذا وجد معه ما يجب به القود صارت النفس قد خرجت عن عمد وغير عمدفلا يجب القصاص على احد •

فصـــــل

الإكراه على اللعان

٧٨٦١ ـ واذا ادعت امرأة قذفاً على زوجهـا وهي كاذبة في ذلك

واكرهه القاضي على اللعان فان لاعن باختياره وقعت الفرقة في الظاهر والباطن ، وان كان مكرها فكذلك (عند) ابي حنيفة •

٧٨٦٢ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يقع في الظاهر دون الباطن بناء على ان حكم الحاكم ينفذ ظاهرا وباطنا عند ابي حنيفة خلافهما في الظاهر وهو قول الشافعي •

فصل

رفع المأثم

٧٨٦٣ ـ واجمع الجميع ان الاكراه لا يؤثر في رفع الفعل وان أثر في رفع المأثم في بعض الوجوه دون بعض • واذا قد ذكرنا حكم الاكراه وكيفيته وكان الانسان يكره على ما يجب به الحد تارة مع الطوع وتارة لا يجب وجب ان نذكر ذلك ونبينه وهذا يقتضي ان نذكر الحدود واحكامها •

كتاب الحدود[1]

٧٨٦٤ ـ والحدود المشروعة في كتاب الله تعالى اربعة :

١ ـ حد الزنا[2] .

٢ ـ وحد القذف[3] .

٣ ـ وحد السرقة[4] .

---

(١) الحد : لغة المنع وما يحجز بين شيئين فيمنع اختلاطهما وشرعا عقوبات معينة نصا على ارتكاب افعال معينة وسميت هذه العقوبات حدودا لكونها تمنع عن المعاودة ويطلق الحد على التقدير وعلى نفس المعصية (انظر سبل السلام ٣/٤) وقد عرف الشربيني الحد الشرعي بقوله (٢/٢٢٠) « عقوبة مقدرة وجبت زجراً عن ارتكاب ما يوجبه » .

(٢) الزنا بالقصر لغة حجازية وبالمد لغة تميمية .

(٣) قذف بالشيء يقذف قذفا فانقذف رمى ، والتقاذف الترامي . وقوله تعالى : ان ربي يقذف بالحق علام الغيوب ، قال الزجاج : معناه يأتي بالحق ويرمي بالحق ، كما قال بل نقذف بالحق على الباطل فيدمغه . وقوله تعالى ويقذفون بالغيب في مكان بعيد . وقذفه به اصابه ، وقذفه بالكذب كذلك وقذف الرجل اي قاء ، وقذف المحصنة اي سبها . وفي حديث هلال بن امية انه قذف امرأته بشريك ، القذف ههنا رمي المرأة بالزنا أو ما كان في معناه ، واصله الرمي ، ثم استعمل في هذا المعنى حتى غلب عليه . وفي حديث عائشة وعندها قينتان تغنيان بما تقاذفت به الانصار يوم بُعاث اي تشاتمت في اشعارها واراجيزها التي قالتها في الحرب والقذف السب ، وهي القذيفة . والقذف بالحجارة الرمي يقال : هم بين حاذف وقاذف ، وحاذ وقاذ على الترخيم فالحاذف بالحصا والقاذف بالحجارة . (لسان العرب) .

(٤) سرق الشيء يسرقه سَرَقا وسَرِقا واسترقه ، الاخيرة عن ابى الاعرابي . والاسم السَرق والسَرِقة بكسر الراء فيهما ، وربما قالوا ←

٤ ـ وحد قاطع الطريق •

قال الله تعالى (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة)[١] •

وقال (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة)[٢] الآية •

وقال (والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما)[٣] •

وقال (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع ايديهم وارجلهم من خلاف أو ينفوا من الارض)[٤] الآية •

فصـــل

حد الزنا ضربان

٧٨٦٥ ـ فحد الزنا على ضربين ، منه ما يجب به اتلاف النفس وهو زنا المحصن ، وما يجب به الجلد دون الرجم •

→

سرقة مالا • والسَرق مصدر فعل السارق ، تقول برئت اليك من الاباق والسَرق في بيع العبيد ، ورجل سارق من قوم سَرَقة وسُرّاق وسرُوق من قوم سُرُق وسَرُوقه ، ولا جمع له • ابن عرفه في قوله تعالى والسارق والسارقة قال : السارق عند العرب من جاء مستترا الى حرز فاخذ منه ما ليس له ، فان أخذ من ظاهر فهو مختلس ومستلب ومنتهب ومحترس ، فان مَنَع مما في يديه فهو غاصب •

(١) النور ٢/٢٤ •
(٢) النور ٤/٢٤ •
(٣) المائدة ٣٨/٥ •
(٤) المائدة ٣٣/٥ •

فصـــــل

ما يجب به الجلد

٧٨٦٦ ـ وما يجب به الجلد تختلف الحال فيه من الاحرار والعبيد • ونكل من ذلك شروط • ونحن نفصل انواع حد الزنا ونبين كل قسم منه ثم نتلوه بما قدمنا في أول الباب الى آخره ان شاء الله •

فصـــــل

الزنا كبيرة

٧٨٦٧ ـ وفعل الزنا كبيرة من الكبائر التي توعد الله تعالى عليها بالنار وقرنها الى القتل والشرك فقال (والذين لا يدعون مع الله الهـاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ، ولا يزنون ، ومن يفعل ذلك يلق آثاما ، يضاعف له العذاب يوم القيامة ، ويخلد فيه مهانا الا من تاب)[1] •

فصـــــل

الحد زاجر

٧٨٦٨ ـ والحد وضع لزجر الزاني عن مثل ما فعل في مستقبل امره وعقوبة عما فعل •

٧٨٦٩ ـ وانما سـميت حدود الله لأنهـا زواجر بين العبد ، وبين ما حرمه الله تعالى عليه وتعبده بالترك له ، لان الطبع يميل الى فعل ذلك ويؤثره فلابد من زاجر ليصح ان يخاف المكلف من فعله به اذا ارتكبه ، وعلم الله تعالى ان من الناس من لا يتقى بوعيد الآخرة ويسوف نفسه بالتوبة ويتعجل فعل اللذة فشرع ما شرعه في الدنيا من الجزاء واخبرنا بما اعد لفاعله في الآخرة من البلاء ليكون تعالى قد بالغ في الامر المنهي عنـه بابلغ

---

(١) الحج ٢٢/٦٢ •

الامور ، ويصح مع ذلك معنى التكليف الذي هو مأخوذ من الكلفة فيستحق الثواب على ما حمل النفس من المشاق ، ولهذا جميع ما امر به الله تعالى ثقيل على النفس فيه اعظم كلفة وما نهى عنه هو ما في النفس باعث عليه ، وهذا يحصل مع التأمل لكل عاقل منصف .

فصل

اختلاف التكليف في التعبد

٧٨٧٠ – ثم لم يسو بين جميع المكلفين في التعبد من تساويهم في فعل الذنب لما علم من صلاح كل شخص فيما شرع عليه واوجب ففرق بين المحصن والبكر والحر والعبد فلو علم انهم في الحكم سواء لما فرق بينهم مع التساوي في العقل ، فلما فرق دل بذلك العلماء بان هناك معنى غامضاً لاجله اختلف التكليف .

فصل

شرط الإحصان

٧٨٧١ – والاحصان شرط يكمل به المكلف ، والحد يجب بفعل الزنا لا بالاحصان لانه مباح فعل شرائطه وواجب أو ندب وذلك لا يستحق به عقوبة .

فصل

معنى الإحصان

٧٨٧٢ – والاحصان ان يتزوج الحر البالغ بحرة بالغة ويكونا عاقلين مسلمين[1] ويطأ بعد البلوغ في الفرج فاذا اجتمع البلوغ والعقل والاسلام

(١) لا يشترط بعض المذاهب في احصان المسلم ان تكون زوجته مسلمة .

والنكاح والجماع في الفرج بعد البلوغ منهما جميعا فقد صارا بذلك محصنين •

٧٨٧٣ ـ فالبلوغ يعتبر ليكمل الشخص ويخرج من حد الصبا ، والعقل يعتبر ليصح التكليف ، والاسلام المطلوب بالتكليف والمعنى الذي به تقع الرغبة في الثواب والخيفة من العقاب بالعقل والنكاح الصحيح الذي لا فساد فيه لانه المأمور به والذي يقر الشرع عليه والاصابة فيه لانها التي يحصل بها الاعفاف عن طلب النفس الجماع •

فصل

من لا يحصن بهن

٧٨٧٤ ـ فعندنا الكبير لا يصير محصنا بصغيرة ، ولا العاقل بمجنونة ، ولا المسلم بكافرة ، ولا المولى بملك اليمين •

٧٨٧٥ ـ وقال الشافعي الاسلام ليس بشرط في الاحصان لان النبي عليه السلام رجم يهوديين زنيا •

٧٨٧٦ ـ واصحابنا قالوا ان هذا كان عملا بشرع اهل الكتاب فعله بيان معجزة النبوة حيث وضع يده على آية الرجم من التوراة ، فكان كما قال في ذلك •

٧٨٧٧ ـ وقد قال ابن عمرو ، وهو راوي الخبر من اشرك بالله فليس بمحصن وسئل عن رجل يريد ان يتزوج بذمية فقال : انها لا تحصنك ، وعلى ان فعل النبي عليه السلام لا يدل على الوجوب ، ولان ما فيه من الكفر اعظم من فعل الزنا وهو لا يوجب القتل ، والزنا اولى بذلك •

فصـــــل

٧٨٧٨ ـ وقال ابو حنيفة ومحمد ان المسلم لا يحصن النصـرانية ولا تحصنه •

٧٨٧٩ ـ وعن ابي يوسف ان المسلم يحصن النصرانية وانها لا تحصنه•

٧٨٨٠ ـ وقد اجمع الجميع على ان الذمي لا يجب بقذفه الحد رجلا كان أو امرأة •

٧٨٨١ ـ واذا كان الاسلام شرطا في حد القذف ففي الزنا مثله لانه يدل على الكمال •

فصـــــل

ثبوت حد الزنا وما ورد فيه من الآثار

٧٨٨٢ ـ واذا ثبت الاحصان اما باقراره أو شهادة الشهود بالاحصان فان الحاكم يتقدم بالرجم اذا اقر بالزنا عنده أو شهد بذلك الشهود ووصفوا الزنا وانهم شاهدوا ذكره في فرج المرأة كالميل في المكحلة فان الرجم مستحق عليـه •

فصـــــل

هل يجمع بين الرجم والجلد؟

٧٨٨٣ ـ ولا يجمع عليه بين الرجم والجلد لان النبي عليه السلام رجم ماعزا ولم يجلده[1] •

---

(١) في نيل الاوطار (٧/٩٨) « عن جابر بن سمرة ان رسول الله (ص) رجم ماعز بن مالك ولم يذكر جلداً » • رواه احمد •

وقال (اغد يا انيس على امرأة هـذا فان اعترفت فارجمها)[1] ولم يوجب الجلد[2] .

---

(١) في بداية المجتهد (٢/٣٦١) خرج اهل الصحاح عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهني انهما قالا : ان رجلا من الأعراب اتى النبي (ع) قال : يا رسول الله انشدك الله الا قضيت لي بكتاب الله ، فقال الخصم وهو افقه منه : نعم اقض بيننا بكتاب الله وائذن لي ان اتكلم .

فقال له النبي : قل .

فقال : ان ابني كان عسيفا (اجيرا) على هـذا فزنى بامرأته وانى اخبرت ان على ابنيالرجم ، فافتديته (فافتديت منه) بمائة شاة ووليدة ، فسألت اهل العلم ، فاخبروني ان على ابني جلد مائة وتغريب عام ، وان على امرأة هذا الرجم .

فقال رسول الله (ص) والذي نفسي بيده لأقضين بينكما بكتاب الله . اما الوليدة والغنم فرد عليك ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام . واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها . متفق عليه واللفظ لمسلم .

فغدا عليهـا انيس فاعترفت فـامر النبي (ص) بهـا فرجمت . (وانظر ايضا بلوغ المرام في ادلة الاحكام لابن حجر العسقلاني ، ط دار الكتاب العربي ، ص٢٢٤ ، ونيل المرام ٧/٩٧) .

(٢) في بداية المجتهد (٢/٣٦٠ ـ ٣١٦) « قال الجمهور : لا جلد على من وجب عليه الرجم .

وقال الحسن البصري واسحق واحمد وداود : الزاني المحصن يجلد ثم يرجم .

عمدة الجمهور ان رسول الله (ص) رجم ماعزا ورجم امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الازد ، كل ذلك مخرج في الصحاح ، ولم يرو انه جلد واحداً منهم .

ومن جهة المعنى ان الحد الاصغر ينطوي في الحد الاكبر ، وذلك ان الحد انما وضع للزجر ، فلا تاثير للزجر بالضرب مع الرجم .

وعمدة الفريق الثاني عموم قوله تعالى « الزاني والزانية فاجلدوا ←

ومن الفقهاء من قال يجمع عليه بين الجلد والرجم لان النبي عليه السلام قال « الثيب بالثيب الجلد والرجم والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام »[1] وهذا عندنا منسوخ بخبر ماعز وما ذكرناه من العسيف ويثبت الدخول باقراره بذلك أو بولد يكون منه فيشهد عليه بذلك ، ويكفى ان يقول (كان ثبت ذلك باقراره) •

فصـــل
بدء الشهود بالرجم

٧٨٨٤ – وان كان بشهادة الشهود بدأ الشهود برجمه ، ولا يرجم حتى يبدأ الشهود ، فان غابوا أو ماتوا لم يرجمه عند ابى حنيفة ومحمد •

٧٨٨٥ – وقال ابويوسف : يرجمه •

٧٨٨٦ – لانهم اذا لم يفعلوا ذلك فليس احد من سواهم اعلم بذلك•

فصـــل
كيفية الرجم

٧٨٨٧ – والرجل لا يحفر له اذا رجم والمرأة يحفر لها الى ثوبها ،

كل واحد منهما مائة جلدة » فلم يخص محصن من غير محصن •

واحتجوا ايضا بحديث علي (رض) اخرجه مسلم وغيره ان عليا (رض) جلد شراحة الهمدانية يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة • وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسوله •

وحديث عبادة بن الصامت وفيه ان النبي (ع) قال : خذوا عني ، قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم بالحجارة » •

(١) روى هـــذا الحديث في بلوغ المرام لابن حجر العســـقلاني • (ط • دار الكتـــاب العربي ، ص٢٢٤) على النحو الآتي : عن عبـادة بن الصامت (رض) قال : قال رسول الله (ص) : خذوا عني خذوا عني ، فقد جعل الله لهن سبيلا ، البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » رواه مسلم • وقوله : فقد جعل الله لهن سبيلا اشارة الى قول الله تبارك وتعالى « فامسكوهن في البيوت حتى يتتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا » •

ثم ترجم وهي مخمرة بخمارها[1] ، واذا مات الرجل أو المرأة من ذلك فانه يغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن في مقابر المسلمين ويكون ميراثه لورثته من المسلمين ، وبهذا جاءت السنة ، وهو قول جميع الفقهاء .

فصـــل

رجم المريض والمريضة

٧٨٨٨ – ويرجم المريض والمريضة لان المقصود فوات الروح لا غيره وذلك لا يمنع منه المرض .

فصـــل

٧٨٨٩ – وان كانت امرأة حاملا فانها لا ترجم حتى تضع حملها ويكون لولدها من يرضعه ، فان لم يكن له من يرضعه فانها تترك حتى تكون المربية له .

فصـــل

قبول رجوع المحدود بحد يجب بالإقرار

٧٨٩٠ – وان كان الحد يجب باقرار المقر فرجع عن ذلك قبل اقامة الحد قبل رجوعه رجلا كان أو امرأة لان ماعزا لما هرب فاعلم النبي صلى الله عليه وسلم بذلك قال : هلا تركتموه .

فصـــل

٧٨٩١ – وان كان ثبت ذلك بينة لم يقبل رجوعه ولم يترك ليهرب ، ولا خلاف في ذلك .

---

(١) في بلوغ المرام (ص ٢٢٦) ان امرأة من جهينة اتت النبي وهي حبلى من الزنا فقالت يا رسول الله اصبت حدا فاقمه علي ، فدعا رسول الله (ص) وليها فقال : احسن اليها ، فاذا وضعت فأتني بها ، ففعل فأمر بها فشكّت عليها ثيابها ثم أمر بها فرجمت ، ثم صلى عليها .. » رواه مسلم .

فصـــــل

الإقرار أربع مرات

٧٨٩٢ ـ ولا يثبت الحد عليه حتى يقر اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس القاضي •

٧٨٩٣ ـ ومن اصحابنا من قال يمر ويجيء اربع مرات وان كان في مجلس واحد فيعتبر مجالس المقر وهو قول ابن ابي ليلى •

٧٨٩٤ ـ وقال الشافعي يثبت باقراره مرة واحدة كما تثبت سائر الحقوق ، ولو كان كسائر الحقوق لم يجز له الرجوع عما اقر ، والخبر في ماعز انه اقر اربع مرات وهناك قال عليه السلام ، الآن وجب الحد •

فصـــــل

٧٨٩٥ ـ ولو فرق الاقرار في اشهر أو سنين فهو واحد ويحد به •

٧٨٩٦ ـ وقد ذهبت الخوارج الى ان الرجم منسوخ بالآية ، والعلماء على خلاف ما قالوا والعمل بالسنة وقد رجم عمر بن الخطاب رضى الله عنه ولم ينكر عليه احد ذلك •

فصـــــل

٧٨٩٧ ـ ولابد ان تكون المزني بها ممن لا شبهة لـه فيها والفعل لا شبهة فيه والفاعل لا شبهة له حتى يجب الحد •

فصـــــل

٧٨٩٨ ـ وقد قال اصحابنا ، لو اختلف الشهود في الازمان والاماكن والبيوت فان ذلك شبهة تسقط الحد عن الشهود والمشهود عليه خلاف زفر يحد الشهود •

فصـــــل

اختلاف الشهود في زوايا البيت

٧٨٩٩ ـ ولو اختلفوا في زوايا البيت فليس بخلاف ويقام الحد على المشهود عليه ، وقال زفر لا يقام وهو قول الشافعي •

٧٩٠٠ ـ لانه يمكن ان يكون فعلا واحدا ابتدأ باوله وتم في آخر زاويـة •

فصـــــل

اختلاف الشهود في الألوان

٧٩٠١ ـ ولو قال البعض سمراء أو طويلة أو قصيرة ، وقال الآخرون بخلاف ذلك من الالوان والهيئة فليس باختلاف •

٧٩٠٢ ـ وقال زفر ذلك اختلاف ويحد الشهود •

فصـــــل

شهادتهم على الترتيب

٧٩٠٣ ـ ولو شهدوا واحدا بعد واحد حتى تم العدد اربعة في مجلس واحد اقيم الحد على المشهود عليه وان جاءوا في مجلس واحد حدوا جميعا وكانوا قذفه •

٧٩٠٤ ـ وقال الشـافعي ان جاءوا مجيء الشـهادة لم يحدوا مع التفريق •

فصـــــل

رجوع الشهود

٧٩٠٥ ـ ورجوع الشهود قد تقدم في باب الرجوع وذكرنا ما فيه من الخلاف فيطلب هناك •

فصـــــل

الجلد

٧٩٠٦ ـ فاما الجلد فعلى الحر البكر والحرة البكر اذا زنيا جلد مائة وتغريب عليهما مع ذلك وقال الشافعي يغرب كل واحد من البكرين حولا كاملا ، وليس في الآية ذكر للتغريب ، وهي ناسخة لخبر عبادة ، وخبر عبادة ناسخ لآية النساء وهي اولى بالعمل ، وقد غرب عمر بن الخطاب رضى الله عنه رجلا فارتد عن دينه فقال : لا اغرب بعده احدا ، لانه زيادة في حكم النص ، ولا يثبت بخبر واحد ، وقد ترك الشافعي رحمه الله الجلد مع الرجم ، فيخبره الذي احتج به فكذلك التغريب[1] .

فصـــــل

٧٩٠٧ ـ وعلى العبد النصف من ذلك ، والامة والعبد سواء ، ومن الناس من يقول العبد كالحر والامة على النصف ، وهو من اهل الظاهر .

٧٩٠٨ ـ وقال مالك العبد لا يغرب لانه يضر بمولاه ، وكذلك الامة .

٧٩٠٩ ـ وقال بعض اصحاب الشافعي يغرب نصف حول .

فصـــــل

٧٩١٠ ـ ولا يقام الحد في البرد المفرط ولا الحر المفرط ولا على مريض ولا حامل ولا نفساء ، ولا يقام الا في وقت مأمون .

فصـــــل

٧٩١١ ـ ويضرب جميع البدن الا الوجه والفرج والرأس ويفرق الضرب على جميع الاعضاء .

---

(١) التغريب هو النفي .

٧٩١٢ ـ وقال الشافعي الظهر وحده •

٧٩١٣ ـ وقال ابو يوسف يضرب الرأس ايضا •

فصـــل

٧٩١٤ ـ ويضرب الرجال قياما والنساء قعودا •

فصـــل

٧٩١٥ ـ ولا يرفع يديه في الضرب ، ويكون بسوط ، قـد دقت ثمرتـه[١] •

٧٩١٦ ـ ومن اكره امرأة على الوطء فلا مهر عليه وعليه الحد عند اصحابنا •

٧٩١٧ ـ وقال الشافعي يجب الحد والمهر •

٧٩١٨ ـ ولو وجب المهر ملك البضع وكان يحد في ملكه[٢] •

---

(١) كذا والعبارة مصحفة وصوابها على ما يظهر ويكون بسوط قد قطعت ثمرته يدل عـلى ذلك ما جـاء في جامع مسـانيد الامام (٢/٢١٨) « عن ابى حنيفـة ... ان رجلا أتى بابن اخ له نشـوان الى عبدالله بن مسعود (رض) فطلب له عبدالله عذرا فلم يجد له عذرا فامر بحبسه ، فلما صحا دعا به ودعا بسوط فأمر به فقطعت ثمرته الخ » •

(٢) في بدايـة المجتهد (٢/٣٦٥) « لا خلاف بين اهل الاسـلام ان المستكرهة لا حد عليها ، وانما اختلفوا في وجوب الصداق لها :

وسبب الخلاف هل الصداق عوض عن البضع أو هو نحلة ؟

فمن قال عوض عن البضع أوجبه في البضع في الحلية والحرمية

ومن قال انه نحلة خص الله به الازواج لم يوجبه » •

والراجح عندي انه في المستكرهة « عوض عن البضع » على حد تعبيرهم أي تعويض عن الضرر الذي اصاب المستكرهة في عرضها وشـرفها ، وانه لا يعد بالتالي نحلة أو صداقا يمنع الحد •

وهذا مثال على ان اختلاف الفقهاء في مفاهيم الالفاظ ربما أدى وقوف بعضهم عند ظاهر اللفظ ففاته التصور السليم لحقيقة الوقائع •

فصـــــل

٧٩١٩ ـ وان اقر بزنا امرأة غائبة أو حاضرة فانكرت فلا حد عليه ، وقال الشافعي يحد •

فصـــــل

٧٩٢٠ ـ ولا حد على من وطيء بشبهة ولا من زفت اليه غير امرأته ولا على شريك في جارية شريكه •

فصـــــل

٧٩٢١ ـ ولا على من استأجر امرأة للزنا عند ابي حنيفة حد ، وقالا يجب الحد ، وهو قول الشافعي •

فصـــــل

٧٩٢٢ ـ ولا يجب الحد بغير الوطء في الفرج عند ابي حنيفة •

٧٩٢٣ ـ وقال الشافعي يجب بالوطء في الدبر[١] •

فصـــــل

٧٩٢٤ ـ ولا يجب بالوطء فيما دون الفرج ويجب التعزير بذلك •

فصـــــل

٧٩٢٥ ـ والتعزير عند ابي حنيفة ان ينقص من اربعين سوطا واحدا أو ما شاء ، وقد روى عن ابي يوسف خمسة وسبعون سوطا وروى تسعة وسبعون سوطا •

---

(١) وفي المذهب الحنبلي ايضا حد اللوطى كحد الزاني (زاد المستقنع للمقدسي ، ص١٦٥) وفي شرائع الاسلام للمحقق الحلي من فقهاء الشيعة عرف بكونه « يتحقق بغيبوبة الحشفة قبلا أو دبرا » (ق٤/١٤٩ منه) •

٧٩٢٦ ـ وقال بعض الفقهاء ما يراه الامام ولو بلغ به القتل ، وحكاه الطحاوي في المختصر •

فصـــــل

٧٩٢٧ ـ ومن مات من الضرب في الحد فلا ضمان على الامام في بيت المال ولا في ماله لانه مات بحق خلاف الشافعي •

فصـــــل

٧٩٢٨ ـ ولو وجد الشهود عبيدا أو محدودين في قذف غرم دية المقتول من بيت المال لانه غلط في الحكم وقد مضى في اول الكتاب بيان ذلك •

فصـــــل

٧٩٢٩ ـ ولا يحلف القاضي في الزنا وقد مضى في الايمان ما يحلف فيه وما لا يحلف •

فصـــــل

٧٩٣٠ ـ ولا يقبل في ذلك شهادة النساء مع الرجال وقد مضت لانه قال تعالى (ولم يأتوا بأربعة شهداء) •

فصـــــل

٧٩٣١ ـ ولو وطيء العاقل مجنونة أو صبية فعليه الحد ولا حد على المجنونة والصغيرة •

فصـــــل

٧٩٣٢ ـ ولو دعت العاقلة مجنونا الى نفسها فلا حد عليها عندنا لانها ليست بزانية لان فعل الرجل هو المتبوع •

٧٩٣٣ ـ وقال الشافعي يجب عليها الحد لانه لا عبرة بكونه مجنونا •

فصـــــل

٧٩٣٤ ـ ولا حد على من وطيء بهيمة ولا ميتة •

٧٩٣٥ ـ وقال الشافعي يجب الحد ، وما دون الفرج ادعى في الشهوة من البهيمة ولا يسمى زنا •

فصـــــل

٧٩٣٦ ـ واذا وطيء امة زوجته أو امة ابيه او امه وقال ظننت انها تحل لي فلا حد ، وقال زفر عليه الحد • ولو قال : انا اعلم انها حرام حد في قولهم جميعا •

٧٩٣٧ ـ وقالوا في الأب يطأ جارية ابنه انه لا يحد في الوجهين • وذكر جميع المسائل فلا يمكن وانما هذه اصول •

فصـــــل

مستأمن يزني

٧٩٣٨ ـ وقا قال اصحابنا لو زنا المستأمن بمسلمة أو ذمية في دار الاسلام فلا حد على الرجل وعلى المرأة الحد عند ابي حنيفة •

٧٩٣٩ ـ وقال ابو يوسف يحدان جميعا •

وقال محمد لا حد على واحد منهما •

٧٩٤٠ ـ وكذلك الخلاف لو زنا المسلم بذمية أو مستأمنة •

وهذا حكم الحد من طريق الفعل فاما من طريق القول فهذا (يرد) في باب حد القذف •

باب حد القذف

وهذا باب حد القذف[1]

عقوبة القاذف

٧٩٤١ ـ ومن قذف امرأة حرة مسلمة بالغة بزنا ولم يأت باربعة شهود يشهدون بما قال فعليه الحد ثمانون جلدة ، وتسقط شهادته من الشهادات ، ولا تقبل له بعد ذلك شهادة ابدا وان تاب عند اصحابنا[2] .

---

(١) والاصل في حد القذف قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة . ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ، واولئك هم الفاسقون ، الا الذين تابوا من بعد ذلك واصلحوا فان الله غفور رحيم » (النور ٢٤/٤) .

(٢) جاء في بداية المجتهد لابن رشد (٣٦٧/٢) في صدد ما يترتب على توبة القاذف :

« اتفقوا على انه يجب على القاذف مع الحد سقوط شهادته ، ما لم يتب .

واختلفوا اذا تاب :

فقال مالك تجوز شهادته ، وبه قال الشافعي .

وقال ابو حنيفة لا تجوز شهادته ابدا .

والسبب في اختلافهم هل الاستثناء يعود الى الجملة المتقدمة [في آية رمي المحصنات] أو يعود الى اقرب مذكور ، وذلك في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ، واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) .

فمن قال يعود الى اقرب مذكور ، قال : التوبة ترفع الفسق فلا تقبل شهادته .

ومن رأي الاستثناء يتناول الأمرين جميعا قال : التوبة ترفع الفسق ورد الشهادة .

وكون ارتفاع الفسق مع رد الشهادة أمر غير مناسب في الشرع ، اي خارج عن الاصول ، لأن الفسق متى ارتفع قبلت الشهادة .

واتفقوا على ان التوبة لا ترفع الحد » .

٧٩٤٢ ـ وقال الشافعي [ومالك] تقبل ، وقد مضت في الشهادات •

فصـــل

حد العبد

٧٩٤٣ ـ ويحد العبد اربعون جلدة لانه على النصف من الحر في الجلدة فيما يتبعض •

فصـــل

حد الذمي

٧٩٤٤ ـ والحد يجب على الذمي يقذف المسلم ، ولا يجب على المسلم بقذف الذمي ولا قذف العبد ولا قذف صغيرة ولا مجنونة •

فصـــل

نزع الفرو والحشو

٧٩٤٥ ـ ويضرب القاذف على الصفة التي يكون عليها الا انه ينزع عنه الفرو والحشو •

فصـــل

٧٩٤٦ ـ واشد الضرب عندنا ضرب التعزير لانه يقصر عدده وبعده حد الزنا وبعده حد الخمر والسكر وبعده حد القذف وهو اخف الحدود لانه يجوز ان يكون صادقا فيما قال •

فصـــل

قذف حراً مسلماً

٧٩٤٧ ـ ومن قذف حرا مسلما بالغا بالزنا فعليه الحد اذا طلب ذلك المقذوف منه لان الرجل والمرأة في ذلك سواء ، ولا نعلم خلافا في ذلك •

فصـــل

٧٩٤٨ ـ ولو صدقه المقذوف فيما قال فلا حد عليه لذلك القول •

فصـــــل

٧٩٤٩ ـ وان عفى عنه المقذوف فله ان يطالبه بالحد وعفوه باطل لانه حق الله تعالى فلا يسقط بالعفو وهذا قول اصحابنا المشهور •

٧٩٥٠ ـ وقد روى الطحاوي عن ابي يوسف في المختصر انه ، قال عفوه جائز ، ويسقط الحد[1] •

٧٩٥١ ـ وهو قول الشافعي ، وقاس ذلك على الدين •

فصـــــل

٧٩٥٢ ـ ولو ادعى على رجل انه قذفه فانكر فطلب يمينه فلا يمين عليه عندنا لانه حد ، وقال الشافعي يحلفه لانه حق يصح اثباته بالطلب •

فصـــــل

٧٩٥٣ ـ ولو قال لرجل ، لست لابيك وذلك في حال غضب فانه يحد •

فصـــــل

٧٩٥٤ ـ ومن قال لرجل يا ابن الزانية وامه حرة مسلمة فان كانت حية فهي التي تطلب بالحد ، وان كانت ميتة فالولد والوالد يطالبان بذلك وليس ذلك لغيرهما •

٧٩٥٥ ـ وقال زفر لا حد في ذلك لانه لا يورث •

---

(١) في مختصر الطحاوي (ص٢٦٥) ان لابي يوسف قولين في عفو المقذوف احدهما ان عفوه باطل ، وقد روى هذا القول عنه محمد (رض) وهو قول ابي حنيفة ومحمد ، والآخر رواه اصحاب الاملاء عن ابى يوسف ان عفوه جائز ، وانه ليس لـه مطالبـة القاذف بـه بعد ذلك ، وبـه اخذ الطحاوي •

فصـــــل

التعريض

٧٩٥٦ ـ ولا يجب الحد بالتعريض عند اصحابنا[١] .

٧٩٥٧ ـ وقال مالك يجب ، وهو احد قولي الشافعي .

٧٩٥٨ ـ لان التعريض يحتمل ، وقد قال لا يكون قذفا حتى ينوى .

فصـــــل

٧٩٥٩ ـ ومن قال لرجل لست لابك فانه لا يحد لان هـذا كذب محض .

---

(١) في مختصر الطحاوي (ص٢٦٥) « لا يجب الحد في القذف الا ان يكون قذفا مصرحا لا كناية فيه ، فاما ان كان عنى غير ذلك أو كان تعريضا ، فانه لا يجب حد ولكنه يجب فيه التعزير » .

وفي بداية المجتهد (٢/٣٦٦) « واختلفوا ان كان بتعريض : فقال الشافعي وابو حنيفة والثورى وابن ابى ليلى لا حد في التعريض . الا ان ابا حنيفة والشافعي يرى بان فيه التعزير .

وممن قال بقولهم من الصحابة ابن مسعود .

قال مالك واصحابه : في التعريض الحد .

وهي مسألة وقعت في زمان عمر فشاور عمر فيها الصحابة ، فاختلفوا فيها عليه ، فرأى عمر فيها الحد .

وعمدة مالك ان الكناية قد تقوم بعرف العادة والاستعمال مقام النص الصريح ، وان كان النص فيها مستعملا في غير موضعه ، اعني مقولا بالاستعارة .

وعمدة الجمهور ان الاحتمال الذي في الاسم المستعار شبهة ، والحدود تدرأ بالشبهات .

والحق ان الكناية قد تقوم في مواضع مقام النص ، وقد تضعف في مواضع » .

فابن رشد توسط بين الرأيين فلم يقل لاحد في كل تعريض ولم يذهب الى وجوب الحد في كل تعريض وانما جعل للقاضي النظر في ما يحتمله التعريض بحسب العرف اللغوي في كل زمان وهذه التفرقة في نظري ادق ←

فصـــــل

زنأت في الجبل

٧٩٦٠ ـ ومن قال لرجل زنأت في الجبل وقال نويت صعودا انـه لا يصدق عند ابي حنيفة وابي يوسف[١] ، وقال محمد والشافعي لا يجب الحد لان اللفظ حقيقة في الفعل ، فهو كما لو قال زنيت في الدار •

فصـــــل

٧٩٦١ ـ ومن قذف جماعة بقول واحد أو اقوال فعليه حد واحد فاذا استوفى منه الحد فهو لكل قذف تقدم ، وقال الشافعي ان بالفاظ فلكل واحد منهم حد ، وان كان بلفظ واحد فعلى قولين اصحهما يجب حد واحد •

فصـــــل

٧٩٦٢ ـ ومن قال لرجل لست لابيك فانما قذف الام دون الاب •

فصـــــل

٧٩٦٣ ـ ومن قال لامرأة يا زان فهو قاذف لان المؤنث يجوز ان يذكر اذا جمع مع الغير •

من اطلاق القولين ، والظاهر ان القول بان القذف بالتعريض فيه تعزير ولا حد فيه ، معناه التعزير عن ضرر معنوي أصاب المقذوف تعريضا ، وبذا يمكن تخريج التعويض عن الضرر الادبي المعنوي في كل فعل يملك القاضي فيه التعزير سواء اصاب الضرر عضوا فيه منفعة وجمال أم أضر بسـمعة شخص ومشاعره وبهذا التخريج يمكن افساح المجال لتجديد الاجتهاد في باب المسؤولية عن الضرر المعنوي ولا حرج في ذلك نظراً لتغير وجهة النظر بتغير الازمان ولاتفاق اعلام الفقهاء في جميع العصور على كون الاجتهـاد مستمرا مشرع الابواب •

(١) في مختصر الطحاوي (ص٢٦٨) خلاف ذلك فقد جاء فيه « من قال لرجل زنأت في الجبل ، ثم قال عنيت صعودا فان ابا حنيفة وابا يوسف (رض) قالا : يحد » •

فصـــــل

يا فاسق إلخ

٧٩٦٤ ـ فان قال يا فاسق أو خبيث أو فاجر أو ملعون فانه يعزر ولا يحد لانه لم يقذفه •

فصـــــل

تكرر القذف

٧٩٦٥ ـ وان قذف رجلا فحد له ثم قذفه ثانيا فانه لا يحد له ابدا •

٧٩٦٦ ـ وقال ابن ابي ليلى ان كان بالقذف الاول لم يحد وان كان بآخر حد له •

٧٩٦٧ ـ لانه حد لاجله[1] •

فصـــــل

هل التعزيز واجب

٧٩٦٨ ـ والتعزير واجب عندنا ، وقال الشافعي لا يجب لأنه عقوبة لاجل حق الله فهو كالحد •

فصـــــل

التلف بالتعزيز

٧٩٦٩ ـ وان تلف بالتعزير فلا ضمان عليه ولا في بيت المال ، وقال الشافعي يجب عليه الضمان ومن اين يؤخذ ؟ قولان احدهما من بيت المال والثاني من مال الذي اقامه •

---

(١) هذا التفصيل لم يرد في اختلاف ابى حنيفة وابن ابى ليلى ، تحقيق الافغاني (ص١٦٧) اذ يفهم مما جاء فيه ان مذهب ابى حنيفة ان قذف مرارا فانما عليه حد واحد ولا ذكر لما ذهب اليه ابن ابى ليلى من تفرقة مناسبة في الموضوع •

كتاب السرقة

تعريف

٧٩٧٠ ـ اعلم ان السرقة اخذ مال الغير على سبيل الاستخفاء من غير شبهة له في اخذه .

الآثار الواردة في السرقة

٧٩٧١ ـ والاصل في ذلك قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم »[١] .

٧٩٧٢ ـ والمعمول به من قول افقهاء ان القطع لا يجب بما يقع عليه اسم سرقة ولا على من يقع عليه اسم سارق الا بقدر [ما] يقع عليه الاسم .

فصـــل

القطع

٧٩٧٣ ـ والقطع يجب على سارق دون سارق وبقدر دون قدر ومن موضع دون موضع وبمال دون مال وبأخذ دون اخذ .

٧٩٧٤ ـ وان عموم الآية متروك بالسنة وعمل الأمة ، لان الظاهر لا يدل على المراد بالآية حتى يضم اليها ما لم يدخل تحت لفظها ، وليس حكمها حكم ما يتناوله الظاهر ثم يخرج منه البعض وقد ذكرت في شرح كتابي التشويق الى العلوم والبحث عن حقيقة المعلوم في شرح اصول الفقه فيه ما قاله اصحابنا في ذلك وثبت ما ذكره الشيخ ابو عبدالله[٢] وقاضي

---

(١) المائدة (٥/٣٨) .

(٢) هو شيخه محمد بن علي بن محمد بن الحسين ابو عبدالله الدامغاني الكبير ، وقد مضت ترجمته في (ص١٧ من هذا الكتاب) .

القضاة عبدالجبار[1] رحمهما الله وسائر اصحابنا ، واستوفيت الكلام في ذلك فيطلب ذلك من لم يقع اليه ليجده •

فصـــل

٧٩٧٥ ـ والاصـل الذي اعتمد عليه اصـحابنا في الباب ان القطع لا يثبت الا توقيفا اتفاقا فاذا اختلفت السنن عمل بالمجمع عليه منها وذلك نحو ما روى ربع دينار[2] وروى عشرة دراهم فاخذوا بالزائد من الاخبار• وعملوا به لأجل الاتفاق عليه •

فصـــل

أقل ما يقطع به

٧٩٧٦ ـ فقالوا لا يقطع السارق في اقل من عشرة دراهم أو ما قيمته ذلك ، والمعتبر بالدراهم •

٧٩٧٧ ـ وقال الشافعي يقطع في ربع دينار •

٧٩٧٨ ـ وقد روى عبدالله بن عمرو بن العاص ان النبي صلى الله

---

(١) قاضـي القضاة عبدالجبـار بن احمد الهمداني المتوفى عـام ٤١٥هـ كان من كبار المعتزلة ويلقبه المعتزلة قاضي القضاة لا يطلقون هذا اللقب على سواه له تصانيف عديدة حققت ونشرت منها تنزيه القرآن عن المطاعن (دار النهضة الحديثة ، بيروت ـ لبنان) وشرح الاصول الخمسة والمغني في ابواب العدل والتوحيد باشراف المرحوم طه حسين (انظر ترجمة له في طبقات الشافعية للآسنوي ، تحقيق صديقنا الأستاذ عبدالله الجبوري ١/٣٥٤ ـ ٣٥٥) •

(٢) جاء في بلوغ المرام (ص ٢٢٨) عن عائشة (رض) قالت : قال رسول الله (ص) « لا تقطع يد سارق الا في ربع دينار فصاعدا » متفق عليه، واللفظ لمسلم ، ولفظ البخاري « تقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا » • وفي رواية لاحمد « اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو ادنى من ذلك »•

عليه وسلم قطع في مجن قيمته عشرة دراهم[1] وكذا قال ابن عباس ، وعن ابن مسعود قال لا اقطع الا في عشرة دراهم أو دينار وعن ابى بكر وعلي رضى الله عنهما انهما قالا لا يقطع الخمس الا في خمس واذا اختلف ما ذكرناه وجب ان لا يقطع بالشك ويدرأ الحد لمكان الشبهة في ذلك .

فصل

٧٩٧٩ ـ واجمع المختلفون انه لا يقطع في اقل من ربع دينار الا شيئاً حكاه الكرخي رحمه الله عن محمد بن الحسن وهو قول الخوارج انه يقطع في القليل والكثير والعلماء على خلافه .

فصل

لا قطع إلا بإقرار أو بينة عادلة

٧٩٨٠ ـ ولا يقطع السارق الا ان يقر بانه سرق ما يجب فيه القطع من حرز مثله مما لا شبهة له فيه أو يقوم بذلك بينة عادلة ليس فيها امرأة .

فصل

رد الشهادة بالتقادم

٧٩٨١ ـ ولا تقبل منهم الشهادة ان تقادموا وقد قدر بعض اصحابنا

---

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (٢/٢١٧) « ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ان النبي (ص) قطع في مجن . قال ابراهيم : كان ثمن المجن عشرة دراهم . وفي سبل السلام (٤/١٩) ان اكثر فقهاء العراق انه لا يوجب القطع الا سرقة عشرة دراهم ولا يجب في أقل من ذلك ، واستدلوا لذلك بما اخرجه البيهقي والطحاوي من طريق محمد بن اسحق من حديث ابن عباس « انه كان ثمن المجن على عهد رسول الله (ص) عشرة دراهم » . وروى ايضا محمد بن اسحق من حديث ابن عمر انه (ص) قطع في مجن ، وان كان فيهما ان قيمته ثلاثةدراهم ، لكن هذه الرواية قد عارضت رواية الصحيحين ، والواجب الاحتياط مما يستباح به العضو المحرم قطعه الا بحقه ، فيجب الأخذ بالمتيقن وهو الاكثر » .

بشهر ومنهم من لم يقدر ذلك وقد قال الشافعي تقبل مع التقادم كما يقبل الاقرار ، وهو قول ابن ابي ليلى • وقال زفر لا يقبل الاقرار والشهادة مع التقادم •

٧٩٨٢ – واتفقوا على انه يقبل في وجوب ضمان المال ، وكذلك لو شهد الرجال والنساء قضى عليه بالمال دون القطع •

فصل

٧٩٨٣ – واتفقوا في حد القذف انه يقبل مع البينة والاقرار •

فصل
إقراره مرتين

٧٩٨٤ – وقال ابو حنيفة ومحمد وعامة الفقهاء يقبل اقراره مرة في السرقة •

٧٩٨٥ – وقال ابو يوسف لا يقبل حتى يقر مرتين فيجب القطع •

وقد روى عن علي بن ابي طالب رضى الله عنه ذلك •

فصل
موضع القطع

٧٩٨٦ – والقطع من الزند عندنا في الموضع الذي يجب القطع • وقال بعض الفقهاء من اصول الاصابع ، وقال الخوارج من المنكب ، والذي روى في السنة انه قطع من الزند •

فصل

٧٩٨٧ – واجمعوا على ان القطع يجب في يده اليمنى بالسرقة الاولى اذا كانت اليسار سالمة فان كانت شلاء لم يقطع اليمنى وغرم المال •

فصـــــل

٧٩٨٨ ـ وان سـرق دفعـة اخرى قال العلماء انـه يقطع الرجل اليسرى ، وهذا قطع لم يثبت في الآية وانما هو فرض مبتدأ ثبت بعمل الامـة •

فصـــــل

٧٩٨٩ ـ فان سرق دفعة ثالثة لم يقطع عند اصحابنا •

وقال الشافعي يقطع يده اليسرى فان سرق دفعة رابعة قطعت رجله اليمنى • وروى ذلك عن ابي بكر رضي الله عنه •

وقد روى عن علي رضي الله عنه انه قال اني لاستحي من الله تعالى ان لا ادع له يدا يأكل بها ويتوضأ •

٧٩٩٠ ـ واذا كان الاصل في القطع الآية ولم يقطع يده اليسرى في الدفعة الثانية فاحرى ان لا يقطع في الثالثة ويستودع السجن حتى يحدث توبة ويغرم ما سرق •

فصـــــل

رد المسروق

٧٩٩١ ـ واتفقوا على ان العين المسروقة اذا كانت قائمة في يد السارق انه يجب ردها على المالك •

فصـــــل

لا جمع بين قطع وضمان

٧٩٩٢ ـ فاما ان كانت قد هلكت او استهلكها هو قبل القطع وطلب القطع قطع ولا ضمان عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ومالك بن

انس ، ولا يجمع عليه عندنا قطع وضمان[1] ولا حد ومهر ولا عشر وخراج •

٧٩٩٣ ـ وقد قال الشافعي يجب الضمان والقطع في الاحوال كلها •

٧٩٩٤ ـ وقال ابن زياد ان هلكت العين فلا ضمان وان استهلكت العين ضمن •

٧٩٩٥ ـ وروى ابن سماعة عن محمد انه قال لا يجب الضمان في القضاء فاما فيما بينه وبين الله تعالى فيجب الضمان لمالكها •

٧٩٩٦ ـ وانما لم يجب الضمان لانه يملك العين به فيؤدى الى ان يقطع في ملكه وهذا لا يجوز والآية تدل على وجوب القطع خاصة •

فصل

من زنا بجارية فقتلها

٧٩٩٧ ـ ولو زنا بجارية فقتلها فعليه القيمة والحد •

٧٩٩٨ ـ وقال ابو يوسف لا حد عليه ، ولو كانت حرة عليه الحد والدية في قولهم جميعا •

فصل

٧٩٩٩ ـ وقال اصحابنا لو زنا بصغيرة فافضاها فلا حد عليه ، فان كان البول يستمسك فعليه ثلث الدية والمهر في قولهم جميعا ، وان كان البول

---

(١) عن عبدالرحمن بن عوف (رض) ان رسول الله (ص) قال : « لا يغرم السارق اذا اقيم عليه الحد » • رواه النسائي وبين انه منقطع • وقال ابو حاتم هو منكر • (بلوغ المرام ، ص٢٣٠) •

لا يستمسك فعليه الدية ولا مهر عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٨٠٠٠ ـ وقال احمد والشافعي يجب عليه الحد •

فصـــــل

٨٠٠١ ـ وان كانت لا يجامع مثلها فانها لا تحرم على ابنه ولا ابيـه ولا يثبت تحريم المصاهرة عند ابي حنيفة ومحمد •

٨٠٠٢ ـ وقال ابو يوسف وقعت الحرمة ، وعند الشافعي لو كانت حرة لم يوجب تحريم المصاهرة •

فصـــــل

زنا بأمة ثم اشتراها أو حرة ثم تزوجها

٨٠٠٣ ـ ولو زنا بأمة ثم اشتراها أو حرة ثم تزوجها لم يسقط الحد •

وسمعت قاضي القضاة رحمه الله يقول في ذلك رواية اخرى انـه يسقط في الجميع والخلاف على ما حكاه مع ابي يوسف ولعله جعل قول ابى يوسف رواية •

فصـــــل

العود في الجناية والمجنى عليه واحد

٨٠٠٤ ـ ولو سرق عينا فقطع فيها ثم سرقها دفعة اخرى لم يقطع عند اصحابنا ، وقال الشافعي يقطع •

٨٠٠٥ ـ واجمعوا انه لو قذف رجلا ثم اعاد قذفه انه لا يجد له دفعة اخرى ، وفي الزنا اذا حد مرة ثم زنا بها يحد مرة اخرى •

فصـــــل

رجوعه عن الإقرار

٨٠٠٦ ـ ولو رجع عن الاقرار قبل القطع لم يقطع •

فصـــل

٨٠٠٧ – ولو عفا عنه المسروق منه أو وهب العين له قبل ان يرفعه الى السلطان سقط القطع وقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انـه قال : « تجافوا الحدود ما لم ترتفع الى ، فاذا رفع الى ذلك فقد وجبت »[١] وكان يأمر بالستر على العصاة ويظهر في وجهه الكراهة اذا رفعت اليه •

٨٠٠٨ – ولو عفا عنه بعدما رفعه الى الامام فالعفو باطل •

فصـــل

٨٠٠٩ – ولو وهب العين بعدما رفعه سقط القطع عند ابي حنيفة •

٨٠١٠ – وقال أبو يوسـف والشافعي لا يسـقط ، وليس في خبر صفوان[٢] انه قطع السارق ، وانما فيه ، قبل ان تأتني به ، يعني ان تفضحه وتشهره •

---

(١) في بلوغ المرام (ص٢٢٧) روى حديث بهذا المعنى وبالفاظ اخرى فجاء « عن ابن عمر (رض) قال قال : رسول الله (ص) « اجتنبوا هـذه القاذورات التي نهى الله عنها ! فمن ألم بها فليستتر بستر الله ، وليتب الى الله ، فانه من يبدلنا صفحته نقم عليه كتاب الله » رواه الحاكم ، وهو في الموطأ من مراسيل زيد بن اسلم •

وفي جامع مسانيد الامام (٢/٢١٧ – ٢١٨) « عن ابى حنيفة ان اول حد اقيم في الاسلام ان رسول الله (ص) اتى بسارق فأمر به فقطعت يده ، فلما أنطلق به نظر الى رسول الله (ص) كأنما اسفى في وجهـه الرماد ! فقالوا يا رسول الله كأنه شق عليك ؟! فقال الا يشق على ان تكونوا اعوان الشيطان على اخيكم ؟!

قالوا افلا ندعه ؟

قال : افلا كان هذا قبل ان يؤتى به ! فان الامام اذا رفع اليه الحد فليس ينبغي له ان يدعه حتى يمضيه ، ثم تلا وليعفوا وليصفحوا الى آخر الآيـة •

(٢) عن صفوان بن امية ان النبي (ص) قال له لما أمر بقطع الذي ←

فصـــــل

سرقة ما يسرع إليه الفساد

٨٠١١ – واذا سرق ما يسرع اليه الفساد لم يقطع[١] .

٨٠١٢ – وقال الشافعي يقطع ، وهذا كسائر المطعومات ولا سنة توجب القطع ولا اتفاق والقياس في اثبات القطع لا يجوز عندنا ، وكذلك الصبرة كلها .

فصـــــل

٨٠١٣ – وقال اصحابنا : ولا يقطع بسرقه شيء من المعادن ، وما يوجد في دار الاسلام مباحا من القصب والخشب والقير والنفط والماء والتراب وفي والساج والابنوس خلاف بين اصحابنا[٢] وكذلك المعمول من الخشب .

٨٠١٤ – وقال الشافعي يقطع في الجميع اذا بلغت قيمته نصابا .

٨٠١٥ – وقد روى عن ابي يوسف مثل ذلك .

فصـــــل

٨٠١٦ – ولا يقطع في ثمرة في الشجرة ولا يقطع في كثر وهو الجمار[٣] .

فصـــــل

٨٠١٧ – ومن ادخل يده الى بيت فاخذ مما فيه فلا قطع عليه لانه لم

سرق ردائه فشفع فيه : « هلا كان ذلك قبل ان تأتيني به ! » . اخرجه أحمد والاربعة وصححه ابن الجارود والحاكم (سبل السلام ٤/٢٦ رقم ١٢) .

(١) في مختصر الطحاوي (٢٢٧) لا قطع فيما يفسد ... وان غلت قيمته .

(٢) مختصر الطحاوي (ص٢٢٧) .

(٣) ايضا (ص٢٧٣) .

يهتك الحرز ، ولو سرق من كم رجل بان ادخل يده فيه فانه يقطع لان الكم حرز مثل ما فيه .

فصـــل

رمي المتاع إلى خارج

٨٠١٨ ـ ولو رمى المتاع الى خارج فاخذه احد بعدما رمى فانه لا قطع على واحد منهما لان الداخل لم يخرج المتاع والخارج لم يدخل[١] .

٨٠١٩ ـ وقال ابو يوسف يقطع بالجميع وهو قول الشافعي .

فصـــل

دخول الحرز جماعة

٨٠٢٠ ـ ولو دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم حمل المتاع والبعض قيام بالسلاح قطعوا جميعا لانه هكذا يسرق العدد الكثيرة والردء والمباشر سواء وكذلك قطاع الطريق .

٨٠٢١ ـ وقال الشافعي يجب القطع على المباشرة الاخذ دون الآخر ، لان الاخذ حصل بقوة الجميع فصار كأهل العشيمة .

فصـــل

٨٠٢٢ ـ ولا يقطع احد الزوجين بسرقة مال الآخر عند اصحابنا جميعا[٢] .

٨٠٢٣ ـ وقال الشافعي يقطع كل واحد بسرقة مال الآخر في احد

---

(١) ايضا (ص٢٢٧ ـ ٢٧٣) .

(٢) ايضاً (ص٢٧٠) .

اقواله ، وذكر اصحابه ان الحارث بن سريج[1] البقال روى عن الشافعي ان المرأة لا تقطع بسرقة مال زوجها والزوج يقطع بسرقة مال زوجته ، وله قول كقولنا .

لان بينهما سببا يوجب التوارث من غير حجب كالابوة ، وقياس الشافعي على البائع والمشتري والاجارة والاصل لا يوجب التوارث والنفقة وانبسط من احدهما على الآخر .

فصـــل

سرقة ذوي الأرحام

٨٠٢٤ ـ وذوو الارحام الذين تجب نفقة بعضهم على بعض مع الفقر اذا سرق بعضهم من بعض لا يقطع .

٨٠٢٥ ـ وقال الشافعي ما عدا الوالدين والمولودين يقطع في السرقة لأن بينهما قرابة توجب تحريم المناكحة كالام .

فصـــل

سرقة مال المستأمن

٨٠٢٦ ـ ولا يقطع المسلم ولا الذمي بسرقة مال المستأمن .

٨٠٢٧ ـ وقال الشافعي يجب القطع .

لان الاباحة قائمة فيه مؤجله وذلك يؤثر فيما يسقط بالشبهة كالقصاص وقاس هو على الضمان وذلك يوجد في مال الأبوين .

---

(١) كذا والظاهر ان الاسم مصحف وان المقصود به هو ابو العباس أحمد بن سريج المنسوب الى شيراز وقاضيها وهو احد المجتهدين على مذهب الامام الشافعي يقال له البازي الاشهب (آثار البلاد واخبار العباد للقزويني، ص٢١١) . بينه وبين محمد بن داود مناظرات بحضرة ابى الحسن علي بن عيسى ، له من الكتب كتاب الرد على محمد بن الحسن ، كتاب الرد على عيسى ابن أبان ، كتاب التقريب بين المزنى والشافعي ، كتاب جواب القاشاني ، كتاب مختصر في الفقه (فهرست ابن ا لنديم ، ص٢٩٩ ـ ٣٠٠) .

فصـــــل

المستأمن يسرق أو يزني

٨٠٢٨ ـ والمستأمن لا يقطع اذا سرق ولا اذا زنى يحد ولا [يحد] حد السكر عند اصحابنا خلاف ابن زياد فانه قال هو والمسلم سواء في الحدود.

٨٠٢٩ ـ وللشافعي قولان في وجوب القطع • واتفقوا على وجوب الحد عليه بالقذف • ووافق في الزنا انه لا حد •

فصـــــل

السرقة من الحمام

٨٠٣٠ ـ ومن سرق من الحمام فلا قطع عليه وقال الشافعي يقطع اذا كان له حافظ ، وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة ، لانه مأذون في الدخول فيه لكافة الناس فلا يقطع من تناوله الاذن في السرقة •

فصـــــل

٨٠٣١ ـ وان بط جيب رجل فوقع ما فيه فاخذه من الارض فلا قطع عليه •

٨٠٣٢ ـ وقال الشافعي يجب القطع •

٨٠٣٣ ـ لانه لم يخرج المسروق من حرز فلا يقطع •

ولا قطع على من حمل حملا من القطار عليه حمل وفيه نصاب ، وان زحلق الجوالق وسرق ما فيه قطع •

٨٠٣٤ ـ وقال الشافعي يقطع في الوجهين ، لانه سرق الحرز ولم يسرق ما فيه ، وسرقة الحرز لا توجب القطع كمن ادخل دار غيره في داره وخلطه ببنيانه وفيه نصيب من المال •

فصـــــل

رمي المتاع إلى الخارج

٨٠٣٥ ـ ولو دخل السارق الدار واخذ المتاع فرمى به الى الخارج ثم خرج واخذه قطع عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد وهو قول الشافعي وقال زفر لا يقطع •

٨٠٣٦ ـ واتفق اصحابنا على انه لو اخذه رجل من خارج ثم خرج انه لا يقطع لانه ما خرج بالسرقة من الحرز •

فصـــــل

ما لا قطع فيه

٨٠٣٧ ـ ومن سرق مصحفا عليه كواكب فضة فيها نصاب فلا قطع عليـه •

٨٠٣٨ ـ وقال ابو يوسف والشافعي يقطع ، لان ما في المصحف هو المتبوع وما عليه تبع وسرقة القرآن لا يقطع بها •

٨٠٣٩ ـ ومن سرق طنبورا أو نردا أو آلة من الملاهي فلا قطع عليه •

وقال في الجامع الصغير عليه قيمة ما يصلح لذلك غير معمول عند ابي حنيفة • وقال ابو يوسف ومحمد لاضمان عليه •

٨٠٤٠ ـ وقال الشافعي في سرقة الصليب وما ذكرنا اذا كانت قيمتـه غير معمول تبلغ نصابا قطع •

٨٠٤١ ـ لانها صنعه محرمة مأمور بكسرها فنهي عن استعمالها فهي كالخمر •

فصـــــل

٨٠٤٢ ـ ومن سرق خمرا في اناء يساوي نصابا فلا قطع عليه في الاناء •

٨٠٤٣ ـ وقال الشافعي يجب القطع في الاناء ، لانه تابع والمقصود الخمر فلا قطع أو يصير ذلك شبهة في الاناء ، ولان الاناء مختلف في جواز كسره واتلافه على مالكه اذا كان فيه خمر فلا يجب به القطع •

فصل

اختلاف الشاهدين في لون البقرة

٨٠٤٤ ـ واذا قامت البينة على السارق بانه سرق بقرة واختلفا في لونها فقال احدهما سوداء ، وقال الآخر بيضاء فالشهادة جائزة عند ابي حنيفة ، وفي قولهما لا تجوز ومن اصحابنا من قال في الغصب اتفاق انه لا يقبل ، وقال بعضهم بل هو على الخلاف •

فصل

النباش

٨٠٤٥ ـ وقال ابو حنيفة ومحمد النباش لا يقطع لانه سرق من غير حرز ولا حافظ له حرمه فلا يقطع ، وقال ابو يوسف والشافعي يقطع •

فصل

شق الثوب في الحرز

٨٠٤٦ ـ واذا شق الثوب في داخل الحرز ثم خرج به بعد ذلك وقيمته نصاب بعد الشق فعليه القطع عند ابى حنيفة ومحمد •

٨٠٤٧ ـ وقال ابو يوسف لا قطع عليه ، لانه خرج به وقد لزمه ضمانه في الحرز وقد روى هذا القول عن ابي حنيفة ايضا •

فصل

سرقة مملوك صغير

٨٠٤٨ ـ ومن سرق مملوكا صغيرا قطع عند ابي حنيفة ومحمد لانه

مال بلغ نصابا ، وقال ابو يوسف لا قطع عليه كالحر الصغير •

فصـــل

سرق وفلان

٨٠٤٩ ـ واذا شهد على السارق بانه سرق وفلان الغائب ، أو اقرانه سرق وفلان الغائب فلا قطع عليه في قول ابى حنيفة الاول ويقطع في قوله الثـاني •

٨٠٥٠ ـ وهو قول ابي يوسف ومحمد ، لأن الغريب يجوز ان ينكر أو يدعى السرقة لنفسه فلا يجب القطع •

فصـــل

صبغ الثوب المسروق

٨٠٥١ ـ واذا سرق ثوبا فصبغه احمر ثم قطعت يد السارق لم يرد الثوب عليه عند ابي حنيفة •

٨٠٥٢ ـ وقال محمد يرد على صاحبه ويغرم قيمة ما زاد الصبغ فيه[1] وقد روى عن ابي يوسف مثل ذلك •

فصـــل

٨٠٥٣ ـ واذا امر الامام بقطع يد السارق فقطع المأمور يدل يـده اليمنى يده اليسرى فلا شيء عليه عند ابي حنيفة استحسانا •

٨٠٥٤ ـ وقال ابو يوسف ومحمد يضمن دية اليد •

٨٠٥٥ ـ وروى ابن زياد عن ابي حنيفة انه قال ان قال له اقطع يده فقطع يساره فلا شيء عليه ، ولو ان السارق هو الذي اخرج يساره ،

(١) كسب دون سبب •

فقال هذه يميني فقطعه فلا شيء عليه اذا قطعه في قولهم جميعا ، ويضمن السارق قيمة السرقة .

فصـــل

تداخل السرقات

٨٠٥٦ ـ ومن سرق من عدة اناس فخاصمه واحد منهم فقطع فالقطع لجميع السرقات ، ويسقط عنه ضمان سائر ما سرقه لغير الذي خاصم[١] .

فصـــل

٨٠٥٧ ـ وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع المستأجر بسرقة مال المؤجر من الدار التي آجره ولا المؤجر بسرقة مال المستأجر .

فصـــل

٨٠٥٨ ـ وقال ابو حنيفة يقطع كل واحد بسرقة مال الآخر ، لانه لا شبهة بينهما .

فصـــل

٨٠٥٩ ـ واذا سرق من مال الغاصب قطع ، وللغاصب ان يخاصمه وكذلك المودع ، وان سرق من السارق لا يقطع .

٨٠٦٠ ـ ولاصحاب الشافعي في الجميع وجهان احدهما يقطع في الجميع والثاني لا يقطع ، وهو قول زفر لان الوكالة في الحدود لا تجوز .

---

(١) جاء في مختصر الطحاوي (ص٢٧٠) ان سقوط الضمان في هذه المسألة هو قول ابى حنيفة ومحمد وانه روى عن ابى يوسف (رض) انه قال : لا ضمان عليه فيما سرق للذي رفعه خاصة حتى قطع ، وعليه الضمان للآخرين ، وقد اخذ الطحاوي بما روى عن ابى يوسف في هذا الصدد ، والى هذا نذهب ايضا لان حرمة اموال الآخرين ثابتة فلا تسقط بقطع يد السارق حين يرفعه غيرهم .

باب حد قاطع الطريق[1]

ومن قطع الطريق واخاف السبيل وحارب المسلمين فله احكام مختلفة •

فصـــــل

إخافة السبيل فحسب

٨٠٦١ ــ منها ان يخيف السبيل فحسب ولا يأخذ مالا ولا يقتل احدا من الناس ثم يظفر الامام به قبل التوبة فانه يحبس عندنا وهو نفيه من الارض •

٨٠٦٢ ــ وقال الشافعي حده التعزير ولا يستحق الحبس بل النفي المذكور في الآية اذا ارتكبوا القتل واخذوا المال وطلبوا فهربوا ، فالهرب هو نفيهم من الارض •

والنفي عندنا انما هو قطعه ان يسعى فيها ، فالحبس اشبه من الطلب الذي قاله •

فصـــــل

أخذه مالاً

٨٠٦٣ ــ وان اخذ مع ذلك مالاً فكان ما اخذه عشرة دراهم فصاعدا فانه تقطع يده ورجله من خلاف وان قتل وقطع وأخذ المال فابو حنيفة يقول الامام بالخيار ، ان شاء قطع يده ورجله من خلاف وقتله وصلبه على الخشبة ، وان شاء لم يصلبه وقطع يده ورجله ، من خلاف ثم قتله ، وان شاء قتله بغير قطع ولا صلب •

٨٠٦٤ ــ وقال الشافعي لا يجوز الاخلال بالصلب ويجوز ا ن يخل بالقطع اذا وجب القتل •

٨٠٦٥ ــ وقال ابو يوسف ومحمد : اذا وجب القتل لم يقتل لان القتل

---

(١) دليل حد قاطع الطريق آية « انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله » الى آخر الآية •

يأتي على كل شيء ولكن المستحب ان يقتل على الخشبة ويصلب ثلاثة ايام ، وما بعدها مُثْلة .

فصـــل

إن جرح فقط

٨٠٦٦ ـ وا نجرح ولم يفعل غير ذلك فذلك الى ولي المجروح فان كان مما يقتص منه اقتص منه والا كان له الارش .

فصـــل

الردء والمباشر

٨٠٦٧ ـ والردء والمباشر في ذلك سواء .

٨٠٦٨ ـ وقال الشافعي : الحكم يتعلق بمن باشر دون الردء .

اذ بالردء جعل للفاعل ما فعل ، وسائر الآلات في المحاربة سواء ، وبهذا الحربي افترق امر القصاص والمحاربة ، على قول ابي حنيفة .

فصـــل

الخيار للإمام

٨٠٦٩ ـ وقد قال مالك : الخيار في الاحوال كلها الى الامام فله ان يقتله وان لم يقتل ولم يأخذ مالاً وله ان قتل ان لا يقتله وان يستودعه السجن .

٨٠٧٠ ـ وقد اتفق الجميع على ان من يسرق في المصر لم ينفك من القطع فاذا انضاف الى ذلك المحاربة والقتل لا يجوز ان يدرأ عنه .

٨٠٧١ ـ وقد قال بعض العلماء ان الآية نزلت في المشركين وحكمها اليوم زائل عن المسلمين وانها منسوخة وشرطها غير موجود وهو محاربة

الرسول عليه السلام ، وان خبر العرنيين[1] كان قبل تحريم المثلة ، كذا روى انس ابن مالك وغيره •

فصـــل

٨٠٧٢ – ولا يكون قاطع الطريق في المصر [و]لا قريبا منه عندنا ، وحكمه حكم الغاصب •

وقال الشافعي يحد حد قاطع الطريق •

فصـــل

قاطعة الطريق

٨٠٧٣ – والنساء لا يجرى عليهن حد قاطع الطريق •

٨٠٧٤ – وقال الشافعي حكمهن حكم الرجال اذا فعلن فعلهم[2] • لأن لفظ المذكر لا يدخل تحته لفظ المؤنث الا بعد ان يعلم انه مراد بالقصد وهذا لا يعلم •

فصـــل

من لا يجب عليه الحد من قطاع الطرق

٨٠٧٥ – ومتى كان في قطاع الطريق من لا يجوز عليه الحد كصبي

---

(١) المقصود بخبر العرنيين النفر الذين ارتدوا في زمان النبي (ص) واستاقوا الابل ، فأمر بهم رسول الله (ص) فقطعت ايديهم وارجلهم وسملت اعينهم (بداية المجتهد ٢/٣٧٧) وقد وردت قصتهم في سنن النســـائي (٧/٩٥ – ٩٨) ومنها : عن حُميد الطويل عن أنس بن مالك ان ناسا من عُرَينه قدموا على رسول الله (ص) فاجْتَوَوا المدينة فبعثهم النبي (ص) الى ذَوْد له فشربوا من البانها وابوالها ، فلما صَحّوا ارتدوا عن الاسلام ، وقتلوا راعي رسول الله (ص) مُؤْمنا واستاقوا الابل ، فبعث رسول الله (ص) في آثارهم ، فاخذوا فقطّع ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم وصلبهم » الخ ...

(١) قول الشافعي يصدق على من يقطع الطريق من نساء عصرنا •

أو ابن او اب أو احد من ذوي الارحام فلا حد على من بقى ويسقط عن الباقين •

وقال الشافعي يحد من بقى ، وهو كالقتل اذا اشترك فيه الاب والاجنبي قتل •

فصل

٨٠٧٦ – ومن وجب عليه حد قاطع الطريق وقد كان عليه قبل ذلك حدود من غير جنسه فانه يستوفي حد قاطع الطريق ولا يستوفى من ذلك ما مضى •

٨٠٧٧ – وقال الشافعي يستوفى جميع ذلك ثم حد قاطع الطريق •

فصل

٨٠٧٨ – ومن قذف وزنا وسرق فانه يبدأ بالقذف وهو بالخيار بين تقديم حد الزنا والسرقة ولاصحاب الشافعي وجهان في تقديم حد الخمر من الجميع أو تأخيره عن الجميع •

فصل

التوبة عن الزنا

٨٠٧٩ – والحد لا يسقط بالتوبة في الزنا ويجب به الحد •

وللشافعي قولان في ذلك ، وانما يسقط المأثم وعقوبة الآخرة ، كما لا يسقط الضمان المتعلق بذلك والقتل في حق الآدمي •

فصل

٨٠٨٠ – وفي قاطع الطريق احكام كثيرة وكذلك الحدود وفي ذلك مسائل لم استوفها لانها مما لم يقع في الشرع فيضيع الزمان بذكرها وان كان العلم بها حسنا •

واذا قد ذكرنا حكم هذه المعاصي والحدود وكان في ذلك شرب الخمر وانه كثير وله احكام تخصه في التحريم والاباحة وجب ذكر الاشربة •

كتاب الأشربة

وهذا كتاب الاشربة واحكامها وحد المسكر منها •

الآيات الواردة

٨٠٨١ ـ قال الله تعالى : (انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون)[١] •

٨٠٨٢ ـ فجمع بين هذه الاشياء واخبر انها من عمل الشيطان ثم امر المكلفين بالاجتناب ، وامر على الوجوب لانه لا ينهي الا عن قبيح ولا يأمر الا بحسن ثم بين مراد الشيطان فقال (انما يريد الشيطان ان يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل انتم منتهون)[٢] •

٨٠٨٣ ـ ولقد صدق الله فيما قال : واخبر اذ من المعلوم من الدين عند الكافة ان الخمر تحدث عند شربها ما ذكره الله تعالى •

فصـــل

تعريف الخمر

٨٠٨٤ ـ وقد اختلف العلماء في الخمر وصفتها وهل هي اسم لعين واحدة أو اسم يشمل اعيانا كثيرة وهل هي معللة بعلة لاجلها حرمت أو حرمت لغير علة ؟ واختلفوا في العلة وهل يجوز القياس عليها أو لا يجوز ؟ وهل كانت مباحة قبل التحريم أو غير مباحة ؟ وهل العقل يقتضي اباحتها أو تحريمها ؟ وهل يجوز ان تتخذ من سائر الاعيان أو تختص بنوع من الاعيان ؟ وهل يجوز التداوي (بها) او لا يجوز ؟ وهل يجوز شـربها

---

(١) المائدة (٥/٩٠) •

(٢) المائدة (٥/٩١) •

عند الضرورة ام لا ؟ وكما اختلفوا في ذلك اختلفوا في سائر المشروبات التي يسكر كثيرها وفي طريق تحريمها • وقد كنت عملت مسئلة في المشروبات ترجمتها بالمسئلة النظامية في الاشربة واحكامها باسم الصاحب الأجل نظام الملك قوام الدين العالم العادل ، مولى النعم ، اعز الله نصره كما الفت هذا الكتاب له ولاجله وقسمتها على خمسة عشر فصلا وحكيت فيها سائر اقوال الناس واقوى ما يعتمد عليه كل فريق وهي كافية في العلم بذلك غير ان هذا الموضع يمكن فيه جمل مقنعة في معرفة الحكم ان شاء الله •

فصـــل
المقصود بالخمر

٨٠٨٥ ـ اجمع العلماء على ان الخمر هي عصير العنب الذي اذا غلى بنفسه اشتد وقذف بالزبد ، وان ما هذا صفته فهو الخمرة التي حرمها الله تعالى في كتابه وبينها رسوله صلى الله عليه وسلم وانعقد الاجماع على تحريمها وان قليلها وكثيرها في التحريم سواء انه يفسق شاربها ويكفر مستحلها ولا يقر المسلم على تمولها •

وهي التي لعن الرسول صلى الله عليه وسلم بائعها ومشتريها وحاملها والمحمولة اليه •

فصـــل

٨٠٨٦ ـ وكلما انخرم من الاوصاف التي ذكرناها وصف دخل الخلاف في الجملة •

٨٠٨٧ ـ قال ابو حنيفة اذا لم يقذف بالزبد فليست بخمر •

٨٠٨٨ ـ وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي هو خمر وان لم يقذف بالزبد •

فصـــل

٨٠٨٩ ـ والاصل في هذا الباب ان الاسماء لا يجوز ان تثبت الا توقيفاً مصطلحا عليه ، وهذا المعنى يوجد فيما قال ابو حنيفة ، ولو كانت خمرا لما وقع الخلاف في ذلك .

فصـــل

٨٠٩٠ ـ وقال اصحابنا : واذا طبخت بعد الغليان والشدة فانها حرام ولا يحل شربها ، ولا نعلم في ذلك خلافا بين العلماء ، كما ان طبخ لحم الخنزير لا يحله .

فصـــل

٨٠٩١ ـ والعصير اذا طبخ فليس بخمر وان حدثت فيه الشدة ، وان قال اصحابنا انه ما لم يذهب ثلثاه ويبقى الثلث فهو حرام[1] .

٨٠٩٢ ـ وقال جعفر بن مبشر[2] انها خمر وان ذهب ذلك القدر ،

---

(١) وهذا القول مرده سنة عمر بن الخطاب على ما ورد في الموطأ (ص٥٢٨ ، ط : كتاب الشعب) فقد جاء فيه ان عمر بن الخطاب حين قدم الشام شكا اليه اهل الشام وباء الأرض وثقلها ، وقالوا : لا يصلحنا الا هذا الشراب . فقال عمر : اشربوا هذا العسل . قالوا : لا يصلحنا العسل . فقال رجل من اهل الارض : هل لك ان نجعل لك من هذا الشراب شيئاً لا يسكر ؟ قال : نعم . فطبخوه حتى ذهب منه الثلثان وبقي الثلث فاتوا به عمر ، فادخل فيه عمر اصبعه ، ثم رفع يده فتبعها يتمطط ، فقال : هذا الطلاء ، هذا مثل طلاء الابل . فامرهم عمر ان يشربوه . فقال له عبادة ابن الصامت : احللتها والله . فقال عمر : كلا والله ، اللهم اني لا احل لهم شيئاً حرمته عليهم ، ولا احرم عليهم شيئاً احللته لهم . اهـ .

(٢) هكذا ورد هذا الاسم في نسخة تونس ايضاً ولم يرد في الفوائد البهية ذكر لفقيه حنفي بهذا الاسم . بل ورد جعفر بن المعتز بن محمد المستغفري النسفي كان فقيها فاضلا محدثا صدوقا جمع الجموع وصنف التصانيف ولم يكن بما وراء النهر من يجري مجراه الخ فلعله هو المقصود . ومع ذلك فالظاهر ان المقصود به جعفر بن مبشر الثقفي ، وهو ـ على ما جاء في ميزان الاعتدال (١/٤١٤) ـ من رؤس المعتزلة وله تصانيف في الكلام ، وهو اخو الفقيه حبيش بن مبشر .

ولو كانت خمرا لما وقع فيها الخلاف ولكفر مستحل ذلك ، والاجماع من العلماء بخلافه •

٨٠٩٣ ـ وقد قال ان سائر المشروبات حلال مع ما ورد فيها من التحريم في كتابه في الاشربة •

فصـــل

٨٠٩٤ ـ واذا اشيب العصير بالماء ثم حدثت الشدة فهو خمر عندنا وعند اهل الحجاز •

فصـــل

٨٠٩٥ ـ وحكى المصنفون في الاشربة كأبي الحسن الكرخي[١] وابي عبدالله البصري[٢] وابن مبشر ان في الناس من يقول ليست بخمر ، وقالوا ان هذا قول شاذ مطرح •

فصـــل

٨٠٩٦ ـ واذا ذهب اقل من الثلثين ثم يحل الشرب •

وروى عن ابي يوسف انه كان يقول بالنصف يحل ثم رجع الى قول الجماعة فاعتبر ان يبقى الثلث •

٨٠٩٧ ـ وقال الشافعي كلما يسكر فهو خمر ويقع عليه اسم الخمر حققه عند اصحابه الجل ، ولو كان كل ما يسكر خمرا لكفر المستحل وفسق الشارب وردت شهادته ولم يقع بين الامة في ذلك اختلاف وفي وقوع

---

(١) هو عبيد الله بن الحسين أو الحسن الكرخي • من المجتهدين في المسائل وصاحب المختصر الشهير (الفوائد البهية ص١٠٨ ، والفهرست ص٢٩٣) •

(٢) الظاهر انه الحسين بن علي بن جعفر ابو عبدالله القاضي الصيمري ولي قضاء المدائن ، وله كتاب ضخم في اخبار ابى حنيفة ، مات سنة ٤٣٦هـ ، (ترجمته في الفوائد البهية ، ص٦٧) •

الخلاف دليل على ان ذلك ليس بخمر .

٨٠٩٨ - وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها[1] ، والسكر من كل شراب فجعل السكر من سائر المشروبات كالخمر ولو تناول الاسم سائر المشروبات لم يختلف الاسم في ذلك .

فصل
علة تحريم الخمر

٨٠٩٩ - واجمع اصحابنا ان الخمر غير معللة بعلة .

وقال الشافعي هي معللة ، واختلف اصحابه في العلة فمنهم من قال الشدة المطربة ، ومنهم من قال لأنها تصد عن ذكر الله .

قالوا : واذا وجدت الشدة من غيرها وجب ان يحرم قياسا على الخمر . ولو كان كل ما فيه شدة خمرا لكان كل ما فيه حموضة خلا ، وكل ما فيه حلاوة عسلا وسكرا وكل جسم فيه صفرة ينطبع ذهبا وكل ما فيه شفاف زجاجا والامر بخلاف ذلك .

فصل

٨١٠٠ - وقال اصحابنا : قد كانت مباحة في صدر الاسلام وجميع الاديان وان العقل لا يقتضي تحريمها ، وقد قال غيرهم العقل يقتضي تحريم جميع الاشياء الا ما ورد فيه اذن الشرع ، وقال بعضهم بالوقف في ذلك .

---

(١) في سبل السلام (٣/٣٥) عن جابر (رض) ان رسول الله (ص) قال : ما اسكر كثيره فقليله حرام ، اخرجه أحمد والاربعة وصححه ابن حبان واخرجه الترمذي وحسنه ، ورجاله ثقات . واخرج النسائي والدارقطني وابن حبان من طريق عامر بن سعد بن ابي وقاص عن ابيه بلفظ « نهى رسول الله (ص) عن قليل ما اسكر كثيره .

فصـــــل

التداوي بالخمر

٨١٠١ ـ وقال ابو حنيفة لا يجوز التداوي بها ، وانها اذا طرحت في شراب أو طعام وظهر طعمها أو ريحها أو لونها انه يحرم ويحد المستعمل لذلك •

وقال بعض اصحاب الشافعي يجوز التداوي وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى لم يجعل شفاء امتي فيما حرم عليهم[1] •

فصـــــل

الشرب عند الضرورة

٨١٠٢ ـ وقال اصحابنا جميعا يجوز شربها عند الضـرورة وليس حالها اكثر من لحم الخنزير والميتة •

٨١٠٣ ـ واختلف اصحاب الشافعي على ثلاث طرق : فمنهم من قال لا تحل بحال • ومنهم من قال بقولنا • ومنهم من قال تجوز للتداوي ولا تجوز الشرب •

فصـــــل

الإكراه على شرب الخمر

٨١٠٤ ـ واجمع الجميع على انه اذا اكره على شربها انه يشـربها ولا اثم عليه •

---

(١) بلوغ المرام ، ص٢٣٢ رقم ١٠٧٠ ، وفي جامع مسانيد الامام (٢/٣٢١) أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عبدالله بن مسعود (رض) انه قال : ان اولادكم ولدوا على الفطرة فلا تداووهم بالخمر ولا تغذوهم بها ، فان الله لم يجعل في رجس شفاء ، وانما اثمهم على من سقاهم • واخرجه الامام محمد بن الحسن في الآثار فرواه عن الامام ابى حنيفة ثم قال محمد وبه نأخذ ، وهو قول ابى يوسف وابى حنيفة (رض) •

فصـــــل

وجوب حد الخمر

٨١٠٥ – واجمع العلماء على انه يجب على شاربها الحد ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : (من شرب الخمر فاجلدوه ، فان عاد فاجلدوه ، فان عاد الرابعـة فاقتلوه) ثم اتى بمن شـــرب اربع مرات فجلده ولم يقتله[١] .

فصـــــل

ثمانون جلدة

٨١٠٦ – وحد الخمر عندنا وحد السكر من النبيذ سواء وهو ثمانون جلدة[٢] .

٨١٠٧ – وقال الشافعي اربعون وتجوز الزيادة الى ثمانين على سبيل التعزير[٣] . لان عمر بن الخطاب رضي الله عنه جلد ثمانين بحضـرة الصحابة واخذ رأيهم في ذلك فهو اجماع .

---

(١) في بلوغ المرام ، ص٢٣١ رقم ١٠٦٢ : عن معاوية (رض) عن النبي (ص) انه قال في شارب الخمر « اذا شرب فاجلدوه ، ثم اذا شـرب الثانية فاجلدوه ، ثم اذا شرب الثالثة فاجلدوه ، ثم اذا شرب الرابعة فاضربوا عنقه . اخرجه أحمد وهذا لفظه ، والاربعة ، وذكر الترمذي ما يدل على انه منسوخ ، واخرج ذلك ابو داود صريحا عن الزهري .

(٢) جاء في كتاب الاشربة من الموطأ (ص٢٦٥ ، ط. الشعب) حدثني عن مالك عن ثور بن زيد الدّيلي ان عمر بن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل ؟ فقال له علي بن ابي طالب : نرى ان تجلده ثمانين، فانه اذا شرب سكر ، واذا سكر هذى ، واذا هذى افترى ، أو كما قال : فجلد عمر في الخمر ثمانين .

(٣) في بداية المجتهد (ج٢ ص٣٦٨) ان حد الخمر عند الشافعي ←

فصـــــل

بقاء ريحها

٨١٠٨ ـ ولا يقام حد الخمر الا ما دام ريحها يوجد من الشارب في الشهادة والاقرار •

٨١٠٩ ـ وقال الشافعي وان لم يوجد اذا اقر بذلك أو قامت بينة •

٨١١٠ ـ وفرق محمد بن الحسن بين الاقرار والشهادة •

وقال يحد اذا اقر ولا يقبل في الشهادة اذا تقادم ، وسوى الشافعي بين الجميع ، وقد مضت في كتاب الحدود •

فصـــــل

صيرورة الخمر خلاً

٨١١١ ـ واذا صارت الخمر خلا فقد طهرت وحلت ولا فرق بين ان يخللها أو تصير خلا بغير فعل احد •

٨١١٢ ـ وقال الشافعي ان افسدها الناس لم تحل وان فسدت بنفسها حلت • ولو نقلها من الشمس الى الظل ففيه وجهان •

٨١١٣ ـ وقد قال بعض الفقهاء : لا تحل ما لم ينقلب العصير خلا ، ولو كان ما قالوا صحيحا لكان خل العصير وخل العنب لا خل الخمر •

→

وابى ثور وداود اربعون وان عمده هؤلاء ان النبي (ص) لم يحد في ذلك حداً ، وانما كان يضرب فيها بين يديه ضربا غير محدود ، وان ابا بكر (ص) شـــاور اصحاب رســـول الله (ص) كم بلغ ضـــرب رسول الله (ص) لشرب الخمر ؟ فقدروه باربعين ، وروى عن ابى سعيد الخدري ان رسول الله (ص) ضرب في الخمر بنعلين اربعين فجعل عمر مكان كل نعل سوطا ، وروى من طريق آخر عن ابى سعيد الخدري ما هو اثبت من هذا ، وهو ان رسول الله (ص) ضرب في الخمر اربعين ، وروى هذا عن النبي (ص) من طريق اثبت ، وبه قال الشافعي •

فصـــــل

لا حد إلا بشرب الخمر

٨١١٤ ـ ولا يجب الحد عند اصحابنا بشيء من المشروبات سوى الخمر ، ولا يوجبون الحد في شرب ما طبخ ولم يذهب الثلث منه ، واقل من ذلك وان كان محرما عندهم •

٨١١٥ ـ وقال الشافعي يحد ، وكذلك عندنا نقيع الزبيب ونبيذ العسل والدبس ونقيع التمر وان اشتد وغلا •

٨١١٦ ـ وكان ابو حنيفة لا يحرمه ، وكان ابو يوسف مرة يحرم كل ما لم يفسد في عشرة ايام ثم رجع وقال لا يحرم •

٨١١٧ ـ وكان محمد بن الحسن يكثر شربه ويقول ان شربه وتركه افضل من شربه وان لم يقل انه حرام ، ولا يحد بشرب شيء من ذلك حتى يسكر •

٨١١٨ ـ وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وهو قول حماد انه لا يجب الحد بشرب ما أبيح شربه قبل السكر •

فصـــــل

الشربة المحرِّمة

٨١١٩ ـ وقال ابو حنيفة اذا سكر فكل شيء شرب قبل ذلك فهو حلال ولا يحرم غير الشربة التي كان عندها السكر •

٨١٢٠ ـ وقال ابو يوسف يصير جميع ما شرب حراما ، وصار جلوسه للشرب حراما والمشي اليه حراما •

فصـــــل

القعود للشرب

٨١٢١ ـ واجمعوا ان القعود للشرب وادارة الكأس فسق تزول به العدالة لانه فعل السفهاء •

فصـــــل

حد السكر

٨١٢٢ ـ وحد السكر الذي يوجب الحد ان لا يعرف الرجل من المرأة ولا الارض من السماء • وقال أبو يوسف ان يكون اكثر كلام صاحبه التخليط • وقال بعضهم لا يقرأ السورة على الولا (كذا) وفيه خلاف كثير •

فصـــــل

بيع الخمرة وشراؤها

٨١٢٣ ـ وقد اختلف في بيعه وشرائه وطلاقه وقذفه وهبة ماله وسائر عقوده وافعاله ، فمنهم من اجاز الجميع ومنهم من قال لا يجوز الجميع ومنهم من قال كل ما لا يعتبر فيه القصد والنية يجوز منه ويلزمه حكمه وما يعتبر فيه ذلك لا يجوز •

٨١٢٤ ـ وفي الاشربة كتب منفردة وفيها مجلدات في الكثرة وفيما روى في الاباحة والخطر وفي الذي ذكرت معرفة البعض الواقع •

واذا قد ذكرنا حكم المشروبات وقلنا ان في بعضها يجب الحد وفي البعض لا يجب وجب ان نذكر المأكولات ، وهل لها هذا الحكم ام لا •

كتاب الأطعمة

وهذا كتاب الأطعمة

٨١٢٥ ـ اعلم ان الكلام في المأكولات يحتاج اليه الحاكم ليعلم ما يجوز اكله ويصح بيعه ، ومنها ما يصح بيعه ولا يجوز اكله ، ومنها ما لا يجوز فيه الاكل ولا البيع .

فصل

٨١٢٦ ـ وجملة القول ان ليس من المأكولات ما يجب بأكله الحد ولا شرع فيه وان كان الشرع قد نهى عن أكله وغلظ التحريم فيه ، وانها بخلاف المشروبات في ذلك ، فان أمرها ينقسم على قسمين .

فمنها ما يجب به الحد على شاربه سواء كان في ملكه أو ملك غيره ، وهذا كالخمر . وهذا قول جميع العلماء اذا كان الشارب لذلك مسلما مكلفا ، ولا يجب الحد على ذمي ولا صبي ولا مجنون ولا على مكره ولا مكره ولا آمر بذلك ، أو مشير به ونديم وحامل ولا بائع ولا مشتر وان اثموا بذلك ، وقد تقدم بيان حد الحر والعبد وانه على النصف فيما يتبعض من الحدود .

فصل
حد المأكول

١٨٢٧ ـ فاما المأكول فليس فيه حد الا حد السرقة على قول من يرى ان المأكول يجب بسرقته الحد وهو القطع ، وقد تقدم ذلك .

فصل

٨١٢٨ ـ وقد يستوى المأكول والمشروب في الفسق لمن فعل ذلك كمن أكل لحم الخنزير والميتة في غير حاله الضرورة . ويكفر المستحل

لذلك كما يكفر مستحل الخمر •

فصـــل
ضمان إتلاف المأكول

٨١٢٩ ـ وكل مأكول يجب باتلافه الضمان ولا فرق بين ان يكون الملك فيه لمسلم أو ذمي ، وفي المشروب ما لا يجب بشربه الضمان وهو الخمر اذا كانت لمسلم ، وان كانت لذمي فاصحابنا قالوا يجب باتلافها الضمان على المسلم والذمي والصغير والكبير ، وقال الشافعي لا يجب الضمان على متلف خمر لذمي كانت أو لمسلم ، واختلف اصحابنا فيمن كسر على مسلم جرة فيها خمر أو شق عليه زقا ، فقال ابو يوسف لا يضمن الزق ولا الخمر •

وقال محمد يضمن الزق ولا يضمن الخمر ، وفرق اصحابنا بين المسلم والذمي ، فقالوا : الذمي اقر على تملكها فهي مال له والمسلم لم يقر على ذلك والضمان يتبع الاقرار على المال •

فصـــل
إتلاف خنزير الذمي

٨١٣٠ ـ واختلفوا في الخنزير اذا اتلف على الذمي فمنهم من اوجب قيمته ومنهم من نفاه ، واتفقوا انه لا يضمن في حق المسلم بحال •

فصـــل

٨١٣١ ـ ونحن نفصل مسائل المأكول ليعلم ذلك من الحيوان وغيره ، اتفق العلماء على تحريم الميتة اذا كان لها دم مسفوح الا عند الضرورة ، وكل الحيوان في ذلك سواء الا السمك والجراد فانهم اباحوا ذلك في حالة الاختيار •

فصـــــل

السمك الطافي

٨١٣٢ ـ وقال اصحابنا لا يحل مامات حتف انفه من السمك وهو الطافي .

٨١٣٣ ـ وقال الشافعي يحل ذلك وهو والمصطاد سواء في الاباحـة واذا لم يحل اكله عندنا لم يجز بيعه ، فاذا اختصم في الثمن الى الحاكم لم يقض به ، ولا يوجب على الآكل قيمة له ، وعنده يجب الثمن والقيمة عند التلف .

فصـــــل

ما له ناب أو مخلب

٨١٣٤ ـ وعندنا يحرم من الحيوان كل ماله ناب أو مخلب ولا يحل اكله . وقال مالك لا يحرم من الحيوان الا الميتة والدم ولحم الخنزير ، وما سوى ذلك فحلال .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن اكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير[1] .

---

(١) جاء في جامع مسانيد الامام (٢/٢٣٢) ابو حنيفة عن قتادة عن ابي قلابة عن ابن ثعلبة الخشني عن النبي (ص) انه نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع أو مخلب من الطير . وروى ابو حنيفة هذا الحد ايضا عن مكحول الشامي عن ابى ثعلبة عن النبي (ص) (٢/٢٣٣ و ٢٣٤ من جامع مسانيد الامام) كما رواه من طرق اخرى . (ايضا) .

وفي بلوغ المـرام (ص٢٤٥ رقم ١١٣٤) عن ابى هريـرة (رض) عن النبي (ص) قال : كل ذي ناب من السباع فاكله حرام ، رواه مسلم واخرجه من حديث ابن عباس بلفظ نهى ، وزاد وكل ذي مخلب من الطير.

فصـــــل

لحم الخيل

٨١٣٥ ـ وكره ابو حنيفة أكل لحم الخيل ، واجاز بيعهـا ، وقال ابو يوسف ومحمد لا يكره ذلك[1] ، واختلفوا عن ابي حنيفة في الكراهة فمنهم من قال كراهة تحريم ويأثم بالاكل ، ومنهم من قال فيه كراهـة تنزيه • وقال به الشافعي ، لانه ذو حافر اهلي فهو كالبغل والحمار •

فصـــــل

البغل والحمار الأهلي

٨١٣٦ ـ وقال اصحابنا والشافعي البغل والحمار الاهلي حرام خلاف مالك ، واتفقوا على اباحة حمار الوحش فاجاز جماعة ذلك ، وقال بشر بن غياث هو حرام كالاهلي • واتفق الجميع على جواز بيع الجميع من اباحه ومن حرمه •

فصـــــل

لحم الفيل والقرد

٨١٣٧ ـ وقال اصحابنا اكل لحم الفيل حرام لانه ذو ناب وبيعه حلال وقالوا بيع القرد حرام واكل لحمه حرام •

فصـــــل

الاضطرار إلى أكل الميتة

٨١٣٨ ـ ومن اضطر الى ميتة فانه يأكل ما يسد الرمق ولا يشبع ، وقال الشافعي يشبع في احد قوليه ، وان وجد طعام الغير وميتة اكل الميتة ،

---

(١) في بلوغ المرام (ص٢٤٥ رقم ١١٣٥) عن جابر (رض) قال : نهى رسول الله (ص) يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية واذن في لحوم الخيل • متفق عليه ، وفي لفظ للبخاري : ورخص •

وقال الشافعي يأكل الميتة ولا يأكل الصيد[1] • وقال زفر يأكل الصيد ، وهو احد قولي الشافعي •

فصـــل

بيع الفهد والسبع

٨١٣٩ ـ وقال اصحابنا بيع الفهد والسبع حلال واكلـه حرام ، والكلب مثل ذلك ، وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب ولا أكله ولـه في الاجارة وجهان •

فصـــل

الضبع والضب وابن آوى

٨١٤٠ ـ واجاز الشافعي بيع الضبع والضب وابن آوى واجاز كل ذلك ، ومن اصحابه من قال في ابن آوى وجهان •

فصـــل

حشرات الأرض

٨١٤١ ـ وسائر حشرات الارض لا يجوز اكلها عندنا ولا يجوز بيعها[2] كالحية والعقرب والدود والخنافس والعظاية[3] والسام أبرص

---

(١) وازن الفقهاء في هذه المسألة بين حق الغير وبين اضطرار المضطر الى حفظ نفسه وفاتهم ان ينظروا الى عامل آخر في الموضوع هو ان لحم الميتة مضر بالصحة وقد يصاب آكله بامراض أو تسمم ، وان له بالتالي عند الاضطرار ان يأكل مال الغير بقدر ما يسد الرمق على ان يدفع لصاحب المأكول قيمة ما أكل من ماله •

(٢) في عصرنا هذا ينبغي القول بجواز بيع الحشرات اذا تحقق بذلك غرض مشروع •

(٣) العظاءة والعظاية (بالفتح والكسر) دويبة ملساء اصغر من الجزدون تمشي مشيا سريعا ثم تقف • وهي انواع كثيرة جمعها عظـاء (بالكسر والفتح) وعظايا وعظايات (المنجد) •

والذباب والزنابير كلها • واجاز الشافعي بيع النحل منفردا عن الكورات وبيع دودة القز • وعندنا لا يجوز ذلك كما لا يجوز اكله •

فصـــــل

الأنعام

٨١٤٢ ـ وكل ما وقع عليه اسم الانعام فهو حلال وبيعه جائز صغيرا كان أو كبيرا ، وهذا كالبقر والغنم والابل ولا نعلم خلافا في ذلك •

فصـــــل

الصيد

٨١٤٣ ـ وكل ما وقع عليه اسم الصيد فمنقسم ، منه ما يجوز اكله ، وهو بقر الوحش والظباء والابل وكبش الجبل واليحمور[١] وما يتولد من ذلك •

فصـــــل

الصيد الحرام

٨١٤٤ ـ ومنه ما هو حرام وهو الذئب والثعلب والسبع والنمر والفهد والببر[٢] والسنور الاهلي والوحشي سواء في ذلك والدب واليربوع وابن عرس والضب من الحرام • ومالك المخالف في ذلك كله والشافعي في البعض •

فصـــــل

الأرنب

٨١٤٥ ـ واجازوا اكل الارنب وبيعها •

---

(١) اليحمور الاحمر نوع من الايائل قصير الذنب لكل من قرنيه ثلاث شعب •

(٢) البَبْر والبَبِر • ج : ببور • نوع من السباع الهندية ، وهو ابيض البطن والجانبين ومخطط بخطوط سود (المنجد) •

فصـــــل
النسر والصقر إلخ

٨١٤٦ - وقالوا لا يؤكل النسر ولا الصقر ولا الباز ولا الباشق ولا الحداء ولا الشاهين ولا كل جارح يصيد وكرهوا أكل الرخم والحبارى والبوم و ...[1] والعقاب . ورخص أبو حنيفة في العقعق وغراب الزرع، وكره أكل الابقع وتفصيل ذلك كثير .

فصـــــل
بيع حيوان البحر

٨١٤٧ - وقال اصحابنا جميع حيوان البحر وحيوان الماء يكره الا السمك فانه يؤكل الا الطافي وسائر انواع السمك والحبرى والمار ما هي وسائر انواعه[2] ولا يؤكل من حيوان البحر غير ذلك كالسرطان والضفدع والرق والسلاحف .

وقال الشافعي : كل حيوان يؤكل مثله في البري يؤكل مثله في حيوان البحر وحيوان الماء ما كان مولده ومنشأه في البحر . فاما ما يعيش في الماء ويشب في البحر كالبط والكراكي والارز فليس من حيوان البحر .

فصـــــل
جنين البقرة الميت

٨١٤٨ - ومن ذبح بقرة أو شاة أو نحر ناقة فخرج منها جنين ميتا فانه لا يؤكل عند ابى حنيفة وزفر والحسن بن زياد . وقال ابو يوسف ومحمد لا بأس بأكله . وقال محمد اذا اشعر[3] ، فان لم يكن اشعر فانه

---

(١) كلمة مبهمة في نسختي (ق) والمعهد .

(٢) كذا في نسخة (ق) ونسخة المعهد اشد ابهاما .

(٣) في بلوغ المرام (ص٢٤٩ رقم ١١٥٧) عن ابى سعيد الخدْري (رض) قال : قال رسول الله (ص) ذكاه الجنين ذكاه امه . رواه احمد وصححه ابن حبّان .

لا يؤكل • وقال الشافعي يؤكل •

٨١٤٩ ـ واتفق الجميع على انه اذا خرج حيا انـه لا يؤكل حتى يذكى لأن الذبح لم يحصل في الجنين وانما مات بسبب موت الام ، ولا يعلم فيه ايضا حياة سابقة ، والخبر[1] قال أبو حنيفة انما هو تعليم لنا كيف يذبح الجنين ويذكى • واذا لم يؤكل لم يجز بيعه كالميتة •

واذا قد ذكرنا ما يجوز ان يؤكل ويباع ولا يؤكل وما لا يباع ولا يؤكل بقى ان نذكر ما يجوز ان يؤكل ولا يباع ، وهذا يكون في الهدايا والضحايا ودم الاحرام •

---

(١) الظاهر ان يقصد بذلك ما ذكره (جامع مسانيد الامام ٢/٢٢٥) من ان الجنين الذي تذبح امه وهو في بطنها لا تكون ذكاته ذكاة امه ، وقد روى هذا الخبر ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم ، واخرجه الامام محمد بن الحسن في الآثار ، فرواه عن الامام ابى حنيفة ، ثم قال محمد ولسنا نأخذ بهذا ، ويصير الجنين مذكى بذكاة امه ، واخذ ابو حنيفة بقول ابراهيم •

كتاب الضحايا
وهذا كتاب الضحايا[1]

٨١٥٠ ـ اعلم ان الكلام يقع في الاضحية في مواضع منها الوجوب ومنها على من تجب ومنها في اي مكان تجب ومنها في اي حيوان تجب ، ومنها هل تجب بالشرع ام بالنذر ومنها زمان فعلها ، ومنها جواز الانتفاع بها ، ومنها هل يجوز ان يأكل منها ، ولها شعب وسائل .

فصـــل
وجوبها بالشرع

٨١٥١ ـ فاما وجوبها بالشرع فقال أبو حنيفة وزفر والحسن بن زياد ومحمد بن الحسن انها واجبة ، وروى ذلك ايضا عن ابي يوسف .

٨١٥٢ ـ وقال ابو يوسف في الجوامع انها سنة مؤكدة ، وهو قول الشافعي وقد قال النبي عليه الصلاة والسلام لابي بردة بن نيار[2] ، يجزيك ولا يجزى احدا بعدك ، وهذا لا يقال (الا) فيما لم يجب .

فصـــل
على أهل اليسار

٨١٥٣ ـ وتجب على اهل اليسار فمن يملك مائتي درهم أو نصابا

---

(١) الأضحاه . ج : أضحى والأضحية والاضحية . ج : اضاحي : الضحية . يوم الاضحى هو يوم النحر (المنجد) .

(٢) ابو بردة بن نيار واسم ابى بردة هانيء من قضاعة وهو خال البراء بن عازب الانصاري (المعارف لابى قتيبة ، ص٣٢٦) ، وقد جاء في بداية المجتهد ١/٣٤٣ في كتاب الضحايا « قال ابو حنيفة الضحية واجبة على المقيمين في الامصار الموسرين ولا تجب على المسافرين وخالفه صاحباه ابو يوسف ومحمد فقالا انها ليست بواجبة ، وروى عن مالك مثل قول ابى حنيفة . ولما أمر (ع) لابى بردة باعادة اضحيته اذ ذبح قبل الصلاة فهم قوم من ذلك الوجوب . ومذهب ابن عباس ان لا وجوب » (وانظر حديث ابن بردة في كتاب الضحايا من الموطأ ص٢٨٨، ط كتاب الشعب) .

يجب فيه الزكاة بعد منزله وخادمه وكسوته وثياب بدنه وما يتأثث به في منزلـه • لان من اوجبها يقول هذا شرط الوجوب ومن لم يوجبهـا لم يعتبر ذلك •

فصـــــل
على المقيمين

٨١٥٤ ـ ولا تجب الا على اهل الامصار والقرى والبوادي المقيمين دون المسافرين والحجاج ، وهكذا قال من اوجبها انها تجب ، وليس هذا شأن صلاة العيد عند من اوجبها •

فصـــــل
الذبح بعد الصلاة

٨١٥٥ ـ ويذبح في المصـر بعد الصـــلاة ولا يجزى من ذبح قبل الصلاة ، وفي السواد اذا اطلع الفجر • وقال الشافعي اذا مضى قدر صلاة النبي صلى الله عليه وسـلم فهو وقت الذبح • وقال مالك في الجميع بعد الفجـر •

فصـــــل
زمان الذبح

٨١٥٦ ـ وزمان فعلهـا فهو آخر يـوم النحر ويومان بعده عندنا ، والليل والنهار في ذلك سواء الى آخر يوم الثاني عشر ، واولها افضلها • وقال الشافعي يوم النحر وثلاثة ايام بعده ، وقولنا فروى عن ابن عباس وابن عمر وانس بن مالك وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير والحسـن وابراهيم ، والقياس لا يوجبه فيجب ان يكون مقبولاً من طريق التوقيف •

فصـــــل
التصدق بها بعد مضي الأيام

٨١٥٧ ـ وان اوجب شاة بعينها أو اشتراها ليضحي بها فمضت الايام

قبل ذبحها فانه يتصدق بها حية ولا يحبس منها شيئاً لانها لم تذبح فبلغ محلهـا • وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد •

٨١٥٨ – وقال الشافعي يذبحها • وقال الكرخي يجوز له ان يتصدق بقيمتها كما يتصدق بالقيمة فيما قلناه في الكفارة لانه انفع للفقراء •

صدق الفطر

فصـــل

التصدق بخبز بر

٨١٥٩ – وقد اوجب اصحابنا اربعة ارطال خبز بر في صدقة الفطر لانه انفع للمساكين •

فصـــل

التصدق باللحم

٨١٦٠ – ويجوز ان يتصدق باللحم لانه مقصود الايجاب ولا يجب ذلك عندنا ولا يتعين • وقال الشافعي يجب •

فصـــل

عمن تجب صدقة الفطر

٨١٦١ – وتجب عن نفس الانسان وعن اولاده الصغار فحسب ولا تجب عن عبد ولا احد من عياله ولا ولده الكبير ، لانها تجب لأجل المال عن الاشخاص فهي كصدقة الفطر ، ولولا الاجماع لا وجبنا عن العبيد ايضا •

فصـــل

عن ابن ابنه

٨١٦٢ – وقد روى الحسن بن زياد انه يضحي عن ابن ابنه اذا كان ابوه ميتا •

فصـــــل

هل يضحى من مال الصغير؟

٨١٦٣ ـ وان كان للصغير مال ضحى منه الاب والوصي عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٨١٦٤ ـ وقال زفر : لا يضحي من مال الصبي فان فعل فهو ضامن ، وكذا روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وزفر ، ومن ولد في ايام الاضحى ضحى عنه ، ومن مات فيها سقط عنه الاضحية عنه •

فصـــــل

مضى أيام الذبح

٨١٦٥ ـ وان مضت ايام الذبح سقطت الاضحية عنه ولا تسقط صدقة الفطر بمضي يوم الفطر ، وقال الحسن بن زياد يسقط الجميع •

فصـــــل

مراعاة موضع الذبح

٨١٦٦ ـ ويراعي في الاضحية موضع الذبح لا موضع المذبوح عنه ، وفي المال يراعى موضع المال في الزكاة •

فصـــــل

الذبح في المصر

٨١٦٧ ـ ولا يذبح في المصر اذا لم يصلّ الامام حتى منتصف النهار ، فاذا انتصف جاز له الذبح وان لم يصل الامام •

فصـــــل

ما يجوز من الأضاحي

٨١٦٨ ـ ولا يجوز في الاضاحي الا الابل والبقر والغنم ولا يجوز

ان يضحي بشيء من الحيوان سوى ما ذكرناه لان المرجع في ذلك الى الشرع وما فعل النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك .

فصل

سن الأضحية

٨١٦٩ – ولا يجوز الا بسن مخصوصة من كل نوع من ذلك ، على صفة مخصوصة في الخلقة ، فالمعتبر في السن الثنى من الابل والبقر والمعز وفي الجذع من الضأن خلاف رواية انه لا يجزى وفي الاخرى انه يجزى ، وكذلك الخلاف في الزكاة .

فصل

ثنى الإبل والبقر

٨١٧٠ – وثنى الابل هو الذي قد خرج من السنة الخامسة ودخل في السادسة ويجوز بما زاد على سن الثنى الى البازل ، وثنى البقر الذي له سنتان وقد دخل في الثالثة ، وثنى المعز الذي له سنة وقد دخل في الثانية ، والجذع هو الذي له زيادة على ستة اشهر .

فصل

العمياء والعرجاء والجرباء إلخ

٨١٧١ – ولا يجوز ان يضحي بعمياء ولا عرجاء لا تمشي الى المنسك ولا مقطوعة الاذنين أو الأليَة ولا الخرقاء[1] ولا الصماء ولا المريضة ولا

(١) في بلوغ المرام (ص٢٥٠ رقم ١١٦٢) عن البَراء بن عازب(رض) قال : قام فينا رسول الله (ص) فقال : اربع لا تجوز في الضحايا : العوراء البيِّن عورها والمريضة البين مرضها والعرجاء البين عرجها والكسير التي لا تُنقِي (اي لا نقي لها وهو المخ . وفيه دليل على ان العيب الخفيف في الضحايا عفو عنه) . رواه أحمد والاربعة وصححه الترمذي وابن حبان . والخرقاء من الغنم ان يكون في اذنها خرق أو ثقب مستدير (لسان العرب) .

العوراء ، واعتبر اصحابنا ان يبقى من الاذن اكثر مما قطع منها في جواز ذلك وكذلك الالية والعين •

٨٢٧٢ ـ وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال استشرفوا العين والاذن •

فصـــــل

صفات لا يعقل معناها

٨١٣٧ ـ واذ طريق (ما) ذكرناه التعبد والمصلحة جـاز ان يعتبر صفات لا يعقل معناها •

فصـــــل

في الأضاحي مسائل للحكم

٨١٧٤ ـ وانما ذكرنا هذه المعاني لجواز ان يوصى رجل باضحية أو يقر انه غصب اضحية غيره فيجب ان يعلم الحاكم ما يقضي به عند الاقرار وما يتقدم به عند الوصية فلهذا المعنى ذكرت الضحايا وحسن ذكرها في هذا الكتاب مع ان فيها مسائل للحكم فيها مدخل •

فصـــــل

ما لا يجزى من الأضاحي

٨١٧٥ ـ ولا يجزى بقر الوحش في الضحايا ولا الظباء ، فان نزا ثور وحشي على بقرة اهلية فولدت منه أجزى الولد في الاضحية ، وتعتبر الام دون الآباء في الزكاة والاضحية •

٨١٧٦ ـ والشافعي يقول لا يجب في المتولد من الظباء والبقر الوحش زكاة ، ولا اعرف قوله في الاضحية ، والحنابلـة يوجبون الزكاة في بقر الوحش ، ولا اعرف قولهم في الاضحية •

فصـــل

٨١٧٧ – وتجزى البقرة عن سبعة وكذلك البَدَنة اذا اشتركوا[1] ، ولا تجزى الشاة الا عن واحد ، ولا فرق بين ان تختلف جهات القرب في ذلك أو تتفق بعد ان يكون ذلك كله للقربة • وان كان فيهم من يريد اللحم لبيته أو ذمي فان ذلك لا يجزى لواحد من الجماعة عن الاضحية ولا عن الهدى • وان كان احدهم ميتا فهو كالحي عند ابي حنيفة ومحمد •

٨١٧٨ – وقال أبو يوسف هو كمن يريد اللحم لانها سقطت عنه •

٨١٧٩ – وقال زفر بن الهذيل متى اتفقت القرب جاز الاشتراك ، وان اختلف القرب لم يجز ، وقد نحر النبي صلى الله عليه وسلم مائة بدنة في حجة ، والواجب عليه البعض فلابد ان يكون الباقي تطوعا •

فصـــل

تعيب الأضحية

٨١٨٠ – ومن اوجب اضحية فدخلها عيب قبل يوم النحر فان (كان) موسرا لم تجزه وعليه بدلها وان معسرا اجزته لانه لا اضحية عليه •

---

(١) في بلوغ المرام (ص٢٥٠ – ٢٥١ رقم ١١٦٤) عن علي (رض) قال : امرنا رسول الله (ص) ان نستشرف العين والاذن ولا نضحى بعوراء ولا مقابَلَةٍ ولا مُدابَرَةٍ ولا خرقاء ولا ثرماء • اخرجه أحمد والاربعة وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم •

والاستشراف ههنا هو تأمل السلامة من آفة تكون • والمقابلة ما قطع من طرف اذنها شيء وبقي معلقاً • والمدابرة ما قطع من مؤخر اذنها شيء ثم ترك معلقا • والخرقاء التي في اذنها ثقب مستدير • والثرماء التي سقطت ثنيتها •

وفي بلوغ المرام (ص٢٥١ رقم ١١٦٦) عن جابر بن عبدالله (رض) قال : نحرنا مع رسول الله (ص) عام الحديبية البَدَنة عن سبعة والبقرة عن سبعة • رواه مسلم •

٨١٨١ ـ وقال الشافعي له ذبحها ، والخلاف في جواز بيعها وازالة الملك عنها بالنذر مع ان عندنا ليس النذر يزيل الملك وله الابدال • وقال ابو يوسف والشافعي ليس له ذلك •

فصل

ذبح أضحية غيره

٨١٨٢ ـ واذا ذبح الرجل اضحية بغير اذنه فالقياس انه يجب عليه الضمان ولا يجزيه وهو قول زفر ، والاستحسان انه لا شيء عليه ويجزيه•

٨١٨٣ ـ وقال الشافعي يجزيه ويغرم نقصان ما بين قيمتها حية ومذبوحة لانها اذا اجزت فكانه أمره بذلك •

فصل

٨١٨٤ ـ واذا غلط الرجلان فذبح كل واحد اضحية صاحبه فانه يجزى كل واحد ذبح الآخر في الاستحسان لانه يتم كل واحد قربة الآخر ، والقياس انه فعل بغير ولاية ولا اذن فلم يجزه •

فصل

تولي الذبح بنفسه

٨١٨٥ ـ ويجوز ان يتولى الذبح بنفسه وبغيره والمستحب ان يتولى ذلك بنفسه •

فصل

تولية الذمى ذبح الأضحية

٨١٨٦ ـ وان ولاه رجلا من اهل الذمة نصرانيا أو يهوديا اجزاه ، وكره ذلك • لانه ليس كل واحد يحسن الذبح •

فصـــــل
الانتفاع بلبن الأضحية وصوفها

٨١٨٧ ـ ولا يجوز ان ينتفع بلبنها ولا صوفها قبل الذبح فان اخذ ذلك تصدق به ، وله ان ينتفع بعد الذبح وكذلك هدية المتعة والقران •

٨١٨٨ ـ وقال الشافعي له ان ينتفع باللبن حال الحياة •

فصـــــل
التصدق بثلث الأضحية

٨١٨٩ ـ والمستحب له ان يتصدق بالثلث من ضحيته • وقال في الاصل : وما احب ان يتصدق باقل من الثلث ، ولا شيء عليه اذا اكلها كلها •

٨١٩٠ ـ قال محمد عن ابي حنيفة انه كان لا يرى بأساً ان يطعم اضحيته ولا يأكل منها وله ان يطعم الغني والفقير جميعا •

فصـــــل
جلد الأضحية

٨١٩١ ـ وقال اصحابنا لا يبيع جلدها ولا يعطيه بكراء جزارها ، ويجوز ان يتخذ منه ما ينتفع به في منزله مثل متاع البيت ، وان يتخذ منه ما يفرش فيه أو ينام عليه وان باعه بورق أو ثمن تصدق به ، والقياس فيه انه يجوز ان يشترى به ما يؤكل أو ينتفع به من متاع البيت •

فصـــــل
ولد الأضحية

٨١٩٢ ـ وان ولدت الاضحية فانه يذبح مع امه ، فان باعه أو ذبحه واكله تصدق بقيمته •

٨١٩٣ ـ وهذه الجملة من عيون مسائل الاضحية • واذا قد ذكرنا ذلك وكان الصيد منه ما يجوز أكلـه وما لا يجوز وتقع المشـاركة فيه والدعاوى في ملكه وجب ذكره[1] •

(١) الصيد من اسباب التملك ، فمناسبته مع الاضحية ضعيفة •

كتاب الصيد

فصـــــل

مسائل الصيد

٨١٩٤ – اعلم ان الصيد يقع الكلام فيه والحاجة الى الحاكم والفقيه في معرفة الصيد وكيفية ذلك ونحن نفصل ما يمكن من اصول الكتاب والكلام في مواضع منها الصائد من هو ومنها صفة فعله في الصيد ، ومنها اعتبار الآلة التي يصيد بها ، ومنها الحالة التي يملك الصيد فيها ، ومنها ما يحل من الصيد وما يحرم منه ، ومنها الموضع الذي يباح فيه الصيد ويحرم ومنها اعتبار الفعل الواقع فيه ، ومنها حكم الصيد اذا انفلت من الصائد ومنها مشاركة من لا يحل صيده لمن يحل ، ومنها ما يلزم الصائد ضمانه وما لا يلزمه ، ومنها حكم الصيد اذا ارسله الصائد من يده ، ومنها موت الصائد وما يورث عنه من الصيد وما لا يورث ، ومنها جواز بيع الصيد والتصرف فيه ، ومنها اختلاف الجماعة في الصيد ودعوى كل واحد انه له .

ويتعلق بهذه الجملة فصول كثيرة ويتفرع عليها من الفروع ويتقدمها من الاصول .

فصـــــل

٨١٩٥ – اعلم ان الله تعالى اخبر في كتابه ان رسوله صلى الله عليه وسلم سئل عن اشياء فبينها وبين حكمها وسئل عن اشياء فلم يجب عنها اما لانه تعالى لم يطلعه على حكمها أو اطلعه على علمها ولكنه لم يأذن له في الجواب عنها لما في ذلك من الصلاح له ولغيره من الناس ونحن نذكر من ذلك عدة مواضع على مايسهل الله تعالى ويحضر حفظه في هذه الحال لان

في بعضها حكما يحتاج اليه الحاكم والعالم ان يعمل به ويفتي الغير به لان منها سؤال عنت سأله غير المؤمنين ومنها سؤال خاص سأله آحاد الناس ، ومنها سؤال عموم في الظاهر والمراد به الخصوص ومنها سؤال خاص والمراد به العموم •

فصـــل

الاستخبار والأخبار

٨١٩٦ ـ وكل سؤال فهو استخبار ، وكل جواب فهو اخبار ، والجواب اما ان يكون مطابقا للسؤال أو زائدا عليه أو ناقصا عنه أو عدولا الى غيره أو ضمن غيره اليه •

فصـــل

الآيات الواردة في السؤال

٨١٩٧ ـ فمن ذلك قوله تعالى (يسألك الناس عن الساعة)[١] •

وقال « يسألونك عن الساعة »[٢] كرر ذلك في عدة مواضع والجواب في جميعها محال الى علم الله ، تعالى فقال (انما علمها عند ربي)[٣] (ولعل الساعة قريب يستعجل بها الذين لا يؤمنون بها والذين آمنوا مشفقون منها)[٤] ولم يحد في ذلك حد ولا وقت ، وذكر تعالى لها علامات

---

(١) يسألك الناس عن الساعة قل انما علمها عند الله (الاحزاب ٣٣/٦٣) •

(٢) يسئلونك عن الساعة ايان مرساها قل انما علمها عند ربي لا يجليها لوقتها الا هو ، ثقلت في السموات والارض ، لا تأتيكم الا بغتة ، يسئلونك كأنك حفي عنها ، قل انما علمها عند الله ولكن أكثر الناس لا يعلمون • (الاعراف ٧/١٨٧) •

(٣) الاحزاب (٣٣/٦٣) •

(٤) الشورى (٤٢/١٨) •

بقوله (اذا السماء انشقت)[1] ، (واذا الشمس كورت)[2] ، (وجمع الشمس والقمر)[3] ، وتكون (الجبال كالعهن)[4] ، وذلك كثير ليس هذا موضعا له .

فصـــل

٨١٩٨ – ومن ذلك قوله تعالى (يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه ؟ قل قتال فيه كبير)[5] فأجاب عما سئل وضم الى ذلك ما لم يسئل عنه فقال : (وصد عن سبيل الله وكفر به) الآية .

فصـــل

٨١٩٩ – ثم قال (ويسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس)[6] اخبر ان اثمهما اكبر من نفعهما ثم قال (ويسألونك ماذا ينفقون قل العفو)[7] ، وقال (ويسألونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير)[8] ورخص لهم في المخالطة في اموالهم ، وقال (ويسألونك عن المحيض قل هو اذى فاعتزلوا النساء في المحيض)[9] امر بالاعتزال ونهى عن القرب وبين حكم الحيض انه اذى واباح الزوجة بعد الطهر من الحيض هذه اسئلة المؤمنين وطلب معرفة الدين .

---

(١) اذا السماء انشقت واذنت لربها وحقت (الانشقاق ٨٤/١) .

(٢) التكوير (٨١/١) .

(٣) المعارج (٧٠/٩) .

(٤) البقرة (٢/٢١٧) .

(٥) البقرة (٢/٢١٩) .

(٦) البقرة (٢/٢١٩) .

(٧) البقرة (٢/٢٢٠) .

(٨) البقرة (٢/٢٢٢) .

فصـــــل

٨٢٠٠ ـ ومن ذلك قوله تعالى « يسألك اهل الكتاب ان تنزل عليهم كتابا من السماء فقد سألوا موسى اكبر من ذلك فقالوا ارنا الله جهرة »[١] وهذا سؤال عنت وما لاصلاح لهم فيه فلم يجابوا ونجوا .

فصـــــل

السؤال عما أحل

٨٢٠١ ـ ومن ذلك ما نحن بسبيله نحو قوله تعالى « يسألونك ماذا احل لهم ؟ قل احل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح ، مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله ، فكلوا مما امسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه واتقوا الله ان الله سريع الحساب »[٢] .

ثم قال « اليوم احل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم »[٣] الآية .

فصـــــل

دلال آية السؤال عما أحل

٨٢٠٢ ـ وفي الآية دلالة على عدة وجوه منها سؤال النبي صلى الله عليه وسلم عما يحل لهم في الجملة وما لا يحل لهم ، وطلبوا منه البيان ، وهذا من اسئلة المؤمنين ، وهو سؤال يشترك فيه كافة المؤمنين ولفظه لفظ عموم ، والظاهر من الأمر انه سؤال البعض منهم ، لانه يستحيل ان يقع السؤال من جماعة المؤمنين في حالة واحدة .

---

(١) النساء (٤/١٥٣) .
(٢) المائدة (٥/٤) .
(٣) المائدة (٥/٥) .

فصـــــل

٨٢٠٣ ـ ومنها جوابه عن السؤال بالمجمل من القول لانه تعالى قال (احل لكم الطيبات) وهذه كلمة ظاهرها يقتضي ما يستطيعه الانسان من الطيبات ويهواه ، ولا يجوز ان يراد بالآية الجميع لانـه يدخل فيـه من المحرمات [محرمات] كثيرة فينبغي ان تحمل الآية على الحلال المطلق لان الطيب هو الحلال والحرام لا يوصف بالطيب بل هو الخبيث من الاشياء .

فصـــــل

تعليم الجوارح

٨٢٠٤ ـ ومن ذلك قوله تعالى « وما علمتم من الجوارح » فاقتضت الآية اباحة تعليم الجوارح مكلبين ثم قال (تعلموهن مما علمكم الله) فاخبر عن الجوارح بانهـا تتعلم ما نعلمهـا واخبر بان ما فينا من العلم هو الذي علمناه ، وهذا خطاب المؤمنين خاصة ، لان السؤال وقع منهم ، فعلى هذا ينبغي ان يكون الصائد من المسلمين الذين يعقلون العلم ويصح منهم التعليم، وهذا يخرج منه الصبي الذي لا يعقل والمجنون والمغمى عليه والسكران فانهم لا يصح منهم الارسال ولا الزكاة لانهم لا يدخلون في الخطاب على ان من الناس من يقول لا تصح زكاة صبي وان كان يعقل الذبح والتسمية اذا لم يبلغ مبلغ الرجال .

فصـــــل

صيد أهل الكتاب

٨٢٠٥ ـ واجمعوا على ان اهل الكتاب من اليهود والنصارى في الصيد والذبائح كالمسلمين وانهم بخلاف المجوس وعبدة الاوثان والمرتدين .

فصـــــل

الجوارح

٨٢٠٦ ـ والجوارح فكل جارح له ناب من السباع ذوي الاربع وكل

ذي مخلب من الطير ويدخل في الجملة الاولى الكلب والفهد والنمر والسبع والذئب ان تعلم ذلك ، وقد ادخل اصحابنا في ذلك ابن عرس • رواه ابو يوسف •

٨٢٠٧ ـ وذو المخلب الباز والصقر والشاهين والباشق والعقاب والنسر ، وكل ذي مخلب اذا دعاه اجاب وان ارسله اخذ الصيد ، وهذه جملة لا خلاف فيها نعلمه •

وتعليم ذوات الاربع ان يمسك الصيد ولا يأكل منه شيئا ، ومتى يصير معلما ؟

٨٢٠٨ ـ قال ابو حنيفة : ان يقول اهل العلم بذلك انه قد تعلم • وقد روى عنه انه قال اذا ارسل على صيد فلم يأكل منه ثم ثانيا كذلك ثم ثالثا كذلك وكذا الرابع فهو معلم ، وهو قولهما في ذلك •

٨٢٠٩ ـ قال ابو حنيفة : انما لم يحد في ذلك حد لانه لا سبيل لنا الى ان الكلب قد صار معلما في الحقيقة •

لان ترك الصيد قد يكون لعبا من الجارح بالصيد فيجب ان يرجع الى غالب الظن الذي يقع عند الاجتهاد لانه الذي يمكن مع عدم العلم •

فصل

٨٢١٠ ـ فاذا صار من عادته الترك وهذا انما يعتبر في ذوات الاربع فان أكل من الصيد فانه لا يؤكل عند اصحابنا جميعا • وهل يؤكل ما اخذه قبل ذلك ام لا ؟

٨٢١١ ـ قال ابو حنيفة يحرم الجميع ولا يؤكل من ذلك شيء ، وقال ابو يوسف ومحمد يؤكل ما كان قد صاد قبل ذلك •

٨٢١٢ ـ وللشافعي في تحريم ما اكل منه قولان في احدهما يجوز كما يجوز اكل الجارح من الطير والثاني لا يجوز واختاره المزني •

٨٢١٣ ـ وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : اذا ارسلت

كلبك المتعلم وسميت فيما اصاب من شيء فكل ، وان اكل فلا تأكل انما امسك على نفسه ، كذا قال ابن عباس وهو المروى في خبر عدي بن حاتم[1] ولان تعليم الكلب ترك الاكل ، والجوارح من الطير بالاكل لا يستويان (كذا) مع ذلك .

فصـــل

٨٢١٤ – وما أكل الكلب من الصيد بعدما حصل في يد صاحبه فانه لا يحرم الصيد وهو على تعليمه ولا فرق بين ان يطعمه المالك ذلك أو يأخذه بغير علمه بعد ان يكون حصل في يد المالك وكذلك ان اخذ من الصيد قطعة لحم فأكلها ثم تبعها واخذه فلم يأكل فهو على تعلمه .

واذا اكل من الصيد فانه لا يؤكل صيده حتى يرجع الى حالة التعلم لانه قد يحتمل ان يكون اكل من الصيد لجوع به أو لنسيان التعليم أو لانه لم يزل جاهلاً .

فصـــل

صيد المحرم

٨٢١٥ – وما يصيبه المحرم من الصيد فانه لا يملكه ، وان ذبحه لم

---

(١) ورد هذا الحديث في بلوغ المرام (ص٢٤٧ رقم ١١٤٧) على النحو الآتي : عن عدي بن حاتم (رض) قال : قال لي رسول الله (ص) : اذا ارسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه ، فان امسك عليك فادركته حيا فاذبحه، وان ادركته قد قتل ولم يأكل منه فكله ، وان وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تأكل فانك لا تدري ايهما قتله ، وان رميت سهمك فاذكر اسم الله ، فان غاب عنك يوما فلم تجد فيه الا اثر سهمك فكل ان شئت ، وان وجدته غريقا في الماء فلا تأكل . متفق عليه . وهذا لفظ مسلم . وانظر ايضا جامع مسانيد الامام (٢/٢٣٦) وفيه « ابو حنيفة عن حماد عن سعيد بن جبير عن ابن عباس انه قال : كل ما امسك عليك كلبك اذا كان معلما اذا قتل ولم يأكل ، فاذا أكل فلا تأكل ، فانما امسك على نفسه » .

يحل اكله لانه ممنوع من الصيد لصفة هو عليها من جهة الدين فهو كالمرتد وكذلك فما صاده الحلال في الحرم فهو مثل ذلك لأنه عليه السلام قال : ولا ينفر صيدها[1] كما قال الله تعالى في المحرم لا تقتلوا الصيد وانتم حرم[2] .

٨٢١٦ ـ وللشافعي في ذكاة المحرم وجواز اكل الصيد قولان ، لانه محرم عليه من جهة الدين ، وقد دلت الآية على وجوب التسمية لانه قال فكلوا مما ذكر اسم الله عليه ، ودليل الآية انه لا يأكل مما ترك التسمية عليه .

فصل

التسمية عند الإرسال

٨٢١٧ ـ وعندنا التسمية واجبة على الذبيحة وعند ارسال الجارح على الصيد ، وعند رمي الحيوان ، ان ترك ذلك عامدا لم تؤكل الذبيحة ولا الصيد ، وان ترك ذلك ناسيا اكل ذلك .

٨٢١٨ ـ وقال ابو الحسن الكرخي رحمه الله ، المراد بالنسيان ، انما هو عدم العلم بالتسمية لا التشاغل عنها فيصير كالآدمي في الصلاة . وعلى هذا تستوى المسائل كلها وترك الاركان في الصلاة .

٨٢١٩ ـ وقال مالك بن انس لا يؤكل بحال وان كان ناسيا .

---

(١) اخرج الطبراني في الكبير عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله (ص) يقول : احلت لي مكة ساعة من نهار ، ولا تحل لأحد من بعدي ، وهي حرام بحرمة الله الى يوم القيامة ، لا يعضد شجرها ، ولا يختلى خلاها ولا ينفر صيدها ، ولا تلتقط لقطها الا لمنشدها ، قالوا الا الاذخر فانه لقيننا وبيوتنا ، قال الا الأذخر ، وفي المفردات للراغب الاصفهاني : الاذخر حشيشة طيبة الريح .

قال الهيثمي وفيه محمد بن القاسم وهو ضعيف .

(٢) المائدة (٥/٩٥) .

٨٢٢٠ ـ وقال الشافعي يؤكل في الحالين .

٨٢٢١ ـ وقال اصحابنا ان ذلك ميتة ولا يجوز بيع ذلك وان حكم حاكم نقض حكمه لانه خلاف النص المقطوع به .

فصـــل
القصد إلى الصيد

٨٢٢٢ ـ ولابد للصائد من قصد الى الصيد بالارسال أو الرمي ليصح ان يكون قد حكم له بالشرائط التي ذكرنا .

فصـــل

٨٢٢٣ ـ وان وقع في حجره ويديه من غير قصد الى اخذه ملكه لانه مباح حصل في يديه فهو كالماء يأخذه من العين .

فصـــل
آلة الصيد

٨٢٢٤ ـ واما الآلة التي يصيد بها منها الجوارح ومنها السهام ومنها المعراض[1] ومنها البندق فكل حيوان ادرك ذكاته وقدر على ذلك منه فلا عبرة بجميع ما تقدم تلك الحالة من فعل الجارح والكلب والسهم المعراض وحكمه حكم الشاة في جواز اكله اذا زكي وحصلت الزكاة الشرعية فيه وسنذكر ذلك في بابه ان شاء الله تعالى .

فصـــل

٨٢٢٥ ـ وما لم يقدر على زكاته من ذلك فانك تعتبر في جواز اكله ان

---

(١) المعراض خشبة ثقيلة أو عصا في طرفها حديدة وقد تكون بغير حديدة . (بلوغ المرام ص٢٤٧ هامش ١) .

يجرحه الجارح أو السهم أو الآلة فاذا لم يجرح فهو وقيذ[1] اذا مات من الصدمة وغيرها في الرواية المشهورة عن اصحابنا •

٨٢٢٦ – وروى الحسن عن ابي حنيفة انه قال اذا مات من فعل الجارح فلا بأس به •

٨٢٢٧ – وللشافعي قولان : لأن الجارح ما جرح وقيل في الوجه لرواية الحسن ان الجارح هو المتسبب ، ولهذا قال الله تعالى (ويعلم ما جرحتم بالنهار)[2] •

فصل

٨٢٢٨ – ومن ارسل كلبه المعلم وسمى وزجره[3] مجوسي أو مرتد أو محرم أو من لا تجوز زكاته ثم زجره مسلم وسمى أو كتابي فانزجر لزجره واخذ الصيد وقتله فانه لا يؤكل لان المعتبر الارسال دون غيره لان التسمية تقع عليه فاذا صح لم يضره ما كان بعده كما لو ذكاه المسلم حل •

---

(١) الاصل في ذلك ما روى عن عدي بن حاتم (رض) قال : سألت رسول الله (ص) عن صيد المعراض ؟ فقال : اذا اصبت بحده فكل ، واذا اصبت بعَرْضه فقُتل فانه وقيذ فلا تأكل • رواه البخاري • (بلوغ المرام ، ص٢٤٧ رقم ١١٤٨ ، وجامع مسانيد الامام ٢/٢٣٩) • وفي المفردات للراغب الاصفهاني : ان الموقوذة هي المقتولة بالضرب •

(٢) الانعام (٦/٦٠) •

(٣) الزجر طرد بصوت ، يقال زجرته فانزجر ، قال (فانما هي زاجرة واحدة) ثم يستعمل في الطرد تارة وفي الصوت اخرى ، وقوله (فالزاجرات زجراً) اي الملائكة التي تزجر السحاب • وقوله (ما فيه مزدجر) اي طرد ومنع عن ارتكاب المآثم ، وقال (وازدُجر) اي طرد ، واستعمال الزجر فيه لصياحهم بالمطرود ، نحو ان يقال اعزب وتنح ووراءك (المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني) •

فصـــــل

٨٢٢٩ ـ ولو عاون الكلب كلب مجوسي أو مرتد أو كلب لم يسم عليه فانه اذا اخذه الكلب لا يؤكل لانه شاركه في الزكاة من لا تحل زكاته .

فصـــــل

٨٢٣٠ ـ وكل ما اخذه الجارح والكلب من الصيد من فوره فانه يؤكل اذا اخذ واحدا بعد واحد وكذلك الرمية اذا اصابت عدة صيود فمثل ذلك .

فصـــــل

عدول الكلب وتشاغله

٨٢٣١ ـ واذا عدل الكلب عن الصيد يمنة أو يسرة وتشاغل بغير طلب الصيد ومر على سمته[1] ذلك ثم اصاب صيدا فاخذه وقتله لم يؤكل الا ان يرسله دفعة اخرى او يزجره فينزجر فيحل ، والريح اذا عدلت بالسهم عن سمته فهو كالكلب اذا عدل عن الصيد ، وكذلك اذا اصاب حائطا أو شجرة فردته على الصيد فانه لا يؤكل .

فصـــــل

٨٢٣٢ ـ ولو حملت الريح السهم في ذهابه وطيرته في سمته فان حكم الرمي باق ويؤكل ما اصاب ولا نعلم خلافا في ذلك .

فصـــــل

٨٢٣٣ ـ والرجلان اذا رميا صيداً فاصابه السهمان معا فمات فانه لهما

---

(١) السمت حسن النحو في مذهب الدين والفعل سمت يسمت سمتا وانه لحسن السَمْت اي حسن القصد والمذهب في دينه ودنياه ، والسمت اتباع الحق والهدى وحسن الجوار وقلة الاذية والطريق والقصد.

ويؤكل ان كانا ممن يباح صيد كل واحد منهما على الأنفراد لانه خرج من فعلهما من حيز التوحش والصيد فينبغي ان يملك ذلك •

فصـــــل

٨٢٣٤ ـ ولو اصابه سهم احدهما فرقده ثم اصابه سهم الآخر فقتله فانه يؤكل في قول ابى حنيفة وابي يوسف والحسن بن زياد •

٨٢٣٥ ـ وقال زفر لا يؤكل لان السهم الثاني اصابه وهو غير صيد • وهم يقولون لان السهم الثاني ارسل وهو صيد •

فصـــــل

٨٢٣٦ ـ ولو وقع احد السهمين به قبل الآخر فهو للذي يسهمه اولا •

فصـــــل

٨٢٣٧ ـ ولو رمى احدهما فاصاب الصيد فاخرجه من حال الصيد ثم رمى الآخر فاصـــابه ثم مـات من الرميتين جميعـا فهو للاول ولا يؤكل ويضمن الرامي الثاني للاول نصف قيمته حيا ونصف قيمته لحما ذكيا ، لانه صار للاول الذي اثخنه فهو كسائر املاكه فلم يكن للثاني ان يرميـه فيجب ان يضمن ارش الجراحة التي حصلت برميه فيضمن ما اتلف من ذلك وقد تلف بفعله وفعل الاول فيجب ان تضمن نصف قيمته حيا وبـه الجراحة الثانية والاولى •

فصـــــل

٨٢٣٨ ـ وان مات من الاولى اكل وضـمن الرامي ارش الجراحـة حسب وبه الجراحة الاولى ، وان مات من الثانية لم يؤكل وضمن الثـاني قيمته حيا وبه الجراحة الاولى ، لانه تلف بما ليس بذكاة فيضمن ما صار من اتلافه[1] •

(١) في نسخة (ق) ما صادف اتلافه وفي نسخة المعهد ما صارب •

فصـــــل

اليد الحكمية

٨٢٣٩ ـ والصيد ملك لمن جرحه أو وقع في شبكه اذا لم يقدر على الذهاب منها لان الشبكة يده عليها ثابتة من طريق الحكم فيكون لصاحبها ، فان اخذه انسان من الشبكة وجب عليه ضمانه لصاحب الشبكة .

فصـــــل

٨٢٤٠ ـ وقد تقدم بيان ما يحل ويحرم من الحيوان في الاطعمة .

فصـــــل

٨٢٤١ ـ وقد روى عن النبي عليه السلام انه قال : (ما أبين من حيى فهو ميت) .

٨٢٤٢ ـ واتفق العلماء على انه لو قطع يد الشاة أو أليتها ان ذلك ميتة لا تؤكل .

فصـــــل

٨٢٤٣ ـ والصيد اذا قطعه نصفين فانه يؤكل جميع النصفين وان قطع منه عضوا فانه يأكل الجميع الا العضو الذي قطع ، الا ان يكون معلقا بجلده .

٨٢٤٤ ـ وعن ابي يوسف انه قال اذا كان ما يلي الرأس اكثر اكل ما يلي الرأس وترك الآخر .

٨٢٤٥ ـ وقال الشافعي يؤكل الجميع .

فصـــــل

صيد البحر

٨٢٤٦ ـ وصيد البحر كله مباح لسائر الناس ، ولا فرق بين الذمي والمرتد وسائر من قلنا لا يباح صيده وقد مضى ذلك كله .

فصـــــل

صيد البر

٨٢٤٧ ـ وصيد البر ينقسم فيباح للحلال الا في الحرم وقد مضى ذلك ، ولابد من فعل مجرح يقع في الصيد اذا كان بريا •

فصـــــل

الصيد المنفلت

٨٢٤٨ ـ والصيد اذا انفلت من الصائد ولحق بالوحش لم يزل ملك مالكه عنه عندنا • وقال مالك يزول الملك •

٨٢٤٩ ـ واتفق الجميع على ان عبده لو لحق بالدار لم يزل الملك بالاباق ، وقالوا لو استقى قربة من دجلة ثم اهرقها ان ملكه يزول عن ذلك•

فصـــــل

٨٢٥٠ ـ ومشـاركة من لا يحل صـيده لمن يحل يجعل الجميـع محظورا ولا فرق بين ان يقع[1] الفعل بالصـائد أو بالآلة كالظفر والسن اذا لم ينزع وان كان منزوعا حل عندنا •

٨٢٥١ ـ وقال الشافعي تحل الزكاة به •

فصـــــل

صيد المحرم في الحل

٨٢٥٢ ـ والمحرم اذا صاد صيدا في الحل فعليه قيمته عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٨٢٥٣ ـ وقال محمد والشافعي يجب النظير من النعم ، وان قتله في

(١) في نسخة (ق) : يقطع •

الحرم فالقياس ان يلزمه جزاءان واحد لاجل الاحـرام والآخر لاجل الحرم •

٨٢٥٤ ـ وهو قول زفر والاستحسان ان عليه جزاء واحدا لان حرمة الحرم لا تظهر في حق المحرم في الصيد •

فصـــــل

٨٢٥٥ ـ ويضمن الحلال صيد الحرم •

فصـــــل

٨٢٥٦ ـ ويضمن في الصيد المملوك الجزاء والقيمة عندنا ، وقال مالك والمزني لا يضمن الجزاء اذا ضمن القيمة •

فصـــــل

٨٢٥٧ ـ ويضمن ما ارسله المحرم من يده من الصيد لانه لم يَزُل ملكه عنه بالارسال ، وان ارسله مرسل من يديه فعليه الضـــمان عند ابي حنيفـة •

٨٢٥٨ ـ وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا يضمن لانه فعل ما هو واجب عليه •

فصـــــل

موت الصائد وفي شبكه صيد

٨٢٥٩ ـ ومن مات وفي شبكه صيد قد وقع فيه أو اثخن صيدا بسهمه فهو له ولورثته من بعده ويورث ما ملكه من الصيد لانه مال له اخذه •

فصـــــل

٨٢٦٠ ـ ويجوز ان يبيع ما ملكه من الصيد ، ولا خلاف في ذلك •

فصـــــل

٨٢٦١ ـ والخلاف في الصيد كالخلاف في سائر الأملاك اما ان يكون في ايديهما أو في يد ثالث فان كان في ايديهما فهو لهما بالسوية وهو لمن اقام البينة ، فان تساويا قسم كما يقتسم بالدعوى وسنفرد بابا لمثل هـــذه الدعوى ان شاء الله • واذا قد تكلمنا في حكم الصيد وما يحل منه وما يحرم وجب ان نذكر الذكاة[1] كيف هي •

---

(١) الذكا والذكاة : الذبح •

كتاب الذبائح والذكاة

٨٢٦٢ ـ وهذا باب الذبائح والذكاة المشروعة في الحيوان ان يكون في الحلق واللبة[١] • ولا فرق بين اعلاه واسفله ووسطه لقوله عليه السلام : (الذكاة في الحلق واللبة) وهو عام •

فصـــل

٨٢٦٣ ـ واذا مـــات الحيـــوان بعدما قطـــع الاكثـــر من الحلقوم والودجين[٢] والمرىء يحل اكله ولا يحل اذا مات قبل ذلك وكان الكرخي يقول ان هذه المسئلة محمولة على ان المراد بقوله الاكثر يعني الاكثر من كل واحد منها فاما ان يقطع الثلث ولا يقطع واحدا فانه لا يجوز ، وظاهر ما في الكتب ان القطع اذا كان في ثلاث حل •

٨٢٦٤ ـ وقد روى عن ابي يوسف انه قال لابد من قطع الحلقوم والمرىء واحد الودجين لان الحيوان لا يبقى بعد قطع اكثر ذلك اكثر من بقاء المذبوح •

وقال ابو يوسف الحلقوم هو مجرى النفس والمرىء[٣] مجرى الطعام

---

(١) اللبة وسط الصدر والمَنْحر والجمع لبات ولباب عن ثعلب ، واللبب كاللبة وهو موضع القلادة من الصدر من كل شيء والجمع الألباب (لسان العرب) •

(٢) الودج والوداج عرق في العنق وهما ودجان ، وفي المحكم الودجان عرقان متصلان من الرأس الى السَّحْر والجمع اوداج (لسان العرب) • والسَّحْر : الرئة •

(٣) جاء في لسان العرب في مادة مرأ : المرىء مجرى الطعام والشراب وهو رأس المعدة والكرش اللاصـــق بالحلقوم الـــذي يجرى فيه الطعـــام والشراب ويدخل منه ، والجمع امرئة ومُرْؤ مهموزة بوزن فزع مثل سرير وســـرر •

والودجان مجرى الدم واحدهما يقوم مقام الآخر ، وما سوى ذلك لا يقوم مقام صاحبه •

فصـــل

ذبح الشاة من قبل القفا

٨٢٦٥ ـ وان ذبح الشاة من قبل القفا فقطع الاكثر من هذه الاشياء قبل الموت حلت ، وهذا الفعل مكروه ، وكذلك ان ضرب الحيوان بالسيف ، فان أبان رأسه حل ، وكذلك اذا ذبح لغير القبلة فانه يكره لانه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه كان اذا ذبح استقبل بوجهه القبلة ، وقال لفاطمة رضي الله عنها : قومي الى نسكك واستقبلي به القبلة واذبحي وقولي (ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين) وقولي (بسم الله الرحمن الرحيم) وانما جاز مع المخالفة لانها عبادة لا تبطل بالكلام فصارت كالصوم •

فصـــل

الذبح والنحر

٨٢٦٦ ـ والسنة في الشاة والبقرة الذبح ، وفي الابل النحر[١] فان ذبح الابل ونحر البقرة كره ذلك واجزاه في الاكل لان نحر البقرة اشق وذبحها اسهل • وقد روى عنه عليه السلام اذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة[٢] •

---

(١) النحر موضع القلادة من الصدر ، نحرته اصبت نحره ، ومنه نحر البعير (المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني) •

(٢) في بلوغ المرام (ص٢٤٨ رقم ١١٥٦) عن شداد بن اوس (رض) قال : قال رسول الله (ص) ان الله كتب الاحسان على كل شيء ، فاذا قتلتم فاحسنوا القِتْلة ، واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة ، وليُحِدّ احدكم شَفْرته وليُرح ذبيحته ، رواه مسلم وفيه ايضا (ص٢٤٨ رقم ١١٥٥) عن جابر ابن عبدالله (رض) قال : نهى رسول الله ان يُقتل شيء من الدواب صَبْراً • رواه مسلم •

فصـــل

٨٢٦٧ ـ واذا ذبح عددا من الحيوان لم تجزه التسـمية للاولى فيما بعدها من الذبائح ، ويعتبر في كل حيوان التسمية عندنا وقد مضت المسئلة .

فصـــل
سمى وأطال الحديث

٨٢٦٨ ـ واذا سمى واطال الحديث أو تشاغل عنها بحد السكين وغيره لم يجزه لان ذلك شرع على الذبيحة ، وان ذلك اذا طـال خرج الامر عما قصد .

فصـــل
ما يجزي عن التسمية

٨٢٦٩ ـ وان قال مكان التسمية ، الحمد لله أو سـبحان الله يريد التسمية اجزاه ، كما يجوز في ابتداء الصلاة كل لفظ يقصد به التعظيم ، وان اراد التحميد دون التسـمية لم يجزه لان الذكر يختلف باختـلاف المقاصد فاذا قصد غير الذبيحة بقيت بغير ذكر فلا يجوز .

فصـــل
النخع

٨٢٧٠ ـ ويكره ان ينخع اي يبلغ بالسكين الى النخاع لان فيه زيادة ألم وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه .

٨٢٧١ ـ فان فعل ذلك لم يحرم لانه قطع العروق التي شـرط قطعهـا .

فصـــــل

٨٢٢٧ ـ ويكره ان يجرها الى مذبحها أو يحد الشفره بعدما اضجعها، لانه تعذيب للحيوان •

فصـــــل

إسم غير الله

٨٢٧٣ ـ ويكره ان يذكر مع اسم الله اسم غيره •

وقال الشافعي لا يكره ذكر النبي صلى الله عليه وسلم لقوله عليه السلام ، ثلاثة مواضع لا اذكر فيها عند ابتداء الصلاة وعند الذبيحة وسقط عني الثالث ، والذي روى انه ذكر اسم الله مع اسمه فيحتمل انه ذكره قبل الذبح لا على وجه التسمية وعندنا يجوز قبل الذبح وبعده •

فصـــــل

٨٢٧٤ ـ والمسلم والكتابي والصبي الذي يعقل والنساء في الذبح سواء ، واهل الذمة والحربي سواء في ذلك لانه فعل ما يجب في الزكاة •

فصـــــل

٨٢٧٥ ـ واذا كان احد ابوي الصبي كتابياً والآخر مجوسيا أو وثنيا حلت ذبيحته •

٨٢٧٦ ـ وقال الشافعي لا تحل ، لانه على حكم الفطرة ولم يوجد شرط المنع فيه •

فصـــــل

ذبح الأخرس

٨٢٧٧ ـ وذبح الاخرس حلال ، لانه عاجز عن الذكر كالصلاة •

فصـــــل

ما أدرك ذكاته

٨٢٧٨ ـ وما ادرك ذكاته من المتردية والنطيحة وما اكل السبع فانه يؤكل لقوله ، الا ما ذكيتم وذبح ذلك على اي وجه قدر عليه ، لان الذبح اذا وجد مع الحياة حل عند ابي حنيفة وابي يوسف •

٨٢٧٩ ـ وقد روى عن محمد انه قال ان كان قد بلغ بحيث لا يعيش اكثر من نصف النهار فانه لا يحل وان كان يبقى اكثر من ذلك حل •

فصـــــل

النطيحة

٨٢٨٠ ـ والنطيحة هي التي تموت بالتناطح والموقوذة هي المضروبة بالعصا حتى تموت وهكذا كانت الجاهلية تفعل ، وما ذبح على النصب فان المشركين كانوا ينصبون شيئاً من الحجر فيذبحون عليه لآلهتم[1] •

فصـــــل

المتردية

٨٢٨١ ـ والمتردية ما تردى من الجبل •

---

(١) في المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني ان النصب كذلك ، وانها ايضا كانت حجاره تعبد ، ونصب الشيء وضعه وضعا ناتئاً كنصب الرمح والبناء والحجر ، والنّصيب الحجارة تنصب على الشيء وجمعه نصائب ونُصُب •• (كأنهم الى نصب يوفضون) قال : (وما ذبح على النصب) وقديقال في جمعه انصاب •

فصـــــل

الأزلام[1]

٨٢٨٢ – والازلام نوع من القمار ، ولما كان القمار محرما بالشـرع وجب ان نذكر هل هو في كل باب ثابت أو في شيء بعينه ؟ وهذا يقتضي ان نذكر السبق والرمي •

---

(١) الزَلَم • ج ازلام ، السـهم لا ريش عليـه • وكان العـرب يستقسمون بالازلام في الجاهلية (المنجد) •

باب السبق والرمي

وهذا باب السبق والرمي

٨٢٨٣ ـ اعلم ان المسابقة بالخيل امر ورد الشرع باباحته وفعله النبي صلى الله عليه وسلم •

٨٢٨٤ ـ وقد روى عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ضمر الخيل[١] فارسلها من الحفياء ، وما كان غير مضمر ارسله من ثنية الوداع الى مسجد بني زُريق[*] •

٨٢٨٥ ـ وروى انه عليه الصلاة والسلام اجرى المضمرة من الخيل الى ثنيـة الوداع وأجرى ما لم يضـمر من ثنيـة الوداع الى مسـجد بني زريق[٢] •

فصـــل

السبق المباح

٨٢٨٦ ـ والسباق يكون بالخيل والابل •

---

(١) في كتاب المفردات في غريب القرآن للراغب الاصفهاني : الضامر من الفرس الخفيف اللحم من الاعمال لا من الهزال • قال (وعـلى كل ضامر) يقال ضَمَرَ ضـمورا ، واضـطمر فهو مضطمر ، وضمرته انا ، والمضمار الموضع الذي يضمر فيه •

(*) عن ابن عمر (رض) قال : سابق النبي (ص) بالخيل التي قد ضُمِّرت من الحفياء وكان امدها ثَنِيّه الوداع ، وسابق بين الخيل التي لم تُضَمَّر من الثنية الى مسجد بني زريق • وكان ابن عمر فيمن سابق • متفق عليه ، وزاد البخاري : قال سفيان : من الحفياء الى ثنية الوداع خمسة أميال أو ستة ، ومن الثنية الى مسجد بني زريق ميل • (بلوغ المرام ، ص٢٤٣ رقم ١١٢٩) ، وفي معجم ما استعجم : الحفياء موضع قرب المدينة •

(٢) أصل السَّبْق التقدم في السير نحو (والسـابقات سَبْقا)

←

والرمي[1] بالسهام لما روى ابو هريرة انه عليه السلام قال : (لا سَبَقَ الا في خُفٍ أو حافر أو نَصْل ، أو حافر)[2] .

٨٢٨٧ ـ وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (من ادخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن ان يَسْبَق فلا بأس به ، وان أمِن فهو قمار)[3] .

٨٢٨٨ ـ فما روى عنه عليه السلام انه قال : « ان الملائكة لا تحضر شيئاً من امركم هذا سوى رمي ورهان » يعني رهان الخيل .

٨٢٨٩ ـ وقال ابن المسيب لا بأس بان يكون بين الرجلين محلل يغنم ولا يغرم في السبق .

فصـــل

الجعل

٨٢٩٠ ـ واذا ارادا ان يسبقا بين فرسين أخرج احدهما جعلا معلوما ولم يخرج الآخر شيئاً على انه ان كان صاحب الجعل هو المسبق فالجعل

والاستباق التسابق ، قال : (انا ذهبنا نستبق ، واستبقا الباب) ثم يتجوز به في غيره من التقدم ، قال (ما سبقونا اليه ، سبقت من ربك) اي نفذت وتقدمت ، ويستعار السبق لاحراز الفضل والتبريز ، وعلى ذلك (والسابقون السابقون) اي المتقدمون الى ثواب الله وجنته بالاعمال الصالحة . (الراغب الاصفهاني . المفردات) .

(١) يقال رمى في الاعيان كالسهم والحجر نحو (وما رميت اذ رميت ولكن الله رمى) ويقال في المقال كناية عن الشتم كالقذف ، نحو (والذين يرمون ازواجهم ، يرمون المحصنات) .

(٢) بلوغ المرام (ص٢٤٤ رقم ١١٣١ وراويه ابو هريرة) . رواه احمد والثلاثة وصححه ابن حبّان .

(٣) راوية ابى هريرة (رض) عن النبي (ص) ، رواه احمد وابو داود واسناده ضعيف (بلوغ المرام ص٢٤٤ و ١١٣٢) .

للسابق وان كان سابقا لم يؤخذ الجعل منه فهذا هو الرهان المباح .

فصـــل

ما يعد من السبق قماراً

٨٢٩١ ـ وان اخرج كل واحد منها جعلا على انه من سبق أخذ جعل صاحبه فهذا هو القمار وهو حرام بالكتاب والسنة .

فصـــل

المحلل أيضاً

٨٢٩٢ ـ فان ارادا ان يفعلا ذلك ويحل لهمـا فليدخلا بينهما آخر يكون بين فرسيهما ولا يخرج جعلا فيقولان له ، ان سـبقتنا جميعا فلك الجعلان واينا سبقته فلك جعله واينا سبق صاحبه اخذ جعله فذلك حلال جائز وليس هذا الفعل بقمار لان القمار انما هو ان سبقتني فخذ جعلي وان سبقتك فلي جعلك ولا يكون على ذلك حالة ثالثة وفي المحلل حدث حالـة ثالثـة .

فصـــل

المسابقة على الأقدام

٨٢٩٣ ـ قال أبو حنيفة لا تجوز المسابقة على الاقدام .

٨٢٩٤ ـ وروى هشام بن عبدالله الرازي[1] عن محمد انه جوز ذلك .

---

(١) هشام بن عبدالله الرازي تفقه على ابى يوسف ومحمد ، ومات محمد في منزله بالري ودفن في مقبرته ، وله النوادر وصلاه الاثر (الفوائد البهية ، ص٢٢٣) .

فصـــل

الصراع

٨٢٩٥ ـ وقال اصحابنا لا يجوز الصراع •

٨٢٩٦ ـ وقال بعض اصحاب الشافعي يجوز لقوله عليه السلام : لا سبق الا في خف أو حافر أو نصل •

فصـــل

السبق بين البغال والحمير

٨٢٩٧ ـ ولا يجوز السبق بين البغال ولا بين الحمير لانه لا يدرك بها هارب ولا يظفر على طالب وليست مما يقاتل عليه •

فصـــل

اختلافهما في الحيلة

٨٢٩٨ ـ وادخال المحلل بين الفرسين دليل على اباحة الحيلة • وقد اختلف ابو يوسف ومحمد في الحيلة في ابطال الشفعة والتوصل الى اسقاط الزكاة والتحرز عن الربا فمنهم من اجاز ومنهم من كره •

٨٢٩٩ ـ وقد روى في حديث ثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم انه اتاه ساعيه بتمر خيبر يعني جنيباً[١] من خيبر فقال : اكل تمر خيبر هكذا ؟ فقال لا ولكنا نبيع الصاعين من الجمع[٢] بالصاع من هذا •

---

(١) جَنيب بزنة عظيم ، وهو الطيب وقيل الصليب ، وقيل الذي اخرج منه حشفه ورديئة ، وقيل هو الذي لا يختلط بغيره (سبل السلام ٣/٣٨) •

(٢) هو التمر الرديء وقد فسر الجمع في رواية مسلم بانه الخلط من التمر ، ومعناه مجموع من انواع مختلفة (سبل السلام ٣/٣٨) •

٨٣٠٠ ـ فقال عليه السلام بيعوا تمركم بثمن واشتروا به هذا ، وكذلك الميزان[1] فبهذا احتج ابو يوسف واذا قد ذكرنا حكم هذه الاقوال وماله مالك معين فبقي ذكر ما يجده الانسان مما اصله مباح ويكون عليه اثر سبق اليد اليه كالباز الذي فيه جلجل والطير الذي فيه قلادة والذهب والفضة المضروبة ، وهذا يقتضي ان نذكر ذلك .

---

(١) في سبل السلام (٣٨/٣) عن أبي سعيد وأبى هريرة رضى الله عنهما ان رسول الله (ص) استعمل رجلا اسمه سَوَاد بن غَزِية بزنة عطية ، وهو من الانصار على خيبر فجاء بتمر جنيب ، فقال رسول الله (ص) أكلّ تمر خيبر هكذا ؟

فقال : لا والله يا رسول الله ، انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة .

فقال النبي (ص) : لا تفعل ، بع الجَمْع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا ، وقال في الميزان مثل ذلك . متفق عليه . وكذلك في الميزان ... وقوله : وقال في الميزان مثل ذلك ، اي قال فيما كان يوزن اذا بيع بجنسه مثل ما قال في المكيل انه لا يباع متفاضلا ، واذا اريد مثل ذلك بيع بالدراهم وشرى ما يراد بها ، والاجماع قائم على ان لا فرق بين المكيل والموزون في ذلك الحكم .

كتاب اللقطة

وهذا كتاب اللقطة[1]

٨٣٠١ ـ اعلم انه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في اللقطة اعرف عفاصها ووكاءَها وعرفها حولا[2] .

---

(١) في لسان العرب في مادة لقط : اللقط اخذ الشيء من الارض لقطه يلقطه لقطا والتقطه : اخذه من الارض . قال الليث : واللُّقْطة بتسكين القاف اسم الشيء الذي تجده ملقي فتأخذه ، وكذلك المنبوذ من الصبيان لُقْطة . واما اللُّقَطة بفتح القاف فهو الرجل اللقاط يتبع اللُّقْطات يلتقطها .

قال ابن برى : وهذا هو الصواب لأن الفُعْلة للمفعول كالضُحْكة والفُعَلة للفاعل كالضُحَكة .

قال الازهري : وكلام العرب الفصحاء غير ما قال الليث في اللُّقْطة واللقَطة .

وروى أبو عبيد عن الاصمعي والاحمر قالا : هي اللُّقَطة واللُّعَطة واللُّنَفة مثقّلات كلها . قال : وهذا قول حذاق النحويين لم اسمع لُقْطة لغير الليث . وهكذا رواه المحدثون عن ابى عبيد انه قال في حديث النبي (ص) انه سئل عن اللقَطة فقال : احفظ عِفاصها ووِكائها .

واما الصبي المنبود يجده انسان فهو اللقيط عند العرب ، فقيل بمعنى مفعول ، والذي يأخذ الصبي أو الشيء الساقط يقال له الملتقط .

(٢) في بلوغ المرام (ص١٢٧ رقم ٨٩٨) عن زيد بن خالد الجُهَني (رض) قال : جاء رجل الى النبي (ص) فسأله عن اللقَطة فقال : « أعرِفْ عِفاصها ووكاءها ثم عَرِّفها سنة ، فان جاء صاحبها والا فشأنك بها » .

قل : فضالة الغنم ؟

قال : هي لك او لأخيك أو للذئب .

قال : فضالة الابل ؟

←

٨٣٠٢ ـ واختلف في معرفة ما عرف كما ذكر ذلك فمن العلماء من قال يعرف ذلك حتى لا يختلط بماله ، ومنهم من قال حتى اذا وصف له وغلب على ظن المخبر جاز له الدفع ، ومنهم من قال حتى يجب عليه الدفع .

فصـــل

٨٣٠٣ ـ والكلام يقع في مواضع منها في جواز اخذها في الجملة ومنها كيفية الاخذ ومنها صفة الآخذ ومنها الموضع الذي تؤخذ فيه ، ومنها جواز التصرف فيها ونقلها الى غير موضعها ، ومنها قدر تعريفها من المدة ومنهـا جواز تملكها ، ومنها جواز دفعها الى من عرفها ، ومنها وجوب ضمانها ومنها معرفة قدرها ومنها جواز التصرف فيها ، ومنها قيام البينة وتشتمل هذه الجملة على فصول .

فصـــل

أخذ اللقطة

٨٣٠٤ ـ اختلف اصحابنا في جواز اخذها فمنهم من قال المستحب له ان لا يأخذها ، ومنهم من قال المستحب له اخذها لصاحبها .

٨٣٠٥ ـ وللشافعي قولان قاله المزني عنه لا احب له تركها ، وقال في

قال : مالك ولها ؟ معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشـجر حتى يلقاها ربها . متفق عليه . أهـ .

والعِفاص هو الوعاء الذي تكون فيه النفقة ان كان من جلد أو خرقة أو غير ذلك وخص بعضهم به نفقة الراعي ، وهو من العفص من الثنى والعطف ، ولهذا سمى الجلد الذي تُلْبسه رأس القارورة العِفاص لأنه كالوعاء لها ، وكذلك غلافها ، وليس هذا بالصِمَام الذي يدخل في فم القارورة لتكون سِدادا لها .

اما الوِكاء فهو كل سَيْر أو خيط يشد به فم السِّقاء أو الوعاء ، وقد اوكيته بالوكاء ايكاء اذا شددته . (لسان العرب) .

الأم لا يجوز له تركها لانها امانة كالوديعة ، ومن اصحابه من قال ان كانت في موضع لا يخاف عليها لامانة اهلها لم يجب الاخذ ، وان كانت في موضع يخاف قلة امانة اهله وجب الاخذ •

فصـــــل

عدم وجوب الأخذ

٨٣٠٦ ـ واتفق الجميع على انه اذا لم يأخذها فهلكت انه لا ضـمان عليه ، وهذا يدل على ان الاخذ لا يجب •

فصـــــل

الإشهاد عند الأخذ

٨٣٠٧ ـ ويجب الاشهاد عند اخذها انه اخذها ليعرفها وليردها عـلى صاحبها عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يجب الاشهاد •

٨٣٠٨ ـ واذا ترك الاشهاد ضـمن عند ابي حنيفة لان الظاهر انـه أخذها لنفسه ، وبالشهادة يزيل الظاهر •

٨٣٠٩ ـ وقال ابو يوسف لا يضمن كالوديعة لان اخذها جائز ولم يتعد فيها ، ولاصحاب الشافعي في الشهادة ووجوب الضمان بتركه وجهان كالخلاف عندنا •

فصـــــل

الإشهاد في اللقيط

٨٣١٠ ـ ومن اصحاب الشافعي من فرق بين اللقطة وبين اللقيط ، فقال في اللقيط يجب الاشهاد لانه يراد لحفظ النسب •

فصـــــل

٨٣١١ ـ ولا يجب عليه التعريف عندنا •

٨٣١٢ ـ وقال الشافعي ان أراد التملك وجب التعريف وان كان لا يريده لم يجب التعريف •

٨٣١٣ ـ ومنهم من قال ان كان لها قدر يجوز ان يرجع صاحبها يطلبها لزمه ان يعرفها •

٨٣١٤ ـ وهل يجوز ان يعرفها سنة متفرقة ؟

قالوا فيه وجهان احدهما لا يجوز ، ومتى قطع استأنف ، والثاني يجوز لان اسم السنة يقع عليها •

فصـــل

كيفية التعريف

٨٣١٥ ـ والتعريف يكون في الاسواق والجوامع وحيث يجتمع الناس لان المقصود بذلك يحصل ولا يحصل بالخلوة •

فصـــل

صيغة التعريف

٨٣١٦ ـ وهو بالخيار ان شاء قال : من ضاع منه شيء فليقم وان شاء قال : من ضاع منه شيء كذا وذكر الجنس •

فصـــل

ما يذكر في التعريف

٨٣١٧ ـ وان ذكر الجنس والصفة والقدر والوكاء والعفاص وهو الوعاء الذي تحفظ فيه (لم يضمن) ولاصحاب الشافعي وجهان احدهما يضمن لانه لا يؤمن ان يحفظ ذلك ويدفعه الى من يوجب الدفع عليه بالعلامة والثاني لا يضمن ، لانه لا يجب الدفع •

فصـــــل

أجرة النداء

٨٣١٨ ـ وان لم يجد من يتطوع بالنداء فالاجرة على الملتقط عند اصحاب الشافعي ، وعندنا لا يجب عليه ذلك ، بل يعرف ذلك بنفسه بحسب الامكان •

فصـــــل

لقطة الحرم وغيره

٨٣١٩ ـ وعندنا سائر البقاع والبلاد في ذلك سواء •

٨٣٢٠ ـ وقال الشافعي لقطة الحرم لا تؤخذ ويدعها مكانها ، ومن اصحابه من قال يجوز مثل قولنا •

فصـــــل

تعريف اللقطة اليسيرة

٨٣٢١ ـ وان كانت اللقطة يسيرة عرفها اذا كانت عشرة دراهم ثلاثة ايام الى ما يراه من ذلك وان كانت اكثر من ذلك عرفها اكثر من ذلك وان كانت نصابا عرفها سنة •

٨٣٢٢ ـ وقال اصحاب الشافعي ان كانت لقمة أو تمرة لم تعرف ، وان كانت مما يطلبه صاحبة ففيه اوجه ، منها انه يعرف القليل والكثير ، وهو ظاهر النص والثاني لا يعرف الا دينارا والثالث يعرف ما تقطع فيه يد السارق ولا يعرف ما دونه •

فصـــــل

متى تدخل في ملك الملتقط؟

٨٣٢٣ ـ واذا لم يجد صاحبها بعد التعريف فانها لا تدخل في ملكه ،

وقال الشـــافعي تدخل في ملكـه بالتعريف ، لانـه ضـال فلا يملكـه بالتعريف كسائر الاحوال .

فصـــــل

٨٣٢٤ – ولا يملكها عندنا باختيار التمليك .

٨٣٢٥ – وقال الشافعي يملك ، ومنهم من قال فيـه وجهان آخران احدهما انه يملك بمجرد النية والثاني يملك بالتصرف .

فصـــــل

حضور صاحب اللقطة

٨٣٢٦ – واذا حضر صاحبها فله اخذها في جميع الاحوال ولا يملك عليه بغير فعله ، وقال اصحاب الشافعي ان كانت العين باقية ولم يتملكهـا ولا نوى ملكها ردها بزيادتها المتصلة والمنفصلة ، وان كانت هالكة لم يلزم الملتقط ضمانها .

فصـــــل

٨٣٢٧ – وان حضر بعد ما ملكها فان كانت باقية وجب ردها ، وان كانت تالفة وجب عليه بدلها وقال الكرابيسي من اصحابنا لا يلزمه ردهـا ولا ضمان بدلها ، وهذا (هو) الوجه كما ترى .

فصـــــل

٨٣٢٨ – وقالوا لو كانت العين باقية فقال الملتقط انا اعطيك البدل لم يجبر المالك على قبوله لانه لا يمكنه الرجوع الى عين ماله .

٨٣٢٩ – قالوا وان حضر وقد باعها الملتقط وبينهما خيار ففيه وجهان احدهما يفسخ البيع والثاني لا يفسخ .

فصـــــل
حضور من يدعي اللقطة

٨٣٣٠ ـ وان حضر من يدعيها ووصفها وغلب على ظنه انه المالك جاز الدفع ولا يجب عليه ، وقال مالك يجب الدفع ، وان دفع ثم حضر رجل واقام البينة انها له اخذها لانه احق من الوصف •

فصـــــل

٨٣٣١ ـ وان كانت تالفة فله ان يضـمن الملتقط لانه دفع مال الغير بغير حق •

فصـــــل

٨٣٣٢ ـ واذا ضمن الملتقط فانه يرجع على من دفع العين اليـه بما لزمه من الضمان ان كان لم يقر له بالعين ، وان كان قد اقر له بذلك لم يرجع عليه •

فصـــــل
استواء الحيوان وغيره في جواز الالتقاط

٨٣٣٣ ـ والحيوان وغير الحيوان في جواز الالتقاط سواء •

٨٣٣٤ ـ وقال الشافعي ضاله الابل وما يجرى مجراها مما يحمى نفسه لا يجوز اخذه ، ومن اصحابه من فرق بين ما هو قريب من المصر وبين ما هو في المفازة ، وفرق بين الصغار والكبار •

٨٣٣٥ ـ ومنهم من فرق بين السلطان وغيره فاجاز للسلطان الالتقاط ولم يجز للعوام •

فصـــــل

نفقة اللقطة

٨٣٣٦ ـ وما ينفقه الملتقط على اللقطة بغير فرض القاضي فهو مقطوع به ، وللحاكم ان يبيع ذلك ويحفظ ثمنه ، وله ان يؤجر الدابة والعبد وينفق عليه من اجرته ، وليس للملتقط ان يبيع العين عندنا ومن اصحاب الشافعي من قال له ذلك ، لانه لا ولاية له ولا اذن فلم يجز بيعه •

فصـــــل

لقطة العبد الصغير

٨٣٣٧ ـ وقد قال الشافعي في لقطة العبد الصغير الذي لا يميز انه كالغنم يعرفه حولا ثم يملكه وان كانت جارية لا تميز فان كان لا يحل له وطؤها جاز للملتقط التمليك ، وان كانت [تحل] لم يجز له ان يلتقطها للتمليك كما لا يجوز ان يعرفها •

فصـــــل

لقطة الشواء والماء

٨٣٣٨ ـ وقالوا لو وجد شواء وماء لا يبقى فهو بالخيار بين ان يأكله ويغرم البدل وبين ان يبيعه ويحفظ ثمنه •

٨٣٣٩ ـ وقال المزني يلزمه البيع ولا يجوز له الأكل كما قالوا ، والاول اصح •

فصـــــل

هل للعبد ومن إليه الالتقاط؟

٨٣٤٠ ـ والعبد والمكاتب والمدبر وام الولد والحر والبالغ والصغير الذي يعقل كلهم سواء في اللقطة عندنا •

رقم الايداع في المكتبة الوطنية ببغداد ١١١٨ لسنة ١٩٧٣
١٩٧٣/١٢/٣١/١٠٠٠/١٨