

الْبَيَانُ الشَّكَّافِي
الْمُنْتَرَعُ مِنَ الرَّهْمَانِ الْكَافِي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

البيان الشافعي
المنتزَعُ مِنَ الْبُرْهَانِ الْكَاغِي

تأليف
الفقيه العلامة
عبد الله بن يحيى بن أحمد بن مظفر
(ت ٨٧٥ هـ)

الجزء الثاني


مكتبة أهل البيت (٨)

صف وتحقيق وإخراج:



اليمن - صعدة - سيار (٧١٣٨٤٢٩٨٩)

الطبعة الأولى

١٤٤٢ هـ - ٢٠٢١ م

جميع الحقوق محفوظة لمكتبة أهل البيت (ع)

كتاب الصيام (١)

هو عشرة أنواع^(٢)، تسعة واجبة، وهي: رمضان، والنذر، وكفارة اليمين، وكفارة الظهار، وكفارة القتل، وصوم التمتع والإحصار والجزء والفدية، والعاشر التطوع. أما صوم رمضان فإنما يجب^(٣) على كل مكلف عند أحد أمور، منها: رؤية الهلال. ومنها: التواتر برؤيته^(٤)، أو بحصول الشهادة عليه^(٥) أو بصحته عند الحاكم أو المفتي. ومنها: شهادة عدلين^(٦) أو رجل وامرأتين بأحد ذلك، قال المؤيد بالله والقاضي زيد: أو بخبر امرأتين عدلتين، وقال الفقيه علي: لا يعمل بهما عند الهدوية، وقال المنصور بالله: يعمل بهما في أول رمضان لا في آخره. ولا يعمل بقول الواحد في هلال شوال وفاقاً^(٧)، وكذا عندنا في هلال رمضان^(٨). وقال الصادق وأبو حنيفة وأحد قولي المؤيد بالله: إنه يعمل به في

(١) هو في اللغة: الإمساك عن الكلام، ومنه قوله تعالى: ﴿إِنِّي نَذَرْتُ لِلرَّحْمَنِ صَوْمًا﴾ [مريم: ٢٦]، أي: إمساكاً عن الكلام، ومنه قول النابغة:
خيّل صيام وخيّل غير صائمة
تحت العجاج وخيّل تعرك اللجما
(بستان).

(٢) بالنظر إلى أسبابه، وإلا فهو شيء واحد وأنواعه ثلاثة: واجب ومسنون ومندوب.

(٣) إيجاب انعقاد؛ لتخرج الحائض والنفساء.

(٤) وهو ما حصل به العلم ولو كان المخبرون كفاراً أو فساقاً، ولا بد أن يكون الخبر مستنداً إلى المشاهدة. وليس له حد مقدر في عدد المخبرين على الأصح.

(٥) أي: على التواتر.

(٦) لقوله ﷺ: ((إذا شهد ذوا عدل أنها رأيا الهلال فصوموا وأفطروا)) وعن علي عليه السلام مثله. (بستان).

(٧) وذلك لما روي عن طاووس قال: دخلت المدينة وفيها ابن عباس وابن عمر، فجاء رجل إلى الوالي فشهد عنده على هلال رمضان، فأرسل إليهما فقالا: كان رسول الله ﷺ يصوم بشهادة الواحد، ولا يقبل في الفطر إلا شاهدين. (بستان بلفظه).

(٨) وذلك لما قدمنا عنه ﷺ وعن علي عليه السلام. وحجة الصادق وأبي حنيفة أن السماء إذا كانت مصحية فمن البعيد أن ينفرد بالرؤية واحد أو اثنان من دون سائر الخلق مع صحة الأبصار وارتفاع الموانع وتوفر الدواعي إلى رؤيته، وأما إذا كانت مظلمة بالسحاب فلا يبعد أن ينفرد الواحد بالرؤية. قلنا: لم تفصل الأخبار. قالوا: يستحيل سقوط الخطيب من المنبر يوم الجمعة وينقل =

الغيم^(١)، لا في الصحو فلا يقبل إلا التواتر عندهم مطلقاً^(٢).
فرع: ويعتبر في الشهادة هنا العدالة والعدد، لا لفظها فلا يعتبر، ذكره القاضي زيد وابن الخليل. وقال الإمام يحيى: بل يعتبر لفظها عند من يعتبر فيها العدد، لا عند من يقبل الواحد. ويصح هنا أن ينقل رجلان عن رجلين كل واحد عن واحد، لا كما في الإرعاء.

ومنها: كمال شعبان ثلاثين يوماً، فيجب صيام الحادي والثلاثين.
 ومنها: قول القاضي أو المفتي^(٣): صح عندي رؤية الهلال إذا كان موافقاً في المذهب، لا إن قال: رأيت الهلال فهو كغيره.

مسألة: من رأى هلال رمضان أو شوال وحده صام أو أفطر سراً لئلا يتهم، ولا يكتم الرؤية^(٤). وقال الحسن: لا يصوم في أوله، بل يفطر مع الناس. وقال أبو حنيفة^(٥) ومالك: لا يفطر في آخره، بل يصوم مع الناس.

مسألة: وإذا غم هلال رمضان استحب صوم يوم الثلاثين من شعبان^(٦).
 وإن غم هلال شوال وجب صوم الثلاثين من رمضان. وإن غمت شهور متقدمة^(٧) والتبس أول رمضان أو آخره رجع إلى التحري وغلبة الظن بكبر

الخبر واحد دون غيره، فهكذا الهلال. قلنا: أبصار أهل الجامع كلها شاخصة إليه فلا يخفى، بخلاف الهلال فقد يعرض الشفق ويكتفي بعض الناس برؤية غيره، فافترقا. (بستان بلغة).

- (١) لاحتمال خفائه عن غيره.
- (٢) سواء كان في هلال شوال أو هلال رمضان.
- (٣) ولو مقلداً. (قررو).
- (*) ولو امرأة، وقواه سيدنا عامر. وينظر في ذلك. لا نظر، بل يصح؛ لأنه ليس بحكم حقيقة. ومثله عن الهبل. وفي حاشية السحولي: لا بد أن يكون ذكراً.
- (*) فإن تعارض الحاكم والمفتي فالمثبت أولى. (قررو).
- (٤) لجواز أن ينضم إليه غيره، لكنه يقول: رجل رأى الهلال. (وابل).
- (٥) في الزهور عن أصحاب أبي حنيفة لا عنه.
- (٦) وهو يوم الشك.
- (٧) شهران فصاعداً.

الهِلال وتأخر^(١) غروبه في أول الشهر؛ لأنه إذا غرب بعد ذهاب الشفق الأبيض فهو ابن ليلتين، وإن غرب بعد الشفق الأحمر فقال المؤيد بالله: هو ابن ليلة، وقال الصادق والناصر والداعي والإمام يحيى: هو ابن ليلتين^(٢). ويعتبر بكمال البدر واستدارته في ليلة رابع عشر؛ لأنه الأغلب.

مسألة: وإذا رئي الهلال في يوم الشك فبعد الزوال^(٣) لا حكم له، وكذا قبله^(٤) عند القاسم والهادي والمؤيد بالله وأبي طالب وأبي العباس وأبي حنيفة والشافعي^(٥)، وقال زيد بن علي والباقر والصادق والناصر: إنه ليومه، فيجب الإمساك إن كان في أول رمضان أو الفطر إن كان في آخره.

مسألة: وصوم يوم الشك في أول رمضان أولى من إفطاره، ويكون بنية مشروطة، وهو حيث كان غيباً، لا إن كان صحواً، فإن قطع النية فيه من رمضان أثم وأجزأه إن بان منه، فإن نوى صيامه إن كان من رمضان ولم يزد على ذلك ثم بان من شعبان وقع نفلاً^(٦)، خلاف المعتزلة^(٧). وكذلك في الزكاة وفي الصلاة إذا نوى قضاءها إن كانت عليه^(٨). فإن نوى صيامه من رمضان أو قضاء لم يجزئه عن أيهما؛

(١) في (ب): وبآخر.

(٢) لقوله ﷺ: ((إذا غرب الهلال قبل الشفق فهو ليلة، وإن غرب بعد الشفق فهو ليلتين)). قال المؤيد بالله: إن صح الخبر حمل على الشفق الأبيض. قال الإمام يحيى: بل قد خبرنا ذلك وسبرناه فوجدناه من أقوى الأمارات على ما ذكره الرسول ﷺ. (بستان).

(٣) زوال الظهيرة. (قرر).

(٤) متأخراً عن الشمس.

(٥) بل يكون من الليلة المستقبلية.

(٦) القياس أنه يثاب لتأهبه واستعداده للطاعة، لا أنه يكون نفلاً.

(٧) فعندهم يثاب ثواب فريضة كما تقدم لهم في الصلاة في باب القضاء.

(٨) أما الزكاة فتبقى على ملكه^[١]. ولفظ حاشية: يعني فتكون نفلاً، والبيان بناء على أنه قطع بالنية من دون شرط، فأما لو شرط فقد تقدم في الزكاة أن الفقير يردّها، فلا تكون نفلاً. و(قرر).

[١] يعني: في التعجيل.

لأجل التخيير^(١). وقال أبو حنيفة: يكره صوم يوم الشك، إلا أن ينويه عن نذر أو قضاء أو تطوع جاز، فإن بان من رمضان أجزاءه عنه^(٢). وقال الشافعي وأحمد بن عيسى: إنه يكره إلا أن يصادف صوماً كان يصومه، والكرهية عند الشافعي للحظر؛ فلا يجزيه إذا بان من رمضان. وقال ابن حنبل: إن صومه واجب.

مسألة: وإذا بان في يوم الشك أنه من رمضان فمن قد أفطر يلزمه الإمساك^(٣)، ومن لم يفطر نوى الصوم وأجزاه ولو كان قد نواه عن غيره.

مسألة: من نوى الصيام في رمضان عن غيره لم يجزئه عن أيهما^(٤) ولو كان مسافراً، إلا أن ينويه قبل الغروب عن رمضان أجزاءه؛ لأن نيته الأولى كإنيية. قال سيدنا عماد الدين: وكذا يأتي في النذر المعين، والله أعلم. وقال أبو يوسف ومحمد: إنه يقع عن رمضان مطلقاً. وقال أبو حنيفة: إن كان في الحضر وقع عن رمضان، وإن كان في السفر وقع عما نواه.

مسألة: ولصحة الصوم شروط ستة، وهي: إسلام الصائم، وطهارته من الحيض والنفاس، وأن لا يخشى على نفسه التلف من الصوم، ولا على غيره الضرر كالحامل والمرضع، وألا يكون مما يحرم صومه كالعيدين، والإمساك عن المفطرات. والسادس: النيّة، خلاف زفر وعطاء ومجاهد^(٥).

فرع: ويجب إضافته بالنية إلى سببه، كعن النذر أو القضاء أو الكفارة ونحوها، وفي صوم رمضان أنه منه^(٦)، خلاف أبي حنيفة^(٧)، لا أنه فرض فلا

(١) فإن قال: وإلا فهو قضاء كان قضاء إذا لم يكن من رمضان. (قرو).

(٢) قلنا: بناء على مذهبه أنه متعين في نفسه ولا يفتقر إلى التعيين. (بستان). بل يكفي عنده

إطلاق نية الصوم، ومبني على أنه لا يزاحم رمضان في الحضر، لا في السفر فيقع لما نواه.

(٣) ويقطع بالنية؛ إذ لا يكفي الإمساك من دون قطع. قلت: أو شرط، وقد صرح به ابن بهران في شرح الأثرار.

(٤) أما رمضان فلعدم النية، وأما غيره فلا لأنه لا يزاحم رمضان غيره.

(٥) والزهري.

(٦) لأنه إذا لم يعين فليس ناوياً. (بستان). وعن السيد الشامي: إذا نواه عما عليه أجزاءه.

(٧) فتكفي عنده نية الصوم فقط.

تجب^(١)، بل يستحب لكمال الثواب كما في نية الصلاة. وقال بعض أصحاب الشافعي^(٢): تجب نية الفرض^(٣).

مسألة: قال الفقيه علي: من نوى في رمضان أنه يصوم فرضاً واجباً ولم ينو من رمضان ولا من غيره فإن كان عليه صوم واجب غير رمضان لم يجزه عن أيهما^(٤)، وإن لم يكن فإنه يجزيه^(٥) عن رمضان^(٦).

مسألة: وتجب النية قبل الفجر في صوم القضاء والكفارات والنذر غير المعين^(٧) وفاقاً، لا في صوم رمضان والنفل والنذر المعين فتجزي إلى قبل الغروب^(٨). وقال زيد بن علي وأبو حنيفة: تجزي إلى الزوال. وقال الناصر والمؤيد بالله: يجب أن تكون قبل الفجر.

(١) وذلك لأنه إذا نوى أنه من رمضان فلا رمضان إلا فرض. (بستان).

(٢) المروزي.

(٣) قلنا: نية رمضان تضمنته. (بستان).

(٤) يقال: يجزئه عن رمضان؛ لأن الوقت لا يصلح للقضاء كما في الصلاة. ومثله في الكواكب في الحج عن الفقيه علي، والأصح أنه لا بد من نية الظهر أو نحوه في الصلاة؛ فلا بد من نية رمضان. (حديث). وفي تعليق التذكرة في باب صفة الصلاة ما لفظه: فلو بلغ عند الزوال وصلى أربع ركعات ينوي بها عما عليه فإنه يقع عن الظهر عند الجميع، إلا على قول الإمامية: إن وقت الصلاتين يدخل بالزوال وإن لم يصح العصر عقب الزوال.

(*) وظاهر كلامهم فيما تقدم أنه يجزي عن الأداء؛ لأن ذلك الوقت لا يصلح إلا للأداء. ولفظ حاشية: والمقرر أنه يجزي، كالصلاة في الوقت المتمحض.

(*) لتردده بينهما. (بستان).

(٥) في (د): وإن لم يكن فلعل أنه يجزيه.

(٦) وهذا يخالف ما ذكره في الفرع الأول، والمذهب أنه لا بد من نية رمضان.

(٧) فقط.

(٨) وتنعطف النية، فيصير صائماً من أول النهار، كمن أدرك الركوع. المخالف: بل من وقت النية؛ إذ لم تصحب أوله، ويستحيل تعلقها بالماضي. قلنا: لا يتبعض؛ فأجزأت مع كل جزء منه. (بحر).

(*) فرع: لو تسحر للصوم أو شرب لدفع العطش نهراً أو امتنع من الأكل والشرب والجماع مخافة الفجر كان ذلك نية للصوم، كما نقله الرافعي عن أبي العباس الروياني، قال: وهو الحق إن خطر بباله الصوم بالصفات المعتبرة.

فرع: من نوى الصيام قبل الفجر عن القضاء أو النذر غير المعين فهل له رفضه قبل طلوع الفجر؟ قيل (١): يصح كما في نية الصلاة. والأقرب أنه لا يصح؛ لأنه قد لزمه حكمه كما في نية الإحرام (٢) إذا قلنا: لا يجب معها الذكر، بخلاف نية الصلاة فإنه لا يلزمه حكمها بمجرد النية، بل مع التكبير.

مسألة: ويجب تجديد النية لكل يوم (٣). وقال المنصور بالله والمهدي والمتوكل والمطهر ومالك: إذا نوى صوم الشهر كله أجزأته هذه النية (٤).

فرع: وتصح النية من أول الليل، ولا يضر الأكل بعدها (٥) ولا الجماع (٦).
مسألة: ووقت الصوم من طلوع الفجر عند الأكثر، وقال ابن عباس (٧) والحسن بن صالح وأبو موسى الأشعري والأعمش وأبو بكر بن عياش: من طلوع الشمس (٨). وآخره غروبها إجماعاً.

(١) وقواه الإمام الحسن بن عز الدين عليه السلام في الفتاوى، واستظهر عليه السلام بوجوه. ومثله عن المفتي.

(٢) فيه نظر؛ إذ لم يصير صائماً بنية الصوم، بخلاف نية الإحرام فقد صار محرماً، فافترقا. (مفتي). مع التلبية أو التقليد.

(٣) وذلك لأن كل يوم عمل مستقل على انفراده، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: ((الأعمال بالنيات)). وحجتهم أن الشهر له ربط وحل، فربطه بالنية، وحله بانقضاء أيامه يوم الفطر، فأشبهه اليوم الواحد من حيث إن ربطه بالنية وحله بدخول الليل. قلنا: لم يعرض في اليوم ما يقطعه، بخلاف الشهر فعروض الليل قاطع للصوم. (بستان).

(٤) والجاهل الصرف يفيد الخلف. (قرر). ولفظ حاشية السحوني: ولعل هذا في حق من له مذهب، وأما الجاهل الصرف فإنه يفيد ذلك، فلا يجب عليه أن يقضي. (باللفظ).

(٥) لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَتَّبِعَنَّ لَكُمْ حَيْطُ الْأَبْيَضِ مِنَ الْحَيْطِ الْأَسْوَدِ﴾ [البقرة ١٨٧]. (بستان بلفظه).

(٦) وقال المروزي: يجدها، إلا أنه قد رجع عن مقالته. (بستان بلفظه).

(٧) وعائشة.

(٨) قال في الهداية: وقد انقرض خلافهم وصار الآن إجماعاً. ومثله في الزهور.

مسألة: وندب للصائم السحور^(١)، وتأخيرها، ما لم يشك في طلوع الفجر فيكره حينئذٍ، فإن فعل فالأصل هو الليل ما لم يتبين خلافه. ولا يجوز الفطر عند الشك في الغروب، فإن فعل لزمه القضاء إلا أن يعلم^(٢) الغروب أو يظنه^(٣) على الخلاف كما في دخول وقت الصلاة.

مسألة: من طلع الفجر وهو مخالط لأهله أو في يده طعام أو شراب فعليه أن يتنحى ويلقي ما في فمه، ويصح صومه^(٤)، خلاف زفر وأبي يوسف^(٥)، فإن استمر على حاله بطل صومه إجماعاً، ذكره في الشرح، وقيل: إن فيه خلاف الحسن وعطاء وداود. والمراد بذلك فيمن كان على رأس جبل عالٍ بحيث يشاهد أول الفجر، لا من كان في موضع منخفض أو سمع المؤذن^(٦) وهو كذلك فقد بطل صومه^(٧).

مسألة: ويستحب للصائم أن يزيد في عبادته وفي قراءته وتسيبته وذكره؛ لأن ثوابه متضاعف فيغتنم، وأن يحترز من المفطرات لثلاثيسه، ومن ماء المضمضة والاستنشاق فلا يبالغ فيهما، ويستقصي^(٨) في خروج الماء بعدهما بغالب ظنه^(٩). وأن يدهن ويتجمر، ذكره في البحر. وأن يستاك كغيره، وقال الشافعي: يكره له بعد الزوال، وقال زيد بن علي والناصر والمؤيد بالله: يكره بالرطب، قال زيد بن علي

(١) ويحصل بكثير المأكول وبقليله، وبالماء أيضاً، ويدخل وقته لنصف الليل.

(٢) في (د): ما لم يعلم.

(٣) في الغيم اتفاقاً. (قرئ). وفي الصحو عند المؤيد بالله.

(٤) وعن الهبل: أنه ولو تنحى فقد بطل صومه؛ لأنه لا يمكنه التنحي إلا وقد بان الفجر. اهـ هذا القول جعله في البحر لأبي يوسف.

(٥) حجتنا قوله تعالى: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْآيَةُ وَإِذَا أَبِيحَ لَهُ الْأَكْلُ إِلَى التَّبَيَّنِ كَانَ تَارِكاً﴾ بعد الفجر. وحجتهم أن النزع جماع؛ للتلذذ به. قلنا: بل هو ترك للجماع وإن تلذذ، والترك نقيض الفعل، كما لو قال: والله لا جامعتها وهو مولج ثم نزع لم يحث. (بستان بلفظه).

(٦) في أول الفجر قبل انتشاره.

(٧) وقد روي عن الإمام يحيى عليه السلام أنه لا يفسد صومه ولو أذن. (نجري).

(٨) وجوباً. (قرئ).

(٩) وعن أبي مضر: ثلاث مرات عند المؤيد بالله كغسل النجاسة. قلت: وفي هذا كله نظر. (غيث). قال في هامشه: بل الواجب بذل الماء حتى يتيقن أنه لم يبق إلا ما يعفى عنه.

وبالمبلول أيضاً. وأن يدعو عند إبطاره^(١)، وأن يفطر قبل الصلاة إذا كان الجوع يشغله عنها^(٢)، قال الفقيه علي: ولو فاتته الجماعة ووقت الاختيار. وإن كان لا يشغله الجوع فقال القاسم: يقدم الصلاة، وقال أحمد بن يحيى: ينخير بينهما. وأن يعتكف العشر الأواخر من رمضان كفعله صلى الله عليه وآله وسلم.

مسألة: ويكره له مضاجعة أهله، والتقبيل واللمس والمعانقة والضم، سيما إذا كان شاباً، وإن أمن على نفسه المحظور لم يكره له ذلك، ذكره في الشرح. وأن يصبح جنباً^(٣)، وأن يحتجم إذا خشي الضعف، وأن يصوم الضيف نفلاً بغير إذن المضيف^(٤)، وأن يواصل بين يومين بالصيام، فإن قصد الوصال أتم وأجزاه. وأن يمضغ العلك^(٥)، وهو اللبان الشحري، قال المؤيد بالله: وكذا الشمع، وقال أبو طالب: لا يكره^(٦). قال المؤيد بالله والمنصور بالله: وكذا كل ما له طعم^(٧)، وقال القاضي زيد: لا يكره.

(١) لما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه كان يقول: ((اللهم لك صمت، وعلى رزقك أفطرت، فاغفر لي ما قدمت وما أخرت)). وروي غير ذلك. (بستان بلفظه).

(*) قال في الأذكار: ويكون هذا الدعاء عقيب الفطر، وقيل: قبله. (روضة معني).

(٢) قال مولانا عليه السلام: وإذا أمكن تعجيل الإفطار بشيء يسير لا يشغل عن أول الوقت فذلك مستحب؛ لورود الآثار بتعجيل الإفطار، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((أحب عباد الله إليه أسرعهم فطراً)). (شرح أزهار).

(٣) وذلك لأنه ترك الأحوط؛ لأن من العلماء من قال: يفطر بذلك كما يأتي. (بستان).

(٤) وذلك لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((من نزل على قوم فلا يصومون تطوعاً إلا بإذنهم)). قال عليه السلام: ولأنه يكون فطره أدخل في المسرة عليهم؛ لأنهم يحبون كرامته، وقد قال صلى الله عليه وآله وسلم: ((إن من موجبات المغفرة إدخالك السرور على أخيك المسلم)). (بستان).

(٥) بالفتح: اللبان، وبالكسر: المصطكى.

(٦) لأنه لا يتفتت، قال عليه السلام: وكلاهما جيد لا غبار عليه، خلا أن ما قال المؤيد بالله أولى؛ لأن الغالب فيما علك في الفم تفتت الأجزاء، والأحوط في العبادة البعد عما يشوبها. (بستان).

(٧) إلا الحاجة، كمضغ المرأة لطفلها.

مسألة: والمحبوس في موضع مظلم إذا كان مع البغاة صام بصومهم^(١) وأفطر بفطرهم، وإن كان مع الكفار أو الظلمة أو فساق التصريح فإن حصل له تواتر في ذلك عمل به^(٢)، وإن لم فحيث لا يميز بين الليل والنهار يعذر في التأخير حتى يمكن ثم يقضي، وقال الأمير علي: لا قضاء عليه^(٣). وحيث يميز بينهما ولا يميز بين الشهور^(٤) يعذر في التأخير أيضاً حتى يعلم وجوبه^(٥) أداء أو قضاء. وإن كان يميز بين الشهور فإن لم يحصل له ظن في رمضان آخر الصوم حتى يتيقن وجوبه أداء أو قضاء^(٦)، وإن حصل له ظن فيه وجب صومه، ويستحب له أن يأتي بنية مشروطة بكونه أداء وإلا فقضاء، وأن ينوي قبل الفجر، ويجزيه صيامه، إلا أن يعلم أنه صام قبل رمضان لم يجزه، خلاف أحد قولي الشافعي^(٧). وإن وافق صيامه في شوال قضى يوماً بدل يوم الفطر إن كان عدد الشهرين سواء، وإن نقص شوال قضى

(١) لأن خبرهم مقبول إذا كان فسقهم بالبغي فقط. (بستان).

(٢) ولقائل أن يقول: وكذا إذا حصل له ظن بقولهم؛ لأنه قد صار معذوراً، كمن غم عليه الشهر ونحوه، فيكون خبرهم قرينة. وفي شرح الأزهار ما يؤدي معنى هذا. (قررو).

(٣) لأنه قد سقط عنه فرض الصوم؛ إذ لا يصح تكليف ما لا يُعلم. (بستان). قلنا: بل يكلف قضاء ما لم يتمكن من فعله كالحائض. (شرح أثار) (قررو).

(٤) وأما إذا لم يميز بين الليل والنهار ولا الشهور فإنه يسقط عنه التكليف. (زهور). قال السيد أحمد الشامي: وهذا إذا استمر إلى الموت. (قررو). ويوصي بالكفارة. (سماع سحولي) (قررو).

(٥) أو يغلب في ظنه. (شامي) (قررو).

(٦) وذلك بأن يمضي عليه أحد عشر شهراً فيصوم الثاني عشر أداء إذا كان وإلا فقضاء. (بستان).

(٧) حجتنا كما لو صلى قبل دخول الوقت. وحجته كلو وقف اليوم الثامن بالتحري. قلنا: رد الصوم إلى الصلاة أولى من حيث إن كل وقت يصلح لهما، ولأننا لو أوجبنا عليه الإعادة في الحج لم يأمن أن يحصل لبس في السنة الأخرى كالأولى، ولأن الإمامية يقولون: المرور بالشعر يجزي من لم يقف بعرفة، فصار وجوبه اجتهادياً. (بستان بلفظه).

يومين، وإن نقص رمضان^(١) فلا شيء عليه. وإن وافق صيامه شهر الحجة قضى أربعة أيام بدل العيد وأيام التشريق^(٢) إن ساوى عدده عدد رمضان، وإن زاد على رمضان قضى ثلاثة أيام، وإن نقص عنه قضى خمسة أيام، ذكر ذلك أبو العباس وأبو طالب. وعلى قول المؤيد بالله^(٣) يقضي يوماً عن يوم العيد فقط.

(١) ووفي سؤال.

(٢) قال في الكواكب: إن أيام التشريق مختلف فيها، فلا يقضيها إذا قد فرغ. يقال: الصوم فيها قضاء، وهو إنما يقضي الأصل لعدم صحة قضاؤه، لا أنه يقضي القضاء. (شامي).

(٣) إن صوم أيام التشريق يجوز ويجزئ.

فصل [في بيان ما يفسد الصوم]

ويفسد الصوم بأحد أمور ثلاثة:

الأول: كل ما وصل الجوف^(١) جانياً في الحلق من خارجه مما يمكن الاحتراز منه، لا من العين. ولو ناسياً، خلاف زيد بن علي والباقر والصادق والناصر وأبي حنيفة والشافعي، ولو مكرهاً بقي له فعل أو تمكين، خلاف أحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي، فإن لم يبق له فعل ولا تمكين لم يفسد صومه، خلاف أبي حنيفة. ولو كان مما لا يؤكل ولا يشرب في العادة كالحصاة ونحوها، خلاف أبي طلحة والحسن بن صالح. ولو من ماء المضمضة والاستنشاق بغير اختياره؛ لأنه اختار سببه، وقال أحمد وإسحاق وأحد قولي الناصر: لا يفسد مطلقاً، وقال الصادق: لا يفسد إذا كان في وضوء الصلاة، وقال زيد بن علي: لا يفسد إذا كان في إحدى الثلاث^(٢) في وضوء الصلاة^(٣). ولو كان من دهن سعوط بالنهار ونزل في يومه^(٤)، لا إن كان بالليل ثم نزل بالنهار فلا يضر.

مسألة: وإذا نزل ما بقي بين الأسنان من طعام أو غيره فإنه يفسد، إلا أن يكون يسيراً لا يمكن بذله^(٥) وحده عفي عنه. وقال أبو حنيفة: يعفى عن قدر العدسة فما دون.

مسألة: وإذا أخرج ريقه على طرف لسانه ثم ابتلعه لم يفسد صومه^(٦)، خلاف

(١) والجوف من ثغرة النحر إلى المثانة^[١] هنا، بخلاف الرضاع فهو مستقر الطعام والشراب. (* وهو المعدة.

(٢) يعني: الغرفات.

(٣) وحجة زيد أنه مأذون في المشروع لا فيما زاد عليه. لنا ما مر. (بستان بلفظه).

(٤) وعن القاضي عامر: لا فرق.

(* فيفسد.

(٥) ولا ازدراده.

(٦) فإن تعداه أفسد ولو كان في الهواء متصلاً به؛ لأن قد خرج عن موضعه. وقال الإمام عز الدين: لا يفسد ما دام متصلاً به.

(* وإنما لم يفسد لأنه لم ينفصل عن موضعه، وهو اللسان. (غيث).

[١] وفي تعليق التذكرة: مستقر طعامه وشرابه. (قررو).

الأستاذ، وإن أخرجته إلى خارج شفاته^(١) أو إلى يده ثم ابتلعه أفسد، خلاف أبي مضر. وهكذا فيما خرج منه على السواك أو على الفتلة ثم ابتلعه^(٢). وإن ابتلع طرف خيط وبقي طرفه خارجاً أفسد، خلاف أبي حنيفة، ولا تجزيه الصلاة وهو كذلك؛ لنجاسة داخل الخيط^(٣).

مسألة: وإذا ابتلع النخامة قبل خروجها إلى الفم لم يضره، وإن كان بعد خروجها إليه أو خرج شيء من القيء إلى فمه ثم رجع فإن كان خروجها أو رجوعها باختياره بطل صومه^(٤)، وإن لم يختار أي الأمرين لم يضره. وكذا إذا تعمد القيء ولم يرجع منه شيء من الفم لم يضره، خلاف زيد بن علي والناصر وأبي حنيفة والشافعي. قال الفقيه يحيى البحيح: ويعتبر في الفم بما يصله الماء عند المضمضة، وقال الغزالي: بما خرج عن محل الخاء المعجمة^(٥).

الثاني: الوطء في أي فرج، وهو ما يوجب الغسل، ولو لم ينزل، ولو ناسياً، خلاف من تقدم في الأكل ناسياً. ويعتبر في الخثى بما يوجب الغسل عليه^(٦).

(١) بحيث لو انطبق شفاته لكان من خارج.

(٢) أفسد. (قرئ).

(٣) لعله إذا وصل الخيط المعدة. (مفتي) و(قرئ).

(٤) لأنه إذا اختار الرجوع فقد اختار الفعل، وإن اختار الخروج فقد اختار السبب. (بستان).

(٥) وحاصل الكلام في القيء أنه إن لم يرجع منه شيء لم يفسد مطلقاً، وإن رجع منه شيء باختيار الصائم أفسد مطلقاً، وبغير اختياره يفسد إن تعمد القيء؛ لاختيار سبب الإفطار، وإن لم يتعمد القيء بل ابتدره لم يفسد؛ لأنه لم يصل إلى جوفه بفعله ولا سببه. وهذا كله إذا رجع من موضع التطهير، وهو الفم، وأما من الحلق من داخله فلا يضر ولو تعمد. (قرئ). وقد قيل في الذباب: لا يفسد صومه ولو قصد دخوله؛ لأنه سبب والذباب مباشر. قلنا: لا حكم لمباشرة الذباب كما في طفل وضعت عنده الحاضنة سماً فشره أو نحو ذلك. (حاشية سحولي).

(٦) والذي يوجبه أن يحصل ملاقة ختانيه مع الذكر والأنثى، لا أحدهما فقط؛ لاجتماع موجب ومسقط حين يقدر أنه ذكر في حال وأنثى في حال.

(*) وفي الإنزال وجهان، رجح الإمام يحيى الوجوب. (بحر، وديباج، وبيان من الغسل). ورجح الإمام عز الدين عليه السلام عدم الوجوب، وهو المناسب للقواعد، واختاره سيدنا عامر. وهذا حيث الإنزال من أحدهما أو من الدبر. وفي البحر: الدبر ليس بمحل للشهوة.
(*) إذا أتى في الدبر أو أتى مطلقاً وجامعه ذكر صحيح. (قرئ).

الثالث: إنزال المنى لشهوة^(١) في اليقظة^(٢) ولو عن لمس أو ضم أو تقبيل وفاقاً، وكذا عن نظر لشهوة، خلاف أبي حنيفة والشافعي، وكذا عن فكر، خلافاً لهما وأحد احتمالي السديين. ولا كفارة في ذلك كله^(٣).

مسألة: ولا يفسده الإمداء لشهوة، خلاف الباقر والصادق وأحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي ومالك. ولا مضغ الطعام في الفم ولو وصل طعمه إلى حلقه، خلاف الحقيني، رواه عن المؤيد بالله.

مسألة: ولا يفسده الكحل والذرور^(٤) في العين ولو جرى في الحلق، خلاف ابن أبي ليلى وابن شبرمة. ولا صب الدهن في الأذن ولو وصل الدماغ^(٥)، خلاف أبي حنيفة^(٦)، وكذا في باطن الإحليل، خلاف الشافعي. ولا الحجامة، خلاف أحمد وإسحاق. ولا الغوص في الماء، ولا ما وصل الجوف من غير الحلق كالحقنة^(٧)، خلاف أبي حنيفة والشافعي، وكالطعنة التي وصلت جوفه ولو استقرت فيه،

(١) قال في الانتصار: ولو أمنى من حك ذكره فسد صومه؛ لأن ذلك مباشرة. (زهور، وبستان). وعن الشامي: لا يفسد.

(*) ولو أمنى بعد طلوع الفجر عن جماع قبله فوجهان، أصحهما لا يفسد. (بحر معني).
(٢) بالحركات الثلاث.

(٣) يعني: وجوباً، لا ندباً فسيأتي.

(٤) قلت: والظاهر - والله أعلم - أن المراد بما نزل من الدماغ والعين والأنف والأذن ما ينزل من الفضلات الحادثة فيها إلى الحلق، فلا يضر، إلا أن يخرج إلى محل التطهير ويرجع بفعله أو سببه أفسد، من غير فرق بين النخامة وغيرها. (تكميل).

(*) يعني: ما يذر في العين كالصبر والتشم ونحوهما. حجتنا أنه صلى الله عليه وسلم كان يكتحل بالأثمد وهو صائم. وحجة ابن أبي ليلى وابن شبرمة قوله صلى الله عليه وسلم: ((الفطر مما دخل)) وإذا وجد طعمه فقد دخل. قلنا: لا نسلم؛ لأن العين ليست بمنفذ، سلمنا فمخصوص بفعله صلى الله عليه وسلم. (بستان بلفظه).

(٥) ما لم ينزل الجوف، فإن نزل أفسد. (هامش بحر). إذا جرى في الحلق. (سباع) (قرور).

(٦) حجته أن الدماغ مجوف فكان كالبطن. وحجة الشافعي في الإحليل كذلك. قلنا: قال صلى الله عليه وسلم:

((الفطر مما دخل)) والسابق إلى الفهم من موضع مخصوص، وهو الفم. (بستان بلفظه).

(٧) إدخال الدواء من الدبر.

خلاف أبي حنيفة، ولو طعن نفسه أو طعنه غيره برضاه، خلاف الشافعي. ولا بها وصل الجوف من دواء الطعنة، خلاف أبي حنيفة والشافعي.
 مسألة: ولا يفسده ما نزل في الحلق لا من خارج كالريق ولو كثُر، لكنه يكره، وكالبلغم (١) المعتاد منه (٢) ولو كثُر (٣)، لا النادر (٤) منه فيفسده (٥)، قال الفقيه حسن: إذا كثُر، وقال الفقيه يحيى البحيح: ولو لم يكثر. وقال الشافعي: لا يفسده البلغم مطلقاً.

مسألة: ولا يفسده ما تعذر الاحتراز (٦) منه كالدخان ولو كثُر، ولو تعمده، وكالغبار ما لم يكثر أو يجتمع (٧) في فمه ثم يبتلعه، لا ما اجتمع من قليله في الحلق حتى كثُر ثم نزل، ذكره الفقيه يوسف. وكالذباب والحصاة والبردة وقطرة المطر، إلا أن يفتح فمه لذلك ولو دخل غير ما قصده فيفسده. وإن تعمد فتح فمه لا لشيء ثم دخل شيء من ذلك لم يفسده على الأصح، خلاف بعض نسخ

(١) ينظر؛ فإن ظاهر الأزهار أنه لا يستثنى إلا الريق.

(٢) أي: من الصائم.

(٣) وهو ما زاد على المعتاد. (شرح مذاكرة). وقال القاضي عبدالله الدواري: إن الكثير ما زاد على الريق الجاري في العادة، واليسير دونه.

(٤) أراد بالنادر من لا يأتيه البلغم إلا في النادر فلا يفسد إذا كان يسيراً. (صعيتري). قال سيدنا: وفيه نظر؛ لأن من الناس من لا تعرف له عادة في ذلك، ولأن هذا يؤدي إلى اختلاف المفطرات، فيفطر شخص بها لا يفطر به غيره، فالأولى أن اليسير قدر ريق الفم المطرد في العادة، فزيادة هذا القدر على ريق الفم يسير، وأكثر منه كثير. قال سيدنا: والمراد بالبلغم ما لم يكن من المعدة، فأما ما كان منها فإنه يفطر عندنا قليلاً كان أم كثيراً إذا كان خروجه ورجوعه باختياره أو أحدهما؛ لأنه من باب القيء. (ديباج).

(٥) بثلاثة شروط: أن يكون نادراً كثيراً متعمداً.

(٦) وذكر سيدنا أنه لا يجوز للصائم شرب التين؛ لأنه ينعصر منه قطران. وكذا غيره مما يشرب على صفته؛ لأنه يمكن الاحتراز. (عامر). وظاهر المذهب خلافه؛ لأنه لا يجتمع لرطوبة الحلق والفم، ولا ينعقد منه ما ذكر إن سلم إلا مع البقاء والاجتماع كما يقع من سائر الدخان.

(٧) والذي يمكن الاحتراز منه ما اجتمع من الغبار في الفم وكان يمكن إخراجه ببصق أو بيده. (ديباج). فعلى هذا لو ازدرده بعد الإمكان أفسد فتأمل. (قرور).

التذكرة^(١). وكما يبقى من ماء المضمضة والاستنشاق بعد الاجتهاد في إخراجها. **مسألة:** ولا يفسده الإيجار في الحلق كرهاً إلا أن يتلعه أو يبقى منه تمكين، وكذا جماع المكروهة^(٢) حيث لم يبق منها فعل ولا تمكين، وكذا جماع النائمة حيث لم تعلم^(٣)، وكذا جماع المجنونة جنوناً طارئاً^(٤) ولم تعلم به^(٥)، أو علمت ولم يبق منها تمكين^(٦).

مسألة: ولا يفسده الاحتلام إجماعاً، ولا من أصبح جنباً، خلاف الحسن. وكذا إذا طهرت الحائض أو النفاس في الليل ولم تغتسل إلا في النهار، ولا ما عرض في النهار من الصرع والإغماء والجنون إذا لم يكن منه ما يفسد الصوم، خلاف الناصر^(٧). ولا بنية إفساده^(٨)، خلاف الشافعي. ولا بفعل كبيرة^(٩)، خلاف أحد قولي الناصر^(١٠).

مسألة: من لم يمكنه إنقاذ الغريق إلا بأن يفطر أو يقطع الصلاة وجب عليه ذلك^(١١)، وكذا يأتي في إنقاذ سائر الحيوانات المحترمة، والله أعلم.

(١) وعليه الأزهار.

(٢) ولو أمنت؛ لأن الإماء ضروري لا يمكن دفعه. (قرير).

(٣) يفهم من هذه العبارة ولو حصل منها فعل، وكذا عبارة شرح الأزهار. والمختار أنه إذا حصل فعل أفسد، والله أعلم. (شامي).

(٤) أي: بعد النية، ذكره في الكواكب. أو قبلها وأفادت بقية اليوم ونوت في وقت يتسع للنية قبل الغروب. اهـ ولو حصل الإماء.

(٥) وظاهر شرح الأزهار أنه لا فرق بين العلم والجهل إن لم يبق لها فعل.

(٦) صوابه: ولم يبق لها فعل؛ لأن التمكين منها لا أثر له، وأما لو بقي لها فعل أفسد كما لو أكلت. (شامي).

(٧) فقال: إن الصرع والجنون والإغماء يفسد مطلقاً.

(٨) أي: رفضه.

(٩) ما لم تكن ردة. (قرير).

(١٠) قال عليه السلام: وكلامه محمول على أن الكبيرة مما يفطر بها، نحو شرب الخمر والزنا، لا غير ذلك، بل ينحبط ثوابه. (بستان).

(١١) وينظر لو لم يتخذ الغريق هل يفسد صومه أم لا؟ قال المفتي: حكمه كرضيع أو جنين، فإذا

مسألة: من أفسد صومه في رمضان عمداً لغير عذر فسق^(١)، ولزمه الإمساك^(٢) والتوبة والقضاء، فأما الكفارة فنذب^(٣) لا وجوب عند زيد بن علي والباقر والصادق والناصر وأحد قولي القاسم والهادي والمؤيد بالله والمنصور بالله. وعلى أحد قولي القاسم وأبو طالب أنها تجب في الوطء مطلقاً، وفي الأكل إذا كان عمداً. وقال أبو حنيفة: تجب في الوطء في الفرج عمداً، وفي الأكل عمداً فيما يغتذى به. وقال مالك: تجب في كل إفطار محظور^(٤).

فرع: والكفارة هي عتق رقبة، أو صوم شهرين متتابعين، أو إطعام ستين مسكيناً، يخير بين ذلك عند القاسم وأبي طالب ومالك. وقال أبو حنيفة والشافعي: بل مرتباً كذلك، وبه قال المؤيد بالله على قول من أوجبها أو أراد الاحتياط.

فرع: والصائمة إذا جومعت مطاوعة فالكفارة عليها^(٥)، ومكرهه بقي لها

لم يصح صومه مع خشية الضرر فكذا هنا. ويمكن الفرق بينهما بأن المؤثر في الرضيع والجنين هو نفس الصوم، وهو فعلها، بخلاف هذا فتأمل. وقد قالوا: فعل الكبيرة كالقتل ونحوه لا يفسد الصوم، فبالأولى ترك إنقاذ الغريق. (شامي). ومثله عن التهامي.

(١) قياساً على ترك الزكاة. (غيث). قلنا: هو لا يفسق بالقياس فينظر. ورأيت في حواشي تذكرة السيد أحمد بن علي الشامي أنه يفسق إجماعاً. فعلى هذا هو الدليل، ولأنهم قالوا: يقتل إذا تعمد، والحد دلالة الفسق.

(٢) لكونه أفطر لغير عذر، فالواجب التشبه بالصائمين، ولقوله ﷺ لرجل وقع على امرأته في نهار رمضان: ((إن فجر ظهرك فلا يفجر بطنك)). (بستان بلفظه).

(٣) وذلك لأنه جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال: إني أفطرت يوماً من شهر رمضان، فقال له: ((استغفر الله وصم يوماً مكانه)) ولم يوجب الكفارة، ويحملون حديث الأعرابي الذي سيأتي على الاستحباب؛ لقوله ﷺ: ((كله أنت وعيالك)) ولم يأمره بالإخراج متى تمكن، أو أنه كان مظاهراً. (بستان).

(٤) كجماع غير زوجته، إلا ما أبيع كالمسافر ونحوه. ولفظ البحر: مالك والإمامية: لا يوجبها مفطر إلا حيث يكون معصية. (بلفظه).

(٥) يعني: على قول من أوجبها. وإنما كانت عليها لقوله ﷺ: ((من أفطر في رمضان بالجماع فعليه ما على المظاهر)) يعني من الكفارة، والزوجة قد أفطرت بالجماع. (بستان بلفظه).

فعل أو تمكين فعلى من جامعها^(١). وقال الإمام يحيى والشافعي: إنها على من جامعها ولو هي مطاوعة^(٢).

فرع: ومن كرر الوطء في يوم واحد فالكفارة واحدة، وقال أحمد: تكرر. وفي أيام من رمضان واحد لكل يوم كفارة، وقال الإمام يحيى وأبو حنيفة: كفارة واحدة لكل إلا أن يتخلل التكفير.

فرع: من أفطر بالأكل عمداً ثم جامع في يومه فلا كفارة للجماع، خلاف أبي حنيفة، وإن أفطر بالأكل أو الجماع عمداً ثم تعقبه في يومه ما يبيح له الفطر من مرض أو حيض أو سفر فقال القاسم ومالك: لا تسقط الكفارة، وقال الإمام يحيى: تسقط، وقال أبو حنيفة: تسقط في المرض والحيض، لا في السفر، وقال الفقيه حسن: إنه يأتي ذلك على قول الابتداء والانتهاج^(٣).

مسألة: من أفطر لغير عذر ثم تاب ثم أفطر ثانياً في ذلك اليوم لغير عذر لم يقطع بفسقه في الثاني؛ لأن الحرمة قد ضعفت بالفطر الأول. فإن لم يكن قد تاب فالفطر الثاني في حكم الكبيرة في حقه، بمعنى أنه يصله عقابها لعدم ثوابه، لا أنها كبيرة حقيقة؛ فلا ينتقض وضوؤه بها، ذكره المهدي أحمد بن يحيى، وقال

(*) وعليه لنفسه. (قررو). على قول من أوجبها أو ندباً. (قررو).

(١) فإن أخرجتها رجعت إن نوت الرجوع. وهذا مبني على وجوب الكفارة.

(*) على نفسه، لا عليها فلا شيء. يقال: هلا كان كالحج فيلزمه كفارة عنه وكفارة عنها؟ القياس أنه يكون كذلك. (شامي) (قررو).

(*) المذهب أن الكفارة عليها مطلقاً، إلا أنها ترجع على المكروه بما سلمت من الكفارة، وأما ما سلم المكروه عنها بغير أمرها فغير مجز لها. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

(*) ولا يحتاج إلى إذنها. اهـ وقيل: يحتاج. اهـ وهذا مبني على وجوب الكفارة.

(٢) وحجة الشافعي والإمام يحيى أنه صلى الله عليه وسلم أمر المجامع ولم يوجب على المرأة شيئاً. (بستان بلفظه).

(٣) ويتفقون أنه يأثم، لكن هل تكون كبيرة؟ لعلها تكون كبيرة اعتباراً بحال الفعل. (شامي).

(*) وضعفه في الأزهار.

الفقيه يوسف: بل ينتقض وضوؤه بها^(١).

مسألة: وخبر المجامع^(٢) في نهار رمضان قد دل على أحكام عشرة ذكرها في الانتصار: أنه يجوز إظهار الجزع عند الندم من المعصية^(٣)، وأن المفتي يستفصل مجمل سؤال السائل^(٤)، وأن الكفارة واجبة^(٥)، وأمر الرسول ﷺ بأكل ما أعطاه إما خاص فيه أو ثم تبقى الكفارة عليه. وأنها على الترتيب. وأنه يجوز إعانة من لزمه مثل ذلك من بيت المال إذا تاب، خلاف ما ذكره أهل المذهب^(٦). وأنه يعمل بالظن في حقوق الله تعالى؛ لأنه ﷺ قبل قول الرجل في أنه فقير. وأن التبرع بحقوق الله لا يصح؛ لأنه ملكه ما أعطاه ولم يخرج عنه.

(١) لأنه داخل في حد الكبيرة، وهي ما زاد عقابها على ثواب صاحبها؛ فعلى هذا في الفساق فعل أدنى معصية ينقض وضوءهم. (شامي).

(٢) وهو أن أعرابياً جاء إلى النبي ﷺ يضرب صدره ويخمش وجهه ويقول: هلكت وأهلكت، فقال ﷺ: ((ويلك مالك؟)) فقال: وقعت على امرأتي وأنا صائم في رمضان، فقال له الرسول ﷺ: ((اعتق رقبة))، فقال: لا أجد لها، فقال له: ((صم شهرين متتابعين))، فقال: من الصوم أتيت. فقال: ((أطعم ستين مسكيناً))، فقال: لا شيء لي أتصدق به. فسكت رسول الله ﷺ ثم أمر له بعرق من تمر فقال: ((خذ هذا وتصدق به))، فقال: يا رسول الله، والذي بعثك بالحق نبياً ما بين لابتيها أحد أحوج إليه مني ومن أهل بيتي، فضحك رسول الله ﷺ حتى بدت أنيابه وقال: ((كله أنت وعيالك)). (بستان بلغظه).

(٣) وذلك لأنه جاء وهو يضرب صدره ويخمش وجهه ولم ينكره ﷺ. (بستان).

(٤) لأنه ﷺ قال: ((ويلك مالك؟)).

(٥) وفيه ما مر من الجواب على من قال بالوجوب.

(٦) يعني: في الغارم^[١]، ولا وجه له؛ لأن بينهما فرقاً، وهو أنه عصي هنا بغير مال فيعان، وفي مسألة الغارم عصي بنفس المال. (سماح سيدنا عامر). ويلزم على هذا الفرق أن من قتل قتلاً عمداً وطلبت منه الدية أنه يعان؛ لأنه عصي بغير مال. (هبل). لعله ملتزم، وقد ذكره الإمام شرف الدين ﷺ، وقرره إمامنا المتوكل على الله إسماعيل. وصرح في الوابل أنه يعان. (قرر).

[١] ولفظ حاشية: فيمن لزمه دين في معصية الله. اهـ وقد أجاب الإمام شرف الدين ﷺ عن هذا وأنه لا يلزم من هذا جواز الإعانة لمن لزمه دين في معصية.

وأَن إخراج الكفارة مؤخر عن نفقة العيال^(١). وَأَن المرأة لا كفارة عليها^(٢)؛ لأنه ﷺ لم يخبر عنها بشيء، وهو في محل التعليم. وَأَن طعم الستين المسكين هو ثلاثون صاعاً، وهو ظاهر قول الهادي والناصر والأمير الحسين، وقال أبو طالب وأبو العباس: إنه ستون صاعاً^(٣)، وقال الشافعي ومالك: إنه خمسة عشر صاعاً.

(١) بناء على أَن الكفارة باقية في ذمته.

(٢) المذهب تندب في حقها إذا كانت مطاوعة.

(٣) لأن زوجته أعانته بمثل ما أعانته به النبي ﷺ.

فصل [فيمن يجوز له الفطر وأحكامه]

يجوز الفطر لثمانية:

الأول: المسافر متى خرج من الميل عازماً على سفر القصر الذي تقدم الخلاف فيه. وعلى قول المؤيد بالله^(١) متى خرج من بلده عازماً على ذلك. قلنا: ولو لم يخش مضرة ولا تعباً، ولو أقام في موضع دون عشر ما دام يقصر الصلاة، ولو أنشأ السفر بعد الفجر، خلاف أبي حنيفة والشافعي، ولو قصد بسفره جواز الفطر فقط أو الوطء. ويستحب الصيام الفرض في السفر^(٢)، لا النفل فيكره^(٣).

مسألة: من عزم على السفر وخرج عن الميل فأفطر ثم بدئ له فرجع لم يلزمه الإمساك^(٤).

مسألة: إذا وصل المسافر بلده أو دار إقامته قبل يفطر لزمه إتمام الصوم، بخلاف الكافر إذا أسلم والصبي إذا بلغ والمجنون^(٥) إذا عقل في بعض اليوم فلا يلزمهم الإمساك؛ لأن أوله ساقط عنهم فلا يتبعض عليهم، وكذا الحائض إذا طهرت.

الثاني: المريض ومن في حكمه^(٦) حيث يخشى من صومه حدوث علة أو زيادتها أو استمرارها^(٧) فيستحب له الفطر، فإن صام أجزاءه، ذكره المؤيد بالله وأبو طالب، وإن خشي التلف من الصوم وجب الفطر، فإن صام لم يجزه إذا

(١) الذي مر في صلاة السفر.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ﴾ [البقرة ١٨٤].

(٣) لقوله ﷺ: ((ليس من البر الصيام في السفر)).

(٤) بل يندب. (قررو).

(٥) وهذا في المجنون الأصلي [الذي قبل البلوغ]، وأما في الطارئ فيجب الإمساك وينوي الصوم حيث لم يكن قد أفطر، وحيث قد أفطر يستحب الإمساك ويجب القضاء. (كواكب).

(٦) والذي في حكم المريض من يخشى حدوث علة وهو صحيح. (قررو). ولو في المستقبل كالسدم. (زهور). ويكفي الظن في حصول الضرر.

(٧) أو ببطء برئها. (قررو).

تلف، وإن سلم جاء على قول الابتداء والانتهاء^(١). فإن لم يحش ضرراً قط لم يجز له الفطر لمجرد المرض، خلاف مالك والسيد يحيى بن الحسين. الثالث: صاحب العطش الذي لا يصبر عن الماء، فيجوز له الفطر^(٢) بالماء وغيره.

الرابع: الشيخ الكبير العاجز عن الصوم.

الخامس: المرأة الحامل إذا خشيت ضرر ولدها من صومها لزمها الفطر، فإن صامت لم يجزها^(٣).

السادس: المرأة المرضعة إذا خشيت ضرر ولدها^(٤) من صومها فيلزمها الفطر، وإن صامت لم يجزها. ومن جاز له الفطر جاز له الوطء. ويعتبر في خشية

(١) ذكره الفقيه حسن، وقال الفقيه يوسف: فيه نظر، والقياس الإثم وعدم الإجزاء؛ إذ صومه في أول اليوم محذور كصوم الحائض. (غيث، وشرح بهران).

(*) وفي البحر: لا يجزيه وإن سلم. وهو المذهب.

(٢) ويدخل في جواز الإفطار لخشية الضرر من كان يزوال الأعمال الشاقة فإنه إذا خشي الضرر من الصوم عند مزاولتها جاز له الإفطار ولو كانت من الأعمال المباحة، ولا يلزمه ترك ذلك العمل لأجل الصوم. (حاشية سحولي لفظاً) (قرئ).

(٣) وتضمنته إذا حصل في الصبي ضرر أو تلف بسبب صيامها، ويكون على العاقلة. (غيث، وكواكب). قرئ مع الجهل، وأما مع العلم فمن مالها. (قرئ).

(٤) بل ولو مستأجرة. (حماطي) (قرئ).

(*) فإن سلم الجنين جاء على قول الابتداء والانتهاء. ومثله عن الشامي. وعن المفتي: لا يجزيها ولو سلم؛ إذ هو حق للغير فلا يأتي الابتداء والانتهاء. ومثله في حاشية السحولي.

(*) يقال: هل يجب عليها أن تفعل ما يمنع تضرره لعدم الرضاع فيها، كأن تسقيه لبن السائمة أو غيره يرويه - أم لا؟ قال سيدنا صارم الدين إبراهيم بن يحيى السحولي [١]: لا يرخص لها في الإفطار مع ذلك. وقال غيره: بل نفس الرضاع مرخص للإفطار ولو أمكنها فعل ذلك، لكنه يستحب. ومثله عن الهبل.

[١] لفظ حاشية السحولي: ولعل المراد في حق المرضعة حيث لا يوجد ما يقوم مقام الرضاع للطفل، أما لو وجد ما يقوم مقام الرضاع بحيث لا يتضرر معه بترك الرضاع فلا ترخيص.

الضرر والتلف بالظن.

السابع: المجروح إذا ظن أن جرحه لا يندمل مع الصوم أو يطول بقاؤه.
 الثامن: المكره على الفطر بضرب أو حبس محققين، قال الفقيه محمد بن يحيى:
 ولا يكفي في الإكراه خشية الضرر؛ لأن الفطر فعل محذور، وقال الفقهاء محمد بن
 سليمان وحسن ويوسف: بل يكفي؛ لأنه ترك واجب كما في المرض ونحوه.
 فرع: ومن أكره على الفطر لخوف القتل استحب له الصوم ولو قتل إذا كان
 ممن يقتدى به، لا إن لم يكن كذلك^(١). وقال المؤيد بالله: بل يستحب مطلقاً.
 مسائل: ومن أفطر لعذر فعليه القضاء متى أمكنه، ولا فدية عليه، خلاف
 الناصر^(٢) في المسافر والحامل والمرضع. فإن تعذر عليه القضاء فعليه الكفارة
 تخرج من ثلث تركته إذا أوصى بها، إلا حيث كان آيساً من زوال عذره من وقت
 الفطر فإنه يخرج الكفارة في حياته، وإن لم أخرجها وارثه^(٣) من رأس المال ولو
 لم يوصى بها. فلو أخرج الكفارة عند الإياس ثم زال عذره فقال القاضي زيد: لا
 شيء عليه، وقال القاضي جعفر: يلزمه القضاء^(٤).

فرع: والكفارة نصف صاع من أي حب^(٥) عن كل يوم، ذكره أبو العباس
 وأبو طالب. وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: نصف صاع من البر أو صاع من غيره.
 وقال المنصور بالله: مد من البر أو مدان من غيره. وقال الشافعي: مد من الكل.

(١) فيحرم. (كواكب معني). لفظ الكواكب: وظاهر كلام الكتاب أنه يحظر الصوم مع خشية
 التلف عند الإكراه كما في المريض، وهذا يستقيم على قول الهدوية إذا كان هذا المكره ممن لا
 يقتدى به. (باللفظ).

(٢) في الفدية فقط.

(٣) حيث لا وصي. (قررو).

(٤) وفي الأئمة: أنه إن أفطر لعذر مأيوس ثم كفر ثم زال عذره لم يلزمه القضاء، وإن أفطر لعذر
 مرجو ثم ظن الإياس ثم كفر ثم زال عذره لزمه القضاء في وقته، كالحج. الله أعلم.

(*) كمن حجج لعذر مأيوس ثم زال عذره. (قررو).

(٥) تملكاً لا إباحة. (قررو).

وهكذا الخلاف في كفارة الصلاة عن كل خمس صلوات^(١) إذا أوصى بها، وإلا فالواجب فيها القضاء فقط إذا أمكن.

مسألة: من أفطر لعذر ثم زال عذره في بقية يومه استحب له الإمساك دفعاً للتهمة^(٢). وقال الشافعي: لا يستحب. وقال أبو حنيفة: يجب. وهكذا في الحائض إذا طهرت، والكافر إذا أسلم، والصبي إذا بلغ، والمجنون^(٣) إذا أفاق، يستحب لهم الإمساك إن لم يكن قد أفطروا^(٤)، والقضاء^(٥) إن كانوا قد أفطروا. وقال الإمام يحيى: يجب قضاء اليوم الذي أسلم فيه.

مسألة: من أفطر لعذر ولو ناسياً فعليه الإمساك في صوم رمضان، وكذا في النذر المعين، خلاف المنصور بالله^(٦). لا في النذر غير المعين والقضاء والكفارات فلا يلزم الإمساك وفاقاً، مع أنه لا يجوز له الإفطار لغير عذر، خلاف الجويني^(٧)، ولا يقطع بنفسه، خلاف تخريج القاضيين زيد وأبي مضر^(٨). وفيه نظر^(٩).

(١) نصف صاع.

(٢) يقال: فهلا وجب دفعاً للتهمة. يقال: التهمة التي يجب دفعها ما كان يؤدي إلى الإثم، كمحادثة المحرم في الطريق.

(*) بعدم الرغبة في الثواب.

(٣) الأصلي، لا الطارئ فيجب عليه الإمساك إن لم يكن قد أفطر، والقضاء إن كان قد أفطر.

(٤) بل يندب لهم الإمساك مطلقاً، صرح به في بعض الحواشي. (قرئ).

(٥) يستحب. وجه الاستحباب أنه قد صار مخاطباً في بعض اليوم. (بستان).

(*) وجوباً في الحائض والنفساء والمجنون الطارئ، مستحب في غيرهم. (قرئ).

(٦) يعني: فلا يجب ولا يستحب، قال: لأنه لا حرمة لغير رمضان. قلنا: ما أوجبه الإنسان على نفسه فرغ على ما أوجبه الله عليه ومشبه به. (بستان).

(٧) هكذا ذكر أن الواجب إذا كان غير معين جاز إفطاره، وقواه الفقيه حسن. (بستان).

(٨) في النذر المعين والقضاء. (كواكب). ولفظ التذكرة: قال القاضي: ويفسق إذا أفطر لغير

عذر فيها. اهـ قوله: «فيهما» يعني في القضاء والنذر المعين، وهذا ذكره القاضي زيد وأبو

مضر على أصل الهادي عليه السلام قياساً على رمضان؛ لأنه يفسق بالقياس. (كواكب لفظاً).

(٩) لأن التفسيق لا يكون إلا بدليل قطعي. قال عليه السلام: ما ذكره القاضيان من أكياسهما، وليس

مسألة: من ترك صوم رمضان أو بعضه لغير عذر استحلالاً أو استخفافاً كفر وصار مرتداً، ولا قضاء عليه بعد التوبة، خلاف زيد بن علي والناصر وأبي حنيفة والشافعي. قال الإمام يحيى: وكذا الخلاف في الكافر المتأول إذا تاب. وإن كان تركه للصوم تمرداً فقط فسق^(١) ولزمته التوبة والقضاء عن كل يوم يوماً. وقال ابن المسيب: شهراً. وقال النخعي: ثلاثة آلاف يوم. وقال الأستاذ وأحد قولي الناصر: لا قضاء عليه^(٢).

مسألة: ومن جن رمضان كله أو بعضه أو أعواماً كثيرة بعد ما كان بالغاً عاقلاً^(٣) لزمه قضاء الصوم^(٤) متى أمكنه^(٥)، خلاف الناصر والشافعي. وقال

للهادي عليه السلام، وهو خطأ على المذهب، وإقدام على التفسيق من غير بصيرة ولا دلالة قاطعة، وهي هفوة وميل عن طريق الحق الواضح. (بستان بلفظه).

(*) قال في البحر: من أفطر الشهر لعذر مرجو فمات منه فلا قضاء ولا فدية؛ إذ لم يتمكن من أداء ولا قضاء فلا وجوب [واختاره في الانتصار عن أئمة العترة والفريقين]. وقيل: يفدى عنه كاهم. اهـ وهو ظاهر شرح الازهار في قوله عليه السلام: أو أيس عن قضاء ما أفطره.

(١) لعله على القول بالتفسيق بالقياس، ذكره في الغيث.

(٢) لأنه قد كفر على مذهبه، يعني: الناصر؛ لأنه لا يثبت منزلة بين المنزلتين.

(٣) يعني: فأما ما كان من قبل التكليف واستمر فلا قضاء عليه؛ لأنه لم يخاطب به وقت الأداء، والقضاء فرع الخطاب. وإنما لزم القضاء في الجنون الطارئ لأنه من جنس المرض، وقد قال تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾، بخلاف الصلاة فيسقط القضاء؛ لقوله صلى الله عليه وآله: ((رفع القلم عن ثلاثة .. الخبر)). (بستان بلفظه). وعن المفتي: أما قولهم: إن الجنون والإغماء مرض فيقضيان فضعيف؛ إذ لا خطاب على زائل العقل، بخلاف المريض، فينظر في وجه الوجوب. والقضاء عندما بأمر جديد. (مفتي). قال الشامي: فلا فرق بين أصلي وطارئ؛ لقوله صلى الله عليه وآله: ((رفع القلم ..))، إلخ، وقولهم: من جنس المرض دعوى فتأمل. اهـ إلا أن يقاس على النائم لو نام يومين مثلاً فإنه يجب عليه القضاء، ووجه الشبه بينهما ظاهر. (عن السيد صلاح بن أحمد بن مهدي).

(٤) بخلاف الصلاة فلا قضاء عليه، وأما السكران فيقضي الصلاة والصوم معاً، لكن يقال: لو صام السكران في حال سكره هل يجزيه أم لا؟ يقال: يجزيه كالصلاة.

(٥) فإن استمر عليه حتى مات وجبت عليه الفدية؛ لأن زوال العقل عارض بمنزلة المرض. ووجد عن خط حثيث أنه لا شيء عليه فليتنظر.

أبو حنيفة: يجب القضاء إن جن بعض الشهر لا كله.

مسألة: ومن لم يحص^(١) عدد ما فاته من رمضان^(٢) فعليه القضاء بالتحري حتى يظن أنه قد استغرق ما عليه، وندب له الزيادة احتياطاً بنية مشروطة^(٣)، فإن عرف وقت بلوغه ولم يكن صام شيئاً وجب عليه العلم بالاستغراق.

مسألة: ومن دخل في صوم تطوعاً ثم أفسده فلا إثم عليه ولا قضاء، خلاف زيد بن علي وأبي حنيفة^(٤).

مسألة: ويستحب التتابع في القضاء^(٥)، وإن فرقه جاز^(٦)، خلاف الناصر. وقال الشافعي: يجب التتابع إن فاته متتابعاً لا إن فاته متفرقاً.

مسألة: من لم يقض ما فاته حتى دخل عليه رمضان الثاني^(٧) فعليه القضاء من بعد والكفارة عن كل يوم نصف صاع، ذكره في الأحكام وأحد قولي أبي طالب والمنصور بالله. وقال في المنتخب وزيد بن علي والمؤيد بالله وأبو حنيفة: لا تجب الكفارة، بل تستحب. فلو حال عليه أعوام كثيرة فالكفارة واحدة، وقال بعض أصحاب الشافعي: بل لكل عام كفارة. ومن لم يقض ما فاته إلى آخر يوم من شعبان ثم مات في ذلك اليوم^(٨) ففي لزوم الكفارة عليه احتمالان، الأرجح عدمه، ذكره الفقيه محمد بن يحيى.

(١) في (د): يحصر.

(٢) وكذا الصلاة والزكاة. (قرئ).

(٣) للزائد على المتيقن، وأما المظنون فنيته مقطوعة بالمعلوم، وإنما المشروطة في المشكوك فقط. (قرئ).

(٤) قياساً على الحج.

(٥) إلا أن لا يبقى من العام إلا ما يسع القضاء إلى دخول العام الثاني وجبت الموالاة.

(٦) فإن قيل: الواجبات على الفور، فكيف أجزتم لهم التفريق؟ فقيل: المراد به أنه يجوز له أنه يجوز. وقيل: إن قضاء الصوم على التراخي. وفي حاشية: خاص فيه، وروي أن عائشة كانت تقضي في شعبان. (برهان).

(٧) والمعتبر أول جزء منه. (قرئ).

(٨) قبل غروب شمس آخر يوم منه. وفي بعض الحواشي: بعد طلوع فجر آخر يوم منه. ولفظ حاشية السحولي: قبل طلوع فجر رمضان.

مسألة: ولا يجزئ القضاء في يومي العيدين^(١) وفاقاً، وكذا في أيام التشريق، خلاف المؤيد بالله والمرضى وأحد قولي العباس.

مسألة: من أمر غيره يصوم عنه قضاء ففي حياته لا يصح وفاقاً، وبعد موته لا يصح عند زيد بن علي والقاسم وأبي طالب وأبي حنيفة والشافعي. وقال الباقر والصادق والناصر والمؤيد بالله والمنصور بالله والوافي: يصح.

فرع: فإن عين الموصي أنه يصام عنه أو يكفر عنه امتثل الوصي ما أمره به، وإن قال: «علي صوم خلصني منه» عمل الوصي بمذهب نفسه في ذلك^(٢). فأما الصلاة فلا تصح النيابة^(٣) في قضائها مطلقاً، خلاف الصادق بعد الموت^(٤).

مسألة: من مضى عليه رمضان أو بعضه ولم يتمكن من صومه أداء ولا قضاء لعله به حتى مات فعليه أن يوصي بالكفارة عن الصوم، خلاف الناصر والفريقين.

(١) لأن القضاء فيها ناقص والفائت كامل؛ فلذا وافق المؤيد بالله عليه السلام.

(٢) وفي الأزهار: إذا قال: «علي صوم» حمل على التكفير.

(٣) وكلام الأزهار في الوصايا يقضي بوجوب الامتثال ما لم يعرف له قصد. و(قررو).

(٤) والإمامية. ومذهب جماعة من أهل البيت عليهم السلام ومن شيعتهم ومن المحدثين أن هدايا الأعمال تبلغ الأحياء والأموات، وكان عابد زمانه إبراهيم الكينعي عادت بركاته يفعل ذلك، ويروي فيه أحاديث كثيرة. (شرح هداية).

فصل [فى النذر بالصوم]

ولصحة النذر بالصوم شروط أربعة:

الأول: أن يكون الناذر مكلفاً مسلماً مختاراً، فلو نذر المسلم ثم ارتد بطل نذره سواء كان مطلقاً^(١) أو معلقاً بشرط.

الثانى: أن يلفظ به^(٢)، فلا يصح بالنية وحدها، خلاف مالك.

الثالث: أن يكون النذر بما يمكن صومه، لا بما يتعذر كيوم قد مضى، أو سنين كثيرة يعلم أنها تزيد على عمره^(٣)، أو يوجب ما هو واجب عليه بإيجاب الله تعالى^(٤) بعد وجوبه^(٥) أو بإيجاب نفسه، إلا أن يقصد مثله لزمه.

الرابع: أن ينذر بما يصح الصوم فيه، فلا يصح النذر بصيام الليل، ولا بصيام المرأة أيام حيضها^(٦)، فأما أيام عاداتها فإن مطلقها الحيض فيها لزمها، وإن أتاها فيها فقال أبو مضر: يلزمها قضاؤها^(٧)، وقال الأستاذ: لا يلزمها.

وليس من شرط النذر أن يقول: لله، خلاف زيد بن علي وأحد قولي أبي طالب. ولا النية، خلاف الناصر والمتكلمين. ولا الحرية، فيصح من المملوك النذر بالصوم،

(١) هلا قيل فى المطلق: يخاطب به ويسقط بالإسلام لا بنفس الردة فينظر. الظاهر أنه كذلك. (شامى).

(٢) أو ما فى حكمه، كالكتابة مع النية. (قررد).

(٣) وعليه كفارة يمين. (قررد).

(٤) وعليه كفارة يمين. (قررد).

(٥) ينظر هل هذه اللفظة فائدة^[١]. (شامى). قال فى الكوكب: والأقرب فى وجهه أنه أوجه على نفسه بالنذر قبل وجوبه عليه بإيجاب الله؛ لأنه لا يجب إلا بدخوله كل يوم وقته، فيصح النذر، لكن متى دخل رمضان وصار واجباً بإيجاب الله تعذر عليه صومه عن النذر لتقديم صوم رمضان، فيلزمه قضاؤه. (كواكب لفظاً).

(٦) وعليها كفارة يمين؛ لأنها نذرت بمحذور.

(٧) وذلك لأن عنده أن النذر قد انعقد؛ لجواز أن يمطلقها الدم فيها. وأما كلام الأستاذ فأخذه الوالد له من قوله فيمن نذرت بصوم سنة معينة: إنها لا تقضى أيام حيضها. (بستان).

[١] فائدتها ما سيأتى فى المسألة السادسة عشر. [وفى المسألة التاسعة من هنا]، ولفظ حاشية: ويؤيد كلام البيان هنا ما سيأتى فيمن نوى سنة معينة لزمه التتابع وقضاء رمضان. (من خط سيدنا حسن).

لكن لا يصوم إلا بإذن سيده أو بعد عتقه، وإن مات قبله فلا شيء عليه. **مسألة:** من نذر بصوم يومين في يوم لزمه يوم فقط^(١)، بخلاف النذر بحجتين أو أكثر في عام واحد فيلزمه الكل؛ لأنه يمكن فعل الكل لكن الشرع منع، فيحج كل عام حجة، فلو مات ثم حجج عنه وصيه جماعة في عام واحد فالأقرب صحته^(٢).

مسألة: من نذر بصيام العيدين أو أيام التشريق صح نذره^(٣)، خلاف الناصر والصادق والمنصور بالله والشافعي، ويفطرها ويقضي بعدها، فإن صامها لم تجزئه، خلاف المؤيد بالله والمرضى وأبي العباس وأبي حنيفة. فأما النذر المطلق والقضاء فلا يصح في يومي العيدين وفاقاً، وفي أيام التشريق على هذا الخلاف.

(١) وعليه كفارة يمين لفوات نذره الآخر. وقيل: لا شيء عليه. (رياض). ويصوم يوماً كما هو صريح الكتاب. (شامي).

(*) ينظر، فإنه سيأتي في باب النذر أن الفعل إذا كان غير مقدور أنه لا ينعقد النذر ويلزمه كفارة يمين.

(*) وذلك لأنه لا يمكنه فعل الكل في يوم. (بستان).

(٢) لكن هذا في الحج، فأما في الصوم لو أوصى بثلاثين يوماً أو نحوها هل يصح من الولي أن يستأجر ثلاثين شخصاً يصومون يوماً واحداً؟ قال في الكفاية: يصح، وقال أبو جعفر: لا يصح. ومثله عن الإمام عز الدين عليه السلام. وقواه الشامي، وقوى حثيث الأول.

(*) إن قيل: النائب فرع عن المتوب عنه، فكما لا يصح من الأصل لا يصح من فرعه، فينظر، وهو ظاهر الأزهار في قوله في أول الوكالة: «وما ليس للأصل توليه بنفسه»، إلا ما استثناه في غالباً، وأيضاً قد نصوا على أنه لا يصح أن يستأجر عشرة يصومون يوماً عن عشرة أيام عمن أوصى به، وأيضاً قد جعلوا في باب النذر النذر بألف حجة غير مقدور، فلو كان يصح في العام الواحد أكثر من حجة لقالوا: يحج في حياته ما أمكن ويوصي بما بقي، فلا يكون حينئذ غير مقدور فتأمل، والله أعلم. (يروى عن الشامي). أما الوجه الأخير فلا يستقيم الاستشهاد به؛ لأنه لا يلزمه الإيصاء إلا بما وجب عليه في حال حياته، وهو لا يجب إلا ما يدخل تحت مقدوره، والله أعلم.

(٣) مطلقاً: سواء كان ناجزاً أو معلقاً. (قرور).

مسألة: من نذر بصوم أمس لم يصح^(١)، إلا أن يريد اليوم الذي مثل أمس لزمه.
مسألة: من نذر بصوم يوم معين أو شهر معين ثم مات قبل يصله فلا شيء عليه^(٢)، وقال الأستاذ: يلزمه الإيضاء بالكفارة عنه. وكذا حيث يكون النذر في الذمة ومات قبل مضي شيء منه^(٣)، وإن مات بعد مضيّه أو بعضه لزمه الإيضاء بالكفارة عما مضى منه^(٤).

مسألة: ومن نذر بصوم يوم يقدم زيد فقدم ليلاً فلا شيء عليه، بل يستحب له صيام ثانيه، وإن قدم نهراً لم يفطر فيه لزمه صيامه^(٥)، وعلى قول المؤيد بالله يقضي يوماً؛ لأنه يوجب تبييت النية. وإن قدم نهراً قد أكل فيه فقال المرتضى وأبو حنيفة: لا شيء عليه^(٦)، وقال أبو يوسف وزفر والإمام يحيى: يلزمه قضاء يوم عنه. والأقرب التلفيق بين القولين، فحيث يقول: «علي صيام يوم يقدم زيد» يلزمه القضاء؛ لأن النذر قد انعقد باللفظ، وحيث يقول: «متى قدم زيد فعلي صيام ذلك اليوم» لا يلزمه القضاء^(٧)؛ لأنه لا يلزمه النذر إلا بعد حصول

(١) لأنه غير مقدور، وعليه كفارة يمين. (هامش بحر) (قررو).

(*) فإن نذر بنصف يوم لزمه يوم كامل.

(٢) قيل: وعليه كفارة يمين. وقيل: لا شيء عليه. (رياض من كتاب النذر).

(٣) سيأتي فيمن نذر بالحج مطلقاً فأدركه الموت قبل التمكن أنه يوصي به، قال: لأنه صار واجباً عليه في ذمته، بخلاف المعين إذا مات قبل مجيء وقته فلا شيء، فهذا يقضي بوجوب الإيضاء مطلقاً في المطلق، فيحقق.

(٤) كفارة صوم. (قررو).

(*) وظاهره سواء تمكن من فعله أم لا بأن يكون مريضاً أو نحوه. وفي حاشية السحولي على قوله: «ومتى تعذر» ما لفظه: بعد التمكن.

(٥) ولا يحتاج إلى تبييت النية؛ لأن النذر حيثئذ قد تعين.

(٦) بل يستحب له صوم ثانيه. (برهان).

(*) وعليه كفارة يمين؛ لأنه نذر بما يقدر عليه. والصحيح لا كفارة عليه. (قررو).

(٧) والمختار أنه لا فرق بين متى وعلي. (شامي). وهو ظاهر الأزهار في قوله: وإلا قضى ما يصح منه فيه الإنشاء.

الشرط، وهو قدوم زيد، وهو لا يصح النذر بصوم يوم قد أكل فيه^(١).
مسألة: من نذر بصوم هذه السنة^(٢) لزمه صوم ما بقي منها^(٣) فقط، إلا أن يريد سنة كاملة صامها على ما تهل شهورها، إلا ما صامه من بعضه فيوفيه ثلاثين يوماً^(٤). وإن نذر صيام سنة غير معينة صام ثلاثمائة وستين يوماً إن صامها أياماً متفرقة^(٥)، وإن صامها شهوراً فحيث يبدأ الشهر من أوله يصومه على ما يهل، وحيث يتديه من بعض شهر يكمله ثلاثين يوماً من الشهر الذي يليه إن صام بعضه، وإن صام الكل كان على ما يهل ويوفي الشهر الأول من الشهر الثالث، إلا أن يصومه كله فكالثاني، وكذلك ما بعده.

مسألة: من نذر بصيام الدهر فإن أراد الدهر كله لم يصح ولزمته كفارة يمين؛ لأنه نذر بما لا يقدر عليه، قال المنصور بالله: وكذا إن لم يكن له نية. وإن أراد عمره^(٦) صح نذره ولزمه الصيام، وما أفطر فيه لعذر أو لغير عذر كفر عنه^(٧)؛ لتعذر قضائه. وقال المرتضى وعلي خليل: إذا صام أيام البيض من كل

(١) إن قلت: ظاهره أنه إذا لم يكن قد أكل فيه لزمه، وفيه تقدم المشروط على شرطه. (مفتي). ولعل أهل المذهب لا يجعلونه شرط ترتب، وإنما هو كالكاشف فتأمل. (شامي).

(٢) وكذا الشهر. (نجري). (قررو).

(٣) وذلك لأن التعريف يقتضي المعهود، ولا عهد ههنا إلا سنة التاريخ من الهجرة النبوية، فيلزمه ما بقي منها ولو قل، وأولها المحرم إلا لعرف بخلافه أو يقصد غيره. (بستان).

(٤) من الشهر الثالث عشر. (قررو).

(٥) واختار في البحر أن السنة المطلقة كالمعينة يجب التتابع، قال: إذ لا يسمى المتفرق سنة لا لغة ولا عرفاً، وكالشهر. قلت: لا نسلم في الشهر المطلق. (هامش بحر). المختار البيان.

(٦) أي: بقية عمره.

(٧) كفارة صوم. (قررو).

(*) قال في البرهان عن الكافي: ولا شيء عليه لأيام العيدين والتشريق والحيض؛ لأنها كالمستثناة. قال الوالد رحمته الله، والقياس أنه يجب التكفير عن العيدين وأيام التشريق عندنا، خلاف الناصر والصادق والمنصور بالله والشافعي، وعن أيام الحيض، خلاف الأستاذ، وعن رمضان، خلاف المنصور بالله وأبي حنيفة وابن أبي الفوارس. (بستان بلفظه).

شهر كفاه، قال الفقيه يحيى البحيح: إلا أن ينوي صيام عمره الكل لم تجزئه^(١). وعلى قول الصادق والشافعي إذا أخرج كفارة يمين عن نذره أجزاه.

مسألة: ومن نذر صوم شهر يوم يتخلص من كذا ثم تخلص منه في آخر يوم من شعبان أو من رجب وقد كان نذر صيام شعبان - فإنه يقدم عليه صيام رمضان والنذر المعين ثم يصوم الشهر المنذور به من بعد؛ لأنه في الذمة غير معين^(٢). فإن قال: «من يوم يتخلص من كذا» فحيث لم يصادف يوماً لازماً له يصوم شهراً من يوم يتخلص، وحيث حصل شرطه في أول شهر قد كان نذر به لا يصح نذره^(٣)، وإن حصل قبله بيوم أو أيام صام تلك الأيام فقط.

مسألة: من نذرت صوم يوم يقدم زيد فقدم في يوم حيضها لزمها قضاؤه^(٤)، وإن قالت: «متى قدم زيد فعلي صوم ذلك اليوم» ثم قدم في يوم حيضها فلا شيء عليها، وهكذا فيمن قال: «متى قدم زيد فعلي صيام ذلك اليوم» ثم قدم في رمضان أو في يوم قد نذر بصيامه فلا يلزمه شيء^(٥)، وإن قال: «علي صوم يوم يقدم زيد» ثم قدم في رمضان فعليه قضاء يوم بدله؛ لأنه نذر به قبل يوجبه الله عليه، وفيه الخلاف الذي يأتي فيمن نذر بصوم سنة معينة. وإن قدم في يوم قد نذر بصيامه صامه عن المتقدم من النذرين، ولا شيء للمتأخر في اللفظ^(٦).

(١) أي: أيام البيض.

(٢) بل هو معين؛ وهذا ينوي ولو في النهار، ويصح النذر به؛ لأنه في حكم من أراد غير ما وجب فيه، وإنما قدم شعبان ورمضان لاستحقاقهما ذلك الصوم فيه، لكنه لا يعرف تعيينه إلا بالتخلص. وكذا لو قال: يوم يقدم زيد، لكنه لا يعرف تعيينه إلا بقدم زيد، وصرح به في الكواكب في أول باب النذر، فيقضي الشهر في غير ما وجب فيه الصوم والإفطار. (قرير).

(٣) لعل هذا يستقيم على التلفيق الذي مر للقاضي رحمته الله؛ لأنه لم يتعقد نذره إلا يوم يتخلص، وأما على قاعدة الإمام المهدي عليه السلام وغيره فالقياس أنه يقضي بدل نذره مثله في غير واجب الصوم، وكذا في الكواكب؛ لأنه أراد غير ما وجبه فيه.

(٤) وظاهر الأزهار خلافه؛ لأنه لا يصح منها فيه الإنشاء.

(٥) هذا كله على التلفيق الذي تقدم للقاضي رحمته الله. والمذهب يلزمه قضاؤه.

(٦) وذلك لأنه أوجبه وقد صار واجباً عليه بالأول، ولو لم يكن قد علم ذلك حال نذره فهو

مسألة: من قال: عليّ صوم يوم يقدم زيد، وقال: عليّ صوم يوم يقدم عمرو، ثمّ قدما في يوم واحد - صامه عن النذر الأول^(١) ولا شيء للثاني^(٢). وإن قال: متى قدم زيد فعليّ صوم يوم يقدم، ثم قال: ومتى قدم عمرو فعليّ صيام يوم يقدم، ثم قدما في يوم واحد لم يفطر فيه - صامه عمّن سبق قدومه منهما ولا شيء عليه للمتأخر، وإن قدما في وقت واحد صامه عنهما معاً^(٣) وأجزأه. وإن كان قد أفطر قبل القدوم فلا شيء عليه^(٤).

مسألة: من نذر صوماً معيناً كشهر معين^(٥) أو نحوه لزمه صيامه متتابعاً، وما فاتته منه قضاها كما في رمضان سواء^(٦).

مسألة: من نذر صوماً مطلقاً غير معين فإن نوى التتابع فيه أو لفظ به في نذره^(٧) لزمه وفاقاً، فلو فرقه لا لعذر لزمه إعادته متتابعاً، وإن كان لعذر لا يرجى زواله أجزأه ولو زال العذر من بعد، وإن كان لعذر^(٨) يرجى زواله^(٩).

يتبين من بعد، وسبيله سبيل من كرر النذر في صوم يوم معين. وهكذا في المسألة الثانية. (بستان).

(*) وقياس المذهب أن يقضي يوماً للمتأخر المنذور به، كما تقدم فيمن أراد بالنذر غير ما وجب فيه في صورتين معاً. وهو كلام الإمام المهدي عليه السلام في شرح الأزهار.

(*) وقيل: حصولاً لا لفظاً. (سماح ذنوبي).

(١) حصولاً.

(٢) وقال في البحر وشرح الفتح: يقضي للآخر.

(٨) لأنه أوجب بعد وجوبه. (سماح سيدنا حسين المجاهد).

(٣) بل ينويه لأحدهما ويقضي للآخر. ومثله في شرح الفتح.

(٤) ويلزمه كفارة يمين. وفي هامش شرح الأزهار: لا كفارة عليه. (قرئ).

(٥) نحو رجب هذا. (لمع، وتذكرة، وحفيظ، وفتح). وفي شرح الأثرار: يتعين أول رجب وإن لم يقل: هذا. ومثله في التجري.

(٦) إلا في الفسق فلا يفسق كما تقدم في المسألة الخامسة من فصل: يجوز الفطر لثمانية.

(٧) مع القصد.

(٨) ومن العذر النسيان. وقيل: ليس بعذر. (قرئ).

(٩) كالمرض المرجو. (قرئ).

فإن لم يزل أجزاءه^(١)، وإن زال فقال في الأحكام والمؤيد بالله: لا يجزيه، وقال في المنتخب: يجزيه، وقال أبو العباس وأبو طالب: يجزيه إذا كان العذر لا يمكنه التابع معه كالمرض^(٢)، وإن كان يمكنه معه كالسفر لم يجزيه^(٣) إلا إذا كان يخشى الضرر. وإن كان العذر هو الحيض فحيث يمكنها تستأنف الصيام كله بعد هذه الحيضة وقبل الحيضة الثانية لا يجزيها^(٤)، وحيث يكون الصيام كثيراً لا يمكنها صيامه كله بين الحيضتين يجزيها متفرقاً^(٥). وحيث يجوز له البناء على ما قد صام متفرقاً للعذر فمتى زال عذره صام الباقي فوراً، فإن كان في الليل نوى الصيام^(٦)، وإن كان في النهار عفي له عن بقية يومه فقط^(٧)، وإن تراخى استأنف الصيام كله من أوله متتابعاً.

فروع: وإن لم ينو التابع في نذره ولا لفظ به ففي الأيام نحو العشر أو أكثر منها أو أقل لا يجب التابع فيه وفاقاً، وفي السنة لا يجب أيضاً، خلاف أحد قولي المؤيد بالله، وفي الشهر والأسبوع لا يجب عند أبي طالب والمنصور بالله، وقال المؤيد بالله: يجب^(٨)، وقال القاضي زيد: يجب إن قال: كاملاً، لا إن لم يقل.

فروع: وحيث لم ينو التابع ولا لفظ به ولا هو مما يجب فيه التابع لكنه أوجب على نفسه التابع وجعله نذراً ثانياً^(٩) فقال المؤيد بالله والفقهاء يحمي البحيح: لا يصح النذر به؛ لأنه صفة للصوم فلا يصح النذر بها وحدها، وقال الفقيه حسن: بل

(١) وكفر عن صوم ما بقي منه إذا تعذر عليه؛ اعتباراً بالانتفاء، ويلزمه كفارة يمين. (قرئ).

(٢) والإكراه. (قرئ).

(٣) التفريق.

(٤) التفريق.

(٥) ولو قرئت من [مدة (نخ)] الإياس. (شرح أزهار معنى).

(٦) قبل الفجر؛ لوجوب تبييت النية.

(٧) لاشرائط تبييت النية.

(٨) قلت: وهو قوي.

(٩) نحو أن ينذر بعشرة أيام ثم يقول بعد ذلك: متتابعة، فلا يجب التابع ما لم يوجه حال اللفظ

ولو بالنية.

يصح؛ لأن جنسه في الشرع واجب^(١). وهكذا الخلاف فيمن أوجب على نفسه التتابع في قضاء رمضان، أو كون الرقبة التي يكفر بها^(٢) مؤمنة سليمة.

مسألة: من نذر صيام شهرين في الذمة صامهما كيف شاء^(٣) عند أبي طالب والمنصور بالله، وعلى قول المؤيد بالله يلزمه التتابع في كل شهر، وفي المولاة بين الشهرين قولان على أصله: قال الأستاذ: يجب، وقال القاضي زيد: لا يجب.

مسألة: ومن أوجب صوم شهر في الذمة فإن صامه من أول شهر إلى آخره أجزاه ولو كان ناقصاً، وإن صامه من بعض شهر أو فرقه أكمل ثلاثين يوماً.

مسألة: من نذر صيام شهر أو نحوه متفرقاً ثم صامه متتابعاً أجزأه^(٤)، ذكره في الانتصار والسيد يحيى بن الحسين؛ لأن ذلك زيادة صفة، وهي لا تمنع^(٥).

مسألة: من نذر صيام سنة معينة صامها متتابعاً، وما فات منها قضاها كما في رمضان، ويقضي شهراً بدلاً عن رمضان عند الهادي والمؤيد بالله وأبي طالب؛ لأنه أوجبه على نفسه قبل إيجاب الله تعالى عليه فيصح نذره به، إلا أن يستثنيه بالنية لم يلزمه. وقال المنصور بالله وأبو حنيفة وابن أبي الفوارس: لا يلزمه القضاء عن رمضان مطلقاً^(٦). ويجب قضاء أيام العيدين والتشريق، خلاف الناصر والصادق والمنصور بالله والشافعي. ويجب قضاء أيام الحيض، خلاف الأستاذ.

مسألة: من نذر صيام أكثر الأيام أو ياماً كثيرة فقال زيد بن علي: يلزمه

(١) كصوم الكفارة في الظهر والقتل.

(٢) للظهر أو اليمين، لا القتل؛ لأنه واجب بالنص.

(٣) لأنه لا عين ولا نوى التتابع.

(٤) كما لو نذر أن يصلي ركعتين من قعود فصلاهما من قيام أجزاه.

(*) ولا يقال: إن لذلك أصلاً في الوجوب، كتفريق الثلاث والسبع في التمتع؛ لأن ذلك حكم نادر، والأحكام تتعلق بالغالب لا بالنادر. (مفتي).

(٥) الإجزاء.

(٦) لأن رمضان قد وجب بإيجاب الله، وإيجابه ثانياً لا يفيد أكثر من التأكيد. (بستان).

سبعة، وقال أبو حنيفة: عشرة، وقال المرتضى: يصوم عاماً^(١).
مسألة: من نذر صوم يوم يقدم زيد أبداً فقدّم يوم الاثنين لزمه كل اثنين إلى موته، وما فاتة قضاؤه^(٢)، وما صادف العيدين أو أيام التشريق قضاؤه على الخلاف، وما كان في رمضان من اثنين قضاؤه على الخلاف الذي مر في السنة المعينة.

فرع: فلو أراد صيام شهرين عن كفارة ظهار أو قتل فقيل: إنه يقضي ما فيها من الاثنين عن النذر. والأقرب أنه يصوم ما فيها من الاثنين عن النذر^(٣)، ويصوم بعدها في آخر الشهرين متصلاً بهما، ويكون ذلك عذراً له في التفريق لصوم الكفارة.

فرع: فإن التبس عليه اليوم الذي قدم فيه زيد صام يوماً^(٤) بعد علمه بقدمه بنية مبيتة^(٥) ينوي به القضاء عن اليوم الذي قدم فيه، ويستحب أن يجعلها مشروطة^(٦) بأنه أداء إن كان قدم فيه وإلا فقضاء^(٧)، خشية أن يصادف يوم

(١) لأنه أكثر ما قيل. (بستان). وعليه الأزهار في العتق.

(٢) وتلزمه الفدية إذا حال عليه الاثنين كرمضان. (حاشية تذكرة). وفي بعض الحواشي: لا تلزمه إلا بمضي سنة كالشهر.

(٣) فلو صامه عن الكفارة لم يجزه عن أيهما، لا عن الكفارة ولا عن النذر، ما لم ينو عن النذر في بقية يومه عندنا، كما لو نذر يوماً في رمضان عن غيره. (من خط سيدنا إبراهيم حثيث) (قرئ).

(٤) قضاء عن الفائت في الأسبوع الأول حيث كان صائماً فيه، ويصوم آخر الأسبوع بعد علمه، وهو الذي قبل يوم علمه إن لم يدخل في التجويز، وإلا صامه هو. (قرئ).

(٥) وجوباً. وإنما وجب التبييت هنا بخلاف ما تقدم في قوله: «وندب التبييت والشرط»؛ لأنه حصل له هناك ظن، بخلاف هنا، فافهم الفرق. (وابل).

(٦) قال الوالد رحمته الله: وإنما قلنا: يستحب ولا يجب لأنه لم يعلم وجوب الأداء عليه في ذلك اليوم، ولو أخر صومه عنه أجزاءه. (بستان).

(*) والمختار وجوب الشرط.

(٧) هذا يستقيم إذا لم يعلم بالقدم إلا في الأسبوع الثاني من يوم قدم، فيستقيم أن يكون أداء أو قضاء، وأما إذا علم في آخر الأسبوع فلا يكون إلا قضاء فتأمل. وقد يكون أداء فقط حيث دخل اليوم الذي أخبر فيه في التجويز، ولا يصح أن يكون قضاء؛ لعدم التبييت فتأمل. (شامي) (قرئ).

القدوم^(١). وإذا كان في الأسبوع الثاني صام مثل ذلك اليوم الذي علم به فيه بنية مشروطة كما مر، ثم يستمر على صيام ذلك اليوم في كل أسبوع كما مر. هذا إذا التبس عليه يوم علم بقدومه هل قدم في ذلك اليوم أو قبله، وإن علم أنه قدم قبله لكن التبس في أي يوم فإنه يصوم في الأسبوع الثاني اليوم الأول قبل اليوم الذي علم به فيه، ثم يستمر على صيامه في كل أسبوع كما مر، وقال في التذكرة والحفيظ: إنه يقهقر في الأيام، قال الفقيهان حسن ويوسف: ولا يعرف وجهه^(٢) ولا قائله^(٣).

(١) صوابه: غير يوم القدوم.

(٢) قال في الغيث: ووجهه أنه يتيقن مع القهقرى الإتيان ببعض الواجب عليه من هذا الصوم المؤبد في وقته، بيان ذلك: أنه إذا قهقر تيقن في كل سبعة أيام يصومها من سبعة أسابيع أنه قد صام أحدها أداء، وليس كذلك إذا لم يقهقر. (غيث).

(٣) قائله القاضي حسين من أصحاب الشافعي.

فصل [في الاعتكاف]

للاعتكاف شروط أربعة:

الأول: النية قبل الفجر؛ لئلا يخلو جزء من النهار عنه^(١) وهو لا يتبعض. وقال الفقيه يحمي البحيح: إذا دخل المسجد قبل الفجر ثم نوى الاعتكاف بعده تطوعاً أو عن نذر معين أجزاءه كما في الصوم. فإن نوى الاعتكاف قبل الفجر ثم خرج لعذر^(٢) أجزاءه^(٣).

الثاني: الصوم عن أي صوم كان، فلا يصح اعتكاف الليل وحده. وقال الشافعي والمهدي وابن مسعود والحسن: يصح الاعتكاف من غير صوم إذا كان تطوعاً، وإن أوجبه دخل الصوم فيه تبعاً له^(٤).

الثالث: ترك الجماع حاله.

الرابع: اللبث^(٥) في أي مسجد^(٦). والنساء في ذلك كالرجال^(٧). وقال زيد بن علي والناصر: يصح اعتكاف المرأة في مسجد^(٨) دارها.

مسألة: وأقل الاعتكاف يوم^(٩). وقال الشافعي: يصح قدر ما يطمئن في

(١) أي: عن الاعتكاف.

(٢) وطلع الفجر وهو خارج.

(٣) لعله يستقيم على قول الفقيه يحمي البحيح، وظاهر الأزهار خلافه. وقوى في الغيث كلام الفقيه يحمي البحيح حيث كان معتكفاً الليل مع النهار أو بعض الليل. اهـ في شرح الأزهار: من أول الليل.

(٤) لم يوجد هذا القيد في الزهور للشافعي، بل الموجود عنه حيث أوجب الاعتكاف صائماً.

(٥) قال المفتي: اللبث ماهية الاعتكاف، وكونه في المسجد شرط.

(٦) فلو نذر باعتكاف ثم انكشف أن لا مسجد وجب عليه أن يشتري عرصة بها لا يححف ثم يسبلها مسجداً، ولا يقال: إنه من باب تحصيل شرط الواجب ليجب لا يجب؛ إذ قد وجب الاعتكاف عليه، بخلاف ما سيأتي في الحج. (شامي).

(٧) لكنه يكره، لا سيما للشابة.

(٨) بفتح الجيم، ذكره في الصحاح.

(٩) قال الفقيه يوسف: ويستحب أن ينوي وإن لم يصح؛ ليأخذ بقول الشافعي. (بستان). ونظره في الغيث حيث قال: وفيه نظر مع القول بإصابة المجتهد وعدم الأشبه في المسألة المختلف فيها. (بلفظه).

المسجد، قيل: وفي حال مروره أيضاً. ومن نذر بالاعتكاف في مسجد معين فقال المنصور بالله وأبو مضر: يتعين، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يتعين^(١).

مسألة: ومن اعتكف شهراً أو نحوه فحيث يكون متصلاً ليله ونهاره يكفيه نية واحدة في أوله للاعتكاف، وينوي الصيام لكل يوم، وحيث يكون النهار دون الليل لا بد من النية لكل يوم.

مسألة: ويفسد الاعتكاف بأحد أمور أربعة:

الأول: ما يفسد الصوم من الأكل ونحوه إذا كان نهاراً، فلو كان قبله ليلة فقط بطلت معه؛ إذ لا يصح الليل إلا مع يوم قبله أو بعده.

الثاني: الخروج من المسجد^(٢) لغير عذر ولو قل.

الثالث: الوطء في الفرج ولو لم ينزل، أو في غيره إذا أنزل.

الرابع: إنزال المنى في اليقظة عن شهوة سواء كان ليلاً أو نهاراً^(٣). وإذا بطل اعتكاف الليل وهو واجب لم يصح قضاؤه إلا مع يوم قبله أو بعده^(٤). وإذا وطئ ناسياً ففيه الخلاف^(٥) كما في الصوم.

مسألة: من أراد الاعتكاف بالنهار دخل المسجد قبل الفجر، ومن أراده

(١) وفي البحر: لا يتعين إلا في المسجد الحرام [١]؛ لأن له أصلاً في الوجوب؛ لدخوله للطواف، فيتعين. (بحر [٢]). والفرق بينه وبين الصلاة أن الاعتكاف من شرطه المسجد، بخلاف الصلاة. (نجري). ينظر.

(٢) بكل البدن. (قرري).

(٣) وهذا فائدته، وإلا فقد دخل في فساد الصوم.

(٤) وهل يجب عليه اعتكاف النهار مع الليل أم الصوم فقط؟ ينظر. (حثير). القياس أنه لا بد من الاعتكاف، وإلا لزم أن يصح اعتكاف الليل مع صوم يوم قبله أو بعده من غير اعتكاف فيه، والظاهر أنه لا قائل به من أهل المذهب. (شامي).

(٥) يبطل. (قرري).

[١] وقيل: لا فرق.

[٢] لفظ البحر: قلت: بل إذ لدخوله أصل في الوجوب.

بالليل [مع النهار]^(١) دخل قبل غروب الشمس، ولا يخرج إلا بعد الغروب في صورتين معاً؛ إذ لا يتبعض النهار، ولا يتم الليل إلا بالنهار، ويصح تبعيض الليل حيث اتصل بالنهار.

مسألة: من نذر اعتكاف مدة معينة كشهراً أو نحوه لزمه متتابعاً، وما فات منه أو فسد قضاها كما في رمضان. ومن أوجب اعتكافاً في الذمة ففي الشهر^(٢) يجب التتابع^(٣)؛ لأن الليالي تدخل فيه^(٤)، فلو استثناهما فقال الفقيه محمد بن سليمان: يسقط^(٥) التتابع، وقال الفقيه محمد بن يحيى: لا يسقط^(٦). وفي الأيام كعشر أو أكثر أو أقل لا يجب التتابع ولو دخلت الليالي فيها، خلاف أبي حنيفة وابن أبي الفوارس^(٧).

مسألة: من نذر اعتكاف يوم صح ولم تدخل فيه ليلته. ومن نذر اعتكاف ليلة لم يصح؛ لأنه لا يدخل فيها يومها. ومن نذر اعتكاف يومين أو أكثر دخلت فيها لياليها، وإن نذر اعتكاف ليلتين أو أكثر دخل في كل ليلة يومها؛ لقوله تعالى: ﴿ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ﴾ [البقرة: ١٩٦] وقوله: ﴿ثَلَاثَ لَيَالٍ﴾ [مريم: ١٠] وهو في قصة واحدة^(٨). وقال الشافعي: يدخل ما توسط من ذلك^(٩)، فيدخل بين اليومين ليلة، وبين

(١) ما بين المعقوفين قال في (ب): صح نسخة.

(٢) والأسبوع والسنة.

(٣) فلو فرق لم يستأنف؛ لأنه لا يجب الاستئناف إلا حيث وجب التتابع بالنية. (ساع سيدنا محمد بن رواع).

(٤) يعني: فهي مواصلة بينه، بخلاف الصوم فهي فارقة بينه. (بستان بلفظه).

(٥) لأنه قد حصل التفريق وزالت العلة، وهي دخول الليالي. (بستان).

(٦) لأن المتابعة قد وجبت بنفس اللفظ، فإذا خرجت الليالي بقي الواجب الآخر. (بستان).

(٧) يعني فقلاً: يجب التتابع فيها إلا أن ينوي التفريق. قلنا: الاسم ينطلق عليها هل تفرقت أو اتصلت. (بستان بلفظه).

(٨) يعني: قصة زكريا عليه السلام حيث قال الله: ﴿ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْرًا﴾ [آل عمران: ٤١] وقال في آية:

﴿ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾ [مريم: ١٠]. (بستان).

(٩) في (ب): بين ذلك.

الليلتين يوم. قلنا: إلا ما استثناه في ذلك كله باللفظ أو بالنية فإنه يخرج، لكن حيث يخرج بعض الأيام تخرج لياليها معها، وحيث يخرج الليالي لا تخرج أيامها معها مطلقاً^(١)؛ لأن النهار يصح وحده.

فرع: فلو نذر اعتكاف عشرة أيام أو أكثر أو أقل صح أن يستثنى الليالي أو بعضها، أو بعض الأيام، لا كلها. وإن نذر عشر ليالٍ أو أكثر أو أقل دخلت فيها الأيام، ويصح أن يستثنى بعض الأيام^(٢)، وأما كلها فقال في الأحكام والمنصور بالله: ^(٣) يصح أيضاً؛ لأنه استثنى غير ما لفظ به، وببطل نذره، وقال أبو طالب: لا يصح استثناءه؛ لأنه يستغرق نذره. فإن استثنى الليالي كلها فليل: إنه ينعكس هذا الخلاف، فعلى قول الأحكام والمنصور بالله لا يصح؛ لأنه استثنى كل ما لفظ به، وعلى قول أبي طالب يصح استثناءه؛ لأنه لا يستغرق نذره؛ لبقاء الأيام. **فرع:** ويصح استثناء بعض ما أوجبه ولو أكثره، لا كله، وسواء استثناه باللفظ أو بالنية^(٤). فمن أوجب شهراً صح استثناء الليالي كلها أو بعضها، أو بعض الأيام ولو أكثرها، لا كلها. وقال أبو حنيفة وابن أبي الفوارس: لا يصح الاستثناء بالنية مما لفظ به^(٥) ولا من الشهر^(٦).

(١) سواء استثناه كلها أو بعضها، وسواء أخرج الليالي باللفظ أو بالنية. (من خط البكري).
وسواء وجبت باللفظ أو بالتبعية.

(٢) اتفاقاً.

(٣) والكرخي.

(٤) إلا من عدد منصوص فلا يصح بالنية كما سيأتي في الأيمان.

(٥) وقوى الشامي عدم صحة الاستثناء بالنية من العدد المنصوص كما يأتي.

(٦) قالوا: لأن النية لا تصادم اللفظ، ولأن الشهر اسم للأيام والليالي، فإذا وصل اللفظ كان كأنه أوجب باللفظ الليالي والأيام، فلا يكون لتخصيص ما أطلقه لفظاً بالنية معنى؛ لأن حكم اللفظ أكد من حكم النية، بخلاف ما لو لفظ بالأيام فإنه يحتتمل دخول الليالي فيها ويحتتمل خلافه؛ فلهذا جاز إخراجها بالنية، وهذا هو الفرق بين الشهر والأيام. قلنا: الأعمال بالنيات، فالنية لها تأثير في الألفاظ، فتجعل العام خاصاً والحقيقة مجازاً، ذكره في الانتصار. ومثله في الثالثة عشرة من الموضوع الثالث من كتاب العتق في اللمع. (بستان بلفظه).

فُرْع: من لفظ بالأيام والليالي^(١) في نذره صح أن يستثني بعض الأيام وبعض الليالي، لا كل الأيام، وأما كل الليالي فينعكس فيه الخلاف الذي مر^(٢).

فُرْع: فلو نذر اعتكاف عشرين يوماً وعشرين ليلة لزمه أربعون يوماً بلياليها، إلا إن أراد ليالي الأيام التي نذر بها كانت عشرين يوماً بلياليها.

مسألة: من نذر اعتكاف الجمعة لزمه كل جمعة^(٣)، إلا أن يريد جمعة معينة أو جمعة منكرة صحت نيته. وكذا في الخميس وفي السبت وغيره، وكذا في العيد، لكنه يقضيه في غيره. وإذا فاتته الجمعة المعينة قضاه في أي يوم شاء، لكن يستحب أن يقضيها في جمعة أخرى، ذكره الهادي، فقليل: يؤخذ له من هذا أن القضاء على التراخي^(٤)، وقيل: إنه تراخي لغرض أفضل فيجوز.

مسألة: من أوجب اعتكاف رمضان معين ثم فاتته^(٥) قضاه بصيام مفرد له، فلو قضاه في رمضان أو في صوم واجب عليه لم يجزه، وقال الفقيه يحين البحيح: بل يجزيه. ومن مات وعليه اعتكاف واجب أو صبي بأن يعتكف عنه غيره، فتصح النيابة فيه، خلاف أبي حنيفة والشافعي، وتكون أجرته من ثلث تركته^(٦).

(١) بأن قال: عشرة أيام بلياليها.

(٢) يعني: فعلى قول أبي طالب يصح الاستثناء؛ لأنه لا يستغرق نذره؛ لبقاء الأيام. وعلى قول الأحكام والمنصور بالله لا يصح؛ لأنه استثنى ما لفظ به. لكنه يقال: إنه لم يستثن جميع ما لفظ به، بل بعضه، وهو الليالي، فينظر فيه هل يستقيم على قول الأحكام أم لا. (بستان بلفظه). قال السيد أحمد الشامي: لا يستقيم على قول الأحكام، بل يصح الاستثناء اتفاقاً؛ لأنه بعض الملفوظ به؛ إذ قد لفظ بها جميعاً. اهـ كلام الشامي مثل كلام البستان، وإنما نظره في البستان والشامي جزم بذلك. (من خط سيدنا حسن عليه السلام).

(٣) لأن اسم الجنس المعرف باللام يقتضي العموم إلا لقرينة.

(٤) هلا قيل: فوره السنة كما يرشد إليه جواب التهامي، وهو الذي يفهم من قوله: وندب الولاء؛ لأن العام فوره، وقد ذكر معناه السحولي، وقيل: فوره الأسبوع. (مفتي).

(٥) يعني: فاتته الاعتكاف فقط، فإن فاتته الاعتكاف والصوم صح الاعتكاف في صوم القضاء. (تعليق الفقيه حسن). ومثله في الرياض والصعيتري.

(٦) حيث لم يتركه لعذر مأبوس^[١]، وإلا فمن رأس المال. والعذر المأبوس غير مرض الموت، وإلا فمن الثلث. وقيل: أما إذا كان نذره وهو لا يقدر عليه فعليه كفارة يمين. (شامي).

[١] إذ له أن يستأجر في حياته مع العذر المأبوس كالحج. (قرير).

مسألة: ويصح نذر المكاتب بالصوم وبالاعتكاف، ولا يمنعه سيده من فعله^(١). وأما العبد والأمة والمدبرة وأم الولد والزوجة^(٢) فللزوجة والسيد^(٣) المنع من التطوع، ولو أذن به فله الرجوع ولو بعد دخولهم فيه^(٤). وإذا فعلوا مع المنع لم يصح؛ لأنهم عاصون به. وأما ما أوجبه فإن لم يأذن لهم بالإيجاب ولا بالفعل فله المنع، إلا فيما أوجبه الزوجة قبل أن يتزوجها^(٥)، أو ما أوجبه المملوك قبل ملك سيده له وكان بإذن سيده الأول^(٦)، وإن أذن لهم بالإيجاب وبالفعل فلا رجوع له بعد الإيجاب، وإن أذن لهم في الإيجاب فقط فإن كان معيناً فلا رجوع له بعد الإيجاب، وإن كان غير معين فلا رجوع له أيضاً إلا على القول بأن الواجبات على التراخي^(٧). وإن أذن لهم بفعل ما قد أوجبه بغير إذنه فلا رجوع له فيما قد دخلوا فيه من الأيام، وأما فيما بعده فإن كان النذر معيناً أو متتابعاً فلا رجوع له مع علمه بالتتابع^(٨) أو التعيين، وإن لم يكن كذلك فله الرجوع فيه^(٩). وقال أبو حنيفة وأبو مضر: إن للسيد الرجوع مطلقاً، لا للزوج.

مسألة: ويجوز للمعتكف أن يخرج من المسجد لفرض العين وفرض^(١٠)

(١) ما لم يضعف عن التكسب. لأن له حقاً في تحصيل المال.

(٢) وإذا كانت الزوجة أمة فلا بد من إذن السيد والزوجة جميعاً، فإن أذن أحدهما كان للآخر المنع. (لمعة) (قرئ).

(٣) فلو كان العبد بين اثنين فلا بد من إذنها جميعاً، فإن أذن أحدهما لم يصح إلا في نوبته.

(زهرة). إلا أن يضعف عن الخدمة لم يصح مطلقاً. (قرئ).

(٤) ولو أوجبه كما اختاره في الغيث.

(*) ما لم يكن حجة أو عمرة - لأنه يجب بالتلبس به - فلا يرجع. (غيث) (قرئ).

(٥) ظاهره ولو بغير إذن الزوج الأول. (قرئ).

(٦) ويكون عيباً يرد به العبد. (قرئ).

(٧) بل لا فرق؛ لأنه لا يمنع العبد من واجب. (قرئ).

(٨) لكن يقال: قد سقط حقه وإن جهل. (قرئ).

(٩) بل ليس له الرجوع. (مفتي). وهو المختار.

(١٠) الألف ثابت في بعض النسخ، وأكثر نسخ البيان: «ولفرض الكفاية» بغير ألف.

الكفاية، وللمندوب، ولما احتاج إليه من المباحات، كقضاء حوائجه من السوق أو من غيره، وليأمر أهله وينهاهم. وله القعود في خروجه لما احتاج إلى القعود فيه ولما جرت العادة فيه بالقعود كالأكل ونحوه^(١)، لا لغير ذلك، فلو قعد فسد اعتكافه.

مسألة: وإذا خرج لقضاء حاجة لم يبعد مع وجود مكان أقرب يصلح لذلك شرعاً وعادة^(٢). وله الخروج للأذان في المئذنة المعتادة ولو طال صعودها^(٣).

مسألة: وإذا خرج لحاجة أو عذر لم يرجع إلى مسجده الأول مع وجود مسجد أقرب منه^(٤) إلا إذا كان له غرض في الأول. وكذا إذا كانت حاجته في مسجد فإنه يقف فيه، ولا يرجع إلى الأول إلا إذا له فيه غرض^(٥)، فإن رجع إلى الأول لغير غرض فسد اعتكافه. والنسيان^(٦) عند الخروج أو الرجوع يكون عذراً^(٧)، ولا يخرج لصلاة الجمعة إلا متى عرف أنه يصادف أولها^(٨).

(١) القراءة على الشيخ. (قررو).

(٢) فالشرع البعد عن قدر فناء المسجد كما تقدم في باب قضاء الحاجة، والعادة حيث يكون ثمة محل يعتاد لقضاء الحاجة فيه.

(٣) كفعل محمد بن خليفة. روي عن الفقيه محمد بن خليفة أنه كان يؤذن للفجر وهو خارج المسجد؛ لأنه كان يشع الاعتكاف قبل الفجر.

(٤) قوين، وظاهر الأزهار خلافه. (قررو).

(٥) ولو الأفضلية. (قررو).

(٦) للاعتكاف.

(٧) قال في الزهور: لأن النسيان عذر، وله أن يخرج للعذر. ولقوله ﷺ: ((عفا عن أمتي الخطأ والنسيان)). (بستان).

(*) خلاف أحد قولي الشافعي، وهو ظاهر الأزهار.

(*) قوين، وظاهر الأزهار خلافه. (قررو).

(٨) لعل هذا إذا كانت في غير المسجد على القول بصحتها، وإلا جاز ولو قبل وقتها؛ إذ يندب التبكير إليها.

(*) يعني: يدرك الخطبة والصلاة. (شرح). وقيل: بل له التبكير؛ لأنه مندوب إليه وقد حصل. وقرره الشامي ولو إلى غير مسجد حيث هو مذهبه. (قررو). وهو ظاهر الأزهار.

مسألة: وإذا انهدم المسجد أو خاف فيه^(١) جاز له الانتقال إلى أقرب مسجد إليه. وله الخروج للمرض أو للتمريض^(٢).

مسألة: وإذا حاضت المعتكفة أو نفست^(٣) أو طرأت عليها العدة فعليها الخروج^(٤) حتى تطهر أو تنقضي عدتها ثم تعود لتمام اعتكافها الواجب، لكن حيث يكون نذرها معيناً^(٥) [أو متتابعاً]^(٦) ترجع إلى أقرب مسجد^(٧) فوراً، فإن كانت في ليل لم تراخ ساعة^(٨)؛ لأن الليل يتبعص، وإن كانت في نهار دخلت المسجد قبل الغروب^(٩)، ولا يضر تراخيها بعض النهار^(١٠)؛ لأنه لا يتبعص. وحيث يكون نذرها غير معين^(١١) وهو متتابع فكذا أيضاً على قولنا: إن ذلك عذر يبيح التفريق.

(١) وخشي الضرر. (مفتي) (قررو). وقيل: وإن لم يخش ضرراً؛ لأنه يخرج للعذر. ومثله عن الشامي: قال: أو دون الضرر؛ لأنها تبيحه الحاجة التي تعرض ولو مباحة.

(٢) حيث يتوجه عليه.

(٣) بفتح النون والفاء. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام). وفي القاموس: بضم النون وكسر الفاء. ولفظ حاشية: بالضم للحيض، وبالفتح للنفاس. (قاموس). وقيل: بالوجهين، ذكر معناه في شرح سعد الدين.

(٤) وذلك لأن الحيض مانع من اللبث في المسجد وينافي الصوم، وأما طرو العدة فلقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ الآية [البقرة: ٢٢٨]، قال عليه السلام: والتربص هو الوقوف في البيوت. (بستان).

(٥) أو في حكمه، كشهـر أو أسبوع أو سنة. (كواكب).
(*) أو متتابعاً.

(٦) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٧) وعلى ما تقدم في الحاشية ترجع إلى مسجدها [المسجد (نخ)] الأول.

(٨) لكن حيث يمكن الاحتراز من الحيض في تلك المدة يبطل اعتكافها من أوله مطلقاً: سواء رجعت أم لم ترجع، وإن تعذر الاحتراز لطول المدة يكون على التفصيل المتقدم، إلا حيث تراخى في الليل لغير عذر بعد أن طهرت فإنه يبطل اعتكافها من أوله فتستأنف، بخلاف ما تقدم فتبطل تلك الليلة فقط. (كواكب) و(قررو).

(٩) وجوباً، وإلا بطلت تلك الليلة. (كواكب).

(١٠) لكن يستحب عدم تراخيها.

(١١) ولا في حكمه.

وحيث يكون نذرهما غير معين ولا متتابع يجوز لها التراخي^(١) في إتمامه مع العزم على فعله.

مسألة: وإذا خرج من المسجد^(٢) بكل بدنه^(٣) لا لعذر فسد اعتكافه^(٤)، ولو لحظة. ويستوي فيه الاعتكاف الواجب والنفل. ولو كان شرط الخروج عند نذره، خلاف الشافعي مع الشرط. وقالت الحنفية: يجوز الخروج في النفل لغير عذر إذا كان أكثر اليوم في المسجد.

فروع: وليس له أن يتنقل من مسجده إلى مسجد غيره إلا لعذر أو حاجة، ولغيرهما يفسد اعتكافه بمصيره بين المسجدين^(٥) ولو قل. وقال المنصور بالله وأبو مضر: يجوز إذا لم يعين الأول عند نذره. وقال أبو يوسف ومحمد: يجوز مطلقاً.

مسألة: وإذا خرج لعذر أو حاجة جاز ولو طال خروجه، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا بد أن يكون أكثر يومه في المسجد، وقال الفقيه محمد بن سليمان: العبرة بطرفي اليوم إذا كان فيهما في المسجد لم يضر الخروج، وقيل^(٦): العبرة بأوله فقط، وقال الفقيه حسن: لا بد من أكثره مع طرفية^(٧).

مسألة: ويجب عليه وعلى غيره التحرز من كل قبيح^(٨)، ومن كل خصومة

(١) على القول بأن الواجبات على التراخي.

(٢) مختاراً.

(٣) وعن سيدنا عامر: أو أكثره.

(٤) **مسألة:** قال في الزوائد: وإذا زاد على ثلاث غسلات في الوضوء بطل اعتكافه إذا كان يعلم ذلك غير ساه عنه. (حفيظ) (قررو). أو دخل من أبعد باب في المسجد بطل اعتكافه، ذكره في الكافي. (قررو). وعن الشامي: الظاهر أنه يعفى.

(٥) قال الإمام المهدي عليه السلام: أما المتصلان فيجوز؛ إذ هو كالمتنقل في الزوايا. وفي حكم المتصلين ما لا يكون بينهما ما يتسع للرجل قائماً. (بستان بلفظه). وهذا بناءً على أن جدار المسجد الذي هو فيه والثاني مسبلان، وإلا كان أكثر مما يسع الرجل قائماً. (قررو).

(٦) بعض المذاكرين.

(٧) وكذا في الليل لا بد من أكثره مع الطرفين. (قررو).

(*) كالسوم.

(٨) حيث يغلب في الظن حصوله. (قررو).

في غير حق، ومن المجادلة في الباطل، وأما في الحق فإن قصد بها العلو على صاحبه لم يجز، وإن قصد بها الإرشاد إلى الحق جاز ما لم يجرح قلب صاحبه^(١) إن كان من أهل الدين، لا المخالف^(٢).

مسألة: وندب له الاشتغال بالعبادة والطاعات^(٣) وأن يترك المباح^(٤) إلا ما احتاج إليه خرج له ندباً، وإن فعله في المسجد جاز إذا لم يكن فيه أذية.

مسألة: ومن نذر أن لا يكلم غيره في اعتكافه أو في غيره فإن عرض له من الكلام ما هو مباح كان مخيراً بين الكلام والسكوت؛ لأن النذر بالمباح لا يصح عند الهدوية، خلاف المؤيد بالله والمنصور بالله. وإن عرض من الكلام ما هو واجب^(٥) فعليه أن يتكلم، وتلزمه كفارة يمين؛ لأنه نذر بمحذور، خلاف الناصر والشافعي في الكفارة، فإن لم يتكلم أثم ولا كفارة عليه، خلاف السيد يحيى بن الحسين. وإن عرض من الكلام ما هو محذور فعليه الوفاء بنذره، فإن تكلم لزمته كفارة يمين لفوات ما نذر به. وإن عرض من الكلام ما هو مندوب فكالمباح^(٦). وإن عرض ما هو مكروه فلعله كالمحذور^(٧)؛ لأنه نذر بالسكوت عنه، وهو مندوب، وله أصل

(١) إذا كان في المسائل الاجتهادية، لا إذا كان من المسائل العلمية جاز ولو جرح قلب صاحبه. (قررو).

(٢) في أصول الدين.

(*) المتبدع فيجوز ولو جرح صدره. (قررو).

(٣) العبادة: ما افتقرت إلى النية، والطاعة: ما لم تفتقر إليها، وهي أعم.

(*) قال في البحر: ودرس العلم والقرآن أفضل من التنفل؛ لقوله ﷺ: ((أفضل الذكر القرآن)). واختار الإمام يحيى أن درس العلم أفضل من القرآن؛ لأن درس القرآن عمل، والعلم علم وعمل، والعلم أفضل من العمل.

(٤) وذلك ليتمحض الوقوف للقربة. وندب له درس العلم والقرآن، وهو أولى من التنفل بالصلاة. (بستان بلفظه).

(٥) كرد السلام والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. (بستان).

(٦) هذا وما بعده إلى آخر المسألة لصاحب الكتاب. (بستان).

(٧) ومثل هذا في شرح الفتح في النذر. وقواه سيدنا عامر. (قررو).

(*) وعن المفتي أن المكروه كالمباح. ومثله عن الهبل.

في الوجوب، وهو السكوت عن المحذور، والله أعلم.

مسألة: ويستحب صيام الدهر لمن أطاقه ولم يضره^(١) وأفطر العيدين وأيام الشريق. وكرهه الناصر. وحرمة الإمامية. ويستحب صوم المحرم، ورجب، وشعبان، ويفصل بينه وبين رمضان^(٢) بفطر يوم إذا لم يكن يوم شك. ويستحب صيام أيام الليالي البيض، وكذا ستة أيام من ثاني شوال^(٣)، خلاف أبي حنيفة. ويستحب صوم أول خميس من الشهر وآخر خميس منه وأربعاء متوسط منه، خلاف أبي حنيفة فيها^(٤). ويستحب صوم الاثنين والخميس، ويوم تاسع وعاشر من المحرم، ويستحب أن يصلي فيه^(٥) مثل صلاة العيد^(٦)، ويقرأ فيه^(٧) قل هو الله أحد ألف مرة أو مائة مرة. وتسع ذي الحجة أو يوم عرفة^(٨) للحاج ولغيره، خلاف الشافعي في الحاج^(٩). وثامن عشر من ذي الحجة^(١٠)، ويستحب أن يصلي فيه في

(١) عن واجب أو شيء أفضل منه من الصيام وغيره. (قرئ).

(٢) وفي الأنوار: يصله برمضان. وكذا في التذكرة.

(٣) وهل يندب ولو لم يصم رمضان لعذر، أو بلغ في آخر يوم من رمضان؟ ينظر. (حاشية سحولي). ظاهر الأحاديث الواردة في صيامها اشتراط صيام رمضان؛ لخبر مسلم: ((من صام رمضان وأتبعه ستاً من شوال كان كصيام الدهر))، والله أعلم. ومثله عن المفتي. وقيل عن المفتي أيضاً: يستحب؛ لأن الحديث للمبالغة. وقواه التهامي.

(*) متوالية. (قرئ).

(٤) أي: في الأربعاء والخميس.

(٥) أي: في العاشر. (قرئ).

(٦) سواء.

(*) ووقتها.

(٧) أي: في اليوم.

(٨) إن اقتصر عليه.

(٩) فقال: يكره للحاج لثلاث يضعف عن الدعاء، ولأنه ﷺ أفطر يوم عرفة. قلنا: لم يفصل الخبر. (بستان).

(١٠) وهو يوم غدیر خم؛ لأنه يوم عيد للمسلمين، ولأنه الذي ورد فيه الحديث المشهور في ولاية أمير المؤمنين علي عليه السلام.

الصحراء ركعتين، يقرأ في كل ركعة الفاتحة مرة، وآية الكرسي عشراً، وسورة القدر عشراً، وقل هو الله أحد عشرين مرة^(١)، رواه في الكافي عن النبي ﷺ وعن علي عليه السلام وعن السادة.

مسألة: والصائم المتطوع أمير نفسه، فيجوز له الفطر^(٢)، خلاف زيد بن علي وأبي حنيفة، ولو كان لفظ بنيته^(٣)، إلا أن يريد بها الإيجاب لزمه^(٤). ويستحب له الفطر إذا سأله غيره^(٥). وقال الناصر: إن نواه قبل الفجر فله رفضه قبل الفجر لا بعده، وإن نواه بعد الفجر فله رفضه قبل الزوال لا بعده. ويكره تعمد الجمعة وحدها^(٦) بصوم غير واجب، خلاف أبي حنيفة.

مسألة: وليلة القدر باقية، خلاف أبي حنيفة. وسميت بذلك لأنها تقدر فيها الآجال والأرزاق. وهي في الفضل سواء من أولها إلى آخرها. وعلامتها أنها طلقة لا حارة ولا باردة، ولا يرمى فيها بنجم، وتصبح الشمس في يومها حمراء^(٧) ضعيفة، وفيها تسلم الملائكة على المؤمنين، وعلامة سلام الملائكة فيها أنه يرتعد اليقظان وينتبه النائم، وهي تكون في إحدى الليالي العشر^(٨) الأواخر

(١) وفي الإرشاد: عشراً.

(٢) في غير ما ورد فيه أثر خاص. (حاشية سحوي) (قرور). لفظ حاشية السحوي: ويكره له الإفطار بعد الزوال، وقبل الزوال وبعده في الأيام المخصوصة بأثر خاص. (باللفظ) (قرور).

(٣) أي: نية الصوم.

(٤) ينظر في هذا؛ فإن لفظ النية أو لفظ الإرادة ليس من ألفاظ النذر.

(٥) قبل الزوال، لا بعده فيكره للسائل والمسؤول. (نجري). ولفظ الكواكب: وعن علي عليه السلام أنه له الفطر قبل الزوال لا بعده. (باللفظ).

(٦) والسبت والأحد. (هامش هداية). لقوله ﷺ: ((لا تصوموا السبت إلا فيما فرضه الله عليكم)). وفي حاشية: وحديث النهي عن صوم يوم السبت منسوخ.

(*) إلا أن تصادف يوماً شرع صومه كيوم عرفة وعاشوراء فلا كراهة في صومه.

(٧) وفي الكواكب: صفراء. وفي بيان العمراني والانتصار والبحر: بيضاء لا شعاع لها.

(٨) وفي الأزهار: وتلتمس ليلة القدر في تسع عشرة وفي الأفراد بعد العشرين من رمضان.

من رمضان، وقيل (١): في أحد أوتارها (٢)، وقال القاسم والمؤيد بالله: هي ليلة ثالث أو سابع وعشرين. قال أبو مضر: وهي لا تستمر في ليلة واحدة كل سنة، بل تختلف، فلو قال: عبده حر في ليلة القدر، وكان في اليوم الحادي والعشرين - لم يقطع بعثقه إلى آخر ليلة من رمضان في السنة الثانية؛ لجواز أنها كانت في السنة الأولى في ليلة الحادي وعشرين وأنها في السنة الثانية في ليلة التاسع وعشرين، والله أعلم.

(١) الشافعي وأبو هريرة. (بستان باللفظ).

(٢) ولم يذكر ليلة تاسع عشر.

كتاب الحج

يشترط لصحته: البلوغ والعقل^(١) والإسلام. ويشترط لوجوبه الحرية والاستطاعة مع الشروط الأولية^(٢). وشروط الاستطاعة خمسة:

الأول: الزاد لمن بعد^(٣)، قال الفقيهان يحيى البحيح وحسن: وهو من بينه وبين الأقرب^(٤) إليه من مكة أو الجبل مسافة السفر^(٥) على الخلاف فيها، وقال الفقيه محمد بن يحيى: هو من وراء المواقيت. وهو أن يكون يملك ولو من سلف زائداً على ما يستثنى للمفلس^(٦) كفايته هو ومن تلزمه نفقته^(٧) لمدة ذهابه للحج ورجوعه^(٨)، قال الفقيه محمد بن سليمان: وزيادة على ذلك ما يكفيهم إلى الدخل، قال الفقيه علي: وهو ظاهر اللمع، وقال الفقيهان حسن ويوسف: لا يشترط ذلك. قال الناصر: ويستثنى له كتبه التي يحتاجها للفتوى والتدريس^(٩). قلنا: وإن كان وحده اعتبر له كفايته لذهابه ولرجوعه، إلا أن يكون له صنعة يمكنه أن يعيش فيها في طريقة اعتبرت كفايته لذهابه، لا لرجوعه فصنعتة تكفيه، خلاف الكافي.

(١) يعني فلا يصح من الصبي والمجنون، ولا يلزمهما؛ لرفع القلم عنهما.

(٢) غير الإسلام فللصحة فقط. (قررو).

(٣) أما الزاد والأمن وصحة البدن فتشترط ولو قربت المسافة ولو دون البريد، كما ذكره في البحر والزهور، وأما الراحلة فلمن بينه وبين الأبعد مسافة بريد كما يأتي. (قررو).

(*) عن مكة.

(٤) صوابه: الأبعد. (تذكرة) (قررو).

(٥) وظاهر الأزهار كفاية فاضلة ولو قرب.

(٦) ومثله في البحر. وفي شرح الأثمار وشرح الأزهار: ما يستثنى للفقير، وهو ما يحتاجه كما في الزكاة.

(٧) وفي الأزهار: عما استثنى له وللعل. قال في شرحه: وهو الزوجات وأولاده الصغار وأبواه العاجزان، لا من عداهم. (بلفظه).

(٨) ولا يجب عندنا أن يبقى له بعد رجوعه مال ولا ضيعة. (شرح أزهار). وعن الإمام يحيى: لا يجب عليه بيع الضيعة لأجل الحج. يعني: لئلا يرجع يتكفف الناس. (نجري).

(٩) والمطالعة.

ولا يعول على السؤال^(١) ولو كان يعتاده، خلاف مالك^(٢).

مسألة: وإن حج الفقير في حال خدمته لغيره أو عند تحمل غيره مؤنته أجزاءه، ولا يقال: إنه فعله قبل يجب عليه؛ لأنه متى أحرم به صار واجباً عليه.

مسألة: ويعتبر حصول شروط الاستطاعة إلى وقت الحج بحيث يمكنه يحج ويعود^(٣). وقيل: لا عبرة بالعود. فلو تلف المال أو أتلفه أو أخرجه عن ملكه قبل مضي ذلك الوقت لم يلزمه الحج، ذكره أبو طالب وأبو جعفر. وقال المؤيد بالله: متى

(١) ولا على ضيافة أهل الوبر. (قررو).

(٢) فقال: يعول عليها [أي: على الحرفة] وعلى السؤال إن كان يعتاده ذاهباً وآيباً. (بستان بلفظه).

(٣) ومن خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام ما لفظه: الصحيح أنه إن وجد المال في أشهر الحج فهو واجب عليه وجوباً مضيقاً، لكنه إذا تلف المال قبل مضي ذلك لم يجب عليه الإيضاء، وهو فائدة الخلاف بيننا وبين المؤيد بالله. ومثله عن الشامي.

(*) في أشهر الحج. (تذكرة).

(*) في المسألة ثلاثة أقوال: الأول: المذهب ذكره الفقيه حسن وغيره أنه لا يجب الحج إلا إذا تكاملت شروط الاستطاعة في أشهره مدة يمكن فيها الذهاب والعود ثم يتضيق عليه من قابله، وأما إذا مات قبل ذلك أو تلف المال لم يجب عليه الإيضاء.

الثاني: أنها إذا تكاملت في أشهره وجب العزم مضيقاً ولم يجز التأخير، وأما الإيضاء فلا يجب عليه إلا إذا بقي المال المدة التي يمكن فيها الذهاب والعود، فيجب عليه الإيضاء، وأما إذا تلف المال قبل مضي تلك المدة أو أتلفه فلا شيء عليه ولا يجب عليه الإيضاء، وإنما يخاطب بالعزم أولاً فقط. وهذا يروى عن الإمام عز الدين ويحيى حميد، واختاره المفتي.

الثالث: للمؤيد بالله أن شروط الاستطاعة إذا تكاملت ساعة وجب العزم والإيضاء إذا مات أو تلف المال.

الرابع: مروى عن سيدنا عيسى ذعفان عليه السلام أنه إذا تمكن من المال في أول شوال مثلاً فلا بد أن يستمر المال حتى يرجع الحاج من الحج، فإن استمر معه ذلك المال وجب عليه الحج في العام القابل، وإن مات قبله ولو في سفر الحج لم يجب عليه الإيضاء، وإن لم يسر حتى جاء العام الثالث انتقل إلى الذمة فيجب عليه الإيضاء به، والله أعلم.

كملت له الشروط ولو ساعة فقد لزمه الحج متى أمكنه، وإلا أوصى به^(١).
الثاني: الراحلة^(٢) لمن بعد كما مر^(٣)، فيشترط له الراحلة ملكاً أو كراء أو السفينة في البحر ولو كان قادراً على المشي، خلاف ابني الهادي وأحد قولي الناصر وأحد قولي القاسم في القادر على المشي.

الثالث: صحة البدن، وهو أن يمكنه يستقيم ركباً على الراحلة قاعداً من غير ممسك، ولو احتاج إليه^(٤) عند الطلوع والتزول^(٥)، فإن لم يمكنه الركوب إلا في محمل اشترط له، فإن لم يمكنه الركوب إلا بممسك أو مضطجعاً لم يجب عليه^(٦).

مسألة: وإذا لم يمكنه الحج إلا بتعب البهائم زائداً على المعتاد المستحسن فقال قاضي القضاة: لا يجب الحج^(٧)، وقال المؤيد بالله: بل يجب كالجهاد^(٨)، وقال الإمام يحيى: لا يجبان معاً^(٩).

(١) لأنه شبه ملك المال بدخول رمضان على الحائض بأنه سبب الوجوب ولو ملكه في غير أشهر الحج وفات المال عقيب ملكه. (بستان بلفظه).

(٢) رحلاً يليق به. (بحر). وكذلك في الذريعة، ولفظها: صالحة لمثله.

(٣) بريداً كما في الغيث.

(*) المذهب ليس كما مر، بل تشترط الراحلة لمن بينه وبين الأبعد من مكة أو عرفة بريد فصاعداً. (سماع).

(٤) أي: إلى من يعينه لم يسقط عنه الحج. (شرح أزهار معنوي).

(٥) وتكون أجرة الممسك من جملة الشروط. (قرن). وتكون شرط وجوب. (قرن).

(٦) ولو وجد الزاد والراحلة.

(٧) حجته أن كل واجب لا يمكن فعله إلا بفعل قبيح فإنه يسقط. وحجة المؤيد بالله أنه لا قاتل بسقوط الجهاد بذلك، فكذلك الحج، بل هو أولى؛ لأن إتعاب البهائم في الحرب أكثر. وحجة الإمام يحيى أن الواجب من حقه أن يكون حسناً، ومن حق الحسن أن يكون متعرياً عن سائر وجوه القبيح، فإذا اقترن بالواجب نوع من القبيح سقط وجوبه. (بستان بلفظه).

(٨) لفظ الرياض الزاهرة للفقهاء يوسف: قوله: «كالجهاد» هذا ذكره المؤيد بالله، لكن اعترضه ابن داعي بأن قال: إن الجهاد شرع فيه تلف النفوس لا الحج، وقال الإمام يحيى بن حمزة: إذا كان الجهاد أو الحج يحصل معه تعب البهائم التعب الزائد على المعتاد سقطاً جميعاً. (منه).

(٩) الجهاد والحج.

مسألة: من بذل له غيره مالا ليحج به أو يتحمل مؤنته في الحج لم يلزمه قبوله إلا من ولده^(١) أو من الزكاة ونحوها^(٢) أو من بيت المال^(٣). وقال الناصر والشافعي والوافي: يجب القبول. وهكذا^(٤) فيمن بذل له غيره أن يحج عنه عند تعذره منه، أو يقضي دينه، أو يهب له ثوباً ليصلي فيه، أو طعاماً ليأكله ليصوم الفرض. الرابع: أمن الطريق^(٥) على النفس والمال^(٦) والفرج، وهو أن يكون الغالب من حاله السلامة بحيث لا يعد مخاطراً، إلا ما يعتاد في الطريق من الجبا ونحوه فلا يمنع^(٧)؛ لعدم مضرتة^(٨)، خلاف الشافعي. والبحر كالبر عندنا، فيجب ركوبه إذا أمكن، خلاف الشافعي^(٩). وقال في شرح الإبانة وأبو حنيفة، وهو مروى عن

(١) ظاهره ولو كان الولد كافراً. والأم كالأب.

(*) أول درجة. (قررو).

(*) وفي البراهين: إذا كان قد وجب عليه ثم افتقر. وظاهر كلام أهل المذهب الإطلاق؛ لأن ماله في حكم المملوك لأبيه؛ للخبر.

(٢) قلت: أما من غير الولد ففيه نظر؛ لأن تحصيل شرط الواجب ليجب لا يجب. (غيث). ويفرق بين هذا وبين ما مر في قوله: قبول الماء للوضوء بأنه لما يجب عليه الحج هنا، وهناك قد وجبت عليه الصلاة، إلا أن يكون قد لزمه ثم افتقر. اهـ والمذهب أنه لا يجب وسواء كان الحج قد وجب عليه ثم افتقر أم لا، وإلا لزم التكسب إن لم نقل بذلك. (قررو).

(٣) والمذهب أنه لا يجب قبول الزاد من الإمام إلا أن يكون ولدًا. (قررو).

(٤) الخلاف.

(٥) ولو قرب. (قررو).

(٦) يعني: ماله الذي هو الزاد، لا مال التجارة؛ إذ يمكن تركه. (قررو). ولا يجب بذل المال الزائد على المعتاد ليأمن في طريقه، بخلاف ما لو أمكن الوصول من طريق أبعد وجب. (قررو).

(٧) فإن طلبوا زائداً على المعتاد سقط الحج حتى تثبت لهم العادة في سنتين، أو في سنة وأخذت مرتين من طائفة من الناس يعتبر بهم في العادة. (قررو).

(٨) وأيضاً فقد يبذل المال لتحصيل العبادة كالكرام. وحجة الشافعي أنه كالخوف على المال، ولأنه خسران لا مقابل له. قلنا: غرم مقدر كالصلح، فكان من جملة الزاد. (بستان بلفظه).

(٩) حجتنا قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي يُسَيِّرُكُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ﴾ [يونس ٢٢]، ولأن السفينة تنزل منزلة الراحلة. وحجته أن البحر مخوف فيشبه الطريق المخوف. قلنا: لا يضر مع تغليب السلامة؛ لاعتقاد الناس. (بستان بلفظه).

السيد بن: إن أمن الطريق شرط في الأداء لا في الوجوب^(١).
الخامس: القائد وأجرته^(٢) في حق الأعمى. وعلى أحد قولي أبي حنيفة لا
يجب الحج على الأعمى.

مسألة: وأما المحرم في حق المرأة والخنثى حيث هما على مسافة السفر إلى
الأبعد من مكة^(٣) أو الجبل فقال زيد بن علي والمؤيد بالله والحقيني والوافي،
ورواه أبو مضر عن الهادي: إنه شرط في الأداء^(٤)، وقال أبو طالب وأحد قولي
الناصر وقديم قولي المؤيد بالله والداعي، وخرجه السيدان للهادي: إنه شرط
للو جوب^(٥)، وقال الشافعي: إنه غير شرط فيهما.

فرع^(٦): ومن كانت ذات خدم وجوار خرجت معهم وهم لها كالمحرم،
ذكره القاسم والمنصور بالله والسيد يحيى بن الحسين، قال الفقيه محمد بن يحيى:
وكذا هي تكون كالمحرم لمن خرج معها من النساء.

فرع: والمحرم هو الزوج أو من يحرم عليه نكاحها لنسب أو سبب^(٧) أو
رضاع إذا كان مسلماً مؤمناً^(٨) عليها ولو صغيراً مميّزاً. وهذا في حق من يرغب
فيها، لا العجوز التي لا يرغب فيها فلا يشترط لها المحرم، خلاف أبي حنيفة.
ويتفقون في سفر المرأة للتجارة أو النزهة أنه لا يجوز إلا بمحرم، وفي سفرها

(١) والأزهار خلافه.

(٢) وهي شرط في الوجوب. (قرئ).

(٣) وفي حاشية السحولي: ويعتبر المحرم في حق الشابة المكية أيضاً؛ لأن المسافة إلى الجبل بريد،
لا من أهل منى إلا لخوف. (حاشية سحولي).

(٤) وحجتهم أن شرائط الوجوب قد كملت في حقها، لكن الشرع منعها من الحج إلا بمحرم؛
لما يحصل به من حفظ البضع وإزالة التهمة وقطع مواد الريبة، لا لكونه من الاستطاعة.
(بستان).

(٥) وقواه الإمام شرف الدين.

(٦) ظاهر كلام أهل المذهب خلاف هذا الفرع.

(٧) كزوج أمها أو بنتها أو أب زوجها أو ابنه. (كواكب).

(٨) ولو فاسقاً أو عبداً. (قرئ).

للوأجب^(١) أو عند الخوف أو الهجرة أنه لا يشترط فيه محرم. ويتفقون في الأمة والمدبرة وأم الولد أنه لا يعتبر فيهن المحرم^(٢). وإذا حجت المرأة بغير محرم أئمت وأجزاها.

مسألة: وإذا امتنع المحرم من الخروج معها فلا شيء عليه؛ إذ لا يجب عليه، وإن طلب منها الأجرة أو النفقة له لزمها ذلك^(٣). وقال الباقر والصادق والناصر: إنه يلزمه الخروج معها حيث تعين عليه، ولا تحل له الأجرة. وقال أبو حنيفة: لا يلزمها الحج إذا امتنع المحرم إلا بأجرة. والخلاف في أجرة المحرم كالخلاف فيه هل شرط في الوجوب أو في الأداء، وقيل^(٤): إنها شرط في الوجوب وفقاً.

مسألة: ومن لم يكن لها محرم أو امتنع لم يلزمها تزوج^(٥) من يخرج معها،

(١) وظاهر الأزهار اعتبار المحرم في سائر الواجبات كرد المغصوب وغيره في قوله: ويعتبر في كل أسفارها، ولم يستثن ذلك في غالباً.

(٢) مع الأمان عليهن. (قرئ).

(٣) يقال: لو طلب أجرة كثيرة زائدة على ما يتغابن به الناس هل يجب عليها مع تمكنها من ذلك وعدم الإجحاف بها، أو لا يجب كما لا يجب بالزيادة على معتاد الرصد؟ (نجري). قال القاضي عبدالله الدواري: تجب الزيادة ما لم تخش ضرراً. والفرق بينه وبين معتاد الرصد أن معتاد الرصد يسلم بغير رضاه؛ لأنه كالغصب، فالزيادة منكر، بخلاف هذا فليس كذلك، ذكر معنى ذلك يحيى حميد في الواجب. (قرئ).

(*) يعني: لأن ما لا يتم الواجب إلا به يجب كوجوبه، كسواء الماء للوضوء. (بستان).

(٤) البتة وبعض الناصرية.

(٥) وقيل: يحتتمل أن يجب على القول بأنه شرط في الأداء، كطلب الماء للصلاة، ويحتتمل أن لا يجب، كالتكسب لقضاء الدين. (بستان بلفظه). واختار في الغيث الاحتمال الأخير. وإنما لم يلزمها النكاح لأجله على قول من جعل المحرم شرط أداء لأننا نقول: إنها يجب تحصيله حيث لا يلزم الشخص بسبب تحصيله واجبات لا يتمكن من الخروج منها، وهنا يلزم للزوج واجبات كثيرة، ولا يمكنها التخلص منها إلا باختياره؛ فلذلك لم يجب عليها، والله أعلم. لكن يقال: لو أمكنها أنها ترضع صبياً في الحولين ثم متى بلغ سار بها هل يجب تحصيله مع أن ما يلزمها شيء من الواجبات التي ذكرت؟ وكذا لو فرضنا أن ما فيها لبن وكان في أمها أو أختها هل يجب؟

خلاف الناصر وأبي حنيفة. وقيل (١): يجب على القول بأنه شرط في الأداء (٢).
مسألة: من حضرها الوفاة قبل وجودها للمحرم لزمها أن توصي بالحج على القول بأنه شرط في الأداء، لا على القول الآخر.

مسألة: ويصح حج العبد (٣)، ومتى عتق لزمه الحج ثانياً، خلاف الناصر (٤).
مسألة: ومتى كملت شروط الاستطاعة للحج وجب، لكن عند القاسم وأبي طالب والمنصور بالله والشافعي أنه على التراخي ما لم يظن فوته بموت أو غيره، وعند الهادي والمؤيد بالله أنه على الفور إلا أن يعرض ما هو أهم منه وجب تقديمه مع العزم على فعل الحج متى أمكن. والأهم أحد ثلاثة أمور:
 الأول: أن يضطر إلى التكاح فيخشى الوقوع في المحذور (٥) إن لم يتزوج بما معه من المال.

والثاني: أن يكون عليه دين لأدمي وماله يكفي للحج أو للدين، فقد وجب عليه الحج - خلاف أبي حنيفة والشافعي - لكن يقدم الدين إن طولب به أو كان ثبوته بغير رضا أهله. قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: وكذا في المؤجل إذا كان يجل أجله قبل عودته من الحج ويعرف أن صاحبه يطلبه (٦). وأما المظالم التي لا يعرف أهلها والزكاة إذا كانت ديناً عليه فقال أبو مضر: يقدمها أيضاً، وقال المؤيد بالله: يقدم الحج.

فرع: وإذا قدم الحج على الدين أثم وأجزأ، كما إذا حج بمال حرام أو على

(١) ابن أصفهان.

(٢) وأشار إلى قوة هذا في تعليق الدواري، وهو قياس قول أهل المذهب في شروط الأداء؛ لأنهم أوجبا تحصيلها، والله أعلم. فالقياس أن يلزمها الزواجة. (هبل).

(٣) نفلاً. (قرئ).

(٤) فقال: قد أجزاه.

(٥) ولو بالنظر أو اللمس. (قرئ).

(٦) أو لا يرضى بتأخيره. (قرئ).

جمل حرام أو في ثوب مغصوب، وكما لو استؤجر الفقير للحج عن غيره في سنة معينة ثم حج فيها لنفسه ثم وأجزأه^(١).

الثالث: تعين الجهاد عليه؛ بأن يطلبه الإمام أو يعرف أنه لا يستغني عنه^(٢)، فيقدمه ويوصي بالحج. وكذا فيمن لزمه القود قدمه وأوصى بالحج عنه.

مسألة: من تعين عليه القود والجهاد والحج قدم الجهاد إن كان في ورثة المقتول صغير أو غائب وأوصى بالحج عنه^(٣)، وإن كانوا كباراً حاضرين^(٤) قدم القود، إلا أن يكون في قتله ضرر على المسلمين أو على أهل الناحية^(٥) جاز تأخير القود^(٦) للمصلحة العامة^(٧)، ذكره المؤيد بالله، وقال الناصر وأبو طالب: لا يجوز تأخيره إلا برضا أهله الكل.

مسألة: ومن لزمه الحج حج بنفسه، فإن حجج غيره لغير عذر أو لعذر يرجح زواله وزال لم يجزئه^(٨). وكذا في حج النفل، خلاف أبي حنيفة فيه^(٩). وإن لم يزل

(١) إذا كانت الإجارة صحيحة، لا إذا كانت فاسدة فلا يثم بنفس الحج، بل يجب عليه إذا لم يكن قد حج عن نفسه كما سيأتي^[١]. (هبل) (قرر).

(*) كالأجير الخاص إذا عمل لنفسه عملاً أو لغير المستأجر.

(*) وذلك لأنه عصي بغير ما أطاع به، فعصى بترك القضاء، وأطاع بفعل الحج. وكذلك في الجمل والثوب فإنه عاص باستعمالها، ومطيع بمصيره في المواضع التي يقف أو يطوف أو يسعى فيها. (بستان).

(٢) أو عن ماله حيث يجوز للإمام الاستعانة به. (قرر).

(٣) والدية. (قرر).

(٤) في البريد. وقيل: إذا كانوا يحضرون قبل عوده. (قرر).

(٥) ذكره الفقيه يحمي البحيح.

(٦) حيث كان بإذن الإمام. (قرر).

(٧) في هذا الموضع، لا في غيره فترجح الخاصة على العامة.

(٨) وفاقاً.

(٩) حجبتنا أنه قادر على الحج فلا يستتبع كالفرض، وحجته أن النفل مبني على التساهل واتساع المسلك كالصلاة من قعود. قلنا: لم يوسع بالاستتابة، بل بترك القيام، وكذلك الحج. (بستان).

[١] قبيل قوله: ولا تنسخ بموت المالك. في الأزهار في الإجارة: «ونكاح من يمنعه الزوج»، قال في حاشية هناك: وأما إذا كانت الإجارة فاسدة وأمكن الأجير الحج لنفسه وجب عليه الفسخ. (قرر).

العذر فكذا عند المؤيد بالله وأحد قولي أبي طالب والشافعي، وقال أبو العباس وابنا الهادي والمنصور بالله وأبو حنيفة: يجزئه. فمن عرض له ما يمنعه من الحج بنفسه كمرض أو حبس أو خوف أو عدم محرم^(١) فعلى القول الأول لا يصح منه التحجيج حتى ييأس من زوال عذره^(٢)، وعلى القول الثاني يجب^(٣)، ذكره في الشرح، وهو على ما ينكشف من بعد.

وإن كان العذر لا يرجى زواله وجب التحجيج، فإن لم يزل العذر أجزاءه، وإن زال من بعد فعلى هذا الخلاف^(٤).

والحج النفل كالفرض في صحة النيابة فيه وعدمها.

مسائل: وليس للرجل منع زوجته من حجة الإسلام بعد وجوبها عليها ومساعدة المحرم لها، كما لا يمنعه من قضاء الدين، ومن الصلاة الفرض^(٥) في أول الوقت، ومن الصوم الفرض في السفر، ومن صوم القضاء^(٦)، ومن صوم ما نذرت به قبل يتزوجها، ومن صوم كفارة يمين حثت فيها بغير اختيارها، أو باختيارها قبل يتزوجها، لا بعد، ومن صوم كفارة قتل الخطأ، فأما العمدة

(١) ينظر هل عدم المحرم عذر في التحجيج عن المرأة؟ وهلا قيل: تنتظر إلى مدة الإياس وتحج من غير محرم. وفي بعض الحواشي عن تعليق الفقيه علي: أنه يجوز لها التحجيج مع عدم المحرم أو امتناعه. فظاهره أنه لا يجب عليها انتظار الإياس. (قررو).

(٢) ويلحق بالعذر المأبوس ثلاث مسائل: الأولى: المرأة إذا لم يكن لها محرم وغلب على ظنها أنه لا يحصل لها محرم حتى الموت، أو لم يساعدها المحرم كذلك.

الصورة الثانية: الخائف إذا غلب على ظنه أنه لا يحصل له أمان حتى الموت.

الثالثة: الفقير إذا كان له شيء من المال يحج به ولا يكفيه للزاد إذا حج بنفسه، وهذا بعد وجوبه. ففي هذه الثلاث المسائل إذا غلب على الظن أنه لا يزول العذر جاز التحجيج.

(تعليق الفقيه علي) (قررو). فإن زال العذر جاء الخلاف. اهـ يعيد على المذهب. (قررو).

(٣) ينظر في الوجوب.

(٤) المذهب يعيد. وعليه الأزهار بقوله: ويعيد إن زال.

(٥) ورواتها. وظاهر الأزهار خلافه. (قررو).

(٦) قيل: ولو فات لغير عذر. (قررو).

فله المنع^(١)؛ فأما حج النفل أو الفرض حيث ليس لها محرم أو ممتنع فله منعها منه، وإن أحرمت به فله نقضه عليها بالقول - كنقضت إحرامك^(٢) - أو بالفعل، كتخليها بمحذور^(٣) من شم طيب^(٤) أو قص ظفر أو تقبيل^(٥) أو نحو ذلك^(٦)، فإن منعها ولم ينقض إحرامها كانت محصرة^(٧) حتى ينقضه عليها أو تنقضه هي.

مسألة: والعبد إذا أحرم بغير إذن سيده فله منعه ونقض إحرامه مطلقاً^(٨)، ويلزمه الهدى في ذمة العبد؛ لأنه متعد بإحرامه. فأما الزوجة حيث لزوجها نقض إحرامها فالهدى عليها حيث هي متعدية به، نحو أن تحرم بحجة النفل بعد منع زوجها، قال الفقيه محمد بن سليمان: أو بغير إذنه. أو تحرم بحجة الفرض مع علمها^(٩) بعدم المحرم أو بامتناعه، وبأنه شرط. وحيث لا تكون متعدية يكون الهدى على من سبق بنقض إحرامها منها أو من زوجها^(١٠)، وذلك حيث تجهل امتناع المحرم أو كونه شرطاً. وقال المنصور بالله: إنه عليها في

(١) لأنها ليست بواجبة، ذكره الفقيه حسن. (كواكب). وقيل: من غير فرق بين من يقول بوجوبها أو نفلها.

(*) على القول بوجوبها، وعلى المذهب في قتل الأصل لفرعه. (قررو).

(٢) ولا يحتاج إلى نية كصريح الطلاق. (سباع سيدنا حسن عليه السلام) (قررو).

(٣) مع نية النقض. (قررو). فإن لم ينو النقض لزمته الفدية. (قررو).

(٤) أو مسه.

(٥) لشهوة.

(٦) مع نية النقض في الكل. (قررو).

(٧) في (د): كالمحصرة.

(٨) سواء علم بوجوب المؤذنة أم لا، وسواء حج فرضاً أو نفلاً.

(٩) أو ظنها. (قررو).

(١٠) فإن اتفق النقض من الزوج والزوجة تعدد الهدى، فإن التبس [من الأصل] فلا هدى؛

لأن الأصل براءة الذمة، ولا تحويل على من عليه الحق. فإن علم ثم التبس فنصفان.

(*) وليس لها نقض إحرامها بنفسها إلا بعد منعه لها. (كواكب). وعلى المذهب أن لها النقض؛

لأنها محصرة من جهة الشرع. (قررو).

النفل^(١). وقال أبو حنيفة: إنه عليها في الكل.

قلنا: وإذا بعث بالهدي عنها^(٢) استحب له اعتزالها إلى وقت ذبحه^(٣)، لا إن أمر بشرائه من مكة^(٤). ومتى أمكن الزوجة فعل ما أحرمت به إما بإذن من زوجها في الفعل أو بأن تبين منه - لزمها فعله وفعل عمره^(٥) أيضاً إذا كانا في سنة أخرى؛ لأنها كمن فات حجه^(٦)، ذكره أبو طالب وأبو حنيفة، بخلاف المحصر فلا عمره عليه متى أمكنه، ذكره أبو طالب، فقيل: إن له قولين في الكل^(٧): قول مع أبي حنيفة إنها تلزم المحصر العمرة، وقول لا.

مسألة: من بلغ أو عتق أو أسلم قبل يوم عرفة أو فيه أو ليلة النحر بحيث يمكنه الإحرام والوقوف بعرفة تعين عليه فعله على القول بأنه على الفور، ويحرم من مكانه إذا كان داخل الميقات، وإن أحرم من مكة فهو أفضل^(٨).

(١) وعليه في الفرض.

(٢) وهو شاة أو عشر بدنة أو سبع بقرة.

(٣) ووجه الاستحباب أنها كالمشبهة بالمحرم، فكأنها محرمة بالسوق^[١].

(٤) لأنه لا يستحب التشبه بالمحرم إلا مع البعث بالهدي.

(٥) لا عمره على المذهب كالمحصر سواء. (قرر).

(٦) وهذا على قول أبي طالب، وأما المذهب فلا فرق بين المحصر وهذا، فلا عمره. وكذا من فات

حجه. (غيث من فصل الإحصار). ومثله للهبلى والمفتي، وقواه الشامي رحمته الله. (قرر).

(٧) يعني: في هذه المسألة وفي المحصر، وينقل كلامه من كل مسألة إلى الثانية. وقال الفقيه محمد بن

سليمان: إن المحصر تحلل بالهدي منه، وهي تحللت بالهدي من الزوج، فلو كان منها سقطت عنها

العمره. وقيل: إنها هنا كمن فات حجه، فإنه يضع إحرامه على عمره، وهي لم تتمكن من العمره،

بل تحللت بالهدي، فتلزمها العمره متى أمكنها. (بستان بلفظه).

(٨) هذا يستقيم إذا كان داخل الحرم على ما سيأتي، وأما على من كان خارج الحرم فحكمه حكم

أهل المواقيت؛ لأن ميقاته داره، أي: موضعه. (كواكب) (قرر).

[١] لفظ الديباج: لأن الاستحباب مع سوق الهدي كان من حيث إنه يشبه من يسوق من المحرمين، فكانت

مع السوق كالمحرمة.

مسألة: وإذا أسلم الذمي أو بلغ الصبي وقد أحرمنا فلا حكم لإحرامهما. وأما العبد إذا عتق وقد أحرم فإنه يمضي فيه^(١)، ولا يجزيه عن حجة الإسلام، خلاف الناصر. وقال الشافعي: يجزيه إذا عتق قبل الوقوف لا بعده.

مسألة: من اشترى أمة قد أحرمت بإذن سيدها الأول لم ينقض إحرامها، ويكون عيباً فيها^(٢) إذا طالت مدة الإحرام وجهله المشتري، وإن كان بغير إذن سيدها الأول فللثاني نقضه.

مسألة: ولا يجب الحج إلا مرة واحدة فقط، إلا إذا ارتد بعد الحج ثم أسلم فإنه يعيد الحج وجوباً^(٣)، ذكره المؤيد بالله والمنصور بالله والقاضي زيد وأبو حنيفة، خلاف الشافعي^(٤). وهكذا فيمن صلى ثم ارتد ثم أسلم في وقت تلك الصلاة^(٥).

ومن حج وهو كافر تصريحاً أو تأويلاً ثم أسلم لزمه الحج.

(١) ولو أجزا لم يفسخ، فإن فسخ لزمه الإتمام كالأجير إذا فسد إحرامه. (حيث). وقيل: لا يصح منه الفسخ بعد تلبسه.

(٢) إذا كان ينقص القيمة بالنظر إلى غرض المشتري، ويأتي مثله في الاعتكاف. (قرر).

(٣) إن استطاع استطاعة جديدة؛ إذ قد بطل الحج فصار كالأصلي. (بحر). وعن المفتي: لا يشترط، فيجب عليه بالاستطاعة الأولى. (قرر).

(٤) واختاره صاحب الأثرار، وبه قال القاسم والإمام يحيى؛ لأن الردة إنما تحبط العمل إذا اتصل بها الموت كما قال تعالى: ﴿فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ﴾ [البقرة ٢١٨]. قال في البحر: وهو الأصح على القول بالموازنة. (شرح فتح).

(٥) بخلاف الصوم والزكاة فإنه لا وقت لها يجب إعادتها فيه. (ينبغي، وحاشية سحولي).

فصل [في بيان أشهر الحج ومواقيت الإحرام وما ينعقد به الإحرام]

وأشهر الحج هي شوال وذو القعدة والعشر الأول من ذي الحجة إلى آخر اليوم العاشر، خلاف الشافعي في العاشر. قلنا: فمن أحرم^(١) فيه صح إحرامه^(٢) واستمر عليه إلى السنة الثانية. قال في التقرير: ويكون مسيئاً متعدياً^(٣)؛ لأنه أحرم في وقت لا يمكنه فيه فعل الحج في سنته.

مسألة: ومن أحرم بالحج في غير أشهر الحج صح ويأثم^(٤). وقال الشافعي والناصر: لا يصح الحج، بل يضعه على عمرة^(٥).

مسألة: ومواقيت الإحرام سبعة:

الأول: ذو الحليفة لأهل المدينة، وهو بالقرب منها، على ستة أميال، وهو أبعد المواقيت من مكة، على عشر مراحل منها.
الثاني: الجحفة^(٦) لأهل الشام^(٧)، وهو بعد الأول في البعد من مكة^(٨)،

(١) ينظر في هذا، فإن كان يريد على المذهب فالمذهب أنه يصح الإحرام في غير أشهر الحج، وما منعه إلا الشافعي، وإن كان يريد على أنه فائدة الخلاف فالشافعي قال: ليس من أشهر الحج، فينظر. (حنيث).
(٢) قيل: ولو بعمرة التمتع وبثبت إلى السنة القابلة؛ لأنه جمعها عام واحد^[١]. (من خط الحماطي). ومثله عن الشامي. (قررد).

(٣) يقال: لا إساءة مع عدم خشية الوقوع في المحذور. (قررد).

(٤) أما الصحة فلقوله تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيتُ لِلنَّاسِ وَالْحُجَّجُ﴾ [البقرة: ١٨٩]، فأفاد هذا الظاهر أن الإحرام يصح في جميع الأشهر. وأما الإثم فلأن الإنسان لا يأمن أن يقدم على محذور لطول مدة الإحرام. (بستان لفظاً).

(*) وظاهر الأزهار عدم التأثيم. (قررد).

(٥) حجتها أن الحج عبادة مؤقته، فإذا أحرم بها في غير وقتها لم ينعقد لها وانعقد ما هو من جنسها، كمن أحرم بالفريضة قبل دخول وقتها فإنها تنعقد نافلة. لنا قياس وقته على مكانه. (بستان).

(٦) قال في الانتصار: بضم الجيم، وكانت تسمى مهيجة، لكن السيل اجتحف أهلها فسميت جحفة. (زهور).

(٧) والمغرب ومصر والأندلس.

(٨) على ثلاث مراحل من مكة، وقيل: سبع، وقيل: ست، وقيل: ثمان.

[١] بالنظر إلى الشهور.

وباقيةا على سواء، على مسافة ليلتين من مكة، ذكره في البحر.

الثالث: قرن المنازل^(١) لأهل نجد.

الرابع: يللم^(٢) لأهل اليمن.

الخامس: ذات عرق لأهل العراق. فهذه الخمسة مواقيت لمن وقت له إذا وردها ولمن وردها من سائر أهل الجهات. ومن ورود بينها أحرم إذا حاذى أقربها إليه^(٣)، فإن التبس عليه محاذاته تحرى وعمل بظنه^(٤).

السادس: لسكان المواقيت ومن يكون داخلها إلى الحرم فمقاتهم مساكنهم^(٥)، لكن هل يتحتم عليهم الإحرام منها؟ قال في المنتخب والقاسم والشافعي: يتحتم منها، فلا يجوز لهم مجاوزتها بغير إحرام^(٦)، وقال أبو العباس وأصحاب أبي حنيفة: لا يتحتم عليهم منها، بل يجوز لهم المجاورة بغير إحرام ما لم يدخلوا الحرم المحرم. وهذا^(٧) إذا أرادوا الدخول لنسك من حج أو عمرة،

(١) وهي تسمى الآن وادي السيل.

(٢) وهو المقابل للسعدية.

(٣) عرضاً وإن بعد. اهـ لأن مجاوزة السميت كمجاوزة الميقات. ومثله عن الصعيتري، وإن كان قد ذكر القاضي عبدالله الدواري فيه احتمالان فالمقرر كلام الصعيتري.

(٤) فإن لم يفده التحري ظناً وجب عليه أن يحرم من مرحلتين إلى مكة؛ لأنها أقل المواقيت. (روضة نووي).

(*) يقال: فلو انكشف له بعد أن جاوز أقربها إليه بغير إحرام بعد أن قد تحرى وعمل بظنه هل يسقط عنه الدم لأجل التحري أو العبرة بالانكشاف؟ نعم يسقط الإثم ويلزم الدم، والله أعلم. (مفتي) (قررو).

(٥) وهو موضعه ولو وسط البلد. (قررو).

(٦) فلو جاوزه فهل عليه شيء أم لا؟ ولو خرج فهل يأتي كلام الفقيه يحين البحيح والسيد يحين بن الحسين؟ أجاب في حاشية السحولي أنه يأثم ولا يلزم دم. وفي هامش شرح الأزهار: فإن جاوزوها ولم يحرموا منها لزمهم دم. (قررو).

(٧) أي: الخلاف.

فأما إذا أرادوا الدخول لغير نسك فلا إحرار عليهم وفاقاً^(١)، ذكره في التقرير.
 السابع^(٢): لأهل مكة، فميقاتهم الحرم المحرم للحج^(٣)، والحل للعمرة^(٤).
 قال الفقيه يحيى البحيح: وذلك ندب^(٥)، فمن خالف فيه فلا شيء عليه. وقال
 الإمام يحيى والسيد يحيى بن الحسين: بل وجوب^(٦)، فمن خالف لزمه دم^(٧).
مسألة: ومن ورد أحد هذه المواقيت يريد مجاوزته إلى مكة أو الحرم فإن كان
 يريد نسكاً حجاً أو عمرة لم يجوز له مجاوزة الميقات إلا بإحرار^(٨)، وإن كان
 يريد حاجة غير النسك فكذا عندنا يلزمه الإحرار: إما مقيداً بحج أو عمرة، أو
 مطلقاً فيضعه على أيها شاء ولا يجوز له عن حجة الإسلام. وقال الناصر وأحد قولي
 أبي العباس وأحد قولي الشافعي: يجوز الدخول بغير إحرار. قال الإمام يحيى: إلا
 إمام المسلمين^(٩) إذا لحق الكفار^(١٠) إلى الحرم فيجوز له الدخول عليهم بغير

(١) لأن عليهم حرجاً ومشقة. (غاية).

(٢) وقد جمع المواقيت السيد العلامة المهدي بن أحمد بن صلاح بن الهادي بن الإمام إبراهيم بن
 تاج الدين في قوله:

من ذي الخليفة هل ساكن يثرب والمنجدون إذا أهلوا من قرن
 وذات عرق للعراق وجحفة للشام فافهم ويللمس لليمن. (وايل).
 وكذلك البيت الشريف يهل من في مكة البيت المحرم قد سكن

(٣) ندباً.

(٤) وجوباً. (قررو).

(٥) كلام الفقيه يحيى البحيح قوي في الحج ضعيف في العمرة. (قررو).

(٦) واختار الإمام المهدي عليه السلام للمذهب كلام الفقيه يحيى البحيح في الحج، وكلام الإمام يحيى
 في العمرة. (قررو).

(٧) قلت: أما الدم ففيه نظر، إلا أن يريد حيث خرج من مكة للوقوف وأحرم ما بينها وبين
 الجبل. (بحر). لأنه بمنزلة من جاوز الميقات إلى الحرم بغير إحرار.

(٨) لحديث ابن عباس: «لا يدخل مكة أحد إلا محرم» أخرجه البيهقي. (ضياء ذوي الأبصار).

(٩) أو من يقوم مقامه. (قررو).

(١٠) أو البغاة. (قررو).

إحرام. ولعل جنده كذلك أيضاً. قال السيد يحيى بن الحسين: وكذا العبد إذا لم يأذن له سيده بالإحرام^(١)، وكذا المكاتب إذا لم يأذن له سيده^(٢)، وكذا العبد الموقوف، وكذا من بقي عليه طواف الزيارة^(٣).

مسألة: والمكي إذا خرج من الميقات ثم رجع يريد مكة أو الحرم لزمه كغيره، إلا من يكثر منه التردد بالدخول والخروج كالحطابين والحشاشين والحمالين ونحوهم فلا إحرام عليهم سواء كانوا من أهل مكة أو ممن خارج المواقيت. قال الفقيه يحيى البحيح: وذلك حيث يدخل في الشهر ثلاث مرات، وقال الإمام يحيى: بل في الشهر مرة^(٤).

مسألة: من كان وطنه بين الميقات ومكة^(٥) فخرج عن الميقات ثم رجع يريد مكة أو الحرم لحاجة فإن قلنا: إن توسط الوطن يقطع حكم السفر فلا إحرام عليه^(٦)، وإن قلنا: إنه لا يقطعه لزمه الإحرام من الميقات. قال الفقيه حسن: وإن نوى إقامة عشرة أيام في وطنه ثم يدخل مكة فلا إحرام عليه^(٧).

مسألة: ومن كان وطنه خارج الميقات فإذا أراد الدخول إلى داخل الميقات دون

(١) بل لا فرق ولو أذن لم يتحتم عليه الإحرام على ما قررو.

(*) بل لا فرق. (قررو).

(٢) بل ولو أذن له سيده. (قررو).

(٣) أو بعضه، أو سعي العمرة أو بعضه، أو الحلق أو التقصير في العمرة أيضاً. (قررو).

(٤) القياس ما يسمى دائماً عرفاً^[١]. اهـ يحرم أول مرة^[٢]، وإن لم يحرم فعلية دم وإحرام.

(مفتي). ومثله عن القاضي عامر الذماري رحمته الله.

(٥) أو الحرم.

(٦) قال في شرح ابن بهران: وظاهر عبارة الأثرار أنه يلزمه الإحرام؛ إذ يصدق عليه أنه مجاوز

للميقات إلى الحرم. وهو ظاهر عبارة الأزهار. (من خط مولانا المتوكل على الله عليه السلام).

(٧) وظاهر المذهب أن المار بوطنه والناوي للإقامة في وطنه عشرأ يلزمه الإحرام، وهو ظاهر

الأزهار؛ إذ يصدق عليه أنه مجاوز للميقات إلى الحرم.

[١] ويثبت بمرتين. (حاشية سحولي) (قررو).

[٢] فقط. (قررو).

الحرم فلا إحرام عليه، ثم إذا بلغه وأراد دخول مكة أو الحرم لحاجة فلا إحرام عليه^(١)، ذكره في الكافي، وقال المنصور بالله: بل يلزمه. فإن كان نوى الدخول إلى الموضع الذي أراده ليقف فيه أياماً ثم يدخل مكة لحاجة فإن كانت الأيام عشرًا أو أكثر فلا إحرام عليه، وإن كانت أقل لزمه الإحرام، ذكره الفقيه حسن، وقال الفقيه يوسف: بل يلزمه الإحرام مطلقاً.

مسألة: ومن أراد دخول مكة لنسك^(٢) فجاوز الميقات بغير إحرام فعليه أن يرجع ويحرم من الميقات ويريق دمًا ندباً، إلا إن كان قد بلغ الحرم ثم رجع للإحرام من الميقات فقد لزمه الدم، ذكره في الكافي^(٣)، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يلزمه ولو قد وصل مكة. وإن رجع إلى الميقات بعد أن قد أحرم داخله فقد لزمه الدم، خلاف الناصر والشافعي والفقيه يحيى البحيح، وإن لم يرجع إلى الميقات وأحرم داخله لزمه الدم، وإن لم يحرم فقد لزمه الدم^(٤) والإحرام، فإن أحرم بعد ذلك في سنته هذه إلى وقت الحج^(٥) أجزاء عما لزمه وعما نواه^(٦) غيره^(٧)، ولو لم ينوه عما لزمه من قبل^(٨)، ولو كان بعد رجوعه إلى بلده، ذكره في الشرح والأمير الحسين. وقال في

(١) إلا أن يريد أن يدخل لنسك أحرم من موضعه. (قرئ).

(٢) أو غيره.

(٣) وذلك لأنه إذا بلغه فقد تحققت منه الإساءة فلزم الدم. (بستان).

(٤) حيث قد دخل الحرم.

(٥) والمقرر من الوقت إلى الوقت كما هو ظاهر الأزهار. والمختار إلى آخر وقت الوقوف بحج أو عمرة.

(*) عبارة الكواكب: إلى آخر وقت الوقوف فيها.

(٦) ظاهره ولو أجيراً فيجزئ^[١]، ومثله عن سيدنا عامر، خلاف ما في حاشية السحولي.

(٧) ولو حجة الإسلام. (قرئ).

(٨) وهو الإحرام.

[١] حيث رجع إلى الميقات وأحرم منه. (قرئ).

البيان: إن السفر الثاني كالسنة الثانية. وإن كان إحرامه هذا في سنة أخرى لزمه دم ثان لتأخير الإحرام عن سنته^(١)، ولا يجزئه عما كان لزمه إلا إذا نواه عنه وحده، لا إذا نواه عن حجة الإسلام أو غيرها فلا يدخل فيه، خلاف الناصر وأحد قولي الشافعي.

مسألة: وإذا دخل الذمي مكة ثم أسلم فلا دم عليه، خلاف الشافعي. وأما العبد إذا دخلها بغير إحرام ثم عتق فقال في الكافي: يلزمه دم^(٢)، وقال في الوافي: لا يلزمه^(٣).

مسألة: والإحرام ينعقد بالنية مع شيء من ذكر الله تعالى: تلبية أو تسيحاً أو تهليلاً أو تكبيراً أو غيره^(٤)، أو مع تقليد الهدى^(٥)، وسواء سار معه أو تأخر عنه، خلاف أبي حنيفة حيث تأخر عنه. وأما بالنية وحدها فقال القاسم والمؤيد بالله والمنصور بالله والشافعي: ينعقد أيضاً، وقال أبو طالب وأبو حنيفة: لا ينعقد، وقال زيد بن علي: ينعقد ويجب دم لترك الذكر.

وإذا قلنا: يجب الذكر مع النية فهل يلزم الأخرس^(٦) يأمر من يذكر عنه؟ قال أبو العباس: يجب^(٧)، وقال القاسم وأبو حنيفة: لا يجب.

(١) والمختار لا دم عليه. (بهران) (قررو).

(٢) واختاره في شرح الفتح.

(٣) وهو ظاهر الأزهار.

(٤) وظاهر الأزهار التلبية فقط، وإنما هذا على قول أبي العباس كما في شرح الأزهار.

(*) المذهب ما في الأزهار أنه لا ينعقد إلا بالنية مقارنة لتلبية أو تقليد، فلا يجزئ بالتسيح ونحوه. وإنما هذا على قول أبي العباس.

(٥) فلو قدم التقليد على النية لم يجزئه. (قررو).

(٦) الطارئ.

(٧) بأجرة أو تبرعاً إن تعذر التقليد، وإلا فالواجب التقليد. (عامر). وقيل: يخير بينهما^[١]، وهو المختار للمذهب.

(*) ولا يقال: لا شيء عليه كأذكار الصلاة؛ لأنه يفرق بينهما من حيث إنه لا يصح الاستنابة فيها، بخلاف الحج فيستتيب لما تعذر عليه منه فافهم. (إملاء شامي رحمته الله) (قررو).

[١] أي: بين التقليد والنيابة.

مسألة: وإذا كان المحرم أجيراً عن غيره نوى إحرامه عنه^(١)، وفي التلبية يخير بين أن يلبي عنه أو مطلقاً.

ومن نوى نسكاً ثم لبي بغيره لزمه ما نواه لا ما لبي به.
ولا تجب النية إلا عند الإحرام، لا بعده عند سائر الأركان^(٢)، لكن يستحب؛ لكثرة الثواب.

مسألة: ومن أحرم فإن نواه لحج أو لعمرة فرض أو نفل أو نذر أجزاء عمّا نواه، لكن لا يقع عن حجة الإسلام إلا حيث نواها^(٣). وقال الشافعي^(٤) وأبو مضر: يقع عنها حيث نوى الحج مطلقاً أو حج النذر أو حج النفل. وقال المنصور بالله وأبو حنيفة: يقع عنها حيث نوى الحج مطلقاً.

وأما إذا نوى الإحرام مطلقاً ولم يقيده بشيء فإنه يضعه على ما شاء من حج أو عمرة، ولا يجوز عن حجة الإسلام^(٥)، خلاف الشافعي.

مسألة: ومن أحرم بالحج مطلقاً اقتضى الأفراد. ومن نوى الحج الفرض أجزاء عن حجة الإسلام إن لم يكن عليه حجة نذر، وإن كان عليه حجة الإسلام وحجة نذر وقع عن حجة الإسلام^(٦)، ذكره المؤيد بالله^(٧)، وقد ذكر الفقيه علي في صوم رمضان أنه إذا نوى الصيام فرضاً وكان عليه صوم نذر لم يجزه عن أيهما؛

(١) في (د): نوى إحرامه عن حج عنه.

(٢) في (د): لا بعده كسائر الأذكار.

(٣) إلا الفرض فيعينه ابتداء ولو نذرأ.

(٤) في البستان ما لفظه: وعند الشافعي كل حج يوقع عن نذر أو نفل ولم يفعل حجة الإسلام فإنه ينصرف إليها؛ لأنها أخص وله ألزم. (بستان بلفظه).

(٥) ولم يجزه للفرض لاحتمال النفل. (قرئ).

(٦) بل لا بد من التمييز. (قرئ).

(٧) ونظره الإمام في الغيث. وجه النظر كونها فرضين، ومن شرط الفرض أن يعينه ابتداء، فيصير كالإحرام المطلق يضعه على ما شاء.

فيأتي هنا مثله (١).

فرع: وإن نوى الإحرام عن حجة الإسلام وحجة النذر معاً فقال المؤيد بالله: يجزيه عن حجة الإسلام (٢)، وقال أبو جعفر: يصح لهما معاً، ولعله يرفض أحدهما، وقال السيد يحيى بن الحسين: لا يجزي لأيهما. ولعله يضعه على حجة غيرهما (٣).

مسألة: ومن نوى الإحرام مثل إحرام زيد صح، فإن بان له إحرام زيد عمل به (٤)، وإن كان مطلقاً كان هذا مطلقاً أيضاً، يضعه على ما شاء (٥) ولو خالف ما وضع زيد إحرامه عليه. وإن التبس عليه إحرام زيد كان كمن نسي ما أحرم له (٦).

مسألة: ومن نسي ما أحرم له: فإن علم أنه أحرم بحجة الإسلام لكن التبس عليه هل أفراد أو قران أو تمتع طاف وسعى (٧) مثنياً ندباً (٨) ناوياً ما أحرم له؛ لجواز أنه قارن، والنية له (٩) مستحبة غير واجبة، ثم يبتدئ (١٠) الإحرام بحجة الإسلام، ويجعل نيته مشروطة (١١) بأن لا يكون محرماً بالحج من قبل؛ لثلا

(١) قيل: كلام الفقيه علي قوي هنا، لا في الصوم فيجزيه عن رمضان؛ لأن الصوم لا يصح لغير رمضان في وقته، بخلاف الحج فهو يصح فعل أيهما، فلا يجزيه عن أيهما؛ لأنه يشترط تعيين الفرض في الابتداء.

(*) ولعله ذكر هذا تفرعاً على كلام المؤيد بالله وإن كان لا يقول به [الفقيه علي]. (كواكب).

(*) لأنه يتردد بينهما فيكون كالمطلق، فيضعه على ما شاء.

(٢) وذلك لأنها أقوى، واختار في البرهان قول السيد يحيى بن الحسين. (بستان).

(٣) نفلاً، أو عمرة. (قرود).

(٤) ويجزئه عن حجة الإسلام إن كان أحرم زيد بها.

(٥) ذكر هذه المسألة الإمام يحيى، وكذا إن لم يحرم زيد كان كالإحرام المطلق. (ذويد).

(*) من حج أو عمرة نفلاً (قرود).

(٦) ويجزيه للفرض ما التبس نوعه كما في الأزهار.

(٧) وجوباً.

(٨) بل وجوباً عند من جعل السوق نسكاً؛ إذ قد يحمل الكتاب عليه وإن كان خلاف المذهب.

(٩) أي: للشخص.

(١٠) هل للاستئناف فائدة؟ (من خط سيدنا حسن عليه السلام).

(١١) فإن لم يشترط فالأصل براءة الذمة.

يدخل حجة على حجة، ثم يأتي بأعمال الحج^(١) كلها كالتمتع، وعليه بدنة^(٢)؛ لجواز أنه كان قارناً^(٣)، وشاة؛ لترك سوق البدنة^(٤) أو لترك التقصير^(٥) إن كان متمتعاً. وله الأكل من البدنة^(٦) لا من الشاة. وإن التبس عليه هل أحرم بحجة أو بعمره أو بفرض أو نفل^(٧) فقال أبو حنيفة والقاضي زيد والأمير الحسين: إنه يضعه على ما شاء ولا دم عليه، ورواه في التقرير عن الهادي. وقال أبو العباس وأبو طالب: إنه كالأول يفعل فيه كذلك، لكنه يحرم بالحج بشرط أن لا يكون محرماً بحجة ولا عمرة^(٨) في الحال. ولا يميزه عن حجة الإسلام^(٩). وليس له

(١) وهو في شرح الأزهار، ولفظه: ثم إذا فرغ من السعي لزمه أن يستأنف نية معينة للحج.. إلخ. (قررو).

(٢) وقيل: لا دم عليه؛ لأن الأصل براءة الذمة. (قررو).

(٣) وهذا ذكره الفقيه حسن على أصل السادة؛ لأنهم عاملوه في هذه المسألة بالأغلظ والأحوط. وقال الفقيه يوسف: إنه لا يلزمه إلا دم واحد؛ لأن الأصل براءة الذمة. (كواكب لفظاً).

(٤) لعله على قول السيدين: إنه نسك يجبر بالدم، لا على قولنا: إنه شرط. (قررو).

(٥) قال الإمام المهدي: وقد سقط الحلق والتقصير مع اللبس، وكذا يسقط عنه الدم، ذكر معناه في الغيث. (قررو).

(٦) لأنها إما عن قران أو تمتع فقط، وله الأكل منها.

(٧) المراد التبس عليه هل أحرم بحج أو عمرة، والتبس [١] أيضاً هل ذلك الحج أو العمرة فرض أو نفل، ومعناه في التذكرة. (سماح سيدنا حسن عليه السلام). ولفظ التذكرة: لا إن جهل هل بفرض أو نفل حج أو عمرة. قوله: «لا إن جهل إلخ» هذا مستقيم أنه لا يميزه عن حجة الإسلام. (كواكب لفظاً، وصعيتري) (قررو).

(٨) ينظر في العمرة؛ فقد فعل أعمالها ولم يبق إلا التقصير كما مر. (قررو). ووجه كلام الكتاب: لثلاثا يكون مدخلاً نسكاً على نسك، وأما كونه يأتي بهذه النية لا في الطرف الأول فلأنه التبس عليه هنا هل قد كان أحرم بحجة أو عمرة، فاحتاج إلى هذه النية، وفي الطرف الأول لم يقع اللبس إلا في صفة الحج فقط، فكفى أن يشرط عدم كونه محرماً بالحج، والله أعلم.

(*) ولفظ الكواكب قوله: «بنية مشروطة» لثلاثا يدخل حجة على حجة أو على عمرة؛ لأنه بقي منها التقصير، وهو نسك واجب، وهذا ذكره الفقيه حسن وقال الفقيه يوسف: إنه لا حاجة لقوله: ولا معتمراً؛ لأنه قد حل من أكثر محظورات إحرام العمرة بالسعي. (باللفظ).

(*) قال الفقيه يوسف: لا معنى لقوله: «ولا عمرة»؛ لأنه قد حل منها بالسعي. (من خط سيدنا إبراهيم حثيث). ولم يبق عليه إلا التقصير، ولا وقت له، والله أعلم. (قررو).

(٩) وقيل: يميزه عن حجة الإسلام؛ إذ قد ابتدأ بالاستئناف. (حثيث). وقرره الشامي والتهامي.

[١] في هامش (ج، د): أو التبس.

أن يتحرى ولا يعمل بظنه، خلاف أحد قولي الشافعي. قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: وكذا في الصلاة إذا شك هل نوى الظهر أو العصر، أو هل نوى الأداء أو القضاء فلا يعمل بالظن، وقال الفقيه يوسف: بل يعمل به^(١).

مسألة: ومن بعث بهدي وأمر بتقليده في وقت معين صار محرماً في ذلك الوقت إذا نوى الإحرام فيه، لا قبله؛ فلا يصح تقديم النية من غير ذكر^(٢) على التقليد، ذكره الفقيه محمد بن يحيى.

مسألة: ومن أحرم بحجتين^(٣) أو أكثر أو بعمرتين أو أكثر^(٤) لزمه الكل، وقال الشافعي: واحدة فقط. قلنا: ثم يرفض الزائد على واحدة، وعليه في كل نسك^(٥) رفضه دم، ويقضي المرفوض بإحرام جديد في القابلة إن كان حجاً، وإن كان عمرة فبعد أيام التشريق إن كان في أشهر الحج، وإن كان في غيرها فبعد فراغه من الأولى. وإن قضى العمرة في أشهر الحج أو في أيام التشريق أجزاءه و لزمه دم^(٦). وإذا كان إحرامه بالعمرتين في أشهر الحج أو في أيام التشريق لزمه لكل عمرة دم؛ فحيث أحرم بعمرتين في أشهر الحج ثم رفض إحداها ثم قضاها في أشهر الحج يلزمه أربعة دماء^(٧).

مسألة: وإذا أحرم بحجة وعمرة معاً كان قارناً على القول بأن القرآن لا

(١) وهو قياس كلام الأزهار في قوله: في أبعاض لا يؤمن عود الشك فيها، وفي قوله: ويكفي الظن في أداء الظني. (مفتي).

(٢) التلبية لا غير.

(٣) نفلًا. (حاشية سحولي) (قررو).

(٤) نفلًا.

(٥) يعني: حجاً أو عمرة.

(٦) هذا في أيام التشريق، وأما في أشهر الحج فينظر فيه؛ لأن المقرر أن الكراهة فيها للتنزيه، فلا دم. (قررو).

(٧) دمان لإحرامه بالعمرتين، ودم للرفض، ودم للقضاء. (بستان). مستقيم إذا وقع الإحرام والقضاء الجميع في أيام التشريق، وإلا قدم للرفض فقط. (سيدنا حسن) (قررو).

يحتاج إلى نيته^(١)، وعلى القول بأنه يحتاج إلى نيته يرفض إحداها كما تقدم، ولعله حيث يكون الوقت متسعاً لهما معاً، فأما حيث ضاق وقت الحج فيقدمه^(٢) ويرفض العمرة كما في القارن إذا ضاق عليه الوقت. والرفض يكون بالنية عندنا، وقال أبو حنيفة: بالشروع في أحد النسكين يرتفض الثاني.

فرع: قال في البحر: وإذا خير في إحرامه بين حجة وعمرة كان كما إذا أطلق إحرامه^(٣)، فيضعه على ما شاء، ويكون نفلاً.

فرع: ومن أحرم بما يعلم أنه لا يقدر عليه نحو ألف حجة لم يصح إحرامه^(٤)؛ لأنه عاص به.

مسألة: ومن أحرم بنسك بعد نسك صح ذلك، فإن أحرم بحجة بعد حجة أو بعمرة بعد عمرة رفض الأخرى كما تقدم^(٥)، وإن أحرم بعمرة بعد حجة رفض

(١) قال في الغيث ما لفظه: قال السيد يحيى بن الحسين: ولو أحرم بأحد النسكين وأدخل الثاني بعد ذلك لم يكن قارناً، فأما لو أحرم بحجة وعمرة معاً ولم يقصد القران فالأقرب أنه قد صار قارناً؛ لأنه لا معنى للقران سوى الإحرام بهما.

(٢) ندباً. والأولى التخيير ولو ضاق الوقت. وفرق الإمام شرف الدين بأن القارن قصده في الأصل الحج، بخلاف الإحرام هنا فإن الكل مقصود.

(٣) وهو يقال: إنهم يقولون: إن التخيير في نية العبادات مبطل كما ذكروا في الوضوء والصيام فما الفرق؟ (سحولي). ويمكن الفرق واختيار كلام البحر؛ لأن الإحرام يصح مطلقاً من غير تعليق بشيء، بخلاف الصلاة وغيرها فلا يصح الإحرام بها مطلقاً، بل لا بد من تعيين ما أحرم له، وهو هنا قد جزم بالإحرام، وإنما خير في المتعلق، فافترقا. (عن السيد أحمد الشامي). وقد روي عن المفتي اختيار ما في البحر.

(*) وعن التهامي: التخيير مانع من صحة الإحرام، فلا يقع شيء كسائر العبادات. ومثله عن حثيث والمفتي.

(٤) ونظره في نسخة بيان حثيث. ولعله يقول: يلزمه المضي في أحدهما ويرفض الآخر.

(٥) فلو رفض غير الدخيل كان كما لو لم يرفض على القياس الجلي. (معيار معنى).

(*) فإن جهل السابق قال المؤلف: فالقياس رفضهما وتحلل بعمرة. (فتح).

العمرة، وإن أحرِم بحجة بعد عمرة رفض الحجة إن كان في وقت الحج سعة، ثم يأتي بها بعد العمرة بإحرام جديد، وإن خشي فوت الحج فقال المؤيد بالله والمنصور بالله: كذا أيضاً يرفض الحجة^(١) ويأتي بها في القابلة، وقال الأمير الحسين: يرفض العمرة ويستمر في الحجة. وقال أبو جعفر: يصير قارناً، فلم يعتبر نية القران مثل قول أبي حنيفة، وروى في التقرير عن القاسم والهادي والناصر والمؤيد بالله أن القران لا يحتاج إلى نيته، وقال في اللمع: إنه يحتاج إلى نيته^(٢).

مسألة^(٣): من استؤجر على حجتين لشخصين ثم أحرِم بهما معاً صح إحرامه عنهما^(٤) ثم يعينه عن أحدهما. وقال الشافعي: لا يصح عنهما، بل يكون لنفسه.

وإن أحرِم عن أحدهما لا يعينه صح وعينه لأيهما شاء^(٥). وقال أبو يوسف: يكون لنفسه^(٦)، ذكر ذلك كله في البحر.

(١) لأنها دخيل بعد العمرة. (بستان).

(٢) في (د): إلى نية.

(٣) هذا المسألة مسودة في البحر فلا تخلو من النظر.

(٤) وذلك كما يصح أن يحرم بهما لنفسه ثم يعين. (بستان). وهذا المسألة مسودة في البحر؛ إذ الظاهر فيها أنه يجزيه عما استؤجر عليه، وظاهر الأزهار خلاف ذلك، والله أعلم. (قرئ).

(*) القياس أنه لا ينعقد إحرامه لأيهما، ولعله يصير كالمطلق فيضعه على ما شاء، ولا يستحق أجره؛ لعدم الإجزاء، والله أعلم. (قرئ).

(٥) المختار أنه لا يصح التعيين، بل يصير كالإحرام المطلق، ولا يستحق أجره. (قرئ).

(٦) نفلاً.

فصل [في بيان ما نهى عنه المحرم]

نهى المحرم عن أشياء، منها: الرفت، وهو الجماع واللفظ القبيح، وعن الفسوق^(١) والظلم والتعدي والمجادلة بالباطل؛ لأنه في حال طاعة، فالنهى له أكد من غيره^(٢).

ومنها: عقد النكاح^(٣) له أو لغيره إيجاباً أو قبولاً أو وكالة^(٤) أو فضولاً^(٥).
ومنها: التطيب^(٦)، وتعمد شمه، واستعمال ما فيه طيب أو مسه إذا كان يعلق ريحه بيده. ويجوز له مسُّ ما انقطعت رائحته، ودخول سوق العطارين وحوانيتهم لحاجة، ويكره لغير حاجة، ويستحب له سدُّ أنفه في تلك الحال ولا يجب، لكن لا يتعمد شم الطيب. ويجوز له بيع الطيب وشرائه، وحمله في قواريره^(٧) ونحوها^(٨).
ومنها: الكحل بما فيه زينة، ذكره الهادي. وقال القاسم: بما فيه طيب.

(١) قال في الكشف: هو الخروج من حدود الشريعة، وقيل: التساب والتنازير بالألقاب.
(٢) هذا منهي عنه المحرم وغيره، لكنه في حق المحرم أكد؛ لأنه في حال طاعة فلا يلبسها بمعصية، ولأن الله تعالى قد خصه بالذكر بقوله تعالى: ﴿فَلَا رَفَتْ وَلَا فُسُوقٌ وَلَا جِدَالٌ فِي الْحُجِّ﴾ [البقرة: ١٩٧]. (كواكب).

(٣) فيكون باطلاً إذا كان عالماً، فاسداً مع الجهل. (قررو).
(*) وأما الخطبة فتصح وتكره كراهة تنزيه، وهو ظاهر الأزهار. (قررو).
(٤) يعني: لا يصح أن يكون وكيلاً حال كونه محرماً، لا حال توكيله فيصح أن يوكل وهو محرم من يتزوج له إذا حل. (هامش شرح أزهار) (قررو). وقد علل وجهه هناك في الحاشية.
(٥) ويعتبر إحلال من إليه إجازة عقد النكاح حال الإجازة أيضاً، فلو وقع العقد وهو حلال ولم تحصل منه الإجازة إلا وقد أحرم لم تصح منه الإجازة، سواء كان الولي أو أحد الزوجين. فلو تخلل الإحرام منهم بعد العقد وقبل الإجازة ووقعت الإجازة بعد الإحلال صح ذلك. (حاشية سحولي). وقرره الشارح. (قررو).

(٦) ولو انطبقت حاسة الشم لم تسقط الفدية، وهذا إذا تعلق به، وإلا أثم فقط. (قررو).
(٧) قال في البحر: إذا كانت مخنومة، لا مكشوفة أو في طرف ثوبه أو عمامته فتلزم. (بلفظه). قال في هامشه: والمذهب أنه لا يلزمه شيء إلا أن يعلق به شيء.
(٨) نوافج المسك، وهي جلدة تقطع مع المسك من غزاله، وهي نجسة، ويعفى عن مجاورتها للمسك، كمجاورة العنب المتغير. (زهور) (قررو).

ومنها: لبس الحرير وما صبغ بزعفران أو ورس أو عصفر ولو كانت امرأة،
خلاف زيد بن علي والناصر فيها.

ومنها: لبس الحلبي وخاتم الذهب^(١) ولو كانت امرأة، خلاف أبي حنيفة
والشافعي فيها.

ومنها: الدهن بما فيه طيب. ويجوز بالسمن^(٢). وأما بالزيت ونحوه^(٣) حيث
لا طيب فيه فمنعه الهادي^(٤)، وأجازه أبو طالب والمرضى والمنصور بالله. ولا
فدية في الدهن ولو حرم إلا أن يكون مطيباً.

ومنها: لبس المحيط^(٥) للرجل، لا للمرأة والخنثى^(٦). فلو لبسه ناسياً أو
جاهلاً لتحريمه شقّه^(٧) وأخرجه إذا لم يمكنه من غير شق إلا بتغطية شيء من
رأسه. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يشقه.

ولا دم على الناسي والجاهل عند الهادي والناصر والمنصور بالله، خلاف
المؤيد بالله وأبي طالب وأبي العباس. وهذا الخلاف في لباس المحيط وفي الطيب
فقط؛ لورود الخبر فيهما^(٨)، لا في غيرهما فالعامد والناسي والجاهل سواء.

(١) لا الفضة والعقيق. (قرير).

(٢) لكن يقال: إذا قضى العرف أن السمن زينة - كما هو عادة أكثر القبائل - حرم، والله أعلم.
(هامش تكميل).

(*) وفاقاً. (بستان بلفظه).

(٣) السليط. (بستان).

(٤) لأنه زينة. (بستان).

(٥) بالمهملة؛ ليدخل الدرع وكل ما يحيط بالبدن.

(٦) المختار أن حكمها حكم الرجل؛ تغليباً لجانب الحظر، إلا أنها إذا فعلته فلا شيء عليها؛
لعدم تحقق كونها رجلاً. ومثله للمفتي.

(٧) ما لم يححف به. (قرير). وقيل: ولو أجحف. والمختار الأول؛ لأنه يبيحه ما يبيح ترك
الواجب، وليس كما يأتي في باب الإكراه، والله أعلم. (سيدنا حسن عليه السلام).

(٨) وهو قوله لأن الله تعالى لمن أحرم في جبة وهو متضمخ بالخلوق^[١]: ((انزع عنك الجبة واغسل
عنك أثر الخلوق))، ولم يأمره بالفدية، وهذا حجة للقول الأول. (بستان).

[١] وهو طيب معروف مركب يتخذ من الزعفران وغيره من أنواع الطيب، وتغلب عليه الحمرة والصفرة. (نهاية).

ومنها: تغطية الرجل لرأسه أو بعضه^(١) بما يستقر عليه^(٢) من ماء أو عمامة أو قلنسوة أو برنس^(٣)، وهما أشد تحريمًا؛ لأنها مخيط. وكذا لا يجوز باليد حيث تستقر عليه^(٤)، خلاف السيد يحيى بن الحسين وأصحاب الشافعي. فإن لم تستقر عليه جاز، كعند حكه لرأسه أو مسحه للوضوء أو ذلكه للغسل، وعند نومه واضطجاعه فيعفى عما تغطى منه بالأرض^(٥). قال المنصور بالله: أو بثوبه حال نومه، فإذا انتبه رفعه ولا شيء عليه^(٦).

ومنها: لبس الرجل للخفين^(٧) أو الجوربين أو النعلين إذا غمرا كعبي الشراك؛ لأن ذلك مخيط، لا أنه لأجل تغطية الكعبين، فإن لم يغمرا الكعبين، أو قطع منهما من تحت الكعب إلى أعلاهما من أحد الجانبين^(٨) - جاز لبسهما^(٩)، ذكره في الشرح. وقال الفقيه محمد بن سليمان: إذا قطع فوق الكعب قدر

(١) وحده ما يبين أثره في التخاطب. (قرن).

(٢) وفي حاشية السحولي ما لفظه: ولا فرق بين أن تستقر التغطية أم لا على الأصح من المذهب. وهو ظاهر الأزهار.

(٣) قال الإمام يحيى عليه السلام: هو عمامة طويلة يلبسها أهل الزهد والعبادة في صدر الإسلام. وقال في صحاح الجوهرى: هي قلنسوة طويلة، وكان النساك يلبسونها في صدر الإسلام.

(٤) قدر سبحان الله. (قرن).

(٥) أو وسادة تحت رأسه، أو ثوبه تحت رأسه فلا يضر.

(٦) وظاهر كلام أهل المذهب خلاف كلام المنصور بالله عليه السلام، فتجب الفدية، لكن لا إثم عليه. اهـ إلا أن لا يبقى له فعل كما تلقيه الريح ونحوها عليه وأزاله فوراً فلا شيء عليه، والله أعلم.

(٧) وذلك لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: «ولا الخفين»، وقد مر. قال عليه السلام: والخف يكون إلى نصف الساق، والجورب إلى فوق الركبة، والنعلان اللذان يشرع فيهما الشراك. وأما المرأة فإن لها لبس ذلك؛ لأن لها لبس المخيط. (بستان بلفظه).

(٨) بل من كلا الجانبين، وهو الصحيح.

(٩) وذلك لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((فيقطعها حتى يكونا أسفل من الكعبين)). (بستان بلفظه).

درهم^(١) من كل نعل كفاه.

ومنها: لبس الرجل للسراويل؛ لكونه محيطاً ببعض بدنه، فإذا لم يجد ما يتزر به نكس السراويل واحتزم به، فإن لم يستره فتقه، فإن كان لا يستره جاز له لبسه ولزمه الدم^(٢)، خلاف الناصر والشافعي في الدم. فأما القميص إذا اضطر إلى لبسه فإنه يلزمه الدم وفاقاً. وإن ارتدى بكمي القميص أو بجانيبه جاز؛ لأن الممنوع منه هو ما كان محيطاً بالبدن أو بالعضو ولو لم يكن فيه خياط^(٣). وكذا الفرو ونحوه إذا نكسه وارتدى به جاز.

ومنها: تغطية المرأة لوجهها^(٤) بما يناله من برقع أو نقاب أو غيرها، ويعفى لها عما يتغطى من الوجه بستر الرأس الذي لا يمكن إلا به^(٥). والأمة ونحوها في ذلك كالحرّة، وأما الخنثى فيغطي رأسه^(٦)؛ لجواز أنه عورة، ويكشف وجهه، ولا يلزمه الدم إلا بتغطية رأسه ووجهه معاً^(٧)، ذكر ذلك في البحر. ومنها: التداوي بما فيه طيب، وأكل ما فيه زعفران بقيت له رائحة^(٨).

(١) وقال الفقيه علي: يقطع جميع ما على كف القدم، يعني حتى يصير كالنعل العربية. (شرح بهران). ولفظ الزهور. وقال الفقيه يحيى البحيح: يقطع من أسفل الكعبين، وهو جميع ما على الكف وبينه؛ لأنه مخيط. (بلفظه).

(٢) في (د): وعليه دم.

(٣) عبارة البحر: والمنسوج والملصق كالدرع؛ إذ هو على هيئة المخيط. ولفظ الفتح: أو يحيط ببعض ولو درعاً^[١] أو جراباً. وظاهر الأزهار خلافه.

(٤) أو بعضه. (مقرر).

(٥) والقياس لزوم الدم مطلقاً، وإنما يسقط الإثم.

(٦) يقال: تغطية الرأس محظورة؛ لتجويز كونه رجلاً، فينظر. فكأنه يشير إلى أن المحرم بالأصالة أغلظ. (شامي). وهو كشف رأس المرأة.

(٧) أو بعضها.

(٨) وذلك لأن المقصود من الطيب الرائحة، فمهما بقيت حرم، وإن عدت جاز. (بستان).

[١] ولعله إذا كان يسمى لابساً، وإلا فلا. اهـ وسيأتي في البيان في فصل موجبات الفدية أن لبس الدرع يوجب الفدية.

ومنها: لبس المطيب ولو من قبل إحرامه، خلاف أبي حنيفة والشافعي. فأما الفواكه المأكولة كالسفرجل والأترج ونحوه^(١) فيجوز شمها؛ لأن المقصود منها الأكل، وهو لا يمكن من دون شمها^(٢).

فَرَع: ومن لطحه الغير بالطيب ألقاه عن نفسه فوراً^(٣)، والفدية على من لطحه^(٤) به، وإن ألقته الريح عليه أزاله عن نفسه فوراً ولا شيء عليه^(٥)، وإن تراخى في إزالته^(٦) لزمته الفدية، وإن لم يمكنه إزالته عنه إلا بالماء وهو يحتاجه للوضوء أزاله به وتيمم^(٧). وحيث يتعمد شم الطيب يأثم ولا دم عليه إذا لم يستعمله^(٨).

ومنها: شم الرياحين، خلاف أبي حنيفة.

ومنها: لبس المبخر بالعود أو نحوه^(٩) والعود عليه.

ومنها: الخضاب^(١٠)، خلاف الشافعي.

(١) يعني: التفاح والأجاص والخوخ وغير ذلك من الفواكه التي لا تعد طيباً في العادة ولا يتخذ منها الطيب، فيجوز أكلها وشمها، وصبغ الثوب منها ولبسه. (بستان بلفظه).

(٢) فجاز شمها مطلقاً.

(٣) بآلة، أو يأمر غيره حالاً. (عامر) (قررو).

(٤) حيث لم يفرط في حفظ نفسه. (بحر). فإن فرط تعددت. (قررو).

(٥) حيث لم يفرط.

(٦) وقتاً يمكنه إزالته فيه. (قررو).

(٧) وإن كان على بدنه نجاسة وطيب قدم غسل النجاسة؛ إذ هي تمنع من صحة الصلاة.

(غيث). وفيه نظر، وقد يقال: إن الصلاة تصح مع النجاسة، وبقاء الطيب محذور، فيجب

تقديمه على النجاسة. (قررو).

(*) لأن للوضوء بدلاً. (برهان).

(٨) بحيث يعلق ريجه. (قررو).

(٩) ولا شيء في لبس المبخر إلا أن يعلق ببدنه شيء من ريح المبخر، والله أعلم.

(*) لا بالمائة واللبن والجاوي ونحوها. (زهور) (قررو).

(١٠) يعني: بالحناء، وأما الخضب بالسواد كما تعتاده النساء فهل هو كالحناء؟ (حاشية سحولي).

عن الذويد: أنه لا خضاب إلا بالحناء فقط.

ومنها: تقليم الأظفار.

ومنها: اصطياد الصيد البري^(١)، وقتله، وإفزاعه، والإشارة إليه، والإعانة عليه، والدلالة عليه، وأكل لحمه ولبنة وسمنه، وأخذ صوفه^(٢)، وبيعه، وشراؤه، وإمساكه في يده أو في منزله، فيجب إرساله إذا أمكنه، خلاف أبي حنيفة والوافي فيما كان في منزله. ومن جملة ذلك الجراد والنحل^(٣) وجلد الصيد وبيضه. قال في البحر^(٤) والحفيظ: وكل ما كان منه. فيدخل في هذا الحرير والعسل. ويخرج عن ملكه ذلك كله بالإحرام، فإن أتلفه متلف لم يضمه، وإن أخذه الغير فقال الفقيه يحمي البحيح: إنه يملكه^(٥)، وقال النجراني^(٦): لا يملكه. وإذا حل المحرم وهو باق لم يأخذه الغير^(٧) عاد ملكه عليه. وما اصطاده

(١) ولفظ الكواكب قوله: «وعن قتل الصيد» يعني صيد البر، وسواء كان مأكولاً أو غير مأكول، فأما صيد البحر فهو حلال للمحرم. ويعتبر بالتفريخ في كون الصيد بحرياً أو برياً، ذكره في الكشاف. (باللفظ).

(٢) وكذا يحرم الانتفاع بجلده وصوفه، ولا يوجب الفدية. ولعله يوجب أكل صيد البر الفدية ولو كان محرماً غير الإحرام، كأن يكون الصيد ميتة أو كان مما يصطاد ولا يحل أكله كالفهد ونحوه، وقد أشار إليه في البحر. (حاشية سحولي لفظاً) (قررو).

(٣) ويمكن أن النحل والدود ليسا من الصيد عرفاً، ولا هما مما يؤكل. (هامش هداية). ولا يلزم فدية للأكل، وأما للقتل فتلزم ولا كلام. (قررو).

(٤) قلت: معنى كلام البحر: ما كان جزءاً منه حقيقة كجلده، أو متصلاً به كصوفه، أو يؤول إليه كبيضه - حرم، لا اللبن والعسل والسمن والحرير بعد انفصاله فلا يحرم، وقد ضعف كلام البيان. (مفتي). وقرره الشامي. ومثل كلام البيان في حاشية السحولي، واختاره. اهـ فيحرم الانتفاع بالجلد ولا فدية فيه. (قررو). وكذا الصوف. (حاشية سحولي) (قررو).

(٥) وهل يجب فيه الخمس؟ قيل: يجب. (زهور). وقيل: لا يجب، كمن أخذ شيئاً رغب عنه مالكة.

(٦) هو الشيخ محيي الدين محمد بن أحمد النجراني، والد الشيخ عطية.

(٧) وكذا لو أخذه الغير مهما لم يتلفه^[١]؛ لأنه يبقى له فيه حق يعيد ملكه فيه متى حل. (شامي).

ومثله في شرح الأثمار.

[١] ومعنى الإنلاف حساً لا حكماً. (معيار معنى) و(قررو).

المحرم أو اشتراه لم يملكه، وعليه رد ما شراه لمالكة^(١)، وإرسال ما اصطاد على وجه يحتفظ من غيره، وكذا في بيضه وما ولده معه. وإن أتلغه حلال ضمنه المحرم بالجزاء، وإن أخذه حلال منه ملكه^(٢)؛ لأنه باقٍ على الإباحة في حقه إذا كان من الحل، ويلزم المحرم الجزاء متى تلف الصيد^(٣).

ومنها: قتل القملة منه أو من محرم سواه؛ لأنها تولد من بدنه^(٤). وكذا طرحها لا يجوز، فأما نزعها من موضع إلى موضع من بدنه أو ثوبه فيجوز^(٥).
ومنها: قتل السباع التي لا تضر، فأما ما يضر منها ولو بالبهائم فقال أبو العباس: يجوز له قتله، وقال المؤيد بالله وأبو طالب: لا يجوز إلا دفاعاً عنه أو عن غيره.

ومنها: التقبيل واللمس والضم والمضاجعة والنظر إذا كان ذلك كله لشهوة. وقال القاضي جعفر: لا يجوز له لمس المرأة إلا لحاجة من غير شهوة.
ومنها: جز شعر نفسه أو شعر محرم غيره لغير عذر، فإذا جز محرم أو حلال شعر محرم باختيارهما معاً فالفدية على المجزوز، وقال الإمام يحيى: على الجاز، وقال

(١) ينظر، فقد ذكروا أنها تحرم الدلالة والتسيب من المحرم، ورده هنا تسيب، فالقياس يراضى مالكة في إرساله. اهـ قرر البيان؛ لأنه باقٍ على ملك مالكة.

(*) وظاهره ولو تلف بعد رده لمالكة فلا شيء عليه. (قرر).

(*) وقد رد صلى الله عليه وسلم حمار الوحش لمالكة.

(٢) هلا قيل: يجب عليه استفاؤه ويرسله فينظر. بل هو كذلك حيث قد قبضه، لا قبل القبض فلا شيء. (شامي). وقرر البيان.

(٣) ولو لم يتلف إلا بعد فك إحرامه.

(*) إذا كان قد تمكن من إرساله، وإلا فلا شيء عليه. اهـ ينظر، فقد لزمه الجزاء بقبض الصيد.

(٤) بخلاف البرغوث فيجوز قتله. (بستان).

(٥) مع استواء الموضعين أو إلى أعلى. (قرر).

(*) قيل: ولا يجوز له نقله إلى غيره. (غيث). ولو رضي. (قرر). وقيل: إلا أن يرضى وكان محرماً.

(*) لا من بدنه إلى ثوبه فلا يجوز، ذكره الفقيه يوسف. (قرر). لا لو سقطت القملة منه [بغير

فعله ولا سببه. (قرر)] فلا خلاف أنه لا يجب إعادتها إلى البدن، ذكره في الكافي. (قرر).

الفقيهان يحيى البحيح وعلي: على كل واحد منهما فدية^(١). وإن كانا معاً مكرهين^(٢) فالفدية على المكره^(٣) لهما. وإن كان الجاز مختاراً والمجزوز مكرهاً فالفدية على الجاز^(٤)، وقال أبو حنيفة: على المجزوز، وعلى الجاز صدقة. وقال في الكافي: إنها على المجزوز، ويرجع بها على الجاز. وفي العكس على المجزوز^(٥). ومنها: قطع شيء من جلده أو أسنانه^(٦).

ومنها: قطع شجر الحرم إلا ما استثني، وهو: اليابس، وما يؤدي، وهو ما له شوك^(٧)، وكذا الإذخر^(٨)، والسواك^(٩)، وما ينبته الناس من الزروع^(١٠) ونحوها مما يقطع في السنة^(١١)، لا ما أصله ثابت^(١٢) فلا يحل، خلاف أبي حنيفة. والعبرة بأصل الشجرة: فإذا كان في الحرم حرمت ولو كان فرعها في الحل، وإن كان في الحل حلت ولو كان فرعها في الحرم. والحلال والمحرم في ذلك سواء. ويجوز أخذ فروع

(١) لأن حقوق الله تتكرر، ككفارة قتل الخطأ. (بستان).

(٢) والذي يقرر في مسألة جز الشعر أن المكره إذا بقي له فعل لزمته ويرجع على المكره، فإذا كان الجاز والمجزوز مكرهين فإن بقي لهما فعل لزمتهما الفدية، وتعدد، ويرجعان على المكره، وإن لم يبق لهما فعل لزم المكره لهما الفدية، ولا تعدد.

(٣) كما قالوا في الزوج إذا وطئ الزوجة.

(٤) وذلك لأنه لا فعل للمحرم، وكما لو زال بنفسه. (بستان).

(٥) الأولى أنها على الجاز ويرجع بها على المجزوز.

(٦) ولو مؤذ. (قررو).

(٧) وكذا ما يمنع من الزرع أو الطريق يجوز قطعه، ذكر معناه في الزهور.

(٨) الإذخر: حشيش طيب الرائحة، تسقف به البيوت فوق الخشب.

(*) ومن المستثنى ما يقطع من العنب لإصلاحه. (قررو).

(٩) وفي البحر أن السواك غير مستثنى. (قررو).

(١٠) فإن نبت بنفسه هل يجوز قلعه؟ الأقرب الجواز، والله أعلم. وبخط المفتي وجدت ما لفظه: بأزهار الفقيه علي الشطبي على لفظ الشجر: لا الزرع فلا شيء فيه، وفي الشرح:

الحشيش دون الزرع؛ لأنه مما ينبت لا مما ينبت بنفسه.

(١١) لا عبرة بالسنة، بل العبرة بالبقاء وعدمه. (وابل).

(١٢) أو بعض عروقه في الحرم وبعضه في الحل حرم؛ تغليياً لجانب الحظر. (قررو).

القضب والكراث، وأما أصولها فقال الفقيه يحيى البحيح: يجوز^(١)، وقال الفقيه علي: لا يجوز^(٢).

ومنها: رعي حشيش الحرم^(٣) للمحرم والحلال أيضاً، إلا ما أخذته الدابة حال سيرها مما يتعذر الاحتراز منه^(٤). وقال الشافعي والإمام يحيى: يجوز رعيه. وقال في المنتخب وأحد قولي القاسم: يجوز الاحتشاش منه. وقال المنصور بالله: يجوز الاحتشاش منه لغير أهل الحرم.

مسألة: وإذا ذبح المحرم صيداً فهو ميتة^(٥)، وكذا إذا كسر بيضه^(٦) لم يحل أكله، فإن اضطر إلى أكل لحمه محرم قدم الميتة عليه إن لم يضره أكلها^(٧)؛ لأنها ميتة، وهذا ميتة وصيد، فحرم من وجهين. وإن اضطر إليه حلال فإن كان من

(١) قلت: وفيه نظر؛ لأنه يراد بهما البقاء. (بحر).

(*) واختاره الإمام شرف الدين عليه السلام.

(٢) إلا إذا بلغ إلى حد لا ينتفع به فيصير كالشجر اليابس. (قررو).

(*) وهو ظاهر الأزهار.

(٣) وذلك لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((لا يختلئ خلاها))، ولا نريد بالخلأ إلا الحشاش النابتة في الحرم. وحنة الشافعي والإمام يحيى ما روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: ((لا يختلئ خلاها إلا رعي الدواب))، ولأن ابن عمر رعى حماره في الحرم، فرآه الرسول صلى الله عليه وآله وسلم فلم ينكر عليه. وروي أن الصادق أو الباقر كان يرعى غنمه في الحرم. (بستان بلفظه). قوله: لا يختلئ خلاها، أي: لا يجوز ولا يقطع، ذكره في الديوان والشمس. قال في النهاية: والخلئ مقصور، وهو النبات الرطب الرقيق ما دام رطباً، فإذا يبس فهو حشيش، واختلاؤه قطعه.

(٤) والمذهب تلزم القيمة ولا إثم.

(٥) ويكون نجساً، ذكر معناه في شرح النجري، وأما البيض فإنه يكون طاهراً وإن حرم، كذا ذكر. (قررو).

(٦) وقد قيل: المذهب خلافه^[١] كما لو كسرها كافر، ومثله للإمام عز الدين بن الحسن. (مفتي).

(٧) فإن كانت تضرة جاز له أكل ما ذبحه المحرم؛ لقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج ٧٨]، والمضرة حرج، ولقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ﴾ [النساء ٢٩]. (بستان).

[١] يعني: فيحل للحلال.

صيد الحل خير بينه وبين الميتة، وإن كان من صيد الحرم قدم الميتة عليه؛ لأنه مضمون لا هي. وقال المؤيد بالله: يخير بينهما.

مسألة: إذا ذبح الحلال صيداً من الحرم فهو حرام على المحرم والحلال، فإن اضطر إليه محرم قدم الميتة عليه^(١)، وإن اضطر إليه حلال فكذا عند الهدوية^(٢)، وقال المؤيد بالله: يخير بينهما. وسواء صاده من الحرم أو طرده منه ثم صاده خارج الحرم أو طرده من الحل إلى الحرم ثم صاده منه، وكذا إذا صاده من الحل ثم دخل به الحرم حياً فإنه يزول ملكه عنه، ويحرم أكله، وقال الشافعي: لا يزول ملكه^(٣)، بل يحرم أكله. وإن ذبحه خارج الحرم ثم أدخله لحماً فهو حلال^(٤).

فرع: فلو دخل صيد مملوك إلى الحرم ثم أتلفه متلف أو ذبحه ضمنه للحرم، لا لمن كان يملكه، وحرّم أكله. وعلى قول الشافعي يضمّنه لملكه، ويحرم أكله. وقال السيد يحيى بن الحسين: يضمّن قيمته لملكه^(٥) وقيمة للحرم.

مسألة: ويجوز للمحرم وغيره قتل الفأرة والحدأة والغراب والكلب العقور والحية والعقرب ولو في الحرم. وكذا فيما خشي ضرره من الكتان والزناير والبق والبراغيث وسائر السباع الضارة، وفيها الخلاف المتقدم بين السيديين وأبي العباس. والمراد بالحية إذا خرجت من بيتها، لا فيه فلا يجوز^(٦)، أشار إليه في الزيادات، وذكره في تعليقها.

مسألة: وله عصر الدماميل، وإخراج الشوك من جسده، والحجامة والفصد. ولا شيء في إخراج الدم، فإن أزال بذلك شيئاً من جلده أو شعره وجب فيه دم إذا

(١) لأنه يحرم عليه من وجهين: كونه ميتة وكونه صيداً. (بستان).

(٢) لاختصاصه بالضمان.

(٣) ومثله في الهداية، وهو ظاهر الأزهار، ومثله في شرح الفتح.

(٤) يعني: للحلال، لا لمن هو محرم. (قرئ).

(٥) لأنه لم يخرج عن ملكه بدخول الحرم. (قرئ).

(٦) وفي البحر: يجوز قصدها إلى أوكارها. (من الجنائيات). ولفظ حاشية: وظاهر كلام أبي العباس لا فرق.

بان أثره بغير تأمل^(١)، وإن لم يبين إلا بتأمل فصدقة نصف صاع. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا شيء في الجلد، بل في الشعر.

مسألة: وله أن يلبس خاتم الفضة والمصبوغ بالسواد، وأن يستاك^(٢) ويغسل جسده ورأسه، فيصب عليه الماء ويدلكه، ولا يغمسه في الماء بحيث يستقر عليه^(٣). وأجاز له الشافعي حمل المتاع على رأسه. وله أن يستظل بالعماريات والمحامل والمنازل ولو أصاب ذلك رأسه إذا لم يستقر عليه^(٤).

مسألة: وله أن يحتزم بالكيس ونحوه^(٥)، وأن يعصب جبينه بخرقه إلى قفاه، ذكره القاسم وأبو طالب، وهو يدل على جواز تغطية الخدفة^(٦) وما يحاذيها من القفاه^(٧). وله أن يبيع ثيابه أو يهبها، فإن عرف أن فيها شيئاً من القمل تصدق بقدره^(٨). وله أن يغسلها، فإن علم أن بها شيئاً من القمل قد تلف أو سقط عنها تصدق بقدره، وكذا إن تلف بالغسل شيء من ذوات الماء في الحرم، لا في الحل فلا شيء فيه؛ لأنه صيد بحر يجوز قتله للحاجة والانتفاع به، سواء كان مأكولاً أو غير مأكول، ذكره في الكشاف، قال فيه: ويعتبر بالتفريخ في كونه برياً أو بحرياً.

مسألة: وله ذبح الأنعام والدجاج ولو توحشت، لا الوحشي ولو تأهل، كحمار الوحش وبقرته والظبي والوعل والنعامة والطيور الوحشية^(٩) ونحو

(١) مع القرب المعتاد. (قرئ).

(٢) لأنه لا يزيل شيئاً من الجسد، ولقوله ﷺ: ((من أطاق السواك مع الطهور فلا يدعه)) ولم يفصل بين حالة وحالة. وقال ابن عمر: لا بأس بالسواك للمحرم. (بستان).

(٣) وقد تقدم أنه لا يعفى استقراره لم يستقر، ومثله في حاشية السحولي.

(٤) وعليه ما مر للسحولي، وهو المختار. (قرئ).

(٥) يعني المنطقة. ولا يتوهم أنه ممنوع من الكيس لأنه محيط؛ إذ ليس بأكثر من عقد الإزار على وسطه. (بستان).

(٦) لأنها من الوجه. (قرئ).

(٧) المذهب خلافه، فلا يعصب، فتجب الفدية حيث غطى شيئاً من الرأس. وقد ذكر مثله الفقيه يوسف. (قرئ).

(٨) إن غلب الظن بموته. (قرئ).

(٩) ولا أهلي في الطيور إلا الدجاج فقط، ذكره في الكواكب. ولا أهلي في السباع إلا الهر والكلب. (شرح بحر).

ذلك، ولو غير مأكول، وكل ما يفرخ في البر وحشياً ولو كان قد يعيش في البحر كالطير فهو محرم، فإن تولد شيء من ذلك بين وحشي وأهلي فالعبرة فيه بأمه^(١).
مسألة: ولا يجوز للحلال أخذ الجراد من الحرم، خلاف الأمير الحسين. وأما أخذ التراب والحجارة من الحرم إلى الحل فقال في الانتصار [المؤيد بالله]^(٢) وبعض أصحاب الشافعي: لا يجوز^(٣) ويجب رده^(٤)، وقال الإمام يحيى^(٥): يجوز كإخراج التراب من المسجد.

وله نزع القراد من البعير وغيره، لا الحلم، ذكره الناصر، قال الفقيه محمد بن سليمان: لأن الحلم لا تنزع إلا بقتلها. ولعل المراد حيث هي لا تضر. وليس له قتل القراد، خلاف أبي حنيفة، ولا قتل الجراد والبعوض والنمل^(٦) إذا لم يضر، وإذا قتل شيئاً من ذلك حيث يحرم عليه تصدق بقدر قيمته لو كان يؤكل، ذكره أبو طالب.

مسألة: وحد الحرم المحرم^(٧) من جهة المدينة ثلاثة أميال، ومن طريق اليمن سبعة، ومن طريق العراق تسعة، ومن طريق جدة عشرة، ومن طريق الطائف والجبل أحد عشر ميلاً. ويمنع الكفار من دخوله، خلاف أبي حنيفة وحد مكة من عقبة المريس إلى عقبة ذي طوي. وحد منى من العقبة إلى وادي محسر^(٨).

(١) فإن التبس فالأصل براءة الذمة. (قررو). في الجزاء، لا في التحريم فيغلب التحريم. (قررو).

(٢) ما بين المعقوفين من (ب).

(٣) قلنا: لا دليل. (بحر).

(٤) والصحيح أنه لا يجب؛ إذ ذلك مخصوص بالصيد والشجر. (قررو).

(٥) قري حثيث وراوع.

(٦) يعني: السلليمانية التي لا تضر، وأما النمل التي تضر فيجوز قتلها ابتداء. والسلليمانية ذات الأرجل الطوال. (شرح ذويد معني).

(٧) وللحرم التحديد جيم لطيفة وطاعراق يافتى فتأملا
 وزاي يمانى وياء لجدة وهاء وواو طائف قد تحصلا

(٨) وأما تحديد الجبل فهو من ثوبة إلى نمرة إلى عرنة إلى ذي المجاز. (لمعة).

فصل في صفة الحج

يستحب لمن أراحه أن يجدد التوبة^(١) ويتخلص من كل حق عليه موسع، فأما المضيق فواجب. وأن يزور أرحامه وأوداده، ويطيب نفوسهم، ويتحلل منهم، ويستجلب دعاءهم، ويستودعهم. وأن يجعل زاده من أطيب كسبه^(٢)، ويصلي ركعتين عند خروجه، ويزيد في دعائه كما في كل سفر.

مسألة: فإذا وصل الميقات ندب له قلم أظفاره، وشف شعر إبطه، وحلق عانته، والغسل للإحرام. وعلى أحد قولي الناصر أنه يجب الغسل. قلنا: فإن لم يجد الماء تيمم^(٣)، ولبس ثوبي إحرامه غير مطيين، وله أن يزيد عليهما، وأن يتقل إلى غيرهما، وأن يبيعهما. ويتوخى إحرامه عقيب صلاة فرض، فإن لم صلى ركعتين، وقال الناصر: ستاً. وأن يلبد شعره بشمع أو غيره للإحرام^(٤)، كفعله صلى الله عليه وآله وسلم^(٥)، ذكره في البحر، ثم يحرم ويهل عقبيه، فيقول المفرد: اللهم إني أريد الحج^(٦)، ويقول القارن: اللهم إني أريد القران بين الحج والعمرة، ويقول المتمتع: اللهم إني أريد

(١) ولعل الوجه أن السفر مما يخاف عنده الموت ويشفق أن لا يعود، فكان كالمرض في استحباب تجديد التوبة. (صعيتري).

(*) حيث لم يعلم إخلالاً بواجب ولا فعل قبيح، وإلا وجبت. (قرود).

(٢) واختلف في أطيب المكاسب، فقيل: الزراعة؛ لأن الله تعالى اختارها لآدم عليه السلام، ولأنها أدخل في التوكل. وقيل: المهنة؛ لأنها طريقة النبي إدريس عليه السلام ونوح وداود وغيرهم عليهم السلام. وقيل: التجارة؛ لأنها طريقة محمد صلى الله عليه وآله وسلم، ولأنها أشد حرجاً في الدين، لا يزال صاحبها في جهاد نفسه. (نجري).

(٣) لأن التيمم إذا ناب عن الغسل الواجب ناب عن المسنون^[١] أولى وأحق. (بستان). وعن الشامي: إذا كان للصلاة، لا بدلاً عن مسنون^[٢]. (قرود).

(*) للصلاة. (شرح أزهار) (قرود).

(٤) لثلاث يتساقط منه شيء.

(٥) وذلك لأنه لبد رأسه بعد إحرامه. (بستان).

(٦) الأولى أن يقول: اللهم إني محرم لك إلخ. (شامي) (قرود).

[١] قلت: وفيه نظر؛ إذ ينافي التنظيف.

[٢] لأن كل غسل مشروع إذا تعذر بالماء لم يشرع له التيمم كالجمعة. غالباً احتراز من الميت فإنه ييمم.

العمرة متمتعاً بها إلى الحج. ثم يقول: فيسر ذلك لي، وتقبله مني، ومحلي حيث حبستني، يعني إذا أحصر، مع أنه لا يفيد ذلك، لكن بقي الندب^(١). وعلى أحد قولي الشافعي أنه لا يجب عليه دم الإحصار إذا قاله. ثم يقول: أحرم لك بكذا شعري وبشري ولحمي وما أقلت^(٢) الأرض مني، لبيك اللهم لبيك، لبيك لا شريك لك لبيك، إن الحمد والنعمة لك والملك^(٣)، لا شريك لك. هذه تلبية النبي ﷺ، فيكره النقصان منها، ويستحب الزيادة عليها. ويجوز في قوله: «إن الحمد لك» بفتح إن^(٤) وبكسرها^(٥).

فرع: وندب إظهار التلبية^(٦)؛ لأنها شعار الحج. ثم يسير مهللاً مكبراً مستغفراً قارئاً، وكلما علا نشزاً من الأرض كبر، وكلما انحدر لبي، ويكرر التلبية

(١) يعني: أنه كان في الأصل لا يجوز التحلل إلا بالاشتراط، ثم نسخ الوجوب وبقي المسنون لهذا الحكم، ثم ثبت الحكم مع فقدته، كما أن غسل يوم الجمعة شرع لأجل الروائح الكريهة عند الازدحام ثم استمر ذلك مع فقدته. (شرح مذاكرة).

(٢) أي: حملت.

(٣) يستحب وقفة لطيفة عند قوله: والملك.

(٤) قال ﷺ: فالفتح على معنى التعليل، كأنه قال: لأن الحمد والنعمة لك، والكسر على معنى الابتداء، كأنه قال: لبيك والحمد والنعمة لك. قال: والكسر أولى؛ لأنها إذا كانت مكسورة فيها جملتان، وإن كانت مفتوحة فهو جملة واحدة. (بستان). وتكسر^[١] في مقام التعظيم، قاله الموضح في شرح بانة سعاد.

(٥) والأحسن الكسر.

(٦) في (د): وندب الجهار بالتلبية.

وذلك لقوله ﷺ: ((أتاني جبريل فقال: يا محمد، مر أصحابك بأن يرفعوا أصواتهم بالتلبية؛ فإنها من شعائر الحج)). وعن أبي بكر أن الرسول ﷺ سئل أي الحج أفضل؟ فقال: «العج والثج». ومعنى العج: رفع الصوت بالتلبية، والثج: إراقة الدماء للهدي والضحايا؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا مِنَ الْمُعْصِرَاتِ مَاءً مُّجْجًا﴾ [الباء]. (بستان).

[١] لفظ شرح التصريح: وهو أرجح؛ لأن الكلام حينئذ جملتان لا جملة واحدة، وتكثر الجملة في مقام التعظيم مطلوب، قاله الموضح في شرح «بانة سعاد».

ماشياً وراكباً وعقيب النوم والصلوات وفي الأسحار، وكذا المحصر يلبي حتى يحل من إحرامه ندباً^(١).

مسألة: وإذا وصل الحرم ندب له الغسل قبل دخوله إن أمكن، وإن لم فبعده، وعلى أحد قولي الناصر أن الغسل واجب. ثم يقول: اللهم هذا حرمك وأمنك الذي اخترته لنيك يعني: إبراهيم عليه السلام وقد أتيناك راجين. ثم يغتسل لدخول مكة ندباً. ويخير المفرد والقارن^(٢) بين تقديم طواف القدوم والسعي وبين تأخيرهما إلى أن يعود من منى يوم النحر، وتقديمها أفضل. ويقول عند نظره الكعبة: اللهم البيت بيتك، والعبد عبدك، والحرم حرمك، وهذا مقام العائذ بك من النار، اللهم فأعذني من عذابك، واختصني بالأجزل من ثوابك^(٣)، ووالدي وما ولدا، والمسلمين والمسلمات، يا جبار الأرضين والسموات.

مسألة: وإذا أراد تقديم الطواف والسعي خلع نعليه ندباً لدخول المسجد^(٤)، واغتسل للطواف ندباً، ويجب أن يكون متوضئاً، فيبدأ من الحجر الأسود وجوباً^(٥)، ذكره الناصر والإمام يحيى، وقال السيد يحيى بن الحسين: ندباً^(٦)، ويقبله بضمه ندباً إن أمكنه، ويستلمه بيده ندباً ثم يمسح بها وجهه، ثم يأخذ عن يمين نفسه ويجعل البيت عن يساره، فلو عكس لم يصح، فإذا وصل الباب قال عنده^(٧): اللهم البيت بيتك، والحرم حرمك... إلخ. ثم يأتي الركن العراقي

(١) قال أبو طالب: يعني: إذا كان سائراً. وقال الأمير الحسين: ولو كان واقفاً. قال في الشرح: يستحب تكرير الذكر للمحرم كلما انتقل من حال إلى حال في الحج، كما يكرر المصلي التكبير كلما انتقل من ركن إلى ركن. (شرح مذاكرة).

(٢) أما طواف العمرة وسعيها فيجب تقديمها على القارن إذا ورد مكة قبل ورود الجبل. (عامر) (قرو).

(٣) وأجزل عليّ من ثوابك. (نسخة)..

(٤) بناء على طهارتها، وإلا وجب.

(٥) لأن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ابتداءً بالطواف منه وقال: ((خذوا عني مناسككم)). (بستان).

(٦) وهو ظاهر الأزهار.

(٧) قائماً واقفاً.

فيستلمه بيده إن أمكن، فإذا أتى الحجر قال في سيره: رب اغفر وارحم، وتجاوز عما تعلم، إنك أنت الأعز الأكرم. ثم يأتي الركن الشامي فيستلمه كما مر، ثم يمر بالمستجار^(١)، ثم يأتي الركن اليماني فيستلمه كما مر. والاستلام كله ندب إن أمكنه، وإلا أشار إليه بيده في الكل ومسح بها وجهه، وقيل: يقبلها. ويقول عند الاستلام كله^(٢): ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقتنا عذاب النار. ثم يصل الحجر الأسود وتم له شوط، ثم يفعل كذلك حتى يتم له سبعة أشواط، فإذا وصل المستجار في الشوط السابع بسط على البيت يديه، وألصق به بطنه وخديه، وقال: اللهم البيت بيتك إلى آخره. قال المؤيد بالله: من أقر بذنبه^(٣) في ذلك المكان^(٤) غفر الله له إن شاء الله. ويجوز الطواف راكباً مع كراهة، ويجوز البعد من البيت ولو في ظل المسجد ومن وراء زمزم، ولو على سطوح المسجد، ذكره في البحر، لا من خارج المسجد فلا يصح. ويستحب القرب من البيت ومن جملته الحجر والدكان^(٥) الذي حوليه، فيطوف من ورائهما، ويرمل ندباً في الثلاثة الأشواط الأولى من هذا الطواف فقط، لا من غيره حتى النفل، ويمشي في الأربعة الآخرة، فلو ترك الرمل في موضعه لم يقضه فيما بعده.

مسألة: ويصلي ركعتين عقيب كل طواف: وجوباً^(٦) في الطواف الواجب، وهو ما أحرم له ولو نفلاً، وندباً في النفل، وهو ما لم يحرم له. وعلى أحد قولي الشافعي وأبي جعفر أنهما ندب في الكل. وموضعهما وراء مقام إبراهيم صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

(١) وهو قبال باب الكعبة من جهة المغرب وقريب إلى جهة اليمن. والملتزم: بين الحجر الأسود والباب.

(٢) في (هـ): وما تعذر استلامه لزحمة أو غيرها أشار إليه بيده اليمنى، قائلاً عند الاستلام كله... إلخ.

(٣) يذكر ذنوبه في نفسه لا بلسانه، ويتضرع إلى الله تعالى في غفرانها.

(٤) على جهة التوبة.

(٥) وهو البناء الذي عليه كسوة البيت.

(٦) جهراً وفرادى. (قرئ).

ندباً، وإن صلاهما في غيره صَحَّ جاز، خلاف مالك^(١)، وإن نسيهما^(٢) صلاهما حيث ذكرهما ولو في بلده^(٣)، قال الفقيه علي: مطلقاً، وقال الفقيه حسن: ما دامت أيام الشريق؛ لأنها وقتها، لا بعدها إلا إذا تركها عمداً قضاها. وندب دخول زمزم والاطلاع على مائها والشرب منه^(٤)، ويجوز أخذه وحمله.

مسألة: ثم يخرج إلى الصفا من بين الاسطوانتين ندباً، فإذا وصل الصفا استقبل الكعبة ودعا بما شاء وسبح وهلل وصلّى على النبي وآله وقرأ الحمد والصمد والمعوذتين وآية الكرسي وآخر [سورة] الحشر والدعاء المأثور^(٥)، كل ذلك ندب، ثم ينزل عنه فإذا حاذى الميل الأخضر^(٦) هرول ندباً حتى يحاذي الميل الثاني، ثم يمشي حتى يصل المروة فيدعو عليها كما دعا على الصفا^(٧) وتم له شوط، ثم يعود إلى الصفا كذلك، ثم إلى المروة كذلك حتى يتم له سبعة أشواط، وهذا السعي واجب وفاقاً، وإن فات^(٨) جبره دم، وقال الشافعي: لا يجبره شيء^(٩). ويجزئ ركباً، خلاف أبي حنيفة. ومن عكسه فبدأ من المروة إلى الصفا ألغى الأول.

(١) فقال: يعيدهما فيه، وإن رجع إلى بيته جبر بدم. (بستان).

(٢) أي: تركها عمداً أو سهواً. (قررو).

(٣) وإن مات قبل فعلها لزم دم يوصي به. وعن الدواري: لا شيء عليه؛ إذ هما غير نسك.

(٤) قال في الزهور: ويكره الاستنجاء من ماء زمزم. وفي الهداية: لا يكره، وإنما هو على قول بعض أصحاب الشافعي.

(٥) وهو أن يقول: لا إله إلا الله وحده لا شريك له، نصر عبده، وهزم الأحزاب وحده لا شريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ﷺ، اللهم اغفر لي ذنوبي، وتجاوز عن خطيئتي، ولا تردني خائباً، يا أكرم الأكرمين، واجعلني في الآخرة من الفائزين. رواه في اللمع عن الهادي عليه السلام. (بستان).

(٦) وهو كدعامة صغيرة مصبوغ بخضرة، ملصق إلى جدار الحرم. (ديباج).

(٧) قال عليه السلام: والأقرب أن هذا الدعاء إنما يندب في ابتدائه لا في كل شوط، وللرجل لا للمرأة. (شرح أزهار بلفظه). فإن فعل في كل شوط لزمه دم للتفريق. (قررو).

(٨) قيل: بخروج أيام التشریق، وقيل: بالخروج من الميقات، وقيل: بلحوق أهله. اهـ حيث كان له أهل، وإلا عاد مطلقاً. (قررو).

(٩) كطواف الزيارة.

مسألة: والمرأة^(١) في ذلك كالرجل إلا أنها لا تهول في طوافها وسعيها، ولا تزاحم الرجال، ولا تستلم الأركان في الرحمة، بل تشير إليها، وتخفص صوتها في التلبية، وتقف في أسفل الصفا والمروة ولا تصعدهما^(٢) كما يصعدهما الرجل ندباً، ذكره أبو العباس. وقال الناصر: بل يصعدان كلاهما. وقال أبو طالب: لا صعود لهما.

مسألة: فإذا كان يوم التروية سار مليباً إلى منى، وصلّى العصرين بها والعشائين^(٣)، وبات بها، وصلّى بها الفجر، كل ذلك ندب. ثم يسير إلى عرفة صائماً ندباً، خلاف الشافعي^(٤)، فينزل بها إلى وقت الظهر، ثم يجمع بين الظهر والعصر تقدماً^(٥) ندباً، ثم يقف بها ذاكراً داعياً لنفسه وللمؤمنين والمؤمنات. وكل عرفة موضع للوقوف، إلا بطن عرنة فلا يجزي الوقوف به^(٦)، وقال مالك: يجزي ويجب دم. وندب له الدنو من موقف النبي ﷺ، وهو بين الصخرات^(٧).

مسألة: ووقت الوقوف من الزوال^(٨) إلى طلوع الفجر. ويجزي المرور^(٩)

(١) والختنى. (غاية). والأمة المأذون لها.

(٢) ولو خلتنا. (قرئ).

(٣) توقيتاً^[١]. قلت: لا نسلم، والصحيح أنه جمع تأخير. (مفتي).

(٤) بناء على أصله أنه يكره صيام يوم عرفة للحجيج. (بستان).

(٥) هذا إن أراد الجمع فالتقديم في حقه أفضل، وإلا فالتوقيت أفضل كما في البحر. (قرئ).

(*) وفي البحر توقيتاً، وهو الأفضل. (قرئ).

(٦) حجتنا قوله ﷺ: «عرفة كلها موقف إلا وادي عرنة» وقوله ﷺ: «من أفاض من

عرنة فلا حج له». وحجة مالك قوله ﷺ: «عرفة كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة»

ولم يقل: إنه غير مجز، فلهذا يجزي، وعليه دم؛ للنهي. قلنا: الاستثناء صريح؛ لأنه أخبر أن

كل عرفة يجزي ثم استثنى، والاستثناء دال على المخالفة. (بستان).

(٧) يعني السود عند جبل الرحمة؛ لأن آدم عليه السلام ومن بعده من الأنبياء والرسول ومن بعده من

الصحابة والتابعين وقفوا عندها. (بستان).

(٨) وقت الظهر. (قرئ).

(٩) فلو مر به طائر، بيض له السحولي. وفي بعض الحواشي: لا يجزي؛ لأنه لا بد أن تستقر

قوائم^[٢] ما هو عليه على موضع الوقوف، وهذا هو القوي. (قرئ).

[١] حيث مذهبه التوقيت. (قرئ).

[٢] في هامش حاشية السحولي: أن تستقر قوائمه أو قوائم ما هو عليه.

عن الوقوف، ولو راكباً ونائماً ومجنوناً وسكران، ولو على جمل مغصوب أو في ثوب مغصوب. ويجزئ بالليل وحده، وبالنهار وحده، لكن الجمع بينهما أفضل، فالواجب على من وقف بالنهار أن يستكمل أجزاء النهار؛ فتغرب الشمس وهو فيه، فلو أفاض منه قبل الغروب لزمه دم، خلاف الناصر، إلا أن يرجع إليه قبل الغروب ثم يفيض بعده سقط الدم، خلاف الوافي^(١). ويستحب الإفاضة من بين العلمين مع التلبية والاستغفار والسكينة والوقار، ويتجنب المزاحمة.

مسألة: ثم يسير إلى المزدلفة فيصلي بها المغرب والعشاء وجوباً^(٢)، فلا يجزيانه في غيرها، ويلزمه دم، إلا إذا خشي فوتها صلاحها في غيرها^(٣)، وإذا وصلها وفي الوقت بقية لزمته الإعادة^(٤). وقال الشافعي: يجزيانه في غيرها مطلقاً. والجمع بينهما فيها واجب^(٥)، خلاف الشافعي،

(١) قيل: أما لو خرج لحاجة ورجع وأفاض بعد الغروب لم يجب الدم وفاقاً. اهـ والمختار لزوم الدم مطلقاً. (قررو).

(*) فقال: لا يسقط عنه الدم. (غيث).

(٢) جمع تأخير. (قررو).

(٣) ويلزم دم على ما قرره الإمام في الغيث. (قررو).

(٤) حيث هما نسك في حقه، لا من أحرم بعد أن صلاحها فلا إعادة عليه لهما ولا دم؛ لأنها ليسا نسكاً عليه حينئذ. (املاء سحولي، وشكايزي، ومفتي). واستشكله سيدنا عامر الدماري، وقيل: الأظهر وجوب الإعادة، فإذا خرج ولما يعد وجب عليه دم. والفرق بين الحائض والنفساء ومن أحرم في تلك الليلة أن الصلاة على الحائض ونحوها ساقطة من الأصل؛ ولذا لم يجب الدم، بخلاف المحرم فهو مخاطب بها، فإذا أحرم انكشف عدم صحة صلاته؛ لأنه يجب أن يأتي بها جمع تأخير. (سماح شامي) (قررو).

(*) ولا دم عليه مع الإعادة. (قررو).

(*) فإن لم يعد هل يجب القضاء؟ الجواب أنه يجب القضاء كالمتميم إذا وجد الماء وفي الوقت بقية، إلا أن يترك الإعادة جاهلاً فلا قضاء. (مفتي) (قررو). ولا يقال: لا يضر المتحري بقاء الوقت؛ لأنها تترك الإعادة فيه لأنه لا يأمن فيها، بخلاف ما هنا.

(٥) والجمع أن يصلّي المغرب في مزدلفة بعد دخول وقت العشاء. ولو صلى المغرب أول الليل والعشاء آخره فقد صدق عليه أنه جمع فينظر في التفريق [لعذر]^[١]؛ لأنه إذا صلى المغرب قبل دخول الوقت أو المزدلفة لم يصح المغرب ولا العشاء؛ لوجوب الترتيب. (سماح عامر) (قررو).

[١] ما بين المعقوفين من هامش شرح الأزهار.

فلو فرق بينها لزمه دم^(١).

وبييت بها وجوباً، فإن فاته لزمه دم. وقال المنصور بالله: دمان؛ لفوات المبيت ولفوات الصلاة بها^(٢). وقال في شرح الإبانة: إن المبيت بها مستحب. فإذا صلى الفجر بها خرج منها قبل طلوع الشمس^(٣)، فإن طلعت قبل خروجه فقال في البيان: يلزمه دم^(٤)، وقال المنصور بالله: لا يلزمه. ثم يمر بالمشعر وجوباً^(٥)، وقال الناصر والشافعي: ندباً. والذكر فيه واجب، وقال أبو حنيفة والشافعي والفقهاء حسن: سنة. ويمر بوادي محسر حثيثاً ندباً، وقال عطية: وجوباً، وإذا تركه لزمه دم.

مسألة: فإذا وصل منى حط بها رحله ثم رمى جمرة العقبة بسبع حصيات وجوباً، كل^(٦) حصاه وحدها^(٧)، فلو جمعها أو بعضها لم يجزه ما جمع^(٨)، ويكبر مع كل حصاة منها ندباً، ويقطع التلبية عند أول حصاة منها، لا قبل ذلك ندباً. وقال الشافعي ومالك: يقطعها عند الوقوف بعرفة. وندب أن يكون الحصى من مزدلفة، وأن يغسلها^(٩)، وأن يكون متوضئاً^(١٠) حال رميه كحال سعيه، وأن يرمي بيمينه، ويقصد برميه الموضع المعتاد حول الجمرة وجوباً، وهو موضع الحصى، وسواء

(١) ولو فرق بينهما لعذر. (قرر).

(٢) قلنا: ودم ثالث لفوات الجمع؛ إذ هو نسك. (شرح فتح). ونظره في بعض الخواشي. ولعل وجهه كون الجمع صفة. (قرر).

(٣) ولو ليلاً. (قرر).

(٤) كما في الأزهار وشرحه.

(*) فعلى هذا لو بات في غير مزدلفة لزمه ثلاثة دماء: دم لترك المبيت، ودم لترك المرور، ودم لترك الدفع. (قرر). قيل: ودم لترك جمع العشائين. (قرر). ودم لفوات الصلاة.

(٥) بعد طلوع الفجر، فلو مر به قبل طلوع الفجر أو بعد طلوع الشمس لزمه دم. (قرر).

(٦) في (د): بكل.

(٧) والعبرة في تفريقها بخروجها من يده ولو وقعت دفعة، لا العكس. (قرر).

(٨) ولا عن واحدة. (قرر).

(٩) وهذا يدل على استحباب التفزز، وقد روى الهادي عليه السلام أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمر بغسلها. (بستان بلقظه).

(١٠) ولو بالتيمم. (قرر).

أصابها أو أصابه، فإن قصد الجمرة بعينها فقال الفقيه يجزئ البحيح: يجزئه^(١)، وقال الفقيه علي: لا يجزئه^(٢). وإن قصد غيرهما لم يجزئه ولو أصابها.
وعقد^(٣) ما يُرمَى به هو كل حجر طاهر مباح لم يُرمَ به؛ فلا يجزئ بغير الحجر، وقال زيد بن علي وأبو حنيفة: يجزئ بما هو من جنس الأرض كالشجر والمدر والكحل ونحوه، ولا يجزئ بالمغصوب، ولا يجزئ بالمنتجس، ذكره المهدي، وقال السيد يحيى بن الحسين: يجزئ. ولا يجزئ بما قد رمي به، ذكره المنصور بالله والأمير الحسين، وقال في الكافي وأصحاب الشافعي: يجزئ.

مسألة: من رمى الموضع المعتاد فأصاب إنساناً ثم اندفعت الحصاة إلى ذلك الموضع المعتاد أجزاءه، إلا أن يكون اندفاعها إليه بفعل من الإنسان لم يجزه، وإن التبس حالها فوجهان: رجح الإمام يحيى عدم الأجزاء^(٤).

مسألة: وأول وقت رمي هذا اليوم من طلوع الفجر، إلا للمرأة^(٥) والضعيف والخائف^(٦) فمن نصف الليل^(٧). وأما آخره فقال المنصور بالله: الزوال، وقال في

(١) ومثله في البحر. قال في شرح الأثرار: وهو الأصح. قال في شرح الذويد: وهو ظاهر النصوص. ولفظ البحر: والقصد إصابة الجهة لا العين، فإن أصاب العين أجزاءه. (بحر بلفظه).
(*) وقواه الشامي؛ لأن أعمال الحج لا تفتقر إلى النية.
(٢) ولفظ الزهرة: قوله: «إصابة الجمرة» يعني موضع الجمرة، وهو حوالي العلم؛ لأنه لا يرمي نفس العلم، ولو رماه لم يجزه. (زهرة).
(*) لأنه لم يقصد المرمى، والمرمى هو القرار لا البناء المنصوب. وفي مهذب الشافعي ما يدل على مثل ذلك. (غيث).

(٣) أي: حد.

(٤) هكذا في البرهان والزهور، والذي في هذا الموضع من الانتصار: المختار الأجزاء؛ لأن الظاهر فيما فعله أنه يسقط الفرض، ولكن عرض عارض غير متحقق، والأصل هو الصحة. (بستان).

(٥) ومحرمها. (قرير).

(٦) والمعذور. (قرير).

(٧) ويلزمهم دمان: لعدم المبيت بمزدلفة^[١]، ولعدم المرور بالمشعر. (ذويد). والترخيص إنما هو في الجواز لا في سقوط الدم. (كواكب). وقيل: لا دم للنهي، وهو حديث أم سلمة؛ إذ لم يلزمها صلى الله عليه وآله وسلم بالدم. ومثله عن الدواري، وقرره المفتي والسحولي.

[١] حيث لم يبيتوا أكثر الليل.

البيان: الغروب، وقال في الوافي وابن أبي الفوارس: صطلوع فجر ثانيه.

ثم يضحى بعد صلاة العيد، فأما الهدى فيجوز ذبحه قبل الصلاة وبعدها إذا كان بعد الفجر. ويأكل من ضحيته وهديه ما شاء، ويطعم من شاء، إلا ما نذر به هدياً أو أضحية^(١) فلا يأكل منه، أشار إليه في الشرح، وذكره الهادي. وقال الشافعي: لا يأكل القارن والمتمتع من هديهما. وقال عطية: لا يجوز من هدي المتمتع.

مسألة: ثم يخلق رأسه أو يقصره كله، ولا يخلق بعضه ويقصر بعضه، فمن كان أصلع أو له حذفة لا يمكن تقصيرها تعين عليه الحلق^(٢)، وقال الفقيه علي: إن الحذفة يعفى عنها. ولعله يريد الصدغين؛ لأنها من الوجه. وأما الأذنان فقال في الشرح: يجب حلق ما عليهما من الشعر، وقال الفقيه محمد بن سليمان: لا يجب^(٣)، وقال الفقيه علي: يجب حلقهما^(٤) ولو لم يكن عليهما شعر. ولا يكون حلقهما مانعاً من تقصير باقي الرأس^(٥). ويكون التقصير قدر أنملة فما فوق^(٦). قال الفقيه محمد بن يحيى: ولا يكون على وجه الزينة^(٧).

فرع: وهو نسك واجب على أحد قولي أبي طالب وأحد قولي المؤيد بالله والقاضي زيد، وقال أبو حنيفة وأحد قولي المؤيد بالله وأحد قولي أبي طالب: لا يجب. فعلى القول الأول يجوز تقديمه على الرمي، ويقع الإحلال بأبيهما قدمه، وقال الفقيه علي: لا يحل إلا بهما معاً. وعلى القول الثاني يجب تقديم الرمي عليه

(١) أما الأضحية فله أن يأكل منها ولو أوجبها. (هداية). وقواه سيدنا عامر. وفي البيان في باب الأضحية: وهذا حيث لم يوجبها على نفسه، وأما حيث أوجبها فلا يأكل منها شيئاً، كما في الهدى إذا أوجبه. (بلفظه).

(٢) في العمرة. (قرئ).

(٣) واختاره الإمام المهدي عليه السلام في الأنهار [الأزهار (نخ)]. وهو الذي عليه كافة الناس الآن.

(٤) في العمرة. (قرئ).

(٥) بل يكون مخيراً. (قرئ).

(٦) فيمن له شعر طويل، أو دونها فيمن شعره دون ذلك. (شرح ذويد) (قرئ).

(*) لأن المقصود ما يرى أثره، ولا يحصل إلا بذلك. (بستان بلفظه).

(٧) وقيل: لا فرق.

فيقع الإحلال به، وإن قدم الحلق عليه لزمه دم. والحلق أفضل من التقصير^(١)، إلا في المرأة فالتقصير أفضل. وفي المتمتع التقصير للعمرة أفضل ثم يحلق للحج. ويستحب دفن الشعر^(٢) كما في الأظفار. **مسألة:** ومن ترك الحلق^(٣) فعله أينما ذكره، فلا مكان له ولا وقت، ذكره في البحر والفقهاء يحیی البحيح، وقال الناصر: مكانه الحرم، وقال المنصور بالله: وقته أيام النحر، فمن أخره عنها لزمه دم. ويجزي نتف الشعر ولو بالنورة والزرنيخ^(٤)، لكن الحلق أفضل. ومن لم يكن على رأسه شعر وجب إمرار الموسى على رأسه^(٥). ويختص بهذا اليوم رمي جمرة العقبة وصلاة العيد وجوباً، والذبح والحلق ندباً، ويستحب ترتيبها كذلك.

مسألة: ثم يدخل مكة في هذا اليوم أو بعده في أيام التشريق فيطوف للقدوم ويسعى إن كانا باقيين عليه، ثم يطوف للزيارة بغير رمل، فلا تحل له النساء إلا بعده

(١) وذلك لفعله ﷺ، وليس يفعل إلا الأفضل، ولقوله ﷺ: ((رحم الله المحلقين، قالوا: يا رسول الله، والمقصرين، قال: رحم الله المحلقين، قالوا: يا رسول الله، والمقصرين، قال: رحم الله المحلقين، قالوا: يا رسول الله، والمقصرين، قال في الرابعة: والمقصرين)). فدل على أن الحلق أفضل. قلنا: إلا في المرأة فالتقصير أفضل؛ لقوله ﷺ: ((ليس على النساء حلق ولكن التقصير)) رواه ابن عمر. قال علي بن أبي طالب: ولأن شعورهن جمال، وإزالتها بالحلق مثله فلا يؤمرن به. (بستان بلفظه).

(٢) لقوله ﷺ: ((ما أين من الحي فهو ميت))، وكل ميت فإنه يدفن. (بستان).

(٣) على قول من جعله نسكاً. وعندنا في العمرة. (قرئ).

(٤) وقيل: لا يجزي؛ لأنه لا يسمى حالقاً ولا مقصراً. ومثله في الغيث والنجري، وهو ظاهر الأزهار في العمرة. (قرئ).

(*) وذلك لأن المقصود الإزالة للشعر. (بستان بلفظه).

(٥) في العمرة. (قرئ).

مطلقاً^(١)، وقد كان حل له كل ما حرم بالإحرام بعد الرمي إلا النساء. ووقت طواف الزيارة يوم النحر -وتقديمه فيه أفضل- إلى آخر أيام التشريق، فمن أخره عنها لزمه دم، ولا بد له من فعله مطلقاً^(٢). ومن أحر رمي جمرة العقبة إلى بعد طواف الزيارة لزمه دم^(٣)، ذكره في التقرير والمنصور بالله. قال السيد يحيى بن الحسين: وقد وقع الإحلال بالطواف.

مسألة: وإذا كان ثاني النحر رمى الجمرات الثلاث سبعاً سبعاً، فيبدأ بجمرة الخيف^(٤) التي وسط منى، ثم التي تليها، ثم جمرة العقبة، وجوباً في الرمي والترتيب^(٥)، خلاف أبي حنيفة في الترتيب. ويندب أن يكون متوضئاً، وأن يكبر ويهلل مع كل حصاة، ويقف ويدعو عند الجمرة الأولى والثانية^(٦)، لا عند الثالثة. ووقت الرمي في هذا اليوم وفي اليوم الذي بعده من الزوال؛ وقال الناصر: من الفجر، وأخره الغروب على قول البيان أو الفجر على قول الوافي. ثم إذا كان ثالث النحر رمى الجمرات الثلاث كما رماها أولاً، ووقته كذلك^(٧).

(١) سواء بقيت أيام التشريق أم لا، وسواء قد رمى أم لا.

(٢) سواء لحق بأهله أم لا. (قرئ) [١].

(*) يعني: ولو تراخى، ما لم يطف للقدوم أو للوداع فيقع عنه. (قرئ).

(٣) قال مولانا عليه السلام: وظاهر كلام أصحابنا أنه لا يلزمه؛ لأنهم جعلوا وقت طواف الزيارة من فجر النحر، فدل على أنه بعد فجر النحر مخير بين الرمي أو الذبح أو التقصير - يعني على قولنا: إنه نسك - قال: أو طواف الزيارة، لكن الترتيب مندوب. (نجري).

(٤) وهي التي تسمى جمرة الدنيا. (شرح فتح). أي: الدانية، يعني القريبة.

(٥) ولا دم لترك الترتيب. (قرئ). لأنه ليس بشرط ولا نسك.

(٦) قال عليه السلام: فإذا فرغ من الأولى تقدم عنها وجعلها على يساره ووقف بحيث لا يناله الحصن يدعو الله بقدر قراءة سورة البقرة، ويدعو عند الثانية كذلك، لا عند الثالثة؛ لضيق المكان. (بستان بلفظه). واقتداء برسول الله. (زهور). وفي الزهور: قدر سورة الإخلاص أو الفاتحة. (قرئ).

(٧) هذا تكرار؛ إذ قد تقدم: وفي اليوم الذي بعده.

[١] في (د): (مر) هكذا بغير نقطة.

مسألة: ومن أراد النفر في هذا اليوم الثالث ترك باقي الحصى، وهي إحدى وعشرون حصاة، وإن بقي إلى اليوم الرابع - وهو آخر أيام التشريق - رمى الجمرات الثلاث بباقي الحصى كما رماها أولاً. ووقت الرمي فيه من الفجر إلى الغروب، لكنه يكره قبل طلوع الشمس. وقال المنصور بالله والأمير الحسين ومالك والشافعي والوافي: إن وقته في هذا اليوم من الزوال كما في اليومين اللذين قبله.

وهو يجب عليه الرمي في هذا اليوم إذا طلع الفجر وهو في منى عازماً^(١) على الوقوف ذلك اليوم، ذكره في الشرح والفقيه علي. وقال في الكافي: بطلوع الفجر وهو في منى. وقال الشافعي: بغروب الشمس في أول ليلته^(٢) وهو في منى.

مسألة: ومتى أراد الانصراف دخل مكة وطاف طواف الوداع وجوباً، إلا على الحائض والنفساء ومن فسد حجه ومن فات حجه ومن أراد الإقامة في مكة، قال الفقيه يحيى البحيح: وكل من له عذر من مرض أو خوف أو نحوه^(٣)، والمكي أيضاً، إلا أن يكون عازماً على الخروج^(٤) لزمه. قال الإمام يحيى: وإذا نفرت الحائض ثم طهرت قبل خروجها من مكة^(٥) لم يلزمها الطواف، خلاف بعض أصحاب الشافعي^(٦).

وعند الناصر وأبي حنيفة والشافعي أن طواف الوداع مستحب غير واجب. وكذا عند أبي حنيفة والشافعي في طواف القدوم.

(١) قوله: «عازماً» أو متردداً كما أفهمته عبارة الأزهار.

(٢) أي: ليلة الرابع.

(٣) وظاهر الأزهار خلافه، وكذا في هامش الهداية أن حكم المعذور مخالف لهؤلاء، فيلزم دم لتركه. (قررو).

(٤) ولو بعد وقت طويل وفي غير أشهر الحج، وقيل: إذا كان خروجه في أيام الحج.

(*) مضرباً عن الرجوع. (حديث).

(٥) وميلها. (قررو).

(٦) وهو الذي أطلقه في البيان للمذهب قبيل فصل الإحصار.

قال في الشرح: ويصح تقديم طواف الوداع على الرمي. وقال في البحر: يصح فعله من ثاني النحر إجماعاً^(١)، ولا يصح في يوم النحر إلا عند بعض أصحاب الشافعي.

(١) قيل: لعل صواب العبارة: ثالث يوم النحر؛ وذلك لأن الوداع إذا وقع قبل ثالث يوم النحر لم يكن آخر نسك في الحج، فلا يجزي؛ لقوله ﷺ: ((فإنه آخر نسك في الحج))، ولم يجعله آخراً. (شرح بحر). والذي رواه في أصول الأحكام عن عطاء وعن ابن عباس: فليكن آخر عهده بالبيت. فعلى هذه الرواية يصح الطواف في ثاني يوم النحر ويوم النحر نفسه؛ إذ يصح أن يكون آخر عهده بالبيت، بأن يطوف للزيارة ثم للوداع ثم يفيض إلى منى للمبيت فيها لياليها ثم ينفر، وهو ظاهر ما حكاه ابن مظفر عن الشرح.

فصل [صفة التمتع]

والمتمتع بالعمرة إلى الحج يفعل كما مر إلا أنه يقطع التلبية للعمرة عند شروعه في طوافها^(١)، ثم يطوف ويسعى لها وجوباً كما تقدم، ثم يقصر من رأسه أو يلقه وجوباً، خلاف القاسم، فإذا حلق حل من إحرامها^(٢) وفعل ما شاء مما يمنع منه المحرم ولو ساق هديه. وقال الناصر وأبو حنيفة: إذا ساق هديه صار قارناً^(٣).

مسألة: ثم يحرم بالحج^(٤) يوم التروية أو قبله من المسجد أو من أي مكة كأهلها، ويؤخر طواف القدوم وسعيه إلى يوم النحر^(٥) كالمكي، ثم يخرج إلى منى كما تقدم في المفرد سواء إلا أنه يلزمه الهدى، وأفضله البدنة، ثم البقرة، ثم الشاة^(٦). ويكون سنه كما في الأضحية^(٧). وتجزئ الشاة عن واحد فقط، والبقرة عن سبعة، والبدنة عن عشرة، وقال زيد بن علي وأبو حنيفة والشافعي: عن سبعة. والذكور والإناث في الأنعام سواء.

(١) هذا تحصيل الأخوين، وقال صاحب الوافي: إذا نظر الكعبة. وهو الذي في الأزهار.
(٢) المعتمر يحل له بالسعي ما عدا النساء من المحظورات، ولا تحل له النساء إلا بعد الحلق أو التقصير، والسعي في حقه كالرمي في حق الحاج، والحلق في حقه كطواف الزيارة في حق الحاج، والله أعلم. (شرح فتح). وعبارة حاشية السحولي: لأن السعي جميعه فيها كأول حصاة في الرمي. (بلفظها). فلو قدم الحلق على السعي لم يتحلل به، فلا يقاس على تقديم طواف الزيارة على الرمي؛ لأن مناسك العمرة مرتبة على هذا الترتيب. (حاشية سحولي). ترتب صحة ووجوب. (قررد).

(٣) يعني: أنه أشبه القارن من حيث إنه لا يحل من إحرامه، ويشبه المتمتع من حيث إنه لا بد له من تجديد الإحرام بالحج.

(٤) إن شاء. (قررد). وسيأتي في البيان في آخر هذا الفصل.

(٥) حيث أحرم من مكة أو من أي الحرم، وإلاً خير. (سلوك). ولعله حيث أحرم من الميقات أو من خارجه فكالمفرد، ذكره في السلوك عن الفقيه علي. (قررد).

(٦) فالشاة أفضل من عشر بدنة وسبع بقرة.

(٧) وكذا سلامتها من العيوب. وقيل: لا يعتبر إلا أن ينقص القيمة. (قررد).

مسألة: ويعتبر في الشركاء في الهدى والأضحية^(١) أن يكونوا كلهم مفترضين أو متنفلين، لا إن كان بعضهم مفترضاً وبعضهم متنفلاً فلا يجزي المفترض^(٢)، خلاف الناصر والمؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي. وإن كان بعضهم طالب لحم لم يجز المفترض ولا المتنفل، خلاف الناصر والشافعي. وحيث هم مفترضون الكل يصح ولو اختلف فرضهم، كهدي وإحصار. ولا يجزئ ذبح الهدى قبل يوم النحر، خلاف الشافعي^(٣).

مسألة: فإن لم يجد^(٤) شاة ينفرد بها ولا وجد من يشاركه في بقرة أو بدنة فعليه صيام عشرة أيام، ثلاثة منها في أيام الحج، وندب أن يكون في يوم عرفة ويومين قبله، وإن صامها قبل ذلك وبعد ما أحرم بالعمرة أجزاءه، وإن أخرها إلى أيام التشريق^(٥) جاز، خلاف زيد بن علي وأبي حنيفة. وإن أخرها عن أيام التشريق ولو يوماً منها بطلت وتعين الهدى عليه يكون في ذمته متى وجدته، ويلزمه دم، ذكره في اللمع. وإذا فرغ منها قبل خروج أيام التشريق صام بعدها سبعة أيام بعد رجوعه من الحج، وإن صامها في طريقه أو في مكة بعد فراغه من الحج أجزاءه^(٦). وقال زيد بن علي والشافعي: لا يصومها إلا بعد رجوعه إلى

(١) عند من أوجبها. (قرر).

(٢) ولو هو وحده حيث جعل بعضها هدياً وبعضها أضحية أو للحم أو نحوه كالنفل. (قرر).

(*) ولا المتنفل؛ لأنه في حكم طالب اللحم. (قرر).

(٣) يعني: فيجزي عنده قبل الإحرام ولو قبل أيام النحر. لنا أنه ﷺ ذبح هدية يوم النحر وقال: ((خذوا عني مناسككم)). (بستان بلفظه).

(*) في هدي التمتع لا في غيره.

(٤) في الميل [ميل محله]، وقيل: في البريد، وقيل: في موضعه.

(٥) ويكون العيد منها. (قرر).

(٦) أما مكة فظاهر الأزهار خلافه إلا إذا أقام عند مالك، وبنى عليه في شرح الفتح. قوي مع الاستيطان. (قرر).

(*) قيل: الرجوع هو الفراغ من أعمال الحج ولو صام في مكة، أشار إلى ذلك في شرح القاضي زيد.

(شرح خمسمائة بلفظه من شرح قوله تعالى: ﴿وَسَبْعَةٌ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ [البقرة: ١٩٦].)

(*) قال: مالكٌ وإذا نوى الإقامة بمكة جاز أن يصومها فيها. (بستان بلفظه).

بلده ولو صامها في غير بلده أو في مكة^(١).
قلنا: ويجب الفرق بين الثلاث والسبع^(٢). ويستحب التتابع في الثلاث وفي السبع.

مسألة: وإذا اشترك جماعة متمتعون في هدي فضل عليهم لزمهم إبداله بقدر الواجب فقط، إلا إن كان ضياعه بتفريط منهم^(٣) لزمهم مثل الأول حيث هو زائد على الواجب. وإذا أبدلوه في الصورتين معاً ثم وجدوا الأول نحروا أحدهما^(٤). وإن نحروا الأدنى^(٥) منها وهو الثاني تصدقوا بزائد قيمة الأول في

(١) يعني: إذا بلغ بلده ثم عاد إلى مكة في سفر آخر غير الأول فإنه يصح صيامه فيها. (صعيتري على اللمع).

(٢) فإن لم يفرق لم يصح صومه. وقيل: يبطل أول يوم من السبع. ومثله للمفتي والشامي.

(٣) وإذا فات بلا تفريط فأبدل بدله ثم عاد الأول تعين نحرهما، وخير في العشرين من البدتين. (سماع) (قررو).

(٤) والذي قرر أنه في الصورة الأولى يخير كما ذكر، وأما في الصورة الثانية فينحر الأول؛ لأن الثاني بدل، وقد وجد المبدل فتعين نحره.

(٥) وحاصل الكلام أنها إن كانا فرضين فقط [أي: شاتين] فوات الأول ثم أبدله وعاد خير في نحر أيها شاء، ويتصدق بفضلة الأفضل من القيمة، سواء فات الأول بتفريط أم بغير تفريط. وإن كانا نفلين فقط نظرت: فإن فات الأول بتفريط وجب إبداله بمثله، وإذا عاد الأول تعين نحره للفقراء، وإن فات بغير تفريط لم يجب إبداله، فلو أبدله ثم عاد الأول نحرهما معاً؛ لأن قد تعلقت القرية بهما معاً. وإذا كان الأول بدنة عشرها واجب وباقيها نفل فإن فاتت بتفريط وجب إبدال مثلها، فإن عادت الأولى تعينت تسعة أعشارها، وخير في العشرين كما تقدم، وإن فاتت لا بتفريط لم يجب إلا شاة، فإن عادت البدنة تعينت تسعة أعشارها للفقراء؛ لأن قد تعلقت بها القرية، وخير في الشاة وعشر البدنة، ويتصدق بفضلة القيمة كما تقدم، فلو أبدل بدنة حيث الواجب إبدال شاة ثم عادت إليه الأولى تعين نحرهما؛ لأن قد تعلقت القرية بتسعة أعشارها، ويخير في العشرين كما تقدم، ويتصدق بفضلة القيمة كما تقدم، وقد ذكر معناه في الزهور، وقرر على سيدنا محمد بن علي المجاهد عليه السلام وإن كان ظاهر كلام الشرح يوهم أنه يتصدق بقيمة زائد البدنة جميعاً فقد لخص بما ذكرناه، والله أعلم. (من إملاء سيدنا العلامة علي بن قاسم السنحاني عليه السلام). ومثله عن سيدي أحمد بن علي الشامي. (قررو).

محله، وإن كان (١) هو الأول فقال الفقيه محمد بن يحيى: يتصدقون بزائد قيمة الثاني أيضاً، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يجب.

مسألة: فإن كان الهدى الذي ضل تطوعاً وضل بغير تفريط منهم لم يلزمهم إيداله، فلو أبدلوه ثم وجدوا الأول وجب نحرهما معاً؛ لأن القرية قد تعلقتهما معاً. وإن ضل الأول بتفريط منهم لزمهم إيداله بمثله، فإن وجدوه وجب نحره (٢)، لا الثاني (٣)؛ لأنه بدل عنه.

مسألة: ونتائج الهدى هدي، وكذا صوفه ولبنه (٤)؛ فلا يجوز الانتفاع بهما، خلاف زيد بن علي والناصر والشافعي. قلنا: يجب حفظ الصوف ويتصدق به في محله، ويترك اللبن في ضرعه إن أمكن بلا ضرر، وإن خشى إضراره به حلب وحفظ إن أمكن إلى محله، وإن لم يبيع وحفظ ثمنه إلى محله، فإن لم يمكن بيعه تصدق به وجوباً (٥)، فإن لم يجد فقيراً يتصدق به عليه جاز له شربه (٦) ولا شيء عليه، كما يفعل الإنسان في مال غيره (٧) الغائب عند خشية تلفه على هذه الصفة سواء ندباً لا وجوباً (٨)، إلا في البيع لما في يده فيجب.

(١) أي: الأدنى.

(٢) ولو قد نحر الثاني، ذكره علي بن زيد عن ابن مظفر [١]. (قرئ). وقيل: إذا كان قد نحر الثاني قبل عود الأول لم يجب عليه نحر الأول؛ لأنه بدل حقيقة. (سماح). إن قيل: قدر على الأصل في وقته فيتعين نحره كرواية علي بن زيد عن القاضي، وهو أولى، والله أعلم.

(٣) وظاهر الأزهار أنهم يجيرون في نحر أيها شاءوا، ويتصدقون بفضلة الأفضل.

(٤) وسواء كان الهدى واجباً أو تطوعاً. (قرئ).

(٥) إن لم يتمكن من إقراضه كما يأتي في الوديعة.

(*) فإن لم يتصدق لزمه قيمتان. (قرئ).

(٦) إن لم يشربه الهدى. (هامش شرح أزهار). ندباً. (قرئ).

(٧) الأمانة، لا في الرهن والغصب فيضمن. (وابل).

(٨) المذهب وجوباً، إلا في الشرب فيندب. (قرئ).

(*) يقال: فلو نازعه المالك ولم يصادقه بأنه شربه أو أكله للوجه الذي ذكر فالبينة عليه؛ إذ قد أقر بالإتلاف، والأصل الضمان، وسيأتي معنى هذا في الوديعة إن شاء الله. (شامي).

[١] قلت: الفراغ مما لا وقت له كخروج وقت المؤقت. (مفتي). يقال: له وقت اختيار، وهو أيام النحر، وبعدها اضطرار، فيكون كوجود الماء قبل خروج الوقت. (شامي) (قرئ).

مسألة: والهدي باق على ملك المهدي، خلاف الشافعي؛ فإذا خشي تلفه أو نقصانه^(١) في الطريق جاز بيعه^(٢)، فإن لم يمكن ذبحه وانتفع به وأبدله بغيره إن كان واجباً، لا إن كان نفلاً فيتصدق به^(٣)، وإن أكل منه أو أطعم غنياً ضمنه^(٤)، ذكر ذلك كله المنصور بالله، رواه في التقرير، ومثله في الشرح.

فروع: وإذا باع الهدي اشترى بثمنه غيره، فإن بقي من ثمنه شيء تصدق به في محله أو اشترى به هدياً إن أمكن ولو سخلة. وإن لم يجد مثل الأول^(٥) بثمنه فإن كان الأول قدر الواجب زاد على ثمنه واشترى مثله، وإن كان زائداً على الواجب لم يجب الزائد.

مسألة^(٦): من ساق هدياً فرضاً أو نفلاً فله أن يشرك غيره فيه إذا هو يكفي الكل هبة أو صدقة، لا بالبيع فلا يجوز، وله أن ينقله من نفله إلى فرضه أو فرض غيره، كما فعل الرسول ﷺ عام الحديبية.

مسألة: والهدي في ضمان المهدي حتى يبلغ محله، وإن مات المهدي في طريقه وجب إيصال الهدي إلى محله^(٧) على وصيه أو وارثه.

وإلى المهدي ولاية سوق الهدي وحفظه وذبحه وتفريق لحمه، لا يبيعه لغير

(١) بل فساده، وأما نقصانه فلا، كما هو ظاهر الأزهار.

(٢) ولا يجوز بيعه لغير عذر؛ لأن ملكه قد ضعف كملك المدبر.

(٣) وظاهر عبارة الغيث خلاف هذا، وأنه لا فرق. وفي حاشية السحولي ما في البيان، ولفظها:

لا لو كان متنفلاً بالهدي وتصدق به لخشية تلفه فلا يجب عليه إبداله. (باللفظ) (قرر).

(٤) قال الوالد: ولعل وجه منعه من الأكل منه كونه في غير مكانه. وقد ذكره في البرهان.

(بستان).

(٥) في الميل.

(٦) ينظر في هذه المسألة؛ فإن قواعد أهل المذهب تأباها فتأمل. وإن كان ظاهر الدليل كما ذكره

في الكتاب، وقرره القاضي أحمد بن حابس، وهو ظاهر التذكرة.

(٧) هذا يستقيم في هدي النفل مطلقاً، وأما في هدي القران والتمتع فإن كان قد أحرم بالحج

وأوصى بالإتمام فكذلك، وإن لم فالهدي باق على ملكه يورث عنه كما قالوا في المتمتعة

والقارنة حيث رفضت على القول بأنها ليست قارنة ولا متمتعة. (شامي) (قرر).

عذر. وإذا سرق بعد ذبحه في محله لم يلزمه شيء^(١) وقد أجزاه، ذكره في البحر. وإن أكله^(٢) أو باعه ضمن قيمته يتصدق بها هناك.

مسألة: ولا يحمل على الهدى إلا نتائجه^(٣)، ولا يركب عليه هو ولا غيره إلا عند الضرورة بشرط أن لا يضره، فإن ضره^(٤) تصدق بما نقص من قيمته^(٥) في محله، وقال الفقيه علي: لا يجب^(٦). قال الفقيه يحيى البحيح: وكذا لبه إذا اضطر إليه هو أو غيره جاز شربه^(٧). وعند الناصر ومالك والشافعي والوافي يجوز ركوبه مطلقاً. وعند أبي حنيفة لا يجوز ركوبه مطلقاً.

مسألة: ودماء الحج والعمرة على أربعة أضرب:

الأول: الفدى^(٨) والقيم والجزاءات، وكذا الكفارات غير دم الإفساد وغير

(١) ما لم يفرط أو تمكن من الصرف فيضمن قيمته. (قررو).

(٢) وفي الأزهار: وله الأكل، فينظر ما المراد؟ ولعله يحمل أنه ذبح قبل وصوله محله، فيضمن ما أكله فتأمل، فإن صح كان قريباً، وهي تفهمه عبارة الكتاب في قوله هنا: وأما البيع فإن باعه من مصرف وقد صار لحماً- كما تشعر به العبارة- فقد أجزأه^[١]، ووجب عليه رد الثمن، وإن كان المشتري غير مصرف ضمن القيمة كما ذكر. (شامي).

(٣) وعلفه وماءه. (قررو).

(٤) ركوباً متعباً.

(٥) وإن لم تنقص فلعله تلزم الأجرة، ويصرفها في مصرف الهدى. (حاشية سحولي لفظاً) (قررو).

(*) في المتعب. (قررو).

(٦) في غير المتعب. (قررو).

(*) فيلزمه الأرش، وهذا هو المختار.

(٧) إذا خشي التلف. (قررو).

(*) يعني: من غير ضمان، وعندنا يضمه كمال الغير إذا اضطر إليه فقط.

(*) في (د): جاز شربه بنية الضمان.

(٨) الفدية: ما لزم بمحظور غير الوطء وقتل الصيد. والكفارة: ما لزم بالوطء ومقدماته وبترك

نسك. والجزاء: ما لزم بقتل الصيد وإيلامه. (بحر معني).

[١] والقياس عدم الصحة؛ لأنه في صورة المحظور؛ ولذا بطل العوض فيجدد الصرف. (مفتي). وأيضاً فلم

يكن ثمة صرف.

دماء المناسك، فهذا لا وقت له، ومكانه الحرم.

الثاني: دماء المناسك التي تجب لتركها، فيذبحها حيث شاء، ذكره الهادي في دم السعي، فقال في الوافي والبيان وأبو جعفر وابن أبي الفوارس والفقهاء يحمي البحيح: إنه حيث شاء من الأرض^(١)، وقال المنصور بالله والسيد يحيى بن الحسين: إنه حيث شاء من الحرم فقط^(٢). ولا وقت لها.

الثالث: ما يتعلق بالعمرة وحدها من هدي تطوع أو دم إفساد أو إحصار، فهذا له زمان ومكان، فزمانه بعد إحرامه بالعمرة مطلقاً^(٣)، ومكانه اختياري وهو مكة، واضطراري وهو سائر الحرم، فيجوز ذبحه فيه للعدر^(٤)، وأما لغير عذر فقال في البيان: لا يجزيه، وقال المنصور بالله: يجزيه وعليه دم، وقال الفقيه محمد بن سليمان: يجزيه ولا دم عليه، بل يأثم.

الرابع: ما يتعلق بالحج من هدي القران والتمتع والتطوع ودم الإفساد والإحصار، فهذا له زمان ومكان، أما الزمان فاختياري وهو أيام النحر، واضطراري وهو ما بعدها، فيجزي ويحب دم لتأخيره عنها^(٥)، وأما قبلها فلا يجزي. وأما المكان فاختياري وهو منى، واضطراري وهو سائر الحرم، فيجوز ذبحه فيه للعدر^(٦)، وأما لغير عذر ففيه الثلاثة الأقوال التي مرت^(٧). ومن ذبح خارج الحرم لم يجزه، ولا يجوز له الأكل منه^(٨)، ذكره في الشرح. وعند زيد بن

(١) في دم السعي. (قرير). وأما سائر المناسك فحيث شاء من الحرم المحرم.

(٢) إلا في دم السعي وتفريق سعي العمرة.

(٣) سواء أحرم بها في أشهر الحج أو في غيرها.

(٤) وعليه دم. (بحر، وفتح).

(٥) قيل: يجب لكل دم دم، واختاره الشامي، وقال التهامي: بل دم عليها الكل.

(٦) وعليه دم. (قرير).

(٧) المذهب لا يجزيه كما ذكر أولاً في البيان.

(٨) ويجب عليه أن يتصدق به. (قرير).

(*) والوجه فيه ما تقدم على قوله: وإن أكله أو باعه... إلخ كلام الشامي.

والناصر أن الحرم كله محل لذلك.

فرع: ومن ذبح في الحرم وتصدق باللحم خارج الحرم لم يجزئه^(١)، بل يتصدق بقيمة اللحم في الحرم، خلاف أبي حنيفة^(٢). والتصدق^(٣) باللحم هو على من وجد فقيراً في الحرم، وقال الناصر: على الفقراء الساكنين في الحرم. وإذا تصدق بالهدي بعد ذبحه جاز، لا قبله، لكن الأفضل أن يتصدق به لحماً بعد سلخه. وما قبضه الفقير ملكه وفعل فيه ما شاء. وإذا ترك جلد ما ذبحه حتى تغير تصدق بقيمته^(٤). وإذا لم يجد^(٥) من يتصدق به عليه بعد ذبحه فعله قد أجزأه^(٦)، كما ذكر في البحر أنه إذا سرق بعد ذبحه فقد أجزأه^(٧)، والله أعلم.

مسائل: وما وجب من الفدئ والجزاءات والقيم والكفارات ودم الإحصار فهو كالزكاة لا يحل لصاحبه، ولا لأبائه وأبنائه، ولا لغني، ولا هاشمي، ولا يجوز بيعه^(٨) ولا المعاوضة عليه، ولا إعطاء من جزره شيئاً منه لحماً ولا جلداً على سبيل الأجرة له^(٩).

(١) يعني: الصرف، وأما النحر فقد أجزأه.

(٢) وفي البحر: المذهب وأبو حنيفة: فإن نحر في الحرم وفرق في الحل أجزأ. الناصر والشافعي: لا يجزئ إلا في الفقراء القاطنين في الحرم. لنا: ﴿ثُمَّ مَحَلُّهَا إِلَى النَّبِيِّ الْعَتِيقِ﴾ [الحج]، وقد حصل.

(٣) في (د): ويتصدق.

(٤) إذا وجد فقيراً ولم يتصدق به، وإلا فلا شيء عليه.

(٥) في الميل.

(٦) ويكون في يده وديعة للفقراء؛ يجب البيع إذا أمكن. (حفيظ).

(*) مع عدم التمكن من بيعه. (قرير).

(٧) ما لم يفرط. (عامر) (قرير).

(٨) فلو باع شيئاً من لحمها من فقير فعله يَأْثَمُ ويجزيه، ويرد له الثمن، والله أعلم. (برهان).

ومثله في تذكرة علي بن زيد. والقياس عدم الصحة؛ لأنه في صورة المحظور؛ ولذا بطل

العوض فيجدد الصرف. (مفتي). وأيضاً فلم يكن ثمة صرف.

(٩) فأما لفرقه فيجوز. (قرير).

مسألة: من دفع الهدى قبل ذبحه إلى الفقير ليذبحه ثم يصرفه في نفسه بعد الذبح جاز

مسألة: وإذا فرغ المتمتع من عمرته ثم رجع إلى أهله وأضرب عن فعل الحج فلا شيء عليه للحج^(١). وقال بعض أصحاب الشافعي: قد لزمه الحج بنية التمتع.

(١) ويلزم دم للإساءة. (شرح فتح). لأنها في أشهر الحج. وفي البحر: لا دم عليه؛ لأن الكراهة في أشهر الحج للتنزيه. (قرئ).

فصل [في شروط التمتع]

وللتمتع شروط خمسة:

الأول: أن يكون المتمتع ممن خارج الميقات، لا من أهله وأهل داخله إلى مكة عند الهدوية وأبي حنيفة. وعند المؤيد بالله وتخريجه للهادي والشافعي ومالك والإمام يحيى أنه يصح منهم التمتع ولا هدي عليهم. وعلى القول الأول يصح منهم العمرة والحج، لكنهم يأثمون ويلزمهم الدم بالعمرة في أشهر الحج^(١)، ذكره أبو طالب.

فرع: فلو خرج المكي أو الميقاتي ونحوه إلى خارج الميقات ثم أراد التمتع فقال أبو العباس والأستاذ: يصح^(٢)، وقال المنصور بالله وأبو جعفر: لا يصح. وهكذا الخلاف فيمن له وطنان أحدهما داخل الميقات والثاني خارجه هل له أن يتمتع من وطنه الخارج أم لا^(٣).

الثاني: أن يكون إحرامه بالعمرة في أشهر الحج، لا قبلها ولو فعل باقيها فيها. وقال أبو حنيفة: إذا كان أكثر أعمالها فيها صح. وقال الشافعي: إذا فرغ منها فيها صح. فرع: فلو أحرم بعمرة قبلها^(٤) فلما فرغ منها أحرم بعمرة أخرى فيها^(٥) من داخل الميقات لم يكن متمتعاً بأيهما^(٦). فإن أحرم بالأولى في أشهر الحج من

(١) وفي الغيث: وقال الفقيه يحيى البحيح: لا دم عليهم على القولين جميعاً لا للتمتع ولا للإساءة. وقيل: يلزم الدم إذا اعتمر في أيام التشريق لا في غيرها.
(٢) ووجهه أنه جاء من خارج المواقيت فكان له التمتع، كما ليس له دخول مكة من غير إحرام. (صعيتري).

(*) وصححه ابن بهران، وقواه المفتي والهبلي.

(٣) المذهب الصحة. (قرن).

(٤) أي: قبل أشهر الحج.

(٥) أي: في أشهر الحج.

(٦) وذلك لأن الأولى قبل أشهر الحج، والأخرى من داخل الميقات. (بستان).

الميقات، فلما فرغ منها أحرم بعمرة أخرى من داخل الميقات - كان متمتعاً بالأولى، ولا يضره ما زاد من بعدها، لكنه يوجب الدم^(١).

الثالث: أن يكون إحرامه بالعمرة من الميقات أو من قبله؛ فلو جاوز الميقات بغير إحرام ثم أحرم من داخله بالعمرة كان متمتعاً وعليه دم المجاوزة، ذكره الهادي وأبو العباس، وقال أبو طالب: لا يكون متمتعاً^(٢)، ويلزمه دم للمجاوزة ودم للعمرة في أشهر الحج^(٣).

ومن أجاز التمتع للمكي والميقاتي لم يعتبر هذا الشرط.

الرابع: أن تكون العمرة والحج في سفر واحد وسنة واحدة، فلو اعتمر في أشهر الحج ثم رجع إلى أهله^(٤) ثم حج في سنته أو أقام في مكة إلى القابلة ثم حج لم يكن متمتعاً. وإن اعتمر في غير أشهر الحج ثم رجع إلى الميقات^(٥) وأحرم بعمرة في أشهر الحج كان متمتعاً بها. وإن اعتمر من الميقات في أشهر الحج ثم خرج عن الميقات أو زار قبر النبي ﷺ ثم أحرم بالحج من الميقات فقال في الشرح والإمام يحيى والفقهاء يحيى البحيح: لا يكون متمتعاً، وقال الناصر وأبو حنيفة والسيد يحيى بن الحسين: يكون متمتعاً، وقال الشافعي: يكون متمتعاً ولا هدي عليه؛ لأنه يكون أحرم بالحج من ميقاته الموضوع له^(٦) في الأصل، ذكره

(١) لعله على قول أبي طالب المتقدم في أول الفصل. وعلى المذهب لا يلزم الدم. (قرئ). إلا حيث كان إحرامه بالعمرة في أيام التشريق. (قرئ).

(٢) إلا أن يعود إلى الميقات قبل أن يدخل الحرم ويحرم. (قرئ).

(٣) على القول بأن العمرة في أشهر الحج محظورة.

(٤) وهو دار وطنه. (شكايزي). وفي الفتح: وكذا دار إقامته. اهـ وإن لم يكن له وطن فقيل: يعتبر بخروجه من الميقات. (قرئ). وقرره المفتي وحثيث. وقيل: بخروجه من الميل، ذكره

علي بن زيد. وعن الهبل: يصح ولو جاوز الميقات ما لم يخرج مضرراً، والله أعلم.

(٥) بل إلى وراء الميقات؛ ليكون آفاقياً. (شامي). والمذهب صحة التمتع إذا أحرم من الميقات.

(٦) يعني: والذي أوجب الدم كونه جعل إحرام الحج من مكة، وهنا قد أتى به من الميقات. قلنا: بل موجب الهدى التمتع، وهذا متمتع فلزمه. (بستان).

في التنبيه والمهذب.

الخامس: نية التمتع على ظاهر اللمع والإمام يحمي وأحد قولي الشافعي والنجراني. وقال السيد يحمي بن الحسين والفقيه يحمي البحيح والقاضي جعفر وأشار إليه المرتضى وأبو العباس: إن نيته غير شرط، بل متى كملت شروطه صح.

فصل [في القارن]

والقارن هو من يجمع بين العمرة والحج في إحرام^(١) واحد، من الميقات، ناوياً له على الخلاف المتقدم^(٢)، وأن لا يكون من حاضري المسجد الحرام على الخلاف المتقدم^(٣). فيطوف ويسعى للعمرة، ثم يخير بين تقديم طواف الحج وسعيه أو تأخيرهما كما في المفرد^(٤). قال السيد يحيى بن الحسين: فإن أخر طوافها وسعيها بعد وصوله مكة إلى بعد الوقوف لزمه دم^(٥)، ويقدمها على طواف الحج وسعيه^(٦)، قال: فلو قدم طواف الحج وسعيه وقعا عن العمرة^(٧).

(١) ولا يشترط أن يكون إحرامه بالقران في أشهر الحج، بل ولو في سفرين وعامين، وهو ظاهر الأزهار.

(٢) يعني: الذي قبيل فصل نهي المحرم، فعلى قول اللمع نجب نيته؛ لقوله ﷺ: ((الأعمال بالنيات...)) إلخ. (بستان بلفظه).

(٣) قال الإمام المهدي عليه السلام: وفيه نظر؛ لأن الآية لم ترد إلا في التمتع^[١] دون القران، فلا يصح قران المكّي اتفاقاً. (بستان بلفظه). قال يحيى حميد: إنه يصح قران المكّي وفاقاً.

(*) ومما نقل عن خط إمامنا أمير المؤمنين المؤيد بالله رب العالمين أيده الله في شرح مجمع البحرين: ويقرن الأفقي ويتمتع، ويفرد أهل مكة، وليس لهم قران ولا تمتع؛ لما روي عن ابن عمر أنه قال: ليس لأهل مكة قران ولا تمتع، ولأن شرعية القران والتمتع للأفقي كان للترفيه والتخفيف في السفر، ولا سفر في حق المكّي ولا ترفيه، حتى إذا خرج المكّي من الميقات فقرن صح؛ لأن حجته وعمرته يكونان متقارنين كالأفقي. وأضافوا إلى أهل مكة من يليهم إلى الميقات، فلم يجز القران والتمتع لمن في داخل الميقات.

(٤) والأفضل تقديمها كما مر.

(٥) بل لا دم عليه. (قررو).

(٦) ومثله عن الإمام المهدي عليه السلام في الغيث.

(*) وجوباً.

(٧) وإذا ورد القارن الجبل أولاً ثم رمى يوم النحر جرة العقبة ووطئ بعده فسدت عمرته، وإذا فسدت عمرته هل يفسد الحج لكون الإحرام بهما؟ ينظر. في هامش شرح الأزهار ما لفظه: المفهوم من كلامهم أن الفساد يشملها؛ لأنه يعود على أصل الإحرام. (شامي) (قررو).

[١] ولاختلاف موضع الإحرام؛ لأنه لا يحرم للعمرة إلا من الحل، ولا يحرم للحج إلا من الحرم، فلا يصح القران منه؛ إذ من شرطه أن يحرم بهما معاً. (شرح بحر). ينظر ويحقق.

وقال عطية: بل يكون رفضاً للعمرة، ويلزمه دم وقضاؤها. قال السيد يحيى بن الحسين: فإن قدم الوقوف قبل يصل مكة جاز، ومتى وصلها قدم طواف العمرة وسعيها^(١).

مسألة: والقارن يلزمه الهدى، وهو بدنة^(٢). وقال زيد بن علي والناصر وأبو حنيفة والشافعي: شاة.

وسوق الهدى من موضع^(٣) إحرامه^(٤) شرط في صحة القران عند الهادي والقاسم، فلو لم يسقه وضع إحرامه على عمرة^(٥). وقال أبو طالب وأبو العباس: سوقه نسك واجب يجبره دم. وقال المؤيد بالله والمنصور بالله وأبو حنيفة والشافعي: إنه مستحب.

مسألة: ونذب له أن يقف بهديه في عرفة ومزدلفة ومنى، وأن يقلده خفاً^(٦) إن هو بدنة أو بقرة، وإن كان شاة فمن الخرز والودع. وأن يجلل البدنة والبقرة^(٧) بثوب أو نحوه، ويكون الجلال والقلادة من جملة الهدى يتصدق بهما.

(١) ويلزم دم كما قالوا في الرفض. وفي شرح ابن بهران: لا دم عليه؛ لأن تقديم العمرة واجب وليس شرطاً ولا نسكاً. (قررو).

(٢) أو عشر شياه. (حفيظ) (قررو). أو بقرة وثلاث شياه. (قررو).

(٣) وحد الموضع ما يسمع فيه الجهر المتوسط. وقيل: الميل.

(٤) وفي العبارة إيهام من حيث إنه لو أحرم ثم سار ثم سيق [الهدى] من ذلك الموضع صح، وليس كذلك، كما صرح به في البرهان والزهور. (من خط المفتي). وفي هامش شرح الأزهار ما لفظه: ولا يشترط أن يقارن سوق الهدى الإحرام، بل إذا حصل السوق على الشروط المذكورة كفى، وسواء تقدم سوق الهدى على الإحرام^[١] أم تأخر. (شكايزي) و(قررو) عن خط مرغم. وعن الحماطي: لا يتقدم المحرم على الهدى. ومثله في حاشية السحولي.

(٥) ولا يبقى عليه شيء. (قررو).

(*) أو حجة يتحلل بها، ولا تجزيه عن حجة الإسلام. (قررو).

(٦) أو نعلاً، ويكون له قيمة. (قررو). وقيل: لا فرق؛ لأن المراد الإعلام.

(٧) بل والشاه. (قررو).

[١] وأحرم من موضع السوق. ولفظ حاشية السحولي: ولو تقدمت البدنة، فإذا أحرم من موضع السوق جاز وكان قارناً. (بلفظه) (قررو).

ونذب إشاعر البدنة فقط، وهو شق في شق سنامها الأيمن^(١) حتى يدميه، وأن يمسح الدم بإصبعه^(٢) كما فعله الرسول ﷺ. وقال المنصور بالله: يجب الإشعار. وقال أبو حنيفة: يكره.

مسألة: وإذا خشي القارن أو المتمتع فوت وقت الحج رفض العمرة وقدم الحج^(٣)، وعليه دمٌ لرفضها وقضاؤها بعد أيام التشريق. وإذا نوى رفضها ثم بان سعة الوقت فقد صح الرفض^(٤). وهذا يدل على أنه يصح رفض العبادة لفعل أفضل منها. ويستحب للمهدي أن يذبح هديه بيده، فإن شق عليه وضع يده على يد الذابح كما في الأضحية.

(١) مستقبلاً للقبلة.

(٢) اليسرى المسبحة. (قرر).

(٣) أما القارن فلا يرفض، بل يؤخر العمرة حتى يعود من الجبل. ولعل وجه الرفض إذا رفض تخفيفاً عليه؛ لثلاثين عليه الدماء ونحوها.

(٤) ولقائل أن يقول: العبرة بالانكشاف في صحة رفضه، ولا يفتقر إلى شرط. (مفتي، وشامي). لأن الرفض مشروط بالتضييق، وقد انكشف خلافه.

فصل [في مناسك الحج]

ومناسك الحج اثنا عشر:

الأول: الإحرام، فلا يصح إلا به.

الثاني: الوقوف بعرفة كما مر، فلا يتم الحج إلا به، ويفوت بفواته فيضع إحرامه على عمرة^(١)، ويلزمه دم^(٢).

مسألة: وإذا التبس يوم عرفة تحرياً وعمل بظنه وجوباً، والأحوط أن يقف يومين ويعمل في كل يوم بمقتضاه. فإن لم يحصل له ظن وقف يومين وجوباً، ويعمل في كل يوم بمقتضاه. وإذا وقف بالتحري ثم بان له أنه في اليوم الثامن أعاد الوقوف إن بقي شيء من وقته، وإن لم أجزاءه، خلاف أبي حنيفة وأحد قولي المنصور بالله. وكذا إذا بان أنه وقف في اليوم العاشر فإنه يجزيه، خلاف أبي حنيفة. قال السيد يحيى بن الحسين والفقهاء محمد بن يحيى: ولا يلزمه شيء^(٣)، بل تأخر الأيام في حقه. وقال المنصور بالله^(٤): يلزمه دم. وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يلزمه خمسة دماء^(٥)؛ لترك مبيت مزدلفة، والمرور بالمشعر، والإفاضة من مزدلفة بعد طلوع الشمس، ولترك رمي جمرة العقبة، ولترك المبيت بمنى في الليلة الأولى. وكذلك عنده في وقوفه بالثامن يلزمه الدم لكل ما فاته من نسك.

الثالث: طواف الزيارة، فهو ركن لا بد منه، فمن تركه أو شيئاً منه لم يفت

(١) وعليه الأزهار بقوله: «وإلا تحلل بعمرة ونحره». ولعله يسقط دم الفوات بدم الإحصار، والله أعلم. (سأع سيدنا حسن الشيباني) (قرئ).

(٢) لقوله ﷺ: ((من لم يدرك الحج فعليه دم)). (نجري). ومثله في البحر في فصل الإحصار.

(*) لفوات الحج في عامه. (وابل). (قرئ). وقيل: للإساءة، فيسمى كفارة.

(٣) واختاره الإمام في البحر.

(٤) في أحد قولييه.

(٥) والسادس لترك جمع الصلاتين بمزدلفة.

حجه، ولا يجبره الدم، ولا تحل له النساء حتى يفعلها^(١)، فلو لحق بأهله لزمه الرجوع له، وإذا وطئ قبل فعله^(٢) فعليه بدنة^(٣). وليس له أن يأمر من يطوف عنه إلا متى تعذر عليه بنفسه^(٤) كالحج.

مسألة: ومن نسي طواف الزيارة^(٥) وطاف للوداع ثم لحق بأهله^(٦) فهو باق عليه، وقال في التقرير وأبو حنيفة: يقع عنه طوافه للوداع^(٧). وإن طاف للقدوم في أيام النحر ثم رجع إلى بلده قبل يطوف للزيارة فهو باق عليه، وقالت الحنفية: ينقلب عنه طواف القدوم^(٨). ولعله يستقيم حيث فعله من غير نية للقدوم^(٩).

مسألة: ويجزي الطواف راكباً، والمشى أفضل. ومن طاف حاملاً لغيره أجزأها معاً^(١٠)؛ إذ المقصود المصير في المكان على أي وجه. وقال الشافعي:

(١) جميعه. (قرئ).

(٢) بعد الرمي. (قرئ).

(٣) ولا تكرر البدنة بتكرر الوطء ما لم يتخلل التكفير. (شفاء). وفي الفتح: تكرر بتكرر الموجب. (قرئ).

(٤) لأجل عذر مأبوس. (قرئ).

(٥) بل ولو عمداً، وقرره القاضي عامر، وهو الذي في الغيث. وقال القاضي سعيد الهبل: بل إذا تركه عمداً عاد له ولأبعاضه، ويلزمه الإيضاء.

(٦) طواف الوداع يقع عنه من حينه؛ لأنه لا وداع قبل الزيارة، وأما القدوم فلا يقع إلا حيث لحق بأهله، والله أعلم. (قرئ).

(٧) وهو ظاهر الأزهار.

(٨) قال في الغيث: ولم يذكرها أهل المذهب في طواف القدوم، بل ذكرتها الحنفية، وذكرها أهل المذهب في طواف الوداع، لكن لا فرق بينهما، فمن فرق كان مخالفاً للإجماع.

(*) وهو ظاهر الأزهار.

(٩) قال عليه السلام: وظاهر كلام ابن أبي الفوارس أن طواف الوداع يقع عن طواف الزيارة ولو نوى كونه للوداع. قال الفقيه يوسف: وفي هذا بعد. قال عليه السلام: لا بعد، كما لو نواه نفلاً^[١].

(*) بل ولو نواه له أو للوداع، كما لو نواه نفلاً. (قرئ).

(١٠) حيث كان البيت على يسارهما جميعاً، وإلا أجزئ من كان البيت على يساره فقط. (قرئ).

[١] يعني: كما لو تنفل بطواف وقع عن الواجب. (شرح أزهار).

يجزي أحدهما فقط، لكن فيه وجهان هل يقع للحامل أو للمحمول^(١).
مسألة: والطهارة غير شرط في الطواف، خلاف مالك والشافعي. قلنا: بل نسك واجب، فمن أحل به لزمه إعادته ما لم يخرج من الميقات^(٢)، فإن خرج لزمه بدنة إن كان جنباً أو حائضاً^(٣)، وإن كان محدثاً فشاة. وقال زيد بن علي والناصر: شاة في الكل.

قلنا: ومتى رجع إلى مكة أعاده، قال القاضي زيد: وجوباً^(٤)، وقال أبو جعفر: ندباً. فإذا لم يكن قد أخرج البدنة^(٥) سقطت عنه، قال السيد يحيى بن الحسين والفقير حسن: ويلزمه دم لتأخير الطواف^(٦)، وقال الفقيه علي: لا يلزمه.
فروع: ومن طاف مكشوف العورة أعاد ما لم يخرج عن الميقات^(٧)، فإن خرج فعليه دم. ومن طاف في ثوب نجس كره وأجزأه^(٨)، وقال في الإبانة وشرحها

(١) أحدهما للحامل؛ لأن الفعل له، والثاني للمحمول؛ لأن الحامل له كالراحلة. (بستان بلفظه).
 (٢) بل يعيده ما لم يلحق بأهله، وهو ظاهر الأزهار، إلا أن يكون لأهل له^[١] فالبيان مستقيم كما ذكره علي بن زيد، ومثله عن الذمري. وقيل: يعيده من لأهل له مطلقاً، وهو ظاهر الأزهار.
 (٣) في طواف الزيارة كما في الأزهار، لا في غيره فشاة مطلقاً. (قررو).
 (٤) في طواف الزيارة كما في الأزهار. (قررو).
 (٥) أو الشاة.

(٦) ولا يلزم بعد نحر البدنة وإعادة الطواف دم تأخير. (شرح فتح). ومثل كلام الفتح لعلي بن زيد، وهو ضعيف؛ إذ هو كإخراج الكفارة قبل الحنث^[٢]. قلت: وقد قدمنا أن من أخر طواف الزيارة حتى مضت أيام التشريق لزمه شاة، وهو هنا في حكم المؤخر وإن لم يكن مؤخراً على الحقيقة، فما أجزأت البدنة عن ذلك الواجب، وقوى هذا شيخنا. اهـ يقال: بل قد أجزأت حيث أعاده؛ إذ المعتد به هو الآخر لا الأول، وهذا هو الذي اختاره الشامي. وفي الغيث: يلزم دم ولو بعد نحر البدنة.
 (٧) بل يعيد ما لم يلحق بأهله. فإن لحق لزم دم. (قررو).
 (٨) وكذا في نجاسة البدن الطارئة. (قررو).

[١] والمراد بالأهل الوطن. (شكايزي). ومن له وطنان فالعبرة بأقربهما إلى مكة. (سباع) (قررو).
 [٢] وفي حاشية عن الشامي: ولا يقال: هو كالتكفير قبل الحنث؛ إذ مقتضى هو نفس التأخير.

والتقرير: إنه كالمحدث. وهذا في طواف الزيارة، وأما في غيره فقال المنصور بالله^(١): كذا أيضاً^(٢)، وقالت الحنفية والفقهاء محمد بن سليمان: يجب دم في الجنب، وفي المحدث صدقة فقط.

مسألة: ووقت طواف الزيارة يوم النحر وثلاثة بعده، فإن خرجت قبل فعله^(٣) لزمه دم إن كان لغير عذر، ومع العذر قال الفقهاء محمد بن سليمان: يلزمه الدم أيضاً، وقال الأمير الحسين: لا يلزمه. وعليه قضاؤه وفاقاً.

مسألة: من بقي عليه طواف الزيارة وتعذر عليه فعله فإنه يستتنب غيره^(٤)، فإن كان الأجير خارج الميقات فلا يدخل إلا بإحرام^(٥) كما تقدم، وإن كان من داخله^(٦) فقال الفقهاء محمد بن سليمان: إنه يعتبر أن يكون عليه بقية إحرام، كالمعتمر بعد السعي وقبل الحلق، وقال المنصور بالله: لا بد له من إحرام^(٧)، وقال الفقهاء يحیی البحيح: لا يحتاج إحراماً.

فرع: وباقي المناسك لا يفوت الحج بفواتها، بل يجبرها الدم بعد الخروج عن الميقات^(٨)، وقبله يجب الفعل فيما بقي وقته.

(١) كلام المنصور بالله والحنفية والفقهاء محمد بن سليمان يعود إلى أصل المسألة، كما صرح به في الغيث.
(٢) الذي للمنصور بالله أنه إذا طاف للقدوم أو للوداع محدثاً أصغر أو أكبر لزمه دم، وأما في الزيارة فإذا طاف جنباً أو حائضاً فبدنة، وإن كان محدثاً أصغر فشاة كما في الأزهار. و(قرئ).

(٣) أو بعضه. (نجري).

(٤) إذا كان لعذر مأيوس. (قرئ).

(٥) وينوي الإحرام لمجاوزة الميقات، لا لما استؤجر عليه. (مفتي). وقيل: يحرم بحجة أو عمرة ويدخل طواف الزيارة الذي استؤجر له تبعاً، ولا يصح أن يحرم له بمجرد؛ إذ لم يشرع الإحرام إلا للحج أو عمرة إجمالاً. (شامي).

(٦) أو ممن يجوز له الدخول بغير إحرام. (قرئ).

(٧) ولعله يضعه على عمرة.

(٨) هذا كلام المنصور بالله والفقهاء يحیی البحيح، وقياس المذهب أنه يعود ما لم يخلق بأهله كما تقدم عنهم فيمن أخل بالطهارة، ذكر معناه في الغيث، وهذا فيما لا وقت له، أو له وقت وهو باق، فأما ما قد خرج وقته فدم ولو في مكة، كالمبيت بمزدلفة، وليالي منى، والرمي. (قرئ).

الرابع: طواف القدوم^(١)، فهو واجب، خلاف أبي حنيفة والشافعي. ومن تركه فعليه ما لم يخرج عن الميقات^(٢)، فإن خرج جبره بدم. **مسألة:** وتجب الموالاة في الطواف الواجب، وهو ما أحرم له^(٣)، فمن تركها لعذر فلا شيء عليه^(٤)، نحو أن ينقطع لزحمة، أو لشرب ماء، أو للوضوء إذا أحدث، أو لصلاة جماعة^(٥)، أو لاستراحة^(٦)، أو يجد البيت خالياً فيدخله، أو يجهل وجوب الموالاة^(٧). وإن تركها لغير عذر لزمه دم^(٨). ولا فرق بين طواف الزيارة وغيره. وكذلك في السعي.

مسألة: من زاد شوطاً ثامناً رفضه ولا شيء عليه^(٩). ومن شك هل طاف ستة أو سبعة فبعد خروجه من الميقات^(١٠) لا شيء عليه، وقبله^(١١) يعمل بظنه^(١٢)،

- (١) ولاقت له مخصوص، بل إذا طاف بعد أشهر الحج^[١] أجزئ، وكذا قبل^[٢]. (قرئ). قيل: إذا كان في سنته التي حج فيها. وهل يصح قبل الإحرام؟ ينظر فيه، قيل: لا يصح. (مفتي).
- (٢) في الأزهار: ويجب كل طواف على طهارة وإلا أعاد من لم يلحق بأهله. وظاهره ولو بعد الخروج من الميقات.
- (٣) ولو نفلاً. (قرئ).
- (٤) ومن العذر الدعاء. (قرئ).
- (٥) وقيل: ولو فرادى، ولو في أول الوقت. (قرئ).
- (*) فرض لا نفل. (قرئ).
- (٦) قدر ما يحتاج إليه. (قرئ).
- (٧) أو ينسى. (قرئ).
- (٨) ما لم يستأنف. (قرئ).
- (٩) سواء كان عمداً أو سهواً. (قرئ).
- (١٠) الأولى: بعد فراغه من الطواف، كالصلاة سواء، فلا يعيده. (قرئ).
- (١١) وقيل: بل في خلافه؛ لأن الفراغ مما لا وقت له كخروج وقت المؤقت. (سماذوي).
- (١٢) المبتدأ والمبتلى، كالشاك في ركن. (شرح أزهار). لأن الشوط يشبه الركن، فيكون كالمبتلى، والطواف كالركعة، والحج جميعه كالصلاة. وقرره الشامي. (قرئ).

[١] ولو قد حل من إحرامه.

[٢] بعد الإحرام، ذكره الفقيه يحين البحيح. (نجري).

فإن لم يحصل له ظن أعاد الطواف من أوله^(١)، إلا حيث لا يمكنه التحري فيزيد شوطاً^(٢). وقال القاضي زيد: لا يعمل بظنه إلا إذا هو مبتلى بالشك كما في الركعة. وقال المنصور بالله وابن الخليل: إنه يزيد شوطاً ولو حصل له ظن؛ لأنه لا يفسد بالزيادة^(٣). وهو القوي، ولعل ما ذكره أصحابنا ندب لا وجوب.

مسألة: وترك شوط أو بعضه أو شوطين أو ثلاثة يوجب الصدقة: عن كل شوط نصف صاع. وكذا في ثلاثة ونصف^(٤)، وفي أكثر منها دم^(٥)، إلا في طواف الزيارة فهو محصر^(٦) بما ترك منه ولو قل.

مسألة: من دخل الحجر في طوافه ففي التطوع - وهو ما لم يحرم له - لا شيء عليه، وفي الواجب - وهو ما أحرم له من حج أو عمرة - إن استأنف الطواف من أوله فلا شيء عليه^(٧)، وهو يدل على أنه يصح رفض العبادة لإعادة أكمل منها^(٨)،

(١) ولعل وجه حصول النقص في الطواف بالزيادة لو قلنا: يزيد شوطاً ونحوه. (* بل يفعل ما بقي عليه فقط ويبنى على الأقل مبتدأ أو مبتلى؛ لأنها سواء كما في الصلاة، وهذا حيث عرض الشك في حال الطواف، لا بعده فكالشك بعد خروجه من الصلاة. (قررو). (٢) هلاً لزم دم للتفريق، أو يقال: ذلك عذر؟ قلت: عذر كما في المسألة الثانية، والتفريق هنا هو النظر في الإمارات. (مفتي). (قررو).

(٣) قلنا: غير مشروعة. (بحر). يستقيم مع التيقن. (مفتي). (٤) وفي الزهور: تارك البعض كتارك الكل فيلزم دم سواء كان نصفاً أو أقل أو أكثر. اهـ بل المذهب ما في البيان.

(٥) المختار ما في الأزهار، وهو أنه لا يلزم إلا في أربعة فصاعداً. (قررو). (* مستقيم في الصدقة لا في الدم، فإذا ترك أكثر الشوط لزمه صدقة. (قررو). (٦) المراد: ممنوع من النساء.

(٧) وذلك لأنه أتى بما هو أكمل من الأول. واعلم أن لداخل الحجر في طوافه أربعة أحوال: الأول: لا يجب دم ولا صدقة، وذلك في النفل، ومع الإعادة للأسبوع أو رفض ما قبل دخول الحجر. الثاني: يجب الدم والصدقة معاً، وذلك حيث دخل في المتوسطة ولم يرجع في طواف القدوم والوداع. الثالث: يجب دم فقط، وذلك حيث دخل مع علم النهي لغير عذر ورجع إلى حيث دخل منه واستمر. الرابع: يجب صدقة فقط، وذلك إذا دخل في الأول أو السابع ولم يرجع إلى حيث دخل في طواف القدوم والوداع. (بستان).

(٨) في موضع مخصوص لا مطلقاً. (قررو).

وإن لم يستأنف^(١) فإن رجع عن دخوله وطاف من ورائه فقد حصل التفريق بدخوله، فإن كان لعذر أو سهو أو جهل فلا شيء عليه، وعمداً لغير عذر يلزمه دم، وإن استمر بطل ذلك الشوط، فإن كان هو الأول لزمه لتركه صدقة، وإن كان هو السابع لزمه لتركه صدقة، إلا أن يعيده لزم دم بالتفريق الحاصل بدخوله إذا كان عمداً لغير عذر، وإن كان في الأشواط المتوسطة فإن رجع لزمه دم للتفريق، وإن لم يرجع لزمه صدقة لترك الشوط، ودم للتفريق إذا كان عمداً لغير عذر.

مسألة: يكره^(٢) الطواف في الأوقات الثلاثة؛ لأنه إما صلى فيها عقيب الطواف وهو مكروه، خلاف المنصور بالله وأحد قولي الشافعي^(٣)، وإلا آخر الصلاة إلى بعد الوقت المكروه، وتأخيرها مكروه. فلو كان يفرغ من الطواف لزوال الوقت المكروه فلا كراهة^(٤)، ذكر ذلك في الشرح.

مسألة: ويكره^(٥) الكلام غير الذكر حال الطواف، وأن يطوف راكباً أو حاملاً لغيره أو محمولاً. ومن طاف مكرهاً أجزاءه.

مسألة: ويكره جمع الطوافات حيث يوالي بينها ويؤخر صلاتها، خلاف الناصر والشافعي. فإن فرق بينها بصلاتها فلا كراهة، ذكره في الشرح.

ويكره تأخير السعي عن طواف القدوم، فإن كثرت الأيام في تأخيره^(٦) أراق دماً ندباً^(٧).

(١) وهل يصير الاستئناف بعد التفريق واجباً مخيراً بينه وبين الدم أم يتحتم عليه الاستئناف، فإن لم يفعل لزم دم؟ بياض. (حاشية سحولي). وفي حاشية: يجب عليه العود والاستئناف ما لم يلحق بأهله. اهـ والقياس أنه مخير.

(٢) تنزيه.

(٣) لقوله ﷺ: ((يا بني عبد مناف، لا تمنعوا طائفاً يطوف بهذا البيت أي ساعة شاء من ليل أو نهار)). (بستان).

(٤) قال عليه السلام: بل يكره مطلقاً؛ لأن الطواف بالبيت صلاة.

(٥) تنزيه.

(٦) ولعل أقل الكثرة ثلاثة أيام. (مقرر).

(٧) لأن الدم يستحب لمن فعل مكروهاً أو ترك مندوباً في الحج، ذكره في الشرح والانتصار، والله أعلم. (شرح بحر).

الخامس: السعي بعد طواف القدوم أو بعد أكثره، لا قبله فلا يجزي، قال السيد يحيى بن الحسين: إلا لعذر^(١) كالحيض ونحوه. وليس له وقت معين، بل متى دخل مكة ولو قبل أشهر الحج، وما دام فيها ولو بعد أيام التشريق، ولو حل من إحرامه، فإن خرج عن المواقيت^(٢) جبره بدم. وقال الشافعي: لا يجبره شيء. قلنا: ويصح مع الحدث^(٣).

السادس، والسابع، والثامن، والتاسع^(٤): الإفاضة^(٥) من عرفة بعد غروب الشمس، والمبيت بمزدلفة، والإفاضة^(٦) منها قبل طلوع الشمس، والمرور بالمشعر كما تقدم.

العاشر: الرمي، ووقته يوم النحر وثلاثة أيام بعده كما تقدم، فلو أخره من الأول إلى الثاني أو من الثاني إلى الثالث أو كلاهما إلى الثالث أو كلها إلى الرابع لزمه دم^(٧) مع القضاء لما ترك^(٨)، وكذا لو ترك رمي كل يوم أو أكثره إلى غده

(١) وظاهر الأزهار خلافه حيث قال: ويشترط الترتيب، وإلا قدم.

(٢) على أصله، والمختار ما لم يلحق بأهله إن كان له أهل، وإلا وجب العود مطلقاً. (قررو).

(٣) الأصغر والأكبر.

(٤) هذه العبارة يسميها أهل البديع اللف والنشر، وهي إن يذكر أشياء متعددة غير تامة المعنى ثم يقابلها بأشياء على ترتيبها، كقول بعض الشعراء:

وجدي حنيني أنيني فكرتي وهني
منهم إليهم عليهم فيهم بهم
(بستان).

قوله: منهم يعود إلى الوجد، وإليهم يعود إلى ما بعده، وعليهم إلى الأئين، وفيهم إلى الفكر، وبهم إلى الوله.

(٥) ليست بنسك. (قررو).

(٦) واجبة غير نسك. (قررو).

(٧) واحد لترك الكل. (قررو).

(*) وإنما لزمه الدم لأن أداءه في وقته نسك واجب، وقد تركه، وهو ترك متصل. (بستان).

(٨) وصفة القضاء كصفة الأداء، فيقضي رمي كل يوم مبتدأً بجمرة الخيف خاتماً بجمرة العقبة. وقال سيدنا سعيد الهبل: لا يجب الترتيب؛ لأن الترتيب في الأداء لا في القضاء، كقضاء الصلاة. وقواه السحولي. وقرره الشامي.

فعلية دم واحد؛ لأنه اتصل الترك^(١)، وسواء كان الترك لعذر أو لغيره.
 فرع: ومن تعذر عليه الرمي بنفسه لمرض أو خوف أمر غيره يرمي عنه^(٢)،
 فإن خرجت أيام التشريق قبل الرمي فات وجبره بدم، ويجزي دم واحد لترك
 الرمي كله ما لم يتخلل إخراج الدم^(٣)، وكذا لو ترك رمي يومين متواليين أو رمي
 جمرتين متواليين ولو كانتا في يومين، كالثالثة^(٤) في الثاني والأولى^(٥) في الثالث،
 فإن كان اليومان مفترقين كالأول والثالث^(٦)، أو الثاني والرابع^(٧) - وجب دمان.
 وكذا^(٨) في ترك جمرتين أو الأكثر من رمي كل واحدة وهما^(٩) غير متواليين.
 ويعتبر في التفريق بالترك^(١٠) هل هو متوال أو مفترق، لا بالجهاز في نفسها^(١١)،

(١) يعني حيث رمى في غده في غير وقت الرمي، فإن رمى فيه وقع عن الأداء. (بحر معني).
 (قررو). لأن أعمال الحج لا تفتقر إلى نية. (غيث).

(٢) يعني: ولو كان العذر مرجو الزوال. وإنما صحت الاستنابة هنا مع العذر المرجو ولم تصح
 في الحج - لأن وقت الحج متسع ووقت الرمي متضيق، فإذا خشي فوته فله الاستنابة.
 (بستان). فإن زال عذره بنى على ما فعله الأجير. (قررو).

(*) ولا يستناب إلا بالغاً عاقلاً عدلاً قد رمى لنفسه، وإلا انقلب عنه. (قررو).

(*) ولو غير محرم. (قررو).

(٣) يعني: إخراج دم التأخير، لا دم الفوات فلا يجب إلا بعد خروج أيام التشريق. (قررو).

(٤) جمره العقبة.

(٥) جمره الخيف.

(٦) ورمي الثاني.

(٧) ورمي الثالث.

(٨) يجب دمان.

(٩) أي: الجمرتان.

(١٠) لا بالفعل.

(١١) وضابط اللزوم أن كل فعل بين تركين أوجب دمين، وكل ترك بين فعلين أوجب دمًا
 واحداً. وكذا في المبيت بمنى. وهل يجب بالفعل بين التركين دمان ولو قضى المتروك في اليوم
 الثاني، أم المراد باللزوم حيث ترك بالكلية، ومع القضاء لا يلزم إلا دم التأخير؟ (حاشية
 سحولي). قيل: يلزم دم التأخير فقط. (شامي).

خلاف ما في الغيث المدرار، نحو أن يترك الأولى في الثاني والثانية في الثالث فهذا ترك مفترق يجب فيه دمان، وقال في الغيث: دم واحد^(١). وفيه نظر^(٢).
فرع: والترتيب بين الجمار الثلاث واجب^(٣)، خلاف أبي حنيفة، فإذا تركه فقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: يلزمه دم ولا يمنع من صحة رميه^(٤)، وقال الفقيه يوسف: بل يمنع^(٥). فإذا ترك الأولى ورمى الثانية والثالثة فقال الفقيه يوسف: يلزمه دم واحد^(٦)، وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: يلزمه دمان: لترك الأولى ولترك الترتيب^(٧). وإن رمى الثانية وترك الأولى والثالثة فقال الفقيه يوسف: يلزمه دم، وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: يلزمه ثلاثة^(٨) دماء، الثالث لترك الترتيب.

فرع: ويجب الدم لترك أربع حصيات من جمرة واحدة في يوم واحد، وفي دونها نصف صاع عن كل حصاة مع القضاء في أيام التشريق لا بعدها. فلو ترك حصاة أو ثلاثاً من جمرة واحدة والتبست رمى كل جمرة بما ترك^(٩) مادامت أيام

(١) وعلى قياس كلام الإمام الذي في الفرع أنه يلزمه دمان؛ لأن الترتيب بين الجمار عنده نسك.
 (٢) وجه النظر أنه ترك جمرتين متواليتين؛ لأنه إذا ترك الأولى في الثاني ورمها في الثالث صح رميه لها في الثالث، ولزم دم لترك رميها في اليوم الثاني، ويلزمه دم ثانٍ لترك الثانية في الثالث.
 (*) قد أصلح الذي في الغيث وصار الكلام واحداً.

(٣) لا شرط. (قرئ).

(٤) كلام الإمام المهدي عليه السلام قوي بالنظر إلى عدم منع صحة الرمي، لا أنه يجب دم لتركه.
 (شامي) (قرئ).

(*) لأنه عند الإمام واجب غير شرط. اهـ قياساً على الولاء في الطواف.

(٥) لأنه شرط.

(٦) فصار حكمه كمن ترك الكل عنده.

(٧) المذهب دم واحد للترك.

(٨) والمذهب اثنان. (مفتي).

(٩) وذلك ليتيقن التخلص وبراءة الذمة. (بستان).

(*) ولعله مع عدم حصول الظن؛ إذ لو حصل له كونها من أي الجمار واحدة أو أكثر عمل به؛ إذ ذلك مما يعمل فيه بالظن. (شامي) (قرئ).

التشريق، ويتصدق عن كل حصة منها بنصف صاع لأجل تأخيرها^(١).

مسألة: من ترك حصيات والتبس عليه موضعها هل من جمرة أو من جمار أو من يوم أو من أيام لزمه عن كل حصة منها نصف صاع إلى ثلاثين حصة؛ لجواز أنه ترك من كل جمرة ثلاث حصيات. وقال محمد: إذا ترك أربع حصيات وجب دم مطلقاً^(٢). قلنا: فلو ساوى^(٣) الطعام قيمة الدم خير بينهما. حتى يبلغ الحصى المتروك إحدى وثلاثين فيجب فيها دم؛ لأنه يعلم أن فيها أربعاً من جمرة واحدة في يوم واحد، فيجزى الدم عنها الجميع^(٤). وإن نفر في النفر الأول لزمه دم باثنتين وعشرين حصة. ولا يصير مفرقاً بين ترك جمرتين برمي جمرة بينهما بثلاث حصيات أو دونها، بل بأربع فما فوقها.

الحادي عشر: المبيت بمنى^(٥) ليلة حادي عشر وثاني عشر، وكذا ليلة ثالث عشر إذا غربت الشمس وهو عازم على المبيت بمنى^(٦)، ذكره في الشرح، لا إن

(١) الظاهر أنه لا صدقة لتأخير الحصى كما هو المفهوم من الأزهار؛ لأنه لم يذكره، وإنما ذكر الدم. (شامي) (قرئ).

(*) فلو دخل اليوم الرابع في التجويز لزم لكل جمرة ما ذكر، ولا يجب التصديق؛ لأنه يحتمل رميها في ذلك اليوم، والأصل براءة الذمة. (قرئ).

(٢) في يوم أو يومين، أو جمرة أو جمار.

(٣) وكذا لو لم يساو فإنه يخير؛ إذ قد ثبت أن الدم يجبر الرمي كله فكذا بعضه.

(٤) ولا شيء في باقي الحصى؛ لأنه يجوز أن تكون متواليّة، بأن يقدر أنه ترك الجمرة الأخيرة في اليوم الثاني بكاملها، وفي اليومين الآخرين من كل جمرة أربعاً أربعاً، وذلك يجب فيه دم واحد. (زهور).

(٥) لما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه لم يرخص لأحد في ليالي منى أن يبيت بمكة إلا للعباس من أجل السقاية. وعن علي عليه السلام أنه كان يأمر بالبيتوتة في منى، وينهى عن المبيت وراء الجمرة إلى مكة. وبعث إلى ناس نزلوا خلف العقبة فأدخلهم منى. وقال أبو حنيفة: لا دم في ترك ليالي منى وإن أساء تاركها؛ لأنه لو كان واجباً لوجب على السقاة والرعاة ولو رخص لهم في الترك، فالرخصة لا تسقط الدم، كمن اضطر إلى تغطية رأسه لم تسقط عنه الفدية. قلنا: لا يكون رخصة إلا مع الوجوب، وإنما لم يوجب الدم عليهم إما لأنه علقه بذمهم وهم مطالبون به، أو عفى عنهم وأسقطه كما أسقط عنهم هذا النسك. (بستان).

(٦) وفي الأزهار: وهو غير عازم على السفر.

(*) أو متردد. (قرئ). على مفهوم الأزهار.

كان عازماً على ترك المبيت به. ويجب الدم لتركها كلها أو لترك ليلتين متواليتين منها أو لترك ليلة أو أكثرها، لا لترك نصفها^(١) فما دون. ويجب ثلاثة دماء لترك الليالي الثلاث مع تحلل إخراج الدم بينها. ويجب دمان لترك الأولى والثالثة أو لترك ليلتين متواليتين مع إخراج الدم بينهما. وقال أبو حنيفة: لا دم في ترك ليالي منى. وقال الإمام يحيى والأمير الحسين: من تركها لعذر فلا دم عليه^(٢).

فروع: وأما نهار أيام منى فقال أبو طالب: إنه ليس بنسك^(٣)، وقال الهادي والناصر والمؤيد بالله: إنه نسك أيضاً، فيجب الوقوف فيه في منى. قال الفقيهان علي ويوسف: وهو نسك مستقل بنفسه، وليس هو من جملة الليالي، فيعتبر فيه من الترك والجمع والتفريق كما في الليالي سواء؛ إذ الأيام لا تفرق بين الليالي في الترك، نحو أن يترك الليلة الأولى والثانية ويقف اليوم الثاني بينهما فلا يجب فيها إلا دم؛ لأنها متواليتان. وكذلك في الليالي لا تفرق بين الأيام، فلو ترك اليوم الأول والثاني وبات الليلة التي بينهما وجب لهما دم فقط، وإن تركها معها وجب دمان^(٤).

الثاني عشر: طواف الوداع كما تقدم، فمن طافه ثم وقف بعده في مكة: فبعض يومه أو ليلته يعفى عنه، وأكثر من ذلك يوجب إعادته^(٥) متى أراد الخروج من مكة ما لم ينو الإقامة فيها. وهو كطواف القدوم في حكم تركه أو بعضه أو تفريقه.

مسائل: ولا يجب شيء لترك الهيئات المندوبة، كالرمل في موضعه، والهرولة في السعي، والأدعية، واستلام الأركان، وصعود الصفاء والمروة^(٦).

(١) هذا ضعيف؛ لأن المعتبر أن يبيت أكثر الليل، فيلزم في ترك نصف الليل دم.

(٢) وقرره حثيث. وفي البحر والهداية: يجب الدم.

(٣) وذلك لأن علياً عليه السلام كان ينه عن المبيت وراء الجمرة، فدل على أن النسك هو الليل. وعن

ابن عباس أنه قال: «لا يبيتن أحدكم وراء الجمرة ليلاً أيام التشريق» وهو توقيف، ووقفه

صلى الله عليه وآله وسلم في النهار لم يكن نسكاً، بل ليحرز البيوتة ليلاً. وحجة الآخرين أنه صلى الله عليه وآله وسلم وقف في

منى أيام التشريق ليلتها، وقد قال: ((خذوا عني مناسككم)). (بستان).

(٤) المذهب يجب دم لترك هذه الليلة.

(*) على القول بأن الأيام نسك.

(٥) وفي الأزهار: يعيده من أقام بعده أياماً. قال في شرح الأزهار: وأقل الجمع ثلاثة. (قرب).

(٦) ولترك شرب الماء من زمزم.

مسألتا: والفدية هي ما وجب على المحرم لما فعله من بعض محظورات الإحرام، احتراز من بعضها، وهو ما يجب في الوطء ونحوه فهو كفارة، ومما يجب في قتل الصيد أو إفزاعه فهو جزاء.

فرع: والفدية هي إما دم يريقه، أكثره بدنة وأقله شاة كما في الأضحية^(١) أو سبع بقرة أو عشر بدنة، وإلا صيام ثلاثة أيام - قال أبو جعفر: متتابعة، وقال الفقيه علي: لا يجب التتابع فيها- وإلا إطعام ستة مساكين ثلاثة أصواع من أي حب^(٢)، ويجوز وضعها في واحد. وهو مخير بينها مطلقاً^(٣)، وقال أبو حنيفة وأبو جعفر والإمام يحيى: يخير حيث فعل موجبها لعذر، وإن كان تمرداً وجب الترتيب بينها كذلك.

مسألتا: والكفارة هي ما يجب لفوات ما أحرم له من حج أو عمرة، أو لترك نسك، أو للوطء^(٤) ومقدماته.

مسألتا: والجزاء هو ما يجب على المحرم بقتل صيد أو بإشارته إليه أو بدلالته عليه أو بإفزاعه له.

مسألتا: والقيمة هي ما يجب بأخذ شيء من شجر الحرم، وقيمة ما قتل من صيد الحرم أو أكل من لحمه^(٥). ويستوي في ذلك المحرم والحلال^(٦).

(١) في سنها.

(٢) المراد بالإطعام أينما ورد في الحج التملك، كذا نقل عن شرح القاضي زيد. وفي شرح الذويد: تجوز الإباحة^[١]. اهـ وتجزئ القيمة ابتداء. (قرير).

(٣) يعني: ولو فعل موجبها لغير عذر، كالجزاء. (بستان).

(٤) والمراد بالوطء هنا غير المفسد، نحو أن يكون بعد الرمي، وأما المفسد فبدنته على الترتيب. (كشاف). (قرير).

(٥) والقاتل غيره. اهـ أما لو كان هو القاتل فسيأتي في الفرع الآتي في مسألة: وما قتل المحرم من الصيد، وقد بنى هنا على كلام الأمير علي، والله أعلم.

(٦) والصغير والمجنون والكافر. (قرير).

[١] بل لا تجزي. (قرير).

فصل [في بيان ما يوجب الفدية وما يوجب الجزاء وما يوجب القيمة]

وموجبات الضديّة ستّة:

الأول: اللباس، وهو ما يحرم على المحرم لأحد أمرين: إما لتغطية رأسه كالعمامة والمغفر^(١) ونحوهما^(٢)، أو لكونه محيطاً بالبدن^(٣) أو بعضو منه، فمنه للرأس كالقلنسوة والبرنس^(٤)، ومنه لليدين كالفازين^(٥) على الساعدين، فيحرمان على الرجل لكونهما محيطين بالساعدين؛ لأنّ لهما أضراراً يزر بها على الساعدين، ولا يحرم على المرأة إلا إذا كان فيهما حلية. ومنه للبدن كالقميص والجبّة والقباء^(٦) والدرع^(٧) والفرو ونحوه^(٨). ومنه للرجلين كالخف والجورب^(٩) والسراويل. فكل هذه الأنواع توجب الفدية ولو عند العذر، ولو كان جاهلاً بتحريمه أو ناسياً لإحرامه على الخلاف المتقدم^(١٠).

فرع: فإن لبس ذلك كله في وقت واحد ففيه فدية واحدة فقط؛ لأنّ اللباس كله جنس ولو تكررت تغطية الرأس^(١١). وإن لبسه في أوقات متفرقة فلكل وقت فدية، والوقت الواحد هو ما كان متصلاً في فعله، وما انفصل فعل بعضه عن بعض

(١) قال في شمس العلوم: وهو زرد ينسج من الدروع. (لفظاً). وقيل: الخوذة، وهو ظاهر الكتاب؛ لأن المقصود تغطية الرأس.

(٢) القلنسوة.

(٣) إذا كان يعد لابساً.

(٤) وهو عمامة يلبسها أهل الزهد والعبادة في صدر الإسلام. (شرح بحر).

(٥) قفاز كerman: شيء يعمل لليدين يحشئ بقطن، تلبسها المرأة للبرد. وضرب من الحلي لليدين والرجلين. (قاموس).

(٦) مصر يحشئ بالقطن.

(٧) إذا كان يسمى لبساً.

(٨) كل محيط بالبدن.

(٩) الجورب إلى فوق الركبة، والخف إلى وسط الساق، والجرموق بينهما.

(١٠) في فصل: نهي المحرم.

(١١) حال اللبس بكل واحد من هذه الأمور.

فهو في أوقات متفرقة، ذكره في الشرح. وقال الفقيه حسن: ما كان في مجلس واحد فهو في وقت واحد ولو طال^(١)، وما كان في مجالس فهو في أوقات^(٢). ومثله في الكافي.

مسألة: وإذا تحلل إخراج الفدية^(٣) بين اللبسين أو بين اللبس الواحد وبين الاستمرار عليه تكررت الفدية^(٤)، خلاف أبي حنيفة، ولا فرق بين قليل اللباس وكثيره^(٥) في إيجاب الفدية، خلاف أبي حنيفة فقال: لا تجب الفدية فيه إلا بلباس يوم كامل أو ليلة كاملة^(٦).

مسألة: ومن ضاعف اللباس من نوع واحد كمغفر فوق عمامة فوق قلنسوة، أو قباء فوق جبة فوق قميص، ونحو ذلك - ففي وقت واحد يلزمه فدية واحدة، وفي أوقات متفرقة^(٧) إن غطى الثاني غير ما غطى الأول وجب له فدية أخرى، وإن لم فلا شيء له إلا إذا حصل به تغطية للرأس وجب بها فدية^(٨).

(١) فلا تكرر ما لم يتخلل الإخراج أو نزع اللباس ونحوه كما في الأزهار.

(٢) لعله حيث غطى بالثاني فوق ما غطى بالأول. (شرح أثمار) (قرير).

(٣) جميعها، لا بعضها. (قرير).

(٤) وقيل: لا تكرر مع الاستمرار، وقد ذكره النجري، وهو ظاهر الأزهار.

(٥) يعني: قليل وقت اللباس وكثيره.

(٦) ودونه صدقة.

(٧) عبر بالأوقات عن المجالس. (صعيتري) (قرير).

(*) الاعتبار بالمجالس كما ذكره الفقيه حسن. (قرير). أنفأ في آخر الفرع الذي في المسألة الأولى.

(٨) وذلك لأن المنع الشرعي متعلق بتغطية الرأس. (بستان).

(*) إذا كان في مجلس غير الأول، وإلا فلا فرق بين الرأس وغيره.

(*) المختار على كلام الفقيه حسن إذا كان في مجلس غير الأول وجبت، وإلا فلا فرق بين الرأس وغيره؛ لأنها نوع من لبس المخيط. اهـ ولفظ شرح الأزهار: وعلى الجملة فتغطية الرأس ولبس المخيط جنس واحد.

(*) وحاصله: إن لم يغط الثاني إلا ما غطى الأول فلا شيء للثاني، وإن زاد في التغطية ففي

الوقت الواحد لا شيء ما لم يكفر، وفي الأوقات والمجالس تلزم الفدية للثاني. (زهور).

مسألة: وتكرر الفدية بتكرر اللباس المتفرق^(١)، خلاف أحد قولي الشافعي. قلنا: ولو كان لعذر. وقال الأمير الحسين وابن أبي الفوارس: إذا لبس لعذر ونوى مداومة^(٢) اللباس لم تكرر الفدية بتكرره ما دام العذر.

مسألة: وهكذا يعتبر الوقت^(٣) الواحد والأوقات المتفرقة في الخضاب، وفي الطيب، وفي تقليص الأظفار، وفي أكل لحم الصيد، وفي قص الشعر، وفي قطع الجلد ونحوه^(٤).

الثاني: لحم الصيد^(٥) إذا أكله المحرم^(٦) فتلزمه الفدية مطلقاً^(٧)، وقيمة ما أكل^(٨) إذا كان من صيد الحرم.

الثالث: الطيب على أنواعه كلها ولو قل، ولو لعذر، ولو مع الجهل أو النسيان على الخلاف المتقدم في اللباس. ومن جملة لباس الثوب المزعفر والمورس ولو غير مشبع^(٩). فأما لباس المعصفر فيحرم إذا كان مشبعاً؛ لأنه زينة، ولا فدية فيه، وقال الشافعي: إنه يحل، وقال أبو حنيفة: تجب فيه الفدية. وأما لباس المبخر فيحرم ويوجب الفدية^(١٠)، وقال أبو حنيفة والفقهاء حسن:

(١) إذا كان في مجالس وغطى الثاني غير ما غطى الأول.

(٢) في (د): مداومته.

(٣) المذهب المجلس.

(٤) قلع السن.

(٥) ولو كان مما لا يؤكل كالفهد ونحوه، وكذا لو كان أكله محرماً، كأن يكون الصيد ميتة. (قرئ).

(٦) وإن قل، وأقله ما يفطر الصائم. (قرئ).

(٧) ولو من صيد الحل.

(٨) لعله حيث كان غيره الذابح. (قرئ).

(٩) لأنه طيب. (زهور). ولعله إذا انفصل من رائحتها شيء إلى جسمه.

(*) ظاهره أن المزعفر والمورس من موجبات الفدية، ولعله يستقيم حيث انفصل من رائحتها شيء إلى جسمه.

(١٠) إذا انفصل. (قرئ).

إنه لا يوجبها.

الرابع: إزالة شعر نفسه أو شعر محرم غيره، فشعره كله جنس واحد^(١) يعتبر فيه الاجتماع^(٢) والافتراق^(٣) كما مر. وقال الإمام يحيى: إن شعر الرأس جنس، وشعر البدن جنس. وقال أبو جعفر: إن شعر العانة مباح. وأقل ما يوجب الفدية من الشعر هو ما بيان أثره بغير عناية، وفي دونه صدقة نصف صاع إذا كان لا يرى إلا بتأمل، وما كان لا يرى أثره ففيه صدقة ما تيسر^(٤)، ولو كان ذلك كله لعذر. وهكذا فيما أزال من جلده. وقال أبو حنيفة: تجب الفدية في قدر ربع شعر الرأس فما فوق. وقال الشافعي: في ثلاث شعرات فما فوق، رواه في البحر^(٥).

الخامس: تقليم أظفار اليدين والرجلين منه أو من محرم غيره^(٦)، وأقل ما يوجب الفدية منه قلم خمسة أظفار فما فوقها، وقال الشافعي: ثلاثة. لكن قال أبو حنيفة وابن أبي الفوارس: إذا كانت من عضو واحد في وقت واحد، وقال القاضي زيد: لا فرق. قال الفقيه علي^(٧): فما كملت فيه الخمسة من الأوقات

(١) فلو جز شعره وشعر محرم غيره في مجلس واحد، أو جز مع شعره شعر محرمين أو أكثر في مجلس واحد ينظر. (حديث). لفظ حاشية: فيما نقل عن المفتي أنها كالجنسين، وقد تردد الحياطي في ذلك. (من نسخة سيدنا أحمد بن سعيد الهبل رحمته الله).

(٢) في مجلس واحد.

(٣) في مجالس على الخلاف.

(٤) ولو تمر. (غاية).

(٥) حجنتا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ﴾ الآية [البقرة ١٩٦] فهن عن الحلق، والنهي يتناول قليله وكثيره، لكن المخالفة من الفعل إنها تظهر فيما يظهر أثره ليمكن إيجاب العقوبة بالفدية. واعتقاد المخالف هنا ما تقدم لهم في الوضوء من التقدير في مسح الرأس، وقد مر بإطاله. (بستان) (قرر).

(٦) لغير عذر. [لا فرق]. (قرر). اهـ ولفظ حاشية: فأما لو قلع الضرس المؤذي جاز ووجبت الفدية على المفعول به لا على الفاعل، إلا أن يفعله بغير اختياره لزم الفاعل.

(٧) قول الفقيه علي هو المذهب على جعل الأوقات مجالس.

(*) هذا مفرع على قول القاضي زيد. (بستان).

وجبت فيه الفدية ولم يضم إلى غيره مطلقاً^(١)، وما لم تكمل فيه الخمسة من الأوقات ضم إلى غيره^(٢) مما قبله أو بعده مما لم تكمل فيه الخمسة أيضاً حتى تجب الفدية، وما وجبت فيه الفدية لضم وقت إلى وقت لم يضم إليه ما في وقت آخر ولو^(٣) هو دون الخمسة، وما أخرجت عنه الصدقة سقط حكمه فلا يضم إلى ما وقع من بعده. وما لم تكمل فيه الخمسة ولا ضم إلى غيره ففيه الصدقة عن كل ظفر نصف صاع، مثاله: لو قص ثلاثة في وقت^(٤)، وثلاثة في وقت، وخمسة في وقت، وثلاثة في وقت - وجب دم في الخمسة، ودم في ثلاثة وثلاثة^(٥)، وبقيت ثلاثة بلا ضم يجب فيها الصدقة، ولا عبرة بالتقدم والتأخر.

مسألة: ويعتبر في تقليم الأظفار بالمعتاد، فما نقص منه وجب فيه بقدره من المعتاد، ففي قص نصف المعتاد من ظفر ربع صاع، وفي ربعه ثمن صاع. وإن قص نصف عشرة أو ربع عشرين وجب دم كما في الخضاب على قول الفقيه حسن^(٦). وما زاد في القص على المعتاد فإن بان أثر الزيادة بغير تأمل وجب فيها دم، وإن لم ففيها صدقة كما تقدم.

(١) سواء كان الغير قبله أو بعده.

(٢) ينظر هل الضم موقوف على اختياره فيضمه إلى ما شاء، أو إذا اجتمع موجب الدم وجب فلا ثمة للتخيير في ذلك؟ لعله لم يرد التخيير، بل المراد يضم إلى ما قبله إن كان قبله شيء، وإلا فإلى ما بعده، والله أعلم، أو إلى ما قبله وبعده حيث الضم إلى أحدهما فقط لا يوجب دمًا ولم يكن قد تصدق عن شيء منها. (قررو).

(*) وما أضيف منه بطل باقيه. (نجري بلفظه) (قررو).

(٣) الأولى حذف الواو.

(٤) مجلس.

(٥) قال في شرح النجري: وهذا إذا كان في مجالس، لا إذا كان الجميع في مجلس فدم واحد.

(نجري بلفظه). ظاهره ولا عبرة بالأوقات، وإنما العبرة بالمجالس.

(٦) وعلى ظاهر الشرح يجب صاعان ونصف، وهو الأصح للمذهب.

(*) الذي يأتي قريباً في الفرع.

السادس: الخضاب، وهو الحناء^(١)، فهو زينة توجب الفدية كتقليم الأظفار، ويعتبر فيه الوقت^(٢) الواحد والأوقات المتفرقة كما مر. وأقل ما يوجب منه الفدية خضب خمس أصابع فما فوقها من اليد أو الرجل، وفيها الخلاف كما في الأظفار هل يعتبر كونها من عضو واحد في وقت واحد أو لا يعتبر ذلك على التفصيل المتقدم. وفيما دون خمس أصابع في كل إصبع نصف صاع إذا خضبها كلها، وإن خضب بعضها فبقدره منه؛ ففي نصف الإصبع ربع صاع، وفي ربعها ثمن صاع.

فرع: فمن طرقت أصابعها^(٣) كلها فعليها صاعان ونصف على ظاهر ما في الشرح واللمع، وقال الفقيه حسن: بل دم؛ لأن فيها عشرين ربعاً تأتي بخمس أصابع^(٤). وهكذا في خضب نصف عشر أصابع، وهكذا في قص بعض المعتاد من الأظفار كلها. قال الإمام يحيى: وفي خضب الرأس فدية^(٥)، وفي خضب اللحية فدية^(٦). قيل: وإذا خضب في سائر بدنه قدر عشر أصابع^(٧) لزمه دم^(٨). وإنما اعتبر العشر رداً إلى الوسط من الأصابع^(٩).

(١) لا الكتم والشاذر. (قررو).

(٢) المجلس.

(٣) أي: أناملها، يعني من كل أصبع ربعها. (قررو).

(٤) لأن الأنملة العليا قدر ربع الأصبع بالمساحة. (صعيتري). لأن الأنملة هنا يعبر بها عن ربع الإصبع، وفي الديات يعبرون بها عن ثلث الإصبع بالنظر إلى عقودها، وفي الخضب بالنظر إلى المساحة. (قررو).

(*) والعبرة بالمساحة، فإذا كان يأتي قدر خمس أصابع بالمساحة لزم دم، وإلا فصدقات بحساب ذلك كما في الديات. (قررو).

(٥) بل لا شيء لأجل الخضب، وأما لأجل التغطية فتجب.

(٦) المذهب خلافه؛ لأن العلة الزينة، ولا زينة في خضاب اللحية، وإنما ذلك على قول القاضي منصور الخاوي، والمذهب خلافه.

(٧) يعني: ظاهرهما وباطنهما على قوله.

(٨) هذا ذكره القاضي منصور الخاوي. (بستان)

(*) ومثله في الفتح، والمختار لا شيء.

(٩) لأنهم قد قالوا: يجب في خضب عشرين دم، وفي خمس فقط دم، وفي البدن يرجع إلى الوسط؛ فلا يعمل بقدر الخمس ولا بعشرين. (ساع).

مسألة: ولا تجب الفدية في شيء من الحلية. قال السيد يحيى بن الحسين: ولا في الدهن. قال الفقيه حسن: ولا في لبس ثياب الزينة كالحرير ونحوه، وقال أبو جعفر: بل تجب فيها. قال الفقيه محمد بن سليمان: ولا في الكحل^(١)، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل تجب فيه.

مسألة: ولا شيء في التقبيل واللمس والضم والنظر والفكر إذا لم تحرك له شهوة^(٢)، ومع تحركها^(٣) تجب شاة، ومع الإمذاء بقرة، ومع الإماء بدنة. وقال زيد بن علي والناصر: شاة في الكل. وقال المنصور بالله: لا شيء فيما دون الإماء.

مسألة: ولا شيء في شم الرياحين^(٤)، خلاف الشافعي^(٥). وقال الناصر وأبو حنيفة: يجوز شمها.

مسألة: ويجب الجزاء في قتل المحرم الصيد عمداً^(٦)، لا خطأ^(٧) إلا عند الفقهاء. والمبتدي^(٨) فيه والعائد سواء، ولو ناسياً لإحرامه، خلاف الناصر والشافعي. والمملوك من الصيد وغير المملوك سواء، وقال الشافعي: لا جزاء في المملوك. والمأكول وغيره سواء، وقال الشافعي: لا جزاء في غير المأكول. قال في الكافي^(٩): من فعل بالصيد ما يقتله^(١٠) في العادة لزمه الجزاء ولو لم يعلم

(١) ما لم يكن فيه طيب. (قرر).

(٢) لعله يريد الساكن كما في الأزهار. (قرر).

(٣) المراد الساكن. (قرر).

(٤) مع الإثم. (قرر).

(٥) فقال: فيها فدية.

(٦) والعمد: الذي يقصد به قتل الصيد مع علمه أنه صيد، لا مع الخطأ. والخطأ: الذي لا يعلم أنه صيد، أو يعلم أنه صيد ولكنه لم يرد الإصابة، بل رمى غيره فأصابه، فلا شيء عليه. (مفتي). ومثله في هامش الهداية. وفي حاشية السحولي ما لفظه: فلو رمى صيداً ظناً أنه مما يباح له قتله فأنكشف مما لا يباح لزمه الجزاء، كمن قتل شخصاً ظن أنه يستحق عليه القود فأنكشف غيره. (حاشية سحولي لفظاً).

(٧) فلا إثم ولا جزاء. (قرر).

(٨) من قتله مرة واحدة.

(٩) قوي وإن كان غير موافق للأصول، لكنه اعتبر الظاهر، وهو مقدم على الأصول.

(١٠) وهل يلزم مثل ذلك في البهائم والأموال والأدميين؟ لا مانع. اهـ ينظر؛ فالأصل براءة

موته، ما لم يعلم حياته.

مسألة: وكذا إذا مات الصيد بسبب المحرم، نحو أن يمسكه حتى مات أو قتل، أو يموت أولاده بسبب أخذه لأهمهم، ونحو أن يحفر للصيد أو يمد له شبكة أو نحوها^(١) ولو في ملكه أو مباح، ولو وقع فيها الصيد بعد ما حل من إحرامه، أو فعل ذلك وهو حلال ثم وقع فيه الصيد وقد أحرم^(٢). وهذا كله حيث فعله للصيد^(٣)، لا إن حفر في ملكه أو في مباح لغير الصيد ثم وقع فيه الصيد فلا شيء عليه.

مسألة: وكذا إذا قتله الغير بسببه، كأن يعينه عليه، أو يغريه عليه، أو يدلّه عليه، أو يعطيه السلاح ليقته^(٤) به، بحيث لولا فعل المحرم هذا ما قتله القاتل، فيجب الجزاء على المحرم.

مسألة: قال في البحر: إن قتل المحرم للصيد يوجب فسقه^(٥)، لا قتل الحلال لصيد الحرم فلا يقطع بكبره.

مسألة: والصيد على ثلاثة أضرب:

الذمة. (قررو). يقال: فما الفرق؟

(١) حجراً أو ناراً.

(٢) قال في تذكرة علي بن زيد: إذا كان أثر فعله كمنصب الشبكة، لا حيث باع قوساً من حلال وقصد البائع رمي الصيد حلالاً فرماه المشتري بعد إحرام البائع فلا شيء عليه؛ إذ ليس أثر فعله.

(٣) أما مع التعدي فسواء قصد أم لا^[١]، ومع غير التعدي لا بد من القصد، ذكره في الكافي، والله أعلم.

(٤) وقصد بدفع السلاح قتله. (قررو).

(٥) مع العمد. وعن الجري: يأثم ولم تعرف معصيته كبيرة أو صغيرة.

(*) قوي في العائد؛ لظاهر الآية.

[١] لعله في لزوم القيمة إذا كان من صيد الحرم، لا في الجزاء لخروجه عن القصد.

الأول: ما ثبت بخبر عدل أنه قد حكم فيه السلف بأن له مثلاً من الأنعام، فيجب فيه ذلك المثل^(١).

الثاني: ما عرف أن له مثلاً منها لكن لم يحكم فيه حاكم، فيجب مثله بقول بصيرين عدلين ولو كان أحدهما القاتل للصيد^(٢)، خلاف مالك وأحد قولي الشافعي، وهو أولى^(٣)؛ لأنه ذكر في البحر أن قتله للصيد يوجب فسقه^(٤). فما عرفاه مثلاً له وجب فيه ذلك المثل.

فرع: وتعتبر المائلة في الحلقة ولو في صفة واحدة أو هيئة واحدة، كالمشي أو الصوت أو الشرب، فمثل النعامة والفيل^(٥) بدنة. ومثل حمار الوحش وبقرته بقرة. ومثل الطيبي شاة، وقيل: تيس. ومثل الوعل شاة، وقال الشافعي: بقرة. ومثل الضبع والثعلب^(٦) والحمامة والقمري^(٧) والرخمة والحجلة والدبسي وهو الجولبة - شاة. قال ابن معرف: وكذا الأسد والنمر والفهد والذئب مثلها شاة. والمراد به حيث قتلها غير مدافع على قول المؤيد بالله وأبي طالب^(٨). ومثل اليربوع والضب^(٩) والأرنب عناق^(١٠).

(١) وفي العجالة: إذا نقل عدل أنه حكم به عدلان من الصحابة أو التابعين أو غيرهم فإنه يتعين الرجوع إليه في كل عصر.

(*) فإن كان له مثلاً فقيل: يخير كالجاني، وقيل: يؤخذ بالأغلظ. (مفتي).

(٢) قلت: ولعل ذلك حيث كان قتله للصيد خطأ، أو عمداً وتاب. (شرح بهران).

(٣) لا وجه للترجيح؛ لأن المفروض العدالة، ولا تكون إلا بعد التوبة، ولا يحتاج إلى اختبار سنة. (قررو).

(٤) ولو تاب فهو يحتاج إلى اختبار سنة.

(٥) والرخ. (قررو).

(٦) لا شيء في الضبع والثعلب. (قررو).

(٧) القمري: حمامة ذات طوق، وهي أحسن الطيور تغريداً، وهي السعدانة. (نظام غريب).

(٨) وعلى قول أبي العباس لا شيء فيها مطلقاً.

(٩) اليربوع: جنس الفأر يحل الفيش. والضب: دويبة تسكن القفار ولا تشرب الماء. (بستان).

(١٠) العناق: الأنتى من ولد المعز إذا اشتدت ما لم يتم لها سنة. (بستان).

قال في البحر: ويعتبر في الجزاء الذكر بالذكر والأثنى بالأثنى، والصحيح بالصحيح، والمعيب بالمعيب إذا استويا في العيب، لا إن اختلفا^(١). ويجزئ الصحيح عن المعيب، لا العكس. وفي الحامل مثلها حامل^(٢). وما وجب فيه بدنة أو بقرة أو شاة ففي ولده ولد مثله على صفته.

الثالث: ما لم يعرف له مثل^(٣)، فتجب فيه قيمته^(٤)، ويرجع في معرفتها إلى عدلين بصيرين كما في تقويم المقومات المتلفات. ويعتبر فيما لا يؤكل بقيمته لو كان يؤكل، ذكره أبو طالب. والأقرب أنه يعتبر في قيمة الصيد^(٥) بالأكثر من قيمته في موضع أخذه أو موته^(٦).

مسألة: إذا صال الصيد على المحرم فقتله دفاعاً عن نفسه أو عن غيره^(٧) فلا جزاء عليه^(٨)، خلاف أبي حنيفة.

مسألة: وإذا أحب المحرم العدول عن الجزاء إلى الإطعام أو الصيام فعدل البدنة طعم مائة - وهو خمسون صاعاً^(٩) - أو صوم مائة يوم. وعدل البقرة طعم

(١) إلا في عور العين اليمنى والشمال فلا تفاوت بينهما.

(٢) والظاهر أنه لا فائدة عند أصحابنا في إيجاب حامل، وإنما ذلك عند من قال: عدل المثل قيمته، وهو أبو حنيفة وأبو يوسف؛ ولهذا قالوا: لا يذبح، بل يقوم الصيد وهو بالخيار: إن شاء اشترى بها هدايا، وإن شاء أطعمها المساكين لكل مسكين نصف صاع، وإن شاء صام عن كل نصف صاع يوماً، وإن كان دون نصف صاع أخرجه أو صام يوماً. (حماطي، وكواكب معني).

(٣) كالنسر والوبر. وقيل: إن في الوبر شاة. اهـ وكذا النسر. اهـ وقيل: بدنة. والقرد لا مثل له. والمختار لا شيء فيه؛ لضرره.

(٤) يعني: من الطعام، ولا تدخل الدراهم هنا. (منهاج نواوي وشرحه معني).

(٥) أو الشجر.

(٦) حيث مات بالسراية، لا إن مات بالمباشرة فقيمته في موضع الجناية ولو مات في غيرها. (قرئ).

(*) حيث اختلفا. (بهران).

(٧) أو عن ماله أو مال غيره. (قرئ).

(٨) إذا لم يندفع إلا بقتله.

(*) لأنه لا حرمة له حيثئذ كالآدمي الصائل. (بستان).

(٩) من أي قوت. (شرح فتح).

سبعين أو صوم سبعين. وعدل الشاة طعم عشرة أو صوم عشرة. ولا يجب التتابع^(١) في الصيام. قال الفقيهان محمد بن سليمان وحسن: ويجوز هنا في الإطعام أن يدفع إلى دون العدد المذكور؛ لأن المقصود قدر الطعام، وقال الفقيه علي: إنه على الخلاف الذي في الكفارات.

فَرَع: وفي ولد الصيد ولد مثله من الجزء، فإن أحب العدول عنه إلى الإطعام أو الصيام قدرت قيمة ولد الجزء من قيمة أمه هل هي مثل نصفها أو ربعها أو نحو ذلك وأطعم بقدره أو صام عن كل نصف صاع منه يوماً، وإذا بقي منه دون نصف صاع فلا صوم عنه^(٢).

مَسْأَلَةٌ: وفي صغار الطيور كالجراد والدبا والقطا والعصافير والصعوة والقنبرة والعظاية^(٣) قيمتها^(٤). وفي بيضة النعامة صوم يوم أو طعم مسكين، فإن كانت فاسدة فلا شيء فيها^(٥)، وقيل: تجب قيمتها. وفي بيض الصيد قيمتها.

مَسْأَلَةٌ: ويجب مع الجزء قيمة الصيد إذا كان من الحرم^(٦)، لكن ظاهر اللمع أنها تجب قيمة صيد الحرم مطلقاً^(٧)، وظاهر الشرح وشمس الشريعة وابن أبي الفوارس^(٨) أنها لا تجب إلا فيما كان تحريمه لأجل الحرم، بحيث لو كان في الحل

(١) وفي الغيث: يجب التتابع، وهو المذهب، ذكره في فصل إفساد الإحرام.

(٢) وفي الكواكب: وإن كان الباقي دون نصف صاع أخرجه أو صام يوماً.

(٣) الصعوة بالصاد والعين المهملتين: عصفور أصفر. والقنبرة بالنون بعد القاف ثم الباء، وبغير نون بل بالباء المشددة. والعظاية: دويبة أكبر من الأوزاغ، قيل: هي ذكر الوحران، وقيل: الغزال التي تشبه الجراد. (بستان).

(*) القنبرة بضم القاف وسكون النون وفتح الباء: طائر أغبر كالعصفور.

(٤) فإن لم يكن لها قيمة أخرج على حسب ما يراه، أقله كف من الطعام. (كواكب) (قررو).

(٥) ما لم يكن لها قيمة. (قررو).

(٦) ما لم يكن في نهر في الحرم لم يلزم إلا القيمة. (قررو). مع الخطأ، لا العمد فيلزم الجزء والقيمة. (قررو).

(٧) سواء كان يؤكل أم لا. اهـ يجوز قتله أم لا. وفي حاشية ما لفظه: إذا كان مأمون الضرر وغير مستثنى. (قررو).

(٨) ظاهر كلام ابن أبي الفوارس إذا قتل الهر فلا شيء فيه. (كواكب).

لجاز للحلال ذبحه أو قتله، وذلك هو ما كان يؤكل من الصيد، وما كان عادته يعدو وقتله غير مدافع^(١). وقال أبو حنيفة والشافعي: تدخل القيمة في الجزاء مطلقاً^(٢).

مسألة: وتجب الفدية على المحرم فيما أكل من لحم الصيد سواء ذبحه هو أو غيره محرم أو حلال. وقال الناصر والمؤيد بالله والشافعي: لا فدية ولا قيمة فيما أكله من ذبيحة محرم؛ لأنها ميتة.

مسألة: وما قتله المحرم من الصيد في الحرم وليس له مثل وجب فيه قيمتان: قيمة جزاء، وقيمة لأجل الحرم، إن شاء أطمعها وإن شاء اشترى بهما هدياً. ولا صوم في القيمة^(٣).

فرع: وإذا ذبح المحرم صيداً في الحرم وأكل منه لزمه الجزاء والقيمة والفدية^(٤)، قال الأمير علي: وقيمة ما أكل أيضاً^(٥)، وقال الأمير الحسين: لا تجب قيمة ما أكل مع قيمة الكل^(٦).

فرع: فلو كان هذا المحرم قارناً لزمه جزاءان وفديتان وقيمة؛ لأنه محرم بإحرامين -بحج وبعمره- فيتكرر ما يجب لأجل الإحرام، خلاف مالك والشافعي. قال الفقيه يحيى البحيح: والتكرر إلى أن يفرغ من العمرة فقط^(٧)،

(١) على أصل السيدين. وعند أبي العباس لا شيء.

(٢) هنا في (د): **مسألة:** ويعتبر بقيمة الصيد في موضعه كما يعتبر في أموال بني آدم إذا تلفت. وقال أبو حنيفة والشافعي: تدخل القيمة في الجزاء مطلقاً.

(٣) لعله يعني في القيمة التي لزمتم لأجل الحرم، لا في القيمة التي هي عن الجزاء فيصوم عنها، فقد ادعى أبو جعفر الإجماع على ثبوت التخيير بينها وبين الصوم.

(٤) أما الجزاء والفدية فالأجل الإحرام؛ لأن المحرم ممنوع من الصيد، فإذا أكل منه لزمته الفدية، وهذا قد أكل فلزمته الفدية، وأما القيمة فللحرم. (بستان).

(٥) ولا يسقطها لزوم القيمة الكبرى. (بستان).

(٦) قال الأمير الحسين: ولم أقف على مثل ما ذكره لأحد من الأئمة نصاً ولا تخريجاً. (بستان بلفظه).

(٧) بعد سعيها.

وقال الإمام علي بن محمد: إلى أن يحل من إحرامه^(١).

مسألة: وإذا اشترك مفرد وقارن وحلال في قتل صيد ففي الحل لا شيء على الحلال، وعلى المفرد جزاء، وعلى القارن جزاءان. وفي الحرم على الحلال قيمة، وعلى المفرد جزاء وقيمة، وعلى القارن جزاءان وقيمة. وقال الناصر والمؤيد بالله: لا تكرر القيمة^(٢)، بل قيمة واحدة عليهم كما في حقوق بني آدم^(٣).

مسألة: من قتل صيداً بدلالة غيره له: فإن كانا محرمين معاً فعلى كل واحد منهما جزاء وقيمة أيضاً^(٤) إذا كان في الحرم. وإن كانا حلالين ففي الحل لا شيء، والصيد للقاتل، وفي الحرم على القاتل قيمة، وأما الدال فقال في الشرح: لا شيء عليه، وقال الأزرقى: عليه قيمة. وإن كان القاتل محرماً والدال حلالاً ففي الحل لا شيء على الدال، وعلى القاتل جزاء، وفي الحرم على القاتل جزاء وقيمة، وفي الدال الخلاف الأول^(٥). وإن كان القاتل حلالاً والدال محرماً ففي الحل لا شيء على القاتل، وعلى الدال جزاء، ولا يحل أكل الصيد، ذكره في اللمع^(٦)، وفي الحرم على الدال جزاء وقيمة، وعلى القاتل قيمة. وقال الشافعي: لا شيء على الدال مطلقاً.

(١) بالحج.

(٢) واختاره في البحر. قلنا: حقوق الله تتكرر.

(٣) وعند الهادي عليه السلام على كل واحد قيمة كالكفارة في قتل الخطأ. (بستان).

(*) ولفظ البحر: مسألة: قال الإمام يحيى والأستاذ: وعلى الجماعة قيمة واحدة كلوا مزقوا ثوباً، بخلاف المحرمين؛ إذ الجزاء كالكفارة. قلت: وظاهر قول الهادي عليه السلام أن القيمة تتكرر، والأول أولى. (بحر).

(٤) ويأتي الخلاف المتقدم هل تكرر القيمة أم قيمة واحدة. (بستان).

(٥) تجب عليه. (قرر).

(٦) قال فيه: لأن الدلالة سبب يؤثر في تحريم أكله. (بستان بلفظه). والقياس الحل، وهو ظاهر كلام أهل المذهب في باب الصيد كما سيأتي، وسيأتي قريباً^[١] ما يقتضي حله للحلال ولو كان صيد محرماً. ومثل معناه عن الشامي.

[١] في قوله: مسألة: إذا صاد المحرم.. إلخ.

مسألة: وإذا ءرح المتمع صىءاً فى ءال إءرامه بالعمرة؁ ثم ءرحه ثانىاً فى ءال إءرامه بالءء؁ ثم مات الصىء منها معا- لزمه ءزاءان؁ وإن مات من أءدهما لزمه ءزاء وصدقة لأءل الءراة الأءرى^(١).

مسألة: إذا فزع الصىء^(٢) بدلالة مءرم عله أو بإءارته إله أو بأءذه له ثم أرسله- فعله صدقة على قدر فزع الصىء؁ أكثرها نصف صاع^(٣) وأقلها صفء من طعام^(٤).

مسألة: إذا تلف الصىء أو أءف بسبب ءنفىر المءرم له لزمه الءزاء. وكذا إذا تلف بىضه^(٥) بسبب ءنفىره ضمنها. وكذا إذا رمى الصىء فاضءرب ءءى أهلك بىضه أو أولاده فإنه ىضمن البىض؁ وىلزمه الءزاء للصىء ولأولاده^(٦).

مسألة: إذا أءضمن المءرم بىض الءءل^(٧) ءء الءءاة فإن فسءء ضمن قىمةها^(٨)؁ وإن ءفرءت لزمه ءفظها ءءى ءصلء للإرسال ثم ىرسلها؁ وىءصدق لأءل فزع الصىء بأءذ بىضه. وإن مات الفراء أو شىء منها لزمه الءزاء^(٩).

مسألة: إذا أزال المءرم رىش الصىء لزمه القىام به ءءى ىرءع رىشه ثم

(١) ولعله إذا ءانت القاةة بالسراىة؁ أو بالمباشرة وءأءرت. (قرء).

(٢) مع القصد. (قرء).

(٣) من أى قوت ءما هو الظاهر.

(٤) وفى البءر: أقله ءمة. (قرء).

(٥) أو بىض ءىره.

(٦) أو أولاد ءىره.

(*) وإن سلءء ءفظها ءءى ءصلء. (قرء).

(٧) وهو الءرع بضم الءىم. وقىل: العقب.

(٨) وذلك لأن سبب فساءها أءذه لها. وقوله: «لأءل فزع الصىء بأءذ بىضه» ىعنى: لا لأءل

الفراء؁ إلا أن ءموت لزمه الءزاء؛ لأنه مءءء بىمساءها. (بستان).

(٩) بعء انفصالها عن البىض. وقىل: بعء العلم بأن قد هى أفراء ولو لم ءفصل.

(*) لأن ىده ىء ءصء.

يرسله، ويتصدق لإفزاعه^(١).

مسألة: إذا أخذ المحرم صيداً وحمله إلى بلده لزمه رده ورد ما حدث معه من بيض وأولاد إلى موضعه الذي أخذه منه، سواء كان في الحرم أو في الحل^(٢)، إلا الطير فلهواء حرز له فيرسله، إلا حيث معه بيض فيحمله هو وبيضه^(٣)، وإذا مات شيء من أولاده لزمه الجزاء ولو كان بعد إحلاله، وإن حلب الصيد ضمن قيمة الحليب^(٤).

مسألة: إذا دخل صيد الحل إلى الحرم ثم قتله حلال فمات أولاده في الحل بسبب قتله فمفهوم البحر أنه يضمنهم^(٥)؛ لأنه متعدٍ بقتل أهمهم، وفيه نظر^(٦)؛ لأن أولاده مباحة، والمباح لا يضمن، وإنما يستقيم ذلك إذا كانت الأولاد مملوكة، فيجب ضمانهم لمالكهم^(٧).

(١) صدقتين: صدقة لإفزاعه، وصدقة لتنف الريش. (هاجري).

(٢) أما إذا لم يكن من صيد الحرم فالقياس إرساله في الموضع الذي يؤمن عليه، وقرره الشامي.

(٣) إلى المحل الذي أخذه منه. (قرر).

(٤) والحليب يحرم عليه وعلى الحلال كما في حياة الحيوان، ويكون نجساً، وقواه حثيث؛ لأنه من فوائده كالصوف على كلام البيان الذي مر، وقد تقدم الكلام عليه. والمختار أنه لا شيء فيه ولا ينجس. ويجوز استعماله كما تقدم. (بحر). بعد انفصاله. (قرر).

(٥) هكذا أطلقه في البحر، ولكن قد ذكر المهدي عليه السلام عقبيه أن هذا إذا كان محرماً وإلا سقط الذي في الحل. قال الوالد: وفيما أطلقه في البحر نظر؛ لأن أولاده مباحة في حق الحلال لا في حق المحرم. نعم، فعلى هذا يستوي كلام المهدي وكلام الوالد؛ لاتفاقهما أن أولاده مباحة في حق الحلال. (بستان).

(٦) في إطلاق التنظير نظر؛ لأن الذي في البحر ما لفظه: ومن حبس صيداً في الحل فمات فرخه في الحرم ضمن الفرخ كما لو رماه، وفي العكس يضمنهما جميعاً؛ إذ تلف الذي في الحل بسبب فعله في الحرم. قلت: إن كان محرماً، وإلا سقط الذي في الحل. (بحر بلفظه).

(٧) والأقرب أنه لا يضمنهم؛ لأن صيد الحل لا ضمان فيه ما دام مباحاً، كما لو قتل رجلاً فكان سباً في موت صيد الحل فإنه لا يضمنه ولو متعدياً في سببه.

(*) إذا كان المالك حلالاً، وإلا فلا ضمان. (قرر).

(*) لتعديده في السبب.

مسألة: وإذا باض الصيد على فراش محرم فأزالها عنه ثم نفر الصيد عن بيضه لأجل إزالة المحرم للبيض ففسدت ضمن قيمتها^(١).

مسألة: وإذا غمر الجراد الطريق ولم يمكن المحرم أن يسير إلا عليه فإنه يضمن قيمة ما قتل منه^(٢)، خلاف أحد قولي الشافعي.

مسألة: إذا خرج صيد الحرم إلى الحل فأخذه حلال وكان سبباً في موت أولاده أو فساد بيضه في الحرم فلا شيء عليه^(٣)؛ لأنه غير متعدي^(٤)، وإن أخذه محرم لزمه الجزاء للأولاد^(٥) وقيمة البيض.

مسألة: من قلع شجراً من الحرم فعليه رده^(٦) وغرسه وسقيه وتعهده حتى يصلح، وإذا يبس ضمن قيمته^(٧) كالمغصوب، فإن لم يكن له قيمة تصدق بما تيسر.

(١) يحقق كلام البيان؛ فقد قالوا: إذا قتل الصيد مدافعة فلا شيء عليه، فيقال هنا: إذا لم يمكنه إزالته من فوق فراشه إلا على هذه الصفة فلا شيء عليه، وإن أمكنه بدونه ضمن، والله أعلم. (شامي) (قرئ).

(*) وذلك لأنها فسدت بسببه. (بستان). قال الحماطي: والوجه أنه صار أمانة، فيضمن حيث تضمن الأمانة، وكلام الحماطي هو الحق الموافق للقواعد. (شامي).

(٢) حججنا أنه أتلفه لمنفعة نفسه فيضمنه كما لو اضطر إلى أكله في المخصصة. وحجة أحد قولي الشافعي أنه مضطر إلى قتله كما لو صال عليه. (بستان).

(*) لو قيل على المذهب: إنها ضارة؛ لأنها تأكل الثمار والزرائع، فيكون حكمها حكم ما يعدو في العادة على الخلاف، وقد اختير جواز قتله وإن لم يعد، فكذا هنا - لم يكن بعيداً.

(*) كأكل مال الغير عند الضرورة.

(*) ويعمل بظنه، ولا إثم عليه. (قرئ).

(٣) هذا للولد بالتبني، فرق بين الحلال والمحرم، والذي في الانتصار أن الحلال أيضاً يضمن الولد كما لو رماه من الحل إلى الحرم. (بستان). وهكذا في الزهور. هذا صحيح حيث علم أن له أولاداً وقصد إلى قتلهم أو غلب في ظنه أنها تهلك بذلك. وقواه المفتي. وقيل: يضمن مطلقاً.

(٤) ناظر بين هذه المسألة وبين المسألتين التي قبلها. (من بيان حثيث).

(٥) وقيمة الأولاد لأجل الحرم. (برهان) (قرئ). ويلزمه أيضاً الجزاء في الأم. (قرئ).

(٦) إلى الحرم. (شرح أزهار).

(٧) وهل يملكه بدفع القيمة أم لا؟ قال في الزهور: يبقى على أصل الإباحة. وقيل: يملكه بدفع القيمة.

مسألة: وإذا صاد المحرم صيداً من الحل ثم أخذه عليه حلال فإنه يملكه^(١)، وعلى المحرم صدقة لإفزاعه له، ومتى تلف الصيد مع الحلال أو أتلفه هو أو غيره لزم المحرم الجزاء^(٢) ولو قد حل من إحرامه أو قد مات، فيكون في تركته.

مسألة: وإذا شرى المحرم صيداً من حلال فشاؤه باطل، وعليه رده لبائعه^(٣)، ويتصدق لإفزاعه للصيد إن قبضه، وإن تلف قبل رده للبائع لزمه الجزاء وقيمته للبائع.

مسألة: وإذا تخلص المحرم صيداً من فم هرة أو سبع ثم تلف معه فلا شيء عليه؛ لأنه محسن^(٤)، إلا أن يكون قد تمكن من إرساله على وجه يسلم ولم يفعل ثم مات لزمه الجزاء^(٥).

مسألة: ومن رمى صيداً إلى الحل فأصابه فيه ثم طار أو سار إلى الحرم حرم أخذه^(٦)، وإن مات فيه حرم أكله^(٧)، ولا شيء على الرامي. وإن رماه إلى الحرم فأصابه ثم طار أو سار إلى الحل لم يحل أخذه، وإن مات ضمنه^(٨)؛ لأنه صيد حرم

(١) وفي هذا نظر. (حديث). وجه النظر أنه لا يملكه؛ لأنه حينئذ محرم كما مر في المسألة الثانية عشرة قبل هذه المسألة للمع.

(٢) وذلك لأنه الذي صاده، فهو السبب في تلفه. (بستان بلفظه).

(٣) هلاً وجب استفداؤه ويرسله فينظر. بل هو كذلك حيث قد قبضه، لا قبل القبض فلا شيء. (إملاء شامي). قد مر نقل [١] على البيان مثل هذا، والمختار البيان هنا وهناك؛ لأنه باق على ملك مالكه.

(*) ينظر إذا تلف مع البائع بعد رده، قيل: يلزمه الجزاء فقط. لعله حيث قصد برده قتله وإلا فلا. ومفهوم البيان بقوله: وإن تلف قبل رده للبائع.. إلخ أنه لا يلزمه الجزاء.

(٤) ينظر في وجه الإحسان، يعني: هل يجوز أخذه من فم الهرة أو السبع؛ لأنها غير مكلفين؟ قلت: لا تكليف عليهم فلا يجوز. (مفتي).

(٥) والقيمة إذا هو صيد حرم؛ لأن صيد الحرم لا فرق فيه بين العمد والخطأ والمباشرة والتسيب.

(٦) إن كان لا يموت منها بالمباشرة.

(٧) ولو ذكي. (قرور). إن مات بالسراية، لا بالمباشرة فيحل. (عامر).

(٨) يعني: قيمته.

[١] في قوله: ومنها اصطياؤه بعد قوله: فصل نهي المحرم.

حال رميه له، كما إذا رمى مسلم صيداً ثم كفر قبل إصابته الصيد فإنه لا يحرم أكله، وإن رماه وهو كافر ثم أسلم قبل الإصابة لم يحل أكله، ذكره في الشرح. وكذا في إرسال الكلب على الصيد يعتبر في المرسل بحال الإرسال ولو تغير حاله من بعد.

مسألة: من أرسل كلبه^(١) على صيد في الحل فطرده إلى الحرم ثم قتله، أو أرسله عليه في الحرم فطرده إلى الحل وقتله فيه - فإنه يضمن المرسل؛ لأن فعل كلبه كفعله. وكذا يأتي - والله أعلم - إذا رمى صيداً في الحل ثم أصابه في الحرم بعد ما دخل فإنه يضمنه^(٢). وكذا في العكس إذا كان خروج الصيد بسبب من الصائد أو من غيره^(٣)، لا إن خرج بنفسه.

مسألة: من رمى صيداً بعضه في الحرم وبعضه في الحل فقتله ضمنه^(٤). ومن رمى صيداً من الحرم إلى الحل أو من الحل إلى الحل ومضى السهم فوق الحرم ففي ضمانه وجهان، الأصح عدمه^(٥).

مسألة: من رمى صيداً على غصن في الحل وأصله في الحرم لم يضمنه^(٦)،

(١) وينظر لو لم يرسل الكلب الصائد هل يلزمه؟ ظاهر ما في البحر لا شيء عليه. ولفظ التذكرة: من خلّى كلبه، وظاهره أنه يجب حفظه. ومثله عن الشامي، قال: والقياس أنه يلزمه الضمان حيث يجب التحفظ [إذا كان عقوراً]. وبيض له في حاشية السحولي.

(٢) ولا إثم.

(٣) ممن تضمن جنائته.

(*) متعدياً.

(٤) تغليباً لجانب الحظر على جانب الإباحة، وقد حكى هذا عن الوافي وأبي مضر، واعترض بأنه قد اجتمع موجب ومسقط، والحكم للمسقط في حق الله. (بستان بلفظه).

(٥) هذا الذي اختاره الإمام المهدي عليه السلام للمذهب؛ لأنه لم يقتل صيد حرم. والذي في الانتصار حيث رمى من الحل إلى الحرم يضمنه اعتباراً بالفعل في الحرم، فهو كما لو قتله في الحرم، وفي الصورة الثانية قولان للشافعي: أحدهما: لا يضمن؛ لأن الرمي والصيد في الحل، ومرور السهم لا يضر. والثاني: يضمن؛ لأن مرور السهم في الحرم، فأشبهه ما لو كان الرمي في الحرم. واختاره الإمام يحيى. (بستان).

(٦) قال عليه السلام: لأن الرامي والمرمي ومرور السهم كلها في الحل. وفي العكس يضمنه؛ لأنه في هواء الحرم. (بستان).

وفي العكس يضمه. وإذا دخل الصيد المملوك الحرم زال الملك عنه^(١).
مسألة: وما قلع من شجر الحرم ثم غرس في الحل فحرمته باقية^(٢)، ويلزم قالعه رده، وإن لم يرده حتى أتلفه متلف ضمناه معاً^(٣). ومن قلع شجراً من الحل وغرسه في الحرم حرم أخذه، خلاف الشافعي. وعند زيد بن علي والناصر أن شجر الحرم لا يجب ضمناه ولو حرم أخذه.

مسألة: وحكم المدينة حكم مكة^(٤) في تحريم صيدها وشجرها ووجوب ضمائمها، ذكره في شرح الإبانة والفقهاء يحیی البحيح، وقال زيد بن علي والناصر وأبو حنيفة: لا ضمان لما فيها وإن حرم أخذه.

مسألة: وإذا أحرم العبد بغير إذن سيده فما لزمه ففي ذمته^(٥)، وإن كان بإذن

(١) واختير قول الشافعي المتقدم في فصل نهي المحرم، في المسألة الثانية منه.
 (*) وهكذا في البحر للإمام يحيى عليه السلام للمذهب، وفي الهداية: لا يزول، وهو المختار.
 (٢) إن لم يفسد؛ لأنه في الأصل من الحرم، ونباته في الحل لا يبطل حرمة. (قرئ). وصورة الذي لا يفسد أن يأخذ الغرسة كالريحان والورد فتبقى على حالها، فسقاها أو المطر وكبرت. وصورة الذي يفسد أن يأخذ العود فينبت في عرضه، هذا هو المراد بالفساد، كعود الأثل ونحوه، ذكره في البحر. (قرئ).

(*) إلا ما أخرجه السيل فلا حرمة له، كالصيد إذا خرج بنفسه. (معيار) (قرئ). بخلاف ما لو أخرجه الغير؛ لتعديده. (قرئ).

(٣) ينظر هل تتعدد القيمة في الشجر كالصيد؟ قال المفتي: تتعدد. وقرره الشامي. وقيل: لا تتعدد كملك الغير، والله أعلم. ولفظ البحر: مسألة: الإمام يحيى: وعلى الجماعة قيمة واحدة كلوا مزقوا ثوباً، بخلاف المحرمين؛ إذ الجزاء كالكفارة. قلت: وظاهر قول الهادي عليه السلام أن القيمة تتكرر. والأول أولى. (بحر بلفظه).

(*) قال الفقيه علي: فلو كان الشجر مملوكاً لزمه قيمتان: قيمة للمالك، وقيمة للحرم؛ لأنه بعد إدخاله الحرم يحرم، وقرره عامر، وقال في حاشية السحولي: والأولى أن لا يلزم للمالك إلا نقص القيمة إلا حيث أتلفه. (قرئ).

(*) كررت هذه المسألة لأجل هذه الفائدة.

(٤) وحد حرم المدينة يريد من كل جانب. (قرئ).

(٥) هذا فيما يتعلق بالإحرام في المحظورات، وأما ما يتعلق بالحرم من الصيد والشجر فجناية تعلق برقبته^[١]. (شرح فتح).

[١] فيسلمه أو فده بالغاً ما بلغ. (قرئ).

سيده^(١) فكذا فيما فعل عمداً لغير عذر، فلو أخرج عنه سيده لم يجزئه^(٢)،
 خلاف الشافعي، وما فعله ناسياً^(٣) أو لعذر فالواجب فيه على سيده^(٤)، كما إذا
 أذن له بالنكاح أو بالتجارة، فيهدي سيده عنه أو يطعم عنه أو يأمره بالصوم،
 وإن صام عنه فقال الفقيه يحيى البحيح: يجزئه^(٥)، وقال السيد يحيى بن الحسين:
 لا يجزئه^(٦). وإن فسد عليه إحرامه لزمه قضاؤه، ولا يمنعه سيده^(٧). وإذا أحرم
 العبد قراناً أو تمتعاً بإذن سيده فالهدي على السيد.

مسألة: وإحرام الصبي غير صحيح ولو أذن له وليه. ويستحب لوليه^(٨) أن
 يحميه مما يوجب الجزاء والفدية وإن كانا لا يجبان عليه، وأما القيمة التي تجب
 للحرم فهي تلزمه كغيره.

مسألة: ودماء الحج على ضربين:

- (١) أو أذن له بعد إحرامه. (قرئ).
- (٢) لأن التبرع بحقوق الله لا يصح. (قرئ).
- (٣) والجهل كالنسيان. وظاهر الأزهار خلافه. (قرئ).
- (٤) بالغاً ما بلغ. وقيل: إلى قدر قيمته فقط.
- (*) في (د): وما فعله ناسياً أو لعذر فعلى سيده.
- (٥) وذلك لأن بأذنه له بالإحرام قد التزم ما لزمه. (بستان بلفظه).
- (٦) لأن النيابة في الصوم لا تصح. (بستان).
- (٧) وذلك لأنه لما أذن له بالأداء فقد أذن له بجميع ما يتبعه من الغرامات^[١]، والقضاء من جملة
 الغرامات. (بستان). ومثل هذا أطلقه في البحر، ونسبه في شرحه إلى الإمام يحيى، ومثله في
 شرح الذويد. قال سيدنا: ينظر؛ فإن القياس مع التعمد المنع.
 (*) والذي نقل عن المفتي أنه إذا تعمد الإفساد فله المنع، فيحقق.
- (٨) فإن قيل: لم لا يجب؛ لأنه من باب التعويد والتمرين؟ فالجواب أنه هنا في العمر مرة.

[١] ويقال: إذا كان الإذن التزاماً فبالأولى إذا التزم به لفظاً، وبشوت ذلك يلزم في سائر الحقوق، كالتزام
 بفطرة شخص أو زكاته التي في الذمة أو الكفارة، وبالتزام تبرأ ذمة الملتزم عنه كما لو اشترط الكفيل براءة
 الأصل، وكذا لو التزم عن ميت لا تركة له، وحينئذٍ فلا فرق بين دين الله ودين الآدمي؛ للتساوي في هذه
 الأحكام، ويلزم أن الدفع التزام أيضاً لذلك الحق إلى مصرفه عن صاحبه؛ إذ هو أولى من الإذن وأحرى
 فيحقق، والله المستعان. (محبرسي).

الأول: لا بدل له على الخلاف، وهي دماء المناسك^(١)، ذكره المنصور بالله والأمير الحسين، وقال ابن معرف وابن أبي النجم: إن لها بدلاً، وهو صوم عشرة أيام. وكذا دم الإماء والإمضاء ونحوه^(٢)، ذكره المنصور بالله أيضاً، وقال السيد يحيى بن الحسين^(٣) والفقهاء يحيى البحيح وابن أبي النجم: إن لها بدلاً مرتباً: الصيام ثم الإطعام. وكذا هدي القران، وقال أبو طالب: إن له بدلاً: صوم مائة يوم. وكذا دم من طاف جنباً أو حائضاً أو محدثاً، أو وطئ بعد الرمي، ذكره المنصور بالله، وقال النجراني والفقهاء محمد بن يحيى: إن لذلك بدلاً مرتباً: الصيام ثم الإطعام.

الثاني: له بدل، فمنه ما هو مرتب بين شيئين، كهدي التمتع والإحصار، فإذا تعذر عليه الهدي هناك أو تعذر الإنفاذ به^(٤) وجب الصوم. ومنه مرتب بين ثلاثة، وهي بدنة الإفساد، ودم الإماء ونحوه^(٥) على قول الفقهاء يحيى البحيح^(٦) الذي تقدم^(٧). ومنه مخير بين شيئين، وهي القيمة^(٨) إن شاء أهدى بها وإن شاء أطعمها^(٩). ومنه مخير بين ثلاثة^(١٠). وفيها ما يتفق صومه وإطعامه، وهو الجزاء^(١١)، وفيها ما يختلف صومه وإطعامه، وهي الفدية^(١٢). ويجوز إخراج

(١) والمجاوزة. (زهور). وكذا فيمن نذر أن يمشي فركب. (تكميل) (قرور).

(٢) يعني [بنحوه]: تحرك الشهوة، لكنه يقال: قد تقدم للمنصور بالله أنه لا شيء فيما دون الإماء، فكيف قال هنا: لا بدل لدم الإماء وتحرك الشهوة؟ فينظر فيه. (بستان بلفظه).

قيل: المنصور بالله إنما هو حاك عن المذهب كما ذكره في شرح الأزهار.

(٣) هذا كلام القيل [في الأزهار] في قوله: قيل: ثم عدلها مرتباً.

(٤) أي: الأمر به في الإحصار.

(٥) الإماء.

(٦) والسيد يحيى بن الحسين وابن أبي النجم.

(٧) والمذهب قول المنصور بالله. (قرور).

(٨) التي تلزم في صيد الحرم أو شجره. (قرور).

(٩) ولا صوم.

(١٠) وذلك لقوله تعالى: ﴿فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة ١٩٦]. (بستان).

(١١) فعدل البدنة فيه إطعام مائة أو صومها، والبقرة سبعون أو صومها، والشاة عشرة أو صومها، كما في الأزهار.

(١٢) وهي شاة أو إطعام ستة مساكين أو صوم ثلاثة أيام كما في الأزهار.

البدنة عن عشر فدى، والبقرة عن سبع^(١) فدى، ذكره السيد يحيى بن الحسين.
مسألة: من مات وعليه دماء الحج فقال المهدي^(٢) وعطية: إنها تجب من رأس ماله^(٣)، وقال الفقيه يحيى البحيح^(٤): إنها من ثلثه. قيل: أما ما وجب من القيم لأجل الحرم فهو من الرأس^(٥).

مسألة: وجملة المحللات من الإحرام أحد عشر^(٦)، وهي: الرمي، أو الحلق^(٧)، أو طواف الزيارة إذا قدمه على الرمي، أو مضي وقت الرمي أداء وقضاء حيث لم يرم، أو العمرة فيمن فات حجه، أو ذبح الهدي في المحصر، أو صوم الثلاث في المحصر الذي لم يجد الهدي^(٨)، أو الرفض حيث يشرع، أو نقض السيد على عبده، أو نقض الزوج على زوجته، أو السعي في العمرة^(٩).

(*) وهي مخالفة للقياس؛ لأنها وردت عن النبي ﷺ وعن علي عليه السلام. (منقولة عن القاضي يحيى بن مظفر رحمه الله).

(١) وقال القاضي عبدالله الدواري: لا يجزي إلا ما ورد النص به. واختاره المفتي. وعن الشامي: الظاهر الإجزاء إلا أن يرد دليل بالمنع.

(٢) أحمد بن الحسين.

(٣) ورواية ثانية عن المهدي عليه السلام في شرح الأزهار أنها من الثلث، قال فيه: فينظر في أصح الروايتين.

(*) أما لو أوصى بحج قراناً أو تمتعاً فدمهما من الثلث، كذا قيل، ومثله في حاشية السحولي. إلا حيث لزم الحج نفسه فإنه يكون من رأس المال^[١].

(٤) في نسخة: الفقيه علي.

(٥) اتفاقاً.

(٦) هذه المحللات جميعاً على المذهب، إلا الحلق فليس ينسك^[٢] على المذهب، بل هو تحليل محذور.

(٧) على القول بأنه نسك، والمذهب خلافه، وهو في العمرة نسك.

(٨) في الميل. وقيل: البريد.

(٩) في غير القارن.

[١] لفظ الحاشية في نسخة: وأما حيث حج بنفسه ولم يخرجها فهما من رأس المال، وذلك حيث تلفت البدنة بعد السوق أو على القول بأنه نسك. وهي مقررة في هامش شرح الأزهار.

[٢] في الحج، لا في العمرة فنسك. (قرئ).

فصل [في ذكر ما يفسد الحج وحكم الحج إذا فسد]

ولا يفسد الحج إلا الوطء^(١) في أي فرج^(٢) من آدمي أو بهيمة، في قبل أو دبر^(٣)، زوجته أو غيرها، عمدًا أو سهواً^(٤)، أنزل أو لم ينزل، الفاعل والمفعول به، ولو كان محبوباً غير مستأصل، ولو مجنوناً أو مكرهاً بقي له فعل أو تمكين، قبل الوقوف، أو بعده وقبل رمي جمرة العقبة^(٥) بحصاة، لا بعدها فلا يفسده. فإن وقع الوطء قبل الرمي وبعد دخول وقته فقال المؤيد بالله: إنه يفسده إذا كان في أيام التشريق وقبل طواف الزيارة، وقال المنصور بالله: لا يفسده إذا كان قد دخل في يوم النحر قدر ما يسع رمي جمرة العقبة. فأما الاستمتاع في غير الفرج^(٦) أو في قبل الخنثى فلا يفسده^(٧) ولو أنزل، ذكره في التقرير والقاسم،

(١) فلو أحرم في حال الوطء قيل: ينعقد صحيحاً كما في الصوم إن نزع فوراً، وقيل: لا ينعقد، كما لا تنعقد الصلاة مع الحدث.

(*) والرذة. ولا يلزمه الإتيان فيها؛ إذ قد حبط عمله.

(٢) يصلح للجماع أو لا على ما تقتضيه أصول المذهب.

(٣) قال في الانتصار: وكذا لو لف على ذكره خرقة ثم أولج. (شرح أزهار). إذا كانت رقيقة يدرك معها لذة الجماع. وقيل: لا فرق.

(٤) عالمًا أو جاهلاً. (قرن).

(٥) أو غيرها في وقتها. (شرح فتح). وظاهر المذهب خلافه.

(*) ولفظ حاشية السحولي فيما تقدم: ولا يتحلل إلا برمي جمرة العقبة في اليوم الأول، لا لو رمى غيرها فلا حكم له. وفي اليوم الثاني والثالث لا يتحلل أيضاً إلا برمي جمرة العقبة لا غيرها. (بلفظها) (قرن). وفي شرح الفتح ما لفظه: ولعله يفصل فيقال: إن رمى غيرها في اليوم الأول لم يتحلل به؛ لأنه غير مشروع رأساً، وإن رماها في وقتها تحلل به؛ لأن الرمي المشروع يحصل به التحلل. (بلفظه).

(٦) أو فيه.

(٧) ويلزمه ما يلزم في الإمضاء - وهو بقرة - حيث استمتع بالفرج كما ذكره الإمام المهدي عليه السلام في شرح الأزهار. (قرن).

خلاف مالك. وقال زيد بن علي والباقر والصادق^(١): إن الوطء قبل طواف الزيارة وبعد الرمي يفسده. وقال أبو حنيفة: إن الوطء بعد الوقوف لا يفسده. وعلى أحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي إن الوطء ناسياً لا يفسده^(٢).

مسألة: ومعنى فساد الحج هنا أنه لا يجزيه، وإلا فحكمه باق في أشياء:
الأول: أنه يلزمه تمامه^(٣) والمضي فيه ولو كان أجيراً^(٤). وقيل: لا يلزم الأجير. وما فعله في تمامه من محظورات الإحرام أو ترك شيئاً من مناسكه وجب فيه ما يجب في الصحيح، إلا الوطء إذا كرره لم تكرر الكفارة عليه^(٥) - خلاف أحد قولي الشافعي^(٦) - إلا أن يكون بعد إخراجها تكررت.

الثاني: أنه يلزمه كفارة، وهي نحر بدنة. وقال زيد بن علي والناصر: شاة. فإن لم يجد البدنة^(٧) صام مائة يوم متتابعة، فإن لم يقدر أطعم مائة مسكين خمسين صاعاً إن أعطاهم تمليكاً، وإن أطعمهم عونتين فلعله يجزئ^(٨). وعلى المرأة

(١) وأحد قولي الناصر ومحمد بن الحنفية.

(٢) وقال الجاجرمي من الشافعية في كفايته: لا فدية على من جامع ناسياً. وفي الإرشاد وشرحه أن الوطء لا يفسد الإحرام إلا مع العمد والعلم بالتحريم. قلنا: لم يفصل الدليل. (شرح بهران بلفظه).

(*) وذلك لقوله ﷺ: ((رفع عن أمي...)) الخبر. قلنا: الإثم لا الحكم. (بستان بلفظه).

(٣) إلا الوداع. (قرئ).

(٤) هذا عموم كلام أهل المذهب، حكاه الإمام في شرح الأزهار.

(*) ولا أجر له^[١]؛ لأنه قد أبطل عمله قبل التسليم. (مفتي). ومثله في الكواكب.

(٥) قولي كما ذكره في شرح الأزهار عن الشفاء.

(٦) وهو الأقرب للمذهب؛ إذ الفاسد كالصحيح في مناسكه ومحظوراته، فكذا كفاراته. (بحر).

وهو الذي في الغيث وبنى عليه في الأزهار في قوله: كالصحيح.

(*) ظاهر كلام الأزهار مثل كلام أحد قولي الشافعي، وهو المذهب.

(٧) في الميل.

(٨) الأصح لا يجزئ إلا التملك، نقل ذلك عن شرح القاضي زيد. ولفظ حاشية: وذكر في

شرح القاضي زيد أن المراد بالإطعام التملك لا الإباحة أينما أتى في الحج.

[١] إذا كانت صحيحة. (قرئ). ولفظ حاشية: قيل: ويستحق الأجير لما قبل الفساد الأجرة إذا كانت الإجارة فاسدة أو ذكرت المقدمات. (قرئ).

المحرمة الموطوءة بدنة مثله إن كانت مطاوعة، وإن كانت مكرهة ولم يبق منها تمكين فلا شيء عليها^(١)، ولا يفسد حجها على الأصح، خلاف الفقيه محمد بن يحيى وشرح الإبانة، وإن بقي منها تمكين فالكفارة على الواطئ^(٢). وقال الشافعي: بل عليها مطلقاً. وقال أبو حنيفة: بل عليه مطلقاً. قلنا: فلو كانا مكرهين معاً فكفارتها على المكره لهما.

الثالث: أنه يلزمه قضاء ما أحرم له^(٣)، إن كان نفلاً فعنه، وهو القضاء الحقيقي^(٤)، وإن كان حجة الإسلام فهي، يفعلها مثل التي أفسد إفراداً أو قراناً أو تمتعاً^(٥) إذا كان الفساد بعد إحرام المتمتع بالحج، وإن كان نذراً فهو، وإن كان قضاء فهو الواجب الأول.

مسألة: ولا يصح أن يفعل القضاء في سنته التي أفسد فيها حجه^(٦)، بل في سنة أخرى. وعلى الزوج مؤنة زوجته التي أفسد عليها في حجة القضاء إن أكرهها على الوطء، وإن كانت مطاوعة فهدي القضاء عليها حيث هو قران أو تمتع، وأما نفقتها فقال أبو طالب: عليه أيضاً^(٧)، وقال المؤيد بالله: عليها. فلو كانا قارنين

^(١) ويلزمه بدنة عنها أيضاً؛ لأنه فعل بها محظوراً، كمن جز شعر محرماً وهو نائم، وقد أشار إليه في الباقوتة، وهو صحيح على المذهب، وقرره المفتي.

^(٢) يخرجها بإذنها. وقيل: لا يحتاج. (قرر).

^(*) ويفسد حجها.

^(٣) فإن كان أجبراً فلا قضاء عليه؛ إذ القضاء عما في الذمة، ولا شيء في ذمة الأجير. (حاشية سحولي). وقال الإمام يحيى: بل عليه أن يقضي عمن أحرم عنه.

^(*) ولا تشترط الاستطاعة في القضاء. (قرر).

^(٤) لأنه ليس قبله واجب.

^(٥) لا يستقيم ذلك إلا حيث أوجب على نفسه حجة تمتع وكان في سنة معينة^[١]، وقواه التهامي، وإن لم يكن كذلك لم يلزمه إلا قضاء الحجة فقط؛ لأنه قد فرغ من العمرة. (مفتي).

وقيل: إن أفسد العمرة قضى عمرة، وإن أفسد الحجة قضى حجة.

^(٦) لأنه واجب الاستمرار لما أفسد.

^(٧) نفقة حضر. وقيل: نفقة سفر. وفي البستان: قال في التخريجات: والخلاف بينهما في الزائد على نفقة الحضر، وأما نفقة الحضر فعليه وفاقاً بينهما. (بستان).

[١] أو كان مستأجراً ولم يعين عليه عام الحج.

وأكرهها على الوطء لزمه سبغ بدنات^(١): بدنة الهدى، وبدنتان لإفساد حجها، وبدنتان لإفساد حجها، وبدنتان هدياً عنه وعنهما في القضاء. ولا يسقط عنه ذلك بموته ولا بموتها ولا بطلاقها ولا بامتناعها، إلا مؤنتها في القضاء فتسقط بموتها وبامتناعها، وكذا البدنة التي عنها في القضاء إذا امتنعت أو ماتت ولم توص بالقبض سقطت عنه^(٢).

مسألة: إذا حجت الزوجة فبإذن زوجها نفقتها عليه مطلقاً^(٣)، وبغير إذنه ففي حجة النفل عليها^(٤)، وفي حجة النذر عليها أيضاً، إلا إن كان النذر من قبل الزوجة فهي كحجة الإسلام. وفي حجة القضاء إن كان الفساد من الزوج فقد تقدم، ومن غيره تكون عليها إن كانت مطاوعة، وفي المكروهة احتمالان هل عليها أو على الزوج كما في حجة الإسلام^(٥). وإذا كانت في حجة الإسلام فقال

(١) وعليها ثامنة، وهي بدنة قرانها في السنة الأولى. (قرر).

(٢) فإن أوصت وجبت أجره الأجير مع الإيضاء. (قرر)، مع الإطلاق. وفي حاشية: فإن أوصت لزمه مقدار مؤنتها يحجج بها عنها ويكمل من مالها. (تعليق الفقيه علي). وقرر حيث أوصت بقدر معلوم. (من إماء سيدنا عبدالله بن حسين عليه السلام). ولو قيل: يلزمه الأقل من مؤنتها أو أجره الأجير لم يبعد. (سيدنا علي بن أحمد بن ناصر عليه السلام) و(قرر). (* ويكون قوله في الكتاب: «ولم توص» قيماً للجميع كما هو مقتضى القواعد الأصولية. (شامي).

(٣) يعني: في أي حج كان. (بستان).

(٤) وذلك لأنها ناشئة. (بستان).

(٥) ولفظ الغيث: تنبيه: أما لو وطئ المرأة غير الزوج فإن كانت مطاوعة فلا إشكال أنها عليها، وإن كانت مكروهة أو نائمة أو نحوها فهل يلزم الواطئ لها ما يلزم الزوج من مؤنة القضاء والبدنة؟ فيه نظر؛ لأنه يلزمه الحد، فإذا ألزمنه مؤنة القضاء لزمه غرمان في جسمه وماله. ولا يلزمها حيث لا فعل لها. فأما لو وطئها غلطاً فالأقرب أنه يلزمه؛ إذ الجهل لا يسقط به حكم الجنائيات. وإذا لم يجب على الواطئ شيء فهل يجب على الزوج مؤنة سفر القضاء؟ أما البدنة فلا إشكال أنها لا تلزمه، وأما مؤنة السفر فيحتمل - وهو الأظهر - أنها لا تجب عليه^[١]، ويحتمل أن تجب عليه^[٢] إذا كان الذي فسد حجة الإسلام؛ وذلك لأن القضاء في الحقيقة هو حجة الإسلام. (بلفظه).

[١] هذا في المؤنة غير النفقة، وأما النفقة فتجب عليه نفقة سفر؛ لأن الفساد بغير اختيارها. (قرر).

[٢] في النفقة فقط، لا في المؤنة فلا. (قرر).

في التخريجات: إنه يلزم الزوج لها قدر نفقة الحضر فقط^(١)، وقال الأمير علي: إن لم يسر زوجها معها فلا شيء عليه، وإن سار معها فعليه نفقتها حتى تحرم، ثم عليها حتى تحل.

الرابع: الافتراق من زوجته التي وطئها من بعد الوطء إلى أن يحل من إحرامها^(٢)، ذكره في الشرح. وفي قضائهما لا يصلان موضع الوطء إلا وهما محرمان، ذكره في الشفاء^(٣)، ثم يفترقان منه حتى يحل، ذكره المرتضى وأبو جعفر، وقال المنصور بالله والقاضي جعفر: في ذلك المكان فقط. والافتراق واجب^(٤)، خلاف أبي حنيفة، وهو أن لا يخلوا وحدهما في منزل أو في محمل، وإن كان معها غيرهما جاز. **مسألة:** من ورد الميقات عليلاً^(٥) صار لرفيقه^(٦) ولاية عليه^(٧) في نفسه وفيما معه، فإن كان قد أحرم وعرف رفيقه ما أحرم له تممه به^(٨)، فيقف به الموافق كلها، ويطوف به^(٩)، ويسعى به، ويرمي عنه، ويطوف به للوداع؛ إذ لا عذر للرفيق^(١٠). ويفعل ذلك به إما هو بنفسه وإلا استأجر غيره له، والأجرة

(١) قوي؛ لأن الوجوب عليها في الحج. والمذهب أنه يلزمه لها نفقة سفر؛ لأنه بإذن الشرع.
(٢) فإن خشي عليها من الافتراق هل يجوز له الاجتماع بها؟ قلت: لا يجوز؛ لأن الاجتماع بها محظور، والخوف عليها مجوز أو مظنون. (مفتي). والمقرز أنه يجوز لها الاجتماع إذا خشي عليها. (قرور).

(*) بطواف الزيارة لا بالرمي. (قرور).

(٣) وفي البحر: يحرمان للقضاء من الميقات مطلقاً، خلاف أصحاب الشافعي.

(٤) قال في تعليق الإفادة: وهذا شرع ولا يعلل. ومثله في الزهور.

(٥) مع زوال عقله، وهو صريح البيان في المسألة هذه في الفرع.

(٦) وغير الرفيق حيث لا رفيق له. وفي بعض الحواشي: لا ولاية لغير الرفيق.

(*) ولو عبداً.

(٧) يعني: أنه يختص رفيقه بنوع ولاية عليه حينئذ وعلى حفظ ماله وبيعه للإنفاق عليه وتجهيزه إذا مات. (بستان بلفظه).

(٨) ولو كان العليل أجيراً. (قرور).

(٩) ويصلي عنه ركعتي الطواف كالأجير، وهو ظاهر الأزهار، ومثله عن المفتي. وفي الديباج: إلا ركعتي الطواف فلا يفعلها.

(١٠) ولا يقال: إنه معذور فيسقط عنه طواف الوداع كسائر المعذورين؛ لأن الفعل قد صار لغيره - وهو الرفيق - ولا عذر له. (كواكب).

على المريض. ويجنبه ما يجب على المحرم اجتنابه، وما احتاج إلى فعله به مما يوجب الفدية جاز فعله، وتجب فيه الفدية من مال المريض، وإن فعله به لغير حاجة فالفدية عليه^(١).

وإن لم يعرف رفيقه ما أحرم له فعل به كما يفعل من نسي ما أحرم له^(٢) كما مر. وإن أفاق عمل بما كان أحرم له.

وإن لم يكن قد أحرم المريض فإن لم يعرف رفيقه ما قصده تركه^(٣) ولم ينب عنه^(٤)، وإن عرف قصده أخر أمره إلى آخر المواقيت، وهو الميقات الشرعي^(٥)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: أخر الحل^(٦) ثم يحرم عنه بما عرف أنه يريد له، ويغسله للإحرام ندباً إذا كان لا يضره، ويفعل به كما تقدم. وهل ذلك واجب عليه أو ندب؟ فيه تردد، والأقرب أنه ندب^(٧)، ولا يجب لما فيه من الحرج، فإن نوى الأجرة له فالأقرب الجواز^(٨).

(١) من ماله.

(٢) إلا في تشي الدماء فلا تشي عليه؛ لأن الأصل براءة الذمة. إلا أن ينكشف كونه قارناً. (بحر) (قررو).

(*) فإذا فعل به لعذر شيئاً مما يوجب واجباً كدم لم يلزم إلا دم فقط، ولا يتكرر ولو قدر أنه قارن؛ لأن الأصل البراءة، ولما تقدم من أنه إذا التبس لم يلزمه شيء من أحكام القران؛ إذ من شرطه السوق. (شرح فتح).

(*) ولا يخرج عنه دم إن مات؛ إذ الأصل براءة الذمة. ومثله في البحر. ولعله أراد بقوله: «ولا يخرج عنه دم» يعني دم قران أو تمتع؛ لأنه يجوز أنه مفرد وأن الجهل وقع من جهتنا، ذكر معناه في هامش الوابل.

(٣) وإنما يتركه إذا كان في موضع آمن، وإلا حمله إلى آمنه، فإن لم يجد مأماً حتى أدخله الحرم كان كمن دخل لغير نسك على ما تقدم من الخلاف، قال الوالد: والمراد حيث لم يعقل. (بستان) (قررو).

(٤) قال في الياقوتة: وكذا لا يحرم عن الأجير بلا خلاف. (بستان). وقيل: يحرم؛ لأن له ولاية. (٥) في الآفاقي. (قررو).

(٦) في الميقاتي. (قررو). لأن العذر مبيح له. ينظر.

(٧) ما لم يحرم به فوجوب؛ لأنه قد عرضه للواجبات.

(٨) لما كانت ولايته عامة. (كواكب) (قررو).

فَرَعٌ: والحج وارد على القياس إلا في هذه النيابة^(١) عمن لا عقل له. وإذا مات على إحرامه لم يغط رأسه، ولا يَحْنُظُ بحنوط فيه طيب. وقال أبو حنيفة: يجوز كما في المعتدة.

مسألة: وإذا حاضت المرأة قبل إحرامها اغتسلت ندباً وأحرمت ومضت في حجها، إلا أنها تؤخر طواف القدوم والسعي إلى بعد الوقوف. وقال السيد يحيى بن الحسين: يجوز لها تقديم السعي^(٢) على الطواف. وإن حاضت بعد طواف القدوم وقبل السعي سعت، ولا تطوف للزيارة حتى تطهر، فإن خرجت أيام الشريق قبل الطهر فقال الفقيه محمد بن سليمان: يلزمها الدم^(٣)، وقال الأمير الحسين: لا يلزمها^(٤). وإن حاضت بعد طواف الزيارة سقط عنها طواف الوداع^(٥)، إلا أن تطهر قبل خروجها من مكة^(٦) لزمها، ولا يسقط عنها غيره من المناسك.

مسألة: وإن حاضت وهي محرمة بعمرة التمتع أخرت الطواف والسعي لها

(١) قيل: الحج يخالف القياس في هذه النيابة، وفي صحة النيابة في أركانه؛ حيث تصح النيابة فيها للعدر مع أنها عبادة بدنية، وفي تعاكس طوافاته، وفي انقلاب نغله واجباً، يعني: حيث تنفل بنفس الحج صار حكمه حكم الواجب. وحيث ساق هدباً متفلاً صار كالواجب، والمضي في فاسده.

(٢) وذلك لأنه خارج المسجد. قلنا: هو مرتب على الطواف. (بستان).

(٣) وذلك كالإحصار بالمرض ونحوه. (بستان).

(٤) لأن هذا العذر يسقط الواجب كطواف الوداع. (بستان).

(٥) ولو أجيبة. وفي حاشية: ما لم تكن مستأجرة فتستنيب من يطوف عنها. (قررو). وصحت الاستنابة وإن لم تلحق بأهلها لأن للأجير الاستنابة عند حصول العذر من غير فرق بين ما له وقت وغيره، وإنما يفترق الحكم فيمن حج عن نفسه، والله أعلم. (سيدنا

حسن بن أحمد رحمته الله) (قررو).

(*) ولا دم عليها. (تذكرة). وقيل: يلزمها. (ذماري).

(٦) وميلها. (قررو).

(*) يعني: من ميل مكة، ذكره في البرهان عن الفقيه يوسف. (بستان معني).

حتى تطهر، إلا أن تخشى فوت وقت الحج تركت العمرة^(١) وأحرمت للحج، وعليها دم لرفض العمرة، وتقضيها بعد أيام التشريق، وما كان معها من هدي التمتع فهو باق لها^(٢) حيث رفضت العمرة، فتجعله عن دم الرفض أو غيره.

(١) ما لم تكن مستأجرة فتستنيب. (كواكب). ولفظ المقصد الحسن: مسألة: قولهم: وتنوي المتمتعة رفضه، قال الفقيه يوسف: إذا كانت أجرة فلها أن تستأجر من يعتمر عنها؛ لأن ذلك عذر، وقيل: تستأجر من يطوف فقط، وهي تسعى وتحلق. وإذا قلنا: تستأجر من يعتمر عنها فهل تحلل بفعل الأجير أو لا؟ الأقرب أنها لا تحلل إلا برفض العمرة^[١] فإن استأجرت من يطوف عنها فقط تحللت بالحلقة أو التقصير^[٢]. (بلفظه).

(*) يعني: رفضتها.

(*) وهكذا في القارنة.

(٢) وكذا في هدي القران.

(*) لعل هذا على القول ببطلان التمتع، وعلى ظاهر كلام المهدي عليه السلام أنه لا يبطل التمتع، قال في شرح الفتح: وهو ظاهر الأزهار والأثمار.

[١] يعني: على القول الأول.

[٢] يعني: على القول الثاني. (إملاء).

فصل في الإحصار

إنها يكون بعد الإحرام وقبل الوقوف، لا قبلها ولا بعدها. وفي العمرة بعد الإحرام لها وقبل السعي^(١). وأثبت الشافعي الإحصار بعد الوقوف أيضاً^(٢). وأسبابه أحد عشر، بعضها عقلية - وهي: المرض، والعدو، وانقطاع الزاد، والحبس هل بفعل آدمي أو من جهة الله تعالى كانقطاع الريح عن السفينة، والضلال عن الطريق^(٣)، وضيق الوقت^(٤) - وبعضها شرعية، وهي: موت المحرم أو مرضه في حق المرأة، ومنع الزوج لزوجته ومنع السيد لعبده وأتمته^(٥)، وطرو العدة على المرأة، ومطالبة صاحب الدين الحال لمن يمكنه القضاء ولا يبقى له زاد، وكذا مطالبة الأبوين العاجزين عن التكسب^(٦)، فيشتغل بالتكسب عليهما، وكذا مطالبة الإمام له^(٧)، ومنع المستأجر للأجير الخاص. قال الفقيه يوسف: وحد الخوف خشية الضرر، وكذا في المرض.

مسألة: وحكم المحصر أنه يتحلل بشاة^(٨) أو بسبع بقرة أو بعشر بدنة ولو كان

(١) أو بعضه ولو قل. (قرئ).

(٢) فيتحلل وتحل له النساء، قال: لأنه بقي ركن لا يجبره الدم فأشبهه الوقوف. قلنا: الوقوف لا يصح الحج من دونه، فافترقا. (بستان).

(٣) ويتحلل بالصوم؛ لتعذر إنفاذ الهدى. (كواكب).

(٤) بل يمضي إن كان إحرامه بعمرة، وإن كان بحج تحلل بعمرة. (قرئ). ومعناه في البحر. ولا يقال: إنه غير محصر؛ لأننا نقول: قد أحصر عما أحرم له، وهو الحج، والمشى للعمرة هو مشى للتحلل بالأكمل، وهو العمرة؛ إذ لا يجزي الهدى إلا عند تعذرهما. (قرئ). ينظر ما فائدة هذه الحاشية الأخيرة؟

(٥) حيث لها ذلك، وإلا فمن العقلي.

(٦) أو لم يعجزا حيث له مال. (قرئ).

(*) لا يشترط مطالبتها.

(٧) أو علمه باحتياجه له وإن لم يطالب. (قرئ).

(٨) وذلك لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَحْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ...﴾ إلخ [البقرة: ١٩٦]، قال عليه السلام: ومعنى الآية: فإن أحصرتم وأردتم الإحلال فما استيسر من الهدى، وهذا على حذف المسبب

قارناً، وقال أبو حنيفة: على القارن شاتان. فيأمر بذبحه في مكة إن كان معتمراً، أو في منى إن كان حاجاً، في أيام النحر لا قبلها^(١)، فإن لم يقدر على ذلك^(٢) صام عشرة أيام: ثلاثة^(٣) في أيام الحج أو قبلها، وسبعة بعدها، قال الفقيه علي: ولا يحل من إحرامه إلا بصومها الكل^(٤). وقال زيد بن علي وأبو حنيفة: لا بدل عن دم الإحصار. قال المنصور بالله: فإن تعذر عليه الصوم جاز له التحلل^(٥) ويكون الدم في ذمته متى أمكنه. فلو خرجت أيام التشريق قبل يصوم الثلاث لزمه دم^(٦)، ثم فيه احتمالان: أحدهما: أنه يصوم^(٧)، والثاني: أنه يلزمه الهدى^(٨) فلا يتحلل إلا به، ذكرهما السيد يحيى بن الحسين.

لدلالة السبب عليه، كقوله تعالى: ﴿فَقُلْنَا اضْرِبْ بِعَصَاكَ الْحَجَرَ فَانفَجَرَتْ﴾ [البقرة: ٦٠] والمعنى فضرِب فانفجرت، فحذف قوله: فضرِب لدلالة: ﴿فَقُلْنَا اضْرِبْ﴾، وعن جابر أنه قال: أحصرنا مع رسول الله ﷺ في الحديبية فنحرنا البقرة عن سبعة والبدنة عن عشرة. (بستان بلفظه).
 (*) ولا يتحلل إلا بفعل محظور من محظورات الإحرام بنية التحلل بعد الذبح. (هامش شرح أزهار) (قرئ).

- (١) لا بعدها فيصح وعليه دم التأخير. (قرئ).
- (٢) أي: لم يجد في الميل. (قرئ).
- (٣) متوالية. وقيل: يجب التفريق بين الثلاث والسبع.
- (٤) كلام أهل المذهب في شرح الأزهار وغيره أنه يتحلل بصوم الثلاث كالمتمتع سواء. (قرئ).
- (*) الصحيح أنه يحصل التحلل بصيام الثلاث؛ إذ هي بدل الهدى. اهـ لكن لا يجوز له فعل شيء من المحظورات إلا بعد فوات الوقوف. والمختار جواز التحلل مع غلبة الظن باستمرار الحصر، وهو ظاهر الأزهار (شامي) و(قرئ).
- (٥) قلت: وهو قوي، إلا أن كلام أهل المذهب يقتضي أن المحصر لا يتحلل إلا بالهدى أو الصوم أو العمرة. (غيث).
- (٦) والمختار لا دم.
- (٧) ولا يكون تحلله في هذه الصورة - وهو حيث فاتت الثلاث - إلا بالعشر كلها. والمختار أن تحلله يحصل بصيام الثلاث كما في شرح الأزهار. (قرئ).
- (٨) وفي شرح الأئمة: ولا يتعين الهدى بفوات الثلاث، بخلاف المتمتع؛ إذ لا قائل بذلك. (شرح بهران).

فَرَعٌ: وحيث بعث بالهدي لا يحل من إحرامه حتى يذبح، فيأمر به مع من يثق به، ويوقت له وقتاً معيناً يذبحه فيه، فإذا لم يعلم^(١) أن عائقاً عاقه جاز له التحلل في ذلك الوقت، لكن يستحب له الاحتياط بالتأخير عنه قدر نصف يوم^(٢).

فَرَعٌ: فلو تحلل بفعل محذور قبل الوقت والذبح لزمه ما يلزم على المحرم في ذلك الفعل، وبعدهما لا شيء عليه^(٣)، وبعد الوقت ثم بان أنه قبل الذبح يلزمه كذلك أيضاً على الأصح^(٤)، وقبل الوقت وبعد الذبح قال الفقيه محمد بن يحيى: يأتي على قول الابتداء والانتهاء^(٥)، وقيل: بل يلزمه ما يلزم المحرم^(٦). ويضمن الرسول قيمة الهدى لمخالفته. والأقرب أنه يأنم المحرم ولا يلزمه شيء؛ لأن العبرة بالذبح^(٧). وقالت الفقهاء: لا يجوز له التحلل حتى يخبره مخبر بذبح الهدى.

مسألة: وإذا زال سبب الإحصار قبل الوقوف بحيث يمكنه إدراكه وجب عليه ولو احتاج إلى مركوب يشتره أو يكتريه إذا أمكنه ولو بزائد على قيمته أو كراء مثله

(١) أو الظن؛ لأن طريقة العلم مفقودة.

(٢) هذا يستقيم حيث يكون الرسول مفوضاً، لا حيث لم يكن مفوضاً فلا معنى للتأخير.

(٣) حيث نوي به التحلل. (قررو).

(٤) ويرجع على الرسول بما لزمه إن أخر لغير عذر؛ لأنه غرم لحقه بسببه^[١]. (وشلي). وقيل: إنه لا يرجع؛ لأنه مباشر والرسول مسبب، ولا شيء على المسبب مع وجود المباشر. يقال: المباشرة والتسبب إنما يعتبران في الجنایات.

(٥) مع التفويض. (قررو).

(٦) مع عدم التفويض. (قررو).

(٧) وحاصل ذلك أن نقول: لا يخلو إما أن يكون مفوضاً أم لا، إن كان مفوضاً فالعبرة بالذبح ولا عبرة بالوقت، وإن كان غير مفوض فالعبرة بالذبح في وقته، فإن قدم الرسول أو أخر ضمن الهدى ولا حكم لتحلل المحصر؛ لأن الرسول صار فضولياً. (إملاء سيدي أحمد بن علي الشامي رحمته الله). (قررو).

(*) مع التفويض فقط.

[١] ويضمن الرسول الهدى إلا أن يكون مفوضاً، ويجزيه مع التفويض، ولا يرجع في هذه الصورة. (مفتي) (قررو).

ما لم يجحف بحاله حيث هو، فإن أدرك الوقوف أتم حجه وانتفع بالهدي، وإن لم يدركه فاته الحج، فيضع إحرامه على عمرة^(١) يطوف ويسعى ويحلق، ويجعل هديه أو غيره عن دم الفوات^(٢). وهكذا إذا عرف أنه لا يدرك الوقوف فإنه يكون كالفئات حجه^(٣). قال الفقيه يحيى البحيح: وإذا لم يفعل العمرة التي يتحلل بها حتى خرجت أيام التشريق لزمه دم لتأخيرها^(٤)، ويفعلها بعدها.

(١) فلو تعذر فعل العمرة هل ينكشف بقاء العذر الأول أم يصير محصراً عن هذه العمرة؟ ينظر. أجب بأنه يتحلل بذبح الهدي عن العمرة، ويلزم دم لتعذر فعل العمرة؛ لأنه إذا لزم في الأصل - وهو فوات الحج - ففي العمرة أولى وأحرى (سماح حثيث)^[١]. يحقق. ثم لو وطئ هل يجب عليه قضاء حجة وعمرة؟ قلت والله أعلم: الإحرام للحج وإنما وضعه على العمرة، فالفساد لإحرام واحد في التحقيق؛ فلا انعطاف. (مفتي) (قررو).

(*) يعني: ولا يستأنف إحراماً؛ لقوله ﷺ: ((من فاته الحج فليجعلها عمرة)). (بستان بلفظه).

(٢) وذلك لقوله ﷺ: ((من لم يدرك الحج فعليه دم)). (نجري). ومثله في البحر في فصل الإحصار. وقد تقدم في البيان في أول فصل المناسك حيث قال: الثاني: الوقوف، إلى أن قال: ويلزمه دم. اهـ. لا إشكال في لزوم الدم لأجل الفوات، وإنما الإشكال من حيث إن المحصر عن الوقوف إذا تحلل بذبح الهدي فهل قد وقع هذا الدم عن السببين، أعني: عن دم الإحصار ودم الفوات؛ لأنهم لم يذكروا على المحصر واجباً إلا القضاء حيث قالوا: وعلى المحصر القضاء، ولم يقولوا: ودم الفوات، وقالوا حيث زال عذره: وإلا تحلل بعمرة ونحره. قالوا: فإن كان قد نحره فقد أجزاه عن دم الفوات، فهل يكون مثله دم الإحصار حيث قد تحلل به يجزيه عن دم الفوات؟ انظر وتحقق. الظاهر أن دم الفوات قد سقط بدم الإحصار أو نحو الدم، وهو الصيام؛ لأنه لم يذكر مع الدماء الخمسة المؤقتة، والله أعلم. (سيدنا الحسن بن أحمد الشيباني رحمته الله ومن خطه نقلت) (قررو).

(٣) فيلزم دم ويضع إحرامه على عمرة. (قررو).

(٤) والمذهب أنه لا يلزمه شيء.

(*) وظاهر الأزهار خلافه وأنه لا وقت لها، فلا يلزمه شيء.

[١] فيلزمه دمان: دم لفوات الحج، ودم لفوات هذه العمرة؛ لأن قد لزمه أن يتحلل بها. ومعناه في حاشية السحولي، ولفظها: فلو تجدد عليه الإحصار عن هذه العمرة تحلل عنها بهدي آخر، إلى أن قال: وقوله: «يجزيه» يعني نحر الهدي لفوات حج. (باللفظ) (قررو).

مسألة: وإذا كان المحصر معتمراً وزال الحصر قبل إحلاله لزمه الإتمام مطلقاً^(١) - إذ لا وقت للعمرة - وانتفع بالهدى.

وإذا كان المحصر متطوعاً بالحج لزمه قضاؤه متى أمكنه.

ولا عمرة على المحصر مع القضاء مطلقاً^(٢)، خلاف أبي حنيفة^(٣).

مسألة: فإن كان المحصر حج بحرمه ولا محرم لهن هناك غيره كن محصرات بإحصاره^(٤)، وعليهن الهدى، وإن كان معهن محرم غيره سرن معه، فإن كان المحصر مريضاً يحتاج إحداهن ترضه كانت محصرة معه، والهدى عليها، وإليه التعيين في أيتها شاء إذا أمكنه، وإن لم قرع بينهما. وهذا حيث كان لا زوجة معه، وإلا فهي أخص به من المحارم^(٥). وإن كان معه أمة له^(٦) أو يمكنه شراؤها^(٧) فهي أخص من الكل ولم يكن محصرات بإحصاره.

(١) وسواء كان الهدى قد ذبح أم لا، ذكره في الكفاية للمذهب. (شرح أزهار بلفظه). وقوله: «سواء كان الهدى قد ذبح أم لا» يدل على أنه لا يقع التحلل من الإحرام بمجرد الذبح، بل لا بد من فعل محذور بعد الذبح يقع به التحلل. وهل يشترط أن ينوي بذلك المحذور التحلل فيقع به، وإذا لم ينو به التحلل لزمته الفدية بحسب ذلك المحذور أم لا يشترط، بل إذا فعل محظوراً بعد الذبح حل به؟ ينظر، الأقرب أنه لا بد من قصد التحلل. (حاشية سحولي لفظاً).

(*) ولو في غير أشهر الحج.

(٢) يعني: سواء كان فرضاً أو نفلاً، إفراداً أو قراناً أو تمتعاً. (بستان).

(٣) فقال يقضي الحج وعمرة إن كان مفرداً، وإن كان قراناً قضى الحج وعمرتين، وإن كان متمتعاً فالعمرة فقط. (بستان).

(٤) إلا أن لا يبقى بينهما وبين الموقف إلا ما يعتاد في مثله مفارقة المحرم لمحرمه في السفر، وأقرب ما يقدر به ميل مع الأمن. (قرر).

(٥) قلت: إلا أن يعرف أن المحرم أرفق من الزوجة. (غيث). مع يمينه. (قرر).

(٦) غير مزوجة، فإن كانت مزوجة فكالرفيق. اهـ وقيل: لا فرق. اهـ كما يأتي في البيان في الأمة المزوجة في قوله: مسألة: وليس لسيد الأمة منعها.

(٧) ولا يجب شراء أمة؛ إذ لا يعرف حالها في الرفق. (بحر بلفظه).

مسألة: وإذا كان المحصر أجيراً لغيره فالهدي على المستأجر له، ذكره في الكافي والحنفية، وقال الشافعي: على الأجير^(١). ويتفقون في دماء الحج التي تجب بفعل محظور أو ترك واجب أنها على الأجير. وأما هدي القران والتمتع فعلى المستأجر^(٢)، وقيل: على الأجير.

(١) وعليه الأزهار بقوله: وما لزمه من الدماء فعليه.

(٢) وإذا تعذر عليه الهدي فالصوم على الأجير، نص عليه بعض أصحاب الشافعي. (مفتي). وينظر على أصلنا، ولعله يؤخذ من مفهوم الأزهار في قوله في الدماء: إنه لا يصح من الأجير الصوم فيحقق. وقال المفتي: يحتمل أن يكون الدم في تركة الميت ولا صوم. اهـ ولو قيل: يفصل في ذلك، وهو إن كان المستأجر من الحج له صام، وإن كان غيره فهذه الأقوال - لم يبعد. (شامي).

فصل [في ذكر الحج عن الميت والاستئجار له]

من لزمه الحج^(١) ثم حضره الموت فعليه الإيضاء به^(٢)، خلاف مالك^(٣) وأبي حنيفة^(٤)، وإن لم يوص به فلا شيء على ورثته، خلاف الشافعي وأحد قولي الناصر^(٥). قلنا: فلو حجج عنه لم يجزه وكان ثواب الأجرة للوارث^(٦). وقال المنصور بالله^{قوي} والأمير الحسين^(٧): إنه يجزي من الولد^(٨) لا من غيره، وسواء حج الولد بنفسه أو استأجر غيره. قال الفقيه يوسف: وهكذا الخلاف في سائر القرب التي تفعل عن الميت بغير وصية منه.

مسألة: وإذا أوصى الميت بالحج عنه لزم الوارث من ثلث التركة بعد قضاء الديون، وقال الباقر والصادق: من رأس المال^(٩). وحيث لا وارث للموصي قط^(١٠) يكون من رأس ماله، وقال المنصور بالله: من ثلثه^(١١).

(١) أو طوف الزيارة، أو السعي في العمرة. (قرئ).

(٢) إن كان له مال عند الموت، وإلا فندب على الخلاف الذي في الوصايا. (شرح أزهار بلفظه).

(٣) وحجتهم أنه متعلق بذمة الحي، وقد بطلت الذمة بالموت؛ فيبطل الوجوب، فلا يلزمه الإيضاء، لكن إذا أوصى به وجب امتثاله، ويكون تطوعاً لبطلان وجوبه. (بستان).

(٤) المنصوص عليه للحنفية في كتبهم أنه يصح التحجيج بعد الموت وللعجز الدائم، هذا في الفرض، لا في النفل فلا يشترط العجز. ولفظ ملتقى الأبحر: حجج لعجز وقع عنه في الفرض. (مفتي).

(٥) وحجتنا قوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [النجم]، ولأنه بدني فلا يتقل إلى المال إلا بوصية كالصوم. وحجتهم أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شبهه بالدين، والدين لا يسقط بالموت، فهكذا الحج. قلنا: لا يصح بغير إذنه قياساً على حال الحياة بعد اليأس. (بستان).

(٦) وثواب الحج للأجير. (تعليق تذكرة).

(٧) وهو الصحيح؛ لظواهر الأخبار. (حاشية سحولي من الوصايا).

(٨) ولد الصلب.

(٩) حجتنا أنه لم يجب إلا بالوصية، وما وجب بالوصية فهو من الثلث؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((إن الله جعل لكم ثلث أموالكم زيادة في أعمالكم في آخر آجالكم)). وحجتهم أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شبهه بالدين، فكان من الرأس وإن احتاج إلى الوصية. (بستان بلفظه).

(١٠) غير الزوجين؛ إذ لا رد عليهما.

(*) أو موجود وأجاز. (قرئ).

(١١) لأنه يقول: بيت المال وارث حقيقة.

مسألة: من أوصى بالحج وعين له موضعاً يحجج منه عمل به^(١)، ولو كان أقرب إلى مكة من بلده، قال الفقيه يوسف: لكنه يأثم الموصي إذا كان يمكنه من بلده^(٢). وقيل: بل يحج عنه من بلده.

وإن لم يعين موضعاً وليس له وطن فمن حيث مات إن عرف، وإلا فمن بلد الوصي^(٣). وإن كان له وطن فممنه إن مات فيه، وحيث له وطنان أو أكثر فمن أقربهما إلى مكة. وإذا مات في غير وطنه ففي سفر الحج من حيث مات، وفي غيره من وطنه^(٤)، وقال المنصور بالله: من حيث مات مطلقاً، وقال أبو حنيفة: من وطنه مطلقاً.

فرع: وحيث يحجج عنه من وطنه لا يصح إلا منه أو من ميل بلده، لا من غيره ولو أبعد منه^(٥). وقال المؤيد بالله: يصح من غيره إذا كانا في المسافة إلى مكة سواء أو كان هذا أبعد من بلده، وهو القوي. وهكذا الخلاف في موضع الإحرام إذا عين للأجير وخالف^(٦).

مسألة: وإذا خالف الوصي في الموضع الذي أمره به الموصي أو في نوع الحج لم يجز عن الميت، وتكون الإجارة صحيحة، والأجرة على الوصي، قال القاضي زيد: فلو سلمها من مال الموصي ردها الأجير للورثة وطالب الوصي يسلم له من ماله. ولعله يستقيم في غير النقد، أو فيه على القول بأنه يتعين، لا على القول بأنه لا يتعين فتطيب للأجير، ويضمن الوصي من ماله للورثة.

(١) يعني: ولو من الميقات، ويجزئه عن حجة الإسلام ولو غنياً. (بستان بلفظه).

(٢) واختار مولانا عليه السلام أنه لا يأثم. (قررو).

(*) لتركه الواجب؛ لأنه كان يجب عليه يحج من وطنه.

(٣) وعن السيد يحيى بن الحسين والفقيه علي من الميقات الشرعي. (غيث) (قررو).

(٤) أما في سفر الحج فلائذ قد أتى ببعض العمل فيبني بدله عليه، كما فيمن صلى قائماً ثم عجز فإنه يتمها من قعود. وأما في غيره فلا يبنى الفرض على المباح. (بستان).

(٥) يعني: إذا لم يمر ميل وطنه. (بستان).

(٦) يعني: فلا يصح عند الهدوية للمخالفة، ويصح عند المؤيد بالله إن استويا في البعد أو خالف إلى أبعد؛ لحصول المقصود. (بستان).

مسألة: ويجزي الاستئجار للحج، خلاف الحنفية^(١)، فلا يجزي الميت عندهم ولو أوصى^(٢) به. قلنا: وله شروط: أن تكون الأجرة معلومة^(٣)، ونوع الحج معلوماً لفظاً أو عرفاً، وأن يكون في وقت يمكن فعل الحج فيه حيث عينت السنة، وأن يكون الأجير مكلفاً مسلماً^(٤)، وأما كونه عدلاً فقال القاسم والمؤيد بالله والمنصور بالله: إنه شرط أيضاً^(٥) للإجزاء عن الميت لا لصحة الإجارة، وقال أبو طالب: لا يشترط. قال الفقيه علي: وإذا عين الموصي فاسقاً^(٦) يجح عنه امثال الوصي ولو خالف مذهبه. ولا يشترط كونه حراً، بل يصح أن يكون عبداً مأذوناً له، وقال الأمير علي والفقيه علي: ولو غير مأذون له^(٧)، فيجزي^(٨) ولو فسدت إجارته ما لم ينقض سيده إحرامه. وقالت الشافعية:

(١) حجتنا أن النيابة فيه تصح، ولما روي عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه سمع رجلاً لبي عن شبرمة، فقال له: ومن شبرمة؟ فقال: صديق لي أو أخ يا رسول الله، فقال له: ((حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة))، فدل على جواز الحج عن الغير. وحجتهم أنه عبادة بدنية فلا يجزي عقد الإجارة على تأديتها كالصلاة. قلنا: الصلاة لا تصح النيابة فيها بعقد إجارة ولا بغير عقد فافترقا. قالوا: الأذان تصح فيه النيابة لا الإجارة، فهلا كان الحج مثله. قلنا: الأذان يجب على النائب - إذ هو فرض كفاية - فلم تحل له الأجرة، بخلاف الحج. (بستان).

(٢) فلا يلحق الموصي عندهم إلا ثواب النفقة، وهي أجرة الحج، وأما امثال وصيته فيجب اتفاقاً.

(٣) لاستحقاق المسمى، لا للإجزاء فيجزي ويستحق أجرة المثل. (سحولي) (قررو).

(٤) والخامس: الإيجاب والقبول. (قررو).

(٥) وإذا انكشف أن الأجير فاسق فإن كان لتقصير الوصي عن البحث ضمن الأجرة^[١] وانعزل، ولا يجزي عن الميت، وإن كان لغير تقصير لم يضمن شيئاً ولا يجزي عن الميت، ويستأنف التحجيج من الثلث. (قررو).

(*) كعدالة إمام الصلاة.

(٦) وكان عالماً بفسقه أو كان مذهبه. (قررو). أي: مذهبه جواز استئجار الفاسق.

(*) أو مجروح العدالة. (قررو).

(٧) قلت: وهو ضعيف، كلو استأجر من قد أجر نفسه لسنة معينة. (بحر بلفظه). والجامع أن كل واحد منافعهم مملوكة.

(٨) المذهب لا يجزي؛ لأنه قدح في عدالته. (قررو).

[١] واستحقاقها حيث لم يكن منه تغرير.

لا يجزي تحجيج العبد. وأما كونه قد حج لنفسه فقال الناصر والشافعي: إنه شرط، وقال أبو حنيفة: ليس بشرط^(١)، وعندنا لا يشترط إن كان فقيراً لا يلزمه الحج في الحال، لا حيث هو لازم له في الحال فلا يجزي عن غيره قبل أن يحج لنفسه، وتكون إجارته فاسدة^(٢) يستحق أجره مثله^(٣)، إلا أن يوهم أنه قد حج لنفسه لم يستحق أجره^(٤).

فرع: وإنما يجزي حج الفقير عن غيره قبل أن يحج لنفسه حيث تكون إجارته صحيحة؛ لأنه يصل بالقرب من مكة ومنافعه مستحقة لغيره لا يمكنه يحج لنفسه^(٥)، فأما حيث إجارته فاسدة فلا يجزي؛ لأنه إذا قرب من مكة وأمكنه الحج لنفسه^(٦) وجب عليه^(٧)، ذكره الفقيه علي.

(١) ولا يقال: قد تقدم أن أبا حنيفة لا يوجب الإيضاء؛ لأنه إذا أوصى وجب الامتثال إجماعاً، ذكره ابن بهران.

(٢) القياس أن تكون صحيحة وإن لم تجز عن الميت؛ لأن العدالة شرط للإجزاء لا للصحة.

(٣) ولا يجزئ عن الميت ولا عن نفسه؛ لعدم النية عن نفسه. (قررو).

(٤) وكذا لو تظاهر بالعدالة ثم تبين فسقه فلا يبعد أن لا يستحق شيئاً من الأجرة؛ لتغيره.

(شامي). أو علم باشتراط العدالة؛ لأنه نوع من التغير، وأما مع جهله فينظر. (شامي).

(*) لأنه محل بواجب، ومن أخل بواجب كان قدحاً في عدالته.

(٥) وإن حج لنفسه أثم وأجزاه. (كواكب) (قررو).

(٦) قبل الإحرام عن المستأجر. (مفتي). وعن حثيث: ولو بعد الإحرام، ويصير محصراً،

ويتحلل بعمرة^[١]، ويجرم بحجة نفسه، ويأتي بالتي استؤجر عليها في العام القابل، فإن تمرد

واستمر في التي استؤجر عليها أثم وصح. وعن السحولي: لا تصح -أي: لا تجزئ-

ويستحق أجره المثل. (قررو).

(٧) فلو حج عن المستأجر استحق أجره المثل^[٢] وإن كان أثماً، اللهم إلا أن يوهم أنه قد حج لنفسه لم

يستحق شيئاً من الأجرة. (بهران). ومثله عن الشكايزي، وقرره الشامي. (قررو).

(*) وإن لم يفسخ الإجارة، بل ولو في الصحيحة لو حج لنفسه صح ولو عصي. (قررو).

[١] فلو قد ضاق الوقت؟

[٢] ولا يجزي عن الميت. (قررو).

مسألة: من بقي عليه طواف الزيارة فلا يصح له أن يحج ولا يطوف عن غيره في سنته التي حج فيها^(١)؛ لأن وقته باقٍ^(٢)، وأما في القابلة فقال الفقيه محمد بن سليمان: يصح أن يحج ويطوف عن غيره، وقال الفقيه علي: لا يصح. ويصح حج المرأة^(٣) عن الرجل، لكنه يكره؛ لأنه أنقص^(٤).

مسألة: ويصح استئجار الواحد بحجتين أو أكثر إذا كانتا في الذمة، ويبدأ بأيهما شاء، ثم يكون للأخيرين الخيار في الفسخ^(٥). وإن كانت إحداها معينة في سنته فلصاحب المطلقة الخيار. وكذا لو كانت معينة^(٦) في السنة الثانية فلصاحبها^(٧) الفسخ؛ لأن التعجيل يجب. وإن كانتا معيتين في سنتين صححتا^(٨) ولصاحب الأخيرة الخيار، وفي سنة واحدة تصح الإجارة الأولى لا الثانية، وإن

(١) وفي التكميل: أنه يصح مطلقاً ولو في سنته، وهو ظاهر الأزهار.

(*) ولعله يستقيم حيث خرج من الجبل وفي الوقت سعة ثم أفاض ورمى من النصف الأخير ثم استؤجر، فلا يصح أن يحج عن غيره في هذه السنة؛ لأن عليه طواف الزيارة، ووقته باقٍ. لعل هذا مبني على نسخة البيان: أن يحج ويطوف.

(٢) وبقي النظر لو خرجت أيام التشريق والسنة باقية هل يصح أن يستأجر أو لا؟ الأقرب أنه يصح استئجاره كولو لحق بأهله وهو عليه؛ إذ لا مقتضي للفرق. (غيث). ولعله يفهم من البيان في قوله: لأن وقته باقٍ، وقد عرف أن وقت الأداء أيام التشريق. (قررو).

(٣) والخثنى. (قررو).

(٤) إذ لا رمل ولا هرولة ولا حلق منها. (بستان بلفظه). ولا تكشف الرأس، ولأنها تلبس المخيط.

(٥) إذا جهلوا. قال السيد يحيى بن الحسين: وكذا لو علموا، بل لو استأجروا على سنة مستقبلية غير سنتهم كان لهم الفسخ لأجل التعجيل، قال: وعن ابن أصفهان ليس لهم الفسخ. وأما إذا كانت معينة في غير سنته تلك صححت وفعل الذي في الذمة قبلها، فإن لم فلهم الفسخ. قال السيد يحيى بن الحسين: أما لو استأجروا في سنتين معيتين عن زيد وعمرو ولم يبين فإنه يحتمل أن تفسد الإجارة، ويحتمل أن تصح ويخير الأجير. (غيث بلفظه).

(*) متى بدأ بأحدها. (قررو).

(٦) والأخرى مطلقة.

(٧) أي: معينة. (قررو).

(٨) في غير هذه السنة.

حج عن الثانية أثم وأجزأ^(١)، وله أجرة المثل. وإن عقدا في حالة واحدة أو التيس حالهما أو التيس المتقدم منهما بطلا^(٢)، وإذا حج عن أحدهما أجزأ^(٣) وله أجرة المثل.

فروع: وإنما يجوز للوصي العقد للسنة الثانية إذا عينها الموصي أو لم يجد غير هذا الأجير أو لمصلحة رأها^(٤)، وإن لم فالتعجيل واجب.

مسألة: وليس للوصي أن يعجل للأجير أجرته ولا بعضها من مال الموصي - لأنه على خطر - إلا في رهن أو ضمين وفي أو لم يجد من يحج إلا بذلك^(٥)، وإذا عجلها له ثم لم يتم الحج فحيث عجلها لغير عذر يضمنها، وحيث يجوز لا يضمن، بل يحجج ثانياً من باقي الثلث^(٦)، ذكره المؤيد بالله، وقال أبو حنيفة وأبو مضر: من ثلث باقي المال، ولا يحتسب ما قد أخرج حيث لا يجب ضمانه أو لا يمكن^(٧). وهكذا الخلاف إذا عزل الوصي قدر أجرة الحج بنيته ثم تلف أو سرق^(٨)، وسواء أوصى الميت بالحج مطلقاً أو بقدر معلوم غير معين^(٩).

مسألة: ومن استأجره اثنان أحدهما بحجة والثاني بعمرة لم يكن له أن يجمع

(١) وهذا إذا قلنا: إن العدالة غير شرط فيه. (مفتي). وأن المشتراط عدم الفسق.

(*) ولا يقال في الفاسدة: إنه لا يمكنه؛ لعدم الفسخ في الفساد المختلف فيه؛ لأن الإجارة الفاسدة أضعف من الوكالة والبيع فلا تحتاج إلى ذلك. (كواكب من باب الأحياء).

(٢) أما مع علم المتقدم ثم التيس فعلى التفصيل الذي سيأتي في الإجارة.

(٣) لأنه مأذون بالحج، ذكره الفقيه يوسف والإمام المهدي عليه السلام. (بستان معني).

(٤) وذلك نحو انتظار رجل فاضل يحججه أو نحو ذلك: (بستان بلفظه).

(٥) أو جرى عرف. (قررو).

(٦) ما لم يقتسمه أهل الثلث الذين يقسط بينهم فيسقط الحج حينئذ، بخلاف الورثة فيسترد منهم. (مفتي) (قررو).

(٧) بأن يكون الأجير والوصي فقيرين.

(٨) فإذا قلنا: يتعين بتعيينه استقام قولهم: من باقي الثلث، وإن قلنا: لا يتعين بتعيينه كان المذهب ما ذكره أبو مضر.

(*) لأنه يتعين بالعزل، وقد صرح به في الزيادات.

(٩) في أنه يحجج ثانياً من باقي الثلث على المذهب. (قررو).

بينهما في سفر واحد إلا أن يأذنا له^(١). وكذا إذا استأجره على حجتين أو أكثر فإنه ينشئ لكل حجة سفرًا، وليس له أن ينشئ السفر لهما الكل ثم يقيم بمكة ويأتي في كل سنة بحجة على الأصح، خلاف الفقيه يحيى البحيح. قلنا: إلا إذا كان الموسون أذنوا له بذلك^(٢). قال السيد يحيى بن الحسين: وكذا فيمن استأجره اثنان لزيارة قبر رسول الله ﷺ فليس له جمعها في سفر واحد إلا أن يأذنا له بذلك.

مسألة: وحيث تكون الإجارة معينة في سنة فالأجير خاص يقبل قوله، وحيث تكون غير معينة فهو مشترك لا يقبل قوله إلا بيينة، ذكره في الكافي. وقال الفقيه يوسف: إنه مشترك في الكل^(٣)، وبه قال الإمام يحيى. ولعله أولى^(٤)؛ لأن العمل معلوم، وقدر المدة غير معلوم^(٥).

مسألة: وإذا رجع الأجير من بعض الطريق لعذر أو غيره فإن كانت إجارته فاسدة استحق أجره مثله على ما سار^(٦) وما عمل على الأصح^(٧). وقال الفقيه يحيى البحيح: لا شيء له إذا لم يقف^(٨). وإن كانت إجارته صحيحة فإن كان ذكر

(١) وهما حيان أو يأذنان للوصي. (قررو).

(٢) لا الوصي والورثة فليس لهم ذلك إلا أن يأذن لهم الموسون. (قررو).

(٣) وتجب البيينة على الأجير في الأركان الثلاثة، بيينة واحدة؛ لثلاث تكون مركبة، وسواء كانت السنة معينة أم لا؛ لأن هذه إجارة على عمل. قيل: وليس للوصي أن يقبل قوله ولو غلب في ظنه صدقه. (حاشية سحولي).

(٤) وفي الانتصار: الأرجح قبول قوله، والله أعلم، ووجه أرجحيته عدم إمكان إقامة البيينة على نية الإحرام التي هي أصل الأركان، ولا عبرة فيه باللفظ كما تقدم، وكذلك الطهارة حيث تشترط على رأي. ولا ثمره لإقامة البيينة على بعض الأركان والفروض دون بعض. وقد تقدم أن وجه اشتراط عدالته على المذهب حصول الثقة بتأدية ما استؤجر عليه. (بهران).

(٥) فتكون البيينة عليه في الوجهين، قلت: وهو الصحيح. (غيث). وليس للوصي أن يقبل قوله وإن غلب في الظن صدقه. (قررو).

(٦) ويبنى على سيره حيث يستحق الأجرة مطلقاً سواء كانت صحيحة أو فاسدة. (قررو).

(٧) وذلك لأن الأجرة تستحق في الفاسدة بالعمل لا بالعقد. (بستان).

(٨) لأن المقدمات تلفت تحت يده ولم يقبض، والوقوف كالإقباض. (بستان بلفظه).

السير في عقد إجارته استحق بقدر ما سار على الأصح، خلاف قول الهادي (١)، لكن ليس للوصي أن يذكر السير إلا إذا لم يمكن إلا بذكره. وإن لم يذكر السير في العقد فلا شيء للأجير، ولا يبنى على ما قد سار حيث لم يفعل شيئاً من أركان الحج المقصودة، وهي: الإحرام والوقوف وطواف الزيارة، خلاف أبي العباس والفقهاء محمد بن سليمان فقالوا: يستحق ويبنى على ما قد سار. وإن كان قد فعلها استحق الأجرة كلها، وعليه الدماء لما ترك من المناسك (٢). وإن كان قد فعل بعضها فحيث قد أحرم ووقف يستحق الأجرة كلها (٣)، ويلزمه أو ورثته بعده استئجار من يطوف للزيارة (٤). وحيث أحرم ولم يقف فإن كان يمكن إدراك الوقوف فكذا أيضاً (٥)، ويستأجر من يبتدئ الإحرام من حيث بلغ (٦)، وإن كان لا يمكن إدراكه فكذا أيضاً حيث كانت إجارته غير معينة في سنته، وإن كانت معينة فيها فقال الفقهاء يحبي البحيح وعلي: لا شيء له؛ لأنه تلف ما فعله تحت يده، وقال الفقهاء محمد بن سليمان: بل يستحق بقسطه. وتقسط الأجرة على قدر التعب، وقيل (٧): على قدر الأركان الثلاثة.

مسألة: من أحرم بالحج لنفسه ثم تعذر عليه التمام فإن كان بعد فعل الأركان

(١) يعني: فعنده لا شيء له حتى يكمل المقصود. (بستان).

(٢) وليس لهم حبس شيء من الأجرة في مقابلة الدماء اللازمة؛ لأنها في الذمة. (مفتي). وعن الهبل: لهم الحبس حتى يخرج ما لزمه من الدماء؛ لأن أعمال الحج ناقصة. وقواه الشامي.

(٣) بل تقسط.

(٤) بل لهم ذلك ولا يلزم [١]، وعليه الأزهار. ولفظ حاشية: بل لا يلزمه ولا ورثته.

(٥) بل تقسط.

(٦) وقال في الزوائد: لا يحتاج إلى ابتداء الإحرام، بل يلزمه دم المجاوزة، وهو الذي اختاره الإمام شرف الدين علكا، وصرح به في الوابل.

(٧) عطية النجراني.

[١] فيستأجر الوصي من يطوف للزيارة.

الثلاثة جاز أن يأمر من يتم باقي المناسك عنه^(١)، وإن بقي شيء منها فلا يصح أن يستنيب غيره للتمام إلا إذا كان عذره مأیوس الزوال كما في أصل الحج.

مسألة: والأجیر للحج إذا تعذر عليه الإتمام لمرض أو موت أو نحوه فبعد الإحرام يكون له ولوارثه أن يستأجر من يتم الحج^(٢)، ويستحق الأجرة، وقبل الإحرام قال المنصور بالله والفقیه محمد بن یحیی: ليس له ولا لورثته ذلك إلا حيث شرطه في عقد الإجارة، وقال أبو طالب والمرضى: بل لهم ذلك عند العذر^(٣) إلا إذا كان منع منه عند العقد^(٤)، وسواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة^(٥).

مسألة: من أوصى بالحج ولم يعين نوعه فإنه يحمل على الأقل، وهو الأفراد، فإن استأجر الوصي عليه صح، وإن استأجر على الحج من غير بيان كانت إجارته فاسدة حيث لا عرف ظاهر بنوع، قال الفقيه علي: فيفعل الأجير ما شاء من أنواع الحج^(٦)، وله أجرة مثله عليه، لكن إن فعل غير الأفراد لم يجز عن الموصي

(١) هذا في التي لها وقت مؤقت كالرمي والمبيت بمنى وليلة مزدلفة، لا طواف القدوم^[١] ونحوه فيؤخرها حتى يزول العذر ولا يجبرها بدم [بعد دخول ميل وطنه. (قررو). (سماح هبل) (قررو). وظاهر البيان الإطلاق، ولعله أولى؛ لأن الاستنابة أولى من البدل. (عن الشامي رحمته الله).

(٢) ظاهر هذا أن الأجير لو كان من أهل مكة فلا يحتاج إلى إحرام، وليس كذلك. وفي البحر ما لفظه: فقبل الوقوف يحرم اتفاقاً. المذهب والمراوزة من أصحاب الشافعي: وكذا بعده قبل التحلل الأول؛ لوجوبه. (بحر بلفظه). المذهب أنه لا إحرام بعد الوقوف وقبل التحلل الأول. (من هامش البحر).

(٣) لأنه قد استحق بعقد الأجرة التمام.

(٤) لفظاً أو عرفاً.

(٥) لكن يشترط في الفاسدة أن يكون قد سار قدرأ مثله أجرة. (شكايزي). ولفظ الغيث: لكن يشترط في الفاسدة أن يكون قد سار بعض السير^[٢] على ما اخترناه. (بلفظه). (قررو).

(٦) لكن لا يلزم الوصي الهدي في القران. (قررو).

[١] وهذا التفصيل بين المؤقت وغيره إنما هو حيث أحرم عن نفسه كما أفهمه المصنف في صدر المسألة، وأما الأجير فله الاستنابة مطلقاً كما أفهمه البيان في المسألة الثانية. (سيدنا الحسن بن أحمد الشيباني) (قررو). [٢] قدرأ مثله أجرة.

وكانت الأجرة على الوصي^(١)، وإن فعل الأفراد أجزئ عن الميت وله الأجرة من ماله^(٢)، فإن كانت^(٣) أكثر مما أوصى به الموصي فالزائد على الوصي، وإن كانت أقل منه كان كما إذا حجج الوصي بأقل مما أمر به الموصي على ما يأتي^(٤). وهكذا لو كان الموصي عين نوعاً من الأنواع وأطلق الوصي الإجارة ثم فعل الأجير ما عين الموصي فإنه يجزي^(٥)، والكلام في الأجرة كما مر^(٦).

مسألة: وإذا فعل الأجير غير ما أمره به الوصي^(٧) لم يستحق أجرة^(٨)، ولا يجزي عن الميت ولو فعل ما أوصى به؛ لأنه فعله عنه بغير ولاية^(٩). وقال بعض أصحاب الشافعي: يجزئ. وقال في المرشد: إذا فعل الأجير أعلى مما أمر به استحق الأجرة.

(١) من ماله. (قرر).

(٢) أي: من مال الميت.

(٣) أي: أجرة المثل.

(٤) ليس كما يأتي؛ لأن هنا قد أجزئ عن الميت وهناك لم يجز على قول أبي طالب كما هو المختار، فالقياس هنا أن الزائد على أجرة المثل يكون للورثة، وفيما سيأتي يضمن الوصي جميع الأجرة بالمخالفة على قول أبي طالب. (سماع ابن مظفر) (قرر).

(٥) حيث لم ينصرف العقد المطلق إلى أي الأنواع غير ما عينه الموصي، وإلا كان عمله بغير إذن. (شامي) (قرر).

(٦) والإجارة فاسدة؛ لأن من شرطها التعيين لفظاً أو عرفاً. (قرر).

(٧) لفظاً أو عرفاً. (قرر).

(٨) قال السيد يحيى بن الحسين: إلا أن يستأجره للتمتع وضاق الوقت عن الإحرام بالعمرة فأحرم بالحج أجزئ واستحق الأجرة. (غيث). والمختار أنه لا يستحق إلا أن يستتيب. (كواكب معني). إلا أن يستتيب للعمرة ويحرم للحج بعد الإحرام للعمرة ليصدق عليه التمتع.

(٩) إلا إذا كان الأجير وارثاً أجزئ عن الميت؛ لأنه قد انعزل الوصي بالمخالفة، فيكون للوارث ولاية. (شامي، وعامر). وعن الفقيه يوسف: هذا حيث سلم شيئاً من التركة، وإلا فلا ينعزل. اهـ قلت: لعله مع العلم، وإلا فلا ينعزل. (مفتي).

مسألة: والأجير للحج إن عين له موضع الإنشاء للحج تعين، فإن كان هو وطن الميت أو حيث عينه أجزأ عنه، وإن كان غيره لم يجز عنه، والأجرة على الوصي. وإن لم يذكر له موضع الإنشاء أنشأ من موضع العقد، ثم إن كان هو وطن الميت أو حيث عينه أجزأ عنه، وإن كان غيره لم يجزى عنه، والأجرة على الوصي.

مسألة: وإذا عين للأجير موضع الإحرام تعين عليه، فإن خالف لم يستحق أجرة^(١)، وإن لم يعين له موضع الإحرام فحيث فيه عرف ظاهر يعمل به، وحيث لا عرف فيه يحرم من الميقات الشرعي؛ فلو أحرم من الميقات بعمرة لا عن الميت ثم أحرم عن الميت بالحج من مكة فقال الفقيه علي^(٢): لا يستحق أجرة^(٣)، وقال الإمام يحيى: بل يستحقها^(٤) ويلزمه دم^(٥)، كما إذا ترك نسكاً.

مسألة: من استأجر غيره يحج عنه بأجرة زائدة على ثلث ماله صح ذلك واستحقها الأجير إن فعل الحج قبل موت المستأجر له، أو بعده وقبل علمه به، أو بعد علمه به ولم يعلم بأن الأجرة فوق الثلث، فإن علم بذلك كله قبل الحج لم يستحق إلا الثلث، وإن علم بعد فعله بعض أركان الحج استحق بقدر ما عمل

(١) ولا فرق بين المخالفة في مكان الإحرام أو الإنشاء. (قررو).

(*) مسألة: الإمام يحيى: وإذا عين ميقات بلده فأحرم من غيره أجزى؛ إذ لا نقص. (بحر). إذ المواقيت سواء في الفضل.

(٢) في (ب): فقال الفقيهان علي ومحمد بن يحيى. وفي (ج): فقال الفقيهان علي ويوسف. وفي (د): فقال الفقيه يحيى بن أحمد.

(٣) ولا يجزي عن الميت، إلا أن يعود إلى الميقات ويحرم منه أجزأ^[١] واستحق المسمى، ذكره في البحر، ويلزم دم للإساءة؛ لإحرامه بالعمرة في أشهر الحج^[٢].

(٤) ويجزى عن الميت.

(٥) لترك الإحرام من الميقات.

[١] ونظره في بيان حثيث. ولعل وجه النظر أنه قد شرك في السير ولو بالانكشاف.

[٢] بل لا دم.

قبل يعلم من الرأس، ويقدر ما عمل^(١) من بعد علمه من الثلث^(٢).
فرع: فإن كان المستأجر له هو الوصي بالقدر الذي أوصى به الموصي فمع علمهما بأن الأجرة أكثر من الثلث لا يستحق من مال الموصي إلا الثلث، والزائد على الوصي. ومع جهلها لذلك يستحق الأجرة كلها من مال الموصي إن لم يكن من الوصي تفريط في البحث عن ذلك^(٣)، وإن كان منه تفريط فالزائد عليه. ومع علم الوصي وجهل الأجير بذلك يكون الزائد على الوصي. ومع جهله وعلم الأجير بذلك لا يستحق الأجير إلا الثلث، ذكره في اللمع والتقريب، وقال الفقيهان حسن ويوسف: بل يستحق الكل، لكن الزائد على الوصي، إلا أن يكون مغروراً ولم يفرط في البحث رجع به على تركه الموصي.
فرع: ولعله إنما كان زائد الأجرة على الوصي بخلاف ما إذا باع أو اشترى للميت بغبن كثير فإنه لا يصح^(٤) - لأنه هناك يمكن رد المبيع، وهنا لا يمكن رد العمل فكان الزائد على الوصي. وهكذا في الوكيل بالإجارة^(٥). فلو أراد الوصي

(١) بل الكل؛ لأنه مغرور، ولا يمكنه الفسخ بعد الإحرام؛ لوجوب المضي.
(٢) قال في شرح الأثار ما معناه: إذا كان المستأجر هو الموصي فلا يخلو: إما أن يستأجر للشيوخوخة ونحوها [الإفعاد] حيث ينفذ تصرفه من رأس المال فإن الأجير يستحق جميع ما عقد عليه مطلقاً من غير نظر إلى موت المستأجر أو حياته، أو إتمام الأعمال قبل الموت أو بعده، وأما حيث كان الاستئجار في المرض المخوف المأيوس فإنه ينظر: فإن علم الأجير بالزيادة على الثلث^[١] قبل أن يجرم رد إلى الثلث^[٢]، وإن لم يعلم حتى أحرم أو فرغ من أعمال الحج استحق الجميع؛ لأنه مغرور من المستأجر، وبعد الإحرام لا يستطيع الفسخ؛ لوجوب المضي فيما أحرم له^[٣]. (قررو).

(٣) والجهل بوجوب البحث عذر. (مفتي، وعامر) (قررو).
(٤) ويض للجواب في الزهور، ولفظ الزهور: وهو يقال: لم صحت الإجارة وكان متبرعاً بالزائد ومن أصلكم أن من شري أو استأجر بالوكالة أو بالوصاية بأكثر من المثل لم يصح؟ (بلفظه).

(*) أي: لا ينفذ.
(٥) هذا مستقيم حيث استأجر الوكيل لموكله بأكثر من أجرة المثل، لا حيث أجر عنه بغبن فاحش فإنه موقوف.

[١] وعلم أنه يرد إلى الثلث. (قررو).

[٢] وثبت له الخيار.

[٣] فإن صح من مرضه استحق الأجير أجرته الجميع مطلقاً وإن لم يميز عن فرض المستأجر. (سعيد هبل) (قررو).

أو الوكيل فسخ الإجارة قبل تسليم العمل^(١) فالأقرب أن له ذلك، وإن لم يفعل كان الغبن عليه^(٢).

مسألة: وإذا لم يف ما عينه الموصي من المال بأجرة الحج من بلده حجج عنه به من حيث يمكن، وليس للموصي أن يزيد عليه من مال الموصي إلا برضا الورثة، ولا له أن يتجر فيه للربح^(٣)، فلو فعل كان غاصباً^(٤) ويتصدق بربحه^(٥)، خلاف المؤيد بالله في التصديق، وتبطل ولايته مع علمه^(٦) بعدم الجواز، لا مع جهله.

مسألة: من قال لغيره: حج عني بنفسك، أو حجج عني غيرك، وقبل ذلك - امتثل أمره ولم يخالف، وإن لم يصرح له بشيء من ذلك، بل أمره بالحج عنه مطلقاً فإن عرف قصده عمل به، وإن لم يعرف رجع إلى العرف في ذلك الأمر هل يراد به أن يحج بنفسه أو يأمر غيره به، فإن لم يكن ثم عرف فعله بخير في ذلك^(٧).

مسألة: وإذا عين الموصي رجلاً يحج عنه فاستأجر الوصي غيره فلغير عذر لا يجزئ الميت، وتكون الأجرة على الوصي، ولعذر نحو موت المعين أو امتناعه^(٨).

(١) أي: قبل الشروع في العمل. اهـ قلت: في الحج. (مفتي) (قررو).

(٢) أي: على الوكيل والوصي.

(٣) والفرق بين مال الحج ومال اليتيم أن مال الحج المأمور به فيه الاستئجار فلم يكن له أن يتجر فيه، ومال اليتيم المأخوذ على المتولي فيه تحري الصلاح، والاتجار فيه صلاح. (ديباج).

(٤) إلا أن يعين له ذلك أو يعرف من قصده. (مفتي) (قررو).

(*) لأنه لم يؤذن له بذلك.

(٥) لأنه ربح مال مغصوب.

(٦) فائدة: من دفع إلى غيره مالاً ليحج عنه به ثم مات الدافع بطل الأمر؛ لأنه وكالة، ورد المأمور المال إلى الورثة بحججون عن الميت به، إلا أن يكون الميت أضاف ذلك إلى بعد موته فهو وصاية. (قررو).

(٧) وفي الرياض: فإن لم يكن ثمة عرف ولا شاهد حال فالظاهر فيمن قال: «حج عني» أنه أراد به بنفسه، ومن قال: «حجج عني» يحتمل الأمرين، وانصرافه إلى الغير أقرب. وأما إذا قال: «أوصيت إليك بالحج» فإنه بخير. (قررو).

(٨) أو فسقه.

قال الفقيهان يحيى البحيح وعلي: لا يجزي أيضاً^(١)، وقال الفقيه حسن: بل يجزي^(٢). ويتفقون إذا عرف أن قصد الموصي الخلاص من الحج فقط أنه يجزي عنه مطلقاً^(٣).

مسألة: وإذا عين الموصي مالاً للحج ثم تلف المال بطلت الوصية^(٤)، إلا أن يعرف من قصد الموصي أنه يريد الخلاص بذلك المال أو غيره حجج عنه من باقي الثلث^(٥)، لا بأكثر منه.

فرع: وهكذا إذا أوصى الميت بأن يقرأ على قبره بشيء من ماله ثم التبس موضع قبره: فإن عرف قصده عمل به، وإن لم فالأقرب أنه يقرأ في أي موضع^(٦) على قول الفقيه حسن، لا على قول الفقيهين يحيى البحيح وعلي^(٧).

فرع: وإذا خالف الوصي في المال الذي أوصى به الميت للحج ففي عينه أو

(١) وتبطل الوصية. (قررو).

(٢) قال في البستان: لأن الميت كأنه أوصى بشيئين: الحج وتعيين الحاج، فإذا بطل أحدهما لم يبطل الآخر.

(*) واختاره في البحر والسحولي وعامر والشامي والمفتي والتهامي والمتوكل على الله. (٣) سواء كان لعذر أم لغيره.

(٤) يريد لا يجب التحجيج من باقي التركة، وأما الوصية فلا تبطل، فلورضي الورثة^[١] أو تبرع الغير صح التحجيج ولا تكون حاله حال من لم يوص. (قررو).

(*) إلا أن يتلف على وجه يضمن لم تبطل^[٢]، ذكره بعض المحققين. (تهامي).

(٥) فإن لم يبق من الثلث شيء بطلت الوصية^[٣] على ما ذكره المؤيد بالله.

(٦) وعن الشامي: هذا إذا التبس موضعه بالكلية، وإن التبس بين ثلاثة قبور قرأ عليهم ونوى على الموصي منهم. (شامي) (قررو).

(*) وكذا إذا عرض له عذر من مطر أو نحوه وهو معين في كل يوم جزءاً أو نحوه فعلى قول

الفقيه [س] يقرأ، وعلى قول الفقيهين يحيى البحيح وعلي لا يقرأ، ولا يصح في وقت آخر. اهـ والعرف أن الوقت المعين إذا فات فعله الأجير في الوقت الثاني بنفسه ولا يفوت

العمل، والله أعلم، وذلك كختمة الدفن ونحو ذلك. (قررو).

(٧) فتبطل الوصية.

[١] أو لا وارث له (قررو).

[٢] ويحجج بالعوض.

[٣] حيث لا يعرف من قصده التخلص من الحجية. (قررو).

جنسه (١) لا يجزئ^(٢) ويضمنه، ذكره المنصور بالله، قال محمد بن أسعد (٣): المراد به في حج النفل، فأما في الفرض فيجزي^(٤). ومثله في الإفادة وحواشيها. وهكذا^(٥) في سائر الواجبات وديون بني آدم^(٦).

وإن خالف في قدره فبالزيادة يجوز، وتكون الزيادة عليه، وبالنقصان منه إن عرف ذلك من قصد الموصي جاز، وإن لم فقال أبو طالب: لا يجزي ويضمن الوصي، وقال المؤيد بالله: يجزي ويسلم الباقي للأجير، وقال أبو حنيفة: يجزي والباقي للورثة، وقال الناصر والشافعي: يجزي ويحجج بالباقي عن الميت حجة أخرى من حيث يمكن^(٧).

وإن خالف الوصي في المكان الذي عين الميت أنه يحج عنه منه فإن حجج من أقرب إلى مكة^(٨) لم يجز الميت وضمن الوصي، وإن حجج من أبعد جاز بشرط

(١) أو نوعه أو صفته. (قررو).

(٢) إلا أن يعرف من قصده الخلاص بذلك أو غيره صح التحجيج وأجزأت. (قررو).

(*) ولو من الدراهم والدنانير. (قررو).

(٣) المرادي.

(٤) وقال الفقيه يوسف: يضمن الوصي فيهما جميعاً إلا أن يعرف أن قصد الموصي التخلص. (شرح أزهار بلفظه).

(*) وظاهر الأزهار لا فرق. (قررو).

(٥) الخلاف.

(٦) وعن الدواري: أنه يضمن بالمخالفة في الجنس والنوع والصفة؛ لأن قد عين له. (هامش بيان من الوصايا على كلام الإفادة الآتي). يعني: بعد قوله: مسألة: إذا ثبت على الميت دين مختلف فيه .. إلخ بأربع عشرة مسألة.

(*) يعني: أن ما عين له من وراء ذلك لم يتعين، ذكره في الإفادة وحواشيها، والأظهر أنه يتعين.

(٧) قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى عليه السلام: فمن عمل بأي ذلك جاهلاً معتقداً لصحته فهو كالمجتهد. (قررو).

(٨) أو مساو. (قررو).

أن يمر الأجير^(١) ذلك المكان الذي عينه الموصي أو ميله، وعند المؤيد بالله لا يشترط ذلك.

وإن خالف الوصي في الزمان الذي عينه الموصي فبالتقديم عليه يجوز^(٢)، وبالتأخير عنه يجزي^(٣) ويأثم إذا كان لغير عذر^(٤). وإن كانت المخالفة في الزمان من الأجير بأن يحج في سنة غير التي عينت له لم يجز الموصي، ولا يستحق أجره^(٥).

مسألة: إذا أوصى الميت بالحج وعينه في أرض له يحجج عنه بها أو بثمانها ثم زرعها الوارث فلا أجره عليه^(٦)، بل يأثم إذا تراخى مع الإمكان.

مسألة: وأفضل الحج هو الأفراد إذا انضاف إليه عمرة بعد أيام التشريق^(٧)، وإن لم فالقران أفضل ثم الأفراد ثم التمتع. وقال القاسم والمنصور بالله وأبو حنيفة: القران أفضلها. وقال الباقر والصادق والناصر: التمتع أفضلها، ثم القران ثم الأفراد، وقال في المنتخب وأبو العباس: الأفراد أفضل في حجة الإسلام، والقران أفضل في غيرها.

(١) أو نائبه ولو لغير عذر. (قررو).

(٢) إلا لغرض في التأخير، كسنة الجمعة أو نحوها، ذكره الدواري. وقيل: ولو عين زماناً أفضل؛ لأنه مسارعة إلى الخير.

(*) ويجزي هذا في الفرض، لا في النفل فلا يجزي.

(٣) وسواء في الفرض والنفل على المختار.

(٤) يفهم من هذا أن ولايته لا تبطل بالتراخي لغير عذر، ومن قال: التراخي مبطل فلا يصح منه الاستئجار.

(٥) مطلقاً: سواء خالف بالتقديم أو بالتأخير. (شامي) (قررو).

(٦) فلو عين ناقة مثلاً للحج فلم يحجج بها إلا ولها أولاد، فهل يجب التحجج بهن جميعاً؟ من خط سيدنا أحمد بن محمد الأكوخ ما لفظه: الذي سيأتي في الوصايا في استغلال الجربة الموصى بها للحج أنها تطيب الغلة للورثة، فكذا هنا. (سيدنا مهدي رحمة الله عليه) (قررو).

(*) لأن الحاج لم يملك الأرض كما سيأتي في الوصايا. (بستان).

(٧) في ذلك السفر وتلك السنة. (شرح أثمار). المراد في بقية شهر الحجة. (قررو).

مسألة: والعمرة سنة. وقال الباقر والصادق والناصر: إنها تجب مرة كالحج^(١).
فرع: وهي تصح في الشهر مراراً. وقال الناصر: مرة فقط. وأفضلها في رمضان وفي رجب. وهي إحرام وطواف وسعي وحلق أو تقصير^(٢)، خلاف القاسم في الحلق والتقصير. وهي تكره في أشهر الحج^(٣) وفي أيام التشريق^(٤)، وتوجب دمًا^(٥)، خلاف الشافعي^(٦).

مسألة: من نذر بالمشي أو بالوصول إلى مكة أو الكعبة أو منى أو الحرم أو ما داخله صح^(٧) ولزمه الوصول لحج^(٨) أو عمرة، وإن نوى أحدهما لزمه^(٩). وكذا لو قال: عليه الوصول ونوى إلى مكة أو نحوها. وإن نذر بالذهاب أو

(١) حجتنا ما روي أنه قيل: يا رسول الله، العمرة واجبة مثل الحج؟ قال: ((لا، ولكن أن تعتمر خير لك)). ووجههم قوله تعالى: ﴿وَأْتِمُوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة ١٩٦] فأمر بإتمامها، ولا يكون إتمامها واجباً إلا وهي واجبة. قلنا: خصها الخبر. (بستان). قلنا: الآية إنما أوجبت إتمام العمرة ولم توجب ابتداءها. (غيث).

(٢) يفهم من هذا أنه لا وداع لها كما فهمه بعض أصحاب الشافعي من عباراتهم، لكن في الترمذي عن الحارث بن عبدالله أن النبي ﷺ قال: ((من حج هذا البيت أو اعتمر فليكن آخر عهده بالبيت)). جامع أصول. وهو في الإملاء للشافعي على المعتمر وفي باب المواقيت من العجالة: نعم المقيم بمنى للرمي لا ينعد عمرة لاشتغاله بالرمي والمبيت، نص عليه، ومنه يؤخذ امتناع حجتين في عام، وهو إجماع كما نقله القاسم أبو الطيب.
 (٣) تنزيهه. (قرير).

(*) يعني: لغير المتمتع والقارن؛ إذ يشتغل بها عن الحج في وقته. وتكره في أيام التشريق لما روي عن علي عليه السلام أنه كرهها فيها، وأمر من أحرم بالعمرة في أيام التشريق أن يرفضها ويقضيها إذا انقضت أيام التشريق. (بستان بلفظه).

(*) الكراهة للحظر في أيام التشريق، وللتنزيه في أشهر الحج، ذكره عليه السلام. (نجري معنى) (قرير). والمختار أنها للحظر في الكل، ذكره ابن مفتاح.

(٤) حظر.

(٥) في أيام التشريق فقط. (قرير).

(٦) فقال: لا تكره، ووجهه أن أدلتها لم تفصل بين وقت ووقت. لنا ما مر. (بستان).

(٧) قيل: هذا الحكم يختص بمن لا يجوز له دخول مكة إلا بإحرام كالآفاقي، وقرره السيد المفتي. وظاهر الأزهار الإطلاق.

(٨) ويجزئ عن حجة الإسلام. (قرير).

(٩) ولا يجزئ عن حجة الإسلام. (قرير).

بالخروج إلى هناك لم يلزمه إلا أن يريد به الوصول إلى هناك. وقال الشافعي: يلزمه مطلقاً. وقال أبو حنيفة: لا يلزمه إلا حيث نذر بالمشي أو بالوصول إلى الكعبة أو بيت الله الحرام.

فرع: وحيث نذر بالمشي إلى هناك لا يجوز له الركوب^(١) إلا لعذر^(٢)، ويلزمه دم^(٣). وقال المنصور بالله وأحد قولي المؤيد بالله: يجوز له الركوب ويلزمه دم. وقال الشافعي: يجوز له الركوب ولا دم عليه. وقال الباقر والشافعي وأحمد بن عيسى وأحد قولي الناصر والمهدي: يخير بين الوفاء بنذره وبين إخراج كفارة يمين.

ويستحب عندنا في هذا الدم أن يكون بدنة^(٤) إذا كان الركوب أكثر من المشي، أو بقرة إن استويا، أو شاة إن كان مشيه أكثر من ركوبه.

ويعتبر المشي من موضع نذره عند الهادي والقاسم^(٥). وقال المؤيد بالله: من موضع إحرامه أي مكان أحرم منه. فلو مات وأوصى بما نذر من المشي^(٦) إلى مكة وجب الدم من تركته^(٧) - لعدم مشيه - ولو مشى الأجير^(٨)، وقيل: إن مشيه يقوم مقام مشي الموصي.

(١) ولا يجزئ للمخالفة. وقيل: يجزي وعليه الفدية كترك نسك. (بحر).

(٢) وهو الضرورة [الضرر (نخ)]. (قررو). وعليه الأزهار: ويركب للعجز.

(٣) ولا يدل لهذا الدم إجماعاً. (هاجري).

(٤) وتجزئ الشاة مطلقاً.

(٥) إن نذر بالمشي مطلقاً فكما ذكره الهادي والقاسم عليهما السلام، قال في البحر ما معناه: وأما إذا نذر بالحج ماشياً فلا يلزمه المشي إلا من حيث يحرم^[١] على المذهب. (قررو).

(*) ويمشي في الحج حتى تحل له النساء، وفي العمرة حتى يخلق. (شرح أثمار). ومعناه في البحر. (قررو).

(٦) بعد التمكن ومضي وقت يتسع للذهاب والعود. (قررو). وإلا فكفارة يمين. وقيل: لا كفارة.

(٧) من الثلث. (قررو).

(٨) فإن لم يمش الأجير لم يجزه ولو لعذر. (قررو). ولا يستحق شيئاً من الأجرة. (قررو).

(*) وإذا شرط على الأجير المشي ثم ركب فقال الفقيه علي: لا يجزيه؛ لأنه مخالف، وقال الفقيه حسن: إنه يجزي ويلزمه دم كما إذا ترك نسكاً من الحج. اهـ يقال: إن ركب غير عذر فالقوي كلام الفقيه علي، وإن كان لعذر فالقوي كلام الفقيه حسن. اهـ القياس مع الشرط أنه لا يجزي مع الركوب، ولا يستحق أجرة. (قررو).

[١] أي: من الميقات. (قررو).

مسألة: ومن نذر أن يهدي^(١) ولده أو غيره من الأحرار^(٢) إلى مكة أو نحوها فإن نوى بذلك ذبحه كان كما إذا نذر بذبحه على ما يأتي، وإن لم يرد به ذبحه كان كما إذا نذر بإيصاله إلى هناك أو نذر أن يحج به، فيلزمه تحمل مؤنته إلى هناك^(٣) لحج أو عمرة، وفي رجوعه إلى بلده^(٤)، فإن امتنع ذلك الشخص من السير إلى هناك فلا شيء على الناذر^(٥)، إلا أن يساعده من بعد وجب^(٦). وإن مات الشخص قبل ذلك فات المنذور به ووجبت كفارة يمين على الناذر^(٧). وقال أبو حنيفة والشافعي: لا شيء على الناذر مطلقاً^(٨). قال الفقيه علي: وإن كان الشخص هذا صغيراً^(٩) فلا شيء على الناذر؛ إذ لا قربه في إيصاله^(١٠).

مسألة: ومن نذر أن يهدي عبده أو فرسه^(١١) أو داره أو ماله لزمه أن يشتري

(١) الإهداء عبارة عن الإيصال، فصار كقول القائل: أهديت إلى فلان كذا.

(٢) وكذا عبد غيره كما صرح به في الأثر.

(٣) وله المطالبة للناذر بذلك.

(*) وتكون المؤنة من الثلث، وقيل: تكون من رأس المال؛ لأنها غير معينة. (كواكب).

(٤) ينظر ما وجه وجوب نفقة الرجوع؟ لأن هذا عبارة عن الإيصال، وقد أوصله. (زهور).

لعله يقال: كأنه نذر بمؤنة حجه ذهاباً وإياباً. ومعناه في الغيث.

(٥) ولا كفارة مع البطلان. (قرر).

(٦) وهو يقال: أليس امتناعه كرده^[١]؟ فما وجه وجوبه من بعده؟ (بستان).

(٧) بعد التمكن. (مفتي).

(٨) وحجة أبي حنيفة والشافعي أنه متعذر، فهو كما لو نذر بملك الغير. قلنا: بل ممكن، ولا

نسلم القياس على ملك الغير؛ لأن المنذور به في مسألتنا مؤنة الحج، وتعليقها بالذمة يصح،

بخلاف ملك الغير. (بستان بلفظه).

(٩) أو كافراً أو مجنوناً. (قرر).

(١٠) لأن الصبي والمجنون والكافر لا قرابة في إيصالهم إلى البيت الحرام، لعدم صحة النسك

منهم؛ فلا يصح النذر بإهدائهم. (شرح أثار).

(١١) ولو كان الناذر ممن يستجيز ذبحها؛ إذ لم يتعلق الهدى الشرعي إلا بالأنعام الثلاث، فيتعين

البدل. (بحر معني).

[١] إلا أن يجري عرف. (شامي).

به أو بثمانه هدايا إلى مكة أو منى إن نوى أحدهما، وإن لم ينو فإلى الحرم^(١)، ذكره في الشرح. وقال الناصر: لا شيء عليه.

مسألة: ومن نذر بذبح ما يجوز ذبحه بمكة أو منى أو نحوهما من الحرم لزمه ذلك، وإن نذر بذبحه مطلقاً ولم يعلقه بالحرم وجب^(٢)؛ لأن له أصلاً في الوجوب، وهو دماء المناسك، ويتصدق بلحمه^(٣)، ذكره الفقيه يوسف.

مسألة: ومن نذر بذبح ما لا يجوز ذبحه في الحرم وهو يجوز بيعه كعبدته ودابته لزمه أن يشتري به هدايا^(٤) ويذبحها هناك، ولا يأكل منها شيئاً، ذكره الهادي. وقال الناصر والفقهاء: لا شيء عليه.

وإن نذر بذبح ما لا يجوز بيعه ولا ذبحه^(٥) كنفسه أو ولده أو أجنبي أو مكاتبه^(٦) أو أم ولده في الحرم أو نحو لزمه ذبح كبش هناك^(٧)، ويتصدق

(١) وقال المفتي: حيث شاء.

(٢) أين شاء. في تذكرة علي بن زيد: يذبحه في أي مواضع الدنيا.

(٣) على الفقهاء كدماء المناسك. (عن المفتي من باب النذر).

(*) أين شاء. (قررو).

(٤) إذا كان قدر الثلث. (قررو).

(٥) وأما إذا نذر بذبح حق الغير هل تلزمه قيمته عندنا أم لا؟ الظاهر عدم الوجوب، وهو محتمل. (شرح آيات). وعن سيدنا إبراهيم حثيث: لا يلزمه، ولعل الأقرب لزوم كفارة يمين؛ لأنه نذر بمحذور. (قررو). وفي الثمرات بعد أن ساق الكلام على النذر بذبح ما لا يجوز ما لفظه: ويتفرع على هذا لو نذر بذبح عبد الغير أو فرس الغير أو شاة الغير هل يكون نذراً بما لا يجوز منه ذبحه ولا بيعه، أو يقال: إنه يباع في حال فتلزمه قيمته؟ فهذا ينتقض بالمكاتب؛ إذ هو يباع في حال، وذلك حالة العجز، هذا محل النظر، والله أعلم.

(٦) وعتق، وإلا كان كما تقدم. (قررو).

(٧) وعن الإمام المؤيد بالله محمد بن المنصور بالله عليه السلام أن فعل إبراهيم ليس بحجة؛ لأنه من الله ابتلاء له، والذي نقول: إن ذبح الابن محذور، والنذر بالمحذور لا يصح، فتلزمه كفارة يمين. قال في شرح الآيات: وهو قياس المذهب.

بلحمه^(١). وقال الناصر والشافعي: لا شيء عليه. وقال زيد بن علي وأبو حنيفة: يلزمه ذلك في الولد دون غيره. قال الفقيه يوسف: وكذا لو لم يعلق ذلك بالحرم؛ لأن أصله فعل إبراهيم عليه السلام. وهو محتمل للنظر؛ لأن فعل إبراهيم كان في الحرم. قال في الشرح وإن ذبح بدنة^(٢) فأفضل. وهكذا في كل دم وجب أو هدي أوجبه فأعلاه بدنة وأدناه شاة.

مسألة: ومن جعل ماله في سبيل الله أو هدايا إلى بيت الله أخرج ثلثه في الأمور المقربة إلى الله أو في الهدايا إلى مكة. وقال زيد بن علي والمؤيد بالله وأحد قولي القاسم وأحد قولي الهادي: يخرج ماله كله^(٣)، قال المؤيد بالله: إلا ما لا يستغني عنه من الثياب ونحوها وقوت يوم؛ لأن النذر بذلك محذور. وقال الناصر وأحمد بن عيسى والشافعي: إن شاء وفي بنذره وإن شاء أخرج كفارة يمين.

(١) ولا يأكل منه شيئاً.

(٢) أو بقرة، ذكره في أصول الأحكام. اهـ ولا يجزي التشريك في البدنة أو البقرة هنا، ويجزي المعز والأنثى، ويشترط سن الأضحية والسلامة من العيوب. (نجري) (قرير).

(٣) حجتنا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ﴾ [الإسراء: ٢٩] وقوله تعالى: ﴿لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يَقْتُرُوا﴾ [الفرقان: ٦٧]، فهني عن القبض والبسط، ومدح على التوسط وأخذنا إخراج الثلث من الوصية حيث قال ﷺ: ((الثلث والثلث كثير))، بجامع أن ذلك قرينة تعلقت بالمال. وحجتهم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] وقوله: ﴿وَأَلِفُوا نُذُورَهُمْ﴾ [الحج: ٢٩] وقوله: ﴿يُوفُونَ بِالنَّذْرِ﴾ [الإنسان: ٧] وهذا عام، وقوله ﷺ: ((من نذر نذراً سماه فعلية الوفاء به)). (بستان).

فإن مات العبد أو الدابة أو نحوهما قبل التمكن من بيعه لزمه كفارة يمين، وبعد التمكن يلزمه قيمة ذلك وكفارة يمين. (غيث، وشرح أثمار معني).

كتاب النكاح

[المحرمات من النساء]

المحرمات من النساء محصورات، وما عداهن حلال. وللتحريم ثلاثة أسباب: الأول: النسب، فيحرم على الإنسان أصوله وفروعه^(١) وفروع أبويه وأول فرع من أجداده وجداته من قبل الأب والأم.

الثاني: السبب، وهو ضربان: مصاهرة ورضاع. أما المصاهرة فيحرم منها على المرء زوجات أصوله^(٢)، وزوجات فروعه^(٣)، وأصول زوجاته مطلقاً^(٤)، وفروع زوجاته بعد الدخول أو ما يقوم مقامه، ولو حدثوا بعد طلاقه لزوجته منها أو من أولادها ما تناسلوا، وكذلك في حق المرأة^(٥)، وكذلك لو حدثت لزوجته أم من الرضاع بعد طلاقه لها في الحولين أو حدث للطفل أب من الرضاع بعد فسخ^(٦) نكاح زوجته^(٧).

مسائل: والدخول بالزوجة يحرم أولادها ما تناسلوا ولو كان في حال الصغر^(٨) أو الجنون منهما أو من أحدهما، وكذا اللمس أو التقبيل إذا كان لشهوة

(١) ويدخل فيه الولد من الزنا.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء ٢٢]. (بستان).

(٣) ويدخل فيه الولد من الزنا. (قرئ).

(٤) سواء دخل أم لا.

(٥) يعني: فإن من حرمت على ذكر فإنه يحرم عليها من جهته مثل ما حرم عليه من جهتها، لكنه لا يعتبر فيها الدخول لأجل تحريم أولاد زوجها عليها. (بستان لفظاً).

(٦) لأنه لا يتهيأ طلاق، بخلاف الفسخ.

(٧) فلا تحل لأبيه من الرضاع هذا الحادث، ويصح أن يراد بالضمير لزوجة الأب، فلا تحل له زوجة ابنه هذا الحادث ولو كان قد انفسخ نكاحها عن الأب قبل الرضاع. والأول هو الظاهر.

(٨) مع الصلاح. (قرئ).

(*) مع الصلاح لذلك. اهـ وقال المفتي: الظاهر الإطلاق، وأما في الحد فلأنه يدرأ بالشبهات. اهـ وبنى عليه في البيان فيما يأتي في قوله: «مسألة: من وطئ زوجته فأفضاها.. إلخ»، وقد اختير خلافه فيما يأتي.

ولو من وراء حائل^(١)، وكذا النظر إليها لشهوة من غير حائل إلى أي بدنها نظر حتى الشعر^(٢)، ولو من وراء زجاجة أو بين الماء، لا في المرأة ونحوها^(٣). وقال الناصر: لا تحريم إلا بالدخول. وقال الشافعي: لا تحريم بالنظر. وقال أبو حنيفة: النظر لا يحرم إلا إذا كان إلى الفرج^(٤).

فرع: ونظر الزوجة إلى زوجها لشهوة لا يوجب التحريم^(٥)، خلاف بعض أصحاب الشافعي، وكذا لمسها له وتقبيلها من غير شهوة منه، وكذا بعد الموت إذا لمسها أو قبلها أو وطئها^(٦) فلا تحريم^(٧)، ويأثم بذلك. وكذلك الخلوة بالزوجة لا توجب التحريم، خلاف ما في الزوائد عن القاسمية.

مسائل: والأمة كالزوجة في أن وطئ السيد لها يوجب تحريم بناتها وأمها ما تدارجوا عليه، وتحريمها على آبائه وأبنائه ما تدارجوا، وكذا لمسها أو تقبيلها

(١) وحصل معه غمز أو اعتماد. (قرر).

(*) غير كثيف. (قرر).

(*) وذلك لأن الاستمتاع بها يحصل مع الحائل، بخلاف النظر فلاستمتاع به لا يحصل مع الحائل. (بستان).

(٢) إذا كان متصلاً في الحياة فقط. (حاشية سحولي).

(٣) كالسيف والشفرة الصقيلين، ونحو أن يرى صورتها في الماء وهي خارج. (قرر).

(٤) ولو أجنبية.

(٥) يعني: لا يوجب تحريم فصولها عليه.

(*) والفرق بينهما أن نظره يقتضي أن تحرم على نفسه فصولها، ونظرها وتقبيلها يقتضي تحريم الغير على الزوج، وهن بناتها. وهذا الفرق هو الأصح.

(*) ما لم تستدخل ذكره في فرجها في حال نومه فإنه يقتضي التحريم. وقيل: لا يقتضي التحريم ولا يوجب كمال المهر، ومثله في البحر؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣]، فعبّر بالدخول من جهته، وهي وإن فعلت فهو غير داخل.

(٦) قال سيدنا: وهذا يدل على أن المرأة إذا ماتت وما لها محرم يدخل بها القبر ثم عقد بابنتها رجل ليدخل بها القبر فلا يصير لها محرماً، فيحقق ذلك.

(٧) لارتفاع النكاح بينهما. اهـ بالموت.

أو النظر إليها^(١) مع الشهوة، ولو حدثت بناتها بعد عتقها أو بيعها، فلا يتزوجهن ولا يطأهن بملك.

وأما الرضاع: فكل ما حرم بالنسب حرم مثله من الرضاع^(٢)؛ لأجل النسب ولأجل المصاهرة، إلا أم الأخ^(٣) والعم^(٤) وجدة الابن أم أمه فيحلان من الرضاع ويحرمان من النسب مطلقاً^(٥)، وإلا أخت الابن من الرضاع وعمته^(٦)

(١) لما روي أن علياً عليه الصلاة والسلام كشف ساق جارية فوهبها من ابنه الحسن وقال: لا تدن منها، فإنها حرام عليك. (زهور).

(٢) قال في البرهان: وضابط ما يحرم من الرضاع أن نقول: يحرم على الرضيع مرضعته، وزوجها صاحب اللبن، وأصولهما وأزواجهم، وفروعهما، وأول فرع من كل أصل لهما. ويحرم عليهما رضيعهما وفروعه وأزواجهم. (بستان). وسواء كان الأصل أو الفرع من نسب أو رضاع. ولفظ حاشية السحولي: وضابطه أن يقال: ذو اللبن وأقاربه صهراً ونسباً ورضاعاً للرضيع وولده من النسب والرضاع وما حرم بالمصاهرة أقارب، وأقارب الرضيع غير ولده ونسائه لذي اللبن وأقاربه كما مر أجانب. (قررو). قال الشاعر في حصر ذلك:

أقارب ذي الرضاعة بانتساب أجاناب مرضع إلابنيه
ومرضعة أقاربهما جميعاً أقاربه ولا تخصصيص فيه

(٣) من النسب فتحل لأخيه من الرضاع. قوله: «إلا أم الأخ» يعني أن الأخ من الرضاع تحل أمه التي ولدته لأخيه لأمه من الرضاع، ولا تحل أم الأخ من النسب؛ لأنها أم أو امرأة أب. قوله: «والعم» يعني أن العم من الرضاع تحل أمه التي ولدته لابن أخيه من الرضاع، ولا تحل أم العم من النسب؛ لأنها جدة أم أب أو امرأة جد. قوله: «وجدة الابن أم أمه» يعني أن الابن من الرضاع تحل جدته أم أمه من النسب لأبيه من الرضاع، ولا تحل جدة الابن من النسب؛ لأنها أم زوجته. نعم، ويمكن أنه أراد في الكتاب أن الأخ من النسب تحل أمه من الرضاع، وكذلك العم والابن، ويشعر بذلك قوله في الكتاب: «فيحلان من الرضاع»، أي: إذا هن من الرضاع. (بستان).

(٤) قيل: إنما يصح الاحتراز من واحدة، وهي أم الأخ من الرضاع، فإنها لا تحل من النسب بحال؛ لأنها أم أو امرأة أب، وما عداها فقد يحل من النسب في المدعى، ومع اختلاف الأبوين في بعض الصور.

(٥) على كل حال.

(٦) يعني: أن الابن من الرضاع تحل عمته لأبيه، ولا تحل عمه الابن من النسب؛ لأنها أخت الأب. (بستان).

وجدته أم أبيه فيحلان من الرضاع وقد^(١) يحرم من النسب، وقد يحلان، وهو في الولد المدعى بين جماعة، وكذا أخت الأخ لأب من أمه^(٢) وأخت الأخ لأم من أبيه^(٣) حلال^(٤).

السبب الثالث: الحال^(٥)، وهو ضربان: الأول: الجمع، فيحرم الجمع بين الأختين^(٦)، وبين العممة وبنات أخيها^(٧) وإن نزلت، وبين الخالة وبنات أخيها^(٨) وإن نزلت، وسواء كان ذلك من نسب أو رضاع. وكذا الجمع بين الأختين المملوكتين في الوطاء بالملك لا يجوز، وكذا في العممة وبنات أخيها والخالة وبنات أخيها وإن نزلت.

مسألة: وضابط تحريم الجمع: أن كل أنثيين لو كانت إحداهما ذكراً لحرم التناكح بينهما من كلا الطرفين^(٩) فإنه يحرم الجمع بينهما في النكاح وفي الوطاء بالملك، وإن

(١) قد ليست في محلها.

(٢) تحل للأخ من أب.

(*) قوله: «وكذا أخت الأخ لأب.. إلخ» ليس مراده الاستثناء، بل الإخبار بأنها حلال مطلقاً. (بستان).

(٣) تحل لأخيه.

(٤) يعني أنها يحلان من النسب ومن الرضاع.

(٥) يعني: تحرم لأجل الحال التي هي عليها، فإذا فارقت هذه الحالة حلت، بخلاف القسمين الأولين فإن التحريم يتأبد فيهما. (زهور).

(٦) وذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ﴾ الآية [النساء ٢٣]. وقوله: «وبين العممة وبنات

أخيها وإن نزلت، وبين الخالة وبنات أخيها» وذلك لقوله ﷺ: ((لا تنكح المرأة على

عمتها ولا على خالتها، لا الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى)). وفي حديث:

((لا تنكح المرأة على عمتها، ولا العممة على بنت أخيها، ولا المرأة على خالتها، ولا الخالة على

بنت أخيها، لا تنكح الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكبرى)). (بستان).

(٧) خلاف عثمان البتي.

(٨) خلاف عثمان البتي.

(٩) وكذا مثلاً لو تزوج عمرو بنت زيد، وزيد تزوج بنت عمرو، ثم طلق كل واحد منهما زوجته

بائناً أو ماتا- فليس لغيرهما أن يتزوج بالابنتين جميعاً؛ لأن كل واحدة منهما مع تقدير أحدهما

ذكراً تحرم عليه؛ لكونها زوجة أب؛ لأننا إذا فرضنا بنت زيد ذكراً حرمت عليه بنت عمرو

كان يحرم في أحد الطرفين ويحل في الطرف الثاني فإنه يحل الجمع بينهما، خلاف زفر وابن أبي ليلى، وذلك نحو امرأة وبنت زوج كان لها، أو امرأة وزوجة ابنها.

مسألة: وتحرم الزوجة الخامسة ومن شاركها في عقدتها إجماعاً، إلا للرسول ﷺ فخص بالزيادة، جمع بين أربع عشرة زوجة، ومات ﷺ عن تسع، ذكره في البحر. **مسألة:** ويحرم نكاح الأمة على الحرة مطلقاً، ولو لعبد، خلاف أحد قولي الشافعي^(١)، ولو رضيت الحرة^(٢)، خلاف مالك^(٣)، وكذا الأمة على الأمة للحر، ذكره المؤيد بالله^(٤)، وأجاز أبو العباس.

فرع: فإن عقد حرٍّ بحرةٍ وأمةٍ في عقد واحد صح عقد الحرة لا الأمة، وإن عقد بها عبد في عقد صح نكاحهما معاً، خلاف الزوائد^(٥). ومن عقد بأمة بغير إذن سيدها ثم عقد بحرة^(٦) ثم أجاز سيد الأمة صح نكاح الحرة لا الأمة^(٧).

لكونها زوجة أب، وإن فرضنا بنت عمرو ذكراً حرمت عليه بنت زيد لكونها زوجة أب كذلك، فليتأمل، والله أعلم. وقد ذكر مثل هذا سيدنا العلامة الحسن بن محمد المغربي رحمته الله.

(١) في العبد فقط.

(٢) لأن الحق لله.

(٣) حجة مالك: أنها قد أسقطت حقها بالرضا. لنا: عموم الخبر. (بستان).

(٤) حجة المؤيد بالله: أن القصد إزالة العنت، والواحدة مزيلة له. وحجة أبي العباس قوله تعالى: ﴿وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٥]، ولم يفصل. (بستان).

(٥) قال الفقيه علي: لأن العلة التي لأجلها حرم إدخال الأمة على الحرة هي حاصلة حال اقتران عقدهما، وكان الإمام قرره. (مفتي).

(٦) أو تمكن من حرة قبل الإجازة بطل نكاح الأمة. (قرر).

(٧) وكذا لو استطاع من نكاح حرة قبل الإجازة من السيد لم تصح إجازة السيد بعد ذلك. (شفاء غلة الصادي معنى). (قرر).

(*) وذلك لأن العقد تم بالإجازة وقد صارت تحته حرة. (بستان). بناء على عدم انعطاف الإجازة، كما بنى عليه في الفطرة. (من بيان حثيث).

(*) فلو عقد بحرة عقداً موقوفاً ثم تزوج بأمة ثم أجزى - فلعله ينتزل على الخلاف في انعطاف الإجازة وعدمها. اهـ عندنا أنها تنعطف.

(*) وقيل: بل يصح نكاح الأمة؛ لأن الإجازة منعطفة. (مفتي). يقال: الإجازة هنا ممنوعة بعد العقد على الحرة. (شامي).

الضرب الثاني: يحرم من لحال عارض، وهن ثمان: المحرمة، خلاف أبي حنيفة، والملاعنة على من لاعنها، والمزوجة ولو نكاحها^(١) فاسداً مع الجهل.

الرابعة: المعتدة عن نكاح صحيح أو فاسد أو وطء شبهة^(٢) أو وطء ملك كأم الولد إذا عتقت، فمن تزوج معتدة استحلالاً لا كفر، وغير استحلالٍ إن دخل بها عالمين بالتحريم حُدّاً، ولا مهر ولا نسب ولا عدة، وجاهلين سقط الحد وثبت النسب ووجب المهر والعدة، بثلاثة أشهر إن كانت آيسة من الحيض، أو بوضع كل الحمل إن كانت حاملاً وأمكن إلحاقه به^(٣)، وإن لم يمكن لم يثبت نسبه به، ولا تعتد به له ولا للأول^(٤)، ذكره الفقيهان يحيى البحيح وعلي، وقال الشيخ عطية: تعتد به لهما معاً، وقال القاضي زيد: تعتد به للأول^(٥)، لا للثاني فبالأقراء، وقال الإمام يحيى: تعتد به للثاني.

فإن كان لا يمكن إلحاقه بأيهما لم تعتد به لأيهما.

وإن كانت من ذوات الحيض اعتدت بثلاثة أقراء، فإن انقطع حيضها لعارض فبأربعة أشهر وعشر، ذكره المؤيد بالله^(٦)، وقال المنصور بالله: بأربع سنين، وهو يأتي على قول الهادي^(٧). قلنا: ثم تتم عدة الأول بعد ذلك، وقال الشافعي: تقدم عدة الأول، وقال أبو حنيفة: تكفي عدة واحدة عنهما معاً. قال

(١) في (ج): نكاحاً.

(٢) كالثمان الإمام والمشاركة. (قررو). والمغلوط بها. (قررو).

(٣) أي: بالثاني. (قررو).

(٤) فإن أمكن إلحاقه بالأول فكذا لا تعتد به لأيهما. (قررو).

(٥) يعني: حيث لحق به. (بستان).

(٦) قَوِيٌّ؛ لأنها عدة استبراء لا عدة حقيقة.

(٧) لعله يشير إلى ما ذكره عن الأمير الحسين في الغيث لمذهب الهادي عليه السلام في باب استبراء

الإماء: أن سيدها يتربص أكثر مدة الحمل.

(*) وهكذا في وطء الشبهة.

الفقيه يوسف: وهذا حيث تريد زواجة غير الثاني هذا، فأما هو فلا تعتد منه^(١) له، بل تتم عدة الأول فقط^(٢). وإن أرادت زواجة الأول اعتدت من الثاني ثم تزوج الأول^(٣).

وإن علم أحدهما وجهل الثاني حد العالم لا الجاهل، ولا مهر ولا نسب مع علم الزوج وفاقاً، ومع جهله وعلمها لا مهر، ويلحق به^(٤)، خلاف الأمير الحسين^(٥).

الخامسة: من طلقها ثلاثاً - ولو كانا من أهل الذمة^(٦) - حتى تنكح زوجا غيره نكاحاً صحيحاً ويجامعها في قبلها جماعاً يوجب الغسل، ولو لم ينزل، خلاف مالك^(٧)، ولو صغيراً يمكنه الجماع^(٨)، خلاف مالك، ولو عبداً، خلاف أبي حنيفة،

(١) هذا الطرف ضعيف جداً.

(٢) قيل: هذا غير مستقيم؛ لوجوب تقديم الاستبراء على عدة الطلاق. (سباع) (قررو).

(٣) ولو في عدته.

(*) هذا الطرف صحيح على المذهب.

(٤) ويجب الاستبراء. اهـ وفي حاشية على قوله في شرح الأزهار[١]: «ودخل بها الزوج مع الجهل» منها، فأفهم أنه لا استبراء مع علم أحدهما.

(٥) فقال: هو كالباطل إلا في سقوط الحد فقط، وقال: ولا خلاف في ذلك بين محصلي مذهب القاسم ويحيى عليه السلام. (غيث).

(٦) ثم أسلمها، فلا تحل له إلا بعد زوج. (قررو).

(٧) لأن عندنا العسيلة اللذة، وعنده الإنزال. (بستان بلفظه).

(٨) وذلك لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، ولم يفصل بين كبير وصغير. وقال مالك: لا بد أن يتعلق بوطئه الحد. لنا: ما مر. قال عليه السلام: ومن لطائف الحيل الشرعية الموجبة لحل المطلقة ثلاثاً أن يشتري المطلق عبداً مراهقاً ثم يزوجه منه، ثم تستدخل ذكره إن لم ينتشر، ثم يهب العبد لها، فينسخ النكاح، وتعتد من وطئه، وتحل له بهذه الحيلة، ويجوز فعلها؛ لقوله ﷺ: ((إن الله يحب أن تؤتى رخصة كما يحب أن تؤتى عزائمه)). (بستان بلفظه، وشرح بحر).

[١] في شرح قوله: «والمكوحه باطلاً».

ولو مجنوناً أو هي، ولو مجبواً أو ليج قدر الحشفة، لا دونها، ولو عنيماً أو مسلولاً أدخل ذكره بأصبعه، ولو محرماً^(١) أو هي، أو صائماً أو هي، أو حائضاً، ولو لف على ذكره بخرقه^(٢). وإن كانت بكرًا فلا بد من إذهاب بكارتها. لا في الدبر ولا بنكاح فاسد، خلاف أحد قولي الشافعي^(٣)، إلا أن يحكم حاكم بصحته صح، ذكره المؤيد بالله^(٤). ولا بالتحليل المنهي عنه، وهو الوطء بغير عقد أو بعقد فاسد، أو يعقد بها على أنه إذا أحلها فلا نكاح، فهو فاسد^(٥). فإن عقد بها على أنه إذا أحلها طلقها فقال المؤيد بالله والخنفية: يصح^(٦)، وقال أبو العباس والشافعي: لا يصح^(٧). فإن تراضوا على ذلك قبل العقد ولم يذكر حاله صح وكره، وقال الشافعي: لا يصح، وقال أبو حنيفة: لا يكره. وله الخيار في الطلاق.

فروع: وإذا طلقها الثاني وادعت أنه قد وطئها وأنكر قبل قولها^(٨) وحلت

(١) يعني عقد حلالاً ثم وطئ بعد الإحرام.

(٢) لعله حيث الحائل رقيق؛ إذ الكثافة تمنع ذوق العسيلة. (شرح بحر). لأنه يجب به الغسل والحد فكذا الإحلال.

(٣) والإمام يحيى. (زهور).

(٤) على أصل الهدوية.

(٥) أي: باطل كما سيأتي في السابع من شروط النكاح، وقد صرح في هذا الموضع من الانتصار بأنه باطل بلا خلاف بين أئمة العترة والفقهاء؛ لقوله ﷺ: ((لعن الله المحلل والمحلل له))، وعنه ﷺ: ((ألا أدلكم على التيس المستعار؟)) قالوا: بلى يا رسول الله، قال: ((هو المحلل والمحلل له)) [١]. (بستان بلفظه).

(*) يعني: باطل.

(٦) قوي عامر، وقواه في البحر.

(*) وهو ظاهر الأزهار في قوله: «ويلغو شرط خلاف موجب»، واختاره في البحر.

(٧) ويحد مع العلم، وكذا هي.

(٨) يعني: حيث ادعت ذلك للتحليل، لا للمهر فلا يقبل قولها كما يأتي. (قرن). فتبين بعدلين أو رجل وامرأتين، ويكون على المفاجأة أو على إقرار الزوج. (من خط سيدنا يحيى الجباري رحمه الله). (قرن).

(*) لأن الوطء لا يعرف إلا من جهتها. (شرح بهران).

[١] هكذا في البستان، وفي الشفاء: ((ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ هو المحلل)). وفي سنن ابن ماجه: ((هو المحلل، لعن الله المحلل والمحلل له)).

للأول ما لم يظن كذبها^(١). فلو كانت بكراً فقال الفقيه يحیی البحيح: يقبل قولها أيضاً، وقال أبو مضر: بل تنظر إليها عدلة، فإن قالت: «هي بكر» لم تحل له. قال المؤيد بالله: وكذا إذا ادعت أنها قد تزوجت زوجاً آخر ودخل بها حلت للأول إن لم يظن كذبها^(٢).

فرع: فلو أنكرت دخول الثاني بها وادعاه هو وبين به لم تحل للأول^(٣).

فرع: والعبرة في كون نكاحها بالثاني صحيحاً أو فاسداً بمذهبها هي والثاني، لا بالأول، فإن اختلف مذهبها ومذهب الثاني لم يصح إلا أن يحكم به حاكم عند ترافعهما إليه^(٤).

السادسة: الكافرة^(٥) الحربية والمرتدة وفاقاً، ولو كانت الحربية كتابية، خلاف الشافعي. ولا يصح التناكح بين المرتدين، ولا بينهم وبين الكفار، خلاف أبي مضر^(٦). وكذا المجوسية لا تحل لنا^(٧). وأما الكتابية الذمية كاليهود والنصارى وبني تغلب فلا تحل لمسلم^(٨)، خلاف الباقر والصادق وأبي حنيفة

(١) لأنه يجب العمل بالظن الغالب في النكاح تحريماً. (شرح بهران).

(٢) أو قامت دعوى حسبة. (قرئ). أي: عليها.

(٣) وكذا لو حصل وطء بعد الرجعة التي ثبت له استحقاقها بالبينة؛ لأن علي زعمها أن وطأه غير مستند إلى نكاح لما كانت تزعم أن الطلاق بائن لوقوعه قبل الدخول. (صعيتري) و(قرئ).

(*) لأنها تؤخذ بإنكارها، ولأنها دعوى لغير مدع. (كواكب معني). وإن كان دعواه ذلك ليراجعها صحت بيئته وثبتت المراجعة. (قرئ).

(٤) وإذا ادعى الزوج الثاني أن النكاح فاسد فأنكرته فعليه البينة، وإذا ادعى بعد طلاقه أن مذهبه الفساد ولم تصادقه الزوجة ولا الأول فلعله لا يقبل إلا بالبينة، وتكون من باب الحسبة. (برهان).

(٥) ولو تأويلاً. (قرئ).

(٦) فيما بين المرتدين فقط. اهـ. ولفظ شرح الأزهار: وعن أبي مضر أنه يجوز للمرتد نكاح المرتدة. (بلفظه من أول كتاب النكاح).

(٧) وذلك لما مر، ولقوله ﷺ: ((ولا ناكحي نساءهم)). قال علي: ولا خلاف فيه إلا عن أبي ثور والمروزي. (بستان).

(٨) عند القاسم ويحيى والناصر والمؤيد بالله ورواية عن زيد بن علي تحريم ذلك؛ لقوله تعالى:

والشافعي^(١)، قال الإمام يحيى: إذا كانت من بني إسرائيل ولم يبدلوا شيئا في دينهم ولا في كتبهم^(٢).

مسألة: والأمة الكتابية لا يحل وطؤها لسيدها المسلم، خلاف أبي حنيفة. ولا يحل التناكح بين ملل الكفر المختلفة، خلاف أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي. فلو تولدت امرأة^(٣) بين كتابية ووثني أو العكس فقال الشافعي: يعتبر بالأب^(٤)، وقال أبو حنيفة: بالأم.

فرع: فأما كفار التأويل فقال الإمام يحيى: يحل التزوج^(٥) منهم والإرث منهم وأكل ذبائحهم، وقال أبو علي: لا تحل ذبائحهم^(٦)، ورواه أبو مضر عن الهادي والقاسم والناصر، فكذا يأتي في مناكحتهم.

﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٣]، وهم مشركون؛ بدليل قوله تعالى:

﴿سُبْحَانَكَ عَمَّا يُشْرِكُونَ﴾ [التوبة]، فوصف الله تعالى اليهود والنصارى بالشرك لما قلدوا

أخبارهم في تكذيب النبي ﷺ. (زهور).

(١) وأحمد بن عيسى والأمير الحسين والإمام يحيى.

(*) لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ﴾ [المائدة: ٥]. (زهور).

(*) ومن أجاز نكاح الكتابيات لم يثبت التوارث بالنكاح.

(٢) ينظر؛ فقد جرى التحريف منهم في زمن الرسول ﷺ؛ لقوله تعالى: ﴿يُحَرِّفُونَ الْكَلِمَ

عَنْ مَوَاضِعِهِ﴾ [المائدة: ١٣]، فينظر فيه، والفقهاء يوسف بيض له في الزهور.

(٣) هذا تفريع على أصلهم.

(٤) قوي على أصلهم، وعلى أصلنا فيما بينهم.

(*) ينظر ما فائدة ذلك على الأصول؛ لأن أبا حنيفة والشافعي يصححان التناكح بين أهل الملل

المختلفة؟ ولعل فائدة ذلك أنه حيث اعتبر بالأب أنها تكون وثنية، فلا تحل لمسلم، ومع

الاعتبار بالأم تكون كتابية، فتحل.

(٥) في (ب، ج، د): التزويج.

(٦) وهو ظاهر الأزهار في قوله: «والتأول كالمترد».

السابعة: امرأة المفقود^(١) حتى يحصل لها العلم بالتواتر بموته أو بطلاقه أو برده، أو يحصل لها الظن^(٢) بذلك بشهادة عدلين^(٣)، قال المؤيد بالله والمنصور بالله: أو بخبر عدل، وذكره أبو جعفر والقاضي جعفر للهادي^(٤)، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا تعمل به عند الهدوية، وسواء أخبر عن مشاهدة أو عن عدل غيره شاهد ذلك. فأما بالقرينة القوية^(٥) التي يحصل بها الظن فقال الإمام يحيى والفقيه يحيى البحيح^(٦): تعمل بها^(٧)، وقال الفقيه علي: تعمل بها عند المؤيد بالله لا عند الهدوية. وكذا تعمل بمضي المدة الطويلة من مولده بحيث يعلم أنه لا يعيش أكثر منها، وهي مائة وعشرون سنة^(٨)، وقال المؤيد بالله: مائة وخمسون

(١) لقوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ﴾ [المائدة: ٢٤]، ولقوله ﷺ: ((امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان))، يعني: بموته أو رده أو طلاقه. (بستان).

(٢) لا عبرة بالظن مع البيئته بشاهدين. (قررو).

(٣) مع الحكم. وقيل: لا يشترط على المذهب.

(*) المراد بالشهادة حيث أراد بها الحكم، وإلا كفى الإخبار من غير لفظ الشهادة. (خالدي).
إلا أن يراد الحكم اشترط اللفظ. (قررو).

(*) أو عدلتين مع رجل، أو علم الحاكم. (قررو).

(٤) أخذاه للهادي عليه السلام من قوله: ويجوز للمحصر التحلل إذا غلب في ظنه نحر الهدى. قال صاحب الشفاء: وهو تخريج صحيح نعتمه. وفي هامش شرح الأزهار فرق بين الموضوعين، فخذ من هناك. ولفظه: قلت: عمل بالظن في التحليل. (مفتي). وهو لا يجوز تحليل النكاح بالظن، بخلاف المحصر فيعمل بالظن فيه. وقيل: يمكن الفرق بينهما بأن في هذا إبطال حق الغير، بخلاف المحصر. (من هامش شرح الأزهار).

(٥) كأن يعرف خطه بالطلاق. (لمعة).

(٦) قوي فلكي، وقواه في البحر.

(٧) وذلك كما يجوز للمحصر أن يظن إذا ظن أن الهدى قد ذبح. (بستان بلفظه).

(٨) هذا هو العمر الطبيعي، أي: العادة التي أجزاها الله تعالى أنه لا يعمر أكثر من ذلك، لا أن الطبع أوجب ذلك، فذلك كفر. وقال المؤيد بالله: مائة وخمسون إلى مائتين. فقيل: هما قولان: قول: مائة وخمسون، وقول: مائتين. وقيل: معناه: ينظر إلى أعمار أهل الوقت: فإن

إلى مائتين، وقال المهدي [أحمد بن الحسين]: تنتظر سنة ثم يفسخ الحاكم نكاحها؛ دفعاً للضرر عنها كما في العين^(١) ونحوه^(٢)، وقال الإمام يحيى: إن ترك لها ما تحتاجه انتظرت^(٣)، وإن لم يفسخ الحاكم نكاحها إذا طلبته ذلك.

فرع: ومتى حصل لها العلم أو الظن بذلك اعتدت حينئذ، إلا أن يحصل فيه تاريخ معلوم^(٤) جاء على الخلاف الذي يأتي في الطلاق: هل تعتد من وقت علمها به أو من وقت وقوعه^(٥).

فرع: فإن تزوجت ثم عاد زوجها الأول: فإن كان تزويجها بأمرة^(٦) أو خبر عدل^(٧) أو مضي المدة المقدرة وأنكر الطلاق والردة فهو أولى بها إذا حلف، وإن كان تزويجها بقيام شهادة عدلين فعلى موته^(٨) رجعت له، وعلى طلاقه أو رده وأنكر: فإن كانت [البينة]^(٩) قد حكم بها حاكم تمت للثاني^(١٠)، وإن لم ترفع

كانوا لا يبلغون المائة والخمسين انتظر إليها، وإن زادوا عليها فمائتين. وحجة أهل الانتظار ما مر من الآية والحديث، ولأنه نكاح قد ثبت واستقر فلا يجوز رفعه إلا بيقين، علماً أو حكماً من جهة الشرع، ولأن غيبته لا تزيل ملكه عن سائر أملاكه فكذا عن زوجته. (بستان بلفظه).

(*) مع الظن بموته. (قررو).

(١) وقواه في البحر.

(٢) المجبوب المستأصل.

(٣) قوي؛ لأنه لم يفتها إلا الوطء، وهو حق له.

(٤) في الموت ونحوه.

(٥) والمذهب: أن العدة من بعد الصحة للعاقلة الحائض، ومن يوم الوقوع لغيرها، هذا إذا كانت الشهادة مؤرخة، وإن كانت مطلقة فمن يوم الصحة، والله الحمد والمنة.

(٦) على القول به.

(٧) عند من قال بذلك.

(٨) أو مضي عمره الطبيعي. (قررو).

(٩) ما بين المعقوفين من (ب).

(١٠) ما لم يجرحها بمجمع عليه. (قررو).

هي والأول إلى الحاكم^(١).

فرع: ص وحيث يستحقها الأول يجب لها على الثاني مهرها^(٢)، وهو الأقل من المسمى أو مهر المثل إذا دخل بها، ويرجع عليها بما أنفق عليها^(٣)؛ لأنه فعله لظنه الوجوب لا تبرعاً. وتستبرئ الزوجة من الثاني كما تقدم^(٤)، فإن طلقها الأول بعد عوده أو مات استبرت من الثاني ثم اعتدت من الأول كما تقدم في المعتدة إذا تزوجت، وللأول أن يراجعها في عدته، وهي الثانية، وكذا في عدة

(١) فإن أقرت بعد رجوع الأول أنه لم يطلق ولم يردت ثبتت الخصومة بين الزوجين ولا حكم لإقرارها؛ لأنه يبطل حق الثاني. (قررو).

(*) قال في الكواكب: فإن حكم لها بيئتها صحت وصح نكاحها الثاني، وإن لم يحكم بها بطلت وبطل نكاحها الثاني، ورجعت للأول. (بستان).

(٢) وذلك لما روي عن علي عليه السلام أن رجلاً غاب عن امرأته فبلغها أنه مات فتزوجت، ثم جاء الزوج الأول، فقال علي عليه السلام: يفرق بينها وبين الزوج الثاني، وتعتد بثلاث حيض، وترد إلى زوجها الأول، ولها الصداق بما استحلت من فرجها. (بستان بلفظه).

(٣) مسألة: كل من أنفق وهو يظن أن الإنفاق واجب عليه ثم انكشف عدم الوجوب فإن له ولورثته الرجوع على من صار بيده ذلك الشيء المنفق، يرد الباقي، ويضمن التالف بقيمته أو مثله، ومن ذلك قضاء دين لظنه وجوبه ثم تبين عدم وجوبه عليه أو أنه قد سقط عنه فإن له الرجوع بها دفع. (مقصد حسن).

(*) ذكره المذاكرون. قال عليه السلام: وكلام المذاكرين لا يستقيم؛ لأن ذلك في مقابلة تسليم نفسها، فلا يرجع عليها، إلا أن تكون عالمة كان زنا في حقها [لا في حقه]، ورجع عليها بكل ذلك. (نجري). (قررو).

(*) واختار المؤلف كلام النجري الذي أجاب به عليه المهدي عليه السلام أنه لا يرجع عليها بمهر ولا نفقة؛ لأنه في مقابلة تسليم نفسها. (وابل). قلنا: في مقابلة عوض باطل، والإباحة تبطل ببطان عوضها على الصحيح. (حثيث وعامر). وأجيب بأنه قد أباح لها ظاهر الشرع، والله أعلم.

(٤) فيمن تزوجت في العدة.

الثاني^(١)، وهي الأولى، لكن لا يطؤها فيها^(٢)، وروي عن أبي العباس والقاضي زيد أنها لا تصح رجعتة فيها^(٣). ولها النفقة في عدة الأول عليه، لا في عدة الثاني عليه، وأما على الأول^(٤) فقال الفقيه يحيى البحيح: تجب أيضاً^(٥)، وقال الفقيه حسن: لا^(٦)، وقال الفقيه يوسف: إنها كالمحبوسة التي لا يمكنها الخلاص، تجب نفقتها على مفهوم كلام اللمع، خلاف الإمام علي بن محمد والفقيه علي فرغ؛ وإذا قيل: أين تضع المعتدة بالوضع ولا تنتهي عدتها، وأين تحيض المعتدة بالأقراء حيضاً كثيرة ولا تنقضي عدتها؟ قلت: في المعتدة إذا تزوجت ودخل بها الثاني مع الجهل^(٧) ثم وضعت أو حاضت وهي تحت الزوج الثاني، فلا حكم لذلك؛ لأنه على خلاف ما اقتضاه الشرع، ذكره الفقيه يحيى البحيح. وهكذا في المعتدة بالأشهر.

الثامنة: الأمة للحر إلا بشرطين: عدم التمكن^(٨) من نكاح حرة^(٩)، وخشية

(١) الأزهار: وله الرجعة فيها.

(٢) ولا يعقد عليها فيها إن كان الطلاق خلعاً. (زهور). وقيل: يجوز العقد، والله أعلم.

(*) وكذا لا يجوز الاستمتاع أيضاً كما ذكره في البيان في باب الاستبراء. (قرئ). فإن وطئ عالماً عزر. (قرئ).

(٣) أي: في عدة الثاني.

(٤) في عدة الثاني.

(٥) فيجب لها النفقة إذا لم تدلس بأنها مطلقة أو نحو ذلك؛ لأنها ملجأة إلى التزويج، بخلاف ما إذا دلست فلا شيء. (سماع).

(٦) وهو ظاهر الأزهار: ولا حق لها فيها.

(*) لأنها في حكم الناشئة عنه فيها. (كواكب).

(٧) منها. (شرح أزهار).

(٨) لفقير أو غيره، كدناءة نسبه. (قرئ).

(٩) مسلمة عفيفة كفوة تحصنه. (قرئ). قوله: «تحصنه» ينظر في ذلك؛ لأن الاستطاعة على الحرة قد حصلت. (ثمرات).

العنت^(١) من ترك الزوادة. والعنت هنا هو الوقوع في المحذور^(٢)، ذكره في الشرح والتقرير والكشاف، وقال الفقيه يحيى البحيح: هو التعب^(٣). قال المؤيد بالله: ويشترط أن لا يمكنه التسري أيضاً، وقال أبو العباس: لا يشترط. وقال أبو حنيفة: لا يشترط له إلا عدم الحرمة تحته فقط^(٤). قال الناصر والمؤيد بالله: ومن حلت له الأمة اقتصر على واحدة فقط^(٥)، وقال أبو العباس وأبو حنيفة: بل يحل له أربع^(٦).

(١) بكسر النون. شرح أزهار). العنت في اللغة: التعب. فإن سمي به المحذور فلعله من الأسماء التي نقلها الشرع، وسمي بما يؤول إليه؛ لما كان المحذور يتعب في عاقبته سمي به، كما سميت الخمر بالإثم، قال الشاعر:

شربت الإثم حتى ضل عقلي كذلك الإثم يذهب بالعقول

(٢) الزنا، كذا قيل عن سيدنا عامر. وقيل: المحذور ولو بالمقدمات، قاله المفتي ورواه عن شيخه.

(٣) لأن الله تعالى قال: ﴿وَأَنْ تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَكُمْ﴾ [النساء ٢٥]. ويجب بأن المراد: وأن تصبروا فلا يحصل محذور. (زهور).

(*) الضرر.

(٤) يعني: ولا يشترط العنت ولا عدم التمكن من حرة. (بستان).

(٥) لأنه ما جاز إلا للضرورة، فاقصر على ما يزيلها، كالميتة، واختاره في الأثمار. (مفتي).

(*) وقواه في البحر والأثمار.

(٦) في الغيث: وهو المذهب.

(*) (ويرد على قول السيدين سؤال، وهو أن يقال: لم نقضا أصلهما في الزكاة، فإن أبا العباس يقول: لا يجوز نصاب في حالة، والمؤيد بالله: يبيزه في دفعة؛ لأنه يصادف الفقر؟ ولعله يجاب على قول أبي العباس بأن علة التحريم هنا خشية أن يرق ولده، فلم يجوز ذلك مع إمكان الحرمة، فإن تعذرت جاز وإن رق ولده، ويستوي في ذلك الواحدة والأكثر؛ لأن الولد رقيق مطلقاً، وليس اقتصراره على واحدة يمنع رق الولد. وأما على أصل المؤيد بالله فينظر فيه. (زهور). وأجاب السيد علي بن محمد بن أبي القاسم أن ذلك كالمضطر إلى طعام الغير لا يجوز له إلا ما يدفع به الضرر.

مسألة: وإذا وجد الحرة وطلبت منه أكثر من مهر مثلها وهو يجده، أو لا يجده ولكنها تنظره به^(١)، أو كان فقيراً وهي تنظره بمهرها - لم تحل له الأمة، خلاف الشافعي في ذلك كله^(٢)، وكذا الخلاف إذا كان تحت حرة طفلة أو غائبة منقطعة^(٣) أو تعلق قلبه بالأمة^(٤).

مسألة: وإذا سبي أحد الزوجين الكافرين أنسخ نكاحهما^(٥) وفاقاً، وإن سبياً معاً فقال الناصر والشافعي والأزرقي: ينسخ أيضاً^(٦)، خلاف أبي حنيفة والكافي.

مسألة: ومن عقد بأختين معاً لم يصح أيهما، فلو كانت إحداها أمة^(٧) أو كافرة أو محرمة أو رضية له فالأقرب أنه يصح العقد على الثانية^(٨)؛ لأن العقد بمن هي محرمة عليه كلا عقد، وقال الفقيه يوسف: لا يصح^(٩)، قلنا: كما لو

(١) أي: بالزائد.

(٢) كلام الشافعي قوي للمذهب حيث لا يجد الزيادة وهي تنظره بها، أو كان فقيراً وهي تنظره بمهرها، وقد ذكره الإمام المهدي عليه السلام، وأما الصورة الأولى فالمختار كلام البيان. (قرو).

(٣) لا فرق.

(٤) أما في هذه الصور الثلاث الأخيرة فالمذهب أنها لا تحل الأمة، وقد ذكره الفقيه يحيى البحيح للمذهب. (نجري).

(٥) قال المفتي: وإذا دخل زوجان وهما مملوكان دار الحرب قهراً أنسخ النكاح بينهما. وقرره الشامي والشارح.

(*) لقوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم في سبايا أوطاس: ((ألا لا توطأ حامل حتى تضع)) فأباح الوطء.

(٦) وهو ظاهر الأزهار.

(٧) والزوج حرّاً.

(٨) وهو مفهوم الأزهار في قوله: «فإن جمعها عقد حرتين أو أمتين بطل». والله أعلم.

(٩) وذلك لأن علة الأخوة قد جمعتها ولو انفردت إحداها بعلّة أخرى، وهي الرق أو الكفر أو الرضاع. (بستان بلفظه).

عقد بأمة وحررة، أو بخمس إحداهن أمة أو كافرة أو رضیعة له أو محرمة، أو باثنتين إحداهما كذلك - فإنه یصح بالتی تحل له (١).

مسألة: ومن طلق امرأته رجعیاً لم تحل له أختها حتى تنقضي عدة المطلقة. وكذا من معه أربع فطلق إحداهن رجعیاً لم یتزوج غيرها حتى تخرج من عدتها. فإن كان الطلاق بائناً جاز ذلك كله، خلاف زید بن علی وأبي حنیفة (٢).

مسألة: وتحل زوجات آباء الزوجة وأبنائها (٣)، وأمهاات زوجات الآباء والأبناء وبناتهم، والجمع بین ابنتي عمین أو عمیتين، أو بنتي خالین (٤) أو خالیتين.

فرع: ویصح أن یتزوج الرجل أباه أربع أخوات له من النسب بعقد واحد، أو أمه وثلاث أخوات له، وذلك فی الولد المدعی بین خمسة شركاء فی أمة، فیزوج الولد أحدهم (٥) بنات الأربعة الآخرين، وهن أخوات له من آباءه لا من أمه، أو ثلاثاً منهن مع أمه بعد عتقها (٦).

فرع: ویصح أن یتزوج كل واحد من الرجلین عمّاً لصاحبه وابن أخ له؛ وذلك حیث زوج أخاه لأمه جدته أم أبيه فولدت له ابناً. ویصح أن یتزوج كل

(١) فی (ب) بعد هذا: ولا حکم للثانية. وفی (ج): خلاف زید بن علی وأبي حنیفة.

(*) وعليه الأزهار فی قوله: «لا من یحل ویحرم فیصح من یحل». والله أعلم.

(٢) فائدة غریبة: إذا طلقت امرأة مفقودة وهي رابعة لم یکن للزوج أن یتزوج رابعة بعد طلاقها حتى یعلم أن عدتها قد انقضت، ولا طریق إلى صحة ذلك إلا إقرارها أو بلوغها سن الإیاس، فیربص بعد ذلك ثلاثة أشهر ویتزوج، ذكره فی بعض كتب الحنفیة. هذا علی أصل أبي حنیفة وزید بن علی، وعندنا فی الرجعی. (قررو).

(٣) یعنی: زوجة ابن الزوجة.

(٤) وقد جمع صلى الله عليه وسلم بین بنتي عمین، وهما أم سلمة وزینب بنت جحش. وفی البستان أنها ابنتا عمیتين، ومثله فی الأحكام.

(٥) أي: أحد الآباء.

(٦) لأنها أم ولد.

واحد من الرجلين خالاً لصاحبه؛ وذلك حيث زوج أخته لأبيه جدّه أب أمه فولدت له ابناً أو بنتاً.

فَرَعٌ؛ ويصح أن يكون أحد الرجلين عمّاً لصاحبه وصاحبُه خالاً له؛ وذلك حيث تزوج الرجل امرأة وتزوج ابنه أمها، ثم ولد لكل واحد منهما ولد^(١).
فَرَعٌ؛ ويصح أن يكون أحد الرجلين عمّاً للثاني وخالاً له؛ وهو حيث تزوج الرجل بامرأة وتزوج ابنه ابنتها، ثم ولد لكل واحد منهما ولد، فابن الأب عم لابن الابن وخال له، وابن الابن ابن أخيه وابن أخته. ويصح أن يكون الرجل أباً لابنه وأخاً له؛ وهو حيث يشترك الرجل وابنه في أمة ووطياها فولدت ولدأ وادعياء.

مسألة: ويصح نكاح العبد بحرة^(٢) إذا رضيت به ورضي به أولياؤها^(٣) الكل، وعند زيد بن علي والناصر لا يحتاج رضا الأولياء^(٤). ويصح نكاح الحرة بغير كفؤ لها إذا رضيت به ورضي أولياؤها الكل^(٥)، لا إن كره بعضهم فله الفسخ، خلاف زيد بن علي والناصر وأبي حنيفة، فقالوا: رضا أحدهم يكفي.
فَرَعٌ؛ وإذا جهل الولي عدم كفاءة الزوج ثم علم بعد العقد^(٦) فله الفسخ. وإذا أذن لها تزوج غير كفؤ فله الرجوع قبل العقد لا بعده.

(١) فابن الابن خال لابن الأب، وابن الأب عم له؛ لأنه ابن أخ أبيه من الأب، والله أعلم.
(٢) قال الإمام المهدي عليه السلام: الرق لا يدخل تحت عدم الكفاءة. ومثله في الهداية.
(٣) أهل الدرجة. (بستان). وعن القاضي عامر: لسائر الأولياء الاعتراض في الكفاءة وإن لم يكونوا في درجة الولي؛ لأن عليهم غضاضة في الجملة. ومثله في البحر والثمرات، وقرره الهبل والهاجري.

(٤) لأنهما لا يعتبران الكفاءة في النسب كما سيأتي.

(٥) إذا كانوا في درجة. بل ولو في درجات إذا كان عليهم غضاضة. (مقرر).

(٦) ولو بعد الدخول. (مقرر).

مسألة: والكفاءة تعتبر في الدين^(١) والنسب فقط. قال الفقيه يحيى البحيح^(٢): وكذا الصناعة^(٣) حيث تجري العادة باعتبارها في الرفعة والدناءة. وزاد أبو حنيفة المال^(٤). وقال زيد بن علي والناصر والمرضى: في الدين فقط. ويعتبر في الدين بالزوجين فقط، وحكم الصغير منهما حكم أبيه^(٥)، ذكره المؤيد بالله. ويعتبر في الدين بحالة العقد، فإذا طرأ الفسق بعده فلا خيار^(٦)، وإن طرأت التوبة بعد الفسق الأصلي منعت الخيار.

فرع: ويعتبر في الدين بالتستر^(٧) في الظاهر وعدم المجاهرة بالفسق، لا الورع والعدالة، خلاف الناصر وأبي حنيفة. وقال زيد بن علي ومالك: ملة

(١) والوجه في اعتبار الدين قوله ﷺ: ((إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنحكوه)). والوجه في اعتبار النسب قوله ﷺ: ((العرب بعضها أكفاء لبعض))، فلو لم تعتبر لقال: المسلمون بعضهم أكفاء لبعض. (زهور).

(٢) قوي.

(٣) هذا إن تضرر بها. (شرح أزهار). ولفظ شرح الأزهار: قال الفقيه يحيى البحيح: إن تضرر بها كما يتضرر بالنسب الدنيء أخرجته عن الكفاءة، ويعتبر في كل بلد بعرفها. قال مولانا ﷺ: وهذا هو الأقرب عندي، ولا معنى للأخذ بظاهر إطلاق أصحابنا. (شرح أزهار بلفظه). لأنهم قد احتجوا بقوله ﷺ: ((إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه))، ولا إشكال أن المهنة الدنيئة الساقطة خلق غير مرضي، فلا يجب تزويجه. (غيث بلفظه).

(٤) ليوفي ما أكد الشرع من المهر. (بحر).

(*) ليوفي المهر؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء:٤]. قلنا: لا دليل على اعتباره، ومعارض بقوله ﷺ: ((من ترك التزويج مخافة الفاقة فقد أساء بربه الظن)) فإن الله يقول: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ [النور:٣٢]. (بستان).

(٥) ولو ميتاً. (قرير).

(*) خاص في هذا الحكم. (قرير).

(٦) ونظرة في بيان حثيث، ولعل وجهه: أن ظاهر الأزهار أن لها الرد ما لم يدخل بها. اهـ وهو المختار. اهـ المذهب ما في الكتاب. (قرير).

(٧) لأن مع التستر لا تظهر غضاضة ولو تيقن الولي فسقه. (نجري).

الإسلام فقط. فالفاسق المستتر والفاسق المتأول لا يخرجان عن الكفاءة عندنا. **فَرَعٌ**: وأما النسب فله مراتب، أعلى الناس نسباً أولاد النبي ﷺ^(١)، وهم أولاد فاطمة عليها السلام، ثم بنو هاشم، ثم قريش، ثم سائر العرب^(٢)، ثم العجم، ثم الموالي^(٣). وكل طبقة من هؤلاء أكفاء بعضهم لبعض، لا لمن فوقهم. والعتيق ليس كفؤاً لمن تقدمه^(٤) في الحرية بأبٍ أو أبوين، وكذا الكافر إذا أسلم ليس بكفؤ لمن تقدمه في الإسلام بأبٍ أو أبوين. وأهل الذمة على سواء في الكفاءة، ذكره في الكافي^(٥)، خلاف الوافي.

مسألة: ويجوز نكاح الفاطمية بغير فاطمي^(٦) إذا رضيت به هي وأولياؤها كلهم عند القاسم والهادي، وعند زيد بن علي والناصر والمرضى: لا يعتبر رضا أوليائها، وعند المنصور بالله والمتوكل: لا يجوز بحال؛ قياساً على زوجات النبي ﷺ^(٧).

(١) لقوله ﷺ: ((إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل، واصطفى من كنانة قريشاً، واصطفى من قريش بني هاشم، واصطفاني من بني هاشم)). (بستان).
 (٢) والعرب: من يتنسب إلى إسماعيل^[١] بن إبراهيم. وإنما كانوا أعلى لكون النبي ﷺ منهم، والقرآن نزل على لغتهم، ولأنهم لا يسبون ذكورهم البالغين، بخلاف العجم. والله الحمد.
 (٣) وموالي بني هاشم أعلى من موالي العرب. ينظر. (ديباج). وقيل: سواء إذا استتوا في الدين.
 (*) وعن المفتي: العتيق أعلى من العجم.
 (*) وتعتبر الكفاءة في الموالي في الدين والنسب. (قررو).

(٤) هذا بناء على أن الرق من جنس عدم الكفاءة، لا من جملة العيوب كما ذكره الإمام المهدي عليه السلام وقرره للمذهب. وفائدة الخلاف: أن من جعله من جملة العيوب أنه متى زال من ذي المنصب الشريف عاد إلى أصله، لا إذا جعل من عدم الكفاءة.

(٥) فليس لأحد منهم أن يمنع حرمة من التزوج بغير كفؤ منهم. وقال في الوافي: له منعها. (بستان).
 (٦) والوجه أنه صلى الله تعالى عليه وآله وسلم قال لفاطمة بنت قيس وهي قرشية: ((انكحي أسامة بن زيد)) وهو مولى، وتزوج بلال هلاله بنت عبد الرحمن بن عوف، وغير ذلك. (زهور).
 (٧) قال المفتي رحمته الله: وفي القياس نظر.

[١] والعرب العرياء من يتنسب إلى قحطان بن هود.

وولد الزنا غير كفٍ^(١)، ذكره في التقرير.

مسألة: ويجوز زوادة الفاسقة بغير الزنا، لا به فلا يجوز إلا بعد توبتها، فلو فعل صح العقد^(٢) مع الإثم، خلاف الحسن في الصحة^(٣). ومن علم من زوجته الزنا والاستمرار عليه^(٤) حرم عليه إمساكها ومداناتها، فإن أمسكها مع تيقنه لذلك منها ورضاه به^(٥) صار ديوثاً يجوز قتله^(٦) إن لم يتب، لا بمجرد التهمة وكلام الناس، ذكره في التقرير. وقالت الحنفية: لا يلزمه طلاقها مطلقاً، رواه في الكافي.

مسألة: ويصح العقد بمن قد زنى بها، لكنه لا يجوز قبل توبتها. ويصح^(٧) نكاح الحرة على الأمة إذا رضيت^(٨)، فإن جهلت فلها الفسخ متى علمت

(١) وكذا مجهول النسب. (قررو).

(*) إلا لمثله. قال الفقيه يوسف: ولعله أدنى الناس كفاءة؛ إذ لا أب له [معروف] [١٦]. وقال المصنف: لعل العبد أدنى منه. (برهان).

(٢) ويجب عليه طلاقها. و(قررو).

(٣) اعلم أن كلام الحسن هو فيمن زنى بها أنها تحرم عليه أبداً، فكان الأولى جعله في المسألة التي بعد هذه، فهو كذلك في البرهان، لكن كلامه هذا مستقيم على أصله أن الفاسق منافق. (بستان بلفظه). فيستقيم خلافه في الموضوعين معاً.

(٤) ظاهر الكتاب أنه لا بد من الاستمرار، وهو مقتضى عبارة التذكرة، والصحيح أنه لا يشترط الاستمرار. ولفظ حاشية: ويجب على الزوج تطليقها إذا أصرت على الزنا ولم تتب. والمراد بالإصرار الامتناع من التوبة وإن لم تعاود الزنا على الصحيح من أقوال المتكلمين، فإن تابت لم يجب تطليقها. وقيل: لا تشترط التوبة الحقيقية، بل عدم الإصرار عليه، ذكره في البيان وشرح الفتح. (٥) لا يشترط رضاه.

(٦) سيأتي للمذهب أن الديوث من يمكن الغير من محارمه، لا من يسكت. (تهامي). وقرر أن التخلية كافية في مصيره ديوثاً كما ذكره في الكتاب، وهكذا عن الدواري فيما يأتي، والله أعلم.

(٧) الأولى جعل هذه مسألة مستقلة.

(٨) ولو كان الزوج عبداً. (قررو).

فوراً^(١)، ولا يبطل نكاح الأمة من الحر^(٢)، خلاف ابن حنبل.

مسألة: ويجوز العقد على الحامل من زنا^(٣)، لا الدخول بها حتى تضع^(٤) وتطهر من نفاسها، وكذا الاستمتاع منها لا يحل^(٥)، خلاف السيد يحيى^(٦). قيل^(٧): إلا أن يكون الحمل منه جاز الوطء^(٨)، وقال الفقيه يوسف: لا فرق. وقال أبو العباس: لا يصح العقد بها. وقال أبو حنيفة: يجوز الدخول بها ويكره. قلنا: وإذا مات زوجها هذا^(٩) قبل وضعها لم تعتد بالوضع^(١٠)؛ لأنه لغيره^(١١)، خلاف أبي حنيفة. وكذا المغلوط بها إذا حبلى ثم طلقها زوجها أو مات لم تعتد منه بوضع حملها^(١٢)، بل بالأقراء من بعد أو بالأشهر.

(١) هذا على قول المؤيد بالله، وظاهر الأزهار أنه على التراخي، ما لم تمكن عالمة بأن لها الخيار وأن تحته أمة.

(٢) لقوله ﷺ: ((تنكح الحرة على الأمة)). قال في الشرح: لكنه يستحب له طلاق الأمة إن وجد السبيل إلى الحرة. وقال المزني ومسروق وابن جرير: يبطل نكاح الأمة بوجود السبيل إلى الحرة، كما يبطل التيمم بوجود الماء. (زهور).

(٣) بعد التوبة. (قررد).

(٤) لقوله ﷺ: ((لعن الله الساقى بيائه زرع غيره)). فلو كان هو الزاني والحمل منه قيل: يجوز؛ لأن الزرع له، وقيل: لا يجوز لأنه لا يلحق به، فالزرع لغيره. (بستان).

(٥) قبل الوضع، لا بعده فيجوز الاستمتاع كما يأتي في المعتدة. (قررد). في المسألة الرابعة.

(٦) وهو ظاهر الأزهار.

(٧) أحمد بن محمد مرغم.

(٨) لأن الزرع له. (بستان).

(٩) يعني: الذي عقد بها وهي حامل.

(*) أو طلقها.

(١٠) بل تعتد بأربعة أشهر وعشر، ذكره الشافعي. وتكون الأشهر بعد الوضع. اهـ وقيل: لا يشترط

ذلك على المقرر، بل من يوم الموت، والله أعلم.

(١١) ولو كان الحمل منه.

(١٢) حيث لم يلحق به. (قررد).

مسألة: ويصح العقد والدخول^(١) بمن زنت من غير عدة ولا استبراء، وقال مالك: تجب العدة، وقال أبو جعفر^(٢): لا يجوز الدخول بها حتى تستبرأ بحيضة. وكذا في المزوجة إذا زنت^(٣).

مسألة: ولا يصح نكاح الأمة^(٤) على الحرة مطلقاً^(٥)، وقال مالك: يصح^(٦) ويكون للحرة أن تفسخ نكاح نفسها إذا جهلت.

مسألة: ويصح العقد بالمعتدة بالوضع بعد الولادة في حال النفاس، والاستمتاع منها، لا الدخول. وقال الهادي: لا يصح العقد حتى تطهر^(٧).

مسألة: والبنت من الزنا^(٨) وامرأة الابن من الزنا لا يحل نكاحهما^(٩) عند المؤيد بالله وأبي العباس وأبي حنيفة^(١٠)، وأجازاه الناصر وأبو طالب والشافعي مع كراهة.

(١) ما لم يظن حملها. (قررو).

(٢) قوي مع تجويز الحمل.

(٣) يعني: فإنها تستبرئ بحيضة عند أبي جعفر. (بستان بلفظه). وعلى المذهب لا تستبرأ ما لم يظن حملها. (قررو).

(٤) ولا المكاتبه.

(٥) رضيت أم لا، علمت أم لا.

(٦) لفظ البحر والغيث والزهور: وعن مالك أنها إذا رضيت الحرة جاز. ولفظ الشرح في نسخة منه: وعن مالك: إذا رضيت الحرة جاز ولها الخيار: إن شاءت أقامت وإن شاءت فسخت. فيحقق ما في الكتاب عن مالك، والله أعلم.

(٧) قوله: «حتى تطهر» وذلك لأن النفاس من توابع العدة. وقد استضعف ذلك حتى حمل على أن مراد الهادي بالنكاح الوطء؛ وذلك لأن الآية دالة على الجواز، وهي قوله تعالى: ﴿وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:٤]. (بستان، وزهور).

(*) أي: لا يصح الوطء إلا بعد التطهر، وأما العقد فيصح إجماعاً؛ وبهذا تأول كلام الهادي عليه السلام.

(٨) وكذا بناتها ما سفلن. (قررو).

(٩) ويحرم النظر إليهما والخلوة بهما ولمسهما؛ إذ سبب التحريم محرّم، وهو الزنا. (بحر) (قررو).

(١٠) حجتهم قوله تعالى: ﴿وَيُنَاتِكُمْ﴾ [النساء:٢٣]، وهي بنته لغة. وحجة الآخرين: أنه لا نسب بينهما، والتعويل إنما هو على اسم الشرع وأحكامه، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الولد للفراش))، ولكنه يكره للخلاف. (بستان بلفظه).

قال أبو جعفر: وكذا الخلاف في العتق إذا ملكها^(١). قيل: وكذا في دفع زكاته إليها^(٢)، وظاهر الشرح جوازه. ويتفقون في عدم الولاية والتوارث والنفقة، وفي ثبوت القصاص بينها. قال الفقيه علي: والعبرة في معرفة كونها من مائه بالظن مع الوطء.

مسألة: والوطء على ثلاثة أضرب: الأول: وطء النكاح الصحيح والفساد والملك أو شبهته^(٣)، فهذا يوجب التحريم إجماعاً.

الثاني: وطء الزنا، فلا يوجب شيئاً من التحريم، خلاف أبي حنيفة وأحمد وإسحاق والثوري والأوزاعي^(٤). قال أبو حنيفة: وكذا لمس الأجنبية^(٥) لشهوة يجرم بناتها وأمهايتها. قلنا: فمن زنى بأم امرأته أو بابنتها لم تحرم عليه امرأته، خلافاً لهم، وكذا فيمن زنى بامرأة أبيه أو ابنه، خلافاً لهم.

الثالث: وطء الشبهة، وهي الغلط والنكاح الباطل مع الجهل، فهو يوجب المهر والنسب والاستبراء، لا التحريم^(٦) عند القاسم والهادي، وقال زيد بن علي والمؤيد

(١) تعتق.

(*) المذهب أنه يحرم النكاح، ويعتق إذا ملكه، ولا يصرف فيه الزكاة، كذا قرر. (هبل).

قلت: ينظر ما المخصص لهذه دون غيرها؟ (مفتي).

(٢) لا يصرف. (قرئ).

(٣) وشبهة الملك هنا الأمة المشتركة والمكاتب والبيع الفاسد^[١]. وأمة الابن إذا عقلت^[٢]. (قرئ).

(٤) حجتنا قوله ﷺ: ((لا يحرم الحرام الحلال)). وحجتهم ما روي عن عمر أنه جلد رجلاً

وامرأة زنيا وحرم أن يجمع بينهما في النكاح، وإذا حرمت بذلك وجب تحريم المصاهرة. قلنا:

فعل عمر ليس بحجة. (بستان بلفظه).

(٥) والنظر إلى فرج الأجنبية لشهوة.

(٦) وهو ظاهر الأزهار.

[١] مع القبض. (قرئ).

[٢] وإلا فلا تحرم على الابن.

بالله [وأبو طالب وأحمد بن عيسى^(١)] والفقهاء: إنه يوجب التحريم.
مسألة: ومن عقد بامرأتين في عقدتين ثم بانت إحداهما مرضعة للثانية فعقد الآخرة باطل، فإن دخل بها مع الجهل انفسخ نكاح الأولى^(٢) على قول من أثبت التحريم بالغلط^(٣).

فرع: فلو تزوج رجل وابنه امرأتين ثم أدخلت زوجة كل واحد على الثاني جهلاً - فعلى القول بعدم التحريم نكاحهما باقٍ، ويلزم كل واحد منهما مهر المثل لمن دخل بها والمسمى لزوجته^(٤) إذا دخل بها أو مات أحدهما، أو نصفه إن طلقها، وعلى القول بثبوت التحريم يفسخ نكاحهما، ويلزم كل واحد مهر المثل لمن دخل بها، وأما لزوجته فقليل^(٥): لا شيء؛ لأن الفسخ من جهتها^(٦) بالوطء. وقال الفقيه علي: من وطئت منها راضية فلها ربع مهرها على زوجها^(٧)؛ لأن الفسخ وقع بفعلها وفعل غيرها، ومن وطئت مكرهة فلها نصف مهرها، ولزوجها أن يرجع به على الواطئ المكره لها^(٨).

(١) ما بين المعقوفين من (أ).

(٢) المذهب خلافه. (قررو).

(٣) عند المؤيد بالله والفقهاء، وعند الهادي عليه السلام: لا يقتضي التحريم. (مصاييح).

(٤) إلا أن يكون قد زيد في المهر لأجل البكارة فقال الفقيه يحيى البحيح: إنه ينقص ما زيد، بخلاف ما إذا ذهبت بجناية أو وثبة^[١] [أو غيرها]. (زهور). وقد نظر هذا في الزهور في الموضوع الثامن، قال:

لأن العقد كالتقبض. اهد مع الشرط أو جري العرف قبل العقد أو بعده. والله الحمد. و(قررو).

(٥) قوي على أصلهم.

(*) أبو مضر.

(٦) لكونها مكتته من نفسها ولو جهلت؛ لأن في سقوط الحقوق لا يفترق الحال بين العلم والجهل. ولو فرضنا أنه من جهتها معاً فإنه يرجح ما كان من جهتها. (زهور).

(٧) قال في الزهور: لأن النصف يجب إن كان منه ويسقط إن كان منها، فلما اتفقا وجب الربع.

(٨) لأن الفسخ وقع من جهته. (هاجري).

[١] وقيل: لا فرق. اهد ولفظ حاشية: والظاهر من كلام أبي العباس أنه ينقص المهر من غير فرق بين أن تكون الثبوبة من وثبة أو خرق حيض أو غير ذلك. (صعيتري).

فصل [في الولاية في النكاح]

والولاية في النكاح إلى العصبة من النسب الأقرب منهم ثم الأقرب، وأقربهم البنون^(١)، ثم بنوهم وإن نزلوا على الترتيب. وقال الشافعي وأحد قولي الناصر وأحد قولي المؤيد بالله: إن البنين ليسوا بعصبة، ولا ولاية لهم^(٢)، إلا من كان منهم ابن ابن عم^(٣) أو نحوه^(٤) ولا هناك أقرب منه. وقال أبو حنيفة: الابن والأب سواء^(٥). قلنا: ثم الأب، ثم آباؤه الأقرب فالأقرب، ثم الأخ لأب وأم، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ لأب وأم، ثم ابن الأخ لأب، ثم بنوهم كذلك - وقال الناصر: ابن الأخ لأب وأم أولى من الأخ لأب - ثم الأعمام كذلك، ثم بنوهم كذلك، فبنوا الأعمام وإن نزلوا أولى^(٦) من عم الأب وعم الجد، خلاف

(١) ولو من زنا. (قررو).

(*) حجتنا في أن ابن المرأة أولى بتزويجها كون الرسول ﷺ أمر ابن أم سلمة أن يزوجه منها. (من بعض حواشي اللمع باللفظ).

(٢) لأنه كالجزم منها، وقد ثبت أنها لا تزوج نفسها.

(*) وحجتهم أنه لم يجمعها جد يتسبان إليه، فكان كابن الأخت. قلنا: قال تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ﴾ [النور ٣٢]، وهذا الخطاب للأقارب، وأقربهم الأبناء، ولم يفصل بين أن يكونوا من عشيرتها أو لا. (بستان بلفظه).

(٣) وذلك حيث يتزوج الرجل بنت عمه فيأتي له منها ولد، فهو ابنها وابن ابن عمها، فهو وليها من جهة العمومة والنسب، لا من جهة البنوة.

(٤) كأن يكون الإمام أو الحاكم من أبنائها، فتقوى ولايته لأجل ذلك، والله أعلم.

(٥) إذ ليس بينها وبينها واسطة، ولكل منها عليها حنو وشفقة. قلنا: الابن مع الأب عصبة، لا الأب مع الابن فذو سهم، والولاية موضوعة على التعصيب. (بستان بلفظه). وأبو حنيفة يقول بثبوت الولاية وبأن البالغة العاقلة تزوج نفسها، فإذا عقدت لنفسها صح، أو عقد الولي وقد رضيت صح.

(*) على إحدى الروايتين، والرواية الأخرى كقولنا، وهي المشهورة عنه.

(٦) عقلاً ونكاحاً وإراثاً. (قررو).

أبي العباس^(١)، ثم عم الأب كذلك، ثم أبناؤه كذلك، ثم عم الجد كذلك، ثم أبناؤه كذلك.

فرع: فإن اتفق في أبناء الإخوة أو أبناء الأعمام أو بني أعمام الأب أو الجد من هو أقرب نسباً - وهو من ينتسب بنسيين - ومن هو أقرب في الدرج ويتسب بنسب واحد، كابن ابن الأخ لأب وأم وابن الأخ لأب، أو ابن ابن عم لأب وأم وابن عم لأب - فعن الهادي روايتان: إحداهما والناصر والأمير علي بن الحسين: أن قرب النسب أولى ولو بعد في الدرج. والرواية الثانية والمنصور بالله وأبو طالب والعصيفري: أن قرب الدرج أولى. وقال الإمام يحيى والإمام محمد بن المطهر: هما سواء. وهكذا الخلاف في الميراث.

ومن لم يعرف تدريج نسبه من العصبات حتى يلتقيا إلى جد واحد ببينة أو شهرة فلا حكم له، كما في الإرث والعقل، ذكره في العقد.

ثم بعدهم عصبه السبب^(٢)، فأقربهم المعتق، ثم عصبته من النسب الأقرب فالأقرب، ثم عصبته من السبب الأقرب فالأقرب، وهم: معتق المعتق، ثم عصبته من النسب، ثم عصبته من السبب وإن بعدوا مع معرفة التدرج كما مر، ثم معتق الأب، ثم عصبته كذلك، ثم معتق الجد، ثم عصبته كذلك.

فرع: فلو كان المعتق امرأة أو كان لها مملوكة وكلت من يزوجهما^(٣)، وهو تعيين لا توكيل حقيقة^(٤)، وقال الناصر والشافعي: يزوجهما^(٥) ولي نكاحها،

(١) قال أبو العباس: أعمام الأب أولى. قال أبو العباس: دخول عم الأب في العم دخول عم الجد في عم الأب. قال أبو طالب: معناه: أنه يقدم على ابن العم؛ لأن اسم العم يشمل. (غيث).

(٢) وذلك لقوله ﷺ: ((الولاء لحمه كلحمه النسب))، وقد تقرر أن النسب تستحق به ولاية النكاح فهكذا حال الولاء، وكما يستحق به الميراث. (بستان).

(٣) حيث لا إمام ولا حاكم. (مفتي). وقيل: لا فرق. و(قرر). (من هامش شرح الأزهار). وفي الوايل في نكاح المالك: أن ولايتها إلى الإمام والحاكم.

(٤) لأن من لا يصح منه فعل الشيء بكل حال لا يصح منه التوكيل به. (كواكب).

(٥) أي: المعتقة والمملوكة.

وقال أبو حنيفة: هي تزوجها. فإن كان للمرأة عبد فهو يتزوج لنفسه^(١) إذا أذنت له. وإن كان للصغير عبد أو أمة فولاية نكاح الأمة والإذن للعبد إلى ولي مال الصغير: الأب أو وصيه أو الجد أو وصيه أو الحاكم، لا إلى عصبته^(٢).

مسألة: فإن لم توجد العصبه من النسب ولا من السبب فالإمام أو حاكمه، لا منصوب الخمسة^(٣)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله والإمام يحيى والسيد يحيى بن الحسين فأثبتوا له الولاية في النكاح، قال الإمام يحيى: وكذا الحاكم^(٤) من جهة الصلاحية. وبه قال الفقيه عبد الله بن زيد والمهدي أحمد بن يحيى^(٥). وهكذا في الصغيرة^(٦) عندهم.

فرع: وولاية الإمام وحاكمه تخالف^(٧) ولاية العصبه في وجوه، منها: أنه يعتبر غيبتهما عن الناحية فقط، وهي الميل^(٨)، وقيل: البريد^(٩). ومنها: أنها إذا رضيت بزواج غير كفاء لها لم يعترضها^(١٠). ومنها: أنها إذا زوجت نفسها أو وكلت من يزوجه ظلماً منها لصحة ذلك أو على مذهب أبي حنيفة لم يعترضها،

(١) لكن ينظر هل تعيين أو توكيل أو ولاية؟

(٢) في (ب): العصبه.

(٣) أي: من جهة النصب، لا من جهة الصلاحية فله ولاية. (قررو).

(٤) يعني: له ولاية.

(٥) ظاهر ما في البحر عن المهدي عليه السلام أنها توكل، والمختار ما في البيان.

(٦) قيل: الهدوية لا يخالفون فيها، وأن الولاية في حاكم الصلاحية إنما هي في حق الصغيرة فقط، والله أعلم. وفي الواجب وشرح حميد في القضاء أن الكبيرة كذلك. (مفتي).

(٧) وفي شرح الفتح: لا فرق، قال فيه: وهو ظاهر الأزهار.

(٨) لأن الإمام نائب عن المسلمين، وما كان للمسلمين فهو لله، وما كان لله فهو يعتبر فيه الميل.

(حاشية محيرسي).

(٩) واختار في شرح الفتح أن الولاية كالقريب في الغيبة المنقطعة كما هو ظاهر الأزهار.

(١٠) لأنه لا غضاضة عليهما.

ذكره المؤيد بالله، وقال الحقيني وأبو جعفر: بل يعترضان^(١).

مسألة: وحيث لا إمام ولا حاكم تعين البالغة رجلاً من المسلمين يزوجه^(٢).

مسألة: والأمة المشتركة لا يزوجه إلا مواليتها الكل، فلو كان فيهم صغير فولي ماله مع باقي الشركاء. وقال المنصور بالله: يكفي أحدهم مطلقاً^(٣). والأمة المعتقة من جماعة يكفي أحدهم في تزويجها^(٤)، وقال في الانتصار: بل كلهم. وأما الأمة والعبد الموقوفين فقال المنصور بالله: يزوجهما الواقف^(٥)، ومهرها للموقوف عليه، وقال الفقيه حسن: لا تزوج إلا بهما معاً^(٦)، وقال في البيان: يزوجهما الإمام أو الحاكم.

(١) وقواه الإمام المهدي وحفيده.

(*) في الصورتين، وهو الأصح؛ لأن عليهما غضاضة.

(*) وتكون المنازعة من الإمام أو الحاكم إلى حاكم آخر. قلت: وهو قوي، واختاره الإمام شرف الدين. (مفتي).

(٢) والإجازة كالتعيين لو عقد بها فضولي^[١] ولو لنفسه، ذكره في الكواكب، وعزاه إلى الحفيظ وشفاء غلة الصادي، والله أعلم.

(*) بالغاً عاقلاً حراً؛ لأنه تعيين للولي لا توكيل حقيقة، فيشترط في المعين أن تكامل فيه شروط الولي. (حاشية سحولي). وفي النجري: ولو عبداً.

(*) لقوله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ [النوبة ٧١]، فأثبت لكل مؤمن ولاية إلا ما خصته دلالة. والتعيين إلى المرأة. (بستان).

(٣) يعني ولو كان فيهم صغير فالكبير يكفي كالأولياء. (بستان).

(٤) وكذا المدعاة. (قرري).

(٥) ويراضي المصرف^[٢]. فإن لم يراض أو روضي فلم يرض فقال في شرح الذويد: لا يصح. وقال في البحر: يصح، ويكون العقد موقوفاً. (قرري).

(*) فإن تعددوا كفى أحدهم. وقيل: لا يكفي أحدهم. (قرري).

(٦) والأزهار خلافة.

[١] ولفظ حاشية: فلو زوجها الأجنبي من غيره أو من نفسه بغير إذن ثم أجازت هل يصح؟ فيه نظر، الأقرب الصحة، والله أعلم. لأن الإجازة منها بمنزلة الرضا فقط. (قرري).

[٢] واستقواه الإمام المهدي عليه السلام؛ لأن منافعتها له. (نجري).

مسألة: وللأب^(١) تزويج أمة ابنه الصغير، لا عبده؛ لأن فيه تغريباً له، إلا أن يكون فيه مصلحة للصغير تزيد على مضرة الزواجة جاز أيضاً^(٢).

مسألة: وللولي والإمام والحاكم ووكيل المرأة أن يزوجها من نفسه إذا رضيت بذلك، ويكفي فيه لفظ واحد، كـ«زوجت نفسي»^(٣)، وقال الفقيه حسن: لا بد من إيجاب وقبول^(٤). وكذا وكيل الولي المفوض، لا غيره. وقال الناصر والشافعي: لا يصح أن يتولى عقد النكاح واحد إلا في تزويج ابن ابنه بنت ابنه أو عبده بأتمته. قال الناصر^(٥): فإن أحب أن يتزوجها وكل غيره يزوجه.

مسألة: ولا ولاية لصغير ولا لمختل العقل، بل لمن بعدهما في القرب، فإن كان المختل يعود إليه عقله في بعض الأوقات فالولاية له في حال عودته، كالذي يصرع^(٦) أو يغمى عليه، والسكران والمبنج^(٧)، ذكر ذلك في البحر؛ لأن زوال العقل ينافي الولاية، بخلاف ما إذا أحرم الولي فالإحرام لا ينافيها^(٨)، لكن لعله

(١) وسائر الأولياء.

(٢) بل يجب، ذكره الفقيه يوسف. (قرر).

(٣) أما هذه الصورة فلا بد من القبول، والذي لا يحتاج القبول حيث يقول: «تزوجت فلانة»؛ لأن فيه معنى القبول. (غيث معنى).

(٤) إلا أن يقول: «تزوجت فلانة» فلا يحتاج قبولاً. (تهامي). لأن فيه معنى الإيجاب والقبول، ذكر معناه في الغيث.

(٥) كلام الناصر عليه السلام يعود إلى الأصل.

(٦) قال النجري: يعني المطبق، لا الصرع ونحوه، ولعل ذلك متى غلب على الظن أنه لا يفيق في قدر مدة الغيبة المنقطعة كما أجاب بذلك عليه السلام فيمن خفي مكانه، والله أعلم.

(٧) ولا تبطل ولاية الثلاثة^[١]، بل ينتظرون إلى الإفاقة. (تهامي). وظاهر الأزهار لا ينتظر. قال سيدنا زيد عليه السلام: والمحفوظ كلام التهامي. (قرر).

(٨) والمختار كلام الإمام في شرح الأزهار، ولفظه: هذا إذا خطبت قبل أن يحرم بالحيج فأحرم، وأما لو خطبت بعد أن أحرم ولم يبق من المدة قدر تضرر به المرأة بالانتظار فيه فلا وجه لانتقال ولايته. (بلفظه). ولفظ البحر: فرع: وإذا أحرم الولي انتقلت الولاية إلى الأقرب بعده كالكفر؛ إذ كل منها صفة مانعة.

[١] المغمى عليه ومن بعده ينتظرون، وأما الصرع فتبطل ولايته على الصحيح؛ لأنه من الجنون. (من خط سيدنا حسن عليه السلام) (قرر). وعن المفتي ما لفظه: الصرع والإغماء مبطلان ولا يلزم الانتظار كالتائم، كذا قرر.

ينظر في مدة الإحرام، فإن كانت تأتي قدر مسافة الغيبة المنقطعة على حسب الخلاف فيها انتقلت الولاية إلى غيره، والله أعلم.

فرع: فإن كان الصبي أو مختل العقل مميزاً صح أن يعقد بإذن الولي أو إجازته. قال الأمير الحسين والفقير محمد بن سليمان: يعني ولي ماله يأذن له بالنكاح كما يأذن له بالتصرف، وقال الفقيهان يحيى البحيح وحسن: يعني ولي المرأة يأذن له كما يأمر غيره بالتزويج. قال في التقريب: والمميز هو من يعرف ما يتصرف فيه وما يتكلم به. يعني: هل هو ينفع أو يضر.

مسألة: وإذا عقد الفضولي في حال صغر الولي ثم أجاز بعد بلوغه لم يصح؛ لأن الولاية كانت لغيره حالة العقد، ذكره المؤيد بالله، وقال في التذكرة والمنصور بالله: تصح إجازته. فأما إذا تزوج الفضولي لصغير أو باع ماله ثم أجاز بعد بلوغه فإنه يصح (١).

مسألة: ولا ولاية لكافر على مسلمة إجماعاً، قال الإمام يحيى: إلا كافر التأويل (٢). ولا لمسلم على كافرة، خلاف الناصر ومالك، قلنا: إلا الإمام (٣) على ذمية لا ولي لها ذمي (٤)؛ لأن ولايته عامة على المسلمين والذميين، وإلا السيد على

(١) وفي الصعيتري: لا تصح منه الإجازة وكذا في المعيار، واختاره المفتي. والمختار البيان. (*) والفرق بينهما أن الولاية في الأول كانت لغيره حقيقة لا له، وفي الثاني هو المالك حقيقة، لكن وليه ينوب عنه، فكانت إجازته بعد بلوغه ما عقد له قبله صحيحة. (كواكب). بشرط بقاء الولي حياً؛ إذ لو مات قبل البلوغ ما صح من الصبي الإجازة كما صرح بذلك في حاشية السحولي في البيع على شرح قوله: «غالباً بإجازة من هي له حال العقد غالباً» مقرر عليه، فهنا مثله.

(٢) والمذهب خلافة.

(٣) المذهب لا ولاية له. اهـ فتولي أمرها رجلاً من الذميين [١٦]. (قررد). إن كانت كبيرة، لا إن كانت صغيرة فلا يمكن إنكاحها. اهـ هي مسلمة بإسلام أحد أبويها إن كان أسلم، وإلا فمن صلح من أهل ملتها. (قررد).

(٤) المذهب خلافة.

[١٦] فإن عدم الذمي عينت من شاءت. (شامي) (قررد).

أمتة الكافرة^(١). فإن لم يكن ثم إمام وكلت^(٢) الذميمة ذمياً يزوجها مسلماً.
مسألة: ولا ولاية لذوي الأرحام^(٣)، خلاف أحد قولي الناصر وأبي حنيفة^(٤)،
 لكن يستحب لها تقديمهم بالوكالة كما يستحب لابنها أن يوكل أباهما. ولا لرضيع،
 ولا لوصي في المال أو مطلقاً، فأما الوصي في النكاح فكذا أيضاً مع وجود أحد من
 عصبة النسب أو السبب، خلاف مالك، ومع عدمهم قال أبو العباس والمنصور بالله:
 يكون أولى من الإمام، وقال أبو طالب: بل بعده، وقال المؤيد بالله: لا ولاية له. قال
 في البيان: وولايته على الصغيرة^(٥) فقط، وقال الفقيه حسن: وعلى الكبيرة^(٦)
 برضاها.

مسألة: والأولياء على أربعة أضرب: منهم من ولايته في النكاح والسفر معاً،
 وهو العصبة المحرّم الحر المسلم. ومنهم من لا ولاية له فيهما معاً، وهو الكافر على
 المسلمة. ومنهم من ولايته في السفر لا في النكاح، وهم: المسلم المحرّم على
 الكافرة، وذوو الأرحام، والمحارم من الرضاع، والعبد المحرّم. ومنهم من ولايته في
 النكاح لا في السفر، وهم العصباء غير المحارم، والوصي عند من قال به.
مسألة: وندب استشارة الأم في تزويج ابنتها، وتقديم النظر^(٧) إلى وجه

(١) إذ سببه الملك لا القرب. (بحر). والمختار توكل ذمياً يزوجها بإذن سيدها. (شامي).

(*) لأنه يزوج بالملك لا بالولاية، ذكره النووي، قال: وكذا المكاتب يزوج أمته.

(٢) والمختار أنها توكل مطلقاً؛ إذ من شرط الولي أن يكون على ملتها. (عامر، ومفتي).

(٣) الأولى: لغير عصبة؛ ليدخل ذوو السهام.

(٤) فجعلاهم بعد العصبة.

(٥) إذا كان لمعين كما في الأزهار. (قرئ).

(*) والمجنونة. ويشترط استمرار الجنون^[١] من وقت الإيضاء إلى وقت العقد. (قرئ).

(٦) وهذا كلام القليل في الأزهار.

(٧) ويجوز.

[١] وكذا الصغر. (قرئ).

المخطوبة^(١)، وتحري ذات الدين^(٢) وذات العقل^(٣) وذات الجمال^(٤) والبكارة والوداد^(٥).

مسألة: وإذا ادعت الغريبة^(٦) أن لا ولي لها تعلمه قبْل قولها^(٧) ما لم يظن كذبها، وإن احتيط بتحليفها^(٨) فهو أحسن، فإن امتنعت لم تزوج^(٩). وإن عرف نسبها بحث عنه، قال الفقيه يوسف: والبحث^(١٠) وجوب^(١١) إن عرف أنه

(١) وكفيها فقط.

(*) إذا لم تقارنه شهوة، ذكره المنصور بالله، وهو ظاهر المذهب. وقال الفقيه حسن: ولو لشهوة. (نجري). وسيأتي في الكتاب. اهـ وهو ظاهر الأخبار حيث أمر النبي ﷺ بذلك ولم يقيده، ذكره ابن رابع.

(*) قال أصحابنا: يستحب أن يكون نظره إليها قبل الخطبة حتى إن كرهها تركها من غير إيذاء، بخلاف ما لو تركها بعد الخطبة، والله أعلم. قال أصحابنا: وإذا لم يمكنه النظر استحب له أن يبعث امرأة يثق بها تنظر إليها وتخبره، ويكون ذلك قبل الخطبة؛ لما ذكرناه. (من شرح مسلم للنووي بلفظه).

(٢) لقوله ﷺ: ((تنكح النساء لأربع: لماها وحسبها وجمالها ودينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك)). (بستان بلفظه).

(٣) لأن المقصود بالنكاح طيب المعاشرة وراحة النفوس ورغد العيش، وذلك لا يحصل مع عدم العقل. (بستان بلفظه).

(٤) لقوله ﷺ: ((إنما النساء لعب، فإذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها)). (بستان).

(٥) أي: حسن العشرة.

(*) لقوله ﷺ: ((خير نسائكم الودود))، قال عليّ: ولأن مع المودة تدوم العشرة. (بستان).

(٦) وغيرها.

(٧) وذلك لأنه لا يعلم إلا من جهتها، وكما يقبل قولها في انقضاء عدتها وحيضها وطهارتها، ولأنها في يد نفسها. (بستان).

(٨) والتحليف إلى من يتولى عقدها.

(٩) إلا أن تترك اليمين حياء وحشمة كان للإمام أو الحاكم أن يزوجها. (قررو).

(١٠) في (ج، د): والبحث عنه.

(١١) ووجوب البحث على من يريد النكاح منها أو من الزوج. (عامر). ونظيره قوله: ونفقتها على الطالب.

كان لها ولي وأنكرت، وإن ادعت موته أو غيبته فندب^(١)، فإن ظهر لها ولي من بعدُ ولم تكن تعرفه فلا اعتراض له^(٢)، إلا إن تزوجت غير كفؤ فللمؤيد بالله قولان^(٣) في بطلان ولايته في تلك الحال^(٤).

مسألة: وإذا غاب الولي غيبة منقطعة انتقلت الولاية إلى الأقرب بعده، وقال المؤيد بالله والشافعي: ينوب عنه الحاكم^(٥). قلنا: وفي بطلان ولايته قولان للمؤيد بالله: أحدهما: تبطل^(٦). والثاني والقاضي زيد: لا تبطل. والفائدة حيث زوجها الحاضر من غير كفؤ هل يكون للغائب^(٧) أن يعترض^(٨) أم لا، وحيث زوجها الغائب^(٩) ورضيت به، وحيث زوجها معاً برضاها من اثنين في وقت واحد، فعلى قول البطلان يصح عقد الحاضر، وعلى قول البقاء^(١٠): لا يصح أيهما.

(١) وفي الغيب ما معناه: أنها تبين؛ لأنها تدعي إسقاط حقه.

(٢) فإن كانت تعلمه وتعرفه كان النكاح موقوفاً.

(٣) وعن الهدوية لا اعتراض على القولين مطلقاً. (عامر). إلا لغضاضة.

(٤) أي: حال غيبته.

(*) الأصح أن له الاعتراض على القولين معاً. (صعيتري). مع الغضاضة. (قررد).

(٥) قلت: وهو قوي. (بحر).

(٦) وهو قول الهدوية. (غيث).

(٧) فلو كانت قد تحققت غيبته المنقطعة ثم عقد لها الولي الحاضر أو وكلت من يزوجه بناء على الأصل أنه باق في مسافة المنقطعة، ثم وصل عقيب العقد هل يعتبر الابتداء أو الانتهاء؟ وكذا في تعذر المواصلة ونحوها. (حاشية سحولي). قال المفتي: لو عقد بها ثم وصل عقيب العقد بها بيوم أو يومين أو نحو ذلك بقي موقوفاً على إجازته؛ إذ تبين أن الغيبة دون شهر، بخلاف ما لو خفي مكانه ثم عرف فقد صح العقد، فلا اعتراض. (مفتي). وهو قوي، إلا قوله: «بقي موقوفاً»؛ لأنه لا حكم للإجازة مع عدم الإضافة؛ إذ من شرط العقد الموقوف الإضافة إلى الولي كما هو ظاهر الأزهار في قوله: «مضيفاً في اللفظين». و(قررد).

(٨) يعترض على المختار مع الغضاضة. (شامي) (قررد).

(٩) من غير كفء.

(١٠) للولاية.

وإن كان غير إذنهما فعلى قول البقاء: أيهما أجازته صح، وعلى قول البطلان: لا يصح عقد الغائب^(١).

فرع: والمنقطعة: هي فوق مسافة شهر بيوم أو يومين عند الهادي، وقال المؤيد بالله: دون شهر بيومين أو ثلاثة، وقال الناصر: شهر فقط^(٢)، قيل: وذلك للذهاب والرجوع، ذكره ابن معرف^(٣)، وقيل: للذهاب فقط. وقال المنصور بالله: نصف شهر في حق الرفيعة، وفي الدنية^(٤) ثلاثة أيام، وهي التي تخرج لحوائجها. وقال أبو حنيفة^(٥) والشافعي: مسافة السفر، قال الإمام يحيى: وهو الصحيح^(٦)، فأما اعتبار الشهر فهو تحكم وإضرار بها.

مسألة: وفي حكم الغيبة المنقطعة إذا كان الولي لا يعرف مكانه^(٧)، أو في جهات

(١) وإذا وكل ثم بطلت ولايته بالغيبة بطلت الوكالة، وهذه من الفوائد، كذا عن المفتي، وقرره الشامي. (قررد).

(٢) من موضع الزوجة. (قررد).

(*) لا يزيد ولا ينقص. (قررد).

(*) والشهر من موضع العقد، فلو كان بين الأبعد من الأولياء والأقرب دون شهر، وبينها - أي: الزوجة - وبين الأقرب شهر، وموضع العقد حيث الولي الأبعد - فلا يعقد على هذا. (هيل). وقال بعض المشائخ: الشهر من موضع الزوجة، فعلى قوله هذا يصح العقد من الولي الأبعد. ولأنه يلزم على اعتبار موضع العقد لو كان الولي الأبعد في موضع، والزوجة والولي الأقرب في موضع آخر، وخطبت من الولي الأبعد، وبين موضع الزوجة والولي الأقرب وموضع الولي الأبعد شهر أن يعقد لها الولي الأبعد؛ لأن موضعه موضع العقد، ولا قائل به. (هامش بحر).

(٣) ويكفي الظن، والعبرة بالانكشاف. (قررد).

(٤) والفقيرة.

(٥) ينظر في كلام أبي حنيفة فإنه يقول: إن للمرأة أن تزوج نفسها، وكذا لها أن توكل من يزوجها. ولعل له قولين، أو يقال: هذا في حق الصغيرة.

(٦) وقواه سيدي الحسين بن القاسم والقاضي إبراهيم حثيث والسحولي والمفتي، والله الحمد.

(٧) ولو داخل الميل. (قررد).

إذا طلب فيها لم يوجد إلا في قدر الغيبة المنقطعة^(١)، أو كان في مكان لا يمكن الوصول إليه^(٢) ولا أخذ الوكالة منه، لكن قد ذكر المؤيد بالله في هذه الصورة أنه ينتظر شهراً^(٣)، فقيل: إنه ندب، ويكون في الصور كلها، ذكره أبو جعفر، وقال الفقيه يحیی البحيح: إنه قول آخر له، فيكون له قولان في الكل، وقال أبو مضر: إنه حيث يرجى خروجه ينتظر شهراً، وحيث لا يرجى لا ينتظر. وهو القوي. قال الفقيه يوسف: وهذا في الحرة، لا في الأمة إذا غاب سيدها فلا يزوجه إلا هو؛ لأنه حق له لا لها.

مسألة: وإذا طلبت البالغة^(٤) العاقلة الحرة تزويجها من كفؤ وامتنع وليها: فإن كان لجهله بكفاءة الزوج لم تبطل ولايته حتى يتعرف حاله^(٥)، وإن كان لغير ذلك فقد وجب عليه، فلو عدل عنه إلى الصلاة كان كمن صلى وهو مطالب بالدين^(٦)، ولا تبطل ولايته بإحرامه للصلاة^(٧)؛ لأن ذلك يسير، بل بإحرامه

(١) من إرادة العقد. (مفتي). وقيل: من يوم الإجابة. (حفيظ).

(٢) حال العقد، ولا عبرة بطول المدة وقصرها. (نجري). ولا يجب بذل المال وإن قل. (قرئ).

(٣) وفي البحر: فرع: المنتخب: ومن لا ينال في حبس أو نحوه انتقلت ولايته فوراً. وقيل: إن لم يظن خروجه في الشهر. والأول أقرب. (بحر).

(٤) لا الصغيرة، ولو خشى فوت المصلحة. قال الفقيه حسن: أما إذا كانت صغيرة فلا عضل^[١]؛ لأنه لا رضا لها. قال: ويحتمل أن يكون عاضلاً متى عرف الحاكم مصلحتها. (صعيتري). وقرره المؤلف.

(٥) وإذا ادعى الولي عدم كفاءة الخاطب وادعت أنه كفؤ فالبينة على الولي؛ لأن الظاهر الكفاءة، وقد أشار إليه في الشرح، لكن يقال: قوله في الشرح والبيان: «إلا لتعرف حاله» يخالفه؛ لأنهم لم يجعلوا الظاهر الكفاءة، فينتظر. (مفتي). وهو يقال: إنه إذا طلب الإمهال لتعرف حاله أمهل، وإذا ادعى بعد ذلك عدم الكفاءة بين بذلك. (من هامش شرح الأزهار) (قرئ).

(٦) والأولى أنها تصح صلاته وتبطل ولايته؛ لأنه عضل، اللهم إلا أن يعرف أنه إذا عضل لم يزوجه غيره فلا يعد بطلان صلاته. ومثله عن الشامي.

(*) إلا آخر الوقت عند خشية الفوت فتصح ولا عضل، إلا أن يخشى فوت الزوج كان عاضلاً ولو كان يخشى فوت الصلاة؛ لأنه حق لأدمي، والله أعلم.

(٧) بل تبطل، وهو ظاهر الأزهار بقوله: «وبأدنى عضل في المكلفة الحرة».

(*) إذا كان إحرامه قبل طلبها.

[١] وعليه الأزهار بقوله: وبأدنى عضل في المكلفة الحرة.

للحج، ذكره الإمام يحيى والسيد يحيى بن الحسين. ولعله إذا كان بعد طلبها له، فأما قبله فعلى ما تقدم (١). ومع امتناعه يزوجه الأقرب بعده عند الهادي (٢)، وقال المؤيد بالله وأبو العباس والشافعي: يزوجه الحاكم، قال المؤيد بالله: فإن لم يكن ثم حاكم وكلت من يزوجه. وكذا على قول الهادي حيث لا أقرب.

فَرَعٌ؛ والعصل يثبت (٣) بغالب الظن لمن أراد تزويجها إذا لم يناكر الولي (٤) من بعد، فإن ناكراً فلا بد من الشهادة إلى الحاكم: فإن قال الولي عند طلبها التزويج: «قد كنت زوجتها في صغرها، والزوجية باقية» وأنكرت كان عضلاً منه، إلا أن يبين بذلك (٥)، وكذا إذا قال: أنا أزوجه في وقت غير هذا أو بعد العصر أو متى رجعت أنا أو رجعت هي إلى بيتي - فذلك عضل (٦).

فَرَعٌ؛ فإن امتنع من تزويجها حتى ترد حقها عليه (٧) كان عاضلاً (٨) ولم يصح الرد (٩) له إذا فعلته له ليزوجه؛ لأن ذلك رشوة، ولا تجوز الشهادة ولا الكتابة

(١) يعني فينظر في مدة إحرامه كم قدرها، ثم يأتي فيه الخلاف كما في الغيبة. (بستان). والمختار كلام الإمام في شرح الأزهار.

(٢) قياساً للعضل على الصغر والجنون والكفر. (بستان بلفظه).

(٣) للولي الآخر.

(*) إلا أن يرجع عن العضل عادت ولايته، يعني إذا عاد قبل العقد. (قرئ).

(٤) الأقرب.

(٥) ولعل الشهادة من باب الحسبة؛ لأن الدعوى من الولي للزوج الأول، وهو غير مدع. (سماع سيدنا حسن عليه السلام).

(٦) إلا أن يكون عليه غضاضة في تزويجها في غير بيته فليس بعضل.

(٧) أي: تبه له. لفظ حاشية: يعني تملكه حقها أو تبهه له أو أي وجوه التملك.

(٨) قال الوالد عليه السلام: لأنها إن فعلت ذلك مكرهة خوفاً من امتناعه من تزويجها فهو باطل، ويكون معه غضبا، وإن فعلته راضية فهو رشوة؛ لأنه في مقابله واجب عليه، وهو تزويجها. وهكذا ذكر عليه السلام أنه إذا قال: لا أزوجه حتى تهب لي مالا أو تعطيني حقها من مال أبيها أو تجعل لي قسطاً من مهرها كان هذا عضلاً يبطل ولايته؛ لكونه ظالماً. (بستان).

(٩) يعني: التملك.

على ذلك. قال المؤيد بالله: وإذا عرفت أنها تلحقها مضرة من وليها إذا طلبته تزويجها كان عاضلاً^(١)، وجاز لها أن توكل من يزوجه^(٢). والأقرب أنه إذا زوجها فضولي^(٣) وامتنع الولي من إجازته لم يكن عاضلاً؛ لأن العقد حق له.

مسألة: ومن زوجها وليان لها من زوجين^(٤) وهي بالغة عاقلة: فإن كانت أذنت لأحدهما أو أجازته صح، وإن أجازتهما معاً بطلاً^(٥)، وقال أبو مضر والفقهاء حسن: لا تصح إجازتهما، ولها أن تميز أيهما شاءت من بعد^(٦). قال الفقيه علي: وكذا لو كانت بكرًا وعلمت بهما معاً في حال واحد فسكتت^(٧).

وإن كانا معاً بإذنها فمن علم تأخره منهما فهو باطل ولو كان الأول فاسداً^(٨) مع الجهل، ولو دخل بها الآخر جهلاً، خلاف مالك^(٩)، وإن وقعا في وقت

(١) فلو امتنع الولي خوفاً على نفسه أو ماله قال سيدنا بدر الدين محمد بن أحمد مرغم: لم يكن عاضلاً ولا يأنم، وتنتقل الولاية إلى غيره، كمن خفي مكانه أو تعذرت مواصلته. (قررو).

(٢) مع عدم الإمام والحاكم عند المؤيد بالله، وعندنا حيث لا قريب ولا إمام ولا حاكم. (قررو).

(٣) أو ولي أبعد.

(٤) في وقتين.

(٥) وظاهره ولو كان أحدهما فاسداً، والأصح أن الإجازة تلحق الصحيح دون الفاسد. (سحولي).

وقيل: لا فرق؛ لأنها ليست إجازة، وإنما هي بمعنى الرضا، فيبطلان كالصحيحين.

(*) وإن قالت: أجزت أحدهما غير معين فلعلها تبطل الإجازة، فتجيز بعد ذلك عقد من شاءت. (حاشية سحولي) (قررو).

(٦) وقواه المفتي.

(٧) بطلاً معاً.

(٨) وقيل: ينصرف الإذن إلى الصحيح، إلا أن يجري عرف بالفاسد كما سيأتي في البيان في الشرط الرابع من شروط النكاح أن إذنها ينصرف إلى الصحيح إلا أن يجري عرف بالفاسد.

(*) حيث جرى به عرف كما يأتي. (قررو).

(٩) فقال: إذا دخل الثاني جاهلاً فهو أولى؛ إذ الدخول أقوى من العقد؛ لأن به يستكمل المهر كله، والعقد لا يوجب إلا نصفه. قلنا: الخبر [وهو قوله ﷺ: ((أبياً امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما، وأبياً رجل باع بيعاً من رجلين فهو للأول منها))]] أولى، سلمنا فالوطة لا يصح الباطل كلو نكحت في العدة. (بستان بلفظه).

واحد أو جهل حالهما بطلاً^(١)، وإن علم تقدم أحدهما لكن التبس فحيث قد دخل بها أحدهما راضية^(٢) فالظاهر أنه المتقدم، وعلى الثاني البينة، وكذا حيث دخلا بها وعلم تقدم أحدهما في الدخول، وحيث لم يدخل بها أيهما فمن أقرت له بالتقدم يكون القول قوله^(٣)، وعلى الثاني البينة^(٤)، وحيث لم تقر ولا قامت بينة يبطلان معاً عند القاسم والهادي والناصر والمؤيد بالله وأبي طالب وأبي العباس وأبي حنيفة والشافعي، وقال أحمد وإسحاق: يقرع بينهما، وقال الحقيني والأزرقي والمنصور بالله والأستاذ والقاضي زيد وأبو مضر: إنها توقف، فلا يدخل بها أيهما، ولا تزوج غيرهما حتى يطلقها، فإن امتنعا من طلاقها فقال الحقيني^(٥): يفسخ الحاكم نكاحهما، وقال الأزرقي: يجبرهما الحاكم على الطلاق. ولا نفقة لها قبل الطلاق والفسخ على أيهما، ولا مهر؛ لأنه التبس من عليه الحق منهما، إلا على أحد قولي المنصور بالله والسيد يحيى بن الحسين بالتحويل عليهما فيلزم كل واحد منهما نصف نفقة وربع المهر إن طلق أو نصفه إن مات أو ماتت. وأما العدة إذا مات أحدهما فتجب، وإن ماتا فلكل واحد منهما عدة، إلا أن يتفق موتها فعدة كاملة من موت الآخر منهما، ولا ترث منهما إلا على القول بالتحويل على من عليه الحق^(٦).

(١) وذلك لأن أحدهما باطل قطعاً يقيناً، وليس أحدهما أحق بالبطلان من الآخر؛ إذ لا ترجيح. (بستان).

(٢) وهي بالغة. (قررو).

(٣) إذا كان الإقرار في حال حياة الزوج، وأما بعد موته فلا يصح إقرارها؛ لأنها أقرت بحق لها ولا شيء عليها، بخلاف ما إذا أقرت في حال الحياة فقد أقرت بحق لها وعليها.

(٤) وإلا حلف له ما يعلم تقدم عقده. (برهان).

(٥) قوي على أصلهم.

(٦) فترث من كل واحد منهما نصف ميراثها. (برهان).

وإن ماتت قبلها ورثها ميراث زوج بينهما^(١)، وعلى قول الأستاذ^(٢) يكون لبيت المال^(٣). وإن ماتت قبل أحدهما ورث منها نصف ميراث الزوج، وتكون لهما بحكم الرابعة لكل واحد، ولا يتزوج أيهما أختها ونحوها قبل طلاقها، وتحرم أمهاتها عليهما، وتحرم هي على آبائهما وأبنائهما على القولين معاً^(٤)؛ لأن أحدهما عقده صحيح لكن بطل بعد الالتباس. ومن دخل بها منها فلا حدَّ عليه، ويلزمه لها نصف المسمى ونصف الأقل^(٥)، وتحرم عليه بناتها على القول بالوقف، وأما على القول بالبطان فمع العلم بالتحريم يكون زنا، ومع الجهل يكون وطء شبهة، وفيه الخلاف^(٦). ومن قبلها منها لشهوة أو لمسها أو نظر إليها لشهوة حرمت عليه بناتها على القول بالوقف، لا على القول بالبطان، والله أعلم.

ومن ادعى منهما أنه المتقدم فعليه البيّنة، وعليها اليمين^(٧) ما تعلم، فإن حلفت

(١) وهو يورد في مسائل المعايية: أين امرأة تركت زوجين استحقا نصف مالها؟ (بستان بلفظه).

(٢) والمنصور بالله. (غيث).

(٣) بناه على أن المال إذا التبس بين محصورين كان لبيت المال. (غيث، وبستان لفظاً). قلنا: علما فصار نصفين. (بحر معني).

(٤) وفي الكواكب: ولا يبعد أن يثبت هذا التحريم على القول ببطان العقدین؛ لأن أحدهما وقع صحيحاً لكن بطل بعد حصول اللبس. وقال المنصور بالله: لا يثبت التحريم. ولعله على أحد قوليه بالبطان. اهـ لكن فيه نظر. وأما بناتها فلا يجرمن عليها إلا أن يقع منها لمس أو تقبيل أو نظر لشهوة على القول بالوقف.

(*) وذهب البيان على سيدنا أبي القاسم التهامي. اهـ وهو الأولى؛ تغليباً لجانب الحظر.

(*) وهذا مشكل؛ لأن ظاهر كلام أهل المذهب خلافه. (مرغم). وهو ظاهر الأزهاري، ومثله في حاشية السحوي، ولفظها: فيبطان كالأولى في جميع الأحكام. وفي حاشية في تعليق الفقيه

علي: إذا حكم الحاكم بفسخ الفاسد بقي التحريم، فهذا مثل كلام البيان. (سماح شامي).

(٥) وعلى القول بالبطان الأقل. (قرود).

(٦) هل يجرم أم لا. اهـ لا يقتضي التحريم.

(٧) للثاني.

لها جميعاً كان الحكم ما مر من الخلاف^(١)، وإن نكلت عنهما صارت كأنها في أيديهما معاً؛ فمن حلف منهما أنه المتقدم ونكل الثاني كان الحالف أولى بها، وإن حلفا جميعاً أو نكلا كان الحكم ما مر^(٢).

فرع^(٣): وإذا باع فضولي عبد غيره وأعتقه آخر على مال عقدا فأيهما أجازه المالك صح، وإن أجازهما معاً^(٤) صح العتق؛ لأنه أقوى^(٥)، قال المنصور بالله: إلا أن يكون البيع من رحم للعبد كان أولى^(٦)؛ لأنه يتضمن صحة البيع والعتق^(٧).

فرع: فلو أعتقه كل واحد منهما على مال^(٨) ثم أجازهما معاً، أو كانا بإذنه والتبس المتقدم منهما - فلعله يعتق ويلزمه^(٩) نصف المالين معاً^(١٠). فلو أعتقه أحدهما ووقفه الثاني وهما بإذن المالك والتبس المتقدم منهما سل؟ ولعله يعتق العبد^(١١)

(١) هل يبطل أو يوقف.

(٢) يعني من البطلان أو الوقف.

(*) يبطلان جميعاً. (قرر).

(٣) هذا الفرع والفرع الرابع فرعهما المؤيد بالله على مسألة الوليين، ذكره في الانتصار، والفرع الثاني للوالد ﷺ، والفرع الثالث قال في البرهان: ذكره في تعليق الزيادات، إلا قوله: إذا كانت الهبة على عوض مظهر فهو للوالد ﷺ. (بستان).

(٤) بلفظ واحد.

(٥) أي: سريع النفوذ.

(٦) واختاره التهامي.

(٧) وقال في الصعيتري: ويحتمل أن يقال: إن البيع إذا كان من ذي رحم لم يصح أيها عند أجازتهما؛ لأنه لا مخصص لأحدهما بالصحة؛ لأن كل واحد منهما قد حصل فيه العتق والعوض، إلا أن يكون العتق المعقود بغير مال فالبيع من ذي الرحم أولى؛ لأنه قد حصل فيه العوض مع العتق. (قرر).

(٨) عقداً. (قرر).

(٩) أي: العبد.

(١٠) وقال الفقيه يوسف: بل يلزمه الأقل منهما؛ لأن الأصل براءة الذمة من الزائد. (كواكب).

(١١) لأن العتق أقوى.

ويسعى في نصف قيمته للموقوف عليه^(١)، والله أعلم.

فرع: فإن باعه الفضوليان أو وهباه من اثنين ثم أجازهما معاً تنصف العبد بينهما^(٢)، وإن باعه أحدهما ووهبه الثاني ثم أجازهما صح البيع؛ لأنه أقوى، إلا إذا كانت الهبة على عوض مظهر تنصف العبد بينهما^(٣).

فرع: إذا قبل فضوليان لرجل نكاح أختين من وليين لهما ثم أجازهما معاً بطلاً^(٤)، وقال الفقيه حسن وأبو مضر: تبطل الإجازة، وله أن يميز أيهما شاء من بعد. فإن كان أمرهما بذلك فحيث وقعا معاً أو جهل حالهما ببطلان، وحيث تقدم أحدهما ثم التبس فعلى القول بالبطلان ببطلان^(٥)، وعلى القول بالوقف لا يدخل بأيهما، ولا يخرجان منه إلا بطلاق، ولكل واحدة نصف نفقتها وربيع مهرها إن طلقها أو نصفه إن مات عنها أو ماتت عنه، ويرثانه ميراث زوجة بينهما، ولا ميراث له منهما إلا على القول بالتحويل.

فرع: فإن كانت التي زوجها الوليان صغيرة فهي كالبالغة الآذنة، ومع

(١) والمختار أنه يعتق ويبقى نصف المنفعة للموقوف عليه، كالموصى بخدمته للغير إذا اعتقه مالك الرقبة ضمن قيمة المنفعة للموصى له، فكذلك هنا. (سماح عامر).

(٢) المختار أنه لا يصح أيهما كما لو عقد المالك كذلك؛ لاستحالة ملك بين مالكين^[١]. (من خط سيدي الحسين بن القاسم). ومثله عن سيدنا عامر، وهو قول المنصور بالله الذي سيأتي إن شاء الله تعالى في البيع الموقوف بعد الحكم الخامس قبيل قوله: مسألة: من باع ماله من زيد ثم باعه من عمرو.. إلخ.

(٣) بل لا تصح.

(٤) ومثله للفقهاء في البيع في قوله: فإن اتفقا فالفسخ.

(٥) ينظر في هذا التفريع، هلا قيل: كما لو التبست الزوجة بالأجنبية، فلا يخرجان إلا بطلاق. (* يقال: لو أقر بسبق أحدهما أو دخل بها فهل يكون كما تقدم؟ الظاهر أنه كما مر. ومثله عن الشامي. و(قررو).

[١] لأنه باع الكل من كل واحد. ومثله للقاضي عبد الله الدواري.

التباس المتقدم منها يصح الإقرار منها بعد بلوغها بالمتقدم منها^(١)، فيقف العقدان إلى بلوغها، فإن لم تقر فعلى الخلاف المتقدم في الكبيرة^(٢).

مسألة: ويصح النكاح الموقوف على إجازة الزوج أو الزوجة أو الولي، خلاف الناصر والشافعي.

مسألة: ولا بد من رضا البالغة العاقلة، ففي الثيب بالنطق أو ما يقوم مقامه، نحو التهيؤ للتزويج أو طلب المهر^(٣) أو قبضه بعد العلم بالعقد وبأنه المهر، وفي البكر بذلك أو بالسكوت عند علمها بالنكاح وبأن لها الامتناع، لا إن جهلته^(٤)، ذكره في الشرح، وكذا^(٥) عند استئذانها في النكاح. ولا بد في صحة رضاها من أن تعلم بالزوج من هو^(٦)، ذكره أبو مضر وأصحاب أبي حنيفة. ولعله يعتبر في معرفتها له بالمشاهدة [أو بالشهرة^(٧)] أو بتعريفها نسبه، لا بمجرد ذكر اسمه واسم أبيه من غير معرفة له.

فروع: ولا يضر إذا قارن سكوت البكر ما لا يدل على كراهتها من ضحك أو

(١) قلت: وفي إقرارها بعد بلوغها نظر^[١]. (غيث). لأنها ربما تقر بالباطل. وفيه نظر؛ لأنه يلزم في الكبيرة كذلك.

(*) لا إجازتها؛ لأنها ربما أجازت الباطل. (رياض). (قرير).

(*) هذا مع العلم أن أحدهما متقدم ثم التيس، وإلا بطلا كما تقدم. (مفتي). (قرير).

(٢) المذهب البطلان. (قرير).

(٣) هذا وما بعده إجازة بعد العقد.

(٤) عند السكوت. (برهان).

(٥) سكوتها.

(٦) المذهب أنه لا تشترط معرفته. (تهامي، وشامي، وعامر).

(*) وظاهر كلام أهل المذهب خلافه، وأنها إذا قد رضيت به صح ولو بمجهول، والله أعلم.

(*) والمقرر أن ذلك غير شرط.

(٧) ما بين المعقوفين من (ب). وهو في بقية النسخ حاشية.

[١] ومثله في السلوك، وهو أنه لا يصح الإقرار منها. (قرير).

بكاء يسير^(١) أو هرب من منزل إلى منزل^(٢)، لا إن قارنه ما يدل على الكراهة فلا يصح^(٣)، كالبكاء الكثير أو اللطم أو الهرب من الدار^(٤) أو تقول: لا حاجة لي به ونحو ذلك^(٥).

فرع: والثيب: هي من ذهبت بكارتها بوطء^(٦) في نكاح صحيح^(٧) أو فاسد برضاها^(٨)، لا إن كانت نائمة أو مكرهة أو مجنونة أو سكرى فهي كالبكر^(٩)، وكذا من لا بكارة لها خلقة أو ذهبت بكارتها بغير الوطء.

وإن ذهبت بوطء الغلط أو النكاح الباطل مع الجهل فهو على الخلاف^(١٠) في ثبوت التحريم به. وإن ذهبت بالزنا فقال المؤيد بالله وأبو طالب وأبو حنيفة وأحد قولي أبي العباس ومالك: إنها بكر^(١١)، وقال الناصر وأحد قولي أبي

(١) وإنما كان البكاء رضا لأنه قد يكون من الفرح وقد يكون من الحزن، فإذا التبس رجع إلى الأصل، وهو السكوت. (زهور).

(٢) في الدار. (غيث) (قرئ).

(٣) أي: لا ينفذ. (قرئ). فيبقى موقوفاً حتى ترد. (قرئ).

(٤) إلى دار أخرى. (قرئ).

(٥) لا أرضاه.

(٦) في القبل. (قرئ).

(٧) ولو قبل البلوغ بعد الصلاحية.

(٨) بل لا فرق، وهو ظاهر الأزهار.

(٩) ذكره في الياقوتة، قلت: وفيه نظر. (غيث). وظاهر الأزهار أن الوطء في حال النوم أو الإكراه أو الجنون يكون حكمها حكم الثيب. اه لأنه بوطء يقتضي التحريم، وهو النكاح الصحيح أو الفاسد.

(١٠) يعني فمن يوجب التحريم يثبت به الثبوتية، ومن لا فلا. (بستان). والمختار أنه إن تكرر أثبت الثبوتية، وإلا فلا، وهو ظاهر الأزهار.

(١١) حيث لم يتكرر. (قرئ).

(*) بالنظر إلى الاستئذان، لا بالنظر إلى المهر فثبت في جميع الأحكام. (شرح هداية). وقيل: يعتبر في المهر بالعرف، وكذا في التأثير. (قرئ). فإن لم يكن ثم عرف فمهر ثيب. (قرئ).

العباس والشافعي وأبو يوسف ومحمد: بل ثيب. قال أبو مضر: الخلاف حيث لم يتكرر منها الزنا^(١).

مسألة: وإذا زوجت البكر ولم يظهر منها رضا ولا كراهة حتى مات الزوج فطلبت مهرها وميراثها، وادعى ورثته أنها أنكرت حين علمت - فعليه**م** البينة^(٢)، وإن أنكروا علمها بالعقد فالبينة عليها به. وإن كانت ثيباً فعليها البينة بالرضا^(٣).

مسألة: ويصح تزويج الصغيرة من كل ولي، خلاف الحسن وطاووس وابن عمر وابن شبرمة. وقال القاسم: من الأب فقط^(٤)، وقال الناصر والشافعي: من الأب والجد^(٥) فقط. قلنا: ثم إذا بلغت فلا خيار لها في تزويج الأب^(٦)، إلا من أجذم أو أبرص أو مجنون فلها الخيار، خلاف أبي حنيفة^(٧)، وكذا غير الكفو عند المؤيد بالله وأبي طالب، خلاف أبي العباس وأبي حنيفة، ولها الخيار في تزويج الأخ ومن بعده من الأولياء، وأما الجد فقال زيد بن علي والباقر والصادق والناصر والمؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: هو كالأب، وقال أبو العباس وأبو طالب: كالأخ.

(١) ظاهره ولو وقع التكرار في مجلس واحد. (قرئ).

(*) وحد التكرار مرتان. (قرئ).

(٢) لأن الأصل السكوت. (بستان).

(٣) بالنطق.

(*) لأن السكوت لا يكفي في حقها. (بستان).

(*) سيأتي في الاختلاف أن البينة على مدعي اختلال شرط في النكاح، فيحقق. (مفتي). وهلا قيل أيضاً: إنهم يدعون بطلان العقد. اهـ يقال عليه: إنما تكون البينة على مدعي اختلال شرط حيث لم يكن الأصل عدم حصول ذلك الشرط، وإلا فالقول قوله، وهو هنا كذلك؛ إذ الأصل عدم النطق بالرضا، فلا يرد ما ذكره عليه السلام. (سباع شامي). (قرئ).

(٤) خلافهم في الصغيرة فقط.

(٥) في البكر فقط.

(٦) هذا إجماع، ولأنه عليه السلام لم يخير عائشة وقد تزوجها من أبيها صغيرة. (زهور).

(٧) حجته أن الأب لا يتهم في المصلحة. قلنا: ظهر بطلان المصلحة. (بستان).

فَرَعٌ؛ وخيارها هو على الفور^(١) متى علمت ببلوغها وتزويجها وأن لها الخيار، لا إن جهلت أي ذلك فخيارها باقٍ. وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: لا يعتبر علمها بأن لها الخيار^(٢).

فَرَعٌ؛ وفسخها لا يحتاج إلى حكم^(٣)، خلاف المؤيد بالله وأبي حنيفة. قال الفقيه يحيى البحيح: محل الخلاف مع التراضي واتفاق مذهبها، لا مع التشاجر أو اختلاف^(٤) المذهب فلا بد من الحكم، وقال الفقيهان محمد بن يحيى وحسن: إن الخلاف مع التشاجر^(٥)، لا مع التراضي^(٦) فلا يحتاج إليه وفاقاً^(٧). وأما في النكاح الفاسد وسائر العقود الفاسدة فقال المذكرون: لا بد في فسخها من التراضي أو الحكم^(٨)، وروى في الكافي عن الهادي والناصر وأبي طالب وأبي العباس أنه لا يحتاج إلى ذلك^(٩).

(١) في المجلس ما لم تعرض. (قرر).

(٢) وذلك لأنه إسقاط حق، فلا يعتبر فيه العلم. قلنا: إنما يبطل خيارها بالرضا، ولا ثمرة للرضا إلا مع العلم بأن لها الخيار، وكما لو وطئت وهي نائمة فإن الوطء لا يبطل خيارها؛ لعدم العلم، فكذا هنا. (بستان).

(٣) لأنه عقد عليها في حال لا ولاية لها فيه على نفسها، فإذا تجددت ولاية الخيار لم تحتج إلى حكم حاكم كالمعتقة. وحجتهم أن ما هذا حاله من مسائل الخلاف لا بد فيه من الحاكم. قلنا: مع التشاجر. (بستان).

(٤) في (ب، ج): واختلاف.

(٥) واختاره الإمام في الغيث.

(٦) يعني: واتفق مذهبها، وإلا فلا بد من الحكم. اهـ بل ولو مع اختلاف المذهب.

(٧) وأما العدة فمن حال الفسخ مطلقاً. (ذويد) (قرر).

(٨) إذا كان الفساد مختلفاً فيه.

(*) مع التشاجر.

(٩) يعني: لا يحتاج فسخه إلى حاكم؛ لأن ظاهر مذهب الهادي والناصر أن الفاسد باطل؛ لأنه لا فاسد عندهما.

فَرَعٌ: وَإِذَا بَلَغَتِ الصَّغِيرَةَ بِالْحَيْضِ ثَبَتَ خِيَارُهَا إِلَى كِمَالِ الْيَوْمِ الثَّلَاثِ (١)، ثُمَّ يَبْطُلُ بِتَرَاخِيهَا بَعْدَهُ، وَقَالَ فِي الْكَافِي وَأَبُو مِزْرٍ: لَا يَبْطُلُ إِلَى آخِرِ الْحَيْضَةِ (٢).

مَسْأَلَةٌ: مِنْ زَوْجِ حَرَمَتِهِ الْبَالِغَةِ (٣) بِغَيْرِ إِذْنِهَا مِنْ زَيْدٍ ثُمَّ مِنْ عَمْرٍو قَبْلَ إِجَازَتِهَا كَانَ عَقْدُهُ الْآخِرَ فَسَخًا لِلأَوَّلِ (٤)؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ الْمَوْقُوفَ يَصَحُّ فَسْخُهُ، وَكَذَا فِي سَائِرِ الْعُقُودِ، رَوَاهُ فِي التَّقْرِيرِ عَنِ الْمُؤَيَّدِ بِاللَّهِ وَأَبِي الْعَبَّاسِ، وَقَالَ فِي التَّذَكِرَةِ: يَحْتَمِلُ أَنْ لِلْمَجِيزِ أَنْ يَحْيِزَ أَيُّهَا شَاءَ.

مَسْأَلَةٌ: وَمَنْ تَزَوَّجَ لَابْنَةَ الصَّغِيرِ (٥) فَلَا خِيَارَ لَهُ عِنْدَ بُلُوغِهِ (٦)، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَمَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَتِهِ بِالنُّطْقِ (٧) أَوْ مَا يَقُومُ مَقَامَهُ، لَا بِالسُّكُوتِ. **فَرَعٌ:** وَمَنْ تَزَوَّجَ لَابْنَةَ الصَّغِيرِ فَالْمَهْرُ عَلَى الصَّبِيِّ لَا عَلَى الْأَبِّ (٨)، وَقَالَ زُفَرٌ وَالْإِمَامُ يَحْيَى وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ: إِنَّهُ عَلَى الْأَبِّ. قُلْنَا: إِلَّا أَنْ يُضْمِنَ بِهِ الْأَبُّ طَوْلَبَ بِهِ (٩)، فَإِنْ سَلِمَهُ مِنْ مَالِ ابْنِهِ صَحَّ، وَإِنْ سَلِمَهُ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ وَلَمْ يَنْوِ الرَّجُوعَ

(١) وَإِذَا أَبْطَلتْ خِيَارُهَا فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ أَوْ الثَّانِي وَاسْتَمَرَّ ثَلَاثًا بَطَلَ خِيَارُهَا، وَلَا يُقَالُ: إِنَّهُ حَقٌّ يَتَجَدَّدُ. (قُرِئَ).

(٢) قُلْنَا: هِيَ بِالْبَالِغَةِ مِنْ أَوَّلِ الْحَيْضِ، لَكِنْ لَمْ تَعْلَمْ صِحَّتَهُ إِلَّا بِكِمَالِ الثَّلَاثِ. (بِسْتَانَ).
(٣) الْعَاقِلَةُ.

(٤) قِيلَ: إِذَا كَانَ فِي وَجْهِهِ أَوْ عِلْمُهُ بِكِتَابِ أَوْ رَسُولِ اللَّهِ وَسَيَأْتِي فِي الْبَيْعِ الْمَوْقُوفِ أَنَّهُ لَا يَشْتَرِطُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْبَرَمْ.

(*) وَمِثْلُهُ فِي الْبَيْعِ فِي قَوْلِهِ: «وَتَلْحَقُ آخِرَ الْعَقْدَيْنِ».

(٥) حُرَّةٌ؛ إِذْ لَا عِنْتَ لَهُ. (قُرِئَ).

(٦) إِنْ زَوْجُهُ كَفُوءٌ لَا تَعَافَى كَمَا صَرَّحَ بِهِ فِي الْغَيْثِ. (قُرِئَ).

(*) لِأَنَّ بَيْدَهُ الطَّلَاقَ.

(٧) وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مَتَمَكِّنٌ مِنْهُ، بِخِلَافِ الْبِكْرِ فَرُخِصَ الشَّرْعُ فِي حَقِّهَا لِحَيَاتِهَا. (بِسْتَانَ).

(٨) لِأَنَّ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ لَا يَلْزِمُهُ الضَّمَانُ. (بِسْتَانَ).

(٩) لَكِنْ إِنْ ضَمِنَ بِهِ حَالُ صِحَّتِهِ كَانَ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَإِنْ ضَمِنَ بِهِ فِي حَالِ مَرَضٍ مَوْتَهُ كَانَ مِنَ الثَّلَاثِ، وَكَذَا فِي سَائِرِ التَّبَرُّعَاتِ وَالضَّمَانَاتِ.

قط لم يرجع^(١)، وإن نواه عندما ضمن به أو عند تسليمه ولم ينو التبرع رجوع، وإن نوى الرجوع عند الضمان ونوى التبرع عند التسليم لم يرجع، وفي العكس لا يرجع على ظاهر إطلاق الهادي^(٢)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل يرجع^(٣).

فرع: وإذا لم يضمن الأب بالمهر وسلمه منه: فإن نوى الرجوع على مال ولده صح وكان قرضاً له، وإن لم ينوه فمع علمه بعدم الوجوب عليه لا رجوع له^(٤)، ومع ظنه الوجوب يرجع^(٥) هو أو وارثه بعده على الزوجة بما سلم إليها؛ لأنه لم يتبرع به، ولها طلب زوجها. وكذا فيمن قضى الدين ثم بان له سقوطه عنه فله أن يرجع على من أعطاه، بخلاف من أخرج الزكاة ونحوها ثم بان له سقوطها فلا يرجع؛ لأنه قد تقرب بها^(٦)، وبخلاف من دفع ديناً على غيره بغير إذنه ونوى أنه يرجع عليه فإنه لا يرجع^(٧)؛ لعدم الولاية له، فنيته لا حكم لها^(٨).

(١) القياس الرجوع ما لم ينو التبرع؛ لأن ضمانه كضمان المأذون؛ لمكان الولاية. (مفتي).
 (٢) الحاصل من قول الهادي عليه السلام أن نقول: المسألة على وجوه سبعة: ضمن ودفع بنية الرجوع فيهما رجوع، ضمن بنية الرجوع ولا نية عند الدفع رجوع، دفع بنية الرجوع ولا نية عند الضمان رجوع بلا إشكال، ضمن ودفع بلا نية فيهما رجوع على المختار؛ لأنه كالمأذون بالضمان لمكان الولاية، وقال الفقيه يوسف في هذا الطرف: إنه لا يرجع إذا لم ينو عند الضمان. وقد قالوا: إذا أفق على الصغير من مال نفسه لم يرجع إلا إذا نوى الرجوع، فهو مثل كلام الفقيه يوسف. ضمن ودفع بنية التبرع فيهما لم يرجع، ضمن بنية التبرع ولا نية عند الدفع لم يرجع، دفع بنية التبرع ولا نية عند الضمان لم يرجع في الثلاثة الوجوه بلا إشكال، والله أعلم. وعلى الجملة فإنه يرجع ما لم ينو التبرع عند الضمان أو عند الدفع. (من بحر شامي).

(٣) لأن الصبي لم يبرأ بالضمان من المهر، والولي كالمأذون بالضمان والتسليم.

(*) وذلك لأن ذمة المضمون عنه لا تبرأ بالضمان. (بستان).

(٤) بل له الرجوع ما لم ينو التبرع.

(٥) مطلقاً ما لم ينو التبرع. و(قرو).

(٦) إذا كان الصرف إلى الفقير، لا إلى الإمام أو المصدق فله الرجوع. (قرو).

(٧) وعليه الأزهار في فصل الكفالة: لا المتبرع مطلقاً، أي: فلا يرجع على من سلم إليه ولا على

من سلم عنه.

(٨) وقد سقط الدين؛ لأنه يصح التبرع بحقوق الأدميين على ما ذكره الفقيه علي.

مسألة: وإذا تزوج للصبي الأقرب من عصبته إليه^(١) فقال المؤيد بالله وأبو طالب وأبو العباس: صصح وثبت أحكامه، وله الخيار متى بلغ مثل الصغيرة، وقال المرتضى والأمير علي والنجراني محمد بن أحمد^(٢): يكون موقوفاً على إجازته بعد بلوغه كعقد الأجنبي.

مسألة: وإذا خطبت البكر فامتنعت ثم أعيد عليها الكلام فسكتت كان سكوتها إذناً^(٣)، وإن عقد عليها بعد امتناعها فموقوف: إن أنكرته^(٤) عند علمها به بطل، وإن سكتت صح^(٥).

مسألة: وإذا ادعى الصبي البلوغ ليثبت له حكم المطالبة بحق له على غيره وأنكره غريمه: فإن ادعاه بالسنين فعليه البينة، وكذا بالإنبات يبين بعدلين، ذكره في الشرح، ويجوز للشهود النظر للحاجة إليه، وإن ادعاه بالاحتلام قبل قوله^(٦) إذا كان محتملاً له، نحو ابن العشر^(٧)، وقيل^(٨): ابن اثني عشرة سنة، وإن ناكه الغريم في بلوغه هذه السنين فعليه^(٩) البينة بها ثم يقبل قوله في الاحتلام. وفي

(١) وهو ولي نكاحه لو كان أثنى. (قررو).

(٢) عطف بيان، وهو الذي تقدم ذكره في محظورات الإحرام.

(*) والد الشيخ عطية.

(٣) ما لم يكن سكوتها اعتماداً على الإنكار السابق لم يكن هذا رضا. (زهور) (قررو). أو خوفاً من الولي. (قررو).

(٤) أي: رده.

(٥) مع علمها بأن لها رده. (قررو).

(٦) من غير يمين، ذكره في الإقرار من التحفة. اهـ وكذا في منهاج النواوي في شرحه، وكذا الجارية إذا ادعت الحيض فلا تحلف. وفي التذكرة في الإجارة: يحلف الصبي. وفي الكواكب

في الإقرار عن البحر كلام يدل على ذلك.

(٧) كما في الأزهار، ولا يمين عليه. (حاشية سحولي)^[١].

(٨) هذا القيل للحنفية. (شرح أزهار).

(٩) أي: الصبي.

[١] لأنه يؤدي إلى الدور. (روضة ناوي).

الصبية إذا ادعت البلوغ لِحَقِّ لها على الغير من فسخ النكاح أو غيره فبالسنين تبين بعدلين، وبالإنبات تبين بعدلة^(١)، وبالحيض أو الاحتلام يقبل قولها إذا احتملته^(٢)، كبرت تسع سنين، لكن في الحيض خلاف يأتي في العدة^(٣).

مسألة: وإذا خطبت البالغة فقالت: «أرضي إن رضي وليي» لم يكن ذلك رضا^(٤)، ذكره المؤيد بالله، قال الفقيه يوسف: والعرف أنه رضا مشروط برضا الولي، فإذا رضي صح رضاها، كما لو قالت: رضيت إن رضي وليي.

مسألة: ويصح التوكيل بالنكاح من الزوج ومن الولي، فلو وكَّلا واحداً بالعقد صح عندنا، قال الفقيه حسن: ويحتاج إلى إيجاب وقبول منه، نحو قوله: زوجت فلانة فلاناً عن فلان وقبلت له، وقال في التقرير والفقيه يحيى البحيح وابن أبي الفوارس: بل يكفي لفظ واحد^(٥)، نحو: زوجت فلانة فلاناً عن فلان. وهكذا لو كان

(١) فإن لم تجد عدلة تنظر إليها قال في الشرح فلا نص لنا في ذلك، وقال محمد بن الحسن: يقبل رجل عدل ينظر إليها. (بستان). وفي الزهور في الشهادات: إذا لم توجد عدلة فلا بد من رجلين عدلين. (قرر).

(٢) المختار الاحتلام فقط كما في الأزهار، لا الحيض فتبين بعدلة.

(٣) المذهب في الحيض لا يقبل قولها، بل لا بد من عدلة تشهد بخروج الدم في أول الثلاث وآخرها كما في الغيث.

(*) لم يذكر في العدة شيئاً من دعوى البلوغ، لكن يحتمل أنه أراد كلام المؤيد بالله في الاختلاف حيث علق طلاقها بحيضها ثم ادعت الحيض فإنه يقبل قولها على أحد قولي المؤيد بالله، لا على أحد قوليه فتبين بعدلة، فإذا قال للصغيرة: «إذا حضت فأنت طالق» ثم ادعت الحيض فعلى هذا الخلاف، فهذا كما ترى على بعده، ويحتمل - وهو الأقرب، وقد أشار إليه في الكواكب - أنه أراد الخلاف الذي في أول باب الحيض: هل ترى الدم في التاسعة أو في العاشرة. (بستان).

(٤) وذلك لأنه وعد منها بالرضا ولو رضي الولي. بخلاف قولها: «رضيت» فهو رضا، لكنه مشروط برضا الولي. (بستان).

(٥) الذي اختاره مولانا المهدي عليه السلام أنه إذا قال: تزوجت كفاه، وإن قال: زوجت فلا بد من القبول.

العاقدة^(١) فضولياً ثم أجازاه صح، وفيه القولان^(٢). وهكذا في الولي إذا زوج نفسه^(٣). وعند الناصر والشافعي لا يصح ذلك كله. وعند الشافعي أنه لا يصح من الولي أن يوكل غيره بالتزويج إذا كان غير الأب والجد.

(١) أي: متولي طرفي العقد.

(٢) وفي الغيث: لا يكفي لفظ واحد إلا من شخص واحد قد ثبتت له ولاية الإيجاب والقبول جميعاً، فيكفيه أن يقول: تزوجت لفلان فلانة؛ لأنه يحصل به فائدة القبول، وهي الإخبار بالرضا. فظاها أنه لا يثبت للفضولي مثل ذلك.

(٣) يعني أن من ثبتت له الولاية على الزوج أو الزوجة لقراية أو ملك كفاه أن يقول: «تزوجت لفلان فلانة» أو «تزوجت فلانة» حيث هو الزوج، وإن قال: «زوجت فلانا فلانة» فلا بد أن يقول: «وقبلت له»، ولو لنفسه حيث قال: «زوجت نفسي فلانة» فلا بد أن يقول: «وقبلت». (من هامش شرح أزهار) و(قرئ).

فصل: [في التعبد بالنكاح وذكر الخطبة]

والنكاح ينقسم^(١)، فمنه واجب^(٢)، وهو على من خشي الوقوع في المحذور^(٣) إن لم يتزوج، وعلى من لم يمكنه يستنجي^(٤) ولم يجد السبيل إلى ملك أمة تنجيه^(٥). ومنه مندوب، وهو لمن خشي العنت^(٦) وأمن من الوقوع في المحذور والإخلال بما يجب عليه لها^(٧). ومنه محذور، وهو بمن يعلم منها الزنا، وحيث يقصد به المفاخرة أو المضارة لها أو غيرها، وحيث يعرف من نفسه أنه لا يقوم بما يجب عليه لها مع القدرة عليه^(٨). ومنه مكروه، وهو حيث يضم

(١) في حق الرجل والمرأة. (شرح أثمار) (قرئ).

(٢) وذلك لقوله ﷺ: ((يا معشر الشباب [وفي رواية: الشبان] من استطاع منكم الباءة فليتزوج؛ فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فليصم؛ فإن الصوم له وجاء))، فأمر بالتزويج عند الاستطاعة، وأمر بالصوم عند عدمها؛ ليحترز به عن المعصية، فلهذا يجب النكاح ليتحترز به عن الفاحشة. والباء بالمد، ويقال: الباه، مثل الجاه، وهي الجماع، والمعنى: من استطاع الجماع بحصول أسبابه من المال وغيره. وقال ﷺ: هي في الأصل الجماع، لكن المراد بها في الخبر القدرة على المال الذي يملك به الجماع، فسماه باسم سببه؛ لما كان مؤدياً إليه. قال في المعالم: والوجاء رضُ الخصيتين. (بستان).

(*) بما لا يححف. (قرئ).

(٣) ولو بالنظر. (قرئ).

(٤) يقال: إن الزوجة لا يجب عليها خدمة الزوج، فكيف أوجبتم عليه التزويج مع أنه لا يجب عليها خدمته؟ ينظر. ولعل المراد - والله أعلم - بوجوبه على المرء حيث غلب بظنه طاعتها له في ذلك، فحينئذ يجب عليه التزويج معاملة له بغالب ظنه الذي صدر له.

(٥) عند من قال بوجوبه على الزوجة^[١]. هلا قيل: يجب إن غلب في ظنه أنها تفعل وإن لم يجب عليها سل؟ أقول: لا يبعد. (قرئ).

(٦) يعني: مشقة ترك النكاح.

(٧) بخلاً أو كسلاً. (قرئ).

(٨) قال ﷺ: وكذا يحرم على الزوجة إذا عرفت من نفسها عدم القيام بحقوق الزوج. (شرح أثمار) (قرئ).

[١] الشافعي يقول: يجب على الزوجة تنجيته.

التحليل ثم يطلق، وحيث يعرف أنها تضرر بتركه الجماع^(١)، وبمن تتهم بالزنا، وحيث يعرف أنه لا يقدر على القيام بما يجب لها^(٢). ومنه مباح، وهو ما خلا عن ذلك كله^(٣). وقال الناصر والمنصور بالله والحنفية: إنه مندوب. وقال أصحاب الشافعي: إنه مكروه.

فروع: فلو خشي الوقوع في المحذور إن لم يتزوج، وعرف من نفسه أنه لا يقوم لها بالواجب مع القدرة عليه - فقال الفقيه يوسف: إنه يلزمه التسري^(٤) إن أمكنه، وإن لم صام حتى تضعف شهوته، فإن لم يمكنه الصوم أو لم يثمر لزمه التزوج؛ لأن الخطر في تركه أغلظ، وعليه أن يعزم على القيام بما يجب عليه لها ويوطن نفسه على ذلك، وإن وجد الأدوية التي تقطع الباءة جاز أكلها مع عدم الخشية للمحذور، ومع الخشية يجب.

مسائل: ولا يلزم الرجل أن يعف ابنه^(٥) ولا عبده بالتزويج له وفاقاً، وكذا أباه، خلاف أحد قولي الشافعي والإمام يحيى.

مسائل: والخطبة تنقسم، فمنها محذور التصريح والتعريض، وهي خطبة المزوجة، والمعتدة عن طلاق رجعي، ومن قد خطبها الغير^(٦) وحصل التراضي

(١) ولا تزني.

(٢) لعجز، أو لفقره وعدم القدرة على التكسب. (قرئ).

(٣) فإن قصد به السنة كان مندوباً. (قرئ).

(٤) لأن حقوقها عليه أقل.

(*) وقواه الإمام المهدي، وبني عليه في الغيث والنجري.

(٥) الأولى «ولده»؛ ليعم الذكر والأنثى.

(*) إلا أن يتضرروا كان من باب الدواء فيجب عليه. (شامي). وسيأتي في البيان في النفقات

مسألة: والذي يستحقه المعسر على قريبه الموسر.. الخ.

(*) ولو فاسقاً، خلاف الزوائد والشفاء.

(٦) والخطبة بالضم: لما يخطب به، وبالكسر: خطبة النساء.

بينهم^(١). ومنها محذور التصريح لا التعريض، وهي خطبة المعتدة عن وفاة أو لعان أو فسخ أو ثلاث تطليقات، قال أبو طالب: وكذا المعتدة عن خلع، وقال في الوافي: يحرم التعريض لها أيضاً. ومنها جائز، وهي خطبة الفارغة عما تقدم أو المخطوبة للغير قبل المراضاة.

فرخ: والتعريض هو نحو قوله: إنك ممن يرغب فيك، وأنا محتاج إلى زوجة^(٢). وإذا وقع العقد بعد الخطبة المحظورة صح.

مسألة: وندب إظهار النكاح^(٣)، وعقده في المسجد^(٤)، وتقديم خطبة قبل العقد^(٥)، وإشاعته بالوليمة وضرب الطبل ونحوه^(٦) على غير ألحان المغنين^(٧)، قال المؤيد بالله وأبو العباس: وكذا بالدف^(٨) أيضاً. ومنعه الهادي. فأما بالغناء -

(١) «بينهما» نخ.

(*) (العبرة بالعرف: هل الخطبة إليها أو إلى وليها. (شرح أثمار). وعن علي بن زيد: ولعل التراضي يكون بين الخاطب والبالغة العاقلة إذا كان كفواً، وإن كان غير كفؤ فرضاها والولي، وإن كانت صغيرة فرضا وليها. اهـ وأما الأمة فرضا سيدها مطلقاً. (قررد).

(*) فإن لم يحصل التراضي إلا بين الولي والزوجة فهو كرضاها. (عامر).

(٢) وفي شرح ابن بهران: هذا تصريح وليس بتعريض، والتعريض أن يقول: إذا انقضت عدتك فلرب راغب فيك. (قررد).

(٣) وتعجيله.

(٤) وإيقاعه ليلاً. (هداية). ليلة الجمعة أو ليلة الاثنين.

(*) ندباً حيث يجب أو يندب، وأما المكروه فلا يندب، ويحرم في المحذور. و(قررد).

(٥) وذلك لفعله ﷺ، وعن ابن مسعود عنه ﷺ أنه كان إذا نكح قال: ((الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله، اتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيباً، اتقوا الله حتى تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون، يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولا سديداً. (بستان).

(٦) يعني: الصنج والبوق. (بستان).

(٧) يعني: أسلوبيهم.

(٨) بفتح الدال وضمها، والضم أكثر. والغناء بالمد: اللهو، وبالقص: ضد الفقر. (بستان).

وهو ما يطرب ويدعو إلى اللهو - فلا يجوز^(١)، سواء كان بدف أو طبل أو مزمار أو صوت نشيد أو غيره، وسواء كان في وليمة أو غيرها، واستماعه كفعله، لا سماعه بغير عناية، فلا يجب سد الأذن. وقال أبو حنيفة والشافعي: يجوز أن يغني لنفسه أو تغني له أمته إذا كان لا يغشاه الناس ولا يشغله عن أوقات الصلوات. وأجازه مالك في العرس. وقال الشافعي: يجوز سماعه خفية.

مسألة: ويجوز النثار وانتهابه^(٢)، ذكره القاسم. وقال المنصور بالله والأمير الحسين: يستحب. وقال الشافعي ومالك: يكره انتهابه^(٣).

والنثار: هو ما ينثر لالتقاطه في الولايم من زبيب أو تمر أو جوز أو سكر أو دراهم أو دنانير، لا الثياب والسلاح^(٤) وما لا ينقل.

فرع: ومن أحكامه أنها لا تجب المعاوضة^(٥) عليه، وأن من وضع يده على شيء منه أو وقع في يده عند تلقيه ملكه^(٦) ولم يحل لغيره أخذه عليه، وأنه لا يؤخذ حتى يوضع للأخذ، وإن عرف من صاحبه كراهة انتهابه لم يجز، ويعمل فيه بالعادة في أخذ كله أو بعضه.

مسألة: ويجوز للخطاب^(٧) نظر وجه المخطوبة^(٨) وكفيها، خلاف المرتضى

(١) لقوله ﷺ: ((لعن الله المغني والمغني له)).

(٢) وتعفى التهوية به في المسجد. (قرير).

(٣) لأن فيه نوع دناءة تنافي الوقار والمروءة. (برهان، وبستان). قلنا: فعله ﷺ.

(٤) فإن نثر بالسلاح ونحوه^[١] فإنه يملك كل ما وقعت يده عليه، كمن سيب ملكه رغبة عنه، بل هذا أولى. (شامي) (قرير). وقيل: لا يملك.

(٥) أي: المكافأة.

(٦) حيث جرى عرف بالتلقي. (قرير).

(٧) قد تقدم أنه يندب له النظر، فينظر في قوله: «ويجوز».

(٨) والأولى أن يكون قبل الخطبة؛ لثلا يرى ما يكره بعد الخطبة فيترك فيؤذيها. (نواوي).

وتحريم أبي طالب في الكفين. ويجوز لها النظر إليه^(١). ويجوز تكرار النظر حتى يتحقق، وذلك كله مع عدم مقارنة الشهوة، فأما معها فلا يجوز، خلاف الفقيه حسن^(٢) والحنفية.

مسألة: ويجوز النظر إلى وجه الأجنبية لكل حاجة مفتقرة إلى النظر إليه^(٣)، ما لم تقارنه شهوة، فأما لغير حاجة فلا يجوز، خلاف أبي حنيفة والشافعي والإمام يحيى والفقيه يحيى البحيح. قال في البحر: وكذا النظر إلى كفيها عندهم. ومع مقارنة الشهوة^(٤) للنظر لا يجوز ولو من وراء حائل، ولو إلى ذكر^(٥) أو محرم أو بهيمة^(٦)، قال الفقيه يحيى البحيح: أو إلى عورة نفسه. وأما سائر بدن المرأة فلا يجوز النظر إليه ولا لمسه ولو من وراء حائل، إلا الطيب ونحوه^(٧) فيجوز عند خشية ضررها إذا لم توجد امرأة تصلح لذلك ولم تقارنه شهوة، ومع حصولها لا يجوز، إلا عند خشية تلفها فيجوز ما لم يخش الوقوع في المحذور^(٨). ومن استمتع في غير الفرج من ذكر أو أجنبية فسق^(٩) ولم يحد، ذكره المؤيد بالله، ويجب تعزيره.

(١) قال عليه السلام: لأنه يعجبها منه مثل ما يعجبه منها. وقد أشار الشاعر إلى هذا المعنى بقوله:
أحلل الرجال من النساء موقعا
من كان أشبههم بهن خدودا
(بستان بلفظه).

(٢) قوي، وقواه القاضي عامر، قال القاضي عامر: إذا خلص للوجه المشروع جاز وإن قارنت.
(٣) الأزهار: إلا الأربعة. (قرئ).

(*) وذلك من بيع أو قرض أو عارية أو شهادة أو حكم أو نحو ذلك. (بستان).
(٤) قيل: هي تحرك الساكن. وقيل: التلذذ.

(٥) قال عليه السلام: ويجرم النظر إلى المرد من الذكور لشهوة؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: ((اتقوا النظر إلى الصبيان، فإن فيهم لحظة من الحور العين)). ويجوز لغير الشهوة، قال عليه السلام: فإن خاف الفتنة حرم عليه إعادة النظر وتكثيره. (بستان) (قرئ).

(٦) قيل: ولو إلى حجر.

(٧) يعني منقذ الغريق والقابلة والشاهد بالرضاع أو الإنبات. (بستان بلفظه).

(٨) وهو الوطء. (قرئ).

(٩) وظاهر القواعد عدم التنسيق؛ إذ لا يكون إلا بدليل قاطع. (قرئ).

فصل: [في شروط النكاح]

وللنكاح شروط ثمانية: الأول: عقد الولي المرشد^(١) أو وكيله أو إجازته لعقد غيره، ولو كان الولي فاسقاً^(٢)، خلاف أحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي، ولو كان أحرس يفهم الإشارة^(٣). وقال أبو حنيفة: لا يشترط الولي في الكبيرة، بل لها أن تزوج نفسها^(٤) أو تأمر من يزوجها هل رجل أو امرأة، وفي الصغيرة يصح أن تزوجها أمها^(٥). وقال مالك: يشترط الولي في الرقيقة لا في الدنيئة^(٦).

فإذا تزوجت المرأة بغير ولي ومذهبها هي والزوج جوازه لم يكن لأحد اعتراضهما^(٧)، إلا الولي^(٨)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله.

مسألة: ويعتبر في إيجاب النكاح بما يفيد الملك المطلق، كزوجة وأنكحت^(٩)، وكذا ملكت ووهبت وتصدقت وبعث ونذرت، ولو أضاف إلى

(١) وهو البالغ العاقل. (هداية) (قرر).

(٢) لقوله تعالى: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء ٢٥] ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى﴾ [النور ٣٢]، وهذا خطاب للأولياء، ولم يفصل. وحجتهم قوله ﷺ: ((لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل)). والمرشد: الممدوح، والفاسق لا يستحق المدح. قلنا: بل المرشد: البالغ العاقل. (بستان).

(٣) وكذا المصمت. (قرر).

(*) الذي يفهم الشرعيات. وقيل: الذي يفهم عقد النكاح. (قرر).

(٤) مع عدم الأرشد [الأب (نخ)].

(٥) ولو مع وجود أبيها. (شرح آيات).

(٦) فنظرها لنفسها يكفي. (بستان).

(٧) وقول المؤيد بالله هو المختار أنه لا يعترض في العقد، وأما في الكفاءة فيعترض. اهـ يقال: هو حق له تولى العقد، وفي إثثار العمل بمذهبها إلزام الغير [أي: الولي] الاجتهاد، والقياس الترافع إلى الحاكم. (سحولي).

(٨) ولا يفسخه بنفسه، بل يرافع إلى الحاكم. اهـ وكذا الحاكم في نفسه إذا كان ولياً فإنه يرافع إلى غيره ولا ينقضه بنفسه. (تعليق لمع).

(٩) مفهوم هذا أن لفظ النكاح والتزويج يفيد ملك الرقبة، وليس كذلك، فكان صواب العبارة: بزوجة وأنكحت أو ما يفيد الملك. (صعيتري).

بضعها^(١)، ما لم يقصد رقبته، فإن كانت أمة انصرف إلى رقبته ما لم يتقدم طلب نكاحها أو يتصادقا أنه المراد^(٢)، ولا يصح بما يفيد الملك المؤقت، كلفظ الإجارة، خلاف أبي حنيفة، ولا بما لا يفيد الملك، كأبحت وأعرت^(٣) وأطلقت. وقال الشافعي: لا يصح إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح فقط.

فرع: ويصح بقوله: «أجزت^(٤)» إذا كان جواباً، ذكره في المذاكرة، وذكره أبو طالب في البيع. وبقوله: «نعم» إذا كانت جواباً لماضي مضاف إليه.

مسألة: والوكيل بالعقد إذا أمر غيره به ففي غير محضه لا يصح وفاقاً^(٥)، وفي محضه قال الفقيه حسن: لا يصح أيضاً، وقال أبو مضر وأبو جعفر: يصح؛ لأنه نائب عنه لا وكيل له.

مسألة: وإذا وكل الولي المرأة تزوج نفسها لم يصح، خلاف أبي حنيفة، وكذا إذا وكل امرأة غيرها، وإن وكلها توكل رجلاً يزوجه^(٦) صح. وإن زوجت المرأة نفسها ثم أجاز وليها، أو زوّجتها امرأة غيرها ثم أجاز الولي - فقال المؤيد بالله: لا يصح^(٧)، وقال الهادي^(٨) وأبو العباس والمنصور بالله: يصح^(٩).

(١) أي: الفرج. قال في النهاية: البضع يطلق على الجماع والنكاح والفرج.

(٢) فإن اختلفا فالبينة على المالك أنه أراد الإنكاح، وتكون على إقرار المدعي. (قرئ).

(٣) ما لم يجر عرف في الناحية أن «أعرتك» بمعنى ملكتك - صح النكاح به. (قرئ).

(٤) إذا جرى به العرف، أو قال الزوج: «تزوجت ابنتك عنك» فقال: «أجزت» صح. (عامر) (قرئ).

(٥) وظاهر الأزهار أنه ليس بلفظ تمليك.

(*) إلا أن يفوض.

(٦) وفاقاً.

(*) ويكون وكيلاً له لا لها. (غيث).

(٧) حجته: قوله ﷺ: ((المرأة لا تنكح نفسها)). (بستان).

(٨) وحجة الهادي: أن النكاح إنما ينبرم بإجازة الولي، فهو كما لو عقد بنفسه. (بستان).

(٩) وهذا على كلام القليل في الأزهار.

وكذا يأتي إذا تزوجت امرأة لرجل بامرأة غيرها ثم أجاز الزوج^(١). وتعتبر الشهادة في ذلك كله وفي النكاح الموقوف عند العقد^(٢)، وقال المنصور بالله: عند الإجازة، وقال ابن داعي: عندهما معاً.

فرع: وإنما تلحق الإجازة العقد الصحيح لا الفاسد، ذكره المؤيد بالله والإمام يحيى، وقال الفقيه حسن: بل تلحقه فيثبت له حكم الفاسد، وذلك عام في العقود كلها.

مسألة: ومن زوجها^(٣) وليان أو وكيلان بإذنها من زوجين في وقت واحد بطلا، قال المؤيد بالله: ولو كان أحد العقدين فاسداً^(٤)، وقال الحقيني: يكون الصحيح أولى^(٥).

مسألة: إذا قال لها: «هييني^(٦) أو أنكحيني» فقالت: «وهبتك أو أنكحتك» وأجاز الولي لم يصح إلا بذكر نفسها في لفظها أو في لفظه أو بقرينة تدل عليها أو يتصادقان أنها المراد.

الثاني: قبول الزوج أو وكيله أو وليه^(٧) إذا هو صغير أو مجنون، أو الفضولي ثم يميز الزوج أو وليه أو وكيله بالإجازة، فأما وكيله بالعقد إذا أجاز عقد الفضولي فالأقرب أنه يصح^(٨) هنا؛ لأن الحقوق لا تعلق به في صورتين^(٩)

(١) فلا يصح عند المؤيد بالله، ويصح عند أبي العباس والمنصور بالله.

(٢) وهو الأزهار.

(٣) هذه المسألة تكرر لما تقدم.

(٤) وهو ظاهر الأزهار.

(٥) إلا أن يجري عرف بالفاسد - كما يأتي في الرابع من الشروط - فيبطلان. و(قرئ).

(*) مع عدم العرف بالفاسد. (قرئ).

(٦) وهذه المسألة على قول الهادي وأبي العباس والمنصور بالله، وأما على قول المؤيد بالله فلا يصح كما تقدم. (برهان).

(٧) وهو ولي نكاحه لو كان أثنى. و(قرئ).

(٨) إذا كان مفوضاً على الصحيح. (حديث). وفي شرح الأزهار: فإن لم يفوض قال عَلَيْكَ:

فالأقرب أنها تصح إجازته. (من شرح قوله: «أو إجازته» في نكاح الأمة).

(٩) حيث عقد وحيث أجاز.

معا، بخلاف الوكيل بالبيع أو بالشراء إذا أجاز فلا يصح؛ لأن الحقوق تعلق به حيث يعقد لا حيث يميز^(١).

[فرع^(٢)]: ويصح كون القابل هو الموجب إذا أجاز الزوج. ويعتبر القبول في المجلس قبل الإعراض بقوله: «تزوجت أو نكحت أو قبلت» أو نحوه ولو لم يقل: هذا النكاح، خلاف الشافعي^(٣).

مسألة: إذا قال: «زوجني بتك» فقال: «زوجت»، أو قال: «تزوج بتي» فقال: «تزوجت أو قبلت^(٤)» - صح النكاح، ذكره في اللمع والتقرير، وعللوه بأنه توكيل من المبتدئ للمجيب، فيكون جوابه قبولاً للتوكيل وعقداً للنكاح^(٥). وهو يدل على أنه يصح بلفظ واحد حيث تولى العقد واحد، وقال الفقيه علي: لأن ذلك ماض ومستقبل، وهو يصح النكاح بهما وفقاً^(٦).

مسألة: ويصح الجواب بقوله: «نعم أو فعلت» إذا كان جواباً لماض مضاف إليه^(٧)، نحو قوله: «زوجتني ابتك» فقال: «نعم»، أو قوله: «تزوجت ابنتي»

(١) لعدم تعلق الحقوق به، وقد أمر به على الوجه الذي تعلق به الحقوق. لكن يلزم أن الوكيل لو أضاف إلى الموكل أن لا يصح شراؤه. اهـ وقد يقال: تعين بالأصالة.

(٢) ما بين المعقوفين من (ب).

(٣) وقوله أحوط. (زهور).

(*) قال في الروضة: فلا يجوز عند الشافعي في أحد قوليه حتى يقول: قبلت هذا النكاح أو الإنكاح أو التزويج.

(٤) لعل هذا يستقيم حيث يقول: «تزوجت»، لا إن قال: «قبلت»، فينظر.

(٥) وقبولاً له أيضاً. (كواكب).

(٦) يعني بيننا وبين الناصر والشافعي؛ لأن عندهما لا يتولى طرفي العقد واحد، وأما في هذه فهو صحيح عندهم؛ لأنه انعقد بفاض ومستقبل. (بستان).

(٧) أي: إلى قائل «نعم». اهـ فأما لو كان مضافاً إلى غيره لم يصح، نحو قوله: «تزوجت ابتك» فيقول: «نعم»، أو هو يقول: زوجتك ابنتي» فقال: «نعم»؛ لأن «نعم» مقررة للفظ السابق لها، فكانه قال: نعم زوجتني ابتك، وهذا لا يصح. وقال الإمام يحيى: يصح؛ لأن قوله: «نعم» تصديق لما قاله الولي، فنزل منزلة القبول. (بستان).

فقال: «نعم»^(١).

مسألة: ويصح النكاح بالإشارة ممن تعذر عليه الكلام^(٢)، لا ممن يمكنه، خلاف بعض أصحاب الشافعي. وكذا يصح بالكتابة أو الرسالة، سواء كانا في مجلس أو مجلسين مفترقين، فيجيب المكتوب إليه عند قراءته للكتاب في حضرة شاهدين، فلو قرأه وحده ثم قرأه ثانياً في محضر شاهدين وأجاب فقال أبو مضر: يصح^(٣)، وقال ابن داعي: لا يصح. فلو امتنع عند قراءته ثم أجاب بعده لم يصح^(٤). والرسالة هي قوله: قل لفلان يزوجني ابنته أو يتزوج ابنتي، فيقول الرسول للمرسل إليه: قال فلان كذا، فيجيب المرسل إليه حينئذ في محضر شاهدين^(٥)، ولا يحتاج إلى قبول الرسول؛ لأن لفظه كلفظ المرسل.

فرع: والكتابة صريح في النكاح وفي البيع^(٦)؛ لأنه عقد بينه وبين غيره، فلا كناية فيها، ولا يعول على النية فيها، بخلاف الطلاق واليمين فهي كناية فيها؛ لأنها لفظ بينه وبين نفسه^(٧) فكان لنيته حكم فيها^(٨).

(١) وفي الغيث: وهل يجزي في القبول؟ ينظر [١].

(٢) ولو من وجع يزول.

(٣) لفظ البحر: فإن قرأ الكتاب وأعرض ثم قبل أو أوجب لم ينعقد. ابن داعي: ولا يقرؤه إلا عند الشهود، والا بطل؛ لانقضاء كلام الكاتب. أبو مضر: بل هو كالتكرار فلا يبطل ما لم يعرض [٢].

(٤) إذا جرى عرف أن الامتناع رد. (قررو).

(*) بل يصح؛ لأن الامتناع ليس برد.

(*) ذكره الفقيه علي. قلت: وهو قوي صحيح. (غيث).

(٥) وينظر هل تصح شهادة الرسول؟ الأقرب الصحة. (مفتي، وسحولي). وقال حثيث: لا يصح كما في الشهادة.

(٦) وكذا في سائر المعاملات. (قررو).

(٧) يلزم في الخلع؛ لأنه عقد بينه وبين غيره، فلا يصح بالكناية مع أنه يصح، فينظر.

(٨) قلت: وذلك محتمل. (غيث). أقول: لعل الاحتمال لأن الطلاق بينه وبين الزوجة أيضاً، مع أنه يدين في الكنايات. (مفتي).

[١] لفظ الغيث: تنبيه: اعلم أن لفظ «نعم» يقوم مقام الإيجاب، ذكره أصحابنا، نحو أن يقول الزوج: قد زوجتني ابنتك، فيقول أبوها: نعم، فقوله: نعم، بمنزلة «زوّجت» بلا إشكال، ولا أظن فيه خلافاً، وهل يجزي في القبول؟ ينظر.

[٢] الصواب: ما لم يرد كما ذكره الفقيه علي. (هامش بحر).

مسألة: والوكيل في النكاح يحتاج إلى الإضافة إلى موكله^(١)، وكذلك الفضولي^(٢) وولي الصغير؛ فوكيل الولي يقول: زوجت عن فلان، وأما في وكيل الزوج فلا بد من الإضافة إلى الزوج ممن ابتداء العقد هل وكيله أو المزوج، نحو قوله: زوجني فلان أو زوجتك لفلان أو زوجت فلانا، وأما المجيب منهما فقال المؤيد بالله: لا يحتاج إضافة إلى الزوج؛ لأنه قد ثبت أن التزويج له، وقالت الهدوية: لا بد أن يضيف إليه أيضاً. فقال الفقيه يحيى البحيح: إنها خلافية بينهم وبين المؤيد بالله، وقال الفقيهان محمد بن سليمان ومحمد بن يحيى: إنهم لا يخالفونه، لكن مرادهم حيث لم يعرف أن العقد للموكل. قيل: وتكفي المعرفة بأنه للموكل ولو لم تقع إضافة إليه عند المؤيد بالله.

فرع: وإذا قال: «زوجتك لفلان» فقال: «قبلت لنفسي» لم يصح لأيهما^(٣). وكذا لو قال: «زوجتك» فقال: «قبلت لفلان» لم يصح، وقال أبو مضر: يصح لنفسه^(٤).
الثالث: سماع شاهدين عدلين^(٥) لعقد النكاح كله^(٦) ولو لم يحضروهما^(٧).
وقال مالك: لا تجب الشهادة عليه إلا أن يريدوا كتمه^(٨). وقال زيد بن علي وأبو

(١) لفظاً. (ديباج) (قررو). ولو كان موكله في المجلس. (قررو).

(٢) فلو زوجها فضولي من نفسه مع عدم الولي والحاكم وأجازت أو وكلت من يزوجها- هل يضيف إليها؟ قلنا: لا يحتاج. (من خط حثيث). وقواه التهامي.

(٣) وفاقاً.

(٤) بقوله: «قبلت»، ويلغو قوله: «لفلان». والله أعلم.

(٥) كعدالة إمام الصلاة. (قررو).

(٦) يعني الإيجاب والقبول. اهـ فلو سمعوا الإيجاب فقط لم يصح. (قررو).

(٧) وعن المؤلف: لا بد من إشهدهما كما هو ظاهر عبارة البحر والأزهار، والله أعلم. (شرح بهران بلفظه). ولفظ حاشية السحولي: يعني سماعهما وإن لم يقصد إشهدهما، وقرر الإمام شرف الدين أنه لا بد من الإشهد، يعني حضور الشاهدين وسماعهما. (بلفظه) (قررو).

(*) بل لا بد من إحصارهما مع السماع. (قررو).

(٨) فإن قصدوا الكتمان لم يصح النكاح وإن حضره الشهود، ذكره في بيان العمراني.

حنيفة^(١): لا تجب العدالة^(٢). وقال المنصور بالله: يصح بشهادة فاسقين حيث لم يوجد عدلان في البلد. ويصح أن يكون الشاهدان من أولياء الزوجة سوى العاقد. **مسألة:** ويصح بشهادة رجل وامرأتين^(٣)، خلاف الناصر والشافعي^(٤)، وبشهادة عبيدين، خلاف أبي حنيفة والشافعي، ولو كانا عبيدهما، خلاف المنصور بالله. قلنا: إلا عند التشاجر فيه فلا يحكم بهما^(٥). قلنا: ولو كانا أعميين، لا أصميين. فلو وكل الولي أحد الشاهدين^(٦) بالعقد في محضه فقال الفقيه يحیی البحيح: لا يصح^(٧)، وقال أبو جعفر وأبو مضر: بل يصح؛ لأنه معبر عنه^(٨). **مسألة:** وإذا وقع العقد بالعربية والشاهدان أعجميان لا يعرفانها أو العكس ففيه وجهان، رجح الإمام يحیی عدم الصحة^(٩). **مسألة:** وإذا عُقد النكاح بشهادة فاسق جاهلين لحاله وجب عليه إعلامهم بأنه فاسد^(١٠) فيعيدونه في محضر عدلين إذا كانوا يعتبرون^(١١) العدالة أو

(١) وأحمد بن عيسى والداعي.

(٢) مطلقاً.

(٣) غير الزوجة.

(٤) والصحيح على مذهب الناصر أن شهادة الرجل والمرأتين تصح فيما عدا الطلاق ورؤية الهلال والحدود والقصاص. (من زوائد الإبانة).

(٥) إذا شهدا لسيديهما.

(٦) وأما لو كان الولي عدلاً فوكل شاهداً فاسقاً لم تصح شهادة الولي بلا إشكال؛ لأنه إن كان كالمعبر عنه لم تصح شهادة الفاسق^[١]، وإن لم يكن كالمعبر فالأحكام تعلق بالموكل.

(نجري). فلا تصح، يعني شهادته.

(٧) لأنه يكون ولياً وشاهداً. وقرره المفتي.

(٨) فلا تبطل شهادته بعقده، وكان العاقد الولي.

(٩) لأن المقصود بالشهادة عليه معرفته، ولم تقع. (برهان). فكانا كالأصميين.

(١٠) بأنه فاسق. (نسخة).

(١١) أو أحدهما. (قررو).

[١] في الزهور: شهادة الولي.

مقلدين لمن يعتبرها، قال أبو مضر: أو كانوا يريدون الاحتياط. والأقرب أنه لا يجب عليه؛ لأنه قد صح العقد على مذهبهم، والاحتياط لا يجب.

مسألة: ومن تزوج بغير شهادة أو بغير ولي أو بشهادة فاسقين ومذهبه هو والزوجة^(١) جواز ذلك صح، فإن تغير مذهبها من بعد جاء على الخلاف في الاجتهاد الأول والثاني. وإن كان مذهبها عدم الصحة فمع علمها يكون زناً^(٢)، وإن تغير مذهبها من بعد إلى الصحة جاء على الخلاف^(٣)، ومع جهلها بعدم الصحة يكون باطلاً عند الهادي والناصر والشافعي، وإذا دخل بها مع جهلها مع سقط الحد ولحق نسب الولد ووجب المهر، وهو الأقل من المسمى ومهر المثل، وقال المؤيد بالله والمذاكرون والفرضيون^(٤)، ورواه في التقرير عن الهادي: إنه يكون فاسداً يشبه الصحيح^(٥) إلا في أحكام^(٦): أنها لا يكونان به محصنين، خلاف المؤيد بالله. ولا تحل به لمن طلقها ثلاثاً، خلاف أحد قولي الشافعي^(٧)، ولا يثبت فيه^(٨) لعان، خلاف المؤيد بالله. ولا يجب به الإحداد، ذكره العصفري، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يجب. وأن الخلوة فيه لا توجب

(١) أو جاهلين لا مذهب لها.

(٢) يعني: فيحدان. وقال بعض أصحاب الشافعي والإمام يحيى: لا حد؛ لأن الخلاف شبيهة.

وعند أبي حنيفة العقد شبيهة ولو كان باطلاً، روى ذلك في البرهان. (بستان).

(٣) قال سيدنا [الفقيه يوسف]: ولعل الأقرب أن هذا وفاق أنها يلزمها الاستئناف؛ لأن مع علمها ليس باجتهاد. (زهور معنى).

(*) قال في البرهان: هذا الذي رجع إليه الفقيه يوسف، وإلا فكان يقول: يلزمها الاستئناف وفاقاً؛ لأن مع علمها بالتحريم لم يصدر ذلك العقد عن اجتهاد. (بستان).

(٤) وهم: علي بن أبي طالب وابن عباس وابن مسعود وزيد بن ثابت.

(٥) ولو بعد العلم. (قرئ). لأنه لا يشترط في الفاسد إلا جهلها حال العقد.

(٦) ما لم يحكم بصحته حاكم فيكون كالصحيح. (قرئ).

(٧) والإمام يحيى. (بحر وبهران).

(٨) في (ج، د): ولا يثبت به.

كمال المهر^(١)، خلاف التقرير والفقيه عبد الله بن زيد. وأنها لا تجب فيه متعة^(٢)،
 خلاف البحر^(٣). وأن مهره الأقل من المسمى ومهر المثل^(٤)، وقال الناصر
 ومالك: المسمى، وقال الشافعي: مهر المثل. ويصح فيه الظهار والإيلاء، خلاف
 الشافعي. وأنه معرض للفسخ لمن طلبه منهما: إما بتراضيها وإلا فبالحاكم.
 ويثبت التوارث فيه، خلاف المنصور بالله. وأنه لا عدة فيه بالموت قبل
 الدخول^(٥)، وأنه لا يجب فيه نفقة عدة^(٦)، ذكره المنصور بالله. قال الفقيه علي
 ويوسف: ولا يجب المهر فيه بالموت قبل الدخول، خلاف التقرير. وكذا يأتي في
 وجوب نصف المهر بالطلاق قبل الدخول^(٧). ولا يصح فسخه بعد موت
 أحدهما، خلاف أحد قولي المؤيد بالله^(٨). ويثبت بعقده تحريم الآباء
 والأمهات^(٩) ولو فسخه الحاكم، ذكره المؤيد بالله.

فروع: ومع علم أحدهما بتحريمه وجهل الثاني يحد العالم لا الجاهل، ولا مهر
 ولا نفقة ولا ميراث، ولا يلحق نسب الولد بالزوج مع علمه، بل مع جهله،

(١) ولا بعضه. (غيث).

(٢) مع الفسخ. لا حيث طلق فتجب المتعة. (قررو).

(٣) مع الطلاق. اهد لا مع الفسخ والموت.

(٤) مع الدخول. (قررو).

(*) وهذا في الكبيرة، وأما الصغيرة ونحوها فيلزم لها مهر المثل؛ إذ لا حكم لرضاها إذا كان

العاقد غير الأب [١]. (شامي).

(٥) المذهب خلافه. (قررو).

(٦) المذهب خلافه.

(٧) لا شيء عندنا. (قررو).

(٨) وهو الصحيح.

(٩) إلا أن يحكم بالبطان فلا تحريم. (شامي).

[١] بل لا فرق.

خلاف الأمير الحسين.

فرع: فإن اختلف مذهبهما في ذلك تحاكما، فما حكم به الحاكم بينهما لزمهما معاً ظاهراً وباطناً، وإن وقع دخول قبل الحكم حد من لا يستجيزه إذا علم^(١).

وإن كان لا مذهب لهما في ذلك ودخلا فيه ظانين لجوازه كان ذلك كالاتجاه، ذكره المؤيد بالله وأبو مضر والفقهاء يحمي البحيح، فلو علما بالخلاف فيه من بعد وترجع لهما عدم الصحة كان كتغير الاجتهاد^(٢).

مسألة: وأي الزوجين أقر بفساد النكاح وأنكره الثاني صح إقراره فيما هو له^(٣)، لا فيما هو عليه من أحكام النكاح.

مسألة: ويجب حضور عدلين عقد نكاح الفساق إذا كان الزوجان يعتبران العدالة أو أحدهما، وتكره الزيادة على عدلين؛ لثلا يكون فيه إيناساً لهم ومخالطة، وإن قصد به تعظيمهم حرم^(٤). ويكره أكل طعامهم وحضور ولائمتهم، وإن كان ذلك يوهم تعظيمهم أو محبتهم لم يجز. ومن اتهم بمحبتهم وجب عليه دفع التهمة بالتبري منهم أو ذمهم أو لعنهم إن لم تندفع التهمة إلا به. والمراد حيث تكون محبتهم لفسقهم، لا إن كانت لأمر آخر جائز فهي جائزة.

(١) حال العقد. (سباع) (قررو).

(*) ومن يستجيزه إذا علم، ولا يلزم الآخر اجتهاده. أه لأنه مع العلم من أحدهما زنا.

(٢) فيحكم بالأول. (قررو).

(٣) فحيث هي المقررة تؤاخذ فيما هو لها كالمهر، لا فيما عليها كالوطء، وإن ادعى ذلك الزوج فإنه يؤاخذ فيما هو له كالدخول، فلها منعه حتى يتحاكما، لا فيما هو عليه كالمهر بعد الدخول ونحوه. (برهان).

(٤) أو لم يقصد ولكنها تلحقه التهمة بالتعظيم.

(*) لقوله ﷺ: ((إذا مدح الفاسق اهتز العرش))، وقوله ﷺ: ((من دعا لظالم بالبقاء فقد أعان على هدم الإسلام)). (بستان).

الرابع: رضا المزوجة البالغة العاقلة الحرة^(١)، وسواء كان رضاها^(٢) قبل العقد أو بعده. وقال الناصر والشافعي: يجب تقديمه عليه^(٣). قلنا: وإذنها به يقتضي النكاح الصحيح لا الفاسد، إلا أن تجري به عادة^(٤).

الخامس: كونها معلومة بأحد أمور ثلاثة: أقواها الإشارة، ثم الصفة كالكبرى أو الصغرى أو البياض أو السواد، حيث لم يشاركها غيرها^(٥) من بناته في ذلك إن قال: ابنتي، أو من أخواته إن قال: أختي، أو نحو ذلك، ثم الاسم إن لم يشاركها غيرها فيه ممن ذكرنا. فلو جمع بين تعريفيين متنافيين اعتبر بالأقوى منهما، نحو قوله: «زوجتك هذه الكبرى» وهي الصغرى وقع عليها، أو قال: «زوجتك الكبرى فاطمة» واسمها زينب وقع على الكبرى، أو قال: «فاطمة البيضاء» وهي السوداء وقع على البيضاء^(٦).

مسألة: فإن تواطوا على زواجة الكبرى ثم سموا الصغرى في العقد وقع على المسماة في العقد^(٧)،

(١) وكذا المكتوبة والمثول بها. اهـ وفي بعض الحواشي: وأما المثول بها؟ ظاهر الأزهار الصحة، وتخبر متى عتقت.

(*) قال في منهاج النووي: ويستحب الإشهاد على رضا المرأة حيث يعتبر رضاها، ولا يشترط حيث، فإذا تصادق الزوج والولي صح على الأصح.

(٢) وحكم من عتق نصفها ونصفها موقوف حكم الحرة، يعتبر رضاها. و(قرئ).

(٣) بناء على أصلهم أن الموقوف لا يصح.

(٤) بل ولو جرت عادة.

(٥) فارغة. (قرئ).

(٦) فلو جمع بين صفتين متنافيتين، نحو: الكبرى البيضاء، وكانت الكبرى سوداء والبيضاء هي الصغرى - فعليه يقع على الكبرى؛ لأن الكبرى لا يتغير والبيضاء قد يتغير. وكذا لو قال: «الصغرى السوداء» وهي البيضاء، فيقع على الصغرى، والله أعلم. (كواكب). ويحتمل أن لا يقع على أحدهما في هذه الصورة الأخرى، ويحتمل أن يقع على المتأخر؛ لكونه بدلاً عن الأول. (شيخ). وفي حاشية: فإن كانا وصفين فالحكم للأول، وقال الفقيه محمد بن يحيى: يفسد، وهو ظاهر الأزهار في قوله: حكم بالأقوى؛ إذ لا أقوى مع الاستواء. اهـ وقواه المقتي.

(٧) مع القصد.

وقال السيد يحيى: على المتواطأ عليها^(١). وإذا قال: «زوجتك أمي أو ابنتي» ولا بنت له سواها^(٢)، أو «أختي» ولا أخت له سواها، أو «بنت أخي أو بنت عمي» ولا سواها - فإنه يصح.

مسألة: وإذا زوج حمل امرأته صح إن وضعتها أنثى واحدة لدون ستة أشهر^(٣)، ذكره أبو طالب، خلاف ابن الخليل^(٤)، وإن ولدت أنثيين لم يصح، وإن ولدت ذكراً وأنثى فالأقرب أنه يصح بالأنثى^(٥). وكذا الخلاف لو تزوج له إن كان ذكراً أو اشترى له أو وهب له.

السادس: كون الزوجين معاً حلالين حال العقد، لا حال التوكيل به فلا يعتبر^(٦)، ذكره الإمام يحيى والفقهاء يوسف^(٧)، وكذا في حال العدة^(٨). وإن كان

(١) مع السهو.

(*) قال في بيان حديث: ينظر في تصوير هذا الكلام. وأقول: أما ما هذا حاله فلا يخالف فيه السيد يحيى؛ لأن المتواطأ عليها لم تذكر حالة العقد، وإنما يأتي خلافه لو قال: «زوجتك المتواطأ عليها فاطمة». اهـ ينظر، أما في هذا الطرف الأخير فلعله يقع على المتواطأ عليها وفاقاً.

(*) وذلك لأنه من الوصف، فيكون أقوى من اللقب. (بستان). قلنا: بل على المساءة؛ لأنها الملفوظ بها، ولا حكم للضائر في العقود.

(٢) فارغة.

(٣) أو أكثر إذا علم وجودها عند العقد.

(*) ليعلم أنه عقد عليها وهي موجودة.

(٤) فقال: لا يصح العقد على الحمل. قلنا: كما لو زوجه بنتاً في بيت مغلق. (بستان معني).

(٥) وإن وضعت أنثى وختنى لم يصح؛ لجواز أن الختنى أنثى. (شرح بهران). وعن المفتي: يصح، وكذا في تكميل ابن حابس. اهـ وعليه الأزهار بقوله: لا من يحل ويحرم فيصح من يحل.

(٦) والمذهب اشتراطه حال التوكيل.

(*) وفي البحر: قلت: وفيه نظر. (بلفظه). وجه النظر أن العقد مستند إلى حال التوكيل، وهو في تلك الحال غير صحيح. (مرغم).

(٧) قال الوالد: ولعل هذا لا ينتقض قوهم: من لا يصح منه الفعل لا يصح منه التوكيل؛ لأن المانع هنا عارض يزول. (بستان بلفظه).

(٨) أي: يصح من الولي أن يوكل في أيام العدة، ولا يقع العقد إلا بعد انقضائها.

(*) يعني يصح أن يوكل في حال العدة من يزوج عنه قريته متى انقضت عدتها. (بستان) (قرو).

العاقِد فضولياً اعتبر إحلالهما^(١) حال العقد وحال الإجازة، قال الفقيه علي: فلو تخلل منهما الإحرام بين العقد والإجازة لم يضر^(٢). وإن كان العاقِد وكيلاً أو فضولياً اعتبر إحلاله حال العقد فقط^(٣). ويعتبر إحلال الولي حال عقده أو عقد وكيله، لا حال توكيله^(٤)، وإن عقد فضولي عنه اعتبر إحلاله^(٥) حال إجازته، لا حال عقد الفضولي^(٦) عنه. وإن عقد الولي مع فضولي عن الزوج ثم أجاز الزوج وقد أحرم الولي ففيه تردد، والأقرب عدم الصحة^(٧). وقال أبو حنيفة: يصح النكاح من المحرم. وأما مراجعته وشهادته على النكاح فتصحان.

السابع: أن يكون عقده مطلقاً لا معلقاً بشرط مستقبل، ولا مؤقتاً بوقت معلوم أو مجهول، فالمجهول كنكاح المحلل على أنه متى أحلها فلا نكاح، فهو باطل، والمعلوم كنكاح المتعة إلى مدة معلومة، وهو باطل^(٨)، خلاف الباقر والصادق والإمامية^(٩)، وقال زفر: يصح العقد ويبطل ذكر المدة. قال الفقيه محمد بن

(١) يعني الزوجين.

(٢) المذهب: يضر؛ لأن قد تخلل وقت لا يصح فعل الولي فيه. (عامر).

(*) وقيل: يبطل العقد؛ لعدم الصلاحية.

(٣) ويستمر إلى حال الإجازة. اهـ على كلام القاضي عامر.

(٤) قلت: وفيه نظر. (بحر). لأن العقد مستند إلى فعل المحرم في صورتين جميعاً، فلا وجه

للفرق بينهما. (شرح بحر).

(٥) أي: الولي.

(٦) ونظره في بيان حثيث، وهو تنظير قوي.

(*) وقيل: لا يصح؛ لأن الإجازة كاشفة.

(٧) قال في البرهان: كموته. والأقرب الصحة؛ لأن الشهادة تعتبر عند العقد لا عند الإجازة. (مفتي).

(٨) قيل: وفيه نظر مع الجهل. ولفظ شرح الأزهار: فإن هذا يفسد عند من قال بتحريم نكاح المتعة.

(٩) مسألة: وتحريمها ظني؛ لأجل الخلاف، وإن صح رجوع من أباحتها لم تصر قطعية على

خلاف بين الأصوليين. (بحر بلفظه). يقال: بل هو قطعي على ما هو المقرر في مواضعه من

أصول الفقه؛ لعموم أدلة الإجماع. اهـ وفي هامش الهداية: فعند الهادي والناصر وغيرهما أنها

قطعية، وعند المؤيد بالله والإمام يحيى وابن عبد السلام أنها ظنية.

سليمان: ولا يثبت له من أحكام النكاح^(١) إلا الاستبراء^(٢)، قال الفقيه يوسف: وتحريم المصاهرة^(٣). قال في شرح الإبانة: ويعتبر فيه الولي والشهود^(٤)، وقال الفقيه يوسف: لا^(٥). فلو وقَّت النكاح بمدة حياة الزوج أو الزوجة صح، ذكره في التذكرة والحفيظ^(٦)، وقال الفقيه يوسف: لا يصح^(٧).

الثامن: أن يقع العقد على كلها أو على بضعها^(٨) من غير استثناء شيء منها، فإن وقع على جزء منها مشاع لم يصح، خلاف الحنفية وأبي مضر، فقالوا: يسري إلى كلها كالطلاق. وإن وقع العقد على عضو معين منها لم يصح، وإن استثنى منها عضواً معيناً لم يصح العقد، خلاف الأستاذ، فأبطل الاستثناء^(٩).

مسألة: ولا يصح نكاح الشغار^(١٠)، خلاف أبي حنيفة، وهو حيث يقول: زوجتك ابنتي على زواجة ابنتك مني، ويكون بضع كل واحدة مهراً للأخرى، ولم يذكر مهر سواه، وإن سمي لهما أو لإحدهما مهر مع ذكر البضعين صح، قال

(١) يعني عندهم.

(٢) بحیضة فقط.

(٣) لعل كلام الفقيهيين مع الجهل، لكن يزداد لحوق النسب ووجوب المهر، وهو الأقل، فينظر. (من بيان حثيث).

(٤) يعني عندهم.

(٥) أي: لا يعتبر فيه عند من أجازه ولي ولا شهود. (برهان).

(٦) هذا كلام القليل في الأزهار.

(٧) كما في الأزهار.

(*) لأنه نكاح مؤقت، وقد ورد النهي عن التوقيت؛ ولأن للنكاح أحكاماً ثابتة بعد الموت من التوارث وغيره، وإذا وقت بالحياة لزم ارتفاع النكاح بارتفاعها، فتبطل تلك الأحكام. (غيث).

(٨) لأنه المقصود.

(٩) كما في الأزهار.

(*) إلا في استثناء البضع، وأما هو فيفسد استثناءؤه. (قررو). إلا أن يوقت الاستثناء فيبطل ويصح النكاح، أي: فلا حكم للاستثناء. (قررو).

(١٠) فاسد مع الجهل، باطل مع العلم. (قررو).

المنصور بالله: ولو قل المهر^(١)، وقال الفقيه علي: إذا كان قدر عشرة دراهم فما فوق. وقال المؤيد بالله: كل من ذكر بضعها بطل نكاحها ولو ذكر المهر^(٢). وإذا ذكر بضع إحداهما فقط صح نكاح التي لم يذكر بضعها^(٣) دون التي ذكر بضعها. **مسألة:** من قال لغيره: زوجتك أمتي على زواجة ابتك مني ويكون مهر ابتك مهر أمتي^(٤) أو رقبته^(٥) صح ذلك^(٦).

مسألة: ومن تزوج امرأة على أنه لا مهر لها صح العقد، ويجب لها مهر المثل بالدخول، خلاف أحد قولي الناصر في المهر^(٧). وعند زيد بن علي ومالك لا يصح العقد؛ لعدم ذكر المهر. وكذا على أن لا نفقة لها عليه، أو على أن تنفق هي عليه، أو على أن لا يخرجها من بلدها أو بيتها، أو على أن أمر الجماع أو الطلاق إليها- فيصح العقد لا الشرط، فإن نقصت له شيئاً من مهر مثلها^(٨) لأجل الشرط ولم يف لها به كان لها الرجوع بما نقصت، خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله في الشرط الذي ليس بهال.

(١) ويكمل مهر المثل؛ لأن التسمية باطلة. اهـ مع جهل الزوجة، لا مع العلم بالتسمية صحيحة، فتوفي عشرة. و(قررو).

(٢) ومثله للشافعية، قالوا: والمعنى في بطلانه التشريك في البضع؛ حيث جعل مورد النكاح وصدقا للأخرى، فأشبه تزويج المرأة من رجلين.

(٣) ويجب لها مهر المثل. (قررو).

(٤) فإن وفي عشر قيمتها بأقل مهر عندنا^[١] وإلا وفيت إلى أقل مهر. و(قررو).

(٥) ولئن يكون مهر الأمة هاهنا حيث أمهرها الرقبة؟ ينظر، لعله له كما سيأتي. (من بيان حثيث). وسيأتي كلام البيان في فصل: والعبد كالحر.

(٦) يقال: قد قارن التزويج للأمة خروجها عن ملك سيدها، فيلزم أن لا يصح. يقال: بين العقد وبين جعلها مهر أترتب ذهني؛ فيصح إذ لا تملكها إلا بعد العقد. (شامي).

(٧) يعني لا يجب لها مهر حيث شرط عدمه على أحد قولي الناصر.

(٨) أو نقصت من المسمى كما في الغيث. (قررو).

مسألة: وشرط الخيار في النكاح لا يفسده -خلاف الشافعي- ولا يصح الشرط.

مسألة: ومن قال: «زوجتك ابنتي على زواجة ابنتك مني» فقال: «زوجت أو تزوجت أو قبلت» صح العقدان معاً. وكذا لو قال: «زوجني ابنتك على زواجة ابنتي منك» فقال: «زوجت أو تزوجت»^(١). فأما إن قال: «زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك» فقال: «تزوجت»^(٢) فإنه يصح الأول لا الثاني^(٣)، إلا على أحد قولي المؤيد بالله، فإن قال المجيب: «زوجت» لم يصح أيهما^(٤)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله. وكذا إن قال: «زوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي»^(٥) فقال: «زوجت» صح الأول فقط^(٦)، وإن قال: «تزوجت» لم يصح أيهما^(٧).

مسألة: ومن تزوج بامرأة فمؤنة نقلها إلى بلده عليه، ذكره الحقيني^(٨) للهدوية، وقال المؤيد بالله: بل عليها. قيل: وكذا بعد الدخول بها كلما طلبها تسليم نفسها إليه إلى بلد هو فيها فعلى هذا الخلاف^(٩)، وقال الفقيه يحيى

(١) أو «قبلت». اهـ وقيل: لا «قبلت» فلا يصح. اهـ والمختار الصحة؛ لأن المعنى قبلت زواجة ابنتك على زواجة ابنتي منك، فالقبول وقع لما شمله العقد.
(٢) أو قبلت.

(٣) قوله: «لا الثاني» وذلك لأنه يحتاج إلى تجديد عقد لقوله: «على أن تزوجني»، وهذا ذكره في الزيادات وقواه الفقيهان علي وحسن، وقال في الإفادة: إنه يصح الثاني أيضاً بالقبول، ذكره فيمن قال: «طلقتك على أن تبرئني» فقالت: «قبلت»، فقال فيها: يصح الطلاق والبراء. قال الفقيه يوسف: والحكم واحد في المسألتين. (بستان بلفظه).

(٤) لأنه لم يأت بجواب «زوجتك»؛ لأن جوابه «قبلت» أو «تزوجت».

(٥) إن قيل: هذا شرط مستقبل بلفظ العقد ويفسده ما يفسده؛ لأن من شرطه الانبرام حاله. (مفتي).

(٦) لأنه قد حصل فيه الإيجاب والقبول. (صعيتري).

(٧) لعدم الإيجاب.

(٨) كما في الأزهار.

(٩) المذهب أن المؤن عليه في جميع الأطراف.

البحييح: بل يتفقون بعد الدخول أنها عليه. وقال ابن وهاس: إذا وقع العقد عليها في بلدها فالمؤنة عليه وفاقاً.

فرع: وما احتاجته الزوجة من لحاف الصلاة وماء الوضوء وغسل الحيض والجنابة فهو عليها^(١)، خلاف أبي مضر في غسل الجنابة^(٢).

مسألة: ومن طلب زوجته الخروج معه إلى بلد آخر ولها غرماء يطلبونها الدّين - فهل تقدم الخروج مع الزوج أو الوقوف لقضاء الدين؟ إذا لم يمكنها القضاء إلا بالوقوف ولا أمكنها تستنيب غيرها للقضاء فلعلها تقدم القضاء؛ لأن له حدّاً، وحق الزوج لا حد له^(٣).

(١) فلو طلبت الخروج للماء فالأقرب أن له منعها إذا كان يمكنها تحصيله بأجرة أو غيرها؛ لأن وقوفها في بيته حق له. (تعليق).

(٢) قال: لأنه بسببه؛ قلنا: هو غير متعد في السبب؛ لأنه استوفى حقه، وهو الوطء؛ ولأن الغسل لا يلزمها لأجل وطئه لها من بعد، فهو جائز له وإن لم تغتسل، وإنما يلزمها للصلاة ونحوها. (بستان بلفظه).

(٣) الأولى في التعليل أن يقال: لأنه يمكنه استيفاء حقه مع بقائها. اهـ وفي ذلك وفاء بالحقين.

فصل: [في معاشرة الأزواج]

قال الهادي عليه السلام: يجب على الزوج القيام بما يحتاج إليه البيت من خارج، وعلى الزوجة ما يحتاج إليه داخل^(١) البيت، وبه قضى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بين علي وفاطمة عليهما السلام. وأبقاه المؤيد بالله والمنصور بالله على ظاهره في الأشياء الخفيفة، لا الشاقة فلا تلزمها، وحمله أبو طالب على الاستحباب لا الوجوب^(٢)، وهو مذهب المؤيد بالله^(٣). فأما الأمور الشاقة كالطحن ونحوه فلا تلزمها وفاقاً، فإن فعلتها مختارة لغير عوض فلا شيء لها عليه، وإن أكرهها على ذلك لزمه أجرتها^(٤) مع الإثم، وإن فعلتها مختارة طلباً لعشرته^(٥) فإن حصل مرادها فلا شيء عليه، وإن لم يحصل رجعت عليه بأجرتها^(٦)، خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله.

مسألة: وللزوج وطؤها في قبلها كيف شاء^(٧) متى صلحت^(٨) لذلك ولم

(١) في (أ، ب): من داخل.

(٢) لأن أصوله قاضيه بعدمه؛ لأنه نص على أن المرأة لا يلزمها إرضاع ولدها إلا بأجرة، وإذا سقط الوجوب في حق ولدها فكذا في غيره من سائر المنافع أولى وأحق. (بستان بلفظه).

(٣) قال [أي: المؤيد بالله]: ولم يقل بهذا القول أحد غير يحيى عليه السلام، قال الأمير الحسين: كلام المؤيد بالله لا معنى له؛ لأن الهادي عليه السلام لم يقله خبطاً ولا جزافاً، بل قد حكم به سيد المرسلين لسيد الوصيين على سيده نساء العالمين، ولا كرم على الله تعالى يوازي كرمها، ولا شرف يوازي شرفها؛ فيجب بقاء كلام الهادي عليه السلام على ظاهره، ولا ملجئ إلى تأويل حكم النبي صلى الله عليه وآله وسلم. (زهور).

(٤) وإن لم تعتد أخذ الأجرة. (قررد).

(٥) الزائد على الواجب. (مفتي).

(٦) إذا أمرها. كما يأتي في البيان في كتاب الإجارة إن شاء الله. قيل: وإن لم تعتد أخذ العوض، كمن وهب لغني لغرض. اهـ وقيل: لا بد أن تعتاد^[١] الأجرة؛ لأنها منافع، بخلاف الهبة فهي أعيان، وسيأتي مثله في الإجارة لسيدنا عامر.

(٧) من قبل أو دبر. (برهان) (قررد).

(٨) لمثله. (حنيث) (قررد).

[١] أو شرطتها. (قررد).

يضرها. والصلاحيه تعرف بقول النساء^(١).

مسأله: ولا يجوز في دبرها، خلاف رواية عن مالك وابن عمر وبعض الإمامية^(٢)، ولا حيث يراها غيرهما. وله الاستمتاع بها في أي بدنها شاء وفي أي وقت شاء ما لم يضرها؛ فعلى الحائض تسليم نفسها، وعلى ولي الطفلة^(٣) تسليمها متى أمكن الاستمتاع منها، لا قبله فليس على الزوج ولا له حضانه^(٤).

مسأله: وللزوج منعها من الخروج من بيته ولو لحضور جنازة أبويها^(٥)، ويكره له منعها من زيارتهما في الحياة^(٦). وعليه حسن العشرة لها كهي له، ولا يسيء الظن بها، ولا يتجسس عليها، ولا يغفل عما لا يأمن غائلته^(٧) منها. وفي منعه لها من أكل

(١) ويكفي في معرفة كون الزوجه صالحه عدله، فلو وطئ بعد ذلك فهلكت فلا شيء عليه ولا على العدة. أما لو وطئ من دون إخبار عدلة فإنه إذا أفضاها كانت جنايه خطأ. فإذا اختلف الزوجان هل هي صالحه أم لا فعلى الأصلين، فالهادي يقول: الأصل الصغير، والمؤيد بالله يقول: الأصل عدم الضمان. (شرح ذويد).

(*) ويكفي عدلة. (قرر).

(*) لأنه أمر يختص بهن، ولا عبرة بالسنين. (برهان).

(٢) قال الفقيه يوسف: الروايه عن مالك وابن عمر كذب. (ثمرات)^[١]. وفي الانتصار: ابن عمر والإمامية أن ذلك في الأمة. وفي الزهور: الروايه عن ابن عمر ومالك غلط محض، هذا لفظ الزهور.

(٣) ولي المال. (قرر).

(٤) يعني ليس عليه إحضان ولا له ولاية على الحضانه، وأما الأجره فتجب عليه. والنفقه كما سيأتي، وصرح به في المعيار. والمختار أنه لا شيء على الزوج من أجره الحضانه على ما يأتي، وهو ظاهر قول البحر.

(٥) إلا لغضاضة إذا لحقتها فيجوز لها الخروج، ولا يجوز له منعها. (هامش بحر).

(٦) وعن الإمام المتوكل على الله عادت بركاته: بل لا يجوز له منعها.

(٧) في (ج): من غائلته.

[١] لفظ الثمرات: لكن غلطت الروايه عن مالك والروايه عن ابن عمر.

ما يتأذى بريجه كالثوم ونحوه وجهان، رجح الإمام يحيى أن له المنع^(١)، وكذا في منعها من شرب الخمر إذا هي ذمية أو حنفية^(٢). وندب لها التزين والتعطر^(٣) والانقياد له في كل حال، ذكر ذلك كله في البحر.

مسألة: وليس له جمع زوجتين في منزل إلا برضاها أو حيث لا يجد سواه، ويكره له^(٤) جماع إحداها في محضر الثانية^(٥) أو في منزل فيه غيرها ولو نائماً أو صغيراً يفتن الفعل إلا للعدر^(٦) مع الاجتهاد في إخفائه.

مسألة: ويكره^(٧) التعري حال الجماع، واستقبال القبلة واستدبارها، والكلام حاله^(٨)، خلاف الإمام يحيى فيه. ويكره النظر إلى باطن فرجها. ويستحب له تعهدا بالوطء؛ لئلا تفسد^(٩). ويحرم على الرجل استئصال منيه

(١) لأنه يكسر الشهوة ويضعف الجماع، وفيه بطلان الغرض. (شرح بحر).

(*) ما لم يكن دواء. (قرئ).

(٢) وجهان: رجح الإمام يحيى أن له المنع؛ لنجاسته عنده، وقال المهدي: لا؛ إذ لا يؤذيه في الأغلب. (برهان).

(٣) لقوله ﷺ: ((ملعونة من عطّلت نفسها على زوجها)). (بستان).

(٤) حضر. (قرئ).

(*) ظاهره الكراهة للتنزيه، وظاهر شرح الأزهار أنها للحظر.

(٥) لأنه سوء أدب ومخالف للمروءة. (بحر معني). قلت: يدل على الحظر. (مفتي).

(٦) وذلك لأن الضرورة تسوغ ذلك، كما تسوغ النظر للعلاج؛ لأنها تدفع حكم كثير من الحظر، والكراهة أخف حكماً من الحظر. (صعيتري). وهذا بناء على أن الكراهة للتنزيه، والمذهب

خلافه، فلا يبيحه إلا ما يبيح المحظور.

(٧) تنزيه.

(٨) إلا ما لا يستغنى عنه.

(٩) أي: تزني.

(*) وقال مالك: يجبر عليه إذا طال تركه، فإن أبى فسخ الحاكم نكاحها. وعن قوم أنه يلزمه في كل أربعة أيام مرة. (برهان).

بيده^(١)، خلاف ابن حنبل^(٢)، وكذا المرأة.

مسألة: ويجوز العزل عن السرية، خلاف القاسم العياني، لا عن الزوجة الحرة إلا برضاها، وأجازها الإمام يحيى، وأما الزوجة الأمة فيجوز عندنا؛ لثلاثا يرق ولده^(٣)، وقال الناصر وأبو حنيفة: لا يجوز إلا برضا سيدها، وقال أبو يوسف: برضاها.

مسألة: ويجوز للزوجة أكل ما يمنع الحبل إذا رضي به زوجها^(٤)، وأما فعلها لما يفسد حملها أو يسقطه: فبعد بلوغه أربعة أشهر لا يحل^(٥) وفاقاً، ويلزمها الضمان، وقبلها كذا لا يحل^(٦)، لكن لا تضمن إذا رضي زوجها^(٧).

(١) وأما بيد زوجته أو أمته فيحل؛ إذ له الاستمتاع بأي بدن شاء. (قرو).

(٢) قال ابن حنبل وعمرو بن دينار: إنه مباح؛ قالوا: لأنه إخراج فضلة من البدن، فجاز عند الحاجة كالفصد والحجامة. (شرح بحر).

(٣) بل الأولى في التعليل أن يقال: إن العلوق علوق رق، وهذه العلة أولى؛ ولهذا قال ابن مظفر: يثبت الولاء على مشروط الحرية. كما في الكواكب. اهـ وفي الوسيط: حر أصل. والفائدة في جر الولاء، ومثله في شرح الفتح: لفظ شرح الفتح: ويكون الولد حر أصل، وظاهر كلام أهل المذهب أنه يكون معتقاً، وتكون فائدة الخلاف في الجر كما يأتي. (بلفظه).

(٤) لا فرق. و(قرو).

(*) وذلك أن له حقاً في حبلها. (بستان). وقيل: وإن لم يرض؛ لأنه لا يثبت له حق إلا بعد وجوده.

(٥) لأن الروح ينفخ فيه لأربعة أشهر.

(*) في (د): لا يجوز.

(٦) وفي البحر ما لفظه: فرغ: الإمام يحيى: وإذا جاز العزل جاز تغيير النطفة والعلقة والمضغة؛ إذ لا حرمة لجناد، ولجواز منع النسل بالعزل. (بلفظه).

(٧) إن كان قد جرى فيه الروح لم يجز مطلقاً، وتضمن، فيما خرج حياً الدية وميتاً الغرة. وقبل جري الروح: إن كان بإذن الزوج لم تضمن مطلقاً، وبغير إذنه: إن كان قد تخلق ضمننت،

وإلا فلا. اهـ وقيل: لا ضمان قبل نفخ الروح وإن لم يأذن. (قرو).

(*) وظاهر الأزهار لا فرق وإن لم يرض.

(*) ذكره في التقرير والمؤيد بالله.

مسألة: وعلى الزوج أن يسوي بين زوجاته الحرائر أو الإماء حيث هن في ناحية واحدة^(١)، فإن كن حرائر وإماء فللحررة ضعفاً ما للأمة^(٢)؛ وذلك في المبيت بالليل والقيولة بالنهار إذا كان يقيل^(٣)، فيكون معها في منزلها ولو كان مريضاً أو محرماً أو محبوب الذكر أو مظاهراً^(٤) أو مولياً منها، ولو كانت مريضة أو محرمة أو رتقاء أو جذماء، لكن يعتزها في قسمها. وأما المجنونة فقال الأمير علي: لا قسم لها^(٥)، وقال الإمام يحيى: يقسم لها^(٦) ما لم يخش على نفسه منها. ولا قسم لطفلة لا تشتهي. وإذا عتقت الأمة في قسمتها أو فاهها كالحرة، وإن عتقت في قسم الحرة لم يزد للحررة حيث بدأ بالأمة.

فرع: والخيار إليه في قدر القسمة من ليلة إلى سبع، لا أكثر إلا برضاها، وقال الإمام يحيى والسيد يحيى: يجوز كما شاء. وله اعتزالهن الكل^(٧)، لا تفضيل إحدى اثنتين أو ثلاث، خلاف الناصر^(٨)، قال: لأن له أن يتزوج أربعاً^(٩).

مسألة: وإذا أراد السفر^(١٠) استصحب من شاء منهن، ولا تلزمه القرعة بينهن، ولا قضاء لمن لم تخرج معه منهن. وقال الشافعي: تجب القرعة بينهن، فإن لم

(١) الميل كما في الأزهار.

(٢) فإن عتقت قبل فجرها ثبت لها نصيب حرة كما سيأتي.

(٣) وظاهر الأزهار التسوية وإن لم يعتد. (حاشية سحولي معنى). يعني حيث قد كان قال عند بعضهن.

(٤) ولا يذن منها. (قرئ).

(٥) إن كانت لا تعقل الإيواء. (قرئ).

(٦) إذا كانت مميزة تعقل الإيواء. (قرئ).

(٧) فإذا أراد وطء إحداهن جاز له، ولا يجب عليه قضاء الأخرى إذا لم يبت معها. (غيث بلفظه) (قرئ).

(٨) قال: فله أن يفضل إحدى زوجتيه بليتين، فيقف معها ثلاث ليال ومع الأخرى ليلة.

(٩) وبعد الأربع لا تفضيل.

(١٠) والمراد بالسفر هنا الخروج من الميل وإن لم يكن مسافة السفر الحقيقي. وقرره الشامي.

وجب القضاء. وقال أبو حنيفة: يجب القضاء مطلقاً. ولم يكن على النبي ﷺ قسمة ولا قرعة^(١)، بل كان يُطَيَّب نفوسهن؛ فقسم لعائشة^(٢) وزينب^(٣) وحفصة^(٤) وأم سلمة^(٥)، وأرجأ سودة^(٦) وأم حبيبة^(٧) وميمونة^(٨) وصفية^(٩) وجويرية^(١٠).

مسألة: ومن فات قسمها^(١١) أو بعضه بغير رضاها وجب قضاؤها^(١٢)، ومن أسقطت قسمها منهن برضا زوجها جاز، وليس له أن يخص به غيرها، ولها الرجوع فيما يستقبل. ومن وهبت قسمها لغيرها منهن برضا زوجها صح، ولها الرجوع في المستقبل، فإن وهبته لزوجها فقال الفقيه علي^(١٣): له أن يخص به من

(١) ولفظ البحر: قلت: ولم تكن التسوية واجبة عليه ﷺ خصوصاً؛ لقوله تعالى: ﴿تُرْجِي مَنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ﴾ [الأحزاب ٥١]. (بلفظه).

(٢) بنت أبي بكر. (بستان).

(٣) بنت جحش. (بستان).

(٤) بنت عمر. (بستان).

(٥) بنت أبي أمية المخزومي. (بستان).

(٦) بنت زمعة. (بستان).

(*) والإجراء: عدم القسمة؛ لقوله تعالى: ﴿تُرْجِي مَنْ تَشَاءُ مِنْهُنَّ﴾.

(٧) بنت أبي سفيان. (بستان).

(٨) بنت الحارث. (بستان).

(٩) بنت حبي بن أخطب. (بستان).

(١٠) بنت الحارث، من بني المصطلق. (بستان).

(١١) وكذا لو لم يفت قسمها ولكن بات معه ومعها غيرها، فيجب لها القضاء؛ لأن لها حقاً في الخلو. (قرئ).

(١٢) على الفور مع المطالبة. (شرح أزهار). بل وإن لم تطالب؛ لأنه مطالب من جهة الله حيث الفات بغير رضاها، ما لم تؤجله.

(١٣) وقواه المفتي.

شاء من الباقيات، وقال الإمام يحيى: لا^(١)، وقال الفقيه حسن: يجوز إذا رضيت الواهبة له^(٢). وليس لسيد الأمة أن يسقط قسمها بغير رضاها، وله إسقاط نفقتها.

مسألة: ولا تجب التسوية بين الإمام المملوكات له مطلقاً، ولا بين الزوجات في الوطاء، لكن يسره ندبا^(٣)، ولا في المضاجعة، ولا في المحبة؛ إذ هي شهوة من فعل الله تعالى، ولا في نفقته وحفظ ماله. وأما في الزائد على الواجب من النفقة والكسوة فقال الأمير الحسين: تجب التسوية فيه أيضاً، وقال أبو العباس والفقيه يحيى البحيح: لا تجب، لكن يسره ندباً. قال في الكشاف^(٤): وتجب التسوية بينهما في الإقبال والنظر والمفاكهة بالكلام وغيره.

مسألة: وإذا تزوج عليهن امرأة أثرها بثلاث^(٥) إن كانت ثيباً، أو بسبع^(٦) إن كانت بكرًا، ثم يعود إلى من كانت لها النوبة قبل زواجته. وإن تزوج بثنتين معاً خص كل واحدة بما تستحقه^(٧)، ويقدم البكر منهما، فإن استويا قدم من شاء منهما^(٨).

(١) بل تصير كالمعدومة. (مفتاح).

(٢) وقواه في البحر.

(*) قلت: وهو الأقرب للمذهب. (بحر).

(*) وإن لم ترض صارت كالمعدومة كما قاله الإمام يحيى.

(٣) تجنباً للإيحاء.

(٤) قوي، وظاهر الأزهار خلافة.

(٥) متوالية، فإن فرق استأنف. (قرئ).

(٦) متوالية، فإن فرق استأنف. (قرئ).

(٧) حيث كانت تحته زوجة أو أكثر من قبل.

(*) قال في الإرشاد: هذا حيث كان تحته زوجة، فأما لو تزوج امرأتين ولم تكن تحته زوجة فلا

تأثير. انتهى. قال في شرح العمدة: وهو ظاهر الحديث.

(٨) حيث زفا معاً، وإلا قدم من تقدم زفافها ولو تأخر عقدها. (حاشية سحولي) (قرئ). ولفظ حاشية:

هذا حيث زفا معاً، وإلا وجب تقديم من تقدم زفافها في صورتين ولا عبرة بالعقد. (قرئ).

فَرَعٌ: وإذا زاد لمن تزوجها على ما تستحقه برضاها^(١) بطل حقها كله، فيقضيهن مثله، وبغير رضاها لا يبطل حقها، بل يقضيهن مثل الزيادة فقط.

مَسْأَلَةٌ: ومن زاد لها على قسمها قضى البواقي مثلما زاد^(٢)، خلاف المؤيد بالله وأبي جعفر^(٣).

مَسْأَلَةٌ: ومن كان لزوجته ولد من غيره^(٤) فمات الولد كف الزوج عن جماعها^(٥) وجوباً، ذكره في الشرح، وقال الإمام يحيى والفقهاء يحيى البحيح: ندباً. والمراد حيث كان قد وطئها وجوز حملها وكان الحمل يرث من أخيه الميت أو يحجب أمه، وحيث لا يرث منه والأم محجوبة^(٦) بغيره لا معنى للكف. ومدة

(١) المراد بالرضا طلب الزيادة، لا السكوت فلا يكون رضا. ولفظ حاشية السحولي: والمراد بالرضا هنا طلبها للزيادة، فيبطل حقها، لا مجرد رضاها ولم تطلب، ومع طلبها يبطل حقها من التأثير سواء علمت أن طلبها يبطل حقها من التأثير أم جهلت. (بلفظه) (قرير). وقال المؤلف: إنما يسقط إذا كانت عالمة بالسقوط، هذا ذكره إمامنا، استنبطه من الدليل، وهو ما روته أم سلمة قالت: لما دخل علي رسول الله ﷺ فبات عندي ثلاثة أيام بلياليها، فلما انقضت الثلاث تعلقت به فقال لها: ((ليس بك على أهلك هوان، إن شئت سبعت لك وسبعت لمن، وإن شئت ثلثت ودرت))، فقالت له: ثلثت، فثلث عندها ودار عليهن. (شرح فتح بلفظه). والمراد: إن شئت سبعت لك وسبعت لمن أنه يوفيهما سبعا ثم يحسب عليهما، فيقضي الآخر جميع السبع؛ إذ لو لم يحسب ذلك لقال: ربعت لك؛ إذ لم يبق من السبع إلا أربع كما ذكره في الغيث. (وابل).

(٢) قال في الغيث: وكيفية القضاء أن يقف عندها ست ليالٍ قضاء ليلة نوبة، ثم يبيت عندهن ليلة ليلة، ثم يعود إليها ليلة نوبة وستاً قضاء حتى يوفيهما، ثم يقسم بينهما بعد ذلك كيف شاء إلى السبع أو بالتراضي. (حاشية سحولي لفظاً). يقال: هو حق لأدمي، فيجب القضاء متتابعاً، وهو ظاهر التذكرة. و(قرير).

(٣) فقالوا: إن وقف مع بعضهن مقدار شهر لم يجب أن يقضي؛ لثلاثي يكون جوراً على جور. (زهور).

(٤) أو منه وكان الأب قاتلاً عمداً. (قرير).

(٥) الفصل الأول.

(٦) أو في حكم المحجوبة؛ بأن يكون الربيب أنثى فتركت زوجها وأبويها؛ ولذا قال المؤلف: أو لا نحو حاجب لها. اهـ وعبارة الفتح: ولا ناقص لها.

الكف^(١) إلى أن يبان حملها بأحد أماراته المعتادة، كالعيافة^(٢) أو كبر البطن أو حركة الحمل، فيثبت حكمه، أو إلى أن يبان عدمه^(٣) بأن تبيض مرة، فإن لم تحض^(٤) فيإلى مضي ثلاث سنين وستة أشهر ويوم^(٥) من موت الولد^(٦)؛ لأنه إذا وطئها بعد ذلك ثم جاءت بولد حي^(٧) فإن كان لسته أشهر من الوطاء الثاني فهو منه، وإن جاءت به لدونها فهو من قبل موت الولد.

فرع: فلو حاضت ثم وطئها ثم جاءت بولد حي^(٨) لدون ستة أشهر من الوطاء الثاني كان الولد وارثاً، والدم الذي رأته استحاضة.

فرع: وإذا لم يكف عن وطئها ولم تحض حتى ولدت ولداً حياً، أو حاضت ثم ولدت لدون ستة أشهر من الحيض، والورثة مصادقون^(٩) له على الوطاء قبل موت ولدها الأول- فإن ولدت هذا الآخر لدون ستة أشهر من الوطاء الآخر فهو من الوطاء الأول، وإن ولدته لفوق أربع سنين من الوطاء الأول فهو من الوطاء الآخر؛

(١) الفصل الثاني.

(٢) بكسر العين.

(٣) الفصل الثالث.

(٤) الفصل الرابع.

(*) ولا تبين الولد بشيء مما مر. (برهان).

(٥) أو دون يوم. (مفتي).

(٦) الأولى: من يوم الوطاء كما في الغيث. فإن التبس وقت الوطاء فلعله من يوم موت الولد.

(بكري) (قرئ).

(٧) وخرج من غير جنابة.

(*) يقال في هذه المسألة في الأطراف جميعاً حيث ذكر الوضع هو حيث وضعته حياً حياة لا

يعيش قدرها من ولد لدون ستة أشهر. (مفتي).

(٨) وخرج من غير جنابة.

(٩) وظاهر كلام الشرح عدم اشتراط المصادقة. وقواه المفتي، ومثله في شرح الأزهار.

فلا شيء له، وإن ولدته لدون الأربع^(١) من الوطاء الأول ولسته أشهر فما فوقها من الوطاء الثاني فهو محتمل، فيحول فيه في ميراثه^(٢) وفي حجه^(٣)، وإن ناكث الوارثة في الوطاء قبل موت الولد وادعاه الزوج فلا ميراث للحمل حيث ولدته لسته أشهر^(٤) من الوطاء الثاني، إلا من الزوج لإقراره به، فيسلم له من نصيبه حيث هو وارث للولد الميت ما ينقصه الحمل لو ثبت وارثاً^(٥)، وإن كان لا ينقصه^(٦) شيئاً فلا شيء له على قول أهل الفرائض^(٧)، وقال المؤيد بالله وأبو طالب وأبو حنيفة: بل يسلم له حصته مما ورثه مطلقاً^(٨).

(١) هكذا في اللمع والتذكرة، وصوابه لأربع فدون.

(٢) والصحيح أنه يحكم بأنه من الوطاء الثاني، فلا يرث شيئاً كما في نظائرها. (صعيتري).
 (* سواء صادق الوارثة بالوطاء الأول قبل الموت أو لم يصادقوا. (قرير). والقول قوله مع يمينه. (قرير).

(٣) في (ج): وفي حجه وإسقاطه لغيره.

(٤) الأقرب أنه يعمل في هذه الصور بالتحويل. (قرير).

(٥) مثال الذي ينقصه أن ينكح امرأة أخيه وله منها ولد، ثم مات هذا الولد، ثم جاءت بولد لسته أشهر من موت ابن الأخ - فالظاهر أنه غير وارث، فتعطي الأم الثلث والباقي للعم، فإذا أقر بالحمل سلم له سدس نصيبه، وهو ربع ما في يده. (بستان).

(٦) ومثال الذي لا ينقصه حيث الوارثة أم وأخ لأم وعم، فإذا أقر العم بالحمل فالتقصان على الأم إن صادقته، وإن لم تصادقه فلا شيء عليه على قول أهل الفرائض، وعلى قول أهل الفقه يسلم له سدس ما في يده؛ لأن إقراره يقتضي أن له سدس المال، فيدفع له سدس ما في يده، هذا الذي حفظناه من الوالد حال الإلقاء، وفي الانتصار ما يقضي بخلاف هذا، والله أعلم بالصواب. (بستان).

(٧) لأنه إذا كان لا ينقصه لم يصح إقراره، فلا يسلم له شيئاً عند أهل الفرائض. (صعيتري).

(٨) سواء كان ينقصه من ميراثه أم لا. (صعيتري). نحو سدس ميراثه إن كان للحمل السدس، وثلثه إن كان للحمل الثلث، وهو حيث الحمل اثنان. (برهان).

فصل: [في المهور]

ويصح النكاح من غير تسمية مهر أو بذكر مهر فاسد، خلاف زيد بن علي ومالك في الصورتين معا.

مسألة: وأقل المهر عشرة دراهم قفلة^(١) أو ما يساويها من عين أو دين أو منفعة ولو خدمة حر، خلاف أبي حنيفة^(٢)، ولو منفعة الزوج أو عبده أو أجيده الخاص أو أجنبي رضي بذلك^(٣)، ولو كانت المنفعة تعليم صنعة جائزة أو تعليم شعر، أو قتل من تستحق الزوجة قتله، لكن لا يقتله الزوج إلا بمحضرها^(٤)، ذكره أبو العباس، وقال الناصر والمؤيد بالله: ولو لم تحضر. لا على ما لا يجوز، ولا على ما يجب، كتعليم القرآن أو الفقه أو الفرائض^(٥) أو الأصول أو التفسير أو الحديث، إلا على قول من يميز الأجرة على ذلك^(٦).

فرع: ويعتبر في قيمة العين أو المنفعة بيوم العقد^(٧) في بلده، ولا عبرة بزيادتها أو نقصانها من بعد، ولا بغير بلد العقد. فلو مات أو تلف ذو المنفعة قبل قبضها وجبت قيمتها يوم العقد وإن زادت أو نقصت من بعد وقبل التلف كان على ما يأتي في المهر^(٨) إذا تلف مع الزوج زائداً أو ناقصاً. فإن كان التلف قبل

(١) ولا حد لأكثره. (قررو).

(٢) في خدمة الحر فقط.

(٣) وإلا فأجرة مثله كما لو مات.

(٤) وإلا أثم واستحق الأجرة. (ذماري وهبل). ينظر هل يجب القود إذا قتله في غير محضرها^[١]؟ فقوله في الحاشية: واستحق الأجرة لأنه فعل ما أمر به ولا يكون مخالفاً ينظر فيه. اهـ. يحقق. (من خط سيدنا حسن رضي الله عنه).

(٥) فرائض الصلاة أو غيرها مما هو واجب.

(٦) القاسم ومالك والشافعي، وكذا عن الناصر. (شرح بهران).

(٧) أو التسمية إن تأخرت. (شرح مذاكرة). (قررو).

(٨) وهو أنه يضمن ما ساءه ونقصه حتى يسلم، وزيادته حيث جنى أو تغلب. (قررو).

[١] المختار لا يجب كما يأتي.

الدخول وطلقها قبله أيضاً وجب لها نصف الأجرة التي هي قيمة المنفعة.
وقال الشافعي وأحد قولي الناصر: إن أقل المهر ما يتمول. وقال مالك:
ثلاثة دراهم.

مسألة: وتكره المغالاة في المهور؛ للنهي الوارد فيها^(١). وكانت مهور بنات
النبي ﷺ خمسمائة درهم^(٢).

مسألة: وإذا تزوجها على العفو عن القود فقط لم تصح التسمية^(٣)، وعلى
العفو عن القود والدية^(٤) صحت، وعلى العفو عن القود مطلقاً تصح على قول
المؤيد بالله: إن الدية تدخل، لا على قول الهدوية: إنها باقية^(٥).

مسألة: وإذا تزوجها على أن يحج عنها^(٦) أو عن غيرها صح مطلقاً^(٧)،
ويجزئها الحج إن كانت معذورة^(٨)، لا غير معذورة، ويجزي الغير إن كان بإذنه
وهو معذور^(٩)، وإلا فلا.

مسألة: وإن تزوجها على مال لغيره وأجاز مالكه أو كان بإذنه ملكته، ولزمه
قيمته لمالكه، وبغير إذنه ولا إجازته يلزمه قيمته لها^(١٠)، فلو ملكه بعد العقد

(١) وعن علي عليه السلام أنه قال: (لا تغالوا في المهور فتكون عداوة). (بستان).

(٢) يأتي اثنين وثلاثين أوقية ونصف وربع أوقية ونصف الثمن مخلص. (قرئ). يأتي على قياس
ما ذكر في نصاب الزكاة تسعة وثلاثين قرشاً وربعاً وثماناً.

(٣) إذ ليس بهال ولا في حكم المال.

(٤) أو دم المقتول.

(٥) كما ذكره في الجنائيات.

(٦) حجة الإسلام أو غيرها.

(٧) سواء أجزئ عنها أو عن ذلك الغير أو لم يجز؛ لأن الاستئجار على الحج يصح ولو كان لا
يجزي. (برهان، وبستان).

(٨) مأبوس. (قرئ).

(٩) عذراً مأبوساً. (قرئ).

(١٠) يوم العقد.

فقال المؤيد بالله: يسلمه لها^(١)، وقال الأستاذ: بل قيمته^(٢). وكذا لو تزوجها على وقف أو أم ولد أو مدبر وهو موسر فلها قيمته، فلو أعسر من بعد جاء على الخلاف بين المؤيد بالله والأستاذ: هل يسلم المدبر^(٣) أو قيمته. وكذا على مكاتب فتجب قيمته^(٤)، فلو رجع في الرق جاء الخلاف بين المؤيد بالله والأستاذ: هل تستحقه أو قيمته^(٥). وقال الشافعي: مهر المثل في الكل.

مسألة: وإن تزوجها على نصف ما يملكه وذكر أجناسه صح، وإن لم يذكرها لم تصح التسمية؛ لجهالته^(٦)، ذكره الفقيه حسن^(٧)، وقال الفقيه

(١) وذلك لأنه المعقود عليه. (بستان).

(٢) وهذا الخلاف قبل دفع القيمة، لا بعدها فاتفاق أنه لا يلزمه إلا القيمة. (رياض، وكواكب، وصعيتري). تحقق النسبة إلى هذه الكتب، فقد بحث فلم يوجد فيها هذا التفصيل. (من خط سيدنا حسن). وظاهر كلامهم الإطلاق.

(*) لأنها قد استحقتها. (بستان بلفظه).

(*) وقواه حثيث والشامي.

(٣) وقال الفقيه يوسف: فلو أنه أعسر بعد فلعلها لا تستحقه بعينه؛ لأن بقره لم يبطل التدبير، وله أن يقضيها إياه، فلو نقصت قيمته عن يوم العقد كان لها الباقي إذا قضاه بقدر قيمته وقت القضاء. (زهور).

(٤) أما المكاتب والمدبر وأم الولد فإن علمت بذلك فلها قيمة هؤلاء حال العقد يعتقدون، وإن جهلت فقيمتهم لا يعتقدون. اهـ وعن الشامي: لا فرق بين العلم والجهل، فتستحق قيمته على هذه الصفة.

(٥) وقيل: يتفق المؤيد بالله والأستاذ هنا على تسليم العين بطلان الكتابة؛ لأن الرجوع في الرق نقض للعقد من أصله. وفي حاشية: هذا إذا قلنا: إن الرجوع في الرق نقض للعقد من حينه، لا إذا قلنا: هو فسخ من أصله فالظاهر أنه لها، ولا يتقدر فيه الخلاف.

(٦) يعني: في الجنس والقدر. (بستان).

(٧) وكثير من المشايخ يقررون كلام الفقيه حسن، وفي الأزهار: وفي غيرها الجنس. (منقولة من خط سيدنا محمد الريمي).

يوسف: بل تصح؛ لأنه يعرف من بعد^(١)، كما إذا تزوجها على مهر مثلها أو على مثل مهر فلانة.

فرع: وإذا قلنا: يصح^(٢) وكان في يده ما هو وقف أو لغيره فلا شيء لها بدلاً عنه^(٣)، إلا إن قال: «على نصف ما في يده» وجب نصف ما يملكه وقيمة ما لا يملكه.

فرع: وإذا تشاجرا من بعد في شيء يملكه حيثئذ، فادعت أنه كان يملكه وقت العقد وأنكر - فالبينة عليها؛ لأنها تدعي استحقاقه، كمن أقر لغيره بما في داره ثم وجد فيها شيء من بعد وأنكر المقرُّ كونه فيها وقت إقراره - فالبينة على المقرِّ له^(٤).

مسألة: وإذا تزوج على مدبر وهو معسر مضطر إلى النكاح صح^(٥)، ومعسر غير مضطر قال الفقيه يميني البحيح: يصح أيضاً، وقال الفقيه علي: لا يصح عليه^(٦)، بل على مهر في الذمة ثم يقضيها المدبر عنه. ومن أجاز بيع المدبر^(٧) أجازة مهراً مطلقاً^(٨)، ومن منع بيعه^(٩) منع ذلك مطلقاً.

(١) والملك قد ضبطه. (بستان).

(٢) على قول الفقيه يوسف.

(٣) ولو ظنت أنه يملكه الجميع. (برهان).

(٤) ينظر؛ فإن الظاهر مع المقر له، ومن كان الظاهر معه فالقول قوله.

(٥) ولو على عينه في هذا الطرف صح.

(٦) فإن فعل لزمته قيمته كما لو عقد على ملك الغير، ويجوز بيعه بعد ذلك لها. (قررو).

(*) لأنه غير مضطر إلى أن يعقد على عينه. (بستان بلفظه)

(*) قال في البرهان: فلو كانت مدبرة وهو معسر مضطر إلى النكاح فيأتي على قول الفقيه يميني

البحيح أنه يجوز العقد على عينها، وعلى قول الفقيه علي لا يجوز؛ لأنها تزيل ضرورته إذا

وطئها. ومثله في الحفيظ. اهـ وإن لم تزل ضرورته جاز، وقواه الشامي. (قررو).

(٧) وهو الناصر والشافعي. (شرح أزهار).

(٨) سواء كان مضطراً أم لا.

(٩) وهو زيد بن علي وأبو حنيفة. (شرح أزهار).

مسألة: والمهر المسمى يستقر بالدخول - وهو الإيلاج^(١) في القبل، قال الإمام المهدي: أو في الدبر - أو بالخلوة الصحيحة، خلاف الشافعي، أو بموت أيهما^(٢) ولو بقتلها له أو لنفسها، أو بقتل السيد لأتمته، خلاف الشافعي في هذا القتل كله.

مسألة: ويجب نصف المسمى بالطلاق قبل الدخول ولو بعد خلوة فاسدة، وهي حيث يخلو بها مع مانع من الجماع من جهتها مطلقاً^(٣)، أو مع امتناعها^(٤)، أو مع مانع من غيرهما، كأن يكونا في مسجد^(٥)، أو معها غيرهما ولو نائماً أو طفلاً يفتن الفعل. أو من جهته وهو مما يزول في العادة، كالصغر المانع والمرض والإحرام والصوم الواجب^(٦)، لا ما لا يزول في الأغلب كالجنون^(٧) والجدام والبرص^(٨) والمجبوب غير المستأصل، وكذا الصغير الذي يمكنه الوطء^(٩) - فالخلوة صحيحة. فلو خلا بالمعيبة عالماً بعيبها كان رضا به^(١٠)، ولا تصح

(١) قدر الحشفة. (قررو).

(*) الذي يوجب الغسل في الثيب، وإذهاب البكارة في البكر. (قررو). وقال ابن حجر: تواري الحشفة وإن لم تذهب البكارة، كأن تكون غوراء.

(٢) عن نكاح صحيح. (قررو).

(٣) يرجى زواله أم لا.

(٤) ولم يمكن إجبارها. (قررو).

(*) وتصادق عليه أو بين؛ لأن الأصل عدمه. (قررو).

(٥) فلو خلا بزوجته في مسجد مع جهله كونه مسجداً كانت خلوة صحيحة. (شامي) (قررو).

(٦) حيث لا يباح له الإفطار. (قررو).

(٧) المستمر، لا الصرع. (قررو).

(٨) وكذا من له آلة كبيرة فإنها تكون الخلوة صحيحة. (قررو).

(٩) يعني وطلق بعد البلوغ.

(١٠) أما لو خلا بها وهو لا يعلم أنها زوجته فلعل الخلوة فاسدة؛ لأنه مانع شرعي. اهـ وقيل:

الخلوة صحيحة؛ لأنه يعتبر الانتهاء. (هبل).

الخلوة، ذكره الأستاذ، وهو الأصح، وقال في التذكرة وحواشي الإفادة: إنها تصح^(١)، وأشار إليه المؤيد بالله.

فرع: وخلوة المَجْبُوبِ المُسْتَأْصَلِ توجب المهر لا العدة^(٢)، ذكره أبو طالب^(٣)، وقال القاضي زيد وأبو يوسف ومحمد: لا يجبان، وقال المنصور بالله وأبو جعفر: بل يجبان معاً.

فرع: وإذا اختلفا في الخلوة فالبينة على مدعيها^(٤)، وإن اختلفا في صحتها فالبينة على مدعي فسادها^(٥). وإذا أذهب بكارتها بغير الوطاء في خلوة فاسدة ثم طلقها لم يلزمه إلا نصف مهرها^(٦)؛ إذ لا دخول منه ولا جنائية، ذكره في الكافي. مسائل: ولا يثبت للخلوة الصحيحة من أحكام الدخول إلا كمال المهر^(٧) ووجوب عدة الطلاق في الظاهر، لا في الباطن، ذكره في شرح الإبانة.

(١) قال في الغيث: والأقرب أنها تكون صحيحة.

(٢) ما لم يجوز الحمل. (شامي) (قررو).

(٣) قال عليه السلام: والمذهب قول أبي طالب، وقد دخل في عموم الأزهار، وهو قولنا: «أو فيه يزول». (غيث).

(*) لا تجب العدة لأن الوطاء منه متعذر، ويجب المهر لأنه لا يمكنها في التسليم أكثر من ذلك. (كواكب). قال مولانا عليه السلام: والأقرب أن قول أبي طالب مبني على أن المَجْبُوبِ المُسْتَأْصَلِ متعذر منه المباشرة على وجه يجوز منه الحمل؛ إذ لو جوز ذلك وجبت العدة عنده. (نجري).

(٤) وذلك لأن الأصل عدمها. (بستان).

(٥) وذلك لأن الأصل صحتها. (بستان).

(٦) وقال الفقيه يوسف: يجب المهر؛ لأنه أرش البكارة. (حاشية زهور).

(*) والصحيح أنه لا شيء لأجل الخلوة، ويجب مهر مثلها لأجل الجنائية، وقواه صاحب الفتح. ويلزم مع ذلك نصف المسمى^[١] بالطلاق قبل الدخول. (قررو). وإن دخل بها لزم المسمى^[٢].

(٧) في العقد الصحيح. (قررو). مع التسمية الصحيحة. (قررو).

[١] فإن لم يسم بالمتعة. (قررو).

[٢] إلا أن يكون زيد في المهر لأجل البكارة انتقصت الزيادة. (سيدنا حسن عليه السلام) (قررو).

ولا يثبت للخلوة الفاسدة شيء من أحكام الدخول إلا وجوب عدة الطلاق في الظاهر حيث المانع شرعي، كالصوم الواجب والإحرام والحيض والمسجد، وفي المعيبة أيضاً^(١)، خلاف أبي مضر.

فرع: ص وحيث تجب العدة بالخلوة الصحيحة أو الفاسدة لا تستحق فيها نفقة؛ لأنها منكراً للدخول، فوجوب العدة في ظاهر الشرع فقط.

مسألة: ص وللدخول أحكام عشرة، وهي: كمال المهر، ووجوب العدة، وثبوت الإحصان، والإحلال، ويثمر الرجعة^(٢)، ويكون رجعة^(٣)، ويوجب الثيوبة^(٤)، ويفسد الحج^(٥)، ويوجب الدم فيه، ويحرم الريبة^(٦).

مسألة: ص وإذا انفسخ النكاح قبل الدخول والخلوة الصحيحة فبسبب من الزوج وحده - نحو أن يرتد أو يسلم^(٧) دونها - أو بسبب من غيرهما - نحو أن

(١) يعني: تجب العدة بعد الخلوة بها. (بستان).

(*) وضابط هذا أن المانع الشرعي يجب فيه العدة، والعقلي^[١] لا تجب فيه. (قرر).

(*) إذا كان الوطاء لا يتعذر مع ذلك العيب، وأما لو كان العيب مانعاً عقلياً كالرتق ونحوه فلا عدة كما يأتي. (غيث).

(٢) يعني إذا طلق بعده.

(٣) وصورته أن يقول: إذا وطئتك فأنت طالق، وعليه الأزهار في قوله: والتتمة رجعة في الرجعي.

(٤) يعني لا يكون رضاها إلا بالنطق.

(٥) والصوم.

(٦) قلت: ويوجب الغسل، ويمنع الطلاق السني. (قرر).

(٧) هذا إذا بانث بمضي العدة، لا لو بانث بعرض الإسلام عليها فامتنعت فالفسخ من جهتها^[٢]، ذكره

الفقيه حسن. (كواكب معنى). وفي الغيث إنها يكون الفسخ بتجدد أمر، وهنا لم يتجدد. قال المفتي:

قد تجدد منها أمر، وهو امتناعها عند من يقول: التروك أفعال. وقيل: لا فرق.

[١] الذي يتعذر معه الجماع كما حققه في شرح الأزهار.

[٢] وظاهر الكتاب أن الفسخ من جهته ولو عرض عليها الإسلام من بعد إسلامه فامتنعت. (عامر). إذ لم

يحصل هنا إلا الامتناع، وهو حاصل من قبل.

ترضعها زوجة له أو أمه أو نحوها^(١) - يلزمه نصف مهرها^(٢)، وبسبب منها حقيقة أو حكماً - فالحقيقة نحو أن تفسخ لعيب فيه، أو عند بلوغها أو عتقها، أو لعدم كفاءته، أو ترتد أو تسلم دونه أو ترضعه، والحكم نحو أن تملكه^(٣) أو بعضه، أو يفسخ هو لسبب منها كعيب فيها^(٤) أو عدم كفاءة له أو يملكها أو بعضها - فلا شيء لها من المهر.

فرع: وإذا لم تفسخ الأمة نكاحها بعقدها فالمهر لسيدتها في النكاح الصحيح ولو كان غير مسمى، وقال في البحر والتخريجات: يكون لها حيث لم يسم وعتقت قبل الدخول. وفي الباطل مع الجهل إن وقع الدخول قبل العتق فله، وإن وقع بعده فلها. وفي الفاسد له إن وقع الدخول قبل العتق، وإن وقع بعده فقال في البيان: يكون له أيضاً، وقال في تعليق الإفادة وأبو العباس: يكون لها. وهكذا الخلاف إذا باعها بعد العقد وقبل الدخول لمن يكون المهر^(٥).

مسألة: وتسمية المهر بعد العقد كالتسمية فيه إذا وقعت بين الزوجين أو بين الزوج وولي مال الصغيرة^(٦) أو وكيل الكبيرة أو غيره وأجازت. وكذلك الزيادة في المهر^(٧) بعد العقد. فيستقر ذلك كله بالدخول أو الموت^(٨)، وإن طلقها قبل الدخول تنصف، خلاف أبي العباس وأبي حنيفة، فأبطلاه الكل^(٩) بالطلاق قبل

(١) أخته.

(٢) ويرجع به على المرضعة، إلا أن تكون جاهلة محسنة. (قرر).

(٣) القياس أن هذا من جهتها حقيقة ومن جهته حكماً كما قاله في الغيث، وهو أحد نسختي البيان.

(٤) لأنها كالمحلجة له إلى فسخها. (لمعة). لكن يلزم في العكس لو كان العيب فيه كما قيل فيها،

وإلا فما الفرق؟

(٥) للبائع، إلا في الباطل فللمشتري. اهـ إن وطئت بعد البيع.

(٦) ينظر؛ فإن ولاية التسمية إلى ولي النكاح. (سحوي).

(٧) إذا كانت معلومة. (قرر).

(٨) أو الخلوة الصحيحة. (قرر).

(٩) يعني المسمى بعد العقد والزيادة، فإنه يبطل بالطلاق لا بالموت. (برهان).

الدخول. وقال الناصر والشافعي: لا تنصف الزيادة، بل يكون الكل لها^(١).
مسألة: وإذا عقد النكاح بغير مهر فلها أن تمتنع من الدخول حتى يسمى مهرها^(٢) ويعينه ويسلمه لها، وإن دخل بها قبل التسمية أو بعد تسمية فاسدة^(٣) أو حيث نسي المسمى وجب لها مهر مثلها، وكذا إذا خلاها خلوة صحيحة ثم طلقها، ذكره المؤيد بالله والمنصور بالله، وقال في شرح الإبانة^(٤): تجب لها المتعة فقط.
فرع: ويعتبر في مهر المثل بمهرها الأول إن كانت قد تزوجت قبل ذلك ثيباً، أو بكرأ وعادتهم لا يزيدون للبكر، وإن كانوا يزيدون لها أسقطت الزيادة. وإن لم تكن قد تزوجت قبل هذا فبمهر مثلها^(٥) من أخواتها لأبيها، ثم بنات إختها، ثم عماتها، ثم بنات أعمامها، ثم كذلك ممن كانت منهن في بلدها^(٦). وتعتبر مماثلتها لها في الخصال التي يزداد لها في المهر أو ينقص على حسب عادتهم في بلدها. فإن لم يوجد مثلها من قبل نساء عصباتها أو لم تعرف مهورها من رجوع إلى مهر مثلها من قبل أمها في بلدها^(٧) كذلك، فإن لم يوجد فيهن فبمهر مثلها في

(١) كلها؛ لأنها كاهبة لها، وهذا إذا كان المسمى لها حال العقد والزيادة بعده. (برهان).

(*) في (ج): بل تكون لها.

(٢) إلى قدر مهر المثل فقط^[١]. (فتح). لا فوق إلا برضا الزوج، ولا دون إلا برضا الزوجة. (قرئ).

(٣) لعله أراد حيث فسدت لجهالة المهر أو نحوه، فأما لقدره كدونه عشرة فسيأتي الكلام عليه. (قرئ).

(*) يعني: باطلة.

(٤) وهو ظاهر الأزهار.

(٥) يوم العقد. (قرئ).

(٦) ويعتبر بالأقرب فالأقرب منهن إليها. (كواكب).

(٧) تنبيه: أما لو كان لها أخت في بلدها وأخت في بلد آخر أخذ بمهر أختها التي في بلدها، فإن لم يكن لها أخت في بلدها بل في بلد آخر قيل: فالأولى أن يؤخذ بمهر أختها ولو كانت في بلد آخر؛ لأنه أولى من الرجوع إلى نساء البلد الأجنبية. (غيث بلفظه). وظاهر قول ابن مظفر أن مماثلتها من نساء بلدها أولى. اهـ هذا صحيح إذا اختلفت المهوور باختلاف الجهات، وإلا فالصحيح كلام الغيث. (سماع شامي).

[١] والوجه في ذلك أنه يؤدي إلى ما لا نهاية له، وفي ذلك إسقاط لحق الزوج، ولا دونه لأنه حيف وميل على الزوجة. (شرح هداية).

بلدها^(١)، فإن لم يوجد فيها ففي أقرب بلد إليها، فإن لم يوجد لها مثل رجع إلى اجتهاد الحاكم^(٢)، يفرض لها على ما يعرف من حالها وما يليق بها على عادة أهل بلدها. **فرع:** فلو كانت عاداتهم يرخصون للقريب ويغنون للأجانب حكم لها بمهر القريب إن كان زوجها قريباً لها، أو بمهر الأجانب إن كان أجنبياً. وكذا إذا كانوا يرخصون لمن عجل المهر ويغنون لمن تأجل به - حكم لها بمهر المعجل^(٣)، ذكر ذلك الفقيه يوسف. قال سيدنا: وكذا يأتي - والله أعلم - إذا كانت عاداتهم يسمون مهراً كثيراً حيث لا يطالب به^(٤) وحيث يطالب به يسمون قليلاً فإنه يحكم لها بالقليل^(٥)، وإن كانوا يسمون الكثير بكل حال هل طولب به أو لم يطالب حكم لها به.

فرع: وإذا اختلف مهر المثل وفيه غالب عمل به، وإن لم يكن فبالأقل من اثنين، وبالوسط من ثلاثة، وبالأقل^(٦) من وسطين من أربعة^(٧). وقال أبو

(١) والمراد ببلدها الذي نشأت فيه [١]. (شرح أزهار معنى). ولفظه: قال **عليه السلام**: ولا يبعد أن يراد ببلدها الذي نشأت فيه. (بلفظه). وقيل: بلد العقد. وقيل: بلد الدخول. وقيل: بلد الأصل.

(٢) فإن لم يكن حاكم فإلى من صلح للعقد في ذلك البلد.

(٣) إن عجل، وإلا فالمؤجل.

(٤) وإن طولب لم يجب تسليمه؛ لأن تسميته كالمشروط بأن لا يطالب. اهـ ولعله يريد في الزائد على قدر المعجل. (قررو).

(٥) إن طولب، وإن لم يطالب حكم بالكثير. (سماح سيدنا حسن **عليه السلام**).

(*) ولفظ الكواكب: فعلى هذا إذا كان عاداتهم يسمون مهراً كثيراً مع عدم المطالبة به في العادة ويسمون مهراً قليلاً حيث يطالب به فإنه لا يحكم لهذه التي لم يسم لها مهر إلا بالذي [٢] يسلم ويحضر لأختها أو نحوها.

(٦) في (أ، ب): أو الأقل.

(٧) وقياس المذهب نصف الأقل ونصف الأكثر، وثالث الثلاثة، وربيع الأربعة، ثم كذلك. (دواري).

[١] الذي التقطت فيه اللغة. (قررو).

[٢] لفظ الكواكب: فإنه لا يحكم لهذه التي لم يسم لها مهر إلا بالقليل.

مضر: يعمل بالأقل مطلقاً. وإذا زيد في مهر مثلها رغبة فيها فلا حكم للزيادة، وكذا ما زيد فيه لغرض^(١) سوى المعتاد. وإنما يثبت المثل بالشهادة عليه أو بالمصادقة عليه، لا بإقرار زوج مثلها أو شهادته بالمهر الذي عليه فلا يقبل^(٢).

فرع: فلو كان مهر مثلها نصف^(٣) ما يملكه زوجها من أجناس مسماة حكم لهذه بنصف ما يملكه زوجها يوم دخل بها^(٤) من تلك الأجناس، إلا أن يكون دون عشرة دراهم وفيت العشرة. فإن كان الزوج لا يملك شيئاً من تلك الأجناس وجبت قيمة نصف ما يملكه زوج المثل^(٥)، ذكر ذلك كله الإمام المهدي أحمد بن يحيى والفقهاء يوسف.

مسألة: ومهر المثل في الأمة هو عشر قيمتها^(٦)، وقال المنصور بالله: نصف عشر قيمتها. قلنا: فإن نقص ذلك عن عشرة دراهم وفاها، وقال المؤيد بالله: هو على رأي الحاكم.

مسألة: ومن سمى لامرأته مهر مثلها صح إن كان معلوماً^(٧)، وإن كان

(١) كصنعة.

(٢) وذلك لأنه يشهد على إمضاء فعله. (بستان).

(٣) وهذا بناء على أن تسمية نصف ما يملك تصح، وقد مر. (بستان).

(٤) بل نصف ما يملكه يوم العقد. (شامي). يقال: هو غير مسمى، فلا يستقيم يوم العقد.

(٥) يعني يوم تزوجها^[١] إن كانت المثل واحدة، وإن كانت اثنتين فبالأقل منهما، وإن كن ثلاثاً فبالأوسط منهن، وإن كن أربعاً فبالأقل من الوسطين، ذكره في البرهان، وهذا بناء على أن تسمية نصف ما يملك تصح، وقد مر. (بستان بلفظه) (قرير).

(٦) ولو كان مهر مثلها معلوماً. (قرير).

(*) يوم العقد. وقيل: يوم الدخول؛ لأنه يوم الاستهلاك. اهـ ينظر في التعليل.

(*) ولو تعدت دية الحر؛ لأنه ليس من باب ضمان الجنایات. (شامي). وفي حاشية: ولو تعدى عشر دية الحرة. (قرير).

(٧) ولو لغير الزوجين والعاقدين. (برهان).

[١] وقيل: يوم الدخول. (قرير).

مجهولاً فسدت التسمية^(١).

مسألة: وإذا طلقت التي لم يسم مهرها قبل الدخول استحقت المتعة^(٢)، وهي كسوة مثلها^(٣) من مثله^(٤). وإن مات أحدهما ورثه الآخر ولا مهر ولا متعة. وقال في المنتخب وأبو حنيفة: يجب مهر المثل. وعلى أحد قولي القاسم وأحد قولي الناصر تجب المتعة.

وإن انفسخ النكاح بينهما بسبب منه وحده^(٥) أو من الغير فقال المنصور بالله: لا شيء لها^(٦)، وقال أبو جعفر: تجب المتعة.

(١) قال الإمام شرف الدين: والتحقيق أن هذه التسمية تصح حيث يكون مهر المثل معلوما ولو لغير الزوجين ولو بعد المجلس؛ لأنه لا جهالة في ذلك؛ بدليل أنهم قد ذكروا في البيع أنه إذا باع بما في الرقم وكان لا يعلم إلا من بعد، وكذا بعت على ما قد بعت أو باع فلان، وإن لم يكن معلوما في الحال - مع أن المهر يغتفر فيه من الجهالة ما لا يغتفر في الثمن - وكذا ذكروا في المضاربة أنه إذا فرض للعامل من الربح مثل ما فرض فلان لعامله أن ذلك يصح. وأما إذا كان مهر المثل مجهولاً في الابتداء والانتها فالتسمية غير صحيحة. قال في شرح الفتح: وذلك هو المفهوم من قول الإمام المهدي عليه السلام والفقيه يوسف حيث قررا كلام المنصور بالله، وقد صرح به في البستان عن البرهان، ومثله في بعض حواشي البيان. (تكميل).

(*) وفي الأثر: يصح إذا علم من بعد كمسألة الرقم.

(٢) ولو في نكاح فاسد. (بحر).

(٣) ولو صغيرة وجبت لها كسوة صغيرة مثلها من مثله. والفرق بين هذا وبين ما يأتي في الكفارة أنه يلزم هناك للصغير والكبير أن الواجب هنا لمعين، بخلاف الكفارة فهو لغير معين. (سماح شامي).

(٤) وفي شرح الأزهار: وهي غير مقدرة بتقدير، وإنما هي على قدر حالهما في اليسار والإعسار. قال في الانتصار: فلو اختلف حالهما فيحتمل أن يعتبر بحالها كالمهر، وأن يعتبر بحاله، وهو الأول. وقال القاضي جعفر: إنها كسوة مثلها من مثله. (بلفظه).

(*) ما لم تعد نصف مهر المثل؛ لثلا يكون حالها مع عدم التسمية أعلى منه مع التسمية.

(٥) لفظ الأزهار وشرحه: ولا بالفسخ مطلقاً، أي: لا مهر لها ولا متعة ولا ميراث إذا مات بعد الفسخ، وسواء كان الفسخ بالحكم أو بالتراضي، وسواء كان من جهته أو من جهتها أو من جهتهما. (بلفظه).

(٦) وهو ظاهر الأزهار في قوله: ولا بالفسخ مطلقاً.

فصل: [في الأمور التي يفسد المهر لأجلها]

والمهر يفسد لأحد أمور ثلاثة: الأول: لقلته حيث نقص عن قدر عشرة دراهم^(١)، فقال المؤيد بالله والمنصور بالله: لا حكم له. وعندنا أن له حكماً، فإن وقع دخول أو خلوة صحيحة وجب كمال العشرة^(٢)، وإن مات أحدهما وجب المسمى^(٣)، وإن طلقها قبل الدخول أو فسخ النكاح من جهة الزوج وحده أو من الغير وجب نصف المسمى، وقال أبو طالب وأبو جعفر: نصف العشرة.

الثاني: لجهالته، نحو أن يتزوجها على حكمه^(٤) أو حكمها أو حكم زيد، أو على ما يكتسبه في عامه أو ما يرثه من أبيه، أو على ثوب أو حيوان لم يذكر جنسهما وكان في البلد من الثياب أجناس، فهذه التسمية كالتسمية.

والثالث: لصفته، نحو أن يتزوج على ميتة أو دم أو حر، أو قتل من لا تستحق قتله، أو على تعليم واجب^(٥) أو محذور^(٦)، فهذا لا حكم له. وكذا على خمر أو خنزير وهما مسلمان، فإن كانا ذميين صح ولزم الوسط من ذلك^(٧)، فلو أسلما أو

(١) والدرهم قفلة خالصة. (هداية). (قررو).

(*) ولا فاسد في التسمية إلا هذا، وما عداه إما باطل أو صحيح. (قررو).

(٢) لأن الحق لله.

(*) في (د): إكمال العشرة.

(٣) بل يكمل عشراً على الصحيح.

(*) هذا ذكره في اللعق والمذاكرون، ومثله في التقرير عن المنتخب، وروى الفقيه حسن عن المنتخب والفنون أنها تجب العشرة^[١]. قال الوالد: فينظر أي الروايتين أصح. (بستان).

(٤) بالمهور.

(٥) كتعليم القرآن. (برهان).

(٦) كتعليم الهجاء بالشعر. (برهان).

(٧) مع المحاكمة إلينا. (قررو).

[١] لأن الموت بمنزلة الدخول، ذكره في الغيث، وبنى عليه في الأزهار.

الزوجة قبل قبضه استحقت مهر مثلها ذمية إن دخل بها قبل الإسلام، وإن دخل بها بعده فمهر مثلها مسلمة بعد الكفر^(١)، قال الفقيه حسن: ويحتمل أن تجب لها قيمته^(٢)، وبه قال المنصور بالله، ويحتمل أن لا يجب لها شيء، ومثله في تنبيه الشافعي؛ لأنه كأنه تلف بفعلها، وهو إسلامها^(٣). قلنا: فلو كان مهر مثلها ذمية خيراً أو خنزيراً وجب لها قيمته، ويقومه ذميان قد أسلما أو فاسقان قد تابا. وإن أسلم الزوج دونها فقال أبو طالب: يجب لها مهر مثلها، وقال المنصور بالله والأمير الحسين: تجب لها قيمته، وقال أبو حنيفة والفقهاء يحيى بن أحمد وحسن: إن كان معيناً قبضته^(٤)، وحيث هو في الذمة تجب لها قيمته.

مسألة: والمهر قبل قبضه ملك للزوجة، خلاف مالك^(٥). ولها التصرف فيه^(٦) بما شاءت^(٧)، خلاف المؤيد بالله والشافعي. وإن انتفع به الزوج^(٨) بغير إذنها لزمه كراه، وهو مضمون عليه بقيمته يوم العقد، وقال الشافعي: بمهر المثل، وقال مالك: إنه غير مضمون عليه. قلنا: ويضمن زيادته التي حدثت معه

(١) وهذا يستقيم حيث أسلما معاً في حالة واحدة أو هي ودخل بها في العدة على قول أبي العباس، لا على قول المؤيد بالله فقد بانت بنفس الإسلام، إلا مع الجهل فيلزم.

(٢) يوم العقد.

(*) يعني في الطرفين: حيث دخل بها ذمية أو مسلمة، وليست بقيمة حقيقة، وإنما هو يتوصل بها إلى قيمة البضع. ومثله عن القاضي عامر.

(٣) وقرره المفتي والشامي.

(٤) ويخلى بينها وبينه، ولا يجوز أن يسلمه إليها تسليماً، بل يأذن لها بقبضه من دون أن يعطيها. (كواكب معني). وقيل: يحمله إليها كالمغصوب والمسروق.

(٥) فقال: لا يملك إلا بعد الدخول. (برهان).

(٦) قبل قبضه. (برهان).

(٧) هذا في المعين، وأما [إذا كان] [١] في الذمة فكالدين. (مفتي).

(٨) أو امتنع من تسليمه.

إن تلف بتفريطه^(١) أو بعد تجدد مطالبتها بتسليمه^(٢)، وإن لم فلا شيء عليه في الزيادة، سواء كانت متصلة أو منفصلة أو بسعر السوق^(٣). وأما نقصانه إذا تلف ناقصاً في صفته^(٤) أو قيمته^(٥) فعليه قيمته يوم العقد^(٦)، إلا حيث قد طالبها بقبضه وامتنعت ثم تلف بغير تفريط منه فقال الهادي والمؤيد بالله: يضمن قيمته ناقصاً، وقال في الشرح والفقير محمد بن سليمان: بل قيمته يوم العقد^(٧).

مسألة: إذا كان المهر بدنة أو نحوها معينة ثم ولدت قبل تسليمها: فمع بقاء الولد أو مع تلفه مضموناً لا خيار للزوجة في الأم؛ لأن الولد قد جبر نقصانها بالولادة، ومع تلفه غير مضمون وبقاء الأم يكون للزوجة الخيار بين أخذ الأم أو قيمتها يوم العقد^(٨)، ومع تلف الأم وبقاء الولد تأخذ الولد وقيمة الأم يوم العقد، إلا حيث امتنعت الزوجة من قبضها فالخلاف الأول، ومع تلفها معاً

(١) أو جنائته. (قررو).

(٢) أو نقله لنفسه.

(٣) أما المثلي فلا يضمن بسعر السوق، والقيمي كذلك إذا كانت العين باقية على صفتها، وإلا ضمن مع التلف. (قررو).

(*) يعني: أو كانت الزيادة سعر السوق.

(٤) كالكسر والعمور والهزال. (برهان).

(٥) وهو قيمي. (قررو).

(٦) حيث لم تزد قيمته، فإن كانت قد زادت وتجددت مطالبة فأوفر القيم. (شرح أزهار) (قررو).

(٧) وهذا هو الأقرب عندي. (غيث).

(*) يعني: ولم تحصل تخلية صحيحة في المعين، وإلا فقد برئت ذمته بذلك اتفاقاً. (قررو).

(*) إن قارنت التسمية يوم العقد، وإلا في يوم التسمية. (قررو). ولفظ حاشية: أو يوم التعيين إن تأخرت.

(*) وعليه الأزهار بقوله: وما سماه ضمنه وناقضه حتى يسلم.

(٨) وفي تعليق الفقير حسن: قيمتها يوم التلف في هذه الصورة، ولعله أولى. (من بيان حثيث وخطه). لأننا لو قلنا: قيمتها يوم العقد لم تستحق الولد.

(*) وعلى المذهب يوم التلف.

التفصيل الأول في تلف المهر وتلف زيادته.

مسألة: وإذا كان المهر أمة معينة ثم وطئها الزوج قبل تسليمها لم يحل مع جهله للتحريم، وكذا مع علمه به عند الهادي وأبي العباس، وقال المؤيد بالله وأبو طالب: يحل. قلنا: ويجب مهر الأمة^(١) للزوجة أو نصفه إن طلقها قبل الدخول، فإن ولدت منه لم يلحق به الولد^(٢) ولا تكون الأمة أم ولد له ولو عادت إلى ملكه^(٣)، وقال المنصور بالله وأبو مضر وأصحاب الشافعي: يلحق به الولد، ويضمن قيمته، وتكون أم ولد له، ويضمن قيمتها. قلنا: ومتى ملك ولدها هذا أو بعضه عتق عليه إذا تقدم منه^(٤) الإقرار به^(٥). وحيث لم تحبل الأمة وهي ثيب لا خيار للزوجة فيها؛ لأنه يجب مهرها، وحيث لم تحبل وهي بكر أو حبلت^(٦) ومات الولد تخير الزوجة بين أخذها ومهرها، أو قيمتها يوم العقد^(٧) ولا مهر، أو أخذ مهر مثلها^(٨)، وحيث حبلت الأمة وبقي الولد تخير الزوجة بين أخذ الأمة وولدها ومهرها، أو أخذ قيمتها يوم الرد ومهرها، أو

(١) عشر قيمتها. (قررو).

(٢) لأنه وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك. (بستان).

(٣) ظاهره ولو بالحكم. (قررو).

(*) لكن ينظر إذا رجعت إليه بحكم في العيب؛ لأنه نقض للعقد من أصله. اهـ يقال: تجدد الملك لا يقرر حكم الاستيلاء. (بستان). ولفظ حاشية: ولو رجعت بحكم؛ لقوة ملك الزوجة؛ بدليل صحة تصرفها قبل القبض. (قررو).

(٤) قال الفقيه يوسف: أو تأخر. (قررو).

(٥) فإن لم يقر به كان على الخلاف فيمن ملك ولده من الزنا هل يعتق عليه أم لا، كما في جواز تزويجه بابتته من الزنا، ذكر ذلك الفقيه يوسف. (كواكب). وفي الوايل: لا يعتق.

(٦) مطلقاً.

(٧) وفي البحر: يوم الرد.

(*) هلا قيل: يوم الرد؛ لأن لها الفوائد، فتستحق المهر، وقد حققه في البحر. (مفتي).

(٨) إذا كان مهر المثل مثل قيمتها، لا أكثر؛ لأن قد رضيت بالنقصان.

أخذ مهر مثلها؛ لأن الزوج جنى على الأمة بوطئها فثبت الخيار مع بقاء الولد، بخلاف البدنة^(١) ونحوها.

فرع: وإذا طلقها قبل الدخول بها^(٢) رجع له نصف الأمة ونصف ولدها ونصف مهرها، وقال الناصر والشافعي: لا يتنصف المهر والولد وغيرهما من الزيادة، بل يكون للزوجة، قلنا: ويعتق الولد برجوع نصفه للزوج، ويسعى متى أمكنه للزوجة في نصف قيمته يوم عتق، ولا شيء على الزوج لها في عتق الولد؛ لأنه بغير فعله، ولا خيار للزوجة؛ لأن الأمة قد صارت معيبة بالشركة فيها.

مسألة: ويثبت في المهر خيار الشرط^(٣) وخيار العيب وخيار الرؤية، فيرجع إلى قيمته عند العقد^(٤) سلباً من العيب، وهذا في العيب الكثير، وأما اليسير - وهو قدر ما يتغابن الناس بمثله^(٥) - فقال المنصور بالله والقاضي زيد وأبو حنيفة: لا ترده به، وقال في الكافي والشافعي: ترده به أيضاً كما في المبيع. قلنا: إن المشتري يرجع إلى الثمن، وقد يكون أكثر من القيمة، والزوجة ترجع إلى قيمته،

(١) فإن قيل: لم جعلت الولد غير جابر في هذه وجابراً في مسألة البدنة؟ فالجواب ما ذكره في الكتاب: أن الزوج هنا جان لا هناك، ذكره الحسن بن وهاس، وأشار إليه في الشرح. قيل: فيلزم أنه لو سعى في الإنزاء على البدنة ونحوها أن تكون كهذه. (بستان بلفظه). وفي الغيث: الجواب الثاني: أن المسألتين مبنيتان على الغالب، ففي العادة أن الولد في الآدميين لا يجبر، وفي الحيوانات يجبر. قلت: وهذا أقرب عندي. (غيث بلفظه).

(*) أي: فلا جناية منه. (برهان).

(٢) وقبل الخلوة. (قرئ).

(٣) ويرجع في خيار الشرط إلى مهر المثل^[١]، وفي الرؤية يرجع إلى قيمته يوم التسمية. اهـ لأنها قد رضيت به. (شرح أزهار).

(٤) إن قارن التسمية، وإلا فيوم التسمية. (قرئ).

(*) في (د): يوم العقد.

(٥) المختار ما ينقص القيمة.

[١] ويستحق بالدخول. (قرئ).

والتفاوت يسير.

مسألة: وإذا سمي لها عبداً أو أمةً أو فرساً أو ثوباً ذكر جنسه أو نحو ذلك^(١) صح ووجب لها الوسط^(٢) منه في ذلك البلد، فلو وصفوه بصفة رجع في معرفته إلى عدلين بصيرين، إلا أن يكثروا في الوصف^(٣) بحيث لم يوجد وجب مهر المثل. وإن سموا قدرأ من الدراهم كان من نقد البلد، فإن اختلف فالأغلب منه، فإن لم يكن فيه غالب فالوسط، فإن لم يكن فيه وسط فالأقل، فإن لم يكن في البلد نقد فبنقد أقرب بلد فيها نقد، ذكره المؤيد بالله.

مسألة: وإن سموا قدرأ معلوماً^(٤) من أرض الزرع أو الكرم أو نحوه: فإن أضيف إلى مزرعة معينة صح، ولعله إن كان له فيها شيء وجب من وسطه، وإن كان لا يملك فيها شيئاً وجبت قيمة ذلك القدر^(٥) من وسط المزرعة. وإن لم يضاف إلى مزرعة معينة، بل أطلق البلد^(٦) فقال أبو طالب: يصح، ويكون من أوسط ما يملك^(٧) في تلك البلد^(٨)، وإن لم يملك فيها شيئاً فقيمة الوسط منها. وقال المؤيد بالله: لا تصح التسمية. وإن سمي لها داراً غير معينة لم يصح^(٩)،

(١) «أو نحو ذلك» ساقطة من (أ).

(٢) فإن لم يوجد وسط فالأدنى. (غاية) (قررو).

(٣) قال في شرح الذويد: بأن يوصف كل عضو من الحيوان وكل خيط من الثوب بجميع صفاته أو أكثرها.

(٤) بالذرع.

(٥) إن لم يجز مالكة، وإلا لزم لها ولزم الزوج للمالك القيمة. (قررو).

(٦) يعني معينة، بل أضاف إلى البلد؛ لأنه لو لم يضاف رأساً اتفق السيدان على عدم صحة التسمية.

(٧) حيث لم يختلف اختلافاً كلياً؛ بأن يعظم التفاوت؛ بأن يكون بعضها مسنى وبعضها غيلا وبعضها عشري، فلا بد من البيان وإلا لم تصح التسمية. (غاية معني). والمقرر ما في البيان.

(٨) وما ينسب إليها. (قررو).

(٩) حيث لم يذكر البلد، وإلا صححت التسمية ويلزم الوسط. (عامر). (قررو).

ذكره في الوافي، وإن سمي بيتاً^(١) غير معين صح، ذكره في الكافي^(٢).
مسألة: ومن سمي مهراً معيناً ثم وهبته له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف قيمته يوم وهبته له^(٣)؛ لأنها استهلكت عليه نصفه بالهبة، خلاف أحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي، ولا شيء لها عليه إن كانت الهبة لله أو للرحامة، وإن كانت لطلب عشرته ولم تحصل رجعت عليه بالمهر^(٤) [كله حيث وقع الدخول أو نصفه قبل الدخول^(٥)]، خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله، وإن كانت الهبة لغير ذلك فلها الرجوع فيها ما لم يحصل ما يمنع الرجوع في الهبة^(٦).

فرع: فإن كان المهر في ذمة الزوج أو معيناً وقد تلف ثم وهبته له أو أبرأته منه ثم طلقها قبل الدخول - فلا يرجع عليها بشيء؛ لأنه مستهلك في ذمته^(٧)، ذكره أبو طالب وأبو مضر وابن أبي الفوارس، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل له أن

(١) أي: منزلاً في دار معينة [١]. (قرئ).

(٢) لأن التفاوت في البيوت أقل من التفاوت في الدور.

(*) المختار أنه لا بد من ذكر القدر والناحية، ولا فرق بين البيت والدار كما هو ظاهر. (عامر) (قرئ).

(٣) والأولى أنه يرجع بنصف قيمته يوم العقد إن قارن التسمية، وإلا فيوم التسمية.

(٤) يعني بالمهر كله سواء كان قبل الدخول أو بعده؛ لأنه إن كان بعده فظاهر، وإن كان قبله فإنها ترجع عليه بكله ويرجع عليها الزوج بنصف قيمته؛ لأنها قد استهلكت عليه بهبتها له كما لو وهبته لغيره. وتصرفها قبل الدخول نافذ في جميع المهر ولو انكشف بالطلاق أنها لا تستحق إلا نصفه فقد نفذ تصرفها في جميعه، هكذا في كتب أهل المذهب. (قرئ). بعد أن حذف ما لفظه: حيث وقع الدخول أو نصفه قبل الدخول، ولعله نظر من المصنف، والله أعلم.

(٥) ما بين المعقوفين غير موجود في (ب)، وهو المشار إليه في الحاشية بقوله: بعد أن حذف.. إلخ.

(٦) كما سيأتي ذكره في الهبة.

(*) فإن حصل أحد الموانع بطل الرجوع ووجب عليها نصف قيمته يوم الطلاق، كذا قرره حثيث.

(٧) قالوا: ولأنه لو استحق شيئاً للزم أن يستحقه على نفسه، ومحال أن يكون الإنسان مستحقاً على نفسه. (بستان).

[١] ويلزم الوسط من منازلها. (قرئ).

يرجع (١) عليها بنصف قيمته؛ لأنها المستهلكة له بالإبراء (٢). وفي رجوعها عليه التفصيل الأول (٣).

فرع: فلو أبرأتها من نصف المهر ثم طلقها قبل الدخول استحقت نصف النصف الباقي فقط؛ لأن البراء يلحق بالعقد، فكأنه لم يقع إلا على النصف الباقي (٤). وعلى قول الفقيه يحیی البحيح لا شيء لها؛ لأنها تستحق نصف الباقي، وهو يرجع عليها بنصف النصف الذي أبرأتها منه (٥)، فيتقاصان.

مسألة: وإذا كان المهر أمة فزوجتها الزوجة ثم طلق الحرة زوجها قبل الدخول - كان مخيراً بين نصف الأمة ونصف مهرها أو نصف قيمتها فارغة؛ لأنها قد صارت معيبة (٦) بالزوجة، فيكون له الخيار، ذكره في البحر (٧).

مسألة: وإذا باعت المهر ثم طلقت قبل الدخول ثم رد المهر عليها بعيب فيه (٨): فبالحكم (٩) رجع للزوج نصفه (١٠)، وبالتراضي رجع عليها بنصف

(١) وهو كلام الأزهار في قوله: «ثم إن طلق قبله لزمها مثل نصف المسمى».

(٢) لأن البراء كالقبض.

(٣) لعله حيث فعلت لطلب عشرته، لا في الطرف الأخير [١]؛ لأنه إبراء، وهو إسقاط، فلا رجوع. (قرئ).

(٤) وهذا على قول أبي طالب. (برهان).

(٥) والأولى أن يقال: هي تستحق بالطلاق نصف المهر، وقد أبرأتها منه، والبراء كالقبض، فلا لها ولا عليها، والأمر في ذلك واضح. (شامي).

(٦) وإنما كانت الزوجة عيباً لأنه لا يؤمن أن تحبل فتموت بالولادة أو تنقص. (بستان). وعن المفتي: إنها هي عيب لأنه يحصل به تحريم الأصول والفروع، وهو عيب.

(٧) إلا قوله: «نصف مهرها» فلم يذكره في البحر.

(٨) من عند الزوج.

(٩) أو الرؤية أو الشرط أو قبل القبض. (قرئ).

(١٠) لأنه فسخ للعقد من أصله.

[١] وهو قوله: «وإن كانت الهبة لغير ذلك..» الخ.

قيمته يوم باعته^(١). وعلى قول القاسم ومن معه^(٢) يرجع بنصفه^(٣).
مسألة: وإذا كان المهر تعليمها صنعة أو نحوها ثم طلقها قبل الدخول:
 فبعد تعليمها يرجع عليها بنصف أجرته، وقبل تعليمها يلزمه تعليمها^(٤) نصفه
 إن كان يتبعض، وإن لم فنصف أجرته.
مسألة: وإذا تزوجها على هذا الحر أو الخمر فبان عبداً أو خلاً استحقت^(٥)
 إن كان له^(٦)، أو قيمته إن كان لغيره^(٧). وفي العكس تستحق مهر المثل^(٨).
 وقال الناصر وأبو يوسف^(٩): تستحق قيمته لو كان عبداً أو خلاً.
مسألة: وإذا تزوجها على هذين العبدین فبان أحدهما حراً استحقت العبد
 فقط^(١٠) إن كانت عاملة بالحر، وإن جهلته^(١١) وفيت مع العبد مهر المثل^(١٢).

(١) لأنه ملك جديد.

(*) والصحيح أن قيمته يوم العقد في بلد العقد.

(٢) الناصر وأبو طالب والشافعي.

(٣) بناء على مذهبه أن الفسخ بالتراضي نقض للعقد من أصله.

(٤) من وراء حجاب إن أمكن، وإلا فأجرة نصفه. ولفظ البستان: يعني من وراء حجاب إذا

أمكن التعليم، وإلا فأجرة نصفه. (بلفظه) و(قرئ).

(٥) لأن الإشارة أقوى من العبارة. قال الفقيه يوسف: وإنما لم يكن ذلك إقراراً بحرية العبد إما

لأنه للغير أو قال ذلك على وجه التزكية وصادقه العبد. (بستان بلفظه).

(٦) أو لغيره وأجاز.

(٧) ولم يجوز.

(٨) بالوطء فقط. (قرئ).

(*) لأن التسمية باطلة.

(٩) وقيل: الباقر.

(١٠) والتسمية صحيحة مع العلم.

(١١) والتسمية مع الجهل باطلة. (قرئ).

(١٢) إن دخل، وإلا فالمتعة^[١]؛ لأن التسمية باطلة. (قرئ).

[١] مع الطلاق. (قرئ).

إن نقص عنه^(١).

مسألة: وإذا تزوجها على شيء معلوم وشيء مجهول^(٢) استحقت المعلوم فقط، ذكره المؤيد بالله، وقال الحقيني: توفي معه مهر المثل^(٣). وهكذا يكون فيمن تزوج امرأة على دراهم أو فضة معلومة وعلى نصف ما يملك وهو مجهول الجنس على قول الفقيه حسن: إنه يفسد^(٤).

مسألة: وإن تزوجها على هذا أو هذا: فمع ذكر الخيار لأحدهما مدة معلومة^(٥) يصح، ومع عدم الخيار يفسد المهر^(٦)، لكن قد ثبت لذلك^(٧) حكم، وهو أنه لا يزداد على الأعلى منها ولا ينقص من الأدنى، فتستحق الأدنى منها إن كان قدر مهر^(٨) مثلها أو زائداً عليه، وإلا الأعلى منها إن كان قدر مهر مثلها أو دونه، فإن كان فوقه والأدنى دونه وفيت مع الأدنى مهر مثلها^(٩)، وإن كانا سواء في القيمة

(١) على جهة المراضاة، وإلا فليس لها إلا مهر المثل؛ لأن التسمية باطلة. (قررو).

(٢) نحو ألف درهم وحيوان، أو هذه الدار وما فيها، أو هذا الصندوق وما فيه.

(٣) فإن كان زائداً على مهر المثل استحقت مع المراضاة، وإلا فليس لها إلا مهر المثل. (قررو).

(٤) خلاف الفقيه يوسف، وهو قوي.

(*) والمختار قول الفقيه يوسف؛ لأنه يعلم من بعد كما تقدم. (قررو).

(٥) فإن طلق قبل الدخول استحقت نصف ما اختار من له الخيار.

(*) في المختلف، لا في المستوي فقد صحت، وظاهر الكتاب لا فرق. (هامش شرح الأزهار) (قررو).

(٦) فإن طلقها قبل الدخول فلا تستحق إلا المتعة. (قررو).

(*) وذلك لأجل التخيير. وكذا لو جعل الخيار لجميعهما فسد. (بستان).

(٧) في (ب): بذلك.

(٨) هذه صورة غالباً في الأزهار.

(٩) يقال: لم لزم التوفية وقد رضيت بأحدهما؟ قلنا: لم ترض بالأدنى بعينه، فتعلق لها بذكر الأعلى حق،

فوجب أن تبلغ مع الأدنى قدر مهر المثل؛ لأن هذا هو الوسط بين الأعلى والأدنى. (صعيتري).

(*) وهذا كله مع الدخول، وإلا فالمتعة كما ذكره الفقيه يحيى البحيح.

(*) فإن جهل مهر المثل استحقت الأدنى. (مفتي). وقيل: نصف الأعلى ونصف الأدنى، ذكر

ذلك القاضي عبد الله الدواري.

سلم الزوج أيهما شاء فقط؛ لأنها قد رضيت بذلك.

مسألة: وما شرط من العوض للزوجة ففي العقد يكون مهراً مطلقاً^(١)، وقبله يكون إباحة يصح الرجوع فيه مع بقاءه أو في قيمته^(٢) بعد تلفه^(٣) إذا كان في العادة مما يسلم للبقاء^(٤)، وإن كان مما يسلم للإتلاف^(٥) لم يرجع بشيء بعد تلفه^(٦)، إلا أن يمتنعوا من زواجته^(٧) رجع بقيمته^(٨). وبعد العقد يكون هبة أو هدية على حسب الحال، أو رشوة إن لم يسلموها له إلا به.

مسألة: وما شرط من العوض للولي أو لغيره ففي العقد يكون من جملة مهر الزوجة لها^(٩)، ذكره الهادي، وروى في الكافي عن القاسم وعامة السادة والفقهاء أنه يبطل، وقال أبو يوسف: إنه يصح لمن شرط له. وبعد العقد على حسب الحال^(١٠) كما تقدم، وقبله يكون إباحة أو هبة على عوض^(١١) مضمراً،

(١) سلم للبقاء أو للإتلاف.

(٢) أو مثله إن كان مثلياً.

(٣) حساً. و(قرر).

(٤) مثل الكسوة.

(٥) كالغنم والطعام.

(٦) حساً، لا حكماً. اهـ وأتلف في الوقت المعتاد. (عامر). على الوجه الذي سلم لأجله.

(٧) أو طلبوا فوق مهر المثل.

(٨) إلا أن يكون الممتنع هو الزوج^[١] فلا رجوع له في الإباحة مع التلف.

(٩) إلا الذي يسلم للضيافة عرفاً فليس من المهر ولو ذكر في العقد؛ إذ هو تسليم مال لغرض معلوم، يلزم عرفاً عندهم، فيكون لذلك الغرض لا لها؛ إذ هو أكد من الضيافة كما عرف عرفاً.

(١٠) فلا تستحقه الزوجة، ويطيب للولي إذا طابت به نفس المعطي. قلت: ويدل على ذلك حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: ((أيما امرأة نكحت على صداق أو حياء أو عدة قبل عصمة النكاح فهو لها، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه، وأحق ما أكرم عليه الرجل ابنته أو أخته)). أخرجه أبو داود والنسائي. ومفهومه أنها تستحق ما ذكر قبل العقد وإن شرط لغيرها، وذلك خلاف ما تقدم للمذهب، والله أعلم. (شرح بهران بلفظه).

(١١) الأولى على غرض.

[١] أو مات. و(قرر).

وهو الزواجة، فإن تمت أو امتنع^(١) هو منها فلا شيء له فيه، إلا في الإباحة مع بقاءه، وإن امتنعوا هم رجع به أو بقيمته إن تلف، خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله.

وإن امتنع الولي من تزويج البالغة^(٢) العاقلة الراضية إلا بعوض^(٣) فهو رشوة^(٤).

مسألة: وإذا قال: «زوجتك على طلاق فلانة» أو «على أنها طالق» أو «وهي طالق»^(٥) فقال: «تزوجت أو قبلت أو طلقت» صح التزويج والطلاق معاً^(٦). وكذا لو قال لزوجته: طلاقك عقدي بفلانة أو تزويجي بها، فمتى عقد بفلانة

(١) وينظر لو ماتت أو مات الزوج هل ذلك بمثابة الامتناع أم لا رجوع؟ الأقرب أنه لا رجوع في التالف حساً.

(٢) وحذف في الأثر قوله في الأزهار: «المكلفة»؛ لأن امتناع الولي في الصغيرة لا يسمى عضلاً، إلا إذا ظهرت المصلحة للإمام كان عضلاً. (وابل).

(*) لا فرق بين الصغيرة والكبيرة؛ لأنه عمل ليس لمثله أجره. (قرر).

(٣) في (ب): إلا بذلك العوض.

(٤) والقياس أنه عضل، فبتطل ولايته. وقال الفقيه يوسف: ما كانت العادة جارية به وبتركه تحصل الغضاضة على الزوجة وأوليائها فقد أجاز ذلك من يعتمد عليه من أئمتنا عليهم السلام وشيعتهم. (هبل، وذماري). وظاهر الأزهار خلافه. (قرر).

(٥) يقال: هذا ليس من ألفاظ العقد. (قرر).

(*) لعل صورة ذلك أن يكون لفظه: «زوجتك ابنتي على كذا وفلانة طالق»؛ لأن قوله: «زوجتك ابنتي وفلانة طالق» ليس من ألفاظ العقود. (من بيان الشكايزي).

(٦) قال الفقيه يحيى البحيح: ويقاس على هذا الهبة لو قال: وهبتك سلعتي على هبة سلعتك فقال الآخر: قبلت صحت الهبتان معاً. فلو قال: على أن تهب لي فقال: قبلت صحت الهبة الأولى دون الثانية؛ لأنها وعد. (زهور).

(*) وأما المهر فإن ذكر صح، وإلا لزمه مهر المثل بالدخول؛ لأن الطلاق ليس بهال، فبطلت تسميته. (بستان بلفظه) (قرر).

(*) لمطابقة الجواب للإيجاب. (بستان).

طلقت زوجته. فإن قال^(١): «زوجتك على أن تطلق فلانة» فقال: «قبلت أو تزوجت» لم تطلق بالعقد^(٢)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله، وإذا لم يطلق فلانة وقد نقصت له هذه من مهرها لذلك الشرط رجعت بما نقصت، خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله، فإن أجاب الزوج بقوله: «طلقت» وقع الطلاق ولم يصح التزويج^(٣) إلا على أحد قولي المؤيد بالله.

مسألة: وإذا تزوج المريض بمهر المثل أو اشترى شيئاً بقيمته صح ولزم من رأس ماله ولو أمكنه النقصان من ذلك؛ إذ لا محاباة فيه، وبفوق مهر المثل أو القيمة إن لم يمكنه زواجها إلا بذلك صح كذلك ولو أمكنه زواجة غيرها بدون^(٤)، وكذا في الشراء^(٥)، وإن كان يمكنه بمهر المثل أو بالقيمة فالزائد عليه^(٦) محاباة منه تكون من ثلث تركته بعد قضاء مهر المثل أو دفع القيمة وما عليه من الديون إذا مات من ذلك المرض. وعلى مدعي المحاباة البيئته.

مسألة: وإذا رضيت الكبيرة بدون مهر مثلها فلا اعتراض لوليها، خلاف أبي حنيفة والفقهاء محمد بن سليمان^(٧).

مسألة: وإذا زوجت الصغيرة بدون مهر مثلها فحيث المزوج لها أبوها

(١) الولي.

(٢) لأنه وعد.

(*) وصح التزويج.

(٣) لعدم القبول، والامتنال بالطلاق لا يكون قبولاً.

(٤) وكذا التسري؛ لأن له أن يتزوج ويتسرى من شاء.

(٥) وقيل: أما الشراء فلا ينفذ الغبن الفاحش في المرض إلا من الثلث كما سيأتي. (شامي).

(٦) حيث زاد على ما يتغابن الناس بمثله. (قرن).

(٧) يعني فقلاً: لهم الاعتراض إذا كان عليهم غضاضة. قلنا: لا عبرة بالغضاضة في غير التكافؤ، [يعني الكفاءة]؛ إذ القصد بالنكاح رعاية المراتب والنسب، لا المال، وكما لو رضيت في البيع ونحوه بغبن. (بستان بلفظه).

لا شيء لها غير المسمى^(١)، خلاف الناصر والشافعي، وحيث المزوج لها غيره يجب لها مهر مثلها بالدخول^(٢) أو نصف المسمى بالطلاق قبله^(٣)، قال الفقيه يوسف^(٤): إلا أن يكون المزوج لها ولي ما لها كالجدة أو الحاكم، أو الأخ ونحوه وهو وصي وقد رأى لها صلاحاً في النقصان - صح.

مسألة: وإذا زوج الأب ابنه الصغير بفوق مهر المثل لزم الابن الزائد^(٥)، خلاف الناصر والشافعي.

مسألة: وإذا عقد للزوج وكيله بزائد على مهر المثل أو بزائد على ما سماه له كان عقده موقوفاً^(٦) على إجازة الزوج، بخلاف ولي الزوجة^(٧)؛ لأن الوكالة أضعف من الولاية. فلو دخل^(٨) بها الزوج مع جهله بالمهر كان إجازة على قول المؤيد بالله^(٩)، لا على قول المنصور بالله والقاضي زيد وأبي العباس فله الفسخ

(١) وذلك لأنه لا يتهم الأب في تحري المصلحة. (بستان).

(*) ولا يكون لها الاعتراض بعد البلوغ. (قرن).

(٢) وأما بالموت فلا نص، ولعله يجب المسمى. وفي المعيار: لا شيء لها مع الموت. وهو الذي يقتضيه الأزهار.

(٣) والمختار المتعة فقط؛ لأن التسمية كلا تسمية. اهـ وقيل: لا متعة؛ لبطلان النكاح. ولعل لزوم المتعة مبني على انبرام العقد.

(٤) قوي، وظاهر الأزهار خلافه.

(٥) لأن الأب غير متهم في مصلحة ولده. وحجة الناصر والشافعي كما لو اشترى له بغبن فاحش. لنا: ما مر. (بستان لفظاً).

(٦) لانعزاله بالمخالفة.

(٧) إذا نقصها من مهر المثل أو مما سمته له.

(*) فلا يكون موقوفاً لو زوجها بأقل مما رضيت به أو بدون مهر المثل كما يأتي في المسألة الثانية في قوله: «مسألة: وإذا أذنت لوليها أن يزوجه..» الخ.

(*) لا فرق عندنا بين ولي الزوجة ووكيل الزوج في أن العقد موقوف كما في الأزهار.

(٨) هذا عائد إلى صدر المسألة.

(٩) فالمؤيد بالله لا يشترط معرفة قدر المهر مطلقاً، بل تصح الإجازة عنده مطلقاً كما يأتي له في البيع، ذكره في الصعيتري في هذا الموضع من النكاح.

عندهم. ويلزمه (١) مهر المثل إذا كان أقل من المسمى، لا أكثر (٢)؛ لأنها قد رضيت بالمسمى (٣) فلا تزداد عليه.

مسألة: وإذا أذنت البالغة بالزوجة فزوجها وليها بدون مهر مثلها خير الزوج بين الدخول بها على مهر مثلها وبين طلاقها ونصف المسمى (٤). وإن وكل الولي من يزوجه فزوجها بدون مهر مثلها أكثر (٥) مما يتغابن الناس بمثله ولم ترض الزوجة به فقال المؤيد بالله وأبو العباس: يصح العقد ويخير الزوج كما في الولي، وقال أبو طالب: يكون لها الخيار (٦) بين الفسخ بلا شيء لها وبين الرضا بالمسمى. فإن طلقها الزوج قبل أن تفسخ وجب نصف المسمى (٧)، وإن دخل بها قبل أن ترضى مكرهة أو نائمة وجب لها مهر المثل، وخيارها باق في

(١) على قول المؤيد بالله.

(٢) المقرر أنه لا فرق في وجوب مهر المثل وثبوت الفسخ. (قرر). وهذا في عقد وكيل الزوج، لا في الطرف الأخير فهو منبرم. (سيدنا حسن).

(٣) أي: تسمية الوكيل.

(٤) الصحيح لا شيء إلا المتعة فقط؛ لأن التسمية باطلة. اهـ وقيل: لا شيء؛ لأن النكاح غير

منبرم.

(٥) لا فرق.

(٦) وذلك لأن النكاح قد صح؛ لأنه لم يخالف فيه، وإنما خالف في المهر، وهما أمران متغايران، ولكنه قد تعدى بالمهر الناقص فكان لها الفسخ، وإذا فسخت فلا شيء لها؛ لأن الفسخ جاء من قبلها، وإن رضيت فقد أجازت ما فعله، وإن طلقها قبل الفسخ فلها نصف المسمى؛ لأنه طلاق وارد قبل الدخول على عقد مستقر مشتمل على مسمى. وأما المؤيد بالله وأبو العباس ففرقا بين وكيل الولي وبين وكيل الزوج بأن وكيل الولي يثبت له مع الوكالة ولاية، فانبرم العقد من جهة الولاية لا الوكالة؛ ودليل ذلك أنه لا يجوز توكيل المرأة؛ لاستلزامه الولاية لها، بخلاف وكيل الزوج فلا ولاية له، فلم ينبرم عقده؛ لاختلال الوكالة بالمخالفة. وقال الفقيه يحیی البحيح: إنما قالوا: إن وكيل الزوج يصير فضوليا بالمخالفة لأن الزوج قد عين المهر، وهذا لم يعينه الولي، فلو عينه كانت هذه كتلك. (بستان بلفظه).

(٧) بل المتعة. (قرر).

الفسخ^(١).

مسألة: وإذا تزوج الأب لابنه البالغ بأكثر من مهر المثل، وزوج ابنته البالغة بدون مهر المثل بغير إذنهما - فإن أجازا العقد والمهر صحاً، وإن امتنعاً بطلاً^(٢)، وإن أجازا العقد وسكتا عن المهر فمع علمهما به يصح أيضاً، ومع جهلهما به لا يصح، ذكر معناه أبو العباس، وهو يأتي كقول المنصور بالله: إن إجازة البيع مع جهل الثمن لا تصح. لكن اختلفوا هنا، فقال الفقيه يحيى البحيح: قد انبرم العقد دون المهر، يعني فيجب مهر المثل^(٣)، وقال الفقيهان محمد بن سليمان وحسن: بل الخيار باقٍ في الفسخ. ومثله في التخرجات. وعلى قول المؤيد بالله^(٤) قد صح العقد والمهر.

وإن أجازا العقد بشرط^(٥) مهر المثل كانت إجازة مشروطة بالرضا بمهر المثل^(٦)، وإن قالوا: «أجزنا العقد^(٧) دون المهر» فكذا أيضاً، وقال في الأحكام وشرح التحرير^(٨) وشرح التجريد^(٩): بل يصح العقد ويجب مهر المثل.

فرع: فلو دخل الابن بزوجه وزوج البنت بها: فمع العلم بالمسمى يكون إجازة للعقد والمهر^(١٠)، ومع الجهل به لا يكون إجازة، بل يجب مهر المثل، ولهما

(١) على قول أبي طالب. والمذهب خلافه. (قررو).

(٢) إن رده أو جرى عرف أن الامتناع رده. (قررو).

(٣) بالدخول. (قررو).

(٤) في صحة إجازة البيع مع جهل الثمن.

(٥) وعليه الأزهار.

(٦) اتفاقاً.

(٧) والمختار أن العقد ينفذ، ثم إن دخل لزم المسمى مع العلم بالمهر، وإن كان جاهلاً لزمه مهر المثل، وإن طلق لزمته المتعة.

(٨) لأبي طالب.

(٩) للمؤيد بالله.

(١٠) وعليه الأزهار بقوله: «وكالإجازة التمكين بعد العلم».

الفسخ، ذكره الفقيه محمد بن سليمان^(١)، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا فسخ لهما. فرع: وكذا فيمن أذنت بالزوجة بنصف مهر مثلها فزوجها الولي بربعه ودخل بها الزوج جاهلة للتسمية - فإنها تستحق مهر مثلها، وفي الفسخ الخلاف، فعلى قول التخريجات والفقيهين محمد بن سليمان وحسن والمنصور بالله^(٢) يصح الفسخ، وعلى قول الفقيه يحيى البحيح لا فسخ^(٣)، ويجب مهر المثل، وعلى قول المؤيد بالله قد صح العقد والمهر المسمى.

مسألة: وإذا أذنت لوليها أن يزوجه بمهر مسمى أو بقدر معلوم أو بمهر مثلها فزوجها وخالف فيما أمرته به^(٤) فقال في البحر: يصح العقد^(٥) دون المهر عند العترة والفريقين^(٦)، فيخير الزوج بين الدخول بها ومهر المثل^(٧) وبين أن يطلقها ويسلم نصف المسمى^(٨)، وقال بعض أصحاب الشافعي: لا يصح العقد^(٩)؛ لأن إذنها به كالمشروط بما ذكرت له. قال الإمام

(١) وهو مفهوم الأزهار بقوله: «بعد العلم».

(٢) والقاضي زيد.

(٣) وعليه الأزهار بقوله: «أو بدون ما رضيت به». (سيدنا حسن).

(٤) إلى نقصان.

(٥) أي: ينفذ.

(٦) وذلك لأن النكاح يصح من دون تسمية، ولا يفسد بفسادها. نعم، والخيار الذي ذكره في

الكتاب ليس من كلام البحر، بل ذكره الوالد على أصل المسألة. (بستان بلفظه).

(٧) إذا دخل بها جاهلة. (قررو).

(٨) قال في معيار النجري: وللتسمية حكم الصحة إن طلق قبل الدخول، فيلزم النصف،

وحكم البطلان إن دخل بها، فيلزم مهر المثل.

(*) بل المتعة فقط^[١]. (قررو). بل المختار أن لا متعة؛ لأنه موقف حقيقة.

(٩) أي: لا ينفذ.

[١] لبطلان التسمية.

المهدي: وهو الأولى^(١).

مسألة: وإذا أذنت له يزوجه من زيد بنصف مهر مثلها، فزوجه من عمرو بمهر مثلها ودخل بها جاهلة - استحقت مهر مثلها، ولها فسخ النكاح بعدم الإجازة^(٢).

مسألة: وللزوجة أن تمتنع من الدخول بها^(٣) حتى يسلم مهرها^(٤)، وقال المنصور بالله: بل تسلم نفسها قبل المهر، وقال المؤيد بالله: يعدل المهر ثم تسلم نفسها. فلو كان الزوج معسراً فقال الفقيه محمد بن يحيى: لها أن تمتنع أيضاً^(٥)، وقال الفقيه يوسف: لا تمتنع، كما إذا أجلته به لم تمتنع.

مسألة: وإذا أجلت بمهرها مدة معلومة قبل الدخول ثم دخل بها حل الأجل عند زيد بن علي^(٦) والهادي والمؤيد بالله، خلاف أبي العباس وأبي حنيفة^(٧).

(١) والفرق بين هذه والمسألة المتقدمة حيث أذنت بالنكاح ولم تذكر مهرها أنها هناك أذنت بالنكاح إذناً مطلقاً، فلم يكن موقوفاً إلا على التسمية، بخلاف هذه فإنها أذنت إذناً مشروطاً، وإذا لم يقع الشرط لم يقع المشروط، ولذا كان فيها موقوفاً حقيقة.

(٢) فهو موقوف حقيقة. اهـ والصحيح أن قد انبرم النكاح [فلا فسخ. و(قرر)] على كلام أهل المذهب في جميع الصور التي في الأزهار^[١]. اهـ والمسألة لصاحب التخریجات، حكاها عنه في الكواكب والزهور، وقد اختير خلافه. (سيدنا حسن عليه السلام).

(٣) ومقدماته. (سحولي) (قرر).

(٤) ولها المطالبة بالنفقة، ولا يقال: إنها ناشئة بهذا الامتناع. (غيث).

(٥) كالمبيع قبل التسليم.

(٦) ووجهه أن الدخول مقرر له ومثبت له حيث لم يسم، فأولى وأحرى أن يحل به الأجل؛ إذ هو أقوى من العقد، ويوجب ما لا يوجب العقد. (شرح بهران).

(٧) كما في الأزهار.

[١] ينظر في هذا؛ فالأولى اختيار البيان؛ لأنه موقوف حقيقة؛ لأنها لم تأذن بزوجة عمرو أصلاً، فليست كمسائل التخریجات فتأمل. (ساع).

مسألة: وإذا دخل بزوجته راضية بالغة عاقلة لم يكن لها أن تمتنع نفسها بعد ذلك^(١) لأجل تسليم مهرها، خلاف أبي العباس وأبي حنيفة^(٢). وكذا إذا دخل بالصغيرة أو المجنونة بإذن ولي مالها لمصلحتها، فأما بغير إذنه أو مع عدم مصلحتها أو دخل بالكبيرة مكرهة أو نائمة أو سكرى^(٣) فلا حكم له، بل لها الامتناع^(٤)، ولولي الصغيرة أن ينتزعاها^(٥)، وإن لم ينتزعاها فلها بعد بلوغها أن تمتنع. فلو ادعت بعد بلوغها أن تسليم وليها لها كان لغير مصلحة، وقال الزوج: بل للمصلحة - ففي الأب الظاهر المصلحة، وفي غيره عدم المصلحة^(٦) عند الهادي، خلاف المؤيد بالله. وإن ادعت الكبيرة أنه دخل بها غير راضية فالقول قولها^(٧)، وإن قالت: «سلمت

(١) وينظر لو سلمت نفسها جاهلة لثبوت الامتناع هل هو من إسقاط الحقوق؟ قيل: لها الامتناع حين تعلم؛ لأنه كجهل الصغيرة بأن لها الخيار بعد البلوغ، فلا يبطل وإن مكنت. (شامي). وقيل: لا فرق علمت أو جهلت أنها لا تمتنع؛ لأنه إسقاط حق فلا يفترق الحال بين العلم والجهل. (قرر). وقرره التهامي، وكذا عن الشارح، والله أعلم.

(٢) قالوا: فلها أن تمتنع نفسها؛ لأنهما يجعلان المهر في مقابلة استمرار الوطء. (برهان).

(٣) وقد عاملوا السكران معاملة صحيح العقل إلا في البيع، وكان القياس أن دخوله بها مع كونها سكرى يكون دخولاً. اهـ يقال: هنا هي معاوضة كالبيع، والله أعلم.

(٤) حتى يعين، ثم حتى يسلم. وليس لها الامتناع حتى يسمي؛ لأنه قد لزم بالدخول مهر المثل. (كواكب). (قرر).

(٥) في (ج، د): «انتزاعها».

(٦) وقيل: القول قولها مطلقاً، وسيأتي للهادي في البيع عدم الصلاح في الأب وغيره. لفظ حاشية: الذي سيأتي في البيع أن التفصيل قول أبي طالب، وأما الهادي فيقول: الظاهر عدم الصلاح في غير ما قد ذكر من الشراء ونحوه، والمؤيد بالله يقول: الظاهر الصلاح، فينظر في تحقيق هذا الكلام هنا. وفي الصعيتري أحال ما هنا على ما يأتي من الخلاف. وظاهر الأزهار هنا في قوله: «كصغيرة سمي لها غير أبيها دونه» يفهم خلاف ما يأتي؛ من حيث إن المساواة في الأعراض في البيع ونحوه مقصودة، بخلاف هنا فإنما المقصود تحري المناصب ونحوها، ولهذا لم يخيروا من زوجها أبوها كفؤاً لا يعاف. (شامي).

(٧) وذلك لأن الأصل عدم الرضا. (بستان).

نفسى غير راضية» فعليها البينة^(١).

مسألة: وإذا سلم الزوج مهر زوجته ثم دخل بها ثم استحق ما سلمه لها لم يكن لها أن تمتنع، إلا إن كانت شرطت عليه صحة ما سلمه لها، أو كانت امتنعت من الدخول إلا بعد تسليم مهرها - فلها أن تمتنع^(٢).

مسألة: ومن زوج أمته ولم يسم مهرها ثم باعها قبل الدخول ودخل بها الزوج بعد البيع كان المهر للبائع^(٣)، وقال في التخریجات: للمشتري^(٤). فإن كان البائع سمى مهرها فهو له وفاقاً.

مسألة: وليس للزوجة أن تمتنع من زوجها لأجل ما عليه لها من النفقة الماضية^(٥)، خلاف المنصور بالله، ولها أن تطالب بذلك وبمهرها في حال نشوزها، خلاف الفنون والأستاذ.

فروع: وليس للزوجة أن تمتنع من السفر مع زوجها حيث شاء إلا إذا عرفت أنه يريد به مضاررتها^(٦).

مسألة: وإذا حبس الزوج بحق لزوجته أو لغيرها لم يكن لها أن تمتنع منه إن كان في موضع خال^(٧) أو مستور، إلا أن يرى الحاكم^(٨) صلاحاً في منعها منه جاز.

(١) لأنها قد أقرت بالتسليم. (بستان).

(٢) لأن التسليم غير نافذ كما سيأتي في البيع. أو سلمت طائفة أنه قد سلم فانكشف عدمه كان لها الامتناع؛ لأن تسليمها كالمشروط. ذكره في تذكرة علي بن زيد. وقيل: لا فرق؛ لأنه إسقاط حق. (تهامي) ومثله عن الشارح.

(٣) كما لو أعتقها.

(٤) واختاره في البحر.

(٥) مفهومه: وأما المستقبلية فلها ذلك، والمذهب لا. اهـ ولعل مراد صاحب البيان - والله أعلم - أن في المستقبلية سيأتي نص على ذلك منطوقاً وخلافاً.

(٦) وتختلف. وليست بناشرة إذا طلبته اليمين. وتطلب كفيلاً، فإن أعوزها جاز لها الامتناع.

(٧) يليق بها. (قرود).

(٨) ولو من جهة الصلاحية. (حاشية سحولي من آخر الطلاق). (قرود).

مسألة: ومن وطئ زوجته فأفضاها فحيث هي صغيرة لا تصلح للوطء يضمن ثلث ديتها إن استمسك بولها، أو ديتها إن لم يستمسك^(١)، ويكون ذلك عليه إن تعمد إفضاءها، وإن لم فعلى عاقلته. وإن أزال بكارة الصغيرة فقط لزمه مهر مثلها؛ لأنه أرش البكارة، ويكون على عاقلته^(٢) إن ظن صلاحيتها^(٣) لذلك، ذكره في التقرير، وهل يكون ذلك منه دخولاً يوجب عليه المهر المسمى؟ الأقرب أنه يوجبه^(٤)؛ لأن المهر الأول هو أرش جنائية^(٥)؛ ولهذا كان على عاقلته، والله أعلم.

فرع: وحيث هي صالحة للوطء^(٦) لا شيء عليه إن فعل المعتاد، وهو الوطء في الفرج، وإن فعل خلافه^(٧) ضمن كما تقدم. قال الفقيه يحيى البحيح: ويجوز للزوج أن يفتض زوجته البكر بأصبغه^(٨). ولعله يعني^(٩) ما لم يقع فيه

(١) والمراد بالسلس أن يكون استمراره أكثر من انقطاعه، فلو انقطع فالثالث مع أرش الجائفة، فعلى هذا يلزم ثلثا الدية. (حاشية سحولي).

(٢) إن بلغ القدر الذي تحمله العاقلة كما يأتي. وهو أرش موضحة. ولفظ البستان: قال الوالد: ويعتبر أن يكون مهر المثل قدر أرش الموضحة، وقد ذكره رحمته الله في الجنائيات. (بستان).

(٣) إن قيل: هلا كان صلاحاً إن لم يفض. (مفتي). ولعله يفيد الأزار؛ لأن الأرش في نحو الإفضاء. اهـ. يقال: ما ذكره صحيح حيث فعل المعتاد، فإن فعل دونه على وجه أذهب البكارة فقط فكلام الكتاب مستقيم.

(*) في (أ): صلاحها.

(٤) وقيل: لا يكون دخولاً كما سيأتي في الحدود إن شاء الله في قوله: صالح للوطء، وكما تقدم في إفساد^[١] الحج.

(٥) المختار أنه غير دخول فلا يوجب إلا الأرش.

(٦) لمثله. (صعيتري، وحثيث) (قرئ).

(٧) بأن يولج في موضع البول. (برهان).

(٨) قال مولانا رحمته الله: أما مع التمكن من اقتضاها بالعضو المخصوص فلا يجوز؛ لأنه خلاف ما شرع، وللتربط بالنجاسة من غير ضرورة. (شرح أزار).

(٩) عبارة الكواكب: ولعل مراده.

[١] أما في إفساد الحج فقد تقدم أن الوطء يفسد الإحرام تصلح للوطء أم لا مقرر عليه هناك.

جناية^(١).

فرع: فلو اختلفا بعدما أفضاها هل كانت صالحة للوطء أم لا فلعله يأتي على الخلاف بين الهادي والمؤيد بالله، فالهادي يقول: الأصل فيها الصغر^(٢)، والمؤيد بالله يقول: الأصل عدم الضمان، والله أعلم.

مسألة: ومن وطئ أجنبية غلطاً^(٣) لزمه مهر مثلها، فإن أفضاها لزمه الأرش كما مر مع المهر ولو كانت مطاوعة^(٤)؛ لأنها ظنت أنه حق له.

مسألة: ومن زنا بامرأة مطاوعة فأفضاها فلا شيء لها^(٥)، ذكره أبو العباس وأبو جعفر، ولو ماتت من ذلك، ومع كراهتها وهي ثيب لا شيء لها^(٦) إن لم يفضنها، وهو قول الناصر وأبي حنيفة، وقال الشافعي: يجب المهر. وإن أفضاها لزمه الأرش كما مر^(٧)، وإن كانت بكرأً وجب لها نصف المهر^(٨)؛ لأنه جانٍ وزانٍ، إلا إن كان بأصبعة أو نحوها وجب لها مهر مثلها كله لإذهاب بكارتها^(٩)، فإن أفضاها وجب الأرش كما مر مع المهر أو نصفه.

(١) والجناية حيث يجب الأرش، إما ثلث الدية أو كلها.

(٢) مع التاريخ، وإلا فلا ضمان إذا كانت حال التداعي كبيرة.

(*) هذا مع الإضافة إلى وقت متقدم تحتمل فيه الصلاح وعدمه، لا مع الإطلاق وهي الآن صالحة فيحكم بأقرب وقت، وهو الصلاح.

(٣) ولو في الدبر. (قرئ).

(٤) وإن كان خلاف الأزهار وشرحه.

(٥) وذلك لأنها قضت وطراً واعتاضت شهوة، ولا يقال: إنه لا يستباح فلا يفيد رضاها؛ لأن ذلك يعود به الغرض عليها، فسييله سبيل من قال لغيره يقطع يده المتأكلة. (بستان بلفظه).

(٦) قوله: «لا شيء لها» وذلك لأنه لا يجتمع عليه حد ومهر. (بستان بلفظه).

(٧) وفي الغيث وشرح ابن بهران: لا شيء عليه؛ لتولد الإفضاء عما يوجب الحد، فصار كالشجة الواحدة، بخلاف البكر فإن الإفضاء فيها غير متولد عما يوجب الحد، فهما أمران متغايران.

(٨) إن كان كبيراً، لا صغيراً فكله؛ إذ لا حد عليه. (قرئ).

(٩) إذ لا حد عليه. (قرئ).

مسألة: ويصح أن يجعل السيد عتق أمته مهراً لها، خلاف مالك، فإذا أَرَادَهُ قال لها: «جعلت عتقك مهرك»، ثم تقبل^(١)، أو يقول: «أعتقتك على أن يكون عتقك مهرك» أو «على أن أتزوجك وعتقك مهرك» ثم تقبل، إلا إذا كانت سألته ذلك لم تحتج إلى قبول. فإن قال لها: «أعتقتك وجعلت عتقك مهرك» عتقت ولا شيء عليها^(٢)، أو قالت له: «أعتقني على أن أتزوجني» فقال: «تزوجتك على ذلك» أو «على عتقك وأعتقتك»^(٣) عتقت بغير شيء^(٤)، فلو لم يقل: «وأعتقتك» فالأقرب أنها لا تعتق.

فرع: وحيث صح عتقها مهراً لها فإنه يتزوجها من وليها إن كان لها ولي من النسب، وإن لم يكن فمن نفسه^(٥)، يقول بعد العتق: «قد تزوجتك»^(٦) على ذلك» أو «على عتقك»، فلو قال: «تزوجتك» ولم يقل: «على ذلك» صح النكاح ولزمه مهر مثلها، وعليها له قيمتها. ولا بد أن ترضى بالتزويج بعد عتقها، فلا يكفي رضاها قبله، فلو امتنعت من التزويج لم تجبر عليه، بل تلزمها قيمتها^(٧) له، قال الفقيه علي: وكذا لو امتنع السيد^(٨) من التزوج بها أو مات أحدهما قبله

(١) إن كانت مميزة، وإلا قبل هو لها. (قررو).

(٢) إذا امتنعت من التزويج، ويلزمه مهرها إذا رضيت.

(٣) قوله: «وأعتقتك» يعود إلى قوله: «تزوجتك على ذلك» وإلى قوله: «أو على عتقك».

(٤) لأنه جعل الجواب «تزوجتك»، وكان قوله: «وأعتقتك» كلام مستأنف، قال في الغيث: وقع العتاق بقوله: «أعتقتك»، ولم يقع التزويج؛ لأنه وقع قبل العتق، والسيد لا يصح أن يتزوج أمته.

(*) هذا جيد لا غبار عليه؛ لأنه إذا قال: «وأعتقتك» وقع العتق؛ لأنه صدر من أهله وصادف محله. ولم يصح التزويج؛ لأنه قبل العتق، والسيد لا يتزوج أمته. (بستان).

(٥) ولا يحتاج إلى قبول. (قررو).

(٦) ولا يحتاج إلى قبول بعد ذلك؛ لأن الناء تكفي. (قررو).

(٧) يوم العتق. (قررو).

(٨) ومثله في البحر وشرحه. وعن الإمام المهدي ما لفظه: قال عليه السلام: أما إذا كان الامتناع من جهته ففيه نظر؛ إذ قد رضي بالنكاح عوضاً عنها، فليس له أن يرجع عما رضيه. (غيث). وهذا هو المذهب، وقرره المفتي والشامي.

فإنها تلزمها قيمتها له، قال في الشرح: لأنها قد صارت حقاً له عليها.

مسألة: وإذا أعتقت المرأة عبداً على أن يتزوجها وقبل صح، فإن امتنع من التزويج لزمته قيمته لها^(١)، خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله^(٢)؛ لأن العوض هنا ليس بمال، وإن امتنعت هي منه فلا شيء لها^(٣).

فرع: فلو قال: «إن كان في علم الله أنني إذا أعتقتك تزوجتك فقد جعلت عتقك مهرًا»، أو «فقد أعتقتك على أن يكون عتقك مهرًا» وقبلت ثم امتنعت من زواجته تبين عدم العتق^(٤). وكذا في المرأة حيث أعتقت عبداً على أن يتزوجها تقول كذلك، فإن امتنع من الزواجة بقي لها مملوكاً^(٥).

فرع: فأما من قال لزواجه: «إن كان في علم الله إنني إذا طلقتك لم تزوجي غيري فأنت طالق» فالأقرب أن هذا لا يعلم فيه وقوع الطلاق حتى تموت الزوجة ثم يتبين أنها طلقت من يوم طلقها، فإذا كان قد دخل بها بعده وهو

(١) يوم العتق. (قرير).

(*) وذلك لفوات غرضها ولو كان غير مال. (بستان لفظاً).

(٢) ومثله ذكر في الانتصار، قال: لأن التزويج حق له، بخلاف الأمة فالتزويج حق عليها لا لها. (بستان).
(٣) والفرق بين هذه وبين الأولى على كلام الفقيه علي أن هذا غرض وهو الزواجة كما لو دفع شيئاً قبل العقد وامتنع الزوج من العقد فلا رجوع له فيما تلف، بخلاف الأولى فهو عتق على مال، فمن ثم يضمن.

(٤) ونظر عليه السلام هذه الحيلة في الغيث، وأورد إشكالاً فيها، قال: كما إذا قال: «إذا كان يعلم الله أنني إذا بعته منك بعته مني فقد بعته منك بألف» وقال: «اشترت»، فهذا لا يصح بلا إشكال. اهـ وأجيب بأنه نهي عن بيع وشرط هناك لا هنا. وقال ابن حابس: وجه صحتها أن العتق مترتب على علم الله تعالى بالتزويج، لا على التزويج، فإذا حصل التزويج كشف لنا علم الله تعالى، فيقع العتق ويقع التزويج، فلا دور، والله أعلم.

(*) هذه حيلة في إلزامها التزويج، وإلا بقيت مملوكة إذا امتنعت. (بستان لفظاً).

(٥) ونظره في الغيث بأنه دور فلا يصح. قال في الوابل: قال المؤلف أيده الله تعالى: الأولى بتقية كلامهم على ظاهره في النكاح والبيع من أن ذلك يصح؛ لأنه لم يتبين كونه دوراً.

بائن، أو كان رجعيًا وكان وطؤه لها بعد انقضاء العدة على قول المؤيد بالله^(١) - فعليه لها مهر مثلها، وله أن يرجع بما كان أنفقه عليها؛ لأنه تبين عدم وجوبه عليه بعد انقضاء العدة على قول المؤيد بالله^(٢)، لا على قول الهدوية فلم قد تنقض العدة. وكذا لو قال: «إن كان في علم الله أنك لا تزوجي فلانا فأنت طالق» لم يعلم صحة طلاقها حتى يموت الفلان أو هي تموت أو يقع ما يوجب التحريم بينهما، كزواجه^(٣) بأمرها أو ببنتها.

مسألة: وإذا أبرأت المرأة زوجها من مهرها فإن كان مسمى صح البراء^(٤) مطلقاً^(٥)، وإن كان غير مسمى فبعد الدخول يصح وفاقاً إن كان مهر مثلها معلوماً، وإن كان مجهولاً صح عندنا أيضاً، خلاف الناصر والشافعي والوافي وتخريج المؤيد بالله. وقبل الدخول قال أبو العباس: لا يصح^(٦) البراء؛ لأنه قبل وجوبه، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يصح^(٧)؛ لأنه قد حصل سببه، وهو العقد، كما في إبراء الأجير المشترك عند العقد من ضمان ما يتلف معه. وهو القوي^(٨).

مسألة: من تزوج امرأة وهو يملك أبوها ثم قال: «أمهرتك أباك» وقالت:

-
- (١) إن العدة من يوم الوقوع، لا على قول الهدوية: إنه من وقت العلم.
(٢) يعني في العاقلة الحائل، وأما في الصغيرة ونحوها فمن يوم الطلاق وفاقاً. اهـ بالنظر إلى وقوع الطلاق، وأما الرجوع بالنفقة فلا رجوع. (قرر).
(٣) أي: الفلان.
(٤) إذا كان ديناً، لا عيناً؛ لأن البراء من الأعيان لا يقتضي تملكاً. (قرر).
(٥) يعني: قبل الدخول وبعده. (بستان).
(٦) وعليه الأزهار.
(٧) قوي حثيث وعامر.
(٨) قلنا: المالك هنا ملكه غير مستقر، بخلاف هناك فافترقا. (مفتي). ولو قيل: الأجير ذمته مشغولة ب ضمان العين بنفس العقد بخلاف هنا - لكان هو الوجه. (شامي).

«بل أمي» فإن بين عتق الأب ولا شيء لها، وولائه لبيت المال، وإن بينت أو قامت البينة حسبة عتقا معا^(١)، وولائه الأب لبيت المال، وولائه الأم للزوجة. وكذا إذا بينا جميعاً^(٢)، إلا إن أضافا إلى وقت واحد^(٣) بطلت البينتان^(٤) وكان كما إذا لم يبين أحدهما. وإذا لم يبين أحدهما عتق الأب^(٥)، وولائه لبيت المال، وبقيت الأم له إن حلف عليها. ثم إن طلقها قبل الدخول رجع عليها بالأقل^(٦) من نصف قيمة الأب^(٧) ونصف قيمة الأم^(٨)، وإن دخل بها فقال في التذكرة

(١) الأم بالبينة والأب بالإقرار. ولا يقال: إن الإقرار كالمشروط على قول الإمام يحيى وأصحاب الشافعي كما يأتي في مسألة القصار؛ لأن العتق هنا قوي النفوذ، والحق قد صار لله تعالى، فاعتق هنا على قول الجميع، والله أعلم.

(٢) ويحمل على عقدين بينهما طء وطلاق بائن. (قرور).

(٣) أو تصادقا على أنه لم يقع إلا تسمية واحدة.

(٤) وقيل: يحكم ببينة من هي عليه في الأصل.

(٥) بإقراره.

(٦) لأنه إن كان الأقل قيمة الأب فهو راد للزائد على نصف قيمته، وإن كان الأقل هو قيمة الأم فهو لا يلزم الزوجة الزائد على ما أقرت به إلا بينة، ذكر ذلك الفقيه يوسف. ولعله حيث لم يحلفا، فأما إذا حلفا فلا يجب إلا المتعة. (كواكب).

(*) وقال سيدنا يحيى حميد: لا يستحق شيئا إذا طلقها قبل الدخول إلا المتعة؛ لأنها قد بطلت التسمية. قلت: وهذا هو الحق. (من خط المفتي). هذا حيث حلفا، فإن نکلا بقي الكلام على أصله. (عامر). كما في الكواكب.

(٧) وتستحق المتعة. (شرح أزهار).

(٨) ويقال: الأب عتق بإقراره، والأم باقية له في الظاهر، فلا وجه لرجوعه. ويمكن توجيه كلام الكتاب بأن يقال: هما متصادقان على استحقاق الزوج نصف قيمة المهر، لكن هو يقول: نصف قيمة الأب وهي تقول: نصف قيمة الأم، وكون الأم باقية تحت يد الزوج لا يمنع كونها قد عتقت في الباطن.

(*) وذلك لأن قيمة الأم إن كانت أكثر فهو راد للزائد على نصف قيمة الأب، وإن كانت أقل فهو لا يستحق الزائد على نصفها إلا بينة. (بستان بلفظه).

والحفيظ: تستحق عليه الأقل من قيمة الأم^(١) ومهر المثل، وقال في الانتصار: قيمة الأب، وقال الشافعي: مهر مثلها، وقال الفقيه يوسف: لا شيء لها؛ لأن عندها أن مهرها أمها وأنها قد عتقت عليها^(٢). فلو لم يكن العبد والأمة أبوين للزوجة فلعل كلام التذكرة والحفيظ هو الأولى^(٣).

فرع: فإن قال: أمهرتك أباك ونصف أمك» وقالت: «بل أمي ونصف أبي» عتقا معاً، ولا سعاية على الأب^(٤)، وأما الأم فقال الفقيه يوسف: تسعى في نصف قيمتها للزوج، وقال في التذكرة والحفيظ: لا سعاية عليها. ويكون ولاء الأب للزوجة، وقال في التذكرة: نصفه لها ونصفه لبيت^(٥) المال. وأما ولاء الأم فقال الفقيه يحيى البحيح: يكون لها أيضاً^(٦)، وعلى قول أهل الفرائض يكون

(١) وذلك لأن البيتين لما تساقطنا بطلت التسمية، فيرجع إلى مهر مثلها، فإن كان قيمة الذي ادعته أقل فهي مسقطة للزائد عليها، فلم تستحق توفير مهر المثل، وإن كانت أكثر فلم تستحق الزيادة على مهر المثل؛ لأن بيتها قد سقطت، فإن استويا خير الزوج. (غيث).

(*) قال سيدنا عماد الدين: ولعله بعد أن يحلف الزوج لها ما تستحق الأم، وتحلف له ما عقد على الأب، فإن حلفا وجب لها مهر مثلها. (كواكب).

(*) يوم العقد؛ لأنه السبب. (قرر).

(٢) ولقائل أن يقول: الزوج راد لإقرارها، فأخذناه بلزوم القيمة مع طلبها للمهر. (تكميل).

(٣) يعني وفاقاً.

(٤) وذلك لأن الزوج راد لها. وأما الأم فحجة الفقيه يوسف: أنه كمن أذن لشريكه بعق نصيبه، وكمن باع نصف عبده من ذي رحم للعبد - فإنه يسعى العبد في نصف قيمته للبائع، خلاف التفريعات. وحجة التذكرة: أنه كمن أذن لشريكه في عتق العبد كله، ذكره في البرهان. (بستان بلفظه).

(٥) قيل: لأن الزوج راد له، والزوجة لا تدعي إلا نصفه، وفيه نظر، والأولى أنه كله للزوجة. (كواكب).

(٦) حيث بينا في وقت واحد، يعني: أو لم يبيننا، وهذا ذكره الفقيهان يحيى البحيح وحسن، وهو بناء على أن الأم لا تسعى للزوج في نصف قيمتها كما ذكره في الكتاب، والأولى أنها تسعى له في نصف قيمتها؛ لأنه كمن باع نصف عبده من رحم العبد، فإنه يسعى العبد في نصف قيمته للبائع على الأصح، خلاف التفريعات، فيأتي قول الفقيه حسن هنا بعدم السعاية على الأم

لها معاً^(١).

مسألة: والذي بيده عقدة النكاح^(٢) هو الزوج، والعفو منه هو عن نصف المهر حيث طلقها قبل الدخول، فيسلمه لها كله من باب المعروف، وإن كان قد سلمه لها لم يسترد نصفه. وقال مالك وأحد قولي الشافعي: إنه الولي، وإنه يصح عفو^(٣) عن المهر بشروط خمسة: أن يكون هو الأب أو الجد، وأن يكون بعد الطلاق^(٤) وقبل الدخول^(٥)، وأن تكون الزوجة بكر^(٦) صغيرة أو مجنونة^(٧).

مثل قول التفريعات، فيكون ولاء الأم كله للزوجة على هذا القول، وأما إذا قلنا بأنها تسعى في نصف قيمتها للزوج فإنه يكون ولاؤها نصفين بين الزوج والزوجة؛ لأن وجوب السعاية للزوج كالكتابة منه لها في نصفها على ما ذكره أهل الفرائض، وقد ذكره في الحفيظ والفقهاء يوسف، فيكون ولاء الأم لها معاً، وعلى ما ذكره الفقيه يحيى البحيح للمذهب أن السعاية للزوج لا توجب له شيئاً من الولاء، بل يكون الولاء للزوجة؛ لأنها المعتقة للنصف الذي ملكته، فحصل به عتق الكل. (كواكب).

(*) لأنها المستهلكة لها بالعتق، لأنها المعتقة للنصف الذي ملكته، وبه حصل عتق الكل ولو وجبت السعاية للزوج. (بستان).

(*) كما سيأتي في الولاء: «ولو بعوض أو سراية». (قرر).

(١) وحجتهم أن وجوب السعاية للزوج كالكتابة منه لها في نصفها، فيستحق نصف ولائها. (بستان بلفظه).

(٢) إشارة إلى قوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

(٣) العفو: لفظة مشتركة بين اهبة والإسقاط، يقال مرة: عفا، يعني وهب، ويقال مرة: عفا، يعني أسقط. فمن قال: المراد بقوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ هو الزوج جعل العفو بمعنى وهب، ومن قال: المراد به الولي جعل العفو بمعنى الإسقاط. (برهان).

(٤) قال في المهذب: فأما قبله فلا يجوز؛ لأنه يعرض بضعها للتلف؛ لأنه ربما دخل بها فيتلف من غير بدل. (بستان بلفظه).

(٥) فأما بعده فقد تلف بضعها فلم يجز إسقاط بدله. (بستان بلفظه).

(٦) قال في المهذب: فأما الثيب فلا يملك العفو في مالها؛ لأن الولي لا يملك تزويجها. (بستان).

(٧) قال فيه: فأما البالغة العاقلة فلا ولاية لغيرها في مالها. (بستان).

فصل: [في عيوب النكاح]

عيوب النكاح التي يرد بها محصورة عند الأكثر^(١)، فيشترك الزوجان في أربعة: الجنون والجذام والبرص والرق^(٢)، وتختص الزوجة بثلاثة: القرن والرتق والعفل، ويختص الزوج بثلاثة: الجب^(٣) والخص والسل. وأما العنة^(٤) فلا يرد بها، خلاف الباقر والصادق وزيد بن علي والناصر والمؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي^(٥)، فأثبتوا الرد بها بعد أن يؤجله الحاكم سنة شمسية^(٦) من وقت المرافعة إليه إذا لم يكن قد وطئها قط، ولا يحسب منها أيام المرض والإحرام من أيها وأيام الغيبة والنشوز، فإن ادعى بعد السنة أنه قد وطئها فيها فالقول قوله مع يمينه^(٧) إن كانت ثيباً، وإن كانت بكرًا نظرت إليها عدلة، فإن قالت: إنها بكر فسسخ نكاحها، وإن قالت: إنها ثيب فقبل قوله مع يمينه، فإن لم يحلف فسسخ النكاح. فإن كان ادعى الوطء قبل المرافعة وأنكر قولها^(٨) قبل قوله مع يمينه^(٩) في الثيب، وفي البكر تنظر إليها عدلة، فإن قالت: هي ثيب قبل قوله مع يمينه، وإن قالت: هي بكر أجل سنة كما مر. وقال أبو حنيفة^(١٠): لا يرد الزوج زوجته بعيب؛ لأن بيده الطلاق.

- (١) وقال القاضي حسين من أصحاب الشافعي: إنها غير منحصرة، بل ما منع توقان النفس وكسر الشهوة فإنه يرد به النكاح. (زهور).
- (٢) وعدم الكفاءة. (شرح أزهار).
- (٣) ولو بفعلها. (قرئ).
- (٤) بالضم. (قاموس).
- (٥) والنفس الزكية وأحمد بن عيسى والداعي.
- (٦) مع طلب الإمهال من الزوج.
- (٧) المختار على أصلهم أن البينة عليه؛ لأن الأصل عدم الوطء كما في الإيلاء. (مفتي).
- (٨) إنه عين.
- (٩) فإن نكل أجل. (بستان).
- (١٠) في أحد قولي.

مسألة: ولا يرد^(١) بالشيخوخة والإقعاد، خلاف المنصور بالله والأمير الحسين والسيد يحيى بن الحسين، ولا بالعمى والإغماء والعشى^(٢) والشلل^(٣)، ولا بالصرع، خلاف الإمام يحيى^(٤) حيث هو يأتي في كل شهر^(٥)، ولا بكونه يتغوط عند الجماع^(٦) أو هي كذلك، خلاف الكافي، ولا بكونه يحدث^(٧) أو يبول حال الجماع أو هي كذلك، خلاف الزوائد.

مسألة: ويعتبر في الجنون أن يزيل العقل والتمييز معاً، فلو بقي التمييز فلا خيار^(٨)، ذكره في البحر، قال فيه: ويعتبر في المجهوب أن لا يبقى من ذكره قدر الحشفة، فإن بقي قدرها فلا خيار.

مسألة: والرد بعيب النكاح على التراخي ما لم يحصل رضا به أو ما يقوم مقام الرضا^(٩)، نحو أن يعقد أو يخلو أو يدخل بها مع العلم بعيبها^(١٠)، أو تمكنه من نفسها بعد العلم بعيبه^(١١)، أو تطلبه مهرها بعد علمها - فلا خيار^(١٢). وقال المنصور بالله وأحد قولي المؤيد بالله: إنه على الفور^(١٣).

(١) أي: النكاح.

(٢) وهو الذي لا يبصر في الليل. اهـ صوابه: في أول الليل.

(٣) خلاف مالك.

(٤) واختاره الإمام المهدي

(٥) قلت: الاعتبار بما ينفر تنفيراً بليغاً. (بحر). ولو تباعدت نوباته. (بحر). ولفظ البحر:

مسألة: والصرع عيب ولو تباعدت نوباته. على خليل: لا. لنا: تنفيره وإجاشه. (بلفظه).

(٦) قلت: هذا عندي من أعظم المنفرات والمكدرات. (سلوك).

(٧) أي: حياً.

(٨) ما لم تخش المرأة منه ضرراً حال جنونه. (غيث).

(٩) مع العلم بأن لها الخيار.

(١٠) راجع إليها جميعاً، أي: الثلاث الصور.

(١١) وعلمت أن لها الخيار، كما في الأمة إذا عتقت. اهـ الأزهار: ومتى عتقت خيرت، ما لم

تمكن عالة بالعتق وثبوت الخيار. ولفظ البيان: الثاني: يقع الفسخ. إلخ.

(١٢) ولو جهلت أن الطلب يبطل الخيار. (قرئ).

(١٣) في (أ، ب، ج): إنه فور.

قال الفقيه علي: وَلزوجة المجذوم ولأتمته أن تمنعه من وطئها بعد رضاها، ولو مكنته ثم منعته من بعد فلها ذلك^(١).

مسألة: ولا يصح الفسخ فيه إلا بتراضيها^(٢) أو بحكم حاكم^(٣). وروى في الزوائد عن الهادي والقاسم والناصر أنه لا يحتاج إلى حكم الحاكم، وإذا كان من له الفسخ مملوكاً فالخيار إليه لا إلى سيده، فلا يكون للسيد أن يكره أتمته على الدخول حيث الزوج معيب عيباً تعاف معه العشرة^(٤).

مسألة: وسواء كان العيب حاصلًا من قبل العقد أو حدث بعده، خلاف المؤيد بالله فيما حدث بعده. ويصح الرد بعد الدخول^(٥)، خلاف ظاهر كلام الهادي. ويصح الرد بما حدث بعد الدخول إذا كان العيب مما تعاف معه العشرة كالجنون والجذام والبرص، خلاف الهادي، لا ما لا يعاف كالجرب ونحوه.

مسألة: ومن ادعى العيب في صاحبه وأنكره فعليه البينة به، لكن حيث المعيب الزوج تكون البينة بعدلين، وحيث هي الزوجة يكفي عدلة^(٦)، ذكره في

(١) لأنه بوطنه لها يدخل عليها ضرراً، فلها أن تمتنع عن الوطاء، وأما الفسخ بعد التمكين فليس لها، والله أعلم. ولا يكون نشوزاً من الزوجة، ولها النفقة. و(قررو).

(*) وقال الفقيه يوسف: إنها إذا مكنت مع العلم لم يجوز لها الامتناع. والفرق بين الزوجة والأمة أن التمكين من الزوجة رضا بعيب الزوج، بخلاف الأمة فلا عيب ترد به ملك السيد عليها، فلم يوصف ذلك بالرضا. (صعيتري).

(٢) المراد بالتراضي مع اتفاق مذهبها أنه عيب يرد به النكاح، فلو اختلف مذهبها فالتراضي على فسخه لا يصح. (حثيث). و(قررو). وقيل: ولو اختلف، وهو الظاهر؛ إذ لا مانع.

(٣) والعدة من يوم الحكم، بخلاف فسخ الصغيرة فمن يوم الفسخ. (عامر). وفي حاشية السحولي: العدة تكون من يوم الفسخ ولو تأخر الحكم كالصغيرة. ومثله في المقصد الحسن. و(قررو).

(٤) لا فرق.

(٥) يعني: بما حدث قبله ودخل جاهلاً له. (بستان).

(٦) إذا كان العيب في العورة المغلظة^[١]، ذكره في الكافي، وهي ما لا يطلع عليه المحارم كما يأتي في الشهادات، وإلا فعدلين كما في الرضاع.

[١] من تحت السرة إلى الركبة.

الكافي والإفادة، وسواء كان عيبها باطنا فيها أو ظاهراً. وكذا في الأمة المشترية إذا ادعى المشتري أن فيها شيئاً من ذلك بين عليه بعدلة^(١)، ثم يبين بعدلين أنه ينقص القيمة، ذكره في الكافي^(٢).

مسألة: وإذا كانا معيين معا فلكل واحد منهما الخيار ولو اتفق عيبهما^(٣)، خلاف بعض أصحاب الشافعي.

مسألة: وإذا وقع الفسخ بالعيب قبل الدخول والخلوة أو بعد الخلوة بالمعيبة جهلاً فلا مهر، وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف المسمى^(٤)، وإن وقع الفسخ بعد الدخول مع الجهل بالعيب أو بعد خلوة المعيب^(٥) بالصحيحة فلها مهرها^(٦) عليه، فإن لم يكن ثمة تدليس في عيبها من أحد عليه فلا رجوع له بالمهر، وإن كان ثمة تدليس - وهو الإيهام^(٧) بصحتها أو يسأل الزوجة^(٨) أو وليها عن حالها فيسكت - فحيث المدلس الولي^(٩) يرجع عليه بالمهر إن علم بعيبها^(١٠)، لا إن جهل؛ لأنه فاعل سبب^(١١) غير متعد فيه، فلو اختلفا في علمه

(١) إذا كان في العورة المغلظة. (قرئ).

(٢) وقد أخذ للهدوية من هنا صحة الشهادة المركبة.

(٣) ما لم يكن رقاً فلا فسخ إلا مع التدليس. (قرئ). أو عدم الكفاءة. (قرئ).

(٤) ولا يرجع به، ذكره في البحر. (قرئ).

(٥) عيب لا يزول.

(٦) وهو المسمى. (قرئ).

(٧) بل لا بد من النطق. لفظ شرح الأزهار: والتدليس هو أن ينطق بأنها غير معيبة أو يسأل فيسكت. (بلفظه).

(٨) عند المؤيد بالله.

(٩) والمراد بالولي بالنسب أو السبب، لا الإمام والحاكم، فلا رجوع عليهما، وظاهر إطلاق

الكتاب دخول الإمام ونحوه فيه. (حاشية سحولي).

(١٠) وعقد. (شرح أثمار وفتح).

(١١) وهو العقد.

بعبها فالبينة على الولي حيث هو محرم^(١)، وتكون بيته على إقرار الزوج بعدم علمه، أو بأنه محبوس عن الزوجة أو هي محبوسة عنه، وحيث الولي غير محرم البينة على الزوج بأنه عالم. وإذا رجع الزوج على الولي لم يرجع الولي على الزوجة، خلاف الإمام يحيى. وحيث المدلس هي الزوجة فقال أبو طالب: يرجع عليها إن كانت حرة، لا إن كانت أمة، وقال المؤيد بالله: يرجع عليها مطلقاً، وقال أبو العباس: لا يرجع عليها مطلقاً^(٢). وحيث المدلس أجنبي^(٣) فقال في التقرير والحفيظ والتذكرة وأبو العباس والقاضي زيد: لا يرجع عليه^(٤)، وقال في الشرح والمؤيد بالله والسيد يحيى بن الحسين وأبو مضر: يرجع عليه.

مسألة: ومن تزوج بامرأة فبانَّت ختشي أنثى أو هو ختشي ذكر فلا خيار^(٥)، وإن بانَّت ختشي لبسة فالنكاح باطل، فإذا دخل بها جاهلين للتحريم وجب لها نصف المهر^(٦)، وهو الأقل من المسمى ومهر المثل إن كانت ثيباً، وإن كانت بكراً وجب لها نصف ذلك المهر ونصف أرش تلك الجناية على ذكر^(٧). وإن دخل بها عاملين

(١) القول قول الولي بكل حال. (ديباج). إلا فيما كان ظاهراً. (مقصد حسن) (قررو). وكان ممن يجوز له النظر إليها فالظاهر العلم. (حاشية سحوي) (قررو).

(٢) والفرق في عدم ثبوت الرجوع على الزوجة لا الولي أن المطلوب من الولي عقد سليم من التفرير، ولم يحصل، ولا يطلب منها إلا تسليم نفسها وعدم الامتناع، وقد حصل. (٣) ولو وكيل الزوج.

(٤) إلا حيث لا ولي لها وزوجها بتعيينها ودلس رجع عليه؛ لأنه حينئذ ولي. يقال: ليس كالولي على التحقيق؛ إذ لو عقد بغير أمر ثم أجازت لم ينعقد، بخلاف الولي الحقيقي، فافترقا. وفي الكواكب: يصح منها الإجازة كما تقدم. و(قررو).

(٥) لأن لذة [آلة (نخ)] الاستمتاع حاصل، وليس إلا زيادة عضو، ذكره في الشرح. (*) وذلك لأنه لا يتعذر معه الاستمتاع والوطء، ونهاية الأمر أن في كل واحد زيادة عضو، وزيادته لا تخل بالوطء. (بستان).

(٦) المذهب لا شيء. (قررو).

(٧) وفي البحر: لا يجب إلا أرش جنابة أنثى [١]؛ لأنه المتيقن. ويكون أرش دامية، ذكره في الزهور. (سلوك). وقيل: متلاحمة حيث لا إفضاء.

[١] يقال على كلام البحر: لو كان مهر المثل أقل من أرش أنثى فالقياس لزومه فقط؛ لأن الأصل براءة الذمة من الزائد.

بالتحريم أو أحدهما فلا حد^(١) ولا مهر لها إن كانت ثيباً، وإن كانت بكراً فربيع مهر المثل ونصف الأرش إن دخل بها مكرهة؛ لأنها إن كانت أنثى فهو زان في حال وجان في حال، فيجب نصف مهر المثل^(٢)، وإن كانت ذكراً فهو جان، فيلزمه الأرش، فيجب نصف ذلك كله^(٣). وإن كانت مطاوعة فنصف الأرش فقط^(٤). والخثى: هي من لها آلة الرجل وآلة المرأة أو ليس لها إلا ثقب للبول فقط.

فرع: فإن كان الزوج خثى لبسة والزوجة أنثى فالنكاح باطل، فإن دخل بها جاهلين معا استحققت نصف مهر مثلها^(٥)، وذلك حيث تقدره أنثى^(٦)، ونصف المهر الذي هو الأقل، وذلك حيث تقدره ذكراً، وهذا إذا كانت بكراً^(٧)، وإن كانت ثيباً فنصف الأقل فقط^(٨).

وإن دخل بها عالمين بالتحريم أو أحدهما: فحيث هي مطاوعة لا شيء لها^(٩)،

(١) لأنه في غير فرج.

(٢) يقسم على حالين، وإن كانت ذكراً فهو جان يلزمه الأرش جميعه، يقسم الجميع على حالين، يأتي ربع المهر ونصف الأرش. اهـ والمذهب يجب الأقل من المهر أو الأرش.
(٣) وهو يأتي ربع المهر ونصف الأرش.

(*) والتحويل يستقيم على قول من يحول على من عليه الحق، فإن حصلت جنابة فأرش جنابة أنثى؛ لأن الأصل براءة الذمة. والصحيح في هذه الأحوال الجميع أن لا شيء من المهر؛ لأن الأصل براءة الذمة.

(٤) لأنه يلزم في حال ويسقط في حال، فلزم نصفه. اهـ والمذهب لا شيء؛ لتجويزها أنثى، والأصل براءة الذمة.

(٥) أرش على حالين.

(٦) لأنه يلزمها أرش البكارة، وهو مهر المثل.

(٧) المذهب أرش البكارة فقط. اهـ والأولى لزوم الأقل؛ إذ لا تحويل على من عليه الحق.

(٨) والمذهب لا شيء؛ إذ لا جنابة. (قرئ).

(٩) هذا إذا كانت ثيباً، لا بكراً؛ لأنه بغير المعتاد^[١]؛ لأنه كأنه جنى عليها بأصبعه، فيجب نصفه، والله أعلم.

[١] بل الوجه أنك إن قدرت الزوج ذكراً فلا شيء لها؛ لأنها مطاوعة، وإن قدرته أنثى لزم مهر المثل؛ إذ لا يستباح بالإباحة، على حالين يلزم نصفه. ويحتمل أن يقول: قد لزم في حال تقدير الزوج أنثى وسقط في حالة تقديره ذكراً، والأصل براءة الذمة من لزومه، فيلزم أن لا شيء عليه، وهو المختار كما في الكتاب. (سيدنا حسن عليه السلام).

وحيث هي مكرهة يجب لها ثلاثة أرباع مهر مثلها إن كانت بكراً؛ لأنه يجب كله في حال، وهو حيث تقدره أنثى، ونصفه في حال، وهو حيث تقدره ذكراً^(١). وإن كانت ثيباً فلا شيء لها.

فرع: فلو كانا لبستين جميعاً ودخلا جاهلين بالتحريم: فإن كانت الزوجة ثيباً استحقت على الزوج ربع المهر الذي هو الأقل^(٢)؛ لأنه يجب في حال^(٣) ويسقط في ثلاثة أحوال^(٤)، وإن كانت بكراً وجب لها ربع مهر المثل وربع الأقل، فربع مهر المثل حيث تقدرهما أنثيين^(٥)، وربع الأقل^(٦) حيث تقدره ذكراً وهي أنثى، ونصف أرش تلك الجناية^(٧) على ذكر؛ لأنه يجب في حالين: حيث تقدرهما ذكراً أو هي ذكر وهو أنثى، ويسقط في حالين^(٨). وإن دخل بها عالمين أو أحدهما فإن كانت ثيباً فلا شيء لها، وإن كانت بكراً فحيث هي مطاوعة يجب لها نصف الأرش؛ لأنه يجب الأرش في حالين: حيث تقدرهما ذكراً أو هي ذكر وهو أنثى، ويسقط في حالين^(٩). وحيث هي مكرهة يجب لها نصف الأرش وربع مهر المثل وثمانه؛ لأنه يجب الأرش في حالين^(١٠)، ويسقط في حالين،

(١) والمختار أنه يجب نصف المهر مطلقاً؛ لأنه جان وزان إن قدر ذكراً، والأصل براءة الذمة من الزائد.

(*) هو في حال زان لا شيء عليه، وفي حال جان، على حالين، يلزم ما ذكر.

(٢) المذهب لا شيء.

(٣) حيث تقدره ذكراً وهي أنثى.

(٤) يعني: فيجب حيث تقدر الزوج ذكراً وهي أنثى، ويسقط فيما عداها، وعلى ذلك فقس إلى

آخر الكلام. (بستان بلفظه).

(٥) لأنها جنائية.

(٦) المذهب لا شيء. (قررو).

(٧) لأنه يجب لها الأقل في حال، ومهر المثل في حال، والأرش في حالين. (كواكب). لأنه يجب

مهر المثل حيث تقدرهما أنثيين، ونصف الأقل حيث تقدر الزوج ذكراً والزوجة أنثى، ويجب

الأرش حيث تقدرهما ذكراً معاً أو الزوجة ذكراً.

(٨) الأخيرين.

(٩) وهما حيث كانا أنثيين أو الزوج ذكر وهي أنثى، والله أعلم. على أحد الاحتمالين المذكورين

للإمام المهدي عليه السلام سابقاً فيمن أذنت لغيرها بإذهاب بكارتها بغير المعتاد. والله مولاي أعلم.

(١٠) أما حيث هما أنثيان فلا وجه لسقوطه، فيجب ربع المهر؛ لأنه بغير المعتاد، وهو جنائية محض.

ويجب مهر المثل في حال^(١) ويسقط في ثلاثة أحوال^(٢)، ويجب نصف مهر المثل في حال ويسقط في ثلاثة^(٣)، فوجوب النصف حيث هي أنثى وهو ذكر؛ لأنه في حالة جان وفي حالة زان، فيجب نصفه.

مسألة: ومن تزوج امرأة على أنها بكرًا فوجدها ثيبًا فلا خيار له، فإن كان زاد لها في المهر لأجل البكارة رجع بما زاد على مهر الثيب^(٤) إن كانت البكارة زالت بالوطء، لا إن زالت بغيره^(٥). فلو اختلفا بما زالت فلعل البينة عليه؛ لأنه يدعي استحقاق الرجوع عليها.

(١) حيث تقدرهما أنثيين معاً.

(٢) حيث هما ذكران، أو هي ذكر وهو أنثى، أو هي أنثى وهو ذكر.

(*) والمختار أنه لا مهر في هذه المسائل كلها؛ إذ لا تحويل على من عليه الحق، فإن حصلت جنابة فأرش جنابة أنثى^[١]؛ لأن الأصل براءة الذمة، ذكر معنى ذلك الفقيه يوسف. اهـ وفي الرياض ذكر شيئاً من هذه التوجيهات والاعتراضات.

(٣) حيث هما ذكران أو أنثيان أو هي ذكر وهو أنثى.

(٤) لكن هل التواطؤ على ذلك يكفي أو يشترط للنقصان أن يشترط في العقد؟ المفهوم من كلام الفقيه حسن أنه إنما ينقص إذا شرطت البكارة، ولا يكفي التواطؤ، وهو يذكر احتمالاً آخر أن المتواطؤ عليه كالمنطوق به؛ لأجل العرف. (رياض) وقواه الشامي. ومثله في الغيث.

(*) قال الفقيه يوسف: هذا مع النطق بها، فإن لم ينطقوا ولكن قد عرف ذلك من مقاصدهم فيحتمل أنه كالمنطوق، ويحتمل أن المتواطؤ عليه لا حكم له. (بستان بلفظه).

(٥) والمختار النقص سواء زالت البكارة بالوطء أو بغيره. مع الشرط أو جرى العرف بذلك، قبل العقد أو بعده.

[١] يقال: لو كان مهر المثل أقل من أرش أنثى فالقياس لزومه فقط؛ لأن الأصل براءة الذمة من الزائد. (قرير).

فصل: [في بيان ما يرتفع به النكاح وما يتعلق بذلك]

ويرتفع النكاح بين الزوجين بالموت أو الطلاق أو الفسخ، وهو على ثلاثة أضرب: الأول: يقع الفسخ فيه باختيار من له الفسخ ولا يحتاج إلى حاكم، كالأمة إذا عتقت وفسخت ولو كان زوجها حراً، خلاف الشافعي ومالك، فإذا شاجرها الزوج الحر تحاكما لقطع الخلاف^(١). وخيارها على التراخي، خلاف الحقيني والإمام يحيى، ما لم تمكنه من نفسها لوطء أو لمس أو تقبيل^(٢) لشهوة بعد علمها بالعتق وبأن لها الفسخ أيضاً، خلاف المؤيد بالله وأبي حنيفة في علم الخيار^(٣). وكالصغيرة إذا بلغت فخيارها فوراً^(٤)، ما لم تعرض عنه بعد علمها بالبلوغ وبأن لها الخيار، خلاف المؤيد بالله أبي حنيفة في علم الخيار. ولا تحتاج إلى حاكم، خلاف المؤيد بالله أبي حنيفة، قال الفقيه يحيى البحيح: محل الخلاف مع عدم الشجار، لا معه فلا بد من الحكم وفاقاً، وقال الفقيه محمد بن يحيى: إن الخلاف مع الشجار^(٥)، فتحتاج إلى الحكم لرفع الخلاف فقط^(٦)، فلو فسخت وانقضت عدتها وتزوجت ثم شاجر الزوج الأول وتحاكما فحكم بالفسخ صح نكاحها^(٧) على قول الفقيه محمد بن يحيى، لا على قول الفقيه يحيى البحيح على أصل

(١) يعني حيث اختلف مذهبهما، وإلا فلقطع الشجار إن اتفق مذهبهما. (قررو).

(٢) ولو جهلت أن التمكين إجازة. (حاشية سحولي) (قررو).

(٣) وذلك لأنه إسقاط حق فلا يشترط فيه العلم. (بستان).

(٤) في المجلس. (قررو).

(٥) قال مولانا رحمته الله: وهو الذي اخترناه في الأزهار؛ لأننا أطلقنا القول بأنه يفسخ متى فسخته،

وهذا يقتضي أنه يفسخ مع التشاجر والتراضي على سواء.

(٦) إلا العدة فمن يوم الفسخ، وعند الفقيه يحيى البحيح من يوم الحكم.

(*) فيكون الحكم عند الهدوية لفصل الشجار لا لوقوع الفسخ، فقد وقع من يوم فسخت، وأما

مع التراضي فلا يحتاج إلى حكم وفاقاً. (كواكب).

(٧) بالثاني.

الهدوية فتعتد من بعد الحكم.

فَرَعٌ: وإذا طلقها ثم بلغت في العدة وفسخت صح فسخها^(١)، سواء كان الطلاق بائناً^(٢) أو رجعيًا، وإن بلغت وهي مجنونة فلها الفسخ متى عقلت^(٣).

الثاني: يقع الفسخ فيه بتراضيهما، وإن تشاجرا فبالحكم بعد المرافعة، سواء فسخه الحاكم أو أمر غيره بفسخه ولو كان المأمور هو الطالب للفسخ، وذلك في الفسخ بالعيب وبعدم الكفاءة، وهو على التراخي ما لم يقع به رضا أو نحوه^(٤) بعد العلم بالعيب أو عدم الكفاءة ويأن لها الخيار، خلاف المؤيد بالله وأبي حنيفة^(٥) في علم الخيار. ومن ادعى عدم الكفاءة فالبينة عليه؛ لأن الأصل عدم الفسخ.

وكذا الفسخ بالفساد فإنه يفتقر إلى التراضي^(٦) أو الحكم، وأما باللعان فلا بد من الحكم.

الثالث: يقع الفسخ فيه بحصول سببه فقط^(٧)، إلا لفصل الشجار فيما اختلف فيه فيتحاكمان، وأسبابه ستة: الأول: أن يملك أحدهما صاحبه^(٨) أو جزءاً منه ولو قل بأي وجه ملكه، فلو زوج بنته عبده ثم مات انفسخ، إلا حيث ماله مستغرق بالدين فلا ينفسخ حتى يسقط الدين بقضاء أو إبراء.

(١) وفائدته: رفع الغضاضة الواقعة بالطلاق.

(٢) ينظر ما فائدة الفسخ من الزوجة بعد الطلاق البائن؟ قيل: لزوم العدة من يوم الفسخ.

(غيث) ومثله في شرح الفتح. وقد يقال: فائدته رفع الغضاضة الواقعة بالطلاق.

(٣) وعلمت.

(٤) كالتمكن من الوطء أو مقدماته لشهوة. (قرئ).

(٥) وذلك لأنه إسقاط حق، فلا يشترط فيه العلم. قلنا: إنها يبطل خيارها بالرضا، ولا ثمرة للرضا إلا مع العلم بأن لها الخيار، وكما لو جومت نائمة لم يبطل خيارها. (بستان بلفظه).

(٦) مع اتفاق المذهب.

(٧) وذلك لانعقاد الإجماع على كون هذه الأشياء موجبة للفسخ. (بستان).

(٨) رقبة لا منفعة. (قرئ).

فرع: فلو زوج أمته من حر ثم غاب الزوج فالحيلة أن ينذر بجزء منها على الزوج فينفسخ النكاح، ثم يقضيه الحاكم ذلك الجزء عما على الزوج من حقوقها^(١).

الثاني: ورود الرضاع^(٢) بينهما في حولي الراضع من لبن امرأة يوجب لبنها التحريم على الآخر، نحو أن ترضع الطفل زوجته^(٣) أو أمها^(٤) أو جدتها^(٥) أو أختها^(٦) أو بنت أختها^(٧) أو بنت أخيها^(٨)، أو ترضع الطفلة أم زوجها^(٩) أو أخته^(١٠) أو بنت أختها^(١١) أو نحو ذلك^(١٢).

الثالث: أن يرتد^(١٣) أحد الزوجين المسلمين بأي سبب يوجب الكفر، فيقع

(١) وقد استقر النذر بقضاء الحاكم عنه، فلا يكون له الرد بعد ذلك. (شرح أثمار).
 (*) ينظر إذا وصل الزوج من الغيبة ورد النذر هل يبطل ما قد فعل الحاكم أو لا؟ يقال: قد استقر النذر بقضاء الحاكم عنه، فلا يكون له الرد بعد ذلك، ذكر معنى ذلك في شرح الأثمار ومعناه في شرح الفتح. وهكذا إذا كان عليه دين للغير أو نفقة من يلزمه إنفاقه أو نحو ذلك فقد استقر بقضاء الحاكم. و(قرئ).

(*) حيث الغيبة يجوز الحكم فيها.

(*) وهذا إذا قلنا: إنه لا يصح رد النذر وقد ملك، وإلا لم تفد الحيلة؛ لأنه ملك غير مستقر.

(٢) وهذا في الرضاع المجمع عليه، وهو خمس رضعات في الحولين، وإلا فلا بد من الحكم. (بستان).

(٣) فتصير أمًا.

(٤) فيصير أختًا لها. (غيث).

(٥) فيصير خالها أو عمها.

(٦) فتصير زوجته خالة له. (غيث).

(٧) فتصير عمه أمه.

(٨) فتصير خالة أمه.

(٩) فيصيران أخوين.

(١٠) فيصير خالها.

(١١) فيصير خال أمها.

(١٢) كأن ترضع الزوجة الكبيرة الصغيرة.

(١٣) قال في الياقوتة: فإن ارتدا معاً إلى ملتين كفريتين انفسخ نكاحهما، إلا أن يعودا إلى ملة واحدة في العدة. (زهور).

الفسخ بنفس الردة^(١) مطلقاً^(٢) عند الباقر والصادق وأحد قولي الناصر وأبي العباس وأبي طالب وأبي حنيفة والقاضي زيد^(٣)، ولو في عدة طلاق بائن^(٤). وقال المؤيد بالله والمنصور بالله والشافعي: كذا قبل الدخول، لا بعده فبانقضاء العدة، ولو كانت مطلقة فتعتد للفسخ^(٥)، ولا تجب عدة أخرى. ويتفقون حيث الردة بعد الدخول أنها لا تجب إلا عدة واحدة، وأنه إذا مات المرتد أو لحق بدار الحرب في العدة أنه يرثه المسلم منهما حيث لم تكن بعد طلاق بائن، بخلاف سائر الفسوخات فلا يتوارثان في العدة. وفائدة الخلاف هنا إذا رجع المرتد إلى الإسلام في العدة أو لحق المسلم بصاحبه في الردة هل يبقيان على نكاحهما أم لا^(٦).
فرع: فلو ارتدا معاً في حالة واحدة^(٧) أو التبس حالهما فهما على نكاحهما^(٨)، فلو رجع أحدهما إلى الإسلام كان كإسلام أحد الذميين^(٩)، فلو رجع إلى الردة في العدة انفسخ النكاح بنفس رده على الخلاف.

(١) يعني: ولو بعد الدخول؛ لأنها معنى يزول بها النكاح كالموت وكقبل الدخول وكالرضاع وكملك أحدهما الآخر. وحجة الآخرين: القياس على إسلام أحد الكافرين، وإذا لم يفسخ نكاح هند بإسلام أبي سفيان، ولا عكرمة بن أبي جهل وصفوان بن أمية بإسلام زوجتيهما. قلنا: لو لم تبين إلا بالعدة لزم تقدمها على البيئونة أو استئناف عدة أخرى، ولا قائل بذلك، فأما قصة هند فالفسخ بالإسلام يخالف الفسخ بالردة كما سيأتي. (بستان).

(٢) مدخولاً بها أم لا. والوجه القياس على سائر الفسوخات من الرضاع والملك. (زهور).

(٣) لأنه لو لم يقع الفسخ إلا بانقضاء العدة لوجب عدة ثانية، وهي لا تجب.

(٤) فتعتد للفسخ ولا تبني، بل تستأنف عدة أخرى. (حديث). ويحتمل خلافه^[١].

(٥) ولا تبني، بل تستأنف من يوم الفسخ، كذا نقل عن إبراهيم حديث.

(٦) قلنا: قد انفسخ النكاح فيما بينهما عندنا، لا عندهم.

(٧) إلى ملة واحدة. وظاهر الكتاب الإطلاق.

(٨) فإذا رجعا معاً إلى الإسلام بقيا عليه، وإن لم قتلا. و(قررد).

(٩) قلت: هلا كانا كالحربيين على التفصيل. (مفتي). ولفظ حاشية: المقرر أنه يفسخ النكاح

بالرجوع^[٢] إلى الإسلام. (مفتي).

[١] وهو أنها تبني. (قررد).

[٢] في غير المدخولة. (قررد).

فرع: قال الفقيه يوسف: وإذا ارتد أحدهما بعد الدخول وهو في دار الحرب لم يرثه الثاني؛ لأن الردة ليست كالموت، وليس ذلك كاللحوق^(١).

مسألة: وإذا فعلت الزوجة ما يوجب الردة قاصدة لفسخ النكاح فقط فالظاهر أن ردتها تصح ويقع الفسخ^(٢)، وقال الإمام يحيى والإمام علي: إنها تعارض^(٣) بنقيض قصدها^(٤)، فلا يفسخ نكاحها، قال الإمام المهدي: وهو قوي^(٥).

مسألة: وما ولده المرتدان حياً لدون ستة أشهر من ردتها فهو مسلم؛ لأنها علقت به وهي مسلمة، والصغير لا يلحق بأبويه في حكم الردة، فيرثها إذا ماتا أو قتلا أو لحقا بدار الحرب؛ لأن ميراث المرتد لورثته المسلمين مطلقاً^(٦)، وقال الشافعي: إنه يكون للمصالح بعد موته. وما ولداه لستة أشهر فما فوق فحكمه حكمهما، ولا يرث منهما^(٧).

- (١) والأصح الموارثة بينهما؛ لأنه لحوق حقيقة، وتعتق أم ولده، ومن الثلث مدبره، وقد ذكر هذا أحمد بن موسى العباسي في شرح الدرر. وما في الفرع فليس على المذهب. (سماح سعيد الهبل).
- (٢) كمن طلق زوجته بائناً في حال مرضه المخوف فالمذهب انقطاع الموارثة.
- (٣) التعليل بمعارضتها بنقيض قصدها ضعيف، بل لأنها لم تشرح بالكفر صدرها كما ذكره الإمام المهدي، وقواه سيدنا عامر.
- (٤) ومثله في الهداية، وضعفه في الثمرات، قال: لما فيه من المناقضة حيث أثبتا كفرها وعدم الانفساخ. (من حاشية قال فيها: من خط المفتي). هذا مخالف لما في هامش شرح الأزهار عن البحر أنه لا يحكم عليها بالكفر؛ لأنها لم تشرح به صدرها.. الخ ما في البحر، فيحقق النقل، والله أعلم. (منقول بالمعنى من هامش شرح الأزهار).
- (٥) وإنما حملها على ذلك شدة الكراهية. ولفظه: قلت: وكالإكراه كفر الزوجة لتنفس عن الزوج، فلا يحكم بكفرها ولا بالفسخ.
- (*) وقواه سيدنا عامر، واختاره في البحر، ولفظه: قلت: وكالإكراه كفر الزوجة لتنفس عن الزوج، فلا يحكم بكفرها ولا بالفسخ؛ إذ لم تشرح بالكفر صدرها، وقد شرطه تعالى.
- (*) وقواه المتوكل على الله عَلَيْهِ تَوَكَّلْ.
- (٦) سواء كسبه قبل الردة أم بعدها.
- (٧) ما لم يعلم وجوده عند الردة؛ بأن لا يطأها من بعد، والله أعلم. اهـ أو بحركة أو نحوها مما كذبها نادر، فهذا علم شرعي وإن وطئ. (قرئ).

الرابع: أن يسلم أحد الزوجين الحربيين^(١): فقبل الدخول يفسخ بنفس الإسلام، وبعده أو بعد الخلوة^(٢) الصحيحة يفسخ بانقضاء العدة، فإذا أسلم الكافر منها في العدة بقيا على نكاحهما، وإن رجع المسلم منها إلى الكفر في العدة انفسخ النكاح برجوعه؛ لأنه ردة. وعلى قول المؤيد بالله يبقيان على نكاحهما^(٣). وقال أبو حنيفة ومحمد بن عبدالله: إنه يفسخ بإسلام أحدهما مطلقاً^(٤).

الخامس: أن يسبى أحد الزوجين الحربيين فيفسخ النكاح، قال الفقيه يوسف: ولو كانا مملوكين لحربي؛ لأن السبي له قوة، ولظاهر الدليل^(٥). وكذا إذا سببا معاً وقع الفسخ، خلاف أبي حنيفة وأبي جعفر.

السادس: أن يسلم أحد الزوجين الذميين، فقال المؤيد بالله: إن كان قبل الدخول وقع الفسخ بنفس الإسلام، وإن كان بعده أو بعد الخلوة الصحيحة فبانقضاء العدة ولا تجب عدة أخرى، ولا يعتبر عرض الإسلام. وقال أبو العباس^(٦): إن كان قبل الدخول فبانقضاء العدة أو بعرض الإسلام^(٧) على

(١) أو دخل في الذمة. (بحر). قلنا: لا موجب للفسخ حينئذ. (قررد).
(٢) وظاهر الأزهار خلافه، وهو المختار أن الخلوة لا تعتبر هنا، بل لا بد من الدخول الحقيقي على ظاهر الأزهار والتذكرة. اهـ لأن لفظ الأزهار: «فإن أسلم أحدهما فمع مضي عدة الحربية مدخولة».

(٣) إلى انقضاء عدة الإسلام فقط.

(٤) ولو قد دخل بها.

(٥) يعني قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في سبايا أو طاس: ((ألا لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة))، فأباح الوطء في جميع السبايا ولم يفصل. (بستان بلفظه).

(*) في المسبيات، وهو قوله تعالى: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]، يريد اللاتي يسيين ولهن أزواج في دار الكفر فإنهن حلال؛ لبيئونة أزواجهن بإسلامهن. (تجريد).

(٦) كما في الأزهار.

(٧) والعرض يصح من أي شخص ولو من كافر، ذكر ذلك عَلَيْهِ السَّلَامُ، ولعل ذلك لوقوع الفسخ، وأما لقطع الشجار فلا بد من عرض الإمام أو الحاكم. اهـ وعن مرغم: الأقرب أنه لا بد أن يكون من الإمام أو الحاكم.

الذي لم يسلم فيمتنع^(١)، وإن كان بعد الدخول^(٢) فكذا أيضاً، لكنها تجب^(٣) عدة أخرى بعد الانفساخ^(٤). وإذا طلقها في العدة الأولى وقع الطلاق وفاقاً بعد الدخول، وكذا قبله عند أبي العباس. وقال أبو طالب كقول أبي العباس، لكنه لا يوجب العدة الأخرى. وظاهر كلام الهادي مثل قول أبي العباس؛ لأنه قال: إذا أسلمت ذميمة عن زوج صغير بقي النكاح حتى يبلغ فيعرض عليه الإسلام^(٥)، فإن أسلم فهما على نكاحهما، وإن أبى وقع الفسخ. فأبقاه أبو العباس وأبو طالب على ظاهره^(٦)؛ لأن الحق للزوج، وهو صغير لا يمكنه الإسلام، ولا حكم للعدة في حقه، فلا يبطل حقه حتى يبلغ. وحمله المؤيد بالله على أنه بعد الدخول، وأن الزوج يمكنه الجماع، وأنه بلغ في العدة؛ إذ لو انقضت قبل بلوغه وقع الفسخ.

قال الهادي: فإن أسلم الذمي عن زوجة صغيرة فإنه يقع الفسخ بانقضاء عدتها، وهي ثلاثة أشهر، إلا أن يسلم أحد أبويها في العدة جر إسلامها وبقي النكاح. فأبقاه أبو العباس على ظاهره أنه قبل الدخول، وحمله المؤيد بالله وأبو

(١) لأن عمر عرض الإسلام على ذمي أسلمت امرأته فامتنع ففرق بينهما بعد امتناعه، ولم ينكره أحد.

(٢) أو الخلوة. (قرور).

(٣) الأزهار: وتستأنف المدخولة.

(*) أي: تستأنف العدة من عند العرض فامتنع. وكذا لو بانث بفراغ العدة فإنها تستأنف عدة أخرى؛ لأن العدة لا تسبق الفرقة، فتكون الأولى انتظاراً. (لمعة).

(٤) هذا في الذميمة، وهو اتفاق بين السادة، وأما الحربية المدخولة فلا استثناء، والفرق أن العدة الأولى في الذميمة ليست عدة حقيقة وإنما هي تأجيل فقط؛ ولهذا وجب في المدخولة وغير المدخولة، بخلاف الحربية فإنها عدة حقيقية كعدة الطلاق الرجعي. (غيث) (قرور).

(٥) فإذا بلغ بانث منه إما بعرض الإسلام عليه أو بالعدة إن لم يعرض عليه الإسلام، لكن المدخولة تستأنف عدة أخرى، ذكر هذا في الروضة. وقال الفقيه يحیی البحيح: لا تبين إلا بالعرض دون انقضاء العدة؛ لأن قد انقضت حيض كثيرة ولم يكن لها تأثير. اهـ قال الفقيه علي: والصحيح اعتبار الحيض بعد البلوغ؛ لأن الحيض الأول مضت على من لا حكم لكلامه. (زهور).

(٦) ولو قبل الدخول.

طالب على أنه قد كان دخل أو خلا بها وهي تصلح للجماع؛ إذ لو لم يدخل بها^(١) وقع الفسخ بنفس الإسلام.

مسألة: وإذا أسلم الزوجان الحربيان أو الذميان فهما على نكاحهما؛ لأن أنكحة الكفار صحيحة، فيقرون عليها إذا وافقت قول عالم^(٢) من المسلمين.

مسألة: وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين باختلاف الدين فهي فسخ لا طلاق^(٣). وعن أبي العباس روايات مختلفة، أحدها ما رواه في الشرح عنه وعن أبي حنيفة أنها إذا أسلمت الزوجة دون الزوج الذمي فعرض عليه الإسلام وامتنع كان طلاقاً^(٤)، وإن أسلم هو دونها أو ارتد أحدهما فهو فسخ. [وروي عنه أن الردة طلاق، وروي في البحر عنه أنه إذا أسلم الزوج دونها كان طلاقاً^(٥)].

(١) في (ب): إذ لو لم وقع.. إلخ.

(٢) في الصورة لا في الحكم. (قرير).

(٣) وذلك لأنها فرقة موجبها اختلاف الدين، فكانت فسخاً. وحجة أبي العباس: أن الطلاق بيد الزوج، فامتناعه كطلاقه، وإن امتنعت كان فسخاً. وثمرة الخلاف هل يلحقها الطلاق في العدة، وهل يحتسب هذا الفسخ طلاقاً إذا زالت العلة التي لأجلها وقع الفسخ وعقد عليها؟ وعن أبي العباس: أن الردة طلاق ولم يفصل، وعنه أن إسلام الزوج دون الزوجة يكون طلاقاً. (بستان بلفظه).

(٤) بائناً.

(٥) ما بين المعقوفين من (أ، ب، ج).

فصل: [في أحكام نكاح الذكور من الممايك]

العبد في النكاح كالحر إلا في أشياء، منها: أنه يجوز له نكاح الأمة بغير الشرطين^(١)، وأن يتزوج بأربع إماء، بخلاف الحر على قول المؤيد بالله^(٢) في الأربع. ومنها: أنه يصح أن يكون مهراً لزوجته إذا هي أمة^(٣)، وإن كانت حرة فلعله يصح العقد ثم يفسخ بملكها زوجها^(٤)، ثم تعود لسيده؛ لأن الفسخ وقع من جهتها. ومنها: أن لسيدة^(٥) أن يكرهه^(٦) على الزواجة، خلاف الشافعي، وسواء أكرهه على العقد أو عقد له بغير رضاه. وليس له إكراهه على الدخول، وله إكراه أتمه عليه، إلا حيث الزوج معيب عيباً تعاف معه العشرة. فلو أبق العبد المزوج كان لسيدة أن يعقد له بطفلة في الحولين ثم ترضعها زوجته أو أمها أو أختها أو نحوهن ولو من الرضاع، فيفسخ نكاح زوجته^(٧). ومنها: أن مهر زوجته يلزم سيده، بخلاف دين المعاملة حيث أذن له بها ففي رقبته؛ لأن

(١) أي: من غير عنت، ولو تمكن من حرة.

(٢) والمذهب أنها سواء. (قررو).

(٣) ولا يفسخ النكاح؛ وذلك لأنها لم تملكه؛ لأن الملك لسيدها.

(٤) هذا نظر للوالد ﷺ، وهو مستقيم على الأصول، وأطلق في البحر أنه يبطل النكاح ولا يملك الزوج؛ إذ لا يملك البضع والمهر معاً. (بستان بلفظه). ولأنه ما أدى تصحيحه إلى بطلانه فهو باطل. والمختار أنه يصح العقد ثم تملكه ثم يفسخ عقيب تمامه، فيبينها ترتيب ذهني، وقد ذكر معناه الإمام المهدي. (شامي). والفائدة على كلام البحر والبيان تحريم الأصول على كلام البيان، دون كلام البحر.

(٥) ولو امرأة؛ إذ هو المباشر للعقد. اهـ وعن سيدنا عامر: لا يصح؛ لأنها لا تتولى نكاح العبد ولا الأمة، ولأنه لا يصح التعبير عنها.

(٦) وفائده إعفاف العبد وجر الولاء من ولده إليه. (بحر).

(٧) أو يهب لها إن كانت حرة جزءاً من العبد، فيفسخ النكاح، ثم يرجع في الهبة.

(*) في (أ، ج): زوجته.

العبد كالوكيل لسيده في الكل^(١)، والحقوق تعلق بالموكل في النكاح وبالوكيل في المعاملات. وقال أبو حنيفة: إنه يكون في رقبته^(٢)، وقال الشافعي: في كسبه^(٣)، فإن لم يكن له كسب فقولان: قول كقولنا، وقول: في ذمته. قلنا: فلو دفع السيد مهر الزوجة وأعتق عبده ثم طلق العبد زوجته قبل الدخول رجع نصف المهر للسيد؛ لأنه فسخ له من أصله^(٤)، وقيل^(٥): إنه يرجع للزوج. ومنها: أنه لا يتزوج إلا بإذن سيده^(٦) أو بإجازته له بعد العقد، خلاف الناصر والشافعي في الموقوف^(٧). وعند زيد بن علي والناصر وأبي حنيفة والشافعي أن العبد لا يتزوج إلا تنتين فقط. وعند الشافعي أنه لا يملك من الطلاق إلا تنتين. وعند الناصر وأبي حنيفة والشافعي أن عدة الأمة قرآن فقط.

مسألة: إذا تزوج العبد بغير إذن سيده ثم قال له سيده: «طلق» كان إجازة^(٨)؛ لأن الطلاق فرع على صحة النكاح، ولو جهل السيد الحكم. فلو

(١) فهل يضيف إلى السيد على هذا التعليل؟ ينظر. (شامي).

(*) في المعاملة والنكاح.

(٢) كدين المعاملة. (بستان).

(٣) قلنا: الكسب ملك للسيد، وإذنه له بالنكاح يقتضي التزامه بالمهر. (بستان بلفظه).

(٤) الأولى في التعليل أن يقال: لأنه ملكه من قبل، وعتق العبد لا يبطل حق السيد. (بستان معنى).

(٥) الاسفرائيني. (برهان). ولا وجه له. (بستان).

(٦) إلا أن يجب عليه النكاح فلا يحتاج إلى إذن. (مفتي). وظاهر المذهب أنه لا بد من الإذن مطلقاً حيث وجب عليه وحيث لا يجب. (شارح). لأن في ذلك غرامة على السيد. (تهامي).

(*) وذلك لقوله ﷺ: ((أبى عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر)) وفي رواية: ((فهو زان))، وفي رواية: ((فنكاحه باطل)). (بستان).

(٧) لأنه لا يصح الموقوف عندهما. (زهور).

(*) لقوله ﷺ: ((فنكاحه باطل)). قلنا: يعني غير نافذ إلا بالإجازة؛ جمعاً بينه وبين خبر حكيم بن حزام في الموقوف، ولما مر في النكاح الموقوف. (بستان بلفظه).

(٨) وكذا ولي الحرية إذا قال لمن عقد بغير إذنه: «طلق» كان إجازة، ذكر معناه الإمام عز الدين عبيد الله. وكذا إذا كان موقوفاً من جهة الزوج فطلق كان إجازة وطلاقاً، ذكره في الحفيظ. (و(قررو)). وإن كان موقوفاً من جهة المرأة أو الولي وطلق الزوج كان فسخاً. (و(قررو)).

تزوج أربعاً فقال سيده: «طلق واحدة وأمسك البواقي» كان إجازة للكل^(١)، فإن قال: «طلق واحدة وأرسل البواقي» لم يصح أيهن^(٢)، وكذا لو قال: «طلق ثلاثاً وأرسل واحدة»، إلا أن يقول له: «وعين من شئت منهن» فإنه يصح ذلك^(٣).

مسألة: وإذا رأى السيد عبده يتزوج أو علم بأنه تزوج فسكت كان سكوته إجازة^(٤)؛ لأن العبد تصرف لنفسه فيما لغيره فيه حق، فسكوت صاحب الحق يسقط حقه^(٥)، كالشفيع إذا علم بالشراء وسكت، بخلاف الأمة إذا تزوجت فسكت سيدها فلا يكون سكوته إجازة؛ لأنها عقدت^(٦) لغيرها^(٧) فيما لغيرها^(٨) فيه حق. وقال المؤيد بالله: إن السكوت لا يكون إجازة مطلقاً^(٩). وهو القوي.

- (١) وذلك لأن قوله: «طلق واحدة» إجازة لها، و«أمسك البواقي» إجازة لهن. (بستان بلفظه).
- (٢) وفي بعض الحواشي: أن «أرسل» ك«طلق»، فيكون إجازة للكل؛ لأن «أرسل» كناية طلاق. (* وهل يكون ردّاً للعقد فلا يميزه من بعد؟ ينظر. أو لا يكون ردّاً فتصح الإجازة من بعد؟ في بعض الحواشي: فيجيز بعد أو يفسخ.
- (* بل يبقى موقوفاً.
- (* وذلك لأنه وإن أجاز واحدة بقوله: «طلق واحدة» فهي مجهولة. (بستان).
- (٣) في الصورتين.
- (٤) مع العلم بأن سكوته إجازة. (قرور). وعلم أن له الفسخ. و(قرور).
- (٥) قال في الغيث: وهذا حسن، إلا أنه ينتقض بما لو زوج الإنسان نفسه بنت غيره وسكت الأب فإن سكوته لا يكون إجازة، مع أن الزوج عقد لنفسه فيما لغيره فيه حق^[١]. وحجة المؤيد بالله: أن ذلك كبيع الفضولي، فلا يكفي السكوت في إجازته. (بستان).
- (٦) صوابه: أذنت.
- (٧) الزوج.
- (٨) السيد.
- (٩) أي: لا في النكاح ولا في البيع. (زهور).

[١] وقد أجيب على هذا بأن محل الحقين في العبد واحد، بخلاف من زوج نفسه فهو فضولي حقيقة، وقد ذكر معنى هذا في الزهور في كتاب البيع.

فرع: فلو تزوج العبد أربعاً ثم قال له سيده: «طلق واحدة» وسكت عن البواقي كان إجازة لمن الكل عند الهدوية^(١)، خلاف المؤيد بالله فلا يصح أيهن عنده.

مسألة: وإذا تزوج العبد بغير إذن ثم طلق قبل علم سيده كان طلاقه فسخاً^(٢) للعقد الموقوف، وكذا في الحر إذا تزوج نكاحاً موقوفاً ثم طلق قبل الإجازة^(٣).

مسألة: وإذا أذن السيد لعبد بالزوجة كان إذناً بواحدة فقط، فلو عقد بأكثر في عقد واحد فهو موقوف على إجازة سيده، يميز من شاء منهن^(٤) أو كلهن.

مسألة: وإذن السيد يقتضي النكاح الصحيح لا الفاسد، إلا أن تجري به العادة^(٥) ثبتت له أحكام الفاسد^(٦)، وإن لم تجر به العادة فهو باطل، فإذا دخل بها جهلاً كان مهرها في ذمته متى عتق، إلا أن يقع منه تدليس ففي رقبته.

مسألة: وإذا اشترت^(٧) الحرة زوجها بغير مهرها انفسخ النكاح، فإن كان بعد الدخول^(٨) فلها مهرها، وقبله لا مهر لها^(٩). وإن اشترته بمهرها فإن كان

(١) وذلك لأن السكوت عن البواقي إجازة لمن أيضاً. (بستان). وعند المؤيد بالله أن قوله: «طلق واحدة» إجازة لغير معينة فلا يصح أيتهن. (بستان).

(٢) وقيل: يكون طلاقاً.

(٣) يقال: إلا إذا كان موقوفاً من قبل الزوج ثم طلق كان إجازة وطلاقاً، وقد ذكر مثله في الحفيظ.

(٤) لعل ذلك مع التعيين، وإلا لم يصح؛ لأن التي أجازها مجهولة. (صعيتري).

(*) وأما البيع الموقوف إذا حصلت الإجازة في بعضه دون بعض فلعله يصح، كما إذا باع ماله ومال الغير ولم يجز الغير البيع. (كواكب). سيأتي للفقهاء يوسف في البيان^[١] في البيع ما يخالف هذا، والخلاف فيه لابن مظفر فيما يأتي، والمختار كلام الفقيه يوسف.

(٥) أي: عادة سيده. والصحيح عادة أهل تلك البلد.

(٦) والعبرة بمذهب العبد إذا اختلف مذهب العبد والسيد بالصحة والفساد.

(٧) الزوجة.

(٨) أو الخلوة الصحيحة مع التسمية. (قرر).

(٩) لأن الفسخ جاء من جهتها. (بستان).

[١] في قوله: فصل: «ولبيع شروط» في المسألة (١٢) من أول الفصل في الفرع الثاني.

غير مسمى فالشراء فاسد^(١)، وإن كان مسمى فبعد الدخول^(٢) يصح مطلقاً^(٣)، وقبله يصح إذا هو معين، ثم تضمن الزوجة لسيدة مثله أو قيمته^(٤)؛ لأنها استهلكته بجعله ثمناً^(٥)، وإن كان ديناً في ذمة السيد فمن ذوات الأمثال يصح الشراء وتغرّم للسيد مثله، ومن ذوات القيم يصح أيضاً وتغرّم للسيد قيمته^(٦)، وقال في البيان والتذكرة والأمير الحسين: يكون فاسداً^(٧).

فرع: وحيث يكون شراؤها لزوجها فاسداً لا تملكه إلا بقبضه بإذن سيده، فيقع الفسخ بالقبض، ويلزمها قيمة العبد لسيدة، ومهرها لها إن كان بعد الدخول، لا قبله فيسقط^(٨). فلو فسخ البيع الفاسد رجع العبد لسيدة وقد تم

(١) لجهل الثمن، وسواء كان قبل الدخول أو بعده^[١]، ذكره المنصور بالله. (بستان).

(*) لأنه يرجع إلى مهر المثل، وهو يختلف.

(٢) أو الخلوة الصحيحة. (قرر).

(٣) قال في الغيث: وهذا إذا كان باقياً في ملكها. اهـ قلت: وكان معلوماً. (مفتي).

(*) يعني: ولو غير معين إن كان باقياً على ملكها، وإن كان قد خرج عن ملكها فإن كان عرضاً لم يصح، وإن كان نقداً صح بمثله [لأنه لا يتعين]. (بستان بلفظه).

(٤) ولا مهر لها؛ لأن الفسخ من جهتها. (قرر).

(٥) يعني: والفسخ جاء من جهتها، فرجع المهر لسيد العبد، وقد استهلكته؛ ولهذا ضمنتها. (بستان).

(٦) أي: قيمة العبد. (غيث).

(*) لأنه يصح بيع هذا المهر ممن هو عليه، فكذا يصح الشراء به منه. (كواكب).

(٧) بمجموع هذه الأوصاف الثلاثة، وهي أن يكون الشراء قبل الدخول، وأن يكون المهر في ذمته، وأن يكون قيمياً؛ لأن سقوط المهر يقارن الشراء، فكان المهر الذي في ذمته لا تستحقه الزوجة، وإذا لم تستحقه لم يصح جعله ثمناً لمقارنة سقوطه الشراء، فكان الواجب عليها من الثمن هو القيمي المجهول، وإقباضها لا يصح؛ لأنه مجهول. (براهين).

(٨) لأن الفسخ من جهتها.

[١] إلا أن يكون مهر المثل معلوماً صح بعد الدخول ولو علم من بعد كبرقم صحيح يقرأ.

فسخ النكاح^(١) وسقوط المهر قبل الدخول، ذكره في التقرير.
مسألة: إذا تزوج العبد حرة^(٢) بغير إذن سيده ودخل بها عالمين بالتحريم أو أحدهما حد العالم^(٣) ولا مهر^(٤)، وجاهلين معاً يجب المهر، وهو الأقل من المسمى ومهر المثل، ويكون في ذمته، إلا أن يقع منه تدليس بالحرية أو بالإذن ففي رقبته^(٥)، والنكاح موقوف على إجازة سيده، وله^(٦) الفسخ قبل الإجازة، ولها ولوليها الفسخ قبل الإجازة، وكذا بعدها لعدم الكفاءة^(٧).

فرع: وإذا دخل العبد بزوجه قبل إجازة سيده ثم حصلت الإجازة بعده هل يلزمه الحد إذا كان عالماً بالتحريم أو لا؟ وإن كان جاهلاً هل يلزمه مهر المثل^(٨) بالوطء الأول^(٩) غير مهر النكاح^(١٠) أو لا؟ قال الفقيه محمد بن يحيى^(١١): فيه نظر، وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى: لا يجب ذلك^(١٢). والأقرب

(١) ظاهر الكتاب ولو بالحكم. قلت: كما يصح ما يترتب عليه صحيحاً. (مفتي). وفي الغيث ما لفظه: ولو أنها قبضت العبد ثم خاصمها السيد فيه ونقض البيع بالحكم فلعل النكاح يستمر بطلانه ولو كان الفسخ إطلاً لملكها العبد من أصله؛ لأن علة الفسخ قد حصلت من قبل الحكم بالفسخ^[١] [أي: للبيع]، ويحتمل أن تعود الزوجية؛ لأن التصرف في العبد إنما حصل بإباحة البائع لا بنفس البيع، والأول أقرب. (غيث من شرح قوله: وطلاقه والعدة منه كالحر).

(٢) أو أمة.

(٣) لأنه زان.

(٤) إلا أن تكون بكرًا فإنه يحتل أن يجب نصف المهر كما لو أكره البكر. (زهور، وغيث).

(٥) فيخير السيد بين تسليمه بجنايته وبين تسليم الجناية بالغمة ما بلغت. (بستان).

(٦) يعني: العبد. (بستان).

(٧) قبل الرضا. مع التدليس.

(٨) وهو الأقل من المسمى ومهر المثل.

(٩) الحاصل قبل الإجازة.

(١٠) الذي لزم بالوطء بعد الإجازة.

(١١) ومثله للفقيه يوسف.

(١٢) لأن الإجازة تعطف على العقد، فيثبت حكمه، فلا حد حينئذ، لا سيما مع كون الحد يدرأ بالشبهات. وفي معيار النجري مثل ما ذكره الإمام عليه السلام.

[١] إن قيل: تبين عدم حصولها؛ إذ وجود البيع كعدمه لأجل حكم الحاكم بذلك، فتأمل، فيكون الاحتمال الثاني هو المختار. (شامي).

وجوب الحد مع العلم، ووجوب مهر المثل مع المسمى^(١) مع الجهل؛ لأنه لو رفع إلى الحاكم قبل الإجازة لحكم بالحد^(٢) أو المهر^(٣)، وحصول الإجازة من بعد لا يغير حكمه، وقد ذكره محمد بن الحسن في الجاهل أنه يلزمه مهر المثل بالوطء الأول والمسمى^(٤) بالوطء الثاني بعد الإجازة. وهكذا يكون في الحر إذا تزوج امرأة نكاحاً موقوفاً ودخل بها قبل الإجازة ثم وقعت الإجازة بعده^(٥)، وقد ذكروا فيمن زنى بامرأة^(٦) ثم تزوجها أو بأمة ثم ملكها أنه لا يسقط عنه الحد، خلاف أبي يوسف.

مسألة: إذا تزوج الحر أو العبد أمة فأولادها ملك لسيدها وفقاً^(٧)، ولو شرط في العقد أنهم للأب فلا يصح الشرط؛ لأنه تمليك معلق على شرط^(٨)، لكنه يستحب لسيدها أن يفي بما شرطه بتمليك جديد بعد حصول الحمل أو قبله ولو قبل العقد إذا جعله نذراً^(٩) لا تمليكاً. وإن كان شرط حريتهم صح الشرط؛ لأنه قد وجد سبب ملكهم، وهو ملك أمهم^(١٠)، وتكون نفقتهم على

(١) والمقرر أنه لا يلزم إلا المسمى مع الإجازة، ولا حد؛ إذ ينكشف أنه وقع في نكاح صحيح، وقد ذكره المؤلف. وبدليل ما قرروه في الفوائد؛ إذ الإجازة تنعطف إلى يوم العقد. (مفتي). وقرره الشامي.

(٢) حيث علم.

(٣) حيث هو جاهل.

(٤) والمختار أنه لا يلزمه إلا المسمى فقط كما صرح به في الأثر.

(٥) ثم دخل بها.

(٦) ليس هذا نظيراً للمسألة؛ لأن الفارق موجود، فالإجازة تصحح النكاح من أصله وتنفذه، بخلاف حدوث الملك والنكاح من بعد، فافترقا.

(٧) وذلك لأن الإجماع منعقد على أن الأولاد يتبعون الأمهات في الرق والحرية. (بستان).

(٨) بل تمليك معدوم.

(٩) أو وصية. (قرير).

(١٠) يعني: وهذا عتق معلق فيصح. ويكونون معتقين^[١]؛ فيثبت الولاء عليهم لسيدهم الأم. وعن أهل الفرائض أنهم أحرار أصول^[٢]. (بستان). والكلام الأول لأهل الفقه.

[١] ومعتقهم مالك أمهم. (زهور) (قرير).

[٢] تشبيهاً بأولاد المغرور. (غيث).

قريبهم الحر الموسر إن كان، وإلا فعلى بيت المال، وهذا حيث أبوهم عبد^(١).
والحيلة في إبطال^(٢) هذا الشرط أن يخرجها^(٣) السيد عن ملكه^(٤) إلى غيره، ولو
اشتراها من بعد فهو ملك جديد.

مسألة: وإذا تزوج العبد أو الأمة^(٥) بغير إذن السيد ثم أعتقا كان العتق إجازة
لنكاحهما، خلاف الإمام يحيى وزفر، ولا خيار للأمة^(٦)؛ لأنه لم يصح نكاحها
إلا بعد عتقها. فلو دخل زوجها بها قبل عتقها جهلا منها بالتحريم لزمه مهر
المثل لسيدها، والمسمى بعد العتق لها على الأصح^(٧) كما مر^(٨)، وإن لم يدخل بها

(١) لا حر فعليه.

(٢) والحيلة في إبطال الحيلة أن يقول: «إن كان في علم الله أنك إذا أخرجتها^[١] عن ملكك قبل علوقها
فقد نذرت بها علي قبل إخراجها بساعة». (مفتي). هذا إن كان حرّاً، فإن كان عبداً قال ذلك سيده.

(٣) وقد دخل في لفظ الخروج وقف سيدها لها. (شرح فتح). فلو وقف البعض سل؟ قيل: لا يبطل.
(ذماري).

(*) جميعها، لا بعضها فيعتق ويسري، ويسعى الولد^[٢] بحصة المشتري. (قررو).

(٤) قبل العلوق.

(*) وهل يجب على زوج الأمة الكف عن جماعها بعد البيع إن جوز حبليها عن جماع قبله حتى يتبين
هل بها حمل أو لا؟ الجواب: أنه يجب الكف؛ لثلا يبطل العتق للحمل. فإن لم يكف سل؟ يقال:

الأصل بقاء الملك^[٣]. (هبل). واستقره السيد صارم الدين إبراهيم الوزير. و(قررو).

(٥) والمزوج للأمة أجنبي غيرها عند المؤيد بالله، وعند أبي العباس ولو هي.

(٦) والمختار أن لها الخيار، وهو ظاهر الأزهار في قوله: «ومتى عتقت خيرت..» الخ، ومثله عن
السحولي. والمختار أن لا خيار لها إذا وقع العقد بإذنها. (قررو). إذ لم يطرأ العتق على النكاح. (بحر).

(٧) والمذهب لها مهر واحد، وهو المسمى، ويكون للسيد.

(٨) في الفرع الأول قبل المسألة قوله: فرع: إذا دخل العبد.. الخ.

(*) لصاحب الكتاب، والمختار خلافه، وهو ما ذكره الإمام المهدي عليه السلام. وهو المسمى فقط للسيد.

[١] في هامش شرح الأزهار: إذا أردت إخراجها.

[٢] قيل: مع الإعسار من البائع، ومع الإيسار يضمن للمشتري.

[٣] هذا مع اللبس، فلو أتت به لدون ستة أشهر من يوم خروج الملك عتق. (قررو).

إلا بعد عتقها فقال المؤيد بالله: يكون المهر لسيدها أيضاً، وقال في الكافي وأبو العباس: بل لها.

والعبد إذا دخل بزوجه بعد عتقه فمهرها عليه، وقبل عتقه جهلاً منهما بالتحريم عليه أيضاً، إلا أن يقع منه تدليس بالحرية أو بالإذن فعلى سيده^(١)، لكن إن أعتقه عالماً بما فعل لزمه المهر بالغاً ما بلغ، وجاهلاً يلزمه إلى قدر قيمة العبد فقط^(٢)، والباقي على العبد.

مسألة: وإذا مات السيد قبل إجازته لنكاح عبده أو أمته بطل^ص ولم يصح من وارثه أن يجيزه^(٣) مطلقاً وقال أبو حنيفة: يصح إجازة نكاح العبد مطلقاً، وكذا في نكاح الأمة، إلا حيث الوارث ذكر واحد^(٤).

مسألة: وإذا زوج الرجل ابنته من مكاتبه ثم مات لم يفسخ النكاح^(٥)، خلاف المحامي. قلنا: إلا أن يعجز المكاتب ويرجع في الرق انفسخ. وكذا إذا اشترى المكاتب زوجته لم يفسخ النكاح حتى يعتق^(٦).

(١) معلق برقبته.

(٢) لأنه دين جنائية.

(٣) وهو ظاهر الأزهار في قوله: مستمر الملك.

(*) لأن من شرط الإجازة أن تكون ممن هي له حال العقد.

(*) وذلك لأن خيار الإجازة لا يورث كما سيأتي. وحجة أبي حنيفة: أن المانع مفقود في حق العبد، فتصح الإجازة، وكذا الأمة حيث ترك ابنين فصاعداً؛ إذ ليس لهما وطؤها لأجل الشركة، فأما الابن الواحد فلا تصح إجازته؛ لأنها طرأت له استباحة تامة على استباحة موقوفة فممنعت الإجازة. قال **عليه السلام**: وهي تفرقة دقيقة ونظر حسن، خلا أنه لا يأتي على المذهب؛ إذ لا يورث خيار الإجازة. (بستان بلغظه).

(٤) لأنه يحل له وطؤها.

(*) لا الجماعة والمرأة؛ إذ لا يصح منهم الوطء.

(٥) لعدم استقرار الملك.

(*) وعليه الأزهار في قوله: «وبملك أحدهما الآخر أو بعضه نافذاً».

(٦) ظاهره ولو سلمها في مال الكتابة، وقيل: إذا عتق وهي باقية على ملكه.

مسألة: ولا يصح تزويج أم الولد إلا بعد عتقها ورضاها وانقضاء عدتها^(١)،
 خلاف زيد بن علي والناصر وأبي حنيفة. ولا يصح تزويج المكاتبه إلا برضاها^(٢)،
 خلاف مالك في رضاها. قلنا: ومهرها لها، وإذا عتقت فلها الفسخ، خلاف زفر.
 وإذا زوجها سيدها بغير إذنها كان موقوفاً^(٣) على إجازتها ولو بعد عتقها^(٤) أو على
 رجوعها في الرق. وليس للمكاتب أن يتزوج إلا بإذن سيده أو إجازته.

مسألة: وإذا عتقت المزوجة وهي صغيرة أو مجنونة فلها الفسخ متى بلغت
 أو عقلت^(٥). والعبد المزوج إذا عتق فلا خيار له، خلاف أبي مضر.
مسألة: ولا يجوز للسيد أن يأذن لعبده بوطء أمته^(٦)، فإن فعل حد العبد مع

(١) إذا كان المتزوج بها غير سيدها، وأما هو فلا استبراء عنه. (بيان معنى كما يأتي).

(٢) وكذا المكاتب يعتبر رضاه. (قرئ).

(٣) فلو نفذ عتقها هل ينبرم؟ لأن الكتابة قد بطلت؟ قلت: نعم. (من خط حثيث). والمهر له.
 (قرئ). وتخير للعتق. (قرئ).

(٤) لعله حيث عتقت بالإيفاء فتخير بين الرضا والرد، فإن عتقت بالتنجيز نفذ النكاح كما لو
 رقت، ذكره سيدنا إبراهيم حثيث. اهـ يحقق، فإن الخيار ثابت مع العتق سواء كانت مكاتبه
 أم غيرها.

(*) يقال: لو كان لها ولي أقرب من السيد هل يكون كذلك يعني ولو قد صارت الولاية في
 إنكاحها إلى قريبها، ونحن نشترط استمرار الولاية من حال العقد إلى حال الإجازة؛ لأن
 الإجازة مستندة إلى قبل ثبوت ولاية القريب؟ لعله الأولى. (من خط إبراهيم حثيث). وعن
 سيدنا عامر ما لفظه: لكن إذا أجازت بعد العتق اشترط أن تكون ولاية نكاحها إليه. اهـ
 يحقق هذا، فظاهر كلام البيان لا فرق؛ لأنها وقت العقد إليه، مع أنها وإن كانت له الآن فقد
 اختلفت جهة الولاية. ومثل هذا لو عقد الأب لابنته الكبيرة من غير رضاها ولم تحصل منها
 الإجازة حتى بلغ ابنها فالكلام الكلام. (شامي). يعني فنصح منها الإجازة ولو قد انتقلت
 الولاية إلى الابن.

(٥) ولا خيار للولي؛ لأنه خيار شهوة ومحبة فأمره إليها لا إلى الولي. (بستان).

(٦) لأنه لا بد من عقد أو ملك؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَرْوَاحِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾
 [المؤمنون ٦]. (بستان).

علمه بالتحريم، لا مع جهله، وكذا الأمة، وعزر السيد^(١).

مسألة: ويصح في نكاح الأمة شرط نفقتها على زوجها من غير تسليم مستدام^(٢)، أو على سيدها مع التسليم المستدام^(٣)؛ لأن تسليمها لا يجب إلا للوطء فقط. وكذا نفقة أولادها يصح شرطها على الزوج، ويكون كالزيادة في المهر، وليست زيادة حقيقية؛ لأن النفقة مجهولة، بل كأنه ضمن لسيدها بما يلزمه من نفقة أولادها^(٤). وهذا بخلاف الحرة، فالعقد عليها يوجب تسليمها دائماً، فلا يصح الشرط في نفقتها. والمكاتب كالحرة؛ إذ لا خدمة عليها لسيدها^(٥).

فرع: وإذا لم يقع شرط في نفقة الأمة فلا تلزم الزوج^(٦) إلا إذا سلمت له تسليماً مستداماً، وأقله يوم وليلة^(٧)، فأما أقل من ذلك فلا يجب لها نفقة به. وقال الإمام يحيى وابن داعي: إنها كالحرة. قلنا: بل الحرة تقسط نفقتها لكل وقت سلمت نفسها فيه إذا كان لقسطه قيمة^(٨)، وقال الفقيه يحيى البحيح: إذا كان ثلث الليل أو النهار. وكذا في نشوزها يسقط بقدره من نفقتها، والغداء في

(١) مع علمه بالتحريم.

(٢) وذلك لأن التسليم المستدام لا يلزم السيد؛ لتعلق حقه بها، فوجوبها واقف على اختيار السيد، وما وقف على الاختيار دخل الشرط فيه؛ إذ هو ضرب من الاختيار، فأما الحرة فلا يصح الشرط في نفقتها؛ لأن العقد عليها يوجب تسليمها دائماً؛ لأنه لا يتعلق بها حق سوى حق الزوج، فافترقا. (بستان بلفظه).

(٣) ويصح الرجوع في الطرفين جميعاً، ونظره المفتي، وقال: يستقيم في المستقبل لا في الماضي [١].

(٤) والضمان بالمجهول تصح.

(٥) بل الخدمة لنفسها، وقد رضيت بإبطال حقها؛ لأن النكاح لا ينفذ إلا برضاها. (شامي).

(٦) ولو تمكن من وطئها. بل ولو وطئها. (قرور).

(٧) متصلان. (حاشية سحولي) (قرور).

(٨) في القيمي، وما لا يتسامح به في المثلي. (قرور).

(*) أي: لا يتسامح به؛ لأنه مثلي.

[١] وعن إمامنا المتوكل على الله عليه السلام: لا يصح الرجوع في المستقبل؛ لأنه بمثابة الالتزام والضمان.

مقابلة النهار، والعشاء في مقابلة الليل، وقال الفقيه محمد بن يحيى: إنهما في مقابلة النهار^(١).

مسألة: وليس لسيد الأمة منعها من المبيت^(٢) مع زوجها حيث لا خدمة له في الليل، ومع حاجته إلى خدمتها يمنعها، وليس له منع زوجها من وطئها^(٣)، وله بيعها والسفر بها، وزوجها يتبعها لاستيفاء حقه، وهو الوطء.

مسألة: ومن اشترى زوجته جاز له وطؤها بالملك من غير استبراء، ويجوز له بيعها وتزويجها من غير استبراء^(٤) إن لم يكن دخل بها قبل الشراء وكان قاصداً^(٥) بشرائه لها للبيع أو التزويج، وإن لم يقصد ذلك إلا بعد الشراء وجب الاستبراء له عند الهدوية، لا عند المؤيد بالله^(٦). وإن كان قد دخل بها قبل الشراء فلا يصح تزويجها إلا بعد انقضاء عدتها^(٧)، وأما بيعها فقال في الشرح واللمع: كذا أيضاً^(٨)، وقال الفقيه يحيى البحيح: يكفي **حيضة** واحدة لصحة البيع، ولا

(١) وفي اللمع: في مقابلتها جميعاً. (قرر).

(٢) وحيث يسلمها إلى دار الزوج تكون مؤن التسليم والرد على الزوج. (حاشية سحولي) (قرر).

(٣) في الأوقات المعتادة. (تعليق زيادات).

(٤) هذا على قول المؤيد بالله، وأما على قول الهدوية فإذا أراد بيعها أو إنكاحها وجب الاستبراء. والمؤيد بالله يوافق الهدوية في التزويج.

(*) هذا ذكره الفقيه يحيى البحيح، واختاره في الكتاب؛ لأنه اشتراها مزوجة قاصداً للبيع، فقد اشتراها على صفة لا يجب معها استبراء. وقال الفقيه حسن: بل يجب؛ لأن التزويج قد بطل حين اشتراها. (بستان بلفظه).

(٥) هذا على ما يأتي للفقيه حسن في فصل استبراء الإمام في أول مسألة عقيب الفصل، والمذهب لا فرق.

(٦) لأنه لا يوجب الاستبراء على النخاسين، ومثله للفقيه حسن في فصل الاستبراء فيما يأتي حيث اشتراها لبيعها.

(٧) عدة فسوخ.

(٨) وذلك لأنها موطوءة بالنكاح، فيكون استبراؤها بكمال العدة. قيل: فعلى هذا لو انقطع **حيضها** لعارض انتظرت إلى مدة الإياس. (بستان).

يطؤها المشتري حتى تنقضي عدتها^(١). وإنما وجب استبرائها هنا مع كونها معتدة لأن العدة من سيدها، فهو يجوز له وطؤها^(٢)، فوجب الاستبراء^(٣).

مسألة: ومن اشترى زوجته وقد كانت ولدت له حال الزوجية قبل الشراء صارت أم ولد له، وحرّم عليه بيعها وتزويجها، رواه أبو العباس عن الأحكام، وقال المؤيد بالله: لا تكون أم ولد له إلا إذا ولدت منه بعد ملكه لها^(٤) ولو علقت به قبل الملك^(٥)، ورواه أيضاً عن الأحكام، وهو القوي، وقال الشافعي: لا تكون أم ولد له إلا إذا علقت بالولد في ملكه. فلو كان الزوج قد طلقها قبل شرائها لها فالحكم واحد في مصيرها أم ولد له على الخلاف المتقدم^(٦)، ويجوز له وطؤها في حال عدة طلاقه، إلا أن يكون الطلاق ثلاثاً فلا تحل له مطلقاً^(٧) إلا بعد زوج آخر كما مر، ولو كان قد وطئها البائع أو مشتري آخر منه^(٨) قبل هذا^(٩).

مسألة: ويجوز جمع الأختين المملوكتين في الملك، وله وطء إحداهما فقط،

(١) عدة فسخ؛ لأنها موطوءة بالنكاح، فأشبهت الحرة في أن استبراءها بكمال العدة.

(٢) فلو كانت مثلية لم يجب الاستبراء. (قرئ).

(٣) وظاهر الأزهار في قوله: «والمعتدة» أنه لا استبراء عليها؛ لأن العلة في وجوب الاستبراء على البائع كونه مبيحاً لغيره، لا كونه يحل له الوطء، فلا استبراء هنا.

(٤) ولو الأولاد ممالك بالاستثناء ونحوه. (سحولي) (قرئ).

(٥) وعليه الأزهار.

(*) ولا يحتاج إلى دعوى؛ لتقدم فراشه. (قرئ).

(*) ولا يجوز له بيعها قبل الوضع.

(*) فلو اشتراها بعد خروج بعض الولد وخرج بقيته بعد الملك قيل: صارت أم ولد بذلك؛ إذ لا يثبت

حكم الولادة إلا بخروج جميعه، فكأن الوضع جميعه وقع بعد الملك. (حاشية سحولي) (قرئ).

(٦) هل تكون أم ولد أم لا.

(٧) لا بنكاح ولا بملك.

(٨) أي: من البائع الأول قبل هذا الذي طلقها ثلاثاً.

(٩) المشتري الذي كان لها زوجاً.

ثم لا تحل له الثانية حتى يخرج الموطوءة عن ملكه بالكلية^(١)، بحيث لا يبقى له فيها حق يميز استرجاعها له، لا بتزويجها فلا تحل له أختها، خلاف زيد بن علي والفقهاء. وكذا لو وطئها معاً مع الجهل بأخوتها ثم بانت من بعد ولو بالرضاع فلا يحل له الدنو من أيهما لشهوة حتى يخرج الثانية عن ملكه كذلك^(٢). وكذا من وطئ أمته لم يحل له نكاح أختها حتى يخرج الموطوءة عن ملكه كذلك، فإذا خرجت عن ملكه كذلك وتزوج أختها جاز له أن يشتري الأولى ويردها إلى ملكه، لكن لا يطؤها حتى تبين الزوجة. وإذا طلق الزوجة ثم اشترى أختها لم يحل له وطؤها إلا حيث الطلاق بائن أو بعد انقضاء عدة الرجعي.

مسألة: قال أبو العباس: من كان له أمة لم يذن منها جاز له أن يتزوج أختها، ثم يكون مخيراً في وطء أيهما شاء^(٣)، ومتى وطئ إحداها حرمت عليه الأخرى^(٤).

(١) جميعها. وقيل: ولو بعضها؛ لأنه قد حرم عليه وطؤها بإخراج بعضها نافذاً. ومثله في المعيار.

(٢) إلا في الأمة وبتتها فلا تفيد الإزالة؛ إذ قد تأبى التحريم. (تذكرة). (قررو).

(٣) وهو ظاهر الأزهار والتذكرة والتقريب والبحر. المختار أنه لا يكون مخيراً في وطء أيهما شاء، بل يحرم عليه وطء الأمة؛ لأن العقد على الزوجة كوطئها. اهـ ولفظ حاشية: والقياس أنه لا يكون مخيراً في وطء أيهما؛ لأن النكاح حقيقة في العقد، فهو كالوطء، بل يجوز له وطء الزوجة فقط، فإن وطئ الأمة بعدها وجب عليه اعتزال الجميع، رواه في الفتح وشرحه. (قررو).

(٤) فلو تملك أمة ثم تزوج أخرى ثم بعد التزويج وطئ الأمة فأنكشت أم الزوجة - فإنه يفسخ نكاح البنت ويتأبد تحريمها عليه؛ لظاهر الآية، وليس لمتمسك أن يتمسك بقوله ﷺ: ((لا يحرم الحرام الحلال))؛ إذ ليس المراد أي تحريم كان، وإلا لزم فيمن وطئ زوجته حائضاً أو نحوه أن لا يحرم فروعها عليه، ولا قائل به، وإنما المراد حيث لا سبب للواطئ يحل الوطء، كالزنا والغلط ونحو ذلك. (نظرية) ومثله عن سيدنا عامر (قررو). يقال: إن كان قد وقع من السيد في الأمة ما يوجب تحريم الأصول والفصول من وطء أو نحوه قبل العقد فالعقد على البنت باطل لا يحتاج إلى فسخ، وإن لم يكن شيء من ذلك فالعقد على البنت صحيح، ويتأبد التحريم في الأم؛ لأنها قد صارت من أصول من عقد بها، والممنوع الوطء دون الملك، فله التملك، سواء تقدم الملك على النكاح أم تأخر، فينظر في كلام سيدنا عامر. (إفادة سيدنا علي عليه السلام) (مررو). بل يقال: كلام القاضي عامر عليه السلام قيم لا غبار عليه؛ لأن مراده أن

قال الفقيه يوسف: وإذا وطئ الأمة انفسخ نكاح الزوجة^(١).

مسألة: ويجوز أن يتزوج أمة ابنه، خلاف مالك والشافعي. قلنا: إذا لم يكن الابن قد وطئها أو لمسها أو قبلها أو نظر إليها لشهوة في الكل، وإذا ولدت له لم تكن أم ولد^(٢) له، ويعتق ولدها لملك أخيه له. بخلاف ما إذا وطئها بغير زواجة وعلقت منه فإنه يستهلكها ويضمن قيمتها، وتكون أم ولد له.

وكذا للابن أن يتزوج أمة أبيه إذا لم يكن قد صدر من الأب إليها شيء مما تقدم.

مسألة: وإذا دلست الأمة على حر^(٣) فأوهمته الحرية^(٤) فتزوجها ففيها

الإنسان إذا تملك الأمة ثم تزوج امرأة فأنكشفت المرأة أنها بنت الأمة بعد أن وقع الوطء للأمة فالوطء وقع بعد عقد النكاح مستنداً إلى ملك صحيح^[١]، فهو يقتضي التحريم، وأما العقد على البنت فهو قبل أن يصدر من الإنسان وطء ولا غيره مما يقتضي التحريم، فلا وجه للتنظير، فتأمل موقفاً إن شاء الله.

(١) الأولى أنه لا ينفسخ، بل يطلق أو يخرج الأمة عن ملكه، وهو مفهوم الأزهار والغيث. ولفظ شرح الفتح: أو تزوج امرأة ثم اشترى أختها ثم وطئها فإنه يعتزلها حتى يزبل إحداها كذلك.

(*) وذلك لأن وطء أختها بالملك يمنع ابتداء نكاحها، فكذا يمنع استمراره. (بستان). الأولى أنه لا ينفسخ، بل يزبل أحدهما نافذاً، ذكر معناه في الغيث والأزهار.

(*) ويأتي على كلام الفتح أنه يخرج الأمة فقط؛ إذ قد تعينت للبطلان بالعقد على أختها.

(٢) لأن العلوق ثبت في حال الزوجية وثبوت الفراش.

(٣) صوابه: على زوج؛ ليدخل العبد. (قرر).

(٤) أو الإذن لها بالنكاح.

(*) قال الفقيه يوسف: قول أصحابنا «فأوهمته» يدل على أن السكوت لا يكون تدليسا. (شرح أزهار). حيث لم تسأل. (كواكب).

[١] ولو وطئ عالماً؛ لأنه لا يلزم الحد، وهذا هو الفرق بين الأمة المزوجة والأمة التي هي أم الزوجة: لزوم الحد في المزوجة ولا نسب، وهذه لا حد ويثبت النسب مع كمال الشروط، ففي كلام القاضي عامر غاية القوة والصحة. بل يقال: يجر من عليه جميعاً تحريماً مؤبداً للأمة والزوجة التي هي بنتها. (سيدنا حسين عبد الله الأكوغ).

سبعة أحكام: الأول: أنه يلزمه مهرها^(١) إن جهلت التحريم، لا إن علمته وهي ثيب، فإن كانت بكرًا فقال الأستاذ: لا مهر لها أيضًا^(٢)، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يجب؛ لأنه لسيدها، وهو أرش بكارتها، فقد اجتمع الحد عليها والمهر هنا [في هذا الوطء^(٣)].

الثاني: أنه لا يرجع بالمهر على أحد، ذكره أبو طالب^(٤) وأبو العباس، وقال المؤيد بالله: له الرجوع على سيدها، ويكون في رقبته؛ لأن تدليسها جناية منها. الثالث: أنه يلحق به ما ولدته منه؛ لأنه مغرور.

الرابع: أنه يكون أولادها أحراراً^(٥) لأجل تغريها له. قال في الكافي: فلو لم يدلّس عليه أحد، بل ظن أنها حرة^(٦) - كانوا ممالك لسيدها. فلو كان الزوج

(١) كلام البيان مستقيم حيث دلست بالحرية ولم يأذن لها سيدها، ويلزم لها مهر المثل في حال لزومه، وهي حيث جهلت أو كانت مكروهة مع جهلها؛ إذ لا حد عليهما معاً، ونصفه مع علم الزوج إن كانت بكرًا. (قررو). وأما حيث دلست بالحرية مع الإذن لها من سيدها فإن المهر لازم مطلقاً، سواء علمت أن النكاح مع التدليس بالحرية صحيح أو لا^[١]، واللازم من المهر المسمى؛ لأن العقد صحيح حيث الزوج عبد أو حر مع اجتماع الشرطين، وإن لا يكن كذلك فالنكاح فاسد؛ لأجل خلاف البتة، ويلزم الأقل من المسمى ومهر المثل مع الدخول. (قررو). هذا ما ظهر في هذا الموضوع بعد مطالعة الأزهار وشرحه وحواشيه ومقابلته على البيان.

(٢) إلا أن تكون مكروهة فإنه يلزمه نصف^[٢]؛ لأنه زان وجان. اهـ الصحيح أنه يلزمه المهر كاملاً؛ لسقوط الحد عليهما^[٣]. وقرره إمامنا، ولو ثيباً. (قررو). ومعناه في الزهور.

(*) لأنها تحد، والحد والمهر لا يجتمعان. (بستان). قلت: وهو المذهب. (غيث).

(٣) ما بين المعقوفين في (ج).

(٤) لأنه قد استوفى ما في مقابلته، وهو الوطء.

(٥) لإجماع الصحابة.

(*) إن دلست بالحرية كان الولد حر أصل، وإن دلست بالإذن فعبد. (مفتي) و(قررو).

(٦) أو دلّس الغير فالأولاد ممالك. (قررو). لأن الكلام في تدليسها فقط، وهو صريح الأزهار وصدر المسألة.

[١] في هامش شرح الأزهار: سواء علمت أن التدليس محرم أم لا.

[٢] مع علم الزوج. (قررو).

[٣] مع جهل الزوج وإكراهه. (قررو).

عبدا وغرته بأنها حرة كان الأولاد أحراراً أيضاً، ذكره في الشرح عن الشافعي.
الخامس: أنه يلزمه قيمة الأولاد لسيد الأمة؛ لأنه استهلكهم عليه بالحرية،
وقيمتهم تكون يوم الولادة. قال في البحر: وكذا فيمن وطئ أمة بشبهة فإنه
يلحق به ولدها ويكون حرّاً^(١)، ويضمن قيمته لسيدها.

السادس: أن له الرجوع بما لزمه من قيمة الأولاد على سيدها؛ لأنه بجنايتها،
فيكون في رقبته، فيخير سيدها بين تسليمها للزوج وأخذ قيمة الأولاد منه كلها
وبين إمساكها ولا شيء له من قيمة الأولاد. فلو امتنع الزوج^(٢) من أخذها لزمه
قيمة الأولاد، إلا أن يتراضيا بتركها لسيدها ويسلم له زائد قيمة الأولاد على
قيمتها^(٣) جاز، ويكون للزوج أن يرجع بالزائد هذا على الأمة متى عتقت^(٤) إن
لم يملكها، لا إن ملكها^(٥) فلا رجوع له عليها بشيء؛ إذ لا يثبت للسيد دين على
مملوكه قط. وإن باعها سيدها أو أعتقها فمع علمه بجنايتها لا شيء له من قيمة
الأولاد، ومع جهله يرجع على الزوج بزائد قيمة الأولاد على قيمتها.

السابع: أن لكل واحد من الزوج والزوجة وسيدها أن يفسخ النكاح^(٦):
فسيدها يكفيه عدم الإجازة^(٧)، والزوجة لها الفسخ قبل إجازة سيدها لا
بعدها، والزوج له الفسخ قبل الإجازة وبعدها أيضاً لعيها، وهو الرق^(٨).

(١) ليس على الإطلاق؛ فيخرج منه المرهونة والمصدقة والمبيعة والمسبية.

(٢) ورضي السيد. و(قرئ).

(٣) يوم الاختيار، وقيل: العبرة بقيمتها يوم الوضع. والله أعلم.

(٤) من سيدها الأول.

(٥) أو بعضها على الصحيح. (حديث) (قرئ).

(٦) على التراخي ما لم يصدر منه رضا أو ما يجري مجراه. (قرئ).

(٧) بل لا بد من الفسخ؛ لأن الامتناع من الإجازة لا يكون فسحاً إلا لعرف. (قرئ).

(٨) ولو كان الزوج عبداً. (قرئ).

فصل: [في اختلاف الزوجين]

إذا اختلف الزوجان فعلى مدعي الزوجية البيينة وعلى منكرها اليمين، خلاف أبي حنيفة في اليمين^(١). وإذا بين عليها بالنكاح ثبت ولم تسقط عنه حقوقها بإنكارها، ذكره الفقيه حسن، وقال الفقيه يوسف: إنها تسقط. وفائدة الدعوى من الزوجة ثبوت الحقوق إذا بينت أو نكل الزوج، وإنكاره طلاق^(٢)، وإذا لم تبين لزمتهما العدة إن أقرت بالدخول أو الخلوة، ولا نفقة لها فيها^(٣)، ذكره المؤيد بالله^(٤). وإن بينت بالعقد والمهر والدخول استحقت المهر كاملاً، وإن بينت بالعقد والدخول استحقت مهر المثل ونفقة العدة في الصورتين معاً^(٥)، وإن بينت بالعقد فقط أو به وبالمهر فقال ابن خليل^(٦): لا يجب لها شيء؛ لجواز الفسخ من جهتها، وقال الفقيه محمد بن يحيى: بل يجب لها نصف المهر حيث بينت به، وإلا فالمتعة^(٧)؛ لأن إنكاره كطلاقه^(٨).

(١) وحجة أبي حنيفة أن ما لا يحكم فيه بالنكول لا يصح التبرع فيه فلا يمين فيه، فلا تجب عنده في الطلاق والفيء والإيلاء والرجعة والنكاح والعقاق والولاء والنسب والاستيلاء. لنا: عموم الخبر، إلا ما خصه الدليل كالحُد والنسب. (بستان بلفظه).

(٢) بل فرقة. (مرغم) (قررو).

(*) بل فرقة. (صعيتري). ومثله في الرياض. فلا تحسب عليه طلقة. وقيل: إنها تحسب عليه طلقة في الظاهر.

(٣) لأنه لم يثبت النكاح.

(٤) لأن إقرارها بالدخول يقبل في الحق الذي عليها لا في حق نفسها.

(٥) يعني: حيث بينت بالعقد والمهر والدخول، وحيث بينت بالعقد والدخول.

(٦) قَوِي، وقواه المفتي وعامر وحثيث والتهامي والشامي.

(٧) أما إذا لم يحسب عليه طلقة فيلزم أن لا متعة، وهو المختار.

(٨) وهل تحسب عليه طلقة أم لا؟ قال في الرياض: لا تحسب [١]. وقيل: إنها تحسب. ومثل

كلام الرياض في الصعيتري.

[١] فعلى هذا لا متعة.

مسألة: ومن ادعى منهما خلل شرط^(١) في النكاح فعليه البيّنة به عند الهادي؛ لأن الظاهر الصحة، خلاف المؤيد بالله، فقال: القول قوله؛ لأن الأصل عدم النكاح. فلو تزوج بكراً ثم اختلفا فقال: «سكت حين علمت» وقالت: «بل أنكرت» فالبيّنة عليها عند الهادي^(٢)؛ لأن الأصل السكوت^(٣)، وقال المؤيد بالله: بل عليه؛ لأن الأصل عدم النكاح^(٤)؛ فاعتبر الهادي الأصل الثاني، واعتبر المؤيد بالله الأصل الأول^(٥)، وهكذا لو كان المدعي للسكوت هي الزوجة والزوج يقول: «بل أنكرت». وهكذا الخلاف لو زوجها أبوها ثم قالت: «كنت كبيرة غير راضية^(٦)» وقال: «بل كنت صغيرة فالنكاح صحيح»، أو اختلفا على العكس من ذلك^(٧).

فرع: وهكذا لو قال لها: «إن لم تدخلني الدار في هذا اليوم فأنت طالق» أو

(١) نحو أن يقول: «بغير ولي» أو «بغير شهود» أو «شهود فسقة». (غيث معني).

(٢) وزفر وقديم قولي المؤيد بالله. (زهور).

(٣) بل لأن الأصل الصحة؛ لثلا يلزم في الثيب أن القول قولها.

(٤) ونظر بأن قيل: قد بطل هذا الأصل بتقاررها بالنكاح. وهذه المسألة قد تعلل بتعليقين: أحدهما: هذا، وهو أن المسألة إذا أسندت إلى أصليين فالهادي يرد إلى الأخير، والثاني: أن الاختلاف في الشرط كدعوى الفساد جملة عند الهادي عليه السلام، وعند المؤيد بالله هو كالاختلاف في أصل العقد. قال الفقيه محمد بن يحيى: وقد ذكر المؤيد بالله أنه إذا قال: «بعت صغيراً» أو «مكراها» فعليه البيّنة، وهذا في الإفادة. قال سيدنا: ولعل الفرق أن في مسألة البيع أقر بمباشرة البيع ثم ادعى فساده فكان عليه البيّنة، بخلاف هذه فلم تباشر العقد، بل العاقد غيرها، وقد ذكر هذا الجواب في حواشي الإفادة، قيل: لكن قد ذكر المؤيد بالله أنه إذا قال: «وهبت وأنا غير عاقل» أن القول قوله. ويمكن أن تنزل هذه المسائل على القولين. (زهور).

(٥) اعلم أن هذه قاعدة في كل أصليين تعارضاً أقرب وأبعد أن المؤيد بالله يرجح الأبعد، والهادي عليه السلام يرجح الأقرب. (بستان لفظاً).

(٦) وسواء كانت بكراً أم ثيباً. (قرير).

(٧) ففي هذه المسألة يتفق المؤيد بالله والهادي على صحة النكاح؛ لأن الأصل الصغر، لكن القول قولها، فلها الخيار، إلا أن يبين الزوج أن العقد وقع في الكبر، والله أعلم.

قال: «فعبدي حر» ومضى اليوم ثم اختلفا في الدخول، فعند الهادي الظاهر عدم الدخول، فيقع الطلاق^(١) أو العتق^(٢) إلا أن يبين من ادعى الدخول، وعند المؤيد بالله وأبي حنيفة الأصل عدم الطلاق وعدم العتق، فالبينة على من ادعاه، وتكون ببيته على إقرار صاحبه بعدم الدخول أو على أنها حبست في ذلك اليوم من أوله إلى آخره عن الدخول.

مسألة: من زوجها أخوها أو نحوه ثم قال الزوج: «كنت كبيرة راضية» وقالت: «بل كنت صغيرة، فلي الخيار» فالبينة على الزوج وفاقاً؛ لأن الأصل الصغر^(٣) وعدم النكاح^(٤).

مسألة: من ادعى نكاح امرأة تحت غيره فأنكرته فلا يمين عليها في الحال؛ لأنها لو أقرت له لم يصح إقرارها حتى تبين ممن هي تحتها، ذكره الهادي، وقال أبو مضر والفقهاء محمد بن يحيى: بل تجب عليها اليمين؛ لأنها إذا أقرت كان إقرارها موقوفاً لا باطلاً. قال الفقيه حسن: ولا دعوى ولا يمين على الذي هي تحتها؛ لأنها مالكة لنفسها، وإقراره عليها لا يصح، وقال أبو مضر: بل تصح^(٥).

(١) فلو قال: «إن دخلت» فهذا وفاق أن القول قول السيد؛ لأن الأصل أن لا دخول ولا عتق. (زهور).
 (*) فلو كان العبد بين شريكين فعلق أحدهما عتقه بالنفي والآخر بالإثبات، ثم مضى اليوم واختلفا هل دخل أم لا - فعند الهادي عليه السلام يضمن المعلق على النفي للمعلق على الإثبات، ويكون الولاء له، وأما عند المؤيد بالله فقد تيقن وقوع العتق، فلا يضمن أحدهما لصاحبه؛ لأن الأصل براءة الذمة، ولعل الولاء يكون لهما معاً. (زهور).

(٢) لأن الأصل عدم الدخول.

(٣) عند الهادي عليه السلام.

(*) مع التاريخ إلى وقت يشمل الصغر والكبر، وإلا حكم بأقرب وقت.

(٤) عند المؤيد بالله.

(٥) هذا السر لأبي مضر، قال: ويصح رجوعها^[١] عنه قبل تبين من الزوج الذي هي تحتها، وهذا سر السر له، وقد أبطل بمسائل كثيرة. (من خط سيدنا إبراهيم حثيث).

[١] والمختار لا يصح قبل البيونة وبعدها.

الدعوى^(١) واليمين عليه؛ لأنه إذا أقر بطل حقه منها واستحق المدعي اليمين عليها في الحال على قول الهادي.

فرع: فلو صادقت المدعي لم يصح إقرارها به في الحال، بل متى بانت ممن هي تحته لزمها ما أقرت به، وقبل البيونة منه لها النفقة على من هي تحته؛ لأنها محبوسة بحقه، ذكره الفقيه حسن، وقال الفقيه يوسف: لا نفقة لها عليه^(٢)؛ لإنكارها له. وأما الذي أقرت له فتكون في حقه كالمحبوسة^(٣) عن زوجها على الخلاف فيها^(٤)، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل تجب نفقتها عليه. وهي ترث المدعي ولا يرثها، ويرثها الذي هي تحته ولا ترثه.

مسألة: وإذا تنازع رجلان في امرأة حكم بها لمن بين منهما، وإن بينا معاً وأزخا فللمتقدم، وإن أَرَّخ أحدهما فقط حكم له بها، وإن أطلقا معاً حكم بها لمن هي تحته؛ لأنه دليل التقدم، وهي في يد نفسها؛ فلا يقال: إن بينة الخارج أولى. وإن لم تكن تحت أحد حكم لمن أقرت له منهما، وإن لم تقر لأيهما كان كما لو لم يبيننا: إن حلفت لهما بطلا، وإن حلفت لأحدهما ونكلت عن الثاني حكم لمن

(١) والصحيح أنها تصح الدعوى عليها وعلى الزوج التي هي تحته وتحليفها، فإن أقرأ أو نكلا أو بين على أنها زوجته ثبت نكاحه، أي: الزوج المدعي، وإن حلفا فظاهر، وإن أقر هو وأنكرت ولم يبين المدعي وحلفت بطل نكاحها منها جميعا، وإن أقرت هي أو نكلت وحلف من هي تحته فإنها توقف حتى تبين. (شرح تذكرة) (قررو).

(٢) كما في الأزهار في الإقرار.

(٣) وقال الفقيه يوسف: كالناشزة؛ لأنها متعدية بالسبب، وهو الإقرار، وهذا هو المذهب. (تكميل).

(٤) يعني في التي أمسكها أهلها والمحبوسة بحق أو بغير حق ولم يمكنها تخلص نفسها، فمفهوم كلام اللع والتقرير أنها لا تسقط نفقتها، وقال الإمام علي والفقيه علي: بل تسقط. اهـ وهذا هو القوي كما في الأزهار في الإقرار، وأما المحبوسة فالمذهب وجوب النفقة لها كما في الأزهار وشرحه في قوله: «والعاصية بنشوز له قسط».

(*) وفي الأزهار في كتاب الإقرار: ولا حق لها قبله منها. وكذا في الغيث في هذا الموضوع.

نكلت عنه^(١)، وتكون يمينها على القطع^(٢) إن كانت كبيرة؛ لأنه لا يصح نكاحها إلا برضاها، وإن كانت صغيرة فعلى العلم^(٣) بعد بلوغها.

مسألة: وإذا اختلفا في تسمية المهر أو في تعيينه أو في قبضه فالقول قول النافي والبينة على المثبت مطلقاً^(٤). وإن اختلفا في صحة التسمية فالبينة على مدعي فسادها. وإن اختلفا في الدخول فالبينة على مدعيه: إما على إقرار صاحبه أو على المفاجأة. فلو اتفقا على الخلوة واختلفا في الدخول فقال المؤيد بالله: كذا أيضاً، وقال القاضي زيد وأبو جعفر: إن كانت بكرًا فكذا، وإن كانت ثيبًا فالقول قول مدعيه.

مسألة: وإذا اختلف الزوجان في قدر المهر المسمى فقبل الدخول وبعد الطلاق أو الموت^(٥) القول قول الزوج مطلقاً^(٦) مع يمينه، وبعد الدخول^(٧) كذا أيضاً حيث لا يعرف قدر مهر مثلها، وحيث هو يعرف فيه خمسة أقسام: الأول: أن تدعي الزوجة قدر مهر مثلها وهو أقل منه فالبينة عليه^(٨)، وإن

(١) وإن نكلت عنها معاً لم يحكم لأيهما، إلا أن يتقدم نكولها عن أحدهما ويحكم به الحاكم قبل نكولها عن الثاني صح الحكم للأول.

(٢) بل على العلم. (قرئ).

(٣) قلت: القياس أن يمينها على العلم مطلقاً؛ لأنها على فعل الغير، وهو الولي. (مفتي).

(٤) سواء كان قبل الدخول أو بعده. (بستان).

(٥) يعني: قبل الموت، معطوف على قوله: «قبل الدخول» لأن الموت بمنزلة الدخول. (قرئ).

(٦) سواء عرف قدر مهر المثل أم لا. (شرح فتح).

(*) وذلك لأنه لا دخول فيوجب مهر المثل، ولا نكاح فيفرض المهر. قال في البرهان: أما إذا اختلفا قبل الدخول والطلاق فلها أن تمتنع منه حتى يوفي مهر مثلها أو يبين عليها أنها قد

رضيت بما ادعاه. (بستان) (قرئ).

(٧) أو الموت. (قرئ).

(٨) وذلك لأنه يدعي خلاف الظاهر. (بستان).

(*) وهو قوله في الأزهار: «ونقصانه».

بينت سقطت عنها اليمين^(١)، وإن بينا حكم لها بما ادعت حملا على عقدين تخلل بينهما دخول وطلاق^(٢)؛ إذ لو لم يتخلل بينهما طلاق بائن حول في الزائد ووجب نصفه مع الأقل^(٣)، وإن تخلل بينهما طلاق من غير دخول ووجب لها بالعقد الأول ربع الأقل وربع الأكثر، وبالعقد الثاني نصف هذا ونصف هذا^(٤). قلنا: فإن أضافا إلى وقت واحد أو تصادق الزوجان أنه لم يقع إلا عقد واحد بطلنا^(٥) ووجب مهر مثلها^(٦) مع يمينها.

(١) الأصلية، لا المردودة والمؤكدة. اهـ يقال: لا رد هنا، فلا معنى للتقييد إلا حيث يصح الرد. (شامي).
 (*) لأنها تشهد بالتحقيق، لا إذا شهدوا على الظاهر فإنها لا تسقط؛ كأن يقيم بينة من الشيء في يده أنه له فإنها لا تسقط. (غيث).

(*) الأصلية والمؤكدة. (قرن).

(٢) بائن. (قرن). أو رجعي وقد انقضت العدة. (قرن).

(٣) وذلك لأن العقد الثاني يكون زيادة في المهر الأول إن كان هو الأكثر، أو نقصاناً من الأول إن كان هو الأقل، ومع التباس المتقدم منهما يحول في الزيادة، فيجب نصفها مع الأقل، (بستان بلفظه). وقيل: تستحق الأكثر؛ لأنه زيادة. (شامي، وحيث).

(*) هلا يقال: يجوز تأخر الأقل، والأصل براءة الذمة، ولا تحویل على من عليه الحق، فلينظر.

(*) فإن كان بأكثر فهو زيادة^[١] في المهر، وإن كان بأقل فهو نقصان منه، فيحول في الزائد هنا، يعني إن تقدم ووجب، وإن تأخر فلا شيء، فيجب نصفه، والله أعلم.

(٤) لأنه إن تقدم الأقل فنصفه، وإن تأخر فلا شيء، وإن تقدم الأكثر فنصفه، وإن تأخر فلا شيء، على حالين يلزم نصف ذلك، وهو ربع الأقل وربع الأكثر.

(*) وذلك لأنها تستحق بالعقد الأول في حال نصف الأقل وفي حال نصف الأكثر، وبالعقد الثاني تستحق الأقل كله في حال والأكثر كله في حال، وهو بناء على أنه دخل بها بعد العقد الثاني؛ ولهذا استحققت نصفها. (بستان لفظاً).

(*) بالدخول أو ما في حكمه.

(*) وهذا بناء على أنها اختلفا بعد الدخول في هذا العقد الثاني.

(٥) وقيل: يحكم بينة من هي عليه في الأصل، وهو الزوج.

(٦) بعد الدخول.

[١] وقال في البيان: يلغو ولا يكون زيادة.

الثاني: أن يدعي الزوج قدر مهر مثلها وهي أكثر منه، فالبينة عليها^(١)، وإن بين سقطت عنه اليمين، وإن بينا حكم لها ببيتها حملاً على عقدين كما تقدم، إلا أن تتكاذبا كما مر بطلتا ووجب مهر المثل^(٢) مع يمين الزوج.

الثالث: أن يدعي جميعاً دون مهر مثلها، لكن هي تدعي أكثر، فالبينة عليه، وإن بينا حكم لها كما مر.

الرابع: أن يدعي جميعاً فوق مهر مثلها، لكنها تدعي أكثر، فالبينة عليها، وإن بينا حكم لها كما مر^(٣).

الخامس: أن تدعي الزوجة فوق مهر مثلها وهو دونه^(٤)، فكل واحد منهما مدع ومدعى عليه، أيها بين حكم له، وإن بينا جميعاً حكم لها حملاً على عقدين^(٥) بينها دخول وطلاق^(٦) كما مر، وإن تكاذبتا بطلتا ووجب مهر المثل^(٧)، وإن لم يبين أيهما فمن حلف^(٨) ونكل صاحبه حكم له، وإن حلفاً أو نكلاً حكم بمهر مثلها. وقيل^(٩): إذا نكلا فكأن كل واحد منهما قد أقر بما ادعاه

(١) وذلك لأنها تدعي خلاف الظاهر، والظاهر معه. (بستان).

(٢) بعد التحالف أو النكول.

(٣) حملاً على عقدين بينهما طء وطلاق بائن.

(٤) وهو قوله في الأزهار: «فإن ادعت أكثر وهو أقل».

(٥) إذ لو حمل على عقد واحد تكاذبتا وبطلتا، ولو حمل على عقدين من غير طء لكان الثاني إما خطأ إن كان بأقل أو زيادة إن كان بأكثر. (زهور).

(٦) بائن. أو رجعي وانقضت العدة. (قررو).

(٧) مع الدخول. (قررو).

(*) بعد التحالف. (قررو).

(٨) الأصلية والمردودة، أو الأصلية مع نكول صاحبه. (قررو).

(٩) هذا القول للسيد أحمد بن علي بن أبي الفتح الديلمي^[١]، ومثاله أن تدعي الزوجة ألفاً ومائتين، ويدعي الزوج تسعمائة، ومهر المثل ألف، فقد أقرت له بمائة وأقر لها بمائتين، فينقص إقرارها من إقراره ويجب لها إحدى عشرة مائة، وعلى هذا ففسر، والفقهاء يحیی البحيح روى هذا عن بعضهم وضعفه. (بستان).

[١] وقبره في هجرة بني فاضل. مشهور في كهال غربي دمار.

صاحبه، فإن استوى^(١) ما أقرا به وجب مهر مثلها، وإن اختلفا أسقط الأقل منهما من الأكثر، وما بقي منه^(٢): فإن كان زيادة^(٣) زيد على مهر المثل، وإن كان نقصاناً^(٤) نقص منه.

فرع: وحيث يخلفان جميعاً يبدأ الحاكم بتحليف أيهما شاء^(٥)، ويمين الزوج على القطع إن كان عقد لنفسه، وإن كان عقد له غيره فعلى العلم، ويمين الزوجة على العلم إن لم تحضر العقد، وإن حضرته فعلى القطع^(٦). وقال الأمير الحسين والفقهاء يحمي البحيح: بل على القطع مطلقاً فيهما جميعاً.

فرع: فإن كان المدعي للمهر ورثة الزوجة أو ورثة ورثتها على الزوج أو على ورثته: فإن كان اختلافهم في قدر المهر فكما مر، وإن اختلفوا في بقائه على الزوج أو على ورثته فحيث يدعي ورثتها شيئاً معيناً^(٧) في يد الزوج أو ورثته فعليهم

(١) ومثال الاستواء أن يكون مهر مثلها ألفاً وتدعي ألفاً ومائتين، ويدعي الزوج ثمانمائة، فبنكوله كأنه أقر بما ادعت، وهو زيادة مائتين، وبنكولها كأنها أقرت بما ادعاه، وهو نقصان مائتين أيضاً، فهما مستويتان المائتان. (بستان).

(*) لعله يعني بالاستواء في القيمة. يعني حيث كان قيمياً.

(٢) في (ب): ونظر فيما بقي منه: فإن كان من الزيادة زيد على مهر مثلها، وإن كان من النقصان نقص منه.

(٣) ومثال الزيادة أن تدعي ألفاً ومائتين ويدعي تسعمائة، ومهر المثل ألف، فقد أقرت له بمائة وأقر لها بمائتين، فينقص إقرارها من إقراره، ويجب لها إحدى عشرة مائة. (زهور).

(٤) ومثال النقصان أن تدعي أحد عشر، وهو يدعي ثمانية، ومهر المثل عشرة، فبنكوله لزم دينار، وبنكولها لزم نقصان دينارين، فيسقط واحد بواحد، ويبقى واحد مما أقرت به ينقص من مهر المثل، وعلى هذا فقس.

(٥) وتكون اليمين على نفي ما ادعاه الآخر. (قرير).

(٦) القياس أن يمينها على العلم مطلقاً؛ لأنها على فعل الغير، وهو ظاهر الأزهار في قوله: إلا على فعل غيره فعلى العلم. اهـ ويأتي مثله في البيع والقسمة.

(*) والمختار أنها على فعل غيرها فتكون على العلم مطلقاً. (شامي).

(٧) وكذا في الزوجة لو ادعت التعيين، فما وجه تخصيص الورثة؟ والله أعلم.

البينة أنها خلفته ميراثاً لهم^(١)؛ لأن يد الزوج أو ورثته ثابتة عليه، وحيث يدعون مهرها ديناً فالقول قولهم في بقاءه على الزوج؛ لأنه ليس ثمة ظاهر يمنع من ذلك^(٢)، ذكر معناه في الشرح، ومثله في التذكرة في كتاب الشهادات فيمن بين على شيء أنه كان لأبيه وليس عليه يد لأحد أنه يحكم به له^(٣)، فكذا يأتي في الدين. وقال الفقيه يوسف: إن عليهم البينة بأنها خلفته لهم ميراثاً^(٤).

مسألة: وإذا اختلف الزوجان^(٥) أو الغريم وصاحب الدين في اليسار والإعسار فالبينة على مدعي الإعسار^(٦)، إلا أن يعرف من ظاهر أحواله الإعسار فالقول قوله مع يمينه. وقال في الفنون: البينة على مدعي اليسار. وهكذا^(٧) فيمن ادعى الإعسار لتجب نفقته على قريبه الموسر^(٨).

(١) أو أنها كانت تملكه إلى أن ماتت، وإن كانوا ورثة ورثتها بينوا بذلك وبأن ورثتها خلفوه لهم ميراثاً، أو كانوا يملكونه إلى أن ماتوا. (بستان بلفظه).

(٢) بل قد يعرض ما يفيد الظاهر من الأمارات العرفية القوية المرجحة للانتقال عن الأصل، كمن طلق طلاقاً بائناً مع غنى الزوج فإن العرف والعادة جاريان من أنه متى وقع الفراق بين الزوجين لم يكن بد من التخلص من المهر وغيره، لا سيما مع حاجة الزوجة وعدم الحمل لها على السكوت، فيكون الظاهر مع الزوج أو ورثته؛ لأن الظاهر مقدم على الأصل، هذا معنى ما أجاب به القاضي عبدالقادر البدري، وأقره سيدنا إبراهيم خالده رحمته الله.

(٣) من غير تكميل.

(٤) قال في البرهان: هكذا أفتى به مراراً، لكن لما وقف على كلام الشرح حال قراءتنا عليه فيه استحسنة ورجحه. (بستان بلفظه).

(٥) الأزهار: «والبينة على مدعي الإعسار للإسقاط».

(٦) لأنه يدعي التأجيل. (زهور).

(*) بعد حبسه حتى غلب الظن بإفلاسه ويمينه. (قررو).

(*) وذلك لأنه يروم إسقاط حق واجب عليه في الحال، وهو القضاء. وحجة الفنون: أن الأصل العسر، واليسر طار. (بستان).

(٧) يعني البينة على مدعي الإعسار.

(٨) وتقبل من غير حبس هنا. (قررو).

مسألة: من تزوج نكاحاً فاسداً فلها أن ترافعه إلى الحاكم ليحكم بصحته أو بطلانه؛ لأن لها في ذلك حقاً^(١)، فإن حضر وسكت لم يكلف الإجابة، بل تقيم البينة عليه، وإن لم يحضر وامتنع بينت^(٢) وحكم الحاكم^(٣) بمذهبه، لكن لا تسمع بيئتها إلا حيث شهدوا على إقرار الزوج أنه ما عقد عليها إلا هذا العقد الفاسد، فإن شهدوا بأنه عقد بها فاسداً لم يحكم بها؛ لأنه يحمل على السلامة أنه قد جدد عقداً صحيحاً، ذكره المؤيد بالله^(٤)، وقال الإمام يحيى: بل يحكم بها كما في سائر العقود.

فرع: قال المؤيد بالله: وإذا بين مدعي صحة النكاح^(٥) لم يحكم له الحاكم حتى يصفوا له العقد؛ لجواز أنه صحيح عندهم لا عند الحاكم، قال الفقيه حسن: إلا إذا هم من أهل البصيرة والموافقة في المذهب قبلت شهادتهم بالصحة مجملة.

مسألة: ومن ادعى أنه وكيل لغيره بالتزويج جاز العمل بقوله ما لم يظن كذبه^(٦)، فإن تشاجروا بعد ذلك فالظاهر عدم الوكالة وأن العقد موقوف على الإجازة، ومن فسخه^(٧) صح فسخه ما لم تثبت الوكالة.

(١) وهو الإحصان، والإحلال لمن قد طلقها ثلاثاً، وكمال المهر المسمى. (بستان).

(٢) في وجه منصوب.

(٣) بعد أن ينصب الحاكم عن الغائب من يدافع عنه.

(٤) وعليه الأزهار بقوله: «والإقرار بفساد نكاح إلا مع نفي غيره...».

(٥) هذا مستقيم على أصل المؤيد بالله أن عليه البينة، وأما عندنا فالقول قوله، ولو بين لم تسقط عنه البيين؛ لأنها غير محققة. (حديث). وقيل: بل تسقط.

(٦) مع العدالة. (قررو).

(*) المختار لا بد من الظن بصدقه^[١]. (حديث معني). ومثله في هذا الكتاب في الضروب.

(٧) في (ب): ومن فسخه قبل الإجازة صح فسخه.. إلخ.

[١] مع عدم العدالة. (قررو).

فصل: في استبراء الإمام

إذا كانت الأمة مزوجة ولو قبل الدخول أو معتدة^(١) أو حاملا من غير سيدها لم يجب استبراؤها؛ لأنه لا يجوز وطؤها، وإن لم تكن كذلك لم يجز لمالكها إخراجها عن ملكه إلى ملك غيره بوجه حتى يستبرئها^(٢) من بعد ما أراد نقلها عن ملكه، إلا للعتق^(٣) والوقف^(٤) فلا استبراء، ولا فرق بين الصغيرة^(٥) وغيرها، خلاف الناصر في الطفلة^(٦). ولو كان المالك لها امرأة. وقال زيد بن علي والمؤيد بالله والشافعي: لا يجب الاستبراء لإخراجها عن ملكه. قيل: إلا إذا كان قد وطئها وجب عندهم، ذكره في البيان والتذكرة والشيخ عطية، وقال أبو جعفر - وهو مفهوم الشرح -: لا فرق. وكذا إذا أراد تزويج الأمة وجب استبراؤها عندنا والشافعي، خلاف الوافي، وعلى أصل المؤيد بالله قولان^(٧).

مسألة: ومن تجدد له الملك^(٨) على أمة بشراء أو هبة أو إرث أو سبي أو

(١) إذا كانت العدة عن دخول لا خلوة. وذكر في الذويد ولو غير مدخولة، وهو ظاهر المذهب.

(٢) قيل: إلا السيد إذا سلمها بجنايتها^[١]، وكذا بالشفعة إذا كانت بالحكم فلا استبراء.

(*) فلو كانت المبيعة ختنى لبسة سل؟ لعله لا يجب استبراؤها. (قررد).

(٣) وكذا بيعها من نفسها، أو ممن تعتق عليه، ذكره الفقيه يوسف. اهـ ويأتي على قول الفقيه حسن أنه يجب كما منع التفريق بذلك، وهو الأصح.

(٤) وكذا الأمة المنذور بها المعلق على شرط، وكذا الأمة الموصى بها فلا استبراء. (قررد).

(٥) ولو رتقاء. (قررد).

(٦) يعني التي لا تصلح للجماع فلا يجب استبراؤها عنده والمنصور بالله. قلنا: هو تعبد، فلا فرق بين من تصلح للوطء وبين من لا؛ ولأن العلة إباحة البائع للوطء وإن تراخى وطء الصغيرة. (بستان).

(٧) الأظهر منها الوجوب على الزوج؛ لأن الزوج لا يتسبرئ، بخلاف البائع؛ لأن المشتري يستبرئها بعد الشراء؛ ولهذا وافقنا الشافعي في التزويج وخالفنا في البيع.

(٨) ولو بالقسمة. (قررد). لا للقسمة. (قررد).

[١] وقيل: يفصل في الأمة، فإن جنت فيها يوجب القصاص فلا استبراء؛ لأن الخيار إلى المجني عليه، وإن جنت جناية لا توجب القصاص وجب الاستبراء؛ لأن الخيار إلى السيد. و(قررد).

غيره^(١) لم يحل له وطؤها ولا تزويجها حتى يستبرئها، وكذا يبيعها^(٢)، خلاف المؤيد بالله، قال الفقيه حسن: إلا حيث اشتراها لبيعها فلا يجب استبراؤها وفاقاً^(٣). وكذا في المشتركة إذا أراد أحد الشريكين نقل ملكه إلى غيره ولو إلى شريكه فإنه يجب الاستبراء، ذكره في البحر والسيد يحيى بن الحسين. وكذا فيمن أراد نقل بعض أمته إلى غيره.

فرع: والحيلة في سقوط^(٤) استبراء المشتري ونحوه أن مالكتها يستبرئها ثم يزوجه ثم يبيعها ثم يطلقها الزوج قبل الدخول بها، فيجوز للمشتري وطؤها^(٥)؛ لأنه اشتراها مزوجة، ولو كان المشتري هو الزوج^(٦).

مسألة: والاستبراء يكون بشهر في الأيسة^(٧) يكف عن وطئها فيه، أو بوضع الحمل في الحامل من زنا^(٨)، أو بحيضة في ذات الحيض، وتعتبر الحيضة

(١) وأما تملك الأمة بالقسمة فلا يحتاج إلى استبراء، فمن صارت حصة له استبرأ للوطء أو نحوه من يوم تملكها بالقسمة، والله أعلم. (حاشية سحولي لفظاً) (قررو).

(٢) والعبرة بمذهب البائع في وجوب الاستبراء وعدمه. (قررو).

(٣) بناء منه على أن النخاسين لا استبراء عليهم.

(*) وذلك لما في الخبر: ((ألا لا توطأ حامل.. إلخ))، فمنع الوطء لا البيع. (بستان).

(*) المذهب وجوب الاستبراء.

(٤) وفائدتها عند الهدوية سقوط الاستبراء عن المشتري إذا أراد بيعها وهي مزوجة فإنه لا يحتاج إلى استبراء، وكذا لو اشتراها وهي مزوجة وطلقها الزوج قبل الدخول جاز له الوطء من غير استبراء، وعلى قول المؤيد بالله لا يظهر لها فائدة. (حاشية سحولي).

(٥) المختار وجوب الاستبراء للوطء، لا للبيع فيجوز قبل الطلاق. (سيدنا سعيد الهبل). وهو فائدة الحيلة عند الهدوية، وقد ذكر معنى هذا في الغيث.

(٦) ويطؤها بالملك ولو في عدة طلاقه، ذكره الأزهار.

(٧) والمستحاضة الناسية لوقتها وعددها أو وقتها (قررو).

(*) والصغيرة والضحايا. (قررو).

(٨) هذا للوطء، لا عقد النكاح^[١] أو البيع فيجوز.

(*) ذكر هذا الفقيه يحيى البجيج، وظاهر المذهب خلافه، وهو أنه لا استبراء للبيع كما هو صريح الأزهار.

[١] ينظر في قوله: لا عقد النكاح؛ فالمقرر أن الأمة الحامل من زنا لا يجوز العقد بها إلا بعد الوضع كما في حواشي شرح الأزهار.

من أولها إلى آخرها حتى تطهر وتغتسل أو تيمم أو يمضي عليها آخر وقت صلاة^(١) بعدما طهرت، فيجوز البيع والتزويج، لا الوطء حتى تغتسل أو تيمم. فلو انقطع حيضها لعارض^(٢) فبأربع سنين، رواه في التقرير عن الهادي، وقال المؤيد بالله: بأربعة أشهر وعشر^(٣)، وقال الناصر ومالك: بثلاثة أشهر، وقال أبو حنيفة: بستين.

فرع: والاستبراء لا يحتاج إلى نية^(٤)، خلاف المنصور بالله. ولا يكتفي بحيضة اشتراها فيها^(٥)، خلاف الناصر. ويكتفي بحيضة بعد الشراء وقبل قبضها^(٦)، خلاف أبي حنيفة. ويكتفي بحيضة في مدة خياره وحده، لا حيث الخيار لهما أو للبائع.

مسألة: والاستمتاع في غير الفرج^(٧) حال استبراء البائع ونحوه لا يمنع من صحة الاستبراء، وأما المشتري ونحوه فلا يجوز له ذلك في مدة استبرائه لها ولو بلمس أو تقبيل أو نظر لشهوة، ذكره في الأحكام وزيد بن علي والناصر والمؤيد بالله، وقال في المنتخب والقاسم وأبو طالب وأبو العباس: يجوز الاستمتاع إذا كانت

(١) اضطراري^[١]، ذكره الفقيه يحيى البحيح. (زهور). تأخيراً، ذكره في الشرح. (قرئ).

(٢) معروف أو غير معروف. (قرئ).

(٣) وكذا ناسية الوقت والعدد أو الوقت فبأربعة أشهر وعشر. وظاهر الأزهار ياباه، وهو أنها تستبرئ بشهر، وهو المذهب. (قرئ).

(*) والوجه أن هذه المدة التي يتبين فيها الحمل، وكان القياس هكذا في العدة إذا انقطع الحيض، لكن الآية منعت، وهي قوله تعالى: ﴿ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٧]. (زهور).

(٤) ولا يبطل الاستبراء بالإضراب ما لم يطأ بعده. (حاشية سحوي لفظاً) و(قرئ). ولو استبرأ لأمر جاز أن يفعل غيره، كالتزويج وقد استبرأ للبيع. (حاشية سحوي) و(قرئ).

(٥) لأنها بعض حيضة. (زهور).

(٦) في عقد صحيح. (قرئ).

(٧) فأما الوطء فيمنع من صحة الاستبراء^[٢]. فأما الجواز فذلك جائز. و(قرئ).

[١] وهو ما يسع أربع ركعات. (قرئ).

[٢] فيستأنف. و(قرئ).

آيسة^(١) يعلم^(٢) أن لا حمل معها، وقال المنصور بالله: يجوز ما لم يتبين حملها.
ولا يجوز للزوج أن يستمتع من زوجته حيث حملت من وطء شبهة^(٣)، وكذا في
الأمة المملوكة، وكذا الحامل من زنا، خلاف السيد يحيى بن الحسين فيها^(٤).
مسألة: وإذا وقع البيع قبل الاستبراء فهو فاسد^(٥)، وقال السيد يحيى: بل
باطل، وقال الناصر: يصح مع الإثم. وكذا إذا زوجت^(٦)، لكن الناصر يقول:
لا يحل للزوج وطؤها حتى يستبرئها.
مسألة: ومن اشترى أمة ثم أعتقها جاز له أن يتزوجها من غير استبراء،
لكن لا يدخل بها إلا بعد الاستبراء^(٧). وقال الشافعي: لا يجوز التزويج حتى
يستبرئ، وقال أبو حنيفة: يجوز التزويج والدخول بغير استبراء.
قال الفقيه يحيى البحيح: وكذا له أن يزوجه غيره عقيب العتق والشراء،

-
- (١) لصغر أو كبر. اهـ. ولفظ البحر: مسألة: فأما التي لا يجوز حملها لصغر أو كبر فله الاستمتاع؛
لعموم قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾ [المؤمنون ٦]. (بلفظه).
(٢) أو يظن. (قرئ).
(٣) أو لم تحمل. و(قرئ).
(*) قد تقدم في البيان: وإن لم تحمل في قوله: «مسألة: والوطء على ثلاثة أضرب». وعبارة
البحر: ومن وطئت بشبهة حرة أو أمة استبرأها من هي تحته حفظاً للنسب.
(٤) وفي الأزهار: «والحامل تستبرئ للوطء»، ظاهره لا للاستمتاع.
(٥) وأما الهبة والنذر والصدقة قبل الاستبراء فباطلة لا فاسدة. اهـ لأن أهل المذهب لم يذكروا
فيها إلا صحيحاً وباطلاً، وهذا هو المختار. ولفظ البيان في الهبة: وأما هبة الأعيان إذا كانت
فاسدة وقبضها المتهب بإذن الواهب فلعلها تكون إباحتها وفاقاً. (بلفظه من أول الهبة). بناء
على أن فاسد الهبة باطل. (حديث).
(٦) مع الجهل يكون فاسداً، وباطلاً مع العلم. (قرئ).
(٧) وعليه الأزهار بقوله: «ولو لمعتق عقيب شراء ونحوه».
(*) يقال: لو اشترى رجل أمة ثم وطئها قبل يمضي عليها حيضة فحبلت من الوطاء هل يمنع
من وطئها أو لا؟ ينظر. الظاهر أن الوطاء ممتنع، ولعله يفهمه الأزهار بقوله: «ولهم
الاستمتاع في غير الفرج إلا مشترئاً ونحوه.. الخ، وفي الظهار: «فإن فعل كف»، فهو يشبه
ما هنا. (من خط سيدنا حسن عليه السلام) ومثله لسيدنا زيد.
(*) وعليه الأزهار بقوله: والمعتقة للوطء.. الخ.

ولا يقع دخول إلا بعد الاستبراء، وقال الفقيه علي: لا يجوز تزويجها بغيره إلا بعد الاستبراء.

مسألة: والأمة المسيية كالمشترأة^(١) في الاستبراء ولو كانت ذات زوج، فتكفي حيضة؛ لظاهر الحديث فيها^(٢).

مسألة: ولا يجوز التفريق في الملك بين الكبير والصغير من الأرحام المحارم من الرقيق إلا بالعتق^(٣)، وإلا في الحمل حيث استثنى^(٤) أو نذر به أو أصي به أو جعل عوض خلع. وحد الصغير إلى البلوغ^(٥)، وقال المنصور بالله وأحد قولي الناصر: إلى سبع سنين. وقال الباقر وأبو حنيفة: يجوز التفريق مطلقاً. وقال الشافعي: يجوز في غير الوالدين وأولادهما. وقال المنصور بالله: إذا رضي الكبير جاز. وقال في الكافي: إذا بقي مع الصغير أحد الكبار جاز.

فرع: فلو وقع التفريق بالبيع فقال الفقيه يحيى البحيح: يكون فاسداً، وقال السيد يحيى بن الحسين: باطلاً. ولا فرق في التفريق بين كل الرقبة أو بعضها. وأما التفريق بينهم في الأبدان مع اتفاق الملك فيجوز، ما لم يحصل الضرر به^(٦).

(١) المسيية هي الأصل، والنص فيها في سبايا أو طاس، والمشترأة مقيسة عليها.

(٢) يعني: في سبايا أو طاس، فإنه لم يفصل بين المزوجة وغيرها. (بستان). وهو قوله صلى الله عليه وآله: ((لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة)).

(٣) والوقف. (قرئ).

(*) وكذا القسمة، ذكره الإمام شرف الدين^[١] وشارح الفتح في البيع، وقال في الذويد: لا يجوز. وهو ظاهر الأزهار.

(٤) قال الفقيه محمد بن سليمان: لكن يحكم ببقائه مع أمه إلى وقت جواز التفريق، وهو بلوغ الصبي وإفاقة المجنون، هذا هو المذهب. (نجري). والذي في البيان في البيع: ولا يكون من التفريق المنهي عنه.

(٥) كما في الأزهار: حتى يبلغ الصغير.

(٦) وقيل: ولو حصل الضرر به، وهو ظاهر الأزهار في البيع. و(قرئ).

(*) كطول الحزن أو عدم النوم أو الأكل، لا نفس الفقد والشوق لرؤيته.

[١] لأن منعها يؤدي إلى منع ما أباحه الشرع من مصير الحق إلى مستحقه. (شرح فتح).

مسألة: من باع أمة ثم استقال فيها فعليه استبرأؤها^(١) بعد عودها إلى ملكه^(٢)، وأما المشتري قبل الإقالة فعلى قول المؤيد بالله لا يجب^(٣)، وعلى قول الهادي قال الفقيه حسن: يجب^(٤) وفاقاً، وقال أبو مضر: لا يجب. وسواء كانت الإقالة بعد قبضها أو قبله، وروى في الكافي عن زيد بن علي والقاسم والناصر والمؤيد بالله أن الإقالة قبل القبض لا تصح، بل تبقى على ملك المشتري.

مسألة: وإذا ردت الأمة المشتراة بخيار الشرط أو الرؤية لم يجب استبرأؤها^(٥)، وإن ردت بالعيب^(٦) أو بالفساد فقبل قبضها لا يجب، وبعده يجب إن ردت بالتراضي، لا بالحكم.

مسألة: وإذا بيعت أم الولد أو المدبرة لا لعذر ثم ردت للفساد فعلى قول الهادي: البيع باطل^(٧) فلا تستبرأ، وعلى قول المؤيد بالله وأبي طالب: إنه فاسد

(١) وذلك لأنه تجدد له ملك عليها. وأما المشتري فلا يجب عليه عند المؤيد بالله؛ لأنه لا يوجب للبيع بل للوطء، وعلى قول الهادي عليه السلام قال الفقيه حسن: يجب؛ لأنه ابتداء تملك للغير، وقال أبو مضر: لا يجب؛ كالرجوع في الهبة فلا استبرأ على المتهب. (بستان).

(٢) إذا أراد بيعها أو تزويجها أو وطأها.

(٣) لأنها فسخ كالرجوع في الهبة عنده.

(٤) كما في الأزهار.

(*) فأما لو كانت الإقالة من البائع للمشتري فلا يحتاج البائع إلى استبرأ؛ لأنه لا ملك له وقت الإقالة، وإنما يستبرئ للوطء إذا أراد؛ لتجدد ملكه، لا لإقالته للمشتري، وأما المشتري^[١] فلا يحتاج إلى استبرأ كما لو رجع الواهب في الهبة لم يحتج المتهب إلى استبرأ، فلا يتصور في حقها، لكن يقال: المتهب لا اختيار له في ذلك، بخلاف هذا، فينظر. والله أعلم.

(٥) ظاهره ولو قد وطئها المشتري ما لم تعلق، لكن يقال: قد بطل به الخيار؛ لأنه يبطل خيار الرؤية وخيار الشرط بالوطء أو أي مقدماته على الصحيح. اهـ هذا صحيح في خيار الرؤية والشرط حيث الخيار له وحده، لا للبائع وحده، فتأمل. اهـ فإذا وطئها المشتري في مدة خيار البائع فالقياس أنه وطء شبهة يلزم البائع الاستبرأ كما تقدم في مسألة: والوطء على ثلاثة أضرب.. الخ، وقد قرر في البيان فيما يأتي في الفرع قبيل باب الفراش أنه يسقط الحد عن المشتري، فجعله وطء شبهة، والله أعلم. (من خط سيدنا حسن).

(٦) المجمع عليه. (قررد).

(٧) فيها. (قررد).

مع الجهل بالتحريم فيجب الاستبراء إن ردت بالتراضي، لا بالحكم.
مسألة: ومن أراد هبة أمته وجب استبراؤها، وإذا رجع في الهبة وجب استبراؤها^(١)؛ لأنه ملك جديد.

مسألة: ولا يجب استبراء في تجدد اليد مع بقاء الملك، كالأبقة والمرهونة والمؤجرة والمعارة والمغصوبة إذا رجعت، وكذا فيمن تجدد عليها حل الوطاء، كالكافرة أسلمت^(٢)، والمزوجة طلقت قبل الدخول، والتي تحتها أختها زوجة فطلقها بائناً، أو سرية فباعها بيعاً لا سبب فيه للرد.

مسألة: ومن أراد شراء أمة جاز له النظر إلى ما فوق السرة منها وما تحت الركبة^(٣)، ما لم تقارنه شهوة. وأجازه في الوافي والكرخي مع الشهوة.

(١) للوطء، فلا يطؤها إلا بعد الاستبراء.

(*) إذا أراد بعد الرجوع الوطاء أو البيع أو التملك أو التزويج، وأما لنفس الرجوع فلا يجب.

(٢) وكذا المكاتبه إذا رجعت في الرق. (قرئ).

(٣) لقوله ﷺ: ((من أراد شراء جارية فليُنظر إليها إلا إلى عورتها، وعورتها ما بين عقد الإزار وركبتها)). (بستان).

(*) ولعل وجه ذكر المسألة لأجل الخلاف المذكور، وإلا فالمشترى وغيره على سواء في ذلك.

فصل: في وطء الإماء اللاتي لا يحل وطؤهن

وهن على خمسة أقسام:

الأول: يحد واطئهن مع العلم والجهل، ولا يلحق به النسب، وهن: المغصوبة، والمودعة، والمستعارة للخدمة^(١)، والمستأجرة^(٢)، وأمة الزوجة التي ليست مهرها أو هي بعد قبضها، وأمة الأب وأمة الأم، وأمة المزوجة^(٣)، وقال الإمام يحيى: لا يحد فيها مطلقاً^(٤)، ولا في أمة الأبوين مع الجهل^(٥). وهو أحد قولي أبي طالب.

الثاني: لا يحد واطئهن مع العلم والجهل، بل يعزر مع العلم بالتحريم، ويلحق به النسب، وهن: أمة المكاتب^(٦) أو الكافرة أو الحائض أو المحرمة^(٧) أو المشتراة قبل أن يستبرئها، وأمة الابن^(٨)، والمشاركة، والمشتراة فاسداً بعد قبضها، وأما قبل قبضها فلعلها تكون من القسم الثالث^(٩)، والمرهونة في حق

(١) أو مطلقاً. (هاجري).

(٢) للخدمة.

(٣) والمعتمدة.

(٤) يعني لا مع العلم ولا مع الجهل، وهذه رواية الكتاب والبرهان والكواكب عن الإمام يحيى، وعنه في البحر أنها في حق المالك كالمرهونة في حق الراهن: يحد مع العلم لا مع الجهل، وهو هكذا في الانتصار، حيث قال عليه السلام: لأن الملك باق للسيد والراهن، لكن عرض حق الزوج والمرتهن، فيحد مع العلم لا مع الجهل. قال الإمام المهدي عليه السلام في البحر: قلت: وفي القياس نظر؛ لأن الراهن مالك وليست محصنة، فلا يحد علم أو جهل. (بستان بلفظه).

(٥) قال: ويلحق النسب فيعتق الولد.

(٦) والممثول بها. (شرح فتح) (قرير).

(٧) بإذنه. (زهور). (قرير).

(٨) إذا كان الأب حرّاً. وقيل: لا فرق. وهذا إذا لم يكن الابن قد وطئها ولا فعل فيها شيئاً من المقدمات. (قرير). ومثله في شرح الأزهار.

(٩) وظاهر الأزهار أنه لا ملك له في رقيتها. (حثيث، ومفتي). ولا شبهة ملك، يعني: فيحد مطلقاً.

الراهن، وأمة المكاتب في حقه وحق سيده أيضاً قبل عتقه، وأمة المضاربة بعد حصول الربح^(١)، وأتمته الرضيعة^(٢) أو المظاهر منها^(٣) أو المطلقة ثلاثاً أو التي تحته أختها زوجة أو سرية، وكذا الزوجة المطلقة بائناً حيث التبست^(٤).

فرع: ووطء المكاتبه يوجب لها الخيار^(٥) بين فسخ الكتابة^(٦) أو البقاء عليها ولها مهرها. وقال أبو حنيفة والشافعي: لا خيار لها إذا لم تعلق منه. قلنا: وإن علقت منه صارت أم ولد له تعتق بالأسبق من تسليم المال أو موت سيدها. وفي أمة الابن يجب مهرها إن لم تعلق من الوطاء الأول، ومتى علقت صارت أم ولد له، ويضمن قيمتها^(٧) لا قيمة ولدها؛ لأنه لا يستحق أخوه ملكه وهو حر أصل. وإن علقت من الوطاء الأول فلا مهر، خلاف الأزرقى والوافي^(٨). فإن

(١) فلو وطئها أحدهما بعد حصول الربح فلا حد، فأما قبله فيحل للراك^[١]، لا للعامل، فلو وطئها فقال في التذكرة: لا يحد. وقيل: يحد مع العلم لا مع الجهل. وقيل: يحد مطلقاً. (برهان).

(٢) وهل تثبت الرضيعة أم ولد أو لا؟ قياس المذهب أنها تثبت أم ولد، ولا يرتفع فراشها إلا بما يرتفع به فراش أم الولد. (سماع). وعلى ما اخترناه فيما مر أنه يرتفع بتأييد التحريم، فيكون مرتفعاً، فلا يحل له الوطاء بعد العلم. (شامي).

(*) وعن القاضي عامر: أما أتمته الرضيعة فيحد مع العلم والجهل.

(٣) يعني: حيث كانت الأمة زوجة له فظاهر منها ثم اشتراها، وكذا قوله: «أو المطلقة ثلاثاً».

(٤) بزواجته ثم وطئهن.

(٥) ولو معها الوفاء، فيتجدد لها الخيار مطلقاً. اهـ ومثله عن الفقيه حسن، خلاف الفقيه يحيى البحيح، وسواء كانت راضية أو مكرهة، ومثله في الزهور.

(٦) والصحيح أنه لا خيار لها مطلقاً، وقد ذكره في الأزهار في الكتابة: ويرده في الرق اختياره ولا وفاء عنده وعجزه فقط.

(*) ولا مهر لها.

(٧) يوم الوطاء ومكانه. (بحر). (قرير).

(٨) حجتنا: أن المهر قد دخل في قيمتها؛ لأن سبب وجوبها واحد، وهو الوطاء، كمن قطع يد رجل ثم مات من ذلك. وحجتها: أن الوطاء لا يخلو من حد أو مهر، وكالمشتركة؛ فإنه لما سقط الحد عن الشريك وجب عليه نصف العقر لشريكه. (بستان).

التبس هل عقلت من الوطاء الأول أو من الآخر وجب نصف مهرها، ذكره السيد يحيى^(١).

فرع: وفي الأمة المشتركة يلزم الواطئ لشريكه نصيبه من مهرها مطلقاً^(٢)، ومن قيمتها وقيمة ولدها إن عقلت، فقيمتها يوم عقلت، وقيمة ولدها يوم ولد، إلا أن يكون شريكه فيها أباه أو جده أو أخاه أو ابنه فلا شيء له من قيمة الولد؛ إذ لا يستحق ملكه.

فرع: وإذا اشترك الأب وابنه في أمة فولدت ولدا فادعياه لحق بهما معاً، وقال في التفريعات والحنفية: يلحق بالأب وحده؛ لأن جنبته أقوى^(٣). وكذا إذا وطئ الأب وابنه أمة الابن ثم ولدت وادعياه فجنبته الابن أرجح^(٤)، فيكون الولد له عندهم^(٥).
فرع: فلو وطئ الشريكان الأمة تقاصاً في المهر إن استويا في الملك والثبوبة^(٦)، وإلا ضمن صاحب الأقل لصاحب الأكثر بقدر الزيادة. فإن حبلت وادعيا

(١) المختار أنه لا يجب شيء؛ لأن الأصل براءة الذمة، ولأنه لا تحويل على من عليه الحق.

(٢) يعني: سواء عقلت أم لا؛ لأن المهر يجب بأول الوطاء، والاستهلاك فيها يكون بالعلوق؛ إذ الملك حاصل فيها من قبل الوطاء، بخلاف أمة الابن؛ ولهذا يجب نصف قيمتها لشريكه يوم حبلت، وفي أمة الابن تجب قيمتها يوم الوطاء الذي حبلت منه ومكانه أيضاً. نعم، وقيمة ولد المشتركة تكون يوم ولد؛ لأنه أقرب وقت يمكن تقويمه فيه. (بستان).

(٣) من حيث إن له ملكاً وشبهة ملك. (غيث). قلنا: لا حكم للأضعف مع وجود الأقوى كالشفعة.

(٤) لأن له ملكاً والأب شبهة ملك. وظاهر المذهب أنه لهما.

(*) وينظر في المسألة على الأصول؛ لأنه إن تقدم وطئ الابن فلا شبهة للأب، فيحد مطلقاً، وإن تقدم وطئ الأب فقد استهلكها بالوطئ المفضي إلى العلوق، فيحقق هل يصح مع اللبس أو ما الحكم. (سماح). ولو قيل: مع اللبس يحتمل ويحتمل، والأصل بقاء ملك الابن - لم يبعد، ويسقط الحد عن الأب للاحتمال، ولقوله ﷺ: ((إذا حصل في الحد لعل وعسى فقد سقط))، أو كما قال، والله أعلم. (شامي).

(٥) مع لبس المتقدم.

(٦) يعني: فأما لو كانت بينهما أثلاثاً فإنه يضمن صاحب الثلث لصاحب الثلثين سدس قيمتها وقيمة ولدها وثلث عقرها، ذكره في الكواكب. (بستان بلفظه).

الولد^(١) لحق بهما وتقاصا في قيمتها وقيمتها ولدها كما مر، وتكون أم ولد لها، فتعتق بموت الأول منهما^(٢) وتسعى للثاني في قيمة نصيبه منها على صفتها^(٣)، ويكون الولد ابناً لكل واحد منهما كاملاً، وهما له بمنزلة أب واحد، فيرث منهما^(٤) ميراث ابن كامل، وهما يرثان منه ميراث أب لهما معاً، وإن بقي أحدهما فقط ثم مات الابن الولد ورثه الباقي منهما ميراث أب كامل. ويجب للولد على كل واحد منهما نفقة وفضرة كاملة، ذكره الناصر والمؤيد بالله، وقال أبو العباس: نصفهما.

مسألة: وإذا ادعى الولد أحد الشريكين للثاني أن يدعيه متى شاء، إلا أن يعلم بدعوة شريكه له ولم يدعه في المجلس^(٥) بطل حقه منه^(٦).

مسألة: وإنما يلحق الولد بالشريكين معاً حيث لا مزية لأحدهما على الثاني، فلو كان أحدهما حراً والآخر عبداً لحق بالحر وحده؛ ليستفيد الحرية^(٧) وولاية الأب عليه. وكذلك إذا كان أحدهما مسلماً والثاني كافراً فإنه يلحق بالمسلم. فإن كان أحدهما عبداً مسلماً والآخر حراً ذمياً فقال الناصر والمؤيد بالله وأبو حنيفة: يلحق

(١) معاً في المجلس قبل الإعراض. و(قرئ).

(*) أي: ابتدئنا الدعوى في وقت واحد، وهذا حيث كانا حاضرين، فإن كان أحدهما غائباً فله مجلس الخبر. (شرح أزهار بلفظه).

(*) فإن كان أحد الشريكين مجنوناً ادعى له وليه كسائر الأحكام غير الطلاق، وذلك مع غلبة ظن الولي أنه منه، والله أعلم. (سماح شامي).

(٢) فلو ماتا جميعاً [في حالة واحدة] والتبس المتقدم^[١] منها قال الوالد ﷺ: فالأقرب أنه لا يضمن أيهما للثاني شيئاً، إلا على القول بالتحويل على من عليه الحق فيضمن كل واحد نصيب شريكه، ويتقاصان إن استويا، وإلا ضمن صاحب الأقل لصاحب الأكثر نصف الزائد... الخ. (بستان بلفظه).

(٣) يعني: أم ولد تعتق بالموت.

(٤) أي: من كل واحد ميراث ابن كامل.

(٥) قبل الإعراض. و(قرئ).

(٦) والوجه أن حق المتأخر يبطل بتراخيه بعد علمه كالشفيع.

(٧) في البرهان: ليستفيد الولاية، وإلا فهو حر، والله أعلم.

[١] فإن علم الأول ثم التبس فلعلها تسعى بالأقل من الحصتين ويقسم بينهما. (هبل). و(قرئ).

بالحر الذمي؛ ليستفيد الحرية^(١)، وقال أبو طالب والمنصور بالله والوافي: يلحق بالعبد المسلم؛ ليستفيد الإسلام، ويكون مملوكاً لمالك أمه^(٢)، قال الفقيه علي: أما لو كانت الأمة مسلمة لحق بالحر الذمي^(٣) وفاقاً، وصورة ذلك في أمة مشتركة بين حريين فوطئها معا فولدت ولداً، ثم دخل أحدهما في الذمة وسبي الثاني ثم أسلم، فيكون نصيبه فيها فيئاً لمن سبق إليه كسائر أملاكه، فإن لحق الولد بالحر الذمي كان حراً وأمّه أم ولد للذمي، ولا يضمن شيئاً^(٤)، وإن لحق الولد بالعبد المسلم بقي ملكاً^(٥)، فنصيب الذمي له، ومن سبق إلى أخذ نصيب العبد فيه هل الذمي أو غيره ملكه^(٦). وإن كان أحد الشريكين يهودياً والثاني نصرانياً لحق بهما معا^(٧).

مسألة: وإذا كان الشريكان ذميين والأمة مسلمة عزرا تعزيرين^(٨)؛ لكونها مسلمة، ولكونها مشتركة، فإن لم تعلق أمرًا ببيعها، وإن علق صارت أم ولد لها معا^(٩)، فتعتق بانقضاء العدة^(١٠).....

(١) قال الصعيتري: ليستفيد الولاية من الأب، وأما الحرية فالولد حر أصل؛ لأنها حال الوطء مالكان للجارية، فهو حر بكل حال على القولين جميعاً. (صعيتري). والمراد بالولاية وجوب النفقة فقط؛ إذ لا ولاية للكافر على ولده المسلم. (قررو).

(٢) والمذهب أنه يلحق بالمسلم، والولد حر أصل مطلقاً. (صعيتري). (قررو).

(٣) قال مولانا عليه السلام: وهذا صحيح؛ لأنه يجتمع له حظ الحرية والإسلام. (شرح أزهار بلفظه).

(٤) يعني الولد المدعى، وقيل: يعني الأب الذمي؛ لأن شريكه عبد.

(٥) بل حر أصل على ما قرره في شرح الفتح والصعيتري.

(٦) وأما الأمة فلم يذكرها في هذا الطرف، ولعل إغفاله لها أن الحر الذمي يدعي أنها أم ولد له

فتعتق بإقراره كعتق أم الولد في غير هذه الصورة. (مفتي).

(*) على القول بأنه مملوك. اهـ بل هو حر أصل.

(٧) قال سيدنا عامر: ولا توارث بينهم؛ لاختلاف الملة، فإذا بلغ ورث من حيث يختار، وأما قبل

بلوغه فإن مات هو كان ماله لبيت مالهم، وإن مات أحد أبويه فلا يرث منه؛ لأن الملة لا

تتبع. (عامر). و(قررو).

(*) وذلك لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر، ويحتمل أن لا يلحق بأيهما؛ لثلاث تثبت له أحكام

اليهود والنصارى، وهي متباينة. (بستان).

(٨) أي: يزداد في تعزيرهما.

(٩) مع الدعوة.

(١٠) وتستأنف عدة أخرى. (قررو).

وتسعى لهما في قيمتها^(١)، فإن أسلما كلاهما قبل انقضاء عدتها بقيت لهما، لا إن أسلم أحدهما؛ لثلاثا تبقى أم ولد لمسلم وكافر^(٢).

الثالث: يحد واطئهن مع العلم ولا يلحق به نسب الولد، ولا يحد مع الجهل بالتحريم ويلحق به نسب الولد^(٣)، وهن: الأمة الموقوفة إذا وطئها الواقف أو الموقوف عليه، واللقطة^(٤)، والمعمرة عمرى مؤقتة، والمباحة للوطء أو المعارة^(٥) له، والمطلقة بائناً في عدتها ولو كانت حرة^(٦)، وكذا المشترأة إذا استحقت بعد وطئها. ويجب المهر في الكل مع الجهل بالتحريم، لكن في الموقوفة إن وطئها الموقوف عليه فلا مهر عليه^(٧)؛ لأن منافعها له^(٨)، وإن وطئها الواقف فهو للموقوف عليه، وأما قيمة الولد مع الجهل فحيث الواطئ الواقف تكون للموقوف عليه، وحيث الواطئ الموقوف عليه تكون القيمة للواقف^(٩)، وأما

(١) يوم العتق. حاشية سحولي من العتق.

(*) على قدر الحصص. (قرر).

(٢) بل تعتق بانقضاء العدة، وتسعى لهما في قيمتها، إن لم يسلم الثاني في العدة.

(٣) ولا بد من الدعوة في هؤلاء الثمان الإماء، ومصادقة سيد الأمة أو البينة بالوطء. (نجري) (قرر). على الإقرار أو المفاجأة. و(قرر).

(٤) ولو حرة من دار الإسلام. (تذكرة، ووابل). ولو كان الملتقط عبداً. (قرر).

(٥) وكذا المستأجرة للوطء كما في الأزهار. (قرر).

(٦) لعله إذا عقد بها في حال العدة، وأما مجرد العدة من الطلاق البائن فليست بشبهة.

(٧) بل يلزم ويسقط؛ لأن الفرج لا يخلو من حد أو مهر. (عامر).

(٨) وهو من حملتها.

(٩) أو ورثته.

(*) فلو وطئها الواقف والوقوف عليه معا لحق نسبه بهما وتساقتا ضمان الولد^[١]، ولزم الواقف للموقوف عليه المهر، ولا شيء على الموقوف عليه. (سعيد الهبل).

(*) وفي الغيث: لا شيء عليه في المهر والقيمة جميعاً؛ لأنه لو وجب على غيره استحقه هو. اهـ. وعن القاضي عامر: يلزم المهر ويسقط؛ لأن البضع لا يخلو من حد أو مهر. (قرر).

[١] لعله على تبقية كلام البيان، والمختار لا شيء على الموقوف عليه. اهـ. بل يجب على الواقف نصف قيمة الولد للموقوف عليه.

مع العلم فيكون ولدها وقفاً^(١) مثل أمه سواء.

الرابع: يحد واطئهن مع العلم دون الجهل، ولا يلحق به نسب الولد في الحالين^(٢) معاً، وهن: الأمة المصدقة قبل قبضها على قول السيدين^(٣)، والمرهونة إذا وطئها المرتهن، قال الفقيهان يحيى البحيح وعلي: وكذا المستأجرة المضمنة^(٤)، لا المستعارة المضمنة فيحد مطلقاً^(٥).

الخامس: لا يحد واطئهن مع العلم والجهل، ولا يلحق به النسب في الحالين معاً، وهي المبيعة^(٦) إذا وطئها البائع قبل تسليمها، فيثبت للمشتري الخيار في الفسخ^(٧)، فإذا ردها عتق ولدها؛ لإقرار البائع أنه ابنه^(٨). قال المنصور بالله: وكذا الأمة المنذور بها^(٩) والمتصدق بها قبل تسليمها. قلنا: وكذا الأمة

(١) لأنها وقف، وفوائد الوقف وقف.

(٢) العلم والجهل.

(٣) وعلى قول الهادي وأبي العباس بل يسقط مع العلم والجهل.

(٤) لأنها تكون كالمرهونة. وفيه نظر؛ لأن حق المرتهن يتعلق برقبة الجارية، وحق المستأجر يتعلق بمنفعتيها، فافتراقاً. (ديباج معنى).

(*) والمذهب خلافه، فيحد مطلقاً مع العلم والجهل. (قررو).

(٥) قوله: «مطلقاً» عالماً أو جاهلاً؛ لأن صاحبها يأخذها متى شاء. (برهان). من غير رضا المعار ولو ضمنه، ولصاحبها ارتجاعها، والله أعلم.

(٦) إذا كان العقد صحيحاً، وإلا صارت أم ولد للبائع. (قررو).

(٧) حيث كانت بكرًا، أو ثيبًا وعلقت. اهـ وقررو عدم الفرق كما في الغيث.

(*) إذا كانت بكرًا، أو ثيبًا وعلقت [١].

(٨) ولا تصير أم ولد. (غاية).

(٩) وفي حاشية في هامش شرح الأزهار: وتكون المنذور بها كالمصدقة؛ لصحة التصرف فيها قبل قبضها، والمتصدق بها كالمبيعة؛ لعدم صحة التصرف فيها قبل القبض. اهـ ومثله في حاشية السحولي.

[١] وفي الغيث في شرح قوله: «ويسعى بنصف قيمته لها» ما لفظه: فأما المبيعة إذا وطئها البائع قبل التسليم

فللمشتري الخيار بكرًا أم ثيبًا على ظاهر إطلاقهم. (غيث). (قررو).

المغنومة^(١) إذا وطئها أحد من الغانمين^(٢) قبل القسمة، فيردها ومهرها وولدها إن ولدت إلى الغنيمة، وقال المنصور بالله: تصير أم ولد له؛ فيضمن قيمتها ومهرها وقيمة ولدها^(٣).

فَرَعٌ؛ وأما المبيعة بخيار للبائع^(٤) إذا وطئها المشتري في مدة الخيار، أو كان الخيار للمشتري ثم وطئها البائع في مدة الخيار - فالأقرب أنه إن استقر الملك فيها للواطئ فلا شيء عليه^(٥)، وإن استقر لغيره فإن كان الواطئ هو البائع فكما تقدم في المبيعة قبل تسليمها^(٦)، وإن كان هو المشتري لم يحد^(٧)، ولزمه المهر، ولم يلحق به النسب.

مَسْأَلَةٌ؛ والإكراه على الزنا لا يبيحه إجماعاً، لكن حيث لم يبق له تمكين فلا إثم عليه ولا حد^(٨)، وحيث بقي منه تمكين يأثم ولا حد عليه في المرأة وفاقاً^(٩)، وفي الرجل على الأصح، خلاف المؤيد بالله.

(١) عبرنا بالمغنومة للفرق بين المغنومة والمسبية؛ لأن المغنومة قد تكون من البغاة، فكانت أعم.

(٢) أو غيرهم؛ لوجوب الرضخ. اهـ ولو ذمي.

(٣) يوم الولادة.

(٤) أو لهما.

(٥) وتصير أم ولد.

(٦) ينظر لو كان بعد التسليم. الظاهر أن المراد بقوله: «قبل تسليمها» يعني في المقيس عليها،

وأما هنا فلا حد مطلقاً^[١]، قبله وبعده؛ لتجوز عودها إليه. (قرئ). وهو صريح البيان في

البيع في خيار الشرط، في المسألة (٦) من قوله: الثاني عشر: شرط الخيار.

(٧) لأن العقد شبيهة.

(*) وقال السيد عبد الله المؤيدي: ظاهر الأزهار خلافه، وهو أنه يحد؛ لأنه لا ملك له في رقتها،

ولهذا لا يعتق عليه رحمه، ولا يشفع به ولا فيه. اهـ ومثله للمفتي. والمختار البيان هنا وفي

خيار الشرط في البيع.

(٨) ولا يثبت النسب ولو سقط الحد؛ لأنه كما لو استدخلت ماءه. (قرئ).

(٩) هكذا في البرهان، وحكى في الزهور عن المؤيد بالله أنها تحدمي والرجل، ولم يفرق.

[١] ولا يلزم المهر. (بحر). وقيل: يجب المهر.

فصل: [في الفراش الذي يثبت معه النسب]

والفراش الذي يثبت معه النسب على ضربين:

الضرب الأول: فراش النكاح، سواء كانت الزوجة حرة أو أمة، وكذلك الزوج^(١). وله شروط أربعة:

الأول: أن يكون الزوجان بالغين أو يجوز عليهما البلوغ، نحو ابني عشر سنين^(٢) فما فوقها، لا دون التاسعة، وفي التاسعة قال الإمام يحيى: يلحق به^(٣)، وقال الشافعي: لا يلحق به^(٤)، رواه في البحر. ولعله على الخلاف الذي في الحيض. ولو كان الزوج خصياً أو مجبواً^(٥) أو عنيماً أو مسلولاً^(٦)، قال بعض أصحاب الشافعي: لا إن كان مقطوع الذكر والأنثيين.

الثاني: أن يكون النكاح صحيحاً، أو فاسداً مع جهلها، أو باطلاً مع جهلها، وكذا مع جهل الزوج^(٧)، خلاف الأمير الحسين.

الثالث: إمكان الوطاء^(٨) في الصحيح والفاسد، خلاف أبي حنيفة، وأما في

(١) حرراً أو عبداً.

(٢) وفي حاشية السحولي: ابني عشر وتسع. (قرئ).

(٣) في الزوجة. (قرئ).

(*) إذ قد تحيض المرأة لتسع. (قرئ).

(٤) في الزوج. (قرئ).

(٥) عن أهل الطب أنه إذا قطع أنثياه أو قطع ذكره أنزل ماء رقيقاً لا يخلق منه الولد، وإن قطع ذكره وأنثياه فإنه يتعذر منه الإنزال. (شرح بحر).

(٦) لإمكان الإنزال. (كواكب). ولفظ البستان: وذلك لأن العلوق ممكن، ولا عبرة بقول أهل الطب: إن ماءه رقيق لا يخلق منه الولد؛ لقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ خَلَقَ كُلَّ دَابَّةٍ مِنْ مَاءٍ﴾ [النور: ٤٤].

قال أصحاب الشافعي: إلا مقطوع الذكر والأنثيين فلا يعقل منه الإحبال. قلنا: الفرج إذا لاقى الفرج من الرجل والمرأة حصل العلوق؛ لإمكان إلقائه الماء في الرحم. (بستان بلفظه).

(٧) فإنه يلحق النسب ولا يثبت الفراش. إذ لا فراش في الباطل.

(٨) صوابه: إمكان الحمل منه؛ ليدخل المجهود المستأصل ونحوه.

الباطل فلا بد من تصادقهما على الوطاء فيه^(١).

الرابع: مضي ستة أشهر بعد إمكان الوطاء، فما ولدته قبلها لا يلحق به إجمالاً إن كان حياً^(٢)، لا إن كان ميتاً بجناية فالغرة للزوج والأم ولو لدون ستة أشهر حيث يمكن أنه منه.

فرع: فلو اختلفا في مضيها فالبينة على مدعي المضي. فلو عقد بامرأة بينه وبينها مسافة شهر لم يلحق به إلا ما ولدته بعد سبعة أشهر ولو قد طلقها بعد مضي الشهر^(٣)، لا قبله. وقال أبو حنيفة: ما ولدته بعد ستة أشهر لحق به مطلقاً ولو قد طلقها عقيب العقد.

الضرب الثاني: فراش الأمة المملوكة، وشروطه أربعة: بلوغ السيد وأمه أو إمكانه كما مر، وحصول الوطاء^(٤) في ملك أو شبهة ملك، كأمة الابن^(٥) ونحوها^(٦)، ومضي ستة أشهر^(٧) من وقت ملكه^(٨) لها ولو قد خرجت عن ملكه فيها^(٩)، وأن يدعي حملها^(١٠) أو ولدها أنه له، فيثبت فراشها حيثئذ، ولا يكفي

(١) في كل بطن. (عامر، وهبل). (قررو).

(٢) وعاش مدة أكثر مما يعيش فيها الناقص. (شرح فتح) (قررو).

(٣) ما لم تقم بينة على منعه منها أو منعها منه في تلك المدة. (قررو).

(٤) هذا هو ظاهر الأزهار حيث قال: وللأمة بالوطاء. وقرر المؤلف أيده الله تعالى أنه يكفي

إمكان كون الحمل منه ولا يشترط الوطاء، ذكره في شرح الفتح.

(٥) لا غيرها من السبع البواقى المتقدم ذكرها، فلا يثبت لمن فراش على الأصح، بل يلحق

النسب لا غير كما ذكره في شرح الفتح وشرح الأثمار. (قررو).

(٦) المكاتب والمشاركة وأمة المضاربة بعد حصول الریح، ذكره في الكواكب. (قررو).

(٧) هذا للحوق النسب، لا لثبوت الفراش فيكفي^[١] ولو كان الولد لدون. (قررو).

(٨) المراد: وطئه.

(٩) مع مصادقة المشتري. (شامي). إذا كان يمكن إلحاقه به، وإلا فلا تعتبر مصادقته، كما سيأتي

في المسألة الثامنة بعد هذا، ساقها في الحاشية على قوله: وصادقهم الثالث لحق بهم... إلخ.

(١٠) إذا لم تكن زوجة له من قبل الملك، فإن كانت زوجة فلا تشترط الدعوة. (عامر) (قررو).

[١] إذا كان متخلفاً، مع الدعوة. و (قررو).

إقراره بوطئها^(١)، خلاف الشافعي.

مسألة: ومتى ثبت فراش الأمة لحق بسيدها صاحب الفراش كل ولد تلده من بعد ولو لم يدعه^(٢)، خلاف الناصر^(٣)، قال: ولو ولدت توأمين فادعى أحدهما لحق به دون الثاني^(٤). قلنا: وإن نفاه عنه لم ينتف^(٥)، خلاف المنصور بالله^(٥).

مسألة: ويثبت كونها أم ولد إذا وضعت ما يعرف أنه حمل وادعاه ولو مضغة^(٦)، وهي اللحمية، لا العلقية، وهي دم جامد، وإنما يحتاج إلى الدعوة في الظاهر فقط، فإذا عرف أن الولد منه وجب عليه أن يدعيه ولا يجوز له نفيه، وإذا عرف أن الولد ليس منه بعد ثبوت الفراش في الأمة والحررة جاز له نفيه^(٧) وأن

(١) حجتنا: أنه لو كفى من غير دعوة للزم بارتفاعه العدة الكاملة كالحرة؛ لاستواء الفرائسين، وإكمال العدة لا يلزمها، وإنما يلزمها حيضتان إذا عتقت أو مات سيدها، فثبت أن فراشها لا بد فيه من الدعوة، وإذا ألزمت العدة بإخراجها عن ملكه كما يلزم الحررة إذا طلقت. (بستان بلفظه).

(٢) وذلك كالزوجة؛ لثبوت الفراش وضعف الرق؛ إذ لا يجوز بيعها. (بستان).

(٣) فقال: لا بد من الدعوة لكل ولد تلده. (شرح أزهار).

(٤) بناء على أصله في جواز بيع أم الولد. (بستان).

(٥) حجته: أنه إنما ينتفي باللعان، ولا لعان بين الرجل وأم ولده. ومثل قول المنصور بالله عن الحنفية، وحجتهم: أن له نقل فراشها إلى غيره بالتزويج من غير اعتبار أمر آخر، بخلاف الزوجة فليس له نقل فراشها، فلم يكن له نفي ولدها إلا باعتبار أمر آخر، وهو اللعان. قلنا: لا نسلم صحة نقله لفراشها ما لم تعتق، فلا قياس حينئذ. (بستان).

(٦) متخلفاً، ذكره في اللمع والمذاكرة. (برهان).

(*) هكذا في الشرح، والمذهب أنها لا تصير أم ولد بوضعها، بل لا بد من وضع متخلق. أهـ يقال: هو تبين الخلقة بوضع المضغة كما أفهمه شرح الأزهار في البيع. (من خط سيدنا حسن عليه السلام) (قرر). في شرح قوله: «ولا أم الولد»، ولفظه: «ووضعت متبينا فيه أثر الخلقة كالمضغة». (بلفظه).

(٧) بل يجب عليه. وهذا في الحررة، وأما في الأمة فلا يتصور نفيه؛ لعدم اللعان.

(*) قال في الشفاء: إلا أن يكون ثم ولد وعلم أنه ليس منه وجب. (بيان بلفظه من اللعان).

(*) وفي البحر: مسألة: الإمام يحمي: ويجب على الرجل النفي والقذف حيث لم يطأها بعد طهرها أو شاهدها تزني وأتت بولد لستة أشهر. (بحر من اللعان).

يزوي ماله عنه ولو لم ينتف نسبه لعدم اللعان، ذكره الفقيه يحيى بن أحمد.
مسألة: وكل من ثبت فراشها لحق نسب كل ولد تلده بصاحب الفراش إذا
 جاءت به لموضع الفراش؛ احترازاً مما لو غصبت عليه ثم ولدت مع
 الغاصب^(١) بعد مضي أربع سنين^(٢) فإنه لا يلحق بصاحب الفراش، ويستوي
 فيه الحرة والأمة^(٣).

مسألة: وإذا اتفق فراشان أو أكثر في حال واحد كالأمة المشتركة حيث
 وطئوها في طهر واحد ثم ولدت وادعوه فما ولدته من بعد فقال في الوافي: لا
 يلحق بهم إلا أن يدعوه؛ لثلا يحملوا على عدم السلامة^(٤)، وهو وطؤها، وقال
 الفقيه حسن: بل يلحق بهم^(٥) من غير دعوة^(٦).

- (١) فإن عادت بعد ذلك فقال الذويد^[١]: يعود فراشها. ويبيض له الفقيه يوسف.
 (٢) أو بعد أن تمضي حيضة، ذكره الفقيه حسن. اهـ لأنه يعلم خلو الرحم. وتأتي به لستة أشهر
 فما فوق. (قرر). وفي الرياض: ولو بعد أن حاضت. اهـ وأما الأمة فلا يقبل قولها في
 الحيضة؛ لأن الحق للسيد. (عامر).
 (٣) حيث لم يمكن وصول السيد والزوج إليهما في تلك المدة، فإن أمكن فالفراش له، كالزوج
 الغائب. (قرر).
 (٤) يعني: والحمل على السلامة واجب مهما أمكن. قال في الغيث: ولا يقال: وفي عدم إلحاقه
 بهم حمل لها على غير السلامة؛ لأن نقول: ترجيح جانب الرجال الأحرار في الحمل على
 السلامة أولى من ترجيح جانبها؛ لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((ناقصات عقل ودين))، ونحوه. (بستان
 بلفظه).
 (٥) الأزهار: قيل: ولو تعدد.
 (*) كما لو كانت لواحد.
 (٦) ووجهه حملها على السلامة؛ ولأنهم قد عرضوا أنفسهم للتهمة بالوطء الأول والدعوة.
 (تكميل معنى). لكنه يقال: لعلها وطئت مكرهة أو لشبهة، فهو ممكن حملها على السلامة
 مع حملهم.

[١] وقيل: لا بد من تجديد الدعوة. و(قرر). إذ قد ارتفع الفراش عند الغاصب.

مسألة: فإن كان الفراشان أو الفُرُش الكثيرة مرتبة بعضها متقدم وبعضها متأخر، نحو أن تتزوج المعتدة عن طلاق مع جهلهما^(١) للتحريم لدون تسعة وعشرين يوماً، أو ل فوقها وقد أقرت^(٢) أنها لم تحض، فما ولدته بعد ذلك حيا وأمكن إلحاقه بالأول والثاني معا نحو أن تلده لسته أشهر فما فوقها من وطء الثاني لها، ولأربع سنين فما دونها من طلاق الأول لها - فإنه يلحق بالثاني^(٣)، وقال أبو حنيفة: بالأول^(٤)، وقال الشافعي: يعتبر فيه بالقافة^(٥)، فإن لم يعرف وقف إلى بلوغ الولد ثم يختار أيهما شاء. وإن لم يمكن إلحاقه بأيهما - نحو أن تلده لدون ستة أشهر^(٦) من وطء الثاني ولأكثر من أربع سنين من طلاق الأول - فلا يلحق بأيهما، وصورة ذلك حيث عقد بها لدون شهر^(٧) ولم يدخل بها إلا بعد مضي ثلاث سنين وستة أشهر ويوم^(٨) من طلاق الأول، لكن إنما يستحيل إلحاقه بالأول حيث طلاقه بائن، فأما في الرجعي فهو ممكن ولو طال المدة، فيلحق به؛ لجواز أنه قد راجعها^(٩). وإن أمكن إلحاقه بأحدهما دون الثاني لحق بالممكن وحده.

فروع: فإن وضعت سقطاً لدون ستة أشهر من دخول الثاني بها فالأقرب أنه

(١) ودخل بها. اهـ وإلا فالعقد لا يهدم على الصحيح.

(٢) قبل العقد. (قررو).

(٣) لأن فراشه أجد.

(٤) لأن عقده أصح. (غيث).

(٥) وهي المشابهة.

(٦) ينظر في هذه الصورة؛ لأنها إذا جاءت به لدون ستة أشهر من بعد مضي ثلاث سنين وستة أشهر ويوم فهو لاحق بالأول قطعاً؛ لأن دون الستة الأشهر إن كان بيوم فقد أتت به لأربع سنين، وإن كان بأكثر من يوم فقد أتت به لدون أربع سنين، ولا شك مع ذلك باللحوق بالأول.

(٧) صوابه: لدون تسعة وعشرين يوماً. (قررو).

(٨) وهذه المسألة حيث انقطع حيضها لعارض؛ إذ لو حاضت انقضت عدتها من الأول. اهـ وهذا التمثيل على التقريب، وإلا فهو يكفي زيادة ساعة أو نقصان ساعة.

(٩) قال في البرهان: ولو كانت في بلاد بعيدة يعلم أنه ما وصلها في هذه المدة؛ لأن العبرة بالفراش إذا قد ثبت. (بستان).

يلحق به، فإذا كان بجناية فالغرة له وللأم؛ لأنه يمكن أنه منه.

فرع: وكذلك في امرأة المفقود^(١) إذا تزوجت قبل أن تعرف بينونتها منه جهلا بالتحريم فإنه يعتبر فيما ولدته كما مر، لكن اختلفوا فيما ولدته بعد أربع سنين^(٢) من غيبة الأول، فقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: إنه يمكن إلحاقه به^(٣)، وقال في الشرح والبحر وتعليق الإفادة: لا يلحق به^(٤). قال في البحر: وكذا فيمن وطئ زوجة غيره غلطا فإنه يثبت له فراش عليها، فما ولدته اعتبر فيه كما مر^(٥). ولعله حيث كَفَ الزوج عن وطئها، وإن لم يكف فما ولدته لستة أشهر من وطئ الزوج فهو له.

مسائل: ومن وطئ أمته^(٦) ثم باعها قبل أن يستبرئها، ثم وطئها المشتري قبل أن يستبرئها ثم باعها كذلك، ثم وطئها المشتري الثاني كذلك، ثم باعها كذلك من ثالث ووطئها قبل أن يستبرئها، ثم جاءت بولد حي^(٧) - فإن كان لدون ستة أشهر منذ ملكها المشتري^(٨) الأول فهو ملك لملكها الآخر، إلا أن

(١) القياس في امرأة المفقود أن يلحق به؛ لأنها زوجته، لكن منعه الاستحسان. (بحر معني).
 (٢) أما لو جهلت المدة رأساً فلعل الأرجح إلحاقه بصاحب الفراش الجديد؛ لثبوت له، ولعدم تحقق ما يمنع الإمكان. (فتاوى). يحقق، والأولى أن يلحق بالأول؛ لتيقن فراشه. (مفتي).
 (٣) أما أبو حنيفة فعلى أصله أن إمكان الوطء ليس بشرط، وأما المؤيد بالله فقال: إنه يجوز أنه رجع إليها فوطئها ولم يظهر له خبر. (بستان).

(٤) بعد مضي الأربع كالمطلقة بائنا، وهو قياس ما ذكره في أم الولد إذا غصبت وجاءت بولد لفوق أربع سنين فإنه لا يلحق بسيدها. (كواكب).

(٥) المختار أنه لا يلحق به إلا أول ولد، ولا يثبت له فراش كالباطل. اهـ هذا إذا صادفهم الزوج على الوطء أو قامت البينة. ولفظ البحر في اللعان: مسألة: ولو تصادفوا على أن الولد للواطئ لشبهة لحق به إن أمكن، وإلا فلذي الفراش إن أمكن، وإلا فلا أيها. اهـ وهو ظاهر الأزهار في قوله: «وصادفهم الآخر».

(٦) عطف ذلك على ما تقدم؛ لأن فيها ما يجري مجرى الفرائش. (صعيتري).

(٧) يعيش عادة.

(٨) حيث وطئها عقيبها بلا فاصل، وإلا فالعبرة بالوطء بعد الملك.

يدعيه البائع الأول لحق به^(١)، وكانت أم ولد له، ورجع كل واحد من المشتريين^(٢) بما دفع على البائع منه، ولا يحتاج إلى مصادقة المشتريين^(٣) على الوطاء؛ لأنه لا يمكن إلحاق الولد بهم، فإن كان يمكن إلحاقه بالمشتري الأول لا بالثاني ألحق بالأول إذا ادعاه، وصارت أم ولد له، وإن أمكن إلحاقه بالمشتري الثاني دون الثالث ألحق به إذا ادعاه، لا بمن قبله إلا أن يدعيه ويصادقه هذا الثاني على أنه وطئها وباعها بغير استبراء لحق بهما^(٤)، وإن أمكن إلحاقه بالثالث لحق به إذا ادعاه، لا بمن قبله إلا أن يصادقهم على الوطاء وعدم الاستبراء^(٥)، فإذا ادعاه المشترون الثلاثة وصادقهم الثالث^(٥) لحق بهم جميعاً^(٦) وصارت أم ولد لهم الكل، ويرجع الثالث على الثاني بثلثي الثمن^(٧)، ويرجع الثاني على الأول بثلث ثمنه؛ لأنهم استهلكوها كلهم بالدعوة، فكأن كل واحد منهم استهلك ثلثها، ولا يقال: إن فراش الثالث أجد فيلحق به وحده؛ لأنه لم يثبت الفراش لهم الكل إلا

(١) إذا جاءت به لسته أشهر من وطئه. (قرير).
 (*) إذا صادقه الآخر. وفي شرح الذويد: وإن لم يصادقه من بعده على القول بأن البائع إذا ادعى كون الولد له وهو غير مشهور نسبه ويمكن إلحاقه به بطل بيع أمه. (شرح ذويد). (قرير).
 (٢) وبطلت العقود. (قرير).
 (٣) يعني المتوسطين، وأما الآخر فلا بد من مصادقته. وظاهر التذكرة وشرحها أن المصادقة إنما تعتبر حيث يلحق بهم الجميع، لا في مثل صورة الكتاب.
 (٤) وادعوه. (قرير).

(٥) على الوطاء أو بينوا على مصادقته، ولا يعتبر أن يصادقهم إلا حيث يمكن إلحاقه به، كان يؤتى به لسته أشهر فصاعداً من يوم وطئه لها، وإلا لحق بمن بعده فقط. (حاشية سحولي). لا في المتوسطين فقط، وأما الآخر فلا بد من مصادقته مطلقاً. وهذا صحيح بالنظر إلى ظاهر إطلاق الأزهار مستقيم وظاهر التذكرة وشرحها أن اعتبار المصادقة إنما هو حيث يمكن إلحاقه بهم الجميع. الأولى أنه لا بد من المصادقة من الآخر، وإلا كان مملوكاً له، وقد ذكر معناه الهاجري.
 (٦) المقصود من هذه المسألة أن كل من لم يمض له ستة أشهر من يوم الوطاء لم يعتبر مصادقته.
 (*) وهذه المسألة مشكلة من مشكلات البحر، لكن قيل في حل الإشكال: إن المستهلك لها واحد منهم غير معين، فلهذا إنهم يتراجعون بالثمن. اهـ قال في شرح الأثار والإبانة ما معناه: ولا يقال: إن كل واحد باعها وهي أم ولد له فلا يصح بيعها؛ لأنه يمكن أن تعلق من مائهم جميعاً، مع أن كل واحد وطئها في ملكه.
 (٧) هذا بناء على استواء القيمة والثلث، وإلا فالواجب القيمة؛ لأن البيع فاسد.

بدعوة الولد، وهم فيه على سواء، بخلاف الفراشين في الزوجة^(١) كما مر فهما مترتان. قال الفقيه محمد بن يحيى: وإنما يلحق بهم الكل إذا لم تكن الأمة قد حاضت بعد بيع أحدهم لها، فأما حيث حاضت بعد بيع أحدهم لها فلا يلحق الولد به، إلا أن تلده لدون ستة أشهر من وطئه^(٢) فهو يبطل حيضها.

مسألة: ومن وطئ أمته وعزل عنها ثم احتملت منيه وعلقت منه صارت أم ولد له^(٣)، بخلاف ما إذا احتملت منيه من غير وطئه لها وعلقت منه فإنها لا تصير أم ولد له، ذكر ذلك في مذاكرة عطية^(٤).

مسألة: وأقل مدة الحمل^(٥) ستة أشهر على ما تهل. وأكثر مدته أربع سنين^(٦)، وقال أبو حنيفة: سنتين^(٧)، وقال مالك: خمس سنين، وقال ربيعة والزهري: تسع سنين.

(١) في المعتدة والموقوفة.

(٢) يحقق؛ فإنها إذا أتت به لدون ستة أشهر فهو غير لاحق به؛ لعدم الإمكان منه، ويلحق بمن قبله حيث أمكن. (قرر). فيكون صواب العبارة: لدون ستة أشهر من الحيض، ولعله مراد صاحب الكتاب؛ بدليل قوله: فهو يبطل حيضها.

(٣) ووجبت عليه الدعوة. (معيار بلفظه).

(٤) ولعل العلة كونه لم يقصد استيلاها مع عدم الوطء.

(*) وعن القاضي عامر: إنها يتقدر العلوق مع الوطء أو الاستمتاع.

(٥) يعني الحي. (برهان). (قرر).

(٦) وقيل: إن عيسى عليه السلام لبث في بطن أمه ثلاث ساعات. (زهور). وذلك في حقه إرهاب لنبوته، كتكلمه في المهد. (سلوك).

(٧) حجتنا فتوى علي عليه السلام به، وهو توقيف، وقد لبث النفس الزكية في بطن أمه أربع سنين، وخرج وقد بدت ثناياه، وروي أن منظوراً لبث أربع سنين، فقال فيه والده:

وما جئت حتى أيس الناس أن تجي
وسميت منظوراً وجئت على قدر
(بستان).

وحجة أبي حنيفة: قول عائشة: لا يلبث الولد في بطن أمه أكثر من سنتين، وهو توقيف. قلنا: فتوى علي عليه السلام أرجح؛ لعصمته وسعة علمه.

فصل في أنكحة الكفار

ما كان منها يصح عندهم وفي دين الإسلام ولو على قول بعض العلماء فهو صحيح^(١) مطلقاً^(٢)، وما كان منها لا يصح عندهم ولا في دين الإسلام^(٣) قط لم يقرؤا عليه، بل يعترضون إذا أسلموا أو دخلوا في الذمة. وما كان منها يصح في اعتقادهم ولا يصح في دين الإسلام^(٤) قط: فإن أسلموا لم يقرؤا عليه، خلاف أحد قولي أبي حنيفة، وإن دخلوا في الذمة فقال أبو طالب: لا يقرؤا عليه^(٥) أيضاً، وقال المؤيد بالله: لا يعترضون، إلا أن يترافعوا إلينا حكمنا بينهم بمذهبنا. وما كان منها يصح في دين الإسلام لا في اعتقادهم^(٦) ثم أسلموا أو دخلوا في الذمة لم يعترضوا فيه، وقال الفقيه حسن^(٧): بل يعترضون^(٨).

مسألة: وإذا ترفع أهل الذمة إلى حاكم مسلم حكم بينهم بمذهبه وبما يصح

- (١) قال الإمام عز الدين بن الحسن عليه السلام: لعل المراد ما صورته صورة الصحيح في الإسلام. (و**قرر**).
 (٢) يعني: سواء أسلموا أم دخلوا في الذمة. (بستان).
 (٣) كنيكاح الأختين والمحارم.
 (٤) كالأخت لأب فإنها تحل عندهم لا عندنا، ذكره في تجريد الكشاف في قوله تعالى: ﴿فَخَلَفَ مِنْ بَعْدِهِمْ خَلْفٌ﴾ من مريم [٥٩].
 (٥) لأنه من جملة المنكرات المقطوع بها؛ ولأنه لا دليل على جواز إقرارهم عليه. وحجة المؤيد بالله قوله تعالى: ﴿فَإِنْ جَاءَوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢]، فشرط في الحكم عليهم الترفع. (بستان).
 (٦) سؤال ورد على السيد العلامة محمد بن عز الدين المفتي رحمته الله ما لفظه: إذا لم يسبب الذمي هل يعترض؟ أجاب بها لفظه: رأينا فيها وافق الإسلام وإن خالف معتقدهم أنه لا يعترض؛ إذ لا حكم لشرعهم مع شرعنا. (و**قرر**).
 (*) لعل في مثاله أن يتزوج الرجل امرأة أخيه بعد طلاق أو نحوه حيث لها ولد؛ لأن عندهم إذا كان لها ولد فإنها تحرم عليه، ومثله في شرح الأزهار.
 (٧) **قوي**، وقرره الإمام المهدي عليه السلام في الغيث.
 (٨) ورجحه في الغيث، قال: لأنه وإن كان لا حكم لشرعهم مع شرعنا فإقدامهم على ما يعتقدونه محرماً منكراً، فلزمنا إنكاره. (بستان بلفظه).

عنده، وإن سألونا على سبيل الفتيا أفتيناهم على مذهبهم^(١) بما عرفناه^(٢)، ولا يعترض ذلك بالخمير والخنزير إذا ترافعا فيهما إلينا فإننا نحكم بينهما فيهما بوجوب الضمان^(٣)؛ لأننا قد صالحناهم عليهما، فصارا كالمجمع عليهما في حقهم.

مسألة: وإذا أسلم الكافر^(٤) وزوجاته وهن أكثر من أربع في عقد واحد أو عقد بأختين معاً فإنه يعتزهن الكل^(٥)، ثم يعقد بمن شاء منهن عقداً جديداً إلى أربع فقط وأي الأختين شاء، وقال الشافعي: يختار من شاء^(٦) بغير عقد. وإن كان تزوجهن في عقود مختلفة فما كان منها موافقاً للإسلام صح، وما كان مخالفاً له بالكلية بطل، كاثنتين بعد ثلاث، أو ثلاث بعد اثنتين، أو واحدة بعد أربع، أو العكس.

فرع: فلو التبس المتقدم منها والمتأخر فإن كان دخل ببعضها دون بعض كان الدخول دليلاً على التقدم في الظاهر^(٧)، فيبطل عقد من لم يدخل بهن ولا ببعضهن.

(١) وهكذا في جميع المذاهب إذا استفتونا على الإطلاق أو سألونا عن مذهبهم جاز ذلك. (عن سيدنا بدر الدين محمد بن موسى).

(٢) بأن يحكى في كتابنا أو يتواتر أو يحكاه من يوثق به.

(*) بواسطة نبينا محمد ﷺ والدونستار.

(*) الظاهر أن هذا حيث سألونا عن مذهبهم في ذلك، وأما لو أطلقوا لم نفتهم إلا بمذهبننا.

(٣) وفي البحر خلافة، وحمله على الفتيا، ذكره ابن أبي الفوارس، ثم ذكر عليه السلام مثل هذا. وظاهره أنا نحكم بينهم بشرعهم كما نحكم بينهم بشهادة بعضهم على بعض، ذكره في الكواكب. وظاهر شرح القاضي زيد أنه لا يصح الحكم إلا بشرعنا.

(٤) أو دخل في الذمة. (قررو).

(٥) ولا يحتاج إلى طلاق. (قررو).

(٦) وحجة الشافعي: قوله ﷺ: ((أمسك أربعاً))، وقوله ﷺ: ((أمسك أيهما شئت)). قلنا: أراد بعقد جرياً على القياس، ثم إنه بناء على أصل غير مسلم، وهو القول بصحة عقود المشركين مطلقاً. (بستان بلفظه).

(٧) يقال: إنه قد تقدم أنه لا يعمل بالظن في التباس المحرم، فينظر فيه، يقال: هنا رجوع إلى الأصل، والأصل عدم التحريم، بخلاف التباس المحرم فالأصل التحريم، والله أعلم.

وكذا إن كان دخل بهن الكل لكن دخل ببعضهن قبل بعض، فمن تقدم دخولها فهو دليل على تقدم عقدها هي ومن معها فيه، فلو كان تزوج بثلاث وبثنتين وبثنتين في عقود: فإن دخل بالثلاث أو بإحدها دون الأربع أو دخل بهن الكل لكن عرف تقدم دخول الثلاث أو إحداهن على الأربع - صح نكاح الثلاث وبطل نكاح الأربع في الظاهر، وإن كان دخل بالأربع أو بإحدها دون الثلاث أو قبل الدخول بالثلاث صح نكاح الأربع وبطل نكاح الثلاث، وإن لم يكن دخل بأيهن أو دخل بهن الكل أو ببعض كل عقد ولم يعرف المتقدم في الدخول فإنه يعتزلهن الكل، ولا يخرج منه إلا بطلاق، فإن امتنع من الطلاق جاء الخلاف الذي في مسألة الوليين هل يفسخه الحاكم أو يجبره على الطلاق، قال الفقيه يحيى البحيح: وهذا^(١) على قول القاضي زيد ومن معه^(٢)، وأما على قول الهادي والسيدان فيبطل نكاحهن الكل باللبس، وقال الفقيه علي: بل هذا هنا وفاق^(٣)؛ لأن اللبس في الزوجات^(٤). وهكذا إذا تزوج ثنتين في عقد وواحدة في عقد وثلاثا في عقد فالواحدة نكاحها صحيح^(٥)، والثلاث والثنتان تعمل فيهن كما عملت أولا، وعلى ذلك فقس.

مسألة: ومن حكم لها بالصحة في الظاهر فلها أحكام النكاح الصحيح،

(١) أي قوله: ولا يخرج منه إلا بطلاق.

(٢) القاسم.

(٣) أي: قول السيدين هنا كقول القاضي زيد، والفرق على قول السيدين بين هذه المسألة ومسألة الوليين أن اللبس هنا في الزوجات فلم يبطل إلا بالطلاق، وفي مسألة الوليين اللبس في الأزواج. (غيث).

(٤) فلم يبطل العقد إلا بالطلاق لتحل كل واحدة منهن للأزواج، ومثله في الانتصار. وفي مسألة الوليين اللبس في الأزواج. اهد يقال: الحكم واحد، والفرق ضعيف؛ لأنه فرق بنفس المسألة المتنازع فيها. (مفتي).

(٥) لأن عقد الثلاث بعد تقدم الثنتين باطل قدر توسطهن أو تأخرهن.

ومن حكم لها بالبطلان في الظاهر فلها أحكام الباطل كما تقدم^(١). وهذا حيث تصادقوا في ذلك، فأما مع المناكحة فمن أقر الزوج بتأخرها فقد أقر ببطلان نكاحها^(٢)، فإذا ادعت عليه أنها متقدمة^(٣) على غيرها فعليها البينة^(٤)، وإذا بينت استحقت ما يجب لها^(٥). فإن استوين في الحكم -نحو أن يدخل بهن الكل ولا يعلم المتقدم في العقد ولا في الدخول- فإنه يجب لكل واحدة نصف مهرها المسمى ونصف الأقل^(٦)، ومن لم يسم لها مهرًا فلها مهر مثلها^(٧)، وإن لم يدخل بأيهن وطلقهن^(٨) فللكل واحدة ربع ما سمى لها^(٩)، ومن لم يسم لها فنصف

(١) من أن لها الأقل من المسمى ومهر المثل إن دخل بها. (صعيتري) (قرر).

(٢) كان القياس أن لا يقبل قوله إلا فيما له، لا فيما عليه؛ لأنه قد أقر بالنكاح وادعى بطلانه، ومن ادعى البطلان فعليها البينة.

(٣) في (أ): متقدم نكاحها.

(٤) إن قيل: قد تقدم أن القول قول مدعي الصحة فينظر. يقال: الظاهر هنا البطلان مع اللبس.

(٥) وعليه اليمين إذا لم تبين، وتسقط الحقوق إن حلف. (مفتي). (قرر).

(٦) وأما عندنا فالأقل من المسمى ومهر المثل؛ لأن النكاح باطل.

(*) وذلك لاحتمال كون عقدها صحيحًا أو فاسدًا؛ لأنك تقدر أنه صحيح فلها المسمى، وتقدر أنه فاسد فلها الأقل من المسمى ومهر المثل، فهاتان حالتان، فأعطها نصف ما تستحق في كل حالة بالتحويل، وعلى هذا فقس ما ورد عليه. (بستان). وذلك حيث وطئ قبل اللبس، فأما بعد اللبس فالأقل من المسمى ومهر المثل على أصلنا؛ لأنه باطل. اهـ ويمكن أن يقال: وكذا حيث تأخر اللبس؛ لأن الأصل براءة الذمة من الزائد، ولا تحويل على من عليه الحق.

(*) منه أو من مهر المثل.

(*) وفاقا حيث وطئ قبل اللبس، وأما حيث وطئ بعد اللبس فالأقل من المسمى ومهر المثل. والله أعلم.

(٧) وفاقاً.

(٨) هذا عند القاضي زيد.

(٩) وعندنا لا شيء. (قرر).

(*) وهذا عند القاضي زيد.

متعة^(١)، وإن مات عنهن فلكل واحدة نصف ما سمي لها^(٢)، ومن لم يسم لها فلا شيء لها^(٣)، وعلى قول القاسم لها نصف متعة^(٤)، وعلى قول المنتخب^(٥) لها نصف مهر مثلها. وإذا كان في أحد الطائفتين أمة فنكاحها باطل^(٦) لا حكم له^(٧) مع عدم الدخول بها^(٨).

مسألة: فلو عقد بثنتين وثنتين وثنتين فنكاح أربع منهن صحيح لهن أربعة مهور، فيكون لكل واحدة ثلثا ما سمي لها^(٩) إن مات عنها، وإن دخل بها فلها ثلثا المسمى وثلث الأقل^(١٠)، فلو كان إحدى الاثنتين أمة فنكاح التي معها

(١) وعندنا لا شيء. (قرري).

(*) وإن دخل ببعضهن دون بعض فقس على ذلك، فمن دخل بها وسمى لها فلها نصف مسأها ونصف الأقل من المسمى ومهر المثل، ومن لم يدخل بها حولها، فتعطين نصف مسأها. (صعيتري).

(٢) وعندنا لا شيء. (قرري).

(*) لأنك إن قدرتها ممن تقدم عقده فلها المسمى كله، وإن قدرتها ممن تأخر فلا شيء لها عنده؛ لأن نكاحها باطل. (صعيتري).

(٣) هذا قول الأحكام.

(٤) لأنه يقول: تجب المتعة بالموت.

(٥) لأنه يقول: تسحق بالموت مهر المثل، ومعه أبو حنيفة، ذكره في الغيث.

(٦) ما لم يكن الزوج عبدا. (قرري).

(٧) فلا يجب لها مهر.

(٨) إذ لو كان قد دخل بها فقد لزم بالدخول مهر المثل.

(٩) وعندنا لا شيء. (قرري).

(١٠) عند القاضي زيد.

(*) وعلى المذهب تستحق الأقل من المسمى ومهر المثل بعد الدخول، وإن لم يسم فلكل واحدة مهر المثل. (قرري).

(*) وذلك لأن لأربع منهن المسمى لكل واحدة، ولثنتين الأقل، وقد التبس، فيقسم ما وجب لهن بينهما. (بستان).

صحيح إن لم تكن خامسة، فإن التبس حالها فلها ثلاثة أحوال، يصح نكاحها في حالين^(١) ويبطل في حال، فيعمل بحسبه^(٢) في مهرها وميراثها، وكذا في الأربع^(٣) أيضاً.

مسألة: والميراث لمن كان نكاحها صحيحاً لا باطلاً^(٤)، فإذا التبس المتقدم في العقد وفي الدخول حول فيهن، فحيث عقد بثلاث وأربع يكون بينهما نصفين^(٥). وحيث عقد بأربع وثلثين فميراث الزوجات بينهما نصفين^(٦) أيضاً. وحيث عقد بثلاث وثلثين وثلثين نصفه للثلاث ونصفه للأربع^(٧)، فإن كان إحدى الاليتين أمة فنكاح التي معها صحيح، فيكون لها ثلث ميراثهن في حال وربعه في حال، فتستحق نصف ذلك، وهو سدسه وثمانه^(٨)، وللثنتين ثلثاه في حال فقط^(٩)، فيجب لهما ثلثه^(١٠)، وللثلاث ثلاثة أرباعه في حال فقط، فيجب

(١) وذلك حيث تقدرها في العقد الأول أو في العقد الثاني، ويبطل حيث تقدرها في العقد الثالث، فقد استحققت المهر في حالين ولم تستحقه في حال، فتعطيها ثلثه. (صعيتري). وكذلك ميراثها. (برهان).

(٢) والمختار أنها تعطى ثلثي مهرها.

(٣) يصح نكاح كل اثنتين في حالين ويبطل في حال. (بستان معني).

(٤) وإن دخل بها. (قررو).

(٥) وعندنا لا شيء. (قررو).

(٦) وعندنا لا شيء. (قررو).

(٧) وعندنا لا شيء. (قررو).

(٨) والذي يأتي على المذهب أنها تستحق جميع الميراث؛ لأن نكاحها صحيح. (مفتي، وغيث). لبطلان نكاح الأمة. اهـ يقال: نكاح الأمة موافق لقول البتّي وأبي حنيفة فيلزم أن لا فرق، وقد ذكر في البحر معنى ذلك. (قررو). ولفظ البحر: وإن أسلم عن أربع إماء وأسلمن بقين حيث خشى العنت وتعذرت الحرّة. الثوري: بل يبقين مطلقاً. قلنا: إنما يقر ما وافق الشرع.

قلت: وفيه نظر؛ لخلاف أبي حنيفة والبتّي، وقد مر.

(٩) وهو حيث قدرناهما متقدمتين.

(١٠) ثمانية.

لهن ثلاثة أثمانه، فلو كانت الأمة ثلاثة للثلاث فالميراث بين الست (١)
أسداساً (٢).

(١) في (ب، د): فالميراث بينهن أسداساً.

(٢) لأن نكاح ثنتين وثنتين صحيح، ونكاح ثنتين باطل، وكل عقد يجوز أنه باطل لتأخره؛
فلذلك كان الميراث بينهن على سواء لما لم يختص أيهن بترجيح على الأخرى. (صعيتري).

كتاب الطلاق

قد يكون واجباً، وهو حيث علم أنها تزني ولم تتب، وحيث عرف أنه لا يقوم بما يجب عليه لها مع القدرة، وفي الإيلاء إذا لم يطأها. وقد يكون مندوباً، وهو حيث يتهمها بالزنا، وحيث هي تضرر^(١) بترك الجماع، وحيث تحته أمة وقد رعى حرة. وقد يكون محظوراً، وهو حيث يخشى الوقوع في المحذور إن طلق زوجته^(٢)، وطلاق البدعة. وقد يكون مكروهاً، وهو حيث يخشى العنت^(٣) إن طلقها، وحيث يطلقها لتحل لمن كان طلقها قبله ثلاثاً. وما عدا ذلك فهو مباح، وقال في الانتصار: مكروه^(٤).

مسألة: إنما يصح الطلاق من الزوج البالغ العاقل المختار أو من وكيله به، فلا يصح من أب الصغير، خلاف الحسن^(٥)، ولا منه ولو هو مميز وأذن له أبوه، ولا من سيد العبد، خلاف ابن عباس^(٦)، ولا من المجنون والمعتوه^(٧) ولو أذن له وليه، ولا من مغمور^(٨) ومبرسم، ولا من المكره، خلاف أبي حنيفة^(٩). قلنا: إلا في المولي

(١) ولم يخش عليها الوقوع في المحذور، وإلا وجب.

(٢) ولم يمكنه أن يتزوج، أو يخشى الوقوع في المحذور قبل التزوج. (قرئ).

(٣) وهو التعب.

(٤) قال في الغيث: قلت: وهو الأقرب، وحيثه قوله صلى الله عليه وسلم: ((أبغض المباح إلى الله الطلاق)). قال في البستان: لأنه إذا لم يكره شيئاً من خلقها ولا من خلقها ولا من دينها فهو مكروه؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: ((أبغض المباحات إلى الله الطلاق)).

(٥) وعطاء.

(٦) وعن بعضهم: إباق العبد فسخ. (زهور).

(٧) المعتوه: المدهوش من غير مس جنون، ذكره في بعض كتب اللغة. وقيل: هو الذي تغير عقله ولم يبلغ حد الجنون. وقال في الممع: هو مختل العقل، ذكره في كتاب النفقات. قال عليه السلام: والمعتوه: من فسد عقله ولم يبلغ حد الجنون. (بستان). وقيل: هو من غلبت عليه الغفلة وعدم التفطن للأمر مع كمال تمييزه. (نجري). (قرئ).

(٨) يعني الذي يغتم عقله من شدة الألم. والمغمور: هو الذي اشتد مرضه وزال عقله. (ديباج).

(٩) وحيثه قوله صلى الله عليه وسلم: ((ثلاث هزلن جد وجدهن جد: الطلاق والنكاح والعقاق)) ولم يفصل.

إذا أكرهه الحاكم عليه^(١)، وإلا حيث نواه المكره، خلاف الفقيه يمين البحيح. وحد الإكراه: ما أخرج عن حد الاختيار، ذكره المؤيد بالله، وذكره أبو طالب في شرحه، قال أبو جعفر وابن أبي الفوارس: وهو إجماع. وقال في اللمع: خشية الإجحاف أو قطع عضو. وقال في التقرير والإفادة: خشية الضرب أو الحبس^(٢). وقال في الاحكام: خشية الأذى والعنت^(٣).

مسألة: ولا يصح الطلاق قبل النكاح ولو أضافه إلى بعده، خلاف أحد قولي المؤيد بالله وأبي حنيفة. قلنا: إلا إذا قال لزوجته: «متى تزوجتك فأنت طالق» أو «متى دخلت الدار فأنت طالق» ثم طلقها دون ثلاث ثم تزوجها من بعد ودخلت^(٤) الدار فتطلق^(٥).

مسألة: والسكران يصح طلاقه^(٦) وسائر عقود^(٧) إن لم يزل عقله، وإن

قلنا: المكره ليس هازلاً ولا جاداً، ومعارض بقوله ﷺ: ((وما استكرهوا عليه)). قال: قال ﷺ: ((كل طلاق واقع إلا طلاق المعتوه والصبي)). قلنا: لا نحتج بظاهره؛ لأنه خرج منه النائم، فكذا المكره. (بستان).

(١) وقيل: يحبس فقط. (قررو). قال القاضي عامر: ولا يستقيم إجبار على الطلاق إلا في مسألة اللبس فقط. و(قررو).

(٢) إن خشى معه ضرراً. (قررو).

(٣) أي: التعب.

(٤) صوابه: أو دخلت.

(٥) لأنه يصح منه الإيقاع عليها في الحال فيصح منه التعليق عليها، بخلاف الأجنبية فهو لا يصح منه الإيقاع عليها في الحال فلا يصح منه التعليق. (كواكب).

(*) فتطلق في الأول بالتزويج، وتطلق في الثاني بالدخول. (قررو).

(٦) لا يقال: فكان القياس أن يقع من الصبي، وهو لا يقع؛ لأننا نقول: إن الطلاق وإن كان ثابتاً بخطاب الوضع فله تعلق بالتكليف من حيث إنه يتصف بالأحكام الخمسة، والسكران مكلف في حال، فصح منه، بخلاف الصبي فليس بمكلف، فلم يصح منه. (حاشية فصول).

(٧) قال في المقصد الحسن: يصح من السكران كل إنشاء إلا البيع وما أشبهه من عقود المعاوضات؛ لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ [النساء ٢٩]، كذا حفظناه.

زال بحيث لا يميز ما يتصرف فيه وما يقوله فبالبنج ونحوه^(١) لا يقع طلاقه إن أكله لضرورة^(٢)، وأما لغير ضرورة فقال في الشرح: لا يقع^(٣) أيضاً، وقال في البحر وبعض أصحاب الشافعي وأشار إليه في التذكرة: إنه يقع. وأما بالخمير فحيث شربها مكرهاً ففيه قولان للمؤيد بالله عَلَيْهِ السَّلَامُ: أحدهما والفقهاء يميني البحيح: يقع طلاقه^(٤)، وأحدهما والفقهاء حسن وأصحاب الشافعي: لا يقع^(٥). وحيث شربها مختاراً يقع طلاقه عقوبة له^(٦)، ذكره الهادي والمؤيد بالله والمنصور بالله وأبو حنيفة والشافعي ومالك^(٧)، وقال الناصر وأبو العباس وأبو طالب وأحمد بن يحيى: لا يقع طلاقه كسائر عقود. قال الفقيهان يميني البحيح وحسن: وكذا الخلاف^(٨) في ظهاره وإيلائه ورجعته ويمينه وعتقه وإقراره ووصيته ومضي مدة خياره، وفي إرادته لطلاق من علق طلاقه على إرادته أو مشيئته^(٩).

(١) الأفيون ونحوه. (قرر).

(٢) لا فرق.

(٣) كما في الأزهار.

(٤) وهو ظاهر الأزهار.

(٥) قوي؛ لأنه لم يعص به، واختاره في التذكرة، واختاره الإمام شرف الدين.

(٦) قال في التقرير: والفرق بين الخمر والبنج أن شرب البنج للتداوي ليس بمعصية، ولا في شربه لذة، ولا تتعلق به شهوة، ولا يدخل فيه لهو، بخلاف الخمر فإن شربها معصية، وفيها الشهوة واللهو واللعب وغيرها.

(٧) حجبتهم قوله تعالى: ﴿الطَّلَاقُ مَرَّتَانٍ﴾ [البقرة ٢٢٩]، وقوله: ﴿وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ...﴾ الآية [البقرة ٢٣٧] ولم يفصل بين الصاحي والسكران، وهو مكلف؛ بدليل قوله تعالى: ﴿لَا تَقْرُبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَى﴾ [النساء ٤٣]. فمخاطبتهم حال السكر تقتضي تكليفهم. وحجة الآخرين أن عقله زائل فأشبهه الصبي والمجنون. (بستان).

(٨) المذهب يقع.

(٩) فالمذهب يقع.

وأما رده^(١) فقال الهادي والمؤيد بالله: تصح، وقال الناصر وأبو حنيفة: لا تصح. وإذا زنى حد وفاقاً، وكذا في سائر الحدود. وإذا قتل غيره عمداً فقال الناصر والمؤيد بالله: يقتل به، وقال أبو العباس وأبو طالب: لا. وإذا فاتته الصلاة لزمه قضاؤها. قال الفقيه علي: وإذا التبس هل زال عقله بالخمير أو بالبنج لم يقع طلاقه^(٢)، وكذا إذا التبس هل زال بالخمير أو بالجنون^(٣).

فرع: وإذا طلق خلعا فلعله لا يقع إن كان عقداً^(٤) كسائر عقود، وإن كان شرطاً وقع على الخلاف. قال الإمام يحيى: أما إذا صار السكران كالنائم لا يميز بين الأرض والسماء فلا يقع طلاقه وفاقاً^(٥).

مسائل: والطلاق ينقسم إلى سنة وبدعة، وكل واحد منهما ينقسم إلى رجعي وبائن، وصريح وكنائية، ومباشر ومول، ومعين ومبهم، ومطلق ومقيد، وخلع وغير خلع.

(١) وأما إسلامه لو أسلم وهو سكران فلا يصح منه الإسلام. اهـ وفي البيان في الحدود في النوع السادس في حد المرتد ما لفظه: فرع: وإذا تاب في حال سكره فقال أبو حنيفة: لا تصح توبته. وهو أولى؛ لأن التكليف ساقط عنه^[١]، وقال الشافعي والإمام يحيى: بل تصح.

(٢) لأن الأصل بقاء النكاح.

(٣) المذهب لا يقع.

(٤) وعن القاضي عامر: لا فرق بين عقد وشرط أنه يقع، وهو ظاهر الأزهار، لأن العوض من الزوجة، إلا أن تكون هي السكرى. وقيل: حكمها حكمه، فيقع ولو سكرى، وقرره الشامي، والله أعلم.

(٥) قال عليه السلام: لأنه في هذه الحالة كالمجنون والنائم والمغمى عليه لا يعقل شيئاً، ولا يدري أين الله سالك به. قال عليه السلام: وإن صيره السكر نشيطاً طرباً ولم يضع من عقله شيء صح اتفاقاً. قال عليه السلام: والخلاف فيما بين هاتين الحالتين، وذلك حيث سكر ولم يضع أكثر عقله. (بستان).

(*) المذهب خلافه؛ لظاهر الدليل.

[١] وعن الشامي: الأولى أن يقال: لأنه لا يهتدي إلى حقيقة التوبة، وهي الندم على فعل القبيح لقبحه.

أما السنة فهو حيث يوقع عليها طلقة واحدة فقط في طهر^(١) لم يجامعها فيه في قبلها، أو جامعها فيه وعلقت^(٢). وفي دبرها وجهان، رجح في البحر أنه يمنع أيضاً^(٣). وكذا حيث وضعت منيه في رحمها فيمنع^(٤)، إلا أن تعلق منه^(٥). قلنا: ولا طلقها في حيضته المتقدمة^(٦) عليه ولا جامعها فيها^(٧)، لا الاستمتاع فلا يمنع. فلو طلقها^(٨) ثانية في ذلك الطهر انقلبت الأولى بدعة، خلاف الناصر والشافعي. وإن وطئها بعد الطلاق في ذلك الطهر انقلبت بدعة^(٩)، خلاف الفقيه محمد بن سليمان والزوائد والتمهيد^(١٠). وإذا أوقع أكثر من واحدة بلفظ واحد وقعت

(١) لأنه يمكنه تلافيها.

(٢) في نسخة سيدنا حسين المجاهد: ثم طلقها بعد ذلك.

(*) يعني من قبل الطلاق، والمراد أنها انكشفت حاملاً.

(*) لأن طلاق الحامل للسنة؛ لقوله ﷺ: ((أو حامل قد استبان حملها)). (بستان).

(٣) من طلاق السنة.

(٤) وظاهر المذهب أنه لا يمنع السنة مطلقاً^[١]، ذكره في الوابل، وهو ظاهر الأزهار.

(٥) وطلقها بعد العلق.

(٦) لأنه يطول العدة.

(*) ولا نفاسها المتقدم. (قرر).

(٧) قيل: لأنه ربما تحمل فيحصل الندم.

(٨) ولو غير واقع، كأن يكون قبل الرجعة.

(٩) انقلاب الذوات محال، وإنما المراد أنه يكون سنة بشرط أن لا يطأها في ذلك الطهر ولا

يطلق. (كواكب معنى). لا أنه كان سنياً ثم انقلب بدعياً. (كواكب).

(*) وهل يحرم عليه الوطء ونحوه؟ (حياطي). قال في الغيث ما لفظه: وإذا أراد مراجعتها

راجعها بالقول، ولا يجوز له الوطء حتى تبيض ثم تطهر. وهل يجوز الاستمتاع؟ قلت:

الأقرب أنه لا يجوز^[٢]، وإلا انقلب بدعياً إذا فعل. (شرح أثمار بلفظه).

(١٠) للفقيه محمد بن يحيى حنش.

[١] سواء علقت أم لا.

[٢] المذهب يجوز كما في البيان.

واحدة بدعة^(١)، وقال الناصر: بل سنة^(٢).

فرع: ويعتبر في طهرها أن تكون قد طهرت من الحيض أو النفاس واغتسلت أو مضى عليها آخر وقت صلاة. وروى في البحر عن العترة والشافعي أنه يعتبر بأول طهرها ولو لم تغتسل. وزاد الباقر والصادق والناصر مع هذه الشروط أن يكون الطلاق في محضر عدلين، وأن يريد وقوع الطلاق، فلا يقع من الهازل والمأزح عندهم، فلو كان الشهود رجلاً وامرأتين فقال الباقر والصادق: لا يقع، وأما على قول الناصر فقال أبو جعفر: يقع، وقال الأستاذ: لا يقع. وهكذا إذا طلقها عند كل شاهد طليقة لم تقع.

فرع^(٣): فلو اختلفا هل كانت طاهراً أو حائضاً فقيل^(٤): القول قول مدعي الصحة، وقيل: بل قولها^(٥).

مسألة: وطلاق العدة الذي أمرنا الله به هو طلاق السنة.

مسألة: والطلاق قبل الدخول سنة^(٦)، وكذا طلاق الحامل والآيسة لصغر

(١) قال في البرهان عن الشرح: هذا قول الهدوية، وعلى قول المؤيد بالله تقع كلها بدعة. (بستان).

(٢) ولعله يصح في أحد التأويلين عنه حيث أوقع ثلاثاً على غير المدخولة أنها تقع واحدة سنة.

(٣) هذا الفرع ذكره في الزوائد على أصل الناصر. (بستان).

(٤) الناصر الرضا. (بستان). على مذهب جده الناصر الأطروش.

(٥) ذكره في المرشد. (بستان). وكذا يأتي للمذهب لو علق طلاقها للسنة واختلفا، فيكون

المختار مثل ما ذكره في المرشد أن القول قول نافي حصول الشرط.

(٦) لفظ البحر: «مسألة: ولا بدعة في حق غير المدخولة؛ إذ لا عدة لها، فلم تتناولها الآية». وهو

ظاهر إطلاق البيان، وأن السني في حقها واحدة فقط ولو حائضاً. وظاهر الأزهار أنه بدعة

ولو منفرداً في حال الحيض. (من هامش البحر).

(*) ظاهره ولو حائضاً، ومثله في الهداية والبحر والثمرات في سورة الطلاق وشرح القاضي

زيد. والمختار أنه ليس بسنة إلا مع تكامل شروط السني.

(*) ما لم تكن حائضاً. (مروى). أو حيث أوقع الطلاق عليها ثلاثاً بلفظ أو ألفاظ فإنه يكون

بدعة. (كواكب) (مروى).

أو كبر فحكمهن حكم الطاهر^(١)، لكن يستحب له أن يكف عن الوطء فيهن شهراً قبل الطلاق، ثم إذا أراد إتباعها طليقة ثانية وجب الفرق بينهما بالكف عن وطئها شهراً^(٢)، فإن وطئها قبل الشهر استأنف الكف شهراً بعد الوطء^(٣)، وكذا إذا أراد الثالثة بعد الثانية فلا بد من الفصل^(٤) بينهما، وإلا كان بدعة. قال الناصر: وكذا^(٥) فيمن انقطع حيضها لعارض^(٦) فحكمها حكم الأيسة^(٧)، وكذا من بلغت بغير الحيض فهي كالصغيرة. وعنده لا يقع الطلاق على الحامل إلا واحدة فقط، فأما الأيسة فلعله يقول: إنه يفرق بين التطليقتين فيها بترك الوطء شهراً^(٨). قال الصادق: وكذا الغائب إذا طلق زوجته وهو يظنها طاهراً ولو بانث حائضاً فهو سنة^(٩).

- (١) وقال أصحاب الشافعي: إن طلاق الصغيرة والأيسة والحامل والتي لم يدخل بها يكون مباحاً، لا سنة ولا بدعة، فجعلوه قسماً ثالثاً. (كواكب).
- (٢) وفي هامش شرح الأزهار ما لفظه: هذا في حق ذوات الحيض، وأما في حق ذوات الشهور فيصح تحليل الرجعة بالوطء. وقرره الشامي والهبل. اهـ وقرروا البيان. (قررو).
- (*) وظاهر الأزهار أن الكف ندب فقط، ولا يجب. والمختار ما في البيان.
- (٣) ولا تنقلب الأولى بدعة بالوطء، وإنما تنقلب في ذوات الحيض.
- (٤) والفرق بين الأولى وما بعدها أن في الثانية والثالثة ورد الخبر عن النبي ﷺ أن تستبرأ بحيضة، والشهر بمنزلة الحيضة، بخلاف الأولى فإن الاستبراء ليس إلا لمظنة العلق، وهو مأمون في الصغيرة. (يواقيت). وظاهر الأزهار خلافه.
- (٥) هنا، لا في العدة.
- (٦) والمستحاضة الناسية لوقتها وعددها أو لوقتها. و(قررو). فلا تتحرى. اهـ وعن التهامي: كالحائض. يقال: يغلب جانب الحظر، والتخلص ممكن بأن يقول: «متى صلحت للسنة فأنت طالق». إملاء (شامي).
- (٧) وهو المذهب، إلا أنها ليست كالأيسة في العدة. و(قررو). وعن التهامي والمفتي: المقرر أنها كالحائض. فيكون انقطاعه معها كالطهر الواحد إلى بلوغ اليأس.
- (٨) في نسخة المصنف «شهر».
- (٩) المذهب أنه بدعة، لكن لا يآثم مع ظنه أنها طاهر. (شرح أثير). ومثله الشارط، نحو أن يقول: «إن دخلت الدار فأنت طالق» فدخلت حال الحيض فإنه يقع بدعيّاً ولا إثم.

مسألة: وطلاق البدعة هو ما اختل فيه شرط من شروط السنة، وهو واقع، خلاف الباقر والصادق والناصر، إلا في الخلع إذا جاء بلفظ المخالعة أو المبرأة فيقع حال الحيض؛ لأنه فسخ عندهم. قلنا: ويأثم المطلق بدعة^(١)، خلاف المرتضى وأحد قولي الشافعي^(٢).

مسألة: ومن طلق امرأته ثلاثاً بدعة وهو يعتقد وقوعها اعتقاد تقليد أو اعتقاد جهل ثم أراد الانتقال إلى قول من لا يوقعها؛ فإن كان لترجيح حصل له في الدليل جاز انتقاله^(٣)، ولغير مرجح لا يجوز، خلاف الإمام يحيى والإمام علي^(٤)، ثم إذا انتقل حيث يصح الانتقال فهو على الخلاف في الاجتهاد الأول، فمن يقول: «إنه كالحكم» لا يفيد انتقاله في هذه المسألة، ومن يقول: «إنه ليس كالحكم» يعمل فيها بمذهبه الآخر. وقيل^(٥): إن قول الناصر في هذا: إن الاجتهاد الأول^(٦) كالحكم، فعلى هذا يكون ذلك خطراً^(٧) على المنتقل إلى مذهبه^(٨) من وجوه، منها: هذا القول، ومنها: إذا كان الزوج لها في صغرها غير

(١) لمخالفة الكتاب والسنة، قال في الشرح: ولا خلاف فيه. (بستان).

(*) إلا في الغائب والمشروط فيقع الطلاق ولو كانت حائضاً ولا إثم عليه.

(٢) والأحكام. (كواكب، وشرح فتح).

(٣) بل وجب.

(٤) خلافه إذا كان انتقاله فيما بين أهل البيت فقط، والله أعلم.

(٥) هذا القول ذكره إمام زماننا المتوكل على الله المطهر بن محمد بن سليمان، رواه عن شرح الإبانة، قال الوالد عليه السلام: فعلى هذا القول يكون خطراً على المنتقل إلى مذهبه، ولا يفيد الانتقال عنده. (بستان).

(٦) هذا لصاحب الكتاب، ذكر معناه في البستان.

(٧) في (أ): حظراً.

(٨) بناء على أن الطلاق والنكاح حكم واحد عند صاحب البيان، وأن انتقاله لا يفيد إلا إذا وافق الناصر في هذه الأحكام جميعها، وقد فهم خلافه. (مفتي). (قرير).

الأب^(١) والجد، أو كانت^(٢) لم ترض بالعقد إلا بعد وقوعه، أو كان خروجها من زوج قبله بطلاق بدعة^(٣)، أو كان هذا قد طلق قبلها أربع زوجات له للبدعة^(٤)، أو كان زوجها الأول خرجت منه بطلاق مشروط، وهو لا يقع على الأصح من قولي الناصر، أو كان وليها الذي عقد له بها فاسقا فلا ولاية له على أحد قولي الناصر^(٥).

مسألة: ومن طلق امرأته بدعة استحب له أن يراجعها^(٦) ثم يطلقها للسنة، وقال مالك^(٧): يجب.

مسألة: ومن قال: «أنت طالق للسنة» وهي تصلح لها في الحال وقع، وإن لم تصلح فمتى صلحت لها وقع عليها؛ لأنه كالمشروط^(٨) بالصلاح للسنة متى حصلت، إلا أن يريد به في الحال^(٩) أو يلفظ بذلك فلا يقع. وكذا إذا قال: «أنت

(١) لأن عقده لها غير صحيح عند الناصر، فلا يفيد الانتقال.

(*) والناصر عليه السلام لا يصح العقد الموقوف.

(٢) في (أ، ج): ومنها إذا كانت.

(٣) فما قد حصل طلاق حتى إنها تتزوج ويحصل انتقال.

(٤) فنكاحهن باق عند الناصر، ونكاح هذه غير صحيح؛ لأنها خامسة، فلا ثمرة للانتقال.

(٥) أو كانت قد خرجت من زوج بطلاق في حال غضبه، أو طلقها من غير نية، أو طلقها في غير محضر شاهدين عدلين. اهـ والأصح أن ما جاز للمجتهد أن يجتهد فيه جاز للمقلد أن يقلد فيه، فلا يحتاج إلى ذلك كله.

(٦) لقوله صلى الله عليه وسلم: ((مره فليراجعها)). وحجة مالك: أن الأمر للوجوب. قلنا: لا ننكر ذلك، ولكن الأمر هنا للندب كما لا يجب ابتداء النكاح والبقاء عليه، فهذه قرينة كون الأمر هذا للندب. (بستان).

(٧) والقاسم العياني.

(٨) يقال: هلا كان اللام للتعليل سل؟

(٩) وتصادقه. وقيل: وإن لم تصادقه؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته. (قررو).

(*) وإذا اختلفا هل المراد في الحال أو في الاستقبال فالقول للزوج؛ لأنه لا يعرف إلا من جهته.

طالق للبدعة» وهي تصلح لها في الحال وقع، وإلا فمتى صلحت لها، إلا أن يقول: «في الحال» أو ينويه^(١).

مسألة: فإن قال: «أنت طالق ثلاثا للسنة» وقعت واحدة في الحال إن كانت تصلح لها، وإلا فمتى صلحت لها، وتبقى اثنتان معلقتان متى صلحت للسنة وقعت ثانية، ثم متى صلحت للثالثة وقعت، ولا بد من تحليل الرجعة بينهما بالقول، أو بالوطء في غير الطهر الذي طلقت فيه للسنة^(٢).

فرع: فلو قال: «أنت طالق للسنة» وهي تصلح لها في الحال فإنه يقع مشروطا بأن لا يطأها في ذلك الطهر ولا يوقع فيه طلقة أخرى، فلو فعل تبين أنها كانت لا تصلح للسنة^(٣) وأن الطلاق لم يقع على الخلاف الذي مر^(٤).

مسألة: وإذا علق الطلاق بانتفاء أحد النقيضين اللذين لا ثالث لهما تعلق وقوعه بالنقيض الآخر ولو نفاه في آخر كلامه، نحو قوله: «أنت طالق لا في الليل ولا في النهار» وقع في النهار، فإن كان فيه وقع حالا، وإن كان في الليل فبطلوع الفجر. وكذا إذا قال: «لا ليلا ولا نهار»، وإن قال: «لا في النهار ولا في الليل» أو «لا نهارا ولا ليلا» طلقت في الليل، فإن كان فيه وقع حالا، وإن كان في النهار فمتى غربت الشمس. وإن قال: «لا طاهرا ولا حائضا» أو «لا في الطهر ولا في الحيض» طلقت في الحيض^(٥). وإن قال: «لا سنة ولا بدعة» طلقت للبدعة في الحال إن كانت تصلح لها، وإلا فمتى صلحت لها. وإن قال:

(١) فلا يقع. (قررو).

(٢) فتبين في الطهر الخامس. (قررو).

(٣) ظاهره ولو ثالثة، فينظر فيه. (من خط حثيث). وفي المقنع: وله أن يطأها في هذه المسألة ما لم تقع التطليقة الثالثة. (وابل).

(٤) يعني خلاف ابن سليمان والزوائد والتمهيد حيث وطئها، وخلاف الناصر والشافعي حيث طلقها في ذلك الطهر.

(٥) وهذا يدل على أن النفاس من الحيض، فيكون للبدعة.

«لا كثيرا ولا قليلا» أو «لا قليلا ولا كثيرا» طلقت ثنتين^(١) على قول أهل الثلاث، وعلى قول الهادي واحدة^(٢).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق ثلاثاً نصفها سنة ونصفها بدعة» وقع ثنتان في الحال بدعة ولو كانت تصلح للسنة؛ لأنه قد أوقع ثنتين في الحال، فيكونان بدعة^(٣)، [ثم واحدة متى صلحت للسنة^(٤)]. فلو قال: «بعضها سنة وبعضها بدعة» فكذا أيضاً، ذكره في البحر والتذكرة، والأقرب حيث هي تصلح للسنة أنها تقع واحدة في الحال للسنة^(٥)، وثنان متى صلحت للبدعة، وهذا كله على قول أهل الثلاث، وأما على قول الهدوية فيقع واحدة في الحال^(٦)، ومتى راجعها وقعت

(١) وذلك لتوسطها بين القليل والكثير^[١]. ويحتمل إن قال: «لا قليلا ولا كثيرا» أن يقع عليها ثلاث. (بستان).

(٢) بدعية. (حرر).

(٣) وذلك لأنها تنقسم واحدة للسنة وواحدة للبدعة، وتبقى واحدة مترددة بين السنة والبدعة، فيترجح وقوعها في الحال؛ لأنه يصلح لوقوعها بدعة، فيكونان بدعة جميعاً، وتبقى الثالثة متعلقة بالسنة متى صلحت لها. وكذا في صورة البعض؛ لأنه يجب التنصيف، فتقع طلقة ونصف للبدعة، لكن تتم اثنتين، ولا يقع للسنة؛ لأن وقوعه كالمشروط بالتنصيف كما لو صرح به، إلا أن ينوي قدر البعض فله نيته. (بستان).

(٤) ما بين المعقوفين من (أ).

(٥) في الصورة الأخيرة، لا في الأولى فكلام البحر أقوى، والله أعلم.

(٦) القياس أنها تقع واحدة للبدعة مطلقاً عندنا. (ساع سحوي). وهو صريح البحر والغيث، ولفظ الغيث: الفرع السادس: إذا قال: «أنت طالق ثلاثاً بعضها للسنة وبعضها للبدعة» وقعت عليها واحدة في الحال مطلقاً على أصلنا. (بلفظه). وقيل: الأولى أنه لا يقع شيء؛ لاستحالة الشرط حيث قال: «بعضها» فقط.. الخ. ولفظ البحر: فإن قال: «ثلاثاً بعضها للسنة وبعضها للبدعة» فله نيته في تقدير البعض، وحيث لا نية يجب التنصيف، فتقع طلقة ونصف للبدعة، لكن تتم اثنتين، ولا تقع للسنة؛ إذ وقوعه كالمشروط بالتنصيف مع الإطلاق كما لو صرح به^[٢]. (انتهى بلفظه).

[١] قيل: ويحتمل أن يقع في قوله: «لا كثيرا ولا قليلا» واحدة فقط، ذكره الفقيه يوسف. (برهان).

[٢] يعني بإيقاع واحدة ونصف فلا سنة حيثئذ. (من الهامش).

ثانية، ثم متى راجعها فإن كانت الأولتان وقعتا للسنة تعينت الثالثة للبدعة، وإن كانتا وقعتا للبدعة تعينت الثالثة للسنة، وإن كانت إحداهما سنة والثانية بدعة وقعت الثالثة عقيب الرجعة مطلقاً^(١).

مسألة: والرجعي: هو ما كان بعد الدخول بغير عوض مال^(٢) ولم تكن ثالثة. والبائن: هو ما وقع قبل الدخول، أو بعده على عوض مال، أو كانت ثالثة. **مسألة:** والصريح: هو ما كان بلفظ الطلاق^(٣)، نحو: «أنت طالق^(٤)» أو «مطلقة^(٥)» أو «طلقتك^(٦)» أو «يا طالق^(٧)» أو «يا مطلقة». فإن قال: «أنت الطلاق» فكناية^(٨)، وقال أبو طالب والقاضي زيد: بل صريح^(٩). وإذا قيل له: «امرأتك طالق» فقال: «نعم» فصريح^(١٠)، وإن قال: «إي والله» فإقرار به.

(١) سواء كانت سنة أو بدعة. (قرئ).

(٢) مظهر. و(قرئ).

(*) أو في حكمه. (قرئ).

(٣) قوله: «بلفظ الطلاق» اعلم أن الصريح ما كان متناولاً للفظ الطلاق ولا يحتمل غيره، وسواء كان خبراً مثل: «قد طلقتك» أو صفة مثل: «أنت مطلقة» أو نداء مثل: يا طالق. والكناية: ما لا يذكر فيه لفظ الطلاق، بل يحتمله ويحتمل غيره. (بستان).

(٤) صفة.

(٥) صفة.

(٦) إنشاء.

(٧) ما لم يكن اسمها طالق فإنه يكون كناية في حقه. (معيار).

(*) نداء.

(٨) هذا كلام المؤيد بالله؛ لأن الأشخاص لا توصف بالمصادر. (بستان بلفظه). واختاره بعض المشائخ.

(٩) ذهب عليه في بعض الكتب المقررة على المشائخ.

(*) لوجود لفظ الطلاق، وقد توصف الأشخاص بالمصادر على طريق المبالغة، كرجل رضا أو عدل، أو على طريق حذف المضاف، أي: أنت ذات طلاق. (بستان بلفظه).

(١٠) يعني إذا قصد الطلاق بقوله: «نعم». اهـ وفي المتنوع: إن لم يكن قد طلقها وكان كاذباً بقوله: «نعم» وقع في الظاهر دون الباطن. اهـ لعله يريد لأنه إقرار يعمل به في الظاهر. والله أعلم.

مسألة: وإذا قال لامرأته: «بهشتم»^(١) فهو كناية^(٢)، وإن قال: «بهشتم إيزني» أو قال: «إيزني بهشتم» فصريح، ذكره المؤيد بالله وأبو طالب^(٣)، وروي عن الهادي والناصر أنه كناية. والمراد فيمن يعرف معناه؛ لأن «بهشتم» معناه: تركتك، و«إيزني» معناه: عن الأزواج، ومن لا يعرف معناه فلا حكم له في حقه، وكذا العجمي إذا لفظ بالطلاق العربي وهو لا يعرف معناه فلا حكم له [في حقه]^(٤).

مسألة: والصريح لا يحتاج إلى النية، بل إلى قصد ذلك اللفظ، فلو أراد الكلام بغير الطلاق فسبقه لسانه إلى الطلاق بغير اختياره لم يقع^(٥)، وقال الباقر والصادق والناصر والوافي وتخريج المؤيد بالله: إنه يحتاج إلى النية، وهي إرادة الوقوع، لا حيث لم يرده، نحو المازح والهازل، قال الناصر: ولا في حال الغضب فلا يقع^(٦). وإذا ادعى أنه لم ينو الطلاق فقال أبو مضر: يقبل قوله^(٧) مع يمينه عندهم، وقال أبو جعفر: لا يقبل^(٨).

مسألة: من رأى امرأة فظنها أجنبية فقال لها: «أنت طالق» ثم بانَت زوجته

(١) بفتح الباء وكسر الهاء، والتاء يجوز فيها الفتح والضم، ذكره في تعليق الزيادات للفقهاء حسن. ولم يذكر حركة همزة «إيزني». والسياع كسرهما. (شرح بهران بلفظه).

(٢) وذلك لأن معناه: تركتك، فهو يحتمل: عن النفقة، أو تفعلين ما شئت، أو أعرضت عنك، ويحتمل الطلاق، فإذا زاد «إيزني» صار صريحاً؛ إذ لا يحتمل إلا الطلاق. (بستان).

(٣) كما في الأزهار.

(٤) ما بين المعقوفين من (أ، ج)، وهو في (ب، د) حاشية.

(٥) ولا يقبل قوله إلا لقريظة. (بحر) (قررو).

(*) لكن لا يقبل أنه سبقه لسانه إلا مع قرينة تدل عليه. اهـ نحو أن يكون اسم امرأته طارقاً بالراء فنادها يا طالق وقلب الراء لأم من غير قصد. (بستان).

(٦) المختار يقع.

(٧) قوي على أصلهم.

(٨) واختاره في تعليق الوشلي.

طلقت^(١)، ولو جاء بلفظ الكناية أيضاً إذا نوى طلاقها.

مسألة: وإذا نوى بالطلاق معنى آخر نحو أن يقول: أردت الطلاق عن الوثاق، أو أردت به غيرها فإنها تصح نيته في الباطن لا في الظاهر، إلا أن تصدقه^(٢) الزوجة لم يعترضاً^(٣)، قال في التقرير: إذا كان عدلاً^(٤). قال في الكافي: وكذا إذا قال: «فاطمة طالق» واسم زوجته فاطمة فإنها تطلق، فإن ادعى أنه أراد غيرها لم يقبل في الظاهر إلا أن تصادقه زوجته^(٥).

مسألة: إذا قال: «أنت طالق طلاقاً لا يقع عليك» أو «غير واقع» فإنه يقع^(٦)، إلا على قول من يقول بأن طلاق البدعة لا يصح فلا يقع شيء.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق أو لا»^(٧) لم يقع. قال الفقيه يوسف: وكذا لو قال: «أنت طالق واحدة أو لا»، وقال الفقيه يحيى البحيح: بل يقع واحدة.

مسألة: والكنايات هنا غير محصورة، بل كل لفظ يحتمل الطلاق^(٨) فإنه يقع

(١) وكذا في الوقف والهبة والنذر وما أشبه ذلك، فيقع على المشار إليه ولو ظنه غير ملكه. (حاشية سحولي).

(٢) يعني لم تنازعه.

(٣) الذي يأتي على القواعد أنه إذا ادعى الصرف وكان اللفظ يحتمله قبل قوله باطنا، وإن كان لا يحتمله نحو أن يقول: «زوجتي طالق» ويقول: «أردت الحجر» لا يدين لا ظاهراً ولا باطناً. (مفتي). ومثله للوشلي.

(٤) بل لا فرق. (قررو).

(٥) المراد بالمصادقة عدم المنازعة. [المنكرة (نخ)] (قررو).

(٦) لأنه ما من طلاق إلا ويقع. (بستان). هلا قيل: لا يقع عندنا؛ لأن الطلاق الذي لا يقع هو الدور. اهـ ينظر.

(٧) فإن قال: «أولاً» بالتشديد فهو إقرار بالطلاق، إلا أن يريد الإنشاء لم يقع؛ لأنه بمثابة من قال: أمس. اهـ واختار المفتي أنها تطلق في الحال؛ لأن «أولاً» ليست بظرفية، ما لم يقل: من أول أو في أول.

(٨) ولو عرفاً.

به إذا أَرَادَهُ، نحو قوله: أنت خلية، أو بريئة، أو بائن، أو بته، أو بتلة^(١)، أو سرحتك، أو فارقتك، أو استبرئي^(٢)، أو تقنعي، أو حبلك على غاربك^(٣)، أو أنت سائبة^(٤)، أو حرة، أو الحقي بأهلك، أو اذهبي، أو روجي، أو اعتدي ولو كان قبل الدخول^(٥)، أو أبرأتك من عقدة النكاح، أو لست لي بامرأة^(٦)، أو «لا» جواباً لمن قال له: هل لك امرأة^(٧)، أو بهشتم، أو بألفاظ الظهار صريحه أو كنيته، أو أنا منك بائن أو برئ أو خلي، أو قال: أنت أمي أو بنتي أو أختي، لا لو

(١) بته وبتلة معناهما واحد، وكلاهما للقطع، وفي الحديث نهى عن التبتل، وهو الانقطاع عن النكاح، والبتول: المنقطعة عن الأزواج، وسميت به فاطمة عليها السلام لانقطاعها عن نساء زمانها فضلاً وديناً وحسباً.

(٢) أو استبرئي رحمك.

(٣) قال في الصحاح: الغارب: ما بين السنام والعتق. والناقاة إذا رعيت ألقى الخظام على غاربها؛ لأنها إذا رأت الخظام لم يهنها الرعي، فاستعمل هذا في الإرسال، وقيل: حبلك على غاربك، أي: اذهبي حيث شئت. (بستان، وزهور).

(٤) والسائبة قيل: إنها ما كانت تفعل الجاهلية من النذر إذا مرض مريض فشفى سبب من إبله ما أراد شكرًا لله تعالى، فيخلبها ترعى حيث شاءت، ولا تمنع من ماء ولا كلاً. وقيل: كانت الناقاة إذا ولدت عشرة أبطن كلها إناث سبيت ولم تركب ولم يشرب لبنها إلا ولدها أو الضيف حتى تموت، فإذا ماتت أكل لحمها. (زهور لفظاً). ومثله في العهد الأكيد في تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَا سَائِيَّةٌ وَلَا وَصِيْلَةٌ﴾ الخ [المائدة ١٠٣]، ومثله في البستان.

(٥) ولا يقال: إنه لا عدة فلا طلاق؛ لأن المقصود ما يقع به الطلاق، ولا عبرة بالعدة.

(٦) هكذا هنا، وظاهر كلامهم أن إنكاره طلاق ولم يذكروا نية، فيفهم منه أنه صريح. وقد تقدم في اختلاف الزوجين أن إنكاره طلاق، إلا أن يحمل أنه هنا يفيد الإنشاء وفيما مر يفيد الإخبار استقام ووقع الفرق بين صورتين^[١]. اهـ يقال: هنا هما متصادقان على الزوجية، بخلاف ما تقدم.

(٧) أي: فقال: «لا».

[١] قد اختير فيها مضي أن إنكاره فرقة لا طلاق.

قال: يا أمي أو يا بنتي أو يا أختي فلا صريح ولا كناية^(١)، ذكره أحمد بن يحيى، ولعل الفرق أن هذا يستعمل في التخاطب فلا يحتمل الطلاق.

مسألة: والكنيات كلها تفتقر إلى النية، فإن أراد بها الطلاق وقع، وإن أراد بها غيره أو لم يرد بها شيئاً لم يقع، إلا حيث تكون جواباً لسؤال الطلاق الصريح فإنها تكون صريحاً^(٢)، نحو أن تقول له: «طلقني» فقال لها: «روحي» أو نحوه من الكنيات فإنه يقع^(٣). قال الفقيه محمد بن سليمان: وكذا إذا كان في حال الغضب والمشاقة فذلك قرينة^(٤) تدل على أنه أراد بها طلاقها. ومثله في الكافي، خلاف الشافعي.

فرع: وإذا ادعت عليه في الكناية أنه أراد الطلاق وأنكر فلها أن تحلفه احتياطاً^(٥) إذا شكك في قوله، ويلزمه الحلف إذا طلبته^(٦).

مسألة: وإذا قال: «علي الطلاق^(٧)» أو «يلزمني الطلاق» فهو كناية^(٨).

(١) لأنها لا تحتمل الطلاق ولا الظهار، وإنما تحتمل الإكرام. (بستان). هذا يستقيم في غير قوله: «يا أمي»، فيكون كناية؛ لأنه من ألفاظ كناية الظهار، وهو كناية في الطلاق، فتحقق. اهـ. يقال: لم يذكروا النداء من ألفاظ كناية الظهار، فتحقق هل قد ذكروا ذلك.

(٢) وظاهر المذهب أنه يكون كناية. (قررو).

(٣) المذهب أنه كناية، كذا في البحر. (عامر) (قررو).

(٤) قال مولانا عليه السلام: وفيه نظر، والأولى خلافه. (غيث). أي: خلاف قول الفقيه محمد بن سليمان، وهو أنه كناية في الطرفين.

(٥) لا وجوباً إلا إذا ظنت. (ذماري). وفي الغيث: قلنا: عبر بالاحتياط عن الوجوب؛ لأن اليمين واجبة مع دعوى المرأة. فعبارة الغيث مثل عبارة البيان. ويمكن الفرق بين العبارتين أنه في البيان أراد أنه يجب عليها طلب اليمين مع الظن، ومع الشك يجوز من باب الاحتياط ويندب، وأما بعد المرافعة فلا كلام في وجوبها على الزوج، وهو مراد الغيث. (قررو).

(٦) فإذا نكل حكم عليه بالطلاق. (قررو).

(٧) لا إذا قال: «عليك الطلاق» فهو صريح. (قررو).

(*) وسواء قال: من زوجتي أم لا. (قررو).

(٨) وعليه الأزهار.

وقيل^(١): صريح، وهو مروى عن الأحكام، وقال الإمام يحيى^(٢): لا صريح ولا كناية^(٣).

مسألة: وإذا قال: «أنت علي حرام» أو «أنا عليك حرام» أو «ما أحل الله لي أو للمسلمين فهو علي حرام» فهو كناية في الطلاق وفي الظهار، أيهما نواه وقع، وإن نواهما معاً وقعاً^(٤)، وإن لم ينو شيئاً فهو يمين، إلا في قوله: «أنا عليك حرام»^(٥).

فرع: فإن قال: «أنت علي كاخمر أو كالميتة أو كاخنزير أو كالأجنبية» فإن نوى به الطلاق وقع، وإن نوى به التحريم فهو يمين على ما ذكره في التقرير والإمام يحيى، وعلى ما ذكره أبو طالب وأبو العباس في الظهار لا يكون يميناً. وإن لم ينو به شيئاً فلا شيء. وقال الناصر والشافعي: لا يقع بالحرام^(٦) طلاق ولا يمين^(٧) ولو نواه. قال الفقيه يوسف: ومن قال لزوجته: «أطلقتك» فهو

(١) الإمام أحمد بن سليمان. وفي نسخة: للإمام أحمد بن الحسين.

(٢) قوي. (حديث).

(٣) قال في الغيث: وهو الأقرب عندي؛ لأنه لم يوقع في هذا اللفظ الطلاق على الزوجة، وإنما هو بمنزلة من قال: ألزمت نفسي أن أطلق، ولا خلاف في هذا أنه ليس بصريح ولا كناية؛ فكذلك ما هو في معناه^[١]. (غيث). وقال في البحر راداً على الإمام يحيى: قلت: لا نسلم، بل كأوقعت الطلاق.

(٤) سيأتي في الظهار أنه إذا نواهما معاً وقع على قول المؤيد بالله، وأما على قول الهادي فيقع الطلاق؛ لأنه أقوى. المذهب فيما سيأتي وقوعهما معاً على قول المؤيد بالله.

(٥) فليس بيمين، بل كناية طلاق؛ لأن الرجل يوصف بأنه حرام على المرأة كما توصف المرأة بأنها حرام على الرجل. (بستان).

(٦) في (ب): بالتحريم.

(٧) قال الناصر: وإنما هي كذبة كذبتها. قلنا: لفظ محتمل للطلاق والظهار فيصح وضعه عليه. (بستان).

[١] وروى النجري عن الإمام المهدي أنه أفتى بوقوعه فقبل له في ذلك فقال: عرفهم إرادة الطلاق بذلك، وهو مشعر بأنه كناية. (تكميل معني).

كناية؛ لعدم استعماله في العادة. قال الإمام المهدي^(١): وكذا إذا قال: انطلق، أو اخرجي، أو الزمي أهلك، أو الطريق إلى أهلك أو إلى بلدك، أو تزوجي غيري، أو اختاري لك زوجا، أو اطلبي لك زوجا، أو ابعدي، أو أنت مقطوعة أو منقطعة، ذكر ذلك كله في البحر. وكذا قوله: رفعت يدي عنك، أو أنت أولى بنفسك، أو أمرك إليك.

فرع: والنية تعمل في الكنايات سواء قارنت لفظها في أوله أو في آخره أو بعده متصلة به كما في الاستثناء سواء. وقيل: لا بد أن تكون في أوله^(٢). وقيل: قبل فراغه^(٣).

مسألة: وإذا قال: «أنا منك طالق» لم يقع شيء^(٤) ولو نواه^(٥)، وقال الشافعي: إنه كناية. فإن قال: «أنا منك بائن» فهو كناية. قال الفقيه يوسف: وإذا قال: «أطلق الله رقبتك» لم يقع به شيء^(٦). [وكذا يأتي - والله أعلم - إذا قال لها:

(١) في (ب): قال الفقيه حسن.

(٢) وبني عليه في البحر.

(٣) وقيل: لا بد أن تكون مقارنة أو مخالطة. قال في البحر: قلت: فإن قارنت آخر اللفظ دون أوله فالأقرب أنها لا تصح؛ لما ذكره المروزي^[١]. والله أعلم.

(٤) في (د): لم يقع به شيء.

(٥) وذلك لأنه لا يوصف الرجل بأنه طالق من المرأة. وحجة الشافعي: أنه يوصف به؛ لأنه بينونة من الرجل، فهو كناية. قلنا: لم يوصف رجل بأنه طالق لغة ولا عرفاً، فأما بائن فالمراد به التباين والتباعد، وهو يوصف به، فكان كناية. (بستان).

(*) هذا مذهبنا وأبي حنيفة، وإنما فرقنا بين قوله: «أنا منك حرام» وبين «أنا منك طالق» لأنه يوصف بالأول؛ قال تعالى: ﴿لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لِهِنَّ﴾ [المتحنة ١٠]، ولا يوصف بالثاني، فشابه ما لو قال: «أنا أعتد منك». (زهور).

(٦) وكذا لو قال: «طلقك الله» لم يقع شيء كما لو قال: «طلقك زيد». اهـ فإن قال: «أطلقك الله» فقيل: يقع هذا طلاقاً إذا جرى به عرف، كقوله: «أبرك الله أو أقالك»، وقيل: لا يقع شيء في الطلاق.

[١] وهو قوله: إذا قارنت بعضاً لا يصلح للطلاق.

«طلقك الله» فلا يقع به شيء كما إذا قال: طلقك زيد^(١).

مسألة: والمباشر: هو ما تولاه الزوج بنفسه. والمولى: هو ما تولاه غيره بأمره، وهو ضربان: تمليك لها أو لغيرها، وتوكيل لها أو لغيرها. فالتمليك صريح وكناية، أما الصريح فنحو قوله: «ملكك طلاقك أو طلاقها» أو «جعلت طلاقك إليك» أو «طلاقها إليك»، وكذا «طلقني نفسك إن شئت أو إن رضيت»، أو «طلقها إن شئت أو إن رضيت». وأما الكناية فنحو: «جعلت أمرك إليك» أو «أمرها إليك أو بيدك» أو «اختاريني أو نفسك» وأراد بذلك كله تمليك الطلاق، فإن لم يردده فلا شيء، ويدين في ذلك باطنا وظاهراً، إلا أن يكون جواباً لطلب الطلاق أو في حال المشاققة لم يدين ظاهراً^(٢)، ذكره في الكافي.

مسألة: وإذا قال لها: «اختاري» فقالت: «اخترت» لم يقع شيء^(٣)، إلا أن يتصادقا أنهما أرادا كلاهما نفسها وقع. وإن قال لها: «اختاري نفسك» فقالت: «اخترت أو فعلت» وقع الطلاق إذا أراد تمليكها الطلاق، وإن قال لها: «اختاري» فقالت: «اخترت نفسي» لم يقع، إلا أن يصادقها أنه أراد نفسها^(٤).
فرع^(٥): وحيث تقول: «اخترت نفسي»^(٦) أو أهلي أو بيتنا أو أبي أو أمي^(٧).

(١) ما بين المعقوفين من (د)، وذكره في هامش (أ) وقال: صح نسخة، وهو المذكور في الحاشية.

(٢) والمختار أنه يدين كما مر فيها.

(*) بناء على ما تقدم أنه صريح، والمذهب أنه كناية، فيدين فيها ظاهراً وباطناً. (قرر).

(٣) لتردده بين التمليك وغيره. (بستان).

(٤) ظاهر المذهب أنه لا يقع مطلقاً، وقوى سيدنا عامر كلام البيان. والله أعلم.

(٥) هذا الفرع يعود إلى أول المسألة.

(٦) في التذكرة: وإن قال: «اختاريني أو نفسك أو أباك أو أهلك» فقالت: «اخترت».. الخ كلام الكتاب.

(٧) لمزية الاختصاص، بخلاف أخوها أو أختها فلا يقع شيء. ولفظ الغيث: ووجه الفرق بين الأخ والأبوين أنه قد ثبت أنه لو قال: «اختاريني أو نفسك» فاخترت نفسها طلقت، والأبوان يجريان مجرى النفس؛ لقوة اختصاصهما في أبوتها وولايتهما والانتساب إليهما،

تقع طَلقة رجعية^(١)، وقال زيد بن علي والباقر والصادق وأبو حنيفة: طَلقة بائنة. وحيث يريد تملكها الطلاق ثم تقول: «اخترت نفسي» يقع الطلاق ولو لم تنوه الزوجة، خلاف الشافعي^(٢)، وإن قالت: «اخترتك» أو لم تختَر شيئاً لم يقع طلاق. وإن قالت: «اخترت الأزواج» فقال في التذكرة وبعض أصحاب الشافعي: لا يقع^(٣)، وقال أبو جعفر والإمام يحيى: بل يقع^(٤). وإن قالت: «أنا أخير نفسي أو سأختار نفسي» لم يقع شيء^(٥). وإن قالت: «أنا أختار نفسي» وقع الطلاق، إلا أن تقول: «أردت أني سأختار في المستقبل» لم يقع شيء.

مسألة: ولا يصح رجوع الزوج^(٦) في تملك الطلاق قبل الجواب^(٧)، كما لا يصح رجوعه في الطلاق، خلاف الناصر والشافعي في التملك^(٨). ويكون الجواب من المملك في المجلس قبل الإعراض^(٩) حيث هو حاضر، أو في مجلس علمه به

بخلاف من عداهما، فلا شبه بينه وبين النفس في الاختصاص؛ بدليل أنه لا ينفذ تصرف غير الأب مع كراهتها، وتصرف الأب ينفذ ولو بالغة عند الشافعي.
(١) بل بصفة ما هي عليه.

(٢) حجبتنا أنه طلاق واقع على أمر من جهتها كما لو قال: «أنت طالق إن دخلت الدار». وحجة الشافعي: أن قولها: «اخترت نفسي» محتمل للطلاق وغيره، فلا بد من نيتها. (بستان بلفظه).
(٣) لأن هذا الزوج من جملة الأزواج، فكأنها اختارته. وحجة الآخرين أنها لا تحل للأزواج إلا بعد مفارقتها لهذا الزوج، فالمراد غيره فيقع. (بستان).

(*) لأن المراد: وأنت منهم.

(٤) لأن المراد غيرك.

(٥) لأنه للمستقبل لا للحال. (بستان).

(٦) بالقول لا بالفعل. (قررو). نحو طلاق الزوج؛ لأن توليه بنفسه ينزع الوكيل.

(٧) يعني الطلاق. (قررو).

(٨) وقواه في البحر.

(*) لأنه عقد تملك، فيصح الرجوع فيه ممن صدر منه، كما لو قالت: «طلقني على ألف» ثم رجعت قبل قوله. (بستان).

(٩) وفي شرح الفتح ما لفظه: المؤلف: فيعتبر في الإتيان بلفظ التملك القبول في المجلس قبل

حيث هو غائب، لا بعده فلا يصح ولو ضم إليه «إن شئت»، فإن قال: «إذا شئت أو متى شئت أو إذا ما شئت أو متى ما شئت» فذلك يفيد العموم للمجلس وبعده^(١)، ولا يطلق إلا مرة واحدة، ذكره أبو طالب وأبو حنيفة، إلا أن يقول: «كلما شئت» فله التكرار. قلنا: وكذا في قوله: «متى شئت»^(٢) أو متى شاء زيد^(٣) أو متى أراد، أو طلقها متى شاءت أو متى دخلت» - فذلك للمجلس وبعده^(٤)، والطلاق مرة فقط.

- الإعراض فقط^[١]؛ إذ هو حكم لازم لكل تمليك؛ إذ يعتبر الإيجاب والقبول، فاعتبر ذلك المؤلف وإن تأخر الطلاق إلى بعد المجلس إذا قيد التمليك بقوله^[٢] فافهم.
- (*) اعلم أن التمليك لا يخلو إما أن يكون مؤقتاً نحو: ملكتك طلاقها شهراً أو يوماً فله أن يطلق في جميع ذلك الوقت مرة واحدة فقط، وظاهر قولهم أن ذلك له ولو لم يقبل ولو أعرض، وهذا منصوص عليه. وأما إذا كان التمليك مطلقاً - نحو: ملكتك طلاقها - قال الإمام المهدي: إن له المجلس فقط قبل الإعراض. والذي في الزهور وغيره، وقرره في الأثرين وشرحه، وهو المعمول عليه: أنه إذا قبل في المجلس صار مالكاً للطلاق، فيطلق في المجلس أو غيره مرة واحدة، وأما قوله: إن شئت أو أمرك إليك أو اختاريني أو نفسك فلم يوقف فيه على قول لأهل المذهب: إنه إذا قبل أو قبلت كان كالأول، بل ظاهر كلامهم أنه يعتبر المجلس قبل الإعراض، والله أعلم. وفي الكواكب في المؤقت معنى ما ذكرنا، وفي غيره معنى ما قلنا في التمليك المطلق، وهو المعمول عليه. (عن سيدنا عامر رضي الله عنه).
- (١) وعليه الأزهار بقوله: «إلا المشروط بغير إن ففيه وبعده».
- (*) ووجه الفرق أن هذه الألفاظ ظروف زمان، فقوله: «إذا شئت» بمنزلة قوله: أي وقت شئت، وكذا في «متى شئت» بخلاف «إن» فإنها ليست ظرفاً، فلم تعم الأوقات، ذكره الفقيه محمد بن يحيى. (بهرا).
 (٢) هذا تمليك.
 (*) هذا تكرار.
 (٣) هذا وما بعده توكيل. (قرر).
 (٤) وذلك لأنه توكيل لما لم يعلق بمشيئة الوكيل، وأما ما علق بمشيئة الوكيل فهو تمليك ولو كان بلفظ التوكيل. (بستان).

[١] وفي حاشية السحوي ما لفظه: ولا يفيد قبول المملك في المجلس ثم يوقع الطلاق في غير المجلس. (باللفظ). وهو ظاهر الأزهار. (قرر).
 [٢] يقال: الطلاق متضمن للقبول. (قرر).

فرع: ومهما لم يحصل إعراض من المملك في المجلس فله الجواب ولو طال المجلس، والظاهر في سكوته عدم الإعراض، والظاهر في أفعاله وأقواله أنها إعراض، إلا ما كان فيه اهتمام في الجواب نحو أن يكون مضطجعا أو قائما فقعده، أو تقول هي: «ادعوا أبي أو أمي أو شهودا^(١)»، أو يكون ذلك يسيرا لا يعد مثله إعراضا في العادة، أو يكون في صلاة فرض فيتمها ثم يجيب، وإن كان في صلاة نفل أتمها ركعتين^(٢)، خلاف الكافي، لا أربعا، خلاف الزوائد. والقعود والاتكاء^(٣) لا يمنع، بل القيام^(٤) والاضطجاع والأكل وطلب المأكول^(٥) فيمنع الجواب. فإن قام الزوج وبقي المملك في مجلسه فقال في الوافي^(٦) والكافي: لا يمنع، وقال الأستاذ: بل يمنع. وأشار إليه في الأحكام^(٧).

مسألة: وإذا قال: أنت طالق إن شئت أو إن شاء أبوك أو زيد، فلا تكون المشيئة إلا في المجلس^(٨) إن حضر المملك، وإن كان غائبا ففي مجلس علمه^(٩)

(١) إلا أن يكون الشهود حضوراً في المجلس فيحتمل أن يكون إعراضا. (نجري). (قرير).

(٢) لأنها أقل النفل.

(٣) اهتماما.

(٤) من القعود.

(٥) لا شرابا فليس بإعراض؛ إذ قد يحصل بذلك حرارة، ذكره في الكافي.

(٦) قال الفقيه محمد بن يحيى: وإنما صح هنا بخلاق سائر التمليكات لأنه لا يصح الرجوع فيه منه، فكأنه حاضر.

(٧) قال صاحب الكتاب: فأما سائر التمليكات والعقود فلعلها تبطل بقيام المبتدئ قبل جواب المجيب؛ لأنه يصح الرجوع فيها، وقيامه كرجوعه. (بستان). وفي المعيار ذكر في البيع: أنه لا يشترط بقاء الموجب في المجلس كما لا يشترط سماعه للقبول.

(٨) ولو كان زيد قد أعرض. (حاشية سحولي لفظاً). وفي حاشية: قبل الإعراض. وهذا هو ظاهر الأزهار فيما يأتي في قوله: «فيقع واحدة.. الخ».

(٩) وفي الغيث: يقع ولا يعتبر المجلس، لكن لا بد من المشيئة؛ إذ هي شرط في وقوعه.

بذلك؛ لأن ما علق بالمشيئة فهو تمليك^(١). فإن قال المملك: «شئت إن شئت» فقال: «شئت» لم يقع؛ لأنه علق بمشيئة مطلقة^(٢)، وقال الفقيه يوسف: بل يقع. وهو القوي^(٣). وإذا كان الذي علق بمشيئته أو إرادته صبياً أو مجنوناً غير مميزين وقال: «شئت أو أردت» فقال في البحر: لا يقع^(٤)، وقال في الوافي والتفريعات: بل يقع. وإن كان سكران فعلى الخلاف في طلاقه^(٥).

مسألة: وإذا قال لها: «أمرك إليك» أو قال لغيرها: «أمرها إليك» ثم قال: «أردت به التوكيل» فإن صادفته الزوجة صح^(٦)؛ لأن ذلك كناية في التوكيل، وإن لم تصادفه ثبت له حكم التمليك^(٧) والتوكيل^(٨).

مسألة: والتوكيل هو حيث يأمرها أو يأمر غيرها بطلاقها، فيكون للتوكيل

(١) يقال: أما قوله: «أنت طالق.. إلخ» فهو شرط محض متعلق بالمشيئة في المجلس، فلا مدخل له في التمليك، بل إن حصلت المشيئة في المجلس ولو بعد الإعراض وقع، وإلا فلا. وظاهر الأزهار خلافه في قوله: «فتقع واحدة بالطلاق أو الاختيار في المجلس قبل الإعراض».

(٢) يعني: وهذه غير مطلقة، بل مشروطة. (بستان).

(٣) لأن المشيئة شرط في الطلاق، وقد حصلت بحصول شرطها. (برهان).

(٤) كما لا يصح منه الطلاق. ولفظ حاشية: لأن مشيئة من هو كذلك كلاً مشيئة، ولا يقبل خبره بأنه قد شاء. وحجة الآخرين أن المقصود المشيئة، وقد حصلت، كما لو علق الطلاق إذا دخل الدار من هو كذلك فدخل. (بستان).

(٥) يقع.

(٦) يقال: لا تعتبر المصادقة إلا في صريح التمليك، وهذا كناية فلا يحتاج إلى مصادقة؛ إذ القول قوله، ذكر معناه في الرياض.

(٧) هذا يستقيم إذا جاء بصريح التمليك، فهذا يحتاج إلى المصادقة أنه أراد التوكيل. (رياض معنى، وكواكب).

(٨) وكذا لو نواها جميعاً.

(*) يعني: فحكم التمليك أنه لا رجوع له فيه؛ عملاً بظاهر اللفظ، وحكم التوكيل أنه يثبت له عموم المجالس لإقراره به. (بستان). وفي الغيث: إن نواه كان تمليكاً، وإلا فهو توكيل. وفي البحر: وأمرك إليك كناية تمليك، فيقبل قوله: أردت التوكيل، فيكون توكيلاً.

المجلس وبعده متى شاء مرة واحدة فقط، إلا أن يوقته الزوج بوقت أو بمجلس لم يصح بعده، ويصح رجوع الزوج عنه قبل طلاق الوكيل، إلا أن يجسه بقوله: «وكلمها عزلتك فأنت وكيلى» فلا يمنع رجوعه طلاق الوكيل، إلا أن يدير العزل^(١)، نحو أن يقول: «كلمها صرت وكيلا لي فقد عزلتك» فلا يصح طلاقه بعد ذلك. وكذا إذا عزل الوكيل نفسه^(٢) أو طلقها الزوج بطلت الوكالة^(٣).

مسألة: وإذا قال الوكيل: «طلقت» أو «طلقتها»^(٤) وقع، وإن قال: «طلقتك أنت»^(٥) لم يقع، خلاف مالك والشافعي^(٦)، وإن قال: «أبتئتك»^(٧) وقع.

مسألة: ولا يطلق الوكيل^(٨) إلا مرة واحدة فقط، إلا أن يقول: «كلمها

(١) أي: يجعله دوراً.

(٢) إلا أن يقول: «وكلمها انعزلت عادت» فإنه إذا عزل نفسه عادت له إذا قبل أو امتثل. (قررو).

(*) في وجه الأصل أو علمه بكتاب أو رسول. على الخلاف الذي في الفسخ.

(٣) لأنه إنما وكله بالأولى، وقد استوفاهها الموكل. (بستان).

(*) ولو كانت محبسة. (صعيتري) (قررو).

(*) وأما المملك فلا ينعزل، بل إذا راجع الزوجة كان له إيقاعه، إلا أن تكون ثلاثة أو قبل

الدخول، والمملك أشبه بالمشروط بجامع عدم صحة الرجوع. اهـ وعن سيدنا إبراهيم

حثير: التملك ينصرف إلى الأولى.

(٤) عن فلان.

(٥) بفتح التاء.

(*) وكذا إذا قال: «أنت طالق»؛ وذلك لأن الزوج لا يوصف بأنه مطلق. (كواكب) (قررو).

(٦) قد تقدم الاحتجاج في ذلك. قالوا: نكاحها ملتبس بالزوج؛ بدليل تحريم نكاح أختها وأربع

غيرها. قلنا: لا نسلم أنه يصلح للكناية لما مر. (بستان بلفظه).

(٧) لأنه قد يوصف الزوج بأنه بائن من زوجته، فيقع به. (بستان).

(*) مع النية. (قررو).

(٨) وكذا المملك. (قررو).

أردت (١) أو أرادت (٢) أفاد التكرار، وكذا «متى أردت أو أرادت» فهي للعموم، فتقتضي التكرار في الوكالة، لا في التملك على حسب الخلاف في «متى (٣)» هل تفيد التكرار، فعند الهادي والمؤيد بالله أنها تفيده، خلاف الإمام يحيى وأهل اللغة، وهو القوي.

مسألة: ولا يصح من الوكيل (٤) أن يطلق خلعاً (٥) على عوض ولو كان قبل الدخول أو كانت الثالثة؛ لأنه لم يؤمر به (٦).

مسألة: وإذا أمره بالطلاق مطلقاً أو قيده بواحدة فطلق ثلاثاً فبالفاظ تقع الأولى فقط، وبلفظ واحد تقع واحدة (٧) أيضاً، إلا على قول أهل الثلاث فلا يقع شيء؛ لأنه مخالف. وإن أمره بالطلاق ثلاثاً (٨) فطلق واحدة فحيث أمره بالثلاث (٩) في ألفاظ أو أطلق تقع واحدة، وحيث أمره بوقعها بلفظ واحد لا

(١) هذا تملك. ويحمل كلام الكتاب حيث نوى به التوكيل، لكن لا بد من مصادقتها له. (قرئ).

(٢) هذا توكيل؛ لأن ما علق بمشيئة المأمور كان تملكاً، وما علق بمشيئة غيره كان توكيلاً. (قرئ).

(٣) يعني في التوكيل، لا في التملك فهي لا تقتضي التكرار اتفاقاً كما في «غالباً» في الأزهار.

(٤) وكذا المملك. (قرئ).

(٥) إلا أن يكون مفوضاً. (قرئ).

(٦) إلا أن يبيح الزوج حيث تصح الإجازة، وهو حيث كان العوض عقداً لا شرطاً. (قرئ).

(٧) يستقيم حيث أطلقه، لا حيث قيده بواحدة فلا يقع شيء؛ لأنه مخالف في العدد.

(٨) أما على قول الهدوية فلا يصح التوكيل بثلاث إلا إذا وكله يطلق بألفاظ ويراجع بين كل تطبيقين، فإن لم يوكله بالرجعة ففي صحتها من الوكيل احتمالان: تصح؛ لأنه وكيل بما هو مترتب عليه، ولا تصح؛ لأنه لم يوكل بها، فتكون إلى الموكل. ولو طلق الثلاث بلفظ واحد لم يقع إلا واحدة. (خالدي). ومثله في الصعيتري. ومتى حصلت الرجعة من الزوج كان للوكيل إيقاع الطلاق الثاني، وكذا الثالث بعد الرجعة من الزوج. (قرئ). ومثله في البيان في الوكالة بالمعنى في قوله: مسألة: إذا أمره أن يطلقها ثلاثاً... إلخ.

(٩) لعله حيث مذهبها أنه غير محذور أو وكله بالثلاث للسنة، وإلا كان بدعياً عندنا، وهو لا يصح التوكيل به. اهـ الذي لا يصح التوكيل به هو حيث وكله يطلق بدعياً، لا لو أطلق فطلق بدعياً فيقع حيث مذهب الموكل وقوعه. (حاشية سحولي معنى من الوكالة) (قرئ).

يقع شيء^(١)، ذكر ذلك كله الفقيه محمد بن يحيى، وقال الفقيه علي: بل تقع واحدة في صورتين^(٢) معاً.

مسألة: وإذا كان التوكيل مؤقتاً بوقت فقال الوكيل: «طلقت فيه» وقال الموكل: «بل في غيره» أو «لم تطلق» فحيث الوقت باق يكون القول قول الوكيل^(٣)، إلا أن يسبقه الموكل بالعزل^(٤)، وحيث الوقت قد مضى أو سبقه الموكل بالعزل لا يقبل قول الوكيل إلا ببينة.

مسألة: ومن قال لغيره: «أخبر امرأتي بطلاقها» أو «بشرها به» أو «احمله إليها» كان إقراراً بالطلاق في الظاهر^(٥) فقط، وإن قال: «قل لها: هي طالق» طلقت^(٦) ولو لم يقل لها الرسول، ذكره في الكافي. فلو أراد وقوع الطلاق متى قال لها رسوله فلعلمها تصح نيته في الباطن^(٧). وإن قال: «أردت توكيله بطلاقها» فكذلك أيضاً، وإن قال: «قل لها: أنت طالق» فهو توكيل له بطلاقها.

مسألة: ومن أمره غيره بالطلاق بلفظ الكناية فالعبرة بنية الموكل^(٨) لا الوكيل، وإن أمره أن يطلقها فطلق الوكيل بلفظ الكناية فالعبرة بنية الوكيل.

(١) لأن التوكيل بالمحظور لا يصح. قلت: فما يقال في التملك به؟ يقال: إذا قال: بلفظ واحد على وجه يصح للسنة، نحو: «أنت طالق ثلاثاً للسنة». (مفتي).

(٢) لأنها بعض ما أمر به. وهذا على كلام المؤيد بالله. (كواكب). لأنه يقول: الطلاق يتبع الطلاق.

(٣) يقال: هل مع يمينه أو لا يمين عليه؛ لأن بعد إقراره بالطلاق قد صار الحق للزوجة، بحيث لو رجع عن إقراره لم يصح رجوعه؟ قال الوالد عليه السلام: الأقرب أنه لا يمين عليه. (بستان).

(٤) وهذه هي الحيلة في أنه يكون القول قول الموكل.

(٥) وأما في الباطن فله نيته، وقد طلقت في الظاهر، وسواء أخبرها المأمور أم لا. (بستان).

(٦) لأنه إنشاء.

(٧) وفي الظاهر مع التصديق. (قرود).

(٨) حال التوكيل.

(*) لعلها تصح النية ولو لم تقارن التوكيل كالزكاة.

مسألة: وإذا وصل الزوجة كتاب على لسان الزوج بالطلاق أو رسوله به لم يلزمها قبوله إلا بشهادة عدلين، هذا في الظاهر، وأما في الباطن فتعمل به إن ظنت صدقه^(١).

مسألة: والمعين^(٢) هو قوله: فلانة طالق أو هذه، أو إحداكن، وقال: أردت هذه^(٣) أو فلانة، فلو قال: أردت فلانة، لا بل فلانة طلقنا جميعاً^(٤) في الظاهر، فإن نسي التي أرادها أو التي طلقها بعينها فقد طلقت إحداهن، فلا يقربهن الكل، ولا يخرجن منه إلا بطلاق.

مسألة: ومن كان له زوجتان أو أكثر فقال: «امرأتي طالق» ولم يرد واحدة معينة طلقن الكل^(٥) عند أبي العباس والمرتضى، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي:

(١) يعني فيجب العمل به فيما هو لها، كترك النفقة من حقه ونحوها، وأما فيما هو عليها، نحو الزوج بغيره إذا أقرت بصدقه فقال الفقيه علي: يكون على الخلاف في امرأة المفقود إذا أخبرها عدل بموته أو طلاقه. (بستان) (قرير). فعندنا لا بد من شاهدين عدلين بطلاقه أو موته. (رياض معني) (قرير).

(*) وفي تعليق الوشلي ما لفظه: قوله: «كأن يكون خطه أو علمه» هذه المسألة التي يؤخذ منها إلى امرأة المفقود في أنه إذا علب في ظنها بينوتها بقريئة جاز لها العمل على الظن هنا. والأخذ من هنا أولى من الذي أخذ منه الفقيه يحيى البحيح، وهي مسألة المحصر. انتهى.

(٢) من الطلاق.

(٣) وصادقته. (ذماري). وقيل: لا تشترط المصادقة، بل يقبل قوله؛ إذ لا يعرف إلا من جهته. وقرره الشامي.

(٤) الأولى للتعين والثانية للإقرار.

(٥) يعني: ولا يحتاج إلى طلاق.

(*) وفي شرح النجري: يكون كما لو قال: «إحداكن طالق»، قال عليه السلام: وهذا هو الأقرب عندي. ومثله في البحر، وهو المصدر في الفصول للمذهب.

(*) وذلك لأن قوله: «امرأتي» اسم ظاهر مضاف إلى المعرفة [وهي ياء النفس] فاقترض العموم، كقولك: غلامي ودابتي. وحجة الآخرين أن ذلك ليس بلفظ عموم، قالوا: وصلاحيه اللفظ لكل واحدة لا يثبت به العموم. قال عليه السلام: وهذا هو المختار؛ لأنه ليس من ألفاظ

يعين واحدة، أيتها شاء^(١).

مسألة: ومن دعا امرأة من نسائه فأجابته غيرها منهن فقال: «أنت طالق» وهو يظن أنها التي دعاها وقع على المدعوة^(٢) لا المجيبة باطنا وظاهرا، وقال أبو حنيفة: بل على المجيبة، وأحد قولي الناصر: لا يقع شيء.

مسألة: وإذا قال لزوجته وأجنبية: «إحداكما طالق» فقال في التفريعات: يقع على زوجته، وقال أبو مضر والحنفية: لا يقع عليها^(٣). وكذا إذا قال لعبده وعبد غيره: «أحداكما حر^(٤)». قيل: أما إذا قال لها ولشيء آخر غير آدمي^(٥): «إحداكما طالق» فإنه يقع عليها^(٦) وفاقا.

مسألة: والمبهم: هو حيث يقول لزوجاته: «إحداكن طالق» ولم يقصد واحدة معينة، فقال المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: يبقى في ذمته يوقعه على

العموم في ورد ولا صدر، وإنما هو لفظ صالح لما يدخل تحته من غير استغراق، وصلاحية اللفظ لذلك لا يثبت به العموم، كقولك: رجل وإنسان وفرس، وكما لا يصح الاستثناء في ذلك، فلو قال: «امرأته طالق إلا فلانة من زوجاته» لم يصح ذلك، وعدم صحة الاستثناء دال على عدم العموم. (بستان بلفظه).

الورد: المتقدمون. والصدر: المتأخرون. واختار في الغيث كلام المؤيد بالله؛ لأنه قد وقع على إحداهن غير معينة، فيكون كالمبهم.

(١) وعندنا أنه طلاق ملتبس، فلا يخرج منه إلا بطلاق. (قرئ).

(٢) لقوله ﷺ: ((الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى))، وهو لم ينو المجيبة، بل المدعوة. وحجة أبي حنيفة: أن الخطاب إلى المجيبة، وهو نازل منزلة الإشارة. قلنا: لا نسلم؛ لأن الخطاب قول، والإشارة فعل، والقول مغاير للفعل، فلا يلزم أن يكون حكمه حكمه في جميع المواضع، وهب أنا سلمنا فالنية أقوى؛ إذ هي مؤثرة في القول والفعل، ولا نسلم أن عروض الخطاب يقطع حكمها كما زعم. (بستان).

(٣) وقواه الذماري، إلا أن ينيه.

(٤) وقع على عبده. (قرئ).

(٥) صوابه: غير امرأة، كما في الغيث.

(٦) أي: زوجته.

من شاء منهن كما في العتق، ولا يقع إلا بالتعيين عند الأكثر^(١)، وقال الكني^(٢): بل قد وقع، لكن إليه التعيين.

وفائدة الخلاف في أشياء، منها: أنها تعدد المعينة من عند التعيين لا من وقت الطلاق. ومنها: أنه لا يتزوج بخامسة^(٣) ولو كان الطلاق بائناً حتى يعين البائنة أو تنقضي عدة المعينة رجعيًا. ومنها: أنها إذا ماتت إحداهن لم يصح أن يعينها، قال الإمام يحيى والفقهاء علي ويوسف: وفاقاً^(٤)، وقال الفقيه حسن: إن الكني يخالف فيها أيضاً. وهو قوي^(٥). ومنها: أنه إذا مات قبل التعيين ورثته إلا واحدة منهن^(٦)، لكنها ملتبسة فيقتسمنه الكل، وهذا وفاق^(٧)، وإن متن فالأقرب أنه لا يرث الآخرة منهن؛ لأنها تعينت للطلاق، وإن متن في حالة واحدة لم يرث منهن شيئاً^(٨)؛ لأنه التبس من عليه الحق، إلا على القول بالتحويل. ومنها: أنه إذا كان حلف لا طلق إحداهن لم يحنث إلا بالتعيين^(٩). ومنها: أنه إذا تزوج بأخت إحداهن ثم عين أختها لم يصح تزوجه^(١٠). ومنها:

(١) من فقهاء المؤيد بالله.

(٢) وبعض أصحاب الشافعي.

(٣) وعندنا له أن يتزوج بخامسة. (قرر).

(٤) قوي على أصلهم.

(٥) على أصلهم.

(٦) في البائن.

(٧) وهذا على المذهب أيضاً. (قرر).

(٨) قوي، وكذا على أصلنا. (مفتي). بل ولو مرتباً على المختار. اللهم إلا أن تموت الآخرة منهن وهي وارثة لمن تقدم منهن فقد تعين ميراثه في ماها، فيجب له فرضه من أقلهن مالا؛ لأنه المتيقن، والله أعلم. (صعيتري لفظاً). (قرر).

(٩) وعندنا والكني من حال الوقوع. (قرر).

(١٠) يقال على أصلهم: لم لا يكون العقد على الأخت تعييناً للطلاق على الأخت كما قالوا في العتق؟ أجب بأنه كذلك تعيين للطلاق على الأخت. (مفتي).

أن له وطئهن، لكن اختلفوا، فقيل: يطؤون الكل ثم يعين من شاء منهن من بعد على ما ذكره القاضي زيد وأبو حنيفة، وعلى ما ذكره الناصر والمؤيد بالله والمنصور بالله والشافعي وأبو يوسف ومحمد^(١) أنها تتعين الآخرة للطلاق، فلا تحل له حيث الطلاق بائن، والكني يخالف^(٢) في ذلك كله. وقال أبو طالب وأبو العباس^(٣): إنه يقع الطلاق على واحدة غير معينة، ولا يصح منه تعيينها، بخلاف العتق؛ لأنه يثبت في الذمة^(٤)، والطلاق لا يثبت فيها^(٥)، فعلى هذا القول^(٦) فيهن أربعة فصول:

الفصل الأول: في حكمهن في النكاح، فلا يحل له وطء إحداهن قبل الرجعة^(٧)، ولا يخرج منهن إلا بطلاق، فإن امتنع منه ومن الرجعة أجبر^(٨)، وإلا فسخهن الحاكم^(٩)، وإذا كان ذلك قبل الدخول وطلب أن يعقد بكل واحدة منهن أجيب إليه^(١٠)، ذكره في الحفيظ. وإذا أراد مراجعة المطلقة فهو على ضربين:

- (١) هذا الخلاف ليس هو الخلاف الذي في أول المسألة، بل خلاف مستقل.
- (٢) ينظر في ذلك. قال في الغيث وشرح ابن بهران: إن الكني مذهبه مثل قول الناصر ومن معه. قال في الزهور: وعن الكني: يتعين في واحدة، واختار هذا في الانتصار، كلو وطئ المبيعة بخيار كان وطؤه اختياراً للفسخ.
- (٣) من هنا كلام المذهب.
- (٤) في الكفارات وفي النذر، فيصح تعليقه على الذمة، بخلاف الطلاق فهو لا يثبت على الذمة في حال من الأحوال.
- (٥) وقد فرق أبو العباس وأبو طالب بأن قالوا: العتق له أصل في الثبوت في الذمة كالكفارات، وبأنه ينصرف عن وقوعه، كما لو أعتق المستغرق في المرض فإنه يسعى. (زهور). وهذا الفرق أولى مما في البيان؛ إذ ما في البيان فرق بنفس المسألة. (سيدنا عبدالله دلامة رحمته الله).
- (٦) يعني على قول أبي طالب وأبي العباس: إن الطلاق قد وقع.
- (٧) مع الإضراب عن الرجعة، أو كان الطلاق بائناً، أو فيهن من هو في حقها بائن. (قرير).
- (٨) ولا يتصور إجبار على الطلاق إلا في هذه الصورة. (قرير).
- (٩) ولو كان بطلاق. لكن ينظر هل تحسب عليه طلاق أم لا؟ يقال: لا تحسب؛ إذ طلاقه فسخ. (شارح).
- (١٠) ويجب على الولي العقد، وإلا كان عاصلاً. (عامر). ويجبرن على ذلك، وهذه نكتة لطيفة في

الضرب الأول: مع بقاء اللبس، فيقول: راجعت المطلقة منكن، قال الكني والفقهاء يحين البحيح: وتصح الرجعة وفاقاً؛ لأن المطلقة واحدة فقط، وقال في الشرح والتذكرة واللمع: إنها على الخلاف في الرجعة بالمجهولة حيث طلق زوجاته ثم راجع واحدة غير معينة، فقال المؤيد بالله وأبو طالب: لا تصح كالنكاح بمجهولة، وقال أبو العباس: بل تصح^(١)، ثم يعينها^(٢) على من شاء منهن، كما إذا التبست زوجته بأجنبية^(٣) ثم عقد بالأجنبية^(٤) فإنه يصح مع أنها مجهولة. قلنا: جهالتها في الظاهر فقط. فلو راجعهن الكل أو قال لكل واحدة

صحة العقد مع الإكراه من ولي أو زوجة. (مفتي) (قررو).

(*) ويجب ذلك على الولي وعليهن، وإذا امتنعن أو الولي عقد له الحاكم. (عامر). لكنه يقال: وماذا يجب عليه لمن من المهر، هل مهر واحدة فقط أو لكل واحدة منهن مهر كامل؟ ولعله يقال: يجب لكل واحدة مهرها كاملاً مع الدخول أو ما في حكمه، ونصفه بالطلاق قبل الدخول، ثم يلزمه في الوجهين نصف مهر الأقل منهن يقسم بينهن أربعاً مع المهر الكامل أو مع نصفه، وإنما لزم نصف الأقل لأن الأصل براءة الذمة من الزائد، وللناظر نظره، والله أعلم. وقيل: الأولى أنه لا يجب عليه بالعقد إلا مهر واحدة. وهو الأقل؛ لأن الأصل براءة الذمة من الزائد، ويقسم بينهن على حسب المهور الأصلية. نعم، هذا الذي نتخلص به، والله أعلم. (شامي). وسيأتي في حاشية الكواكب في الفرع الثاني، وهي تؤيد هذا النظر. والأولى أنه إذا دخل بهن بعد العقد الجديد فللكل واحدة مساهما الأصلي، ولا يلزمها أن ترضى بدونه عند تجديد العقد عليها، وإنما يلزم الأقل من النصف اللازم بالطلاق الملتبس فيقسم بينهن، فعلى هذا لو سمى لواحدة عشرة، واثنى عشر لأخرى، وأربعة عشر لثالثة، وستة عشر لرابعة - فاللازم نصف عشرة بالطلاق المتقدم، فيقسم بينهن على حسب مهورهن، وأما اللازم بعد الدخول فللكل واحدة مساهما الأصلي، فتأمل ترشد. (شامي) (قررو).

(١) قياساً على الطلاق المبهم.

(٢) ما دامت في العدة، لا بعدها فلا يصح. (عامر). وقيل: يصح التعيين ولو بعد العدة، وتكون كاشفة، ذكره حثيث.

(٣) بنت عم لها. (كواكب).

(٤) من وليها.

منهن: «قد راجعتك» أو وطئهن الكل صحت وفاقا على الأصح^(١)، وقيل: بل على الخلاف^(٢).

الضرب الثاني: أن يريد رفع اللبس في المطلقة، فيقول قبل المراجعة: «من لم تطلق منكن فقد طلقتهما» فيصرن مطلقات الجميع ثم يراجع من شاء منهن. فلو كان قد طلق واحدة منهن معينة^(٣) قبل هذه المتبسة ثم فعل ما ذكرنا بقي لها واحدة فقط، وللبواقي ثنتان، فلو التبست التي قد كان طلقها بعينها بقين الكل بواحدة فقط^(٤).

فرع: فإن كان قد طلق واحدة منهن ثنتين وراجعها قبل الطلقة المتبسة حرم عليه وطؤها؛ لجواز أن المتبسة وقعت عليها، ولا تخرج منه إلا بطلاق^(٥)، وإذا وطئها فلا حد عليه، ويلزمه نصف مهرها^(٦)، ذكره في التذكرة، وفيه نظر^(٧).

(١) هذا ذكره في التقرير والتذكرة والأمير علي وأبو مضر. وقيل: إن الخلاف باق؛ لأن الرجعة الصحيحة مجهولة. (بستان بلفظه).

(٢) هذا القول للفقهاء على المرجوع عنه.

(٣) وراجعها.

(*) وقد كان راجعها قبل إيقاع الطلقة المتبسة، وإن لم يكن قد راجعها لم يقع عليها؛ لأن الطلاق لا يتبع الطلاق.

(٤) في (أ): بواحدة واحدة فقط.

(٥) وإذا امتنع من الطلاق وفسخها الحاكم لم تحل له إلا بعد زوج؛ لجواز أن الطلاق عليها، وإذا رجعت إليه بعد زوج لم يملك عليها من الطلاق إلا واحدة. (قررو).

(٦) ووجهه أن هذه المطلقة المتبسة يجوز أنها وقعت عليها فقد حرمت عليه، فيجب لها مهر مثلها بوطئها، ويجوز أن المتبسة وقعت على غيرها فلا يجب شيء، فيجب نصفه. (بستان لفظاً). المذهب لا يجب شيء. و(قررو).

(٧) وجه النظر: أنه لا يعلم طلاقها فالأصل براءة الذمة، فلا شيء عليه.

(*) لأنه يجوز وقوع الطلاق عليها ويجوز خلافه، والأصل براءة الذمة إلا لشاغل شرعي. وكذلك الصورة الثانية الكلام واحد، وإنما قسم المهر بينهما على كلام التذكرة لأنها التبست بهن. (بستان بلفظه). وفي الصعيتري: لأنه تحويل على من عليه الحق.

فلو التبتست بهن الجميع حرم عليه وطؤها الكل، ولا يخرج منه إلا بطلاق، فلو وطئهن الكل فقال في التذكرة: يجب هن نصف مهر بينهن. والأقرب أنه لا يجب هن مهر، ولا يجب عليه حد؛ لأنه لا يعلم أن الطلقتين الأولتين والثالثة الملتبسة وقعت كلها على واحدة منهن، بل يجوز ذلك ويجوز خلافه، ومع التجويز لا يجب شيء؛ لأن الأصل عدم الوجوب، وإنما يجب المهر لو كان قد طلقتهن الكل ثنتين ثنتين ثم أوقع هذه الطلقة الملتبسة، فإذا وطئهن الكل لزمه مهر واحدة بينهن الكل^(١)، فإن اختلفت مهورهن فلعله يجب لكل واحدة ربع مهرها^(٢) حيث هن أربع أو ثلثه حيث هن ثلاث.

فرع: وهكذا لو كان طلق واحدة منهن غير معينة ثم راجع، ثم أوقع طلقة^(٣) على واحدة منهن غير معينة ثم راجع، ثم أوقع ثالثة كذلك^(٤) - فالحكم واحد^(٥)، وإذا أراد رفع اللبس قال: «من لم أكن طلقتها ثالثا^(٦) منكن فهي طالق»، ثم يراجعهن، ثم يقول: «من لم أكن طلقتها ثانيا منكن فهي طالق»، ثم يراجعهن، ثم يقول: «من لم أكن طلقتها منكن أولا فهي طالق»، فيطلقن

(١) لأن فيهن واحدة قد بانت منه.

(٢) وفي الكواكب: يجب مهر أقلهن، ويقسم بينهن على قدر مهورهن، لا على الرؤوس. اهـ وهذا هو القياس. (مفتي).

(٣) كما في أول المسألة.

(٤) قوله: «كذلك» يعني: طلق واحدة غير معينة لكنه لم يراجع. (بستان).

(٥) لكن لا يجب في هذه الصورة مهر لإحداهن؛ لأننا لم نقطع أن فيهن واحدة يجب لها المهر، وإنما هو تجويز، والأصل براءة الذمة.

(٦) هذا يجب البداية به؛ لأنه لو بدأ بغيره قبل مراجعة المطلقة ثالثا أدى إلى إيقاع الطلاق عليها قبل مراجعتها، وهو لا يقع عند الهادي عليه السلام، وأما على قول المؤيد بالله فهو يقع، فيصح أن يبدأ بغيرها عنده، وأما المطلقة أولا والمطلقة ثانيا فلا يجب الترتيب فيهما، بل يقدم أيهما شاء بعد المطلقة ثالثا. (بستان بلفظه).

الجميع ثلاثاً ثلاثاً، وإن قدم اللفظ الأول على الثاني جاز^(١).
 الفصل الثاني: في مهورهن^(٢)، فإن كان دخل بهن الكل^(٣) فلكل واحدة المسمى،
 ومن لم يسم لها فمهر مثلها^(٤). وإن لم يدخل بهن ومات فلهن ثلاثة مهور ونصف،
 لكل واحدة سبعة أثمان مهرها^(٥)، وإن لم يسم لهن قط^(٦) فلهن متعة واحدة
 بينهن^(٧)، وعلى قول القاسم والناصر لكل واحدة متعة^(٨)، وعلى قول المنتخب
 وأبي حنيفة يجب لهن ثلاثة مهور ومتعة^(٩) بينهن. وإن سمى لبعضهن: فلو واحدة
 لها مهر إلا ربعاً^(١٠)، ولثنتين لهما مهران إلا ربعاً^(١١)، ولثلاث لهن ثلاثة مهور
 إلا ربعاً^(١٢)، ولمن لم يسم لها نصف متعة فقط^(١٣)، وسواء كانت واحدة أو
 أكثر.

- (١) في (أ، ب): وإن قدم الأولى على الثانية جاز.
 (*) حيث كان قد راجع من الثالث. اهـ وكذا في البستان؛ لأنه لا ترتيب بين الثانية والأولى، وأما
 الثالثة فلا بد من تقدم مراجعة. (بستان معني) (قررو).
 (٢) ويجعل المهر من ثمانية.
 (٣) أو خلا مع التسمية.
 (٤) سواء مات أو طلق أو فسخ. (قررو).
 (٥) وفاقاً، ولا تحويل. (صعيتري).
 (٦) ومات.
 (٧) لأنها لا تجب إلا للمطلقة، وأما المتوفى عنهن فلا شيء لهن على الأصح. (قررو).
 (٨) لأن الموت عندهم بمنزلة الطلاق.
 (٩) إذ الموت بمنزلة الدخول مع عدم التسمية.
 (١٠) هذا وما بعده على طريقة أهل الفقه. اهـ وسبعة أثمان عند أهل الفرائض.
 (١١) اتفاقاً في الحاصل وإن اختلف في التحويل.
 (١٢) ويجعل المهر من اثني عشر في هذه الصورة لأجل يخرج جبراً.
 (*) لكل واحدة مهر إلا نصف سدس. وعند أهل الفرائض مهران وخمسة أثمان مهر، لكل
 واحدة سبعة أثمان مهر.
 (١٣) وعند أهل الفرائض لكل واحدة ربع متعة.

وإن كان دخل بواحدة فقط فلها مهرها المسمى، وإلا فالمثل، وللبواقي (١) ثلاثة مهور إلا ربعاً بينهما (٢) إن سمي لهن، وإن لم فلهن نصف متعة (٣) بينهما، وإن سمي لبعضهن (٤) فلمن سمي لها ثلاثة أرباع مهرها (٥) حيث هي واحدة (٦)، ولمن لم يسم لهن نصف متعة اتفاقاً، وإن سمي لثنتين فلكل واحدة منهما مهر إلا ثمناً (٧).

وإن كان دخل بثنتين فلهما المسمى، وإلا فالمثل، وللأخرتين مهرا إن ربعاً (٨) إن سمي لهما، وإلا فنصف متعة (٩)، وإن سمي لإحدهما فلها ثلاثة أرباع مهرها (١٠)، وللأخرى نصف (١١) متعة. وإن كان دخل بثلاث (١٢) فلهن ثلاثة مهور، ولتلي لم يدخل بها ثلاثة أرباع مهرها (١٣) إن سمي، وإلا فنصف متعة (١٤).

(١) وهن غير مدخولات.

(٢) لكل واحدة مهر إلا نصف سدس. وعند أهل الفرائض مهرا وخمسة أثمان مهر، لكل واحدة سبعة أثمان مهر.

(*) ويجعل المهر من اثني عشر.

(٣) وعند أهل الفرائض ثلاثة أرباع متعة.

(٤) أي: اللاتي لم يدخل بهن.

(٥) وعند أهل الفرائض سبعة أثمان.

(٦) وهي غير مدخولة.

(٧) وفاقاً في الحاصل بين أهل الفقه والفرائض.

(٨) اتفاقاً في الحاصل.

(٩) بينها، وعند أهل الفرائض ربع متعة لكل واحدة. وفي حاشية: اتفاقاً.

(١٠) وعند أهل الفرائض سبعة أثمان.

(١١) وعند أهل الفرائض ربع متعة.

(١٢) معينات.

(١٣) وعند أهل الفرائض سبعة أثمان.

(١٤) وعند أهل الفرائض ربع متعة.

الفصل الثالث: في ميراثهن^(١) منه إذا مات بعد الطلاق الملتبس، فإن كان لم يدخل بهن فالميراث لثلاث، لكن يقسم بينهن الكل، وكذا إذا دخل بهن ومات بعد انقضاء عدة المطلقة أو فيها وهي بائنة^(٢).

وإن كان دخل بواحدة فقط^(٣) ومات في عدة الرجعي فلها سدس ميراثهن وثمانه^(٤)، وباقيه للباقي بينهن.

وإن كان دخل بثنتين فلها ثلثه وربعه^(٥)، وللآخرتين ربه وسدسه^(٦).

وإن كان دخل بثلاث فلهن سبعة أثمانه وللأخرى ثمنه^(٧).

الفصل الرابع: في عدتهن ونفقتهن فيها، أما العدة فيلزم كل واحدة إذا مات بعد ذلك الطلاق حيث هو بائن أن تعتد عدة الطلاق من وقت وقوعه^(٨)،

(١) ويجعل الميراث من أربعة وعشرين.

(٢) يعني: حيث كان قد طلق واحدة طلقين قبل هذا الطلاق الملتبس.

(*) وإن كان رجعيًا ومات في عدتها فهو لهن الكل. (برهان).

(٣) معينة.

(٤) وذلك لأنها استحققت ثلث ميراثهن حيث المطلقة غيرها، وربعه إذا كانت هي المطلقة، فتعطي نصف ذلك: سدس وثمان. وعند أهل الفرائض ربع ونصف ثمن.

(٥) وفاقا.

(٦) اتفاقاً بين أهل الفقه والفرائض.

(٧) وعند أهل الفرائض ثمن ونصف ثمن، يأتي تسعة من ثمانية وأربعين، وللباقي تسعة وثلاثون، يأتي ستة أثمان ونصف ثمن بينهن أثلاثاً.

(٨) إذا كانت صغيرة أو مجنونة أو حامل، وإلا فمن يوم العلم بوقوع الطلاق.

(*) قال القاضي عامر: وهذا يستقيم على قول المؤيد بالله: إن العدة من يوم الوقوع، وأما على قول الهدوية فلا يستقيم؛ لأنها من حين العلم؛ إذ لا علم مع اللبس. اهـ ويمكن الفرق أن هناك لا علم لها، وأما هنا فقد علمت جملة؛ ولذا وجب الاعتزال، ولا يبعد أن يجب على كل واحدة أن تعامل نفسها معاملة المعتدة؛ ولذا أطلقوا الكلام في كتبهم ولم يقيدوا ذلك بقيد، والله أعلم. ومعناه في الرياض، ولفظه: قوله: «وإن مات وقد خرجت من العدة» منصوص عليه أن العدة تصح من عند الطلاق قبل موته، فلا يقال: إنها لا تكون إلا من بعد موته؛ لأنها تكون بعد العلم عند الهدوية. انتهى هذا صريح الرياض.

وعدة الوفاة من بعد موته إن كان دخل بهن، وإن لم فعدة الوفاة فقط. وإن دخل ببعضهن فعليهن العدتان معاً، وعلى من لم يدخل بها عدة الوفاة فقط.

وأما على قول المؤيد بالله إذا مات الزوج قبل التعيين فقال في البحر: لا يلزمهن إلا عدة الوفاة^(١). والأقرب^(٢) وجوب عدة الطلاق أيضاً حيث هو بعد الدخول؛ لأنه يقع عند تعذر التعيين^(٣) من الزوج قبيل موته.

وأما^(٤) نفقتهم في العدة فإن كان دخل بهن فلهن نفقتهم في أقصر العدتين، وفي الزائد إن كان من عدة الوفاة فلهن فيه ثلاث نفقات، وإن كان من عدة الطلاق فلهن فيه نفقة واحدة بينهما. وإن كان لم يدخل بهن ثلاث نفقات في عدة الوفاة فقط^(٥). وإن كان دخل بواحدة فقط فلهن نفقتها في أقصر العدتين، وفي الزائد نصف نفقتها^(٦)، وللبواقي نفقتان ونصف في عدة الوفاة فقط. وإن كان دخل بثنتين فلهن في أقصر العدتين نفقتهم، وفي الزائد إن كان من عدة الوفاة فنفقة ونصف^(٧)، وإن كان من عدة الطلاق فنصف نفقة، وللآخرتين نفقة ونصف^(٨) في عدة الوفاة فقط. وإن كان دخل بثلاث فلهن نفقتهم في أقصر العدتين، وفي الزائد إن كان من عدة الوفاة فنفتان ونصف^(٩)،

(١) لأن الطلاق عنده لا يقع إلا من عند التعيين، فإذا مات ولم يعين لم يقع الطلاق.

(٢) على قول المؤيد بالله.

(٣) قوي على أصل المؤيد بالله.

(٤) الفصل الخامس.

(٥) إذ لا عدة طلاق هنا.

(٦) عند أهل الفقه، وعند أهل الفرائض إن كان من عدة الوفاة فثلاثة أرباع نفقة، وإن كان من عدة الطلاق فربع نفقة، والبواقي حيث المتأخر عدة الوفاة لهن نفقتان وربع، والله أعلم.

(٧) اتفاقاً.

(٨) اتفاقاً.

(٩) بينهما أثلاثاً، لكل واحدة خمسة أسداس نفقة. وعند أهل الفرائض نفقتان وربع، لكل واحدة ثلاثة أرباع نفقة.

وإن كان من عدة الطلاق فنصف نفقة واحدة بينهن^(١)، وللتي لم يدخل بها نصف نفقة في عدة الوفاة. فإن التبس المدخول بهن بغير المدخول بهن قسم ما يجب لهن الكل بينهن على سواء^(٢).

مسألة: من طلق زوجته رجعياً وولدت ثم التبس هل ولدت قبل الطلاق أو بعده: فإن حصل للزوج ظنٌ عمل به^(٣)، وإن لم فالأصل بقاء الرجعة له عليها، ذكره في البحر، وأما حكم الزوجة فالأقرب أنها لا تعمل بظنها، بل تلزمها العدة^(٤) بعد الولادة، وإذا تشاجرا في ذلك فالظاهر بقاء العدة.

مسألة: والطلاق المطلق يقع حالاً، والمقيد بحصول شرط أو وقت لا يقع حتى يحصل ما قيد به، فيقع عقيب حصوله، وقال المؤيد بالله: حال حصوله. وسواء كان الشرط نفيًا أو ثبوتًا مما يعلم حصوله، كموت زيد، أو مما يجوز حصوله وعدمه، كقدوم زيد، وإن كان مما يعلم انتفائه فإن علق الطلاق بحصوله لم يقع^(٥)، وإن علقه بانتفائه وقع في الحال، نحو: «أنت طالق إن لم تطلعي السماء» أو «إلا أن تطلعي السماء» أو نحو ذلك. وللناصر قولان في الطلاق المشروط: أحدهما: يقع في الحال^(٦). والثاني: لا يقع قط^(٧) إلا في بيعة

(١) لكل واحدة سدس نفقة. وعند أهل الفرائض ثلاثة أرباع، لكل واحدة ربع.

(٢) اتفاقاً.

(*) وكل ذلك على طريقة أهل الفقه. (بستان بلفظه).

(٣) فيما يخص نفسه من تحريم الوطء ونحوه، لا فيما يجب عليه من الحقوق لها. (قرور). وسيأتي في الأيمان أنه إذا ظن براءة ذمته جاز الحلف، فقد عمل بالظن فيما عليه، وهذا مثله، فلا وجه لقوله: «فيما يجب عليه».

(٤) لأنها لازمة بيقين فلا تخرج إلا بيقين، وإذا ظنت تقدم الطلاق حرم عليها طلب النفقة؛ لأنها تعمل بالظن فيما هو لها كما يأتي.

(٥) وكذا إن علق بانتفاء ما يقطع بحصوله نحو: «إن لم تطلع الشمس فأنت طالق» لم يقع أيضاً.

(٦) رواه في الزهور.

(٧) بمجرد الشرط؛ إذ لا علة بينها، ولا بمجرد الجزاء؛ إذ هو معلق بالشرط، ولا بمجموعهما؛

الإمام أو فيما يجب الوفاء به من فعل واجب أو ترك محذور.

مسألة: إذا قال: «أنت طالق» ونوى إذا حصل كذا أو إلا أن يحصل كذا- فإنها تصح نيته في الباطن، خلاف الشافعي.

مسألة: وإن قال: «أنت طالق إن مات زيد» وقد كان مات، أو «إن شفي مريض» وقد كان شفي، أو «إن قدم زيد» وقد قدم، أو «إن أبرأتني من مهر» وقد أبرأته منه- فقال المؤيد بالله: لا يقع الطلاق^(١)، وقال أبو طالب: بل يقع الطلاق في الحال.

مسألة: من قال لنسائه: «إن دخلتن الدار فأنتن طالق» أو قال: «أنت طالق يا فلانة وأنت طالق يا فلانة وأنت طالق يا فلانة إن دخلتن الدار»- فإن كان له نية في دخولهن هل مجتمعات أو مفترقات أو متى حصل دخولهن مطلقاً عملت نيته في الباطن، فلا يطلقن حتى يدخلن كما نوى، وإن نوى أن كل من دخلت منهن طلقت دون من لم تدخل عملت نيته^(٢) ظاهراً وباطناً، وإن لم تكن له نية في ذلك لم يطلقن حتى يدخلن الكل مجتمعات أو مفترقات؛ لأن دخولهن الكل شرط في الطلاق، بخلاف ما لو حلف لا وطئهن أو لا لبس ثيابه فإن بعض

إذ لا يجتمعان؛ لعدم الشرط عند حصول الجزاء، ولا بأمر خارج؛ إذ لا يعقل، فبطل. قلنا: بل يقع بمجموعهما؛ إذ هو معلق بحدوث الشرط، وقد حدث، وكسائر المشروطات، نحو: ﴿إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ﴾ [الأفقال ٣٨] ﴿وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا﴾ [الأفقال ٦١] ونحو ذلك. قالوا: عند حصول الشرط عدم لفظ الطلاق، فكيف يقع وقد عدم؟ قلنا: عند وقوع الشرط كأنه تجدد اللفظ بإيقاع الطلاق، وهو فائدة التعليق. (بحر بلفظه).

(١) لأنه يشبه: أنت طالق أمس.

(*) حجة المؤيد بالله: عدم حصول الشرط. وحجة أبي طالب: أن هذا الشرط كلا شرط، فيقع في الحال. قلنا: إلا أن يأتي بـ«أن» المفتوحة فإنها تطلق في الحال؛ لأن ذلك تعليل لا شرط. (بستان).

(٢) وفي الكواكب ما لفظه: قوله: أو أي واحدة، يعني أي واحدة دخلت طلقت وحدها، فيعمل بنيته في ذلك كله ويدين فيه باطناً لا ظاهراً. (باللفظ). وهو المناسب لقوله في البيان: وإن لم تكن له نية في ذلك.. إلخ، فما خالف الظاهر دين فيه باطناً لا ظاهراً، والله أعلم.

المحلوف منه يكفي للحنث عند الهادي، خلاف أبي العباس وأبي حنيفة والشافعي، فقالوا: لا يحنث إلا بالكل. وهكذا لو قال هن: «أتتن طوالق إن تكلمتن» أو «إن ولدتن» أو «إن حضتن» فهو كما في الدخول سواء.

مسألة: وإذا قال: «أيكما أكل هذا الرغيف فهي طالق» فأكله معاً لم تطلق أيهما^(١)، فلو ادعت كل واحدة أنها أكلته كله فأيهما بينت طلقت، وإن بينتا جميعاً لم تطلق أيهما، وإن لم يبينوا وطلباه اليمين حلف لكل واحدة ما يعلم ولا يظن أنها أكلته الكل. ويأتي على قول الأمير الحسين^(٢) والفقهاء يحیی البحيح أنه يحلف على القطع.

مسألة: وإنما يقع الطلاق المشروط إذا كانت الزوجة تحته عند حصول شرطه، ولو قد طلقها ثم عادت إليه برجعة أو بعقد جديد ولو بعد زوج ثان إذا لم يكن قد طلقها ثلاثاً، وأما بعد استكمالها الثلاث فلا يقع المشروط قط^(٣). وإن حصل الشرط وليست تحته لم يقع شيء وبطل المشروط^(٤).

فرع: فلو قال: «عجلت الطلاق المشروط» فقال الإمام يحيى: لا يقع^(٥)،

(١) وذلك لعدم حصول الشرط في حق كل واحدة منهما؛ لأن لفظة «أي» تفيد الانفراد. (بستان بلفظه).

(٢) الذي تقدم في اختلاف الزوجين في المهر في قوله: «فرع: وحيث يختلفان..» الخ، في الفرع الثالث من فصل الاختلاف.

(٣) لأنه قد انهدم بالثلاث.

(٤) أي: ينحل.

(٥) وذلك لأنه موقوف على حصول الشرط، كالدين المؤجل لا يجب تعجيله قبل حلول وقت أجله. (بستان).

(*) قال الإمام المهدي: وهو قوي. ولعل وجهه كونه يؤدي إلى تقدم المشروط على شرطه. (برهان).

(*) إلا أن يقصد الإنشاء وقع. (قررو). ويكون كناية. (قررو).

وقال في البسيط: إنه يقع (١). وهو الأولى (٢).

فرع: فمن طلق امرأته إن فعلت كذا وخشي أنها تفعله وأراد بطلان ذلك وأن لا يقع الطلاق فإنه يعقد بطفلة في الحولين ثم ترضعها أم زوجته أو أختها أو امرأة أخيها، فينسخ نكاحهما، ثم تفعل ذلك الشرط (٣) ثم يعقد بها وقد بطل المشروط، فإن أرضعت زوجته الكبيرة هذه الطفلة حرمت عليه أبداً (٤). وإذا أحب أن لا يلزمه للطفلة شيء لم يسم لها مهراً (٥).

مسألة: من حلف بالطلاق لا فعل كذا كما قدر على نفسه (٦) فمهما بقي داعي نفسه إلى ترك ذلك أكثر فيمينه باقية، ومتى صار داعي نفسه إلى فعل ذلك أكثر انحلت يمينه (٧)، ذكره الفقيه حسن.

مسألة: من قال لزوجاته: «آخر من أتزوج منكن طالق» ثم طلقهن ثم

(١) بناء على أصلهم أنه يصح تقدم المشروط على شرطه كما في التحبب.

(٢) لأنه قد أوقعه في الحال وأراد وقوعه. (بستان بلفظه). والمذهب أنه إن قصد إنشاء الطلاق صح ويكون كناية.

(*) إن أراد الإنشاء، وإلا فكلام الإمام يمين هو المذهب.

(٣) حال الانفساخ.

(٤) وكذا الصغيرة إن كان قد دخل بالكبيرة. (قرئ).

(٥) هلا قيل: هو من جهتها حكماً، يعني الفسخ، فلا فرق بين أن يسمى أم لا؟ ينظر، ولعله يقال: هي آله كما حققه الفقيه يوسف. (مفتي).

(٦) انظر في هذه المسألة.

(٧) والذي يقتضيه هذا اللفظ أنه مهما بقي له قدرة على دفع نفسه فيمينه باقية، ومهما لم يقدر على ذلك لإكراه أو نحوه انحلت يمينه. (قرئ). هذا التقرير لعله لسيدنا علي عليه السلام. (ح ح).

(*) هذا صحيح إن قصد ذلك أو جرى به عرف. (بيان حثيث). ومثله في الزهور. يقال: هو قادر فلا تنحل يمينه على المذهب. يقال: العرف قاض على ذلك، والأيمان مبنية على العرف، فكلام الفقيه حسن قوي.

(*) فإن استويا فظاهر الكتاب الحنث.

تزوج منهن واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً لم يطلقن ما دامت واحدة منهن لم يتزوجها، فلو مات^(١) بعدما تزوج الثالثة أو الثانية تبين أنها طلقت عقيب العقد بها، فيجب لها نصف المسمى^(٢) ومهر المثل كاملاً إن دخل بها^(٣)، ويرجع ورثته عليها بما أنفق عليها^(٤)؛ لأنه تبين عدم وجوبه عليه^(٥). وكذا إذا وقع الموت على من لم يتزوج منهن. وإن مات بعدما تزوج واحدة منهن فقال الفقيه يحيى البحيح: لا تطلق^(٦)، وقال الفقيه علي: بل تطلق كذلك. وإن عقد بهن الكل في عقد واحد فقال الفقيه يحيى البحيح: لا طلاق^(٧)، وقال الفقيه علي: بل يطلقن الكل.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق كل يوم^(٨)» طلقت واحدة حالاً إن قاله نهاراً، وإن كان في الليل فبطلوع الفجر، ثم ثانية بطلوع فجر ثانيه^(٩)، ثم ثالثة

(١) أو تعذر بأي وجه.

(٢) لأنه طلاق قبل الدخول.

(٣) للدخول بعد الطلاق البائن.

(*) أو متعة إن لم يدخل بها. (قررو).

(٤) والمذهب لا رجوع لورثته عليها بشيء؛ لأنها تحته بإذن الشرع. كامراً المفقود، والكلام الكلام، وقد اختير عدم الرجوع.

(٥) قال في البرهان: ولا ميراث لها منه، ولا عدة عليها^[١]، بل تستبرئ بثلاث حيض أو بوضع الحمل. (بستان).

(٦) حجة الفقيه يحيى البحيح أنها لا توصف بأنها أولة ولا آخرة. وحجة الفقيه علي أن المعنى الزوجة التي لا يتزوج بعدها غيرها. (بستان).

(٧) لعد المتأخرة منهن.

(٨) ينظر؛ فإن «كل» إذا لم يتصل بها «ما» لا يقتضي التكرار، وقد بنى في الكتاب على أنه يقتضي التكرار، فينظر^[٢].

(٩) إلا أن يريد دوام الطلاق لم تطلق إلا مرة واحدة.

[١] لأنها مطلقة قبل الدخول.

[٢] لعل ما في البيان مبني على العرف أن «كل» على انفرادها تقتضي التكرار. (سيدنا عبدالله بن أحمد رحمته الله).

بطلوع فجر ثلثه مع تحلل الرجعة، ومهما لم يراجعها فلا طلاق^(١) حتى يراجعها، ثم تطلق عقيب الرجعة إن كانت في النهار، وفي الليل بطلوع الفجر، ثم كذلك في الثالثة. وهكذا إذا قال: «أنت طالق كل شهر أو كل سنة» فتطلق واحدة في الحال، ثم ثانية في أول الشهر الثاني أو السنة الثانية، ثم كذلك في الثالثة [مع تحلل الرجعة في الكل]^(٢)، إلا أن يريد أنها لا تطلق حتى يمضي شهر أو سنة فله نيته باطنا.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إن أكلت وشربت ولبست» لم تطلق حتى تفعل ذلك كله^(٣). وإن قال: «أنت طالق إن أكلت أو شربت أو لبست» فأبي ذلك فعلت طلقت وانحلت اليمين^(٤)، خلاف ابن أبي الفوارس^(٥)، ورواه عن أبي حنيفة والشافعي، ومثله في البسيط. وإن قال: «إن أكلت إن شربت إن لبست فأنت طالق»، أو قال: «إن أكلت وإن شربت وإن لبست فأنت طالق» - فمتى فعلت أي ذلك طلقت^(٦)، قال الفقهاء محمد بن يحيى ومحمد بن سليمان وحسن: وتنحل اليمين، فلا تطلق ثانيا بفعل الباقي، وقال الفقيه علي: بل تطلق بكل فعل من ذلك بعد تحلل الرجعة. وهو قول ابن أبي الفوارس. وكذا لو قدم الطلاق على الشرط في لفظه حيث قال: «إن أكلت أو شربت» وحيث قال: «إن

(١) ويكون بدعيا؛ لأنه كالمشروط، والله أعلم.

(٢) ما بين المعقوفين من (ب).

(٣) وذلك لأن الواو للجمع، والمعنى: إن فعلت ذلك جميعه. قال في الغيث: ولا يعتبر الترتيب في الأصح. (بستان).

(٤) ولا فرق بين تقدم الجزء وتأخره في الطرفين الأولين.

(٥) فقال: لا تنحل.

(٦) وذلك لأن الجزء هنا متأخر، ولا اختصاص للجزء ببعض الشروط دون بعض، بل هو جزء لها أجمع. قال عليه السلام: فأبي واحد فعلت طلقت به. وقيل: إنه جزء لما يليه فقط، فتطلق بالملاصق للجزء لا بما قبله. (بستان).

أكلت وإن شربت»، وأما حيث قال: «أنت طالق إن أكلت إن شربت» فلا تطلق إلا بالشرط الأول في لفظه^(١)، دون ما بعده فلا حكم له، وقال عطية: تطلق بأبيها فعلت، وقال أكثر أصحاب الشافعي^(٢): لا تطلق إلا إذا فعلت الكل مرتبا على عكس ما رتبته في لفظه^(٣). وعندنا إذا نوى ذلك صحت نيته وعمل به.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق بشرط أن تأكلي وأن تشربي وأن تلبسي» وأراد به الشرط لا العقد لم تطلق إلا بالكل، وإن أراد به العقد طلقت بالقبول أو الامتثال في المجلس^(٤).

مسألة: من حلف بالطلاق لا فعل كذا وكرر ذلك مرارا: فإن نوى بالطلاق الثاني وما بعده تأكيد الطلاق الأول لم تطلق متى حنث إلا مرة واحدة^(٥)، قال المؤيد بالله: وكذا لو طلقها مرسلا بغير شرط وكرره مرارا ونوى بالتكرار تأكيد الأول لم يقع إلا الأول فقط في الباطن، لا في الظاهر إلا أن تصادقه الزوجة^(٦).

(١) وإن تأخر وقوعه عن سائر الشروط الملفوظ بها فلا تأثير لتأخر وقوعه إذا كان متقدما لفظا. (غيث).

(٢) وقواه المفتي، وهو الذي يوافق العربية.

(٣) وحجة أصحاب الشافعي: أن الشرط الأخير معلق بالذي قبله، والثاني معلق بالأول، كقوله تعالى: ﴿وَلَا يَنْفَعُكُمْ نُصْحِي إِنْ أَرَدْتُ أَنْ أَنْصَحَ لَكُمْ إِنْ كَانَ اللَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُغْوِيَكُمْ﴾ [هود: ٣٤]، وتقديره: إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم، ويسمون هذا: إقحام الشرط على الشرط، قالوا: وهذه فائدة الإقحام. (بستان).

(٤) فإن لم يكن له إرادة رجوع إلى العرف، فإن لم يكن ثم عرف رجع إلى عرف الشرع، وهو العقد؛ لأن الباء من حروف العقد. اهـ وفي الكواكب في الخلع ما لفظه: وكذا بشرط البراء في وضع الشرع لأجل الباء الزائدة، ولكنه قد صار مستعملا في العرف بمعنى الشرط، في أغلب الأحوال أنهم يقصدون به الشرط. و(قرئ).

(٥) قوله: «إلا مرة واحدة» وذلك لأن الطلاق عند الهادي عليه السلام لا يتبع الطلاق، وعند المؤيد بالله أن نية التأكيد قد منعت وقوع الثلاث. وعن الأزرقى: بل يتكرر، سواء قصد التأكيد أم لا؛ إذ لا فصل بين الأول وما بعده. (بستان بلفظه).

(٦) أي: عدم المناكرة.

(*) أو يبين على إقرارها أو على شاهد الحال. (برهان).

على ما نوى، وإذا لم تصادقه حلفت ما تعلم ذلك من مقصده ولا تظنه؛ لأن من أقر بظنه بحق عليه أخذ به^(١). وإن أراد بالثاني غير الأول وبالثالث غير الأول والثاني كانت ثلاث طلاقات، فمتى حنث وقعت الثلاث على قول أهلها، وعلى قول الهادي واحدة فقط وتنحل اليمين، إلا أن ينوي لكل طلقة فعلا فمتى فعل ذلك الفعل مرة ثانية بعد الرجعة طلقت^(٢)، ثانيا، ومتى فعله مرة ثالثة بعد الرجعة طلقت^(٣) ثالثا^(٣). وإن لم تكن له نية في ذلك فعند الهادي أنه طلاق واحد فقط، وعند المؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي أنها ثلاث، فمتى حنث وقعت كلها بفعل واحد^(٤).

فروع: وهكذا لو قال: «متى فعلت كذا فعلي صوم يوم» أو «فعلي نذر كذا» وكرر ذلك مرارا فهو على التفصيل المتقدم والخلاف^(٥).

فروع: فإن ذكر جزاءات مختلفة، نحو أن يقول: «إن دخلت الدار فامرأتى طالق» ثم قال: «إن دخلتها فعلي صوم شهر» ثم قال: «إن دخلتها فعبي حر» - فمتى دخلها لزمه ذلك كله بدخلة واحدة^(٦)، إلا أن ينوي لكل جزاء دخولا صحت نيته^(٧)، فمتى دخلها وقع واحد من ذلك على حسب ما نواه في التقدم

(١) ولا فرق بين الأموال وغيرها، ذكره في التذكرة والزهور.

(٢) ولعل ذلك حيث صادفته أو بين على إقرارها أو شاهد الحال، والله أعلم.

(٣) وما حنث فيه قبل الرجعة انحلت يمينه. (برهان).

(٤) قال في البرهان: وجعلوا الطلاق كالجاءات المختلفة. لنا: أن الطلاق لا يتوالى. (بستان).

(٥) لعله يريد خلاف أبي حنيفة والشافعي فقط، وأما المؤيد بالله فيوافق الهادي عليه السلام في النذر، والله أعلم. ولفظ حاشية: وأما الهادي عليه السلام فيوافق المؤيد بالله، فيكون ثلاثة نذور.

(٦) لأن الجزاءات مختلفة. (بستان).

(٧) باطنا في الطلاق والعتق، لا في الصوم فيصدق باطنا وظاهرا؛ إذ لا منازع له، بخلاف الأولين فهو حق للغير. (قرير).

والتأخر، وإن لم تكن له نية فيه^(١) فالأقرب أنه يقع أحدها ملتبساً على ما يأتي بيانه في مسألة الغراب، فيعتق العبد ويسعى في ثلثي قيمته، ويحرم عليه مدانة زوجته، ولا تخرج منه إلا بطلاق، والصوم لا يلزمه منه شيء^(٢).

مسألة: وإذا جاء بحرف الشرط - وهو «إن» - بعد ذكر الجزاء ثم جاء بحرف الظرف^(٣) بعده، وهو «إذا» أو «متى» - فإن لم يتعلق حرف الظرف بزمان ولا مكان فلا حكم له، نحو قوله: «أنت طالق إن كلمت زيدا إذا كلمت عمراً أو متى كلمت عمراً»، فلا تطلق إلا بكلام زيد^(٤)، ولا حكم لكلام عمرو، إلا إن أراد حصوله بعد حصول الشرط الأول فلا يقع الطلاق حتى يحصل بعده، كما لو قال: «إن كلمت زيدا فأنت طالق إذا كلمت عمراً». وإن علق حرف الظرف بزمان أو مكان كان ذلك الزمان أو المكان ظرفاً للشرط، فيعتبر حصوله

(١) أي: في التقدم والتأخر.

(٢) وذلك لأن الأصل براءة الذمة منه، وهذا على ما ذكره الفقيه محمد بن يحيى في مسألة الغراب، واختاره صاحب الكتاب. (بستان).

(*) ولعله يقال: إذا دخل ثانياً وثالثاً تحقق الطلاق ولزوم الصوم. اهـ وعن المفتي: يقال: وقت الدخول الثاني قد خرج عن الرق ولزمه السعاية ولو دخل ثانياً وثالثاً. (مفتي). (قررو).

الكلام الأول إنما هو في تحقق الطلاق ولزوم الصوم فقط.

(*) وذكر المصنف في الكواكب احتمالاً ثانياً، وهو أن ما قدمه في لفظه عند حلفه تقدم في الحنث، وما أخره تأخر، والله أعلم. ومثله في الصعيتري. اللهم إلا أن يلتبس المتقدم بالتأخر ذكره في اللفظ من الجزاءات استقام كلام البيان. (شامي) (قررو).

(٣) وعندنا في هذه الأطراف كلها لا يقع الطلاق إلا بمجموع الأمرين في كل واحد منها، والله أعلم. والإمام عليه السلام فرق بين تقدم الجزاء وتأخره، وعندنا لا فرق، والله أعلم.

(*) الأولى: ثم جاء بظرف؛ لأن الظرف لا يسمى حرفاً.

(٤) قال الإمام عز الدين عليه السلام: يعتبر في طلاقها كلام عمر، وسواء كان قبل تكلم زيد أو بعده؛ لأنه كأنه طلقها متى كلمت زيدا بشرط كلام عمر. قلت: اللهم إلا أن يريد بأداء الظرف فالمراد وقت كلامه.

فيه، نحو قوله: «أنت طالق إن كلمت زيدا إذا دخلت الدار أو متى دخلت الدار» أو قال: «أنت طالق إن كلمت زيدا إذا دخل رمضان أو متى دخل رمضان»، فها هنا لا تطلق إلا إذا كلمت زيدا في ذلك الظرف، وهو الدار أو رمضان، ذكر ذلك كله الإمام المهدي أحمد بن يحيى^(١).

مسألة (٢): وإذا قال لامرأته: «إن كان في بطنك غلام فأنت طالق، وإن كانت جارية فلست بطالق» ثم ولدت غلاما وجارية؛ فحيث لا نية له في اللفظين معا تطلق باللفظ الأول^(٣)، وحيث له نية فيهما معا فإن نوى التأكيد طلقت باللفظ الأول أيضا^(٤)، وصورته أن يقول: «إن كان في بطنك غلام فأنت طالق» ونوى ولو كان معه جارية، ثم قال: «وإن كانت جارية فلست بطالق» ونوى ولو كان معها غلام^(٥). وإن نوى في اللفظين الاستثناء طلقت باللفظ الثاني، وصورته أن يقول: «إن كان في بطنك غلام فأنت طالق» ونوى إلا أن تكون معه جارية، ثم قال: «وإن كانت جارية فلست بطالق» ونوى إلا أن يكون معها غلام. وإن نوى في اللفظ الأول التأكيد وفي الثاني الاستثناء طلقت بهما معا^(٦). وإن نوى في اللفظ الأول

(١) ينظر في كلامه في الطرف الأول، فإن الظاهر أنه إذا قال: أنت طالق إن كلمت زيدا إذا شتمك» فلا بد من الكلام بعد الشتم، مع أن حرف الظرف لم يتعلق بزمان ولا مكان. (برهان). وللإمام عز الدين مثل معنى هذا، حيث قال: لا بد من مجموع الأمرين في الجميع.

(٢) هذه المسألة فيها تسع صور، تطلق في سبع منها ولا تطلق في اثنتين. (كواكب).

(٣) وذلك لحصول الشرط، وهو الغلام. (بستان).

(٤) وذلك لأن اللفظ الثاني كالاستثناء المستغرق فيبطل، ويصير بمثابة طالق غير طالق. (بستان).

(٥) وذلك لأنه بمنزلة الرجوع عن الطلاق.

(٦) وذلك لأن الجملتين موجبتان للطلاق، وصورته «إن كان في بطنك غلام فأنت طالق» ونوى ولو كان معه جارية، «وإن كانت جارية فليست بطالق» ونوى إلا أن يكون معها غلام. (بستان).

الاستثناء وفي الثاني التأكيد لم تطلق^(١). وحيث لا نية له في اللفظ الأول ونوى في الثاني فإن نوى فيه التأكيد طلقت بالأول^(٢)، وإن نوى فيه الاستثناء طلقت بهما معاً^(٣). وحيث لا نية له في اللفظ الثاني ونوى في الأول فإن نوى فيه التأكيد طلقت به^(٤)، وإن نوى فيه الاستثناء لم تطلق^(٥). فصارت تطلق في الوجوه كلها إلا في صورتين: حيث قيد اللفظ الأول بالاستثناء وأطلق اللفظ الثاني أو قيده بالتأكيد. وإنما يقبل قوله أنه نوى غلاماً وحده حيث جاء باللفظ الثاني^(٦)، وأما حيث لم يأت به فلا يقبل قوله في الظاهر إلا أن تصادفه الزوجة.

فرع: وهل يجوز له وطؤها قبل أن تلد؟ الأقرب أنه لا يجوز^(٧)، بل ينتظر حتى تلد، كما إذا قال: «إن حبلى فأنت طالق» فلا يطأها في كل^(٨) طهر إلا مرة ثم ينتظر حتى تحيض^(٩).

فرع: فلو قال: «إن كان في بطنك غلام فأنت طالق واحدة، وإن كانت جارية

(١) وصورته: «إن كان في بطنك غلام فأنت طالق» ونوى إلا أن يكون معه جارية، «وإن كانت جارية فليست بطالق» ونوى ولو كان معها غلام. وهذه إحدى صورتين اللتين لا تطلق فيهما. (بستان).

(٢) وذلك لحصول الشرط في الأول، والثاني إنما هو تأكيد له. (بستان).

(٣) لحصول الشرط في الأول، وحصوله في الثاني أيضاً. (بستان).

(٤) لحصول الشرط فيه. (بستان).

(٥) وذلك لأن الأول قد استثنى فيه، والثاني لا نية له فيه. وهذه الصورة الثانية. (بستان).

(٦) وهو قوله: «وإن كانت جارية..» الخ.

(٧) بل يجوز ما لم يغلب في ظنه وقوع الشرط. اهـ ولا رغبة له في الرجعة أو كان الطلاق بائناً. (قررو).

(٨) لعله يفرق بينها بتجويز الحمل هناك فيكف حتى يبين، بخلاف الولادة فيجوز له الوطء حتى يحصل الشرط، وهي الولادة؛ إذ لا يتقدم المشروط على شرطه.

(٩) وفيه ما يأتي من التفصيل الذي في القيل في الأزهار ولفظه: «وبالحبل، قيل: فكيف بعد الإنزال حتى يتبين..» إلى آخره.

فأنت طالق ثنتين»، ثم ولدتهما- طلقت ثلاثاً على قول أهل الثلاث^(١). وكذا لو قال: إن كان في هذا الظرف حنطة فامرأته طالق، وإن كان فيه شعير فعبعده حر، فوجد فيه حنطة وشعيراً- وقع الطلاق والعتق^(٢).

فرع: فإن قال: «إن كان ما في بطنك غلاماً فأنت طالق، وإن كان جارية فلست بطالق أو فأنت طالق ثنتين»، فولدت غلاماً وجارية^(٣)- لم يقع شيء. وكذا لو قال: إن كان ما في هذا الظرف حنطة فامرأته طالق، وإن كان شعيراً فعبعده حر، فوجد فيه حنطة وشعيراً- لم يقع شيء من ذلك؛ لأن حرف «ما» هنا بمعنى الذي، وهو يقتضي الكل، ذكر ذلك كله في تنبيه الشافعي.

مسألة: وإذا علق الطلاق بالولادة فإنه يقع بها ولدته^(٤) ولو سقطا^(٥)، وبالأول^(٦) ولو بقي في بطنها ثان، وتنقضي عدتها بوضع الآخر، إلا أن يكون علق الطلاق بوضع حملها أو ما في بطنها لم يقع إلا بخروج الأخير. وإذا خرج بعض الولد ثم مات أحد الزوجين قبل خروج باقيه بطل الطلاق^(٧).

(١) وذلك لحصول الشرط كاملاً. (بستان).

(٢) إن لم يجز عرف بخلافه، وإلا فهو يسمى غليلاً.

(*) وهذا بناء على أنه علقه بالحقيقة لا بالاسم، فلا يقع طلاق ولا عتق؛ لأنه يسمى غليلاً^[١]، وسيأتي أيضاً في مسألة الخنثى اعتبار الاسم والحقيقة، اللهم إلا أن يكون أحد الجنسين يسيراً لا يعتد به في تغيير اسم الكثير فقد حصلت الحقيقة والاسم فيقع. (تهامي). (قررد).

(٣) يقال: أو غلامين أو جارينين. (قررد).

(٤) آدمياً. وقيل: لا فرق مع تخلقه.

(٥) تبين خلقه. (تذكرة). ولو لم يتبين ذكر أو أنثى. فلو لم يتبين فيه أثر الخلقة لم تطلق؛ لأن ذلك ليس بولادة لغة ولا عرفاً. (بستان). (قررد).

(٦) لحصول الشرط، وهي الولادة. (بستان).

(٧) وذلك لأن خروجه حصل بعد بطلان النكاح بالموت، لأن خروج بعضه ليس بولادة. (بستان).

(*) اتفاقاً بين الهادي والمؤيد بالله.

[١] إلا أن يكون غير مخلوط استقام الكتاب. (قررد).

مسألة: وإذا قال: «كلما ولدت فأنت طالق» ثم ولدت ثلاثة في بطن واحد فإن خرجوا دفعة واحدة طلقت واحدة، وإن خرجوا مرتباً طلقت بالأول واحدة، وبالثاني واحدة إن راجعها قبله - وعلى قول أهل الثلاث مطلقاً - وبالثلث واحدة إن راجعها قبله، وإن لم يراجعها انقضت عدتها بالآخر من الثلاثة^(١) أو بالثاني من الاثنين حيث لا ثالث^(٢).

مسألة: (٣) وإذا قال لأربع نسوة له: «من ولدت منكن» أو «كل من ولدت منكن فصواحبها طالق» ثم ولدن كلهن: ففي حالة واحدة أو ثلاثاً في حالة ثم الرابعة وحدها يطلقن ثلاثاً ثلاثاً^(٤) على قول أهل الثلاث، وإن ولدن مرتباً طلقت الأولى والرابعة ثلاثاً ثلاثاً، والثانية واحدة^(٥)، والثالثة اثنتين^(٦)، وانقضت عدة الثلاث الآخر بولادتهن، لا الأولى^(٧). وإن ولدت ثنتان معا وثنتان معا طلقت

(١) لأنها لا تنقضي عدتها إلا بوضع جميع حملها.

(٢) وهذا على قول الهادي عليه السلام، وأما على قول المؤيد بالله: إن الشرط يقارن المشروط فقولان على أصله، فقال في التذكرة والزهور: تطلق به، وقال في الانتصار: لا تطلق به عنده؛ لأنه يتقارن وقوع الطلاق وانقضاء العدة، فلا يقع. ومثله في مهذب الشافعي. (برهان).

(٣) المذهب في هذه المسألة أنه لا يقع إلا طلقة واحدة. (قرو).

(٤) لحصول الشرط في حق كل واحدة، وهو ولادة صواحبها. (بستان).

(*) وذلك لأن بولادة الثلاث معا يطلقن كل واحدة اثنتين اثنتين، وتطلق الرابعة ثلاثاً، فإذا ولدت الرابعة بعد ذلك يطلقن الثلاث الأولات واحدة واحدة. (كواكب).

(٥) بولادة الأولى، وانقضت عدتها بولادتها.

(٦) واحدة بولادة الأولى، والثانية بولادة الثانية، وانقضت عدتها.

(٧) وذلك لأن بولادة الأولى يطلقن الثلاث الآخرات واحدة واحدة، وبولادة الثانية انقضت عدتها ووقع على البواقي واحدة واحدة، وبولادة الثالثة انقضت عدتها ووقع على الرابعة واحدة وعلى الأولى واحدة، وبولادة الرابعة انقضت عدتها ووقع على الأولى واحدة، فقد بان أن الأولى بثلاث ولم تنقض عدتها، وبان أن الرابعة بثلاث وانقضت عدتها، وانقضت عدة الثالثة باثنتين، وانقضت عدة الثانية بواحدة، وعلى هذا التحقيق قس باقي الصور. (كواكب).

الأولتان ثلاثاً ثلاثاً^(١) والآخرتان اثنتين اثنتين^(٢)، وانقضت عدتها^(٣) لا الأولتان^(٤). وإن ولدت واحدة أولاً ثم ثلاث معاً طلقت الأولى ثلاثاً والثلاث واحدة واحدة، وانقضت عدتهن^(٥) لا هي.

فرع: فإن ولد بعضهن دون بعض: فإن ولدت واحدة فقط طلقتن الباقيات واحدة واحدة، وإن ولد اثنتان فقط هل مرتباً أو في حال واحد^(٦) طلقتا واحدة واحدة، والآخرتان اثنتين اثنتين. وإن ولد منهن ثلاث ففي حالة واحدة طلقتن اثنتين، والتي لم تلد ثلاثاً، ومرتباً طلقت الأولى اثنتين^(٧)، والثانية واحدة^(٨)، والثالثة اثنتين^(٩)، والتي لم تلد ثلاثاً، وانقضت عدة الثانية والثالثة فقط.

مسألة: وإذا قال^(١٠): «من لم تلد منكن فصواحبه طوالق» فإن ولدن كلهن

(١) يعني كل واحدة بولادة صاحبها واحدة، وبولادة الآخرتين اثنتين، والآخرتان اثنتين اثنتين بولادة الأولتين، وانقضت عدتهما؛ لأنها ولدتا وقد طلقتا. (بستان).

(٢) يعني بولادة الأولتين، لا بولادتها، فلا تطلق أحدهما بولادة الثانية؛ لأنها تصادف انقضاء عدتها بولادتها. وهذا يخالف ما قدمه الفقيه حسن على أصل المؤيد بالله. لأنه كان يلزم عليه أن تطلق الآخرتان ثلاثاً ثلاثاً. (كواكب).

(٣) وقد بنى في هذه المسألة وفي الأولى على مثل كلام الانتصار أن مقارنة انقضاء العدة مانع من وقوع الطلاق عند من يقول بالمقارنة، أو على أن الشرط لا يقارن المشروط، والله أعلم، ذكر معناه في البرهان.

(*) لأنها ولدتا وقد طلقتا. (بستان).

(٤) لتقدم ولادتها قبل وقوع الطلاق عليهما، والله أعلم.

(٥) لأنهن ولدن وقد طلقتن. (بستان).

(٦) أي: لا فرق.

(٧) بمن ولد بعدها.

(٨) بمن ولدت قبلها.

(٩) بمن قبلها أيضاً.

(١٠) يحقق النظر في هذه المسألة. (عن بيان حثيث وخط سيدنا محمد أحمد الريمي).

فلا طلاق^(١)، وإن لم تلد أيهن طلقن ثلاثاً ثلاثاً^(٢) إذا كان ذلك مؤقتاً بوقت ومضى قبل أن تلد أيهن. وكذا يأتي - والله أعلم - لو كان مُطَلِّقاً وبلغن حال الإياس^(٣) كلهن هل معاً أو مرتباً أو متن كلهن^(٤) في حالة واحدة فيقع الطلاق^(٥) في حال النزاع، فإن متن مرتباً قبل بلوغهن حال الإياس طلقت الثانية^(٦) واحدة، والثالثة^(٧) ثنتين، والرابعة ثلاثاً^(٨)، ولا شيء على الأولى^(٩). وإن ولدت واحدة فقط طلقت ثلاثاً^(١٠) حيث تأخر موتها عن موت الثلاث^(١١) أو إياسهن، والبواقي ثنتين ثنتين^(١٢) إذا متن في حالة واحدة أو بلغن حال الإياس، وإن متن^(١٣) مرتباً طلقت الثالثة^(١٤) واحدة،

(١) ولكنه يرجع إلى نيته في تقدير المدة التي تمضيها من دون ولادة يقع الطلاق، فإن لم يكن له نية فعله يأتي على القولين في «إن لم» هل هي للفور أو للتراخي، فإن قلنا: إنها للفور وقع الطلاق عليهن الكل ويتثلث بمضي وقت يسع الولادة فلا تلد أيهن، وإن قلنا: إنها للتراخي فلا طلاق إلا بالموت من غير ولادة، فمن ماتت منهن قبل تلد وقع على كل واحدة من صواحبها طلقة. (صعيتري بلفظه).

(٢) لأنك تقدر في كل واحدة أنها لم تلد فتطلق صواحبها، ثم كذلك في كل واحدة، والله أعلم.
(٣) بناء على القول بأن «من لم» للتراخي، فإن جعلت للفور طلقن بمضي وقت يمكن فيه الولادة، عند أهل الثلاث ثلاثاً وعندنا واحدة. (قررو).

(٤) أو مات الزوج.

(٥) ثلاثاً ثلاثاً.

(٦) بموت من قبلها.

(٧) بموت من قبلها.

(٨) لأن بموت الأولى وقع على كل واحدة من الثلاث طلقة، وبموت الثانية طلقت الثالثة والرابعة طلقة طلقة، وبموت الثالثة طلقت الرابعة.

(٩) لموتها قبل الإياس. اهـ وسيأتي في الحلف أنه يحنث المطلق بموت أحدهما، فلعله يأتي هذا هنا حيث كان حالفاً، والله أعلم. اهـ يقال: الذي يأتي في غير الشرط فلا يأتي هنا.

(١٠) لأنه يقع عليها بموت كل واحدة من الثلاث أو بلوغهن الإياس طلقة.

(١١) لعدم ولادة الباقيات.

(١٢) كل واحدة لعدم ولادة صاحبها. أي: الثانية والثالثة.

(١٣) يعني: الثلاث الأخر.

(١٤) أي: الثالثة بالنظر إلى الوالدة.

والرابعة ثنتين^(١)، والثانية لا شيء عليها^(٢). وإن ولدت ثلاث^(٣) طلقن واحدة واحدة^(٤)، ولا شيء على من لم تلد^(٥). وإن ولدت ثنتان طلقنا ثنتين ثنتين^(٦)، والآخرتان واحدة واحدة^(٧). وهكذا إذا قال: «من حاضت^(٨) منكن فصواحبها طوالق» أو «من لم تحض^(٩) فصواحبها طوالق» أو قال: «من وطئت منكن» أو «من لم أطأ^(١٠) فصواحبها طوالق» - فهو^(١١) على ما تقدم.

مسألة: وإذا قال: «من طلقت منكن - بالتشديد - فصواحبها طوالق» وقد كان قبل ذلك أوقع على إحداهن طلاقاً معلقاً بشرط ثم حصل شرطها طلقت وحدها

(١) لعدم ولادة الثانية والثالثة.

(٢) لأنها ماتت قبل حصول الشرط؛ لأنها أول الثلاث موتاً، والله أعلم.

(*) لأن الأولى ولدت ثم ماتت فلا يقع شيء بموتها، ثم لما ماتت الثانية وقع على الآخرتين طليقة طليقة ولما تطلق هي، وبموت الثالثة طلقت الرابعة.

(*) لعدم حصول شرط طلاقها بناء على تقدم موت الوالدة.

(*) لأنها أول الثلاث موتاً ولم يحصل شرطها. (برهان).

(٣) وماتت الرابعة أو بلغت الإياس قبل موتهن. (شامي).

(٤) من قبل التي لم تلد.

(٥) لأن صواحبها قد ولدن، فلم يحصل شرطها.

(٦) لحصول شرط الطليقتين، وهو عدم ولادة الآخرتين، والله أعلم. فإن متن وقع على من تأخر موتها واحدة فقط، والله أعلم.

(٧) حيث متن في حالة واحدة قبل الولادة أو بلغن حد اليأس في وقت واحد، فإن كان الموت أو بلوغ حد اليأس مرتباً طلقن الوالدات واحدة واحدة، وانقضت عدتهن بالولادة إن ولدن قبل موت الثانية^[١] وقبل بلوغها اليأس، وإلا فكما ذكر. (إملاء شامي).

(٨) فيكون كما في المسألة الأولى.

(٩) كالمسألة الثانية.

(١٠) إلا أنه في الوطاء لا يستقيم أن يقال: في حالة واحدة كما قال في الولادة.

(١١) في (ج): فهي. وفي (د): فهن.

[١] أي: الثانية موتاً من الآخرتين. (سباع).

فقط^(١)، وإن كان إيقاعه للطلاق المشروط بعد قوله لمن ثم حصل شرط الطلاق المعلق على واحدة طلقت به، وطلقن البواقي بطلاقها واحدة واحدة.

مسألة: وإذا قال: «من طلقت منكن - بالتخفيف - فصواحبها طوالت» ثم حصل شرط طلاق إحداهن طلقن كلهن ثلاثاً ثلاثاً^(٢).

مسألة: إذا قال: «من لم تطلق منكن فصواحبها طوالت» فقال في التذكرة: يكون دوراً لا يقع به شيء^(٣). وهو مبني على أن ذلك للتراخي^(٤) كما في «إن لم»، والأقرب^(٥) أنه يستقيم^(٦) إذا متن الزوجات كلهن قبله في حالة واحدة، فأما لو

(١) وذلك لأن المراد من ابتدأت الطلاق عليها بعد كلامي هذا، وأما مع التخفيف فالمراد من طلقت هل من قبل أو من بعد. (بستان).

(*) في (د): طلقت واحدة وحدها فقط.

(٢) لأن كل واحدة تطلق بطلاق الأخرى طلقة، ثم كذلك.

(*) وعلى قول الهادي عَلَيْهَا يطلقن واحدة واحدة. (كواكب لفظاً) (قرر).

(٣) ولا يمنع الناجز. و(قرر).

(*) يعني: وأما الناجز فيقع.

(٤) ذكره الإمام يحيى، وقال بعض أصحاب الشافعي: إنها للفور، فيطلقن بعد كلامه بقدر ما يسع الطلاق، كل واحدة ثلاثاً، وعلى قول الهادي واحدة. (كواكب وبستان).

(*) بل هذا يتناع، سواء قلنا: إنها للفور أو للتراخي، فإنه دور، لكن هذا حيث أراد بقوله: «من

لم تطلق منكن» بهذا الطلاق الذي هو جواب الشرط «فصواحبها طوالت»، ولو مات الزوج

أو متن الأربع في حالة واحدة أو مرتباً، وأما إذا أراد من لم تطلق منكن يعني بطلاق آخر غير

هذا فإنه يفترق الحال بين كون «من لم» للتراخي أو للفور، وعلى هذا يحمل كلام الكتاب.

(من شرح الفاضلي أحمد مرغم). قلت: وقد حققه الصعيتري أيضاً، وإن كان في البستان

خلافه.

(*) وذلك لأن شرط الطلاق في كل واحدة هو عدم طلاق الباقيات، فلو قلنا: إنه قد حصل الشرط -

وهو عدم الطلاق فيطلقن - لأدى إلى بطلان الشرط، وإذا بطل لم يقع الطلاق. (بستان).

(٥) قوي. (عامر).

(٦) أي: الدور.

ماتت إحداهن أو لا تطلقن الباقيات واحدة واحدة^(١)، وإن مات الزوج^(٢) قبلهن تطلقن حال نزاعه ثلاثا ثلاثا.

مسألة: وإذا قال لامرأته: «إن لم تطلقني فأنت طالق» فهو دور^(٣) لا يقع به شيء^(٤) على قولنا: إنه للتراخي، وعلى القول بأنه للفور تطلق بعد كلامه^(٥).

فرع: فلو قال: «أنت طالق إن لم تزوجي فلانا» فروي عن القاضي جعفر والفقهاء محمد بن سليمان أنها تطلق؛ لأن الشرط حاصل، وهو عدم زواجها بفلان. ولعله يستقيم حيث لم يعرف قصد الزوج^(٦)، ويكون على قولنا في «إن لم»: إنها للفور، وأما على قولنا: إنها للتراخي فلا تطلق إلا بموت الفلان^(٧) أو قبيل موتها^(٨).

(١) ولا يقع شيء بموت الباقيات؛ لأن قد انحل الشرط بموت الأولى. (برهان).
 (*) وفي كونه دورا نظراً؛ ولذا قال في الكواكب: فإذا ماتت إحداهن أو حرمت برضاع أو نحوه تطلقن البواقي؛ لحصول شرط طلاقهن، وأما إذا متن في حال واحدة لم يقع شيء.
 (٢) ينظر في الفرق بين موتهن وموت الزوج، فإن الظاهر يقتضي أن الحكم واحد، وأنه لا يقع شيء من ذلك. اهـ بل الفرق ظاهر فتأمل.
 (٣) وذلك لما ذكرناه أولاً. (بستان).

(٤) يعني إذا ماتت قبله، وإن مات قبلها طلقت حال نزاعه.
 (*) وأما لو قال: «متى أو حين لم تطلق واحدة منكن فصواحبها طالق» فإن ذلك للفور، فيطلقن بعد كلامه بوقت يسع الطلاق، فلو قال: «من لم تطلق منكن اليوم فصواحبها طالق اليوم» أو قال: «أنت طالق اليوم إن لم تطلقني اليوم» ثم مضى اليوم ففي مذهب الشافعي وجهان: أحدهما: يكون دورا ولا يقع شيء؛ لأن شرط الطلاق في اليوم هو عدم الطلاق اليوم. والوجه الثاني: أنه يقع الطلاق في آخر جزء من اليوم متى بقي منه ما لا يسع قوله: «أنت طالق». قال الفقيه يوسف: وعندنا أنها تطلق بعد غروب شمس اليوم كما إذا قال: «أنت طالق اليوم إذا جاء غد» فلا يقع حتى يحصل الشرط. (كواكب).

(٥) بوقت يسع الرجعة.

(٦) من الفور والتراخي.

(٧) أو يحرم عليه زواجها بمصاهرة أو رضاع. (قرئ).

(*) أو بأمر يقتضي التحريم، كزواجه أمها وحصل الدخول أو اللمس ونحوه. (قرئ).

(٨) زوجة. (قرئ).

مسألة: وإذا قال لها: «أنت طالق ثلاثا إن لم أطلقك ثلاثا» لم تطلق حتى يبلغ الزوج حال النزاع^(١) فتطلق ثلاثا، وعلى قول الهادي واحدة، وعلى أحد قولي أبي طالب وأبي يوسف ومحمد في «إن لم»: إنها للفور يقع الطلاق عليها بعد مضي وقت يمكنه يطلقها ثلاثا ولم يفعل، فتقع واحدة على أحد قولي أبي طالب، وثلاث على قول أبي يوسف ومحمد. وكذا في «إذا لم» فهي للتراخي عندنا - ذكره في اللمع والتذكرة - وأبي حنيفة، وعلى أحد قولي أبي طالب والشافعي وأبي يوسف ومحمد: إنها للفور، وذكره في الكافي عن القاسمية. فأما «حين لم» و«متى لم» و«وقت لم» فللفور وفاقا. وما علق بالإثبات فهو للتراخي وفاقا، إلا في «إن شئت» فهي للمجلس؛ لأنها تمليك، سواء علقه بمشيئتها أو بمشيئة غيرها^(٢). والمراد في الكل حيث لا نية له، فأما لو نوى بذلك وقتا معيناً فإنه يتعلق به في النفي والإثبات في الباطن، لا في الظاهر إلا أن تصادفه الزوجة.

مسألة: وإذا قال: «متى حبلت فأنت طالق» فمتى جامعها وأنزل في قبلها لم يجز له معاودتها حتى تحيض؛ لجواز أنها قد حبلت، وكذا إذا وطئها بعد الحيض فلا يعاودها حتى تحيض، ثم كذلك في كل وطء. والمراد حيث يكون طلاقه بائناً^(٣). قيل: والمراد أيضاً حيث تكون الزوجة تعتاد الحبل^(٤) إذا وطئت، فأما حيث لا تعتاده أو حيث يلتبس حالها فالأصل الجواز وعدم الطلاق، كما ذكروه في مسألة الغراب^(٥). وهذا محتمل للصحة، ويحتمل أن يقال^(٦): فرق بين هذا وبين مسألة الغراب؛ لأنه هناك لا يمكن الانتظار حتى يبين حاله، فرجع إلى الأصل، وهنا هو

(١) ويأتي على قول أبي طالب وقوع الطلاق بموتها.

(٢) فهي للمجلس؛ لأنها تمليك.

(٣) أو رجعيًا وكان مضرباً عن مراجعتها. (قرر).

(٤) مع غلبة الظن كما في شرح الأزهار.

(٥) وهي المسألة الخامسة من هذه.

(٦) هذا للوالد عليه السلام. (بستان).

يمكن رفع اللبس بالانتظار حتى يبان حالها بالحيض، فوجب الترك؛ لئلا يقع في الحظر^(١)، والله أعلم. وإن كان أراد به متى بان حملها فله تكرار الوطء حتى يبان حملها بأحد أماراته المعتادة^(٢).

مسألة: وإذا قال: «إن كنت حبلى فأنت طالق» فإن ولدت ولدًا حيًّا لدون ستة أشهر^(٣) علم أنها طلقت ذلك الوقت، وإن ولدته لسته أشهر فما فوق لم تطلق^(٤)؛ لجواز أنه حدث بعد كلامه، ذكره أصحاب الشافعي، وهو مبني^(٥) على أنه لم يكف عن وطئها، مع أنه يجب عليه الكف^(٦) حيث كان طلاقه بائنا^(٧) وجوز حبليها.

مسألة: وإذا قال: «متى حضت فأنت طالق» فمتى رأت^(٨) دم الحيض طلقت إذا تم حيضاً، فإن قال ذلك وهي حائض لم تطلق إلا بأول دم الحيضة الثانية^(٩)، وقيل^(١٠): بل تطلق بما يحدث من دم هذه الحيضة التي هي فيها.

(١) بهما معا.

(*) هذا فرق يصلح للاحتياط، لا للتحتم واللزوم. (شامي).

(٢) وذلك نحو حركة الولد وكبر البطن وانقطاع الحيض والعيافة، وهي الوحام. (بستان). وفي تذكرة علي بن زيد: بخروج الولد^[١] أو بعضه. (قررو).

(٣) من وقت كلامه. (برهان).

(*) وتستمر حياتُه وقتاً لا يبقى مثلها في دون الستة.

(٤) ما لم يعلم حصول الولد حال الطلاق أو يغلب بظنه أنه موجود حال الطلاق طلقت. (صعيتري).

(٥) هذا لصاحب الكتاب. (بستان بلفظه).

(٦) مع الظن. (ساع) (قررو).

(٧) أو مضرباً عن مراجعتها. (قررو).

(٨) تحقيقاً أو تقديراً.

(٩) لاقتضاء الشرط الاستقبال. (بحر).

(*) هذا كلام أئمة العترة وأبي إسحاق المروزي وأبي الطيب الطبري وأبي القاسم الصِّميري وأبي يوسف؛ لأن الشرط للاستقبال. (بستان).

(١٠) ابن الصباغ من أصحاب الشافعي.

[١] في هامش الشرح: بخروج عضو أو بعضه.

وهكذا يكون إذا قال: «متى طهرت» فإن كانت حائضا فبأول طهرها ولو لم تغتسل، وإن كانت طاهرا فبأول الطهر الثاني على الخلاف، ذكره في البحر^(١).

مسألة: وإذا قال لزوجتيه: «إن حضتما فأنتما طالقتان» ثم ادعتا الحيض^(٢) فإن صدقهما طلقتا، وإن كذبهما لم تطلقا إلا بشهادة عدلة على كل واحدة منهما، فلو بينت إحداها طلقت الثانية فقط؛ لأن كلامها مقبول^(٣) في حق نفسها، خلافاً لأبي مضر^(٤)، وقد صح حيض الثانية بالعدلة، فتم الشرط في حقها^(٥) لا في حق التي بينت^(٦). وكذا إذا صدق إحداها وكذب الأخرى طلقت المكذبة^(٧) بقولها على نفسها وبتصديقه للثانية، ولم تطلق المصدقة؛ لتكذيبه للثانية، إلا أن تشهد لها عدلة بحيض المكذبة. وقال أبو مضر: لا تقبل المرأة على حيضها إلا بعدلة^(٨).

مسألة: وإذا قال لأربع: «إذا حضتن فأنتن طوالق» ثم ادعين الحيض هل في حال أو في حالات فإن صدقهن طلقن^(٩)، وإن كذبهن لم تطلق أيهن إلا بشهادة

(١) ذكره في البرهان وليس في البحر^[١]. ولفظ البرهان: ويعتبر في الطهر هنا بانقطاع الدم أو كمال اليوم العاشر إن لم يجاوزه الدم، فإن جاوزه فبكمال عاداتها.

(٢) في مدة ممكنة محتملة. (قررو).

(٣) مع اليمين.

(٤) كلام أبي مضر هو المختار، واختاره في البحر، وبنى عليه في الأزهار في قوله: «ممكن البينة».

(٥) وذلك لأن شرط طلاق كل واحدة حيض الاثنتين، يعني فقد ثبت حيضها بكلامها وحيض

التي بينت بشهادة العدالة، فأكمل شرط طلاق التي لم تبين. (سيدنا حسن عليه السلام).

(٦) لأن حيض الثانية لم يصح بالنظر إليها؛ لعدم التصديق أو البينة.

(٧) ويأتي على قول أبي مضر أنها لا تطلق. (قررو).

(٨) وهو المختار لأهل المذهب.

(٩) وذلك لأنه اعترف بوجود شرط الطلاق على نفسه. (بستان).

[١] بل قد ذكره في البحر، ولفظه: فصل: وإذا علق طلاق الطاهر بحيضها وقع برؤية الدم إن تم حيضاً.. الخ.

عدلة عليهن الكل أو على كل واحدة عدلة، وكذا إذا كذب ثلاثاً أو اثنتين فلا طلاق^(١) إلا بشهادة عدلة على المكذبات، وإن كذب واحدة وصدق البواقي طلقت المكذبة^(٢)، لا هن إلا بشهادة عدلة على المكذبة. وإن بين منهن واحدة أو اثنتان فلا طلاق، وإن بين ثلاث طلقت التي لم تبين^(٣) لا هن.

مسألة: ومن رأى طائراً فقال: «إن كان هذا غراباً فامرأته طالق»، ثم طار قبل يعلم^(٤) ما هو لم يقع طلاقه؛ لأن الأصل عدمه^(٥)، لكن يستحب له رفع اللبس، فيقول^(٦): «إن لم يكن غراباً فهي طالق» ثم يراجعها^(٧).

فرع: فلو قال: «وإن لم يكن غراباً فهي عليه كظهر أمه» لم يحل له مداناتها إلا أن يرفع أحد الحكمين: إما الظهار بالكفارة بعد العود، وإلا الطلاق بالرجعة، فيصير الحكم الثاني مشكوكاً فيه فتحل له^(٨)، ذكره الفقيه حسن، وكذا لو كان

(١) لأنه لا يمكن هنا ما يمكن في المسألة الأولى؛ لأن كل واحدة هنا مقرة على غيرها، فإذا كذب اثنتين لم يحصل الشرط في واحدة منهن؛ وذلك لأن حيض كل ثلاث شرط في طلاق الرابعة، وتكذيبه لثنتين أو ثلاث لم يحصل الشرط في أيتهن. (بستان).

(٢) وذلك لأن الشرط قد حصل في حقها بتصديقه لصواحبها، وكلامها مقبول على نفسها. ولم يحصل الشرط في حقهن؛ لعدم تصديقه للرابعة، وكلامها لا يقبل لأجلهن، وعلى ذلك ففس. (بستان).

(*) وعلى قول أبي مضر لا تطلق إلا بشهادة عدلة؛ لأن قولها غير مقبول على نفسها كما مر في المسألة الأولى.

(٣) وعلى قول أبي مضر لا تطلق. (قرود).

(٤) أو يظن. (قرود).

(٥) إلا أن يغلب في ظنه، كما ذكره في شرح الأزهار.

(٦) وإنما رفعه بطلاق مشروط كما ذكره في الكتاب لثلاث يوقع طلاقه على طلاقه. (كواكب معني).

(٧) إن أحب.

(٨) قال سيدنا: وفيه نظر؛ إذ قد وقع التحريم. (زهور معني). ومثله عن المفتي. فلا تحل إلا برفع الحكمين. (قرود).

الحكمان ظهرا وإيلاء ثم رفع أحدهما^(١).

فرع: فإن قال: «إن كان غرابا فامرأته طالق، وإن لم يكن غراباً فعبدته حر» والتبس حاله، فبالنظر إلى الجملة قد وقع أحد الحكمين، وبالنظر إلى كل واحد منهما وحده لم يقع شيء؛ لأن كل واحد منهما محتمل، قال الفقيه يحيى البحيح: والنظر إلى التفصيل^(٢) أولى. وفيه نظر^(٣). وقال الفقيه حسن: إنه يبقى ملتبسا، ويمنع منها حتى يحقق أحد الحكمين بالإيقاع، ثم يبقى الثاني مشكوكا فيه، ولا تحريم بالشك. وقال الفقيه محمد بن يحيى: بل يعتق العبد ويسعى في نصف قيمته، ويحرم عليه وطء الزوجة^(٤)، ولا تخرج منه إلا بطلاق. وهو القوي.

فرع: فإن قال: «وإن لم يكن غرابا فامرأته الثانية طالق» وقعت طلاقاً ملتبسة بينهما، فلا يقربها حتى يرفع اللبس، ولا يخرجان منه إلا بطلاق. قال الفقيه حسن: وإن حقق الطلاق^(٥) في إحداها صارت الثانية مشكوكا فيها^(٦)، والأصل عدم طلاقها. فلو كان المعلق بذلك عتق عبده وعتق أمته عتقاً وسعياً في نصف قيمتهما^(٧).

(١) والمذهب خلافه. والصحيح أنه إذا رفع أحدهما لم يرتفع الثاني. اهـ واختاره الإمام شرف الدين.

(٢) يعني: إلى كل واحد منهما وحده فلا يقع شيء.

(٣) وجه النظر أن الحكم قد وقع في أحدهما ملتبسا، فلو كان العتق على أمة أدى إلى جواز وطئها هي والزوجة، وحكمهما حكم الزوجتين. (بستان).

(٤) حتى يراجعها رجعة مشروطة، وهي أن يقول: إن كان في معلوم الله أن الطلاق المشروط وقع عليك فقد راجعتك، وهذا إذا كان الطلاق رجعياً، والله أعلم.

(٥) والتحقيق هو إيقاع طلاق عليها مشروط بأنه لم يقع شرطها، والله أعلم.

(٦) على أصله الذي مر. وظاهر الأزهار خلاف كلام الفقيه حسن.

(٧) والمختار يسعيان في الأقل من القيمتين ويقسم على قدر ذلك، مثاله: لو كان قيمة العبد خمسين، وقيمة الأمة مائة - سعياً في خمسين أثلاثاً.

(*) وذلك لأن كل واحد عتق في حال دون حال. (بستان).

فَرَعٌ؛ فلو كان المعلق بذلك الطائر شخصين فطلاقان لا يقع أيهما^(١)، وكذا طلاق وعتق أو صدقة^(٢)، وإن كان على عتق عبيدين لم يعتق أيهما حتى يجتمعا في ملك شخص واحد فيعتقان عليه^(٣)، ويسعيان له في نصف قيمتهما^(٤).

فلو كان المعلق به شخصين على عتق عبد بينهما عتق، ولا ضمان على أيهما^(٥)، ولا سعاية على العبد إلا إذا هما معسران معاً^(٦) سعى لكل واحد منهما في نصف قيمة نصيبه^(٧)؛ لأنه يستحق عليه السعاية في حال وتسقط في حال، ذكره الفقيه يوسف. فلو علقا به نذرا على شخص معين لم يكن للمندور عليه أن يطالب أيهما

(١) لأن الأصل عدم الطلاق بالنظر إلى كل واحد منهما. (بستان).

(٢) لم يقع أيهما.

(٣) ولعله يرجع المشتري على كل واحد من البائعين بالأرش إذا جهل. (من خط إبراهيم حثيث). وقيل: لا يرجع؛ لأنه لا سبب منها يوجب الضمان، وإلا لزم عدم صحة البيع. (مفتي، وهبل). ولعله يريد بالأرش أرش عيب؛ لأن بيع كل واحد منهما مع هذا الوهم عيب فيه ينقص القيمة. (شامي). و(قررو).

(*) وذلك لأن أحدهما قد صار حرّاً. وقال الغزالي: يعتق الآخر منها؛ لأن الأول في ملك هذا الشخص؛ إذ الشرع قد حكم له به من قبل يملك الآخر. (بستان بلفظه). فصار كما لو شهد بعث عبد الغير ثم شراه. قال سيدنا: وهو يقال: هذا حكم الظاهر. (رياض)^[١].

(٤) وصح التحويل على من عليه الحق لأنه قد قابله العتق. (صعدي).

(*) بل يسعيان بالأقل، ويقسم بينهما على قدر القيمة. (قررو).

(٥) لأنه التبس من عليه الحق. (بستان).

(٦) وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً لم يلزم الموسر للمعسر شيء؛ إذ لا تحويل على من عليه الحق، وكذلك لا يلزم العبد السعاية لتلك العلة. (قررو). ولعله يفهمه البيان بقوله: معاً.

(٧) حيث استوت الحصص، وإلا سعى بالأقل من النصيبين ويقسم بينهما على قدر الحصص. (قررو).

[١] لفظ الرياض: وحكى عن الغزالي أنه إذا شري الثاني عتق عليه وحده، والوجه أن إمساكه لعبد إقرار بحرية الآخر، فصار كما لو شهد... إلخ.

بما نذر به عليه^(١)، ولا يلزمها له شيء؛ لأنه التبس من عليه الحق^(٢).
مسألة: وإذا قال لها: «إن خالفت نهبي فأنت طالق» ثم أمرها بشيء وخالفته لم تطلق^(٣)، وإن قال: «إن خالفت أمري» ثم نهاها عن شيء وخالفته فيه لم تطلق أيضاً إذا كان يميز بين الأمر والنهي^(٤).

مسألة: وإذا قال: إن كانت امرأته في الحمام فعبدته حر، وإن كان عبده في الحمام فامرأته طالق، وهما فيه جميعاً - عتق العبد ولم تطلق الزوجة^(٥)، إلا أن يكون مراده شخص العبد أو ذكره باسمه طلقت. وفي العكس^(٦) لعلها تطلق الزوجة^(٧) ولا يعتق العبد إن كان طلاقها بائناً^(٨)، إلا إن أراد شخصها أو ذكر اسمها عتق.

مسألة: وإذا قال: «متى طلقت امرأتي» بالتشديد، أو «كلما طلقتها فهي طالق»، وكرر ذلك - لم يقع به شيء^(٩) حتى يطلقها ناجزاً أو مشروطاً وحصل

(١) فلو كان المندور به شيئين معينين ثم اجتمعا في ملك أحدهما أو ملك غيرهما سل. يقال:

يلزم الأذنئ منهما، والله أعلم.

(٢) فلو انتقل إلى ملك شخص ملك المندور عليه نصفه. اهـ والقياس الأقل منهما، يعني من النصيبين أو الأقل من المعينين.

(٣) لأنها خالفت الأمر دون النهي، وكذا في العكس. (بستان). قال في المعيار للإمام المهدي عليه السلام: لأن الأمر بالشيء ليس نهياً عن ضده لا لفظاً ولا معنى.

(٤) فإن كان لا يميز طلقت. (قرر).

(٥) وذلك لأنه علق طلاقها بكون عبده في الحمام، وقد صار حينئذ حراً من قبل الحلف بالطلاق. (بستان بلفظه).

(٦) وهو حيث قدم الطلاق.

(٧) الظاهر - والله أعلم - أن إتيانه بـ«لعل» من جهة عتق العبد إذا كان الطلاق رجعياً، المفهوم من الشرط في قوله: إن كان بائناً، وأما طلاقها فلا إشكال فيه. (شامي).

(٨) فإن كان رجعياً وقع العتق^[١]، أجاز به القاضي يحمي حال القراءة. (من تذكرة علي بن زيد).

(٩) لأن لفظه هذا تعليق للطلاق لا إنشاء. (بستان).

[١] لأنها تسمى زوجة.

شرطه، ثم لا يقع شيء بعده من طلاقه الأول؛ لأنه لا يتبع الطلاق الواقع ولو راجعها بعده عند الهادي^(١)، وعلى قول المؤيد بالله يقع ثنتان بعد الطلقة التي وقعت. فلو لم يكرر لفظه وقعت واحدة عند المؤيد بالله بعد الطلقة التي وقعت. فرع: فلو قال: «كلما طلقت - بالتخفيف - فهي طالق» فمتى وقع عليها طلاق لحقه ثنتان على قول المؤيد بالله^(٢)، لا على قول الهادي فلا يلحقه شيء ولو راجعها بعده^(٣).

مسألة: وإذا قال: كلما أكلت رمانة فأنت طالق، وكلما أكلت نصفاً فأنت طالق، فأكلت رمانة - طلقت ثنتين^(٤) إن راجعها بعد النصف الأول وقبل كمال النصف الثاني، وإن لم فواحدة. وعلى قول المؤيد بالله تطلق ثلاثاً مطلقاً^(٥). وكذا لو قال لها: «إن كلمت رجلاً وإن كلمت عالماً وإن كلمت طويلاً فأنت طالق»، فكلمت رجلاً عالماً طويلاً - طلقت واحدة، وعلى قول المؤيد بالله ثلاثاً^(٦).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إن كلمت رجلاً أو امرأة»، أو «إن كلمت ذكراً أو أنثى» ثم كلمت ختني لبسة لم تطلق؛ لأنه لا يسمى بذلك^(٧). فإن قال: «إن كلمت صبياً أو صبياً فأنت طالق» أو قال: «إن كلمت ولداً أو صبياً» ثم

(١) لأنه وقع الشرط وهي مطلقة فانحل، والله أعلم.

(*) لأنها تقع عقيب الطلاق الناجز، والطلاق لا يتبع الطلاق عنده.

(٢) لأنه بوقوع الأولى وقعت الثانية، وبوقوع الثانية وقعت الثالثة؛ لأن «كلما» للتكرار.

(٣) لأنه قد انحل بوقوعه مرة ولو مطلقة.

(٤) وذلك لأنه قد وجد النصف ووجدت الرمانة، فحصل الشرط كاملاً. (بستان).

(٥) لأنها قد أكلت نصفين وأكلت رمانة كاملة. (بستان).

(٦) وذلك لوجود الصفات الثلاث. (بستان).

(٧) يعني لا يسمى ذكراً ولا أنثى ولو كان في الحقيقة أحدهما، فلم يحصل الاسم مع الحقيقة. (بستان بلفظه).

(*) وعن المفتي أنها تطلق؛ اعتباراً بالحقيقة.

كلمت خثنى لبسة صغيرا- فإنها تطلق؛ لأنه حصل فيه الاسم والحقيقة، فهو يسمى ولدا وصبيا وصبية، وفي الحقيقة هو أحدهما لا محالة^(١).

فرع: فلو قال: «إن كلمت ولدا^(٢) أو صبياً^(٣)» ثم كلمت خثنى صغيرا لم تطلق؛ لأنه حصل فيه الاسم دون الحقيقة^(٤). وروي للهادي قول آخر أنه يعتبر بالاسم^(٥) فتطلق.

مسألة: وإذا قال: «متى وطئتك فأنت طالق» فمتى أولج فيها قدر الحشفة طلقت، فإن أتم الفعل كان رجعة إن كان الطلاق رجعيا ولو كان لم يدخل بها قبل ذلك^(٦)، وإن كان طلاقه بائناً أتم بالتام ولا حدّ عليه^(٧)؛ لشبهة أوله، ولا مهر عليه ولا يلحقه النسب إن علق مع علمه بالتحريم، ومع جهله يجبان معا^(٨).

فرع: فلو قال: «أنت طالق قبيل وطئي لك^(٩)» فمتى أولج فيها قدر الحشفة تبين أنها طلقت قبيله، فإن كان قبل الدخول لم يكن تمامه رجعة، بل يأثم به ويحد

(١) بل التحقيق أنه غيرهما؛ لأن الله تعالى قادر على خلق الأنثى وغيرها، فلا يقصر على خلق الذكر والأنثى، والله أعلم.

(٢) لعله عبر هنا بالولد عن الذكر، وإلا فالولد يعم الذكر والأنثى كما ذكروا في الوقف، وذكره في البيان في العتق.

(٣) ولم يضم إليه لفظ «صبية»، بل أفرد لفظ «صبي»، بخلاف الصورة الأولى.

(٤) وذلك لجواز أنه صبية. (بستان).

(٥) في الحث. (بستان).

(٦) وذلك لأنه قد حصل الدخول بالتقاء الختانين قبل وقوع الطلاق، فكان رجعيا. (بستان). ويكون بينهما ترتب ذهني لا حسي. (شرح أزهار).

(٧) ولا عليها.

(٨) والمختار أنه يلحق النسب مطلقا^[١]؛ لثبوت فراشه، ولا مهر مطلقا؛ لأنه ليس بوطء كامل، ولا حد مطلقا؛ لشبهة أوله. (سماذ ذنوبي، رواه عن المفتي).

(٩) وهل يحل له الوطء أم لا؟ القياس لا يحل. (شامي). وفيه نظر.

[١] وعن سيدنا عامر: الصحيح أنه يلحق النسب بالجاهل.

مع علمه بالتحريم^(١)، وإن كان بعد الدخول كان تمامه رجعة في الرجعي، لا في البائن فكالذي قبل الدخول.

فرع: فإن قال: «متى وطئتك فأنت طالق قبيله أو قبله بساعة أو بيوم» ثم وطئها فإنه يأتي على الخلاف في التحبيس^(٢)، فمن يقول بصحته يقول: تطلق هنا قبل الوطء، وقد أطلقه في التذكرة، ومن لا يقول بصحته يقول: تطلق هنا عقيب إيلاجه^(٣)؛ لئلا يتقدم المشروط على شرطه^(٤).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إذا دخل داري أحد» لم تطلق بدخوله هو^(٥). فإن قال: «إن دخل هذه الدار أحد» ثم دخلها هو: فإن كان قال: «أحد من الناس» أو أراد ذلك لم تطلق بدخوله، وإن لم جاء على الخلاف هل يدخل المخاطب في خطاب نفسه أم لا، فعلى أحد قولي المؤيد بالله وأبي طالب إنه يدخل فيه^(٦) فتطلق،

(١) الصحيح أنه لا حد؛ لأن أوله شبهة كالصورة التي قبلها، ويلزمه مهر المثل مطلقاً، ونصف المسمى إن لم يتقدمه ما يوجب كمال المهر من خلوة صحيحة أو دخول. (قرير).

(٢) هذا لصاحب الكتاب. (بستان).

(٣) وظاهر الأزهار أنه يكون باطلاً، فلا يقع به شيء ولا يمنع ناجزاً، كما هو قول ابن سريج وابن الصباغ.

(٤) في التعليل نظر؛ لأنه يلزم أن لا تطلق كالتحبيس. اهـ يعني على ما ذكره في الكتاب أنها تطلق، والمختار خلافه.

(٥) وذلك لأن قوله: «داري» فيه أمانة على أن مراده غيره، لا هو إذا دخلها. (بستان). ولفظ حاشية: لأنه قد خرج من عموم قوله: «أحد» بقوله: «داري» بالإضافة إلى نفسه. (غيث). فعلى هذا اللفظ أمانة تدل على أن مراده غيره، لا هو إذا دخلها، والله أعلم.

(*) وأما بدخولها هي فينظر. (حثيث).

(٦) ما لم يخرج بالعرف.

(*) الذي صحح في علم الأصول كلام أبي طالب، وسيأتي في الأزهار في الوقف خلافه، حيث قال: «والفقراء لمن عداه»، ولعله بقريئة الوقف، كقوله في النذر: «والفقراء لغير ولده ومنفقه» مع أنها غير المخاطب. اهـ ولعل الفارق بينهما العرف، فلا تناقض.

وعلى أحد قولي المؤيد بالله والقاسم لا يدخل فيه فلا تطلق. وكذا إذا قال: «نساء أهل الدنيا طوالق» فعلى هذا الخلاف^(١) هل تطلق زوجته أو لا^(٢).

مسألة: وإذا قال: «إن كنت تريد الموت أو الطلاق أو نحو ذلك فأنت طالق» ثم قالت: «أنا أريده» طلقت ما لم يعلم كذبها^(٣)، ذكره في التقرير؛ لأن الإرادة محلها القلب، واللسان يعبر عنه^(٤). قال الفقيه علي: فلو كانت في قلبها لا تريده لم تطلق في الباطن، وقال الإمام يحيى: بل تطلق.

فرع: فإن قال: «إن كنت تريد العذاب فأنت طالق» فقالت: «أنا أريده» لم تطلق؛ لأنه يعلم كذبها، ذكره في الكافي وأبو حنيفة، وهو مثل قول التقرير. وقال في الوافي وأبو يوسف ومحمد: تطلق اعتبارا باللسان^(٥) لا بما في القلب. وهو كقول الإمام يحيى.

فرع: وإذا أكرهت على الإرادة^(٦) فلا حكم لها، وكذا إذا أرادت وهي مجنونة أو صغيرة غير مميزة، خلاف الوافي والتفريعات كما تقدم^(٧)، فإن كانت مميزة

(١) أما هذه الصورة فالأقرب دخول زوجته فيطلقن على القولين. اهـ ويقبل قوله: إنه أراد غيرهن؛ لاحتمال اللفظ.

(٢) لا تدخل زوجته، فلا تطلق. (قررو).

(٣) بإقرار أو نحوه.

(٤) يعني فلا طريق إلى ما في قلبها إلا كلامها، فكان مقبولا في الظاهر؛ ولهذا يقال: اللسان مغرفة القلب. وحجة الفقيه علي أن قولها: «أنا أريده» إخبار عن إرادتها بقلبها، فإذا لم ترده بقلبها لم يقع. وحجة الإمام يحيى أنه لا طريق لنا إلى معرفة ما في قلبها إلا من لسانها، وقد صرح به، فيقع ظاهرا وباطنا. (بستان بلفظه).

(٥) لأننا متعبدون بقولها.

(٦) يعني باللفظ.

(٧) في قوله: «مسألة: وإذا قال: أنت طالق إن شئت..» الخ في المسألة الرابعة بعد ذكر الصريح والكنائية في التملك.

صح الطلاق. وفي السكرى الخلاف^(١).

مسألة: وإذا قال لأربع زوجات: «الوسطى منكن طالق» لم تطلق أيهن؛ إذ لا وسطى هن^(٢)، وإن قاله لثلاث طلقت الوسطى في المجلس^(٣)، إلا أن يريد الوسطى في السن أو في الدخول بهن أو في العقد بهن عملت نيته في الباطن حيث هن وسطى في المجلس عند لفظه، وحيث لا وسطى تعمل نيته^(٤) ظاهراً وباطناً.

مسألة: وإذا علق طلاقه بما لا يعلم حصوله -نحو قوله: «إن كان لإبليس شعر فأنت طالق^(٥)»- لم تطلق، وإن علقه بما يعلم حصوله عقلاً^(٦) أو شرعاً وقع، نحو أن يقول العلوي: امرأته طالق إن لم يكن علي أفضل من عثمان، وقال العثماني: امرأته طالق إن لم يكن عثمان أفضل من علي، فتطلق امرأة العثماني ولو كان يظن صحة قوله، فلا لغو في يمين الشرط والجزاء عندنا، خلاف الناصر والمنصور بالله^(٧).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إذا رأيت زيداً» فرأته ميتاً أو بين الماء

(١) يقع على المذهب.

(٢) يعني لا في المجلس ولا في العقد ولا في الدخول ولا في السن. (بستان).

(*) قال المفتي: إلا أن يريد في العقد، وقد عقد باثنتين ثم واحدة ثم واحدة، أو العكس، والله أعلم.

(٣) حيث هن وسطى في المجلس.

(٤) في (أ): يعمل بنيته.

(٥) لأنه لا يعلم هل له شعر أم لا، ومع الالتباس الأصل عدم الطلاق. (بستان). قد قيل: إن له سبع شعرات في لحيته، كل شعرة كذب الفرس. (منقولة من بعض الكتب الصحيحة).

لكن يقال: لا طريق إلى ذلك إلا الوحي، فإن كان عن وحي فمسلم.

(٦) فالمعلوم عقلاً نحو: «امرأته طالق إن لم يكن لله ثانياً» فتطلق؛ لأننا قد علمنا بالأدلة العقلية بأنه لا ثاني لله تعالى. وفي العكس لا تطلق. (قرر). ومعناه في البستان.

(٧) فلا تطلق؛ لأنها لغو عندهما.

طلقت^(١)، لا إن رأته في المرأة أو الماء^(٢).

مسألة: والطلاق المؤقت على وجهين: أحدهما: أن يقول: «أنت طالق شهراً» أو «يوماً» فيتأبد. والثاني: أن يقول: «أنت طالق في يوم كذا» أو «في شهر كذا» فتطلق بأوله^(٣)، وإن كان فيه ففي الحال.

مسألة: إذا قال: «أنت طالق قبل رمضان» أو «قبل موتي» أو «موتك» أو «موت زيد» وقع في الحال^(٤)، إلا أن يريد قبيل ذلك أو قال: «قبيل كذا» فإنه يقع في الوقت الذي يتعقبه ذلك الشيء. فإن قال: «قبل قدوم زيد» أو نحوه مما يجوز حصوله وعدمه فلا طلاق حتى يحصل ذلك، فيتبين أنه وقع الطلاق عقيب كلامه^(٥)، إلا إذا أراد قبيله.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق غداً» أو «في غدٍ» أو «إذا جاء غد» طلقت بطلوع فجر غد، إلا أن ينوي في وقت منه دين باطنا وظاهراً على الأصح^(٦). وقال الفقيه يحيى البحيح: يدين باطنا لا ظاهراً في قوله: «غداً» أو «إذا جاء

(١) وذلك لأن حقيقة الرؤية حاصلة وإن كان ميتاً. (بستان).

(٢) لأنها رأت مثله لا هو. (بستان).

(٣) يعني بأول جزء منه؛ وذلك لأن الطلاق إذا علق على شيء تعلق بأول جزء منه، كما لو قال: «إذا دخلت الدار» فإنه يكون بأول جزء من الدار. (بستان).

(٤) وذلك لأن ما علق بظرف ممتد يعلم حصوله وقع في الحال. (بستان). ولا قبلية لمستحيل، إذا قال: «أنت طالق قبل طلوعك السماء» لم تطلق. (حاشية سحولي) (قررو).

(٥) ولا يرجع عليها بشيء مما قد أنفق.

(*) ويجوز له الوطاء إلا أن يغلب في ظنه وصول زيد، ويجب المهر به^[١]، ولا يتكرر بتكرر

الوطاء^[٢]. (هبل، وبيان من فصل الرجعة).

(٦) وهو قول أبي العباس في شرح الأزهار.

[١] في البائن، ويكون رجعة في الرجعي. (قررو).

[٢] ما لم يتخلل التسليم. (قررو).

غد». وهو ظاهر الشرح^(١).

مسألة: وإذا علق الطلاق بمكان -نحو: أنت طالق في المسجد أو في السوق- طلقت في الحال^(٢)، إلا أن ينوي متى دخلته لم تطلق حتى تدخله^(٣).
مسألة: وإذا قال: «أنت طالق طالقاً» فكأنه جعل ظرف الطلاق حال ما تكون مطلقة، فمتى وقع عليها طلاق طلقت^(٤) عقبه على قول أهل الثلاث، لا على قول الهادي فلا تقع^(٥) ولو راجعها من بعد. وكذا لو قال: «أنت طالق في غد» ثم طلقها وجاء أول غد قبل أن يراجعها ثم راجعها في بعضه لم يقع عليها المشروط؛ لأنه حصل شرطه قبل الرجعة.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق اليوم وغدا» طلقت واحدة في الحال^(٦)، وثانية بأول غد إن كان قد راجعها قبله. وإن قال: «أنت طالق اليوم غدا» أو «الساعة غدا» طلقت في الحال^(٧). وإن قال: «أنت طالق غدا اليوم» طلقت بفجر غد؛ لأن اللفظ الآخر منقطع عن الأول، فلا حكم له^(٨).

(١) وذلك لأن الظاهر أنه علقه بجملة الغد؛ فلهذا يكون بأوله، وأما إذا أتى بفي فهي تحتل أوله وآخره. (بستان).

(*) وقواه عامر.

(*) ومثله في البحر والهداية، وقرره الشامي، وبنى عليه في شرح ابن بهران ومعيار النجري وتعليق الوشلي.

(٢) يعني: ولو كانت في غيره؛ لأنه لا تعلق له بالمكان. (بستان).

(٣) إذا صدقته. اهـ وفي بعض الحواشي: يصدق ظاهراً وباطناً؛ لأن اللفظ يحتمله.

(٤) واحدة.

(٥) الثانية.

(٦) هذا يستقيم على القول بأن الطلاق يتبع الطلاق؛ لأن إنشاء طلاق الغد بعد الحكم بوقوع الطلاق، وأما لو قال: «غدا واليوم» استقام الكلام أيضاً على قولنا، والوجه واضح مع التأمل.

(٧) لأن الطلاق يتعلق بالظرف الأول ويلغي الثاني. (بستان).

(٨) قال في اللمع: لأن قوله: «اليوم» كلام مبتدأ. (بستان). هذا جلي مع الإضافة، ومع التنوين

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق اليوم إذا جاء غد» طلقت بفجر غد؛ لأنه شرط، والمشروط لا يتقدم على شرطه^(١)، ذكره في اللمع، وقال أصحاب الشافعي: لا يقع شيء^(٢)؛ لأنه أوقع الطلاق في اليوم فلا يقع بعده. قيل: وهذه المسألة تدل على بطلان التحبيس^(٣)، وصورته أن يقول: متى وقع عليك طلاق^(٤) فأنت طالق قبله ثلاثاً، أو واحدة على قول الهادي، وقد اختلفوا فيه، فقال الإمام يحيى والجرجاني والفقهاء محمد بن سليمان وأبو مضر وأبو يوسف ومحمد والإمامان المطهر وولده محمد: إنه يصح التحبيس بذلك؛ فيتنازع الطلاق عليها فلا تطلق أبداً، وقال الشافعي وأبو حنيفة والسيد يحيى بن الحسين والفقهاء محمد بن يحيى ويحيى البحيح: إنه لا يصح ذلك^(٥)؛ لأنه يؤدي إلى تقدم المشروط على شرطه^(٦)، فمتى طلقها وقع طلاقه لا الأول المشروط على قول الهادي، وعلى قول أهل الثلاث يتبعه ثنتان من الثلاث الأول^(٧).

يقع اليوم؛ إذ هو بدل غلط. وقيل: لا فرق بين التنوين وعدمه أنها تطلق في غد، ولعله الأولى، والله أعلم.

(١) وفيه نظر؛ لأنه يلزم أن لا يقع شيء كما في التحبيس. (مفتي). إلا أن يفرق بين تقدم الشرط وتأخره، ولكن يحتاج إلى دليل. (شامي).

(٢) يعني لا في يومه؛ لأن مجيء الغد شرط، ولا في غده؛ لأنه قد مضى وقته الذي أوقعه فيه. (بستان).

(٣) وذلك لأن فيه تقدم المشروط على شرطه، وقد منعنا منه هاهنا. (بستان بلفظه).

(٤) ولم يقل: «طالقي» لأن قوله: «طلاق» أعم، حتى يدخل فيه إذا طلقت نفسها أو غيرها بتملك الزوج لها أو غيرها. (بستان بلفظه). (قرير).

(٥) وهو ظاهر الأزهار.

(٦) وإلى إبطال ما أثبتته الشرع للزوج؛ لأنه طلاق صدر من أهله وصادف محله، فلا يجوز إلغاؤه.

قال عليه السلام: وهو يقال له: طلاق التحبيس والدور والتنافي، وفي مسأله دقة. (بستان).

(*) ولأنه يؤدي إلى بطلانه، وما كان صحته يؤدي إلى بطلانه فهو باطل، والله أعلم.

(٧) قلنا: الثلاث معلقة بمستحيل، وهو تقدمها على شرطها، فلم تقع. (بحر).

مسألة^(١): وإذا قال: «أنت طالق واحدة قبلها واحدة» وقعت التي أوقعها^(٢) لا الأولى، ذكره في اللمع والتذكرة، وهو على قول الهادي، [وعلى قول أهل التحبیس لا يقع أيهما^(٣)] ويأتي على قول أهل الثلاث أنها يقعان جميعاً. وكذا لو قال: بعدها أو معها.

مسألة^(٤): وإذا قال: «أنت طالق في أول يوم أنت فيه طالق» فإذا طلقها بعد ذلك: فإن كان^(٥) في يومه وقع ولم تقع الأولى وفاقاً^(٦)، وإن كان في يوم آخر

(١) فرع (نخ).

(٢) وقيل: لا يقع شيء؛ لأنه دور؛ فيتنازع في نفسه ولا يمنع الناجز، وكلام الكتاب مبني على بطلان الدور.

(*) في (أ): وقعت الثانية لا الأولى. وفي (ج): وقعت الثانية التي أوقعها.

(٣) ما بين المعقوفين في (أ، ج).

(٤) فرع (نخ).

(٥) يعني الثاني.

(٦) لأن أول اليوم قد مضى، فأشبهه قوله: «أنت طالق أمس». (بستان).

فائدة: مسألة الطبري: قال في الانتصار: وردت مسألة من عمان إلى فقهاء بغداد فيمن قال: إن لم يحج هذا العام فامرأته طالق ثلاثاً، ثم قال: إن حنث في يمينه هذه فامرأته طالق قبل حنثه ثلاثاً، واختلفوا في جوابها، وأجاب الطبري أنها من باب التنافي^[١]. قال الفقيه محمد بن يحيى: ولو قال: «أنت طالق واحدة قبلها واحدة» كان من هذا. (زهور).

[١] ونقل من خط سيدنا العلامة وشيخنا شرف الإسلام الحسن بن أحمد الشيبني رضوان الله عليه لعلها إفادته قدس الله روحه ما لفظه: والذي يأتي للمذهب في مسألة عمان أن اليمين الأولى الجزاء فيها متأخر عن الشرط فيحتمل بعدم الحج وتقع طلقة واحدة، واليمين الثانية من باب التحبیس لا تقع؛ لأن فيه تقدم المشروط على شرطه، فلا تكون مانعة من وقوع شرط اليمين الأولى^[٥]. فإن قال: «أنت طالق قبيل أن يقع عليك الطلاق المشروط» امتنع المشروط ولا يمتنع الناجز، والله أعلم. (من خطه قدس الله سره) و(قرئ). من خط سيدنا العلامة عبد الرحمن الأکوع رحمته الله.

[٥] في هامش شرح الأزهار: من وقوع الطلاق من اليمين الأولى.

وقعت هذه لا الأولى^(١) عند الهادي؛ [لأن صحتها تؤدي إلى بطلانها]^(٢)، وعلى قول أهل التحيس^(٣) لا يقع أيهما، وعلى قول أهل الثلاث^(٤) تقع هذه والأولى أيضاً من فجر ذلك اليوم.

فرع: وإن قال: «أنت طالق ثلاثاً في أول يوم أنت فيه طالق» ثم طلقها من بعد: فإن كان في يومه هذا لم يقع شيء من الثلاث وفاقا، بل الناجز، وإن كان في يوم آخر لم يقع شيء من الثلاث^(٥) أيضاً على قول الهادي وعلى قول أهل الثلاث تقع ثنتان منها في أول ذلك اليوم والتي أوقعها، وعلى قول من صحح^(٦) التحيس لا يقع شيء من ذلك كله، بل يتمانع ويكون تحيساً^(٧). ولعله أولى^(٨).

فرع: وكذا لو قال: «أنت طالق ثلاثاً قبيل أن يقع عليك طلاقي» فتمت طلقها وقع الناجز لا الثلاث، إلا على قول أهل الثلاث فتقع منها ثنتان مع الناجز، وعل

(١) بناء على بطلان الدور.

(*) ما لم يتخلل رجعة. ينظر لو راجع بعد مضي جزء من اليوم الذي طلقها فيه ناجزاً هل تقع الأولى بحصول الطلاق الثاني ووقوع الرجعة بينها أو لا؟ وإذا لم تقع مع ما ذكر فها الوجه لعدم وقوعه؟ ينظر. ولعله بناء على أن الطلاق المتقدم لا يقع إلا بعد الناجز كما يدل عليه ما في الفرع الثاني وما بعده، حيث قال: يقع ثنتان مع الناجز، وعلى اختيار المصنف في الفرع تقع الأولى في أول اليوم بوقوع الثانية عند أهل الثلاث مطلقاً، وعند الهادي عَلَيْهَا إذا تخللت رجعة، فتأمل. (شامي). وهذا على القول الأول، لا على المذهب أنه لا يقع أيهما فلا يرد هذا. (سماع).

(٢) ما بين المعقوفين من (ب، ج).

(٣) أيها ورد لفظ التحيس في هذه الصور التي في هذه المسألة وفروعها فالمراد به الدور هاهنا. (قرير).

(٤) المانع من التحيس.

(٥) وأما التي أوقعها فتقع عند الهادي عَلَيْهَا.

(٦) في (أ، ب): وعلى قول أهل التحيس.

(٧) أي: دوراً.

(٨) المذهب يقع الناجز.

قول من صحح التحبيس^(١) لا يقع من ذلك كله شيء، بل يتمنع^(٢). والأقرب أنه الصحيح؛ لأن ليس فيه تقدم المشروط على شرطه، ذكره الإمام المهدي أحمد بن يحيى^(٣).

فرع: فلو قال: «متى فعلت كذا فأنت طالق ثلاثاً» ثم قال: «وأنت طالق ثلاثاً قبيل حثي في يميني هذه» فمتى فعل ذلك طلقت واحدة فقط^(٤)، وعلى قول أهل الثلاث تطلق ثلاثاً، وعلى قول من صحح التحبيس^(٥) لا يقع شيء من ذلك كله قط، بل يتمنع^(٦). ولعله أصح^(٧).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إلى حين^(٨)» وأراد به بعد حين أو مع حين طلقت عند موته^(٩)؛ وذلك لأن الحين يطلق على القليل والكثير^(١٠)، فيعمل فيه بالمتيقن - وهو موته^(١١) - حيث لا نية له^(١٢)، ذكره المرتضى، وقال أصحاب الشافعي: إنها

(١) أي: الدور.

(٢) وعليه الأزهار.

(٣) في الغيث.

(٤) لعله على قول الهادي عليه السلام.

(٥) أي: الدور.

(٦) ولا يمنع الناجز.

(*) ولا يقال: فيه شرط ومشروط؛ لأن الدور هو قوله: «وأنت طالق ثلاثاً قبيل حثي»، والأول عقد يمين. (مفتي).

(٧) وذلك لأنه لو وقع الحنث بالطلاق لوقعت الثلاث قبلها، ولو وقعت الثلاث قبلها لم يقع الطلاق بالحنث؛ فلذلك كان دوراً. وهذه نظير مسألة الطبري التي تقدمت. (بستان).

(٨) وأما إذا جعل ذلك لانتهاء الطلاق في وقت محدود فإن الطلاق يقع في الحال ويتأبد. (صعيتري معنى)^[١].

(٩) وهذا القيل الذي في الأزهار: «قيل: وقع بالموت».

(١٠) ويدين باطناً فقط. (مفتي) (قرر).

(١١) أو موتها.

(١٢) وأما إذا نوى وقتاً معيناً فله نيته. (صعيتري لفظاً).

[١] ولفظ الصعيتري: وليس المراد أنه جعل لانتهاء الطلاق وقتاً محدوداً بما ذكر؛ إذ أوقع في الحال وتأبد.

تطلق بعد لحظة^(١)، قال الإمام المهدي: وهو الصحيح^(٢). وكذا إذا قال: أنت طالق إلى زمان أو وقت أو دهر أو عصر أو حقب، وإن قال: في حين أو في عصر أو في دهر أو في حقب^(٣) فالأقرب أنها تطلق في الحال^(٤).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق أول آخر هذا اليوم أو آخر أوله» طلقت عند انتصافه حيث لا نية له. وهكذا في الشهر إذا علقه بآخر أوله أو بأول آخره فيقع عند انتصافه^(٥). وقال الشافعي: إن أول آخر اليوم قبيل الغروب، وآخر أوله عقيب طلوع الفجر، وكذلك في الشهر ونحوه.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق يوم يقدم زيد» أو نحوه فالمراد وقت قدومه^(٦) ولو ليلاً، خلاف الشافعي^(٧)، فإذا نوى النهار لم تطلق إن قدم ليلاً،

(١) لأنه قيده بمضي حين، وقد مضى الحين. (شرح أزهار). إلا أن ينوي وقتاً معيناً وصادقته الزوجة، وإلا وقع حالاً. وقيل: لا فرق وإن لم تصدقه؛ لأنه محتمل.

(٢) في (ب، د): وهو الأولى.

(٣) قال المنصور بالله: والحقب لا حد له. وعن مالك: ثمانون سنة. وقيل: أربعون ألف سنة، كل سنة ثلاثمائة يوم وستون يوماً، كل يوم ألف سنة، رواه في تفسير الحاكم.

(٤) وفاقاً.

(*) وذلك لأنه جعله ظرفاً للطلاق، فيتعلق بأوله. (بستان).

(٥) إن وفي الشهر، وإن نقص ففي نصف الخامس عشر. (كواكب) (قررو). وكذا السنة. ولفظ البستان: قوله: «عند انتصافه» وذلك لأن أوله هو النصف الأول، وآخره هو النصف الثاني، وقد علقه بأول الآخر وآخر الأول. وفي الشهر يقع في آخر جزء من اليوم الخامس عشر إن قال: آخر أوله، وفي أول جزء من ليلة السادس عشر إن قال: أول آخره، هذا إذا تم الشهر، فإن نقص ففي نصف الخامس عشر. ومثل قول الشافعي قاله الإمام يحيى. نعم، لو قال: «أول آخر أول الشهر» طلقت بطلوع فجر اليوم الخامس عشر؛ لأن آخر أوله غروب الشمس من هذا اليوم، فكان أوله طلوع الفجر منه، وإن قال: «آخر أول آخر الشهر» وقع عند طلوع فجر السادس عشر. (بستان).

(٦) الميل. وقيل: الموضع. و(قررو).

(*) حيث قدم حياً مختاراً، لا ميتاً أو مكرهاً. و(قررو).

(٧) يعني: فقال: للنهار فقط؛ لأن الصفة في الليل غير حاصلة. قلنا: علق الطلاق بالقدم، فلا

وإن قدم نهارا تبين أنها طلقت في أوله^(١).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق رأس شهر كذا» أو «أوله أو «أعلاه» وقع عند رؤية هلاله^(٢)، فإن علقه برأس شهر قد دخل فباخره، وإن جرى عرف بأن رأس الشهر يراد به آخره عمل به.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق في الجمعة» اقتضى في كل جمعة عند طلوع فجرها مع تحلل الرجعة حتى تتم ثلاثا، ثم لا شيء من بعد لو تزوجها بعد زوج ثان، وإن أراد به جمعة معينة فباولها، وإن أراد جمعة منكرة^(٣) فباول جمعة. وكذلك في السبت والخميس وغيرهما حيث جاء في ذلك بالألف واللام. وهكذا إذا قال: «في العيد». فإن قال: «يوم الجمعة» فلعله يقع في أول جمعة فقط^(٤).

مسألة: وإذا كتب أو أرسل إليها أو إلى غيرها: «قد جعلت طلاقك إليك» أو «طلاقها إليك» كان تمليكا مقصورا على مجلس بلوغ الكتاب^(٥) أو الرسالة لا بعده.

مسألة: وكتابة الطلاق كناية فيه، فإذا نواه بها وقع في الحال، إلا أن يريد متى وصلها الكتاب أو يذكر ذلك في كتابه. وقال المنصور بالله: إنها صريح.

فرق بين الليل والنهار؛ لأن المراد وقت قدمه، ولقوله تعالى: ﴿وَالسَّلَامُ عَلَيَّ يَوْمَ وُلِدْتُ وَيَوْمَ أَمُوتُ وَيَوْمَ أُبْعَثُ حَيًّا﴾ [مريم]. (بستان بلفظه).

(١) لعله حيث قد مضى يوم التعليق، وإلا طلقت عقيب الإيقاع حيث قدم بعده. (قرئ).

(٢) مع غروب الشمس. (قرئ).

(٣) لأنه يطلق على النكرة مجازا، كقوله تعالى: ﴿كَمَثَلِ الْخِمَارِ يَحْمِلُ أَسْفَارًا﴾ [الجمعة]، وقوله تعالى:

﴿وَأَيُّ لَهْمٍ اللَّيْلِ نَسْلَخُ مِنْهُ النَّهَارَ﴾ [يس ٣٧]، والمقصود حمار وليل. وكقول الشاعر:

ولقد أمر علي اللثيم يسبني فمضيت ثمة قلت: لا يعنيني

والمراد لثيم ما. (تعليق مذحجي).

(٤) هذا للوالد. (بستان). والأولى عدم الفرق.

(٥) لكن هلا قيل: تكرير قراءة الكتاب كتكرير لفظ الكاتب كما قيل في النكاح سل؟ قد تقدم

كلام البحر في النكاح حيث قال: ما لم يعرض. فيكون الكلام هنا مثله، وليس بتكرير

حقيقة؛ لأن المشبه دون المشبه به، والله أعلم.

مسألة: وإذا كتب: «أنت طالق» ثم استمد بالقلم من الدواة ثم كتب «إذا جاءك كتابي» أو «إذا فعلت كذا» فإن كان استمداده من الدواة لانقطاع المداد من القلم عفي عنه وصح ما شرطه بعده^(١)، وإن كان لغير حاجة إليه أو لحاجة أخرى وقع الطلاق في الحال ولم يصح ما شرطه بعده، كما إذا سكت لغير حاجة ثم شرط شرطاً أو استثنى بعده لم يصح، ذكر ذلك في البحر. ولعله يستقيم^(٢) حيث لم ينو الشرط، وأما حيث هو ناوٍ له فهو يصح بالنية في الباطن ولو لم يكتبه في باطن الحكم، لا في الظاهر^(٣).

مسألة: وإذا كتب «أنت طالق متى قرأت كتابي» طلقت عند قراءتها له إذا كانت تقرأ، لا بقراءة غيرها له عندها إلا إذا كانت لا تقرأ^(٤).

مسألة: وإذا كتب «أنت طالق عندما يصلك كتابي» ثم ضاع لم تطلق^(٥)، قال الفقيهان محمد بن يحيى وحسن: وكذا إذا ضاع بعضه، وقال الأمير الحسين والفقيه علي: إذا وصل منه المقصود^(٦) طلقت. وإذا وصل كله وقد امتحن بعضه^(٧): فإن كان المقصود لم تطلق، وإن كان غيره فوجهان، الأرجح أنها تطلق^(٨).

(١) وذلك لأن استمداده من الدواة كعروض السعال والعطاس بين الطلاق والشرط، والله أعلم.

(٢) يعني وقوع الطلاق في الحال.

(٣) إلا أن تصادفه الزوجة. (قرر).

(٤) أو قصد ذلك. أي: علمها بالطلاق. (قرر).

(٥) لأنه لم يصل.

(٦) وسواء كان المقصود منه الطلاق أو غيره. (برهان).

(٧) أو قرض أو شط. (قرر).

(٨) بل لا تطلق. (قرر).

(*) قال عليه السلام: لأن المقصود من الكتاب موضع الطلاق وقد وصل. ويحتمل أن لا يقع؛ لأن قوله: «كتابي» يعم جميعه، ولم يصل على صفتيه، ورجح هذا في الغيث والفقيه يحيى البحيح. (بستان).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق اليوم أو غدا» أو قال: «غدا أو اليوم» فقال في التذكرة وبعض أصحاب الشافعي: يقع اليوم^(١)، وقال في التفرعات وبعض أصحاب الشافعي: يقع غدا؛ لأنه المتيقن، واليوم مشكوك فيه، كما إذا قال: «أنت طالق أو لا» لم تطلق^(٢)، أو قال: «واحدة أو ثنتين» طلقت واحدة.

مسألة: وإذا كتب الطلاق على ما لا ينقريء كالماء والهواء فلا حكم لها^(٣)، وإن كتبه في حجر بالوقر ونحوه^(٤) أو في قرطاس بالخرق مكان الحروف^(٥) صح، وإن كتبه بذور التراب أو الدقيق^(٦) فوجهان^(٧).

مسألة: ويصح الطلاق بالإشارة المفهومة ممن لا يمكنه الكلام^(٨)، وهي

(١) وذلك لأن العبرة بالأول في المعنى لا في اللفظ. نعم، الصورة الأولى ذكرها في التذكرة، والأخرى قاسها الوالد رحمه عليه السلام على الأولى؛ لأن الحكم واحد. (بستان).

(*) ثم لا يقع غداً ولو راجع. (قرر).

(٢) لأن المتيقن عدم الطلاق.

(٣) في (ج): له.

(٤) البياض.

(٥) لا لو خرق غير مكانها حتى بقي من القرطاس ما هو كالحروف فلا؛ إذ لا فعل له فيها.

(٦) وأما الطابع فوضعه ممن لا يعرف الكتابة لا يوجب طلاقاً؛ إذ ليس بناطق ولا كاتب ولا مشير، فإن عرف أن وضعه يؤثر كتابة الطلاق فوضعه بنيتة احتمال أن يكون كإشارة الأخرس. (شرح أثمار) (قرر). يعني إذا كان كتب الطابع بالمداد ونحوه، لا بطابع اليوم فهو توليد فلا يقع.

(٧) أحدهما: يقع؛ لأنه صار مفهوماً. والثاني: لا يقع؛ لأنه يمحق بهبوب الريح من غير ماح، فأشبهه الكتابة على الماء. وهذان الوجهان حكاهما في البحر في الكتابة بهما، والذي في هذا الموضع من الانتصار حكاهما في الكتابة عليهما ولم يذكر الكتابة بهما. (بستان بلفظه).

(٨) وذلك لأن ما هذا حاله موضع ضرورة، والإشارة هي الممكنة في حقه، قال عليه السلام: ولأنها مما يقع بها التفاهم للمقاصد بين الخلق وتقتضي بها الأغراض والحوائج من غير نطق باللسان، في الرد والقبول والمساعدة والمنع، وقد تكون بالرأس، فإذا حرك رأسه عن يمين وشمال فهو دلالة على المنع، وإن رفع رأسه فهو أمانة للانقياد والتصويب، وقد تكون باليد والعين والحاجب، ولهذا

كناية، وأما ممن يمكنه فقال في الشرح: لا يصح، وقال الإمام يحيى: إنها كناية كالكتابة. وهو ظاهر كلام أبي طالب في اللمع.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق أمس» لم يصح^(١)، وقال أبو حنيفة والشافعي وأبو جعفر: يقع في الحال^(٢). فإن قال: «من أمس» أو «فيه»^(٣) فهو إقرار به. **مسألة:** وإذا قال: «أنت طالق أمس غد» أو «غد أمس»^(٤) وقع حالاً إن كان في النهار^(٥)، لا في الليل فلا يقع شيء^(٦)، إلا إن كان في القيام المعتاد قبل الفجر

قال بعضهم:

حواجبنا تقضي الحوائج بيننا وأعيننا^[١] منا ونحن صموت
(بستان).

(١) وذلك لأن الشرط من حقه أن يكون ممكناً مما يصح وقوعه وحدوثه؛ فأما إذا كان مستحيلاً فإنه يستحيل أن يكون شرطاً، فاستحال وقوع الطلاق لاستحالة الشرط. وحجة الآخرين أن من حقه تجويز وقوعه، فإذا كان محالاً بطل التعليق به ووقع في الحال. قلنا: إذا قضينا بصحة الطلاق عند وقوع الشرط إذا كان صحيحاً قضينا ببطلانه إذا كان الشرط مستحيلاً. (بستان بلفظه).

(٢) بشرط أن تكون بالأمس في حباله. (زهور).

(٣) يرجع إلى قصده في قوله: «في أمس»؛ لأن الظاهر فيه الإنشاء^[٢]، والله أعلم.

(٤) بالإضافة.

(٥) وذلك لأن أمس غد هو اليوم، وكذا غد أمس. (بستان). هذا التعليق مع الإضافة، وأما مع التثنية فينظر، ولعلها تطلق في غد، وسواء قال: أمس غداً أو غداً أمس، فيحقق.

(٦) لأنه لا يطلق على الليل أنه غد لأمس الماضي ولا أنه أمس لغد المستقبل، واستعماله في أنه أمس لغد أقرب، وأما أنه يسمى غداً لأمس فلا، وإن تعورف بذلك كان الحكم كما لو قاله نهراً. (صعيتري لفظاً).

(*) إذ الليل لا أمس له ولا غد عرفاً.

(*) وذلك لأنه يؤدي إلى وقوعه في يومه الذي خرج منه، وهو لا يصح في وقت ماضٍ لما مر. (بستان).

[١] في البستان: وأعياننا.

[٢] لفظ الصعيتري على قولهم: فهو إقرار: أما إذا قال: في أمس ففيه نظر؛ لأن الظاهر أنه إنشاء، فلا يحمل على الإقرار إلا أن يذكر أنه أراد أو يكون مثل ذلك عرفاً لهم.

فالأقرب أنه يقع بفجر يومه^(١).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق حال موتي» أو «موتك» لم يقع؛ لمصادفته
البيونة بالموت، ذكره في الانتصار^(٢) ومهذب الشافعي والسيد يحيى بن
الحسين، خلاف المهدي^(٣) فقال: يقع^(٤) ويمنع الإرث إذا هو بائن.
مسألة: وإذا قال: «أنت طالق قبل بعد موت زيد» وقع حالا^(٥)، إلا أن
ينوي قبيله وصدقته فحال موت زيد^(٦). وكذا في «بعد قبل موت زيد» يقع حال
موت زيد^(٧).

مسألة: إذا قال: «أنت طالق بعد قبل بعد رمضان» وقع أول شوال^(٨)؛ لأن

(١) والظاهر عدم وقوعه في الليل مطلقا.

(٢) قال فيه: كما لو قال: «بعد موتي»، وكما لو قال للمعتدة: أنت طالق بعد انقضاء عدتك أو مع
انقضاء عدتك فإنه لا يصح. (بستان).

(٣) أحمد بن الحسين.

(٤) وهو ظاهر كلام المرتضى فيمن قال: «أنت طالق إلى حين»؛ فإنه قال: تطلق بالموت، والله أعلم.

(٥) وذلك لأنه علقه بقبيل بعد الموت، وقبله هو ممتد من الحال. (بستان).

(٦) بل الوقت الذي يتعقبه موت زيد. (تبصرة).

(٧) وذلك لأن بعد قبل الموت هو حال الموت. (بستان).

(٨) فإذا أردت أن تعرف ذلك تركت اللفظين الأخيرين وأسقطت الأول إن كان ثلاثة،
والأولين إن كان أربعة، وكذا لو كثرت فإنك تترك الأخيرين منها، وإذا عرفت ذلك رددت
ما أسقطت إن كان واحدا أو أكثر، فاعرف ذلك إن شاء الله، وهذه قاعدة مطردة تعرف
[يقرب (نخ)] بها تمثيل هذه المسائل فافهم. ولفظ حاشية: قال سيدنا العلامة يحيى بن قاسم
العلوي: كل ما اجتمع فيه قبل وبعد فألغهما حتى لا يبقى إلا اللفظ الأخير. (رياض). وهو
الذي تطلق فيه. (شامي). وفي تعليق ابن مفتاح: أنك تحذف الظرف الأول ثم تنظر فيما بعده
من الظروف، فما تبين لك أنها تطلق فيه نظرت إلى الظرف الأول المحذوف، فإن كان «بعد»
طلقت فيما بعد الظرف الذي قد تبين لك أنها تطلق فيه، وإن كان «قبل» قبله. (تعليق ابن
مفتاح). كلام ابن مفتاح مثل الضابط الأول، وكلام الرياض مغاير لهما، لكن ضابط
الرياض مستقيم حيث لم تدخل «ما» الموصولة على أحد الظروف، وذلك كقوله: أنت طالق

قبل بعد رمضان هو رمضان، وقد علقه ببعده. وكذا في «قبل ما بعد قبله رمضان» وأراد به الشهر؛ لأن الذي بعد قبله رمضان هو ذو القعدة، وقد علقه بالذي قبله، وهو شوال^(١)، فإن لم يرد به الشهر وقع حالاً^(٢). وإن قال: «قبيل ما بعد قبله رمضان» وقع في آخر شوال.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق بعد ما قبل بعده^(٣) رمضان» وقع في أول شعبان^(٤)، وكذا في «قبل ما بعد قبل رمضان» إذا أراد به الشهر^(٥). وإن قال: «بعد قبل رمضان» وقع أول رمضان^(٦)، وكذا في «قبل بعد رمضان» إذا أراد به الشهر،

بعد قبل بعد رمضان، وشبه هذه المسألة، وفي بعض الصور مع دخول «ما» الموصولة، وذلك حيث لم يتوسط الظرف الذي فيه الضمير. وضابط تعليق ابن مفتاح مستقيم حيث دخلت «ما» الموصولة على أحد الظروف، كقوله: أنت طالق في قبل ما بعد بعده رمضان وشبهها، وسواء توسط الظرف الذي فيه الضمير أم لا، فافهم أن لك قاعدتين مطردتين لكل قسم قاعدة، هذا ما ظهر بعد التأمل. (إملاء سيدنا عبد الله بن حسين دلالة).

(١) قال الفقيه يوسف في هذه الصورة: إنها تطلق في شعبان؛ لأن الذي بعد قبله رمضان هو رمضان؛ لأن رمضان بعد الذي قبله، وقوله: في قبل هو شعبان، وهذا الذي ذكره المصنف هو كلام الفقيه حسن، وقد قال به الإمام المهدي عليه السلام أولاً ثم رجع إلى كلام الفقيه يوسف. قال المفتي رحمته الله: وكلام الفقيه يوسف هو الذي يجري على القواعد العربية؛ لأن الناظر في الوجه الأول جعل الضمير في الظرف يعود إلى الظرف الذي قبله، لا إلى الموصول.

(٢) لأنه أول القبل.

(*) وجميع مسائل القبليات إن صادفته الزوجة أنه أراد الشهر فظاهر، وإلا وقع في الحال، وأما في مسائل البعديات فيقبل قوله. (سماع هبل) (قررو).

(٣) فلو حذف الهاء من «بعده» وقع في شوال.

(٤) وذلك لأن الذي قبل بعده رمضان هو رجب، وقد علق الطلاق ببعده، وهو أول جزء من شعبان. وفي الصورة الثانية كذا أيضاً؛ لأن الذي قبل بعد رمضان هو رمضان، وقبله شعبان، وقد علق الطلاق به. (بستان).

(٥) وإن لم يرده وقع في الحال؛ لأنه أول القبل. (بستان).

(٦) وذلك لأن الذي قبل رمضان هو شعبان، وقد قال: بعده، فكان رمضان. وفي الصورة

وكذا إن قال: «قبل ما قبله رمضان» وأراد به الشهر، وكذا في «بعد ما بعده»^(١) رمضان.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق بعد ما قبله رمضان» وقع في أول ذي القعدة^(٢). وإن قال: «قبل ما بعده رمضان» وقع أول رجب إذا أراد به الشهر، وإلا وقع حالاً. وإن قال: «قبيل ما بعده رمضان» وقع في آخر رجب. وإن قال: «بعد ما قبله بعد رمضان» وقع في أول ذي الحجة، وكذا إن قال: «في بعد ما قبله رمضان»، وكذا إن قال: «بعد الشهر الذي قبل قبله رمضان».

مسألة: وإن قال: «في قبل ما بعد بعده»^(٣) رمضان» وقع في أول جمادى الآخرة^(٤) إن أراد الشهر، وإن لم يردده وقع حالاً.

مسألة: وإذا قال: «إذا رأيت البدر» فهو في ليلة رابع عشر^(٥) غالباً^(٦). وإن

الثانية بعد رمضان شوال، وقد قال: قبله، وهو رمضان. وفي الصورة الثالثة الذي قبله رمضان هو شوال، وقد علق الطلاق بقبله، وهو رمضان. وفي الصورة الرابعة الذي بعده رمضان هو شعبان، وقد علق الطلاق ببعده، وهو رمضان. (بستان).

(١) فلو حذف الهاء وقع في القعدة.

(٢) وذلك لأن الذي قبله رمضان هو شوال، وقد علق الطلاق ببعده، وهو أول القعدة. وقوله: «أول رجب» وذلك لأن الذي بعده رمضان هو شعبان، وقد علق الطلاق بقبله، وهو رجب، فيقع في أول جزء منه. وقوله: «في أول ذي الحجة» وذلك لأن الذي قبله بعد رمضان هو ذو القعدة، وقد علق الطلاق ببعده، وهي الحجة. وفي الصورة الثانية والثالثة الذي قبله رمضان هو القعدة، وقد علق الطلاق ببعده، وهي الحجة. (بستان).

(٣) فلو حذف الهاء من بعده وقع في شوال.

(٤) وذلك لأن الذي بعد بعده رمضان هو رجب، وقد علق الطلاق بقبله، وهو جمادى الآخرة، وعلى هذا النحو فقس ما ورد عليك من هذا القبيل. (بستان).

(٥) ولو كاسفاً أو نهاراً. (قررو).

(٦) يعني في غالب الأحوال، قال الوالد: وإلا فقد شاهده في شهرين لم يكمل إلا في ليلة خامس عشر. وسمي البدر لمبادرته الشمس؛ لأنه يغرب قبيل طلوعها. وقيل: لتماه في تلك الليلة، وكل شيء تم فهو بدر. وثلاث أول الشهر وثلاث آخره هلال. (بستان بلفظه).

قال: «إذا رأيت القمر» فهو من بعد ثلاث في أول الشهر إلى أن يبقى ثلاث في آخره^(١). وإن قال: «بعد يوم» فمتى جاء مثل وقته من اليوم الثاني إن قاله نهراً، وإن قاله ليلاً فبغروب شمس ثانيه^(٢).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إذا رأيت الهلال^(٣)» لم تطلق إلا برؤيتها له، ذكره أبو حنيفة^(٤)، وقال الشافعي^(٥) ورجحه في التذكرة: تطلق عند وقت رؤيته ولو لم تره هي، إلا إن أراد رؤيتها له.

مسألة: وإذا قال: «في ربيع» أو قال: «في جمادى» وقع بأول الأول منهما. وكذا إذا قال: «في يوم العيد» طلقت في أول عيد، وإن قال: «في العيد» طلقت في كل عيد^(٦) مع تخلل الرجعة حتى تكمل الثلاث، كما إذا قال: في الجمعة.

مسألة: وإذا قال: «عند موت زيد أو عمرو» وقع بموت الأول منهما، ويأتي على قول التفريعات^(٧) بموت الآخر منهما؛ لأنه المتيقن. قلنا: إلا أن ينوي الثاني

(١) وسواء كان تاماً أو ناقصاً.

(٢) في (د): تاليه.

(٣) ويسمى هلالاً في ثلاث في أوله وثلاث في آخره. (بستان معني).

(٤) أما لو كانت عمياء فالظاهر أنها تطلق عند وقت رؤيته، كما لو قال: «متى قرأت كتابي» وكانت لا تقرأ. اهـ وقيل: لا تطلق إذا لم يعرف من قصده ذلك.

(٥) وحجة الشافعي أن المراد بالرؤية المعهودة في الشرع العلم بالهلال. قال عَلَيْكَ: وهو القوي؛ لقوله لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ: ((صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته))، ولم يرد أنه لا يصوم إلا من رآه بنفسه، بل من علم وإن لم يره، فكذلك الرؤية هاهنا هي العلم. (بستان بلفظه).

(٦) هذا خلاف ما في الأزهار، يعني فإنه إذا قال: «في العيد» كان في أول عيد، وعلى قول صاحب البيان أنه إذا قال: «أنت طالق في العيد» فإنها تطلق في كل عيد، مثل ما لو قال: «أنت طالق في الجمعة» فإنها تطلق في كل جمعة، بخلاف ما لو قال: «أنت طالق يوم الجمعة» فإنها تطلق في أول جمعة وتتحل اليمين. (من المصنف).

(*) وعليه الأزهار في الاعتكاف: ومطلق التعريف للعموم. (سماح).

(٧) الذي في المسألة الرابعة عشرة قبل هذه.

منهما عملت نيته باطناً وظاهراً^(١)، وقال الفقيه يوسف: باطناً فقط. وهو الأولى. **مسألة:** وإذا قال: «إن كلمت زيدا بعد عمرو» ثم كلمتها والتبس المتقدم^(٢) منهما لم يقع شيء^(٣).

مسألة: وإذا قال: «هذه طالق وهذه أو هذه» احتمل أنه قطع بطلاق الأولى وخير بين الآخريتين، واحتمل أنه خير بين طلاق الأولتين معا وبين طلاق الأخرى، فيرجع إلى نيته في ذلك، فإن لم تكن له نية رجوع إلى ما عرف من شاهد حاله^(٤)، وإن لم فالاحتمال الآخر أظهر^(٥).

مسألة: وإذا قال: «هذه طالق أو هذه وهذه» احتمل أنه خير في الطلاق بين الأولى وحدها وبين الآخريتين معا، واحتمل أنه قطع بطلاق الأخرى وخير بين طلاق الأولى والثانية، فيرجع إلى نيته في ذلك، فإن لم فشاهد حاله^(٦)، فإن لم فالاحتمال الأول أرجح^(٧). وحكم التخيير في المسألتين أنه طلاق في الذمة، فيوقعه على من شاء من اللاتي خير بينهما على قول المؤيد بالله^(٨)، وعلى قول أبي طالب وأبي

(١) وصححه في التذكرة، قال: لأن اللفظ يحتمله احتمالا ظاهرا. (باللفظ). والله أعلم.

(٢) أو كلمتها في حال واحدة أو كلمت زيدا قبل عمرو.

(٣) وذلك لأنه لم يعلم حصول شرط الطلاق، وهو كلامها لزيد بعد عمرو، والأصل عدم الطلاق. (كواكب).

(*) كمسألة الطائر.

(٤) هذا لصاحب الكتاب. (بستان بلفظه).

(٥) لأنه جعل حرف التخيير بين الأولتين وبين الثالثة. (كواكب). وقيل: الأقرب أن الاحتمال

الأول أظهر^[١]. ومثله في شرح سيدي حسين بن القاسم عليه السلام^[٢].

(*) لتوسط حرف التخيير.

(٦) هذا لصاحب الكتاب. (بستان).

(٧) لتوسط حرف التخيير. (بستان).

(٨) في مسألة الطلاق المبهم قبيل الأربعة الفصول.

[١] قال الشامي: لوقوع الجزاء بعد الأولى.

[٢] وقواه سيدي المفتي والقاضي عامر والاهل.

العباس قد وقع طلاق ملتبس بينهن، ولا^(١) يصح التعيين كما تقدم.

مسألة: وإذا علق الطلاق بقبل شيء فحيث جعل الشيء شرطاً نحو: إذا قدم زيد فأنت طالق قبله بشهر - لا يقع حتى يحصل الشرط على الأصح^(٢)، وعلى قول من يصح التحيس يقع قبل قدومه بشهر. وحيث لم يجعله شرطاً، نحو قوله: «أنت طالق قبل موت زيد» أو نحوه - فالشرط يكشف عن وقوع الطلاق، لكن إن لم يجد القبل بحد وقع في الحال حيث الكاشف يعلم حصوله، كالموت، وحيث يجوز حصوله وعدمه لا يقطع بالطلاق حتى يحصل وبان لهما وقوع الطلاق من وقت كلامه^(٣)، إلا إن قال: «قبيل كذا» فلا يقع إلا قبيله في الوقت الذي يتعقبه الكاشف، وإن حد ذلك القبل بحد: فحيث الكاشف شيء واحد، نحو: قبل موت زيد أو قدومه بشهر ينكشف بالموت أو القدوم أنها طلقت قبله بشهر، إلا إن مات أحدهما أو زيد قبل مضي الشهر من وقت كلامه فلا طلاق^(٤). وحيث الكاشف شيئان، نحو: قبل موت زيد وعمرو بشهر - فإن اتفق موتها في حال واحد وقع قبله بشهر، وإن تقدم أحدهما على الثاني أو كانا وقتين، نحو: قبل رمضان

(١) في (د): فلا.

(٢) والقياس لا يقع شيء^[١]. وفي اختيار القول الثالث في شرح الأزهار في مسألة التحيس أنه يتمانع في نفسه ولا يمنع الناجز إبطال لصحة وقوع الطلاق في هذه المسألة، والله أعلم.

(٣) ويجوز له الاستمرار على الوطء في هذه الصورة؛ إذ لا يعلم حصوله، والأصل بقاء النكاح وجواز الوطء وعدم حصول القدوم^[٢]. (حاشية سحولي).

(*) وذلك لثلاثا يتقدم المشروط على شرطه. (بستان).

(٤) وينزل ذلك منزلة ما لو طلقها قبل الوقت الذي هو فيه، فيقول: «أنت طالق قبل هذه الساعة بشهر أو يوم» أو نحو ذلك. (ديباج).

(*) لأنه يشبه «أنت طالق أمس»؛ فلهذا لم يقع. (بستان بلفظه).

[١] لثلاثا يتقدم المشروط على شرطه، فهو من التحيس.

[٢] ما لم يغلب في الظن حصوله. (قرير).

وشوال بشهر فقال الفقيه يحيى البحيح: إنه يقع قبل الآخر منهما بشهر^(١)، وقال الفقيه محمد بن يحيى والسيد يحيى بن الحسين: قبل الأول منهما بشهر، وقال الفقيه محمد بن سليمان وأصحاب الشافعي: لا يقع شيء^(٢)؛ لأنه مستحيل أن يقع قبلهما معا بشهر. وهكذا يكون في العتق، فإن كان في وقت العتق^(٣) صحيحاً فهو من رأس ماله، وإن كان في مرض موته فمن الثلث. وفي الطلاق تعتد من وقت وقوعه عند المؤيد بالله، وعند الهادي من يوم علمت بالطلاق^(٤)، وهو عند أن علمت بحصول الكاشف.

(١) وذلك لأن المقصود قبل اجتماعهما بشهر. (بستان).

(*) كما في الأزهار.

(٢) وحجة الفقيه محمد بن سليمان وأصحاب الشافعي: أنه محال؛ لأنه إذا قال: «قبل موت زيد وعمرو بشهر» ثم مات أحدهما في أول رمضان والثاني في نصفه فهو لا يمكن أن يقع قبلهما بشهر، بل إن كان قبل الأول بشهر فهو قبل الآخر بأكثر، وإن كان قبل الآخر بشهر فهو قبل الأول بأقل. ومثله عن الرازي الحنفي. (بستان).

(*) وقواه المؤلف والمفتي والسحولي، واختاره المتوكل على الله ﷺ، والله أعلم.

(*) وتوقف الإمام شرف الدين ﷺ؛ إذ لا ترجيح لأي الأقوال.

(٣) وهو وقت حصول الشرط.

(٤) في العاقلة الحائل. (قرير).

فصل: [في حكم الحلف بالطلاق]

والحلف بالطلاق يصح مع الاختيار ولو حنث مكرها^(١) أو ناسيا، خلاف الباقر^(٢) والصادق والناصر والمنصور بالله وأحد قولي أبي طالب، لا إن حلف مكرها ولو على فعل واجب أو ترك محذور، إلا أن يريد صحته^(٣) صح، خلاف الفقيه يحيى البحيح. وقال أبو حنيفة: تصح يمين المكره.

مسألة: ومن حلف بالطلاق ليفعلن كذا فإن عين له وقتا باللفظ أو بالنية^(٤) حنث بمضيه قبل أن يفعله^(٥)، وإن لم يعين له وقتا حنث قبيل موته حال النزاع^(٦)، قال أبو طالب: أو موتها إن ماتت قبله، وقال الأزرقى: لا يحنث بموتها. وقال الفقيه يحيى البحيح: إن مراد أبي طالب حيث يكون الفعل يفوت بموتها، ومراد الأزرقى حيث لا يفوت^(٧)، بل يمكن بعدها^(٨).

(١) له فعل. (من الأزهار من الأيمان) (قررو).

(٢) خلافهم يعود إلى الإكراه والنسيان كما هو في الغيث، وحجتهم قوله ﷺ: ((رفع عن أمي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)). (بستان معنى).

(٣) أي: المكره.

(*) إلا أن يكون المحلف حاكماً فيقع ولو لم ينوه.

(*) أي: وقوعه.

(٤) حيث صادفته. و(قررو).

(٥) بعد تمكنه. (عامر، وشامي). وقيل: وإن لم يتمكن.

(*) حيث مضى الوقت والبر والحنث ممكنان، ذكره في الأزهار، وقال الإمام شرف الدين: لا فرق، وهو ظاهر الكتاب.

(٦) بعد التمكن. (عامر، وشامي) (قررو).

(*) أو تعذر الفعل. (قررو).

(٧) الظاهر خلافه. و(قررو). وهو أنها خلافية.

(*) قلت: وهذا التلفيق محتمل، والظاهر خلافه. (غيث).

(٨) في (ب): بعد موتها.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إن خرجت إلا بإذني» أو «بغير إذني» فإنه يعتبر إذنه لها في كل خرجة^(١)، خلاف الشافعي. والحيلة في حصول الإذن أن يقول: «كلما أردت الخروج فقد أذنت لك». قال في الكافي^(٢): هذا إذا كان عادته منعها من الخروج، وإن كان عادته عدم منعها اعتبر إذنه لها مرة فقط^(٣).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إن خرجت إلا أن آذن لك» اعتبر إذنه لها^(٣) مرة فقط^(٤) ثم تنحل يمينه من بعد. وكذا لو قال: «إلا أن يمرض أبوك^(٥)» أو نحو ذلك، فمتى مرض^(٦) انحلت اليمين. ومتى حنث في ذلك كله مرة انحلت اليمين^(٧)، إلا إن قال: «كلما خرجت» فإنه يتكرر الحنث.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إن خرجت بغير رضاي» ثم رضي لها سراً^(٨)

(١) لعله حيث لم يقصد أمراً بعينه، فإن قصد لم يحنث حيث خرجت لغيره.

(*) والعبرة بتكرار الإذن، ولا عبرة بتكرار الاستئذان.

(٢) وقيل: لا فرق ما لم يأت بالحيلة.

(*) وظاهر الأزهار خلافه.

(٣) أي: رضاه.

(٤) والفرق بين اللفظين أن الباء وضعت لإيصال معاني الأفعال إلى الأسماء، وهي للإلصاق، فتقتضي التكرار، ولأن المصدر يقتضي الاستمرار.

(*) فإن قلت: ما الفرق بين: «إلا بإذني» وبين: «إلا أن آذن لك» حيث اعتبر إذنه لها في كل مرة في الأولى واكتفي بإذنه لها مرة في الثانية، و«أن» وما بعدها في حكم المصدر؟ قلت: لعل الفرق أن الأولى لما أتى فيها بالباء كان المعنى إلا خروجاً.. بالإذن، ولم يستثن سواه، بخلاف الثانية فإن معناها تعليق الطلاق بالخروج إلا أن يقع إذن فلا تعليق، والله أعلم. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

(٥) ذكر به الفقيه حسن، ورواه عن الفقيه أحمد بن حميد المحلي، وأنه أخذه من قوله في اللمع: «إلا أن آذن لك». (بستان بلفظه).

(٦) وخرجت. (زهوري). وقيل: ولو لم تخرج. (حاشية سحوي).

(٧) ولو لم تخرج لمرضه، ذكره السحوي. وقيل: إذا خرجت فقط. (شامي).

(٨) ولا بد من الرضا في كل خرجة. والفرق بينه وبين ما تقدم أن هذا يكفي فيه الرضا بالقلب، خلاف الأول فلا بد من الإذن.

ولم تعلم وخرجت لم تطلق^(١). وإن قال: «إن خرجت بغير إذني» أو «إلا أن آذن لك» ثم آذن لها سرا ولم تعلم وخرجت فقال المؤيد بالله والقاضي زيد والشافعي: لا يحنث^(٢)؛ لأن الإذن إباحة، وهو لا يعتبر العلم بالإباحة، وقال أبو جعفر وأبو حنيفة: يحنث؛ لأن الإذن من الإيذان، وهو الإعلام.

مسألة: ومن حلفه غيره بالطلاق أو نحوه فله نيته؛ إذ لا يلزمه ذلك ولو المحلف له إمام أو حاكم^(٣)، إلا في بيعة الإمام^(٤) أو إذا كان مذهبهما^(٥) جواز التحليف به؛ لأنه مذهب الناصر والمنصور بالله.

مسألة: وإذا قال: «إن حلفت بطلاقك فأنت طالق» وكرره طلقت^(٦)، وكذا لو لم يكرره، بل قال بعده: «إن خرجت أنا أو أنت أو الغير فأنت طالق» فهذه يمين بالطلاق، فيحنث في يمينه الأولى، لا^(٧) إن قال بعد يمينه: «أنت طالق إن خرجت أنت أو زيد» فلا يحنث؛ لأن هذا ليس بيمين^(٨).

(١) وفاقاً.

(٢) كما في الأزهار في الأيمان.

(٣) فلو حلفا هل ينعزلان؟ قال الفقيه حسن: ينعزلان. وقال الفقيه يحيى البحيح: لا ينعزلان. (هاجري). واستقرب في الغيث كلام الفقيه حسن حيث مذهبهما عدمه.

(٤) هذا عند المؤيد بالله أنه يجوز التحليف بالطلاق والعناق ونحوهما في بيعة الإمام فقط، والمذهب خلافه؛ لعموم الأدلة. (شرح أزهار).

(*) المذهب خلافه.

(٥) يعني: الإمام والحاكم.

(٦) وذلك لأنه قد حلف بطلاقها؛ لأن ما تضمن حثاً أو منعاً أو تصديقاً أو براءة فيمين، وإن لم يتضمن فليس بيمين إلا حيث يتقدم الشرط كما يأتي في المركبة. (بستان معني).

(*) ما لم يقصد التأكيد. (قرر).

(*) لأن اللفظ الثاني يمين بطلاقها. (قرر).

(٧) في (أ): إلا.

(٨) لتأخر الشرط. يقال: هذا قد تضمن منعاً فيكون يميناً. (مفتي). يعني: عند من يقول: تنعقد على الغير، وهو الأصح. (شامي).

مسألة: وإذا قال: «إن حلفت بطلاقك يا هند فزينب طالق» ثم قال: «وإذا طلقت زينب - بالتخفيف - فأنت طالق» طلقتا جميعاً^(١)، فإن قال: «وإذا طلقت زينب» - بالتشديد - طلقت زينب لا هند.

مسألة: وإذا قال لزوجتيه: «إن حلفت بطلاقكما فهند منكما طالق» وكرره لم تطلق؛ لأنه حلف بطلاق هند وحدها^(٢). وإن قال: «إن حلفت بطلاقكما فهند الثالثة طالق، وإن حلفت بطلاق هند فأنتما طالقتان» طلقت هند^(٣)، لا هما، ويطلقان هما لا هي في العكس^(٤).

مسألة: وإذا قال للمدخول بها وغير المدخول بها: «كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان» وكرره ثانياً^(٥) طلقتا واحدة واحدة، وإن كرره ثالثاً لم يقع بالثالثة شيء؛ لأن قد بانت التي لم يدخل بها^(٦)، فلا يصح الحلف بطلاقها.

مسألة: ومن حلف بالطلاق أو بغيره واستثنى فيها صح استثنائه بشرط أن لا يستغرق وأن يكون متصل بكلامه، ولا يمنع الاتصال ما عرض له من تنفس أو ابتلاع ريق أو بدور قيء أو سعال أو عطاس أو التذكر لما يستثنيه^(٧). وليس من شرطه أن

(١) وذلك لأن شرط طلاق زينب هو أن يصير حالفاً بطلاق هند، وشرط طلاق هند هو وقوع الطلاق على زينب، وكل ذلك قد حصل مع تخفيف اللام، ومع التشديد تطلق زينب؛ لحصول شرط طلاقها، ولا تطلق هند؛ لأن شرط طلاقها هنا أن يبتدئ طلاق زينب في المستقبل، فإذا طلقت زينب لأجل الشرط المتقدم فليس بطلاق مبتدأ؛ فلهذا طلقت زينب لا هند. (بستان بلفظه).

(٢) والشرط في طلاقها أن يحلف بطلاقها جميعاً.

(٣) وذلك لأنه قد حلف بطلاقها بقوله: «أنتما طالقتان»؛ لأن المحلوف به ما أتى بعد الفاء. (بستان).

(٤) وهو حيث قال: «إن حلفت بطلاق هند فأنتما طالقتان، وإن حلفت بطلاقكما فهند طالق»، فقد صار بهذا اللفظ الآخر حالفاً بطلاق هند فطلقتا. (بستان).

(٥) غير قاصد للتأكيد. (قرير).

(٦) وشرط طلاق الثانية أن يقع الحلف بهما معاً. (برهان).

(٧) المذهب خلافه.

يكون عازما على الاستثناء من أول كلامه^(١)، خلاف الإمام يحيى^(٢) وبعض أصحاب الشافعي. وقال الناصر^(٣): يصح الاستثناء بعد التراخي ولو طال إذا كان عازما عليه من حين حلف.

فرع: ويصح الاستثناء^(٤) عندنا ولو تقدم على المستثنى منه^(٥) في اللفظ، نحو: «أنت طالق إلا واحدة ثلاثا» أو «أنت إلا واحدة طالق ثلاثا»، خلاف بعض أصحاب الشافعي.

مسائل: وإذا قال: «أنت طالق غير طالق» أو «واحدة إلا واحدة» لم يصح الاستثناء^(٦). فإن قال: «أنت طالق إلا أن يشاء أبوك» أو نحوه فإنه يصح الاستثناء فيه، وهو بمعنى إن لم يشأ^(٧).

(*) هذا ذكره أبو مضر وأبو جعفر، ولكن فيه جهالة. وفي البحر ردا عليه: قلنا: وفيه نظر؛ لجهالة قدره.

(١) المراد من قبل فراغه من المستثنى منه.

(٢) وقواه في الغيث.

(*) وحجتهم أن أصل النية المقارنة كما في نية الصلاة وسائر العبادات، قال الفقيه محمد بن يحيى: وظاهر المذهب أن هذا ليس بشرط. (بستان). وإنما المعتبر اتصال الاستثناء بالمستثنى منه وإن لم تقارن نية الاستثناء أول الجملة. (مفتي، وتهامي). والله أعلم.

(٣) وابن عباس.

(٤) وهو مشتق من الثني، وهو العطف، يقال: ثبت عنان الدابة، إذا عطفتها في مسيرها، فلما كان الاستثناء يصرف الكلام عن سنن مجراه سمي استثناء، وهو وارد في كتاب الله تعالى، كقوله تعالى: ﴿قَلْبَتَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت ١٤]. (بستان).

(٥) قال **عليه السلام**: لأنه لا فرق بين تقدمه وتأخره عند أئمة الأدب والنحاة، ولقول الكميت: ومالي إلا آل أحمد شيعة ومالي إلا مشعب الحق مشعب (بستان).

(٦) وتقع واحدة.

(٧) فيوقف على عدم مشيئته، فإن شاء لم تطلق، والله أعلم.

مسألة: فإن قال: «أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة» وقع ثنتان على قول أهل الثلاث^(١)، وقال الشافعي: تقع الثلاث كلها، وتكون الواحدة المستثناة من الواحدة المجاورة فلا يصح الاستثناء^(٢).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة» لم يصح الاستثناء ووقعت الثلاث^(٣)، وقال أبو يوسف ومحمد: يصح استثناء الثنتين لا الواحدة. وكذا الخلاف إذا قال: «أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا واحدة وإلا واحدة وإلا واحدة».

مسألة: وإن قال: «أنت طالق اثنتين وواحدة إلا واحدة» ففيه وجهان^(٤): أحدهما: لا يصح استثناء الواحدة^(٥)، فتقع ثلاث. والثاني: أنه يصح ويقع

(١) وعلى قول أهل المذهب تقع واحدة فقط؛ لأن الاستثناء باطل، والله سبحانه أعلم.

(٢) لأنه مستغرق.

(*) كلامهم في الأصول يقتضي أن يكون هذا قولاً للحنفية؛ لأنهم قالوا: إذا تعاقبت جمل وعطف بعضها على بعض بالواو ثم ورد عليها استثناء فقال الشافعي: يرد إلى الجميع، وقالت الحنفية: إلى الأخيرة. وإذا كان هذا رأيهم في الجمل فالمفردات مثلها؛ إذ لا فرق. قال في جمع الجوامع بعد ذكره للاستثناء الواقع عقيب جملة ما لفظه: والواقع بعد مفردات أولى بالكل. فينظر. قال البرماوي من علماء الشافعية: قد يظن أن رجوع الاستثناء إلى الأخيرة مذهب الشافعي؛ لأن المنصوص فيما لو قال: أنت طالق طلقة وطلقة إلا طلقة وقوع طلقتين، فيظن أن ذلك بناء على عوده، وليس الأمر كذلك، إنما ذلك قاعدة المفرد لا الجمع على الأصح. انتهى كلامه، وبه يرتفع الإشكال. (من خط سيدي الحسين بن القاسم عليه السلام).

(٣) وذلك لأنه في الحقيقة استثنى ثلاثاً من ثلاث؛ لأن الواو للعطف، فكان رجوعاً. وحجة أبي يوسف ومحمد أن الواحدة هي التي حصل بها الاستغراق، فيلغو قوله: «واحدة» وتقع واحدة، وكان العطف هو الباطل. قلنا: العطف والمعطوف عليه كالشيء الواحد. (بستان).

(*) وعلى قولنا واحدة. (قرر).

(٤) للشافعية.

(٥) وذلك لأن الاستثناء من حقه أن يكون راجعاً إلى ما يليه، واستثناء الواحدة من الواحدة غير صحيح. (بستان).

ثنتان^(١)، وكأنه قال: «ثلاثا إلا واحدة». وإن قال: «ثلاثا إلا اثنتين ونصفاً» وقعت واحدة^(٢).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة» وقعت^(٣) واحدة على الأصح، وقيل: ثنتان، وقيل: ثلاث.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق خمسا إلا اثنتين» وقعت ثلاث؛ لأن الاستثناء من الخمس. وقيل^(٤): تقع واحدة فقط، ويكون الاستثناء مما يقع - وهي الثلاث - لا من الزائد عليها. وكذا لو قال: «خمسا إلا ثلاثا» أو «ستا إلا أربعاً» فتقع ثنتان، وقيل: ثلاث.

مسألة: وإن قال: «خمسا إلا ثنتين إلا واحدة^(٥)» طلقت ثلاثا، وقيل: ثنتين.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق من واحدة إلى ثلاث أو من ثلاث إلى واحدة»

(١) قوي على أصلهم؛ لأن المعطوف والمعطوف عليه كالشيء الواحد.

(٢) وذلك لأن استثناء الاثنتين صحيح، فأما الثالثة فلم يستثن إلا نصفها، وبقي النصف الثاني غير مستثنى، فيسري؛ لأن كسره يتم. (بستان بلفظه).

(*) اتفاقاً.

(٣) وذلك لأن استثناء الواحدة من الثلاث الآخرة يكون إثباتاً، فكأنه قال: إلا ثلاث ليس فيها واحدة، فتقديره: ثلاثا يخرج منها اثنتان؛ لأن الاستثناء من الإثبات يكون نفياً، ومن النفي يكون إثباتاً، واختار هذا صاحب الكتاب. وحجة القول الثاني: أن الاستثناء الأول باطل، وبقي الثاني، وهو عائد إلى الإثبات، فكأنه قال: ثلاثا إلا واحدة، فبقي اثنتان. وحجة القول الثالث: أن الاستثناء الأول باطل؛ لأنه رجوع، والثاني عائد إليه وتابع له ومخرج منه فبطل أيضاً، وبقي قوله: «ثلاثا» لا معارض له، فحكمنا بوقوعه، ورواه في الكواكب عن الإمام يحيى. (بستان).

(٤) الطبري وابن أبي هريرة.

(٥) اعلم أن الواحدة هنا مستثناة من الاثنتين فيكون إثباتاً، فكأنه قال: خمسا إلا واحدة، ثم يترتب على القولين الأولين هل الاستثناء من الخمس فيقع ثلاثا، واختاره الإمام يحيى، أو من الثلاث التي يملك فيقع ثنتين. (بستان).

فقيل: تقع واحدة^(١)، وقيل: ثنتان، وقيل: ثلاث. ورجحه الإمام يحيى.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إن شاء الله تعالى» طلقت إن كان مسيئاً إليها أو كان طلاقها واجبا أو مندوبا، وحيث لا فلا عند الهادي. قال الفقيه يحيى البحيح^(٢): ويعتبر الإحسان والإساءة في مجلس الطلاق^(٣) ولا عبرة بما قبله، وقال الفقيه علي: بل حال لفظه^(٤). وهو الأولى^(٥). وقال المؤيد بالله: يقع الطلاق مطلقاً. وقال زيد بن علي وأبو حنيفة والشافعي: لا يقع مطلقاً.

وإن قال: «أنت طالق إلا أن يشاء الله طلاقك» فعكس الأول على قول الهادي.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إلا أن يشاء الله» فالمراد إلا أن يشاء الله عدم طلاقك، فإن كان طلاقها حيثنذ واجبا أو مندوبا أو مباحاً طلقت^(٦)، وإن كان محظوراً أو مكروها لم تطلق، ويكون قوله: «إلا أن يشاء الله» أو «إلا أن يشاء زيد»

(١) وذلك لأنه يخرج الابتداء والغاية؛ لأنها حدان لا يدخلان بحال، كما لو قال: «لفلان من هذا الحائط إلى هذا الحائط» فلا يدخل الحائطان في الإقرار. وحجة القول الثاني: أنه يدخل الابتداء وتخرج الغاية؛ لأنه قد أوقع الأولى والثانية، وأما الثالثة فجعلها حداً، فيجوز دخولها ويجوز عدمه، فلا تدخل بالشك. وحجة القول الثالث: أنها يدخلان معاً؛ لأنه قد وجد لفظ الثلاث فلا يجوز إلغاؤها، قال عليه السلام: وهذا هو المختار؛ لأن مقصوده بما ذكر هو تعريف العدد الحاصل من الطلاق عليها. (بستان بلفظه).

(٢) واختاره الإمام المهدي عليه السلام في الغيث.

(٣) وتظهر فائدة الخلاف بين الفقيهين حيث كان محسناً إليها في أول المجلس ومسيئاً في آخره، فتطلق على قول الفقيه يحيى البحيح، لا على قول الفقيه علي، ويتفقان حيث كان مسيئاً في أوله، فتطلق وفاقاً.

(٤) لأن إرادته حاصلة. (شرح أزهار).

(٥) وقواه المفتي.

(٦) وذلك لأن الله تعالى لا يشاء عدم طلاقها، بل يشاء وقوعه في الواجب والمندوب، ولا يشاء وقوعه ولا عدمه في المباح؛ فلذلك وقع. وإن كان مكروهاً أو محظوراً لم تطلق؛ لأن الله تعالى يشاء عدم طلاقها. وإن قصد إلا أن يشاء الله طلاقك فقد علق طلاقها بنفي مشيئة الله للطلاق، فتطلق حيث لا يكون طلاقها واجبا ولا مندوبا، عكس الصورة الأولى. (بستان).

بمعنى إن لم يشأ^(١)؛ لئلا يكون استثناء لكل^(٢).

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إلا أن يشاء زيد» اعتبرت مشيئته في المجلس^(٣) إن كان حاضراً، أو في مجلس علمه إن كان غائبا، فإن شاء عدم طلاقها لم تطلق، وإن لم يشأ طلقت^(٤). قال أبو العباس وأبو طالب^(٥): وكذا لو قال: «إلا أن يقوم زيد» أو «إلا أن يدخل» فإنه يعتبر قيامه ودخوله في المجلس أو في مجلس علمه إن غاب. فقال الفقيه محمد بن سليمان: إنه مبني على أنه نواه في المجلس أو عرف ذلك من قصده أو جرى به العرف، وإلا كان على التراخي، وقال الفقيهان يحيى البحيح وحسن: إن قوله: «إلا أن يدخل» مثل قوله: «إن لم يدخل»، وهو على التراخي، خلاف أحد قولي أبي طالب، فيكون قول أبي العباس هنا مثل أحد قولي أبي طالب: إنها للفور. ومثله في الكافي، وقال: إنه وفاق.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إلا أن يشاء أبوك ثلاثا» احتمل^(٦) أن مراده^(٧)

(١) لأنه إن لم يتأول بهذا المعنى لم يصح؛ لأنه مستغرق، وإذا كان بمعنى «إن لم» كان هذا صيغة غير صيغة الاستثناء. وفي بعض الحواشي: وفيه سؤال، وهو أن يقال: إن الاستثناء رفع للطلاق، وهو يؤدي إلى استغراقه، قال الفقيه يحيى البحيح: الجواب أن هذا مقدر بالشرط، كأنه قال: إن لم يشأ. (زهور).

(٢) هو استثناء حالة لا كل. (مفتي).

(٣) وذلك لأن ما علق بالمشيئة فهو مقصور على المجلس. (بستان).

(٤) وإن لم يحصل أحد الأمرين^[١] طلقت.

(٥) الأزهار: قيل: و«إلا أن» للفور.

(٦) الأول.

(٧) لفظ الكواكب: قوله: «إلا أن يشاء أبوك ثلاثا» هو يحتمل أن مراده بالثلاث ثلاث تطبيقات، ويحتمل ثلاث مشيئات، فيرجع إليه ما أراد بها. وفي كل واحد منهما يحتمل أن مراده إلا أن يشاء ثلاثا فثلاث تطبيقات، ويحتمل إلا أن يشاء ثلاثا فلا شيء، فيرجع إلى نيته في ذلك كله. (بلفظه). (قرر).

[١] بل سكت أو مات. (تذكرة).

إلا أن يشاء أبوك ثلاث مشيئات، فلا يقع شيء إن شاءها، وإن لم يشأها أو شاء أقل منها وقعت واحدة. واحتمل^(١) أن يريد إلا أن يشاء ثلاث تطليقات، وفي هذا يحتمل أن يريد إلا أن يشاء ثلاثا فثلاث تطليقات، فإذا شاء ثلاثا طلقت ثلاثا، وإن شاء أقل من ثلاث أو لم يشأ شيئاً وقعت واحدة، ويحتمل أن يريد إلا أن يشاء ثلاثاً فلا شيء، فإذا شاء ثلاثاً لم يقع شيء، وإن شاء دونها أو لم يشأ شيئاً وقعت واحدة، فإن لم يرد بذلك شيئاً حمل على هذا الآخر؛ لأنه أظهر^(٢)، ذكره في التمهيد^(٣). وفي المسألة احتمال ثالث^(٤)، وهو أنه أراد أنها طالق ثلاثاً إلا أن يشاء أبوها فلا طلاق.

(١) الثاني.

(٢) في (د): لأنه أظهر الاحتمالين.

(٣) للفقهاء محمد بن يحيى حنش.

(٤) هذا لصاحب الكتاب، وهو نظر ثاقب؛ إذ لا فرق بين تقديم المستثنى وتأخيره كما تقدم.

(بستان).

فصل: [في الخلع وشروطه]

والخلع طلاق بائن^(١) يمنع الرجعة والطلاق بعده. وقال الباقر والصادق وأحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي: إنه فسخ^(٢) إذا وقع بلفظ المخالعة أو المبارة. وللخلع شروط خمسة:

الأول: وقوع الطلاق بين الزوج البالغ العاقل المختار أو وكيله به^(٣) أو فضولي وأجاز عقده لا شرطه - ولو كان الزوج مريضا أو محجورا عليه أو عبدا غير مأذون له - وبين زوجته البالغة العاقلة المختارة المطلقة التصرف، فلو كانت محجورة صح إن أذن لها أهل الدين أو حاكم^(٤)، وإن لم صح وكان العوض في ذمتها تطالب به بعد رفع الحجر، فإن كان شيئا معيناً من مالها لزمها قيمته^(٥) في ذمتها^(٦) كما لو كان لغيرها.

مسألة: فإن كانت الزوجة أمة أو مدبرة وإذن لها سيدها به صح ولزمه العوض^(٧)، وإن لم يأذن به صح وكان العوض في ذمتها^(٨) متى عتقت، إلا أن تدلس عليه^(٩) بأن سيدها أذن لها كان دين جنائية^(١٠). وكذا إذا أذن لها سيدها بقدر معلوم ثم زادت عليه، أو أذن لها إذنا مطلقا وزادت على مهرها - كان الكلام في

(١) وألفاظه على أربعة أضرب: العقد والشرط والعدة والخطاب.

(٢) فلا يحتاج إلى نية، ويصح في حال الحيض. (شرح أزهار معنى).

(٣) أو مفوضا. (قررو).

(٤) ولو غير الحاجر. (بستان) (قررو).

(٥) ولو كان عالما بالحجر؛ لأنها مالكة. (عامر) بخلاف ملك الغير. اهـ وفي تعليق ابن مفتح:

هذا مع جهل الزوج، وأما مع علمه فلا شيء له. وقواه المفتي.

(٦) إذا ارتفع الحجر وقد خرج عن ملكها، وإلا وجب بعينه.

(٧) ولو غير ناشزة. (قررو).

(٨) مع نشوزها. (قررو).

(٩) إن جهل وهي المبتدئة. (قررو).

(١٠) ولا يعتبر نشوزها. (قررو).

(*) فيقع الخلع ويخير السيد بين تسليمها أو فداها. (قررو).

الزائد كما مر^(١). وإن كانت مكاتبة فقال في البحر: كذا أيضا^(٢). وفيه نظر، بل يكون عليها إذا أذن لها سيدها، وإن لم ففي ذمتها. وإن كانت حرة مريضة مرض موتها كان العوض من ثلث تركتها^(٣) بعد قضاء الديون.

مسألة: ويصح الخلع مع ولي مال الصغيرة إذا كان لها فيه مصلحة، ذكره الفقيه حسن، ولعل نشوزها كنشوز الكبيرة، وقال في البحر والكافي: لا يصح؛ لعدم النشوز منها^(٤)، إلا إذا كان العوض من غيرها.

مسألة: ويصح الخلع مع الغير بعوض منه^(٥)، كما يصح أن يكون المهر في النكاح من غير الزوج، والثلث في البيع من غير المشتري، والعوض في العتق من

(١) يعني في ذمتها، وإن دلست ففي رقبته. (بحر معني).

(٢) لفظ البحر: وليس للمكاتبة المخالعة بغير إذن سيدها؛ إذ هو تبرع. ولعل قول المصنف: «وفيه نظر» أنه يصح منها، ويكون في كسبها مع الإذن، وفي ذمتها حيث لم يأذن. اهـ ولفظ البستان: هذا مفهوم البحر؛ لأنه قال فيه: وليس للمكاتبة المخالعة بغير إذن سيدها؛ إذ هو تبرع. فمفهومه إذا أذن لها صح ولزمه العوض، وقد صرح به في الانتصار أنه إذا أذن لها صحت المخالعة بمهرها إن كان مسمى أو مثل مهرها، وإن زادت على مهرها كانت الزيادة في ذمتها تطالب بها إذا عتقت. قال الوالد: وفي كلام البحر نظر؛ لأن إذن السيد أباح لها التصرف، لا أنه يلزمه المال. (بلفظه).

(*) ويكون مع التذليل كجناية المكاتب، يعني في كسبه. (قررو).

(٣) يقال: لم صح في الثلث وهو لم يرض بالبينونة إلا بالكل؟ لعله حيث ابتداء أو علم وكان العوض معيناً.

(*) وذلك لأنه بذل مال من غير استحقاق متقدم، فهو كما لو وهبته له. (بستان).

(*) إذا كان العوض معيناً، وإن كان في الذمة سلمت إلى قدر الثلث والباقي دين^[١]، وهذا إذا كان عقداً، لا شرطاً فلا يقع إلا بحصول جميعه. (قررو).

(٤) إذ لا تكليف عليها. (كواكب).

(٥) وذلك لأنه إذا جاز أن يسقط حق الزوج بعوض منها جاز العوض من غيرها، كقضاء دين عليها؛ ولما ذكره في الكتاب. (بستان).

[١] وسيأتي في البيان على مسألة: وإذا طلق المريضة على عوض أكثر من الثلث، بعد السابعة والثلاثين من هنا.

غير العبد. وقال المنصور بالله: لا يصح إذا كان العوض من غير الزوجة^(١). ورواه أبو جعفر عن القاسم والهادي والناصر، وقال أبو العباس: يقع الطلاق رجعياً ويلزمه العوض لأجل الضمان به. ومثله في اللمع عن أبي حنيفة.

فرع: وإذا قال الغير: «طلقها على ألف مني» أو «على مهرها مني» صح ولزمه^(٢). وإن قال: «طلقها على ألف» أو «على مهرها» أو «وأنت بريء من مهرها^(٣)» فطلق الزوج فقال الهادي: يصح ويلزمه ذلك^(٤)، وقال المؤيد بالله وأبو طالب: لا يلزمه إلا أن يضمن به، وإن لم كان موقوفاً على إجازة الزوجة في العقد: إن أجازته صح ولزمها، وإن لم يطل. فإن قال: «طلقها على أي ضامن لك ببرائها» لم يلزمه شيء؛ لأن الضمان بالبراء لا يصح^(٥)، ذكره في البحر.

(١) ويقع الطلاق رجعياً بالقبول في العقد، لا في الشرط فلا يقع شيء.

(*) ولا عوض له؛ إذ قوله تعالى: ﴿فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، يقتضي بطلان العوض من غيرها. قلنا: إذا جاز أن تسقط حق الزوج بعوض منها جاز من غيرها، كقضاء دين عليها. (بحر بلفظه).

(*) بل يقع الطلاق رجعياً^[١]، ويرد العوض على الذي أخذ منه. (غيث، وشرح أزهار).

(٢) وذلك لأنه قد ضمن به، وقد قال ﷺ: ((الزعيم غارم)). وكذا لو لم يقل: «مني» عند الهادي عليه السلام؛ لأن سؤاله يجري مجرى الضمان، فقد التزمه. (بستان بلفظه).

(٣) وفي البحر: مسألة: فإن قال: طلق ابنتي وأنت بريء من مهرها أو على أنك بريء من مهرها لم يقع، صغيرة كانت أم كبيرة؛ إذ لا نشوز ولا ضمان من الأب، فإن زاد: وعلي الضمان إن طالبتك، أو قال: طلقها على أي ضامن، أو قال الزوج: طلقت على أنك ضامن - فقيل: وقع خلعاً عند من صحح العوض من غيرها. (بلفظه).

(*) لا يبرأ، ويقع الطلاق رجعياً^[٢]. (قرير).

(٤) في غير: وأنت بريء، إلا أن يقول: «على أنك بريء» وأجازت صح وكان خلعاً. (شامي).

(٥) وذلك لأن البراء ليس بهال فلا يصح الضمان به^[٣]، ويقع الطلاق رجعياً بالقبول في العقد. (بستان).

[١] بالقبول في العقد، لا في الشرط فلا يقع رجعياً ولا بائناً.

[٢] بالقبول في العقد. (قرير).

[٣] يقال: فالضمان بالوجه والقسمة يصح فينظر. يقال: لأنه متضمن للمال فصح، وهذا هو الفارق. وقيل: حيث أتى بالضمان والتحمل. وفي الواهب: فأما لو قال الأب أو أجنبي: طلقها وقد أبرأتك من مهرها، أو على أنك بريء من مهرها - فقد قال الهادي: إن ذلك يصح، وينقلب ضماناً، لكن تأول الأخوان المسألة على أنه أتى بلفظ الضمان، وإذا تلفظ بالضمان انعقد، ذكره في الغيث.

مسألة: وحيث العوض من غير الزوجة يصح عندنا^(١) ولو كرهت أو كانت صغيرة أو مجنونة أو محجورة أو غير ناشزة.

مسألة: وإذا جاء بلفظ المخالعة أو المبارأة فهو كناية في الطلاق^(٢)، وعلى أحد قولي أبي طالب وأبي مضر: صريح، وعلى أحد قولي أبي طالب: إنه صريح إذا ذكر العوض، وإن لم يذكره فكناية.

الثاني: أن تكون الزوجة ناشزة^(٣) عما يلزمها لزوجها أو تكون خائفة^(٤) لعدم قيامها بذلك في المستقبل^(٥)، قال المنصور بالله: أو تطلبه الطلاق لغير سبب منه^(٦)، وقال ابن أصفهان: لا يكفي ذلك. وهو مفهوم كلام اللمع. قال الفقيه يحيى البحيح: أو تكون تكرهه^(٧) لغير سبب منه، قال في الكشف: أو تكون مؤذية له أو لأهله. وهذا حيث يكون العوض منها، فأما حيث هو من غيرها فلا يعتبر النشوز على الأصح^(٨)، وقال في التمهيد: بل يعتبر. وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: إن النشوز غير شرط مطلقاً^(٩).

(١) يعني: لا عند من يشترط كون العوض منها، وهو المنصور بالله ﷺ. (بستان).

(٢) ولو انضم إليه ذكر العوض. (شرح أثمار).

(٣) ويعتبر النشوز عند القبول في العقد، وفي الشرط عند حصوله ولو كانت عند التعليق غير ناشزة. وفي الموقوف عند الإجازة في الأصح. (حاشية سحولي معنى). القياس في الموقوف عند العقد إن قلنا: إن الإجازة كاشفة. ومعناه عن المفتي.

(٤) المذهب خلافه.

(٥) وظاهر الأزهار أنه لا بد أن يكون النشوز في الحال.

(*) والمذهب أن مجرد الخوف في المستقبل لا يكون نشوزاً مصححاً للخلع.

(٦) قوي إن قصدت أذيته وكان يتأذى بذلك.

(٧) والمذهب خلافه.

(٨) كما في الأزهار.

(٩) حجتنا: قوله تعالى: ﴿وَلَا يَجِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ سَيِّئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ...﴾ الآية [البقرة: ٢٢٩]، فيبين أنه لا يجوز أخذ شيء إلا مع النشوز والشقاق. وحجتهم

مسألة: وإذا تراضيا بالخلع من غير نشوز^(١) ولا ما في حكمه^(٢) ففي العقد يقع الطلاق بالقبول رجعيًا^(٣) ويبطل العوض، وفي الشرط كذا أيضا حيث هي الشارطة للطلاق^(٤) ثم طلق^(٥)، فأما حيث طلقها مشروطا بالعوض أو بالبراء فلا يقع الطلاق، ولو أبرأته أو سلمت العوض فهو غير صحيح^(٦)، وإذا لم يصح لم يقع الطلاق.

الثالث: أن يقع الطلاق على عوض مال أقله ما لا يتسامح به^(٧)، وأما أكثره فمن غيرها لا حد له، وأما منها فيلزم قدر مهرها ونفقة عدتها وما تستحقه عليه لأولادها الصغار^(٨) مدة حضانتهم من أجرتها ونفقتهم، وكذا ما قد صار إليها منه من النفقة ونحوها مما هو واجب لها عليه من يوم تزوجها، ذكره القاضي زيد والقاضي جعفر وابن الخليل. ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا أن تتبرع بها

قوله تعالى: ﴿إِن طَبَنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء]، ولم يفصل بين الخلع وغيره. وقوله ﷺ: ((إلا بطيبة من نفسه)) وقد طابت به نفساً. (بستان بلغظه).

(١) ينظر هل يعتبر نشوز الأمة؟ قولان، الظاهر أنه إذا كان العوض في ذمتها اعتبر، وإن كان على السيد بإذن أو تدليس لم يعتبر.

(٢) ارتكاب الفاحشة.

(*) الخوف على القول به.

(٣) قال الفقيه يحمي البحيح: وإذا كانوا يعتقدون أن العقد كالشرط لم يقع طلاق ولا براء. (غيث).

(*) فإن لم تقبل فلا شيء. (قرود).

(٤) والمذهب أنه لا يقع رجعيًا ولا بائنا، ولا فرق بين أن تكون هي الشارطة أو هو في أنه لا يقع الطلاق رأساً. (قرود).

(٥) المذهب لا يقع طلاق مطلقاً.

(٦) وهي الصورة الثالثة من صور «غالبا» في شرح الأزهار.

(٧) في المثلي، أو ما له قيمة في القيمي. (قرود).

(٨) منه. (قرود).

الزوجة^(١)، وقال الناصر والمنصور بالله وأحد قولي أبي العباس وتخريج المؤيد بالله: تحرم ولو تبرعت بها، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: تجوز الزيادة مطلقاً^(٢).

فرع: وإذا خالعتها على أكثر مما يجب فإن كان عقدا وقع الخلع^(٣) بقدر الذي يصح وبطل الزائد، وإن كان شرطاً فكذا أيضاً حيث هي الشارطة لطلاقه، وإن كان هو الشرط للعوض منها لم يقع الطلاق^(٤).

مسألة: وإذا خالعتها على نفقة عدتها وتربية أطفالها منه صح ولو لم يذكر قدر ذلك؛ لأن الخلع يقبل الجهالة الكلية عندنا^(٥)، وهو واقع في الحقيقة على مثل ما

(١) بعد نفوذ الطلاق. (عامر) (قرر).

(٢) وحجتهم أن البضع ملك للزوج فتجوز الزيادة؛ ولقوله ﷺ لأخت الخديري: ((ردى عليه حديقته وزيديه)). قلنا: معارض بما روينا، وهو أرجح؛ للحظر، ولعله ﷺ علم أن الزوج قد صير إليها غير الحديقة ما يجوز لأجله أخذ تلك الزيادة، هكذا ذكر هذه الحجج في الانتصار والبحر. (بستان).

(٣) المذهب يقع رجعيّاً ولا يلزم شيء، وفي الشرط لا يقع شيء مطلقاً. (قرر).

(٤) لأنه إذا بطل الشرط - وهو العوض - بطل المشروط، وهو الطلاق؛ لتوقف وقوع المشروط على الشرط. (بستان).

(٥) والوجه في قبول الجهالة أن خروج البضع لا قيمة له عندنا، والعوض ليس بعوض عنه، وإنما هو عوض عن فعل الطلاق^[١]؛ ولهذا لا يرد عندنا بالعيب ولا بالرؤية^[٢]، فلما لم يكن عوضاً حقيقياً أشبه الإقرار والوصية فقبل الجهالة مثلها، وسيأتي وجه قبولها للجهالة إن شاء الله تعالى. (شرح بهران).

[١] ولفظ المعيار: ولما كان العوض هنا في مقابلة إسقاط حق كان مخالفاً للقياس؛ إذ لا يصح أخذ العوض على إسقاط الحقوق، كالشفعة والخيار ونحوهما، لكن لما كان البضع شبيهاً بالمبيع في النكاح كان الخلع كالفسخ، بل قد ذهب كثيرون إلى أنه فسخ حقيقي؛ ولذلك لم يصح أن يجعل عوضه أكثر مما لزم بعقد النكاح عند جماعة، وخالفهم آخرون فجعلوه كبيع المشتري للسلعة من بائعها؛ ولذلك شبهه الشارع بالفداء، كأنها أزال الملك الطارئ بما بذلته من العوض فعاد الملك الأصلي، فأشبهه الملك الجديد كما أشار إليه الشارع في نظيره. (بلفظه).

[٢] بل يرد بالعيب والرؤية على المختار. (قرر).

عليها للزوج^(١)، ذكره في الشرح^(٢).

فلو طلبها تسلم له ذلك وهو ينفق عليها وعلى أولادها في كل وقت بما يجب فيه^(٣) كان له ذلك^(٤)، وإن ماتت أو مات الأولاد رجع عليها^(٥) بقدر ما بقي من المدة من العوض. وقال الشافعي: لا بد أن يذكر قدر ذلك، فإن لم استحق عليها مهر المثل، وتبقى نفقتها وأولادها عليه لهم، وقال الناصر: إذا كان العوض مجهولاً كعبد أو نحوه بطل الخلع، رواه في الكافي.

مسألة: وإذا خالعتها على مهرها وهو باق عليه صح وسقط عنه^(٦)، وإن كانت قد قبضته وهو باق بعينه صح وردته له، وإن كانت قد أتلفته أو وهبته له أو لغيره أو

(١) صوابه: على مثل ما عليه لها.

(٢) وهو الجواب الشافعي المختار.

(٣) الظاهر أنه يلزمها مثل نفقتهم إلى سن الاستقلال، زاد على السبع أم نقص، مع حياتهم، فإن ماتوا قبل الاستقلال فإلى السبع؛ رجوعاً إلى غالب استقلال الصبيان، ومن كان مجنوناً منهم فإلى الاستقلال إن حصل، وإن مات مجنوناً فإلى الغالب من عمر أهل الزمان؛ رجوعاً إلى الغالب كما في الأولاد الصغار. وقيل: إلى موته فقط. (بستان معني).

(٤) وإذا كانت معسرة لم يلزمها له شيء حتى توسر، ويجب عليه تسليم نفقتها ونفقة الأولاد وأجرة التريبة، ذكر معناه في الوايل. و(قررو).

(*) لأن اللازمين مختلفان، بيان ذلك أنه إذا أعسر الزوج لزمه التكسب لذلك، وإن أعسرت الزوجة لم يلزمها التكسب؛ لأن اللازم لها دين، وهو لا يلزم له التكسب. والله أعلم.

(٥) قال القاضي عبد الله الدواري: اللهم إلا أن يكون العرف أو التصريح بأن الخلع على ذلك مهماً بقيت الزوجة وبقي الأولاد فلا واجب بعد الموت، والله أعلم.

(*) أو على ورثتها.

(٦) حيث كان في الذمة، وإن كان معيناً ملكه. (قررو).

(*) فرع: فلو أمهرها عبد^[١] ثم خالعتها به استحق الوسط؛ إذ هو الذي ينكح به، وقد عينه في الخلع، فيتساقطان. وإن خالعتها بعبد غير معين فلها الأوسط بالنكاح وله الأوكس بالخلع؛ لما مر من الفرق بين دخول البضع وخروجه. (بحر).

[١] غير معين.

أبرأته منه قبل قبضه: فإن تصادقا على أنها أرادا الخلع على مثله صح ولزمها، خلاف الناصر، وإن لم يتصادقا على ذلك لم يصح الخلع عليه^(١)؛ لأنه معدوم، إلا حيث خرج عن ملكها وهو باق مع الغير فتجب قيمته^(٢).

مسألة: وإذا طلقها على مهرها قبل الدخول: فإن كانت قد قبضته رده له ومثل نصفه إن كان مثليا أو قيمة نصفه إن كان قيميا؛ لأنه رجع له بالطلاق قبل الدخول، وقد استهلكته بالمخالعة عليه، فتضمنه له. وإن لم تكن قد قبضته ضمننت له مثل نصفه أو قيمة نصفه، خلاف الناصر^(٣)، وإن كانت قد أبرأته من المهر ثم خالعتها على مثله سلمت له مثله لأجل الخلع، وأما ضمانها لنصفه لأجل الطلاق قبل الدخول فعلى قول أبي طالب: لا تضمنه له؛ لأنها لم تقبضه، وهو قول أبي مضر وابن أبي الفوارس، وعلى قول الفقيه يحيى البحيح: إنها تضمنه له وإن البراء كالتقبض. **فرع:** فلو قبضت نصف مهرها وأبرأت من نصف ثم طلقها قبل الدخول على نصفه استحق عليها نصفه بالخلع، وضمننت له نصف ما قبضته منه^(٤)، وأما نصف ما أبرأته منه^(٥) فالقولان^(٦).

(١) ويكون الطلاق رجعيا بالقبول في العقد، وهو ظاهر الأزهار في قوله: «ويبطل الخلع ببطلانه غير تغيير لا الطلاق». (قررو).

(٢) إن لم تملكه.

(*) حيث كان الزوج جاهلا لخروجه عن ملكها ولم يكن مبتدئا. (قررو). وأما إذا أجاز مالكة استحقه مطلقا، سواء علم أو ابتداء. اهـ حيث كان عقدا كما يأتي في فرع المسألة السابعة من هذه، والله أعلم.

(٣) فلا تضمن له ما لم تقبضه عنده؛ لأنه يكون زيادة على المهر. قال عنه في التقرير: وكذا إذا قبضت مهرها ثم وهبته للزوج لم يصح أن يخالعتها عليه ولا على مثله؛ لأنه قد رجع إليه. (بستان).

(٤) وهو الربع.

(٥) وهو الربع.

(٦) اختار في الغيث قول الفقيه يحيى البحيح لضمانه، ووجهه أنها قد استهلكت ما أبرأت منه، فيرجع له النصف لأجل كون الطلاق قبل الدخول ونصف بالمخالعة؛ لأن عقد الخلع إنما يتضمن النصف الذي تستحقه المرأة دون النصف الذي يرجع إلى المطلق قبل الدخول. قال مولانا عليه السلام: وهي مبنية على أنه قد سلم إليها النصف الآخر الذي لم تبريه منه. (غيث).

مسألة: وإذا خالعتها على عوض غير مهرها صح، ومهرها باق عليه^(١)، وقال أبو حنيفة: يسقط المهر بالعوض^(٢) سواء كان قليلا أو كثيرا، وكذا كل حق لها عليه وكل حق له عليها، حتى حق الشفعة والرد بالعيب إذا كان بينهما، فيتساقتان في ذلك كله إذا جاء بلفظ الخلع أو المبرأة، لا إن جاء بلفظ الطلاق فيوافقنا. وكذا نفقة عدتها تكون باقية عليه عندنا إذا كانت خائفة غير ناشزة^(٣)، أو ناشزة عند الخلع ثم زال النشوز.

مسألة: وإذا طلقها على البراء من نفقة عدتها فعلى قول المؤيد بالله يصح البراء^(٤) والخلع، وعلى قول الهدوية لا يصح البراء^(٥) ويقع الطلاق رجوعيا بالقبول في العقد، إلا أن يكون ثمة عوض آخر غير البراء كان الطلاق بائنا، وفي الشرط لا يقع الطلاق^(٦) ولو ذكر عوضا آخر مع البراء.

(*) المذهب يجب.

(١) فإن استويا قدرأ وصفة تساقطا، ذكره الفقيه يحيى البحيح وأبو مضر. (صعيتري).
 (٢) إذ الخلع مبارأة مطلقة، فأسقطت كل حق كالبراء المطلق، فيسقط بالخلع كل حق حتى الشفعة والرد بالعيب. قلنا: بل مبارأة على مال، فلا يتعدى عنه إلى غيره، كما لو قال: «أبرأتك من الشفعة» لم يسقط به غيرها. (بحر، وبستان).
 (٣) الخوف عندنا ليس بنشوز، فالنفقة لازمة، والخلع مع مجرد الخوف لا يصح كما تقدم. (قرور).
 (٤) وقواه في الأثمار، واختاره المفتي.
 (*) لأنه يصحح البراء من المستقبل.
 (*) وذلك لصحة الإبراء من الأجرة بعد عقد الإجارة وقبل استحقاقها بمضي المدة، فكذا في نفقة العدة. (بستان).

(٥) لأنه قبل ملكها. (بستان).

(*) لأنهم لا يصحون البراء من المستقبل.

(٦) قال في حاشية على الزهور ما لفظه: قال سيدنا عليه السلام: وإذا وقع الطلاق بشرط الحل والبراء من المهر الحاضر ونفقة العدة وهي ناشزة، وأبرأت زوجها من هذه الأشياء المذكورة لم يقع الطلاق عند الهادي عليه السلام؛ لكونه لم يصحح البراء من نفقة العدة^[١]، ولا عند المؤيد بالله؛ لكونها لا نفقة لها مع النشوز، وقد ذكر المؤيد بالله أنه إذا شرط طلاق امرأته إذا مات زيد وقد كان مات، أو شرط أن تبرئه وقد كانت أبرأته - فلا طلاق، والقصد من عقد العوام بقولهم: بشرط كذا إرادة الشرط الحقيقي، لا العقد، والله أعلم.

[١] ولا يكمل الشرط إلا بصحة البراء، ولا صحة له للعلة التي ذكرها. (سمع سيدنا حسن عليه السلام).

مسألة: وإذا خالعتها على أن تبرئه من مهرها فقبلت وامتنعت من البراء فقد وقع الطلاق بائناً وأجبرت على البراء^(١) إن أمكن، وإلا استحق عليها مثله.

مسألة: وإذا طلقها على عوض ليس بهال كدخول الدار^(٢) أو نحوه لم يكن خلعاً، وتطلق رجعيًا بالقبول في العقد أو بالفعل في الشرط.

مسألة: وإذا طلقها على ما ظنه مالا، نحو على حمل جاريتها أو فرسها، أو على ما في بيتها من المال أو من الدراهم، ثم بان أن لا شيء من ذلك: فإن كانت هي المبتدئة له بذلك فقد غرته، فيستحق عليها المهر^(٣)، خلاف الوافي والكافي^(٤)، وإن كان هو المبتدئ لها بذلك ولم يكن منها إيهام^(٥) بحصول ذلك فقال الفقيهان محمد بن سليمان وحسن: لا يلزمها له شيء، ويبطل الخلع، وقال الفقيه يوسف: إن إيجابتها له إلى ذلك تكون إيهاما بصحته؛ فيلزمها المهر^(٦)، وهو ظاهر كلام أبي طالب في الشرح. قال الفقيه محمد بن يحيى: والنظر فيما إذا خرج الحمل ميتا هل تضمنه له أم لا؟ والأقرب عدم الضمان؛ لأننا لا نعلم حياة الحمل^(٧)، ويكون الطلاق رجعيًا^(٨)، إلا إذا كان خروج الحمل بجناية فتجب الغرة^(٩).

مسألة: وهكذا إذا طلقها على هذا العبد فبان حراً أو على هذا الخل فبان خمراً ففيه التفصيل الأول^(١٠). وحيث يستحق عليها المهر لأجل التغيرير منها يكون

(*) لعدم صحة الشرط، وهو البراء. (بستان بلفظه).

(١) يقال: قد تساقطاً، فلا إيجاب ولا استحقاق. (دواري، ومفتي).

(٢) حيث لم يكن مثله أجره، وإلا صح حيث كان للزوج غرض، وإلا لم يكن الخلع صحيحاً. اهـ يقال: إذا سقطت الأجرة فقد صار إلى الزوج؛ لأنه الأمر.

(٣) مع جهله. (قرير).

(٤) فقلاً: لا يلزم شيء، ويكون الطلاق رجعيًا. (بستان).

(٥) بل لا فرق، وهو ظاهر الأزهار.

(٦) واختاره الإمام شرف الدين.

(٧) بل ولو علمنا وفرض حصول العلم وكان خروجه بغير جنابة؛ لأنه لا قيمة له قبل انفصاله. (قرير).

(٨) إذا كان عقداً، لا في الشرط فلا يقع شيء. (شرح فتح معنى).

(٩) للزوج. (قرير). ويكون خلعاً. (قرير).

(١٠) يعني: هل هي المبتدئة أو هو. (بستان).

مهر مثلها^(١)، ذكره الشافعي، ومثله في التذكرة، وذكره في موضع من الشرح واللمع، وذكر فيهما في موضع آخر المهر^(٢) ترده، فينظر في تحقيقه. ولعل المثل أولى؛ لأنه عوض البضع.

وإذا كان الزوج عالماً ببطلان العوض فلا يستحق عليها شيئاً^(٣)، وقال الشافعي: بل يجب له عليها مهر المثل^(٤). وكذا إذا قالت: «على ما في بطن جاريتي» ولم تقل: من الحمل أو «على ما في بيتي أو على ما في كيسي» ولم تقل: من المال أو الدراهم ونحوها - فلا شيء عليها له^(٥)، خلاف الشافعي. وعند الناصر والشافعي لا يصح الخلع على الحمل^(٦).

فروع: وإذا خالعهما على هذا الحر أو الخمر فبان عبداً أو خلا استحقه عليها^(٧) إن كان لها، وإلا فقيمتها، سواء كانا عالمين بذلك أو جاهلين، ذكره في الكافي، وقال الفقيه حسن: إذا كان الزوج عالماً^(٨) بأن العوض للغير^(٩) ولم يجز مالكة

(١) ما لم يجاوز مهر المثل اللازم لها بالعقد: المسمى والنفقة ونحوها كما مر. بل ولو جاوز اللازم؛ لأنها جنت عليه بالتغريب، ذكره في الغيث.

(٢) يعني: المسمى.

(٣) ولو هي المبتدئة، ويقع الطلاق بقبولها رجعيًا. (غيث).

(٤) وذلك بناء على أصله أن لخروج البضع قيمة، وعندنا لا قيمة له، وكذلك في كل صورة يبطل فيها العوض، فعندنا يقع الطلاق رجعيًا غالبًا، وعنده يجب مهر المثل. (بستان).

(٥) وذلك لأنه لا يقتضي المال، فقد رضي بخروج البضع من غير عوض. وعند الشافعي يجب مهر المثل؛ لأن خروج البضع له قيمة. (زهور).

(٦) وذلك لأنه مجهول. قلنا: الخلع يقبل الجهالة. (بستان).

(٧) وذلك لأن الإشارة أقوى من التسمية، فلا حكم للعبارة مع الإشارة. (بستان).

(٨) ومع جهله يستحق القيمة كما تقدم. وهل يشترط الابتداء؟ في بعض الحواشي: قيل: أو يبتدئ فلا شيء له. (قررو).

(*) قيل: أو مبتدئاً. (قررو).

(٩) أما لو كان العوض باقياً مع الزوج له فهل يكون ذلك كالغير أو لا يصح؛ لأنه لا يصح أخذ العوض من الزوج، ولا تتقدر الإجازة؛ لأنه المتملك؟ ينظر في ذلك. (منقولة من هامش بيان السيد صلاح الحاضري). يقال: قد ملكته ضمناً ثم انتقل إليه، فيلزمها القيمة مع جهله^[١]. (مفتي). ومثله عن الشامي.

[١] ولم يبتدئ. (قررو).

فلا شيء له (١).

مسألة: وإذا خالغ الذمي زوجته على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أحدهما فبعد قبضه تم الخلع، وقبل قبضه بطل الخلع (٢) ولم يستحق عليها شيئاً، ذكره في الشرح والتقرير. وهو يدل على أن عوض الخلع غير مضمون عليها قبل تسليمه، وقال في الكافي: إنه مضمون عليها إذا استحق أو تلف كما يضمن الزوج المهر قبل تسليمه لها، رواه عن القاسمية والناصر (٣) والحنفية، ومثله في البحر عن العترة وأبي حنيفة والشافعي.

الرابع: أن يكون العوض كله أو بعضه للزوج، فإن كان كله لغيره لم يصح الخلع، إلا في العبد إذا خالغ زوجته فيكون العوض لسيدة (٤).

مسألة: فلو طلقها على أن تهب له نصف أرضها ونصفها لابنه فوهبت كان الخلع على النصف الذي له (٥) دون النصف الذي لابنه، فلو رجعت فيما وهبت لابن فقال الفقيه علي: يصح رجوعها (٦)، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يصح؛ لأنه في مقابلة عوض (٧)، وقد حصل، وهو طلاقها (٨). قال المؤيد بالله: ولا بد من قبول

(١) لأن خروج البضع لا قيمة له، بخلاف النكاح. (زهور).

(*) فإن أجاز مالكة استحقه بعينه ولو مع العلم حيث كان عقداً. (قرير).

(٢) المذهب في هذه المسألة أنه إذا أسلم ولم يقبضه سلمت له قيمته، وإن أسلمت لا هو خلت بينه [١] وبين المعين، وسلمت له قيمة غير المعين، وإن أسلما معا قبل قبضه سلمت له قيمته، ووقع الطلاق في كل الوجوه خلعا. و(قرير).

(٣) في (ب): الناصرية.

(٤) نقل عن المؤلف أن العوض قد دخل في ملك العبد لحظة؛ إذ لولا ذلك لما صح الخلع. (شرح بهران).

(٥) بل على الجميع. والمذهب ما في البيان.

(٦) وذلك لأن العوض من غير المتهب. وهذا إذا كان الابن من غيرها، أو منها عند من أجازها، إلا إذا كان كبيراً فلا رجوع؛ لأنه رحم. (بستان).

(٧) الأولى: غرض.

(٨) خلعاً.

[١] قد تقدم في المهجور [٥] أنه يحمله إليها كالمسروق والمغصوب، فيأتي هنا مثله. (سماح سيدنا حسن الشيباني رحمته الله) (قرير).
[٥] في الثالث من فصل: والمهر يفسد لأحد أمور ثلاثة.

الزوج^(١) لما وهبت له ولما وهبت لابنه إن كان صغيراً أو كبيراً وأجاز من بعد^(٢). قال الفقيه علي: ويكفي القبول للهبة لوقوع الطلاق وإن كانت لا تتم إلا بالقبض على قول المؤيد بالله، ولعله يكون الطلاق رجعياً إذا لم يحصل القبض^(٣).

مسألة: وإذا طلقها على رد ما معها له من غضب أو وديعة لم يكن خلعا، إلا أن يذكر عوضاً غيره معه وقع الخلع بالعوض.

مسألة: وإذا خالعت الرجل زوج ابنته الصغيرة^(٤) أو الكبيرة على مهرها ولم تجز الكبيرة وضمن الأب^(٥).....

(١) ولم يجعل المؤيد بالله سؤال الزوج في هذه مسألة يعني عن القبول، بل قال: إنه لا بد من قبوله، ومثله في حواشي الإفادة. قال الفقيه يوسف: والوجه فيه أنه جاء بسؤاله للهبة مشروطاً، وهو قوله: إذا وهبني فأنت طالق، فلم يجعل ذلك سؤالاً كافياً عن القبول. قال في التذكرة: وكذا إذا جاء بلفظ العقد، نحو: «علي أن تهبني ألفاً» فإنه لا يعني عن القبول. (كواكب باللفظ).

(٢) فإن لم يجز أو لم يقبل لم يقع الخلع. (قررو).

(٣) وعند الهدوية يقع بالقبول خلعا. (كواكب).

(٤) والحيلة من زوج الصغيرة في عدم رجوعها عليه أن يحيل بما عليه الأب، أي: يحيل الأب على نفسه بمهر ابنته؛ لأنه قد صار ضميناً للزوج، ولكن هذا إذا كان لها صلاح فيه، فإن بلغت وادعت أنه لا صلاح لها في الحوالة ففي قبول قولها الخلاف [١]. فمن يجعل الظاهر في الأولياء الصلاح لا يقبل قولها، ومن يقول: الأصل عدم الصلاح يقبل قولها. (صعيتري). ولفظ حاشية: والحيلة أن يقول الزوج للأب: قد أحلتك على نفسك بمثل ما لزمي لبنتك، ويقول الأب: قبلت، فلا يكون لها الرجوع بشيء. (شرح مذاكرة). ولا بد أن يكون الأب غنياً وفاقاً غير متغلب.

(٥) هذا على قول السيدين: إنه لا يلزمه إلا إذا ضمن به، وأما على إطلاق الهادي عليه السلام فهو يلزمه ولو لم يضمن به. (كواكب، وبستان).

(*) ما يقال فيمن قال لزوجته: «خالعتك بجميع حقوقك» فقالت: «أنت بريء» هل هو عقد أو شرط أو لا أيهما؟ الجواب عن ذلك أن ذلك عقد، يقع الخلع بائناً إذا كانت ناشزة، وإلا كان رجعياً. وسؤال آخر فيمن قال: «خالعت زوجتي بجميع حقوقها إلى رقبة فلان» وقبل ذلك فلان، فهل يكون ذلك التزاماً للزوج بمهر زوجته؟ الجواب: أنه يكون خلعا، ويلزم الرجل القابل مثل حقوق الزوجة للزوج. (نقل هذا من خط الإمام محمد بن علي الوشلي بالمعنى) (قررو).

[١] المذهب أن القول قولها. و(قررو).

للزوج^(١) ما لحقه منها صح الخلع^(٢) ومهرها باق على الزوج، ولها طلبه، فإذا طلبته رجع الزوج على الأب؛ لأن ذلك ضمان درك^(٣). وإن ضمن له بمثل المهر فلعله يثبت للزوج الرجوع عليه قبل طلب الزوجة له. قال الفقيه يحيى البحيح: وكذا لو قال لغيره: «هب أرضك لفلان وأنا ضامن لك بقيمتها^(٤)» أو «وعلي

(١) لفظ الصعيتري: قوله: فلو خالع الولي زوج طفله وضمن المهر فلا يلزمه ويرجع عليه الزوج إذا طالبته به إلا إذا ضمنه، وقد قدمنا ما قاله ابن أبي الفوارس والتفريعات من أنه يصير ضامناً له بقبوله الخلع، ولا فرق بين أن يكون القابل ولياً أو أجنبياً؛ لأن لزومه ليس إلا بالضمان، ولكنه يقال: الضمان إنما يصح لمن له الحق، وهذا الضمان لمن عليه الحق، وهو الزوج، وأجيب عنه بوجهين: الأول: أنه من باب البذل والالتزام؛ فلذلك لزمه، وهم مختلفون هل من ألزم نفسه مالا لغيره يلزمه مطلقاً أو لا يلزمه إلا إذا قابله غرض للملتزم، فقال الفقيه حسن: يلزم من التزم مالا لغير من غير فرق بين أن يكون في مقابلة غرض أو شرط أو لا في مقابلة شيء؛ لمعوم قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]، وقوله ﷺ: ((المؤمنون عند شروطهم))، وقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف]، وهذا من باب البذل والالتزام، ولقوله ﷺ: ((الزعيم غارم))، وهو ظاهر كلام الشرح؛ لأنه جعل ما يلزم الأب في ذلك من قبيل ضمانه التبرع، واحتج عليه بخبر أبي قتادة، وهو أن جنازة حملت ليصلي عليها النبي ﷺ فقال: ((هل على صاحبكم دين؟)) فقالوا: نعم ديناران، فقال ﷺ: ((صلوا على صاحبكم))، فقال أبو قتادة: هما علي، فصلى عليه النبي ﷺ... الخبر. وقال الإمام المهدي علي بن محمد ﷺ والفقيه علي: إنه لا يلزم إلا إذا كان في مقابلة غرض أو شرط، وصح في مسائلنا هذه لما كان في مقابلة غرض، وهو فراق الابنة، ويقولون: إن قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ جُمْلٌ بِعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ قد قابله صواع الملك، ويحملون سائر ما ورد من ذلك على أنه في مقابلة غرض أو مال. والجواب الثاني: أنه إنما صح هذا الضمان لأنه يؤدي إلى أن يكون الضمان لمن له الحق؛ لأنه إذا دفع الزوج لها كان صاحب الحق على الضمين، وكان الأب كضمين الدرك؛ لأنه يرجع عليه الزوج بما تبعه من ابنته، والله أعلم. (صعيتري بلفظه).

(٢) هذا ذكره المؤيد بالله والقاضي زيد والفقهاء، وقال في المذاكرة: يكون رجعيًا؛ لأن العوض وجب بالضمان لا بالطلاق، وهو مفهوم كلام أبي العباس في اللمع، قال الفقيه يحيى البحيح: والصحيح أن الضمان في مقابلة الطلاق. (بستان).

(٣) يعني كأنه قال: ما دفعته لها فأنا ضامن لك بمثله أو قيمته. (بستان بلفظه).

(٤) لعله على أصل السيدين أنه لا يلزمه القيمة إلا إذا ضمن، وأما على إطلاق الهادي فهو يلزمه ولو لم يضمن به كما ذكر عنه في البستان على أول المسألة، وقد مر الكلام في الفرع الأول من فصل الخلع. (عن سيدنا حسن بن أحمد الشيبيني).

قيمتها» فإنه يصح ذلك.

مسألة: وإذا خالعتها على عوض ثم قال: «ومتى راجعتك رجعت علي به» فلا حكم لذلك^(١). فإن قال: «خالعتك على كذا على أن يكون لي الرجعة عليك» وقبلت فقال المؤيد بالله وأبو حنيفة: يصح الخلع ولا يصح الشرط^(٢)، وقال الشافعي وابن أبي الفوارس: يصح الشرط ويبطل الخلع ويكون الطلاق رجعياً.

الخامس: اللفظ، وهو على ثلاثة أضرب^(٣): الأول: العقد، وهو ما جاء فيه بـ«علي» أو باللام أو الباء الزائدين^(٤)، نحو: علي كذا أو لكذا أو بكذا، ونحو: علي شرط كذا أو بشرط كذا، إلا أن يكون عرفهم يستعملونه للشرط كان شرطاً^(٥)، فلا يقع الطلاق إلا بحصول الشرط، ويعتبر حصوله في المجلس^(٦)

(١) هذا وفاق؛ لوقوعه بعد تمام العقد وعدم تعلقه به. (بستان).

(٢) وهو الأزهار: ويلغو شرط صحة الرجعة.

(*) قال في شرح الإبانة: وهو قول عامة أهل البيت عليهم السلام. (شرح أزهار).

(*) المراد بالشرط هنا هو العقد، وأما صيغة الشرط نحو: «أنت طالق على ألف بشرط أن يكون لي عليك»^[١] فلا يلغى ولا يقع الطلاق لا رجعياً ولا بائناً. (شرح فتح).

(٣) قال في الزهور: وهو على وجوه أربعة: عقد وشرط وعدة وخطاب.

(٤) يعني أن أصل الكلمة ألف، والباء واللام زائدتان عليها. (بستان). ولفظ حاشية: قوله:

«واللام الزائدين» يعني على أصل الكلمة، كأن يقول: بألف، فالكلمة: ألف، والباء زائدة،

وكذا اللام. وأما على ألف فليس هي زائدة؛ لأنها كلمة وحدها. (هامش تذكرة).

(٥) اعلم أنه عقد في وضع الشرع لأجل الباء الزائدة، ولكنه قد صار مستعملاً في العرف بمعنى

الشرط في أغلب الأحوال. (بستان).

(٦) للعرف باعتبار المجلس في الشرط.

[١] أما «بشرط أن يكون..» الخ فهو عقد حيث لا عرف أنه شرط كما ذكره في البيان في الخامس، فالأولى في

المثال كلام حاشية السحوي، وهو ما لو قال: «خالعتك على ألف إن كان لي عليك الرجعة» أو «إذا أو

متى كان لي عليك الرجعة» فلا يقع طلاق أصلاً وفاقاً. (حاشية سحوي).

أو في مجلس العلم به، إلا أن يريد به متى حصل الشرط قريباً أو بعيداً كان شرطاً محضاً. قال الفقيه يحيى البحيح: وكذا «حتى تعطيني كذا» فهو عقد^(١)، وقال الفقيه محمد بن يحيى: إن «حتى» وعدية لا عقدية. وكذا قوله: «طلاقك بصدائقك أو ببراءتك» فهو عقد^(٢).

مسألة: والعقد يفتقر إلى القبول في المجلس^(٣) قبل الإعراض إن كان القابل حاضراً، وإن كان غائباً ففي مجلس علمه^(٤) به قبل الإعراض، وإن قبل له غيره وأجازه صح، وإن تقدم منه سؤال أغنى عن القبول، وإن وقع منه امتثال أغنى عن القبول، نحو قوله: «طلقتك على أن تبرئني أو تهبيني» فقالت: «أبرأت أو وهبت» وقبل الهبة صحت الهبة والخلع. ونحو قوله: طلقتك على أن تقومى» فقامت أو «على أن لا تدخلني» وهي متهيأة^(٥) للدخول فتركت، فيقع الطلاق رجعياً، لا إن كانت ساكنة فلا يقع الطلاق إذا لم تقبل. فإن قال: «على أن تدخلني» فدخلت فقال الفقيه حسن: يقع الطلاق^(٦)، وقال الفقيه علي: لا يقع

(١) وصورته: «أنت طالق حتى تعطيني كذا».

(*) وذلك لأنها بمعنى اللام، فصارت من أدوات العقد، ومثله في البحر. (بستان).

(٢) للعرف به، ذكره المنصور بالله. (بستان).

(٣) يعني فلو وقع القبول في مجلس آخر لم يقع الخلع بلا إشكال. قال الفقيه حسن: ويقع الطلاق رجعياً، وقال الفقيه علي: لا يقع. واستقره في الغيث. (بستان بلفظه).

(٤) وهذا خاص في الخلع والعتق فقط، دون سائر العقود فلا يصح القبول في غير مجلس العقد، ذكر ذلك ابن مفتح. والفرق بينها أن الطلاق يصح بغير عوض وبعوض بخلاف البيع.

(٥) في (ب): مهتمة.

(٦) وذلك لأنها إذا قامت ودخلت فقد حصل الامتثال في المجلس. (بستان).

(*) فإن بعدت الدار عن المجلس فامتثالها النهوض إليه. (بحر). فإن حصل لها عذر منعها من الدخول^[١] كموت أو نحوه فقد وقع الطلاق بالنهوض. لكن ينظر هل يقع من عند التعذر أو من حين الإيقاع ويكون التعذر كاشفاً؟ (شامي).

[١] المختار أن النهوض كافٍ ولا يلزمها الدخول مطلقاً، سواء تعذر أم لا. (قرر).

إن لم تقبل؛ لأن الدخول يقع بعد مفارقتها المجلس، فلا حكم له.
مسألة: ولا يصح رجوع الزوج في عقد الطلاق على عوض قبل قبولها^(١)،
ويصح رجوع الزوجة في عقدها^(٢) قبل قبول الزوج له^(٣)، نحو قولها: «أبرأتك
أو وهبتك هذا على أن تطلقني» ثم رجعت عن ذلك قبل يقبل الزوج.

مسألة: وإذا قال لها: «بعتك نفسك بمهرك أو بألف» وقبلت فهو كناية في
الطلاق يصح به إذا نواه^(٤) أو تقدمت المواطأة^(٥) عليه أو طلبها للطلاق^(٦). وكذا
لو قال الغير: «بعت مني زوجتك^(٧) بكذا» فقال: «بعث أو نعم» ونوى طلاقها،
ذكر ذلك المؤيد بالله^(٨)، وحيث أراد به البيع لا يقع شيء.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق على برائي أو على أني بريء من مهرك»
فقال: «قبلت أو أبرأت» صح البراء والخلع. وكذا إذا قالت له: «أبرأتك على

(١) وذلك لأنه عقد طلاق وله قوة، فكان كالرجوع عن المطلق. (بستان).

(٢) لأن عقدها على مال، فليس رجوعها عن الطلاق، بل عن المال. فأما الشرط فلا يصح
الرجوع فيه منها معاً، وهذا على المختار في البحر للمذهب. (بستان).

(٣) فإن تقارن الرجوع وقبول الزوج فلعله يصح رجوعها ويكون الطلاق رجعياً. (حاشية
سحولي) (قررو). فإن التبس فالأصل عدم الرجوع عند الهادي عليه السلام. (قررو).

(٤) ويكون خلعاً. (قررو).

(٥) في بيان المفتي بخطه: ينظر. ولعل وجه النظر أن تقدم المواطأة لا يلحقه بالصریح، فلا بد من النية. وهو
يشبه كلام الفقيه محمد بن سليمان في تنبيه شرح الأزهار. ولعل هذا وجه النظر. (شامي).

(٦) هذا على القول بأنه إذا تقدم سؤال الطلاق كان الجواب صريحاً ولو طلق بالكناية، والمذهب أنه
يكون كناية، فلا يقع إلا بالنية. (قررو).

(٧) مسألة: قال الإمام المهدي عليه السلام: إذا باع رجل زوجته من رجل بزوجه ورأس بقرة^[١] وقبل
الآخر طلقت زوجة الذي شرط رأس بقرة، واستحق ما شرط، ويكون الطلاق خلعاً،
وتطلق زوجة الآخر رجعياً إذا نواه.

(٨) ويكون خلعاً في الجميع. (قررو).

[١] معين أو غير معين. (شامي) و(قررو).

طلاقي أو على أي طالق» فقال: «قبلت» صح الطلاق^(١) والبراء. **مسألة:** وإذا قال: «طلقتك على أن تبرئيني» فقالت: «أبرأتك» صح الطلاق^(٢) والبراء، وإن قالت: «قبلت» صح الطلاق^(٣) لا البراء، لكن تكلف عليه^(٤) وعلى أحد قولي المؤيد بالله: قد وقع البراء. وكذا إذا قالت: «وهبت لك هذا أو أبرأتك على أن تطلقني» فإن قال: «طلقت» صح الكل، وإن قال: «قبلت» صح البراء أو الهبة لا الطلاق، فإذا امتنع من طلاقها كان لها الرجوع في الهبة والبراء^(٥).

مسألة: وإنما يصح الخلع على البراء إذا كان المهر ديناً، فأما إذا كان عينا فالبراء من الأعيان إباحة^(٦) لا يصح الخلع عليها، بل يقع الطلاق بالقبول في العقد رجعيًا، وفي الشرط لا يقع، إلا أن يجري العرف بأن البراء من الأعيان يستعمل بمعنى الرد والفسخ للمهر فإنه يصح^(٧) إذا قبله الزوج في المجلس أو في مجلس علمه حيث هو غائب، لا إن قبله له غيره ثم أجاز^(٨)، وإن جعلناه تمليكا احتاج القبول في المجلس وكون المهر معلوما^(٩)، وإذا قبل له غيره ثم

(١) مع النية. (قررو).

(٢) خلعا. (قررو).

(٣) خلعا. (قررو).

(٤) وعلى قياس قول الدواري فيما تقدم يتساقطان ولا إيجاب ولا استحقاق، والله أعلم.

(٥) فإن طلق لم يكن لها الرجوع، ويكون خلعا، وقيل: رجعيًا.

(٦) وهذا مبني على أحد قولي المؤيد بالله: إن البراء من الأعيان إباحة، وعلى أحد قولي وأبي العباس: إنها تصير أمانة فقط كما يأتي في باب الإبراء إن شاء الله تعالى. وإنما يكون البراء إباحة في الأمانة كما يأتي. (قررو).

(٧) يعني الخلع.

(٨) لأن الفسخ لا تلحقه الإجازة؛ إذ ليس عقدا، والإجازة إنما تلحق العقود. (بستان).

(٩) في غير عقد الخلع؛ لأنه فيه يقبل الجهالة، فلا يشترط أن يكون معلوما.

أجاز صح ذلك، ذكره الفقيهان حسن ويوسف.

مسألة: وإذا كان العوض ليس بهال نحو دخول الدار فإنها تطلق بالقبول^(١)، ولا شيء عليها إن لم تدخل من بعد^(٢)، وقال القاضي زيد: لا يحتاج قبولاً^(٣). وقال الشافعي: إذا لم تدخل لزمها مهر المثل.

الثاني: الشرط، وحروفه: إن وإذا وإذا ما ومتى ومتى ما ومهما ومن وأي وكلما، فلا يحتاج قبولاً، ولا يصح الرجوع فيه مطلقاً^(٤)، ولا يقع الطلاق حتى يحصل الشرط ولو طالت المدة، إلا أن يعلقه بوقت ففيه، ويعتبر حصول النشوز فيه حال حصول الشرط، فإذا لم يكن منها نشوز ولا ما في حكمه^(٥) بطل العوض والخلع ولم يقع الطلاق، قال الفقيه يوسف: إلا أن تفعل البراء حيث هو الشرط أو الهبة ونحوها لا لأجل الطلاق المتقدم، بل لله تعالى أو للرحامة أو لعوض آخر فإنه يصح ويقع الطلاق^(٦) رجعيًا إذا قبل هبتها.

(١) رجعيًا. (قرر). حيث لم يكن لمثله أجرة، وإلا كان خلعا. (قرر).

(*) وذلك لأنه عقد فلا بد من القبول، قال عَلَيْكَ: ويكون رجعيًا؛ لأنه لا قيمة لدخول الدار. وحجة القاضي زيد أنه ليس بهال فلماذا لا يحتاج قبولاً. وحجة الشافعي أن لخرج البضع قيمة، ونحن لا نسلم ذلك. (بستان).

(٢) لأن الدخول لا يصح أن يكون عوضاً عن الطلاق؛ لأن العوض يجب أن يكون مالا، ودخول الدار ليس بهال. (غيث).

(٣) لعله يعني أن العقد كالشرط فلا حكم للقبول باللفظ، وإنما يعتبر بوقوع الشرط، فلو قال: «على أن تدخل الدار» لم تطلق إلا بدخول الدار ولو دخلت في غير المجلس كالشرط، فأما أن القاضي زيد يقول: يقع وإن لم تدخل فهذا بعيد جداً؛ لأن هذا إفراط في الجهل. (غيث).

(٤) سواء رجع هو أو هي. (بستان).

(٥) بأن تكون خاتمة لعدم قيامها بما يجب له عليها في المستقبل كما مر. والمذهب خلافه.

(٦) وفيه نظر؛ لأنه لم يحصل شرط الطلاق؛ لأنه علقه ببرائها لأجل الطلاق، وبرأؤها وقع لله، فيحقق كلام الفقيه يوسف. (مفتي). فلا يقع لا رجعيًا ولا بائناً. (قرر).

مسألة: وإذا قال: «طلاقك براءك» فمتى أبرأته طلقت^(١)، أو قال: «طلاقك خروجك» فمتى خرجت طلقت^(٢)، ذكره المنصور بالله^(٣)، خلاف الإفادة^(٤).

مسألة: وإذا قال لغيره: «متى سلمت لي امرأتي مهرها أو كذا فطلقها» فهذه وكالة مشروطة بالتسليم، فإن حصل ثم طلقها الوكيل صح وكان رجعياً؛ لأن الزوج لم يملك العوض بمجرد التسليم^(٥)، فإن كان مراده تسليماً يوجب الملك لم تصح الوكالة^(٦) ولا الطلاق^(٧)، ذكره المؤيد بالله. قال في الكافي^(٨): إلا أن يقع التسليم على وجه يوجب الملك، نحو أن تملكه إياه ويقبل، أو تعطيه إياه^(٩) بحيث يفعل فيه ما شاء - فإنه يصح الطلاق ويكون خلعا^(١٠).

(١) خلعاً. (قرئ).

(٢) رجعياً.

(٣) وذلك للعرف به. وحجة الإفادة أن الخروج ليس بطلاق. قلنا: الشرط فيه مقدر، فكأنه قال: إذا أبرأتني أو إذا خرجت، كما إذا قال: أنت طالق للسنة، فالشرط فيه مقدر، متى صلحت لها طلقت. (بستان).

(٤) فلا يقع شيء؛ لأنه ليس بمعنى الشرط.

(٥) ويكون التسليم إباحة إن سلمته ليستهلكه. (مفتي).

(٦) إذ من شرط الوكالة صحة الملك، ولم يحصل.

(٧) لعدم صحة الوكالة؛ لأن التسليم لم يوجب الملك، وهي مشروطة به، ولم يحصل، فلا وكالة ولا طلاق. اهـ. يقال: الإرادة ليست شرطاً، فينظر، والله أعلم.

(٨) قوي إلا في الطلاق فيكون رجعياً. (قرئ).

(٩) ينظر هل مجرد الإعطاء يفيد التمليك؟ يقال: هذا الكلام كله للمؤيد بالله عليه السلام، والمعاطة عنده تفيد التمليك، لأعندنا.

(١٠) بل يكون رجعياً عندنا.

(*) والأقرب أنه يكون كالعدة على الخلاف فيها، وعندنا يكون المال قبل الطلاق هبة لها الرجوع فيها، وإن ملكته فكسائر التمليكات، ويكون الطلاق رجعياً لا خلعاً.

الثالث: العدة^(١)، نحو قوله: «أبرئني وأنا أطلقك» فأبرأته في المجلس ثم طلقها فيه، أو قالت له: «طلقني وأنا أبرئك» فطلقها في المجلس وأبرأته فيه - فعلى أحد قولي المؤيد بالله وأبي العباس والكني وابن الخليل لا يكون خلعا^(٢)، وعلى أحد قولي المؤيد بالله وأبي مضر يكون خلعا.

فرع: وإذا امتنع من الطلاق بعدما أبرأته فلها الرجوع في البراء، خلاف الناصر وأحد قولي المؤيد بالله. فإن وقع الطلاق منه في مجلس آخر أو وقع البراء منها بعد الطلاق في مجلس آخر كان رجعيًا لا خلعا وفاقا، قال الفقيهان يحیی البحيح وعلي: إلا أن يقول: «طلقتك لأجل برائك» أو تقول هي: «أبرأتك لأجل طلاقك» بقي الخلاف^(٣).

فرع: وإذا قال: «أنت طالق» فقالت: «وأنت بريء» فهو رجعي، وإذا راجعها فقد سقط مهرها، ولو قال: «راجعتك على جميع حقوقك» - كما يعتاده كثير من الناس - فلا يعود مهرها^(٤)، فإن ادعت أنها ما أبرأته إلا تريد البيئونة منه فلها الرجوع في المهر إذا صادقها على مرادها أو بينت به على إقراره أو على ما عرفوا من شاهد حالها^(٥)، وإن لم حلف لها ما يعلم ولا يظن أنها أرادتها^(٦).

(١) بالتخفيف.

(*) الرابع: الخطاب، وهو أن تقول لزوجها: «طلقني» فيقول: «أبرئني» فتبريه ثم يطلق ولا يعلق البراء بالطلاق، فهذا رجعي، دل عليه مسألة ذكرها المؤيد بالله في الزيادات. (زهور).

(٢) بل رجعيًا؛ لأنه ليس بعقد ولا شرط.

(٣) في العدة، والمذهب أنه لا يكون خلعا، بل رجعيًا. (قرير).

(٤) ولفظ الغيث: فصل: وإذا قال: راجعتك على ألف لزم؛ إذ هو كالزيادة في المهر، بخلاف ما إذا قال: على مهرك لم يلزم، باقيا كان أم تالفا. وفي الصعيتري: مسألة: وتصح الرجعة بلا مهر، فإذا راجعها على المهر لم يلزمه؛ لأن الرجعة قد تمت بقوله: راجعتك.

(٥) فائدة في الشهادة على شواهد الأحوال.

(٦) أي: البيئونة.

فَرَعٌ: وهكذا إذا قالت: «طلقني وأنت بريء» فطلقها فهو رجعي^(١)، إلا أن يعرف من قصدتها أنها ما أبرأته إلا للطلاق فيكون على الخلاف في العدة^(٢). وكذا إذا قال: «طلقتك لأجل برائك»^(٣).

مسألة: وإذا قالت: «طلقني ولك ألف» فطلقها كان رجعياً؛ لأنه لم يملك العوض^(٤)، وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد: بل يلزمها له الألف ويكون خلعا. قلنا: وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره: «خط لي هذا الثوب ولك ألف» أو نحو ذلك فهذه جعالة^(٥) عقدها غير لازم، فإذا وقع الفعل لزم العوض^(٦)، ذكره في الكافي، ولعله كقول المؤيد بالله والمرضى في الإجارة الفاسدة: إذا كانت

(١) لأنه ليس بشرط ولا عقد ولا عدة. (غيث).

(*) وقد برئ من مهرها. ولفظ الغيث: فأما لو قالت: «طلقني وأنت بريء من مهري» فقد برئ من مهرها سواء طلق أم لا، وليس لها الرجوع إذا لم يطلق. وإذا طلق فهو رجعي عندنا وعند المؤيد بالله ولو كان في المجلس؛ لأن هذا ليس بعقد ولا شرط ولا عدة. (بلفظه). إلا أن يعرف من قصدتها أنها ما أبرأته إلا ليطلق، أو قصدت بذلك الشرط وتصادقا عليه - فلها الرجوع. (قررو). هذا بناء على أنه يصح الشرط بالنية، وقد تقدم صحته بالنية للمصنف في قوله: مسألة: وإذا كتب: أنت طالق ثم استمد بالقلم.. إلخ قبل فصل الحلف بالطلاق بعشرين مسألة. (من خط سيدنا حسن).

(٢) المذهب رجعياً.

(٣) يعني فعلى الخلاف في العدة.

(*) ينظر، فهذا عقد. اهـ المسألة مبنية على أنه قد تقدم البراء منها فلا أثر للعقد، فلو لم يفرض ذلك وأبرأته من بعد كان خلعا. (شامي) (قررو).

(٤) وذلك لأنه ليس بشرط ولا عقد ولا تعلق له بما قبله، بل كلام منقطع؛ لأن الواو دالة على الاستئناف، ولا تعلق لها بالأول على حال. وحجة الآخرين أنها استدعته الطلاق بالعوض فكان عقدا. قلنا: لا شيء من أدوات العقد فيه يقتضي التعليق. (بستان).

(٥) أي: إجارة.

(٦) وهو أجرة المثل.

الأجرة مسماة معلومة وجبت^(١).

مسألة: وإذا قالت: «طلقني ثلاثاً على ألف أو بألف» فطلقها واحدة استحق ثلث الألف، وإن زاد ثانية فثلثيه، وإن زاد ثالثة فكله إذا وقعت كلها في المجلس^(٢) وتخلل بينها عقدان^(٣) ونشوزان^(٤). وعلى قول المؤيد بالله: لا يحتاج إلى ذلك، بل يطلقها ثلاثاً بلفظ واحد. وقال أبو حنيفة: لا يستحق شيئاً إلا بكامل الثلاث في قولها: «على ألف^(٥)».

مسألة: وإذا قالت: «أبرأتك إذا طلقني ثلاثاً» أو «إذا طلقني ثلاثاً فلك علي ألف» لم يبرأ ولا يستحق شيئاً من الألف حتى يطلقها ثلاثاً ويراجع بين كل طلقتين؛ لأن الأولتين رجعتان والثالثة خلع^(٦).

مسألة: وإذا قالت: «طلقني ثلاثاً على ألف» ولم يبق لها من الطلاق إلا واحدة فطلقها واحدة فقال الشافعي: يستحق الألف كله^(٧). وقيل^(٨): ثلثه فقط. وقيل^(٩):

(١) والمذهب أن اللازم أجرة المثل. (من بيان حثيث). في غير المحقر. (قرر).

(*) وعندنا أجرة المثل لا المسمى. إذا لم يكن محقراً، وإلا لم يبرأ ما شرط. و(قرر).

(٢) فإن كان الطلاق الثاني في مجلس آخر لم يستحق عليها شيئاً من العوض؛ لأن عقده قد بطل بافتراقها. و(قرر).

(٣) ولا يكون العقد الثاني إعراضاً؛ لأنه اهتمام. و(قرر).

(٤) ومثله في شرح الأزهار، ولفظه: ولا بد من النشوز بعد كل عقد ولا يكتفى بالنشوز الأول. (بلفظه). حيث لم يستمر، فإن استمر كفى. و(قرر).

(٥) فأما قولها: «بألف» فيستحق بالواحدة ثلث الألف كقولنا. (برهان).

(٦) ويعتبر النشوز حالها. (كواكب). أي: الطلقة الأخيرة.

(٧) لأن المقصود البيئونة الكبرى، وقد حصلت. (بستان). ولا فرق بين العلم والجهل. وقرره الشامي، واختاره الإمام يحيى للمذهب.

(٨) ذكره المزني، واختاره الإمام يحيى للمذهب. (بستان بلفظه).

(٩) ذكره المروزي. (بستان).

(*) وقواه الإمام المهدي عليه السلام في البحر.

إن كانت عاملة بأنه لم يبق لها إلا واحدة استحقه الكل، وإن لم فثلثه^(١).
 فرع: وإذا قالت: «طلقني عشراً على ألف» فطلقها ثلاثاً استحقه الكل، وإن
 طلقها واحدة أو اثنتين فهل يستحق بقسطها من الثلاث أو من العشر؟ فيه
 وجهان، الأرجح من الثلاث^(٢).

مسألة: وإذا قالت^(٣): «سألتك تطلقني ثلاثاً على ألف» فقال: «بل واحدة
 وقد فعلت» استحق ثلثه^(٤)، وعليه البينة في الزائد؛ لأنه يدعي استحقاؤه^(٥).
مسألة: وإذا قال: «أنت طالق ثلاثاً على ألف» فقالت: «قبلت واحدة بثلاث
 الألف» لم يقع شيء^(٦)؛ لأنه لم يرض بالبينونة إلا بكمال الألف^(٧). وكذا إذا

(١) لأن مع علمها بأنه لم يبق إلا طلقة قد رضيت باستحقاقه الألف، ومع جهلها لم ترض إلا
 بالثلاث، لكنها قد تعذرت الثلاث فاستحق ثلث الألف. (بستان).

(*) قلت: وهو الأقرب. (بحر).

(٢) واختار في الغيث أن بواحدة العشر، وبالثلثين الخمس، وبالثلث الكل.

(*) المختار من العشر، وعليه الأزهار بقوله: حسب الحال. (قرر).

(٣) يعني اختلفاً. (غيث).

(٤) لأن القول قوها في قدر العوض، وتبقى باثنتين؛ لأن القول قوله في عدد الطلاق، وقد ذكره
 الفقيه حسن. (قرر).

(٥) يعني: وقد اتفقا على البينونة وعلن أنها في يد نفسها. (بستان).

(*) ولعله يقال: قد تصادقا على الألف وادعت الزيادة في الطلاق، فعليها البينة، كما لو اتفق

البائع والمشتري على الثمن وادعى المشتري الزيادة في المبيع فعليه البينة. (عامر). يقال: لا

قيمة لخروج البضع. وقرر عن سيدنا حسين بن محمد المغربي.

(٦) ولو قالت: «قبلت واحدة بألف» صح الطلاق واستحق الألف؛ لأنه قد حصل غرضه -

وهو الألف - وغرضها، وهو البينونة. (عامر). وقيل: لا يصح؛ لأنه غير مطابق. اهـ فلو

قالت: «قبلت» وأطلقت كانت واحدة ولزم ثلث الألف، ويحتمل أن يجب الألف. ولفظ

حاشية: فإن قالت: قبلت مطلقاً أو قالت: قبلت واحدة وسكتت فيحتمل أنه يستحق الألف

كله؛ لأنه لا يقع إلا واحدة والزائد عليها لغو. (كواكب).

(٧) فإن قالت: «طلقني ثلاثاً بألف» فطلقها واحدة وقعت ولزم ثلث الألف. قلت: وفي الفرق

نظر؛ إذ لم ترض هي ببذل العوض إلا في مقابلة البينونة بالثلث. (بحر بلفظه).

طلقها على ألف منها ومن غيرها فقبلت ولم يقبل الغير لم يقع شيء^(١).
مسألة: إذا قالت: «طلقني واحدة على ألف» فقال: «طلقتك ثلاثاً» وقعت واحدة عند الهادي واستحق الألف، وقال أبو حنيفة: تقع الثلاث ولا يستحق شيئاً^(٢).
 وإذا قالت: «طلقني بعد سنة على ألف» فقال: «أنت طالق في الحال» لم يستحق شيئاً^(٣)، وقال الداعي والإمام يحيى: بل يستحق الألف. وفي العكس لا يستحق شيئاً وفاقاً^(٤).

مسألة: وإذا قالت الناشزة^(٥): «طلقني أنا وهند بألف» فطلقها وحدها لزمها نصفه، وإن طلقها معها لزمها الكل^(٦) إن قالت: «مني»، وإن لم تقل: «مني» فكذا عند الهادي، وعند المؤيد بالله وأبي طالب نصفه عليها ونصفه على هند إن أجازت وكانت ناشزة، وإن لم تجز لم تطلق، وإن أجازت وهي غير ناشزة طلقت رجعياً^(٧) بلا شيء عند أبي طالب، وعند المؤيد بالله تطلق ويلزمها نصفه^(٨).

(١) لاستحالة تمامه بالبينونة. (تذكرة).

(*) وذلك لأنه لم يرض بالبينونة إلا بتسليم الألف منها ومن الغير. (بستان).

(٢) لأنه خالف ما طلبت منه. (بستان).

(٣) ويكون رجعيًا في العقد، لا في الشرط فلا يقع. و(قرر).

(*) لأن الجواب غير مطابق لالفاظها ولا معنى كما صرح به في البحر.

(٤) وذلك لأنه خالف ما عينته فيه، ويقع الطلاق رجعيًا^[١] في العقد، لا في الشرط فلا يقع شيء.

(٥) فإن كانت غير ناشزة وقع على هند بنصف الألف ولم يقع عليها شيء. وظاهر الأزهار أنه يقع عليها في العقد رجعيًا.

(٦) ولو أجازت هند.

(٧) يستقيم حيث قالت: بألف مني ومنها، وإلا كان عليها. و(قرر).

(٨) لأنه لا يشترط النشوز.

[١] يعني: بعد مضي السنة. (قرر).

مسألة: وإذا قال: طلقتكما على ألف فقبلتا لزمها الألف نصفين، وإن قبلت إحداهما لزمها نصفه، وهذا ذكره في الوافي والتذكرة، وهو مثل ما ذكره في الانتصار والبحر أنه إذا باع واحد من اثنين شيئاً فقبل أحدهما أنه يصح، والظاهر من المذهب أنه لا يصح؛ لأنه تبعيض لعقده^(١)، وهو قول الغزالي، فأما حيث البائع اثنان باع كل واحد حقه فقط فإنه يصح قبول حق أحدهما دون الثاني، كما إذا كانت الزوجتان هما الطالبتان للطلاق على ألف فطلق إحداهما فإنه يصح بنصف الألف.

مسألة: وإذا طلق المريضة على عوض أكثر من الثلث فإن أجاز ورثتها صح، وإن لم يطل^(٢) الزائد على الثلث، ويقع الطلاق^(٣) في العقد، لا في الشرط فلا يقع الطلاق.

مسألة: وإذا طلقها على هذا العبد أو هذا استحق أدناهما^(٤) فقط، وقال الشافعي: مهر مثلها.

(١) المذهب أنه يصح تبعيض العقد في الخلع لا في البيع، وقد أشار إليه في النجري؛ وذلك لأن البيع يدخله الفساد، بخلاف الخلع. لأنه يقبل الجهالة بخلاف البيع.

(٢) ولعله إذا كان الزوج هو المبتدئ أو علم^[١] أو كان عوض الخلع معيناً، وإلا كان الزائد في ذمتها مطلقاً^[٢]. ولفظ حاشية: فإن كانت هي المبتدئة لزمها قيمة الزائد في المعين في ذمتها. (قررو).

(*) يستقيم البطلان حيث ابتدأ أو علم؛ إذ لا تغرير منها، وسواء كان العوض معيناً أو في الذمة، ومع التغرير يبقى الزائد على الثلث في الذمة من قيمة المعين ومن الدين، والله أعلم. (سيدنا حسن عليه السلام) (قررو).

(٣) خلعا.

(٤) غير معيب. و(قررو). وإلا كان له الخيار فيه.

(*) وذلك لأن العوض في الطلاق غير واجب، وهو يقبل الجهالة، فوجب له الأدنى منها، بخلاف النكاح إذا عقد على ذلك.

[١] لعل الصواب حذف الألف.

[٢] سواء ابتدأت أو هو المبتدئ؛ لأنه المعقود عليه، والذمة تسع، ولا حق للوارث فيما علق بالذمة. (من خط سيدنا حسن الشيبلي).

مسألة: وإذا تزوجها على عبد ثم طلقها على عبد مطلقاً استحقت عليه الوسط، واستحق عليها الأدنى مما في البلد، وقال أبو حنيفة: يتساقتان^(١).

وإذا طلقها على منفعة معلومة ثم فانت استحق قيمتها، وهي أجرة المثل.

مسألة: وإذا قال: «أطلقك على مهر» أو قال: «على ألف» فقالت: «نعم» فقال: «أنت طالق» صح^(٢) ولزم العوض؛ لأن قولها: «نعم» مثل سؤالها لذلك. وكذا لو قالت له: «أبرئك على طلاقي أو بطلاقي» فقال: «نعم» فقالت: «أبرأت» صح الطلاق والبراء^(٣). وكذا لو قال: «أبرئني على طلاقك أو بطلاقك» فقالت: «أبرأت» صح الطلاق والبراء.

مسألة: ويصح التوكيل في الخلع ولو وكيلاً واحداً عنهما معاً، وإذا بين الزوج لو كي له قدر العوض فخالع عليه أو على أكثر صح^(٤)، وعلى أقل يكون موقوفاً على إجازة الزوج في العقد، لا في الشرط فلا يصح. وإن لم يبين له قدر العوض فإن خالع بقدر المهر أو أكثر صح^(٥)، وبدونه يكون موقوفاً على إجازة

(١) بناء على أصله، وقد تقدم إبطاله. (بستان). في المسألة الرابعة من الشرط الثالث من الخلع.

(٢) خلعا.

(٣) وفي الرياض ما لفظه: «نعم» قامت مقام السؤال، ولا بد من الطلاق [١]. انتهى. وظاهر كلام الكتاب والكواكب والتذكرة أنه قد وقع الطلاق ولا يحتاج إلى طلاق. (عامر) (قررو).

(*) بمجرد ذلك. (برهان) (قررو).

(٤) وذلك لأنه إن خالع بما أمره به فقد فعل ما له إذن فيه، وإن زاد عليه فهو زاده خيراً. (بستان).

(*) إذا كانت الزيادة من جنس عوض الخلع كما يأتي في الوكالة. (قررو).

(٥) قوله: «صح» وذلك لأنه إذا لم يذكر العوض كان قدر مهر المثل، كما إذا وكله بالبيع كان بضمن المثل، وإن زاد على المهر جاز؛ لأنه زاد له خيراً، قال الإمام المهدي عليه السلام: يعني حيث لم يتعد ما ساق إليها. (بستان بلفظه).

[١] ومثله في الصعيتري، ولفظه: ولا بد من الطلاق، ويصح رجوعها عن البراء إذا لم يطلق؛ لأن البراء في

مقابلة غرض، وهو الطلاق، فإذا لم يحصل كان لها أن ترجع. (بلفظه).

الزوج في العقد، وكذا إذا جعل العوض مؤجلاً أو خالف في وقت الطلاق بالتقدم عليه، لا بالتأخر عنه فلا يضر. قلت: وفيه نظر؛ لأن الوكالة تبطل بمضي وقتها^(١).

وفي وكيل الزوجة إن خالع على ما بينت له أو دونه، أو على قدر مهرها أو دونه حيث لم تبين له قدر العوض - صح، وإن خالع على أكثر من ذلك صح ولزمه الزائد في العقد؛ لأنه لا يفسخ، إلا أن يقول: «منها» كان موقوفاً على إجازتها، ذكر ذلك كله في البحر. والأقرب أنه لا بد من أن يبين الموكل لوكيله كون الخلع عقداً أو شرطاً؛ لأن حكمهما مختلف.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق إن أعطيتني ألفاً» فخلت له الألف وامتنع من قبوله أجبر عليه^(٢)، ذكره المؤيد بالله، فقال الفقيه يحيى البحيح: إن مراده يحكم عليه بوقوع الطلاق لأجل التخلية، لا أنه يجبر على أخذه، ولعله يكون الطلاق رجعياً إذا لم يكن العطاء تمليكاً^(٣). وقال الفقيه محمد بن سليمان: بل يجبر على

(١) فيكون موقوفاً.

(٢) من غير فرق بين العين والدين. وقيل: يجبر عليه في الدين، لا في العين فتكفي التخلية؛ لأنه مع التعيين كالوديعة.

(٣) الذي حصل من هذا أنه إن أفاد الإعطاء التمليك كان الطلاق خلعاً، وإلا كان رجعياً والمال إباحة مع علم الزوجة بأن الطلاق رجعي وأن الإعطاء غير لازم لها، فإن جهلت كان لها الرجوع مع البقاء والتلف؛ لأنه يكون في يد الزوج مع جهلها في حكم الغصب، والله أعلم. (سيدنا علي بن أحمد رحمته الله).

(*) قلت: هو هو تمليك عندنا فيكون خلعاً. (مفتي قدس الله روحه في الجنة). وإنما هذا على أصل المؤيد بالله.

(*) والتمليك: هو ما يعطى للاستهلاك، أو إذا قالت: «أعطيتك هذا» فهو من ألفاظ التمليك، فأما ما يعطى للانتفاع به من غير استهلاك فهو إباحة، ذكره في الزيادات. (كواكب). وظاهر كلام أهل المذهب عدم الفرق وأن لصاحبه الرجوع في الباقي مطلقاً، لا في التالف.

قبوله، ولا يقع الطلاق حتى يقبله. قلنا: في إجباره نظر^(١)؛ لأنه لا يجبر على تحصيل شرط طلاقه^(٢).

مسألة: وإذا قال: أنت طالق إذا أعطيتني ألفاً فأعطته ألفين طلقت^(٣). وإن قال: «أنت طالق على أن تعطيني ألفاً» فإن قبلت صح، وإن لم تقبل بل أعطته ألفين في المجلس لم تطلق؛ لأن الإعطاء هنا قائم مقام القبول، فكأنها قالت: «قبلت على ألفين»، فوقع القبول مخالفاً للإيجاب فلا يصح^(٤)، ذكره أبو مضر^(٥). وهكذا في البيع.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق على هذه البقرة» فقبلت ثم بانت البقرة غيرها لزمها قيمتها^(٦)، فلو ملكتها فقال المؤيد بالله: تسلمها للزوج^(٧)، وقال الأستاذ: قد لزمها القيمة. فلو كان قال في لفظه: «إن كانت لك» لم يقع الطلاق إذا استحقت بالبينة والحكم أو بعلم الحاكم، لا بيمين المدعي^(٨) أو بنكول الزوج^(٩).

(١) قال في الكواكب: لأنه يلزم عليه أنه لو قال: «إذا وهبت لي كذا فأنت طالق» ثم وهبته له ولم يقبل أنه يجبر على قبوله، وليس كذلك. (بستان).

(٢) والأولى في علة إجباره على القبض هو تحصيل براءة الذمة فقط، وأما الطلاق فقد وقع^[١] كما ذكره أبو حامد والفقيه يحيى البحيح، ولا فرق في ذلك بين العقد والشرط. (غيث).

(٣) وذلك لأن هذا شرط وقد وفته به وزيادة، والثاني عقد، والإعطاء فيه نائب عن القبول، وشرط القبول المطابقة. (بستان).

(٤) ومثل ما في البيان في البحر، وفيه نظر؛ لأن الامتثال منها بالتسليم قائم مقام القبول. (قرور).

(٥) وفيه نظر؛ فإن ظاهر كلام أهل المذهب لا تشترط المطابقة، فيصح في الطرفين. اهـ خلعاً (قرور).

(٦) إذا لم يكن منها إيهام^[٢] لم تصح هذه المسألة؛ لأنه المبتدئ على ظاهر الأظهار. (شامي).

(٧) حيث لم يتدئ ولا علم، وإلا كان الطلاق رجعياً فلا يستحق شيئاً. (سيدنا حسن) (قرور).

(٨) حيث ردت عليه. (قرور).

(٩) فيقع خلعاً. (قرور).

[١] خلعاً.

[٢] لا فرق حيث هو المبتدئ أو علم بين أن يكون منها إيهام أم لا أنه لا يستحق عليها شيئاً. (سيدنا حسن عليه السلام).

فرع: فإن استحق بعض البقرة كان ذلك عيباً فيها، فيخير الزوج بين أخذ بعضها وبعض قيمتها وبين ردها وأخذ قيمتها الكل^(١)، وكذا له الخيار في سائر العيوب^(٢). وقال في الوافي وأبو جعفر: لا خيار في عوض الخلع بعيب ولا رؤية^(٣). قلنا: أما إذا كان غير معين فلا خيار فيه^(٤)؛ لأنه يقع على الأدنى.

مسألة: وإذا تزوجها على ألف درهم ثم قضاها عنه بقرة تسوي مائة درهم، ثم خالعتها على مهرها، ثم اختلفا، فقال الزوج: «المهر هو الألف» وقالت: «بل هو البقرة» وجب الألف؛ لأنه أصل المهر، ذكره المؤيد بالله. ولعل المراد به إذا تصادقا أنها أرادا مثل المهر لكن اختلفا من بعد ما هو المهر، فلو لم يتصادقا على ذلك لم يجب شيء^(٥)؛ لأن المهر قد سقط.

مسألة: وإذا خالعتها على مهرها وهما يعلمان أنه قد سقط بالبراء وقع الطلاق بالقبول رجعيًا، إلا أن يقصدا على مثله. وكذا إن نسيت سقوطه وهو ذاكر له فلا شيء له، وإن نسيها أو هو وحده فإن كانت هي المبتدئة له بالخلع عليه لزمها مثله أو قيمته، وإن كان هو المبتدئ لها فلا شيء له.

(١) يوم وقع الخلع. (قررو).

(*) قال الفقيه حسن: وهذه المسألة مبنية على أن الزوج عند العقد جاهل^[١] كون ذلك المال للغير؛ إذ لو كان عالماً لم يستحق شيئاً^[٢]. (شرح أزهار بلفظه من شرح قوله: «وقيمة ما استحق»).

(٢) وكذا خيار الرؤية يثبت بها مطلقاً سواء كان معيناً أو غير معين، ويستحق قيمته يوم العقد. (قررو).

(٣) بناء على أن خروج البعض لا قيمة له، وهو المذهب. (غيث).

(٤) لا فرق بين المعين وغير المعين في أنه يثبت فيه خيار العيب على الصحيح، لكن يستحق قيمة المعين غير معين، وفي غير المعين تسلم أدنى جنسه غير معين. (من بيان حثيث) (قررو).

(٥) ويكون الطلاق رجعيًا في العقد. وهذا مع العلم بسقوطه. (قررو).

[١] ولم يبتدئ. (زهور) (قررو).

[٢] إلا أن يميز مالك البقرة صح ولو ابتداء أو علم. (قررو). حيث كان عقداً لا شرطاً. (قررو).

مسألة (١): وإذا قال: «ردي علي مهرك حتى أطلقك» فردت: فإن طلقها في المجلس صح الخلع، وسؤاله يغني عن قبوله، وإن لم يطلقها فيه فالمهر بحاله، ذكره المؤيد بالله، فقال الفقيه يحيى البحيح (٢): يعني أن لها الرجوع فيه، وإلا فقد صح الرد. وهو القوي، لكنه مبني على أصله أن «حتى» عقدية. قيل: وكذا إن طلقها بعد المجلس لذلك الرد كان خلعاً. وهو يستقيم على القول بأن «حتى» وعدية، ويكون هذا على أحد قولي المؤيد بالله وأبي مضر في العدة: إنها بائن. وقال القاضي زيد والفقيه محمد بن سليمان: إن الطلاق كالجزء من القبول، فلا بد من حصوله في المجلس، وإلا لم يصح الرد، ولها أن ترجع عن الرد قبل طلاق الزوج في المجلس، وإن طلقها بعد المجلس كان رجعياً؛ لبطلان الرد. وهكذا في البراء.

فرع: وهكذا إذا قال الزوج أو وكيله: «حليله مهرك لأطلقك» فحللت وامتنع من الطلاق لم يصح التحليل (٣)، ذكره المؤيد بالله، وفيه القولان (٤). وهكذا إذا قالت: «أبرأتك على أن تطلقني» فقبل ولم يطلقها في المجلس فهو على هذا الخلاف (٥).

مسألة (٦): وإذا قالت لوكيل الزوج بالخلع: «وهبتك هذا (٦) لتطلقني» فقبل

(١) المذهب في هذه المسألة جميعاً أنها وعدية، فلا يصح خلعا، بل رجعياً على الصحيح، وإنما يستقيم على القول بأن الخلع ينقذ بالعدة، والله أعلم.

(٢) في كلام الفقيه يحيى البحيح طرف من التناقض.

(٣) بل قد صح البراء لا الطلاق، ولها الرجوع فيه؛ لأنها لم تحلل إلا على عوض، وهو الطلاق، فإن طلق كان خلعاً.

(٤) يعني كلام الفقيه يحيى البحيح وكلام الفقيه محمد بن سليمان. (بستان).

(٥) قد وقع البراء لا الطلاق. (قرن). ولها الرجوع في البراء. (عامر) (قرن).

(٦) ينظر في صحة هذه الهبة ووقوع الطلاق على أصل المذهب. وقياس المذهب أن لا يقع الطلاق: لا بائناً لعدم العوض، ولا رجعياً؛ لأنه لم يوكل به، وترجع بالهبة.

وطلق كانت الهبة للزوج لاله ولو لم تضفها إليه، ذكره المؤيد بالله^(١).
مسألة: وإذا قال: «هيني كذا لأطلقك» فقالت: «وهبتك لله^(٢)» ثم طلقها
 كان رجعيًا^(٣)، وأما الهبة فلا تصح إلا أن يقبلها^(٤). وكذا لو قالت له: «طلقني
 على مهري» فقال: «طلقتك لسوء عشرتك» طلقت رجعيًا.
مسألة: وإذا قالت له: «سألتك الطلاق على ألف» فطلقتني بعد المجلس فلا
 تستحق علي شيئاً، وقال: «بل طلقت فيه» - فعليه البيئة^(٥)؛ لأن الأصل عدم
 وجوب العوض في الطلاق، فإن لم يبين حلفت له وكان الطلاق رجعيًا في حقها
 بائناً في حقه^(٦). وإن قال: «طلقتك أمس على ألف إلى ذمة زيد» وقبله، وأنكر
 زيد وحلف - كان الطلاق بائناً في حقه، وفي حقها أيضاً إذا صادقته^(٧).

(*) ظاهر المذهب أن الإضافة إلى الموكل شرط. و(قررو). وإلا فله أو بطل. (من خط حثيث).
 (١) بناء على أصله، وعند الهدوية لا بد من الإضافة إلى الزوج، وإلا كانت له أو بطلت، إلا أن
 ينوي له أو يقبل لنفسه، والله أعلم.
 (٢) أو لم تقل: «الله»؛ لأنه عدة. يحقق. لعله يريد أنها إذا لم تقل: لله فقد طابقت سؤاله فيقع
 الطلاق خلعاً، كما علق على الفرع الذي قبل المسألة. (سيدنا حسن عليه السلام) (قررو).
 (٣) وذلك لأنها لم تطابق سؤاله، وفي الصورة الثانية لم يطابق سؤالها ولا طلقت بعوض. (بستان بلفظه).
 (٤) ولو لم يطلقها فقد نفذت الهبة. (قررو).
 (٥) إن قيل: هي تدعي فساد العقد، والأصل الصحة؟ (مفتي). ويصلح أن يكون كلام الكتاب
 على أصل المؤيد بالله عليه السلام [وهو اعتبار الأصل الأول، ويأتي النظر على أصل الهادي عليه السلام]،
 ويناسب هذا ما يأتي في آخر البيع في إنكار قبض الثمن إلا في السلم ففي المجلس فقط، والله
 أعلم. (شامي).

(٦) فلا يراجعها، فإن راجعها منع منها ومنعت من الزوجة حتى يطلقها. (كواكب). وفي
 الميراث تردد. قيل: لا ميراث، وهو القوي [١]. (من تعليق الوالد على التذكرة).
 (٧) يعني: ولو لم يثبت الألف؛ لاتفاقها أنه على عوض. فأما إذا لم تصادقه وحلف زيد كان
 الطلاق بائناً في حق الزوج رجعيًا في حق الزوجة. (بستان بلفظه) (قررو).

[١] سيأتي في فصل الاختلاف كلام البستان في الميراث مستوفى فابحث، منقولاً على المسألة الرابعة من فصل
 الاختلاف، فقرئه ولا يرثها. و(قررو).

مسألة: فإن قال: «طلقتك على ألف إلى ذمتك» وقالت: «بل إلى ذمة زيد» فعليه البينة^(١)، فإن لم يبين وحلفت كان بائناً^(٢) ولا عوض.

مسألة: وإذا قال: «طلقتك واحدة على ألف» وقالت: «بل طلقنتي ثلاثاً» قبل قولها^(٣)؛ لأنها قد صارت بائنة^(٤) في يد نفسها؛ لاتفاقهما على وقوع الخلع.

مسألة: وإذا جاءت بلفظ الكناية نحو أن تقول: «أبنتي بألف» أو «سرحني بألف» فقال: «أبنتك» أو «سرحتك» فإن نويًا جميعًا الطلاق^(٥) وقع خلعا^(٦)، وإن لم ينويه لم يقع شيء، وكذا إن نوته هي دونه، وإن نواه هو دونها وقع الطلاق رجعيًا^(٧)، إلا أن يكون ذكر العوض عند جوابه فقال: «أبنتك على ألف» لم يقع الطلاق^(٨) إلا أن تقبله الزوجة^(٩).

(١) وذلك لأن الأصل براءة ذمتها. (بستان).

(٢) لتصادقها على البينة.

(٣) وفي البحر: القول قوله؛ لأن الأصل عدم الزيادة. اهـ في البحر مثل ما في البيان، ولفظه: **مسألة:** فإن قالت: «طلقنتي ثلاثاً بألف» وقال: «بل واحدة» فالقول لها؛ إذ قد اتفقا على البينة وعلى أنها في يد نفسها، كلواختلفا في قدر العوض أو جنسه. (بحر بلفظه من آخر باب الخلع).

(٤) ولا يصح الرجوع منها في الإقرار، ولا تحل له إلا بعد زوج. (قررو).

(٥) هذه المسألة تنزل على الخلاف في لفظ الخلع مع ذكر العوض هل صريح فلا يحتاج إلى نية أو كناية فتشترط، ولكن اشتراط نيتها غريب، فينظر فيه.

(٦) لأن الكناية منها مع النية كالصريح، ومع عدمها منها كالمعدوم، وكذا إن نوته هي دونه فلا حكم لنيته؛ لأن الطلاق بيده، وإن نواه دونها وقع رجعيًا؛ لأنه قد نوى الطلاق وهي لم تنو العوض. (بستان بلفظه) (قررو).

(٧) إذ لا يصح بذل المال منها من غير نية. (بحر).

(٨) لا رجعيًا ولا بائناً؛ لأنها لم تقبل العقد. (قررو).

(٩) وقع خلعاً. (قررو).

(*) مسألة: فإن أتى أحدهما بصريح والآخر بكناية فصاحب الصريح لا يحتاج إلى نية، وأما الكناية فكما مر. (بحر).

مسألة: وإذا قال: «طلقتك على أن تزوجي فلانا» أو «على أن لا تزوجيه» فقبلت طلقت^(١)، ولها الخيار من بعد في الزواجة وعدمها. وكذا إذا قال: «بشرط أن لا تزوجي فلانا» فإنه يكون عقدا إذا قبلته طلقت^(٢)، وكان لها الخيار من بعد؛ لأن ذلك لا يستعمل في العادة للشرط في هذه الصورة^(٣)، وقد ذكر ذلك في اللمع عن شرح أبي مضر.

مسألة: فإن طلقها على أن لا تدعي مهرها فقبلت وقع الطلاق بائنا إن قلنا: إن البراء من الدعوى إبراء من الحق، ورجعيا إن لم نقل بذلك.

مسألة: وإذا طلقها مشروطا^(٤) بردها ما أخذت منه^(٥) ثم ردت واختلفا في قدره فالقول قول الزوج؛ لأن الأصل عدم الطلاق^(٦)، وإن طلقها على رد ذلك فقبلت ثم اختلفا في قدره فالقول قولها^(٧)، والطلاق بائن^(٨).

(١) رجعيا. (قررد).

(٢) رجعياً. (قررد).

(٣) قال في البرهان: لأنه يعرف أن قصده منعها من زواجته دون غيره، فتزوج من أحبب غيره، وقد قصد وقوع الطلاق عليها، لكنه عقده على هذا الشرط، فإذا قبلته طلقت وتزوجت من شاءت هو أو غيره، والله أعلم. (بستان).

(*) وفي الزهور: العلة الصحيحة أن هذا عقد فيقع الطلاق بالقبول؛ لأننا لو جعلناه شرطا حقيقيا لزم منه الدور، فلا يقع طلاق حتى تزوج، ولا تتزوج حتى تطلق.

(٤) بآن وأخواتها.

(٥) يعني: ما ملكته من جهته.

(٦) وإذا كان مما يقبل قولها فيه كالوديعة ونحوها فيقبل قولها لبراءة ذمتها، لا لوقوع الطلاق فعليها البينة بالرد. (بستان من فصل الاختلاف في الطلاق في قوله: فرع: وإن علق طلاقها.. الخ).

(٧) لأن بقبولها قد طلقت. (بستان).

(٨) حيث كان لفظ الرد يفيد تمليك ما رده عليه. (قررد).

فصل: [في أحكام الطلاق]

والطلاق لا يتجزأ، فإذا أوقع عليها بعض طلقة ولو قل (١) وقعت طلقة كاملة، وإن أضاف ذلك البعض إلى طلقتين وقعت اثنتان على قول أهل الثلاث، نحو ربع طلقتين أو عشرهما أو نصفهما، وإن أضافه إلى ثلاث تطليقات وقعت الثلاث. فرع: وكذا إذا ذكر أجزاء كثيرة مضافة إلى طلقة واحدة وهي تزيد على أجزائها، نحو ثلاثة أنصاف طلقة أو خمسة أرباعها فتقع ثنتان (٢)، وقال في الكافي وبعض أصحاب الشافعي: واحدة فقط (٣). قلنا: وكذا إذا قال: «ربع طلقة وسدس طلقة» وقع ثنتان (٤)، فإن قال: «ربع وسدس طلقة» وقعت واحدة فقط. وإن ذكر أجزاء تزيد على ثنتين نحو خمسة أنصاف طلقة أو تسعة أرباع طلقة وقعت ثلاث، وفيه الخلاف الأول (٥).

مسألة: وإن قال: خمسة أرباع طلقتين فقال في البحر والتذكرة: تقع ثنتان (٦)، وقال الفقيه يوسف (٧): بل ثلاث؛ لأنها تأتي عشرة أرباع طلقة.

مسألة: وإذا قال لزوجاته: «بينكن طلقتان» وقع عليهن ثنتان ثنتان؛ لأنها تقسم كل واحدة عليهن على قول أهل الثلاث. وإن قال: بينكن ثلاث طلقات وقع على كل واحدة ثلاث؛ لأنها تقسم كل واحدة عليهن، وقال في البحر: بل

(١) ولو جزءاً من ألف جزء. (قرر).

(٢) لأن الأجزاء واحدة وزيادة، فتقع الثانية بالزيادة، وكأنه قال: عليك طلقة ونصف أو طلقة وربع. وحجة الآخرين أن الزائد يلغو؛ لأن الطلقة الواحدة ليس لها إلا نصفان أو أربعة أرباع، واختار هذا في البحر والانتصار ومهذب الشافعي. (بستان).

(٣) لأن العبرة بالمضاف إليه إفراداً وتثنية.

(٤) وذلك لإضافته إلى طلقتين، لا في الصورة الثانية؛ لإضافته إلى طلقة. (بستان).

(٥) واحدة فقط. (قرر).

(٦) وذلك كما في خمسة أرباع طلقة على قول التذكرة، ولأنه مضاف إلى اثنتين على قول البحر. (بستان).

(٧) قوي على أصلهم؛ اعتباراً بالأجزاء.

تقع على كل واحدة واحدة، إلا أن تكون حصتها تزيد على واحدة وقع عليها ثنتان^(١). وذكره في الكافي وشرح الإبانة، وإن زادت حصة الواحدة^(٢) على ثنتين وقعت ثلاث على كل واحدة^(٣).

مسألة: وإذا قال لثلاث: «عليكن أو بينكن ثلث طلقة وربع طلقة وسدس طلقة» وقع على كل واحدة ثلاث^(٤).

مسألة: وإذا قال لثلاث: «بينكن ست طلقات» ثم قال: «أردت على فلانة ثلاثا وعلى فلانة ثلاثا دون فلانة»، أو قال: «أردت على فلانة ثلاثا وعلى فلانة ثنتين وعلى فلانة واحدة» فقبل^(٥): يقبل قوله في الكل، وقيل: لا يقبل، وقيل: يقبل في التفضيل^(٦) لا في التخصيص لبعضهن دون بعض، ورجح الإمام يحيى القول الأول، فلو لم يرد شيئا كان على الخلاف في المسألة الأولى^(٧).

(١) نحو ثلاث تطليقات على زوجتين.

(٢) وصورته أن يوقع تسعا على أربع أو نحو ذلك.

(٣) ولعله يأتي على قولنا كذلك إذا قسم الطلاق بينهن كذلك.

(٤) وذلك لأن كل جزء من هذه الأجزاء وقع على الجميع.

(*) فإن قال: وربعا وسدسها، أو قال: وربع الطلقة وسدس الطلقة - فواحدة فقط، والله أعلم.

(٥) قوي على أصلهم؛ لأنهم يثبتون التعيين.

(*) قوي مع مصادقتهن.

(٦) بالضاد المعجمة.

(*) نحو قوله: على زينب ثلاث، وعلى عمرة ثنتان، وعلى حفصة واحدة؛ لأنهن لم يخرجن عن الطلاق، لا في التخصيص، نحو قوله: لا شيء على عمرة؛ لمخالفته للتشريك. قال عليه السلام: وهذه الأقوال حكاهما أبو حامد الغزالي. (بستان).

(٧) هل تقسم بينهن جبورا فيقع على كل واحدة ثنتان، أو تقسم كل واحدة عليهن فيقع ثلاث على كل واحدة.

(*) يعني هل يقسم جبورا أو كسرا. والخلاف المشار إليه خلاف الكافي والبحر.

(*) فعلى قولنا يطلقن ثلاثا ثلاثا، وعلى قول البحر ثنتين ثنتين. (بستان).

مسألة: ولا يصح تبعض الزوجة في الطلاق، فإذا أوقعه على جزء منها مشاعاً ولو قل أو قال: على شيء منها^(١) أو على بعض منها وقع عليها الكل وفاقاً، وكذا على عضو منها معين إذا كان متصلاً بها ولو من شعرها، لا على ما هو مجاور لها، كالريق والدمع والمخاط والدم والعرق والصوت والبول والغائط والمني واللبن^(٢) والحمل، وكذا ما هو صفة لها كالبياض والسواد، إلا إن قال: أبيضك أو أسودك طالق فتطلق^(٣)، وكذا ما هو معدوم فيها كاللحية^(٤) والذكر والعين إذا هي معدومة^(٥) فيها فلا يقع شيء بذلك.

وكذا ما هو معنى فيها كالطعم والذوق والشم، فأما على الروح أو النسمة فيقع به، بخلاف الوافي^(٦). قال أصحاب الشافعي: وكذا الحياة^(٧) يقع بها. وإن أوقعه على ما قد أبين منها كالشعر بعد حلقه واليد بعد قطعها لم يقع،

(١) ولفظ البحر: فصل في سراية الطلاق: مسألة: إن قال: بعضك طالق أو جزء منك أو شيء منك طلقت إجماعاً؛ إذ لا يخص لجزء دون جزء. (بلفظه).

(٢) لأن هذه الأشياء فضلات منفصلة عن المرأة مغايرة لها، فأشبهت أن يقول: مكانك طالق أو ظلك طالق. (بستان بلفظه).

(٣) لأن الطلاق وقع هاهنا على المحل، وفي الأول على الصفة. (بستان).

(٤) بالكسر: شعر الخدين والذقن. (قاموس).

(٥) يعني مقلوعة، وقد ذكره في البحر والانتصار، لا إن كانت عمياء، فهي موجودة. (بستان) (قرر).

(٦) وقواه في البحر، وقرره السيد محمد بن عز الدين المفتي رحمته الله؛ لأن الروح غير الإنسان، ولأن الروح لا يعلم ما هو، والنكاح ثابت بيقين فلا يرتفع إلا بيقين. وهو الأول؛ لظاهر الآية الكريمة، وهي قوله تعالى: ﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي﴾ [الإسراء: ٨٥]. قال في شرح البحر: ولعله مبني على أن حياة الإنسان غيره، وروحه غيره، وأن الروح هو النفس الجاري فيه كما هو مقرر في مواضعه من علم الكلام. اهـ وأما الروح الذي هو الجملة الذي لا يكون الحي حياً إلا به فإذا قصده وقع الطلاق، والظاهر أنه لا خلاف فيه.

(٧) وفي حاشية: وأما الحياة فلا يقع بها عندنا؛ لأنها هي والقدرة والعلم معان تحملها، أي: الزوجة. (من خط إبراهيم حثيث).

ذكره في التقرير، ولو بقيت فيها حياة. فإن قطعت أذنها ثم ألحمت إليها^(١) فأوقعه عليها طلق.

فرع: وحيث يوقعه على عضو معين هل يقع عليه ثم يسري أو يقع عليها الكل؟ فيه وجهان، الأرجح السراية^(٢).

وفائدة الخلاف حيث يقول لها: «متى فعلت كذا فشعرك طالق» أو «يدك»، ثم فعلت ذلك وقد حلقت شعرها أو قطعت يدها. وقال أبو حنيفة: لا يقع الطلاق على عضو معين إلا أن يكون يعبر به عن الجملة، كالرأس والوجه والرقبة والجسد والبدن والفرج^(٣) ونواه عليها الكل أيضا.

مسألة: ومن أوقع طلقة بعد طلقة فقبل الدخول أو بعده في عدة البائن لا تقع الثانية، خلاف مالك^(٤)، وكذا الثالثة، وأما في عدة الرجعي قبل الرجعة فلا تقع عند الهادي والناصر، خلاف القاسم^(٥) والمؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي. وهكذا إذا قال: أنت طالق واحدة بعد واحدة، أو بعدها واحدة، أو قبل واحدة، أو قبلها واحدة، ذكره في اللمع والتذكرة والكافي، وهو يدل على بطلان

(١) واتصل البائن بالحلي اتصال الحياة.

(٢) قال عليه السلام: فإذا حلقت أو قطعت ثم دخلت لم تطلق؛ إذ السراية مشروطة بالاتصال عند وقوعه، ولا اتصال. وقيل: يقع؛ إذ البعض عبارة عن الكل، فكأنه قال: أنت طالق. قلنا: لا نسلم. (بستان).

(*) واختاره في البحر.

(٣) لقوله صلى الله عليه وسلم: ((لعن الله الفروج على السروج)).

(٤) حججنا أن هذه الألفاظ منفصل بعضها عن بعض ولا مرابطة بينها، فبانت باللفظ الأول، ولا حكم لما بعده. وحجته أنه كالكلمة الواحدة. قلنا: لا نسلم. (بستان).

(٥) قال عليه السلام: وحكى المؤيد بالله عن أبي العباس أنه توقف في المسألة وامتنع من الفتوى فيها، قال عليه السلام: وما سبب التوقف فيها إلا أنه قد تقابل الدليلان واختلف المذهبان، وصارا في التقابل والخلاف كفرسي رهان. (بستان بلفظه).

التحبيس^(١)، وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى المرتضى: إنه إذا قال: واحدة بعد واحدة^(٢): إنه دور لا يقع به شيء عند الهدوية^(٣)، ورواه عن الفقيه محمد بن يحيى، ذكره في الغيث.

مسألة: ومن أوقع ثنتين أو ثلاثاً معاً^(٤) أو قال: واحدة مع واحدة أو مع ثنتين، فإن قال^(٥): «بعد الرجعة بين كل طلقتين» أو نوى ذلك صح^(٦) وكان مشروطاً بالرجعة^(٧)، وإن لم يقل ذلك ولا نواه لم يقع منه إلا واحدة^(٨)، وقال المؤيد بالله وأبو حنيفة والشافعي: يقع الكل، سواء كان قبل الدخول أو بعده،

(١) وذلك لأنه لو كان يصح لكان ذلك دوراً، فيتنازع ولا يقع به شيء. (بستان).

(*) وفي دعوى التحبيس نظراً، وقد نظره في بيان حثيث.

(٢) وأما لو قال: واحدة بعدها واحدة أو واحدة قبلها واحدة فإنه يقع؛ لأنه وصف فقط، فتكون واحدة. وقيل: لا يقع شيء ولا يمنع الناجز. (قرئ).

(٣) فيتنازع في نفسه ولا يمنع الناجز. (قرئ).

(٤) بلفظ واحد.

(*) في (د): ومن أوقع ثنتين أو ثلاثاً بلفظ واحد.

(٥) أي: لفظ.

(٦) مع المصادقة.

(٧) يعني: فمتى راجعها طلقت، ثم متى راجعها طلقت. (بستان).

(٨) وذلك لأن قوله: ثلاثاً منفصل عما قبله؛ لأن الكلام الأول قد استقل من دونه، فلا تعلق له به في الإيضاح، فوقعت واحدة بقوله: أنت طالق، وهذا كلام الباقر والصادق والناصر والقاسم والهادي وأحمد بن عيسى وموسى بن عبد الله، ومروى عن علي عليه السلام وزيد وابن عباس. وحجة القول الثاني أن قوله: «أنت طالق» اسم لجنس من الفعل يصلح للواحدة ولما زاد عليها، فإذا قال بعده: «ثلاثاً» كان مفسراً لها وموضحاً لمعناها، وهذا قول أكثر الفقهاء، ومروى عن علي عليه السلام وزيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة وعائشة، حكى هذا الخلاف في البرهان والكواكب. نعم، والقاسم مع الهادي عليه السلام أن الطلاق واحدة، ومع المؤيد بالله أن الطلاق يتبع الطلاق بألفاظ. (بستان).

(*) في (د): لم يقع به إلا واحدة.

قال المؤيد بالله: وذلك قطعي^(١).

فرع: فإن أوقع أكثر من ثلاث بلفظ واحد أثم بالزيادة^(٢) ووقعت واحدة^(٣) أو ثلاث على الخلاف.

مسألة: وإذا طلق امرأته ثلاثا بلفظ أو بألفاظ قبل الرجعة وهو يرى وقوعها الكل أو واحدة فقط ثم تغير اجتهاده أو تقليده لترجيح حصل له جاء على الخلاف في العمل بالاجتهاد الأول أو بالثاني، وإن كان لا مذهب له في ذلك ولا ظن^(٤) فهو على ما يترجح له من بعد إن حصل له ترجيح، وإلا فعلى ما يختار، وإن كان مقلدا لعالم لكن جهل مذهبه في تلك الحال ولم يظنه موافقا له بحث عن مذهبه وعمل به^(٥)، وإن ظن أنه موافق^(٦) لقوله أو لم يكن مقلدا لأحد ولكنه يظن وقوع ذلك كله فإنه يكون مذهبا له^(٧)، ذكره المؤيد بالله وأبو مضر، ورواه في الزيادات عن المؤيد بالله وفي اللمع عن أبي مضر، وكذلك في مسائل الخلاف، ذكره الفقيهان حسن ويوسف، فلا ينتقل عنه إلا لترجيح حصل له، وإن أراد الانتقال لغرض له من غير مرجح لم يصح انتقاله ولا يجوز له ولا لمن

(١) هذا قوله القديم: إن المسألة قطعية، وقوله الأخير: إنها اجتهادية. (بستان).

(٢) مع العلم؛ لقوله ﷺ لمن طلق امرأته مائة: ((بانت منك بثلاث، وسبع وتسعون في عنقك...)) الخ. (برهان، وبستان).

(٣) عندنا.

(٤) يعني لم يحصل له ظن وقوعه ولا عدمه. ولم يتعرض للظن وعدمه في شرح الأزهار في التنبيه الذي في فصل النكاح الباطل، والله أعلم.

(٥) في (ج): وعمل به فيه.

(٦) أما الظن فلا نسلم؛ إذ لا أثر لذلك الظن، بل المذهب أنه يجب عليه البحث لمذهب من هو مقلد له. اهـ وهذا هو المختار؛ لأن له هنا مذهبا فتأمل. (سيدنا حسن).

(٧) بل الأولى أنه لا يكون مذهبا له بحيث لا ينتقل إلى غيره إلا لترجيح، بل يجوز العمل ولا يصير به ملتزما لمذهبه، كذا نقل، والله أعلم.

يأمره به أو يحضر عليه، خلاف الإمام يحيى والإمام علي^(١) والفخر الرازي.
فرع: وإذا أوقع الناصري ثلاثا في حالة واحدة في حال يصلح لطلاق السنة
 وقعت منها واحدة، ذكره في شرح الإبانة^(٢)، وقال بعض الإمامية^(٣): لا يقع
 منها شيء، وقال في الشرح: تقع واحدة بدعة عندنا.

فرع: قال في البسيط: إذا قال: «أنت طالق أكثر الطلاق» أو «ملء الدور» أو
 «ملء الأرضين» أو «ملء السموات» وقع عليها ثلاث^(٤)، وإن قال: «أعظم
 الطلاق» أو «ملء الأرض» أو «ملء الدار» أو «ملء السماء» أو «ملء العالم»
 وقعت واحدة فقط^(٥).

فرع: وإذا قال: «أنت طالق» ونوى ثلاثا فقال المؤيد بالله والشافعي: تقع
 ثلاث^(٦)، وقال أبو مضر: واحدة.

مسألة: وإذا قال: «أنت طالق يا فلانة وأنت يا فلانة» كان صريحا فيهما
 معا^(٧)، وإن قال: «وأنت يا فلانة مثلها» أو «شركتك معها» فهو كناية في الثانية.
مسألة: ومن طلق زوجاته الثلاث طلاق بدعة وهو يرى وقوعه ثم تزوج

(١) خلافهما إذا كان انتقاله فيما بين أهل البيت عليهم السلام فقط، والله أعلم.

(٢) بناء على أن الثلاث ليست بدعة عند الناصر. (غيث).

(٣) قيل: هذا نص الناصر عليه السلام، وهو صريح في أنه لا يقع منها شيء، ومثله ذكره السيد المرتضى
 الموسوي.

(٤) لأنه أكثر الطلاق، ولأنه بالإشارة إلى العدد يجب وقوع العدد في الطلاق، وإن لم يشير إلى
 عدد وقعت واحدة فقط. (بستان).

(٥) والفرق بين المسألتين أنه في الأولى أشار إلى عددين وفي الأخرى أشار إلى عدد واحد.

(*) لأنه في هذا لم يجمع المضاف إليه، بل وحده.

(٦) وذلك لأن اللفظ محتمل للعدد؛ فلهذا أثرت النية. وحجة أبي مضر: أن النية لا تكفي كما لو
 نوى ولم يلفظ. قلنا: لا لفظ هناك يحتملها، فافترقا. (بستان بلفظه).

(٧) وذلك لأنه لا يحتمل إلا الطلاق. وقال الفقيه محمد بن يحيى: بل كناية. قال مولانا عليه السلام:
 والأول أصح. (شرح أزهار بلفظه).

ثلاثاً غيرهن في عقد واحد، ثم تراضى هو وإحدى الثلاث الأول على الدخول في مذهب الناصر أن طلاق البدعة غير واقع، واعتقد أن انتقالها صحيح، وأن الاجتهاد الأول ليس كالحكم ولا هو لازم لهما؛ إما اعتقاد تقليد أو اعتقاد جهل^(١) - فإنه ينسحب الحكم^(٢) إلى الآخريتين من الثلاث الأول، لكن لا يستقر نكاحهن ولا بطلان نكاح الثلاث الآخر إلا بحكم حاكم إذا تشاجروا في ذلك.

فرع: وهكذا إذا تزوج أكثر من أربع واحدة بعد واحدة وهن يخرجن منه بطلاق البدعة، أو كان فيهن من طلقها زوج أول طلاق بدعة، ثم تراضى هو وإحداهن على بطلان البدعة - فإنه ينسحب الحكم إلى الجميع في حقه، فيقتضي بقاء الأربع الأولات زوجات له وبطلان نكاح الخامسة وما بعدها.

ولا يفصل الشجار في ذلك ونحوه من مسائل الخلاف إلا الحاكم يلزمهم مذهبه بعد مرافعتهم إليه، فيلزمهم ظاهراً وباطناً، ذكر ذلك الفقيه يوسف، وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: إن العبرة في التي قد كان طلقها زوج أول طلاق بدعة بمذهب الزوج الأول^(٣) لا بمذهب الآخر. وهو القوي^(٤).

(١) أما اعتقاد الجهل فينظر فيه؛ لأن الجاهل كالمجتهد كما مر في أول الكتاب.

(٢) والمسألة مبنية على أن الاجتهاد الأول ليس بمنزلة الحكم فيما له ثمرة مستدامة، وأما على قول من يقول: إن الاجتهاد الأول بمنزلة الحكم فقد نفذ ما كان عليه، ولا حكم لتغير اجتهاده من بعد.

(*) الأولى أنه إذا كان انتقاله لترجيح حصل له أو حيث يجوز له الانتقال في التقليد - وهو حيث كان الثاني أفضل أو أعلم - جاز له ذلك ولمن تغير اجتهادها منهن معه، وأما الآخريتين فلا بد من حكم، وإلا لم ينسحب عليهما الحكم، كذا قرر، والله أعلم.

(٣) وضعفه الإمام عز الدين بن الحسن عليه السلام على القواعد، ثم قال بعد كلام: فإن ألجت ضرورة رجع فيه إلى الحاكم ليحكم بما يراه، فيرتفع الخلاف وينقطع.

(٤) إن قلت: قد تقدم في التحليل أن العبرة بمذهب الزوج الثاني فينظر في الفرق، قلت: هو

مسألة: ولا يهدم من الطلاق إلا الثلاث كما تقدم، والطلاق المشروط هو أحدها^(١) فينهدم معها^(٢)، خلاف المنتخب وزفر، فأما دونها فلا يهدمه شيء قط. وقال أبو حنيفة: ما هدم الثلاث هدم ما دونها^(٣).

الموقع هنا وهناك فلا تناقض. (مفتي).

(*) لأن عندها هي وزوجها الأول أن طلاقها صحيح، والعبرة في صحته بمذهبها لا بمذهب الثاني. (بستان).

(١) أي: هو أحد الثلاث التي يملكها الزوج، فمهما لم يستكمل الثلاث فهو باق، ومتى استكملها فقد بطل المشروط؛ لأنه أحدها. (كواكب).

(٢) وذلك لأن الزوج لا يملك من الطلاق إلا ثلاثاً، فإذا قد أوقعها بطل الشرط. وحجة المنتخب: أن الشرط وقع وهي في نكاحه، فلا مانع من وقوعه بعد الثلاث كقبلها. قلنا: الثلاث قاطعة للملك بالكلية، فكان ما قبلها كقبل النكاح، لا ما دونها، والزوج الثاني يهدم الثلاث فكذا الشرط أولى وأحق. (بستان بلفظه).

(٣) وقواه الإمام عز الدين والمفتي وحثيث.

فصل: [في العدة وأقسامها]

والعدة على ثلاثة أقسام:

الأول: عدة الطلاق، فإن كان قبل الدخول والحلوة كما مر فلا عدة وفاقا، وبعد أحدهما تجب العدة^(١)، والذميون كالمسلمين في ذلك، لكنها على أقسام ثلاثة: الأول: عدة الحامل، وهي تنقضي بوضع جميع حملها إذا كان لاحقا بالزوج^(٢) وبان حملا، وإن لم يتبين حملا أو لم يمكن إلحاقه بالزوج فبالأقراء من بعد. فلو وضعت ولدا ثم وضعت ولدا ثانيا أو ثالثا لدون ستة أشهر من وضع الأول^(٣) علم أنه من جملة الحمل الأول ولم تنقض العدة إلا به، ولعله يستقيم قَوِي حيث ولدته حياً^(٤) أو سقطاً بعد مدة قليلة يعلم أنه لم يحدث فيها.

مسألة: ومدة النفاس ليست من العدة عند الأكثر، خلاف الهادي^(٥).

مسألة: ومن قال: «إذا ولدت فأنت طالق» ثم ولدت لم تعتد بدم النفاس، بل بثلاثة أقراء من بعده، فأقل ما تنقضي فيه عدتها تسعة وثلاثون يوماً^(٦).
الثاني: عدة الأيسة لصغير أو كبر، وهي ثلاثة أشهر على ما تهل^(٧) إن وقع

(١) في المدخولة مطلقا، وفي المخلو بها ظاهرا فقط مع عدم المانع العقلي. (بحر، وغيث معني).

(٢) ولو من وطء شبهة قبل هذا [عقد(نخ)] النكاح. (حثير) (قرر).

(٣) أو الثاني بالنظر إلى الثالث.

(٤) حياة لا يعيش معها الناقص عادة.

(٥) حيث قال: ولا تحل لزوج آخر حتى تغتسل من نفاسها، وقد حمله بعض المذاكرين على ظاهره، وفيه نظر، وقال القاضي زيد: يحتمل أن مراده أنه لا يصح الوطء؛ لأن العقد جائز بعد الوضع بلا خلاف، قال مولانا عليه السلام: وكلام القاضي زيد هو الواضح. (غيث).

(*) ووجهه أن النفاس من توابع العدة، قال الفقيه يحيى البحيح: فيلزم على ظاهر إطلاقه أن للمطلق الرجعة ما لم تغتسل من النفاس، قلنا: قال تعالى: ﴿أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق:٤]. (بستان).

(٦) لأن عشرا طهر من النفاس، وتسعة وعشرين أقل العدة. (بستان).

(٧) من تمام أو نقصان.

الطلاق على أول الشهر، وإن وقع في بعضه أكملت هذا الشهر من الرابع ثلاثين يوماً، والشهر الثاني والثالث على ما أهلاً. وقال أبو حنيفة: لا بد من تسعين يوماً.

فرع: وإذا ادعت المطلقة أنها آيسة وقد انقضت عدتها بالأشهر: فإن ناكرها زوجها في مضي الأشهر فعليها البينة، وإن ناكرها في الإياس: فإن كان الإياس لصغير فالقول قولها^(١)، وإن كان لكبر فعليها البينة ببلوغها مدته.

فرع: وإذا حاضت الآيسة لكبر فقال المؤيد بالله وأبو طالب: لا حكم له^(٢)، وقال أبو العباس: بل تعتد به ويبطل اعتدادها بالأشهر. قال أبو جعفر: يعني إذا حاضت مرتين أو أكثر، فأما مرة واحدة فلا حكم لها^(٣).

مسألة: وإن حاضت الآيسة لصغير فبعد فراغها من الأشهر لا حكم له، وقبل فراغها تستأنف العدة بالأقراء ولو لم تبق إلا ساعة.

مسألة: والتي بلغت ولم تحض فعدتها بالأشهر^(٤)، وخرج أبو العباس وأبو طالب للهادي^(٥) أنها بالأقراء، فتتظر الحيض.

(١) لعله حيث هي الآن محتملة للصغير والكبر أو أضافا إلى وقت هي فيه تحتل ذلك، نحو أن يتصادقا على أن الطلاق وقع في زمان كذا وهي محتملة فيه، فراجع بعد مضي الأشهر ثم لبث مدة فتنازعا فقال: كنت راجعت لأن العدة بالحيض ولما تنقض، وقالت: بل العدة بالأشهر لأنني كنت صغيرة، والله أعلم. لكن يقال: ينظر لو كانت قد بلغت وصارت كبيرة واختلفا هل بلغت بالحيض فالعدة به أو بغيره فبالأشهر - لمن القول: هل لمنكر الحيض؛ لأن الأصل عدمه، أو لمدعيه؛ لأنه الغالب من أحوال النساء كما تفهمه عبارة الكتاب؟ (مفتي). الأولى أن القول لمنكر الحيض بناء على الأصل. (شامي) (قرر).

(٢) وقد علم بلوغها مدة الإياس. (قرر).

(٣) بلا خلاف.

(٤) تنبيه: عن التفريعات أن الحائض إذا كانت مجنونة فعدتها بالأشهر لا بالحيض. وعن المفتي: بالحيض، وهو ظاهر الأزهار.

(٥) من قوله: إن الشهور عدة الصبايا والآيسات، لا البوالغ اللاتي لم يأسن من المحيض. (صعيتري).

الثالث: ذات الحيض، فعدتها ثلاثة أقراء، والأقراء هي الحيض، وقال الباقر والصادق والشافعي: إنها الأطهار. قلنا: ولا تعد بحیضة طلقت فيها^(١)، وقال الباقر والصادق: تعد بالطهر الذي طلقت فيه.

مسألة: ومن انقطع حیضها لعارض: فإن عرف العارض^(٢) انتظرت حتى يزول وفاقا^(٣)، وإن لم يعرف انتظرت حتى تبيض أو تبلغ مدة الإياس^(٤) ثم تعد بالأشهر. وقال الباقر والصادق وأحد قولي الناصر: تعد بالأشهر^(٥) ولا تنتظر. وقال الشافعي: تنتظر أربع سنين ثم تعد بالأشهر. وقال الإمام يحيى: تنتظر أربعة أشهر وعشرا ثم تعد بالأشهر. وقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى^(٦): تنتظر سنة^(٧) ثم تعد بالأشهر. وهو القوي.

فرع: وإذا اعتدت بالأشهر على قول من لا يوجب الانتظار إلى مدة الإياس

قلت: وفي التخریج ضعف؛ لمصادمته نص القرآن. (مفتي).

(١) أو علمت.

(٢) كالجوع والمرض ونحول الجسم والرضاع، والله أعلم.

(٣) ذكره الفقيه يوسف.

(٤) وهو ستون سنة.

(٥) من حينه.

(*) رواه في الزوائد، قال [الإمام] المهدي: ولعلمهم يعنون بعد مضي وقت عادتها، وإلا فلا وجه

له. (بستان).

(٦) المهدي أحمد بن الحسين عليه السلام، وأما المهدي أحمد بن يحيى فقال في البحر: تعد بالأشهر بعد

مضي المدة المعتادة التي يكون فيها الحيض، وهي ثلاثة أشهر، قال: لكن الأحوط أن تنتظر

سنة شمسية لتمضي عليها الفصول.

(*) في (ب): أحمد بن الحسين.

(٧) لعله يوافق مزاجها أحد فصول السنة فتحيض كما في العين. (بستان).

(*) لتشتمل عليها الفصول كلها كالعين.

ثم حاضت: فقبل فراغها من عدة الشهور تستأنف العدة بالأقراء^(١)، وبعد فراغها منها وبعدما تزوجت لا شيء عليها^(٢)، وقبل أن تتزوج فيه قولان، الأرجح أنها تستأنف^(٣)، ذكره في البحر.

مسألة: وإذا حاضت بعد بلوغ مدة الإياس وقلنا: إنها تستأنف العدة به فإنها تبنيه على ما قد كان حاضت من قبل، وإن لم تحض بعد مدة الإياس وأرادت أن تعتد بالأشهر فهل تبني على ما قد كانت حاضت؟ قال في البيان: تبني عليه^(٤)، وقال في التقرير والتذكرة: لا تبني عليه^(٥). فإن اعتدت ببعض الأشهر في صغرها ثم بلغت بغير الحيض وانتظرت إلى مدة الإياس على تخريج أبي طالب وأبي العباس^(٦) وأرادت تعتد بالأشهر فهل تبني على ما قد اعتدت به حال صغرها فيه احتمالان، الأرجح أنها تبني^(٧).

مسألة: وإذا كانت المطلقة مستحاضة فإن ذكرت وقتها وعددها في الحيض

(١) قوي على أصلهم.

(٢) وذلك لأن عدتها قد انقضت وقد تعلق بها حق الزوج، وكميتيم وجد الماء بعد خروج الوقت. (بستان).

(٣) ينظر ما الفرق بين قبل الزواجة وبعدها؟

(*) وذلك لأنه بان أنها من ذوات الحيض، وكميتيم إذا وجد الماء قبل خروج الوقت. والقول الثاني: أنها لا تستأنف؛ لأنها قد حكمتنا بانقضاء عدتها وإباحتها للأزواج، فلم يجوز نقضه بمعاودة الدم، قال عليه السلام: وهذا المختار؛ لئلا يلزمها عدتان في الظاهر. (بستان).

(٤) كمن انتقل حاله من أعلى إلى أدنى كما في الصلاة. (بستان).

(٥) لأن الشهور فرع والحيض أصل. (بستان).

(٦) وأما عند أهل المذهب فالعدة بالأشهر، فلا يجب الانتظار. (قرور).

(٧) قوي على أصلهم.

(*) لأنه جنس واحد. والثاني لا تبني؛ لأنه بناء بدل على أصل. (بستان). ولقائل أن يقول: هي كمن بلغت بالحيض وانقطع قبل تمام العدة، فينظر في الكل.

عملت به، وإن ذكرت وقتها لا عددها تحرت في الحيضة الثالثة بظنها^(١)، فإن لم يحصل لها ظن أكملتها عشرا، وإن نسيتهما معا أو وقتها ولم يمكنها التحري^(٢) فقال الفقيه محمد بن سليمان: إنها تجعل حيضها في الشهر مرة^(٣) كما في الصلاة، وقال المنصور بالله والفقيهان يحيى البحيح ويحيى بن أحمد^(٤): إن أمكنها التحري عملت به، وإلا انتظرت إلى مدة الإياس^(٥).

مسألة: وإذا تزوجت المعتدة قبل انقضاء عدتها فمع علمها بالتحريم تحد^(٦)، ومع علم الزوج دونها يحد لا هي^(٧)، ومع جهلها لا حد، ويجب المهر، وينقطع حكم عدتها^(٨) بالدخول بها^(٩)، فلا حكم لما تحيض من بعد ذلك حتى

(١) الظاهر أنها تكملها عشراً ولا تحري، كما هو ظاهر شرح الأزهار.

(*) يعني التمييز بين دم الحيض وغيره. والقياس أنه لا يكفي الظن، بل تقف في الحيضة الثالثة أكثر الحيض، وهو عشر. و(قررو).

(٢) الأولى أنها تربص إلى مدة الإياس، ولا فرق بين أن يمكنها التحري أم لا. (قررو). فهو لا حكم له إلا عند أهل التمييز.

(٣) قروي إذا كان يأتيها في الشهر مرة والتبس في أي وقت منه. وإن كان ظاهر الأزهار خلافه.

(٤) وبني عليه في الغيث.

(٥) ووجه كلامهم ليحصل اليقين، وهذا يحتل أن يقال: إذا قد ثبت لها وقت وعدد فعلها أن تربص مدة يكون قدرها مثلي ما مر قبل طلاقها من وقت إمكان حيضها تنقص ثلاثة عشر يوما، وهذا نظر دقيق. (رياض).

(٦) لأنه زنا، ولا يقطع عدتها الدخول بها. و(قررو).

(٧) وتنقضي العدة. (قررو).

(٨) بشرط استمرار الجهل، فلو علما أو أحدهما فزنا لا يقطع حكم العدة إلا أن تعلق، ويشترط أن لا يكف عن جماعها، فلو كف اعتدت بها وقع بعد الوطء الأول. (منقولة عن الذماري). وقرر المتوكل على الله ﷺ أنه لا عبرة بهذه الحيض؛ لأنها تحت زوج. (قررو). إلا أن تكون بعد العلم اعتدت بها وقع من الحيض بعد أن مضى عليها بعد العلم بالبطلان قدر الاستبراء. (حاشية سحولي) (قررو).

(٩) في القبل. (قررو).

تخرج^(١) من الزوج الآخر وتستبرئ منه بثلاث حيض أو بثلاثة أشهر - كما تقدم - أو بوضع الحمل^(٢) ثم تتم عدتها الأولى، فلو كانت عدة الأول بوضع الحمل ووضعت تحت الزوج الآخر فلا حكم له^(٣)، بل تعتد له بعد عدة الثاني.

مسألة: والطلاق الرجعي يثبت في عدته الرجعة والموارثة، وتجب لها النفقة والكسوة والخادم والدواء، ذكره أبو طالب، والسكنى حيث طلقت إن كان لزوجها سكناه بملك أو إجارة أو عارية، وإن كانت في دارها فقيل: إنها تقف فيها^(٤) ولها كراؤها على زوجها، ذكره في البحر، وقيل^(٥): بل تخرج إلى بيته^(٦)؛

(١) وبماذا تخرج من الذي وقعت تحته جهلا منها؟ (مفتي). ولعله بأن يمضي عليها قدر مدة الاستبراء من غير وطء^[١]. وقد ذكر معناه ابن حابس. ولفظ حاشية: المراد مع تخلل الوطء، أما لو حاضت مرة في العدة الأولى ثم تزوجت جهلا ثم وطئت مرة واحدة ثم حاضت بعده خمس حيض من دون تخلل ووطء - انقضت عدتها الجميع؛ لأنها قد مضت مدة الاستبراء - وهي ثلاث حيض - وثنتان تمام الأولى، ولا تحتاج إلى نية، ولا حكم للعقد. (سماح). ومثله عن الذماري. وقرر المتوكل على الله: أنه لا عبرة بهذا الحيض لأنها تحت زوج، وهو ظاهر الأزهار.

(٢) إن لحق بالثاني.

(٣) وفي شرح الفتح ما معناه: تعتد به للأول حيث لحق به، وفرق بينه وبين ما وقع من الحيض تحت الزوج الثاني، قال: وهو المفهوم من الإطلاق في عبارة الأزهار والتذكرة، وهو مراد الفقيه حسن كما يأتي في اللعان.

(٤) بإذنه. (قرير).

(*) لظاهر الآية الكريمة^[٢]، ولعدم جواز الخروج، ولا فرق بين أن يأذن لها الزوج أم لا؛ لأن الحق لله تعالى، ومن يقول: إن لها أن تخرج بإذنه يجب عليها الخروج إلى بيت الزوج.

(٥) قوي، ومثله في الكواكب.

(٦) حيث لا غضاضة.

[١] يستقيم بعد العلم؛ ليكون خروجاً منه، وأما قبل العلم فهو تحت زوج.

[٢] ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ...﴾ الآية [الطلاق].

لأنه حق له، وليس له أن يخلو بها في منزل أو نحوه^(١) حيث لا عزم له^(٢) على مراجعتها^(٣)، ولا لها أن تخرج ليلاً ولا نهاراً ولو أذن لها الزوج، ذكره في الكشاف^(٤)، وهو ظاهر اللمع^(٥). قلنا: إلا لعذر كخوف أو انهدام فتنتقل إلى غيره، ويلزمها فيه ما كان يلزمها في الأول. قال في الكشاف: وإذا كان زوجها لا يجد إلا منزلاً واحداً وقفت في زاوية منه^(٦).

مسألة: وإذا مات زوجها ولو بعد انقضاء الحيضة الثالثة وقبل تغتسل منها أو تيمم أو يمضي عليها آخر وقت صلاة^(٧) - فإنها ترثه وتستأنف عدة الوفاة، وهو يرثها إن ماتت.

(١) في موضع خال عن الناس.

(٢) قوله: «حيث لا عزم له» يفهم أن التجويز لا يبيح الخلوة بها ولا الاطلاع عليها، فينظر، وفي الكواكب: إذا كان مجوزاً للمراجعة جاز النظر. وقرره القاضي عامر رحمته الله. وهو صريح البيان في المسألة الثانية.

(٣) وذلك لأن الطلاق وإن كان رجعياً فقد زال النكاح بالفراق، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((ألا لا يخلون أحدكم بامرأة لا تحل له، فإن ثالثهما الشيطان)). (بستان).

(٤) قال في الكواكب: وهو أولى. (من خط المفتي).

(٥) والتذكرة وسائر كتب أهل المذهب؛ لأن الحق لله تعالى. (شرح فتح معني). خلاف ما في الأزهار^[١] والغيث فقط.

(*) لأن في العدة في بيته حقاً لله وللزوج، فلا يسقط حق الله تعالى بإذنه، ومثل هذا في البحر والثمرات، والله أعلم.

(٦) القياس أن يستأجر لها منزلاً حيث لا عزم له على مراجعتها، فإن لم يجد مستأجراً وخشي الضرر جاز له الوقوف معها. (قررو). ويغض بصره. (قررو).

(٧) اضطراري. (شرح أزهار). تأخيراً. (شرح حفيظ) (قررو).

[١] ووجه كلام الإمام عليه السلام أنه أقاسه [٥٠]، وهو يجوز تخصيص الكتاب العزيز بالقياس، ولعله أخذه من مفهوم التذكرة.

[٥٠] إذ هم يقولون: الرجعية كالباقية في الزوجية.

مسألة: ويستحب لها التزين والتعرض لما يدعوه إلى الرجعة^(١)، ويلزمه التحرز من نظرها والإيدان لها عند دخوله الدار إذا كان عازما على عدم الرجعة، لا إن كان مجزأها.

مسألة: وإذا راجعها بالقول ثم طلقها من غير دخول استأنفت العدة^(٢)، خلاف مالك، وإن طلقها ثانية من غير رجعة على القول بأنها تقع عليها بنت على عدتها ولم تستأنف، خلاف أحد قولي الشافعي.

مسألة: والطلاق البائن لا رجعة في عدته ولا توارث، ولا تنتقل إلى عدة الوفاة إن مات، ولها عليه النفقة والكسوة دون السكنى. وقال زيد بن علي والناصر وأحد قولي المؤيد بالله وأبو حنيفة: يجب الكل. وقال القاسم: لا يجب الكل في المثلثة، ويوافقنا في المختلعة. وقال الشافعي: يجب السكنى فقط دون الكسوة والنفقة، إلا أن تكون حاملا وجب الكل.

مسألة: وإذا عقد بالمختلعة في عدتها ثم طلقها^(٣) قبل الدخول بنت^(٤) على

(١) ما لم يكن الطلاق واجباً أو مندوباً أو مباحاً فلا. وقيل: أما المندوب والمباح فلها. (قرر).

(*) ظاهره ولو غلب في ظنها أنه مضرب عنها. (عامر). وقيل: لا يجوز.

(٢) والوجه أن الرجعة تبطل العدة، فصارت كأن لم تكن. (زهور).

(٣) أو فسخ. (قرر).

(٤) إذا كانت قد حاضت حيضة كاملة.

(*) لكن ينظر فيما بعد العقد إلى وقت الطلاق؛ لأنها وقعت تحت زوج، قال سيدنا إبراهيم حثيث: إنها تعتد بها. (من نظره). قلت: قولهم: لا تعتد بما وقع في نكاح ينافيه، والله أعلم. (مفتي). وفي البحر والكواكب: أنه يقطع العدة فلم يشترط الدخول هنا؛ لأن العقد صحيح، بخلاف ما تقدم في قوله: أو وقعت تحت زوج جهلا. (قرر).

فائدة: وإذا كانت الأمة مطلقة رجعياً أو بائناً وجبت لها النفقة ولو لم تسلم تسليماً مستداماً. (منقولة من هامش شرح الأزهار بالمعنى) (قرر). إذ لا يمكن التسليم مع الطلاق. (من هامش شرح الأزهار).

عدتها، ووجب لها نصف المسمى. وقال أبو حنيفة: يجب لها المسمى^(١)، وتستأنف العدة. وقال الفقيه يحيى البحيح^(٢): لا عدة عليها إن كانت قد حاضت مرة بعد الطلاق الأول.

مسألة: والطلاق البائن في المرض كغيره، وقال الناصر^(٣): إنه لا يمنع التوارث^(٤)، وقال أبو حنيفة: إنه إذا طلقها من غير أن تطلبه ورثته، ولا يرثها إن ماتت قبله.

مسألة: وفي عدة البائن يلزمها الإحداد^(٥) عند أبي العباس وأبي حنيفة، خلاف المؤيد بالله والشافعي. وهو ترك الزينة من الخضاب والطيب والكحل والدهن^(٦) باطنا وظاهرا^(٧) إلا لعذر^(٨)، ولباس الحلية في كل بلد بعادة أهلها فيما يتحلون به ولو من صفر أو زجاج أو ودع، ولبس الحرير والمطرز به

(١) لأنها مطلقة بعد الدخول، ولا حكم لتوسط العقد. قلنا: بل له حكم. (بستان).

(٢) وحجة الفقيه يحيى البحيح: أنه طلاق قبل الدخول فلا عدة فيه. وذكره القاضي محمد بن حمزة بن أبي النجم. (بستان).

(٣) ومثله عن مالك.

(٤) إذ ورث صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ امرأة ابن عوف وقد طلقها في مرضه بائناً، فعارضه بنقبض قصده. قلنا: حكاية فعل لا يعلم وجهه، والميراث فرع الزوجية. (بحر بلفظه). لكن يقال: إن موت عبد الرحمن بن عوف لم يكن على عهد رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، بل بعده في خلافة عثمان، فينظر فيه هل المورث الرسول صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أم غيره، وفي شرح ابن بهران أن المورث عثمان ولم ينكر، والله أعلم.

(٥) مسألة^[١]: ولا يجوز الإحداد على ميت غير الزوج إلا يوماً للرجل وثلاثاً للمرأة؛ لخبر ورد فيه.

(٦) ظاهر كلام أبي العباس تحريم الدهن كله عليها، وقال في الانتصار: يجوز بالسمن والزيت كما في المحرم. (كواكب).

(٧) الباطن: ما يغطي باللباس، والظاهر: ما لا يغطي، كالوجه والكفين.

(٨) وهو الضرر. (مفتي).

[١] هذه المسألة في (د) من البيان.

والمصبوغ بالعصفر ونحوه، إلا أن يكون بالحاء لا زينة فيه^(١). قال في الشرح: وهذا في المثلثة، لا في المختلعة^(٢) فلا إحداد عليها. قال الفقيه يوسف: والمفسوخة كالمثلثة. ويجب على المتوفى عنها وفاقاً إلا عن الحسن.

مسألة: وليس لها أن تخرج من دار عدتها أو منزلها حيث ليس لها في الدار غيره إلا لعذر أو حاجة، ذكره في البحر، أو يكون لزوجها فتنتقل منه إلى دارها. وإذن زوجها لا يبيع لها الخروج، لكن لا تسقط نفقتها عنه مع إذنه.

فأما المتوفى عنها فلها الانتقال^(٣) إلى دار أخرى، خلاف زيد بن علي وأبي حنيفة والشافعي. ولها الخروج بالنهار وفي العشي، ولا تبيت إلا في دارها^(٤).

مسألة: ولا يجب الإحداد وترك الخروج على أم الولد^(٥)، ولا في عدة الباطل، ولا الموطوءة بشبهة^(٦)، وأما في عدة الفاسد فقال الفقيه يحيى البحيح:

(١) **مسألة:** ولها لبس البياض والسواد والأكهب وما يلي صبغه، والخاتم والزقر والودع، وشم اللينوفر والبنفسج والعرار؛ إذ ليس بطيب، والكحل بالتوتياء والصبر، وقلم الظفر وحلق الشعر والعانة، وصابون الثياب، وأكل المزعفر. قلت: أما البنفسج ففيه نظر. (بحر). ولعل وجه النظر أن البنفسج يتخذ منه الذرور فأشبهه الورد. ووجه ما ذكره الإمام يحيى أنه ليس بطيب في العادة، وإنما هو زهرة، فعلى هذا لا نظر عليه. (شرح بحر).

(٢) وفي الغيث: وكذا يجب على المختلعة الإحداد. (قرئ).

(*) وأطلق أبو العباس أنه يجب في البائن ولم يفصل. وهو ظاهر الأزهار.

(٣) وذلك لقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، ولم يخص مكاناً دون مكان، والبيان لا يجوز تأخيره عن وقت الحاجة إليه. وحجة الآخرين: قوله ﷺ: ((اعتدي في البيت الذي أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله)). قلنا: نقل علي بن أبي طالب ابنته أم كلثوم من دار زوجها عمر بن الخطاب لما قتل، ونقلت عائشة أختها أم كلثوم لما مات زوجها طلحة بن عبد الله الخزاعي. (بستان بلفظه).

(٤) والمراد بالمبيت أكثر الليل كليالي منى. (قرئ).

(٥) إذا مات سيدها؛ لأنه ليس بزواج. (زهور). ولفظ البستان: وذلك لقوله ﷺ: ((إلا على زوج)) كما مر، والسيد ليس بزواج. (بلفظه).

(٦) والثان.

يجب، وقال العصفري: لا يجب. والأمة^(١) والمدبرة يجوز لهما الخروج إذا طلبها مولاها^(٢). والصبية^(٣) والكافرة لا إحداد عليهما، ولهما الخروج^(٤)، وقال الشافعي: يجب على الكافرة، وتؤمر به الصغيرة. وهو تخريج المؤيد بالله^(٥).

مسألة: ومن طرأت عليها العدة عن طلاق أو موت وهي في السفر لحج أو غيره فإن لم تكن قد خرجت عن البريد رجعت المطلقة إلى بيتها الذي يلزمها الاعتماد فيه^(٦) ولو قد أحرمت^(٧)، وتقف المتوفى عنها في مكانها أو في غيره؛ لأنه لا يتعين عليها بيتها^(٨)، ذكره في الشرح. وإن كانت قد خرجت عن مسافة القصر لزمها الوقوف في مكانها، فإن تعذر لخوف أو غيره^(٩) فحيث المأمن ومقصدها دون البريد كلاهما صارت إلى أيهما شاءت، وحيث هما في البريد فما فوق صارت إلى أيهما أو إلى بيتها، قال الفقيه محمد بن يحيى: ولو كان بعضها أكثر مسافة من بعض^(١٠)، قال الفقيهان حسن وعلي: إلا حيث قد أحرمت^(١١) للحج فتمضي فيه^(١٢).

(١) والمكاتبة. (قررو).

(٢) أو لم يطلب. وهو ظاهر الأزهار في قوله: واعتماد الحرة.. الخ.

(٣) وكذا المجنونة. فإن تكلفا أو أسلمت الكافرة وجب الإحداد فيما بقي منها.

(٤) أما الخروج فالمذهب خلافه.

(٥) قيل: ووجهه أظهر؛ لأن ذلك ترك، وهو يصح من الصغيرة والكافرة. (زهور).

(٦) وجوبا.

(٧) مع عدم الخوف، وإلا مضت في الحج. (قررو).

(٨) ولكن يتعين عليها الوقوف فيما ابتدأت العدة فيه، فيجب عليها الاستمرار فيه. (هبل).

(٩) عدم الماء.

(١٠) لأن قد استويا في السفر. (زهور).

(١١) مع الخوف. (قررو). وإلا فقد صارت محصورة.

(١٢) فإن سارت للحج هل يجب عليها أن تعتد حيث حصل الأمان فيكون كالموضع الذي وجبت عليها فيه العدة؟ الأقرب أن لها المضي في الحج، وقرره سيدنا عامر. وعن المفتي: يتجدد عليها الخطاب فلا تمضي، بل تقف.

مسألة: وإذا ولدت المعتدة ولداً حياً قبل إقرارها بانقضاء العدة لحق بزوجها إن كان لأربع سنين فما دون من يوم طلاقها^(١) وانقضت به العدة، إلا في الصغيرة التي لا يجوز عليها الحمل^(٢) في حال الزوجية والعدة فلا يلحق به^(٣). وإن كان لأكثر من أربع سنين ففي البائن لا يلحق به، وتحذ الزوجة^(٤) إلا أن تدعي شبهة، وتعتد بثلاث حيض^(٥) من بعد الولادة، وفي الرجعي يلحق به^(٦) ويحمل على أنه قد راجعها^(٧)، وتبطل العدة، إلا في الصغيرة كما مر فلا يلحق به.

فرع: فإن ولدت بعد إقرارها بانقضاء العدة فهي على أقسام ثلاثة:
الأول: أن تكون عدتها بالحيض، فإن ولدته لدون ستة أشهر من الطلاق لحق

(١) سواء كان رجعياً أم بائناً.

(٢) كبنت دون تسع سنين.

(٣) نحو أن يطلقها قبل البلوغ^[١] طلاقاً بائناً ثم تبلغ في العدة وتأتي بولد، فإنه لا يمكن كونه من الزوج عن وطء حلال؛ لأنها بائنة فلا يصح تجويز وطئها في العدة كالرجعية، وكذا لو طلقها طلاقاً رجعياً قبله [أي: قبل إمكان البلوغ] ثم مضى عليها ثلاثة أشهر قبله لم يراجعها فيها ثم أتت بولد، فإن هذا الولد لا يمكن منه عن وطء حلال، فلا يلحق في هاتين الصورتين. (غيث، وشرح أزهار).

(٤) وقيل: لا تحذ، إلا مع إقرارها أربع مرات وجب. وقرر مولانا المتوكل على الله كلام البيان.

(٥) بناء على أنها قد حاضت من قبل الولادة، [وإلا اعتدت بالأشهر. (قرير)] أو بناء على القول بأن الحمل كالحيض، والمذهب خلافه.

(٦) مع الإمكان. وقيل: لا فرق على ظاهر الأزهار.

(٧) وهل يحكم بالرجعة وبقاء الزوجية؟ قال مولانا عليه السلام: لا يكون رجعة إلا بالتصادق، وقال الفقيه يوسف: يكون رجعة مطلقاً، وقيل: إن أتت به لأربع فما دون من يوم الطلاق فليس برجعة^[٢] إلا أن يتصادقا، وإن أتت به لفوقها فرجعة؛ وعن ابن بهران: لا بد من التصادق مطلقاً.

[١] أي: قبل بلوغ سن العلق. نحو أن يطلقها وقد بقي من السنة الثامنة شهر. (تعليق الفقيه حسن). وهو

الذي في المصايح وشرح الدواري.

[٢] لأنه يجوز العلق به من قبل الطلاق.

به مطلقاً^(١)، وبطل إقرارها بانقضاء العدة، بل تنقضي به، ولفوقها^(٢) وفوق ستة أشهر من إقرارها لا يلحق به، وحدث^(٣)، ولفوقها^(٤) ودون ستة أشهر من إقرارها يبطل إقرارها وتكون كالتى لم تقر بالانقضاء على ما مر^(٥).

الثاني: أن تكون عدتها بالأشهر لكبرها، فهي كالتى لم تقر بانقضاء عدتها على ما مر^(٦)؛ لأنه بطل إقرارها، وذلك يمكن حيث تلد لأربع سنين فما دون من بلوغها حد الإياس، فيجوز أنها علقته به قبل تياس، وأما لفوق الأربع فيمكن على قول أبي العباس^(٧)، لا على قول السيدين^(٨).

الثالث: أن تكون عدتها بالأشهر لصغرها، فإن كانت لا يجوز عليها الحبل في حال الزوجية والعدة معا لم يلحق بالزوج مطلقاً، وحدث^(٩)، وإن كانت يجوز عليها الحبل فيهما معا: فإن ولدته لدون ستة أشهر من انقضاء عدتها لحق به، ولفوقها^(١٠) لا يلحق به في البائن، وأما في الرجعي فكذا على الأصح^(١١)، ذكره الفقيه يمين

(١) يعني: في الرجعي والبائن؛ لأنه علم كذبتها. (بستان) (قررو).

(٢) صواب العبارة: ولستة أشهر فما فوقها، وهو هكذا في البرهان. (بستان).

(*) أي: فوق ستة أشهر من يوم الطلاق.

(٣) المذهب لا حد كما مر.

(٤) من يوم الطلاق

(٥) يعني فإن كان لأربع سنين فما دونها من يوم الطلاق لحق به، وإن كان لفقها لحق به في الرجعي لا في البائن. (بستان بلفظه).

(٦) فما ولدته في أربع سنين لحق به مطلقاً وانقضت به العدة، وما ولدته بعدها لحق به في الرجعي، لا في البائن فلا يلحق به ولا تنقضي به العدة، بل تعتد بالأقراء فيما بعد الولادة، وإن لم تحض قط فبالأشهر. (بستان).

(٧) لأن ما بعد الستين ليس بحالة تعذر كما يقوله في الحيض، والله أعلم.

(٨) فهو غير ممكن، فإذا اتفق ذلك عرف أنها كاذبة في بلوغها الستين.

(٩) بل لا تحد.

(١٠) صوابه: ولها. (قررو).

(١١) لأنه حمل تام بعد العمل على انقضاء العدة. (غيث، وشرح أزهار).

البحييح، وقال السيد يحيى بن الحسين والفقير محمد بن سليمان: يلحق به إذا كان لأربع سنين فما دونها من الطلاق^(١). وإن كانت يجوز عليها الحبل في العدة لا حال الزوجية ففي البائن لا يلحق به، وحدث^(٢)، وفي الرجعي يلحق به إن ولدته لدون ستة أشهر من انقضاء عدتها، لا لفرقها^(٣) على الخلاف الأول^(٤).

فرع: وأما المعتدة عن الوفاة فلم يذكروا حكمها إذا ولدت^(٥)، ولعلها تكون كالصغيرة^(٦) التي يجوز عليها الحبل، فيلحق بالزوج حيث جاءت به لدون ستة أشهر^(٧) من انقضاء عدتها، لا بعد ذلك.

مسائل: وإذا استؤذنت المعتدة بالأقراء^(٨) في الزوجة فأذنت وزوجت ثم

(١) لجواز أنه وطئها في العدة فيكون رجعة، وألزمه الفقير يحيى البحيح أن يلحق ولو جاءت به لأكثر. قال مولانا عليه السلام: وهو إلزام لازم لا محيد عنه. (غيث). قال سيدنا: وكلام السيد يحيى والفقير محمد بن سليمان محتتم؛ لأن إقرار الصغيرة لا حكم له، ومضي الشهر على الحامل لا حكم له. (زهور).

(٢) المذهب لا تحد.

(٣) صوابه: لا لها.

(٤) هذا إذا أقرت، وإلا لحق به مطلقاً. اهـ الكلام مسوق أنه بعد الإقرار، فلا حاجة إلى الحاشية. (٥) بعد الإقرار بالانقضاء.

(٦) وفي الكواكب ما لفظه: ولعله يلحق بالميت ما جاءت به في أربع سنين، لا فيما فوقها مطلقاً^[١]. وهذا كله حيث لم تتزوج المعتدة أو تزوجت ثم ولدت لدون ستة أشهر من الزوجة. (بلفظه). يعني وإلا فهو فراش ثان، فيلحق به.

(٧) ولعله يقال: حيث كان فيها قرينة الحبل من انقطاع الحيض وغيره من الأمارات التي ذكروا أنها تدل على الحمل وكذبها نادر فلا يبعد أن يلحق بالميت^[٢] لأربع فما دون وإن كان ظاهر الكتاب لا يقبل ذلك، فهذا محفوظ من غير أن يوقف فيه على نص غير ما في الكواكب والبيان. (مفتي).

(٨) لم يذكر الأقراء في الغيث، ولفظه: تنبيه: واعلم أن المعتدة إذا تزوجت بعد مضي مدة يمكن انقضاء العدة فيها كان نكاحها إقراراً بانقضاء العدة، فافهم ذلك. (بلفظه من النكاح، في شرح قوله: «فإن اتفق فراشان..» الخ).

(*) لم يذكر بالأقراء لا في التذكرة ولا في الكواكب.

[١] ولنا أن نقول: إن لم تقر فما ذكر في الكواكب أولى، ومع الإقرار ما في البيان أولى، وهذا مبني على أن الإقرار في ذوات الشهر معتبر كما هو ظاهر الأزهار. (مفتي) (قريب).

[٢] ظاهره ولو قد أقرت بالانقضاء، ولعله أولى؛ كما ذكره في مسألة الربيب، وإن كان ظاهر إطلاق الأزهار بقوله: «لا بها أو بأكثر» خلافه. (سيدنا حسن الشيباني رحمته الله).

ادعت بقاء العدة وأنها جهلت الأمر لم تقبل دعواها؛ لأن إذنها كالإقرار منها بانقضاء العدة إذا كانت قد مضت عليها مدة ممكنة، وهي تسعة وعشرون يوماً فما فوقها، ولعل هذا في عدة البائن، أو في عدة الرجعي ولم يخاصم زوجها الأول^(١)؛ إذ لو خاصم لم يقبل قولها إلا بشهادة عدلة كما يأتي بيانه.

القسم الثاني: عدة الوفاة، وهي لغير الحامل أربعة أشهر وعشرة أيام، ويعتبر في الشهور كما تقدم، ولو كانت طفلة أو الزوج طفلاً^(٢) أو قبل الدخول، وأما الحامل فبهذه المدة وبوضع حملها أيضاً^(٣). وقال أبو حنيفة والشافعي: بالوضع^(٤) فقط. وقال مالك وتخريج أبي العباس: بالمدة فقط، لكن لا تزوج حتى تضع.

فرع: ويعرف الحمل بالحركة أو كبر البطن أو بالعيافة المعتادة في الحبل، فلا تنقضي عدتها حتى تضع أو يمضي عليها أربع سنين من موت زوجها^(٥) أو

(١) أو من له حصة في ذلك ولو بعد الزواجة. (قررو).

(٢) ولو كانت الزوجة أو الزوج حملاً ومات الموجود منها قبل وضع الآخر فإنه يثبت التوارث وتجب العدة عليها حيث هو الميت، وتكون عدتها من يوم وضع أمها لها. (حاشية سحولي). وقال المفتي: تكون عدتها من يوم الوفاة. وقواه التهامي؛ لأنها تثبت أحكام الزوجية بينهما؛ إذ هو موقوف مجازاً.

(٣) حملاً يلحق به. (قررو).

(٤) وحجة أبي حنيفة والشافعي قوله تعالى: ﴿أَنْ يَضَعَنَّ حَمْلَهَا﴾ [الطلاق]؛ ولم يفصل. قلنا: أبطلتم آية الأشهر، ونحن عملنا بموجب الآيتين. وحجة مالك آية الأشهر، لكن لا تزوج حتى تضع؛ لآية الحمل. قلنا: العمل بهما جميعاً أقوى. (بستان). قالوا: روي أن سبيعة بنت الحارث الأسلمية وضعت بعد وفاة زوجها ببضع وعشرين ليلة، وروي شهر، وروي أربعين ليلة - فأذن ﷺ أن تتزوج. قلنا: قد روي أن أبا السنابل بن بعكك أنكر ذلك على سبيعة. (غيث بلفظه).

(٥) الظاهر أن هذا مع عدم الإقرار بانقضاء العدة، وإلا ناقض قوله في الفرع الأول: «فيلحق

تحيض مع زوال الأمارات، فتعمل بالأشهر.

مسألة: والعدة تكون من وقت علم الزوجة^(١) بالطلاق أو الموت^(٢)، ولا حكم لما مضى قبل علمها عند الهادي^(٣) وأحد قولي القاسم والناصر وأبي العباس وأحد قولي المؤيد بالله والمنصور بالله، وقال زيد بن علي وأحد قولي المؤيد بالله والفقهاء^(٤): من وقت الطلاق أو الموت ولو انقضت قبل تعلم الزوجة. ويتفقون في الصغيرة والمجنونة^(٥) أنه لا يعتبر علمهما^(٦)، وفي المطلقة الحامل أنها تنقضي العدة بوضعها ولو لم تعلم^(٧).

- بالزوج حيث جاءت به لدون ستة أشهر من انقضاء عدتها لا بعد ذلك»، فينظر^[١]. قيل: هنا قد ظهرت أمارات الحمل لا هناك، والله أعلم.
- (١) والمراد بالعلم أن تعلم بوجود العدة ولو اختلف السبب، كأن يبلغها أنه مات فاعتدت عدة وفاة فأنكشف أنه طلق، فقد انقضت العدة بذلك. (حديث، وتهامي).
- (٢) وذلك لقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ولقوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤]، فاقضى ذلك التكليف بالتربص، وإذا مضت قبل علمها فهي غير مرتبصة؛ ولقول علي عليه السلام: (تعتد من يوم يبلغها وفاته). (بستان).
- (٣) وحكم ما قبل العلم حكم تلك العدة: إن كان الطلاق رجعياً ثبت التوارث وغيره من سائر أحكام الرجعي، وإن كان بائناً كان له حكم البائن، ذكر معناه في شرح الفتح.
- (٤) والإمام يحيى، واختاره صاحب الأثرار.
- (٥) والسكرى. والمختار خلافه، وهو أن السكرى عاقلة، وهو ظاهر الأزهار. و(قرى).
- (٦) فإن بلغت بغير الحيض بنت من حين العلم. (ذماري).
- (٧) وذلك لأن وضعها سبب انقضاء العدة، وقد حصل، فأما المتوفى عنها الحامل فلا بد من مضي الشهر كما مر، لكن فيها الخلاف هل تكون من وقت العلم أو من الموت. (بستان).
- لفظ الكواكب: فأما المتوفى عنها الحامل فلا بد أن تعتد بأربعة أشهر وعشر من يوم علمها مع الوضع، ولا عبرة بما قبل العلم على الخلاف. قال السيد الشامي: يعتبر علمها في بقية العدة حيث تقدم وضع الحمل على الشهر. (سماح سحولي) (قرى).

[١] ويمكن الفرق بين هذا الفرع والأول أن الأول لم يظهر عليها شيء من أمارات الحمل، فيعمل بإقرارها حتى يكذبه الشرع؛ بأن تضع لدون ستة أشهر من الإقرار، بخلاف هذا فلا يسمع إقرارها؛ لظهور أمارات الحمل، فينتظر أكثر مدة الحمل حيث لم تحض، والله أعلم.

فرع: ومن قطع نصفين أو أحد وريديه أو فخذة فهو كالميت ولو بقي مدة حياً؛ فيورث، وتعتد زوجته، ويعتق مدبره وأم ولده، ولا حكم لكلامه^(١).

مسألة: وإذا تركت المتوفى عنها ونحوها الإحداد أثمت ولم يمنع انقضاء عدتها، وأما وجوب نية العدة فقال في البحر ومجموع ابن الخليل والتذكرة: إنها تجب، وقال في التقرير وتعليق الإفادة: لا تجب، قال الفقيه يوسف: وهو الأولى. **وصح** وتركها لا يمنع الانقضاء وفاقا.

مسألة: والمعتدة عن الوفاة تستحق النفقة والكسوة ولو كانت أمة، لا السكنى، وقال زيد بن علي والمؤيد بالله وأبو حنيفة: لا تستحق شيئاً، وقال مالك وأحد قولي الشافعي: تستحق الكل.

وتعتد حيث شاءت من منزلها أو منزل زوجها إن رضي الورثة أو ورثته منه، وقال زيد بن علي وأكثر الفقهاء: يتعين عليها منزل زوجها إذا رضي لها الورثة أو ورثته منه.

فرع: ونفقة العدة مقدمة على ديون الميت^(٢) بعد ما يحتاج إليه الميت في تجهيزه إذا طلبتها الزوجة لما يستقبل^(٣)، فلو لم تطلبها حتى مضت العدة أو بعضها ثم طلبت لما مضى كانت أسوة الغرماء^(٤)، لا لما يستقبل فتقدم.

القسم الثالث: عدة الفسخ بما تقدم من أسباب الفسخ أو باللعان، وهي

(١) ولا لجنايته ولا لما جني عليه. (نجري) (قررو).

(٢) وأجرة من يستقيم على قضاء ديون الميت مقدمة على نفقة الزوجات، ذكره في الوسيط. لأن الأجرة من رأس المال، والله أحكم.

(٣) فلو حصل منهم تمرد عن التسليم بعد الطلب قدمت على سائر الديون؛ لأنها قد صارت كالشريك في الزكاة، بخلاف ما لو مطلقها الزوج فكسائر الديون؛ لتعلق ذلك بدمته. (قررو).

(*) ولو لم تسلم إليها. وفي حاشية: وسلمت. (قررو).

(٤) إلا أن تكون قد طلبتها فمطلت.

كعدة الطلاق^(١) البائن سواء إلا في حكمين: أحدهما: في الفسخ بالردة، وهو أن المرتد إذا مات أو لحق في العدة ورثه المسلم^(٢). والثاني: أنه إذا انقطع حيضها لعارض اعتدت أربعة أشهر وعشرا، ذكره المؤيد بالله^(٣)، وقال المنصور بالله^(٤): تنتظر كالمطلقة. وظاهر كلام المؤيد بالله مطلقا^(٥)، وقال الفقيه محمد بن سليمان: المراد به في الفاسد إذا فسخ^(٦)، فأما في النكاح الصحيح إذا فسخ لسبب فهو كالطلاق. وقال في الكافي: إن العدة في الفسخ بحيضة واحدة فقط عند الباقر والصادق وأحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي.

مسألة: وإذا مسخ الزوج إلى حيوان اعتدت زوجته عدة فسخ^(٧)، وإن مسخ إلى جماد اعتدت عدة وفاة^(٨)، ذكر ذلك أصحاب الشافعي.

(١) إلا في النفقة فلا تستحق شيئا.

(٢) بعد الدخول. (قرير).

(٣) وهو المذهب في المفسوخة من أصله والمنكوحة باطلا والكافرة إذا أسلمت عن كافر.

(٤) وهو المذهب حيث كان الفسخ من حينه، فإن كان من أصله فكما ذكره المؤيد بالله ﷺ. (قرير).

(٥) سواء كان النكاح صحيحا أو فاسدا.

(٦) كأن تتزوج في العدة جهلا فإنه فسخ للعقد من أصله، وأما بعد صحة النكاح فتربص إلى مدة الإياس، قال مولانا ﷺ: وهو الذي رجحنه في الأزهار، وكلام المؤيد بالله إنما هو حيث انفسخ النكاح من أصله. لنا: أن الفسخ من حينه رفع للنكاح من وقته، فأشبهه الطلاق، فكان حكمه حكمه. (غيث).

(٧) لأنه لم يمت ما دام حيوانا، بخلاف الجماد. (بستان).

(٨) وقيل: عدة وفاة على كل حال^[١]. (هبل، ومفتي). فلو عاد إلى حالته فقد أنفسخ النكاح، كما لو ارتد ثم عاد إلى الإسلام. (مفتي).

[١] ولعل وجهه ما رواه في الثمرات أن المسوخ لا يعيش أكثر من ثلاثة أيام، فيلحق بالمفخذل ونحوه.

[*] والمختار ما في الكتاب. (قرير).

مسألة: ولا تجب عدة ولا استبراء^(١) في وطء الزنا^(٢)، وقال مالك: تجب العدة، وقال أبو جعفر: يجب الاستبراء^(٣) بحیضة. والموطوءة بنكاح باطل مع العلم^(٤) زنا، ومع الجهل^(٥) تستبرئ بثلاث حیض^(٦)، وقال الأمير علي: بحیضة.

مسألة: وعدة أم الولد^(٧) إذا مات سيدها أو أعتقها حیضتان^(٨) وجوباً^(٩)، والثالثة ندبا في الوفاة فقط، وإن كانت آيسة فشهران، ويستحب الثالث في الموت، وإذا انقطع حیضها لعارض فبأربعة أشهر وعشر^(١٠)، وقال عطية: تنتظر إلى مدة الإياس. قلنا: فتمنع من الزواجة حتى تمضي عدتها، إلا من سيدها فله أن يتزوجها عقب عتقها. وقال زيد بن علي والباقر والصادق والناصر وأبو حنيفة: إن عدتها ثلاثة أقراء. وقال الشافعي: طهر واحد.

(١) لكن تستبرئ الحامل من زنا للوطء بالوضع؛ لقوله ﷺ: ((لعن الله الساقى بيائه زرع غيره)). (شرح آثار). ولو منه؛ حفظاً للنسب، ذكره الفقيه يوسف. (قررد).

(٢) ما لم يظن حملها فبحیضة. (قررد).

(٣) للوطء فقط.

(٤) المراد علم الزوج، لا علمها فيجب الاستبراء؛ لثبوت فراشه مع جهله. (شامي).

(٥) منها. (شرح أزهار). أو من الزوج. (قررد).

(٦) للعقد.

(*) وإذا انقطع حیضها لعارض فبأربعة أشهر وعشر. (كواكب).

(٧) أي: استبراؤها.

(٨) غير ما أعتقت وهي فيها. (قررد).

(٩) ووجهه: أن وجوب الحیضتين هنا مشبه بوجوبهما في البيع، كما وجب فيه الفصل بين وطء

البائع والمشتري بحیضة مع كل واحد منهما فكذلك في مسألتنا يجب أن يكون الفصل بين

وطء المالك ووطء الزوج بحیضتين، والجامع زوال الملك. (بستان بلفظه).

(١٠) وكذا الناسية لوقتها. (قررد).

فرع: فلو زوج أم ولده^(١) مع الجهل فهو فاسد^(٢) يوجب العدة بعد الدخول، فلو مات زوجها أو طلقها ومات سيدها أو أعتقها: فإن علم المتقدم اعتدت له ثم للثاني^(٣) من بعد، وإن جهل المتقدم منهما اعتدت من بعد الآخر منهما^(٤) عدة زوجة فيها عدة أم ولد.

مسائل: والحرية المدخول بها إذا أسلمت عن زوجها فعليها العدة بثلاث حيض، ولا يفسخ^(٥) نكاحها إلا بعدها^(٦)، ولا عدة بعد الانفصاخ، وقال أبو حنيفة: يفسخ بإسلامها ولا عدة عليها، إلا الحامل فبالوضع.

(١) ينظر في هذا الفرع؛ فظاهره مشكل؛ لأن عدة أم الولد إنما تجب للإنكاح، وهذه قد صارت منكحة من قبل الموت، ومع ذلك فيجاب العدة عليها لأجل العتق مشكل.

(٢) لأجل الخلاف المتقدم في النكاح في مسألة: ولا يصح تزويج أم الولد، قبيل فصل: في اختلاف الزوجين بإحدى عشرة مسألة.

(٣) القياس أنها تعتد من الثاني ثم تعتد للأول. اهـ يقال: هلا قدمت عدة الثاني. وفي بعض الحواشي: ولا يقال: إنها تقدم الاستبراء من الثاني كأمراة المفقود؛ إذ النكاح هنا فاسد، وهو كالصحيح إلا فيما استثني. ولعل هذا بعد الاستبراء من السيد قبل تزويجها، وإلا كان باطلا.

(٤) المذهب خلافه، وهو أنها تقدم الاستبراء من ماء الثاني في معلوم الله تعالى، ولا يتداخلان. ولفظ حاشية: ينظر في هذا الفرع؛ فإن مقتضى أصولهم أن تكون كزوجة المفقود حيث زوجها سيدها مع جهلها وقبل استبرائها، فتقدم الاستبراء من ماء الآخر في علم الله، ولا يتداخلان. (قرئ).

(*) يعني في نفس الأمر وإن لم يعلم، فيكون عليها ثلاث حيض، وتتداخل العدتان، والمذهب خلافه كما مر في الحاشية الأولى.

(٥) بل يفسخ بالإسلام وتكون كالمطلقة رجعيًا على ما مر، فتكون له حيث أسلم قبل الانقضاء. (مفتي). والمختار ما في البيان، وقد تقدم في البيان في النكاح مثله. (سيدنا حسن) (قرئ). في الرابع من فصل: يرتفع النكاح بين الزوجين بالموت.

(٦) ونظره في بيان حثيث؛ لأنه يؤدي إلى تقدم العدة على انفصاخ النكاح.

فصل: [في الرجعة]

والرجعة^(١) في الرجعي إلى الزوج وحده، لا إلى الوكيل بالطلاق^(٢)، ولا إلى سيد العبد، ولا يعتبر فيها رضا الزوجة ولا وليها، إلا أن تكون الرجعة مختلفا فيها كالتى مضت عليها ثلاثة أطهار، والتي انقطع حيضها لعارض وقد مضت عليها ثلاثة أشهر، والتي مضت عدتها قبل تعلم فإذا اختلف مذهب الزوجين^(٣) في ذلك أو تشاجرا^(٤) منع منها ومنعت من التزوج بغيره^(٥) حتى يحكم بينهما حاكم بصحة الرجعة أو بطلانها.

مسألة: وليس في الرجعة مهر^(٦) ولا عوض ولو شرط لها عليه أو له عليها. ولا يجب الإشهاد عليها، بل يستحب، وعلى أحد قولي الناصر وأحد قولي

(١) قال القتيبي: الرجعة بالفتح والكسر. (ترجمان).

(٢) إلا أن يوكل بها أو يفوض. (قررو).

(٣) وظاهره أن اختلاف المذهب مانع ولو لم يتشاجرا، وقد تقدم له نظائر، وقد تقدم كلام الفقيه محمد بن يحيى في الصغيرة إذا فسخت.

(٤) الألف ثابت في نسخة سيدنا حسين المجاهد.

(*) على القول بأن للموافق المرافعة إلى المخالف، وسيأتي بيانه، والمُذَهَّبُ عليه في الوصايا كلام علي خليل أن ليس له ذلك.

(*) مع اتفاق المذهب، فلها طلب المرافعة، وإذا امتنع من الإجابة فلها أن تمنع نفسها. (شامي).

(*) الألف ثابت، وعليه المعنى الصحيح. (قررو).

(٥) والمذهب أنه يصح وتكون على خطر الخصومة. (عامر). لكن لا يلزمها مذهبه إلا بحكم.

وعن علي بن زيد: ولك أن تقول: بالتراضي أو يحكم الحاكم أو الاتفاق مذهباً.

(٦) مسألة: وتصح الرجعة بلا مهر، فلو راجعها على مهرها^[١] لم يلزمه مهر؛ لأن الرجعة قد تمت بقوله: راجعتك. وقد ذكر المنصور بالله أنها لو أبرأته من مهرها ثم رده عليها لم يصح؛ لأنه لا يعود إلا بعقد جديد، رواه في التمهيد، فيأتي هنا مثله. (صعيتري).

[١] ما لم يكن زيادة صح، أو قصد على مثله. (شامي) (قررو). وفي الغيث: إذا قال: راجعتك على ألف لزم؛

إذ هو كالزيادة في المهر. (قررو).

الشافعي: يجب. وتصح الرجعة بالأمة من الحر ولو قد تزوج حرة (١)؛ لأنها إمساك (٢).

مسائل: ووقتها من عقيب الطلاق إلى آخر جزء من العدة، وهو آخر جزء من الأشهر أو غسل آخر عضو من بدنها (٣) ولو قل (٤) بعد النقاء من الحيضة الثالثة، أو الفراغ من التيمم بعد النقاء حيث لم تجد الماء، أو يمضي عليها آخر وقت صلاة (٥) بعد النقاء وقبل الغسل أو التيمم، لكن لا يحل وطؤها بمضي وقت الصلاة إذا تزوجت (٦). وقال زيد بن علي وأبو حنيفة والإمام يحيى: تنقضي عدتها بالنقاء من الحيضة الثالثة (٧)، قال أبو حنيفة: إذا كان بعد كمال عشرة أيام، لا دونها (٨).

(١) وهل يتجدد الخيار للحررة؟ ينظر فيه. يقال: لا يبعد تجرده حيث كان رضاها بعد أن علمت أن الأمة مطلقة؛ إذ رضاها كالمشروط. (شامي). وفي بعض حواشي شرح الأزهاري: أن الخيار ثابت مطلقاً قبل الرجعة وبعدها. و(قرئ). ما لم تعلم أن تحته أمة ولو علمت أنها مطلقة رجعيًا. و(قرئ).

(٢) لا عقد.

(٣) وذلك لقوله تعالى: ﴿وَأَحْضُوا الْعِدَّةَ﴾ [الطلاق ١]، والإحصاء لا يكون إلا بيا ذكرناه، ولأن المقصود بالعدة الصلاحية للزوج، ولا صلاح قبل الاغتسال. ولقول علي عليه السلام: (زوجها أحق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة)، رواه في أصول الأحكام. وحجة الآخرين: قوله تعالى: ﴿يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة ٢٢٨]، وقوله تعالى: ﴿أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق ٤]، ولم يذكر الاغتسال، ولأنه إنما شرع للصلاة وحل الوطء، لا للرجعة. قالوا: والإحصاء استيفاء المدة. (بستان).

(٤) ولو شعرة. (قرئ).

(٥) إذ خروج وقت المؤقت بمنزلة فعله؛ لتعلقه به. (بحر).

(*) اضطراري. (شرح أزهاري). تأخيراً. (شرح حفيظ).

(٦) بل لا بد من الغسل أو التيمم.

(٧) ولو لم تغتسل.

(٨) فلا بد من الغسل أو التيمم وتعلي التيمم، أو بأن يمر عليها وقت صلاة كامل. (بستان).

مسألة: وإذا اغتسلت أو تيممت^(١) نوت به لما لا يحل لها من صلاة أو قراءة^(٢) أو دخول مسجد أو مس مصحف أو التزويج أو حل الوطاء، وكذا لانقضاء العدة^(٣)؛ لأنه يدخل فيه حل التزويج، والله أعلم. قال في التقرير وشرح الإبانة: أما الكتابية فتتقضي عدتها بالنقاء؛ لأن غسلها كالا غسل^(٤).

مسألة: والرجعة لا تحتاج إلى نية، خلاف مالك، وهي تصح باللفظ أو الفعل، فاللفظ: راجعتك أو رجعتك أو ارتجعتك أو راجعنا أو ارتجعنا أو تراجعنا، ذكره في التقرير. قال الفقيه يوسف: وهكذا يكون في لفظ الرد أو الإمساك^(٥). وأما الفعل فالوطء أو اللمس أو التقبيل أو النظر^(٦) إذا كان لشهوة فيما عدا الوطاء، خلاف الشافعي في الكل، وخلاف مالك في التقبيل، وأبي حنيفة في النظر إلى غير الفرج. قلنا: ولو كان الزوج في الفعل مجنوناً^(٧) أو

(١) قال الفقيه علي: وإذا تيممت لصلاة فرض ثم وجدت الماء قبل خروج وقت الصلاة فإنه يبطل تيممها، وإذا بطل لم تنقض عدتها بذلك التيمم، وقال الفقيه يوسف: إنها قد انقضت به العدة؛ لأنها قد حلت لها القراءة عقيب التيمم ولو بطل بالنظر إلى الصلاة، فيكون كما لو تيممت للقراءة. (كواكب).

(٢) أو لرفع الحيض. (قررو).

(٣) هذا لصاحب الكتاب. (بستان).

(٤) المذهب لا بد من الغسل أو التيمم كغيرها كما تقدم في الحيض على كلام السيد يحيى بن الحسين، وتسقط النية للضرورة. (قررو).

(٥) مع جري العرف. (قررو).

(*) ينظر في الإمساك؛ فإنما يكون بعد الرجعة كما في شرح الأزهار.

(*) وهكذا ذكره عليه السلام، لقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢٨]، ولقوله تعالى:

﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ﴾ [الطلاق: ٢]. (بستان).

(٦) حيث هو نظر مباشر كما في التحريم. (قررو).

(٧) أو ناسياً أو غالطاً. (قررو).

سكران أو نائماً أو مكرهاً^(١) أو الزوجة مجنونة أو سكرى أو نائمة أو مكرهة أو حائضاً أو محرمة، لكن حيث يريد بالفعل المراجعة يجوز حيث هو جائز، وحيث لا يريدتها يأثم وتصح. وأما في القول فلا بد أن يكون عاقلاً مختاراً، وفي السكران الخلاف^(٢) كما في طلاقه.

مسائل: وتصح الرجعة بالإشارة^(٣) ممن لا يحسن الكلام، وتصح مشروطة بماض^(٤)، وأما بمستقبل فلا تصح عند المؤيد بالله وأبي طالب، وتصح عند أبي العباس^(٥). ولا تصح بالخلوة^(٦)، خلاف المنصور بالله^(٧). وأما بعقد النكاح

(١) قال في الرياض: فإن قيل: إنه بدل عن القول، ولو راجع بالقول مجنوناً أو مكرهاً لم يصح. بياض. اهـ قال في الصعيتري: ولعل الفرق أن الوطء يبطل العدة في البائن^[١]، فلم يفترق الحال، بخلاف اللفظ.

(*) له فعل. (عامر).

(٢) يصح.

(٣) أو الكتابة. (قرر).

(٤) نحو: إن كان قد دخلت الدار فقد راجعتك. (قرر).

(٥) بشرط أن يحصل الشرط قبل انقضاء العدة^[٢]. (حثيث) (قرر). وعن القاضي عامر: ولو بعدها؛ إذ هو كاشف^[٣]. ولعله يستقيم حيث قال: إن دخلت الدار فقد راجعتك الآن. قال سيدنا زيد بن عبد الله الأكوخ: وهو المحفوظ^[٤]، وفيه إشكال. (من خط سيدنا حسن).
(٦) إجمالاً.

(٧) فقال: تصح بالخلوة إذا كانت صحيحة، كالدخول.

[١] لفظ الصعيتري: ولعل الوجه أن الوطء يبطل العدة فلم يفترق الحال فيه بين أن يقع على وجه الاختيار أو على خلافه؛ لأنه يؤثر فيها، بخلاف الرجعة بالقول فلا يؤثر فيها.

[٢] فإن التبس فالأصل عدم الانقضاء. (قرر).

[٣] لو قيل: الكشف إنما هو في الظروف، كأنت طالق قبل قدوم زيد، فيقع في الحال على طريق الانكشاف بقدوم زيد، وليس كذلك الشروط، فمشروطها مترتب على شرطها، وبهذا أطلوا التحيس، والله أعلم. (سيدنا حسن). وفي التذكرة ما يفيد هذا، ولفظها: فإن قال: «اليوم إذا جاء غد» فيفجر غد؛ لأنه شرط فلا يتقدمه المشروط، وبه أطلنا التحيس: متى وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً، بخلاف الكاشف كقبل موته بشهر. (باللفظ من قوله في الطلاق: فصل: والمؤقت.. انتهى الجميع من خط سيدنا حسن بن أحمد الشيباني).

[٤] أعني كلام القاضي عامر رحمته الله.

إذا عقد بها فقال الفقيهان حسن ويوسف: تصح^(١)، وقيل: لا تصح.

مسألة: وإذا ارتد أحدهما في العدة^(٢) بطلت الرجعة - لوقوع الفسخ - ولو عاد إلى الإسلام عند أبي طالب وأبي العباس، وقال المؤيد بالله: لا تبطل^(٣) إذا عاد إلى الإسلام في العدة.

مسألة: وإذا راجعها لا لرغبة فيها، بل مضارة لها لثلا تزوج غيره، أو ثم يطلقها فتستأنف عدة أخرى - صحت الرجعة وكان آثماً. فلو راجعها خفية وأشهد ولم تعلم حتى تزوجت غيره ثم أقام الشهادة إلى حاكم وحكم بها بطل نكاحها بالثاني، ولها عليه المهر^(٤) إن كان دخل بها، ويؤدب الأول إذا قصد الكتم عنها، وكذا شاهدها إذا أقرا بعد الحكم أنهما قصدا الكتم، وإن أقرا به قبل الحكم لم يحكم بشهادتهما^(٥).

مسألة: وإذا وطئها الزوج بعد انقضاء عدتها عالماً بالتحريم حد، وجاهلاً له أو للانقضاء^(٦) لزمه مهر مثلها إذا جهلت أيضاً ولو كرر الوطء، إلا أن يكون التكرار بعد تسليم المهر أو بعد الحكم به^(٧) وجب مهر آخر، وإن كان قد سلم

(١) لأنه رجعة لا عقد حقيقي، ولذا لا يلزم لها المهر ونحو ذلك. اهـ ولعله يلغي العقد كونها جائزة الوطء بلا تجديد عقد.

(٢) أو وقع فسخ بأي أسبابه.

(٣) يعني إذا راجع بعد توبته وهي في العدة، فأما لو راجع مرتداً وأسلم فلم يصرح المؤيد بالله بصحة ذلك. (رياض). قال في الكواكب: فأما لو راجع في حال رده فإنها لا تصح الرجعة، ذكره في مهذب الشافعي، خلاف المنزي.

(٤) الأقل من المسمى ومهر المثل.

(٥) لأنه قدح في عدتها.

(٦) ينظر حيث وطئ بعد الانقضاء جاهلاً للتحريم، فالقياس أنه يحد. (مفتي). لأن الشبهة متفية.

(٧) المذهب لا يتكرر إلا أن يكون بعد التسليم فقط كما سيأتي نظيره للفقهاء حسن في الجنائيات، وهذا على كلام الفقيه محمد بن سليمان الذي سيأتي إذا جنت أم الولد والمدبرة.. الخ.

(*) وشبهة الزوج بعد الحكم عليه أن يعتقد أن لزوم المهر يبيح له الاستمرار على الوطء. (زهور).

بعضه دون بعض لم يجب إلا باقيه^(١).

مسألة: والرجعة بالمجهولة لا تصح، خلافاً لأبي العباس، نحو قوله لمن طلقهن: «راجعت إحداكن» ثم يعين من شاء منهن^(٢).

مسألة: وإذا وكلها أو امرأة غيرها بالرجعة صح^(٣) على الأصح، كما يصح توكيل الكافر بها أو بشراء أمة يطؤها. وإذا راجعها فضولي ثم أجاز الزوج لم يصح على الأصح كالطلاق^(٤).

(١) وذلك كمن كرر القذف في حال حده لم يجب إلا باقيه، كذلك هنا. (بستان).

(*) سيأتي ما يخالف هذا في الجنائيات في الكواكب والبيان إذا جنت أم الولد والمدبرة تكررت بعد تسليم البعض، ويختص المتأخر بمقدار ما قد سلم، فينظر في الفرق. وإن كان قد علق عليه بمثل ما هنا، وهو المقرر هناك.

(٢) قبل انقضاء العدة، لا بعده فلا يصح. اهـ وعن سيدنا إبراهيم حثيث والمفتي: يصح ولو بعد العدة؛ إذ قد راجع.

(٣) وتضيف إلى الزوج لفظاً. (قررو).

(٤) وتسري الرجعة إن تناول جميعها أو بضعها. (قررو).

(*) قال في الغيث: والأقرب أن الإجازة تلحقها^[١]، وهي وإن كانت مشبهة بالطلاق في حكم لم يلزم أن يثبت لها جميع أحكام ما شاركته في علته، كما قلنا في صحة وقوعها مبهمة ومشروطة، وأما كون الإجازة لا تلحق الطلاق لكونه استهلاكاً فلم تشاركه الرجعة في هذه العلة، فلا تشاركه في الحكم الصادر عنها.

[١] ولو بعد العدة؛ إذ هي كاشفة. سماع هبل. و(قررو).

فصل: [في اختلاف الزوجين]

وإذا اختلف الزوجان في وقوع الطلاق فالبينة على مدعيه، فإن كان هو الزوج فدعواه له إقرار به؛ ولا يحتاج^(١) إلى البينة إلا حيث يريد به إسقاط حق عليه لها^(٢)، وإن كانت هي المدعية وأنكر فهي تحتاج إلى البينة مطلقاً^(٣).

مسألة: وإذا ادعت أنه طلقها ثلاثاً أو بائناً أو أن بينهما رضاعاً وأنكر وحلف في محضر الحاكم فقال المنصور بالله والإمام يحیی: إنها تمثل حكم الشرع^(٤) وتبقى تحته. وعندنا أنها تهرب منه وتمنعه عن نفسها^(٥) بما أمكن ولو يقتله إن لم يندفع إلا به، ذكره المؤيد بالله، والمراد فيما بينها وبين الله تعالى؛ لأن الحكم هنا في الظاهر فقط، وقال الفقيهان حسن وعلي: لا يجوز لها قتله إلا إذا كان الطلاق أو التحريم مجمعاً عليه، أو مختلفاً فيه ومذهبه كمذهبها فيه ولم ينتقل عنه، وهي عالمة بأنه عالم بذلك^(٦) غير ناس له.

فرع: أما لو كان مقراً بالطلاق أو الرضاع ولكن تشاجراً أو اختلف مذهبها

(١) في (ج): فلا يحتاج.

(٢) فلا بد من بينة لإسقاط الحقوق، وقد وقع الطلاق. (قررو).

(*) يعني فيما مضى، نحو أن يدعي وقوعه في وقت متقدم ويريد إسقاط نفقتها ونحوها عنه بعد ذلك الوقت فعليه البينة. (بستان بلفظه). وادعى علمها أو كانت حاملاً ونحوها. (قررو).

(٣) على كل حال ولو مضت مدة من يوم الطلاق.

(٤) وذلك لثلاث شريعة الرسول ﷺ قلنا: هو يطلبها فعل محذور، وهو لا يجوز لها تمكينه ولا يلزمها الامتثال؛ لأن الحكم في الظاهر لا يكون حكماً في الباطن؛ لأنه تقرير لظاهر الحال فقط. (بستان بلفظه).

(٥) فإن زعم زاعم وقال: كيف يؤمر الزوج بوطنها إذا قدر وتؤمر الزوجة بالامتناع إذا قدرت، وهذه مناقضة ظاهرة؟ قلنا: هذا سؤال فقيه سليم القلب جاهل بالتصرفات الأصولية والمضطربات الاجتهادية، فظاهر الشرع المنع، وقد وفينا به، وهذا ظاهر الاحتمال؛ ولهذا كان الحكم ما ذكرناه، والله أعلم بالصواب. (انتصار).

(٦) لا فرق. (قررو).

فإنه يلزمها حكم الحاكم ظاهراً وباطناً، فلو كان مذهبه الجواز^(١) ومذهبها عدمه ولم تمنعه نفسها لم يحل له مداناتها^(٢) إلا بعد حكم حاكم؛ لأن فعله يكون سبباً في فعلها المحظور^(٣).

مسألة: ومن أقر بالطلاق البائن^(٤) أو بالرضاع ثم رجع عن إقراره: فمع منكرتها له في رجوعه لا حكم لرجوعه^(٥)، ومع مصادقتها له في صحة رجوعه وأن إقراره غير صحيح يمنعان أيضاً عندنا^(٦)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله، وقال المنصور بالله وأبو حنيفة: يقبل رجوعه إذا قال: غلظت أو نسيت، قال المنصور بالله: وكان عدلاً أيضاً.

فرع: أما لو قامت عليه الشهادة حسبة بإقراره بذلك وأنكره هو والزوجة فإنها يمنعان^(٧) ولا حكم لإنكارهما^(٨)؛ لثلا يؤدي إلى تكذيب الشهود.

مسألة: وإذا أقرت الزوجة بالرضاع بعد مضي عدة الرجعي أو في عدة

(١) وهل لها أن تقتله؟ قيل: ليس لها ذلك، واختاره الفقيه يوسف، وفي الغيث أن لها قتله؛ لأنه يطلبها فعل محظور، وهو لا يجوز لها تمكينه ولو كان يستجيزه، فهي لا يلزمها مذهبه، كما أن الصغير إذا لم يندفع عن ضرر الغير إلا بقتله جاز قتله. ومثله في الكواكب.

(٢) هذا يفهم أنه لا يجوز للشافعي أن يتزوج بمرضعة له أرضعته مرة واحدة. (من خط الحماطي).

(٣) وكذلك العكس.

(٤) أو الرجعي، وتحسب عليه طلقة.

(٥) وفاقاً. (زهور).

(٦) يعني: دفعاً للمنكر؛ لأن رجوعه غير صحيح ولو صادفته. وقول المخالف كما ترى. وهذا الخلاف في حقوق الأدميين المشوبة بحق الله تعالى كالطلاق الثلاث والرضاع والعتق، فأما حقوق الأدميين المحضة فيصح الرجوع فيها مع المصادقة وفاقاً، وأما حقوق الله المحضة فعلى ضربين: منه ما لا يقبل كالوقف فلا يصح رجوعه فيه. ومنه ما يقبل رجوعه فيه كالحد؛ إذ يسقط بالشبهة. (بستان).

(٧) بعد الحكم بالشهادة، ويجب الحكم بها مع كمالها. (قررو).

(٨) وفاقاً.

البائن صح إقرارها^(١) ومنعت من زواجته، فإن رجعت^(٢) وصادقها الزوج في رجوعها ففيه الخلاف الأول^(٣). وإذا أقر بالطلاق البائن ثم فسره بالخلع^(٤) أو بالطلاق قبل الدخول فإنه يقبل قوله.

مسألة: وإذا اختلفا في كون الطلاق مشروطا بشرط فالبينة على مدعي الشرط، فلو ادعى أنه طلقها على عبد وأنكرت ثبت الطلاق، فإن بين بالعبد أو نكلت استحقته^(٥)، وإن حلفت كان الطلاق بائنا في حقه^(٦) رجعيًا في حقها، فإذا راجعها منع منها ومنعت من زواجة غيره. فلو كان العبد معينًا وأعتقه ثم قتله لزمته قيمته لها، وديته لورثته^(٧).

(١) لأنها في يد نفسها. (بستان).

(٢) بعد الحكم. (قررو).

(٣) لا يصح رجوعها. (قررو).

(٤) فإن قال: قد حرمت علي سل (مفتي). ولعله يقال: إن كان من أهل التمييز والمعرفة حمل على التلثيث كما هو الغالب، وإلا حمل على البيونة الصغرى، كبعد العدة والخلع وقبل الدخول. (شامي).

(٥) وكان خلعًا.

(*) وكان الطلاق بائنا في حقها معا. (بستان) (قررو). مع النشوز. و(قررو).

(*) حيث كان معينًا، فإن لم يكن لزمها أدنى عبد. و(قررو).

(٦) وذلك لإقراره بالخلع، فلا يرثها إذا ماتت في العدة، وإن مات هو فيها فقيل: إنها ترثه؛ لأن إقراره على نفسه لا عليها، وقال الفقيه حسن: لا ترثه؛ لأن إقراره بالبيونة مقبول. وكذا الخلاف في استحقاقها للسكنى عليه. (بستان بلفظه). يجب لها السكنى على المختار. (سيدنا حسن).

(٧) هذا ذكره الفقيه يوسف، فالقيمة عملا بالظاهر، والدية عملا بإقراره، ولا قصاص عليه في قتله^[١]؛ لأن الظاهر أنه عبد. وقال في التذكرة والحفيظ: لا يلزمه إلا ديته، للزوجة منها قدر قيمته^[٢] والباقي لورثة العبد إن كان له وارث، وإلا فلبيت المال. (بستان). ومعناه في البيان في الدعوى في المسألة السادسة من قوله: الضرب الثاني يقبل الجهالة.. الخ.

[١] إن قيل: هو معترف بأن القصاص واجب عليه سل؟ في بعض الحواشي عن الشامي: لعله يستقيم حيث لا وارث له إلا الزوجة، فهي رادة لاستحقاق القصاص، وأما لو كان له وارث غيرها فهو محل نظر.

[٢] ينظر لو كان قيمة العبد قدر الدية أو أكثر ماذا يسلم للورثة على أصلهم؟ (شامي).

فرع: فلو اتفقا على كونه مشروطا ثم اختلفا في حصول الشرط فعليها البينة بحصوله^(١) إذا كان الأصل فيه عدم الحصول وكان مما يمكن إقامة البينة عليه، فإن كان الأصل فيه الحصول، نحو أن يقول: «إن لم تدخلني الدار هذا اليوم فأنت طالق» ثم مضى اليوم واختلفا في دخولها فالبينة عليه أنها دخلت عند الهادي؛ لأن الأصل عدم الدخول، وعلى قول المؤيد بالله تجب البينة عليها؛ لأن الأصل عدم الطلاق. وإن كان مما لا يمكن إقامة البينة عليه، نحو أن يقول: «إن كنت تريدين الموت أو الطلاق» فالقول قولها^(٢) مع يمينها، وإن كان الشرط ولادتها ثم ادعتها فعليها البينة بعدلة^(٣)، فإذا شهدت لها ثبت الطلاق ونسب الولد. وقال الشافعي: تبين بأربع نسوة مطلقا^(٤)، وقال الناصر: بعدلين^(٥). وهكذا في ولادة غيرها حيث هي شرط في الطلاق.

وإن كان الشرط هو الحيض: فمن غيرها تبين بعدلة، ومنها فيه قولان للمؤيد بالله: هل يقبل قولها مع يمينها أو تبين بعدلة. وقال الفقيه يحيى البحيح: إن مراده حيث يكون في مدة ممكنة معتادة^(٦) يقبل قولها مع يمينها، وإن كان في مدة غير معتادة^(٧) تبين بعدلة. وعند أبي حنيفة: لا يمين عليها.

فرع: فإن قال: «إن سافرت بغير رضاك فأنت طالق» ثم سافر وادعى أنه

(١) وكذا عليه البينة بحصوله. بالنظر إلى الحقوق، وأما حصول الشرط للطلاق فالقول قوله، كإقراره بالطلاق. (سماح شامي) (مقرر).

(٢) وذلك لأنه لا يعلم إلا من جهتها. (بستان).

(٣) وذلك لما روى حذيفة بن اليمان عنه رضي الله عنه أنه قبل شهادة القابلة في الولادة وعول عليه في لحوق نسب الولد؛ ولأن الواحدة والكثير سواء في ذلك. (بستان).

(٤) سواء كان ولادتها أو ولادة غيرها.

(٥) على إقرار الزوج. (كواكب). لأنها لا تقبل شهادة النساء القوابل عنده. (زهور).

(٦) كبنت خمس عشرة سنة.

(٧) ما بين التسع إلى خمس عشرة.

برضاها^(١) وأنكرت فالبينة عليه^(٢)، وعلى قول المؤيد بالله: عليها^(٣).
فرع: وإن علق طلاقها بردها لوديعته ثم ادعت الرد وأنكر فعليها البينة
 لأجل الطلاق، لا لبراءتها منها^(٤). وكذا إذا علق طلاقها ببرائها له ثم ادعت أنها
 قد أبرأته وأنكر فعليها البينة^(٥) لأجل الطلاق، وأما البراء فقد ثبت^(٦).
مسألة: فإن اختلفا في الشرط ما هو، كدخول هذه الدار أو هذه، أو كلام
 زيد أو عمرو - فالبينة عليها، وكذا لو قالت: «شرطت إن كنت دخلت الدار»
 وقال: «بل شرطت إن دخلت في المستقبل» فالبينة عليها^(٧).

(١) لثلاث تطلق.

(٢) بالرضا؛ لأن الأصل عدمه. ولا يقال: إن الأصل عدم الكراهة أيضاً؛ لأنها قد تكون لا
 راضية ولا كارهة. وهذا على قول الهادي عليه السلام؛ لأنه يعتبر الأصل الثاني، وهو عدم الرضا،
 وأما على قول المؤيد بالله فالأصل عدم الطلاق، فتكون البينة على الزوجة؛ لأنها المدعية.
 (كواكب).

(٣) لأنه يقول: الأصل عدم الطلاق.

(٤) يعني فأما لبراءة نفسها من الوديعه فيقبل قولها: إنها قد ردت الوديعه. ولا يصح أن يقال:
 فيلزم إذا قبل قولها لبراءة نفسها أن يقع الطلاق؛ لأنها متلازمان؛ لأننا نقول: إن من القول
 قوله فيما ادعي عليه إنما يقبل إذا ادعي عليه ذلك الشيء الذي الظاهر معه فيما يقوله، وأما إذا
 ادعى ذلك أمراً من الأمور فعليها البينة فيما يدعيه، وهاهنا القول قولها في رد الوديعه لبراءتها
 منها، فأما إن ادعت ذلك لوقوع الطلاق فعليها البينة. (صعيتري).

(٥) ولعله في المؤقت بوقت ومضى واختلفا فعليها البينة بالبراءة فيه، وأما ما هو مطلق فأقرارها
 كاف في وقوع الطلاق. (بستان معني).

(٦) يعني بإقرارها. وهذا يستقيم حيث علقه بوقت ومضى ذلك الوقت ثم ادعت أنها أبرأته فيه،
 فأما حيث هو مطلق فأقرارها يكفي^[١] [وإن تراخى]. (بستان). في وقوع البراء والطلاق.

(٧) وتجب عليه حيث هو يدعيه. (قررد).

(*) وذلك لأن الشرط في الحقيقة هو المستقبل، فأما الماضي فهو مجاز، فمن ادعى المجاز فعليها
 البينة. (بستان بلفظه) (قررد).

[١] ينظر في كون الإقرار بالبراءة إبراء.

فَرَعٌ؛ وإن اختلفا في قدر عوض الخلع أو في جنسه أو نوعه أو عينه: ففي الشرط البيينة عليها^(١)، وفي العقد القول قولها^(٢) مع يمينها.

مسألة^(٣): فإن اختلفا في صفة شرط الطلاق، كصلاحتها قائمة أو قاعدة، ودخولها ماشية أو راكبة، أو لابسة أو عارية، أو نحو ذلك - فالبيينة عليها بما تدعيه؛ لأن الأصل عدم الطلاق. فلو اتفقا أن الشرط دخولها الدار ولكن ادعى أنه شرط دخولها راكبة أو عارية وأنكرت ذلك فالبيينة عليه^(٤)؛ لأنهما اتفقا على الشرط وادعى الزوج زيادة عليه. وكذا لو قال: «شرطت كلام زيد وعمرو» أو «دخول الدارين معا» وقالت: «بل أحدهما^(٥)».

مسألة^(٦): وإذا أخبره مخبر بحصول شرط الطلاق أو العتق فإن لم يظن صدقه لم يلزمه ديناً ولا شرعاً، وإن ظن صدقه لزمه ديناً لا شرعاً، إلا أن يقر أنه ظن صدقه أخذ به، فإن ادعت عليه أنه ظن صدقه لزمته اليمين^(٦)؛ لأنه إذا أقر بذلك لزمه.

(١) لأنها تريد وقوع الطلاق بما ادعته، والأصل عدمه. وفي العقد: القول قولها؛ لأنها قد طلقت، والأصل براءة ذمتها مما ادعاه. (بستان).

(٢) لكن ينظر لو كان قبولها بأن امتثلت وقالت: سلمت ما عقد عليه وهو كذا، وقال: المعقود عليه كذا ولما تسلمه - هل القول قولها أو يكون كالشرط؟ يحتمل أنه كالشرط فيكون عليها البيينة؛ لأنها تدعي حصوله بالتسليم والامتثال، والأصل عدمه، ولو قلنا: إن القول قولها أيضاً في عدم ما يدعيه فعليها البيينة؛ لأنها تدعي وقوع الطلاق كما تقدم في رد الوديعة. ويحتمل أن القول قولها مطلقاً؛ لأن الامتثال ناب مناب القبول، ولو أنكر قبولها كان عليه البيينة؛ لأنه يدعي الفساد، والأصل الصحة على المختار، والله أعلم. وفي حواشي الهاجري على البيع هكذا، وفي البحر في البيع: لا بد من المصادقة على الإيجاب والقبول، فيحقق، والله أعلم.

(٣) هذه المسألة مستقيمة على المذهب في جميع أطرافها. (من خط سيدي الحسين بن القاسم).

(٤) وفي الأزهار خلافه، وهو أن القول للزوج في كفيته، ومثله في التذكرة.

(٥) والأزهار خلافه. (قرير).

(٦) ما غلب بظنه. (برهان).

(*) وهكذا فيمن ادعى ديناً على ميت وأنكره الوارث فله تحليفه ما غلب بظنه صحة دينه؛ لأنه لو أقر بظنه لذلك لزمه. (كواكب).

مسألة: وإذا ادعى الرجعة^(١) في مدة العدة كان رجعة^(٢)، وإن ادعاها بعد مضيتها فعليه البينة، وإلا حلفت ما تعلم^(٣)؛ لأنها على فعل غيرها، ذكره المؤيد بالله والفقيه حسن، وقال الأمير الحسين والفقيه يحيى البحيح: إنها تحلف على القطع؛ لأنها وجبت عليها من الأصل لا من جهة غيرها.

مسألة: وإذا ادعى الرجعة وادعت انقضاء العدة: فحيث العدة بالأشهر أو بالولادة فالبينة عليها بعدلين في الأشهر وعدلة في الولادة، وتحلف معها مؤكدة إذا طلبت منها^(٤)، ذكره في الشرح، خلاف أبي حنيفة والشافعي^(٥)، وحيث العدة بالحيض فقال أبو طالب وأصحاب الشافعي وأبو يوسف ومحمد وابن معرف: إن كان قد مضت مدة ممكنة معتادة^(٦) فالقول قول من سبق منهما بالدعوى^(٧)، فإن اتفق كلامهما في حالة واحدة فالقول قولها^(٨)، وإن كانت

(١) بأي ألفاظ الرجعة. (قررو).

(٢) فإن قال: راجعتك أمس أو نحوه كان رجعة. قال الفقيه يوسف: لعل هذا في الظاهر، لا في الباطن إن كان كاذبا. وقيل: مطلقا. والله أعلم.

(*) وذلك لأن الدعوى تكون بلفظ الرجعة، بأن يقول: «إني قد راجعتك» أو ما يقوم مقام ذلك من الألفاظ، فكان رجعة؛ لأنه قد وجد لفظ الرجعة مع بقاء العدة. (صعيتري بلفظه).

(٣) ولا تظن. (قررو).

(٤) المذهب أنها لا تحلف؛ لأن بيئتها محققة، والمؤكدة لا تلزم إلا مع غير المحققة.

(٥) وذلك لأنها لا يوجبان المؤكدة. (بستان).

(٦) ثلاثة أشهر. (حاشية سحولي) (قررو).

(٧) عند الحاكم.

(*) بل بالإشياء. (قررو).

(٨) تغليباً لجانب الحظر. (شرح أثمار). وفي شرح الذويد: لأن قولها إقرار وقوله إنشاء. ولفظ حاشية: لأنها مخبرة عن أمر ماض. (كواكب). وكذا إن التبس [١]. فإن علم تقدم أحدهما ثم التبس فلا تحل له إلا بعقد، ولا تخرج إلا بتجديد طلاق. (سباع ذماري). وعن سيدنا سعيد أهبل أنه على الخلاف في الأصل الأول والثاني، فالأصل الأول عند المؤيد بالله عدم الطلاق، والأصل الثاني عند الهادي عدم الانقضاء وثبوت الرجعة.

[١] من الأصل فالقول قولها. (شرح أثمار).

المدة ممكنة غير معتادة^(١) فالقول قول الزوج. وقال في التقرير وأبو حنيفة وأبو جعفر: إن كانت المدة معتادة فالقول قول الزوجة، وإن كانت غير معتادة فالقول قول من سبق. وقال المنصور بالله^(٢): القول قول الزوجة في المعتادة وقول الزوج في غير المعتادة. وإذا اختلفا في مضي المدة المعتادة فالبينة على من ادعاه بعدلين^(٣).

فرع: فإن كان المدعي لانقضاء العدة هو الزوج أو ورثته لتسقط عنهم النفقة أو لثلاث ترث منه: ففي الأشهر والولادة البينة عليهم كما مر، وفي الحيض قال في الكافي: البينة عليهم أيضا بعدلة على الحيض أو بعدلين^(٤) على إقرارها، وقال المنصور بالله: القول قولهم في المدة المعتادة^(٥).

فرع: وحيث تريد إقامة البينة بالولادة لا بد أن تشهد عدلة أنها شاهدت خروج الحمل من فرجها، لا على أنها شاهدته بين خرقها أو على فراشها فلا يكفي^(٦)، وتحلف^(٧) مع شهادتها إذا طلبها الزوج، خلاف الناصر وأبي حنيفة^(٨)، وحيث تريد إقامة البينة بالحيض لانقضاء العدة في غير المعتادة^(٩) لا بد أن تشهد عدلة بأنها شاهدت خروج الدم من رحمها في كل حيضة على أول الحيضة وآخرها، وعلى تخلل

(١) دون ثلاثة أشهر. (قرئ).

(٢) قوي عامر.

(٣) أو رجل وامرأتين. (قرئ).

(٤) أو رجل وامرأتين. (قرئ).

(٥) قوي. (عامر). وهو قريب وإن كان ظاهر الأزهار خلافه. (شامي).

(٦) قال المفتي: إلا أن يعلم أنه منها كما في الشهادة على الصوت. (قرئ).

(٧) بل لا تحلف؛ لأنها محققة. (قرئ).

(٨) أما الناصر فمن أصله أنها لا تلزمها اليمين مع بيتنها، وأما أبو حنيفة فلا لأنه لا يوجب المؤكدة فيها ولا في غيرها. (بستان بلقظه).

(٩) وكذا في المعتادة إذا سبق الزوج بالرجعة على قول أبي طالب ومن معه؛ لانقضاء العدة.

طهرين كاملين بين الثلاث الحيض^(١). قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: والطريق إلى معرفة العدالة للطهر هي الأمانة التي يحصل بها الظن، وهي خروج الطهرة البيضاء^(٢) في آخر الحيض وأول الطهر، فأما العلم بكمال الطهر فلا يمكن العدالة.

فرع: وحيث المدعي لانقضاء العدة الزوج وأراد تحليفها عليه: فحيث يدعي دخولها في الحيضة الأولى أو خروجها منها أو دخولها في الحيضة الثانية أو خروجها منها لا يستحق اليمين^(٣) عليها فيه؛ لأن غاية العدة لا تعرف بذلك، وحيث يدعي دخولها في الحيضة الثالثة وتنكره فله تحليفها في كل يوم^(٤)، وحيث يدعي انقضاء الحيضة الثالثة: فإن أنكرت الحيض الثلاث كلها حلفها مرة حيثئذ، ثم لا يحلفها إلا بعد تسعة وعشرين يوماً، وإن أقرت بحيضة^(٥) فقط حلفها مرة حيثئذ ثم لا يحلفها إلا بعد ستة عشر يوماً^(٦)، وإن أقرت بحيضتين

(١) لا أنها شاهدت الدم في ثيابها أو بدنها فلا يكفي.

(٢) ويدل على ذلك ما روي أن عائشة سألت النبي ﷺ أنه قد ينقطع عنها الدم في أيام حيضها فهل تصلي؟ فقال: ((لا، حتى تري القصة البيضاء))، فجعلها أمانة لانقضاء الحيض، وهي تروى «القصة» بالقاف والصاد المهملة، وتروى الفضة بالفاء والضاد المعجمة. (بستان بلفظه). قال في النهاية: هو أن تخرج القطننة أو الخرقة التي تحتشي بها الحائض كأنها قصة بيضاء لا يخالطها صفرة. وقيل: القصة شيء كالخيط الأبيض يخرج بعد انقطاع الدم كله.

(٣) كان القياس أن يستحق عليها اليمين؛ لأنها لو نكلت استحق عليها اليمين الأخرى^[١] في أقرب مما ذكر في الكتاب، ثم كذلك في الثانية على هذا القياس.

(٤) والأولى لا تحلف إلا بعد كل ثلاثة أيام مرة حتى تقر بانقضاء عدتها. (كواكب).

(٥) وطهرها.

(٦) وهذا بناء على أنها قد مضت هي وطهرها، وإلا فبعد ستة وعشرين يوماً. والله أعلم.

[١] يعني: التي عند دعواه لانقضاء الحيضة الثانية.

دون الثالثة حلفها^(١) حينئذ ثم لا يحلفها إلا بعد ثلاثة أيام^(٢)، ثم كذلك بعد كل ثلاثة أيام، وإن أقرت أنها في الحيضة الثالثة وما طهرت منها حلفها في كل يوم^(٣) إلى كمال الحيضة عشرة أيام، ذكر ذلك كله المهدي أحمد بن يحيى عليه السلام.

(١) مرة.

(٢) وهذا بناء على أنها قد أقرت بها وبطهرها، وإلا فبعد ثلاثة عشر يوماً.

(٣) بعد مضي ثلاثة أيام. (قررو).

باب الظهار

هو محظور؛ فلا يصح التوكيل به^(١)، ولا تعليقه بمشيئة الله^(٢) تعالى. وإنما يصح من الزوج البالغ العاقل المسلم، وفي السكران الخلاف^(٣) كالطلاق، وقال زيد بن علي والشافعي: يصح من الذمي ويكفر عنه بغير الصوم. وهو يصح بالكتابة وبالإشارة^(٤) ممن لا يمكنه النطق. ولو كانت الزوجة أمة أو صغيرة أو لا تصلح للوطء. وقبل الدخول. وقال الناصر: لا يصح من الصغيرة ولا ممن لا تصلح للوطء ولا قبل الدخول. قلنا: ولا يصح من أمته^(٥) المملوكة وأم الولد، خلاف مالك وأحد قولي الناصر، ولا من الأجنبية ولو أضافه إلى حال نكاحه بها، خلاف أحد قولي المؤيد بالله وأبي حنيفة كما في الطلاق^(٦).

مسألة: ولا يصح في عدة البائن، ولا في عدة الرجعي على الخلاف كما في الطلاق؛ لأن من حق الظهار أن تكون الزوجة إذا طلقها الزوج وقع وخلي سبيله. ولا يصح ظهار المرأة من زوجها^(٧)، فإن نوت به التحريم كان يمينا على الخلاف^(٨).

(١) ولا تمليكه. (قرئ).

(٢) في الإنبات. (قرئ).

(٣) يقع. (قرئ).

(٤) والمذهب أنه لا يصح بالإشارة والكتابة، وهو ظاهر الأزهار. (قرئ).

(٥) في (أ): من الأمة.

(٦) حجبتنا قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ [المجادلة ٢] والمراد الزوجات عرفا، وكالطلاق والإيلاء. وحجتهم القياس على الزوجة. قلنا: الزوجة يلحقها الطلاق فافتراقا. (بستان).

(٧) وقال اللؤلؤي والحسن بن زياد: يصح ظهار المرأة من زوجها، وقال الحسن والنخعي: يصح ظهار المرأة من رجل أجنبي متى تزوجها، لا من زوجها؛ لأنه يمكنها ترك زواجة الأجنبي، ولا يمكنها ترك وطء زوجها. (الكواكب).

(٨) الذي سيأتي.

مسألة: والظهار الصريح: هو تشبيه الزوج زوجته أو جزءاً منها أو عضواً معلوماً^(١) منها بجزء من أمه^(٢) أو بعضو معلوم^(٣) منها، نحو أن يقول: «أنت علي أو نصفك علي أو يدك علي كنصف أمي أو كيدها» أو نحو ذلك كما في الطلاق سواء في الزوجة وفي الأم. وكذا إذا قال: ظاهرتك أو أنت مظهرة أو أنا مظاهر منك. ولا يصح التشبيه بغير الأم من النسب، وقال زيد بن علي والناصر والشافعي: يصح بالنساء المحارم من النسب، قال أبو حنيفة: ومن الرضاع أيضاً، وقال مالك: بالمحارم والأجانب.

مسألة: وكناية الظهار: هي حيث يجمل أمه ولا يبعثها، نحو قوله: أنت عليّ أو مني كأمي، أو مثل أمي، أو في منازل أمي، أو أنت علي حرام^(٤). وقال المنصور بالله وأبو يوسف ومحمد: إن قوله: «كأمي أو مثل أمي» صريح.

فرع: وله في الصريح والكناية سبع حالات:

الأولى: أن ينوي به الظهار أو^(٥) التحريم الذي يرتفع بالكفارة قبل الوطء، فيلزمه حكمه.

الثانية: أن ينوي به التحريم المؤبد الذي لا يرتفع كالأم، فلا يكون ظهاراً، قال الإمام يحيى: ويلزم فيه كفارة يمين إذا حنث^(٦).

(*) المذهب لا يكون يمينا؛ لأن لفظ الظهار ليس من كنيات اليمين.

(١) ولا بد أن يكون حال الإيقاع متصلاً بالمشبه والمشبه به، كذا نقل عن الإمام عليه السلام.

(*) أو غير معلوم. (مفتي).

(٢) يعني متصل لا مجاور. (بستان).

(٣) أو غير معلوم. (مفتي).

(٤) فإن لم ينو كانت عليه كفارة يمين. (قررو). في التحريم فقط. (قررو).

(٥) الأولى حذف الألف والواو كما في عبارة شرح الأزهار في قوله: أن ينوي الظهار وهو التحريم.

(٦) لا كفارة على الأصح؛ لأن كنيات الإيما محصورة؛ لنص الهادي عليه السلام أنها ساقطة.

الثالثة: أن ينوي به التحريم مطلقاً، فقال أبو العباس وأبو طالب: لا يكون ظهاراً ولا يمينا، ويأتي على قول الإمام يحيى أنه يكون يمينا، وقال الناصر والمؤيد بالله والمنصور بالله وأبو حنيفة: يكون ظهاراً، قال المنصور بالله: ولو كان لا يعرف الظهار^(١).

الرابعة: أن ينوي به تحريم الوطاء، فهو ظهار^(٢) وفاقاً، ذكر معناه السيد يحيى بن الحسين.

الخامسة: أن ينوي به الطلاق، فيكون طلاقاً^(٣)، خلاف أبي حنيفة والشافعي. فلو نواهما معاً^(٤) وقعا معاً^(٥) على قول المؤيد بالله، وأما على قول الهادي فيقع الطلاق^(٦)؛ لأنه أقوى، والله أعلم.

السادسة: أن ينوي به الكرامة لزوجته مثل أمه، لم يكن شيئاً.
السابعة: أن لا ينوي به شيئاً، ففي الصريح يكون ظهاراً^(٧) - إلا على قول الباقر والصادق والناصر وتخريج المؤيد بالله ومالك: إن الصرائح كلها تفتقر إلى النية فلا يلزمه شيء - وأما في الكناية فلا يلزمه شيء^(٨).

(١) ومثله للإمام المتوكل على الله عليه السلام، والمختار أنه لا بد أن يعرف معنى الظهار كالطلاق المعجمي.

(٢) المذهب لا يكون ظهاراً، كما ذكره الإمام المهدي في الغيث.

(٣) إن صادفته، وإلا لزمه حكم الطلاق لإقراره به، وحكم الظهار لظاهر لفظه. (كواكب معني) (قررو).

(٤) يعني: الظهار والطلاق.

(٥) فإن قيل: وكيف يصح أن يقال: إنه مظاهر مطلق في حالة واحدة؟ والجواب: أن حكم الظهار يلزمه بحكم ظاهر اللفظ، ثم بعد ذلك يلزم الطلاق بإقراره أنه نواه. (زهور لفظاً) (قررو).

(٦) وقال في المعيار: لا يقع به شيء أصلاً.

(٧) وذلك لأن الآية لم تعتبر النية، ولم يسأل صلى الله عليه وآله وسلم أوساً عنها، وهو في محل التعليم، فلو كانت واجبة لذكرها. وحجة الآخرين قوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الأعمال بالنيات)). قلنا: يكفي قصد إيقاع اللفظ على الزوجة دون غيرها؛ إذ لا يحتاج إلى سواه. (بستان بلفظه).

(٨) لكنه يكون يمينا حيث يكون بلفظ الحرام كما سيأتي. (مهران) (قررو).

فَرَعٌ: وكل ما نواه مما تقدم فهو مقبول منه في الكناية مطلقاً، وفي الصريح فيما بينه وبين الله تعالى، لا في الظاهر فيلزمه حكم الظهار^(١) إلا أن تصادفه الزوجة، فحيث يدعي أنه نوى به الطلاق ولم تصادفه الزوجة^(٢) يثبت له حكم الظهار وحكم الطلاق^(٣)، لكن لا ترافعه للظهار إلا بعد عودها إليه برجعة أو بعقد جديد في مدة الظهار.

مسألة: وإذا قال: «أنت علي حرام» ونوى به الظهار أو الطلاق أو كلاهما صحت نيته^(٤)، وإن لم ينو به شيئاً كان يميناً، خلاف الناصر والشافعي. وكذا قوله: «أنت علي حرام كظهر أمي» ما نوى به **صَحْحٌ**، وإن لم ينو كان ظهاراً^(٥)، وقال الفقيهان يميني البحيح وحسن: يكون يميناً. وإن قال: «أنت علي كظهر أمي حرام» فهو ظهار^(٦).

مسألة: ويصح الظهار مطلقاً ومعلقاً بشرط ومؤقتاً بوقت أو إلى حصول شرط، فيرتفع بعدهما^(٧). وقال مالك والليث وابن حي^(٨) وابن أبي ليلى: إنه

(١) إلا أن يكون ممن لا يعرف معناه فلا يقع. (قرئ).

(٢) والمراد بالمصادقة عدم المنازعة كما ذكره في البرهان. (قرئ).

(٣) فحكم الظهار لظاهر اللفظ في الظاهر لا في الباطن، وحكم الطلاق لإقراره به. (بستان).

(٤) هذا على قول المؤيد بالله، وأما على قول الهادي **عليه السلام** فلعله يقول: يقع الطلاق؛ لأنه أقوى كما تقدم.

(٥) وذلك لأن قوله: «كظهر أمي» صريح في الظهار، والتحريم تأكيد له، وعند الفقيهين يميني البحيح وحسن أن قوله: «أنت علي حرام» يمين، وقوله: «كظهر أمي» تأكيد لليمين. (بستان).

(٦) هذا مسلم حيث أراد به التأكيد، فإن لم ينو به شيئاً كان ظهاراً؛ لأنه صريح، والتأسيس أولى من التأكيد، فيلزمه حينئذ يمين وظهار؛ لكونهما صريحين. (شامي).

(*) وذلك لأن قوله: «كظهر أمي» صريح، وقوله: «حرام» تأكيد له. (بستان).

(٧) وذلك لأن الظهار يتوقف على الكفارة، فلهذا جاز تعليقه وتوقيته. وحجة الآخرين أنه كالطلاق، فيتأبد. قلنا: الطلاق مبطل للعقد لا الظهار. (بستان).

(*) ما لم يعد في الوقت، فإن عاد فقد لزمه الكفارة وإن خرج الوقت.

(٨) هو الحسن بن صالح، ذكره في أصول الأحكام في موضعين.

يتأبد^(١).

فَرَعٌ: وإذا علقه بمشيئة الله لم يقع، وكذا إلا أن يشاء الله^(٢)، فإن أراد به إلا أن يشاء الله وقوعه فإنه يقع^(٣).

مَسْأَلَةٌ: وحكم الظهار أنه يحرم على الزوج وطء زوجته والاستمتاع منها وجميع مقدمات الوطء حتى النظر لشهوة، خلاف السيد يحيى بن الحسين فيه. وقال الثوري وأحد قولي الشافعي: لا يحرم إلا الوطء في الفرج. قلنا: ولا يرتفع التحريم حتى يكفر عنه، فلو وطئها قبل يكفر أثم ولزمت الكفارة^(٤)، قال المنصور بالله: وله الوطء من بعد ذلك، وقال في التقرير والزخشي: لا يجوز له حتى يكفر^(٥).

مَسْأَلَةٌ: وللزوجة أن تطالبه برفع التحريم وأن ترافعه إلى الحاكم فيأمره برفعه بالكفارة، فإن امتنع^(٦) حبسه ولو كان عاجزا عن الوطء، ولا يأمره بالطلاق، ولكن إذا طلقها خلى سبيله.

مَسْأَلَةٌ: ولا يرفع حكم الظهار إلا الكفارة فقط^(٧)، فلو طلقها ثلاثا ثم

(١) هذه حكاية الكتاب والبرهان والكواكب عن الليث والحسن بن حي وابن أبي ليلى، والذي في الانتصار عنهم أنه لا يقع الظهار المؤقت، بل يبطل، وعن مالك: يتأبد. (بستان بلفظه). وكذا في البحر.

(٢) لأن المعنى: إلا أن يشاء الله عدمه فلا ظهار، وهو تعالى يشاء عدمه. (شرح حميد).

(٣) وذلك لأنه استثنى بمشيئة الله تعالى لوقوع الظهار، وهو لا يشاؤه، فيقع، فأما لو أطلق قوله: إلا أن يشاء الله تعالى فإنه لا يقع؛ لأن الله تعالى يشاء عدم وقوعه. (بستان).

(٤) المذهب لا كفارة حتى يعود؛ إذ العود هو إرادة الوطء الجائز بعد التكفير.

(٥) بعد العود عندنا.

(٦) فإن قيل: لم يجبس والكفارة لا تجب إلا بالإرادة، والإرادة محلها القلب؟ فالجواب: أنه يجبس على موجبها، وهو الكفارة، فإن نوى أجزاءه، وإن لم ينو كانت عقوبة له ولا تجزئه، ويجب عليه كفارة أخرى. (تعليق وشلي).

(٧) أو انقضاء وقت الموقت.

تزوجها من بعد زوج ثان فالظهار باق، وكذا لو اشتراها ثم باعها ثم تزوجها^(١) أو اشتراها^(٢) فلا يدنو منها حتى يكفر إذا كانت مدة الظهار باقية، وكذا لو ارتدا ثم أسلما، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا ارتدا معا بطل الظهار، وقال الشافعي: إن الطلاق البائن يرفعه.

مسألة: وإذا ارتد الزوج بعد وجوب الكفارة عليه ثم أسلم لم تسقط الكفارة عنه؛ لأن فيها حقا للزوجة. وقال المؤيد بالله والمنصور بالله: بل تسقط.

مسألة: وإذا كرر الظهار قبل العود لم تتكرر الكفارة، وأما بعد العود وقبل التكفير فقال الفقيهان يحيى البحيح وعلي: إنها تكرر عند المؤيد بالله - كالطلاق بعد الطلاق - لا عند الهدوية. وقال الناصر والشافعي: إنها تكرر بتكريره مطلقا ولو قبل العود، إلا أن يريد بالثاني تأكيد الأول. وقال زيد بن علي وأبو حنيفة: إنها تكرر بتكريره في مجالس، لا في مجلس واحد.

مسألة: والكفارة تجب فيه بالعود، وهو إرادة الوطء^(٣) أو مقدماته^(٤). وقال المنصور بالله: تجب بالإرادة مع الخلوة بها. وقال الشافعي: تجب بعد لفظ الظهار^(٥) بقدر ما يسع الطلاق. قال السيد يحيى: وإذا وطئها مكرها لم تلزمه

(١) قال في شرح النجري ما لفظه: أما لو اشتراها فقط بقي عليه الكفارة فقط؛ لأنها ليست بزوجة فترافعه، والله أعلم.

(٢) أو أعتقها عن ظهار.

(*) لكن لا تطالبه؛ لأنها ليست بزوجة.

(٣) الجائز. وهو ما كان بعد التكفير، فيريد الوطء الجائز ثم يكفر. (تعليق، وكواكب).

(*) جعل أهل المذهب العزم على العود في الظهار موجبا للتكفير، ومن قواعدهم أن العزم على الحنث فيها كان فعلا ليس بموجب للحنث، ولعله بدليل خاص في الظهار فقط، وهو الآية قوله تعالى: ﴿ثُمَّ يَعُودُونَ﴾ [المجادلة ٣]، ولا يقاس عليه غيره. (شرح آثار).

(٤) وظاهر الأزهار: لا مقدماته. وقرره المفتي وحثيث.

(٥) وحجة الشافعي: أن تشبيهها بالألم يقتضي إبانته، وإمسакها بعد الظهار يقتضي العود عما قال. قلنا: الإمساك ليس بعود لغة ولا عرفا. (بستان بلفظه).

الكفارة؛ لأنه لم يرده، بخلاف ما إذا وطئها غلطا^(١). قلنا: وإذا أخرج الكفارة قبل العود لم تجزه^(٢)، وقال في الشرح: تجزيه كما في القتل بعد الجرح وقبل الموت^(٣).

مسألة: وإذا مات بعد العود وقبل إخراج الكفارة فهي باقية عليه تخرج من تركته^(٤). وإذا علق الظهار^(٥) بشرط ثم طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج ثان فحصل شرط الظهار فإنه يقع؛ لأن الثلاث لا تهدم الظهار فكذا لا تهدم شرطه^(٦).

مسألة: والكفارة هي العتق، فإن لم يجده^(٧) في الناحية^(٨) فالصوم، فإن لم يقدر عليه^(٩) فالإطعام. أما العتق فهو عتق رقبة غير كافرة ولو فاسقة، خلاف الناصر والشافعي، وقال زيد بن علي وأبو حنيفة: تجزي الذمية إلا في كفارة القتل. ويجزي عتق المدبر، خلاف زيد بن علي وأبي حنيفة. ويجزي عتق قاتل العمد وولد الزنا والمريض^(١٠). ولا يجزي عتق أم الولد، خلاف الناصر

(١) فإنها تلزمه. قال **عليه السلام**: والأقرب خلافه، وهو أنها لا تلزمه إلا بإرادة الوطاء الذي تتقدمه الكفارة. (نجري).

(٢) وتلزمه كفارة أخرى مع الإرادة، ذكره الفقيه يحيى البحيح.

(٣) قلنا: الظهار والعود سببان كاليمين والحنث.

(٤) من رأس ماله. (قررو). حيث كان العود في الصحة، وإلا فمن الثلث. (قررو).

(٥) كان الأولى أن يجعل هذا مسألة مستقلة؛ إذ لا تعلق له بما قبله. (قررو).

(٦) وأما إذا حصل شرط الظهار وهي مطلقة فقد انحل بوقوع شرطه. و(قررو).

(٧) إلا أن تكون الرقبة في ملكه وجب إعتاقها ولو بعدت ولو كان محتاجا إليها. (سحولي). أو يجزئ قيمتها ويجدها في الناحية ويمكنه تملكها. (قررو).

(٨) على الخلاف هل البريد أو الميل، والقوي هنا البريد؛ لأن الحق هنا لأدمي.

(٩) وظاهر المذهب أن المراد يظن عدم استطاعة الصوم إلى الموت وإلا لم يجزئه الإطعام.

(حاشية سحولي لفظاً). واستشكله السيد أحمد بن علي الشامي **رحمته الله**. وقيل: إنه يجزئه

الإطعام بشرط أن يتم الإطعام قبل مضي الشهرين؛ لأن فيه حقاً للزوجة. (مفتي) (قررو).

(١٠) ولو مدنفاً.

والشافعي، ولا عتق المكاتب قبل فسخ كتابته^(١)، فإن فسخت^(٢) كتابته برضاه^(٣) أجزاء عتقه إذا كان الفسخ مطلقاً، لا إن كان مشروطاً بالعتق^(٤). قلنا: ثم يرد عليه سيده ما كان قد سلمه له ندباً فيما كان من كسبه، ووجوباً فيما كان من الزكاة وبيت المال، فيرد إلى أهله^(٥)، خلاف أبي حنيفة والشافعي.

مسألة: ويجزي عتق الصغير بعد موت أبويه حيث هو في دارنا ولو كانا ذميين^(٦)؛ لأن الحكم للدار، ذكره في الشرح، وكذا مع بقائهما وهما في دار الحرب وهو معنا، أو كانا في دارنا وأحدهما مسلم^(٧)، لا إن كانا كافرين فحكمه حكمهما في الدنيا^(٨). ويستحب أن يكون للصغير من يكفله.

مسألة: ويجزي عتق المأيوف بأي آفة كانت، خلاف الليث، لكن السليم أفضل. وقال أبو حنيفة: لا يجزي عتق من ذهب منه عضوان أخوان.

مسألة: ويجزي عتق المشترك إذا أعتقه كله، لا إن أعتق نصيبه إلا أن ينوي به عتق الكل، ثم إن كان العتق بإذن شريكه أجزأه وضمن لشريكه قيمة نصيبه إن

(١) خلاف أبي حنيفة حيث لم يؤد شيئاً.

(٢) لا يحتاج إلى الفسخ كما اختير في الكتابة كلام الفقيه حسن. (قرئ).

(٣) هذا في الصحيحة، لا في الفاسدة فلا يعتبر رضاه، فيفسخ السيد الكتابة ويعتقه.

(٤) فلا يصح الفسخ؛ لتأديته إلى الدور. (زهور). لأنه يؤدي إلى أن يعتق قبل الفسخ. لأنه قد جعل العتق شرطاً في الفسخ، ولا يقع المشروط إلا بعد شرطه. (زهور). قلنا: يعتق حاله. اهـ وظاهر الأزهار صحة الفسخ ولو مشروطاً، وهو المختار. (قرئ).

(٥) إن كان باقياً، وإن أتلفه المكاتب تعلق برقبته^[١]، وما تلف بغير جنابة ولا تفريط قال في البيان في باب الكتابة: فلعله لا يجب ضمانه. اهـ وفي حاشية: يضمن فرط أو لا. اهـ وكذا ما تلف في يد سيده فيجب ضمانه؛ لأنه دين معاوضة. و(قرئ).

(٦) وبنى عليه الإمام شرف الدين، ومنعه الإمام عز الدين بن الحسن، وهو ظاهر المذهب.

(٧) أما مع إسلام أحد أبويه فلا عبرة بالدار. (قرئ).

(٨) وأما في الآخرة فلا تكليف في الأطفال حتى الكفار.

[١] وما في يده كدين المعاملة. و(قرئ).

شرط عليه العوض أو سكت عنه، وإن شرط عدمه فلا ضمان ولا سعاية على العبد، ويجزيه عن كفارته، خلاف الناصر وأبي حنيفة وأحد قولي المؤيد بالله^(١)، وإن كان بغير إذن شريكه: فإن كان موسراً أجزاءه وضمن^(٢)، وإن كان معسراً لم يجزئه وسعى العبد لشريكه. وكذا إذا أعتق عبداً منافعه لغيره فإنه يجزيه مع اليسار ويضمن قيمة منافعه، ولا يجزيه مع إعساره^(٣) ويسعى العبد^(٤)، وقال الإمام يحيى وأصحاب الشافعي: تبقى المنافع لملكها ولا يجزيه مطلقاً. وهو القوي؛ لأن منافع الحر تملك. وقال الناصر: لا يجزي عتق العبد المشترك.

فرع: فلو اشترى عبداً وأعتقه عن كفارته قبل تسليم ثمنه وهو معسر فإنه

(١) فلا يجزيه مع شرط عدم العوض بناء على أصلهم أن توكيل الواهب بالقبض لا يصح. (كواكب). لأنه لما شرط عدم العوض كان هبة.

(٢) فإن قيل: من شرط الكفارة القربة، واستهلاك مال الغير معصية - فجواب ذلك من وجهين: الأول: ذكره الفقيه يحيى البحيح: أنه ليس بعاص؛ للخبر: ((من أعتق شقصا له في عبداً...)) الخ، ولم يبين أنه عاص. الثاني ذكره الفقيه محمد بن سليمان وأشار إليه في الزيادات ومهذب الشافعي: أنا نقدر له حالتين: عصى بإحداهما، وهي إدخاله في ملكه، وأطاع بالثانية، وهي إخراجها عن ملكه، ولا بد من هذا التقدير؛ إذ لو لم نقدر ما أجزأ ولا ضمن. (زهور بلفظه).

(*) وذلك لأن الموسر بالضمان كمعتق الكل، والمعسر كمعتق البعض؛ لسعاية العبد. فإن قيل: الكفارة قربة، واستهلاك مال الغير بغير إذنه معصية، فكيف قلت: يجزي الموسر عتق المشترك؟ قلنا: نقدر له حالتين: عصى بإحداهما، وهو إدخاله في ملكه، وأطاع بالثانية، وهو إخراجها عن ملكه. وحجة الناصر أن السعاية تحب عنده على العبد سواء كان المعتق عنده موسراً أو معسراً، وذلك يمنع الإجزاء، وأيضاً يقول: النصف الثاني عتق بأمر الله لا بإعتاق الموسر. قلنا: سيأتي إبطال وجوب السعاية عن الموسر، ولا نسلم أن نصيب الآخر لم يعتق بإعتاق الموسر. (بستان).

(٣) وظاهر الأزهار أنه يجزي. كما ذكروه في كفارة الأيمان.

(٤) ينظر في عدم الإجزاء ووجوب السعاية؛ فإنه سيأتي في الوصايا أنه يلزم المعتق القيمة للمنافع، والمختار الإجزاء؛ لأنه إنما استهلك المنافع فقط، وهي مضمونة عليه، ولا سعاية.

يجزيه ولو سعى العبد^(١) للبايع؛ لأنه يرجع على المعتق بما سعى؛ لأن السعاية لم تلزمه بنفس العتق، بل بتعذر قبض الثمن.

مسألة: وإذا قال لغيره: «أعتق عبدك عن كفارتي» فأعتق فإنه يجزيه ويصير كأنه أذن له مالكة في إعتاقه عن نفسه، وتلزمه قيمته إن شرط العوض^(٢) أو سكت عنه، لا إن شرط عدمه، وإن شرط عوضا معلوما أو معينًا صح ولزم، نحو قوله: «أعتق عبدك عني على ألف» أو «على هذا المال»، وهكذا إذا قال: «أعتق^(٣) أنا عبدي عن كفارتك» فقال: «نعم» ثم أعتقه عنه، وكذا إذا قال: «أعتق أنت عبدي عن كفارتك» فأعتق.

فرع: وهكذا إذا قال لغيره: «أطعم عن كفارتي» ففعل، أو «أطعم عني أو أضف السلطان عني» ففعل، فإنه يرجع عليه^(٤) بما فعل مما هو معتاد لمثل ذلك الضيف من مثل ذلك الأمر^(٥)، لا بما هو زائد على المعتاد^(٦)، ولا إن قال:

(١) وإنما تلزمه السعاية حيث كان عتقه قبل القبض كما يأتي في البيع إن شاء الله تعالى، وبعد القبض لا سعاية على العبد. (قرر).

(٢) اعلم أنه مع ذكر العوض كأنه قال له: بعه مني وأعتقه عني، ومع السكوت عن العوض كأنه قال: أقرضنيه واقبضه لي وأعتقه عني، ومع نفي العوض كأنه قال: هبه لي وأعتقه عني، وهذا يشبه البيع والقرض والهبة في الحكم في الجملة، لأنه يبيع وقرض وهبة حقيقة. (بستان).

(٣) بضم الهزمة، ذكره الفقيه يوسف؛ ليكون مطابقا لجواب «نعم».

(٤) إذا عرفه أنه من فلان في وقت تلك الضيفة. (قرر). وإلا فلا رجوع. (قرر).

(٥) والعبرة بضيافة مثله من مثله في تلك البلد، وما فضل من تلك الضيافة كان باقيا على ملك الأمر، إلا أن يجري عرف بخلافه، وإذا جرت العادة بأنه يفرق على الجار ونحوه كان له ذلك، وحيث تكون الضيافة من الزبيب ونحوه كان ما فضل باقيا على ملك المأمور إلا أن يجري عرف بخلافه. (قرر).

(٦) سواء كانت الزيادة والنقصان في القدر أو في الصفة.

(*) ولا شيء حيث نقص^[١]، ولا رجوع عليه بشيء.

[١] نقصانا لا تجري به العادة. (قرر).

«أعتق عبدك أو أطعم السلطان» ولم يقل: «عني» ولا «عن كفارتي» فلا يرجع عليه بشيء، ولا يجزي عن كفارته.

فرع: وكذا لو قال لغيره: «بع عبدي لك»^(١) فباعه كان ثمنه له، وعليه قيمة العبد لمالكه، وكذا إذا قال: «بع عبدك لي»^(٢) فباعه كان ثمنه للأمير، وعليه قيمة العبد^(٣)، وكذا إذا قال: «أعتق عبدك عن كفارتك وعلي عوضه» ففعل فإنه يجزيه، ويرجع على الأمر بقيمته^(٤)، وعلى أحد قولي الشافعي لا يجزي عن الكفارة. قلنا: العوض هنا من غير العبد فلا يمنع.

فرع: وحيث العوض مجهول أو خمر^(٥) أو نحوه^(٦) تجب قيمة العبد على الطالب كالبيع الفاسد^(٧)، وحيث هو معلوم القدر أو العين يلزمه ذلك، وسواء قال: «أعتق عبدك عني على ألف» أو «أعتقه على ألف مني» أو «أعتقه وعلي ألف» أو «على هذا المال» ولو لم يقل: «أعتقه عني»^(٨) أو عن كفارتي، ذكر ذلك في التقرير. ولعله لا يجزيه عن كفارته^(٩) حيث لم يقل: «عني ولا عن كفارتي».

(١) أو عنك. (قرئ).

(٢) أو عني. (قرئ).

(٣) وإذا فسح المبيع فإن كان فسحا للعقد من أصله عاد العبد في ملك سيده وسقطت قيمته عن الطالب، وإن كان من حينه عاد إلى ملك الطالب ولزمته قيمته للسيد. (شرح بهران) و(قرئ).

(٤) لأنه ضمان درك، ذكره علي بن زيد.

(٥) يقال: هو باطل على المختار، فتأمل. اهـ قلنا: وإن كان باطلا فقد استهلكه بالعتق فتلزمه القيمة. ولعله حيث المعتق المكفر. (مفتي). ويكون لزوم القيمة لضمان الدرك، وأما لو قال: أعتقه عني على كذا من الخمر لم يصح؛ لبطلان العوض، ولا يعتق. [يحقق]. كما لا يصح في البيع الباطل كأم الولد. (سيدنا حسن عليه السلام) (قرئ).

(٦) خنزير.

(٧) في المجهول، وأما الخمر فالصحيح أنه باطل. و(قرئ).

(٨) لأنه عقد، فلم يحتج إلى الإضافة كما في البيع.

(٩) فيه نظر. والقياس الإجزاء حيث نوى.

فإن قال: «أعتق عبدك على ألف» ولم يقل: «عني» ولا «علي» ولا «مني» فلعله يكون على الخلاف الذي في الطلاق^(١) حيث قال: «طلق امرأتك على ألف أو على مهرها^(٢)».

فرع: فإن قال: «أعتق أم ولدك على ألف مني» فأعتقها صح ولزمه الألف، وولاؤها لسيدها^(٣)، وإن قال: «أعتقها عني على ألف» فأعتقها عتقت^(٤) ولا يلزمه الألف؛ لأنه شرط أن يكون عتقها عنه، وهو لا يصح كما لا يصح بيعها، ذكر ذلك في البحر^(٥).

مسألة: وإذا أعتق نصف عبده عن كفارته ولم ينو عتقه الكل ثم أعتق النصف الآخر عنها لم يجزه؛ لأنه قد عتق بالسراية من النصف الأول. وإن أعتق نصف عبديه عن كفارته لم يجزه^(٦)، خلاف الشافعي.

(١) يصح ويلزمه العوض.

(*) في الفرع الأول من فصل: والخلع طلاق بائن.

(٢) قال في البرهان: فعلى ظاهر قول الهادي عليه السلام وابن أبي الفوارس والتفريعات والتذكرة: يلزمه ذلك، وعلى قول الوافي والحفيظ، وهو يأتي قول السيدين: لا يلزمه^[١]، بل إن أجاز العبد لزمه، وإن لم يجز بطل. (بستان).

(٣) المستولد لها.

(٤) ينظر؛ فإنه لا عتق إلا عن ملك، وتمليكها الغير لا يصح.

(٥) ولعل المدبرة والمكاتبة كذلك، ذكره الحماطي. (قررو).

(٦) لأنه ليس برقبة كاملة. (بستان). وينظر هل هو كالعادم؟ لعله كالواجد إذا بلغت القيمة ثمنا لرقبة كاملة وقلنا: إن واجد الثمن كواجد المثلن كما سيأتي نظيره في المسألة الثالثة. وفي هامش شرح الأزهار ما لفظه: فإن وجد نصف عبدين لم يجب عليه العتق، فيطعم ثم يصوم^[٢]. وهو الذي يفهمه شرح الأزهار بقوله: فعلى هذا القول من وجد كسوة العشرة أو إطعامهم أو رقبة كاملة.. الخ. (بلفظه).

[١] إلا أن يضمن به.

[٢] هكذا في نسخة سيدنا حسن بخطه، فينظر. لعل النقل من باب كفارة اليمين فيستقيم، وإلا فالصوم هنا في الظاهر مقدم على الإطعام.

مسألة: وإذا اشترى من يعتق عليه لرحمه ونوى عتقه عن كفارته عند شرائه له لم يجزه، خلاف أبي حنيفة. وكذا إذا قال لغيره: «أعتق عبدك عن كفارتي» والعبد رحم له لم يجزه ولزمته قيمته؛ لأن الرحامة علة في العتق، وهي متقدمة. **فرع:** فلو كان العبد أجنبياً واشتراه بنية عتقه فالأقرب أنه يعتق^(١)، كما إذا اشترى شيئاً بنية وقفه فإنه يصير وقفاً^(٢) على الأصح.

مسألة: ومن أعتق عبدين عن كفارتين: فمن جنسين لا يجزيه إلا مع التعيين باللفظ أو بالنية، وقال الشافعي: يجزيه، ومن جنس واحد يجزيه من غير تعيين، سواء نواهما عن الكفارتين جملة أو نوى كل واحد عن واحدة، لا إن نواهما معاً^(٣) عن الكفارتين معاً فلا يجزيه^(٤)، خلاف الشافعي، وسواء اتفق المكفر به في ذلك كله أم اختلف.

مسألة: ومن وجد الرقبة لكنه يحتاجها لخدمته أو وجد ثمنها وهو يحتاجه لم يجزه التكفير بالصوم؛ لأنه مشروط بالعدم، خلاف المنصور بالله والوافي والشافعي.

فرع: ولا تكون حاجته عذراً له في تأخير الكفارة؛ لأن فيها حقاً لزوجته مستقبلاً، فهي آكد من الدين ما دامت زوجة له، فلو طلقها بعد العود كان

(١) المذهب لا يعتق، بل لا بد من الإعتاق كما يأتي.

(٢) وظاهر الأزهار خلافه، حيث قال: لا نحو قنديل ولا اقتطاع أو شراء بنيته له، والله أعلم. المذهب عليه في الرقوم كلام ابن سليمان، ولفظ البيان عنه في الوقف: قال الفقيه محمد بن سليمان: المراد بقوله: يصير لذلك إذا شراه أو عمله بنية ذلك، وحيث قالوا: لا يصير له المراد إذا شراه أو عمله بنية أنه يجعله لذلك، ولعل هذا هو الأصح. منقول من الوقف؛ لكون الحاشية التي هنا مطلقة، والتفصيل هو المذهب، والله أعلم.

(٣) أي: نوى كل واحد منهما عن الكفارتين.

(٤) لأنه بعض كل عبد فجعله عن كل الكفارتين. (نجري). فلم يعتق إلا نصفاً عن كل كفارة.

معذورا في تأخير الكفارة^(١) ما دامت حاجته، كسائر الديون.

مسألة: من صام وله رقبة ناس لها لم يجزه^(٢). ولا يجزي عتق الحمل؛ لأنه ليس برقبة^(٣)، ولا عتق الأبوق إلى دار الحرب، ولعله على القول^(٤) بأنهم يملكونه^(٥)، وأما الأبوق في دار الإسلام فيجزيه إذا علم حياته^(٦) أو ظنها، وإن جهلها ففيه احتمالان، الأرجح لا يجزيه^(٧)، ذكره الإمام يحيى.

مسألة: ويجزي عتق الجاني عمدا أو خطأ^(٨)، وفي المرهون إن كان بإذن

(١) وضعف الإمام المهدي عليه السلام هذا الفرع؛ لأن الواجبات على الفور، فلا تكون الحاجة له عذرا في التأخير مطلقا إلا مع خشية الضرر.

(٢) لأن وقته باق، بخلاف التيمم فالنسيان عذر فيه؛ إذ قد خرج وقته فافترقا. (مفتي).

(٣) يعني مستقلة، قال في الكواكب: إلا أن يقول: «متى ولد فهو حر عن كفارتي» أجزأه إذا ولد حيا. (بستان). فإن ولد اثنان سل؟ القياس أن يجزئ ويعين أحدهما، كما لو قال: «أعتقت أحدهما عن كفارتي» عتق ولا سعاية. (شامي).

(٤) يحقق من المخالف في أنهم يملكون العبد الأبوق. اهـ سيأتي في السير منقول على شرح قوله: «إلا العبد الأبوق» ما لفظه: قال الفقيه يحيى البحيح: والمسألة محمولة على أن العبد لم تثبت عليه اليد لأحد؛ إذ لو ثبتت عليه أخذه بالقيمة. انتهى. فأفاد أن مع ثبوت اليد يملك، وهو المقرر عن عامر، وقد تقدم مثل كلام القاضي على أول مسألة من الشرط الرابع من شروط وجوب الزكاة أن ثبوت اليد موجب للملك، فابحث، والله أعلم. (من خط سيدنا عبد الرحمن الأكويع).

(٥) عندنا لا بد من ثبوت اليد عليه، وإلا جاز عتقه عن الكفارة. و(قرر).

(٦) وفي البحر ما لفظه: مسألة: الإمام يحيى: ولا يجزئ عتق الغائب غيبة منقطعة؛ إذ لا يعلم حياته فلا يتيقن البراء، قال: ويحتمل الإجزاء؛ إذ الظاهر الحياة. قلت: والأول أرجح؛ إذ عليه يتيقن براءة ذمته. (بلفظه).

(٧) لأنه لا يتيقن براءة ذمته، وهي مشغولة بيقين.

(*) قال عليه السلام: لأن الكفارة واجبة عليه بيقين، وهو على غير يقين من حياة العبد ووفاته. ويحتمل أن يجزيه؛ لأن الظاهر الحياة. (بستان). واختار السحولي الأول.

(٨) وقد يقال: إنه لا يجزئ عتق العبد الجاني خطأ حيث سيده معسر، والله أعلم. ولعله إنما أجزأ لأن السعاية لم تلزم بنفس العتق، بل لإعسار السيد، كذا نقل.

المرتبهن أجزاء، وبغير إذنه فيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى^(١).

مسألة: وإذا كانت الزوجة أمة فاشتراها وأعتقها عن ظهارها أجزأته.

وأما الصوم فهو صوم شهرين متتابعين على ما يهلان إن ابتدأ من أول شهر، ومن بعضه وفاه ثلاثين يوماً من الشهر الثالث، والشهر الثاني على ما يهبل.

مسألة: وإذا فرق صيامه ولو بيوم واحد: فلغير عذر لا يجزيه ما قبل التفريق

ويتم ما بعده شهرين، ولعذر لا يرجى زواله يجزيه ولو زال، وإن كان يرجى

زواله وزال فقال المؤيد بالله: لا يجزيه، وقال أبو طالب وأبو العباس: يجزيه إذا

كان العذر لا يمكنه الصوم معه^(٢) أو يخشى منه الضرر، لا مجرد السفر من غير

ضرر. وإن^(٣) لم يزل العذر حتى مات^(٤) وقد كان صام البعض فإنه يوصي

بالإطعام عن الكفارة^(٥) على الأصح؛ لأنه قد تعذر عليه الصوم، قال الفقيه

حسن: ويحتمل أنه يوصي بكفارة ما بقي من الصيام، ويحتمل أنه يوصي بكفارة

الصيام كله^(٦).

(١) في الرهن.

(*) في عتق العبد. اهـ المختار أنه يعتق فيها يأتي مطلقاً، سواء كان في قيمته زيادة أم لا، ويجزيه

حيث لا سعاية أو حيث يرجع بها سعى، وأما حيث لا يرجع بها سعى فالظاهر أنه لا يجزيه،

والله أعلم. وقيل: لا يجزي مع السعاية ولو رجع.

(٢) فائدة: لو صام شهراً ثم عرض له علة أيس من زواها فإنه يحتمل أن يبني الطعم على

الصوم؛ لأنه بناء للأدنى على الأعلى، ولو حضرته الوفاة وليس بقادر على العتق فلعله يوصي

بالإطعام؛ لأنه غير مستطيع للصوم، وقد قال تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامَ سِتِّينَ

مِسْكِينًا﴾ [المجادلة:٤]. ويحتمل أن يستأنف البدل جميعه - وهو الإطعام - لئلا يجمع بينه وبين

الأصل. (زهور لفظاً).

(٣) في (أ): مسألة: وإن

(٤) أو أيس.

(٥) أي: كفارة ظهار تامة، إطعام ستين مسكينا. (قررو).

(٦) والثالث ما في الأزهار أنه يطعم للباقي.

مسألة: وإذا جامع زوجته^(١) المظاهر منها قبل فراغه من الصيام استأنف صوم شهرين، سواء وطئها^(٢) ليلاً أو نهاراً، عمداً أو نسياناً، وإن وطئ غيرها ففي الليل لا شيء عليه، وفي النهار يستأنف لأجل التفريق. وعلى أحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي أن الناسي لا يفسد صومه مطلقاً، وعند أبي حنيفة لا يفسد إلا من المظاهر منها^(٣).

مسألة: وإذا كان أحد الشهرين رمضان لم يجزه عن الكفارة ولا عن رمضان^(٤). وعند المنصور بالله وأبي حنيفة: يجزيه عن رمضان^(٥) إلا أن يكون في سفر أجزاءه عن الكفارة^(٦). وإن صام أيام التشريق عن الكفارة فالخلاف فيها^(٧) كما إذا قضى رمضان فيها.

مسألة: وإذا علم أن عليه كفارة بعثق أو صوم ولم يعلم عما هي نواها عما عليه من الكفارة، وإن كان عليه كفارات فمن جنس واحد ينوي عن أحدها ولو لم يعينها، ومن أجناس لا بد أن يعين ما يكفر عنه^(٨)، خلاف الشافعي والإمام يحيى. وإن كان عليه صيام أو إطعام عن دماء الحج المختلفة فالأقرب أنها أجناس^(٩)، وكذا

(١) أو قبلها أو لمسها، ذكر معناه في الأثرار. وفي حاشية السحولي: لا المقدمات.

(٢) ظاهره ولو قد بانت منه وصارت أجنبية. (من خط سيدنا إبراهيم حثيث).

(٣) في وطء الناسي.

(٤) إذ نواه عن غيره.

(٥) قلنا: لم ينوه عنه، قال: وإذا سقط بالسفر أجزاءه عن الكفارة؛ لزوال المانع. قلنا: رمضان واجب بإيجاب الله تعالى لا ينصرف بالنية عن كونه رمضان؛ لأنه متعين بتعيين الله تعالى، فلا تؤثر فيه النية بصره إلى الكفارة وإن سقط وجوبه. (بستان).

(٦) وفي شرح الأزهار: لا يجزيه في السفر.

(٧) المذهب لا يصح.

(٨) إن كان الإعتاق في وقتين فلا بد من تعيين الأولى بلا إشكال، وأما الثانية فإذا نوى بها ما عليه جاز ذلك وإن لم يعين. (زهور بلفظه).

(٩) فيعين. (قررو).

الدماء^(١).

فرع: فلو كفر عن إحدى زوجتيه^(٢) من غير تعيين ثم أراد تعيين إحداهما من بعد فقال المؤيد بالله: يصح^(٣)، وقال عطية: لا يصح.

فرع: وإذا أعتق نصف عبد^(٤) وصام شهراً أو صام شهراً وأطعم ثلاثين مسكيناً لم يجزه بحال؛ لثلاثي جمع بين البدل والمبدل منه^(٥).

مسألة: وإذا قدر على العتق قبل فراغه من الصوم أو قدر على الصوم كله قبل فراغه من الإطعام لزمه ما قدر عليه وبطل ما هو بدل عنه^(٦)، فلا يجزيه، بل ينقلب نفلاً. وقال مالك والشافعي: يجزيه^(٧)، وقال الصادق وأحد قولي الناصر: إن قدر على العتق في الشهر الأول لزمه، لا في الشهر الثاني.

فرع: ومن أوجب صيام عمره فالأقرب أنه يكون عذراً له^(٨) في التكفير بالإطعام.

وأما الإطعام فقد اختلفوا في وجوب تقديمه على المسيس، فقال الناصر وأبو

(١) يعني أنها أجناس.

(٢) بعد أن عاد فيهما.

(٣) حيث كان قد أراد وطهن الجميع، وإن أراد واحدة عينها لها. (قرئ).

(٤) وكيفية إعتاقه بأن يكون النصف الآخر وقفاً؛ لأن العتق لا يتبعض إلا هنا، أو يعني لم ينو عتق الكل وإن عتق، وظاهر كلامه هنا أنه لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل منه لعذر ولا لغير عذر. (زهور).

(٥) بل يؤدي إلى الجمع بين نوعين، وأما الجمع بين الأصل والمبدل فقد صح في التيمم وبناء الأذن على الأعلى في الصلاة. (مفتي).

(٦) بشرط أن يعرف من نفسه إتمام الصوم، وإلا بنى على ما قد كان فعل وأتم الإطعام، ذكر معناه في الرياض. اهـ كمستحاضة عاد دمها قبل الفراغ. (قرئ).

(٧) لأنه قد تلبس بالبدل عندهما.

(٨) والاثنين والخميس عذر أيضاً في الفصل، ولا فرق بين تقدم النذر وتأخره على لزوم الكفارة. (قرئ).

حنيفة والشافعي: يجب، وخرجه المؤيد بالله للهادي^(١)، وقال أبو العباس وأبو طالب وأبو علي وأبو جعفر ومالك: لا يجب.

مسألة: وهو إطعام ستين مسكيناً أحراراً مسلمين مضطرين، ذكره زيد بن علي والهادي. فقولهما: «أحراراً» يدل على أنه لا يجزي إلى عبد غيره إذا كان غير مأذون له، كقول الناصر والمؤيد بالله، وقال أبو طالب وأبو العباس: إنه يجزي إذا كان مولاه فقيراً وأعطاه تملكاً، لا إباحة^(٢). وقولهما: «مسلمين» يدل على أنه لا يجزي إلى الفساق، والخلاف فيهم كما في الزكاة. وقولهما: «مضطرين» يدل على اعتبار المسكنة حقيقة، وهو قول أبي العباس والوافي، وقال المذاكرون: إن ذلك ندب، وإلا فمصرفها كالزكاة، ومثله في اللمع، ذكره في كفارة اليمين.

مسألة: ولا يجزي إلى مكاتب نفسه^(٣)، وأما مكاتب غيره فقال أبو طالب

(١) وسبب الخلاف أن الله تعالى لم يشرط في الإطعام أن يكون قبل المماسة كما شرط ذلك في العتق والصيام، فقال الأولون: نقيس الإطعام على العتق والصيام، فلا يجوز المماسة قبله، وذكره في الأولين دلالة على الثالث. فإن قيل: فهلا اكتفى بذكره في العتق. قلنا: ذكره في الصوم لرفع توهم أنه إنما حرم قبل الشروع لكونه يتجزأ ويتعدد بخلاف العتق، وحذف من الإطعام لأنه كالصوم في التجزؤ. وأيضاً فإن الأخبار دلت على تقديم الإطعام؛ لأنه صلى الله عليه وآله وسلم أمره بالعتق ثم بالصوم ثم بالإطعام، فجعلها سواء، وقال من أجاز ذلك: لو كان الميسر قبل الإطعام محرماً لذكره الله تعالى كما ذكر ذلك في العتق والصيام. قال الزمخشري وابن داعي: الخلاف هل يأنم بتقديم الوطاء، وأما صحة الإطعام لو تخلل الوطاء قبل كماله فيجوز ولا يجب الاستئناف عند الجميع، ويقول: هذا فائدة ترك ذكره عند الإطعام؛ ليفيد أنه إذا تخلل الميسر الإطعام لم يستأنف كما يستأنف في الصوم، ولم يجعل من فوائد تركه جواز الميسر قبل الإطعام؛ لأن التحريم قبل التكفير بأي الثلاث متفق عليه. (ثمرات).

(٢) فلا يجزي، ذكره الفقيه علي. (كواكب). وفي البحر ما لفظه: قلت: والأقرب أن الإباحة كالتمليك.

(٣) قوله: «مكاتب نفسه» وذلك لأنه في حكم العبد مهما لم يوف مال الكتابة، ولأنه لو عجز رد في الرق. (بستان).

والشافعي: لا يجزي، وقال أبو العباس وأبو حنيفة: يجزي.

مسألة: ويجزي إلى الصغير تمليكا بإذن وليه، وكذا الإباحة إذا كان يأكل الوسط، قال الفقيه حسن: أو أطعمه إياه مرارا^(١)، وقال الفقيه علي: لا يجزي تفريق الوجبة الواحدة^(٢). وأما اعتبار إذن وليه في الإباحة له فقال أبو جعفر وابن أبي الفوارس: يجب، وقال ابن أصفهان والفقيه حسن: لا يجب^(٣).

مسألة: ولا تجزئ إلى بني هاشم ومن تلزمه نفقته من قرابته.

مسألة: وللإطعام صورتان: الأولى: الإباحة، وهي إطعامهم عونتين غداء وعشاء أو غدائين أو عشائين أو عشاء وسحورا^(٤) أو غداء وسحورا ولو في أيام متفرقة. ويكون الطعام مما يقتات في البلد^(٥)، والمستحب أن يكون مما يقتات المكفر، وإن عدل إلى أعلى منه فأفضل، وإلى أدنى أجزاءه وكره، وقال الفقيه علي: لا يجزيه.

مسألة: ولا بد من الإدام مع الطعام أو وحده هل قبله أو بعده^(٦)، وأعلاه اللحم والعسل، وأوسطه السمن، وأدناه اللبن والخل. قال الإمام يحيى: ولا يجزئ الملح وحده^(٧)، وقال القاضي جعفر: إنه أدنى الإدام^(٨). وكذلك غيره مما

(١) على وجه يشبع في كل مرة. (قرئ).

(٢) في حق الكبير، لا الصغير والمريض فيجزي. (قرئ).

(٣) وعليه الأزهار في الأيمان في قوله: «ولا يعتبر إذن الولي إلا في التمليك».

(٤) أو سحورين حيث أكل المعتاد، أو كان في يومين. (عامر) (قرئ).

(٥) وظاهر قولهم في الفطرة: «مما يقتات» يدل على عدم اعتبار التقييد بالبلد ولا غيرها، فينظر.

(*) الناحية هنا على المختار. ولفظ حاشية في باب الكفارة: قيل: في الناحية، وقيل: يعتبر بما يقتات في الجملة ولو بعد عن موضع المكفر. (حديث).

(٦) وقرر أنه لا بد أن يكون معه في الإباحة.

(٧) لأنه مما يصلح به الطعام كالماء. (بستان). وفي شرح الأزهار ما لفظه: وأعلى الإدام اللحم، وأوسطه الزيت، وأدناه الملح، روي ذلك عن أمير المؤمنين عليه السلام.

(٨) إذا جرى به عرف. (قرئ).

جرت به العادة في كل بلد بعرفهم.

مسألة: ويعلمهم أنه عن كفارة حتى يشبعوا الشبع المعتاد، فمن لم يشبع ضمن ما أكل^(١). والأقرب أنه يعتبر فيهم أن يكون عهدهم بالشبع من العونة الأولى في العادة، لا من كان قريب العهد بالشبع^(٢).

فرع: ومن كان يعتاد قلة الأكل أو كثرت زائدا على الغالب من الناس فقال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: إنه يعتبر فيه بشبعه، وقيل: بما يشبع المتوسط من الناس. فأما الصغير والمريض فلا يعتبر شبعهما^(٣).

مسألة: وما فضل بعدهم من الطعام فهو له يعمل به ما شاء.

مسألة: وإذا أطعم ستين مسكينا عونة ثم أطعم العونة الثانية غيرهم: فلغير عذر لا يجزيه، ولا يرجع عليهم^(٤)، ولعذر نحو موت الأولين أو غيبتهم^(٥) أو

(١) وذلك لأن إباحة الطعام كالمشروطة بسقوط الواجب، وهو لا يتم إلا بالشبع، وإن لم يبين لهم لم يرجع؛ لأن الظاهر أنه تطوع. (بستان بلفظه).

(*) مع التمكن من الشبع. (ديباج) (قررو).

(٢) إلا أن يأكل المعتاد. وكذا لو قدم له قبل الطعام فاكهة ونحوها وكانت مما يقتات ونوى عن الكفارة أجزأه، كذا قرر. (قررو).

(٣) وذلك لأنه يرجح لها حالة يأكلان فيها أكثر من ذلك. (بستان لفظا).

(*) وأما الشيخ الكبير^[١] فبشبعه، وأما المرتاض ففيه تردد، والذي قرر أنه إن كان قد انتهى حاله أجزأ^[٢]. وإلا لم يجز^[٣]. (عامر). وفي حاشية: المرتاض كالصغير، يعني يقسط عليه

قبل أن ينتهي في الرياضة، ومتى انتهى اعتبر بنفسه.

(*) بل بشبع المتوسط من الناس. اهـ في حق الصغير، وأما المريض فيعتبر بنفقته في حال صحته.

(مفتي) (قررو). ويشبعان في التقسيط. (قررو).

(٤) إذا قلنا: إن الإباحة لا تبطل ببطلان عوضها، فإن قلنا: تبطل رجوع، وهو الصحيح.

(٥) مسافة القصر. وقيل: الذي لا يمكنه الإطعام معها. (قررو). وإن قلت. (قررو).

[١] لزمانة. وأما الضعيف لغير زمانة فكالصحيح. و(قررو).

[٢] ويعتبر فيه بشبعه. (قررو).

[٣] لأنه لا يشبع.

امتناعهم أو مصيرهم غير مستحقين فقال السيد يحيى بن الحسين وابن الخليل: يجزيه، وقال الفقيهان يحيى البحيح وحسن: لا يجزيه، ويرجع على الأولين^(١). الصورة الثانية: التملك، وهو أن يدفع إلى كل واحد منهم نصف صاع برا أو صاعاً من سائر الحبوب، ذكره أبو طالب وأبو العباس، وقال الناصر والأمير الحسين: إنه نصف صاع من الكل. وهو ظاهر إطلاق الهادي. وقال الشافعي: إنه مُدٌّ من الكل.

مسألة: ويجب الإدام فيه أيضاً عند الهادي والناصر، وقال المؤيد بالله وأبو طالب والشافعي: لا يجب. قلنا: ويجوز دفع ذلك القدر -الذي هو الصاع أو نصفه- إلى واحد في أوقات متفرقة^(٢).

مسألة: ولا يجوز دفع الكفارة هنا إلى دون ستين وفي اليمين إلى دون عشرة مطلقاً^(٣)، وقال أبو حنيفة وأحد قولي الناصر وأحد قولي المؤيد بالله: يجوز في أيام متفرقة، في كل يوم صاع أو نصفه على الخلاف ولو إلى واحد في ستين يوماً، قيل: ولو أعطاه إياه مرة ليأكله إباحة في ستين يوماً جاز عندهم. وقال المنصور بالله^(٤): يجوز ذلك في يوم واحد ولو في واحد.

مسألة: ومن عليه كفارات فالمستحب أن يخرج كل كفارة إلى عدد غير عدد

(١) وذلك لأن إباحة العونة الأولى كالمشروطة بسقوط الواجب، وهو لا يتم إلا بالعونة الثانية. (بستان).

(*) قال الإمام المهدي: إذا كان الفوات باختيارهم [١]. وهو يحتمل أن يضمّنوا مطلقاً. (كواكب).

(٢) ولعله يعتبر أن تكون كل دفعة لا يتسامح بها في المثلي أو ما له قيمة في القيمي. و(قررو).

(٣) سواء كان في وقت واحد أو في أوقات. (بستان).

(٤) رواه عنه الفقيه علي بن أحمد الأكوخ أنه فعله عليه السلام في محطة اللطية في ضلع كوكبان قريب حصن بكر.

[١] وهو صريح البيان عن الإمام المهدي في الكفارة.

الكفارة الأخرى، وإن دفعها الكل إلى عدد واحد: فإن اختلف ما يكفر به كإطعام وكسوة في كفارة اليمين جاز، وإن اتفق كإطعام أو كسوة فقال المؤيد بالله وأبو طالب والقاضي زيد: يجوز ذلك^(١) ويكره، وقال أبو العباس: لا يجوز إلا أن لا يجد غيرهم. وإذا وجد غيرهم في الناحية بعث به إليهم وجوبا عند أبي العباس، وندبا عند المؤيد بالله وأبي طالب، وقال الفقيه يحيى البحيح: إنه إذا دفع إليهم في أيام متفرقة جاز وفاقاً. وقال الإمام يحيى: إذا اختلف المكفر عنه جاز ذلك وفاقاً.

مسألة: وإذا عدم الطعام في الناحية^(٢) جاز إخراج قيمته، وأما مع وجوده فقال الهادي والشافعي: لا يجزي، وقال زيد بن علي والقاسم والناصر والمؤيد بالله والمنصور بالله وأبو حنيفة: يجزي^(٣) من أي مال شاء قدر قيمة الطعام.

مسألة: والعبرة في تعذر العتق أو الصيام بحال إخراج الكفارة لا بحال وجوبها، خلاف أحد قولي الناصر وأحد قولي الشافعي^(٤).

مسألة: ومن ظاهر من نسائه لزمه عن كل واحدة كفارة مطلقاً^(٥)، وقال

(١) أما الجواز فلأنه إخراج صدر من أهله وصادف محله، فلذلك أجزأ كما لو كان في أيام متفرقة، وأما الكراهة فلدفعتها إلى عدد واحد؛ إذ القصد الموساة. وحجة أبي العباس أن في ذلك مخالفة لظاهر الآية، ولأن تفريقها في جماعة أعم نفعاً. (بستان لفظاً).

(٢) البريد.

(٣) ابتداء. (قرئ).

(٤) حجبتنا قوله تعالى: ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ﴾ [المجادلة:٤]، وهذا خطاب لمن لم يجد حال الأداء وإن كان واجداً في الابتداء، ولأنه حق ذو بدل من غير جنسه فاعتبر بحال الأداء، كالطهارة فإن العبرة في وجود الماء وعدمه بحال أداء الصلاة لا بأول الوقت. وحجتهم القياس على الحدود، فإنه لو زنى وهو عبد أو بكر ثم عتق أو أحصن قبل أن يقيم عليه الحد لم يجد إلا حد العبد والبكر فقط؛ لأن الحدود كفارات، فيرد إليها؛ لقوله ﷺ: ((الحدود كفارات لأهلها)). قلنا: أراد سقوط العقاب بها مع التوبة. (بستان).

(٥) يعني: سواء كان بلفظ أو ألفاظ؛ لأن ظاهر الآية العموم. وحجة مالك أنه يمين؛ لقوله ﷺ:

مالك: كفارة واحدة عن الكل، وقال الشافعي: إن كان بلفظ واحد فكفارة واحدة.

مسألة: وإذا عجز عن هذه الكفارات كلها فالأقرب أنها تكون في ذمته، ولا يلزمه الطلاق، ولا يجوز له الوطء^(١).

مسألة: وإذا كان المظاهر عبدا فكفارته صيام شهرين لا غير، وقال الباقر والصادق والناصر: صيام شهر فقط. ولا يحتاج العبد إلى إذن سيده في صيامها؛ لأنها حق لزوجته^(٢). ولا يصح أن يعتق عنه سيده ولا يطعم عنه^(٣)؛ لأنه لا يملك، وقال في الكافي ومالك: يصح أن يطعم عنه.

لأوس بن الصامت: ((كفر عن يمينك)). وحجة الشافعي مع اللفظ الواحد كحجة مالك، ومع الألفاظ كحجتنا. لنا: ظاهر الآية. (بستان).

(١) إلا على القول بأنه لا يجب تقديم الإطعام على الوطء فيجوز. اهـ ينظر في هذه؛ لأن مع عدم الكل يوصف بوجوب العتق والصوم والإطعام.

(٢) ولو كان إيجابه بسبب العبد لا بإذن السيد، ووجهه أنه يتعلق به حق للزوجة؛ وذلك لأن السيد لما أذن له بالنكاح وجب أن يكون حق الزوجة - وهو رفع التحريم - مقدما على حقه. (غيث).

(٣) فإن قيل: لم لا يكفر عنه في الظهار لأنه قد أذن له في النكاح؟ والجواب: أن الإذن في النكاح لا يكون إذنا في الظهار؛ لأن الظهار محظور، والإذن بالمحظور لا يصح، ونظير الظهار لو تعمد قتل الصيد فإنه لا يصح أن يكفر عنه وإن افترقا من وجه، وهو أن له المنع في الحجج من الصوم، بخلاف الظهار فلا يكون له المنع، والفرق بينهما أن الحجج حق لله محض، والصوم في الظهار حق لآدمي، وهو رفع التحريم عن الزوجة، فلا يكون له المنع؛ لأنه إذا أذن له بالنكاح فقد التزم حقوق الزوجة، ومن حقوقها رفع التحريم عنها. (وشلي).

(*) فإن قلت: كيف صح من السيد أن يهدي عن عبده في الحجج ولم يصح أن يكفر عنه هنا؟ قلت: إن كفارة الظهار مشروطة بالوجود، والعبد غير واجد، بخلاف الحجج. (غيث).

باب الإيلاء

هو مباح ما لم يقصد به المضارة^(١)، وهو أن يحلف الزوج البالغ العاقل المسلم لا وطئ زوجته، لا الذمي، خلاف أبي حنيفة والشافعي^(٢)، ولو كان محبوب الذكر، خلاف الإمام يحيى وأحد قولي الشافعي، ولو كان عبداً أو خصياً أو أخرس بالإشارة^(٣)، ذكره في الشرح، وقال الفقيه يحيى البحيح: لا يصح منه، وفي السكران الخلاف^(٤). ويكون حلفه بالله تعالى أو بسائر أسائه أو بصفة من صفات ذاته، أو من صفات أفعاله التي لا يوصف بتقيضها، كعدله وعهده وأمانته وميثاقه وذمته وكرمه^(٥). قيل: أو بالتحريم^(٦) على قولنا: إنه يمين. لا يمين الشرط والجزاء^(٧)، خلاف أبي حنيفة والشافعي^(٨). ولو كانت الزوجة أمة أو صغيرة^(٩) أو مجنونة أو رتقاء أو مجذومة أو نحوهما^(١٠)، أو في نكاح فاسد، خلاف الناصر،

(١) فيحرم. (قرئ).

(٢) ويكفر بالعتق لا بالصوم. (غيث).

(٣) «بالإشارة» لا توجد في (أ).

(٤) يصح على المختار. (قرئ).

(٥) وقال القاضي عبد الله الدوراني: إن الكرم لا يجب على الله تعالى، بل إن شاء يكرم وإن شاء ترك. قلنا: وهو لا يوصف بتقيض الكرم.

(٦) وقواه المفتي والشامي.

(*) وظاهر الأزهار لا ينعقد به، وهو المذهب، ومثله في شرح ابن عبد الباعث وحاشية السحولي.

(٧) فلا ينعقد باليمين المركبة، نحو أن يقول: عبده حر أو امرأته طالق أو ماله صدقه أو عليه صوم كذا أو صلاة كذا لا وطئها أربعة أشهر فصاعداً.

(٨) في غير الصلاة، فإذا حلف من وطئها بالصلاة لم ينعقد الإيلاء وفاقاً. (زهور، وشرح بحر).

(*) إلا الصلاة عند أبي حنيفة.

(٩) ولو حملاً. (قرئ).

(١٠) قيل: ومن شرط صحة الإيلاء أن يكون الوطاء ممكناً شرعاً، فلو حلف لا جامعها في حال حيضها أو نفاسها أو في الدبر فإن ذلك لا يكون إيلاء، بل يميناً، فإن فعل أثم وكفر. (شرح أثمار). وقواه المفتي. وقيل: يكون إيلاء، إلا في الدبر فلا يكون إيلاء، والله أعلم.

أو قبل الدخول، خلاف الباقر والصادق والناصر. ولو بالفارسية^(١) لمن يعتادها^(٢)، ولو كانت مظاهراً منها، أو هما أو أحدهما محرماً، وقال السيد يحيى^(٣): لا يثبت حكم الإيلاء مع الإحرام أو الظهار، ولا من الصغيرة المتعذر وطؤها^(٤)، ولا من الحامل من غيره. قلنا: ولا يصح من أجنبية، خلاف مالك، ولو أضافه إلى بعد زواجته بها، خلاف أحد قولي المؤيد بالله وأبي حنيفة، ولا من مطلقة ولو رجعيًا، خلاف المؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي. قال الأستاذ^(٥): ولو كان له عذر من الوطء، وقال المنصور بالله وأبو جعفر: لا يثبت حكمه مع العذر^(٦) من الوطء. وقال الناصر: لا يثبت حكمه إلا إذا وقع حال الغضب.

مسألة: فإن كان مطلقاً ثبت حكمه، خلاف المنتخب وأبي العباس، وإن كان مؤقتاً فبدون أربعة أشهر لا يثبت حكمه إلا الكفارة إذا حنث، وبأربعة أشهر فما فوقها يثبت حكمه^(٧) إن لم يستثن، ومع الاستثناء إن كان غير معين كـ«إلا يوماً

(١) وهو خدا بيار، والمعنى: والله لا وطئتك.

(٢) أي: يعرفها.

(٣) وفي البحر: المؤيد بالله.

(٤) كبت السنة والستين. وفي كلامه نظر، وقد قال في شرح الإبانة: إذا آلى المحرم الذي يكون بينه وبين زمن الإحلال أربعة أشهر صح إيلاؤه. (غيث).

(٥) وعليه الأزهار.

(٦) نحو أن يكون ممن يضره الجماع أو يخشى منه على الرضيع؛ لقول علي عليه السلام للمرضعة: (لا شيء لك عليه) وقد شككت أن زوجها آلى منها. قلنا: الآية لم تفصل بين العذر وغيره. (بستان).

(٧) وذلك لظاهر الآية. وعن ابن عباس أنه لا ينعقد إلا أن يؤبد؛ إذ القصد الإضرار. قلنا: يحصل الإضرار بالموقت أيضاً، ومصدق ما قلناه ما روي عن عمر أنه مر في موضع من المدينة فسمع امرأة تقول:

ألا طال هذا الليل وازورَّ جانبه
فوالله لولا الله لا شيء غيره
مخافة ربي والحياء يكفني
وليس إلى جنبي خليل الأعبه
لززل من هذا السرير جوانبه
ولاكرام بعلي أن تنال مراكبه

فسأل عمر عن حالها فأخبر أن زوجها قد بعثه للجهاد، فلما كان من الغد سأل عمر نسوة:

أو مرة» لا يثبت حكمه حتى يطأ ثم ينظر فيما بقي من المدة^(١) هل هو أربعة أشهر أو دونها، وإن كان معيناً كـ«إلا يوم العيد» أو نحوه نظر فيما قبله وفيما بعده، فأيهما كان أربعة أشهر فما فوق ثبت الحكم فيه، وإذا حنث فيما قبله انحلت يمينه^(٢)، ولا فرق في ذلك بين الحرة والأمة. وقال زيد بن علي والناصر: إن مدته في الأمة شهران.

وإن وقَّته بعمره أو عمرها فكالمطلق.

مسألة: وإن وقَّته بمجهول فيما يعلم تأخره عن الأربعة كقدوم من هو في الصين أو بما يظن تأخره عنها كخروج الدابة^(٣) أو الدجال أو طلوع الشمس من المغرب أو نحو ذلك مما يظن تأخره عنها كتحريره لبعده^(٤) أو نحوه - ثبت حكمه، وما كان يجوز حصوله قبلها أو بعدها لا يثبت حكمه ولو تأخر حصوله عنها، كموت زيد أو قدومه؛ لأنه لا يثبت حكم الإيلاء حتى تكون مدته أربعة أشهر يعلم أو يظن أنه إذا وطئها فيها^(٥) حنث.

مسألة: وإذا كان معلقاً^(٦) بحصول شرط^(٧) أو بمضي وقت لم ينعقد حتى

كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقلن: شهرين، ويقل صبرها في ثلاثة، ويفنى الصبر في أربعة أشهر، فضرب لهم عمر مدة أربعة أشهر، فكلما أقام الرجل في الغزو أربعة أشهر قدم إلى أهله وذهب مكانه غيره، وكتب إلى أمراء الجهاد والقائمين على الأجناد أن لا يجبس الرجل عن امرأته أكثر من أربعة أشهر. (بستان بلغظه).

(١) الصحيح أنه لا ينعقد البتة، وهو ظاهر الأزهار في قوله: «إلا ما تبقى معه الأربعة».

(٢) ولا يكون مولياً فيما بعد؛ لانحلال اليمين. (قرو).

(٣) فيه تسامح؛ إذ لا ظن، وإنما هو مجوز تأخره. (حاشية سحولي).

(٤) يعني حيث حلف لا وطئ زوجته حتى يعتق عبده وكان عازماً على أن لا يعتقه في أربعة أشهر. (كواكب معن). وأطلق في التذكرة أنه لا يكون مولياً بذلك، وهو المذهب.

(٥) في (ج): إذا وطئها قبلها.

(٦) الأزهار: «ويتقيد بالشرط».

(٧) نحو أن يقسم لا يطأ زوجته أربعة أشهر إن دخلت الدار، فإنه متى دخلت الدار صار مولياً. (شرح أزهار بلغظه).

يحصل ذلك، ثم تعتبر المدة من بعده.

مسألة: وإذا حلف منها شهراً ثم حلف منها الشهر الثاني ثم حلف منها الشهر الثالث ثم حلف منها الشهر الرابع فالأقرب أنه لا يثبت حكمه (١) إلا حيث كان حلفه متصلاً (٢)، بحيث تكون مدته أربعة أشهر من حين حلفه.

مسألة: وهو على ضربين: صريح وكناية، فالصريح حيث يأتي بالنون والياء والكاف، أو لا افتضها بذكره وهي بكر، أو لا جامعها في قبلها، أو لا باضعها (٣)، أو لا أدخل ذكره في قبلها، فيلزمه حكمه ظاهراً وباطناً، ولو ادعى أنه نوى غيره لم يقبل (٤). وإن أتى بما ظاهره وعرفه ذلك لكنه يحتمل غيره، نحو: لا وطئها، أو لا جامعها، أو لا افتضها وهي بكر، ولم يقل: «بذكره» - فإنه يلزمه حكمه في الظاهر (٥)، وإن ادعى أنه نوى غيره ديناً باطناً فقط (٦).

مسألة: والكناية: ما كان يصلح للوطء ولغيره، نحو قوله: لا قريبها، أو لا أتاها، أو لا دنا منها، أو لا غشيها، أو لا جمعها فراش أو وسادة، أو لا اغتسل منها، أو لا اجتنب منها، ففي هذا كله إن نوى به الوطء المعتاد كان مولياً، وإن لم

(١) وذلك لأنه قاصر عن المدة الشرعية المقدرة للإيلاء. قال عليه السلام: فلو حلف أن لا يطأها ثلاثة أشهر، ثم لما كان في الشهر الثالث حلف أن لا يطأها ثلاثة أشهر، ثم لم يزل يفعل كذلك أبداً - فهل يكون مولياً؟ فيه تردد، والصحيح أنه لا يكون مولياً وإن كان الضرار حاصلًا؛ لأنها إذا انقضت ثلاثة أشهر فكيف يطالب بحكم اليمين الأولى وقد انحلت، أو بحكم اليمين الثانية ولم يمض منها إلا ما لا يكون مولياً به؟ (بستان بلفظه).

(٢) نحو أن يقول: والله لا وطئتك شهراً وشهراً وشهراً وشهراً أو ثم شهراً.. إلخ أو فشهرًا.. إلخ إلى أربعة أشهر - **فالإيلاء**، والله أعلم. كما يأتي في آخر الباب إن شاء الله تعالى.

(٣) وفي البحر: كناية.

(٤) أما في الباطن ففيه نظر، والقياس أنه يدين فيه.

(٥) إن لم تصادفه، وإلا دين ظاهراً وباطناً. (كواكب معنى).

(٦) إلا أن تصادفه الزوجة فظاهراً وباطناً.

ينوه لم يكن موليا.

مسألة: وإذا صح الإيلاء فحكمه أنها تربص أربعة أشهر غير ناشزة^(١)، ثم بعدها لها أن ترفعه إلى الحاكم^(٢) إذا لم يطأها^(٣) ولو قد مضت مدته ولو قد عفت^(٤) عن مرافعته، فيأمره الحاكم بالفيء أو الطلاق، فإن امتنع منها حبسه الحاكم وضيق عليه حتى يفعل أحدهما. والفيء: هو الوطء الموجب للغسل وإذهاب البكارة إن هي بكر، فإن كان عاجزا عن ذلك لمرض أو حبس أو كان محظورا في حقه لحيض أو نفاس أو ظهار أو إحرام فاء بلسانه، فيقول: قد فئت ورجعت^(٥) عن يميني، ولا يحنث بذلك، خلاف المنصور بالله. والقول قوله في دعواه للعجز^(٦). ومتى أمكنه الوطء كلفه الحاكم عليه ولم يمهله إن كانت مدة الإيلاء باقية، وبعد مضيتها لا يضيق عليه إلا بعد ثلاثة أيام^(٧)، فإذا لم يطأها ولم يطلقها حبسه وضيق عليه حتى يفعل أحدهما، ولا يكفي الاستمتاع منها، ولا يحنث به^(٨) إلا حيث نواه^(٩).

فرع: وإذا عفت عن المرافعة فلها الرجوع؛ لأن حقها يتجدد، قال الفقيه حسن:

(١) أو ناشزة على ظاهر الأزهار. (مفتي).

(٢) ولو من جهة الصلاحية. ولفظ حاشية: حاكم إمام أو غيره كالظهار، وأما اللعان فكالحد. (عامر) (قرري).

(٣) فإن كان قد وطئها فليس لها ذلك. (قرري).

(٤) حيث رجعت في المدة كما في الأزهار. أي: مدة الحلف. (حاشية سحولي) (قرري).

(٥) وفي الغيث بألف التخير، ومثله في البحر.

(٦) وذلك لأنه أعرف بأحوال نفسه، ويحلف لها إذا طلبته. (بستان بلفظه). وقيل: يبين؛ لأن الأصل الصحة. اهـ يقال: هو لا يعرف إلا من جهته.

(٧) وذلك لضعف حكمه بعد مضي المدة؛ إذ لا حنث حيثئذ، فكان حكمه أخف. (بستان).

(*) وفي الأزهار: يوماً أو يومين. والصحيح أنه موضع اجتهاد للحاكم، فيمهله ما رأى.

(٨) وذلك لأنه لم يحلف منه. (بستان).

(٩) لعله يريد نواه في الحلف، أي: ولا استمتعت منها، والله أعلم.

إذا كانت مدة الإيلاء باقية^(١)، وقال الفقيه يوسف: لا فرق^(٢) مهما لم يطأها. **مسألة:** وإذا وطئها ففي مدة الإيلاء^(٣) تلزمه الكفارة، لا بعدها. وإن كان مجنوناً لم ترافعه^(٤)، فلو وطئها في جنونه ارتفع حكم الإيلاء^(٥)، وأما الكفارة فكمن حنث مكرها أو ناسيا^(٦). وإن باشرته بالوطء في جنونه أو نومه بحيث لم يكن منه فعل لم يرتفع حكم الإيلاء، ولا يحنث.

مسألة: وإذا كانت الزوجة صغيرة أو مجنونة لم يكن لوليها أن يطالب، بل الطلب إليها^(٧) متى بلغت أو عقلت قبل وطئه لها، وإن كانت أمة فالمطالبة إليها لا إلى سيدها.

مسألة: وإذا طلقها أو انفسخ النكاح بينهما لسبب ثم راجعها أو عقد بها بعد العدة أو فيها: فحيث بقي من مدة الإيلاء شيء فلها المرافعة حتى يطأ، وحيث لا فلا، ذكره في الشرح واللمع والتقارير^(٨) والفقيه محمد بن يحيى، وقال الفقيه حسن: لا ترافعه إلا حيث بقي من مدته أربعة أشهر بعد رجوعها إليه^(٩).

(١) وهي مدة الحلف كما في حاشية السحولي، وعليه الأزهار في قوله: «في المدة..»، وسواء كانت قليلة أم كثيرة.

(٢) وهو الأصح.

(٣) أي: مدة الحلف.

(٤) هلاكيل: يأمره الولي كما في قسمة الزوجات وفي قضاء ما فات، لا يبعد ذلك؛ لإمكانه، والله أعلم.

(٥) إن كان له فعل. (قرير).

(٦) فيحنث على المذهب. (قرير).

(٧) وهكذا الظهار على اختيار المؤلف عليه السلام في شرح الفتوح، والله أعلم.

(٨) ومثله في شرح الأزهار، في شرح قوله: «فيحبس حتى يطلق أو يفني».

(٩) وقال المهدي عليه السلام: لها المرافعة بعد انقضاء المدة. وهو مفهوم اللقب من قوله: ويهدمه لا الكفارة التثليث. اهـ يقال: ولو أخذ من هذا المفهوم فقد تقدم أنه لا يصح الرجوع إلا في المدة، والطلاق والنشوز كالعفو، والأخذ بالصريح أولى من المفهوم. (شامي).

قال في البحر: وإذا مضت الأربعة الأشهر والزوجة ناشزة لم يثبت لها حكم المرافعة^(١)، ولعلها تكون كالتى طلقها ثم رجعت إليه^(٢) [قبل وطئه]^(٣).

مسألة: وإذا طلقها ثلاثاً ثم تزوجها بعد زوج آخر فقد ارتفع حكم الإيلاء؛ لأن فيه طلاقاً كامناً؛ إذ هو يؤمر بالوطء أو الطلاق. وقال الناصر والمنتخب: لا يرتفع. فأما الكفارة فتلزمه إذا كانت مدته باقية وحنث فيها.

مسألة: ولا يصح التشريك في الإيلاء؛ لأنه كناية، وكنايات الأيمان محصورة، بخلاف الطلاق والظهار فكناياتهما غير محصورة^(٤).

مسألة: ومن آلى من أربع نسوة له فمتى مضت أربعة أشهر ثبت لكل واحدة حكم المرافعة، سواء نوى الجمع أو أطلق، ولو وطئ بعضهن^(٥) أو مات بعضهن فللبقيات أن يرافعهن^(٦)، وإن وطئ واحدة منهن قبل الأربعة حنث بها^(٧) وارتفع حكم الإيلاء عند الهادي^(٨)، خلاف أبي العباس، وإن ماتت

(١) المذهب يثبت لها.

(٢) فترافعه فيما بقي من مدة الإيلاء ولو يوماً كما تقدم.

(٣) ما بين المعقوفين من (ج).

(٤) ينظر في تعليل أهل المذهب كون الإيلاء لا ينعقد بالتشريك حيث قال: وأنت يا فلانة معها أو مثلها، قالوا: لأن التشريك كناية، والأيمان كناياتها محصورة. يقال: إن المراد كنايات الأيمان محصورة فيما حلف به، فأما هنا فقد جاء بصريح اليمين، فلا معنى للتعليل بكون التشريك ليس من كنايات الأيمان، فيحقق هذا، والله أعلم. (حاشية سحولي). يقال: قوله: «معها أو مثلها» اقتضى الاحتمال، فلا يكون يمينا إلا مع النية، فيكون كناية، وكنايات الأيمان محصورة، بخلاف ما إذا قال: «وأنت» فإنه لا احتمال فيه. (شامي).

(٥) بعد الأربعة الأشهر. (برهان) (قرر).

(٦) لأنه قد ثبت لهن حق المرافعة، فمن لم يطأ منهن رافعه. (قرر).

(٧) ما لم ينو الجميع. (شرح أزهار بلفظه من الأيمان شرح قوله: «والخالف من الجنس ببعضه... الخ»).

(٨) وذلك لأن اليمين قد انحلت بالحنث، وأما على قول أبي العباس فلا؛ إذ لا حنث عنده إلا بالآخرة، ولو وطئ ثلاثاً وبقيت واحدة فحكم الإيلاء باق لها؛ لأنه لا يحنث إلا بها. (بستان).

إحداهن قبل الأربعة لم يبطل حكم الإيلاء والحنث عند الهادي^(١)، خلاف أبي العباس وأبي حنيفة والشافعي. فإن قيل^(٢): إن من شرط الإيلاء أن تمضي أربعة أشهر لو وطئ فيها لحنث، وهذا هو لا يحنث إلا بواحدة منهن، إما الأولى عند الهادي وإما الأخرى عند أبي العباس وأبي حنيفة والشافعي، فكيف تثبت المرافعة لهن الجميع؟ قلنا: الإيلاء في الحقيقة^(٣) هنا إنما هو من الواحدة التي يحنث بها، ولكنها مجهولة، فيجوز في كل واحدة منهن أنها التي يحنث بها، فيثبت الحكم لهن الجميع، ذكره في الشرح.

وهكذا لو آلى من واحدة منهن غير معينة، أو معينة ثم التبتت بهن الجميع - فلكل واحدة أن ترافعه بعد مضي الأربعة حتى يطأها ولو وطئ غيرها، ذكره في التقرير، ويحنث بوطء واحدة منهن حيث هي غير معينة، وحيث هي معينة والتبتت لا يحنث^(٤) إلا بوطء الكل.

مسألة: ومن آلى من زوجته ثم ظاهر منها أو العكس كفر للظهار قبل الوطء وللإيلاء بعده^(٥)، وإن كفر عنه قبل الوطء لم يجزه، خلاف الشافعي. وإذا رافعته أمره الحاكم بالكفارة عن الظهار وبالفيء بلسانه عن الإيلاء حتى يخرج كفارة

(١) وذلك لأنه يحنث بأيتهن وطئ عنده، لا عند أبي العباس؛ لأن الحنث قد بطل بموت واحدة منهن. (بستان).

(٢) منشأ السؤال من قوله: «ثبت حكم المرافعة لكل واحدة منهن». (سيدنا حسن).

(٣) وفي الحواب ما لا يخفى؛ إذ ليس موليا من واحدة غير معينة، بل مول من الجميع، وكل واحدة منهن توصف بأنها لو وطئت في مدة الإيلاء لحنث بها، وبعد حصول وطء واحدة منهن قد انحلت اليمين وقد حصل الحنث وارتفع ذلك المقتضي الذي كان حاصلا قبل ذلك الوطء، فتأمل. (شامي).

(٤) ولعله يثبت للباقيات حق المرافعة إن كان الوطء بعد مضي الأربعة، لا إن كان قبلها.

(٥) وذلك لأن كفارة الظهار قبل الوطء، وكفارة الإيلاء بعده. (بستان).

الظهار، ثم يؤمر بالوطء^(١).

مسألة: وإذا حلف لا وطئها سنة ثم بعدها سنة فقال أبو العباس: يكون إيلاءين^(٢)، وترافعه في السنة الأولى بعد أربعة أشهر، وفي السنة الثانية كذلك، وسواء وطئها في السنة الأولى أو طلقها ثم راجعها أو تزوجها بعقد جديد إذا عادت إليه وقد بقي من السنة الثانية شيء، وإن عادت إليه بعد مضيها لم يثبت لها حكم المرافعة^(٣) إلا عند أبي حنيفة والشافعي ومالك حيث كان الطلاق رجعياً ومضت المدة في عدته، ذكر ذلك في الشرح. قال أبو العباس: وإذا حث في هذه المسألة فعليه كفارة واحدة. قال الفقيه حسن: ولا تجب الكفارة إلا بالوطء في السنتين معا^(٤).

(١) وله الاستمتاع في مدة الإيلاء، لا الظهار. (بحر) و(قرو).

(٢) وعليه الأزهار.

(*) وذلك لأن كل واحد منهما لو انفرد لكان إيلاء صحيحاً. وعن بعض أصحاب الشافعي أنها إيلاء واحد، فيتداخلان؛ لأنه لم يفد الثاني إلا الزيادة في الأول، فيدخل الثاني فيه كما لو قال: له علي مائة درهم ثم قال بعد ذلك: علي له ألف درهم، فإن المائة تدخل في الألف. (بستان).

(٣) قال في البرهان عن الشرح: لأن الطلاق قد أضعف حكم الإيلاء، خلافاً لأبي حنيفة وأصحابه والشافعي ومالك في الرجعي إذا مضت مدة الإيلاء في عدته ثم راجعها بعد المدة، فقالوا: لها المرافعة؛ لأن حكم الإيلاء يثبت عند مضي مدته، وهي مضت والزوجة مطلقة، والإيلاء من المطلقة رجعياً يصح عندهم لا عندنا. (بستان).

(٤) هذا تخريج خروجه الفقيه حسن لأبي العباس أنه لا يحث إلا إذا وطئها في السنتين معاً لا في أحدهما، كما إذا حلف لا كلم زيدا ولا عمراً أنه لا يحث إلا إذا كلمها جميعاً، قال الفقيه يوسف: وفيه نظر؛ لأن هذه المسألة تشبه ما إذا حلف لا كلم زيدا ثم عمراً، والظاهر أنه يحث بأيهما كلم. (كواكب).

(*) قال الفقيه حسن: وذلك كما لو حلف لا كلم زيدا ولا عمراً، أو لا كلمه في هذه السنة ولا في الثانية. وقال الفقيه يوسف: بل يحث في أيهما وطئ؛ لأنه يشبه ما إذا حلف لا كلم زيدا ثم عمراً فإنه يحث بأيهما كلم. قال الفقيه يحيى البحيح: وكلام أبي العباس في هذه المسألة مشكل؛ لأن القسم واحد، فهو يشبه والله لا قربتك سنتين، وقد تؤول كلام أبي العباس أنه أتى بقسمين، لكل سنة قسم. (بستان).

وقال الفقيه يحيى البحيح في هذه المسألة^(١): إنه لا يكون إيلاءين إلا إذا أفرد لكل سنة قسماً، وإذا حنث فيهما لزمه كفارتان، وإن كان القسم واحداً فهو إيلاء واحد وكفارته واحدة، كما إذا قال: لا وطئتك ستين.

فرع: وإذا قال: «والله لا وطئتك شهرين ثم بعدهما شهرين» لم يثبت حكم الإيلاء على قول أبي العباس^(٢)، وعلى قول الفقيه يحيى البحيح: يثبت حكمه.

مسألة: وإذا قال: «والله لا وطئتك سنة إن شاء الله تعالى» لم يصح؛ لأن الوطء مباح لا يشاء الله فعله ولا تركه، إلا حيث يكون الوطء يضره في السنة^(٣) فالله يشاء تركه، ويثبت حكم الإيلاء على قول الأستاذ: إنه يثبت مع العذر.

مسألة: فإن حلف لا وطئها سنة إلا أن يشاء الله^(٤) صح الإيلاء، إلا أن يكون وطؤها واجبا عليه^(٥) أو مندوباً فلا يصح.

مسألة: وإذا حلف: «لا وطئتك إن شئت» أو «إن شاء زيد» فإن حصلت المشيئة في المجلس^(٦) أو في مجلس العلم من الغائب صح الإيلاء، وإن لم تحصل لم يصح^(٧). وإن حلف: «لا وطئتك إن دخل زيد الدار» أو «إذا شئت» أو «إذا شاء زيد» أو «متى شئت» أو «متى شاء زيد» فمتى حصل الدخول أو المشيئة

(١) والأزهار خلافه.

(٢) وذلك لأن كل واحد منهما على الانفراد ليس بإيلاء؛ لنقصان مدته. وعلى قول الفقيه يحيى البحيح إنه إيلاء كامل؛ لأن القسم واحد، وهذا الفرع ذكره الوالد رحمته الله على المسألة. (بستان).

(٣) أو يضرها في غير البكارة. (قررو).

(٤) قال في المنتزع: فإن قال: «إن لم يشأ الله» كان مولياً؛ لأن مشيئة الله متفية.

(٥) ينظر في صورته، ولعله حيث كان مولياً منها وقد مضت مدة الإيلاء. (شامي).

(٦) إن كان حاضراً.

(٧) وذلك لأنه تمليك له، فإذا شاء عند علمه صح الإيلاء، خلاف أبي العباس والمنتخب؛ لكونه مطلقاً، وإن لم يشأ لم يصح، وأما سائر الشروط التي بعد هذه فهي للتراخي. (بستان).

ولو بعد المجلس صح الإيلاء، فتعتبر المدة من بعد ذلك.
مسألة: فإن قال: «لا وطئتك إلا أن يشاء زيد» لم يصح الإيلاء^(١) حتى يموت زيد أو يعلم بذلك ولم يشأ في المجلس^(٢)، فيصح، وتكون المدة من بعد ذلك.

مسألة: وإذا ادعت الزوجة الإيلاء أو مضي الأربعة الأشهر أو كون مدته أربعة أشهر وأنكر الزوج ذلك فالبينة عليها^(٣)، وإن ادعى الوطء بعد ثبوت الإيلاء وأنكرته فالبينة عليه^(٤)، وتكون على إقرارها به أو على المفاجأة.

(١) وذلك لأنه يجوز حصول مشيئة زيد في كل وقت، فلم يعلم حصول الحنث في الأربعة الأشهر. (بستان).

(٢) على القول بأنها للفور. وقيل: يعتبر المجلس بعد علمه كما مر في الطلاق، وقد علله في البحر فيما مر أنه إيقاع وتمليك لصاحب المشيئة، فيحقق. اهـ وقد مر مثل ما هنا قبل فصل الخلع في البيان.

(٣) إن قيل: هو في الطرف الأخير يدعي فساد الإيلاء^[١] سل؟ قيل: هو كذلك حيث تصادقا على لفظ الإيلاء، لا لو قالت: إن الألية مني أربعة أشهر وقال: بل شهر فالقول قوله. (شامي).

(٤) وذلك لأنه يدعي زوال الإيلاء بالوطء، والأصل عدمه، فيبين به. (بستان بلفظه). ويعمل بقول العدالة في البكر. (بحر).

[١] يقال: لا فاسد في الإيلاء.

باب اللعان

هو يثبت بقذف الرجل البالغ العاقل لزوجته البالغة العاقلة الحرة المسلمة التي يمكن وطؤها العفيفة في الظاهر عن الزنا، ولو كان الزوج عبداً، خلاف زيد بن علي وأبي حنيفة، ولو كان كافراً، كالمرتد يقذف زوجته في حال العدة، أو الذمي يقذف زوجته بعد إسلامها في حال العدة^(١). ولو كانا محدودين أو أحدهما بالقذف^(٢)، خلاف أبي حنيفة^(٣). ولو كانا فاسقين أو أعميين أو أحدهما، ولو قبل الدخول، خلاف الباقر والصادق والناصر. لا إن كانت صغيرة أو مجنونة أو ذمية أو أمة حال قذفه لها؛ لأن من شرط اللعان أن يكون الزوج ممن يستحق حد القذف وأن تكون الزوجة يستحق قاذفها الحد^(٤)؛ لأن اللعان بدل عن الحد. وقال الشافعي: يصح بين الذميين والمملوكين.

مسائل: وسواء أضاف الزنا منها إلى حال الزوجية أو إلى قبلها أو أطلق. ولو طلقها بعد القذف ثم تزوجها ولو بعد زوج آخر فلها أن ترافعه وتلاعنه.

مسائل: وقذف الزوج لزوجته يجوز حيث علم أو ظن زناها^(٥)، ولا يجب^(٦)، قال في الشفاء: إلا أن يكون ثم ولد وعلم أنه ليس منه وجب^(٧)،

(١) فعلى هذا اشتراط الإسلام إنما هو في الزوجة فقط. (كواكب). وفي البحر: لا لعان بين مسلم وذمية؛ إذ لا يجد قاذفها. وهو ظاهر الأزهار.

(٢) لا بالزنا. (قرر).

(٣) حجبتنا أن الآية لم تفصل، وحجته أنه شهادة، وقد قال تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ [النور٤]. لنا ما سيأتي؛ ولأن اللعان يمين، وهو من أهل اليمين. (بستان).

(٤) وهؤلاء المذكورات لا يستحق قاذفهن الحد.

(٥) لا يجوز مع الظن على المختار. قال في حاشية البحر: هكذا قال في الانتصار، وفيه نظر. وقد شكك على الظن، لكن كتب أهل المذهب مطبقة على جوازه مع الظن، فلا وجه لمن يشكك. وفي شرح الأثمار ما لفظه: أما مع الظن فلا يجوز؛ لأنهما يقدمان على المحذور من غير علم.

(٦) قال **علاء الدين**: إلا حيث يلحقه العار فيجب لدفع العار عن نفسه. (بستان).

(٧) وقيل: لا يجب؛ لأن فيه فضيحة وشهرة يصعب احتياها على أهل المروءة. (بهران). قلت:

ومع عدم العلم والظن لا يجوز. فأما قذف الأجنبي فلا يجوز ولو علم زناه إلا إذا كان معه أربعة شهود^(١) ذكور أصول عدول بالزنا.

مسألة: وإذا زنت بعد قذفه لها سقط اللعان وحد القذف على الأصح؛ لأنها صارت متهمه به^(٢)، خلاف المزني وأبي ثور وتخريج أبي طالب لأبي العباس. قال في التقرير: وكذا لو ارتدت ولو عادت إلى الإسلام.

مسألة: وإذا كان نكاحهما فاسدا فلا لعان، خلاف البيان^(٣)، وكذا في الباطل^(٤)، خلاف الشافعي حيث هناك ولد منفي. وإن كانا أخرسين أو أحدهما فلا لعان^(٥)، خلاف الناصر والشافعي والوافي. قلنا: الأخرس لا يحد بالقذف، والأخرس لا يحد قاذفها، ذكره في الشرح. وأفعال الأخرس تصح بالإشارة

فيلزم أن يزوج أخواته من أبيه، وأن لا يستترن منه. (مفتي). وصعوبة الفضيحة والشهرة لا تكفي في سقوط الواجب. (شامي).

(*) وقيل: لا يجب ولو علم أن الولد ليس منه إلا إذا علم زناها، لا إذا لم يعلم زناها فيجوز ولا يجب، والله أعلم.

(١) أو ثلاثة ويكون هو الرابع؛ لأن مدعي الحسبة يصح أن يكون أحد الشهود كما يأتي في المسألة الخامسة إن شاء الله تعالى، واشتراط الذكورة والعدالة والأصول لثبوت الحد على المقدوف، لا لسقوطه عن القاذف فيكفي العدد. (قرير).

(٢) قوله: «متهمه به» يعني فبطلت عفتها، ومن شرط المقدوف أن يكون عفيفا في الظاهر من الزنا. (بستان).

(٣) حجتنا قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ﴾ [النور]، وإنما يتعلق الخطاب بالأنكحة الصحيحة لا الفاسدة. وحجته أنه قد قال بصحته قائل ممن حاز منصب الاجتهاد، والآراء صائبة، فكان كالصحيح. (بستان بلفظه).

(*) والمؤيد بالله. (غيث).

(٤) لأنها ليست زوجة. (بستان).

(٥) وذلك لأنه لا يعقل بالإشارة، وأكثر ما يعقل أنه وطء حرام، وهذا لا يكفي؛ لجواز شبهة أو إكراه. (بستان بلفظه).

المفهمة إلا اللعان^(١) والقذف والشهادة والإقرار بالزنا أو بالقتل عمدا^(٢).
مسألة: ومن قذف أجنبية ثم تزوجها فلا لعان، بل يحد^(٣)، وإن قذف زوجته وأضاف الزنا إلى حال صغرها أو جنونها أو رفقها أو كفرها وقد كانت كذلك^(٤) فلا حد ولا لعان، خلاف الكافي في الرق والكفر، فإن اختلفا هل قد كانت كذلك فالقول قول الزوج ما لم يعلم كذبه، ذكره في التقرير، وكذا لو ادعت عليه القذف فأنكر وبينت به ثم قال: كانت وقت القذف صغيرة أو مجنونة أو مملوكة أو كافرة- فالقول قوله ما لم يعلم كذبه؛ لأنها تريد إلزامه الحد^(٥) [أو اللعان]^(٦). وإن قذفها بحمار أو ثور فلا حد ولا لعان^(٧)، ذكره في الكافي والتقرير، ولعل وجهه أنه غير ممكن فيها.

مسألة: والقذف: هو الرمي بالزنا ولو في دبر ولم يأت بأربعة ذكور عدول أصول^(٨) يشهدون بذلك. فيلزمه الحد أو اللعان، أيهما وقع سقط الثاني، وإن

(١) والإيلاء والظهار.

(٢) لأنه لا يقاد بإقراره بالإشارة، وهذا أحد احتمالين لأبي طالب وأبي بكر الرازي أنه لا يقاد، والاحتمال الثاني أنه يقاد بإقراره، ورجحه في البحر.

(*) وعلى أحد قولي أبي طالب وأحد قولي أبي حنيفة يقتص منه بإشارته بالقتل.

(٣) إلا أن يبين. (قرير).

(٤) لم يذكر في البحر «وقد كانت على ذلك»، وهو قوي حيث أضاف الزنا إلى أحد هذه ابتداء، لا لو أطلق الرمي ثم قال: «أردت وهي صغيرة» ونحوه- فيقبل قوله ما لم يعلم كذبه، والله أعلم.

(٥) وإلا فالظاهر معها، لكن بطل الظاهر إلزامه الحد في جميع الصور، والله أعلم.

(٦) ما بين المعقوفين من (ج، د).

(٧) قال في الغيث: وفيه نظر^[١]. اهـ والقياس أنه يثبت الحد واللعان. اهـ ولعله يأتي في الرجل مثله إذا قذف بهيمة.

(٨) هذه الثلاثة قيود لثبوت حد الزنا، لا لسقوط حد القذف فهو يسقط ولو لم تكمل البينة كما يأتي. و(قرير).

[١] لأننا إذا أوجبنا عليها حد الزنا إذا ثبت بإقرارها أو بيينة فلا وجه لسقوط حد القذف إذا لم يبين أو تقر، فينظر في ذلك. (غيث).

جاء بالشهود ثم طلب اللعان فقال أبو حنيفة: ليس له طلبه^(١)، وقال الشافعي: له طلبه إذا كان ثم ولد منفي.

مسألة: ولا يصح أن يكون هو أحد الشهود الأربعة إلا حيث لم يتقدم منه القذف، ذكره في الشرح^(٢) والفقهاء محمد بن يحيى وحسن، وعلى ظاهر كلام الهادي وأبي طالب أنه يصح، وقال الشافعي والوافي ومالك: لا يصح مطلقاً، فيلاعنها ويحدون الثلاثة.

مسألة: من ولدت زوجته ولدا فقال: «هو من زنا^(٣)» كان قاذفا لها، وإن قال: «ليس هو لي» أو قال: «هو لفلان الأجنبي» كان قاذفا لها^(٤) أيضا عند الهادي وأبي العباس، وقال أبو طالب والقاضي زيد: لا يكون قاذفا لها إلا أن يقول: أردت أنه من زنا^(٥). فإن قال لها: «ما ولدته» فعليها البينة بعدلة، فإذا جاءت بها ثم أضافه إلى الزنا صار قاذفا لها.

فرع: والإشارة من الصحيح المفهومة للقذف تكون كناية^(٦) فيه، فإذا قال: «أردت بها الزنا» كان قاذفا.

مسألة: وإذا أقر بالولد مرة ثبت نسبه منه، وإن نفاه من بعد لم ينتف، بل يلاعنها

(١) وذلك لأن حد الزنا قد توجه عليها. (بستان لفظاً).

(٢) قال فيه: لأن من انتصب خصماً في شيء لم تصح شهادته. وحجة الهادي وأبي طالب أنه شهد عليها بما يوجب الحد فصحت شهادته عليها كما تصح في السرقة وشرب الخمر. وحجة الآخرين قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ﴾ الآية [النور:٦]، وهذا قد رمى ولم يأت بأربعة شهداء فعليها اللعان. (بستان بلفظه).

(٣) أي: زנית به.

(٤) وعليه الأزهار في الحدود في قوله: «مصرحاً أو كانياً».

(٥) وعليه الأزهار: أو نسبة ولده منها إلى الزنا.

(٦) هذا ضعيف؛ إذ الإشارة من الصحيح لا حكم لها، وقد تقدم في الطلاق أن الإشارة من الصحيح غير صحيحة.

للقذف^(١)، وإذا علم بولادته أو بشر به فسكت سكوت مستبشر لم يكن له نفيه من بعد، لا إن كان سكوت متفكر في أمره فله نفيه بعده^(٢) ما لم يعرض عن ذلك، وقال أبو حنيفة: يعفى له يوم أو يومان. وإن هنى له فيه فسكت لم يكن إقراراً^(٣)، وكذا إن أجاب بقوله: وبارك الله عليك، وإن أجاب بقوله: «أجاب الله دعاءك» كان إقراراً به^(٤).

مسألة: والقول قوله في عدم العلم بالولد ولو طالت المدة ما لم يحضر الولادة أو يخبره بالولادة عدلان^(٥) أو يشتهر الولد، فإن علم به ولم يعلم بأن له نفيه فله نفيه متى علم بذلك، خلاف المؤيد بالله وأبي حنيفة، والقول قوله في جهل ثبوت النفي^(٦) إلا أن يكون فقيهاً لا يجمله، قال الفقيه يحيى البحيح: أو يطول الزمان كسنة فما فوق لم يقبل قوله^(٧).

(١) وظاهر الأزهار أنه لا يثبت مع الإقرار مطلقاً، وهو المقرر. (مفتي، وحيث).

(٢) إذا لم يعلم أن له النفي. (قررو).

(*) في المجلس قبل الإعراض. (قررو).

(*) وظاهر الأزهار أن السكوت مبطل لنفي الولد مطلقاً^[١].

(٣) إلا أن يعلم أن له نفيه. (قررو).

(*) وذلك لأنه في مهلة النظر، وكذا إن أجاب بقوله: «بارك الله عليك»؛ لأنه رد الدعاء عليه؛ فلهذا لم يتضمن الإقرار. فأما إذا قال: «أمين» أو «أجاب الله دعاءك» فإنه يتضمن الإقرار به. (بستان).

(٤) ولا فرق^[٢] مع العلم بأن له النفي.

(٥) أو عدل ديناً فقط. (قررو).

(٦) وإذا جهل أن التراخي مبطل لم يبطل وكان له نفيه كالشفعة، كذا نقل عن حيث. وقيل: يبطل؛ لأنه لا خلاف فيه.

(٧) والصحيح أن له نفيه مطلقاً^[٣] ما لم يعلم أن له نفيه فسكت.

(*) والمذهب يقبل قوله ولو طال الزمان. وهو ظاهر الأزهار.

[١] مع العلم أن له نفيه. و (قررو).

[٢] بين: بارك الله عليك أو أجاب الله دعاءك.

[٣] فيقبل قوله ولو طال الزمان، وهو ظاهر الأزهار.

مسألة: وإذا ثبت نسب الولد ثم نفاه ولو بعد سنين فاللعان ثابت لإسقاط الحد^(١)، خلاف الشافعي فقال: يحد.

فرع: فإذا نفاه عند علمه به صح نفيه^(٢) ولو تراخى بعد ذلك عن اللعان، أو طلبته الحضور إلى الحاكم فامتنع، أو حضر إليه وامتنع من اللعان، فلا يبطل نفيه حتى يحد للقذف كل الحد^(٣) فيثبت نسب الولد حينئذ^(٤)، فلو حد بعض الحد ثم رجع إلى اللعان صح رجوعه، وصح النفي واللعان، ذكره في الشرح.

مسألة: وإذا قال: «ما هذا الولد الذي ولدت مني» ثم قال بعد: «هو مني»، فإن قال: «أردت أنها لم تلده^(٥)» فلا شيء عليه، وإن لم يقل ذلك فعلى قول أبي العباس يحد، وعلى قول أبي طالب لا يحد إلا أن يقول: أردت أنه من زنا.

مسألة: ومن له زوجتان فولدتا ابنا وبتنا وادعت كل واحدة أنها التي ولدت الابن دون البنت، فأيهما بينت بعدلة ثبت نسب الابن منها، وإن لم تبين أو بينتا

(١) وظاهر الأزهار لا لعان، وهو الذي مر قريبا.

(*) وهو الذي في اللعان والبحر والتذكرة والثمرات.

(*) دون نفي الولد، فلا ينتفي بعد ثبوته.

(٢) ومعنى صحته أنه لا يفتقر إلى اللعان، ولا يبطل اللعان بترك اقترانه بالنفي، وأما انتفاء النسب فهو لا ينتفي إلا باللعان، فسبيل هذا كطلب الشفعة بأنها تقيد ولا تبطل بتراخي الحكم بها.

(٣) هلا قيل: يصح اللعان للنفي وإن كان قد حد للقذف كل الحد سل؟ لعله يقال: بتام الحد يتم نكوله عن اليمين، والنكول عنه كالإقرار بثبوت النسب، فلا ينتفي بعد ذلك.

(٤) وذلك لأنه إذا حد سقط اللعان، ومتى سقط لم يثبت النفي؛ لأن النفي يسقط بسقوط اللعان. (بستان).

(٥) فإن قيل: كيف قبل هذا التفسير بأنه عنى بأنها لم تلده وقد أضاف الولادة إليها في قوله: «ما هذا الولد الذي ولدت مني»؟ وجواب هذا أن معناه بل الذي ولدت مني غيره، أو معناه لم تلديه مني بل ولدته من زوج آخر. (مفتاح).

معا فإن صدق الزوج إحداهما^(١) ثبت الابن لها، وإن لم ثبت نسب الابن والبنت من الأب^(٢) لا منهما^(٣).

فلو كان المرأتان لزوجين وولدتا ابنا وبتتا فادعت كل واحدة منهما أن الابن لها والبنت للأخرى: فإن بينت إحداهما بعدلة أنها ولدته ثبت نسبه منها ومن زوجها، وإن بينتا معا أو لم تبين أيتها فمن صدقها زوجها دون الثاني ثبت نسبه لها ولزوجها، وإن لم يصدق أيهما لم يلحق الابن بأبهم، وإن صدق كل واحد من الزوجين زوجته لحق بالزوجين معا لا بالزوجتين^(٤)، ولا تلحق البنت بأبهم في ذلك كله.

مسألة: وإذا قال لزوجته: «يا زانية» فقالت: «زيت أنت» كان كل واحد منهما قاذفا للثاني، فيلاعنها لقتفه لها، وتحذلقذفها له، وإن قالت: «زيت بك» أو «زيت بي» فلا حد على أيهما ولا لعان^(٥). فلو كانت أجنبية فحيث قالت: «زيت بي» يحد كل واحد منهما للثاني، وحيث قالت: «زيت بك» لا حد على أيهما^(٦).

(١) لا ثمة في مصادقة الزوج في لحوق النسب بالأمين. وكذا في آخر المسألة. (تهامي). ولو قيل: له حكم؛ لأن إقرار التي لم يصدقها لا يصح حيث يستلزم لحوقه به كما هو ظاهر الأزهار، فلمصادقته فائدة وحكم، فينظر، فيستقيم كلام الكتاب.

(٢) أما البنت فالقياس أنه لا يثبت. نسبها إلا إذا أقر بها.

(*) لسكوته عن النفي.

(٣) لنفيها للبنت وعدم بيانها بالابن. (بستان).

(٤) لأنه يستحيل أن تلدها معا.

(٥) والوجه أنه قد يسمى وطء الزوجة زنا على طريق المجاز من كثرت وقاحتها. (شرح أزهار بلفظه).

(٦) لأنه قد قذفها وصدقته، فيسقط عنه حد القذف، ويسقط عنها حد الزنا لأنها لم تقر إلا مرة. ولم يلزم أن تكون قاذفة لأنها أضافت الزنا إلى نفسها، ولعله كان مكرها أو نائماً. (غيث).

مسألة: وإذا قال لزوجته: «لم أجذك عذراء» لم يكن قاذفا لها^(١)، وإن قال: «أنت أزنى الناس» أو «أزنى من فلانة» سئل عن مراده^(٢): فإن قال: «أردت الاستفهام» فلا حد ولا لعان، وإن قال: «أردت أنها تزني» وجب الحد أو اللعان، وكذا إن قال: «لم أرد شيئا»، خلاف أبي حنيفة^(٣)، إلا حيث جاء بالاستفهام^(٤) فلا شيء.

مسألة: وإذا قال: «ما أظنك إلا زانية» أو «أظنك زנית» لم يكن قاذفا لها، وكذا إن قال لها: قالوا أو قال فلان: إنك زנית.

وإن قال لامرأتين: «إحداهما زانية» لم يكن قاذفا^(٥)، إلا أن يقول: «أردت هذه» كان قاذفا لها^(٦).

مسألة: ومن قذف أربع نسوة له بلفظ واحد أو بألفاظ لاعن كل واحدة منهن أو حد لها^(٧)، وإن كن أجنبيات حد لكل واحدة حداً كاملاً، وقال أبو

(١) قوله: «لم يكن قاذفا لها» وذلك لأنها قد تزول العذرة بغير الوطاء، كخرق الحيض والوثبة وحمل الثقيل من الأرض إلى فوق. (بستان بلفظه).

(٢) هذا مع القصر حيث أتى بهمزة واحدة، وأما مع المد حيث أتى بهمزتين فلا يشمل إلا الاستفهام. (بستان).

(٣) حجته أنه يستعمل بمعنى أعلمهم بالزنا، كما يقال: فلان أرمى الناس، أي: أعلمهم بالرمية. قلنا: الظاهر خلافه. (بستان).

(٤) وهو حيث يأتي بهمزتين.

(٥) وذلك لأن من شرط القذف أن يكون المقذوف معيناً، ولكنه يؤدب في ذلك كله حيث سقط الحد. (بستان).

(٦) بالتفسير.

(٧) وذلك لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ الآية [النور٦]، فدل ظاهرها على وجوب اللعان لكل واحدة أو الحد؛ ولأن الحق متعدد كاليمين في الأموال فإنها تتعدد بتعدد الحق والمستحق، فكذلك اللعان، وكذا يتعدد في الأجنيبات. وحجة مالك وأبي حنيفة أن الحد تابع للقذف وهو الموجب له، فإذا كان بلفظ واحد لم يجب إلا حد واحد. قلنا: حقوق

حنيفة ومالك: يكفي حد واحد هن الكل.

مسألة: والمطالبة باللعان إلى الزوجة مطلقاً^(١)، لا إلى الزوج، إلا حيث هناك ولد منفي فله طلبه؛ لثلا يلحق به الولد. وقال أبو حنيفة: ليس له طلبه مطلقاً. وقال أصحاب الشافعي: له طلبه مطلقاً. قال الإمام المهدي أحمد بن يحيى: وهو أولى؛ ليدفع عن نفسه حد القذف ونفقة العدة. وهو القوي. ولا يصح أخذ العوض على ترك اللعان^(٢) أو الحد.

مسألة: ويصح اللعان في عدة الرجعي وفاقاً، وفي عدة البائن، خلاف أبي حنيفة^(٣)، لا بعد انقضاء العدة فلا يصح، خلاف أبي يوسف ومحمد إذا كان هناك ولد منفي، ومثله في التذكرة^(٤).

الآدميين لا تتداخل ولو اتحد السبب، كما لو قتل جماعة دفعة واحدة فإنه لا يتداخل، بل يكون الحكم كما لو قتلهم واحداً بعد واحد. (بستان بلفظه).

(١) سواء كان ثم ولد منفي أم لا. (بستان).

(٢) ولكنه يسقط حد القذف وإن لم يلزم العوض؛ لأن ذلك بمنزلة العفو، وهو يصح قبل الرفع. (قرر).

(٣) وحجة أبي حنيفة أنها كالأجنبية فلا علة بينهما. قلنا: فأما بعد انقضاء العدة فلا يصح؛ لأنها أجنبية. وحجة الآخرين أن ثم حاجة إلى اللعان، فلهذا يثبت. (بستان).

(٤) الأزهار: قيل: ولو بعد العدة.

فصل: [في صفة اللعان]

وصفة اللعان أن يحضرهما الإمام أو حاكمه إذا كان ذلك القذف وقع في وقت ذلك الإمام^(١) فيعظهما^(٢) ويحثهما على التصديق^(٣) وإقامة الحد على من استحقه منهما؛ لأنه قد وجب على أحدهما. ويصح عفوها عن الزوج قبل المرافعة، لا بعدها. فإن امتنع الزوج بعد حضوره من اللعان ولو مرة واحدة حد للقذف^(٤)، وإن حلف توجه الحد للزنا على الزوجة، ولها أن تدفعه بأبيائها، فإن امتنعت منها ولو مرة واحدة حدت للزنا^(٥)، ذكره المؤيد بالله والقاضي زيد، وإن رجعت إلى اللعان قبل كمال الحد عليها قبل منها. وقال أبو العباس: لا تحد إلا إذا امتنعت أربع مرات. وقال الفقيهان محمد بن سليمان ويحيى البحيح: لا تحد إلا أن تقر بالزنا أربع مرات^(٦).

(١) ومكان ولايته.

(٢) وفارق هذا باب الحدود فإنهم قالوا: يلقن ما يسقط عنه الحد لوجهين: الأول: الخبر؛ فإنه صلى الله عليه وآله وسلم قال للمقر عنده بالزنا: ((لعلك لمست، لعلك قبلت))، وقال للملاعنة: ((إنه لرجم في ظهره كالحجارة خير لك من عذاب الله)). الوجه الثاني: أن في باب اللعان لا بد أن يكون أحدهما كاذباً، فحثا على التصديق؛ لئلا يقدم الكاذب على محذور. (زهور بلفظه). ولأن في اللعان حقاً لكل واحد منهما، بخلاف الزنا ونحوه فهو حق لله. (بهران).

(٣) كما فعل النبي صلى الله عليه وآله وسلم، وهذا وجه الفرق بينه وبين حد الزنا؛ لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لقن الزاني ما يسقط الحد، والفرق ما ذكره في الكتاب.

(٤) لقوله تعالى: ﴿فَأَجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤]، ويكفي نكوله مرة؛ لأنه كإقراره، والإقرار بالقذف مرة يكفي. (بستان بلفظه). وفي الكواكب ما لفظه: قوله: «إن نكل» يعني مرة واحدة فيحد لأجل قذفه لها؛ لأنه يدفع الحد عن نفسه بإقامة شهود أربعة عليها بالزنا أو باللعان، فإذا لم يفعل ذلك حد للقذف لا للنكول. (باللفظ).

(٥) وذلك لأن أبيانه كالشهود عليها؛ لقوله تعالى: ﴿وَيَذَرُ عَنْهَا الْعَذَابَ...﴾ الآية [النور: ٨]، ويكفي امتناعها مرة، ذكره المؤيد بالله، كالإقرار في سائر المواضع، فإنه لا يعتبر فيه التكرار بحال، فكذا هنا. وحجة أبي العباس أن نكولها بمنزلة الإقرار بالزنا. وحجة الفقيهين أنه لا حد بنكول. (بستان).

(٦) هذا تأويل الفقيهين محمد بن سليمان ويحيى البحيح لقول أبي العباس: إنها إذا نكلت أربع

مسألة: وإذا حلفت الزوجة بعد الزوج تم اللعان بينهما، فيفسخ الحاكم نكاحهما، ويتنفي نسب الولد عن الزوج^(١). ولا يقع الفسخ إلا بفسخ الحاكم، ولا يتنفي نسب الولد إلا بنفي الحاكم^(٢)، ولا يكفي الفسخ عن النفي^(٣)، فلو مات أحد الزوجين قبل الفسخ توارثا وبطل حكم اللعان، وكذا إذا مات الولد أو الزوج قبل نفيه توارثا واستقر نسبه، وإن مات الحاكم أو عزل قبل الفسخ والنفي فالنكاح والنسب باقيان حتى يفعل ذلك حاكم آخر^(٤)، وكذا قبل أحدهما فهو باق^(٥). وقال الباقر والصادق والناصر: إنه يفسخ النكاح ويتنفي النسب بفراغ الزوجين من الأيمان^(٦). وقال الشافعي: بفراغ الزوج من أيمانه.

مرات حدث للزنا، فقالوا: المراد به إذا أقرت، لا بالنكول فلا يكفي؛ لأن النكول لا يحكم به في الحدود. وأبقاه أبو جعفر على ظاهره أنها إذا امتنعت من اللعان أربع مرات حدث. وعند المؤيد بالله والقاضي زيد وأصحاب الشافعي أنه يكفي امتناعها مرة واحدة في وجوب الحد عليها؛ لأن بشهادات الزوج قد توجه الحد عليها، ولها أن تدرأه عن نفسها بشهادتها، فإذا امتنعت منها حدث كما هو ظاهر الآية الكريمة. (كواكب).

(١) لا يصح إلا بعد الطلب، يعني: بعد طلب النفي.

(*) إن طلب. (أزهار). وسواء طلبه الزوج أو الزوجة. و(قررو). وإن حكم بغير طلب لم يصح. (عامر). وقيل: يصح؛ لأن المرافعة قرينة الطلب. اهـ وللحاكم أن يقول: اطلب الحكم مني، ولا يكون تلقيناً. (قررو).

(٢) إن طلب.

(٣) وأما الفسخ فقد صحَّ وحرمت عليه مؤيداً.

(٤) وتعاد الأيمان من أولها ولو كان الحاكم الآخر حاضراً عند الأول. (قررو).

(*) ويستأنف اللعان.

(٥) أي: الذي لم يحكم به. ولفظ حاشية: وينظر لو حكم بنفي الولد دون فسخ النكاح هل يتنفي كما لو حكم بفسخ النكاح دون نفي الولد انفسخ وبقي النسب؟ قال الفقيه يوسف: المذهب أنه يصح الحكم بأحدهما دون الثاني. وفي بعض الحواشي: فلو حكم بنفي الولد بطلبها دون الفسخ لم يتنفي نسب الولد. (قررو).

(٦) وحجة الباقر والصادق والناصر أنه صلى الله عليه وآله قال بعد فراغها: ((لا سبيل لك عليها))، ولم

مسألة: وصفتهما عند التحالف أن يقوموا^(١) ندبا، وتحمل الزوجة الولد في حجرها ندبا، ويبدأ الحاكم بتحليف الزوج وجوباً، وإن حلف بغير تحليف الحاكم له لم يعتد به، فيقول له: قل - مشيراً إليها^(٢) -: «والله العظيم إني لصادق فيما رميتك به من الزنا ونفي ولدك هذا^(٣)»، ويكرر ذلك أربعاً، ثم يغلظ بالخمسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين في رميه لها ونفيه لولدها. ثم يأمر الزوجة أن تقول: «والله العظيم إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ونفيه لولدي هذا»، وتكرر ذلك أربعاً، ثم يغلظ ذلك بالخمسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين في رميه لها ونفيه لولدها. وإن قالوا: «أشهد بالله» صح؛ لأنها يمين، لا إن اقتصر على «أشهد». وقال أبو حنيفة وأحد قولي الشافعي: إنهما يأتیان بلفظ الشهادة فقط لا باليمين. ولا تجب الخامسة فيهما معاً وفاقاً، بل هي مستحبة تغليظاً وتأكيذاً، فلو فرق الحاكم بينهما قبلها وبعد الأربع صح، وإن فرق بينهما بعد ثلاثة أيان لم يصح^(٤)، خلاف أبي حنيفة وأحد قولي أبي طالب^(٥).

يقول: فرقت بينكما. قلنا: لما فرغا قال ﷺ: ((لا تجتمعان أبدا)) وهذا هو التفريق. وحجة الشافعي أن اللعان فرقة متجردة عن العوض، فوجب وقوعها بقول الزوج وحده كالطلاق. قلنا: الطلاق في نفسه لا يقتدر إلى الإمام والحاكم، بخلاف اللعان فإنه لما افتقر إليهما افتقر إلى قوليهما. (بستان).

(١) أي: الحالف منهما.

(٢) قوله: «قل» يريد به الأمر إلى الحاكم يلفظه ذلك، إلا أن يكون لا يهتدي هذه الألفاظ، بدليل قوله في الزوجة: ثم يأمر الزوجة أن تقول. وفي الصعيتري في قصة هلال: فأقامه النبي ﷺ بعد العصر عن يمين المنبر، فقال: ((يا هلال، اتت بالشهادة)) ففعل حتى قال في الخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، إلى قوله: فأقامها مقامه فقالت: أشهد بالله.. إلخ. (* ندباً).

(٣) ويكرر نفي الولد في كل يمين. (قرود).

(٤) سواء انضم إليها حكم أم لا. (شرح أزهار باختصار). (قرود).

(٥) قال أبو جعفر: وقد حمل أصحاب أبي حنيفة كلامه على أنه قبل أن يظهر الإجماع على خلافه، وقيل: قبل أن يبلغ درجة الاجتهاد، ونحن نقول ذلك في كلام أبي طالب. (زهور).

مسألة: وإذا قدم الحاكم أيان الزوجة على أيان الزوج أعادها ثانياً بعد أيان الزوج^(١)؛ لأن الترتيب بينهما واجب، خلاف أبي حنيفة. فلو فرق الحاكم بينهما ونفى النسب وحكم بذلك غلطاً^(٢) قبل إعادة الزوجة للأيمان نفذ^(٣)؛ لأجل الخلاف^(٤). وقال الشافعي: لا يصح^(٥).

مسألة: وفرقة اللعان فسخ، وقال أبو حنيفة: طلقة بائنة. ولا يجوز فعل اللعان في المسجد^(٦)، فإن فعل فيه صح مع الإثم. وقال الشافعي: يستحب فيه^(٧) تغليظاً.

مسألة: وإذا فرق الحاكم بينهما ونفى نسب الولد من الزوج حصلت أحكام، وهي: انفساخ النكاح^(٨)، وزوال الفراش كالطلاق البائن سواء، وتحريم الزوجية بينهما أبداً، وسقوط الحد عن الزوج، وانتفاء نسب الولد من

(١) وقال الدواري: يعيد الجميع كالخطبة والجمعة، واستقره المؤلف؛ لأن يمين الزوج ويمينها كالشيء الواحد، فإذا وقع على غير الوجه المشروع لم يصح، وهو لا يتبعض، ذكره في الوابل. وفي شرح الفتح: أنه يفرق بينهما؛ لأن الجمعة والخطبة عبادة كالشيء الواحد، بخلاف ما نحن فيه، والله أعلم.

(٢) أو سهواً، وإلا فباطل. (قرئ).

(*) لا عمداً فينتقض.

(٣) وعليه الأزهار.

(٤) وعند أصحابنا القياس عدم النفوذ؛ لمخالفته إجماع الآل، والله أعلم.

(٥) وحجته أنه مخالف للنص. (بستان).

(٦) وفي الأزهار: وتجنب المسجد. أي: يكون فعله في المسجد تركاً للمندوب. (قرئ).

(٧) حجة الشافعي أنه صلى الله عليه وسلم لا عن بين هلال بن أمية وزوجته بعد العصر على يمين المنبر.

(بستان).

(٨) ولا يتعين لفظ الفسخ، بل يكفي قوله: ((لا يجتمعان أبداً)). (شرح أزهار). يؤخذ من هذا أن الأمر حكم، وقيل: هو مختص باللعان. (قرئ).

الزوج، ولا يلحق^(١) بنسب أمه^(٢)، فلو كانت هاشمية لم يكن هاشميا، ولا يرثون^(٣) منه إلا ميراث ذوي الأرحام، ذكره في الدرر وشرح النكت، وقال في عقد الفرائض: إن عصبه أمه يكونون عصبه له، ويعقلون عنه^(٤)، ويكونون أولياء نكاحه إذا هو أنثى^(٥).

مسألة: وإذا أكذب الزوج نفسه بعد تمام اللعان والفسخ ونفي النسب فإنه يحد لقذف الزوجة إن طلبته الحد^(٦)، ويلحق به نسب الولد، ويبقى التحريم المؤبد بينهما، فلا يحل له تزوجها، خلاف المنتخب وأبي حنيفة^(٧).

فرع: فلو كان إكذابه لنفسه بعد موت الولد فإن لم يكن للولد ولد حي لم يرث منه، ولا يثبت نسبه منه^(٨)، خلاف الناصر والشافعي^(٩)، قال الفقيه محمد بن

(١) نسبه.

(٢) وأباها. (برهان).

(٣) أي: قرابة أمه.

(٤) قوي في العقل، لا في الإرث، كما في الأزهار.

(٥) وقيل: ولي نكاحها الإمام أو الحاكم. و(قررد).

(*) ومثله ذكر الإمام المهدي عليه السلام. وقيل: إن ولي نكاحها الإمام أو الحاكم؛ لأن عصبه أمه لا يكون حكمهم حكم العصبه إلا في العقل فقط. (عامر).

(٦) وفي شرح الأثمار: وإن لم تطلب. ومثله عن الشامي؛ لأنه قد وجب بالرفع، ولا عفو بعده.

(٧) حجة المنتخب أنه إذا جاز أن يعود النسب جاز عود الفرائض، والطلاق. قلنا: منع النص من ذلك. (بستان بلفظه).

(٨) إذ لا ثمرة له بعد الموت. اهـ بل له ثمرة، وهو لحوق النسب؛ إذ يقال: قبر فلان بن فلان.

(*) وإذا لم يصح رجوعه فهل يحد سل؟ لا حد عليه بذلك الرجوع، ذكره السحولي. (قررد).

(٩) حجتنا أن دعواه له بعد موته لا يثبت له حكما زائدا على المال، ولأن الميت لا يجوز إثبات نسبه ابتداء؛ إذ يؤدي إلى ثبوت حقوق عليه على جهة الابتداء؛ لأنه إذا ثبت له ثبت عليه، فيلزم صحة أن يشتري للميت شيئا ويقضي ثمنه من مال الميت، وذلك ممنوع. وحجتهم أنه كالحى فيلحقه. قلنا: الموت قطع ذلك. وكلام الفقيه محمد بن سليمان كما ذكروا في ابن أم الولد أنه إذا ادعاه بعد قتله صحت دعواه؛ لاستيفاء القصاص. (بستان).

سليمان: إلا إن كان موت الولد بقتل عمداً فإنه يثبت له القصاص^(١)، ويتبعه الميراث والنسب. وإن كان له ولد حي ثبت نسبه من جده^(٢)، وثبت نسب الولد الميت من أبيه أيضاً، لكن هل يرث الأب منه^(٣)؟ قال في شرح الإبانة: يرث، وقال في الدرر^(٤) والتذكرة: لا يرث.

مسألة: وإذا مات الولد المنفي بعد نفيه وقبل اللعان، أو بعد اللعان وقبل نفي الحاكم له - استقر نسبه بموته، فلا يصح نفيه بعده، ويتلاعن الزوجان^(٥)، وكذا لو نفى التوأمين ثم مات أحدهما كذلك استقر نسبهما معاً؛ إذ لا يتنفي نسب الميت، فيثبت الحي معه؛ لأنهما حمل واحد، ويتلاعن الزوجان لأجل القذف. وقال الشافعي: يصح اللعان على نفي الميت^(٦). وهكذا يكون^(٧) إذا ولدت الزوجة ولدا ميتا ونفاه الزوج.

مسألة: ولا يحتاج في قذفه إلى ذكر مشاهدته لزناها برجل معين، خلاف الناصر، فلو أضافه إلى رجل معين: فإن قال: «زني أنت وفلان» كان قاذفاً لهما معاً؛

(١) المذهب خلافه.

(٢) وذلك لأنه يتعلق بنسبة حكم زائد على المال، وهو لحوق ولد الولد، وأما الميراث فحجة من أثبتته أنه قد ثبت النسب فكذا الإرث، وحجة من منعه مؤاخذه له بنقيض قصده. (بستان بلفظه).

(٣) أي: من ابنه الميت. (برهان).

(٤) الأزهار. قيل: وإن لحقه ولده.

(*) وفيما ذكره ضعف؛ لأنه خلاف ما حكاه أبو جعفر عن الهادي عليه السلام؛ لأنه قال: إن لم يكن للولد المنفي ولد لم يثبت نسبه ولا ميراثه، وإن كان له ولد ثبت نسبه وميراثه. (غيث).

(٥) هلا قيل: يكفي اللعان الأول.

(*) لأجل القذف.

(٦) وقواه الإمام شرف الدين.

(٧) الخلاف.

فبلاعنها ويحد له^(١)، وقال أبو حنيفة: إذا حد له أولاً سقط اللعان^(٢) والحد لها. قلنا: وإن قال: «زني بفلان» كان قاذفاً لها لا له^(٣)، وإن قال: «زني بك فلان» كان قاذفاً لها. وقال في شرح الإبانة: يكون قاذفاً لها في صورتين معا. قلنا: فلو ادعى الفلان هذا ولد الزوجة المنفي وقال: «إنه له منها» سقط الحد^(٤) عن الزوج له؛ لأنه صدقه^(٥)، لا إن قال: «إنه له» ولم يقل: «من هذه المرأة^(٦)».

مسألة: ومن قذف الملاعنة بالزنا الذي قذفها به زوجها بعد اللعان أو قبله فإنه يحد لها^(٧)، ذكره في الشرح.

مسألة: ومن ادعى الولد المنفي بعد اللعان والنفي أنه له من أمه هذه بوطء

(١) إذا طلبه. و(قرر).

(٢) وأما لو قدم اللعان أولاً لم يسقط حد القذف عنده. (بستان).

(٣) لجواز أنه مكروه أو نائم. (بستان).

(٤) ولا يكون بهذا الإقرار قاذفاً للمرأة؛ إذ يجوز أن يكون زانياً ولا تكون هي زانية؛ بأن تكون مكروهة أو نائمة، ويكون الولد للزوج القاذف حتى يلاعنها؛ لقوله ﷺ: ((الولد للفراش وللعاهر الحجر))، ولا يكون لاحقاً بمن أقرب به؛ لأن الفراش للزوج، ولا يجب الحد على المقذوف بإقراره بالزنا؛ لأنه لم يقر إلا مرة واحدة. (صعيتري).

(٥) يقال: لم يصدقه بالزنا حتى يسقط الحد، وإقراره بالولد يجوز أن يكون عن شبهة، فيحقق. (سحولي). وعن سيدنا عامر: وإن لم يعرف منه عن زنا فيكون تصديقه شبهة في سقوط الحد عن قاذفه، والحد يدرأ بالشبهات.

(٦) لأنه إذا لم يقل: «من هذه المرأة» يحتمل أنه ولد على فراشه، وإن قال: «من زوجة القاذف» كان مقراً على نفسه بالزنا، فسقط الحد عن قاذفه، ويكون الولد للقاذف حتى يلاعنها، فلا يكون لاحقاً لمن أقرب به؛ لأن الفراش للزوج، ذكره الصعيتري.

(٧) قوله: «فإنه يحد لها» وذلك لأن إحصانها لم يسقط بلعان الزوج لها؛ ولما روى ابن عباس أن الرسول ﷺ فرق بين المتلاعنين وقضى أن لا يدعى الولد لأب، وأن لا ترمى هي ولا ولدها بالزنا، فمن رماها أو ولدها فعليه الحد. (بستان).

(*) وكذا لو قذفها الزوج؛ إذ لا شبهة له، إلا أن تكون العدة باقية لاعنها. (شامي) (قرر).

شبهة فالأقرب أنه يلحق به^(١)؛ لأنه صار كاللقيط لا أب له^(٢).

مسألة: ومن قذف زوجته في حال جنونها بزنا قبله فلها مطالبته متى عقلت، لا لوليها^(٣)، كما إذا قذفها ثم جنت.

مسألة: ومن تزوج المعتدة بالحيض قبل مضي تسعة وعشرين يوماً جهلاً بذلك أو بالتحريم ثم ولدت ولداً لدون ستة أشهر منذ دخل بها ولأربع سنين فما دونها منذ طلقها الأول فالولد لاحق بالأول، فإن نفاه لأعنها، ذكره الهادي، فقال القاضي زيد: إنه بناء على أن مدة النفاس من جملة العدة، فيصح اللعان فيها، وقال الفقيه علي: بل عدة الأول باقية لم تتم^(٤)؛ لأنها تقدم الاستبراء من الثاني قبلها ثم تتمها^(٥) من بعد. وقول القاضي زيد هنا مثل قول الشيخ عطية^(٦): إن الحمل إذا لحق بالأول انقضت به عدته، وهو القوي. فإن ولدته لسته أشهر فما فوقها منذ دخل بها الثاني فالولد له، ولا يتنفي إن نفاه؛ إذ لا لعان في الباطل، خلاف الشافعي مع حصول الولد.

(١) ينظر لو رجع الزوج عن النفي بعد ذلك سل؟ يقال: رجوع الزوج عن النفي يصح، فإذا رجع بطل حق المدعي؛ لأن دعوى المدعي كالمشروطة بأن لا يرجع الأب عن النفي. (سيدنا عماد الدين علي بن أحمد الشجني). الأقرب عدم صحة الرجوع من الزوج؛ لأن فيه إبطال حق الغير بعد الصحة.

(*) قال في البرهان: ولا يعتبر تصديق الأم في حقوق ولدها به، بل لاستحقاقها المهر عليه. (بستان بلفظه). قال المفتي: لا يلحق به ولا يصدق؛ لأنه يسقط على أمه حقاً، وهو لحوقه بها. والله أعلم.

(٢) قال المفتي عليه السلام: وهذا فيه نظر؛ لأن اللقيط لم يثبت نسبه من رجل ولا امرأة معينين، بخلاف هذا فهو لاحق بأمه.

(٣) وذلك لأنه حق بدني كالفصاح، فأمره إليها. (بستان).

(٤) وقول الفقيه علي يستقيم على أصله أن هذا الولد لا تعتد به لأبها، بل بالحيض. (كواكب).

(٥) أي: تستأنف. (قرير).

(٦) المتقدم في أول النكاح. اهـ في قوله: الرابعة: المعتدة عن نكاح صحيح.

مسألة: ومن ولدت امرأته ولدا ونفاه ولاعنها عليه ثم ولدت ولدا آخر حياً^(١) لدون ستة أشهر^(٢) من ولادة الأول: فإن نفاه أو سكت عنه لم يلحق به، وإن أقر به ثبت نسبه هو والأول؛ لأنهما حمل واحد، ولزمه الحد^(٣)؛ لقذفه لها، وإن ولدته لستة أشهر فما فوقها من ولادة الأول والأربع سنين فما دونها من وقت اللعان والفسخ فهو حمل آخر يلحق بالزوج^(٤) إذا لم تكن قد أقرت بانقضاء عدتها، أو بعد إقرارها وقبل مضي ستة أشهر من إقرارها، فيلحق بالزوج؛ لأن فراشه باق كما في الطلاق البائن، وإن نفاه لم يتنف؛ لأنه بعد انقضاء العدة.

مسألة: وإذا نفى الزوج حمل امرأته فقال الهادي والقاضي زيد: يصح نفيه ولا يلاعنها عليه^(٥) حتى تضعه^(٦) لدون ستة أشهر من نفيه^(٧)، وإن وضعته لستة أشهر فما فوقها لم يلاعنها عليه إلا أن يجدد نفيه. وقال أبو طالب: يصح نفي

(١) لا ميتاً.

(٢) هذا الشرط لاستمرار حياته، فأما إذا ولدته ميتا وعلم أنه حادث وقت اللعان بطل نفي الولد الحي؛ لتعذر نفي الميت، ويثبت نسبه، وإن كان يعرف أنه من بعد اللعان لم يبطل نفي الأول، ويعرف ذلك بقول النساء العوارف.

(٣) إن طلبته. و(قرئ).

(٤) لمكان الفراش الأول. ويحمل على أنه وطء قبل تفريق الحاكم: إما قبل اللعان أو بعده^[١]؛ لأن أحكام الزوجية باقية بينهما. و(قرئ).

(٥) ولا يقال: قد صار قاذفا لها فيلاعن لأجل القذف؛ لأنه إنما قذف على شرط أن يكون في بطنها حمل. (زهور).

(٦) حياً. (قرئ).

(٧) قوله: «لدون ستة أشهر من نفيه» وذلك لأنه انكشف صحة ذلك النفي، فيلاعن عليه بعد الولادة ولا يحتاج إلى إعادة النفي، أما اللعان قبل الوضع فلا يصح؛ لاحتمال أن الحمل ریح أو علة. (بستان).

[١] قبل الحكم. (غيث). و(قرئ).

الحمل واللعان عليه^(١) مشروطين في اللفظ بأن تلده لدون ستة أشهر. وقال مالك والشافعي: يصح نفي الحمل واللعان عليه مطلقا.

مسألة: وإذا تصادق الزوجان أن الولد ليس من الزوج لم ينتف نسبه منه^(٢)؛ إذ لا ينتفي إلا بلعان، ولا لعان مع المصادقة^(٣). وقال المنصور بالله والكرخي: ينتفي بتصادقهما.

مسألة: ومن استعمل العزل عن زوجته ثم ولدت ولدا لم يجز له نفيه لأجل ذلك، فإنه قد ينزل منه شيء من مائه حال جماعه لا يشعر به، ذكره في البحر^(٤).

(١) لظاهر الحديث أنه لا عن النبي ﷺ بينهما قبل الوضع وقال: ((إن ولدته أصهب..)) الخ، وقال في أصول الأحكام: إن كان اللعان لدرء الحد كان اللعان قبل الوضع كما ورد به الحديث، وإن كان لنفي الولد كان بعد الوضع. والله أعلم.

(٢) لأنه إقرار بإسقاط حق الولد. (بحر).

(*) لأن للولد حق النسب، فلا يبطل حقه بتصادقهما. (زهور).

(٣) وأيضا فإن تصادقهما إقرار بإسقاط حق الولد، وهو ثبوت نسبه، والإقرار على الغير لا يصح. وحجة الآخرين أنه لما كان إليهما إثباته بالإقرار كان لهما نفيه بالتصادق. قلنا: الإثبات إقرار له لا عليه. (بستان).

(٤) لقوله ﷺ لمن سأله عن العزل: ((إذا قضى الله بخلق نسمة خلقتها)). فإن أقر بالوطء في غير الفرج أو في الدبر لحقه الفراه في الأصح. (بحر).

باب الحضانة

هي حق للصغير^(١) إذا لم يوجد من يحضنه إلا هذا الكبير فيتعين عليه، وحق للكبير إذا طلبها، فلو رضي بترك حقه فيها لمن يقوم مقامه جاز^(٢). ومدتها إلى أن يستقل الطفل بنفسه في الأكل والشرب واللباس والنوم على أوقاتها التي يعتادها العقلاء، وقال المؤيد بالله والشافعي: إلى سبع أو ثمان سنين.

مسألة: والحضانة أولى بالطفلة من زوجها^(٣) حتى تصلح للاستمتاع، فإذا صلحت له وطلبها سلمت للاستمتاع^(٤)، وحق الحاضنة^(٥) باق^(٦).

مسألة: وأولى الناس بالحضانة الأم، قال الفقيه محمد بن سليمان: ولو كانت مملوكة، وقال الفقيه محمد بن يحيى: لا حق للأمة في الحضانة^(٧)، ثم الجدة أم

(١) وقد تكون الحضانة للمجنون. (كواكب). والشيخ الكبير، كالأبوين إذا شاخا، وكذا سائر القرابة.

(٢) إذا قبل الصبي غير من له الحضانة، فإن لم يقبل كانت الحضانة حقا للطفل، فيجبر من امتنع. (٣) قال في المعيار: وأجرة التربية عليه. وظاهر البيان^[١] أنه لا شيء عليه، وفي البحر^[٢]: لا يلزمه قبول الطفلة؛ إذ لا حضانة عليه. (من تذكرة علي بن زيد).

(٤) إذا أمن عليها من فرط شهوته. (قرير).

(٥) في (ب، ج، د): الحضانة.

(٦) إلى البلوغ^[٣]. (حاشية سحوي). ولو قد تزوجت؛ لتعلمها معالم النساء وتمهذها إلى أخلاقها الحسنة.

(٧) وذلك لأنها لا ولاية لها على نفسها فكذا على ابنها، ولشغلها بخدمة سيدها. قال في البرهان: بل تكون للأب إذا كان حراً، ونفقته على مالكة إن كان مملوكاً، وإن كان حراً فعلى الأب. (بستان).

(*) إلا أن لا يقبل الصبي إلا هي أجبرت هي وسيدها بالأجرة؛ لأنه قد صار حقا للصبي.

[١] في النكاح في قوله: فصل: قال الهادي.. الخ، في آخر المسألة الثانية من الفصل.

[٢] في باب المعاشرة في النكاح.

[٣] وتسلم للوطء والاستمتاع ثم تعود إلى أمها. اهـ وقال الشامي: لا وجه للرد بعد أن صلحت للوطء.

الأم، ثم أمهاتها، ثم الأب الحر^(١)، وقال أبو حنيفة والشافعي: لا حق للأب إلا بعد عدم النساء. قلنا: ثم الخالة لأب وأم، ثم الخالة لأم، ثم الخالة لأب^(٢)، ثم الجدة أم الأب، ثم أمهاتها، ثم الجدات أمهات الأجداد من قبل الأب على الترتيب، ثم الجدة أم أب الأم، ثم أمهاتها كذلك، ثم الأخت لأب وأم، ثم الأخت لأم، ثم الأخت لأب^(٣). وقال في المنتخب: إن الأخت لأب وأم والأخت لأم أقدم من الخالات، وإن الخالات أقدم من الأب^(٤). وعند زيد بن علي والناصر والمؤيد بالله أن أمهات الأب بعده، ثم الأخت لأبوين، ثم الأخت لأم، ثم الخالات. وهو قوي. قلنا: ثم بنت الخالة لأب وأم، ثم بنت الخالة لأم، ثم بنت الخالة لأب، ثم بنت الأخت لأب وأم، ثم بنت الأخت لأم، ثم بنت الأخت لأب، ثم بنات الإخوة كذلك، ثم العمات كذلك، ثم بناتهن كذلك، ثم بنات الأعمام كذلك، ثم عمات الأب كذلك، ثم بنات عمات الأب كذلك، ثم بنات أعمام الأب كذلك. وأما بنات بنات الخالات والأخوات ومن بعدهن فلم يذكرهن، والأقرب أنه لا حق لهن في الحضانة.

مسألة: والنساء أولى بالحضانة على هذا الترتيب إذا كن فوارغ عن الأزواج، فإن لم يوجد فيهن فارغة رجع إليهن أيضا على هذا الترتيب مزوجات، فإن عدمن رجع إلى الرجال العصبات المحارم، ذكره أبو العباس والقاضي زيد، وقال الفقيه علي: إن الرجال العصبية المحارم أولى من النساء المزوجات.

(١) المسلم حيث الولد مسلم. (قرير).

(٢) قوله: «ثم الخالة» وذلك لقوله ﷺ: ((الخالة أم)) والخبر ليس على حقيقته، بل يتأول على ما يوافق القياس، وهو كونها بعد الأبوين، وإنما كانت الخالة أقدم من الجدة أم الأب للخبر؛ ولأن حق الأب متأخر عن حق الأم فكذا من يليه متأخر عن يليها. (بستان).

(٣) وإنما كان من يقرب بالأم أقدم ممن يقرب بالأب لأنه أكثر حنوا وشفقة في العادة، والحضانة مبنية على الحنو والشفقة، لا على القرب في النسب. (كواكب).

(٤) لقوله ﷺ: ((الخالة أم)).

فَرَعٌ: وإذا صارت الحضانة إلى الرجال فأولاهم بها الجد وإن علا، ثم الأخ لأب وأم، ثم الأخ لأب، ثم بنوهما كذلك وإن نزلوا، ثم العم لأب وأم، ثم العم لأب، ثم عم الأب لأب وأم، ثم عم الأب لأب، ثم كذلك عم الجد وإن علا. فأما بنو الأعمام وبنو أعمام الأب والجد فليسوا من المحارم. فإن عدم المحارم من العصبية فالعصبية غير المحارم أولى بالغلام^(١) - وهم بنو الأعمام وإن نزلوا، ثم بنو أعمام الأب وإن نزلوا، ثم بنو أعمام الجد وإن نزلوا - والرجال المحارم من ذوي الأرحام أولى بالجارية^(٢) من العصبية غير المحارم، وهم^(٣) أولى بالغلام^(٤)، وأولى ذوي الأرحام: الأخ لأم، ثم الجد أب الأم، ثم الخال^(٥). فإن عدمت العصبية بالكلية فذوو الأرحام المحارم أولى بالغلام والجارية، فإن عدموا فذوو الأرحام غير المحارم^(٦)، كابن الخال وابن الخالة وابن العممة أولى بالغلام دون الجارية، فلا حق فيها لغير محرم، فإن عدم الكل ممن ذكرنا أقام الحاكم^(٧) للغلام والجارية من يحضنها.

(١) ظاهر هذا أنه إذا عدمت العصبية المحارم فغير المحارم من العصبية أولى بالغلام، وظاهر الأزهار أن ذوي الأرحام المحارم أولى بالذكر والأنثى وأنهم أقدم.

(٢) بل وبالغلام. (قرئ).

(٣) أي: ذوي الأرحام المحارم، أو يرجع إلى العصبية غير المحارم، ويكون تكراراً لقوله: فإن عدم المحارم من العصبية.

(٤) ولفظ الكواكب: قوله: «ثم بالذكر عصبية غير محرم» هذا كلام التذكرة أن العصبية غير المحرم لا حق له إلا بعد ذوي الأرحام المحارم، والذي في اللمع عن تعليق ابن أبي الفوارس أن العصبية غير المحارم أولى بالذكر من ذوي الأرحام المحارم، وذوي الأرحام المحارم أولى بالأنثى. (بلفظه). فلعل كلام البيان بناء على ما ذكره في اللمع.

(٥) ولعل بعد الخال العم لأم. (كواكب).

(٦) بل العصبية غير المحارم أولى من الأرحام غير المحارم.

(٧) ولعل هذا حيث لم يكن ثم وصي؛ إذ لو كان كان أولى من الإمام والحاكم. (قرئ).

مسألة: وإذا كان من له حق الحضانة جماعة وطلبوه الكل فقبل^(١): إنهم يتهايونه^(٢)، وقيل^(٣): يقرع بينهم. وإن كان من له الحق غائباً^(٤) قدم من بعده حتى يحضر^(٥).

مسألة: وللحضانة ثمانية شروط، وهي: البلوغ، والعقل، والإسلام^(٦)، والحرية، والأمانة^(٧)، وعدم الزوجة كما تقدم، وعدم النشوز، وعدم العيوب المنفرة^(٨).

مسألة: وإذا تزوجت من لها الحضانة بطل حقها بالعقد، قال أبو طالب: إلا

(١) الإمام أحمد بن الحسين.

(٢) وهو المذهب ما لم يتضرر الصبي، فإن تضرر كان بنظر الحاكم يعين على أحدهم. (قررو). وسيأتي مثله في اللقطة. ولو قيل: يعين الحاكم من رآه؛ لما في المناوبة من إباحش الصبي واختلاف غذائه والإضرار به - لم يبعد، كما ذكر ذلك الإمام يحيى في ملتقطي اللقيط، والله أعلم. (شرح بهران).

(٣) الإمام يحيى.

(٤) ولعل قدر الغيبة التي يتضرر بها الصبي. (قررو).

(٥) ويطلب. (قررو).

(٦) في حق المسلم. (قررو).

(*) لأنه لا يتولى كافر مسلماً؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، ولأن لبن الكافرة نجس، وما حرم علينا تناوله حرم أن تناوله الصغار، كاخمر والميتة. قال عليه السلام: ولأن تسليم الولد المسلم إلى الكافر للتربية والرضاع تعريض له للفتنة عن الدين. (بستان).

(٧) بل يشترط عدم الفسق.

(*) قال عليه السلام: والمراد بالأمانة أن لا تكون فاسقة بارتكاب الكبائر أو بترك الفروض المكتوبة أو غير ذلك من أنواع الفسق؛ إذ لا أمانة لها على الصبي، ولأنه يكتسب من أخلاقها؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((الرضاع يغير الطباع)). (بستان).

(٨) كالجذام والبرص، ذكره الفقيه يوسف. (بستان بلفظه). ولفظ شرح الأزهار: وذلك كل منفر كالجذام والبرص. اهـ والجرب والبخر. (قررو).

أن تزوج ذارحم^(١) للولد لم يبطل حقها^(٢)، وقال أبو جعفر: بل يبطل. وقال الحسن: لا تبطل حضانة الأم بالزوجة مطلقاً^(٣). وهو قوي.

مسألة: وإذا تزوجت الأم لم تبطل حضانة أمها وأخواتها، خلاف تخريج المؤيد بالله^(٤)، وإذا طلقت لم تعد حضانتها عند الهدوية، وقال زيد بن علي والناصر والمؤيد بالله وأبو حنيفة: بل تعود بالطلاق البائن أو مضي عدة الرجعي^(٥).

مسألة: ويبطل حقها بالنشوز والجنون، وبإهمال الطفل وترك حفظه، ويعود حقها بزوال ذلك. ويبطل أيضاً بالفسق^(٦)، وقيل: بالزنا فقط. قال الفقيه محمد بن سليمان: والمراد حيث يكون الطفل يفتن الفعل؛ لئلا يلتقط أفعالها وأقوالها^(٧).

(١) محرماً. (هداية وشرح بحر وحاشية سحوي، وغيث). وقيل: لا فرق. ومثله في الحفيظ، وهو ظاهر الأزهار.

(* نسباً. (قررو).

(٢) وسواء كان الأب باقياً أم لا على ظاهر كلام أبي طالب. (بستان بلفظه).

(٣) وحجة الحسن أنه صلى الله عليه وآله تزوج أم سلمة ومعها ابنتها زينب في حجرها ولم يبطل صلى الله عليه وآله حضانتها، ولقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ﴾ [النساء ٢٣]. قلنا: لم يكن هناك حاضنة خالية عن النكاح، والآية غير متناولة لموضع الخلاف؛ لأننا لم نمنع من كون الولد في حجر زوج أمه في بعض الحالات لغرض من الأغراض. (بستان بلفظه).

(٤) حجته أن حضانة الجدة إنما حصلت لها من قبل الأم، فإذا بطلت حضانة الأم بطلت حضانة الجدة؛ لأنها فرعها. قلنا: لا موجب لبطلانها. (بستان بلفظه).

(٥) قلت: وهو قوي؛ لزوال العارض المانع، وفي قوله صلى الله عليه وآله: ((ما لم تنكحي)) تنبيه على أن المانع اشتغالها بالزوج. (بحر).

(٦) ولا فرق بين فسق وفسق. (غيث) (قررو).

(* تنبيه: قال في الشمس: لا يجوز عندنا استرضاع الكافرة؛ لأن لبنها نجس. وقال الشافعي: يجوز. قلت: فأما الحضانة فلا حق لها فيها اتفاقاً. (غيث بلفظه).

(٧) وقال في الغيث: لا فرق بين أن يبلغ الصبي حداً يلتقط فيه الكلام أم لا.

مسألة: وإذا بلغ الطفل حال الاستقلال فقال المؤيد بالله وأبو طالب وأبو حنيفة: الأب الحر أولى بالغلام^(١) والأم أولى بالجارية^(٢) ما لم تزوج. وقال أبو العباس والمنصور بالله والقاضي زيد: الأب أولى بهما معاً. وقال الشافعي: يخير الطفل بينهما. قلنا: وإذا لم يكن له أب فالأم أولى به ما لم تزوج، فإن تزوجت فمن يليها إن هي فارغة، وإن تزوجت خير بين الأم^(٣) وعصبتها، ذكره في التذكرة والقاضي زيد. وقال الفقيه يحيى البحيح: لا حق لغير الأم، بل يخير بينها وبين عصبتها، ويحول إلى من اختاره ثانياً وثالثاً^(٤). وقال أبو حنيفة: يختار له الأصلح. قال المؤيد بالله: والوصي أولى من العصبة بعد الاستقلال، لا قبله.

مسألة: وللمرأة^(٥) المأمون عليها^(٦) أن تقف حيث شاءت، وإن كانت يخاف عليها^(٧) فلقرابتها المحارم^(٨) أن ينتزعوها إليهم، فإن كان يخاف عليها

(١) إلى البلوغ. (قرئ).

(*) إلا أن يمرض فالأم أولى بتمريضه.

(٢) وكذا الخثنى. (قرئ).

(*) وحيث لا أم فالأب أولى بهما. (قرئ).

(٣) وكذا سائر الخواصن. وفي حاشية السحولي ما لفظه: ولا حق لغير الأم من الخواصن المزوجات بعد الاستقلال.

(٤) ولو كثر تردده لقلة التمييز. (قرئ).

(*) ما لم يكثر تردده^[١] بحيث يدل على قلة التمييز فإنه يرد إلى أمه؛ لأنها أشفق به. (شرح أزهار) وقواه الهبل، وجعله في الأثر غالباً.

(*) والوجه أن الاختيار يتجدد له في كل وقت، فأشبهه الزوجة إذا عفت عن قسمها فإن لها أن ترجع. (زهور).

(٥) البالغة. (قرئ).

(٦) من الزنا.

(٧) قتلاً أو فجوراً أو كان عليهم غضاضة. (قرئ).

(٨) بل وغير المحارم ولسائر المسلمين؛ إذ هو من باب النهي عن المنكر. (قرئ).

[١] وفي حاشية: وإن كثر.

منهم عدلها الحاكم عند ثقة من النساء، ذكره في الكافي.

مسألة: ومن تزوجت ولها ولد^(١) لا حاضنة له فارغة غيرها فليس لزوجها منعها من حضنه وتربيته في بيته إن رضي بأجرة أو بغير أجرة، فإن كره خرجت به إلى بيتها، ولها أجرة سكنها^(٢) على الزوج^(٣)، وإن تراضيا على إقامة حاضنة له غيرها بأجرة منه أو منها جاز^(٤)، فإن استأجر الحاضنة هو عن نفسه بإذن الأم أو استأجرتها الأم عن الزوج بإذنه أو إجازته فالأجرة عليه، وإن استأجرتها الأم عن نفسها أو استأجرها الزوج عنها بإذنها أو إجازتها فالأجرة عليها، وإن استأجرها الزوج عنه أو عن الأم بغير إذنها ولا أجازت لم يصح^(٥)؛ إذ لا ولاية له على الصبي، فلو حضنته هذه الحاضنة باستئجار الزوج: فمع علمها بعدم ولايته لا شيء لها^(٦)، ومع جهلها تستحق أجرة مثلها على الزوج؛ لأنه غار لها^(٧).

(١) صوابه: محضون ولو غير أم. (قررو).

(٢) وإذا أمكن أن يستأجر للصبي بيتا قريب بيت الزوج على وجه لا يبطل معه حق الزوج فهو الواجب لها ولم يجوز لها الخروج إلى بيتها حيث كان بعيدا يبطل معه حق الزوج، كذا قرر، والله أعلم. والأجرة من أب الصبي أو من ماله أو ممن تلزمه نفقته. (قررو).

(٣) ذكره الوالد؛ لأنه حق لها عليه. (بستان بلفظه).

(٤) قوله: «جاز» ومثل هذا في الغيث في شرح قوله: «وليس للزوج المنع من الحضانة»، لكن سيأتي في الإجارة في الظئر ما لفظه^[١]: فرع: وإذا استأجرت غيرها على إرضاع الصبي لم يجوز^[٢] لها ولم تستحق هي أجرة على الأصح. (بلفظه). فما الفرق إذا قلنا: إن الظئر هي من ترضع ولد غيرها أو ولدها؟ (من خط سيدنا حسن عليه السلام). لو قيل: إن أحكام الظئر لازمة بعقد الإجارة وهذه بحق الحضانة، وأحكامها متنافية - لم يبعد ذلك. (كاتبه).

(٥) قلنا: بل يكون موقوفا، فلو أذنت بعد أو أجازت صح. و(قررو).

(٦) وسيأتي نظير هذا في الإجازات في المسألة الثالثة من قوله: فصل: وإذا كانت الإجارة صحيحة.

(٧) هذا ذكره الوالد، وكذا يكون في سائر الإجازات. (بستان).

[١] في الفرع السادس من قوله: مسألة: وإذا فسدت إجارة الأجير الخاص.. الخ.

[٢] قد حمل ما سيأتي على أنه لغير عذر، وأما للعذر فيجوز، فلعله يكون هنا مثله، وهو أنه لعذر، والله أعلم.

مسألة: وإذا حضنت الأم ولدها وأنفقت عليه منها بغير إذن الأب^(١) ولا الحاكم حيث هو موجود في الناحية فلا رجوع لها على الأب بما أنفقت ولا بأجرة الحضانة، ذكره المؤيد بالله، وقال الفقيه يحيى البحيح: إن لها الرجوع بأجرة الحضانة؛ لأن ولايتها إليها، وقال الفقيه حسن: إن لها الرجوع على الأب بما أنفقت إذا كان غائباً أو ممتنعاً^(٢)، كالوديع إذا أنفق على الوديع. وهذا يستقيم على قول أبي طالب^(٣)، لا على قول المؤيد بالله مع وجود الحاكم.

مسألة: وأجرة الحضانة على الأب، فإن لم يكن ثمة أب ففي مال الطفل^(٤)، فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته^(٥)، ذكره في التقرير.

مسألة: ومدة الرضاع حولان، فلا تجب الزيادة عليهما^(٦)، ويجوز النقصان منهما - ما لم يضر بالولد - مع رضا الأب والأم معا^(٧).

مسألة: وعلى الأم إرضاع ولدها أيام اللبأ الذي لا يعيش إلا به^(٨) من يوم إلى

(١) ولا الوصي.

(٢) وفعلت ذلك بنية الرجوع، والقول قولها مع يمينها.

(*) والمختار أن لها الرجوع في النفقة والأجرة إذا كان الزوج غائباً أو متمرداً ونوت الرجوع، ولا يعتبر الحاكم، لا إذا كان حاضراً غير ممتنع فلا رجوع لها فيها ولو نوت الرجوع. (قررو).

(٣) قوله: «على قول أبي طالب» لعله الذي سيأتي في آخر النفقات قبيل باب الرضاع في قوله:

مسألة: فإن كان المملوك مشتركاً بين اثنين.. الخ. (من خط سيدنا حسن عليه السلام).

(٤) فإن كانت طفلة مزوجة فعلى الزوج. (معيار). وظاهر البيان أنه لا شيء عليه. (قررو).

(٥) في غير الزوج. (قررو). أي: زوج الطفلة فلا تلزمه حضانة. (قررو).

(٦) فلو أرادت الوالدة أن ترضع الولد أكثر من الحولين لم تستحق أجرة وإن كانت مطلقة؛ لأنه فوق تمام مدة الرضاع. (من تيسير البيان في أحكام القرآن).

(٧) قوله: «مع رضا الأب والأم» فلو طلب الأب النقصان لثلا يدفع لها أجرة الزائد لم يكن له ذلك إلا برضا الأم، وإن طلبت الأم النقصان لم يجوز إلا برضا الأب، ذكر ذلك في الكافي والوافي. (بستان بلفظه).

(٨) أو لا يقوى غالباً. (شرح إرشاد)^[١].

[١] لفظ شرح الإرشاد: ويلزمها وإن وجد غيرها؛ لأنه لا يعيش أو لا يقوى غالباً إلا به.

ثلاثة^(١)، ولا أجره لها عليه، وأما بعد ذلك فإن لم يقبل الرضاع إلا منها لزمها إرضاعه^(٢) بأجرة مثلها، وإن قبله من غيرها فإن لم يوجد فكذلك أيضاً، وإن وجد فبغير أجره لا تستحق الأم أجره، وإن طلبت ترضعه بغير أجره فهي أقدم، وإن كان الغير بأجرة مثل أجره الأم فالأم أقدم به إذا طلبته، وإن كان بأقل من أجره الأم لم يجب الزائد للأم^(٣)، فإن رضيت بأجره غيرها فهي أقدم. وهكذا الكلام في الأجرة على الحضانة للأم أو لغيرها، فإن كان الأب يجد من يربيه مثل تربية أمه له بغير أجره أو كان يمكنه ذلك هو بنفسه لم تلزمه الأجرة للأم، وإن لم يكن وجبت أجرتها عليه، وإن ادعى الأب أنه يجد بغير أجره أو بأجرة أقل فعليه البينة به^(٤)؛ لأنه يريد إسقاط حق الأم، وقال الشافعي: يقبل قوله^(٥). وهذا بعد ارتفاع الزوجية بينهما، وأما مع بقائها فكذا عند الهادي والمؤيد بالله والناصر والشافعي، وقال في الكافي والوافي وأبو حنيفة والقاضي زيد: لا تستحق الأم أجره. ويتفقون إذا كان الولد له من غيرها أنها تستحق الأجرة، وكذا على خدمة بيت زوجها، خلاف الحنفية^(٦).

(*) قوله: «لا يعيش إلا به» يعني فيتعين عليها؛ لئلا يهلك الولد، وهذا في الأغلب أنه لا يعيش إلا به، وإلا فقد عاش لنا ولد بحمد الله ولم يرضع من أمه اللبن. (بستان بلطفه).

(١) عند وجود اللبن. (قررو).

(٢) ولو أمة، وعلى سيدها إجبارها. (قررو).

(٣) أقول: هذا يستقيم حيث طلبت الأم فوق أجره مثلها؛ لحصول المعاصرة، وأما إذا طلبت أجره المثل فهي أحق من غيرها ولو كان الغير مجانا؛ لأن الله سبحانه وتعالى شرط في ذلك حصول التعاسر؛ حيث قال: ﴿وَإِنْ تَعَاسَرْتُمْ فَسَرِّضُوا لَهُ أُخْرَى﴾ [الطلاق:٦]، ولا تعاسر حيث طلبت أجره المثل. (من إملاء المتوكل على الله ﷺ).

(٤) بينة واحدة. وتكون على إقرار الأم أن قد رضيت الأجنبية بأقل مما طلبت الأم؛ لئلا يتواطأ هو والأجنبية. (قررو).

(٥) مع يمينه.

(٦) فقالوا: لا يصح استئجارها على خدمة البيت. (بستان معنى). وحجتهم أن الزوج يستحق الاستمتاع بها في كل وقت، والخدمة ترفع حق الاستمتاع. قلنا: طلبه إياها رضا بإسقاط حقه في تلك الحال. (بستان بلطفه).

مسألة: وإذا طلق الرجل امرأته وأرادت نقل طفلها معها: فيألى غير بلدها أو إلى دار الحرب ليس لها ذلك، وكذا إذا هي غريبة لا بلد لها، إلا أن تريد إخراجها من دار الحرب إلى دار الإسلام فلها ذلك، وإن أرادت نقله معها إلى بلدها فلها ذلك فيما دون البريد وفاقاً، وكذا فوقه عندنا، خلاف مالك، وقال الشافعي: لها نقل الصبية لا الصبي.

مسألة: ومن ولدت ولداً ثم بعثت به إلى أبيه قبل أن ترضعه اللبن فمات فهي جانية عليه هي والحامل له إذا غلب بالظن أن موته لترك اللبن، لكن حيث علمت أن ذلك يقتل الصبي، وعلم الحامل أنه مقطوع من اللبن وأن ذلك يقتل - فهما قاتلان عمداً^(١)، على الحامل القود وعليها الدية في ماها، ذكره الفقيه يحيى البحيح^(٢)، وقال الفقيهان محمد بن سليمان وحسن: بل نصف الدية^(٣)، وإن جهلا ذلك فهما قاتلان خطأ، تجب ديته على عواقلهما نصفين، وعلى كل واحد منهما كفارة. وإن علم أحدهما ذلك وجهله الآخر فالعالم قاتل عمداً والجاهل قاتل خطأ^(٤).

(١) حيث ناولته إلى يده، لا إن أمرته^[١] بحمله، كما إذا أمرته بقتله فإنها لا تضمن وتأنم، لكنها تضمن ضمان تفريط في ماها، وترجع على الحامل؛ لأنه المباشر. قياس المذهب فيما سيأتي في الجنائيات أنها مسببة فيكون على عاقلتها، وهو يفهم من قولهم: ووضع صبي مع من لا يحفظ مثله أو في موضع خطير. فإن قيل: لم ضمن الأم وهي فاعلة سبب والحامل مباشر، ولا حكم لفاعل السبب مع وجود المباشر؟ وأجيب بأن الأم في حكم المباشرة بقطعها اللبن، كمن حبس إنساناً عن الطعام والشراب، فقد قال أبو مضر: إنه يكون قاتلاً عمداً. (زهور).

(٢) وقواه المفتي والسحولي والهبلي.

(٣) وهو الأول؛ لحقن دمها كالخاطيء.

(٤) وترجع عاقلته على عاقلة الأم؛ لأنه مغرور من جهة الأم. (زهور).

[١] وقيل: لا فرق بين أن تناوله أو تأمره. (قرئ).

باب النفقات

هي على ثلاثة أضرب:

الأول: نفقة الزوجات، فيجب على الزوج -ولو كان صغيراً^(١) أو مجنوناً أو غائباً- ما يحتاجه زوجته ولو كانت صغيرة^(٢) لا تحتمل الوطء^(٣)، خلاف زيد بن علي^(٤) والمؤيد بالله وأبي حنيفة، ولو كانت مريضة أو مجنونة أو رتقاء أو مجذومة أو أمة إذا سلمت الأمة يوماً وليلة^(٥) فما فوق. ولو كان قبل الدخول بالحرمة^(٦)، وقال الإمام يحيى وأحد قولي الشافعي: إذا لم تطالب بها قبل الدخول لم تجب. قلنا: ولو كانت صائمة فرضاً، أو نفلاً بإذنه، أو حائضاً، أو محرمة بحجة الإسلام^(٧) كما مر، أو غيرها بإذنه، أو شبيخة، أو ذمية مع ذمي أو مسلم على قول من يميزها. ما لم يكن منها نشوز، وهو امتناعها من تسليم نفسها له للاستمتاع ولو لم تخرج من بيته، خلاف

(١) ولو حملاً. (قررو).

(٢) ولا تسقط نفقة الصغيرة عن أبيها بكونها مزوجة، بل عليه نفقة تبقى في ذمته دينا عليه؛ لأنها وجبت عليه بالأصالة، فلا تسقط بوجوب النفقة على الزوج، فعلى هذا الواجب لها نفقتان، وقد أورد الدواري سؤالاً في ذلك ويض له، فينظر. اهـ وقيل: بل تسقط عن الأب، وأما أنها تستحق نفقتين فلا تساعد عليه القواعد. (شرح بحر للإمام عز الدين عليه السلام من باب الفطرة).

(٣) إلا الحمل المعقود بها فلا تستحق شيئاً إلا بعد خروجها. (سماح مولانا السيد العلامة عز الدين محمد بن إبراهيم بن المفضل).

(٤) لأن المانع من الوطء في حقها أصلي يرجع زواله، فلا شيء لها حتى يزول، بخلاف ما إذا كان المانع طارئاً كالمرض ونحوه أو لا يرجع زواله كالرتق ونحوه فإنه يجب لها النفقة. (كواكب).

(٥) وهل يشترط إذا كان عدة الأمة عن طلاق رجعي في وجوب نفقة عدتها تسليمها للعدة إلى دار الزوج كالباقية في الزوجية، وإلا تسلم فلا نفقة لها أم لا؟ ينظر. (حاشية سحولي لفظاً). المختار وجوب النفقة؛ إذ لا يمكن التسليم مع الطلاق. (قررو).

(٦) لم يذكر الحرمة في الكواكب فينظر. (قررو).

(٧) ويجب لها نفقة سفر^[١]، ذكر معناه في التقرير عن صاحب اللمع. وفي البيان في فصل فساد الحج: نفقة حضر.

[١] فإن فسد فإن كان الفساد باختيارها فنفقة حضر، وإلا فنفقة سفر. (قررو).

الأمير المؤيد وابن داعي، ولو هي صغيرة^(١) على الأصح^(٢)، خلاف مفهوم كلام المؤيد بالله في نشوز الصغيرة. وكذا إذا خرجت من بيته بغير رضاه^(٣)، إلا أن يكون لواجب عليها^(٤).

مسألة: فإن كان المانع للزوجة عن زوجها غيرها بغير رضاها - كالتي أمسكها أهلها، والمحبوسة بحق^(٥) أو بغير حق ولم يمكنها تخلص نفسها^(٦) - فمفهوم كلام اللع والتقرير^(٧) أنها لا تسقط نفقتها^(٨)، وقال الإمام علي بن محمد والفقهاء: بل تسقط.

(١) إذا كانت صالحة للاستمتاع. (عامر). وقواه الشامي.

(٢) فاعتبر نشوز الصغيرة. وظاهر المذهب أنه لا نشوز منها، فلا تسقط به نفقتها. (شرح بهران). وقال في الصفي: إنها تسقط نفقتها، وهو القوي. (كواكب).

(٣) أما إذا كانت عادة الزوج قبل ذلك أن لا يمنعها من الخروج ولا ينكره ولا يكرهه لم يكن ذلك نشوزاً، ولا تسقط النفقة، ما لم يمنعها من ذلك. (من شرح الزيادات) (قررو).

(٤) قوله: «إلا أن يكون لواجب» كرد وديعة أو قضاء دين أو أمر بمعروف أو فتوى أو نحو ذلك. اهـ وكذا تعدد وقع عليها في بيته ولا يزول إلا بخروجها - فإنها ليست بناشزة. (شامي) (قررو).

(٥) كحبس الحاكم لها بالدين ونحوه. (كواكب).

(٦) ويمكن أن يقال: ولو أمسكها التخلص حيث حبست ظليماً؛ لأنه لا عصيان منها كما يفهمه المعيار، وهو ظاهر شرح الأزهار. (قررو).

(٧) والتذكرة.

(٨) وهكذا إذا كانت تخشى العار إذا خرجت من بيت أهلها بغير رضاها فهي كالمحبوسة ظليماً، فتجب نفقتها على المختار إذا كانت تضرر بالعار. (سيدنا عامر). بل لا فرق بين أن تضرر بالعار أم لا في أنها كالمحبوسة ظليماً.

(*) ولا يرجع على الحابس؛ لأن الكسوة والنفقة لم تلزم بسبب الحبس؛ إذ سببها العقد، فهي لازمة للزوج بالأصالة. بخلاف ما يلزم بالتغير فإنه يلزم بسبب تدليس الغار. (من جوابات الإمام القاسم بن محمد عليه السلام). وعن الإمام يحيى عليه السلام: يرجع بما سلم على الأولياء؛ لأنه غرم لزمه بسببهم، وهذا قول حسن، قال السيد أحمد بن علي الشامي رحمته الله: كنت أقوله نظراً ثم وجدته نصاً عن الإمام يحيى عليه السلام. اهـ واختار مولانا المتوكل على الله عليه السلام أيام قراءة البيان عليه القراءة الحافلة ما أجاب به حي والده الإمام القاسم عليه السلام من عدم الرجوع على الحابس. (من خط القاضي حسين بن عبد الهادي ذعفان).

مسألة: فإن كان امتناعها عنه لطلب مهرها: فقبل الدخول بها لها ذلك ولا تسقط نفقتها، إلا أن تكون قد أجلته به مدة معلومة، وكذا بعد الدخول بها مكرهة^(١) أو نائمة أو مجنونة أو صغيرة بغير إذن ولي مالها^(٢)، وإن دخل بها كبيرة راضية فليس لها الامتناع^(٣)، خلاف أبي العباس وأبي حنيفة.

مسألة: وإذا نشزت الزوجة لم تستحق شيئاً على زوجها من النفقة ونحوها في مدة نشوزها، طال أم قصرت، إذا كان لها قسط من النفقة له قيمة^(٤)، وقال الفقيه يحيى البحيح: إنه يقسط بقدر ثلث النهار أو الليل^(٥) فما فوقه لا دونه في الوجوب وفي السقوط.

مسألة: والذي تحتاج إليه الزوجة هو النفقة طعاماً مصنوعاً^(٦) مأدوماً، والدواء للمريضة^(٧)، خلاف الإمام يحيى وأصحاب الشافعي في الدواء.

(١) بقي لها فعل أم لا. (قررو).

(٢) أو ياذنه لغير مصلحة. (قررو).

(٣) إلا أن تسلم جهلاً منها فإن لها الامتناع من بعد هذا، والله أعلم. (سماح شامي). والمختار لا يفرق بين دخوله بها عالمة أو جاهلة فليس لها أن تمتنع؛ إذ هو إسقاط حق. (قررو). وهو لا يفترق الحال في إسقاط الحقوق بين العلم والجهل، والله أعلم.

(٤) أو لا يتسامح به في المثلي. و(قررو).

(٥) سقط ثلث العونة، فأما دون الثلث فهو يسير لا يوجب إن سلمت فيه ولا يسقط إن نشزت فيه، كعيوب الضحايا، قال مولانا رحمته الله: وفي هذا نظر، والظاهر خلافه، وأن العبرة بما له قسط من قيمة النفقة. (شرح أزهار).

(٦) ما لم تضر به، فإن كانت تضر به وجب لها طعام غير مصنوع ومؤنته. و(قررو). والمراد بالمؤنة أجرة الطحن والعجن والخبز كما تقدم، وكذا الملح والحطب، وكذا أجرة طبخ اللحم والإدام. (شرح أثمار). (قررو).

(٧) لأن الدواء لحفظ الروح فأشبهه النفقة. (غيث).

(*) وهو الذي يقول به طبيب مسلم ماهر، لا غير ذلك، هكذا ذكروه، والله أعلم. (من خط السيد العلامة إسماعيل بن إبراهيم جحاف رحمته الله). (قررو).

والكسوة والفرش^(١) والدفاء لكل وقت بما يليق به، والمسكنُ والخادم لمن لا تخدم نفسها في بيتها قبل الزوجة^(٢)، وإن كانت صغيرة اعتبر بعادة أهلها^(٣) في الخدمة، لا إن كانت تخدم نفسها. والخادم هو امرأة أو رجل محرم لها أمين يخدمها فيما يختص بها من مؤنة غسل غير واجب عليها^(٤) لبدنها أو لرأسها أو لثيابها، ونفض فراشها وبسطه، أو يسلم لها أجره خادماً^(٥) على ذلك، لا إن طلب يخدمها هو بنفسه فلا يلزمها^(٦) قبوله؛ لأنها تحتشمه، وإن اختلفا في تعيين من يخدمها قدم من طلبه الزوج^(٧)؛ لأنه أبعد من التهمة. ولا يجب إلا خادم واحد^(٨).

مسألة: وكل ما تستحقه الزوجة على زوجها مما تقدم على قدر حالهما في اليسار والإعسار، وعلى قدر الزمان في الشدة والرخاء، فإن اختلف حالهما فعلى قدر حاله، ذكره الهادي^(٩) وأبو العباس، وقال أبو حنيفة والفقهاء يحمي

(١) في (أ، ج): والفرش.

(٢) وقد يقال: إن العبرة بعادة أهلها هل يخدمون مع الأزواج أم لا، ولا عبرة بخدمة نفسها في بيت أهلها؛ لأنه من باب التعويد والتمرين. ومثل معناه في الحفيظ، والله أعلم.

(٣) أو زوجها الأول.

(٤) كالحليض والجنابة. (شرح آثار).

(٥) لعله مع التراضي. (قررو).

(٦) فإن طلبت أجره الخادم وتخدم نفسها فليس لها ذلك.

(٧) في الابتداء، وأما في نقله وتحويله فليس له ذلك^[١] إلا لعذر، نحو أن يعتق الخادم فله ذلك، والله أعلم. أو ظهرت ريبة أو خيانة فله الإبدال. (قررو).

(٨) وإن احتاجت إلى اثنين لمرض أو نحوه وجب، ذكره في الروضة، ومثل معناه في البحر.

(*) والأولى أنه يجب لها ما تحتاج من واحد أو أكثر، لكن ذكر الواحد بناء على الأغلب. (دواري).

(٩) وعليه الأزهار.

[١] لأنها تضرر بقطع المؤلف، والله أعلم.

البحييح: على قدر حالها، وقال أبو طالب: على قدر حالهما معاً^(١). ويعتبر في كل بلد بعادة أهلها، وبها^(٢) يعتاد للنظافة من السدر والماء، والدهن، وآلة ذلك، وأجرة الحمام حيث تعتاد^(٣)، لا الطيب^(٤) والحناء، ذكره في البحر، وقال الأمير علي: بل يجب الحناء^(٥). ويعتبر بالعادة في قدر النفقة وصفتها وإدامها، وقد قدر الهادي نفقتها في اليوم واللييلة مدين للمتوسط حاله، وثلاثة أمداد للموسر، ومد ونصف للفقير، أو أقل من ذلك على ما يراه الحاكم^(٦). ويعتبر في المسكن لها بعادة بلدها وعلى قدر حالها من كونه داراً أو منزلين أو ثلاثة أو بيت شعر لأهله، فلو سكنت في بلد وهو في بلد فلعله يعتبر ببلدها^(٧). وسواء كان ذلك ملكاً للزوج أو كراء أو عارية. ويعتبر في شبعها بما تعتاده ولو كثر إذا كانت تضرر بتركه^(٨)، لا ما يعتاد للتلذذ به^(٩) والشهوة له كالفواكه^(١٠) ونحوها

(١) واختاره في الأثرار. فإن كانا غنيين فنفقة غنية من غني، وإن كانا فقيرين فنفقة فقيرة من فقير، وإن كان الزوج غنياً وهي فقيرة فنفقة فقيرة من غني، وإن كان العكس فنفقة غنية من فقير. (شرح أثار).

(٢) في (أ، د): وما.

(٣) إلا أن يكون لعله وإن لم تعتد. (قررو).

(٤) إلا أن تريد بذلك دفع الروائح الكريهة وجب عليه ذلك. والحناء إن أريد به الزينة لم يجب، وإن كان لعله وجب؛ لأنه دواء.

(٥) وقرره في حاشية السحولي.

(٦) وفي البحر: المذهب التقدير بالكفاية.

(٧) وعموم الأزهار يقضي بخلافه.

(٨) ولفظ التذكرة: وعليه لقليلة الأكل معتادها، ولكثيرته ولو فاحشاً تضرر بتركه كالدواء معتادها. (بلفظها).

(٩) وأما الخريف فهل يجب على الزوج حيث يعتاد؟ الأقرب وجوبه، وكذا القهوة للعرف، والله أعلم.

(١٠) وقال في السلوك: العبرة بما يعتاد في العرف في كل شيء من الأمور الواجبة، فحيث تعتاد الشبع يقدر بقدره، وحيث يعتاد الفاكهة كجهاتنا فإنه يجب الخريف للمرأة، والضابط العرف في ذلك كله. (سلوك) (قررو).

والأكل مع الشبع^(١). وله منعها من أكل ما يكره رائقته.

مسألة: ولا يسقط ما تستحقه الزوجة على زوجها بمطله^(٢) أو غيبته، فإن مات فهو دين عليه كسائر الديون، وإن ماتت فهو لورثتها. وإذا عجل لها شيئاً من ذلك لمدة مستقبله ثم مات أحدهما قبل مضيها ردت حصة^(٣) ما بقي من المدة.

مسألة: وما عجله الزوج لها من النفقة ملكته؛ لأنه يسلم للاستهلاك^(٤)، فلها أن تبدله بمثله أو بأعلى منه، لا بأدنى^(٥)، وإن ضاع معها لم يلزمه إبداله، بخلاف نفقة القريب المعسر؛ لأن هذا هنا عن دين عليه، وقد سقط، وهناك مواساة لا عن دين. وما فضل منه هنا عن المدة المقدرة له لم يلزمها رده له^(٦)، وقال الفقيه يحيى البحيح^(٧): إذا أقرت أنه بقي لكثرت ردت ما بقي.

مسألة: وما عجله لها من الكسوة فإنها لا تملكه؛ لأنه سلمه للانتفاع لا

(١) وقال في شرح الإرشاد: ويعتبر في اللحم عادة البلد للموسرين والمتوسطين كغيرهم، قال الرافعي: وقد تغلب الفاكهة في أوقاتها فتجب. (شرح بهران).

(٢) وقال أبو حنيفة: يسقط إذا لم يفرضه الحاكم.

(*) فإذا مطلها في وقت الغلاء وتعذر إجباره إلى وقت الرخص فأقرب ما يقدر على المذهب أنه يجب قيمته يوم المطل؛ لأن الواجب لها خبز، وهو قيمى، والقيمي بقيمته. (شرح ذويد).

(٣) بل ترد ما زاد على قدر نفقة العدة^[١] حيث هو الذي مات، وما زاد على حصتها من الميراث حيث هو مما قسمته إفرار، والله أعلم.

(٤) وما دفع للاستهلاك كان دفعه تملكاً. (بستان).

(٥) فإن فعلت ضمننت ما بين القيمتين. (عامر) (قررو).

(٦) قلت: إن كانت الواجبة، وإن كانت زائدة على الواجب: فإن كان جاهلاً رجع به على كل حال، وإن كان عالماً بإباحة يرجع بها مع البقاء لا مع التلف، وإن كانت هبة فحكمه حكم الهبة. (مفتي). الظاهر أنه مطلق؛ لأنها قد ملكته في مقابلة نفقتها في المدة المقدرة. (قررو).

(٧) قولي مع جهل الزوج بقدر الكفاية.

[١] وبنى عليه في شرح الأزهار.

للاستهلاك، فهو باق على ملكه، خلاف الإمام يحيى^(١)، وإذا ضاع أو سرق لم يلزم الزوج إيداله لها^(٢)، قال الفقيه محمد بن سليمان: سواء ضاع بتفريط أو بغير تفريط منها، خلاف المنصور بالله في الكسوة والنفقة، فيضمنها لها مع عدم التفريط منها، وقال الفقيه علي: إذا ضاعت بتفريط منها^(٣) ضمنتها له وكساها كسوة أخرى.

وإذا بقيت الكسوة بعد المدة التي قدرها لها فإن كان لقوتها^(٤) لم يلزمه لها كسوة حتى تبلى، وإن كان البقاء لتركها لباسها^(٥) لزمه أن يكسوها؛ لأن العبرة في الكسوة بالمدة التي تبلى فيها في العادة لا بالمدة المقدرة، وفي النفقة يعتبر بالأقصر من المدة المقدرة أو التي تكفيها لها في العادة^(٦).

مسألة: وإذا انقضت عدة الزوجة فعليها رد ما بقي معها من الكسوة^(٧)، ذكره المؤيد بالله، خلاف أبي حنيفة. وقال المنصور بالله: يعمل بالعادة^(٨).

(١) قوله: «خلاف الإمام يحيى» يعني فتملكها بالقبض، قال: ويجوز لها أن تبدلها بمثلها أو أجمل منها؛ لأن للزوج حقا في جملها. لنا: ما ذكره في الكتاب، ولأن للزوج إيدالها، ولو ملكتها لم يكن له ذلك. (بستان بلفظه).

(٢) على كلام الإمام يحيى.

(٣) يقال: الضياع تفريط مطلقا، فإن لم تضع فلا تضمن إلا إذا جنت أو فرطت. (قرر).

(٤) أو لصيانتها، والصيانة أن تلبسها برفق.

(*) أو للبس غيرها منه. (قرر).

(٥) أو للبس غيرها منها. (قرر).

(٦) قال في الروضة والفقيهان محمد بن يحيى وحسن في تعليقيها: إذا سلم نفقة تكفي شهرين لشهر واحد فالذي يبقى بعد الشهر يكون لها. يعنون ويلزمه نفقة الشهر الثاني، وهذا بناء على أن تعجيلها تمليك كما ذكرنا. (غيث بلفظه) (قرر).

(٧) قال في الفتح وشرحه ما لفظه: إلا ما فضل للصيانة فلها، أو لأجل لبس غيرها فلا تردها، وإن اختلفا كان القول قوله في بقائها لقوتها لا لذلك. (بلفظه).

(٨) وقد ذكره الفقيه يحيى البحيح، ولا أعرف لنا عرفا بذلك. (ديباج).

مسألة: وإذا طلبت من زوجها نفقتها لمدة قد مضت وادعى أنه قد أنفق عليها فيها فإن كانت في تلك المدة في بيته فالقول قوله^(١) إن كان حاضرا، لا إن كان غائبا^(٢)، قال الفقيه يحيى البحيح وعلي: إلا إذا كانت مطلقة فالقول قولها ولو حضر، وقال الفقيه حسن: لا فرق^(٣).

وإن كانت على يد عدلة فالقول قول من صدقته العدالة، وإن كانت في بيتها أو بيت أهلها برضا الزوج فالقول قولها، فلو اختلفا في إذنه لها فيحتمل أن القول قوله، ويحتمل أنه يأتي على الخلاف بين الهادي والمؤيد بالله، فالهادي يقول: الأصل عدم الإذن، والمؤيد بالله يقول: الأصل وجوب نفقتها، فالقول قولها.

مسألة: وحقوق الزوجة الكبيرة أمرها إليها تفعل فيها ما شاءت ولا اعتراض للولي، وحقوق الصغيرة والمجنونة أمرها إلى ولي مالها^(٤) لا إلى عصبتها^(٥)، إلا أن يأمرهم الوصي أو الحاكم^(٦).

مسألة: وما تستحقه الزوجة في المستقبل فهو في مقابلة حقوق عليها للزوج

(١) فإن اختلفا في بقاء الكسوة هل للقوة أو للصيانة فالقول قوله. (شرح فتح).

(٢) المذهب أن القول قوله مطلقا إن كانت في بيته، وقولها إن لم تكن في بيته.

(٣) يعني إذا هي في بيته فالظاهر الإنفاق ولو مطلقة.

(٤) قال في الديباج: والعادة مطردة من المسلمين أن الأزواج يضعون ذلك في الصغيرة من غير استئذان، والوجه أن العرف مطرد بأن الولي آذن للزوج يفعل ذلك، وكذلك الأئمة والحكام. (ديباج). وهذا كلام حسن، ولو اعتبر الإذن لم يعتبر إلا في التملك لا في الإباحة، ونظيره ما سيأتي في كفارة اليمين. (شامي) (قرر).

(٥) فلا حق لهم.

(*) لأن ولايتهم في النكاح فقط لا في مالها. (بستان).

(٦) أو الإمام.

مستقبلة أيضاً، فيقدم على سائر الديون^(١)، كنفقة نفسه وأولاده الصغار وأبويه العاجزين. ويلزم الزوج التكسب لها والسؤال^(٢) والاقتراض وإجارة نفسه فيما يليق به^(٣)، فإن عجز عن ذلك كله لم يمنع منها وكانت نفقتها ديناً عليه، ولا يكون لها أن تفسخ نكاحها، خلاف أحد قولي الشافعي والإمام يحيى، وهو مروى عن علي عليه السلام وعمر^(٤)، فقالوا: لها طلب الفسخ من الحاكم^(٥). وإن غاب عنها الزوج ولم يقيم بحقوقها فهي دين عليه لها، وليس لها أن تفسخ، خلاف الإمام يحيى وبعض أصحاب الشافعي، وإن امتنع من حقوقها تمرداً وظلماً أجبر عليها أو على التكسب ونحوه^(٦)، أو يحبسها الحاكم إذا طلبته حبسه، وليس لها أن تمتنع منه في حال حبسه إلا أن يراه الحاكم^(٧) صلاحاً، فإن لم يمكن إجباره ولا حبسه منع من مداناتها وكان ذلك ديناً عليه لها، وليس لها أن تفسخ، خلاف من تقدم، وللحاكم أن يبيع عليه ماله إذا أمكنه أو يستقرض له أو يأمرها أو وليها بالاستقراض عنه قدر ما تحتاج إليه الزوجة، أو ينفق عليها من بيت المال إعانة للزوج إذا كان معسراً أو قرضاً له.

- (١) لكن كم حده وما مراده؟ (حياطي). وقد تقدم في العدة أنها تقدم نفقة المتوفى عنها على الدين، وأما المزوجة فلعله كما سيأتي في الحجر في المفلس. (قررو). وأما المطلقة ونحوها سل؟ ولو قيل: تقدم؛ لأن نفقتها مقدرة محدودة كالمتوفى عنها لم يبعد. (شامي) (قررو).
- (٢) وذلك لأنها أكد من الدين؛ بدليل قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدْرُهُ﴾ [البقرة: ٢٣٦]، وقال في الدين: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]. (بستان).
- (٣) في غير متعب ولا دنيء، ذكره الفقيه يوسف، يعني زائداً على المعتاد، وإلا فكل عمل متعب. (قررو).
- (٤) والحسن وأحمد.
- (٥) واختاره الشامي لنفسه، والمفتي للمذهب.
- (٦) للمستقبل لا للماضي. (قررو).
- (٧) وفي شرح الأثرار: لا تحتاج إلى أمر الحاكم، لكن تسقط نفقتها. اهـ وقال المفتي: إذا جاز لها الامتناع لم تسقط نفقتها.

مسألة: وإذا أنفقت الزوجة على نفسها رجعت على زوجها^(١) ما لم تنو التبرع عنه، وكذا إذا كان الزوجان معسرين معا فإنها تجب نفقتها على قريبها الموسر^(٢)، ولها أن ترجع على زوجها بما لزمه لها.

فرع: وإن أنفق عليها وليها أو غيره وهي كبيرة فنفتها باقية على زوجها ما لم ينو المنفق التبرع عنه^(٣)، وله الرجوع عليها بما أنفق إذا نواه وكان بإذنها^(٤)، وقال الفقيه يوسف: إن أكلها له عالمة بأنه منه يكون كالإذن منها له بالإنفاق عليها. وليس له طلب الزوج إلا بإذنها.

فرع: وإن أنفق على الصغيرة ولي ما لها رجع عليها^(٥) أو على زوجها إن نوى الرجوع عليها، وإن نوى التبرع عن الزوج لم يرجع على أيها ولا هي على زوجها، وإن لم ينو التبرع ولا الرجوع فلا رجوع له^(٦)، بل لها الرجوع على

(١) ظاهره ولو حاضرا غير متمرد. (مفتي).

(٢) وقيل: تسقط عن القريب، وهو القياس؛ لأن إعسار الزوج لا يكفي في وجوب نفقتها على القريب، وكذا فطرتها، ذكره الإمام عز الدين عليه السلام في شرح البحر، وما ذكره في البيان بعيد جدا، وإنما يتصور لو قلنا: إنها تسقط على الزوج لإعساره، وأما أنها تستحق نفقتين فلا تساعد عليه القواعد. (شرح بحر للإمام عز الدين عليه السلام من باب الفطرة).

(*) ذكره في الإفادة والمنصور بالله. (كواكب لفظاً). والمختار أنه لا شيء عليه، وإنما هذا على أصل المؤيد بالله الذي تقدم في الفطرة.

(٣) فلا رجوع له على الزوج ولا عليها. (قررو).

(٤) وإلا فلا رجوع له حيث أنفقها على طريق الإباحة^[١]، فإن سلم النفقة إلى يدها من حب أو غيره فله الرجوع عليها؛ لأن القول قوله في الأعيان كما يأتي إن شاء الله تعالى. (عامر).

(٥) بعد البلوغ، وقبله على ما لها، ومن جملته ما في ذمة الزوج. (تعليق الفقيه حسن) (قررو).

(٦) عليها ولا عليه. (شرح أزهار بلفظه). أما عليها فيرجع؛ لأن الأصل في الأعيان العوض ولو إنفاقا. و(قررو).

[١] وفي حاشية في الدعوى: بل لا بد من الإباحة لفظاً. (قررو). وهو ظاهر الأزهار في الدعوى.

زوجها، وإن نوى الرجوع على زوجها فلا رجوع له^(١)، وأما هي فقال الفقيه علي: لا ترجع على زوجها أيضا^(٢)؛ لأن ذلك كالتبرع عنه. وهو القوي. وقال في التذكرة والسيد يحيى: بل ترجع عليه. وهكذا إذا أنفق عليها غير وليها بنية الرجوع على الزوج^(٣)، أو أنفق على الكبيرة غيرها بنية الرجوع على الزوج^(٤).

فرع: وهكذا يأتي الخلاف فيمن قضى ديناً على غيره بغير أمره ونوى الرجوع عليه هل يبرأ من الدين^(٥) أو هو باق عليه لصاحبه؟

وأما في بيع الرجاء الفاسد^(٦) إذا قبض المشتري دينه من غير البائع ليكون المبيع له ينتفع به ويكون ما سلمه الغير ديناً له على البائع - فإنه لا يثبت له شيء

(١) وقد قالوا في الحاشية: إنها ترجع بما أنفقت مع غيبة الأب أو تمرده كالشريك، فينظر في الفرق، ولا يظهر في ذلك فارق. (شامي).

(*) إذ لا ولاية له على الزوج إلا أن يكون بأمر الحاكم.

(٢) قال مولانا عليه السلام: وهو الصحيح. وهو الذي في الأزهار.

(*) في (ج، د): لا ترجع عليه أيضاً.

(٣) في (د): زوجها.

(٤) المذهب لا يرجع.

(٥) يبرأ ولا يرجع كما هو ظاهر الأزهار. ويأتي خلاف السيد يحيى بن الحسين.

(٦) قال في شرح الفتح في باب الإقالة ما لفظه: والذي وجدت للفقيه يوسف أنه سئل عن بيع الرجاء، وصورته أن رجلاً باع قطعة بثمن معلوم وهما مضميران أي وقت يسلم البائع الثمن أقاله المشتري - فأجاب بأن البيع صحيح، إلا أن يفعل ذلك توصلًا إلى الغلة ولم يقصد به الناجز فإنه يكون فاسداً على الظاهر من مذهب الهادي^[١] عليه السلام، وقرره إمامنا وحفظته عنه، وأفتينا به في حضرته ومجلسه وقرره، وكذا ذكره جماعة من المحققين المتقدمين والمتأخرين، وكان القاضي العلامة عز الدين محمد أحمد مرغم يفصل هذا التفصيل. اهـ ومعناه في حاشية سحولي في باب الإقالة، وهو المحفوظ. (سيدنا حسن أحمد الشيباني رحمته الله).

[١] وسيأتي في البيان في باب الربويات في مسألة بيع الرجاء وما عليه من الحواشي صريح أن مع قصد التوصل إلى الغلة أن البيع لا يصح؛ لأنه يتضمن الربا، وهنا أطلق القول بالفساد، فلعله يريد أنه باطل، والأزهار في الفاسد: ويجوز عقده إلا مقتضى الربا فحرام باطل، فيحقق الإطلاق هنا في حاشية كلام الفتح.

على البائع، ويرجع على المشتري بما دفع له؛ لأنه في مقابلة عوض باطل، وهو المبيع، ويرجع المشتري على البائع بدينه، ويرجع البائع على المشتري بأجرة المبيع^(١).

مسألة: وإذا طلبت الزوجة من الحاكم أن يفرض لها ما تحتاجه في مال زوجها الغائب لم يفعل حتى يحلفها^(٢) أنها تستحق ذلك عليه، ويأخذ منها كفيلاً^(٣) أو رهناً في رد ما أخذته إن قدم الزوج وبين عليها بسقوطه عنه، فإذا فعلت ذلك فرض لها^(٤) في ماله ما تستحقه عليه وسلمه لها، ومتى قدم الزوج فهو على حجته في ذلك^(٥).

مسألة: وليس لها أن تطلب من زوجها كفيلاً بنفقتها في المستقبل إلا أن تعرف منه التمرد^(٦)، أو هو^(٧) يريد السفر ولا مال له حاضر^(٨).

مسألة: وإذا أبرأت زوجها مما تستحقه عليه في المستقبل أو من بعضه صح،

(١) ولا يقال: هو في يده برضاه وتسليطه فلا تجب أجرة؛ لأنه لو كان كذلك لصح تصرفه فيه وإخراجه عن يده، فثبت أنه باطل تلزم فيه الأجرة، وسواء أخرجه عن يده أم لا. (* إذا استعمله. وقيل: مطلقاً.

(٢) بعد أن ينصب عنه وكيلاً يسمع دعواها وينكرها؛ لأن اليمين فرع صحة الدعوى. (قرئ).

(٣) إلا أن لا تجب كفيلاً أو لا يمكنها الحلف حياء وحشمة. (شرح أثمار) (قرئ).

(٤) قوله: «فرض لها» وذلك يكون حكماً على الغائب عندنا، فعلى هذا يعتبر أن تكون غيبته مما يجوز الحكم فيها على الغائب [١]. (بستان بلفظه).

(٥) والحكم [إذ الحكم (نخ)] مشروط من جهة المعنى. (تهامي).

(٦) أو خشي.

(٧) في (ب، ج): وهو.

(٨) يمكن الإنفاق منه، وإلا فوجوده كعدمه. (شامي) (قرئ).

(* أو كان كاسداً. (قرئ).

(* أو له مال ولا يمكن بيعه لتغلب القرابة عليه أو نحو ذلك.

[١] والمختار الغيبة التي يحصل بها الضرر. (قرئ).

ذكره المؤيد بالله؛ لأنه قد وجد سبب وجوبه^(١)، وهو النكاح^(٢)، لكن لها الرجوع فيما بقي من المستقبل دون ما مضى منه. وعند الهدوية لا يصح البراء؛ لأنه قبل وجوبه^(٣). والأول أقوى. وهكذا^(٤) في نفقة العدة قبل مضيتها^(٥)، وقال القاضي جعفر: يصح البراء منها بعد الطلاق لا قبله.

مسألة: ومن طلب من الزوجين إقامة عدلة بينهما لتطلع على عشرتهما أو على نفقة الزوجة^(٦) أوجب إلى ذلك بعد أن يحلف ما قصد به المضارة لصاحبه، وتكون أجرة العدالة من بيت المال إن كان^(٧)، وإلا فعلى الطالب لها كأجرة

(١) وقد خالف كل من الهدوية والمؤيد بالله أصله، فالمؤيد بالله يقول: هي تستحقه بنفس تسليمها، فتستحق وقتا فوقت، فكان يلزم أن لا يصح البراء. والهدوية يقولون: إنها تستحق بالعقد، فكان يلزم أن يصح البراء. (شامي).

(٢) المؤيد بالله لا يقول: إن العقد هو الموجب للنفقة، بل يقول: في مقابلة الاستمتاع، فينظر.
(٣) فإن قيل: ما الفرق بين الأجرة والنفقة، فإنه يصح البراء من الأجرة ولم يصح من النفقة؟ قيل: لعل الفرق أن الأجرة عوض عما يصح البراء منها، وهي المنافع، فصح البراء منها كعوضها، وليس كذلك في النفقة؛ فإنها عوض عما لا يصح البراء منه، فلا يصح البراء منها. (زهور) (قرر).
(*) قالت الهدوية: بخلاف الأجرة فيصح البراء منها بعد عقد الإجارة أو حالة العقد ولو كان قبل وجوبها؛ لأنه قد وجد سببها، وهو العقد، وفرقوا بين الأجرة والنفقة بأن سبب الأجرة قوي؛ لأنه عقد معاوضة، وسبب النفقة ضعيف؛ لأنه عقد نكاح لا معاوضة. قال الوالد: وهذا الفرق غير واضح، وكلام المؤيد بالله أقوى؛ كما في البراء من الدية بعد الجرح وقبل الموت، وكما في إبراء المشترك من الضمان عند عقد الإجارة وقبل وجوب الضمان. (بستان).
(٤) الخلاف.

(٥) لا يصح. (قرر).

(٦) أو القسم. (قرر).

(٧) هذا ذكره الفقيهان علي وحسن، وفي الأزهار أنها تكون على الطالب^١، وقال الإمام المهدي: الأولى أن تكون عليها كأجرة القسام. وقال الدواري: على الزوج؛ ليعلم براءة ذمته مما لزمه لها.
(*) وفي الأزهار: على الطالب. (قرر).

[١] فإن طلبها معا أو كان الحاكم هو الذي جعلها بينهما لرفع الشجار فعليهما نصفين. (حاشية سحولي).

السجان. والفائدة في العدة أنه^(١) يكون القول قول من صدقته والبينة على الثاني، لا أنه يحكم بقولها.

مسألة: وإذا خرجت زوجة الغائب من بيته^(٢) ولم يكن أذن لها أو خرجت المعتدة من بيت عدتها بغير إذن زوجها^(٣) سقطت نفقتها، وإذا رجعت وجبت نفقتها^(٤)، خلاف أبي جعفر^(٥).

مسألة: ولا تسقط نفقتها بدمها لزوجها وأذيتها له^(٦) وفعل ما يكره وإن استحقت التأديب على ذلك^(٧)، ما لم يكن منها امتناع منه أو خروج من بيته^(٨)، ومع الخروج بغير رضاه تسقط نفقتها ولو كانت تمكنه من الوطاء متى طلبه.

فروع: وإذا امتنعت منه فعَل ما أمر الله به من وعظها بالكلام، فإن لم يثمر هجرها في المضجع - لا في الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام^(٩) فيها وفي غيرها - فإن لم يثمر ذلك ضربها بغير مبرح. والمبرح: هو ما يدميها أو يخشى منه عليها أو على عضو منها، وما يقع في الوجه أو في المواضع الرقيقة التي يخشى ضررها، أو يزيد على عدد الحد^(١٠)، ذكر ذلك في البحر.

(١) في (ب، د): أن.

(٢) لغير عذر.

(٣) ولو البيت لها؛ لأن وقوفها حق له. (قررو).

(٤) لأنه توبة في حقها.

(٥) يعني: في غيبته أو موته.

(*) قال: لأنها لم ترجع إلى زوجها. قلنا: قد فعلت ما يجب عليها، وهو رجوعها إلى بيته. (بستان).

(٦) المختار أنه نشوز، وإنما هذا بناء على كلام ابن داعي والفقهاء محمد بن سليمان.

(٧) وقوى هذا مولانا المتوكل على الله عليه السلام؛ إذ ترك الأذية واجب عليها لا بعقد النكاح. (سماع منه).

(٨) هذا على كلام الأمير المؤيد والفقهاء محمد بن سليمان، والمذهب وإن لم تخرج إذا كانت ناشزة.

(*) في (د): أو خروج من بيته بغير إذنه.

(٩) قلت: إذا كان لغير سبب، وأما هنا فهو لسبب فيجوز مطلقا. (مفتي) (قررو).

(١٠) صوابه: أو يبلغ قدر الحد. (قررو). يعني أقل الحد، وهو أربعون [١]. (قررو).

[١] في حد العبد.

مسألة: وإذا ادعى نشوزها وأنكرت فالبينة عليه^(١)، فإن صح واختلفا في قدره فإن لم تكن ناشزة في الحال فكذا أيضا، وإن كانت ناشزة فكذا أيضا^(٢) عند الهادي والمؤيد بالله وأبي طالب، وادعى علي بن العباس إجماع العترة أن القول قوله؛ لأن شاهد الحال معه. فإن اتفقا على أول مدة النشوز وادعت أنها رجعت عن قريب^(٣) فتطلب نفقتها لما مضى بعد رجوعها وأنكر الزوج رجوعها فقال الفقيه حسن: يعمل بشاهد الحال^(٤) في نشوزها وعدمه، وقال الفقيه يوسف: يحتمل أن القول قوله^(٥)، ويحتمل أن يكون على الخلاف بين الهادي والمؤيد بالله؛ لأن هنا أصلان: متقدم - وهو وجوب النفقة - ومتأخر، وهو عدم الرجوع^(٦).

مسألة: وكل عدة لا تستند إلى نكاح صحيح بل للاستبراء كعدة أم الولد والموطوءة غلطا أو بنكاح باطل مع الجهل فلا نفقة لها فيها^(٧)، خلاف الإمام يحيى^(٨).

(١) إن كانت مطيعة في الحال. (قرئ).

(٢) الأزهار: وللمطيعة في نفي النشوز الماضي وقدره.

(٣) قوله: «عن قريب» مثاله: حيث قالت: «نشزت أول رجب ورجعت في آخره»، وكانا في رمضان، وقال: «بل رجعت آخر شعبان»، فالفقيه حسن قال: العبرة بشاهد الحال، والفقيه يوسف قال: يحتمل أن القول قوله؛ لأنها اتفقا على حصول المسقط، وهي تدعي الوجوب، فعليها البينة؛ لأنه يستصحب النشوز، ويحتمل استناد المسألة إلى أصلين كما في الكتاب. (بستان بلفظه).

(٤) وعليه الأزهار.

(*) فإن كانت ناشزة في الحال فالقول قول الزوج، وإن كانت غير ناشزة فالقول قولها. (كواكب).

(٥) لأنها قد أقرت بالنشوز وادعت الرجوع. (كواكب).

(٦) فالهادي عليه السلام يرجع المتأخر، وهو عدم رجوعها، فيكون القول قول الزوج عنده، والمؤيد بالله يرجع المتقدم، وهو وجوب النفقة، فيكون القول قول الزوجة عنده. (كواكب).

(٧) لا على الواطئ ولا على الزوج.

(٨) حجتنا أن هذه العدة إنما وجبت لبراءة رحمها وليست مستندة إلى عقد نكاح، والنفقة من

وأما عدة النكاح الفاسد فإن كانت عن موت أو طلاق وجبت فيها النفقة، وإن كانت عن فسخ فبالحكم لا نفقة فيها، وبالتراضي قال أبو مضر: تجب (١)، وقال القاضي زيد: لا تجب.

وأما عدة النكاح الصحيح ففي الموت تجب مطلقاً (٢)، خلاف زيد بن علي والمؤيد بالله وأبي حنيفة، وفي عدة الطلاق تجب أيضاً إذا كان بعد الدخول، لا إن كان بعد الخلوة وقبل الدخول (٣)، وفي عدة الفسخ إن كان فيه ما يتضمن النشوز منها فلا نفقة (٤)، كأن تردت هي أو يسلم الزوج دونها (٥) أو يردها بعيب فيها، فهي في حكم الناشزة، لا أنها ناشزة حقيقة، وكأن ترضع زوجها (٦) أو زوجته لغير عذر (٧)، وفي عدة اللعان أيضاً؛ للخبر فيها (٨). وإن كان الفسخ لا يتضمن

توابع النكاح. وحجة الإمام يحیی أن العدة من الواطئ لبراءة رحمها من مائه، فكانت النفقة عليه. (بستان).

(١) كما لو طلقت أو مات عنها.

(٢) قبل الدخول وبعده.

(٣) وهو غالباً في الأزهار حيث قال: وتجب في جميعها النفقة غالباً.

(٤) وهو غالباً أيضاً في الأزهار.

(٥) ينظر لو كانت صغيرة؛ إذ لا ذنب لها. والقياس عدم سقوط النفقة. وقواه التهامي.

(٦) وجه التشكيل أن الفسخ قبل الدخول. اهـ وقد يوجه بما لو انفسخ نكاحه بسبب من

الأسباب ثم تزوجت آخر وعلقت منه ثم أرضعت زوجها الأول الذي هو الطفل انفسخ [١]

نكاحها من الكبير الآخر ولزمت العدة من الرضاع. اهـ ومثله عن سيدنا إبراهيم حثيث،

وسياتي عن الفقيه يوسف مثله صريحاً في البيان في المسألة الحادية عشرة من الرضاع.

(*) أما إذا أرضعته فلا عدة عليها؛ لأنه انفسخ قبل الدخول، فينظر في كلام البيان.

(٧) وأما لعذر وجهلت الانفساخ فلا تسقط بشرط مجموع الأمرين، مثلما سياتي: إلا جاهلاً

محسناً. (منقولة بالمعنى من هامش شرح الأزهار).

(٨) وهو أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرق بينهما وقضى أن لا بيت لها ولا قوت. (بستان بلفظه).

[١] لأنها صارت امرأة ابنه. (بيان من الرضاع من المسألة الحادية عشرة من أوله).

النشوز منها وجبت النفقة، كأن يرتد هو أو تسلم هي، أو تفسخ عند بلوغها أو عتقها، أو لعب فيه، أو لعدم كفاءته لها، أو ترضعه^(١) أو ترضع زوجته عند الخشية عليهما^(٢). وقال المنصور بالله: إذا كان الفسخ منه^(٣) وجبت النفقة، وإن كان منها أو منهما لم تجب مطلقاً. وهو القوي.

فرع: وإذا أسلمت الذمية وأسلم زوجها وادعت أنها المتقدمة لثلاث تسقط نفقتها، وقال: بل هو المتقدم - فالقول قولها؛ لأن الأصل وجوب نفقتها.

الضرب الثاني: نفقة الأقارب، وهم ثلاثة أصناف:

الأول: الأولاد الصغار، فكل ما يحتاجون إليه على الأب - لمكان ولايته عليهم^(٤) - ولو كانوا موسرين، خلاف زيد بن علي والمؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي مع يسارهم. قلنا: ولو كان الأب معسراً إذا كان له كسب^(٥) ينفق منه. وعلى قول المؤيد بالله والشافعي: تجب نفقته على ولده الموسر. قلنا: ولو كان الأب ذمياً^(٦) والولد مسلماً بإسلام أمه، ولو كان لا ولاية للأب عليه؛ لأنه يمكنه إزالة المانع بأن يسلم.

مسألة: فإن كان الأب عاجزاً عن التكسب وللولد مال ففي ماله نفقته ونفقة أبيه، فإن لم يكن له مال وأمّه موسرة أنفقت عليه^(٧)، وتكون ديناً لها على الأب إن

(١) وعليه ما مر من التوجيه.

(٢) جهلت الانفساخ.

(٣) أو بسببه.

(٤) لا يشترط؛ لأنها تلزم في ماله ولو كان الأب مجنوناً. اهـ فالأولى لمكان الأبوة؛ لأنه كالجاء منه، وهو ظاهر الأزهار، ومعناه في البحر.

(٥) هي الصناعة.

(٦) لا حريياً. (قرئ).

(*) ويسلم النفقة إلى الحاكم؛ لأنه لا ولاية له على ابنه. (سلامي) (قرئ).

(٧) ولو كانت كافرة مع وجود الأب، فإن كان قد هلك فلا شيء عليها مع كفرها؛ إذ لا إرث لها مع الكفر. (قرئ).

أنفقت بإذنه^(١) أو إذن الحاكم ونوت الرجوع عليه. وقال الناصر والمؤيد بالله والشافعي: لا رجوع لها عليه. قال الفقيه محمد بن سليمان: وهو القوي.

مسألة: وإذا كان للصغير المعسر أم وجد موسران فقال أبو طالب: تكون نفقته عليهما على قدر الميراث، وقال أصحاب الشافعي وأبو يوسف ومحمد والإمام يحيى: على الجد وحده^(٢). فأما البالغ العاقل فعلى قدر الميراث كسائر القرابة^(٣).

مسألة: والولد الكبير المجنون كالصغير إن كان جنونه أصلياً وفاقاً، وإن كان طارئاً بعد البلوغ فكذا أيضاً^(٤)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله في عود ولايته عليه ووجوب نفقته^(٥).

الثاني: الأبوان المعسران، فيجب لهما ما يحتاجانه على أولادهما الكبار الموسرين ولو أمكنهما التكسب ولو كانا كافرين - قال الفقيه يحيى البحيح:

(*) وإنما خصت لأنها وارثة، وهو أخص بالإنفاق عليها، فكانت أخص بالإنفاق عليه. (زهور).
(١) لعل اشتراط الإذن مع حضوره، فإن لم يكن حاضراً فلها ولاية حيث كان صغيراً^[١] في مدة الحضنة. (قرئ). وهو يفهم من شرح الأزهار في الحضنة في قوله: «غير أيام اللبأ».
(٢) وحجتهم أن الجد أب؛ لقوله تعالى: ﴿مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ﴾ [الحج ٧٨]، وقوله: ﴿مِلَّةَ آبَائِي﴾ [يوسف ٣٨]. قلنا: مجاز. (بستان بلفظه).

(٣) لعله يعني اتفاقاً.

(*) في (ب، ج، د): الأقارب.

(٤) هذا قول الهدوية: إنها تعود الولاية، فتجب على الأب وحده. وعلى أحد قولي المؤيد بالله: لا تعود ولايته بعد بطلانها، فينفق الأبوان عليه أثلاثاً. (بستان).

(٥) يقال: لا موضع للخلاف^[٢]؛ لأن مع فرض الإعسار تجب عليه عند الجميع، ومع الإيسار تجب في ماله عند المؤيد بالله كقوله في الطفل.

[١] ولا تحتاج إلى الحاكم. ولفظ حاشية: ولا تحتاج إلى إذن الحاكم؛ لأن لها ولاية، وذلك مع الغيبة أو التمرد كالشريك، وكلام الكتاب مستقيم بعد الاستقلال؛ إذ لا ولاية لها حيثئذ. (شامي) (قرئ).

[٢] لعله يقال: للخلاف موضع، فمن قال: هو كالصغير تجب نفقته على الأب، ومن قال: إنه كالبالغ فنفقته على الأبوين أثلاثاً.

ذميين أو مستأمنين^(١) - وهم^(٢) مسلمون أو العكس^(٣). ويستوي فيهم الذكر والأنثى^(٤)؛ لاستوائهم في البنوة، وقال المؤيد بالله: على قدر الميراث. فإن كان فيهم موسر ومعسر وجبت نفقتهما كلها على الموسر وفاقاً^(٥). فإن كان أولادهما صغاراً موسرين وجبت نفقة الأم عليهم^(٦)، وأما الأب فكذا عند الناصر والمؤيد بالله وأبي حنيفة والشافعي، وأما عند الهدوية فلا تجب إلا إذا عجز عن التكسب.

مسألة: فإن لم يجد الولد إلا نفقة أحد أبويه فقيل: إن الأب أقدم بها، وقيل: الأم^(٧)، وقيل: **يشتركان فيها**^(٨). وهكذا فيمن له أب ومعسر وابن صغير^(٩) ولم يجد إلا لأحدهما.

(١) لا الحربيين؛ لأننا مأمورون بإنزال الضرر بهم. وفي شرح الأثر: ولو حربيين؛ لقوله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾ [الإسراء: ٢٣]. وفي الثمرات في تفسير قوله تعالى في الأنعام: ﴿قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّيَ عَلَيْكُمْ﴾... الآية [الأنعام: ١٥١] ما لفظه: والسبب يقضي بلزوم نفقة الحربي على ولده المسلم، وأراد بالسبب نزول آية لقمان، وهي قوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٦]، وسبب نزولها سعد بن أبي وقاص وأمه لما طلبته أن يرجع إلى الكفر، وكذا في شرح الآيات في قوله تعالى: ﴿وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا﴾.

(٢) أي: الأولاد.

(٣) مسلمين والأولاد كفار. (برهان).

(٤) وهي غالباً في الأزهار.

(٥) بين الأحكام والمتخرب، ويختلفون في سائر الأقارب.

(٦) ولو كانت قادرة على التكسب، بخلاف الأب. (قرر).

(٧) لما روي أن رجلاً قال: يا رسول الله، من أبر؟ قال: ((أمك)) قال: ثم من؟ قال: ((أمك)) إلى أن قال في الرابعة: ((ثم أبك))، ولمزيد الشفقة والعناية في الحمل والوضع والتربية. (بستان بلفظه).

(٨) وهو المختار.

(*) فإن كان لا يسد إلا رمق أحدهما فالأم أولى؛ لقوله ﷺ: ((أمك ثم أمك ثم أبوك)).

(*) لأن لكل واحد منهما حقاً في الولد يدلي به. (بستان بلفظه).

(٩) يقال: إنها **يشتركان** حيث كان الأب عاجزاً عن التكسب، وإلا فالولد أقدم.

مسألة: وإذا كان للمعسر أب موسر وابن أو بنت موسرة فنفقته كلها على الابن^(١) أو البنت دون الأب.

فرع: وعلى الابن الكبير المعسر أن يتكسب على الأب العاجز^(٢)، لا العكس، خلاف ما في التمهيد^(٣).

مسألة: وإذا كان الابن الموسر كبيرا لم يستنفق الأب من ماله إلا برضاه أو بأمر الحاكم^(٤) إن كان موجودا^(٥) في الناحية، وإن كان صغيرا فللأب المعسر أن يستنفق من ماله بالمعروف على نفسه وولده، وأن يبيع ما يحتاج إلى بيعه^(٦).

مسألة: وإذا كان الولد الكبير الموسر غائبا فللأب المعسر^(٧) أن يستنفق من ماله بالمعروف من الطعام والنقد، ويلبس من الثياب ما احتاج إليه^(٨)، ولا يبيع شيئا من ماله منقولا أو غير منقول إلا بأمر الحاكم إن كان ثم حاكم في الناحية،

(١) قوله: «كلها على الابن» وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: ((أنت ومالك لأبيك))، ولقوة حرمة الأبوة، ولهذا وجبت نفقة الأب مع كفره لا الابن، ولأن حق الإنسان على ولده أكثر من حقه على والده. (بستان بلفظه).

(٢) وكذا الأم.

(٣) فقال فيه: إن الابن إذا كان حراً عاجزاً فعلى الأب أن يتكسب له. (برهان).

(٤) مع التمرد فقط. وأما مع الغيبة فلا يحتاج إلى إذن الحاكم. والفرق بين الغائب والمتمرد أن الحاضر المتمرد يمكن إجباره، بخلاف الغائب. (سماع سيدنا حسن رضي الله عنه).

(٥) وإلا فمن صلح إن وجد، وإلا استنفق بالمعروف إن لم يجد الصالح. (شرح فتح معنى) (قرر).

(٦) والذي في التذكرة والأزهار أنه لا يبيع عنه عرضا إلا بإذن الحاكم، ولا فرق بين الصغير والغائب، وهو المذهب.

(*) لإنفاق ولده، ويدخل بالتبعية مع ابنه، وأما أنه ينفق على نفسه بالبيع فلا إلا بإذن الحاكم، وعلى هذا يرتفع التشكيك. (عامر) (قرر).

(٧) لا للأم إلا بإذن الحاكم، كذا نقل؛ لأنه لا ولاية لها. (غاية). ومثله عن الشامي. وقيل: الأم كالأب، ووجهه القياس بجامع الأبوة.

(٨) ما يليق به. (قرر).

فإن لم يكن جاز له ذلك^(١)، ذكره المرتضى؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((أنت ومالك لأبيك))، وهو يقتضي العموم، لكن منع الإجماع^(٢) مما عدا الاستنفاق واللباس عند الحاجة إليه.

الثالث: سائر القرابات، ومن جملتهم الأولاد الكبار، قال الفقيه محمد بن سليمان: والأجداد أيضاً، وقال في التقرير: إنهم كالأبوين. فمن كان موسراً وله قريب معسر مسلم^(٣) يرثه الموسر^(٤) إذا مات وجبت نفقته عليه^(٥)، سواء كان المعسر كبيراً أو صغيراً، قوياً أو ضعيفاً، وقال الداعي: لا تجب نفقة الذكر الكبير على قريبه إلا إذا كان عاجزاً عن التكسب^(٦)، وقال مالك: لا تجب إلا للأب والابن فقط، وقال أبو حنيفة: للأب والابن وللسائر الأرحام المحارم إذا كانوا إناثاً أو ذكورا ضعفاء أو زمنين.

مسألة: وإذا كان الموسرون جماعة وجبت نفقته عليهم على قدر مواريتهم منه. فلو كان بعضهم موسراً وبعضهم معسراً وجبت نفقته كلها على الموسر، وقال في المنتخب^(٧): بقدر إرثه منه فقط، والباقي على الله.

مسألة: معسر له ثلاث أخوات متفرقات موسرات فعلى الأخت لأب وأم ثلاثة أخماس نفقته، وعلى الأخرتين خمسان.

(١) حيث لم يوجد من يصلح. (بحر معني).

(٢) يحقق الإجماع، إن قلت: الشافعي والإمام يحيى يميزان للقريب الإنفاق بغير أمر الحاكم في العروض، فليحقق الإجماع في الأب. (مفتي).

(٣) يحتز من المرتد فإنه يرثه ولا تجب نفقته عليه. (قرن).

(٤) بالنسب لا بالسبب. (قرن).

(٥) ويجب عليه إيصال نفقة القريب إلى محله؛ إذ هي واجبة عليه. اهـ وفي حاشية السحولي ترك بياضاً. اهـ وفي بعض الحواشي: وتكون نفقة القريب من باب الصلة والمواساة، فيجب عليه إيصالها إليه في البلد وميلها فقط. و(قرن).

(٦) قال: ويكفي الفقر في الصغار والإناث؛ لضعفهم.

(٧) ينظر هل للمنتخب موافق، وإلا فمع تأخر الأحكام يكون رجوعاً عنه فلا حكم له، وقد قال الإمام المهدي عليه السلام: إن الكلام الأول من كلام المجتهد كالمجتهد.

مسألة: معسرة لها بنت موسرة وثلاث أخوات متفرقات موسرات فنفقتها كلها على البنت؛ لمكان البنوة، فلو كانت البنت معسرة كانت نفقة أمها على الأخت لأب وأم وحدها^(١). فإن ماتت الأم وبقيت بنتها معسرة وخالاتها الموسرات لا وارث لها سواهن كانت نفقتها عليهن أخماساً^(٢).

مسألة: موسر له ابن أخ وبنت أخ معسران: فإن كانا أخوين وجبت نفقة الذكر عليه دون الأنثى؛ إذ لا يرثها، وإن كانا ابني عم^(٣) وجبت نفقتها على عمهما.

مسألة: أخوان معسران لهما عم موسر فلا شيء عليه لهما^(٤) حتى يموت أحدهما ووجبت نفقة الباقي.

مسألة: معسر له أخ لأم وأخت لأب موسران، وأم وعم معسران، فعلى الأخ لأم ربع نفقته^(٥) وعلى الأخت لأب ثلاثة أرباعها، وينفق الأخ على أمه، والأخت على عمها إن كانت ترثه^(٦).

(١) ونفقة البنت في بيت المال. (حيث) (قرو).

(*) لأنها الوارثة مع البنت. (بستان).

(٢) لأن الميراث بينهم بعد الرد من خمسة. (بستان).

(٣) بالنظر إليهما. اهـ وعبرة الكواكب: وإن كانا لأخوين له وجبت نفقتهم معاً. (بلفظه).

(٤) لأنه لا يرث أيهما مع بقاء الثاني.

(٥) قوله: «ربع نفقته» وذلك لأن له سهماً من ستة، وللأخت لأب ثلاثة، ولا موسر غيرها؛ فلهذا وجبت أرباعاً، هذا على قول الأحكام: إن النفقة كلها على الموسر، وأما على قول المنتخب فعليهما ثلثا النفقة فقط. (بستان).

(٦) هذا فيه نظر؛ لأن الأخت لا ترث العم^[١] مع وجود أخيها الذي لزمها ثلاثة أرباع نفقته، إلا أن يكون المنفق أنثى فإنها يشتركان في ميراث العم، وليس في الكتاب ما ينافي ذلك، فيحمل عليه. (من خط الإمام محمد بن علي الوشلي).

(*) يعني بعد موت الأخ المعسر، وإلا فلا ميراث لها فلا نفقة.

(*) وهي غير وارثة في هذه الحالة؛ لوجود الأخ المعسر؛ لكونها بنت أخ للعم، فهي من ذوي الأرحام، إلا أن يكون الأخ خنثى لبسة ولا مسقط لها غيره.

[١] بل قد أشار إليه بقوله: «إن كانت ترثه»، والله أعلم.

مسألة: والذي يستحقه المعسر على قريبه الموسر هو ما يحتاج إليه من النفقة^(١) والكسوة والسكنى والدواء^(٢)، على قدر ما يعتاده من هو مثله^(٣) من الفقراء في ذلك البلد، وكذا الخادم إذا كان لا يقدر أن يخدم نفسه لعجز أو مرض.

وللحاكم أن ينفق على المعسر من مال الموسر الغائب إذا كانت غيبته يجوز الحكم فيها عليه^(٤) بعد أن يأخذ من المعسر كفيلاً بالضمآن^(٥) إن تبين عدم وجوب نفقته عليه.

مسألة: وإذا أعطى الموسر قريبه المعسر نفقته لمدة مقدرة ثم ضاعت أو سرقت لزمه الإنفاق عليه، قال الفقيه محمد بن سليمان: وكذا لو أتلفها^(٦)، وقال المنصور بالله: إذا فرط في حفظها لم يجب إبدالها.

وإذا أعطاه نفقته لمدة مقدرة فتقوتها المعسر حتى مضت المدة وبقي بعضها لم يلزم الموسر له شيء حتى يفرغ الذي بقي، وإن استغرق ذلك في بعض المدة وجب إنفاقه في باقيها.

مسألة: وما فات^(٧) من نفقة كل قريب^(٨) فإنه لا يجب ضمانه^(٩)، إلا

(١) وأجرة الحضانة وقائد الأعمى وحامل المقعد ونحو ذلك. (معيار) (قررو).

(*) ولا يكفي الاقتصار على سد الرمق، ولا يجب الإشباع، بل ما يدفع ضرر الجوع به. قيل: ولا يحصل ذلك بدون مد لكل يوم، والكسوة والسكنى وغير ذلك حسب المعتاد لمثله من فقراء جهته، وحيث وجد بعض كفاية لم يجب له إلا تكميلها، ولو استغنى في بعض الأوقات بضيافة أو نحوها سقطت نفقة ذلك الوقت. (شرح أثمار).

(٢) والإدام. (قررو).

(٣) من مثله. (قررو).

(٤) بل ما يتضرر بها المنفق المعسر. (دواري) (قررو).

(٥) إن وجدته، وإلا أعطي.

(٦) ومع تفريطه يبقين ضمانها عليه. (قررو).

(*) واختاره المؤلف، قال: لكنه إذا عرف منه ذلك كان بنظر الحاكم. (وابل) (قررو).

(٧) يعني بالمطل. (قررو).

(*) وقال في الغيث: إن نفقة الصغير كنفقة الزوجة تبقى في ذمته.

(٨) ولو صغيراً.

(٩) ولو عاصباً. (قررو). [في شرح الأزهار: ولو كان الموسر عاصباً].

الزوجة. قال الفقيه محمد بن سليمان: وإذا أنفق الموسر على قريبه المعسر بنية الرجوع عليه فإنه يأثم ويستحق الرجوع عليه^(١) كما إذا أقرضه ذلك^(٢)، فلو اختلفا في نية الرجوع ففعل القول قول المنفق؛ لأن الظاهر العوض في الأعيان، ويحتمل أن البينة عليه؛ لأن الظاهر في إنفاقه أنه للإعسار.

مسألة: والمعسر الذي تجب نفقته على قريبه: هو من لا يملك قدر قوت عشرة أيام زائدا^(٣) على ما يستثنى للمفلس^(٤)، ذكره أبو العباس وأبو طالب والمنصور بالله. وقال المؤيد بالله: هو من لا يملك الغداء والعشاء زائدا على ما يستثنى للمفلس. وقال زيد بن علي وأبو حنيفة والوافي: هو من لا يملك النصاب زائدا على المستثنى.

مسألة: والموسر الذي يلزمه نفقة قريبه: هو من يملك زائدا على المستثنى^(٥) ما يكفيه هو ومن تلزمه نفقته ممن هو أخص من هذا المعسر^(٦) إلى وقت الدخل الذي يدخل عليه من غلة^(٧) أو تجارة أو صناعة وزيادة على ذلك، فينفق على المعسر من

(١) المذهب لا رجوع.

(*) قال شيخنا: لا تصح هذه المسألة على المذهب؛ لعدم الولاية عليه، إلا أن يأذن له. ومثله في حاشية في بيان البكري. (مفتي). و(قررد).

(٢) فإنها تسقط النفقة.

(٣) أو ما قيمته ذلك. (قررد).

(٤) وعن سيدنا إبراهيم حثيث: ما يستثنى للفقير. اهـ ومثله في الغيث وحاشية الهداية وتعليق الدواري، وقرره المفتي.

(*) فائدة: أينما وجب على الشخص حق استثنى له كالمفلس، وأينما وجب له حق استثنى له كالفقير، فعلى هذا يستثنى للمنفق كالمفلس وللمنفق كالفقير. (حثيث).

(٥) قيل: للفقير، وقيل: للمفلس.

(٦) الزوجات والأولاد الصغار والأبوان العاجزان، وقيل: المعسران ولو غير عاجزين. (قررد). والخادم. (قررد).

(٧) مما هو موقوف عليه، وإلا فهو يجب عليه بيع المال إن كان يملكه. (قررد).

هذه الزيادة، قال الفقيه علي: فلو لم يكن له دخل اعتبر أن تكون معه زيادة على قوت يوم وليلة^(١)، فينفق من الزائد على ذلك على قريبه الذي لا يملك ذلك القدر. وقال زيد بن علي وأبو حنيفة: إنه من يملك قدر النصاب زائداً على المستثنى.

الضرب الثالث: نفقة ما يملكه من العبيد والحيوانات، أما العبيد فعلى السيد شبع عبده وأمته الخادمين^(٢) من أي طعام وستر عوراتهما^(٣) وما يقيهما الحر والبرد، ولا يكلفهما من الخدمة إلا ما يطيقان الدوام عليه^(٤)، فإن كانا لا يخدمان^(٥) لم يلزمه إشباعهما، بل المستحسن الذي يضرهما النقصان منه. وندب له أن يطعمهم مما يأكل ويكسوهم مما يكتسي، وأن يسوي بين مماليكه في ذلك، إلا السرية فيفضلها^(٦).

مسائل: ومن لم ينفق على مملوكه أجبره الحاكم على إنفاقه أو بيعه أو تخليته يتكسب على نفسه إذا هو يمكنه، فإن امتنع من ذلك باعه عليه^(٧)، أو أكره

(١) والمختار فيمن لا دخل له كفاية الحول. (حديث). ومثله في المعيار. وفي شرح الفتح: وإن لم يكن له دخل فهو من يملك النصاب الشرعي، ذكره المؤلف رحمته الله، وهو قوي.

(٢) لا لو تورد على الخدمة مع القدرة عليها فلا نفقة له كالشوز. وهل تتبع الفطرة النفقة في السقوط كالزوجة الناشئة المعسرة أم يقال: لا تسقط هنا؛ لأن العبد لا يخاطب بها، وإنما المخاطب سيده، بخلاف الزوجة؟ (حاشية سحولي). الأقرب أنها لا تسقط، ذكره في هامش حاشية السحولي، وهو اختيار المتوكل على الله.

(٣) ليس هذا مقصوداً على ستر العورة، بل ما يليق به من الكسوة. وقيل: لا فرق.

(٤) ولو مما لا يليق به؛ لأن سيده مالك منافعه، فله أن يستعمله في أي أمر شاء، دَيْتاً كان أم لا، ونظره في حاشية السحولي. وفي الرياض: مما يليق به. والله أعلم.

(٥) لعجز من زمن أو مرض أو صغر أو عمى. (قررو).

(*) لعجز، لا إذا ترمداً فلا نفقة لهما أو لعدم ما يخدمه فيه^[١]، فإن امتنع من الخدمة سقطت نفقته.

(٦) كالبار من أولاده. (شرح بهران).

(*) لأن المقصود بها الاستمتاع، فاستحب لها التجميل بالكسوة ونحوها. (بستان).

(٧) ينظر في أم الولد. اهـ عن الشامي: يعتقها بعوض، وكذا في المدير. (قررو).

[١] وفي بعض الحواشي: إذا تعذرت الخدمة من جهة السيد فكالخادم، والله أعلم.

وأنفق عليه من أجرته، أو استقرض له ما ينفقه عليه، أو من بيت المال قرضاً^(١) أو مواساة^(٢) على ما يراه صلاحاً، وكذا إذا كان السيد غائباً غيبة يجوز الحكم فيها عليه^(٣).

مسألة: ومن رأى غيره^(٤) ممن هو محقون الدم^(٥) قد أصابته ضرورة الجوع^(٦) فعليه مواساته بما يسد رمقه من زكاته^(٧) ونحوها^(٨) إن كان عليه^(٩)، وإلا فمن ماله قرضاً أو مواساة ما لم يضطر هو إلى ما معه، وذلك فرض عين على الواحد وكفاية على الجماعة. وكذا في سائر الحيوانات المحترمة يواسيها من ماله،

(*) فإن لم يجد من يشتريه أعتقه. و(قررو). يقال: ولا أمكنه أن ي كاتبه أو يعتقه على مال شرطاً لا عقداً؛ لثلا يمتنع أو نحو ذلك. (قررو).

(*) فإن لم يكن ثم حاكم فله أن يبيع نفسه ويدفع الثمن إلى سيده، فإن لم يجد من يشتريه أعتق نفسه. (قررو). مع عدم الصلاحية. (قررو).

(١) حيث هو غني.

(٢) إذا كان سيده مستحقاً من بيت المال. (قررو).

(٣) المذهب ما يتضرر به المنفق عليه. (ذماري).

(٤) في البلد وميلها. (قررو).

(٥) وهو ما أمرنا بحفظه ونهينا عن قتله، لا مباح الدم كالحربي والمرتد والزاني المحصن والديوث والعقور ومن ضر المسلمين بقطع طريق أو نحوه، فهؤلاء وإن لم يجوز قتلهم في غير زمن الإمام أو في زمنه بغير أمره فهم داخلون في غير المحترم؛ إذ لا يجب حفظهم. (حاشية سحولي) و(قررو).

(٦) أو عطش أو برد أو نحو ذلك. (قررو).

(٧) حيث هو يستحقها، وإلا فمن ماله، كما إذا لم يكن عليه زكاة. (قررو). ولا يقال: إنه يصير منتفعا بزكاته لأنه يجب عليه إنفاقه؛ لأننا نقول: إنها لا تجب عليه نفقته إلا عند تعذر نفقته من بيت المال أو من الحقوق، فإذا تعذر ذلك كان القيام بنفقته من فروض الكفايات. (صعيتري).

(٨) ولو من مال الغير. (قررو).

(٩) وكان مصرفاً، وكان صاحب المال ممن يجوز له صرف زكاته إما لعدم إمام أو إذن أو نحو ذلك. (قررو).

وله الرجوع على مالكها إذا نواه^(١).

مسألة: فإن كان المملوك مشتركا بين اثنين أو أكثر فعلى كل واحد بقدر حصته، فإن أنفقه أحدهم بغير إذن الباقيين ولا امتناعهم ولا مغيبهم فهو متبرع، ومع امتناعهم أو غيبتهم إن كان بأمر الحاكم أو لم يكن ثم حاكم رجع عليهم إذا نوى الرجوع عند الإنفاق، وإن كان بغير أمر الحاكم مع وجوده في الناحية فقال أبو طالب: يرجع عليهم إذا نواه، وقال المؤيد بالله: لا يرجع. وهكذا في كل مشترك إذا غرم عليه أحد الشركاء وفي الوديع ونحوه ممن هو مأذون له بالإمساك إذا أنفق على ما هو في يده.

مسألة: ويجب على رب كل حيوان حتى الكلب^(٢) والهرة إطعامه أو علفه أو بيعه، أو تخليته يرعى حيث يمتع^(٣) ولا يخشى عليه^(٤) ولا منه، وهو باق على ملكه، وجنابته عليه، وأرش الجنابة عليه له، وليس لغيره أخذه إلا حيث أرسله رغبة عنه فمن أخذه ملكه^(٥)، وقبل أخذه هو باق على ملكه كما مر، إلا أن يقفه

(١) هذا على قول المؤيد بالله، وعند أبي طالب لا يصح الرجوع عليه، ذكره في الغيث. قال في شرح الأثرار: إذ هو كإنفاق القريب؛ بجامع الوجوب، والله أعلم.

(٢) الكلب لا يملك على المختار، فينظر فيه.

(٣) يعني في الأرض المعشبة التي فيها من الرعي ما يكفي الحيوان، فإن لم يكن فيها ما يكفيه أو كان من عادته أنه لا يأخذ بفيه ما يكفيه وجب على صاحبه تمام كفايته، وأما التسيب في المدن والأرض التي لا تنبت كالسبخة وأرض مصر لأنها قليلة المرعى فلا يكفي، بل يجبر على إنفاقه. (بستان).

(٤) ويجب عليه تأنيسها إذا خشي عليها التفجيع. (قررد).

(٥) ولو سيب العبد رغبة فهل يصح أن يملك نفسه فيعتق؟ ينظر. (حاشية سحولي). وقيل: إنه يعتق حيث نقل نفسه بنية تملكه^[١]. (هبل). والولاء لبيت المال؛ لأنه مال لا مالك له. (قررد). وقيل: يكون لسيد.

[١] وقيل: لا فرق، ويكون مثل الأحياء يكفي قصد الفعل. و(قررد).

لله تعالى^(١) أو ينذر به^(٢) على الفقراء.

(*) فلو أخذها أخذ ثم اختلف هو ومالكها، فقال مالكها: «لست راغبا عنها» وقال الآخذ: «بل رغبت عنها» فالأقرب أن القول قول من طابق قوله عرف الموضع الذي سببت فيه [١].
ويحتمل أن يأتي فيه الخلاف فيمن عرض معيياً للبيع. (تعليق هاجري).
(١) لكن يقال: ولايتها إليه ويجب عليه حفظها؛ لأن ولاية الوقف إلى الواقف، وفي النذر حفظها واجب حتى تقبض، فلا فائدة فيه. (شامي) (قررو).
(٢) وفيه نظر؛ لأن من شرط النذر في العين صحة الانتفاع بها، والمفروض أنه لا نفع فيها. (شرح أثمار). وكذا في الوقف لا تفيد الحيلة؛ لأن ولاية الوقف إلى الواقف، فهو مضمون عليه، ومن شرطه أن يكون للموقوف قيمة أيضاً.

[١] فإن لم يكن ثمة عرف فالظاهر بقاء الملك. (قررو).

باب الرضاع

إذا وصل جوف الطفل في حوله^(١) ولو من أنفه أو عينه أو أذنه - لا من دبره^(٢) - شيء من لبن امرأة ولو ميتة أو كافرة^(٣) بعد دخولها في السنة التاسعة^(٤) أو العاشرة على الخلاف فإنه يوجب التحريم. وعند أبي حنيفة أن مدة الرضاع الموجب للتحريم ثلاثون شهرا. وقال زفر: ثلاث سنين. وقالت عائشة^(٥): أبدا^(٦).

مسألة: وإذا وضع اللبن في فم الصبي ولم يعلم^(٧) نزوله إلى جوفه فلا تحريم^(٨). وإذا طبخ لبنها لم يمنع التحريم، وإن جعل جبنا ثم أكله الصبي فقال المؤيد بالله والشافعي: إنه يحرم، وقال الناصر وأبو طالب وأبو حنيفة: لا يحرم^(٩). قيل^(١٠): وكذا إذا استخرج منه الزبد فأكله صبي ففيه الخلاف،

(١) واعتبار الحولين من خروج بعض الولد لا من خروج جميعه، ذكره في شرح التنبيه. (شرح فتح). والأصح أنه من بعد خروجه جميعه. اهـ وأما الرضاع فيحرم ولو من قبل خروج جميعه. (شامي). وعن سيدنا عامر: لا يحرم إلا ما كان بعد انفصال جميعه.

(٢) قوله: «لا من دبره..» الخ لقوله ﷺ: ((الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم))، وليس كذلك. (بستان).

(٣) مع أن استرضاعها لا يجل؛ لنجاسة لبنها، وعن المؤيد بالله جواز ذلك. (زهور).

(٤) أما في التاسعة فلا يحرم إلا أن يعلم بلوغها بحيض أو نحوه، ذكره النجري عن الإمام المهدي عليه السلام.

(٥) والليث.

(٦) وأجمع على خلافه.

(٧) ولا ظن. (قرير).

(٨) لأن الأصل عدمه.

(٩) وعليه الأزهار في غالباً.

(*) إذ لا ينبت اللحم، بل يضر. وقال المؤيد بالله والشافعي: يحرم؛ إذ يفتق الأمعاء ويغذي، وقواه المؤلف. (شرح بهران).

(١٠) في (د): وقال الفقيه يحمي البحيح.

وقيل (١): بل يحرم وفاقاً (٢).

مسألة: وإنما يثبت التحريم إذا كان اللبن يمكن وصوله وحده إلى جوف الصبي، لا إن كان يسيراً لا يصل إلا مع غيره. ويعتبر أن يكون غالباً للعباب الصبي، لا إن غلبه اللعاب أو التبس حاله (٣) فلا تحريم، ذكره المؤيد بالله.

وقال الشافعي (٤): لا تحريم إلا إذا رضع الصبي خمس رضعات متفرقات (٥) بحيث يشبع في كل رضعة (٦).

مسألة: وإذا خلط لبن امرأة بلبن سائمة أو بهاء أو بطعام أو نحوه فإن كان غالباً لذلك حرم، وإن كان مغلوباً أو التبس حاله لم يحرم، خلاف أحد قولي الشافعي، وإن استويا فقال المنصور بالله والقاضي زيد: يحرم، وقال القاضي جعفر: لا يحرم. قال الفقيه يحيى البحيح: وتعتبر الغلبة بالاسم، وقيل: بالكيل (٧). وإذا خلط بلبن امرأة أخرى فلا حكم للغلبة، بل يثبت التحريم لهما معا إذا كان كل واحد يصل الجوف لو انفرد، وإن كانا لا يصلان إلا مع اجتماعهما فلا تحريم عليهما، بل على زوجهما إذا كان واحداً (٨)، وإن كان أحدهما يصل دون الثاني (٩) ثبت التحريم للذي

(١) في (ب، د): قال الفقيه محمد بن سليمان.

(٢) لأنه أبلغ في الغذاء. (برهان).

(٣) سواء كان اللبس من الأصل أو من بعد أن علم. (تعليق) (قررو).

(٤) وروي عن عائشة وابن الزبير. (كواكب).

(٥) قوله: «خمس رضعات» وحجته ما روي عن عائشة أنها قالت: كان فيما أنزل الله عشر رضعات معلومات يحرم، فنسخن بخمس رضعات معلومات، فمات الرسول ﷺ وهن مما يقرأ في القرآن. قلنا: لو كان قرآناً لتواتر نقله كسائر القرآن؛ ولأنه قال تعالى: ﴿وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ﴾ [النساء ٢٣] ولم يفصل، وعن علي عليه السلام: (الرضعة الواحدة كالمائة الرضعة). (بستان).

(٦) بحيث يأخذه الصبي لجوعه ويدعه لشبعه. (برهان).

(٧) لا بالوزن؛ لأنه قد يثقل الماء لو قلنا بالوزن. (قررو).

(٨) فإن كانتا امرأتين لرجلين لم يقتض التحريم لا على الرجلين ولا على المرأتين. (سماع).

(٩) ينظر لو علم أن لبن أحدهما يصل الجوف ثم التبس؟ لعله يقال: يغلب جنبه الحظر. (هبل) (قررو). وفي حاشية: لا يلحق بأبهما؛ لأن الأصل عدم الرضاع. (شامي).

يصل دون الثاني. وإن خلط بالسلم فلا تحريم^(١) مطلقاً^(٢)، ذكره في البحر.

مسألة: فأما لبن غير المرأة كالحثثي والرجل والسائمة فلا يوجب التحريم لو رضع منه صبيان، فلا يكونان أخوين، خلاف مالك في لبن السائمة.

مسألة: وإذا علم الرضاع والتبس هل وقع في حولي الطفل أو بعدهما ففيه وجهان، الأرجح عدم التحريم^(٣)؛ لأنه يحمل على الأقرب، وإن التبس هل وقع بعد دخول المرضعة في التاسعة^(٤) أو قبله ففيه احتمالان، الأرجح ثبوت التحريم^(٥)؛ لأن اللبن فيها دونها نادر^(٦).

مسألة: والتحريم هو أن يصير الرضيع ابناً للمرضعة وهي أمأ له، وزوجها صاحب اللبن أباً له وهو ابنا له، خلاف ابن عباس وابن مسعود وابن عمر وابن الزبير في الزوج^(٧). وكذا في كل من لحق به ولد المرأة كوطء الغلط^(٨) وفي الملك

(١) الأولى أنه يحرم^[١]، وهو مقتضى الأزهار في قوله: «أو غيره وهو الغالب».

(٢) لقوله ﷺ: ((الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم))، وهذا نقص اللحم وأنحف العظم. (بستان). وفي حاشية ما لفظه: هذا من كلام ابن مسعود وليس من كلام النبي ﷺ. (تفريح).

(٣) وهذا بعد تحقق تعديه الحولين، فأما لو التبس حال الرضاع هل قد تعدى عمره الحولين أم فيها فالأرجح التحريم؛ رجوعاً إلى الأصل. (قررو). وهو الصغر. (قررو).

(٤) وفي الأزهار: أو التبس دخول العاشرة.

(٥) وهذا مبني على أن قد تحقق دخولها في العاشرة، أو التاسعة على كلام الكتاب، والله أعلم.

(*) مع الإطلاق لا مع التاريخ.

(٦) وأيضاً فهو يحمل على أقرب وقت. والاحتمال الثاني لا تحريم؛ لأن الأصل عدمه. (بستان بلفظه).

(٧) حجبتنا أنه ﷺ: أذن لعائشة أن يلج عليها أفلح وقال: «إنه عمك»، وكانت قد أرضعت من امرأة أخيه. (زهور).

(٨) لعل هذا مبني على أن وطء الغلط يقتضي التحريم. (برهان). وأما على المختار فإنه لا يقتضي التحريم.

وشبهة الملك^(١) فإنه يكون لبن المرأة لها وله، ويثبت التحريم في حقها معا على الخلاف في الرجل.

مسألة: وهو يثبت حق الرجل في لبن المرأة متى علقته منه^(٢)، لا بالوطء وحده، خلاف المنصور بالله.

فرع: فيحرم على الرضيع كل من ولدته المرضعة من زوجها هذا^(٣) أو من غيره قبل الرضاع وبعده^(٤)، وكل من ولده زوجها صاحب اللبن منها أو من غيرها قبل الرضاع وبعده؛ لأنهم إخوته، وأولادهم أولاد إخوته، وأمها والمرضعة جداته، وأخواتها خالاته، وكذلك إخوتها، وأمها الرجل صاحب اللبن جداته، وإخوته وأخواته أعمام له وعمات له، وكذلك الحكم في خالات الخالات وعمات العمات وزوجات الأب وآبائه وزوجات الابن^(٥) وأبنائه. وأزواج المرضعة^(٦) على الرضيعة. وأولاد الرضيع ما تناسلوا أولاد للمرضعة وأمها وأبائها، وللرجل صاحب اللبن وآبائه وأمها. فأما إخوة الرضيع وأخواته فلا يدخلون في التحريم، وكذا آباؤه وأمها.

مسألة: ومن رضع من امرأة لم تزوج أو تزوجت ولم تعلق فهو ابن لها وحدها، ومتى علقته صار اللبن لها وللزوج^(٧) ما دام اللبن متصلا ولو طلقها،

(١) كأمة الابن إذا وطئها الأب، ولعله مع العلق. (قرر). حيث استهلك. (قرر).

(٢) ولحقه. (أزهار) (قرر).

(٣) اعلم أن ضابطه أنه يحرم على الرضيع مرضعته وزوجها صاحب اللبن وأصولهما وأزواجهم وفروعهما وأول فرع من كل أصل لها، ويحرم عليهما رضيعهما وفروعه وأزواجهم. (بستان).

(٤) في (أ، ج): أو بعده.

(٥) الرضيع.

(٦) قبل الرضاع وبعده. (برهان).

(٧) أو السيد.

ومتى انقطع^(١) بطل حقه منه ولو عاد من بعد، ولو بقيت تحته ما لم تحبل منه^(٢).
 فرع: فإن تزوجت بعد الأول واللبن باق فهو للأول حتى تعلق من الثاني،
 ثم يشتركان فيه حتى تضع^(٣) وانقطع حق الأول منه، وقال المنصور بالله: متى
 وطئها الثاني اشترك الزوجان في اللبن إلى الوضع، وقال الناصر: إنه للأول حتى
 يتبين الحمل وصار للثاني، وقال أبو حنيفة: للأول إلى أن تضع وصار للثاني.

مسألة: وإذا اجتمع من زوجات^(٤) رجل لبن قليل إلى قليل بحيث لا يصل
 إلى الجوف لبن كل امرأة وحده ثم أوجر طفلا صار ابنا للزوج لا هن^(٥).

مسألة: ومن تزوج أربع طفلات ثم ارتضعن من لبن امرأة في حالة
 واحدة^(٦) أو مرتبا^(٧) أو واحدة ثم ثلاثا أو ثنتين ثم ثنتين انفسخ نكاحهن، وإن
 ارتضعت ثلاث ثم واحدة انفسخ نكاح الثلاث دون الآخرة^(٨)، فلو التبست

(١) انقطاعا بالكلية لا لعلقة اهـ وقيل: على وجه لا يعود في العادة. (عامر). وقيل: ولو لمرض
 أو مجاعة اهـ وهو ظاهر الأزهار والبيان.

(٢) مرة أخرى، فيصير لها معا اهـ وقال في البحر: متى عاد اللبن عاد حق الزوج مطلقا.
 (بستان معني).

(٣) فإن وضعت توأمين فبالأول. (مفتي). وقيل: بالثاني من غير فرق، وقرره السحوي.

(*) ظاهره سواء كان منه أو من غيره ولو من زنا، فإنه ينقطع حقه بوضعها له. (قرير).

(٤) وكذا فيمن لحقه ولدها كالأمتين وأمتي الابن. (قرير).

(٥) هذا هو الأصح من وجهي أصحاب الشافعي، ورجحه الفقيه حسن للمذهب، والوجه
 الثاني أنه لا يصير ابناً له ولا هن. (بستان).

(٦) قوله: «في حالة واحدة» يعني بالإيجار من لبنها، والعلقة في هذه المسألة الجمع بين الأخوات.
 (بستان).

(*) وكيفية الحالة أن يخلب إلى أواني ويشرب في حالة واحدة. (زهور).

(٧) واحدة بعد واحدة. (برهان). فانفسخ نكاح الأولى بالثانية، والثالثة بالرابعة. (قرير).

(٨) لأنه لم يبق تحته أخت لها.

حرم من الجميع، ولا يخرج منه إلا بطلاق^(١)، وله أن يتزوج أيتها شاء من بعد إلا أن تكون المرضعة ممن يحرم عليه بناتها^(٢).

مسألة: ومن تزوجت طفلاً وفيها لبن من زوج أول فأرضعته انفسخ نكاحها^(٣) وسقط مهرها، إلا إن كان هو الراضع منها بغير فعل منها^(٤) وجب لها نصف مهرها. وتحرم هي على زوجها الأول صاحب اللبن؛ لأنها صارت امرأة ابنه هذا الرضيع، ذكره في المنتخب^(٥) والشرح والسادة والشافعي، خلاف الأحكام^(٦). قال الفقيه يوسف: وكذا لو رضع هذا الطفل بعد انفساخ نكاحه من امرأة رجل آخر فإنه يحرم على هذا الرجل الآخر نكاح المرأة التي كانت زوجة للطفل وأرضعته؛ لأنها صارت امرأة ابنه على الخلاف الأول.

فرع: وكذا يأتي^(٧) لو انفسخ نكاح هذا الطفل من زوجته هذه برضاعه من أختها^(٨) ثم إنها أرضعته من بعد فإنها تحرم على زوجها الأول؛ لأنها امرأة ابنه على الخلاف.

فرع: وكذا يأتي فيمن تزوج امرأة فيها لبن من غيره ولم تعلق منه، وله زوجة

(١) أو فسخ. (قررو).

(٢) كأختها ونحوها.

(٣) لأنها صارت أمه من الرضاع.

(٤) ظاهره ولو أمكنها دفعه. اهـ وفي بعض الحواشي: إذا أمكنها دفعه سقط مهرها. (قررو).

ووجهه أنها متعدية بتركها ومفرطة؛ إذ لبنها معها كالوديعة يجب حفظه. (شرح أثمار).

(٥) قوله: «ذكره في المنتخب» حجته أن الرضاع علة في البنوة، والبنوة علة في التحريم، ومن

حق العلة أن تتقدم المعلول، فلهذا كانت حليلة ابنه. وحجة الأحكام أن الحكم تابع للاسم،

وهي لا تسمى حليلة عند الانفساخ؛ لأنها لم تستقر الزوجية بعد ثبوت البنوة. قلنا: ولو

تقارنت البنوة والفسخ فقد صار فيه جنبه حظر وجنبه إباحة. (بستان).

(٦) ووجه كلام الأحكام أنه لم يصبر له ابناً إلا بعد انفساخ النكاح.

(٧) هذا الفرع والفرع الذي بعده لصاحب الكتاب على أصل المسألة. (بستان).

(٨) لأنها صارت خالة.

طفلة، فطلق إحداها ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة- فإنه يفسخ نكاح التي بقيت معه منها^(١)؛ لأنها صارت أم زوجته أو بنتها.

مسألة: ومن له زوجتان إحداها طفلة فأرضعتها الكبرى من لبن زوج أول^(٢) انفسخ نكاحهما، وتأبد تحريم الكبرى عليه مطلقاً، وكذا الصغرى إن كان دخل بالكبرى أو لمسها أو نظر إليها لشهوة، وإن لم فلا.

فرع: ويجب للكبرى مهرها إن كان دخل بها مطلقاً^(٣)، وإن لم يدخل بها^(٤) فإن كانت هي المرضعة للصغرى سقط مهرها، وإن كانت الصغرى هي التي ارتضعت من الكبرى بنفسها من غير فعل من الكبرى أو بفعل الغير فلها نصف مهرها^(٥).

فرع: ويجب للصغرى نصف مهرها إن كان الرضاع بفعل غيرها^(٦)، وإن كان بفعلها^(٧) سقط. ولا يرجع بها لزمه للكبرى على أحد إن كان دخل بها، وإن لم يدخل بها يرجع بها لزمه لها على الصغيرة إن كانت هي المرتضعة بنفسها^(٨)، أو على

(١) لكن إن كانت الباقية الصغيرة فلا بد أن يكون قد دخل بالكبيرة. (بستان).

(٢) أو لها فقط. (قررو).

(٣) يعني ولو كانت هي المرضعة للصغرى؛ لقوله ﷺ: ((فلها المهر بما استحلت من فرجها)). (بستان).

(٤) ولا خلى بها خلوة صحيحة. (حاشية سحولي). وظاهر الأزهار خلافه، بل لا بد من الوطء الحقيقي.

(٥) حيث لم يمكنه دفعها. (قررو).

(٦) يقال: تناول الثدي والمص فعل لها، وهو الموجب للفسخ دون تقريب الأجنبية، فينظر فيه. (مفتي). وقيل: لا اختيار للصغرى، فصارت كالملاجأة، فيثبت الرجوع عليه لذلك، وسواء بقي لها فعل أم لا، كما لو أكرهه على إتلاف ماله [مالها (نخ)]. (وشلي).

(٧) يعني: دبت على الكبيرة. وسقط مهرها لأنها كالمباشرة فلم يفترق الحال بين العلم والجهل، وهي متعدية أيضاً. (زهور).

(٨) هذا ذكره الفقيه علي، وشبهه بما لو نصب الصغير حجراً في الطريق، وكذا في الياقوتة.

الغير إن كان المرضع لها من الكبرى غيرها بغير إذن الزوج. ويرجع بما لزمه للصغرى على الكبرى إن كانت هي التي أرضعتها بغير إذن الزوج ولم يكن عند خوفها^(١) على الصغرى من عدم الرضاع، وإن كان عند خوفها عليها^(٢) أو بإذن الزوج لم يرجع عليها، وإن كان الرضاع بفعل غيرها بغير إذن الزوج رجع عليه^(٣).

مسألة: ومن أقر بالرضاع بينه وبين غيره مطلقاً فإنه يحمل على الرضاع الموجب للتحريم^(٤) ولو لم يفسره بأنه في الحولين، بخلاف ما إذا قامت الشهادة بالرضاع فلا بد أن يشهدوا أنه وقع في الحولين^(٥).

وليس لهم أن يشهدوا بالرضاع إلا حيث شاهدوا الصبي^(٦) يوجر من لبن المرأة، أو شاهدوه يمص من ثديها المص المتدارك^(٧) مع علمهم بأن فيها لبناً.

(١) والجهل. (قرر).

(٢) مع الجهل. (قرر). أي: جهل انفساخ النكاح. (قرر).

(٣) يعني على الغير.

(*) وإذا كان جاهلاً محسناً أو محسناً غير جاهل أو العكس فلا رجوع، هكذا معناه في شرح الأثر.

(٤) ويقال: هل المراد حيث لم يفسر المجمل أم لا يقبل منه ولو فسره بعد ذلك بما يحتمله، نحو أن يقول: وقع الرضاع بعد الحولين، لا سيما إذا كان من العوام الذين يعتقدون أنه يقتضي التحريم مطلقاً، وقد قالوا: لو قال: طلقها ثلاثاً ثم فسره بأنها متتابعة قبل تفسيره؟ (حاشية سحولي). القياس يقبل، إلا أن يكون فقيهاً أو مخالفاً للفقهاء، وقد صرح في البيان أنه يقبل ولو لم يفسر المجمل.

(٥) أو مطلقاً ويتصدق الزوجان بعد ذلك أنه في الحولين. (غيث). المراد بذلك حيث أضاف الشاهدان إلى وقت معلوم، نحو أن يقولوا: نشهد أنه ارتضع منها في السنة الفلانية، والزوجان منكران الرضاع، لكن قالوا: أما في السنة الفلانية التي أرخ بها الشاهدان فهذا الرضيع كان فيها في الحولين؛ إما بأن تكون تلك السنة هي سنة ولادته مثلاً، والمرضة كانت فيها في العاشرة. وهذا هو المراد بكلام الغيث، والله أعلم.

(*) ويكفي الإجمال من عارف. (شامي) (قرر).

(٦) ويكفي الإجمال من عارف. (قرر).

(٧) أي: المتتابع. وقال المؤلف: حركة الحلق وتجرع اللبن.

ويجوز لهم النظر إلى الثدي^(١) عند تحمل الشهادة^(٢).

فرع: والشهادة بالرضاع هي رجلان أو رجل وامرأتان أو رجل ويمين المدعي له. وقال مالك: امرأتان. وقال الشافعي: أربع نسوة. ولا تقبل شهادة المرضعة عندنا^(٣) مع غيرها - لأنها على فعلها - إلا إذا كان الفعل لغيرها^(٤)، ولو حصل منها تمكين من غير فعل أو حلبت لبنها ثم وضعت بين يدي الصبي ثم شربه فإنها تقبل شهادتها مع امرأة ورجل^(٥).

فرع: وإذا بين المدعي للرضاع بشهادة واحد وحلف معه على القطع^(٦) صح، وليس له أن يحلف إلا إذا علم بالرضاع ثم نسيه^(٧) عند زواجه ثم ذكره من بعد.

فرع: وإذا ادعى أحد الزوجين أن بينهما رضاعاً وأنكر الثاني: فإن كانت هي الزوجة فالبينة عليها، وإن كان هو الزوج فإنما يحتاج البينة لأجل ما يدعيه من سقوط المهر قبل الدخول أو وجوب الأقل بعده أو سقوط نفقة العدة أو الرجوع عليها بما أنفق^(٨) حيث الرضاع مجمع عليه^(٩)، فأما النكاح فقد انفسخ

(١) كله. (قررو).

- (٢) هذا حيث ثمة ما يوجب التحمل في الحال، كانفساخ نكاح أو غيره، لا لخشية ما يحصل في المستقبل. وعن الهبل: لا فرق، وهو ظاهر كلام أهل المذهب.
- (٣) إشارة إلى خلاف الشافعي وشرح الإبانة كما سيأتي في الشهادات.
- (٤) فيه نظر إلى آخر الفرع. (من خط سيدنا إبراهيم حثيث). وقال الدواري: لا تقبل مطلقاً؛ لأنها تثبت لنفسها البنوة. والله سبحانه أعلم.
- (٥) إذ لا فعل لها، ذكره أبو جعفر. وقيل: لا تقبل مطلقاً؛ لأنها تجر إلى نفسها البنوة. (دواري). وقرره حثيث والشامي.
- (٦) وذلك لأن يمينه موجبة، فتكون على القطع. (كواكب).
- (٧) لثلا يحد. (زهور).
- (٨) والأقرب أنه لا رجوع له؛ لأنه في مقابلة تسليم نفسها، ذكر معنى ذلك النجري.
- (٩) حيث قد حكم به حاكم أو بوقوع الفسخ به.

بإقراره بالرضاع.

مسألة: وإذا شهدت امرأة أو نسوة بالرضاع بين الزوجين ولم يصدقها الزوج استحب له الطلاق^(١) احتياطاً، وإن ظن صدقها فوجوباً^(٢) في الباطن، لا في الظاهر إلا أن يقر بحصول الظن أخذ به، فلو ادعت الزوجة عليه الظن^(٣) لزمته اليمين^(٤).

مسألة: وإذا تصادق الزوجان على الرضاع بينهما ثبت حكمه في بطلان النكاح وفي سقوط حقوق الزوجة كما مر، وإن أقر به الزوج وحده ثبت حكمه في بطلان النكاح، لا في سقوط حقوقها، وإن أقرت به وحدها لم يلزم الزوج قولها إلا أن يظن صدقها، فلو طلقها بعد إقرارها فلا مهر لها قبل الدخول، وبعده تستحق الأقل، إلا أن تقر أنها دخلت فيه عاملة بالرضاع فلا مهر لها ولزمها الحد إذا أقرت أربع مرات، وإذا مات زوجها لم ترثه، إلا أن ترجع إلى

(١) ووجه ذلك خبر عقبة بن عامر قال: يا رسول الله، إن امرأة سوداء ذكرت أنها أرضعتني وامرأتي، فقال رسول الله: ((فارقها))، فقال: أحشى أن تكون كذبت، قال: ((كيف وقد قيل))، دل الخبر على صحة ما ذكره السادة الهارونيون لمذهب الهادي عليه السلام من أنه لا يجب انفساخ النكاح بشهادة النساء وحدهن، يزيد تأكيداً أنه عليه السلام لم يقل: إنها حرمت عليه ولا فرق بينهما، وإنما فوض الأمر إليه فقال: ((فارقها)) كما يقال: طلقها؛ فلماذا قلنا: إنه لا يجب انفساخ النكاح، وإنما يستحب له فراقها؛ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: ((كيف وقد قيل))، فدل على أن مفارقتها مستحبة عند اعتراض الشبهة؛ لأنه صلى الله عليه وآله وسلم أشار إليه بمفارقتها على سبيل الاحتياط. (شفاء بلفظه).

(٢) بل احتياطاً.

(*) وفي شرح الأزهار ما لفظه: أي: متى غلب على ظن الرجل أن المرأة رضية له حرم عليه أن ينكحها، وإن كانت تحته سرحها، ويحتاط بطلاق^[١]. (بلفظه).

(٣) أي: أنه قد غلب في ظنه. (برهان).

(٤) وتكون اليمين على القطع. (قررو).

[١] ندبا. (قررو).

تصديق زوجها وتكذيب نفسها في ذلك كله استحقت ما قد سقط من حقوقها^(١)، كما إذا رجع المقر له إلى تصديق المقر بعد رده لإقراره وقبل تصديق المقر للمقر له في رده للإقرار، ذكر ذلك في الشرح.

فرع: وإذا لم يطلقها الزوج بعد إقرارها فعليها الهرب منه فيما بينها وبين الله تعالى إذا علمت صحة الرضاع، لا إن ظنته، قال الفقيه يحيى البحيح: ولا يجوز لها قتل الزوج دفعا عن نفسها^(٢)؛ لأنه لا يعلم صحة الرضاع، بخلاف مسألة الطلاق البائن^(٣) كما مر^(٤).

(١) وإنما صح رجوعها إلى تصديقه هنا وفي الرجعة وغيرها ولم يصح منه الرجوع بعد الإقرار لأن إقراره يسقط حقه، فلا يصح له الرجوع عنه، وإقرارها لم يسقط حق الزوج عنها، بل هو باق، فصح رجوعها إلى الإقرار به. وحيث صح رجوعها تستحق عليه الحقوق، والله أعلم. (حاشية سحولي). ولا يقال: هذا خلاف ما سيأتي في قوله: أو ما صودق فيه غالباً؛ لأن هناك في التحريم وهنا في الحقوق، فهو باق عليها لازم لها في الظاهر.

(*) قال الفقيه علي: لكن في الميراث يشترط أن يكون رجوعها قبل الموت؛ لأنه تصديق في حق الورثة. وفي الغيث ما يقضي بعدم اشتراط هذا.

(*) وكذا يحتمل في الميراث إذا مات وهي مقرة بالرضاع لا تترث كالمهر، إلا أن ترجع إلى التصديق بعدم الرضاع. (غيث).

(*) ومثل هذا في الصعيتي، وكذا في الزهور، قال: لأنها تجب عليها أحكام النكاح كالعدة فتستحق المهر والميراث. اهـ وفي الأزهار في آخر الإقرار في غالباً: أنه لا يصح الرجوع في الإقرار بالرضاع، فينظر، ولعله يحتمل صحة ما هنا في الحقوق وما عليها وهي العدة، وما سيأتي بالنظر إلى الحل، فيحقق. (شامي).

(٢) أما الرضاع المجمع عليه فتقتله. (شرح فتح). والمختلف فيه حيث لم يحكم بعدمه حاكم كما في التثليث والطلاق البائن، وقرره مشايخ ذمار. (قرود).

(٣) لأنه الذي أنشأه.

(٤) وهل تستحق النفقة أم لا؟ لعله يأتي على الخلاف بين الفقيه حسن والفقيه يوسف حيث ادعت عليه الطلاق البائن وحلف، فقال الفقيه يوسف: لا تستحقها، وقال الفقيه حسن: إنها تستحقها. (برهان).

مسألة: ومن أقر برضاع بينه وبين امرأة معينة^(١) أو المرأة أقرت بذلك ثم رجع المقر عن إقراره وأراد نكاحها فإن لم يصادقه الآخر في رجوعه منع من النكاح، وإن صادقه فيه فكذا يمنع عند الهدوية^(٢)، خلاف أحد قولي المؤيد بالله، وقال المنصور بالله وأبو حنيفة: يقبل رجوعه إذا قال: غلظت أو نسيت، قال المنصور بالله: وكان عدلاً أيضاً.

مسألة: ومن تزوج بامرأتين وقد كانت إحداها أقرت قبل الزواجة^(٣) بأنها رضية للثانية فإن تزوجها أولاً فنكاحها صحيح في الظاهر^(٤)، وإن تزوجها آخراً أو تزوجها بعقد واحد فنكاحها^(٥) غير صحيح.

(١) غير زوجة له.

(٢) قال مولانا رحمته الله: لأن الرجوع هنا عن الإقرار لا يصح على ما سيأتي في باب الإقرار. (غيث). ولفظ حاشية: وهو الذي في الأزهار في الإقرار في قوله: «أو ما صودق فيه غالباً». (*): لم يصح الرجوع هنا لأنه في النكاح لا يحل بعد صحة تحريمه المؤبد، بخلاف المال كما تقدم. (من خط المتوكل على الله).

(٣) أما لو كان إقرارها بذلك بعد النكاح بها فلا حكم له في الظاهر؛ لأنه إقرار على الغير. (كواكب) (قرير).

(٤) يعني نكاح الأولى والأخرى يكون صحيحاً؛ لأن إقرار المقررة على الأخرى لا يصح ما لم تصادقها قبل العقد بها، أعني الأخرى. (تبصرة، وصعيتري).

(٥) في (ب، ج): فنكاحها.

(*): قوله: «فنكاحها غير صحيح» يعني ويفرق بينها وبين الزوج إذا ثبت إقرارها بالبينة أو بإقرار الزوج، لا بإقرارها بعد النكاح. (بستان).

(*): يعني المقررة؛ لأنها مقررة على نفسها بأنه لا يصح عقده عليها لكون تحتها من الرضاع. (صعيتري).

الفهرس

٥	كتاب الصيام
١٥	فصل [في بيان ما يفسد الصوم]
٢٤	فصل [فيمن يجوز له الفطر وأحكامه]
٣١	فصل [في النذر بالصوم]
٤١	فصل [في الاعتكاف]
٥٤	كتاب الحج
٦٦	فصل [في بيان أشهر الحج ومواقيت الإحرام وما ينعقد به الإحرام]
٧٨	فصل [في بيان ما نهى عنه المحرم]
٩٠	فصل في صفة الحج
١٠٤	فصل [صفة التمتع]
١١٣	فصل [في شروط التمتع]
١١٦	فصل [في القارن]
١١٩	فصل [في مناسك الحج]
١٣٢	فصل [في بيان ما يوجب الفدية وما يوجب الجزاء وما يوجب القيمة]
١٥٤	فصل [في ذكر ما يفسد الحج وحكم الحج إذا فسد]
١٦٢	فصل في الإحصار
١٦٨	فصل [في ذكر الحج عن الميت والاستئجار له]
١٨٩	كتاب النكاح
١٨٩	[المحرمات من النساء]
٢١٤	فصل [في الولاية في النكاح]
٢٤٠	فصل: [في التعبد بالنكاح وذكر الخطبة]
٢٤٥	فصل: [في شروط النكاح]
٢٦٢	فصل: [في معاشرة الأزواج]
٢٧٢	فصل: [في المهور]

- فصل: [في الأمور التي يفسد المهر لأجلها] ٢٨٤
- فصل: [في عيوب النكاح] ٣١٢
- فصل: [في بيان ما يرتفع به النكاح وما يتعلق بذلك] ٣٢٠
- فصل: [في أحكام نكاح الذكور من المماليك] ٣٢٨
- فصل: [في اختلاف الزوجين] ٣٤٥
- فصل: [في استبراء الإماء] ٣٥٥
- فصل: [في وطء الإماء اللاتي لا يحل وطؤهن] ٣٦٢
- فصل: [في الفرائش الذي يثبت معه النسب] ٣٧٠
- فصل في أنكحة الكفار ٣٧٨
- كتاب الطلاق ٣٨٥
- فصل: [في حكم الحلف بالطلاق] ٤٧٠
- فصل: [في الخلع وشروطه] ٤٨٠
- فصل: [في أحكام الطلاق] ٥١٤
- فصل: [في العدة وأقسامها] ٥٢٣
- فصل: [في الرجعة] ٥٤٣
- فصل: [في اختلاف الزوجين] ٥٤٩
- باب الظهار ٥٥٩
- باب الإيلاء ٥٨٢
- باب اللعان ٥٩٣
- فصل: [في صفة اللعان] ٦٠٢
- باب الحضانة ٦١٢
- باب النفقات ٦٢٢
- باب الرضاع ٦٥٠
- الفهرس ٦٦٢