# الشرح الكبير على متن المقنع

## تأليف الشيخ الامام
## شمس الدين أبي محمد عبد الرحمن بن الشيخ أبي عمر محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي

## الجزء الثامن

كتاب الصداق
وهو مشروع والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى { وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين } وقوله تعالى : { وآتوا النساء صدقاتهن نحلة } قال أبو عبيد يعني عن طيب نفس بالفريضة التي فرض الله تعالى : النحلة الهبة ولا صداق في معناها لأن كل واحد من الزوجين يستمتع بصاحبه وجعل الصداق للمرأة كأنه عطية بغير عوض وقيل : نحلة من الله تعالى للنساء وقال تعالى : { فآتوهن أجورهن فريضة } وأما السنة فروى أنس [ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى على عبد الرحمن بن عوف ردع زعفران فقال النبي صلى الله عليه وسلم مهيم ؟ فقال يا رسول الله تزوجت امرأة قال : ما أصدقتها ؟ فقال وزن نواة من ذهب قال بارك الله لك أولم ولو بشاة ] متفق عليه وأجمع المسلمون على مشروعية الصداق في النكاح وللصداق تسعة أسماء : الصداق والصدقة والمهر والنحلة والأجر والفريضة والعلائق والعقر والحباء [ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أدوا العلائق قيل يا رسول الله وما العلائق ؟ قال : ما تراضى به الأهلون ] وقال عمر : لها عقر نسائها ويقال أصدقت المرأة ومهرتها ولا يقال أمهرتها



مسألة : ويستحب تخفيفه
مسألة : ويستحب تخفيفه لما [ روت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : أعظم النساء بركة أيسرهن مؤونة ] رواه أبو حفص بإسناده [ عن أبي العجفاء قال قال عمر : ألا لا تغلوا صداق النساء فإنه لو كان مكرمة في الدنيا وتقوى عند الله كان أولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا أصدقت امرأة من نسائه أكثر من اثنتي عشرة أوقية وإن الرجل ليغلو بصداق امرأته حتى يكون لها عداوة في قلبه وحتى يقول كلفت لكم علق القربة ] وأخرجه النسائي و أبو داود مختصرا و [ عن أبي سلمة قال سألت عائشة عن صادق النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : اثنتا عشرة أوقية ونش فقلت وما النش ؟ قالت نصف أوقية ] أخرجاه أيضا والأوقية أربعون درهما

مسألة : ويستحب أن لا يعرى النكاح من تسميته
مسألة : ويستحب أن لا يعرى النكاح من تسميته
لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج فلم يكن يخلي ذلك من صداق وقال للذي زوجه الموهوبة [ هل من شيء تصدقها ؟ قال : لا أجد شيئا قال : التمس ولو خاتما من حديد فلم يجد شيئا فزوجه إياها بما معه من القرآن ] متفق عليه ولأنه أقطع

للنزاع والخلاف فيه وليس ذكره شرطا بدليل قول تعالى { لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة } و [ روي أن رسول الله زوج رجلا امرأة ولم يسم لها مهرا ]



مسألة : ويستحب أن لا يزيد على صداق أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وبناته وهو خمسمائة درهم
مسألة : ويستحب أن لا يزيد على صداق أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وبناته وهو خمسمائة درهم
لما ذكرنا من حديث عائشة رضي الله عنها اقتداء برسول الله

مسألة : ولا يتقدر أقله ولا أكثره بل كل ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون صداقا
مسألة : ولا يتقدر أقله ولا أكثره بل كل ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون صداقا
وبهذا قال الحسن و عمرو بن دينار و ابن أبي ليلى و الأوزاعي و الليث و الشافعي و إسحاق و أبو داود وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وقال : لو أصدقها سوطا لحلت وعن سعيد بن جبير و النخعي و ابن شبرمة و مالك و أبو حنيفة أنه مقدر الأقل ثم اختلف فيه فقال مالك و أبو حنيفة أقله ما يقطع به السارق وقال ابن شبرمة : خمسة دراهم وعن النخعي أربعون درهما وعنه عشرون وعنه رطل من الذهب وعن سعيد بن جبير خمسون درهم واحتج أبو حنيفة بما [ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا مهر أقل من عشرة دراهم ] ولأنه يستباح به عضو فكان مقدارا كالذي به السارق
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم للذي زوجه : [ هل عندك من شيء تصدقها قال لا أجد قال : التمس ولو خاتما من حديد ] متفق عليه و [ عن عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضيت عن نفسك ومالك بنعلين قالت نعم فأجازه ] أخرجه أبو داود و الترمذي وقال حديث حسن صحيح و [ عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما كانت حلالا له ] رواه الإمام أحمد في المسند وفي لفظ [ عن جابر قال كنا ننكح على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على القبضة من الطعام ] رواه الأثرم ولأن قول الله تعالى : { وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم } يدخل فيه القليل والكثير ولأنه بدل منفعتها فجاز ما تراضيا عليه كالعشرة وكالاجرة وحديثهم غير صحيح رواته ميسرة بن عبيد وهو ضعيف عن الحجاج بن ارطاة وهو مدلس ورووه عن جابر وقد روينا عنه خلافة أو نحمله على مهر امرأة بعينها أو على الاستحباب وقياسهم لا يصح فإن النكاح استباحة الانتفاع بالجملة والقطع إتلاف عضو دون استباحته وهو عقوبة وحد وهذا عوض وقياسه على الأعواض اولى ن فأما أكثره فلا توقيت فيه بإجماع أهل العلم قاله ابن عبد البر وقد قال الله تعالى { وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا } وروي أبو حفص بإسناده أن عمر أصدق أم كلثوم بنت على أربعين ألفا وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : خرجت وأنا أريد أن أنهى عن كثيرة الصداق فذكرت هذه الآية { وآتيتم إحداهن قنطارا } قال أبو صالح القنطار : مائة رطل وقال أبو سعيد ملء مسك ثور ذهبنا وعن مجاهد سبعون ألف مثقال

مسألة : كل ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون صداقا من قليل وكثير وعين ودين ومعجل ومؤجل ومنفعة معلومة كرعاية غنمها مدة وخياطة ثوب ورد عبدها الآبق من موضع معين
مسألة : كل ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون صداقا من قليل وكثير وعين ودين ومعجل ومؤجل ومنفعة معلومة كرعاية غنمها مدة معلومة وخياطة ثوب ورد عبدها الآبق من موضع معين
ومنافع الحر والعبد سواء فقد روى الدارقطني بإسناده قال [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق قيل وما العلائق يا رسول الله ؟ قال : ما تراضى عليه الأهلون ولو قضيبا من أراك ] ورواه الجوزجاني وبهذا قال مالك و الشافعي قال أبو حنيفة منافع الحر لا يجوز أن تكون صداقا لأنها ليست مالا وإنما قال الله تعالى : { أن تبتغوا بأموالكم }
ولنا قول الله تعالى : { إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج } والحديث الذي ذكرناه ولأنها منفعة يجوز العوض عنها في الإجارة فجازت صداقا كمنفعة العبد وقولهم ليست مالا ممنوع فإنها يجوز المعوضة عنها وبها ثم أن لم تكن مالا فقد أجريت مجرى المال في هذا فكذلك في النكاح



مسألة : وإن كانت المنفعة مجهولة كرد عبدها أين كان
مسألة : وإن كانت المنفعة مجهولة كرد عبدها أين كان وخدمتها فيما شاءت لم يصح لأنه عوض في عقد معاوضة فلم يصح مجهولا كالثمن في المبيع والاجرة في الإجارة

مسألة : وكل ما يجوز أن يكون ثمنا في البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول
مسألة : وكل ما يجوز أن يكون ثمنا في البيع كالمحرم والمعدوم والمجهول
وما لا منفعة نفيه وما لا يتم ملكه عليه كالبيع من المكيل والموزون قبل قبضه وما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء وما لا يتمول عادة كقشرة جوزة وحبة حنطة لا يجوز أن يكون صداقا
لأنه نقل الملك فيه بعوض فلم يجز فيه ما ذكرناه كالبيع ويجب أن يكون له نصف يتمول عادة ويبذل العوض في مثله عرفا لأن الطلاق يعرض فيه قبل الدخول فلا يبقى للمرأة إى نصفه فيجب أن يبقى لها مال تنتفع به وتعتبر نصف القيمة لا نصف عين الصداق فإنه لو أصدقها عبدا جاز وإن لم تمكن قسمته
فصل : ولو نكحها على أن يحج بها لم تصح التسمية وبه قال الشافعي وقال : النخعي و الثوري و مالك و الأوزاعي وأصحاب الرأي و أبو عبيد : يصح
ولنا أن الحملان مجهول لا يوقف له على حد فلا يصح كما لو أصدقها شيئا
فصل : وإن أصدقها خياطة ثوب بعينه فهلك الثوب لم تفسد ولم يجب مهر المثل لأن تعذر ما أصدقها بعينه لا يوجب مهر المثل كما لو أصدقها قفيز حنطة فهلك قبل تسليمه ويجب عليه أجرة مثل خياطته لأن المعقود عليه العمل فيه تلف فوجب الرجوع إلى عوض العمل كما لو أصدقها تعلم عبدها صناعة فمات قبل التعليم وإن عجز عن الخياطة مع بقاء الثوب لمرض أو نحوه فعليه أن يقيم مقامه من يخيطه وإن طلقها قبل خياطته وقبل الدخول فعليه خياطة نصفه إن أمكن معرفة نصفه وإن لم يمكن فعليه نصف أجرة خياطته إلا أن يبذل خياطة أكثر من نصفه بحيث يعلم أنه قد خاط النصف يقينا وإن كان الطلاق بعد خياطته رجع عليها بنصف أجره وإن أصدقها تعليم صناعة أو تعليم عبدها صناعة صح ولأنه منفعة معلومة يجوز بذلك العوض عنها فجاز صداقا كخياطة ثوبها

مسألة : وإن تزوجها على منافعه مدة معلومة فعلى روايتين
مسألة : وإن تزوجها على منافعه مدة معلومة فعلى روايتين
إحداهما : لا يصح وقد نقل مهنا عن أحمد إذا تزوجها على أن يخدمها سنة أو أكثر كيف يكون هذا ؟ قيل له امرأة لها ضياع وأرضون لا تقدر على أن تعمرها قال لا يصلح هذا ووجه هذه الرواية أنها ليس مالا فلا يصح أن يكون مهرا كرقبته ومنفعة البضع وهذا قول أبي حنيفة ولأن المرأة تستحق على الزوج خدمته بدليل أنه إذا لم يقم لها من يخدمها أن يتولى خدمتها فإذا كانت خدمته مستحقة لها لم يجز أن يأخذ عليها عوضا
والثانية : يصح وهي أصح بدليل قصة موسى صلى الله عليه وسلم وقياسا على منفعة العبد وتأول أبو بكر رواية مهنا على ما إذا كانت الخدمة مجهولة فإن كانت معلومة جاز وكذلك نقل أو طالب عن أحمد التزويج على بناء الدار وخياطة الثوب جائز لأنه معلوم يجوز أخذ العوض عنه أشبه الأعيان وإن تزوجها على أن يأتيها بعبدها الآبق من مكان معلوم صح لذلك وإن أصدقها الآيتان به أين كان لم يصح لأنه مجهول

مسألة : وكل موضع لا تصح التسمية يجب مهر المثل
مسألة : وكل موضع لا تصح التسمية يجب مهر المثل
فإن أصدقها ما لا يجوز أن يكون صداقا كالخمر والخنزير وتعليم التوارة والإنجيل والمعدوم والآبق والطير في الهواء والمجهول كعبد وثوب ودار لا يفسد به النكاح في الصحيح من المذهب وعنه يفسد اختاره أبو بكر لأنه عقد معاوضة أشبه البيه ولنا أنم فساد المسمى ليس اكثر من عدمه وعدمه لا يفسد العقد كذلك هذا إذا ثبت هذا فإنه يجب لها مهر المثل لأنها لم ترض ببدل ولم يسلم البدل وتعذر به العوض فوجب رد بدله كما لو باعه سلعة بخمر فتلفت عند المشتري



مسألة : وإن أصدقها تعليم أبواب من الفقه أو الحديث أو قصيدة من الشعر المباح صح
مسألة : وإن أصدقها تعليم أبواب من الفقه أو الحديث أو قصيدة من الشعر المباح صح وكل ما يجوز أخذ الاجرة على تعليمه جاز وصحت التسمية لأنه يجوز أخذ الأجرة عليه فجاز صداقا كمنافع الدار

مسألة : وإن كان لا يحفظها لم يصح ويحتمل أن يصح ويتعلمها ويعلمها
مسألة : إن كان لا يحفظها لم يصح ويحتمل أن يصح ويتعلمها ويعلمها وجملته أنه ينظر في قوله فإن قال أحصل لك تعليم هذه الصورة صح لأن هذه منفعة في ذمته لا يخص بها فجاز أن يستأجر عليها من لا يحسنها كالخياطة إذا استأجر من يحصلها وإن قال على أن أعلمك فذكر القاضي في الجامع أنه لا يصح لأنه معين بفعله وهو لا يقدر عليه فأشبه ما لو استأجر من لا يحسن الخياطة ليخيط له وذكر في المجرد أنه يحتمل الصحة لأن هذا يكون في ذمته فأشبه ما لو أصدقها ما لا في ذمته لا يقدر عليه في الحال فعلى هذا يتعلمها ثم يعلمها أو يقيم لها من يعلمها

فصل : فإن جاءته بغيرها فقالت علمه السورة التي تريد تعليمي إياها لم يلزمه لآن المستحق عليه العمل في عين لم يلزمه إيقاعه في غيرها كما لو استأجرته لخياطة ثوب فاتته بغيره فقالت خط هذا ولأن المتعلمين يختلفون في التعليم اختلافا كثيرا وقد يكون له غرض في تعليمها فلا يجبر على تعليم غيرها فإن أتاها بغيره يعلمها لم يلزمها قبول ذلك لأن المعلمين يختلفون في التعليم وقد يكون لها غرض في التعليم منه لكونه زوجها تحل له ويحل لها ولأنه لما لم يلزمه تعليم غيرها لم يلزمها التعليم من غيره قياسا لأحدهما على الآخر

[ جزء 8 - صفحة 11 ]

مسألة : فإن تعلمتها من غيره فعليه أجر تعليمها
مسألة : فإن تعلمتها من غيره فعليه أجر تعليمها
وكذلك إن تعذر عليه تعليمها كما لو أصدقها خياطة ثوب فتعذر فإن أدعى أنه علمها فانكرته فالقول قولها لأن الأصل عدمه وفيه وجه آخر أنهما إن اختلفا بعد أن تعلمتها فالقول قوله لأن الظاهر معه وإن علمها السورة ثم نسيتها فلا شيء عليه لأنه قد وفى لها بما شرط وإنما تلف الصداق بعد القبض وإن لقنها الجميع وكلما لقنها شيئا نسيته لم يعتد بذلك تعليما لأن ذلك لا يعد تعليما في العرف ولو جاز ذلك لأفضى إلى أنه متى أقرأها بيتا من الشعر أو مسألة من الفقه أو لآية فقرأتها بلسانها من غير حفظ كان تلقينا ويحتمل أن يكون ذلك تلقينا لأنه قد لقنها وحفظها فأما دون الآية فليس تلقينا وجها واحدا

مسألة : فإن طلقها قبل الدخول وقبل تعليمها ففيه وجهان
مسألة : فإن طلقها قبل الدخول وقبل تعليمها ففيه وجهان
أحدهما : عليه نصف أجرة تعليمها لأنها قد صارت أجنبية فلا يؤمن في تعليمها الفتنة والثاني : يباح له تعلمها من وراء حجاب من غير خلوه بها كما يجوز له سماع كلامها في المعاملات وإن كان الطلاق بعد الدخول ففي تعليمها الجميع وجهان وإن طلقها قبل الدخول بعد تعليمها رجع عليها بنصف أجر التعليم لأن الطلاق قبل الدول وقبل الرد فعليه نصف أجر الرد لأنه لا يمكنه نصف الرد فإن طلقها بعد الرد رجع عليها بنصف الاجرة

[ جزء 8 - صفحة 12 ]

مسألة : وإن أصدقها تعليم شيء من القرآن معين لم يصح وعنه يصح
مسألة : وإن أصدقها تعليم شيء من القرآن معين لم يصح وعنه يصح
اختلفت الرواية عن أحمد في جعل تعليم شيء من القرآن صداقا فقال في موضع أكرهه وقال في موضع آخر لا بأس أن يتزوج الرجل المرأة على أن يعلمها سورة من القرآن أو على نعلين وهذا مذهب الشافعي قال أبو بكر في المسألة قولان يعني روايتين قال : واختياري أنه لا يجوز وهو مذهب مالك و الليث و أبي حنيفة و مكحول و إسحاق واحتج من أجازه بما [ روى سهل ين سعد الساعدي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت إني وهبت نفسي لك فقامت طويلا فقال رجل : يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فقال : هل عندك من شيء تصدقها فقال ما عندي إلا إزاري فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إزارك إن أعطيتها إياه جلست ولا إزار لك فالتمس شيئا قال لا أجد قال التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيئا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

زوجتكها بما معك من القرآن ] متفق عليه ولانا منفعة معينه مباحة فجاز جعلها صداقا كتعليم قصيدة من الشعر المباح
ولنا أن الفروج لا تستباح إلى بالأموال لقوله تعالى { أن تبتغوا بأموالكم } وقوله سبحانه { ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات } والطول المال وقد [ روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج رجلا على سورة من القرآن ثم قال : لا يكون لأحد بعدك مهرا ] رواه البخاري بإسناده ولأن تعليم القرآن لا يجوز أني يقع الاقربة لفاعله فلم يصح أن يكون صداقا كالصوم والصلاة وتعليم الإيمان وأما حديث الموهوبة فقد قيل معناه أنكحتكها بما بعك من القرآن أي زوجتكها لأنك من أهل القرآن كما زوج أبا طلحة على إسلامه فروى ابن عبد البر بإسناده أن أبا طلحة أتى أم سليم يخطبها قبل أن يسلم فقالت أتزوج بك وأنت تعبد خشبة تحتها عبد بني فلان ؟ إن أسلمت تزوجت بك قال فاسلم أبو طلحة فتزوجها على إسلامه وليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم ويحتمل أن يكون خاصا لذلك الرجل كما روى البخاري ولا تفريع على هذه الرواية فأما على قولنا بالصحة فلا بد من تعيين ما يعلمها إياه أما سورة أو سورا أو آيات بعينها لأن السور تختلف وكذلك الآيات

[ جزء 8 - صفحة 14 ]

مسألة : ولا يحتاج إلى ذكر قراءة من وقال أبو الخطاب يحتاج إلى ذلك
مسألة : ولا يحتاج إلى ذكر قراءة من وقال أبو الخطاب يحتاج إلى ذلك
لأن الأغراض تختلف فمنها صعب كقراءة حمزة وسهل فاشبه تعيين الآيات ووجه الأول ان هذا اختلاف يسير وكل حرف ينوب مناب صاحبه ويقوم مقامه ولذلك لم يعين النبي صلى الله عليه وسلم للمرأة قراءة وقد كانوا يختلفون في القراءة أشد من اختلاف القراء اليوم فأشبه ما لو أصدقها قفيزا من صبرة و للشافعي في هذا وجهان كهذين
فصل : ولو أصدق الكتابية تعليم سورة من القرآن لم يحز ولها مهر المثل وقال الشافعي : يصح لقوله تعالى : { حتى يسمع كلام الله }
ولنا أن الجنب يمنع قراءة القرآن مع إيمانه واعتقاده أنه حق فالكافر أولى وقد [ قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تسافروا بالقرآن إلى أرض العدو مخافة أن تناله أيديهم ] فالتحفظ أولى أن يمنع منه فأما الآية التي احتجوا بها فلا حجة لهم فيها فإن السماع غير الحفظ فإن أصدقها أو أصدق مسلمة تعليم شيء من التوراة لم يصح في المذهبين لأنه مبدل مغير ولو أصدق الكتابي الكتابية شيئا من ذلك كان كما لو أصدقها محرما

مسألة : وإن تزوج نساء بمهر واحد وخالعهن بعوض واحد صح ويقسم بينهن على قدر مهورهن في أحد الوجهين وفي الآخر يقسم بينهن بالسوية
مسألة : وإن تزوج نساء بمهر واحد وخالعهن بعوض واحد صح ويقسم بينهن على قدر مهورهن في أحد الوجهين وفي الآخر يقسم بينهن بالسوية
وجملته أنه إذا تزوج أربع نسوة في عقد واحد بمهر مثل أن يكون لهم ولي واحد كبنات الأعمام أو مولیات لولي واحد ومن ليس لهن فزوجهن الحاكم فالنكاح صحيح والمهر صحيح وبهذا قال أبو حنيفة وهو أشهر قولي الشافعي والقول الثاني أن المهر فاسد ويجب مهر المثل لأن ما يجب لكل واحدة منهن من المهر غير معلوم
ولنا أن الغرض في الجملة معلوم فلا يفسد لجهالته في التفصيل كما لو اشترى أربع أعبد من رجل بثمن واحد وكذلك الصبرة بثمن واحد وهو لا يعلم قدر كل قفيز منها فإذا ثبت هذا فإن المهر يقسم بينهن على قدر مهورهن في قول القاضي و ابن حامد وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه والشافعي وقال أبو بكر يقسم بينهن على بالسوية لأنه أضافه إليهن إضافة واحدة فكان بينهن بالسوية كما لو وهبه لهن أو أقر به وكما لو اشترى جماعة ثوبا بأثمان مختلفة ثم

باعوه مرابحة أو مساومة كان الثمن بينهم بالسوية وإن اختلفت رؤوس أموالهم ولأن القول بالتقسيط يفضي إلى جهالة العوض لكل واحد منهن وذلك يفسده
ولنا أن الصفقة اشتملت على شيئين مختلفي القيمة فوجب تقسيط العوض عليهما بالقيمة كما لو باع شقصا وسيفا أو اشترى عبدين فوجد أحدهما حرا فإنه يرجع بقيمته من الثمن وكذلك نص فيمن تزوج على جاريتين فإذا إحداهما حرة أنه يرجع بقيمة الحرة وما ذكره من المسألة ممنوع وإن سلم فالقيمة ثم وأحدة بخلاف مسألتنا
وأما الهبة والإقرار فليس فيهما قيمة يرجع إليها وتقسم الهبة عليها بخلاف مسألتنا وأفضاؤه إلى جهالة لا يمنع الصحة إذا كان معلوم الجملة ومثل هذه المسألة إذا خالع نساءه بعوض واحد فإنه يصح مع الخلاف فيه ويقسم العوض في الخلع على قدر مهورهن وعند أبي بكر يقسم بالسوية
فصل : فإن تزوج امرأتين بصداق واحد إحداهما ممن لا يصح العقد عليها لكونها محرمة عليه أو غير ذلك وقلنا بصحة النكاح في الاخرى فلها حصتها من المسمى وبه قال الشافعي على قول و أبو يوسف و قال أبو حنيفة المسمى كله للتي يصح نكاحها لأن العقد الفاسد لا يتعلق به حكم بحال فصار كأنه تزوجها والحائط بالمسمى
ولنا أنه عقد على عينين إحداهما لا يجوز العقد عليها فلزمه في الاخرى بحصتها كما لو باع عبده وأم ولده وما ذكروه لا يصح فإن المرأة في مقابلة نكاحها مهر بخلاف الحائط
فصل : فإن جمع بين نكاح وبيع فقال زوجتك ابنتي وتعبك داري هذه بألف صح ويقسط الألف عليهما على قدر صداقها وقيمة الدار وإن قال ك زوجتك ابتني واشتريت منك عبدك هذا بألف فقال : بعتكه وقبلت النكاح صح ويقسط الألف على العبد ومهر مثلها وقال الشافعي في احد قوليه لا يصح البيع والمهر لإفضائه إلى الجعالة
ولنا أنهما عقدان يصح كل واحد منهما منفردا فصح جمعهما كما لو باعه ثوبين وإن قال زوجتك ولك هذه الألف بألفين لم يصح لأنه كمدعجوة
فصل : قال رضي الله عنه : ويشترط أن يكون معلوما كالثمن فإن أصدقها دارا غير معينة أو دابة لم يصح
وهذا اختيار أبي بكر ومذهب الشافعي وقال القاضي : يصح مجهولا ما لم تزد جهالته على مهر المثل لأن جعفر بن محمد نقل عن أحمد في رجل تزوج امرأة على ألف درهم وخادم فطلقها قبل أن يدخل يقوم الخادم وسطا على قدر ما يخدم مثلها ونحو هذا قول أبي حنيفة فعلى هذا لو تزوجها على عبد أو أمة أو فرس أو بغل أو حيوان من جنس معلوم أو ثوب هروي أو مروي أو ما أشبهه مما يذكر جنسه فإنه يصح ولها القسط وكذلك قفيز حنطة وعشرة أرطال زيت فإن كانت الجهالة تزيد على جهالة مهر المثل كثوب أو دابة أو حيوان نأو على حكمها أو حكم أجنبي أو على حنطة أو شعير أو زبيب أو على ما اكتسبه من العام لم يصح لأنه لا سبيل إلى معرفة الوسط فيعذر تسليمه وفي الأول يصح لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ أدوا العلائق ما تراضى عليه الأهلون ] وهذا قد تراضوا عليه ولأنه موضع يثبت فيه الحيوان في الذمة بدلا عما ليس المقصود فيه المال فيثبت مطلقا كالدية ولأن جهالة التسمية ههنا أقل من جهالة مهر المثل لأنه يعتبر بنسائها من تساويها في صفاتها وبلدها وزمانها ونسبها ولأنه لو تزوجها على مهر المثل صح فههنا مع قلة الجهل أولى ويفارق البيع فإنه لا يحتمل فيه الجهالة بحال وقال مالك يصح مجهولا لأنه ليس بأكثر من ترك ذكره وإن أصدقها عبدا مطلقا لم يصح وهو قول أبي بكر وقال القاضي يصح ولها الوسط وهو السندي كما لو أصدقها عبدا أو ثوبا وذكر جنسه لأن له وسطا تعطاه المرأة



مسألة : وإن أصدقها عبدا من عبيده لم يصح
مسألة : وإن أصدقها عبدا من عبيده لم يصح

ذكره أبو بكر وقال أبو الخطاب يصح وقد روي صحته عن أحمد ولها أحدهما بالقرعة كذلك يخرج إذا أصدقها دابة من دوابه أو قميصا من قمصانه أن نحوه فإنه قد روي عن أحمد في رواية مهنا فيمن تزوج على عبد من عبيده جائز فإن كانوا عشرة عبيد تعطى من أوسطهم فإن تشاحا أقرع بينهم قلت : وتستقيم القرعة في هذا ؟ قال نهم ووجه ذلك أن الجهالة في هذا يسيرة ويمكن التعيين بالقرعة بخاف ما إذا أصدقها عبدا مطلقا فإن الجهالة تكثر ولا تصح

ولنا أن الصداق عوض في عقد معوضة فلم يصح مجهولا كعوض البيع والإجارة ولأن المجهول لا يصح عوضا في البيع فلم يصح تسميته كالمحرم وكما لو زادت جهالته على مهر المثل وأما الخبر فالمراد به ما تراضوا عليه مما يصلح عوضا بدليل سائر ما لا يصلح وأما الدية فإنها تثبت بالشرع لا بالعقد وهي خارجة عن القياس في تقديرها ومن جبت عليه فلا ينبغي أن تجعل أصلا ثم ان الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته فكيف يقاس عليه العبد المطلق في الأمرين ؟ ثم ليست عقدا وإنما الواجب فيها بدل متلف لا يعتبر فيه التراضي فهو كقيمة المتلفات فكيف يقاس عليها عوض في عقد يعتبر تراضيهما به ؟ ثم ان قياس العوض في عقد معوضة على عوض في معاوضة أخرى أصح وأولى من قياسه على بدل متلف وأما مهر المثل فإنما يجب عند عدم التسمية الصحيحة كما تجب قيم التلفات وإن كانت تحتاج إلى نظر ألا ترى أنا نصير إلى مهر المثل عند عدم التسمية ولا نصير إلى عبد مطلق ولو باع ثوبا بعبد مطلق فأتلفه المشتري فإنا نصير إلى تقويمه ولا نوج بالعبد المطلق ثم لا نسلم أن جهالة المطلق من الجنيس الواحد دون جهالة مهر المثل فإن العادة في القبائل والقرى أن يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلى بالبكارة ولاثيوبة فقط فيكون إذا معلوما والوسط من الجنس يبعد الوقف عليه لكثرة أنواع الجنس واختلافها واختلاف الأعيان في الأعيان في النوع الواحد وأما تخصيص التصحيح بعبد من عبيده فلا نظير له يقاس عليه ولا نعلم فيه نصا يصار إليه فكيف يثبت الحكم فيه بالتحكم ؟

وأما نصوص أحمد على الصحة فتأولها أبو بكر على أنه تزوجها على عبد معين ثم أشكل عليه إذا ثبت هذا فإن لها مهر المثل في كل موضع وحكمنا بفساد التسمية ومن قال بصحتها أوجب الوسط من المسمى والوسط من العبيد السندي لأن الأعلى التركي والرومي والأسفل الزنجي والحبشي والوسط السندي والمنصوري

فصل : وإن تزوجها على عبد موصوف في الذمة صح لأنه يجوز أن يكون عوضا في البيع فإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها وبهذا قال الشافعي وهو اختيار أبي طالب وقال القاضي يلزمها ذلك قياسا على الابل في الدية

ولنا أنها استحقت عليه عبدا بعقد معوضة فلم يلزمها أخذ قيمته كالمسلم فيه ولأنه عبد وجب صداقا فأشبه ما لو كان معيبا وأما الدية يلزمه أخذ قيمة الابل وإنما الأثمان أصل في الدية فيتخير بين أي الأصول شاء فيلزم الولي قبوله لا على طريق القيمة بخلاف مسألتنا ولأن الدية خارجة عن القياس فلا يناقض بها ولا يقاس عليها ثم قياس العوض على سائر الأعواض أولى من قياسه على عقود المعاوضات ثم ينتقض بالعبد المعين



مسألة : وكذلك إن أصدقها عبدا مطلقا فجاءها بقيمته أو خالعته على ذلك فجاءته بقيمته لم يلزمهما قبولها

مسألة : وكذلك إن أصدقها عبدا مطلقا فجاءها بقيمته أو خالعته على ذلك فجاءته بقيمته لم يلزمهما قبولها

وقال القاضي : يلزمهما ذلك الحاقا بالدية وقد ذكرنا الفرق بينهما وإن الصحيح خلاف قوله

فصل : وإن تزوجها على أ يعتق أباها صح نص عليه أحمد فإن طلبت أكثر من قيمته أو تعذر عليه فلها قيمته وهذا قول الشعبي لما نذكره في الفصل الذي يليه فإن جاءها بقيمته مع إمكان شرائه لم يلزمها قبوله لما ذكرناه ولأنه يفوت عليها الغرض في عتق أبيها
فصل : فإن تزوجها على أن يشتري لها عبدا بعينه فلم يبعه سيده أو طلب به أكثر من قيمته أو تعذر عليه فلها قيمته نص عليه أحمد في رواية الأثرم وقال الشافعي لا تصح التسمية ولها مهر المثل لأنه جعل ملك غيره عوضا فلم يصح كالبيع
ولنا أنه أصدقها تحصيل عبد معين فصح كما لو تزوجها على رد عبدها الآبق من مكان معلوم ولا نسلم أنه جعل ملك غيره عوضا وإنما العوض تحصيله وتمليكها إياه إذا ثبت هذا فإنه إن قدر عليه بثمن مثله لزمه تحصيله ودفعه إليها وإن جاءها بقيمته لم يلزمها قبولها لأن قدر على دفع صدقها إليها فلزمه كما لو أصدقها عبدا يملكه فإن تعذر عليه الوصول إليه لتكلفه أو غير ذلك أو طلب به أكثر من قيمته فلها قيمته لأنه تعذر الوصول إلى قبض المسمى المتقدم فوج بقيمته كما لو تلف فإن كان الذي جعل لها مثليا فلها مثله عند التعذر لأن المثل أقرب إليه



مسألة : وإن أصدقها طلاق امرأة له أخرى لم يصح وعنه يصح فإن فات طلاقها بموتها فلها مهرها في قياس المذهب
مسألة : وإن أصدقها طلاق امرأة له أخرى لم يصح وعنه يصح فإن فات طلاقها بموتها فلها مهرها في قياس المذهب
ظاهر المذهب أن المسمى ههنا لا يصح ولها مهر مثلها وهذا اختيار أبي بكر وقول الفقهاء لأن هذا ليس بمال وقد قال الله تعالى { أن تبتغوا بأموالكم } ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال [ لا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفي ما في صحيفتها ولتنكح فإن لها ما قدر لها ] صحيح و [ روى عبد الله به عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا يحل لرجل أن ينكح امرأة بطلاق أخرى ] ولأن هذا لا يصلح ثمنا في بيع ولا أجرا في إجارة فلم يصح صداقا كالمنافع المحرمة فعلى هذا يكون حكمه حكم ما لو أصدقها خمرا أو نحوه ويكون لها مهر المثل أو نصفه إن طلقها قبل الدخول أو المتعة عند من يوجبها في التسمية الفاسدة وعن أحمد رواية اخرى أن التسمية صحيحة لأن شرط فعل لها فيه نفع وفائدة لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها وضررها والغيرة منها فصح هذا كعتق أبيها وخياطة قميصها ولهاذا صح بدل العوض في طلاقها بالخلع فعلى هذا إن لم تطلق ضرتها فلها مثل صداق الضرة لأنه سمى لها صداقا لم تصل إليه فكان لها قيمته كما لو أصدقها عبدا فخرج حرا ويحتمل أن لها مهر مثلها لأن الطلاق لا قيمة له فإن جعل صداقها أن طلاق ضرتها إليها إلى سنة أو إلى وقت فجاء الوقت ولم تقض شيئا رجع الأمر إليه فقد أسقطه أحمد لأن جعله لها إلى وقت فإذا مضى الوقت ولم تقض فيه شيئا بطل تصرفها كالوكيل ن وهل يسقط حقها من المهر ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو بكر
أحدهما : يسقط لأنها تركت ما شرط لها باختيارها فسقط حقها كما لو تزوجها على عبد فأعتقه
والثاني : لا يسقط لأنها أخرت استيفاء حقها فلم يسقط كما لو أخرت قبض دراهمها وهل يرجع إلى مهر مثلها أو إلى مهر الأخرى ؟ يحتمل وجهين
فصل : الزيادة في الصداق بعد العقد تلحق به نص عليها أحمد قال : في الرجل يتزوج المرأة على مهر فلما رآها زادها في مهرها فهو جائز فإن طلقها قبل الدخول بها فلما نصف الصداق الأول ونصف الزيادة وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي : لا تلحق الزيادة في العقد فإن زادها فهي هبة تفتقر إلى شروط الهبة فإن طلقها بعد قبتها لم يرجع بشيء من

الزيادة قال وعن أحمد مثل ذلك فإن قال : إذا زوج رجل أمته عبده ثم أعتقهما جميعا فقالت الامة زدني في مهري حتى أختارك فالزيادة لازمة ولو لحقت بالعقد كانت الزيادة للسيد قال شيخنا وليس هذا دليلا على أن الزيادة لا تلحق بالعقد فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنها تلزم ويثبت فيها أحكام الصداق من التنصيف بالطلاق قبل الدخول وغيره لأن معناه أن الملك يثبت فيها قبل وجودها وأنها تكون للسيد وحجة الشافعي أن الزوج ملك البضع بالمسمى في العقد فلم يحصل بالزيادة شيء من المعقود عليه فلا يكون عوضا في النكاح كما لو وهبها شيئا ولأنها زيادة في عوض العقد بعد لزومه فلم تلحق به كما في البيع ولنا قوله الله تعالى : { ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة } ولأن ما بعد العقد زمن لفرض المهر فكان حالة الزيادة كحالة العقد وبهذا فارق البيع والإجارة وقولهم أنه لا يملك شيئا من المعقود عليه قلنا : هذا يبطل بجميع الصداق فإن الملك ما حصل به ولهذا صح خلوه عنه وهذا ألزم عندهم فإنهم قالوا مهر المنفروضة إنما وجب بفرضه لا بالعقد وقد ملك البضع بدونه ثم أنه يجوز أن يستند ثبوت هذه الزيادة إلى حالة العقد فيكون كأنه ثبت بهما جميعا كما قالوا في مهر المفوضة إذا فرضه وكما قليا جميعا فيما إذا فرض لها أكثر من مهر مقلها وإذا ثبت هذا فإن معنى لحوق الزيادة بالعقد أنه ثبت لها حكم المسمى في العقد في أنها تنصف بالطلاق قبل الدخول ولا تفتقر إلى شروط الهبة وليس معناه أن الملك يثبت فيها من حين العقد ولا أنها بثبت لمن كان الصداق له لأن الملك لا يجوز تقديمه على سببه ولا وجوده في حال عدمه وإنما يثبت الملك بعد سببه من حينئذ وقال القاضي : في الزيادة وجه آخر أنها تسقط بالطلاق
قال شيخنا : لا أعرف ذلك فإن من جعلها صداقا جعلها تستقر بالدخول وتتنصف بالطلاق قبله وتسقط كلها إذا جاء الفسخ من قبل المرأة ومن جعلها هبة لا تتصف بطلاقها إلا أن تكون غير مقبوضة فإنها عدة غير لازمة فإن كان القاضي أراد ذلك فهذا وجه وإلا فلا



مسألة : وإن تزوجها على ألف إن كان أبوها حيا وألفين إن كان ميتا لم تصح التسمية
مسألة : وإن تزوجها على ألف إن كان أبوها حيا وألفين إن كان ميتا لم تصح التسمية ولها صداق نسائها نص عليه أحمد في رواية مهنا لأن حال الأب غير معلومة فيكون مجهولا

مسألة : وإن تزوجها على ألف إن لم يكن له زوجة وعلى ألفين إن كانت له زوجة لم تصح التسمية
مسألة : وإن تزوجها على ألف إن لم يكن له زوجة وعلى ألفين إن كانت له زوجة لم تصح التسمية في قياس التي قبلها وكذلك إذا تزوجها على ألف إن لم يخرجها من دارها ونص أحمد على صحة التسمية في هاتين المسألتين قال أبو بكر : في الجميع روايتان :
إحداهما : لا يصح وهو اختيار أبي بكر لأن سبيله سبيل الشرطين فلم يجز كالبيع
والثاني : يصح لأن الألف معلوم وإنما جهل الثاني وهو معلوم على شرط فإن وجد الشرط كان زيادة في الصداق وهي جائزة والأولى والقول بأن هذا تعليق على شرط لا يصح لوجهين أحدهما : أن الزيادة لا يصح تعليقها على شرط فلو قال إن مات أبوك فقد زدتك إلى صداقك ألفا لم يصح ولم تلزم الزيادة عند موت الأب
والثاني : أن الشرط ههنا لم يتجدد في يقوله إن كان لي زوجة وإن كان أبوك ميتا ولا الذي جعل الألف فيه معلوم الوجود ليكون الألف الثاني زيادة عليه ويمكن الفرق بين المسألة التي نص أحمد على ابطال التسمية فيها وبين التي نص على الصحة فيها بأن الصفة التي جعل الزيادة فيها ليس للمرأة فيها غرض يصح بذلك العوض فيه وهو كون أبيها ميتا بخلاف المسألتين اللتين صحح التسمية فيهما فإن جلو المرأة من ضرة تعيرها وتقاسمها وتضيق

عليها من أكبر أغراضها وثقلته عند فواته فعلى هذا يمتنع قياس إحدى الصورتين على الاخرى ولا يكون في كل مسالة إلا رواية واحدة وقي الصحة في المسألتين الآخرتين والبطلان في المسألة الأولى وما جاء من المسائل الحق ما أشبهها به

[ جزء 8 - صفحة 25 ]

مسألة : وإذا قال العبد لسيدته أعتقيني على أن أتزوجك فأعتقته على ذلك عتق ولم يلزمه شيء وكذلك إن قالت لعبدها أعتقتك على أن تتزوج بي لم يلزمه ذلك يعتق ولم يلزمه قيمة نفسه
مسألة : وإذا قال العبد لسيدته أعتقيني على أن أتزوجك فأعتقته على ذلك عتق ولم يلزمه شيء وكذلك إن قالت لعبدها أعتقتك على أن تتزوج بي لم يلزمه ذلك يعتق ولم يلزمه قيمة نفسه
لأنها اشترطت عليه شرطا هو حق له فلم يلزمه كما لو شرطت عليه أن تهبه دنانير فيقبلها ولأن النكاح من الرجل لا عوض له بخلاف نكاح المرأة وكذلك لو شرط السيد على أمته أن تزوجه نفسها لم يلزمه ذلك

[ جزء 8 - صفحة 26 ]

مسألة : وإذا فرض الصداق مؤجلا ولم يذكر محل الأجل صح ومحله الفرقة عند أصحابنا وعند أبي الخطاب لا يصح
مسألة : وإذا فرض الصداق مؤجلا ولم يذكر محل الأجل صح ومحله الفرقة عند أصحابنا وعند أبي الخطاب لا يصح
يجوز أن يكون الصداق مؤجلا ومعجلا وبعضه معجلا وبعضه مؤجلا لأنه عقد في معاوضة فجاز ذلك فيه كالثمن ومتى أطلق اقتضى الحلول كما لو أطلق ذكر الثمن وإن شرطه مؤجلا إلى وقت فهو إلى أ - جله وإن شرطه مؤجلا ولم يذكر أجله فقال القاضي : يصح ومحله الفرقة عند أصحابنا قال أحمد : إذا زوج على العاجل والآجل لا يحل إلا بموت أو بعرقة وهذا قول النخعي و الشعبي وقال الحسن و حماد بن أبي سليمان و أبو حنيفة و الثوري و أبو عبيد : يبطل الاجل ويكون حالا وقال إياس بن معاوية لا يحل حتى تطلق أو يخرج من مصرها أو يتزوج وعن مكحول و الأوزاعي يحل إلى سنة بعد الدخول بها واختار أبو الخطاب فساد المسمي ولها مهر المثل وهو قول الشافعي ولأنه عوض مجهول المحل ففسد كثمن المبيع ووجه الأول أن المطلق يحمل على الفرقة والعادة وفي الصداق الآجل ترك المطالبة به إلى حين الفرقة فحمل عليه فيصير حينئذ معلوما بدلك فأما إن جعل الأجل مدة معلومة كقدوم زيد ونحوه لم يصح للجهالة وإنما صح المطلق لأن أجله الفرقة بحكم العادة وقد صرفه ههنا عن العادة بذكر الأجل ولم يبينه فبقي مجهولا فيحتمل أن تبطل التسمية ويحتمل أن يبطل التأجيل ويحل
فصل : قال رضي الله عنه : وإن أصدقها خمرا أو خنزيرا أو مالا مغصوبا صح النكاح ووجب مهر المثل نص عليه أحمد وبه قال عامة الفقهاء منهم الثوري و الأوزاعي و الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن أبي عبيد أن النكاح فاسد اختاره أبو بكر عبد العزيز وروي عن أحمد نحو ذلك فإنه قال وفي رواية المروذي : إذا تزوج على مال غير طيب فكرهه فقلت : ترى استقبال النكاح فأعجبه وحكي عن مالك أنهن يثبت إذا دخل بها وإن كان تقبله فسخ قالوا لأنه نكاح جعل الصداق فيه محرما فأشبه نكاح الشغار

ولنا أنه نكاح لو كان عوضه صحيحا كان صحيحا فوجب أن يصح وإن كان فاسدا كما لو كان مجهولا ولأنه عقد لا يبطل بجهالة العوض فلا يفسد تحريمه كالخلع ولأن رواية المروذي محمول على الاستحباب فإن مسألة المروذي في المال الذي ليس بطيب وذلك لا يفسد العقد بتسميته فيه وما حكي عن مالك لا يصح وما كان فاسدا قبل الدخول فهو بعده فاسد كنكاح ذوات المحارم فأما إذا فسد الطلاق لجهالته أو عدمه أو العجز عن تسليمه فالنكاح ثابت لا نعلم فيه اختلافا
فصل : ويجب مهر المثل في قول أكثر أهل العلم منهم مالك و الثورى و الشافعي و أبو ثور يبطلان التسمية ويرجع بالقيمة كلها في المسألتين كما في تفريق الصفقة قلنا لأن القيمة بدل إنما يصار إليها عند العجز عن الأصل و ههنا العبد المملوك مقدور عليه ولا عيب فيه وهو مستحق في العقد فلا يجوز الرجوع إلى بدله أما تفريق الصفقة فإنه إذا بطل العقد في الجميع صرنا إلى التمن وليس هو بدلا عن المبيع وإنما انفسخ العقد فرجع في رأس العقد وههنا لا ينفسخ العقد وإنما يرجع إلى قيمة الحر منهما لتعذر تسليمه فلا وجه لإيجاب قيمته أما إذا كان نصفه حرا ففيه عيب فجاز رده بعيبه وقال أبو حنيفة إذا أصدقها عبدين فإذا أحدهما حر فلها العبد وحده صداقا ولا شيء لها سواه
ولنا أنه أصدقها حرا فلم تسقط تسميته إلى غير شيء كما لو كان منفردا



مسألة : وإن وجدت به عيبا فلها الخيار بين أخذ أرشه أو رده وأخذ قيمته
مسألة : وإن وجدت به عيبا فلها الخيار بين أخذ أرشه أو رده وأخذ قيمته
وجملة ذلك أن الصداق إذا كان معينا فوجدت به عيبا فلها رده كالمبيع المعيب ولا نعلم في هذا خلافا إذا كان العيب كثيرا وإن كان يسيرا فحكي عن أبي حنيفة أنه لا يرد به
ولنا أنه عيب يرد به المبيع فرد به الصداق كالكثير إذا رد فلها قيمته ولا ينفسخ برده فيبقى سبب إستحقاق فتجب عليه قيمته كما لو غصبها إياه فأتلفه فإن كان الصداق مثليا كالمكيل والموزون فردته فلها عليه مثله لأنه أقرب إليه فإن اختارت إمساك المعيب وأخذ أرشه فلها ذلك في قياس المذهب وإن حدث به عيب عندها ثم وجدت به عيبا خيرت بين أخذ أرش عيبه لأنه عوض في عقد معوضة فيثبت فيه كلك كالبيع ن وسائر فروع الرد بالعيب ثبتت ههنا مثل ما تثبت في البيع والخلاف فيه كالبيع لما ذكرنا
فصل : فإن شرطت في الصداق صفة مقصود كالكتابة والصناعة فبان بخلافها فلها الرد كما ترد في البيع وهكذا إن دلسه تدليسا يرد به المبيع كتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها وتضمير الماء على الرحى وأشباه ذلك فلما الرد به وإن وجدت الشاة مصراة فلها ردها وترد صاعا من تمر قياسا على البيع ونقل مهنا عن أحمد فيمن تزوج امرأة على ألف ذراع فإذا هي تسعمائة هي بالخيار إن شاءت أخذت الدار وإن شاءت أخذت قيمة ألف ذراع والنكاح جائز وهذا فيما إذا أصدقها دار بعينها على أنها ألف ذراع فخرجت تسعمائة فهذا كالعيب في ثوب الرد لأنه شرط شرطا مقصودا فبان بخلافه فأشبه ما لو شرط العبد كاتبا فبان بخلافه وجوز أحمد الإمساك لأن المرأة رضيت بها ناقصة ولم يجعل لها مع الإمساك أرشا لأن ذلك ليس بعيب ويحتمل أن لها الرجوع بقيمة بعضها أو ردها وأخذ قيمتها
فصل : قال الشيخ رضي الله عنه وإن تزوجها على ألف لها وألف لأبيها صح
وجملة ذلك أنه يجوز لأبي المرأة أن يشترط شيئا من صداقها لنفسه وبهذا قال إسحاق وقد روي عن مسروق أنه لما زوج ابنته اشترط لنفيه عشرة آلاف فجعلها في الحج والساكين ثم قال : للزوج جهز امرأتك وروي ذلك عن علي بن الحسين وقال عطاء و طاوس و عكرمة و عمر بن عبد العزيز و الثوري و أبو عبيد يكون ذلك كله للمرأة

وقال الشافعي : إذا فعل فلها مهر المثل وتفسد التسمية لأنه نقص من صداقها لأجل هذا الشرط الفاسد لأن المهر لا يجب إلا للزوجة لكونه عوض بعضها فيبقى مجهولا لأننا نحتاج أن نضم إلى المهر ما نقص منه لأجل هذا الشرط وذلك مجهول فيفسد
ولنا قول الله تعالى في قصة شعيب صلى الله عليه وسلم { إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج } فجعل الصداق الإجارة على رعاية غنيمه وهو شرط لنفسه ولأن للوالد الأخذ من المال ولده بدليل قوله عليه الصلاة والسلام [ أنت و مالك لأبيك ] وقوله : [ إن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم ] أخرجه أبو داود وأخرج نحوه الترمذي وقال هذا حديث حسن فإذا شرط لنفسه شيئا من الصداق يكون ذلك أخذا من مال ابنته وله ذلك
قولهم هو شرط فاسد ممنوع قال القاضي ولو شرط جميع الصداق لنفيه صح بدليل قصة شعيب عليه والسلام فإن شرط الجميع لنفسه

[ جزء 8 - صفحة 30 ]

مسألة : فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بالألف الذي قبضته ولم يكن على الأب شيء مما أخذ
مسألة : فإن طلقها قبل الدخول رجع عليها بالألف الذي قبضته ولم يكن على الأب شيء مما أخذ
لأن الطلاق قبل الدخول يوجب تنصيف الصداق والألفان جميع صداقها فرجع عليها بنصفها وهو ألف ولم يكن على الأب شيء لأنه أخذ من مال ابنته الفا فلا يجوز عليه به وهذا فيما إذا كان قبضها الألفين فإن طلقها قبل قبضها سقط عن الزوج ألف وبقي عليه ألف للزوجة يأخذ الأب منها منا شاء وقال القاضي : يكون بينهما نصفين وقال : نقله مهنا عن أحمد لأنه شرط لنفسه النصف ولم يحصل من الصداق إلا النصف و ليس هذا القول على سبيل الإجاب فإن للأب أن يأخذ ما شاء ويترك ما شاء وإذا ملك الأخذ من غير شرط فكذلك إذا شرط
فصل : فإن شرط لنفسه جميع الصداق ثم طلق قبل الدخول بعد تسليم الصداق إليه رجع في نصف ما أعطى الأب لأنه الذي فرضه لها فيرجع في ننصفه لقوله تعالى : { فنصف ما فرضتم } ويحتمل أن يرجع عليها بنصفه ويكون ما أخذه الأب له لأننا قدرنا أن الجميع صار لها ثم أخذه الأب منها فتصير كأنها قبضته ثم أخذه منها وهكذا لو أصدقها ألفا لها وألفا لأبيها ثم ارتدت قبل الدخول فهل يرجع في الألف الذي قبضه الأب عليه أو عليه ؟ على وجهين

[ جزء 8 - صفحة 31 ]

مسألة : وإن فعل ذلك غير الأب فالكل لها دونه
مسألة : وإن فعل ذلك غير الأب فالكل لها دونه
إذا شرط ذلك غير الأب من الأولياء كالجد والأخ فالشرط بالطل نص عليه أحمد وجميع المسمى لها ذكره أبو حفص وهو قول من سمينا في أول المسألة وقال الشافعي : يجب مهر المثل وهكذا ذكر القاضي في المجرد لأن الشرط إذا بطل احتجنا أن نرد إلى الصداق ما نقصت الزوجة لأجله ولا نعرف قدره فيصير الكل مجهولا فيفسد وإن أصدقها الفين على أن تعطي أخاها ألفا فالصداق صحيح لأنه شرط لا يزاد في المهر من أجله ولا ينقص منه فلا يؤثر في المهر بخلاف التي قبلها
ولنا أن ما اشترطه عوض في تزويجها فيكون صداقا لها كما لو جعله لها وإذا كان صداقا انتفت الجهالة هكذا لو كان الأب هو المشترط لكان الجميع صداقا وإنما هو أخذ من مال ابنته

لأن له ذلك ويشترط أن لا يكون مجحفا بمال ابنته فإن كان مجحفا بمالها لم يصح الشرط وكان الجميع لها كما لو إشترطه سائر الأولياء ذكره القاضي في المجرد

[ جزء 8 - صفحة 32 ]

مسألة : وللأب تزويج ابنته البكر بدون صداق مثلها وإن كرهت
مسألة : وللأب تزويج ابنته البكر بدون صداق مثلها وإن كرهت
وجملة ذلك أن للأب تزويج ابنته بدون صلى الله عليه وسلم صداق مثلها بكرا كانت أو ثيبا صغيرة أو كبيرة وبه قال أبو حنيفة و مالك وقال الشافعي : ليس له ذلك فإن فعله فلها مهر مثلها لأنه عقد معوضة فلم يجز أن ينقص فيه عن قيمة المعوض كالبيع ولأنه تفريط في مالها وليس له ذلك
ولنا أن عمر رضي الله عنه خطب الناس فقال : ألا لا تغالوا في صداق النساء فما أصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا من نسائه ولا أحد من بناته أكثر من اثنتي عشرة أوقية وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكروه فكان اتفاقا منهم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان دون صداق المثل وزوج سعيد بن المسيب ابنته بدرهمين وهو من أشرف قريش شرفا وعلما ودينا ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها ولأنه ليس المقصود من النكاح العوض وإنما المقصود السكن والأزواج ووضع المرأة في منصب عند من يكفلها ويصونها ويحسن عشرتها والظاهر من الأب مع تمام شفقته وبلوغ نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا لتحصيل المعاني المقصود بالنكاح فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره ويفارق سائر عقود المعاوضات فإن المقصود فيها العوض فلم يجز تفويته

[ جزء 8 - صفحة 33 ]

مسألة : وإن فعل ذلك غيره بأختها صح
مسألة : وإن فعل ذلك غيره بأختها صح
ولم يكن لغيره الاعتراض إذا كانت رشيدة لأن الحق لها وقد أسقطته فأشبه ما لو أذنت في بيع سلعة لها بدون ثمن مثلها وإن فعله بغير إذنها وجب مهر المثل لأنه قيمة بضعها وليس للولي نقصها منه فوجب مهر المثل والنكاح صحيح لأن فساد التسمية وعدمها لا يؤثر في النكاح
فصل : وتمام المهر على الزوج لأن التسمية فاسدة ههنا لكونها غير مأذون فيها شرعا فوجب على الزوج مهر المثل كما لو زوجها لمحرم وعلى الولي ضمانه لأنه المفرط فكان عليه الضمان كما لو باع مالها بدون ثمن مثله قلا أحمد أخاف أن يكون ضامنا وليس الأب مثل الولي ويحتمل أن لا يلزم الزوج إلا المسمى والباقي على الولي كالوكيل في البيع

مسألة : وإن زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل صح ذمة الابن
مسألة : وإن زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل صح ذمة الابن
وفيه اختلاف ذكرناه فيما مضى لأن العوض له فكان المعوض عليه كالكبير وكثمن المبيع

مسألة : فإن كان معسرا فهل يضمنه الأب ؟ يحتمل وجهين
مسألة : فإن كان معسرا فهل يضمنه الأب ؟ يحتمل وجهين

ذكر شيخنا في كتاب المغني فيه روايتين مطلقا :
إحداهما : يضمنه نص عليه أحمد فقال تزويج الأب لابنه الطفل جائز الأب المهر لأنه التزم العوض عنه فضمنه كما لو نطق بالضمان والاخرى لا يضمنه لأنه عقد معاوضة ناب فيه عن غيره فلم يضمن عوضه كثمن مبيعه وكالوكيل قال القاضي وهذا أصح قال القاضي إنما الروايتان فيما إذا كان الابن معسرا وأما الموسر فلا يضمنه الأب رواية واحدة فإن طلق قبل الدخول سقط نصف الصداق فإن كان ذلك بعد دفع الأب الصداق عنه رجع نصفه إلى الابن وليس للأب الرجوع فيه بمعنى الرجوع في الهبة لأن الابن ملكه بالطلاق عن غير أبيه فأشبه ما لو وهبه الأب أجنبيا ثم وهبه الأجنبي للابن ويحتمل أن يرجع فيه لأن تبرع عن أبيه فلم يستقر الملك حتى استرجعه الابن وكذلك الحكم فيما لو قضى الصداق عن ابنه الكبير ثم طلق قبل الدخول فالحكم في الرجوع في جميعه كالحكم في الرجوع في نصفه بالطلاق



مسألة : وللأب قبض صداق ابنه الصغيرة بغير إذنها
مسألة : وللأب قبض صداق ابنه الصغيرة بغير إذنها
لأنه يلي مالها فكان له قبضه كثمن مبيعها ولا يقبض صداق الثيب الكبيرة إلا بإذنها إذا كانت رشيدة لأنها المتصرفة في مالها فاعتبر إذنا في قبضه كثمن مبيعها وفي البكر البالغة العاقلة روايتان :
أصحهما : أنه لا يقبضه إلا بإذنها إذا كانت رشيدة كالثيب
والثانية : له قبضه بغير إذنها لأنه يملك إجبارها على النكاح أشبهت الصغيرة وهو قول أبي حنيفة
فصل : قال الشيخ رضي الله عنه : وإن تزوج العبد بإذن سيده على صداق مسمى صح بغير خلاف نعلمه والمهر على سيده وكذلك النفقة ضمنها أو لم يضمنها وسواء كان مأذونا له في التجارة أو محجورا عليه نص عليه أحمد وعنه ما يدل على أن ذلك يتعلق بكسبه فإنه قال نفقته من ضريبته وقال إن كانت نفقته بقدر ضريبته أنفق عليها ولا يعطى الولي وإن لم يكن عنده ما ينفق فرق بينهما وهذا قوله الشافعي : لأنه لا يخلوا إما أن يتعلق برقبة العبد أو بذمته أو كسبه أو ذمة السيد لا جائزا أن يتعلق بذمة العبد يبتع به بعد العتق لأنه يستحق العوض في الحال معجلا فلا يجوز تأخير العوض ولا جائزا أن يتعلق برقبته لأنه وجب برضاء سيده أشبه ما لو افترض برضائه ولا جائزا أن يتعلق بذمة السيد لأنه إنما يتعلق بذمته ما ضمنه عن عبده ولم يضمن عنه المهر والنفقة تثبت تعلقه بكسبه ضرورة وفائدة الخلاف أن من ألزم السيد المهر والنفقة أوجبهما عليه وإن لم يكن للعبد كسب وليس للسيد الفسخ لعدم كسب العبد وللسيد استخدامه ومنعه الاكتساب ومن علقه بكسبه فللمرأة الفسخ إذا لم يكن له كسب لسيده منعه من التكسب
ولنا أنه حق تعلق بالعقد برضاء سيده فتعلق بسيده وجاز بيعه فيه كما لو أرهنه بدين فعلى هذا لو باعه سيده أو أعتقه لم يسقط المهر عن السيد نص عليه لأنه حق تعلق بذمته فلم يسقط ببيعه وعتقه كأرش جنايته فأما النفقة فانها تجدد فتكون في الزمن المستقبل على المشتري وعلى العبد إذا عتق



مسألة : وإن تزوج بغير إذن سيده لم يصح النكاح
مسألة : وإن تزوج بغير إذن سيده لم يصح النكاح

أجمع العلماء على أن العبد ليس له أن ينكح بغير إذن السيد فإن فعل لم ينفذ نكاحه في قول الجميع قال ابن المنذر : اجمعوا على أن نكاحه بالطل قال شيخنا : الصواب ما قلنا إن شاء الله تعالى فإنهم اختلفوا في صحته فعن أحمد في ذلك روايتان :
أظهرهما : إنه باطل وهو قول عثمان وابن عمر رضي الله عنهما وبه قال شريح وهو قول الشافعي وعن أحمد أنه موقوف على إجازة السيد فإن أجازه وإلا بطل وهو قول أصحاب الرأي لأنه عقد يقف على الفسخ فوقف على الإجازة كالوصية
ولنا ما [ روى جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر ] رواه الأثرم و الترمذي وقال حسن و أبو داود و ابن ماجة وروى الخلال بإسناده عن موسى بن عقبة عن نافع عن ابن عمر قال [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان ] قال أحمد ذكرت هذا الحديث لأبي عبد الله فقال : هذا حديث منكر رواه أبو داود و ابن ماجة عن ابن عمر موقوفا من قوله ولأنه عقد فقد شرطه فلم يصح كما لو تزوجها بغير شهود



مسألة : فإن فارقها قبل الدخول فلا شيء عليه
مسألة : فإن فارقها قبل الدخول فلا شيء عليه
لأنه عقد باطل فلا يوجب بمجرده شيئا كالبيع الباطل وهكذا سائر الانكحة الفاسدة لا توجب بمجردها شيئا فإن أصابها وجب لها المهر في الصحيح من ذهب رواه عن أحمد جماعة وروى عن حنبل أنه لا مهر لها إذ تزوج العبد بغير إذن سيده وهذا يمكن حمله على ما قبل الدخول فيكون موافقا الجماعة ويمكن حمله على عمومه في عدم الصداق وهو نقول ابن عمر ورواه الأثرم عن نافع قال : كان إذا تزوج مملوك لابن عمر جلده الحد وقال للمرأة : إنك أتحت فرجك وأبطل صداقها ووجهه أنه وطىء امرأة مطاوعة في غير نكاح صحيح فيلم يجب به مهر كالمطاوعة على الزنا قال القاضي : هذا كانا عالمين بالتحريم فأما أن جهلت ذلك فلما المهر لا ينقص عن وطء الشبهة ويمكن حمل هذه الرواية على أنه لا مهر لها في الحال بل يحب في ذمة العبد يتعلق به بعد العتق وهو قول الشافعي الجديد لأن هذا حق لزم رضاء من له حق فكان محله الذمة كالدين والصحيح أن المهر واجب لقوله عليه الصلاة والسلام [ أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها ] وهذا قد استحل فرجها فيكون مهرها عليه لأنه استوفى منافع البضع باسم النكاح فكان المهر واجبا كسائر الانكحة الفاسدة
فصل : ويتعلق المهر ترقبته يباع فيه إلا أن يفديه السيد ويحتمل بذمة العبد وقد ذكرناه وهذا أظهر لأن الوطء اجرة مجرى الجناية الموجبة للضمان بغير إذن المولى ولذلك وجب المهر ههنا وفي سائر الانكحة الفاسدة ولو لم تجر مجراها ما وجب شيء لأنه برضا المستحق
فصل : والواجب مهر المثل وهو قول أكثر الفقهاء لأنه وطء يوجب المهر فأوجب مهر المثل بكماله كالنكاح بلا ولي وسائر الانكحة الفاسدة وعنه يجب خمسا المسمى اختارها الخرقي ما روى الإمام أحمد بإسناده عن خلاس : إن غلاما لأبي موسى تزوج بمولاة تيحان التميمي بغير إذن مولاه فكتب أبو موسى في ذلك الى عثمان بن عفان فكتب إليه أن فرق بينهما وخذ لها الخمسين من صداقها وكان صداقها خمسة أبعرة ولأن المهر أحد موجي الوطء فجاز أن ينقص العبد فيه عن الحر كالحد والواجب خمسا أبعرة ولأنه لو اعتبر مهر المثل أوجب جميعه كسائر قيم التلفات وإلا وجبت القيمة وهي الأثمان دون الأبعرة ويحتمل أن يجب خمسا مهر المثل لأنه عوض عن جناية فكان المرجع فيه الى قيمة المحل كسائر أروش الجنايات وقيمة المحل مهر المثل
فصل : فإن كان الواجب زائدا على قيمة العبد لم تلزم السيد الزيادة لأن الواجب عليه ما يقابل قيمة العبد بدليل أنه لو سلم العبد لم يلزمه شيء فإذا أعطى القيمة فقد أعطى ما

يقابل الرقبة فلم تلزمه زيادة عليه وإن كان الواجب أقل من قيمة العبد لم يلزمه أكثر من ذلك لأنه أرش الجناية فلا يجب عليه أكثر منها والخيرة في تسليم العبد وفدائه الى السيد وقد ذكرنا ذلك في غير هذا الموضع
فصل : وإن أذن السيد لعبده في التزويج بمعينة أو من بلد معين أو من جنس معين فنكح غير ذلك فنكاحه فاسد والحكم فيه كما ذكرنا وإن أذن له في تزويج صحيح فنكح نكاحا فاسدا فكذلك لأنه غير مأذون له فيه وإن أذن له في النكاح وأطلق فنكح نكاحا فاسدا احتمل أن يكون كذلك لأن الاذن في النكاح لا يتناول الفاسد واحتمل أن يتناوله إذنه لأن اللفظ بإطلاقه يتناوله وإن له في نكاح فاسد وحصلت الإصابة فالمهر على سيدة لأنه بإذنه والله أعلم



مسألة : وإن زوج السيد عبده أمته لم يجب مهر ذكره أبو بكر والقاضي
مسألة : وإن زوج السيد عبده أمته لم يجب مهر ذكره أبو بكر والقاضي لا يجب للسيد على عبده مال وقيل : يجب الصداق على السيد ثم يسقط قاله أبو الخطاب قال : يجب المسمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى كيلا يخلوا النكاح عن مهر ثم يسقط لتعذر اثباته وقال أبو عبد الله إذا زوج عبده من أمته فأحب أن يكون بمهر وشهود قيل فإن طلقها ؟ قال : يكون الصداق عليه إذا أعتق قيل : فإن زوجها منه بغير مهر ؟ قال : قد اختلفوا فيه فذهب جابر الى أنه جائز لأن النكاح لا يخلو من مهر ولا يثبت للسيد على عبده مال فسقط

مسألة : وإن زوج عبده حرة ثم باعها أياه بثمن في الذمة تحول صداقها أو نصفه إن كان قبل الدخول الى ثمنه
مسألة : وإن زوج عبده حرة ثم باعها أياه بثمن في الذمة تحول صداقها أو نصفه إن كان قبل الدخول إلى ثمنه
إذا اشترت الحرة زوجها أو ملكته انفسخ النكاح لأن ملك النكاح واليمين يتنافيان لاستحالة كون الشخص مالكا لمالكه ولأن المرأة تقول : أنفق علي لأني امرأتك وأنا اسافر بك لأنك عبدي ويقول هو : أنفقي علي لأني عبدك وأنا اسافر بك لأنك امرأتي فيتنافى ذلك فثبت أقواهما وهو ملك اليمن وينفسخ النكاح لأنه أضعفهما ولها على سيده المهر إن كان بعد الدخول وعليها الثمن فإن كانا دينين من جني تقاصا وتساقطا إن كانا متساويين وإن تفاضلا سقط الأقل منهما بمثله وبقي الفاضل وإن اختلف جنسهما لم يتساقطا وعلى كل واحد منهما تسليم ما عليه الى صاحبه وقال الشافعي في احد قوليه يسقط مهرها لأنه دين في ذمة العبد فإذا ملكته لم يجز أن يثبت لها دين في ذمة عبدها كما لو اتلف لها مالا وهذا بناء منهم على أن المهر يتعلق بذمة العبد وقد بينا أنه يتعلق بذمة سيده فلا يؤثر ملك العبد في اسقاطه وذكر القاضي وجها أنه يسقط لأنه ثبوت الدين في ذمة السيد تبع لثبوته في ذمة العبد فإذا سقط من ذمة العبد سقط من ذمة السيد تبعا كالدين الذي على الضامن إذا سقط من ذمة المضمون عنه ولا يعرف هذا في المذهب ولأنه ثبت في الذمتين جميعا احداهما تبع للاخرى بل المذهب أنه لا يسقط بعد الدخول بحال فأما إن كان الشراء قبل الدخول سقط نصفه كما لو طلقها قبل الدخول بها وفي سقوط باقيه وجهان أحدهما : لا يسقط لأن زوال الملك إنما هو بفعل البائع فالفسخ إذا من جهته فلم يسقط جميع المهر والثاني : يسقط لأن الفسخ إنما تم بشراء المرأة فأشبه الفسخ بالعيب في أحدهما وفسخها لا عسارة وشراء الرجل امرأته فإن قلنا لا يسقط جميعه فالحكم في النصف الباقي كالحكم في جمعيه إذا فسخ النكاح بعد الدخول على ما ذكرنا
فصل : فإن باعها إياه بالصداق صح نص عليه وذكره أبو بكر والقاضي ويرجع عليها بنصفه إن قلنا يسقط نصفه أو بجميعة إن قلنا يسقط جميعه ويحتمل أن لا يصح قبل الدخول لكون

انفساخ النكاح جاء من قبلها فيبقى الشراء بغير عوض فلا يصح وهو قول أصحاب الشافعي لأن ثبوت البيع يقتضي نفيه فإن صحة البيع تقتضي فسخ النكاح وسقوط المهر يقتضي بطلاي البيع لأنه عوض ولا يصح بغير عوض ووجهه الأول أنه يجوز أن يكون ثمنا لغير هذا العبد فجاز أن يكون ثمنا له كغيره من الديون وما سقط منه رجع عليها به
فصل : قال رضي الله عنه : وتملك المرأة الصداق المسمى بالعقد
وهذا قول عامة أهل العلم وحكي عن مالك أنها لا تملك إلا نصفه وعن أحمد ما يدل على ذلك وقال ابن عبد البر هذا موضع اختلف فيه السلف والآثار وأما الفقهاء اليوم فعلى أنها وقول النبي صلى الله عليه وسلم [ إن أعطيتها إزارك جلست ولا إزار لك ] دليل على أن الصداق كله للمرأة لا يبقى للرجل منه شيء ولأنه عقد يملك به العوض بالعقد فملك فيه العوض كاملا كالبيع وسقوط نصفه بالطلاق لا يمنع وجوب جميعه بالعقد ألا ترى أنها لو ارتدت سقط جميعه وإن كانت قد ملكت نصفه



مسألة : فإن كان معينا كالعبد والدار فلها التصرف فيه ونماؤه لها وزكاته ونقصه وضمانه عليها سواء قبضته أو لم تقبضه متصلا كان النماء أو منفصلا وعليها زكاته إذا حال عليها الحول نص عليه أحمد
مسألة : فإن كان معينا كالعبد والدار فلها التصرف فيه ونماؤه لها وزكاته ونقصه وضمانه عليها سواء قبضته أو لم تقبضه متصلا كان النماء أو منفصلا وعليها زكاته إذا حال عليها الحول نص عليه أحمد
وإن تلف فهو من ضمانها ولو زكته ثم طلقت قبل الدخول كان ضمان الزكاة كلها عليها لأنها قد ملكته أشبه ما لو ملكته بالبيع إلا أن يمنعها قبضه فيكون ضمانه عليه لأنه بمنزلة الغاصب فإن زاد فالزيادة لها وإن نقص فالنقص عليه ويكون الخيار بين أخذ نصفه ناقصا وبين أخذ نصف قيمته أكثر ما كانت من يوم العقد الى حين القبض لأنه إذا زاد بعد العقد فالزيادة لها وإن يقص فالنقص عليه إلا أن تكون الزيادة لتغير السعر فقد ذكرناه في الغصب وعن أحمد فيمن تزوج على عبد ففقئت عينه وإن كانت قد قبضته فهو لها وإن لم تقبضه فهو على الزوج هكذا نقله مهنا فظاهر هذا انه جعله قبل قبضه من ضمان الزوج بكل حال سواء كان معنيا أو لم يكن كغير المعين وهو مذهب الشافعي



مسألة : فإن كان غير معين كقفيز من صبرة لم يدخل في ضمانها ولم تملك التصرف فيه إلا بقبضه كالبيع
مسألة : فإن كان غير معين كقفيز من صبرة لم يدخل في ضمانها ولم تملك التصرف فيه إلا بقبضه كالبيع
وجملة ذلك أن حكم الصداق حكم البيع في أن ما كان مكيلا أو موزونا لا يجوز لها التصرف فيه قبل قبضه وما عداه لا يحتاج الى قبض ولها التصرف فيه قبل قبضه وقال القاضي وأصحابه : ما كان معينا فلها التصرف فيه وما لم يكن معينا كقفيز من صبرة ورطل من زيت لم تملك التصرف فيه حتى تقبضه كالبيع وقد ذكرنا في المبيع وراية أخرى أنها لا تملك التصرف في شيء من قبل قبضه وهذا مذهب الشافعي وهذا أصل ذكر في البيع وذكر القاضي في موضع آخر إن ما لم ينتقض العقد بهلاكه كالمهر وعوض الخلع يجوز التصرف فيه قبل قبضه كالوصية والميراث وقد نص أحمد على هبة المرأة زوجها صداقها قبل قبضها

وهو نوع تصرف وقياس المذهب إن ما جاز لها التصرف فيه فهو من ضمانها إن تلف أو نقص وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمانها إن تلف أن نقص وما لا تصرف لها فيه فهو من ضمان الزوج إلا أن يمنعها من قبضه فيكون من ضمان الزوج ما لم تكن قبضته وهذا كمذهب الشافعي
فصل : وكل موضع قلنا من ضمان الزوج قبل القبض إذا تلف قبل قبضه لم يبطل الصداق بتلفه ويضمنه بمثله إن كان مثليا وبقيمته إن لم يكن مثليا وهذا قول أبي حنيفة و الشافعي في القديم وقال في الجديد يرجع الى مهر المثل لأن تلف العوض يوجب الرجوع الى المعوض فإذا تعذر رده رجع الى قيمته كالبيع ومهر المثل هو القيمة فوجب الرجوع إليه ولنا أن كل عين وجب تسليمها مع وجودها إذا تلفت مع بقاء سبب إستحقاقها فالواجب بدلها كالمغصوب ولاقرض والعارية وفارق المبيع إذا تلف فإن المبيع انفسخ زوال سبب الاستحقاق فإذا ثبت هذا فإن التالف في يد الزوج لا يخلو من أربعة أحوال
أحدها : أن يتلف بفعلها فيكون ذلك قبضا منها ويسقط عن الزوج ضمانه
الثاني : تلف بفعل الزوج من ضمانه على كل حال ويضمنه لها بما ذكرناه
الثالث : أتلفه أجنبي فلها الخيار بين الرجوع على الأجنبي بضمانه وبين الرجوع على الزوج ويرجع الزوج على الأجنبي
الرابع : تلف بفعل الله تعالى فهو على ما ذكرنا من التفصيل في صدر المسألة



مسألة : فإن قبضت صداقها ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه إن كان باقيا
مسألة : فإن قبضت صداقها ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه إن كان باقيا
لقول الله تعالى : { وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم } وليس في هذا اختلاف بحمد الله ويدخل في ملكه حكما كالميراث هذا قياس المذهب ولا يفتقر الى اختياره وإرادته فما يحدث من النماء يكون بينهما وهو قول زفر وذكر القاضي احتمالا أنه لا يدخل في ملكه حتى يختار كالشفيع وهو قول أبي حنيفة و الشافعي قولان كالوجهين فعلى هذا ما ينمى قبل ذلك فهو لها وعلى القول الآخر يكون بينهما نصفين ولنا قول الله تعالى : { فنصف ما فرضتم } أي لكل أو لهن فاقتضى ذلك أن النصف لها والنصف له بمجرد الطلاق ولأن الطلاق سبب يملك به بغير عوض فلم يقف الملك على إرادته واختياره كالإرث ولأنه سبب لنقل الملك فيه فنقل الملك بتجرده كالبيع وسائر الأسباب ولا تلزم الشفعة فإن سبب الملك فيها الأخذ ومتى أخذ بها ثبت الملك من غير ارادة واختيار وقبل الأخذ ما وجد السبب وإنما استحق بمباشرة سبب الملك ومباشرة الأسباب موقوفة على اختياره كما أن الطلاق مفوض الى اختياره فالأخذ بالشفعة نظير الطلاق وثبوت الملك للأخذ بالشفعة نظير ثبوت الملك للمطلق فإن ثبوت الملك حكم لهما وثبوت أحكام الأسباب يعد مباشرتها لا يقف على اختيار أحد ولا إرادته
فصل : فإن زاد زيادة منفصلة رجع في نصف الأصل والزيادة لها وإن كانت متصلة فهي مخيرة بين دفع نصفه زائدا وبين دفع نصف قيمته يوم العقد
وجملة ذلك أن الصداق إذا زاد بعد العقد لم يخل من أن تكون الزيادة غير متميزة كسمن العبد وكبره وتعلمه صناعة أو متميزة كالولد والكسب والثمرة فإن كانت متميزة أخذت الزيادة ورجع بنصف الأصل وإن كانت غير متميزة فالخبرة إليها إن شاءت دفعت إليه نصف قيمته يوم العقد لأن الزيادة لها لا يلزمها بذلها ولا يمكنها دفع الأصل بدونها فصرنا إلى نصف القيمة وإن شاءت دفعت إليه نصفه زائدا فيلزمه قبلوله لأنها دفعت إليه حقه وزيادته لا تضر ولا تتميز فإن كانت محجورا عليها لم يمكن له الرجوع إلا في نصف القيمة لأن الزيادة لها ولا يجوز لها ولا لوليها التبرع بشيء لا يجب عليها

مسألة : وإن كان ناقصا خير الزوج بين أخذ نصفه ناقصا وبين أخذ القيمة يوم العقد
مسألة : وإن كان ناقصا خير الزوج بين أخذ نصفه ناقصا وبين أخذ القيمة يوم العقد
إذا نقص الصداق بعد العقد فهو من ضمانها وقد ذكرناه مفصلا ولا يخلو من أن يكون النقص متميزا أو غير متميز فإن كان متميزا كعبدين تلف أحدهما فإنه يرجع بنصف الباقي ونصف قيمة التالف أو مثل نصف التالف إن كان من ذوات الأمثال وإن لم يكن متميزا كأن شاب فصار شيخا فنقصت قيمته أو نسي صناعة أو كتابة أو هزل فالخيار الى الزوج إن شاء رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها لأن ضمان النقص عليها فلا يلزمه أخذ نصفه لأنه دون حقه وإن شاء رجع بنصفه ناقصا فتحبر المرأة على ذلك لأنه رضي أن يأخذ نصف حقه ناقصا فإن اختار أن يأخذ أرش النقص مع هذا لم يكن له ذلك في ظاهر كلام الخرقي وهو قول أكثر الفقهاء وقال القاضي القياس أن له ذلك كالمبيع يمسكه ويطالب بالأرش وبما ذكرناه كله قال أبو حنيفة و الشافعي وقال محمد بن الحسن الزيادة غير المتميزة تابعة للعين فللزوج الرجوع فيها لأنا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة السوق
ولنا أنها زيادة حدثت في ملكها فلم تتنصف بالطلاق كالمميزة فأما زيادة السوق فليست ملكها وفارق نماء المبيع لأن سبب الفسخ العيب وهو سابق على الزيادة وسبب تنصيف المهر الطلاق وهو حادث بعدها ولأن الزوج يثبت حقه في نصف المفروض دون العين ولهذا لو وجدها ناقصة كان له الرجوع الى نصف بدلها بخلاف المبيع المعيب والمفروض مل يكن سمينا فلم يكن له أخذه والمبيع تعلق حقه بعينه فتبعه سمنه فأما إن نقص الصداق من جه وزاد من جه مثل أن يتعلم صناعة وينسى أخرى أو هزل وتعلم ثبت الخيار الكل واحد منها وكان له الامتناع والرجوع الى القيمة فإن اتفقا على نصف العين وجاز وإن امتنعت المرأة من بذلها فلما ذلك لأجل الزيادة وإن امتنع من الرجوع في نصفها فله ذلك لأجل النقص وإذا امتنع أحدهما رجع في نصف قيمتها
فصل : فإن أصدقها شقصا وقلنا للشفيع أخذه فأخذه ثم طلق الزوج رجع في نصف قيمته لزوال ملكها عنه فإن طلقها قبل الأخذ بالشفعة فطالب الشفيع قدم حقه في احد الوجهين : لأن حقه أسبق فإنه يثبت بالنكاح وحق الزوج ثابت بالطلاق ولأن الزوج الى بدل وهو نصف القيمة وحق الشفيع إذا بطل فإلى غير بدل
والثاني : يقدم الزوج لأن حقه ثبت بنص القرآن والإجماع فكان آكد وحق الشفيع مختلف فيه فعلى هذا يكون للشفيع أخذ النصف الباقي ما كان يأخذ به الجميع



مسألة : وإن كان تالفا أو مستحقا بدين أو شفعة فله نصف القيمة يوم العقد إلا أن يكون مثليا فيرجع بنصف مثله
مسألة : وإن كان تالفا أو مستحقا بدين أو شفعة فله نصف القيمة يوم العقد إلا أن يكون مثليا فيرجع بنصف مثله
وقال القاضي : له القيمة أقل ما كانت من يوم العقد الى يوم القبض قال شيخنا : هذا مبني على أن الصداق لا يدخل في ضمان المرأة إلا بقبضه وإن كان معينا كالمبيع في رواية فعلى هذا إن كانت القيمة وقت العقد أقل لم يلزمها إلا نصفها لأن الزيادة بعد العقد لها لأنها نماء ملكها فأشبهت الزيادة بعد القبض وإن كانت القيمة وقت القبض أقل لم يلزمها أكثر من نصفها لأن ما نقص من القيمة من ضمانه تلزمه غرامته لها فكيف يجب لها عليها ؟

فصل : فإن أصدقها نخلا حائلا فأطلعت ثم طلقها قبل الدخول فله نصف قيمتها يوم العقد وليس له الرجوع في نصفها لأنها زيادة متصلة فهي كسمن الجارية وسواء كان الطلع مؤبرا أو غير مؤبر لأنه متصل بالأصل لا يجب فصله عنه في هذه الحال فأشبه السمن وتعلم الصناعة فإن بذلت له المرأة الرجوع فيها مع طلعها لزمه ذلك لأنها زيادة متصلة لا يجب فصلها وإن قال اقطعي ثمرتك حتى أرجع في نصف الأصل لم يلزمها لأن العرف في هذه الثمرة أنها لا تؤخذ إلا بالجذاذ بدليل البيع ولأن حق الزوج انتقل الى القيمة فلم يعد الى العين إلا برضاهما فإن قالت المرأة اترك الرجوع حتى آخذ ثمرتي وترجع عليه الصلاة والسلام في نصف الأصل وأرجع في نصف الأصل وأمهلني حتى أقطع الثمرة أو قال الزوج أنا أصبر حتى إذا أخذت ثمرتك رجعت في الأصل أو قال أنا أرجع في الأصل وأصبر حتى تجذي ثمرتك لم يلزم أحدهما قبول قول الآخر لأن الحق انتقل الى القيمة فلم يعد الى العين إلا بتراضيهما ويحتمل أن يلزمها قبول ما عرض عليها لأن الضرر عليه فأشبه ما لو بذلت له نصفها مع طلعها وكما لو وجد العين ناقصة فرضي بها وإن تراضيا على شيء من ذلك جاز والحكم في سائر الشجر كالحكم في النخل واخراج النورد في الشجر بمنزلة الطلع الذي لم يؤبر
فصل : فإن كانت أرضا فحرثها فتلك زيادة محضة إن بذلتها له بزيادة لزمه قبولها كالزيادات المصلة كلها وإن لم تبذلها دفعت نصف قيمتها وإن زرعتها فحكمها حكم النخل إذا طلع إلا في موضع المتصلة كلها وإن لم تبذلها دفعت نصف قيمتها وإن زرعتها فحكمها حكم النخل إذا طلع إلا في موضع واحد وهو أنها إذا بذلت نصف الأرض مع نصف الزرع لم يلزمه قبلوه بخلاف الطلع مع النخل والفرق بينهما من وجهين :
أحدهما : أن الثمرة لا تنقص بها الشجرة والأرض تنقص بالزرع وتضعف
والثاني : أن الثمرة متولدة من الشجر فهي تابعة له والزرع ملكها أودعته في الأرض فلم يجبر على قبوله وقال القاضي يجبر على قبوله كالطالع سواء وقد ذكرنا ما يقتضي الفرق ومسائل الغراس كمسائل الزرع فإن طلقها بعد الحصاد ولم تكن الأرض زادت ولا نقصت رجع في نصفها وإن نقصت بالزرع أو زادت به رجع في نصف قيمتها إلا أن يرضى بأخذها ناقصة أو ترضى هي ببذلها زائدة
فصل : فإن أصدقها خشبا فشقته أبوابا فزادت قيمته لم يكن له الرجوع في نصفه لزيادته ولا يلزمه قبول نصفع لأن نقص من وجه فإنه لم يبق مستعدا لما كان يصلع له من التسقيف وغيره وإن أصدقها ذهبا أو فضة فصاغته حليا فزادت قيمته فلها منعه من نصفه وإن بذلت له النصف لزمه القبول لأن الذهب لا ينقص بالصياغة ولا يخرج عن كونه مستعدا لما كان يصلح له قبل صياغته وإن أصدقها دنانير أو دراهم أو حليا فكسرته ثم صاغته على غير ما كان عليه لم يلزمه قبول نصفه لأنه نقص في يدها ولا يلزمها بذل نصفه لزيادة الصناعة التي أحدثتها فيه وإن أعادت الدراهم والدنانير الى ما كانت عليه فله الرجوع في نصفها وليس له طلب قيمتها لأنا عادت الى ما كانت عليه من غير نقص ولا زيادة فأشبه ما لو أصدقها عبدا فمرض أو برئ وإن صاغت الحلي على ما كان عليه ففيه وجهان :
أحدهما : له الرجوع كالدراهم إذا أعيدت
والثاني : ليس له الرجوع في نصفه لأنا جددت فيه صناعة فأشبه ما لو صاغته على صفة أخرى ولو أصدقها جارية فهزلت ثم مننت فعادت الى حالتها الاولى فهل يرجع في نصفها ؟ على وجهين



مسألة : وإن نقص الصداق في يدها بعد الطلاق فهل تضمن بعضه يحتمل وجهين
مسألة : وإن نقص الصداق في يدها بعد الطلاق فهل تضمن بعضه ؟ يحتمل وجهين
أما إن كانت منعته منه بعد طلبه فعليها الضمان لأنها غاصبة وإن تلف قبل مطالبته فقياس المذهب أنه لا ضمان عليها لأنه حصل في يدها بغير فعلها ولا عدوان من جهتها فلم تضمنه

كالوديعة وإن اختلفا في مطالبته لها فالقول قولها لأنا منكرة وفيه وجه آخر : أن عليها الضمان لأنه حصل في يدها من غير إذن الزوج لها في امساكه أشبهت الغاصب وهذا قول أصحاب الشافعي قالوا لأنه حصل في يدها بحكم قطع العقد فأشبه البيع إذا ارتفع العقد بالفسخ والأول أولى لما ذكرناه وأما البيع فيحتمل أن يمنع وإن سلمنا فإن الفسخ إن كان منهما أو من المشتري فقد حصل منه التسبب الى جعل ملك غيره في يده وفي مسألتنا ليس من المرأة فعل وإنما حصل ذلك بفعل الزوج وحده فأشبه ما لو ألقى ثوبه في جارها بغير إذنها



مسألة : وإن قال الزوج نقص قبل الطلاق فعليك ضمانه وقالت بعده فالقول قولها مع يمينها
مسألة : وإن قال الزوج نقص قبل الطلاق فعليك ضمانه وقالت بعده فالقول قولها مع يمينها
لأنه ادعى ما يوجب الضمان عليها وهي منكرة والقول قول المنكر
فصل : إذا خالع امرأته بعد الدخول ثم تزوجها وطلقها قبل دخلوله بها فلها في النكاح الثاني نصف الصداق المسمى فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لها جميعه لأن حكم الوطء موجود فيه بدليل أنا لو أتت بولد لزمه ولنا قول الله تعالى : { وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم } ولأنه طلاق من نكاح صحيح لم يمسها فيه فوجب أن يتنصف المهر كما ول تزوجها بعد العدة وما ذكره غير صحيح فإن لحوق النسب لا يقف على الوطء عنده فلا يقوم مقامه فأما إن كان لم يدخل بها النكاح الأول فعليه نصف الصداق للنكاح الأول ونصف الصداق للنكاح الثاني بغير خلاف
فصل : إذا طلق المرأة قبل الدخول وقد تصرفت في الصداق بعقد من العقود لم يخل من ثلاثة أقسام
أحدها : ما يزيل الملك عن الرقبة كالبيع والهبة والعتق فهذا يمنع الرجوع به وله نصف القيمة لزوال ملكها وانقطاع تصرفها فإن عادت العين إليها قبل طلاقها ثم طلقها وهي في يدها بحالها فلها الرجوع في نصفها لأنه وجدها بعينها فأشبه ما لو لم يخرجها ولاى يلزم الوالد إذا وهب والده شيئا فخرج عن ملكه ثم عاد إليه حيث لا يملك الرجوع لأنا نمنع ذلك وإن سلمنا فإن حق الوالد سقط بخروجه عن يد الولد بكل حال بدليل أنه لا يطالبه ببدله والزوج لم يسقط حقه بالكلية بل يرجع بنصف قيمته عند عدمه فإذا وجد كان الرجوع في نفسه أولى وفي معنى هذه التصرفات الرهن فإنه لم يزل الملك عن الرقبة لكنه يراد للبيع المزيل للملك ولذلك لا يجوز رهن ما لا يجوز بيعه ففي الرجوع في العين إبطال حق المرتهن من الوثيقة فلم يجز وكذلك الكتابة فإنها تراد للعتق المزيل للملك وهي عقد لازم فجرت مجرى الرهن ويحتمل أن لا يمنع الرجوع إذا قلنا يجوز بيع المكاتب كالتدبير فإن طلق الزوج قبل اقباض الهبة أو الرهن أو في مدة الخيار في البيع ففيه وجهان :
أحدهما : لا تجبر على رد نصفه إليه لأنه عقد عقدته في ملكها فلم يملك إبطاله كاللازم ولأن ملكها قد زال فلم يملك الرجوع فيما ليس بمملوك لها
الثاني : تجبر على تسليم نصفه فإنها قادرة على ذلك ولا زيادة فيها و للشافعي قولان كهذين الوجهين فأما إن طلقها بعد تقبيض الهبة والرهن ولزوم البيع فلم يأخذ قيمة النصف حتى فسخ البيع والرهن والهبة لم يكن له الرجوع في نصفها لأن حقه ثبت في القيمة
والثاني تصرف غير لازم لا ينقل الملك كالوصية والشركة والمضاربة فهذا لا يبطل الرجوع في نصفه ويكون وجوده بهذا التصرف كعدجمه لأنه تصرف لم ينقل الملك ولم يمنع المالك من التصرف فلا يمنع من له الرجوع على المالك من الرجوع كالإيداع والعارية فأما إن دبرته فظاهر المذهب لأنه لا يمنع الرجوع لأنه لا يمنع البيع فلم يمنع الرجوع كالوصية ولا يجبر على الرجوع في نصفه بل يخير بين ذلك وبين أخذ نصف قيمته ولا شركة من نصفه مدبر نقص ولا

يؤمن أن يرفع الى حاكم حنفي فيحكم بعتقه وإن كانت أمة فدبرتها فإن قلنا تباع في الدين فهي كالعبد وإن قلنا لا تباع لم يجز الرجوع في نصفها
الثالث : تصرف لازم لا يراد إزالة الملك كالإجارة والتزويج فهو نقص فيخير الزوج بين أن يرجع نصفه ناقصا وبين الرجوع في نصف قيمته فإن رجع في نصف المستأجر صبر حتى تنفسخ الإجارة فإن قيل فلم قلتم في الطلع الحادث في النخيل إذا قال أنا أصبر حتى تنتهي الثمرة لم يكن له ذلك ؟ قلنا الفرق بينهما أن في تلك المسألة تكون المنة له فلا يلزمها قبلوا منته بخلاف مسألتنا
فصل : قد ذكرنا أن المهر إذا كان معينا يدخل في ملك المرأة بمجرد العقد فإذا زاد فالزيادة لها وإن نقص فعليها فإذا كانت غنما فولدت فالأولاد زيادة منفصلة تنفرد المرأة بها لأنه نماء ملكها وترجع في نصف الأمهات إن لم تكن نقصت ولا زادت زيادة متصلة لأنه نصف ما فرض لها وقد قال الله تعالى : { فنصف ما فرضتم } فإن كانت نقصت بالولادة أو بغيرها فله الخيار بين أخذ يصفها ناقصا لأنه رضي بدون حقه وبين أخذ نصف قيمتها وقت ما أصدقها لأن ضمان النقص عليها وبهذا قال الشافعي قال أبو حنيفة : لا يرجع في نصف الأصل وإنما يرجع في نصف القيمة لأنه لا يجوز فسخ العقد في الأصل دون النماء لأنه موجب للعقد فلم يحز رجوعه في الأصل بدونه
ولنا أن هذا نماء منفصل عن لا صداق يمنع رجوع الزوج كما لو انفصل قبل القبض وما ذكروه لا يصح لأن الطلاق ليس برفع العقد ولا النماء من موجباته إنما هو من موجبات الملك إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الولادة قبل تسليمه إليها أو بعده إلا يكون قد منعها قبضه فيكون النقص من ضمانه والزيادة لها فيفرد بالاولاد وإن نقصت الأمهات خيرت بين أخذ نصفها ناقصة وبين أخذ نصف قيمتها أكثر ما كانت من يوم أصدقها الى يوم طلقها وإن أراد الزوج أخذ نصف قيمة الأمهات من المرأة لم يكن له وقال أبو حنيفة إذا ولدت في يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع في نصف الأولاد أيضا لأن الولد دخل في التسليم المستحق بالعقد لأن حق التسليم تعلق بالأم فسرى الى الولد لحق الاستيلاد وما دخل في التسليم المستحق ينصف بالطلاق كالذي دخل في العقد
ولنا قول الله تعالى : { فنصف ما فرضتم } وما فرض ههنا إلا الأمهات فلا يتنصف سواها ولأن الولد حدث في ملكها أشبه ما حدث في يدها ولا يشبه حق التسليم حق الاستيلاد فإن حق الاستيلاد يسري وحق التسليم لا سراية له فإن تلف في يد الزوج وكانت المرأة قد طالبت به فمنعها ضمنه كالغاصب وإلا لم يضمنه لأنه تبع لأمه
فصل : والحكم في الصداق إذا كان جارية كالحكم في الغنم إذا ولدت كان الولد لها كولد الغنم إلا أنه ليس له الرجوع في نصف الأصل لأنه يفضي الى التفرق بين الأم وولدها في بعض الزمان وكما لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها في جميع الزمان لا يجوز في بعضه فيرجع عليها فينصف قيمتها وقت ما أصدقها لا غير
فصل : فإن كان الصداق بهيمة حائلا فحملت فالحمل فيها زيادة متصلة إن بذلتها له بزيادتها لزمه قبولها لأن الحمل في البهيمة لا يعد نيقصا ولذلك لا يرد به المبيع وإن كانت أمة فحملت فقد زادت من وجه لأحل ولدها ونقصت من وجه لأن الحمل عليه الصلاة والسلام في النساء نقص لخوف التلف عليها حين الولادة ولهذا يرد بها المبيع فحنئذ لا يلزمها بذلها لأجل الزيادة ولا يلزمه قبولها لأحل النقص وله نصف قيمتها وإن اتفقا على تنصيفها جاز وإن أصدقها حاملا فولدت فقد أصدقها عينين جارية وولدها وزاد الولد في ملكها فإن طلقها فرضيت ببذل النصف في الولد والام جميعا أجبر على قبولها لأنها زيادة غير مميزة وإن لم تبذله لم يجز له الرجوع في نصف الولد لزيادته ولا في نصف الأم لما فيه من التفرقة بينها وبين ولدها ويرجع بنصف قيمة الأم وفي نصف الولد وجهان
أحدهما : لا يستحق نصف قسمته لأنه حالة العقد لا قيمة له وحالة الانفصال قد زال في ملكها فلا يقوم الزوج بزيادته ويفارق ولد المغرور فإن وقت الانفصال وقت الحيلولة ولهذا قوم بخلاف مسألتنا

والثاني : له نصف قيمه لأنه أصدقها عينين فلا يرجع في إحداهما دون الأخرى ويقوم حالة الانفصال لأنها أول حالة إمكان تقويمه وفي المسألة وجه آخر وهو أن الحمل لا حكم له فيكون كأنه حادث
فصل : وإن أصدقها أرضا فبنتها دارا أو ثوبا فصبغته ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصف قيمته وقت ما أصدقها إلا لأن يشاء أن يعطيها قسمة البناء والصبغ فيكون له النصف أو تشاء هي أن تعطيه زائدا فلا يكون لها غيره وذكر الخرقي إنما كان له نصف القيمة لأنه قد صار في الأرض والثوب زيادة للمرأة وقي البناء والصبغ فإن دفعت إليه نصف الجمع زائدا فعليه قبوله لأنه حقه وزيادة وإن بذلك لها نصف قيمة البناء والغراس ليكون له النصف فقال الخرقي له ذلك قال القاضي : هذا محمول على أنهما تراضيا بذلك لأنها لا تجبير على المعوضة وهذه معاوضة قال شيخنا والصحيح أنها تجبير لأن الأرض حصلت به وفيها بناء لغيره فإذا بذل القيمة لزم الآخر قبوله كالشفيه إذا أخذ الأرض بعد بهاء المشتري فيها فبذل الشفيع قيمته لزم المشتري قبولها وكذلك إذا رجع المعير في أرضه وفيها بناء أو غراس للمستعير فبذلك المعير قيمة ذلك لزم المستعير قبولها
فصل : فإن أصدقها تخلا حائلا فأثمرت في يده فالثمرة لها لأنها نماء ملكها فإن جددها بعد تناهيها وجعلها في ظروف وألقى عليها صفرا من صفارها وهو سيلان الرطب بغير خلع وهذا يفعله أهل الحجاز لحفظ رطوبتها لم تخل من ثلاثة أحوال :
أحدها : أن لا تنص قيمة الثمرة والصفر بل كانا بحالهما أو زاد فإنه يردهما عليها ولا شيء عليه
الثاني : أن تنص قيمتها وذلك على ضربين : أحدهما : أن يكون بعضهما متناهيا فإنه يدفعها إليها وأرش نقصهما له لأنه تعدى ما فعله من ذلك الضرب الثاني : أن لا يتناهى بل يتزايد ففيه وجهان أحدهما : أنا بأخذ قيمتها لأنها كالمستهلكة والثانية : هي مخيرة بين ذلك وبين تركها حتى يستقر بعضها وتأخذها وأرضها كالمغصوب منه
الحال الثالث : أن لا تنقص قيمتها لكن إن أخرجنها من ظروفها نقصت قيمتها فللزوج اخراجها وأخذ ظروفها إن كانت الظروف ملكه وإذا نقصت فالحكم على ما ذكرنا وإن قال الزوج أنا أعطيكها مع ظروفها فقال القاضي يلزمها قبولها لأن ظروفها كالمتصلة بها التابعة لها ويحتمل أن لا يلزمها قبولها لأن الظروف عين ماله فلا يلزمه قبلوها كالمنفصلة عنها فإن كانت بحالها إلا أن الصفر المتروك على الثمرة ملك الزوج فإنه ينزع الصفر ويرد الثمرة والحكم فيها إن نقصت أو لم تنقص كالتي قبلها وإن قال أنا أسلمها مع الصفر والظروف فعلى الوجهين اللذين ذكرناهما وفي الموضع الذي حكمنا أن له زيادة إذا قالت أنا أرد الثمرة وآخذ الأصل فلها ذلك في أحد الوجهين والآخر ليس لها ذلك مبنيان على تفريق الصفقة في البيع وقد ذكرنا ذلك في موضعه
فصل : إذا كان الصداق جارية فوطئها الزوج عالما بزوال ملكه وتحريم الوطء عليه فعليه الحد لأنه وطء في غير ملك وعليه المهر لسيدتها اكرهها أو طاوعته لأن المهر لمولاتها فلا يسقط ببذلها ومطاوعتها كما لو بذلت يدها للقطع ن وإن ولدت فالولد رقيق للمرأة وإن اعتقد أن ملكه لم يزل عن جميعها أو كان علما بتحريمها عليه فلا حد عليه للشبهة وعليه المهر والولد حر لا حق به وعليه قيمته يوم ولادته ولا تصير أم ولد له وإن ملكها بعد ذلك لأنه لا ملك له فيها وتخير المرأة بين أخذها في حال حملها وبين أخذ قيمتها لأنه نقصها بإحبالها وهل لها الأرش بعد ذلك ؟ يحتمل أن لها الأرش لأنها نقصت بعدوانه أشبه ما لو نقصها الغاضب بذلك وقال بعض أصحاب الشافعي في الأرش ههنا قولان وقال بعضهم ينبغي أن يكون لها المطالبة بالأرش قولا واحدا لأن النقص حصل بفعله الذي تعدى به فهو كالغاصب وكما لو طالبته فمنع تسليمها وهذا أصح
فصل : وإن أصدق ذمي ذمية خمرا فتخللت في يدها ثم طلقها قبل دخلوله بها احتمل أن لا يرجع عليها بشيء لأنها قد زادت في يدها بالتخلل والزيادة لها وإن أراد الرجوع بنصف قيمتها قبل التخلل فلا قيمة لها وإنما يرجع إذا زادت في نصف قيمتها أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض وحينئذ لا قيمة لها وإن تخللت في يد الزوج ثم طلقها فلها نصفها لأن الزيادة

لها ويحتمل أن يكون الخل له وعليه نصف مهر مثلها إذا ترافعا إلينا قبل القبض أو أسلما أو أحدهما
فصل : إذا تزوج امرأة فضمن أبوه نفقتها عشر سنين صح ذكره أبو بكر لأن أكثر ما فيه أنه ضمان مجهول أو ضمان ما يجب وكلاهما صحيح ولا فرق بين كون الزوج موسرا أو معسرا واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال كقولنا ومنهم من قال لا يصح ضمان نفقة المعسر لأن غير المعسر يتغير حاله فيكون عليه نفقة الموسر أو المتوسط فيكون ضمان مجهول المعسر معلوم ما عليه ومنهم من قال لا يصح أصلا لأنه ضمان ما لم يجب
ولنا أن الجهل لا يمنع صحة الضمان بدليل صحة ضمان نفقة المعسر مع احتمال أن يموت أحدهما فتسقط النفقة ومع ذلك صح الضمان فكذلك هذا



مسألة : والزوج هو الذي بيده عقدة النكاح فإذا طلقها قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من الأمر وهو جائر الأمر في ماله برئ منه صاحبه وعنه أنه الأب فله أن يعفو عن نصف صداق ابنته الصغيرة إذا طلقت قبل الدخول
مسألة : والزوج هو الذي بيده عقدة النكاح فإذا طلقها قبل الدخول فأيهما عفا لصاحبه عما وجب له من الأمر وهو جائر الأمر في ماله برئ منه صاحبه وعنه أنه الأب فله أن يعفو عن نصف صداق ابنته الصغيرة إذا طلقت قبل الدخول
اختلف أهل العلم في الذي بيده عقدة النكاح فظاهر مذهب أحمد أنه الزوج روي لك عن علي وابن عباس وجبير بن مطعم رضي الله عنهم وبه قال سعيد به المسيب و شريح و سعيد به جبير و نافع مولى ابن عمر و مجاهد و إياس بن معاوية و جابر بن زيد و ابن سيرين و الشعبي و الثوري وأصحاب الرأي و الشافعي في الجديد وعن أحمد أنه الولي إذا كان أبا الصغير وهو قل الشافعي القديم إذا كان أبا أو جدا وحكي عن ابن عباس وعلقمة والحسن وطاوس و الزهري و ربيعة و مالك أنه الولي لأن الولي بعد الطلاق هو الذي بيده عقدة النكاح لكونها قد خرجت عن يد الزوج ولأن الله تعالى ذكر عفو النساء عن نصيبهن فينبغي أن يكون عفو الذي بيده عقدة النكاح عنه ليكون العفو عنه في الموضعين واحدا ولأن الله تعالى بدأ بخطاب الأزواج على المواجهة بقوله : { وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن } ثم قال : { أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح } وهذا خطاب غير حاضر
ولنا ما روى الدارقطني بإسناد من عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ولي العقدة الزوج ولأن الذي بيده عقدة النكاح بعد العقد هو الزوج فإنه يتمكن من قطعه وفسخه وإمساكه وليس للولي منه شيء ولأن الله تعالى قال { وأن تعفوا أقرب للتقوى } ولأن المهر مال للزوجة فلا يملك الولي هبته وإسقاطه كغيره من أموالها وحقوقها كسائر الأولياء ولا يمتنع العدول عن خطاب الحاضر الى الغائب كقوله تعالى : { حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة } فعلى هذا ومتى طلق الزوج قبل الدخول ينصف المهر بينهما فإن عفا الزوج لها عن النصف الذي له كمل لها الصداق جميعه وإن عفت المرأة عن النصف الذي لها منه وتركت له جميع الصداق جاز إذا كان العافي منهما رشيدا جائز الأمر في ماله فإن كان صغيرا أو سفيها لم يصح عفوه لأنه ليس له التصرف في ماله بهبة ولا إسقاط و لا يصح عفو الولي عن الزوجة أبا كان أو غيره صغيرة كانت أو كبيرة نص عليه أحمد في رواية الجماعة روى عنه ابن منصور إذا طلق وهي بكر قبل أن يدخل بها فعفا أبوها أو زوجها ما أرى عفو الأب إلا جائزا قال أبو حفص ما أرى ما نقله ابن منصور إلا قولا لأبي عبد الله قديما فظاهر قول أبي حفص أن المسألة رواية واحدة وان أبا عبد الله رجع عن قوله يجوز عفو الأب وهو الصحيح لأن مذهبه أن لا يجوز للأب إسقاط ديون ولده الصغير ولا إعتاق عبيده ولا تصرفه لهم إلا بما فيه مصلحتهم ولا حظ لها في هذا الإسقاط فلا يصح وإن قلنا برواية ابن منصور لم يصح إلا بخمس شرائط :

أحدها : أن يكون أبا لأنه الذي يلي مالها ولا يتهم عليها
الثاني : أن تكون صغيرة ليكون وليا على مالها فإن الكبيرة مال نفسها
الثالث : أن تكون بكرا لتكون غير مبتذلة ولأنه لا يملك تزويج الثيب وإن كانت صغيرة إلا على بعض الوجوه فلا تكون ولايته عليها تامة
الرابع : أن تكون كطلقة لأنها قبل الطلاق معرضة لا تلاف البضع
الخامس : أن يكون قبل الدخول لأن ما بعده قد أتلف البضع فلا يعفو عن بدل متلف ومذهب الشافعي على نحو هذا إلا أنه يجعل الجد كالأب
فصل : ولو ماتت امرأة الصغير أو السفيه أو المجنون على وجه يسقط صداقها عنهم مثل أن تفعل امرأته ما يفسخ نكاحها برضاع من ينفسخ نكاحها برضاعه أو رده أو بصفة كطلاق من السفيه أو رضاع من أجنبية لم ينفسخ نكاحها برضاعه أو نحو ذلك ولم يكن لوليهن العفو عن شيء من الصداق رواية واحدة وهذا قول الشافعي والفرق بينهم وبين الصغيرة أن وليها أكسبها المهر بتزويجها وههنا لم يكسبه شيئا إنما رجع المهر إليه بالفرقة
فصل : إذا عفت المرأة عن صداقها الذي لها على زوجها أو عن بعضه أو وهبته إياه بعد قبضه وهي جائزة الأمر في مالها جاز ذلك وصح بغير خلاف علمناه لقول الله تعالى { إلا أن يعفون } يعني الزوجات قال تعالى : { فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا } قال أحمد في رواية المروذي ليس بشيء قال الله تعالى : { فكلوه هنيئا مريئا } عنى المهر تهبه المرأة للزوج وقال علقمة لامرأته هبي لي من الهنيء المريء يعني من صداقها وهل لها أن ترجع فيما وهبت زوجها ؟ فيه روايتان عن أحمد واختلاف من أهل العلم ذكرناه فيما مضى
فصل : إذا طلقت قبل الدخول وتنصف المهر بينهما لم يخل من أن يكون عينا أو دينا فإن كان دينا لم يخل إما أن يكون في ذمة الزوج لم يسلمه إليها أو في ذمتها بأن تكون قد قبضته وتصرفت فيه أو تلف في يدها وأيهما كان فإن للذي له الدين أن يعفو عن حقه منه بأن يقول عفوت عن حقي من الصداق أو أسقطته أو أبرأتك منه أو ملكتك إياه أو هبته أو أحللتك منه أو أنت منه في حل أو تركته لك أي ذلك سقط به المهر وبرئ منه الآخر وإن لم يقبله لأنه إسقاط حق فلم يفتقر الى قبول كإسقاط القصاص والشفعة والعتق والطلاق ولذلك صح إبراء الميت مع عدم القبول منه ولو رد ذلك لم يرتد وبرئ منه لما ذكرناه وإن أحب العفو من الصداق في ذمته لم يصح العفو لأنه إن كان في ذمة الزوج وأما النصف الذي لها فهو حقها تصرفت فيه وإنما يتجدد ملك الزوج للنصف بطلاقه فلا يثبت في ذمتها غيره وأيهما أراد تكيل الصداق لصاحبه فإنه يتجدد له هبه مبتدأ وأما إن كان الصداق عينا في يد أحدهما فعفا الذي هو في يده للآخر فهو هبة له تصح بالفظ العفو والهبة والتمليك ولا يصح بلفظ الإبراء والإسقاط ويفتقر الى القبض فيما يشترط القبض فيه وإن عفا غير الذي هو في يده صح بهذه الألفاظ وافتقر الى مضي زمان بتأتى القبض فيه إن كان الموهوب مما يفتقر الى القبض وفيه اختلاف ذكرناه في الهبة
فصل : قال الشيخ رضي الله عنه : وإذا أبرأت المرأة زوجها من صداقها أو وهبته له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه وعنه لا يرجع بشيء وإن ارتدت قبل الدخول فهل يرجع عليها بجميعه ؟ على الروايتين إذا أصدق امرأته عينا فوهبتها له ثم طلقها قبل أن يدخل بها فعن أحمد فيه روايتان :
إحداهما : يرجع عليها بنصف قيمتها اختاره أبو بكر وهو أحد قولي الشافعي لأنها عادت إلى الزوج بعقد مستأنف فلا يمنع استحقاقها بالطلاق كما لو عادت إليه بالبيع أو وهبها لأجنبي ثم وهبها له
والرواية الثانية : لا يرجع عليها وهو قول مالك و المزني وأحد قولي الشافعي وقول أبي حنيفة إلا أن تزيد العين أو تنقص ثم تهبها له 9 لأن الصداق عاد إليه فلو لم تهبه لم يرجع بشيء وعقد الهبة لا يقتضي ضمانا ولأن نصف الصداق تعجل إليه بالهبة فإن كان الصداق دينا فأبرأته منه فإن قلنا لا يرجع ثم فههنا أولى وإن قلنا يرجع ثم خرج ههنا وجهان :
أحدهما : لا يرجع لأن الابراء إسقاط حق وليس بتمليك كتمليك الأعيان ولهذا لا يفتقر الى قبول ولو شهد شاهدان على رجل بدين فأبرأه مستحقه ثم رجع الشاهدان لم يغرما شيئا ولو كان قبضه منه ثم وهبه له ثم رجع الشاهدان غرما

والثاني : يرجع لأنه عاد إليه بغير الطلاق فهو كالعين والابراء بمنزلة الهبة ولهذا يصح بلفظها فإن قبضت الدين منه ثم وهبته له ثم طلقها فهو كهبة العين لأنه تعين بقبضه وقال أبو حنيفة يرجع ههنا لأن الصداق قد استوفته كله ثم تصرفت نفيه فوجب الرجوع عليها كما لو وقبته أجنبيا ويحتم أن لا يرجع لأنه عاد إليه ما أصدقها فأشبه ما لو كان عينا فقبضتها ثم وهبته العين وأبرأته من الدين ثم فسخت النكاح بفعل من جهتها كإسلامها أو ردتها أو رضاعها لمن يفسخ نكاحها إرضاعه ففي الرجوع عليها بجميع الصداق روايتان كما في الرجوع في النصف سواء

فصل : فإن أصدقها عبدا فوهبته ثم طلقها قبل الدخول انبنى ذلك على الروايتين فإن قلنا إذا وهبته الكل لم يرجع بشيء رجع ههنا في ربعه وعلى الرواية الأخرى يرجع في النصف الباقي كله لأنه وجده بعينه وبهذا قال أبو يوسف و محمد و المزني وقال أبو حنيفة لا يرجع بشيء لأن النصف حصل في يده فقد استعجل حق وقال الشافعي في أحد أقواله كقولنا :

والثاني : له نصف النصف الباقي ونصف قيمة الموهوب

والثالث : يتخير بين هذا وبين الرجوع بقيمة النصف ولنا أنه وجد نصف ما أصدقها بعينه فأشبه ما لو لم تهبه شيئا

فصل : وإن خالع امرأته بنصف صداقها قبل الدخول بها صح وصار الصداق كله له نصفه بالطلاق ونصفه بالخلع ويحتمل أن يصير له ثلاثة أرباعه لأنه إذا خالعها بنصفه مع علمه أن النصف يسقط عنه صار مخالفا بنصف النصف الذي يبقى لها فيصير له النصف بالطلاق والربع بالخلع وإن خالعها بنصف مثل الصداق في ذمتها صح وصار جميع الصداق به نصفه بالطلاق ونصفه بالمقايضة بما في ذمتها له عوض الخلع ولو قالت اخلعني بما تسلم لي من صداقي فقد صح وبرىء من جميع الصداق وكذلك لو قالت اخلعني على أن لا تبعة عليك في المهر صح ويسقط جميعه عنه وإن خالعته بمثل جميع الصداق في ذمتها صح ويرجع عليها بنصفه لأنه يسقط نصفه بالمقاصة بالنصف الذي لها عليه ويسقط عنه النصف يبقى له عليها النصف وإن خالعته بصداقها كله فكذلك في أحد الوجهين وفي الآخر لا يرجع عليها بشيء لأنه لما خالعها به مع العلم بسقوط نصفه بالطلاق كان مخالعا لها بنصفه ويسقط عنه بالطلاق نصفه ولا يبقى لها شيء

فصل : وإذا أبرأت المفوضة من المهر صح قبل الدخول وبعده وسواء في ذلك مفوضة البضع ومفوضة المهر وكذلك من سمي لها مهر فاسد كالمهر المجهول لأن المهر واجب في هذه واجب في هذه المواضع وإنما جهل قدره والبراءة من المجهول صحيحة لأنها إسقاط فصحت في المجهول وقال الشافعي لا تصح البراءة في شيء من هذا لأن المفوضة لم يجب لها مهر فلا يصح الإبراء مما لم يجب وغيرها مهرها مجهول والبراءة من المجهول لا تصح إلا أن تقول أبرأتك من درهم الى ألف فيبرأ من مهرها إذا كان دون الألف فإذا أبرأت المفوضة ثم طلقت قبل الدخول فإن قلنا لا يرجع الى المسمى لها لم يرجع ههنا وإن قلنا يرجع ثم احتمل أن لا يرجع ههنا لأن المهر كله سقط بالطلاق ووجبت المتعة بالطلاق ابتداء ويحتمل أن يرجع لأنه عاد إليه مهرها بسبب غير الطلاق وفيما يرجع به احتمالان :

أحدهما : يرجع بنصف مهر المثل لأنه الذي وجب بالعقد فهو نصف المفروض

الثاني : يرجع بنصف المتعة لأنا التي تجب بالطلاق فأشبهت المسمى

فصل : فإن أبرأته المفوضة من نصف صداقها ثم طلقها قبل الدخول فلا متعة لها لأن المتعة قائمة مقام نصف صداقها وقد أبرأته من ه فصار كما لو قبضته ويحتمل أن يجب لها نصف المتعة إذا قلنا انه لا يرجع عليها بشيء إذا أبرأته من جميع صداقها

فصل : إذا باع رجل عبدا بمائة صم أبرأه البائع من الثمن أو قبضه ثم وهبه إياه ثم وجد المشتري بالعبد عيبا فهل له رد المبيع والمطالبة بالثمن أو أخذ أرش العيب مع إمساكه ؟ على وجهين بناء على الروايتين في الصداق إذا وهبته المرأة لزوجها ثم طلقها قبل الدخول وإن كانت بحالها فوهب المشتري العبد للبائع ثم أفلس المشتري والثمن في ذمته فللبائع أن يضرب بالثمن مع الغرماء وجها واحدا لأن الثمن ما عاد منه الى البائع وكذلك كان يجب أداؤه إليه 9 قبل الفلس بخلاف التي قبلها ولو كاتب عبدا ثم أسقط عنه مال الكتابة برىء وعتق ولم يرجع على سيده بالقدر الذي كان يجب على السيد أن يؤتيه إياه وكذلك لو أسقط عنه

القدر الذي يلزمه إيتاؤه إياه واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتيه شيئا لأن إسقاطه يقوم مقام الإيتاء وخرجه بعض أصحابنا على وجهين بناء على الروايتين في الصداق ولا يصح لأن المرأة أسقطت الصداق الواجب لها قبل وجود سبب استحقاق الزج على نصفه وههنا أسقط السيد عن المكاتب ما وجد بسبب ايتائه إياه فقام اساقطه مقام وإتائه ولهذا لو قبضه السيد منه ثم آتاه إياه لم يرجع عليه بشيء ولو قبضت المرأة صداقها أو وهبته لزوجها ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها فافترقا
فصل : ولا يبرأ الزوج من الصداق إلا بتسليمه الى من يتسلم ما لها فإن كانت رشيدة لم يبرأ إلا بالتسليم إليها أو الى وكيلها ولا يبرأ بالتسليم الى أبيها ولا الى غيره بكرا كانت أو ثيبا قال أحمد إذا أخذ مهر ابنته فأنكرت فذلك لها ترجع على زوجها بالمهر ويرجع الزوج على أبيها فقيل له أليس قال النبي صلى الله عليه وسلم [ أنت و مالك لأبيك ] قال : نعم ولكن هذا لم يأخذ منها إنما يأخذ من زوجها وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة له قبض صداق البكر دون الثيب لأن ذاك العادة ولأن البكر تستحي فقام أبوها مقامها كما قام مقامها في تزويجها
ولنا أنها رشيدة فلم يكن لغيرها قبض صداقها كالثيب أو عوض ملكته وهي رشيدة فلم يكن لغيرها قبضه بغير إذنها كثمن مبيعها وإن كانت غير رشيدة سلمه الى لويها في مالها من أبيها أو وصية من الحاكم لأنه من جملة أموالها فهو كأجرة دارها



مسألة : وكل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته أو من أجنبي كالرضاع ونحوه يتنصف بها المهر بينهما
مسألة : وكل فرقة جاءت من قبل الزوج قبل الدخول كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته أو من أجنبي كالرضاع ونحوه يتنصف بها المهر بينهما
لقول الله تعالى : { وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم } ثبت في الطلاق وقسنا عليه سائر ما استقل به الزوج وأما فرقة الأجنبي كالرضاع ونحوه تسقط نصف المهر ويجب نصفه أو المتعة لغير من سمى لها ثم يرجع الزوج على من فسخ النكاح إذا جاء الفسخ من قبل أجنبي لأنه قرره عليه وإن قتلت المرأة استقر المهر جميعه لأنها فرقة حصلت بالموت وأثبتها لنكاح أشبه ما ول ماتت حتف أنفها سواء قتلها زوجها أو أجنبي أو قتلت نفسها أو قتل الأمة سيدها وإن طلق الحاكم على الزوج في الإيلاء فهو كطلاقه لأنه قام مقامه في إيفاء الحق عند امتناعه منه



مسألة : وكل فرقة جاءت من المرأة قبل الدخول كإسلامها أو ردتها أو رضاعها من ينفسخ النكاح برضاعه أو ارتضاعها وهي صغيرة أو فسخها لعنته واعساره أو فسخه لعيبها أو فسخها لعتقها تحت عبد فإنه يسقط به مهرها ولا تجب المتعة لأنها أتلفت العوض قبل تسليمه فسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه
مسألة : وكل فرقة جاءت من المرأة قبل الدخول كإسلامها أو ردتها أو رضاعها من ينفسخ النكاح برضاعه أو ارتضاعها وهي صغيرة أو فسخها لعنته واعساره أو فسخه لعيبها أو فسخها لعتقها تحت عبد فإنه يسقط به مهرها ولا تجب المتعة لأنها أتلفت العوض قبل تسليمه فسقط البدل كله كالبائع يتلف المبيع قبل تسليمه

مسألة : وفرقة اللعان تخرج على روايتين
مسألة : وفرقة اللعان تخرج على روايتين :
إحداهما : هي كطلاق لأن سبب اللعان قذفه الصادر منه فأشبه الخلع
والثانية : يسقط به مهرها لأنه الفسخ عقب لعانها فهو كفسخها لعيبه

[ جزء 8 - صفحة 69 ]

مسألة : وفي فرقة بيع من الزوج وشرائها له وجهان
مسألة : وفي فرقة بيع من الزوج وشرائها له وجهان
إذا اشترت المرأة زوجها ففيه وجهان :
أحدهما : يتنصف به مهرها لأن البيع الموجب للفسخ تم بالسيد وبالمرأة فأشبه الخلع
والثاني : يسقط به المهر لأن الفسخ وجد عقيب قبولها فأشبه فسخا فهو كطلاقه لا يسقط مهرها لأن المرأة وإن باشرت الطلاق فهي نائبة عنه ووكيلة عنه وفعل الوكيل كفعل الموكل فكأنه صدر عن مباشرته وإن علق طلاقها على فعل من قبلها لم يسقط مهرها لأن السبب منه وجد وإنما هي حققت شرطه الحكم ينسب إلى صاحب السبب

مسألة : وفرقة الموت يستقر بها المهر كله كالدخول إذا كان المهر مسمى
مسألة : وفرقة الموت يستقر بها المهر كله كالدخول إذا كان المهر مسمى
وفي المفوضة اختلاف نذكره في مواضعه إن شاء الله تعالى ولو قتلت نفسها أو قتلها غيرها فهو كالموت حتف أنفها لأنها فرقة حصلت بانقضاء الأجل وأثباتها النكاح فهو كموتها حتف أنفها
فصل : قال رضي الله عنه وإذا اختلف الزوجان في قدر الصداق فالقول قول الزوج مع يمينه وعنه القول قول من يدعي مهر المثل منهما
إذا اختلف الزوجان في قدر الصداق ولا بينة لهما فقد اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في ذلك فروى عنه أن القول قول الزوج بكل حال وهذا قول الشعبي و ابن اليلى و ابن شبرمة و أبي ثور وبه قال أبو يوسف إلا أن يدعي مستنكرا وهو أن يدعي مهرا لا يتزوج بمثله في العادة لأنه منكر للزيادة ومدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه الصلاة والسلام [ ولكن اليمين على المدعى عليه ] وروي عنه أن القول قول من يدعي مهر المثل فإذا ادعت المرأة مهر المثل أو أقل منه فالقول قولها وإن ادعى الزوج مهر المثل أو أكثر فالقول قوله وبهذا قال أبو حنيفة وهو الذي ذكره الخرقي وعن الحسن و النخعي و حماد بن أبي سليمان و أبي عبيد نحوه

[ جزء 8 - صفحة 70 ]

مسألة : فإن ادعى أقل منه وادعت أكثر منه رد إليه بلا يمين عند القاضي في الأحوال كلها
مسألة : فإن ادعى أقل منه وادعت أكثر منه رد إليه بلا يمين عند القاضي في الأحوال كلها
لأن الظاهر قول من يدعي مهر المثل فكان القول قوله قياسا على المنكر في سائر الدعاوى وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد وقال أبو الخطاب تجب اليمين لأنه اختلاف فيما يجوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى في الأموال ن وقال القاضي لا تشرع اليمين في الأحوال كلها لأنها دعوى في النكاح والأول أن يتخالعا فإن ما يقوله كل واحد

منهما يحتمل الصحة فلا يعدل عنه إلا بيمين كسائر الدعاوى ولأنهما تساويا في عدم الظهور فيشرع التحالف كما لو اختلف المتبايعان وهذا قول ابي حنيفة وقال الشافعي يتحالفان فإن حلف أحدهما ونكل الآخر ثبت ما قاله وإن حلفا وجب مهر المثل وبه قال الثوري قياسا على المتابعين إذا اختلفا في الثمن وقال مالك إن كان الاختلاف قبل الدخول تحالفا وفسخ النكاح وإن كان بعده فالقول قول الزوج وبناه على أصله في المبيع فإنه يفرض في التحالف قبل القبض أو بعده ولأنها إذا سلمت نفسها بغير إشهاد فقد رضين بامانته ووجه قول من لا يرى التحالف أنه لا ينفسخ بالتحالف علا يشرع فيه كالعفو عن دم العمد ولأن القول بالتحالف يفضي الى إيجاب أكثر مما يدعيه أو أقل مما يقر لها به فإنها إذا كان مهر مثلها مائة فادعت ثمانين وقال هو بل هو خمسون أو جب لها عشرين يتفقان على أنها غير واجبة ولو ادعت مائتين وقال هو بل مائة وخمسون مهر مثلها مائة فقد أسقط خمسين يتفقان على وجوبها ولأن مهر المثل إن لم يوافق دعوى أحدهما لم يجز إيجابه لاتفاقهما على أنه غير ما أوجبه العقد وإن وافق قول أحدهما فلا حاجة في إيجابه الى يمين من ينفيه لأنها لا تؤثر في إيجابه وفارق البيع فإنه ينفسخ بالتحالف ويرجع كل واحد منهما في ماله وما ادعاه مالك من أنها استأمنته لا يصح فإنها لم تجعله أمينها ولو كان أمينا لها لوجب أن تكون أمينة حين لم يشهد عليها على أنه لا يلزم من الاختلاف عدم الإشهاد لأنه قد يكون بينهما بينة فيموت أو يغيب أو ينسى الشهادة وإذا ثبت هذا فكل من قلنا القول قوله فهو مع يمينه لأنه اختلاف فيما يجوز بذله فتشرع فيه اليمين كسائر الدعاوى لما ذكرنا من الحديث



مسألة : وإن قال تزوجتك على هذا العبد قالت بل على هذه الأمة خرج على الروايتين
مسألة : وإن قال تزوجتك على هذا العبد قالت بل على هذه الأمة خرج على الروايتين
فإن كانت قيمة العبد مهر المثل أو أكثر وقيمة الأمة فوق ذلك حلف الزوج ووجب لها قيمة العبد لأن قوله يوافق الظاهر ولا يجب عين العبد لئلا يدخل في ملكها ما تنكره وإن كانت قيمة الأمة مهر المثل أو أقل وقيمة العبد أقل من ذلك فالقول قول الزوجة مع يمينها وهل تجب الأمة أو قيمتها ؟ فيه وجهان :
أحدهما : تجب عينها لأننا قبلنا قولها في القدر فكذلك في العين فأوجبناه وليس في ذلك إدخال ما تنكره في ملكها
والثاني : يجب لها قيمتها لأن قولها إنما وافق الظاهر في القدر في العين فأوجبنا لها ما وافق الظاهر فيه وإن كان كل واحد منهما قدر مهر المثل أو كان العبد أقل من مهر المثل والأمة أكثر منه وجب مهر المثل بالتحالف وظاهر قول القاضي ومن وافقه أن اليمين لا تشرع في هذا كله والله أعلم
فصل : إذا أنكر الزوج صداق امرأته وادعت ذلك عليه فالقول قولها فيما يوافق مهر مثلها سواء ادعى أنه وفاها أو أبرأته منه أو قال لا تستحق علي شيئا وسواء في ذلك ما قبل الدخول وبعده وبه قال سعيد بن جبير و الشعبي و ابن شبرمة و ابن أبي ليلى و الثوري و الشافعي و إسحاق وأصحاب الرأي وحكي عن الفقهاء السبعة أنهم قالوا إن كان بعد الوفاة فالقول قول الزوج والدخول بالمرأة يقطع الصداق وبه قال مالك قال أصحابه إنما قال ذلك إذا كانت العادة تعجيل الصداق كما كان بالمدينة أو كان الخلاف فيما منه في العادة لأنها لا تسلم نفسها في العادة إلا بقبضه فكان الظاهر معه
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [ اليمين على المدعى عليه ] ولأنه ادعى تسليم والحق الذي عليه فلم يقبل بغير بينة كما لو ادعى تسليم الثمن أو كما قبل الدخول
فصل : فإن دفع إليها ألفا ثم اختلفا فقال دفعتها إليك صداقا وقالت بل هبة فإن اختلفا ببينه فقالت قصدت الهبة فقال بل قصدت دفع الصداق فالقول قول الزوج بغير يمين لأنه أعلم ببينته ولا تطلع المرأة عليها وإن اختلفا في لفظة فقالت قد قلت هذي هبة أو هدية فأنكرها

فالقول قوله مع يمينه لأنها تدعي عليه عقدا على ملكه وهو ينكره فأشبه ما لو ادعت عليه بيع ملكه لها لكن إن كان المدفوع من غير جنس الواجب عليه كأن أصدقها دراهم فدفع إليها عرضا ثم اختلفا وحلف أنه دفع إليها ذلك من صداقها فللمرأة رد العوض ومطالبته بصداقها قال أحمد في رواية الفضل بن زياد في رجل تزوج امرأة على صداق ألف فبعث إليها بقيمته متاعا وثيابا ولم يخبرهم أنه من الصداق فلما دخل سألته الصداق فقال لها قد بعثت إليك بهذا المتاع واحتسبته من الصداق فقالت المرأة صداقي دراهم ترد الثياب والمتاع وترجع إليه بصداقها فهذه الرواية إذا لم يخبرهم أنه صداق فأما إذا ادعى أنها احتسبت به من الصداق وادعت المرأة أنه قال هي هبة فينبغي أن يحلف كل واحد منهما ويتراجعان بما لكل واحد منهما وحكي عن مالك أنه إن كان مما جرت العادة بهديته كالثوب والخاتم فالقول قولها لأن الظاهر معها وإلا فالقول قوله

ولنا أنهما اختلفا في صفة انتقال ملكه فكان القول قول المالك كما لو قال أودعتك هذه العين قالت بل وهبتنيها

فصل : فإن مات الزوجان فاختلفت ورثتهما قام ورثة كل واحد منهما مقامه إلا أن من يحلف منهم على الاثبات يحلف على البت ومن يحلف على النفي يحلف على نفي العلم لأنه يحلف على نفي فعل الغير وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن مات أحد الزوجين فكذلك وإن مات الزوجان فادعى ورثة المرأة التسمية وأنكرها ورثة الزوج جملة لم يحكم عليهم بشيء قال أصحابه إنما قال ذلك إذا تقادم العقد لأنه تعذر الرجوع الى مهر المثل لأنه تعتبر فيه الصفات والأوقات وقال محمد بن الحسن يقضي بمهر المثل وقال زفر بعشرة دراهم لأنه أقل الصداق

ولنا أن ما اختلف فيه المتعاقدان قام ورثتهما مقامهما كالمتبايعين وما ذكروه ليس بصحيح لأن الحق لا يسقط لتقادم العهد والا يتعذر الرجوع في ذلك كقيم سائر المتلفات

فصل : فإن اختلف الزوج وأبو الصغيرة والمجنونة قام الأب مقام الزوجة في اليمين لأنه يحلف على فعل نفسه ولأن قوله مقبول فيما اعترف به من الصداق فسمعت يمينه كالزوجة فإن لم يحلف حتى بلغت وعقلت فاليمين عليها دونه لأن الحق لها وإنما يحلف هو لتعذر اليمين من جهتها فإذا أمكن في حقها صارت اليمين عليها كالوصي إذا بلغ الأطفال قبل يمينه فيما يحلف فيه فأما في البكر البالغة العاقلة فلا تسمع مخالفة الأب لأن قولها مقبول في الصداق والحق لها دونه ولاحق لها دونه وأما سائر الأولياء فليس لهم تزويج صغيرة إلا على رواية في بنت تسع وليس لهم أن يزوجوا بدون مهر المثل ولو زوجوها بدون مهر المثل ثبت مهر المثل من غير يمين فإن ادعى أنه زوجها باكثر من مهر مثلها فاليمين على الزوج لأن القول قوله في قدر مهر المثل

فصل : إذا أنكر الزوج تسمية الصداق وادعى أنه تزوجها بغير صداق فإن كان بعد الدخول نظرنا فإن ادعت المرأة مهر المثل أو دونه وجب من غير يمين لأنها لو صدقته في ذلك لوجب مهر المثل فلا فائدة في الاختلاف وإن ادعت أقل من مهر المثل فهي مقرة بنقصها عما يجب لها بدعوى الزوج فيجب فائدة في قولها بغير يمين وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي ذلك ويجب لها مهر المثل وإن كان اختلافهما قبل الدخول انبنى على مهر المثل قبل قولها ما ادعت مهر المثل هذا طلقها وإن لم يطلقها فرض لها مهر المثل على الروايتين وكل من قلنا القول قوله فعليه اليمين



مسألة : وإن اختلفا في قبض الصداق فالقول قولها مع يمينها إذا لم تكن بينة

مسألة : وإن اختلفا في قبض الصداق فالقول قولها مع يمينها إذا لم تكن بينة

لأن الأصل عدمه وإن اختلفا فيما يستقر به فالقول قوله لأنه منكر والقول قول المنكر ولأن الأصل عدمه

مسألة : وإن تزوجها على صداقين سرا وعلانية أخذ بالعلانية وإن كان العقد بالسر في ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي إن تصادقا على السر لم يكن لها غيره

مسألة : وإن تزوجها على صداقين سرا وعلانية أخذ بالعلانية وإن كان العقد بالسر في ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي إن تصادقا على السر لم يكن لها غيره

ظاهر كلام أحمد أنه يؤخذ بالعلانية على ما رواه الأثرم وهو قول الشافعي و ابن أبي ليلى و الثوري و أبي عبيد وقال القاضي الواجب المهر الذي انعقد به النكاح سرا كان أو علانية وحمل كلام أحمد و الخرقي على أن المرأة لم تقر بنكاح السر فثبت مهر العلانية لأنه الذي انعقد به النكاح وهذا قول سعيد بن عبد العزيز و أبي حنيفة و الأوزاعي و الشافعي ونحوه عن شريح و الحسن و الزهري و الحكم به عتيبة و مالك و إسحاق لأن العلانية ليس بعقد ولا يتعلق به وجوب شيء ووجه قول الخرقي أنه إن كان مهر السر أكثر من العلانية وجب مهر السر لأنه وجب عليه بعقده ولم تسقطه العلانية فنفي وجوبه إن اتفقا على أن المهر ألف وأنهما يعقدان العقد بألفين تجملا ففعلا ذلك فالمهر ألفان لأنها تسمية صحيحة في عقد صحيح فوجب كما لو لم يتقدمها اتفاق على خلافها وهذا أيضا قول القاضي ومذهب الشافعي ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون السر من جنس العلانية نحو أن يكون السر ألفا والعلانية الفين أو يكونا من جنيين مثل أن يكون السر مائة درهم والعلانية مائة دينار إذا قلنا إن الواجب مهر العلانية فيستحب للمرأة أن تف الزوج بما وعدت به وشرطته من أنها لا تأخذ إلا مهر السر قال أحمد في رواية ابن منصور : إذا زوج امرأة في السر بمهر وأعلنوا بمهر ينبغي بلهم أن يفوا ويؤخذ بالعلانية فاستحب الوفاء بالشرط لئلا يحصل منهم غرور لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [ المؤمنون على شروطهم ] وعلى قول القاضي إذا ادعى الزوج في السر انعقد به النكاح فيه مهر قليل فصدقته المرأة فليس لها سواه وإن أكذبته فالقول قولها لأنها منكرة



مسألة : وإن قال هو عقد واحد أسررته ثم أظهرته وقالت بل هو عقدان فالقول قولها مع يمينها

مسألة : وإن قال هو عقد واحد أسررته ثم أظهرته وقالت بل هو عقدان فالقول قولها مع يمينها

لأن الظاهر أن الثاني عقد صحيح يفيد حكما كالأول ولأن المهر في العقد الثاني إن كان دخل بها ونصف المهر في العقد الأول إن ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول وإن أصر على الإنكار سئلت المرأة فإن ادعت أنه دخل بها في النكاح الأول ثم طلقها طلاقا بائنا ثم نكحها ثانيا حلفت على ذلك واستحقت وإن أقرت بما يسقط نصف المهر أو جميعه لزمها ما أقرت به

فصل : إذا خلا الرجل بامرأته بعد العقد الصحيح عليه مهرها ووجبت عليها العدة وإن لم يطأ وري ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر رضي الله عنهم وبه قال علي بن الحسين و عورة و عطاء و الزهري و الأوزاعي و إسحاق وأصحاب الرأي وهو قول أصحاب الشافعي القديم قال شريح و الشعبي و طاوس و ابن سرين و الشافعي في الجديد لا يستقر إلا بالوطء وحكي ذلك عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وروي ذلك عن أحمد فروى عنه يعقوب بن بختان أنه قال : إذا أصدقته المرأة أنه لم يطأها لم يكمل لها الصداق وعليها

العدة وذلك لقول الله تعالى : { وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم } وهذه قد طلقها قبل أن يمسها وقال الله تعالى : { وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض } والافضاء الجماع ولأنها مطلقة لم تمس أشبهت ما لم يخل بها
ولنا إجماع الصحابة فروى الإمام أحمد و الأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال قضى الخلفاء الراشدين المهديون أن من أغلق بابا أو أرخي سترا فقد وجب المهر ووجبت العدة رواه أيضا عن الأحنف عن عمر وعلي وعن سعيد بن المسيب وعن سعيد بن ثابت : عليها العدة ولها الصداق كاملا كاملا وهذه قضايا اشتهرت ولم يخالفهم أحد في عصرهم فكان إجماعا وما رواه عن ابن عباس : لا يصح قال أحمد يرويه ليث وليس بالقوي وقد رواه حنظلة خلاف ما رواه ليث حنظلة أقوى من ليث وحديث ابن مسعود منقطع قاله ابن المنذر ولأن التسليم المستحق وجد من جهتها فيستقر به البدل كما لو وطئها أو كما لو أجرت دارها أو سلمتها أو باعتها وأما قوله تعالى { من قبل أن تمسوهن } فيحتم أنه كنى بالسبب عن المسبب الذي هو الخلوة بدليل ما ذكرناه وأما قوله : { وقد أفضى بعضكم إلى بعض } فقد حكي عن الفراء أنه قال الإفضاء الخلوة دخل بها أو لم يدخل لأن الافضاء مأخوذ من الفضاء وهو الخالي فكأنه قال وقد خلا بعضكم الى بعض
فصل : وحكم الخلوة حكم الوطء في تكميل المهر ووجوب العدة وتحريم أختها وأربع سواها إذا طلقها حتى تنقضي عدتها وثبوت الرجعة له عليها في عدتها وثبوت الرجعة له عليها في عدتها قال الثوري و أبو حنيفة لا رجعة له عليها إذا أقر أنه لم يصبها
ولنا قول الله تعالى : { وبعولتهن أحق بردهن في ذلك } ولأنها معتدة من نكاح صحيح لم ينفسخ نحاحها ولا كمل عدد طلاقها ولا طلقها بعوض فكان له عليها الرجعة كما لو أصابها ولها عليه نفقة العدة والسكنى لأن ذلك لمن لزوجها عليها الرجعة وتفارق الخلوة الوطء في أنها لا تثبت بها الإباحة للزوج المطلق ثلاثا لقول النبي صلى الله عليه وسلم لامرأة رفاعة القرظي [ أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك ] ولا يثبت بها الإحصان لأنه يعتبر لإيجاب الحد والحدود تدرأ بالشبهات ولا يحب الغسل لأنها ليست من موجبات الغسل إجماعا ولا يخرج بها من العنة لأن العنة العجز عن الوطء فلا تزول إلا بحقيقته ولا تحصل بها الفئة لأنها الرجوع عما حلف عليه وإنما حلف على ترك الوطء ولأن حق المرأة لا يحصل إلا بيقين الوطء ولا تفسد بها العبادات ولا يجب بها الكفارة وأما تحريم الربيبة فعن أحمد أنه يحصل بالخلوة قال القاضي وابن عقيل لا تحرم وحمل القاضي كلام أحمد على أنه حصل مع الخلوة نظر أو مباشرة فيخرج كلا مه على إحدى الروايتين أن ذلك يحرم والصحيح أنها لا تحرم الله تعالى { فإن لم تكونوا دخلتم بهن } والدخول كناية عن الوطء والنص صريح في إباحتها بدونه فلا يجوز خلافه
فصل : وسواء في ذلك الخلوة بها وهما محرمان أو صائمان أو حائض أو بأحدهما مانع من الوطء شرعي كالإحرام والصيام والحيض والنفاس أو حقيقي كالحب والعنة والرتق في المرأة فعنه أن الصداق يستقر بكل حال وبه قال عطاء و ابن أبي ليلى و الثوري لعموم ما ذكرناه من الإجماع وقال عمر في العنين يؤجل سنة فإن وطئها وإلا أخذت الصداق كاملا وفرق بينهما وعليها العدة ولأن التسليم المستحق قد وجد وإنما الحيض ولإحرام والرتق من غير جهتها فلا يؤثر في المهر كما لا يؤثر في إسقاط وروي أنه لا يكمل الصداق وهو قول شريح و أبي ثور لأنه لم يتمكن من تسليمها فلم يجب عليه مهرها كما لو منعت نفسها منه يحققه أن المنع من التسليم لا فرق بين كونه من أجنبي أو من العاقد كالإجارة وعنه رواية ثالثة إن كانا صائمين صوم رمضان لم يكمل الصداق وإن كان غيره كمل
قال أبو داود سمعت أحمد وسئل عن رجل دخل على أهله وهما صائمان في غير شهر رمضان فأغلق الباب وأرخى الستر ؟ قال وجب الصداق قيل ل أحمد فشهر رمضان خلاف لهذا قيل له فكان مسافرا في رمضان ؟ قال مفطر يعني وجب الصداق وهذا يدل على أنه متى كان المانع متأكدا كالإحرام وصوم رمضان لم يكمل الصداق وقال القاضي إن كان المانع لا يمنع دواعي الوطء كالجب والعنة والرتق والمرض والحيض والنفاس وجب الصداق وإن كان يمنع دواعية كالإحرام وصيام الفرض فعلى روايتين وقال أبو حنيفة إن كان المانع

من جهتها لم يستقر الصداق وإن كان من جهته صيام فرض أو إحرام لم يستقر الصداق أيضا وإن كان حقا ادعته كمل الصداق لأن المانع من جهته وذلك لا يمنع وجود التسليم المستحق منها فكمل حقها كما تلزم الصغير نفقة امرأته إذا أسلمت إليه
فصل : فإن خلا بها وهي صغيرة لا يمكن وطؤها أو كانت كبيرة فمنعته نفسها أو كان أعمى فلم يعلم بدخولها عليه لم يكمل صداقها نص عليه أحمد في المكفوف يتزوج المرأة فادخلت عليه فأرخى الستر وأغلق الباب فإن كان لا يعلم بدخولها عليه فلها نصف الصداق وأومأ الى أنها إذا نشزت عليه ومنعته نفسها لا يكمل صداقها وذكره ابن حامد وذلك لأنه لم يوجد التمكين من جهتها فأشبه ما لو لم يخل بها وكذلك لو خلا بها وهو طفل لا يتمكن من الوطء لم يكمل الصداق في معنى الصغيرة في عدم التمكن من الوطء
فصل : فإن استمتع بامرأته بمباشرة فيما دون الفرج من غير خلوة كالقبلة ونحوها فالمنصوص عن أحمد أنه يكمل به الصداق فإنه إذا أخذها فشمها وقبض عليها من غير أن يخلو بها لها الصداق كاملا إذا نال منها شيئا لا يحل لغيره وقال في رواية مهنا إذا تزوج امرأة ونظر إليها وهي عريانة تغتسل أوجب عليه المهر ورواه عن ابراهيم إذا اطلع منها على ما يحرم على غيره فعليه المهر لأنه نوع استماع فهو كالقبلة قال القاضي : محتمل أن هذا ينبني على ثبوت تحريم المصاهرة بذلك وفيه روايتان فيكون في تكميل الصداق به وجهان : أحدهما : يكمل به الصداق لما روى الدارقطني عن محمد بن عبد الرحمن عن ثوبان قال [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كشف خمار امرأة ونظر إليها وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل ] ولأنه مسيس فيدخل في قوله : { من قبل أن تمسوهن } ولأنه استمتاع بامرأته فكمل به الصداق كالوطء
ولاوجه الآخر : لا يكمل به الصداق وهو قول أكثر أهل العلم لأن قول الله تعالى : { تمسوهن } إنما أريد به في الظاهر الجماع ومقتضى قوله : { وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن } أن لا يكمل الصداق لغير من وطئها ولا بجب عليها العدة ترك عمومه فيمن دخل بها للإجماع الوارد عن الصحابة فيبقى فيما سواه على مقتضى العموم
فصل : في المفوضة وهي على ضربين تفويض البضع وهو أن يزوج الأب ابنته البكر أو تأذن المرأة لوليها في تزويجها بغير مهر
والثاني : تفويض المهر وهو أن يتزوجها على ما شاءت أو شاء أجنبي فالنكاح صحيح ويجب مهر المثل
يصح النكاح من غير تسمية صداق في قول عامة أهل العلم بدليل قوله تعالى : { لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة } و [ روي عن ابن مسعود أنه سئل عن امرأة تزوجها رجل لم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات ؟ فقال ابن مسعود لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام ابن سنان الأشجعي فقال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في بروع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت ] رواه أبو داود و الترمذي وقال حديث حسن صحيح ولأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق فصح من غير ذكره كالنفقة وسواء تركا ذكر المهر أو شرطا نفه مثل أن يقول زوجتك بغير مهر فيقبله كذلك ولو قال زوجتك بغير مهر في الحال ولا في الثاني صح أيضا
وقال بعض الشافعية لا يصح في هذه الصورة لأنها تكون كالموهوبة وليس بصحيح فإنه يصح فيما إذا قال زوجتك بغير مهر فيصح ههنا لأن معناهما واحد فما صح في إحدى الصورتين المتساويتين صح في الأخرى وليست كالموهوبة لأن الشرط يفسد ويجب المهر وقد ذكرنا أن المزوجة بغير مهر تسمى مفوضة بكسر الواو وفتحها فمن كسر أضاف الفعل على أنها فاعلة ومن فتح أضافة الى وليها ومعنى التفويض الاهمال كأنها أهملت أمر المهر حيث لم تسمه قال الشاعر :
( لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ... ولا سراة إذا جهالهم سادوا )
يعني مهملين والذي ذكره الخرقي تفويض البضع وهو الذي ينصرف إليه إطلاق التفويض
الضرب الثاني : تفويض المهر وهو أن يجعلا الصداق الى رأي أحدهما أو رأي أجنبي فيقول زوجتك على ما شئت أو على حكمك أو حكمها أو حكم أجنبي ونحوه فهذه لها مهر في ظاهر

الكلام أحمد لأنها لم تزوج نفسها إلا بصداق لكنه مجهول فسقط لجهالته ووجب مهر المثل والتفويض الصحيح أن يأذن المرأة الجائزة الأمر لوليها في تزويجها بغير مهر أو بتفويض قدره أو يزوجها أبوها كذلك فأما إن زوجها غير أبيها ولم يذكر مهرا بغير إذنها في ذلك فإن يجب مهر المثل وقال الشافعي : لا يكون التفويض إلا الصورة الأولى وقد مضى الكلام معه في أن للأب أن يزوج ابنته بدون صداق مثلها فلذلك يجوز تفويضه

[ جزء 8 - صفحة 84 ]

مسألة : ولها المطالبة بفرضه لأن النكاح لا يخلو من المهر فوجب لها المطالبة ببيان قدره
مسألة : ولها المطالبة بفرضه لأن النكاح لا يخلو من المهر فوجب لها المطالبة ببيان قدره
وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا فإن اتفق الزوجان على فرضه جاز ما فرضاه قليلا كان أو كثيرا سواء كانا عالمين بمهر المثل أو لا وقال الشافعي في قوله لا يصح الفرض لغير مهر المثل إلا مع علمها بمهر المثل لأن ما فرضه بدل عن مهر المثل فيحتاج أن يكون المبدل معلوما
ولنا أنه إذا فرض لها بذل لها من ماله فوق ما يلزمه وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها فلا يمنع من ذلك قولهم أنه بدل لا يصح فإن البدل والمفروض إن كان ناقصا بدون بعضه وإن كان أكثر فهو الواجب وزيادة ولا يصح جعله بدلا ولو كان بدلا لما جاز مع العلم لأنه بيدل ما فيه الربا بجنسه متفاضلا
وقد روى عقبة بن عامر قال : [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لرجل أترضى أني أزوجك فلانة قال نعم وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا قالت نعم فزوج أحدهما بصاحبه فدخل عليها ولم يفرض لها صداقا فلما حضرته الوفاة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجني فلانة ولم يفرض لها صداقا ولم أعطها شيئا وإني قد أعطيتها عن صداقها سهمي الذي بخيبر فأخذت سهمه فباعته بمائة ألف ] فأما إن تشاحا فه ففرض لها مهر مثلها أو أكثر منه فليس لها المطالبة بسواه فإن لم ترض به لم يستقر لها حتى ترضاه فإن طلقها قبل الدخول فليس لها إلا المتعة لأنه لا يثبت لها بفرضه ما لم ترض به كحالة الابتداء وإن فرض لها أقل من مهر المثل فلها المطالبة بتمامه ولم يثبت لها بفرضه ما لم ترض به فإن ارتفعا الى الحاكم فليس له أن يفرض لها إلا مهر المثل لأن الزيادة قيل عليه والنقصان ميل عليها ولا يحل الميل ولأنه إنما يفرض لها بدل البضع فيقدر بقدره كالسلعة إذا تلفت يرجع الى تقويمها بقول أهل الخبرة ويعتبر معرفة مهر المثل ليتوصل الى إمكان فرضه ومتى صح الفرض صار كالمسمى في العقد في أنه يتنصف بالطلاق ولا تحب المتعة معه ويلزمها ما فرضه الحاكم سواء به أو لم ترض كما يلزم ما حكم به
فصل : وإن فرض لها أجنبي مهر مثلها فرضيته لم يصح وكان وجوده كعدمه لأنه ليس بزوج ولا حاكم فإن سلم إليها ما فرض لها فرضيته احتمل أن يصح لما ذكرنا فيكون حكمها حكم من لم يفرض لها ويسترجع ما أعطاها لأن تصرفه ما صح ولا برئت به ذمة الزوج ويحتمل أن يصح لأنه يقوم مقامه في قضاء المسمى فيقوم مقامه في قضاء ما يوجبه العقد غير المسمى فعلى هذا إذا طلقت قبل الدخول رجع نصفه الى الزوج لأنه ملكه إياه حين قضى به دينا عليه فيعود إليه كما لو دفعة هو ولأصحاب الشافعي مثل هذين الوجهين ولهم وجه ثالث أنه يرجع بنصفه الى الأجنبي وذكره القاضي لنا وجها ثالثا
قال شيخنا وقد ذكرنا ما يدل على صحة ما قلناه ولو أن رجلا قضى المسمى عن الزوج صح ثم إن طلقها قبل الدخول رجع بنصفه إليه وإن فسخت نكاح نفسها بفعل من جهتها رجع جميعه إليه وعلى الوجه الآخر الى من قضاه
فصل : ويجب المهر للمفوضة بالعقد وإنما يسقط الى المتعة بالطلاق وهذا مذهب أبي حنيفة واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال الصحيح أنه يجب بالعقد وقال بعضهم لا

يجب بالعقد قولا واحدا ولا يجيء على أصل الشافعي غير هذا لأنه لو وجب بالعقد لتنصف بالطلاق كالمسمى في العقد
ولنا أنها تملك المطالبة به فكان واجبا كالمسمى ولأنه لو لم يجب بالعقد لما استقر بالموت كما في العقد الفاسد ولأن النكاح لا يجوز أن يخلو عن المهر والقول بعدم وجوبه يفضي الى خلوه عنه وإلى أن النكاح انعقد صحيحا وملك الزوج الوطء ولا مهر فيه وإنما لم يتنصف لأن الله تعالى نقل غير المسمى لها بالطلاق الى المتعة كما نقل ما سمى لها إلى نصف المسمى لها فعلى هذا لو فرض الرجل مهر أمته ثم أعتقها أو باعها ثم فرض لما المهر كان لمعتقها أو بائعها لأن المهر وجب بالعقد في ملكه ولو فوضت المرأة نفسها ثم طالبت بفرض مهرها بعد بغير مهر مثلها أو دخل بها لوجب مهر مثلها حالة العقد لما ذكرناه ووافق أصحاب الشافعي على ذلك لأن الوجوب يستند الى حالة العقد إلا في الأمة التي أعتقها أو باعها في أحد الوجهين
فصل : يجوز الدخول بالمرأة قبل إعطائها شيئا سواء كانت مفوضة أو مسمى لها وبه قال سعيد بن المسيب و الحسن و النخعي و الثوري و الشافعي وروي عن ابن عباس وابن عمر و الزهري و قتادة و مالك لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا قال الزهري مضت السنة أن لا يدخل بها حتى يعطيها شيئا قال ابن عباس يخلع إحدى نعليه ويلقيها إليها وروى أبو داود بإسناده [ عن رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن عليا لما تزوج فاطمة أراد أن يدخل بها فمنعه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها شيئا فقال يا رسول الله ليس لي شيء فقال : أعطها درعك فأعطاها درعه ثم دخل بها ] رواه ابن عباس أيضا قال : [ لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أعطها شيئا قال : ما عندي قال : أعطها درعك الحطمية ] رواه أبو داود و النسائي
ولنا حديث عقبة بن عامر في الذي زوجه النبي صلى الله عليه وسلم ودخل بها ولم يعطها شيئا و [ روت عائشة قالت أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا ] رواه ابن ماجة ولأنه عوض في عقد معوضة فلم يقف جواز تسليم المعوض على قبض شيء منه كالثمن في البيع والاجرة في الاجارة وأما الأخبار فمحمولة على الاستحباب فإنه يستحب أن يعطيها قبل الدخول شيئا موافقة للأخبار ولعادة الناس فيما بينهم ولتخرج المفوضة عن شبه الموهبة وليكون ذلك أقطع للخصومة ويمكن حمل قول ابن عباس ومن وافقه على الاستحباب فلا يكون بين القولين فرق والله أعلم



مسألة : وإن مات أحدهما قبل الإصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه ولها مهر نسائها
مسألة : وإن مات أحدهما قبل الإصابة وقبل الفرض ورثه صاحبه ولها مهر نسائها إذا مات أحدهما قبل الاصابة وقبل الفرض فللآخر الميراث بغير خلاف فيه فإن الله تعالى فرض لكل واحد من الزوجين فرضا وعقد الزوجين ههنا صحيح ثابت فيورث به لدخوله عموم النص
فصل : ولها مهر نسائها وعنه أنه ينتصف بالموت إلا أن يكون قد فرضه لها
ظاهر المذهب أن لها مهر نسائها وهو الصحيح إن شاء الله تعالى وإليه ذهب ابن مسعود و ابن شبرمة و ابن أبي ليلى و الثوري و إسحاق وروي عن علي وابن مسعود وابن عمر و الزهري و ربيعة و مالك و الأوزاعي لها مهر لأنا فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس فلم يجب بها مهر كفرقة الطلاق وقال أبو حنيفة كقولنا في المسلمة وكقولهم في الذمية وعن أحمد رواية أخرى لا يكمل ويتنصف إذا لم يكن فرضه لها لأن المفروض لها تخالف التي لم يفرض لها في الطلاق فجاز أن تخلفها بعد الموت الشافعي قولان كالروايتين ولنا ما [ روى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه أنه قضى لامرأة لم يفرض لها زوجها صداقا ولم يدخل بها حتى مات فقال لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في

بروع بنت واشق مثل ما قضيت ] قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح وهو نص محل النزاع ولأن الموت معنى يكمل به المسمى فكمل به مهر المثل للمفوضة كالدخول وقياس الموت على الطلاق لا يصح فإن الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه وكذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول ولم تجب بالطلاق وكمل المسمى بالموت ولم يكمل بالطلاق فإنها زوجة مفارقة بالموت فكمل لها الصداق كالمسلمة أو كما لو سمى لها ولأن المسلمة والذمية لا يختلفان في الصداق في موضع فوجب أن لا يختلفا ههنا وإن كان قد فرضه لها لم يتنصف بالموت على الروايتين جميعا



مسألة : فإن طلقها قبل الدخول لم يكن لها عليه إلا المتعة
مسألة : فإن طلقها قبل الدخول لم يكن لها عليه إلا المتعة
إذا طلقت المفوضة البضع قبل الدخول فليس لها إلا المتعة نص عليه أحمد رواية جماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن و عطاء و جابر بن زيد و الشعبي و الزهري و الثوري و الشافعي و أبي عبيد وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى أن لها نصف مهر مثلها لأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول فيوجب نصفه بالطلاق قبل الدخول كما لو سمى لها محرما وقال مالك و الليث و ابن أبي ليلى المتعة مستحبة غير واجبة لأن الله تعالى قال : { حقا على المحسنين } فخصهم بها فيدل على أنها على سبيل الإحسان والتفصيل والإحسان ليس بواجب ولأنها لو كانت واجبة لم يخص المحسنين دون غيرهم
ولنا قول الله تعالى : { ومتعوهن على الموسع قدره } والأمر يقتضي الوجوب وقال تعالى : { وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين } وقال تعالى : { إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن } ولأن طلاق في نكاح يقتضي عوضا فلم يعر عن العوض كما لو سمى مهرا وأداء الواجب من الإحسان فلا تعارض بينهما
فصل : فإن فرض لها بعد العقد ثم طلقها قبله فلها نصف ما فرض لها ولا متعة وهذا قول ابن عمر و عطاء و الشعبي و النخعي و الشافعي و أبي عبيد وعن أحمد أن لها المتعة ويسقط المهر وهو قول أبي حنيفة لأنه نكاح عري عن تسمية فوجبت المتعة كما لو لم يفرض لها
ولنا قوله تعالى : { وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم } ولأنه مفروض يستقر بالدخول فيتنصف بالطلاق قبله كالمسمى في العقد
فصل : والمتعة تجب على كل زوج لكل زوجة مفوضة طلقت قبل الدخول سواء في ذلك الحر والعبد والحرة والامة والمسلم والذمي المسلمة والذمية وحكي عن أبي حنيفة لا متعة للذمية وقال الأوزاعي ان كان الزوجان أو أحدهما رقيقا فلا متعة
ولنا عموم النص ولأنها قائمة مقام نصف المهر في حق من سمى فتجب لكل زوجة على كل زوج كنصف المسمى ولأن ما يجب من الفرض يستوي فيه المسلم والكافر والحر والعبد كالمهر
فصل : فأما المفوضة المهر وهي التي يزوجها على ما شاء أحدهما أو التي زوجها غيرها أبيها بغير إذنها بغير صداق أو التي مهرها فاسد فإنه يجب لها مهر المثل ويتنصف بالطلاق قبل الدخول ولا متعة لها هذا ظاهر كلام الخرقي وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أن لها المتعة دون نصف المهر وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب كالمفوضة البضع وهو مذهب أبي حنيفة لأنه خلا عقدها عن تسمية صحيحة فأشبهت التي لم يسم لها شيء ولنا أن هذه لها مهر واجب قبل الطلاق فوجب أن يتنصف كما لو سماه أو نقول لم ترض بغير صداق فلم تجب المتعة كالمسمى لها وبفارق التي رضيت بغير عوض فإنها رضيت بغير صداق وعاد نصفها سليما ففرضت المتعة بخلاف مسألتنا

فصل : وكل فرقة يتنصف بها المسمى توجب المتعة إذا كانت مفوضة وما سقط به المسمى من الفرق كاختلاف الدين والفسخ بالرضاع ونحوه إذا جاء من قبلها لا يجب به متعة لأنها أقيمت مقام نصف المسمى فسقطت في كل موضع يسقط كما بدال إذا سقط مبدلها
فصل : قال أبو داود سمعت أحمد سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يكن فرض لها مهرا ثم وهب لها غلاما ثم طلقها قبل الدخول قال لها المتعة وذلك لأن الهبة لا تنقص بها المتعة كما لا ينقص بها نصف المسمى وكأن المتعة إنما تجب بالطلاق فلا يصح قضاؤها قبله ولأنها واجبة فلا تنقص بالهبة كالمسمى

[ جزء 8 - صفحة 91 ]

مسالة : على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فأعلاها خادم وأدناها كسوة يجوز لها أن تصلي فيها
مسالة : على الموسع قدره وعلى المقتر قدره فأعلاها خادم وأدناها كسوة يجوز لها أن تصلي فيها
وجملة ذلك أن المتعة معتبرة بحال الزوج في يساره وإعساره نص عليه أحمد وهو وجه لأصحاب الشافعي والوجه الآخر هو معتبر بحال الزوجة لأن المهر معتبر بها كذلك المتعة القائمة مقامه ومنهم من قال يجزئ في المتعة ما يقع عليه الاسم كما يجزئ في الصداق ذلك
ولنا قول الله تعالى : { ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره } وهذا نص في أنها معتبرة بحال الزوج ولأنها تختلف ولو أجزأ ما يقع عليه الاسم سقط الاختلاف ولو اعتبر بحال المرأة لما كان على الموسع قدره وعلى المقتر قدره إذا ثبت هذا فقد اختلفت الرواية عن أحمد فيها فروي عنه أعلاها خادم إذا كان موسرا وإن كان فقيرا متعها كسوتها درعا وخمارا وثوبا تصلي فيه ونحو ذلك قال ابن عباس و والزهري و الحسن وقال ابن عباس ك أعلى متعة الخادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة ونحو ما ذكرنا في أدناها قال الثوري و الأوزاعي و عطاء و مالك و أبو عبيد وأصحاب الرأي قالوا درع وخمار وملحفة

[ جزء 8 - صفحة 92 ]

مسألة : وعن أحمد في تقديرها إلى الحاكم
مسألة : وعن أحمد في تقديرها إلى الحاكم
وهو أحد قولي الشافعي لأنه أمر لم يرد الشرع بتقديره وهو مما يحتاج إلى الاجتهاد فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم كسائر المجتهدات وعنه يجب لها نصف مهر المثل ذكرها القاضي في المجرد فقال هي مقدرة بما يضاف مهر المثل لأنها بدل عنه فيجب أن تتقدر به قال شيخنا وهذه الرواية تضعف لوجهين :
أحدهما : أن نص الكتاب يقتضي تقديرها بحال الزوج وتقديرها بنصف المهر ويجب اعتبارها بحال المرأة لأن مهرها معتبر بها لا بزوجها
الثاني : أنا لو قدرنا بنصف مهر المثل إذ ليس المهر معينا في شيء ووجه الرواية الأولى قول ابن عباس أعلى المتعة الخادم ثم دون ذلك الكسوة رواه أبو حفص بإسناده وقدرها بكسوة يجوز لها الصلاة فيها لأن الكسوة الواجبة بمطلق الشرع تتقدر بذلك كالكسوة في الكفارة والسترة في الصلاة وروى كنيف السلمي أن عبد الرحمن بن عوف طلق تماضر الكلبية فحممها بجارية سوداء يعني متعها قال إبراهيم : العرب تسمي المتعة التحميم وهذا فيما إذا تشاحا في قدرها فإن سمح لها بزيادة على الخادم أو رضيت بأقل من الكسوة جاز

لأن الحق لها وهو مما يجوز بذله فجاز ما اتفقا عليه كالصداق وقد روي عن الحسن بن علي أنه متع المرأة بعشرة آلاف درهم فقالت
( متاع قليل من حبيب مفارق )



مسألة : فإن دخل بها استقر مهر المثل لأن الوطء في نكاح من غير مهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم فإن طلقها بعد ذلك فهل تجب المتعة ؟ على روايتين أصحهما لا يجب
مسألة : فإن دخل بها استقر مهر المثل لأن الوطء في نكاح من غير مهر خالص لرسول الله صلى الله عليه وسلم فإن طلقها بعد ذلك فهل تجب المتعة ؟ على روايتين أصحهما لا تجب
كل من وجب لها نصف المهر لم تجب لها متعة سواء كانت ممن سمى لها صداقا أو لم يسم لها لكن فرض لها بعد العقد وبهذا قال أبو حنيفة فيمن سمى لها وهو قديم قولي الشافعي وروي عن أحمد لكل مطلقة متاع وروى ذلك عن علي ين أبي طالب رضي الله عنه و الحسن و سعيد بن جبير و أبي قلابه و الزهري و قتادة و الضحاك و أبي ثور لظاهر قوله تعالى : { وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين } ولقوله سبحانه لنبيه على السلام : { قل لأزواجك } إلى قوله { فتعالين أمتعكن } فعلى هذه الرواية لكل مطلقة متاع سواء كانت مفوضة أو سمى لها مدخولا بها أو غيرها لما ذكرنا وظاهر المذهب أن المتعة لا بجب إلا للمفوضة التي لم يدخل بها إذا طلقت قال أبو بكر كل من روى عن أبي عبد الله فيما أعلم روى عنه أنه لا يحكم بالمتعة إلا لمن سمى لها مهر إلا حنبلا روى عن أحمد أن لكل مطلقة متاعا قال أبو بكر والعمل عليه عندي لولا تواتر الروايات عنه بخلافها
ولنا قوله تعالى : { لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره } والآية فخص الأولى بالمتعة والثانية بنصف المفروض مع تقسية النساء قسمين وإثباته لكل قسم حكما فيدل ذلك على اختصاص كل قسم بحكمه وهذا يخص ما ذكروه ويحتمل أن يحمل الأمر بالمتاع في غير المفوضة على الاستحباب كدلالة الآيتين اللتين ذكرناهما على نفي وجوبها جمعا بين دلالات الآيات والمعنى فإنه عوض واجب فتي عقد فإذا سمي فيه عوض صحيح لم يجب غيره كسائر عقود المعوضة ولأنها لا تجب لها المتعة قبل الفرقة ولا ما يقوم مقامها فلم يجب لها عند الفرقة كالمتوفى عنها زوجها
فصل : قد ذكرنا أن الزوج إذا طلق المسمى لها أو المفوضة المفروض لها بعد الدخول فلا متعة لواحدة منهما على رواية حنبل وذكرنا قول من ذهب إليه فظاهر المذهب أنه لامتعة لواحدة منهما وهو قول أبي حنيفة و للشافعي قولان كالروايتين وقد ذكرنا ذلك إذا ثبت هذا فإنه يستحب أن يمتعها نص عليه أحمد فقال : أنا أوجبها على من يسم لها صداقها فإن كان قد سمى لها صداقا فلا أوجبها عليه واستحب أن يمتع وان سمى لها صداقا وإنما استحب ذلك لعموم النص الوارد فيها ودلالته على ايجابها وقول المذكور عليه تعين حمل الأدلة الدالة عليها على الاستحباب أو على أنه أريد به الخصوص وأما المتوفى عنها فلا متعة لها بالإجماع لأن النص العام لم يتناولها وإنما تناول المطلقات ولأنها أخذت العوض المسمى لها في عقد المعوضة فلم يجب لها به سواه كما في سائر العقود
فصل : قال الشيخ رضي الله عنه : ومهر المثل معتبر بما يساويها من نساء عصباتها كأختها وعمتها وبنت أخيها وعمتها يعتبر جميع أقاربها كأمها وخالتها وقال مالك يعتبر بمن هي في مثل جمالها ومالها وشرفها ولا يختص بأقاربائها لأن الأغراض إنما تختلف بذلك دون الأقارب ولنا قوله في حديث ابن مسعود لها مهر نسائها ونساؤها أقاربها وما ذكره فنحن نشترطه ونشترط معه أن تكون من نساء أقاربها لأنها أقرب إليهن وقوله إنما يختلف بهذه الأوصاف دون الأقارب لا يصح لأن المرأة تطلب لحسبها كما جاء في الأثر وحسبها يختص به أقاربها ويزداد المهر بذلك ويقل وقد يكون الحي وأهل القرية لهم عادة في الصداق ورسم مقرر لا

يشاركهم فيه غيرهم ولا يغيرونه بتغير الصفات فيعتبر ذلك دون سائر الصفات واختلفت الرواية عن أحمد فيمن يعتبر من أقاربها فقال في رواية حنبل لها مهر مثلها من نسائها من قبل أبيها فاعتبر بنساء العصبات خاصة وهذا مذهب الشافعي وقال وفي رواية إسحاق بن هانئ لها مهر نسائها مثل أمها أو أختها أو عمتها أو بنت عمها اختاره أبو بكر
وهذا مذهب أبو حنيفة و ابن أبي ليلى لأنهن من نسائها والأولى أولى فإنه قد روي في قصة بروع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في تزويج بنت واشق بمثل مهر نساء قومها ولأن شرف المرأة معتبر في مهرها وشرفها بنسبها وأمها وخالتها لا يساويانها في شرفها وقد تكون أمها مولاة وهي شريفة وقد تكون أمها قرشية وهي غير قرشية وينبغي أن يكون الأقارب فالأقرب نساء عصابتها أخواتها لأبيها ثم عماتها ثم بنات عمها الأقرب فالأقرب



مسألة : فإن لم يوجد إلا دونها زيدت بقدر فضيلتها
مسألة : فإن لم يوجد إلا دونها زيدت بقدر فضيلتها
لأن زيادة فضيلتها تقتضي زيادة في المهر فتقدرت الزيادة بقدر الفضيلة وإن لم يوجد إلا فوقها ونقصت بقدر نقصها كأرش العيب بقدر نقص المبيع
فصل : ويجب مهر المثل حالا لأنه بدل متلف فأشبه قيمن المتلفات ولا يكون إى من نقد البلد لما ذكرنا ولا تلزم الدية لأنها تختلف باختلاف صفات المتلف بل هي مقدرة بالشرع فكانت بحكم ما جعله من الحلول والتأجيل فلا يعتبر بها غيرها ولأنها عدل بها عن سائر الأبدال فيمن وجب عليه فكذلك في تأجيلها تخفيفا عنه بخلاف غيرها

مسألة : فإن لم يوجد إلا دونها زيدت بقدر فضيلتها
مسألة : فإن لم يوجد إلا دونها زيدت بقدر فضيلتها
لأن زيادة فضيلتها تقتضي زيادة في المهر فتقدرت الزيادة بقدر الفضيلة وإن لم يوجد إلا فوقها ونقصت بقدر نقصها كأرش العيب بقدر نقص المبيع
فصل : ويجب مهر المثل حالا لأنه بدل متلف فأشبه قيمن المتلفات ولا يكون إلى من نقد البلد لما ذكرنا ولا تلزم الدية لأنها تختلف باختلاف صفات المتلف بل هي مقدرة بالشرع فكانت بحكم ما جعله من الحلول والتأجيل فلا يعتبر بها غيرها ولأنها عدل بها عن سائر الأبدال فيمن وجب عليه فكذلك في تأجيلها تخفيفا عنه بخلاف غيرها



مسألة : فإن كانت عادة نسائها تأجيل المهر فرض مؤجلا في أحد الوجهين
مسألة : فإن كانت عادة نسائها تأجيل المهر فرض مؤجلا في أحد الوجهين
لأنه مهر مثلها
والثاني : يفرض حالا لما ذكرنا وإن كان عادتهم التخفيف عن عشيرتهم دون غيرهم اعتبر ذلك وهذا مذهب الشافعي فإن قيل فإذا كان مهر المثل بدل متلف يجب أن يختلف باختلاف المتلف كسائر المتلفات قلنا النكاح يخالف سائر المتلفات المقصود بها المالية خاصة فلم تختلف باختلاف المتلفين والنكاح يقصد به أعيان الزوجين فاختلف باختلافهم ولأن سائر المتلفات لا تختلف باختلاف الوائد والمهر يختلف بالعادات فإن المرأة إن كانت من قوم عادتهم تخفيف مهور نسائهم وجب مهر المرأة منهم خفيفا وإن كانت أفضل وأشرف من

نساء عادتهم تثقيل المهر وعلى هذا متى كانت عادتهم التخفيف لمعنى مثل الشرف واليسار ونحو ذلك اعتبر جريا على عادتهم

مسألة : فإن لم يكن لها أقارب اعتبر شبهها من أهل بلدها
مسألة : فإن لم يكن لها أقارب اعتبر شبهها من أهل بلدها
فإن عدم ذلك اعتبرنا أقرب النساء شبها بها من أقرب البلاد إليها من غيرهم كما اعتبرنا قرابتها البعيدة إذا لم يوجد القريب
فصل : قال رضي الله عنه : فأما النكاح الفاسد فمتى إفترقا قبل الدخول بطلاق أو غيره فلا مهر لأن المهر يجب بالعقد والعقد فاسد فإن وجوده كالعدم ولأنه عقد فاسد فيخلو من العوض كالبيع الفاسد

مسألة : فإن دخل بها استقر المسمى وعنه يجب مهر المثل وهي أصح
مسألة : فإن دخل بها استقر المسمى وعنه يجب مهر المثل وهي أصح
المنصوص عن أحمد أن لها المسمى لأن في بعض ألفاظ حديث عائشة [ ولها الذي أعطاها بما أصاب منها ] قال القاضي حدثناه أبو بكر البرقاني و أبو محمد الخلال بإسناديهما وقال أبو حنيفة الواجب الأقل من المسمى أو مهر المثل لأنها إن رضيت بدون مهر مثلها فليس لها أكثر منه كالعقد الصحيح وإن كان المسمى أكثر لم تجب الزيادة بعقد غير صحيح والصحيح وجب مهر المثل أومأ إليه أحمد وهو ظاهر كلام الخرقي لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ فإن أصابها فلها المهر بما استحل من فرجها ] لها المهر بالاصابة والاصابة إنما توجب مهر المثل ولأن العقد ليس بموجب بدليل الخبر وأنه لو طلقها قبل مسيسها لم يكن لها شيء وإذا لم يكن موجبا كان وجوده كعدمه وبقي الوطء موجبا بمفرده فأوجب مهر المثل كوطء الشبهة ولأن القسمة لو فسدت لوجب مهر المثل فإذا فسد العقد من أصله كان أولى وقول أبي حنيفة أنها رضيت بدون صداقها إنما يصح إذا كان العقد هو الموجب وقد أنه إنما يجب بالاصابة فيوجب مهر المثل كاملا كوطء الشبهة



مسألة : ولا يستقر بالخلوة
مسألة : ولا يستقر بالخلوة
وهو قول أكثر أهل العلم وقال أصحابنا يستقر قياسا على العقد ونص عليه أحمد والأول أولى لأن الصداق لم يجب بالعقد وإنما أوجبه الوطء ولم يجد ولذلك لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول فأشبه الخلوة بالأجنبية ولأن النبي صلى الله عليه وسلم [ إنما جعل لها المهر بما استحل من فرجها ] ولم يوجد ذلك وفي الخلوة بغير إصابة وقد ذكرناه
فصل : إذا تزوجت المرأة تزويجا فاسدا لم يحل تزويجها لغير من تزوجها حتى يطلقها أو يفسخ نكاحها فإن امتنع من طلاقها فسخ الحاكم نكاحه نص عليه أحمد وقال الشافعي لا حاجة إلى فسخ ولا طلاق لأنه نكاح غير منعقد أشبه النكاح في العدة
ولنا أنه نكاح يسوغ فيه الاجتهاد فاحتيج في التفريق إلى إيقاع فرقة كالصحيح المختلف فيه ولأن تزويجها من غير فريقة يفضي إلى تسليط زوجين عليها كل واحد منهما يعتقد صحة نكاحه وفساد نكاح الآخر ويفارق النكاح الباطل من هذين فعلى هذا متى تزوجت بآخر قبل التفريق لم يصح الثاني ولم يجز تزويجها حتى يطلق الأولان أو يفسخ نكاحهما ومتى كان التفريق قبل الدخول فلا مهر لأنه عقد فاسد لم يتصل به قبض فلم يجب به عوض كالبيع الفاسد وإن كان بعد الدخول فلها المهر لما ذكر وإن تكرر الوطء لم يجب به أكثر من مهر

واحد بدليل قوله عليه الصلاة والسلام [ فلها المهر بما استحل من فرجها ] ولأنه إصابة في عقد أشبه الاصابة في العقد الصحيح



مسألة : ويجب مهر المثل للموطوءة بشبهة والمكرهة على الزنا ولا يجب معه أرش البكارة ويحتمل أن يجب للمكرهة
مسألة : ويجب مهر المثل للموطوءة بشبهة والمكرهة على الزنا ولا يجب معه أرش البكارة ويحتمل أن يجب للمكرهة
وأما الموطوءة بشبهة فيجب مهر المثل بغير خلاف عليمناه ويجب للمكرهة على الزنا في ظاهر المذهب وعن أحمد لا يجب لها مهر إن كانت ثيبا اختاره أبو بكر ولا يجب معه أرش البكارة وذكر القاضي أن أحمد ذكر في رواية أبي طالب في حق الأجنبية إذا أكرهها على الزنا فعليه المهر وأرش البكارة وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة لا مهر للمكرهة على الزنا
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [ فلها المهر بما استحل من فرجها ] وهي حجة على أبي حنيفة فإن المكرهة مستحل لفرجها فإن الاستحلال الفعل في غير موضع الحل لقوله عليه والسلام [ ما آمن بالقرآن من استحل محارمه ] وهو حجة أيضا على من أوجب الأرض لكونه أوجب المهر وحده من غير أرش ولأنه استوفى ما يجب بدله بالشبهة وفي العقد الفاسد فوجب بالتعدي كاتلاف المال وأكل طعام الغير
ولنا أنه لا يجب الأرش لأنه وطء ضمن بالمهر فلم يجب معه أرش كسائر الوطء يحققه ان المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء وبدل المتلف لا يختلف بكونه في عقد فاسد وكونه تمحض عدوانا ولأن الأرش يدخل في المهر لكون الواجب لها مهر المثل ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أتلف من البكارة ولا يجب عوضها مرة ثانية ويحققه انه إذا أخذ أرش البكارة مرة لم يجز أخذه مرة أخرى فتصير كأنها معدومة ولا يجب لها إلا مهر ثيب ومهر الثيب مع أرش البكارة هو مهر البكر فلا تجوز الزيادة علية
فصل : ولا فرق بين كون الموطوءة أجنبية أو من ذوات محارمه وهو اختيار أبي بكر ومذهب النخعي و مكحول و أبي حنيفة و الشافعي وعن أحمد رواية أخرى أن النساء من ذوات محارمه لا مهر لهن وهو قول الشعبي لأن تحريمهن تحريم أصل فلا يجب به مهر كاللواط وفارق من حرمت تحريم المصاهرة فإن تحريمها طال وكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لأنه طارئ وكذلك ينبغي أن يكون الحكم فيمن حرمت بالرضاع لأنه طارئ أيضا وعن أحمد رواية أخرى أن من تحرم ابنتها لا مهر لها كالام والبنت والأخت ومن تحل ابنتها كالعمة والخالة فلها المهر لأن تحريمها أخف ولنا أن ما ضمن للأجنبي ضمن للمناسب كالمال ومهر الأمة والامة أتلف منفعة بضعها بالوطئ فلزمه مهرها كالاجنبية ولأنه محل مضمون على غيره فوجب عليه ضمنانه كالمال وبهذا فارق اللواط فإنه غير مضمون على أحد
فصل : ولا يجب المهر الوطء في الدبر ولا اللواط لأن الشرع لم يرد ببدله ولا هو إتلاف لشيء فأشبه القبلة والوطء دون الفرج وقال في المحرر يجب بوطء المرأة في الدبر كالوطء في القبل والأول أولى لأنه ليس بسبب للبضعية أشبه اللواط ولا يجب للمطاوعة على الزنا لأنها باذلة لما يجب بذلها لها فلم يجب شيء كما لو أذنت لها في قطع يدها فقطعها إلا أن تكون أمة فيكون المهر ليسدها ولا يسقط ببذلها لأن الحق لغيرها فأشبه ما لو بذلت قطع يدها
فصل : ومن طلق امرأته قبل الدخول طلقة وظن أنها لا تبين بها فوطئها لزمه مهر المثل ونصف المسمى وقال مالك لا يلزمه إلا مهر واحد

ولنا أن المفروض تنصف بطلاقه بقوله سبحانه { فنصف ما فرضتم } ووطؤه بعد ذلك عري عن الفعل فوجب به مهر المثل كما لو علم كغيرها أو كما لو وطئها غيره فأما من نكاحها باطل بالاجماع كالمزوجة والمعتدة إذا نكحها رجل فوطئها عالما بالحال وتحريم الوطء وهي مطاوعة عالمة فلا مهر لأنه زنا يوجب الحد وهي مطاوعة عليه وإن جهلت تحريم ذلك أو كونها في العدة بالمهر لها لأنه وطء شبهة وقد روى أبو داود بإسناده [ أن رجلا يقال له نصر بن أكتم نكح امرأة فولدت لأربعة أشهر فجعل النبي صلى الله عليه وسلم لها الصداق بما استحل من فرجها ] وفي لفظ قال [ الصداق بما استحللت من فرجها فإذا ولدت فاجلدوها ] وروى سعيد في سننه عن عمران بن كثير أن عبيد الله بن الحر تزوج امرأة من قومه يقال لها الدرداء فانطلق عبيد الله فلحق بمعاوية ومات أبو جارية فتزوجها أهلها رجلا يقال له عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى علي فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملا عن عكرمة فبلغ ذلك عبيد الله فقدم فخاصمهم إلى علي فقصوا عليه قصتهم فرد عليه المرأة وكانت حاملا من عكرمة فوضعت على يد عدل فقالت المرأة لعلي أنا أحق فلما بمالي أو عبيد الله ؟ قال بل أنت أحق بمالك قالت فاشهدوا أن ما كان لي عند عكرمة من صداق فهو له فلما وضعت ما في ردها على عبيد بن الحر وألحق الولد بأبيه



مسألة : وإذا دفع أجنبية فأذهب عذرتها فعليه أرش بكارتها
مسألة : وإذا دفع أجنبية فأذهب عذرتها فعليه أرش بكارتها
وقال القاضي يجب مهر المثل إذا دفع أجنبية فأذهب عذرتها أو فعل ذلك بأصبعه أو غيرها أرش بكراتها وهو مذهب الشافعي لأنه إتلاف حر لم يرد الشرع بتقدير عوضه فرضع في ديته إلى الحكومة كسائر ما لم يقدر ولأنه إذا لم يكمل به الصداق في حق الزوج ففي حق الأجنبي أولى وروي عن أحمد أن لها صداق نسائها اختاره القاضي وقال أحمد إن تزوج امرأة فدفعها هو وأخوه فأذهبا عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فعلى الزوج نصف المهر وعلى الأخ نصفه وروي عن علي وابنه الحسن عبد الله بن معقل عبد الملك بن مروان فروى سعيد حدثنا هشيم حدثنا مغيرة عن إبراهيم أن رجلا كان عنده أجنبية فخافت امرأته أن يتزوجها فاستعانت نسوي فضبطنها لها فأفسدت عذرتها وقالت لزوجها إنها فجرت فأخبر علي رضي الله عنه بذلك فأرسل إلى امرأته والنسوة فلما أتينه لم يلبثن أن اعترفن فقال للحسن بن علي : اقض فيها يا حسن فقال الحد على من قذفها والمهر عليها وعلى الممسكات فقال علي لو كلفت الإبل طحنا لطحنت وما يطحن يومئذ بعير قال حدثنا هشيم حدثنا إسماعيل بن سالم أخبرنا الشعبي أن جواري أربعا قال احداهن هي رجل وقالت الأخرى هي امرأة وقالت الثالثة هي أبو التي زعمت أنها رجل وقالت الرابعة هي أبو التي زعمت أنها امرأة فخطبت التي زعمت أنها أبو الرجل التي زعمت أنها أبو المرأة فزوجوها إياها فعمدت إليها فافسدتها باصبعها فرفع ذلك إلى عبد الملك بن مروان فجعل الصداق بينهن أربعا وألقي حصة التي أمكنت من نفسها فبلغ ذلك عبد الله بن معقل فقال لو وليت أنا لجعلت الصداق على التي أفسدت الجارية وحدها وهذه قصص نشرت ولم تنكر فكانت إجماعا ولأن اتلاف العذرة مستحق بعقد النكاح فإذا أتلفه أجنبي وجب المهر كنفقة البضع والقول الأول هو القياس لولا ما روي عن الصحابة رضي الله عنهم وأرش البكارة ما بين مهر والثيب والله أعلم



مسألة : فإن فعل ذلك الزوج ثم طلق قبل الدخول لم يكن لها عليه إلا نصف المسمى

مسألة : فإن فعل ذلك الزوج ثم طلق قبل الدخول لم يكن لها عليه إلا نصف المسمى وقال أبو يوسف و محمد عليه الصداق كاملا لأنه أذهب عذرتها في نكاح صحيح فأشبه ما لو أذهبها بالوطء
ولنا قول الله تعالى : { وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم } وهذه مطلقة قبل المسيس فأشبه ما لو لم يدفعها ولأنه أتلف ما يستحق إتلافه بالعقد فلم يضمنه لغيره كما لو أتلف عذرة أمته ويتخرج أن يجب لها الصداق كاملا فإن أحمد قال إذا فعل ذلك أجنبي عليه الصداق ففيما إذا فعله الزوج أولى فإن ما يجب به الصداق ابتداء أحق بتقدير الصداق وقد روي عن أحمد فيمن أخذ امرأته وقبض عليها أو نظر إليها وهي عريانة أن عليه الصداق كاملا فهذا أولى

مسألة : وللمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها إذا كان حالا
مسألة : وللمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها إذا كان حالا
قال ابن المنذر أجمع من نحفظ عنه من أهل العلم أن للمرأة أن تمتنع من دخول الزوج عليها حتى يعطيها مهرها فإن قال الزوج لا أسلم إليها الصداق حتى أسلمها أجبر على تسليم الصداق أولا ثم تجبر هي على تسليم نفسها ومذهب الشافعي وهذا على نحو مذهبه في البيع ولنا أن في إجبارها على تسليم نفسها أولا خطر إتلاف البضع والامتناع من بذل الصداق فلا يمكن الرجوع في البضع بخلاف المبيع الذي يجبر على تسليمه قبل تسليم ثمنه فإذا تقرر فلها النفقة إن امتنعت لذلك وإن كان معسرا بالصداق لأن امتناعها بحق فإن كان الصداق موجلا فليس لها منع نفسها قبل قبضه لأن رضاها بتأجيله رضا منها بتسليم ننفسها قبل قبضه كالثمن المؤجل في البيع فإن حل المؤجل قبل تسليم نفسها لم يكن كلها منع نفسها أيضا لأن التسليمن قد وجب عليها واستقر قبل قبضه فلم يكن كلها أن تمتنع منه فإن كان بعضه حالا وبعضه مؤجلا فلها منع نفسها قبل قبض العاجل دون الآجل فإن سلمت نفسها قبل قبضه صم أرادت منع نفسها حتى تقبضه فهل لها ذلك ؟ على وجهين وقد توقف أحمد رحمه الله عن الجواب في هذه المسألة وذهب أبو عبد الله بن بطة و أبو إسحاق بن شاقلا إلى أنا ليس لها أن تمنع نفسها بعد ذلك كما لو سلم البائع المبيع وذهب أبو عبد الله بن حامد إلى أن لها ذلك وهو مذهب أبو حنيفة لأنه تسلسم يوجبه عليها عقد النكاح فملكت أن تمتنع منه قبل قبض صداقها الأول وفأما إن وطئها مكرهة لم يسقط حقها من الامتناع لأنه صحل بغير رضاها فهو كالمبيع إذا أخذه المشتري من البائع كرها فإن أخذ الصداق فوجدت به عيبا فلها منع نفسها حتى يبذله أو يعطيها أرشه لأن صداقها صحيح وإن لم تعلم عليه حتى سلمت نفسها خرج على وجهين فيما إذا سلمت نفسها قبل قبض صداقها ثم بدا لها أن تمتنع والأولى ههنا أن لها الامتناع لأنها إنما سلمت نفسها ظنا أنها قد قبضت صداقها بخلاف المسألة المقيس عليها وكل موضع قلنا لها الامتناع من تسليم نفسها فلها السفر بغير إذن الزوج لأنه لم يثبت للزوج عليها حق الحبس فصارت كمن لا زوج لها ولو بقي منه درهم كان كلقاء جميعه لأن كل من ثبت له الحبس بجميع البدل ثبت له الحبس ببعضه كسائر الديون



مسألة : وإن أعسر بالمهر قبل الدخول فلها الفسخ إذا كان حالا
مسألة : وإن أعسر بالمهر قبل الدخول فلها الفسخ إذا كان حالا
اختاره أبو بكر لأنه تعذر الوصول إلى عوض العقد قبل تسليم العوض فكان لها لافسخ كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع وفيه وجه آخر ليس لها الفسخ اختاره ابن حامد قال شيخنا : وهو الصحيح لأنه دين فلم ينفسخ بالاعسار به كالنفقة الماضية ولانه لا نص فيه ولا يصح قياسه على الثمن في المبيع لأن الثمن كان البائع والعنادة تعجيله والصداق فضلة

ونحلة ليس هو المقصود في النكاح ولذلك لا يفسد النكاح بفساده ولا بترك ذكره والعادة بأخيره ولأن أكثر من يشتري بثمن حال يكون موسرا به وليس الأكثر أن من يتزوج بمهر يكون موسرا به وفيه وجه ثالث أنه ان أعسر قبل الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله فإن كان بعد الدخول لم يملك الفسخ لأن المعقود عليه قد استوفي فأشبه ما لو أفلس المشتري بعد تلف المبيع أو بعضه و للشافعي نحو هذه الوجوه وقيل إذا أعسر بعد الدخول انبنى على منع نفسها إن قلنا لها منع نفسها بالدخول فلها الفسخ كما قبل الدخول وإن قلنا ليس لها منع نفسها فليس لها الفسخ كما لو أفلس بدين آخر

مسألة : ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم حاكم
مسألة : ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم حاكم
لأنه فسخ يجتهد فيه مختلف فيه فأشبه الفسخ للعنة والفسخ للإعسار بالنفقة ولأنه لو فسخ بغير حكم حاكم اعتقدت أن النكاح انفسخ وأبيح لها أن تتزوج والزوج يعتقد أنها زوجته لم ينفسخ نكاحها فيصير للمرأة زوجان كل واحد يعتقد حلها له و تحريمها على الآخر وهذا لا يجوز في الإسلام وفيه وجه آخر أنه يجوز بغير حكم حاكم كخيار المعتقة تحت العبد والصحيح الأول ولا يصح قياسه على المعتقة لأن ذلك متفق عليه وهذا مختلف فيه



باب الوليمة
وهي اسم لدعوة العرس خاصة لا يقع هذا الاسم على غيره كذلك حكاه ابن عبد البر عن ثعلب من أهل اللغة وقال بعض أصحابنا وغيرهم إنها تقع على طعام لسرور حادث إلا أن استعمالها في طعام العرس أكثر وهول أهل اللغة أقوى لأنهم أهل اللسان وهم أعرف بموضوعات اللغة وأعلم بلسان العرب والعذيرة اسم لدعوة الختان تسمى الاعذار والخرس والخرسة عند الولادة والذكيرة دعوة البناء يقال ذكر وخرس مشدد والنقيعة عند قدوم الغائب يقال نقع مخفف والعقيمة الذبح لأجل الولد قال الشاعر :
( كل الطعام تشتهي ربيعه ... الخرس والاعذار والنقيعة )
والحذاق الطعام عند حذاق الصبي والمأدبة اسم لكل لسبب كانت أو لغير سبب والآدب صاحب المأدبة قال الشاعر :
( نحن في المشتاة ... ندعو الجفلى لا يرى الآدب منا ينتقر )
والجفلى في الدعوة أن يعم الناس بدعوته والنقرى هو أن يخص قوما دون قوم

مسألة : وهي مستحبة
مسألة : وهي مستحبة
لا خلاف بين أهل العلم في أن الوليمة في العرس سنة مشروعة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بها وفعلها فقال لعبد الرحمن به عوف حين قال له تزوجت [ أولم ولو بشاة ] و [ قال أنس ما أولم رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة من نسائه ما أولم على زينب جعل يبعثني أدعو له الناس فاطعمهم لحما وخبزا حتى شبعوا ] و [ قال أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اصطفى صفية لنفسه فخرج بها حتى بلغ بها ثنية الصهباء فبنى بها ثم صنع حيسا في نطع صغير ثم قال : ائذن لمن حولك فكانت وليمة رسول الله صلى الله عليه وسلم على صفية ] متفق عليهن ويستحب أن يولم بشاة لحديث عبد الرحمن به عوف و [ قال أنس ما أولم النبي صلى الله عليه وسلم على شيء من نسائه ما أولم على

زينب أولم بشاة ] لفظ البخاري فإن أولم بغير هذا جاز فقد أولم النبي صلى الله عليه وسلم على صفية بحيس وأولم على بعض نسائه بمدين من شعير
فصل : وليست واجبة في قول أكثر أهل العلم وقال بعض أصحاب الشافعي وهي واجبة لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بها عبد الرحمن به عوف ولأن الإجابة إليها واجبة
ولنا أنها طعام لسرور حادث فأشبه سائر الأطعمة والخبر محمول على الاستحباب لما ذكرنا وكونه أمر بشاة ولا خلاف في أنها لا تجب وما ذكروه من المعنى لا أصل له ثم هو باطل بالسلام ليس هو بواجب واجابة المسلم واجبة

[ جزء 8 - صفحة 106 ]

مسألة : والإجابة إليها واجبة إذا عينه الداعي المسلم في اليوم الأول
مسألة : والإجابة إليها واجبة إذا عينه الداعي المسلم في اليوم الأول
قال ابن عبد البر لا خلاف في وجوب الإجابة إلى الوليمة المن دعي إليها إذا لم يكن فيها لهو وبه يقول مالك و الشافعي و الثوري و العنبري و أبو حنيفة وأصحاب الرأي ومن أصحاب الشافعي ومن قال هي من فروض الكفايات لأن الإجابة اكرام وموالاة فهي كرد السلام
ولنا ما [ روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إذا دعي أحدكم إلى الوليمة فليأتها ] وفي لفظ قال : [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أجيبوا هذه الدعوة إذا دعيتم إليها ] وقال أبو هريرة شر الطعام الوليمة يدعى لها الأغنياء ويترك الفقراء ومن لم يجب فقد عصى الله ورسوله رواهن البخاري وهذا عام في معنى قوله شر الطعام طعام الوليمة والله أعلم أي طعام الوليمة التي يدعى لها الأغنياء ويترك الفقراء ولم يرد أن كل وليمة طعمها شر الطعام فإنه لو أراد ذلك لما أمر بها ولا ندب إليها أمر بالإجابة إليها ولا فعلها ولأن الإجابة تجب بالدعوة فكل من دعى فقد وجب عليه الإجابة
فصل : وإنما تجب الإجابة على من عين بالدعوة بان يدعو رجلا بعينه أو جماعة معينين

[ جزء 8 - صفحة 107 ]

مسألة : فإن دعا الجفلى كقوله يا أيها الناس تعالوا إلى الطعام أو يقول الرسول أمرت أن أدعو كل من لقيت أو شئت لم تجب الإجابة ولم تستحب لأنه لم يعين وبالدعوة فلم تتعين عليه الإجابة
مسألة : فإن دعا الجفلى كقوله يا أيها الناس تعالوا إلى الطعام أو يقول الرسول أمرت أن أدعو كل من لقيت أو شئت لم تجب الإجابة ولم تستحب لأنه لم يعين وبالدعوة فلم تتعين عليه الإجابة :
ولأنه غير منصوص عليه ولا يحصل كسر قلب الداعي بترك إجابته ويجوز الإجابة بهذا لدخوله في عموم الدعاء

مسألة : أو دعاه فيما بعد اليوم الأول
مسألة أو دعاه فيما بعد اليوم الأول
إذا صنعت الوليمة من يوم جاز فقد روى الخلال بإسناده عن أبي أنه أعرس فدعا الانصار ثمانية أيام فتمى دعا بعد اليوم الأول فإن كان في اليوم استحب استحبت الاجابة ولم تجب وفي اليوم الثالث لا تستحب قال أحمد يجب والثاني يستحب والثالث فلا هكذا مذهب الشافعي وقد [ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : الوليمة أول يوم حق والثاني

معروف والثالث رياء وسمعة ] رواه أبو داود و ابن ماجة وغيرهما وروي عن سعيد بن المسيب أنه دعي إلى وليمة عرس مرتين فأجاب فدعى لثالثة فحصب الرسول رواه الخلال
فصل : فإن دعاه ذمي لم تجب الإجابة قال الإجابة قال أصحابنا لأن الإجابة للمسلم للاكرام والمولاة وتأكيد المودة والاخاء فلا تجب على المسلم للذمي ولأنه لا يأمن اختلاط طعامهم بالحرام والنجاسة وتجوز إجابتهم لما روى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم دعاه يهودي إلى خبز شعير واهالة نسخة فأجابه ذكره الإمام أحمد في الزهد



مسألة : وسائر الدعوات والإجابة إليها مستحبة غير واجبة لما فيها من إطعام الطعام وكذلك الإجابة إليها
مسألة : وسائر الدعوات والإجابة إليها مستحبة غير واجبة لما فيها من إطعام الطعام وكذلك الإجابة إليها
وهذا قول مالك و الشافعي و أبي حنيفة وقال العنبري تجب الإجابة إلى كل دعوة لما [ روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إذا دعا أحدكم أخاه فليجب عرسا كان أو غير عرس ] رواه أبو داود
ولنا أن الصحيح من السنة إنما ورد في إجابة الداعي إلى الوليمة وهي الطعام في العرس خاصة وكذلك قال الخليل و ثعلب وعيرهما من أهل اللغة وقد صرح بذلك في بعض روايات ابن عمر [ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : إذا دعي أحدكم إلى وليمة عرس فليجب ] رواه ابن ماجة وقال عثمان بن أبي العاص : كنا لا تأتي الختان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا تدعى إليه رواه الإمام أحمد في المسند ولأن التزويج يستحب إعلانه وكثرة الجمع فيه والتصويت والضرب بالدف بخلاف غيره فأما الأمر بالإجابة إلى غيره فمحمول على الاستحباب بدليل أنه لم يخص به دعوة ذات سبب دون غيرها وإجابة كل داع مستحبة لهذا الخبر وقد روى البراء أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بإجابة لا داعي متفق عليه ولأنه جبر قلب للداعي وتطييب قلبه وقد دعي أحمد إلى ختان فأجاب وأكل فأما غير دعوة العرس في حق فاعلها فليست لها فضيلة تختص بها العدم ورود الشرع بها وهي بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث فإذا قصد فاعلها شكر نعمة الله عليه وإطعام إخوانه وبذل طعامه فله أجر ذلك إن شاء الله تعالى



مسألة : وإذا حضر وهو صائم صوما واجبا لم يفطر وإن كان نفلا أو مفطرا استحب له الأكل وإن أحب دعا وانصرف
مسألة : وإذا حضر وهو صائم صوما واجبا لم يفطر وإن كان نفلا أو مفطرا استحب له الأكل وإن أحب دعا وانصرف
وجملة ذلك أن الواجب الإجابة إلى الدعوة لأنها الذي أمر به وتوعد على تركه وأما الأكل فغير واجب صائما كان أو مفطرا نص عليه أحمد ولكن إن كان صومه واجبا أجاب ولم يفطر لأن الفطر محرم والأكل غير واجب وقد [ روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دعي أحدكم فليجب فإن كان صائما فليدع وإن كان مفطرا فليطعم ] رواه أبو داود وفي رواية [ فليصل ] يعني يدعو ودعي ابن عمر إلى وليمة فحضر ومد يده وقال بسم الله ثم قبض يده وقال كلوا فإني صائم وإن كان صائما تطوعا استحب له الأكل لأن له الخروج من الصوم ولأن فيه إدخال السرور على قلب أخيه المسلم وقد [ روي أن النبي

صلى الله عليه وسلم كان في دعوة ومعه جماعة فاعتزل رجل من القوم ناحية فقال إني صائم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : دعاكم أخوكم وتكلف لكم كل ثم صم يوما مكانه إن شئت ] وإن أحب إتمام الصيام جاز لما ذكرنا من حديث ابن عمر وفعله ولكن يدعو لهم ويبارك ويخبرهم بصيامه ليعلموا عذره فتزول عنه التهمة في ترك الأكل فقد روى أبو حفص بإسناده عن عليه الصلاة والسلام عثمان بن عفان أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم فقال : إني صائم ولكن أحببت أن أجيب الداعي فادعو بالبركة وعن عبد الله قال : إذا عرض على أحدكم الطعام وهو صائم فليقل إني صائم وإن كان مفطرا فالأولى له الأكل لأنه أبلغ في إكرام الداعي وجبر قلبه ولا يجب عليه الأكل وقال أصحاب الشافعي فيه أنه يجب عليه الأكل لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ وإن كان مفطرا فليطعم ] ولأن المقصود منه الأكل فكان واجبا كالإجابة
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [ إذا دعي أحدكم فليجب فإن شاء أكل وإن شاء ترك ] حديث صحيح ولأنه لو وجب الأكل لوجب على المتطوع بالصوم فلما لم يلزمه الأكل لم يلزمه إذا كان مفطرا وقولهم المقصود الأكل قلنا بل المقصود الإجابة ولذلك وجبت على الصائم الذي لم يأكل

[ جزء 8 - صفحة 111 ]

مسألة : وإن دعاه اثنان أجاب أولهما
مسألة : إن دعاه اثنان أجاب أولهما
لأن إجابته وجبت حين دعاه فلم يزل الوجوب بدعاء الثاني ولم تجب إجابة الثاني لأنها غير ممكنة مع إجابة الأول فإن استويا أجاب أقربهما بابا لما روى أبو داود بإسناده [ عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا اجتمع داعيان فأجب أقربهما بابا فإن أقربهما بابا أقربهما جوارا فإن سبق أحدهما فأجب الذي سبق ] وروى البخاري [ عن عائشة قالت : قلت يا رسول الله إن لي جارين فإلى أيهما أهدي قال : إلى أقربهما منك بابا ] ولأن هذا من أبواب البر فقدم بهذه المعاني فإن استويا أجاب أقربهما رحما لما فيه من صلة الرحم فإن استويا أجاب أقرهما رحما لما فيه من صلة الرحم فإن استويا أجاب أدناهما فإن استويا إجابة أقرع بينهما لأن القرعة تعين المستحق عند استواء الحقوق

[ جزء 8 - صفحة 112 ]

مسألة : وإن علم أن في الدعوة منكرا كالزمر والخمر وأمكنه الإنكار حضر وأنكر وإلا لم يحضر
مسألة : وإن علم أن في الدعوة منكرا كالزمر والخمر وأمكنه الإنكار حضر وأنكر وإلا لم يحضر
من يدعى إلى وليمة فيها معصية كالخمر والزمر والعود فأمكنه إزالة المنكر لزمه الحضور والإنكار لأنه يؤدي فرضين إجابة أخيه المسلم وإزالة المنكر وإن لم يقدر على الإنكار لم يحضر فإن لم يعلم بالمنكر حتى حضر أزاله فإن لم يمكنه انصرف ونحو هذا قال الشافعي وقال مالك أما اللهو الخفيف كالدف الكير فلا يرجع وقله الن القاسم وقال أصبغ يرجع وقال أبو حنيفة : إذا وجد اللعب فلا بأس أن يقعد فيأكل وقال محمد بن الحسن إن كان ممن يقتدى به فأحب إلي أن يخرج وقال الليث إذا كان فيها الضرب بالعود فلا ينبغي له أن يشهدها والأصل في هذا ما [ روى سفينة أن رجلا أضافه علي فصنع له طعاما فقالت فاطمة لعلي لو دعونا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معنا فدعوه فجاء فوضع يده على

عضادتي الباب فرأى قراما في ناحية البيت فرجع فقالت فاطمة لعلي : الحقه فقال له : ما رجعك يا رسول الله فقال : إنه ليس لي أن أدخل بيتا مزوقا ] حديث حسن وروى أبو حفص بإسناده [ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدة يدار عليها الخمر ] و [ عن نافع قال كنت أسير مع عبد الله بن عمر فسمع زمارة راع فوضع أصبعيه في أذنيه ثم عدل عن الطريق ثم قال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع ] رواه أبو داود و الخلال ولأنه يشاهد المنكر ويسمعه من غير حاجة إلى ذلك فمنع منه كما لو قدر على إزالته ويفارق من له جار مقيم على المنكر والزمر حيث يباح له المقام فإن تلك حال حاجة لما في الخروج من المنزل من الضرر



مسألة : وإن علم به فلم يره ولم يسمعه فله الجلوس والأكل نص عليه أحمد
مسألة : وإن علم به فلم يره ولم يسمعه فله الجلوس والأكل نص عليه أحمد
وله الامتناع من الحضور في ظاهر كلامه فإنه سئل عن الرجل ندعى إلى الختان أو العرس وعنده المخنثون فيدعوه بعد ذلك بيوم أو ساعة وليس عنده أولئك فقال أرجو أن لا يأثم إن لم يجب وإن أجاب فارجو أن لا يكون آثما فاسقط الوجوب لإسقاط الداعي حرمة نفسه بإيجاد المنكر ولم يمنع الإجابة لكون المجيب لا يرى منكرا ولا يسمعه وقال أحمد : إنما تجب الإجابة إذا كان المكسب طيبا ولم ير منكرا فعلى هذا لا تجب إجابة من طعامه من مكسب خبيث لأن إيجاده منكر والأكل منه منكر فهو أولى بالامتناع وإن حضر لم يأكل

مسألة : وإن شاهد ستورا معلقة فيها صور الحيوان لم يجلس إلى أن تزال وإن كانت مبسوطة أو على وسائد فلا بأس
مسألة : وإن شاهد ستورا معلقة فيها صور الحيوان لم يجلس إلى أن تزال وإن كانت مبسوطة أو على وسائد فلا بأس
إذا كانت صور الحيوان على الستور والحيطان وما لا يوطأ وأمكنه حطها أو قطع رؤوسها فعل وجلس وإن لم يمكن انصرف ولم يجلس وعلى هذا أكثر أهل العلم قال ابن عبد البر هذا أعدل المذاهب وحكاه عن سعيد بن أبي وقاص وسالم وعروة و ابن سيرين و عطاء و عكرمة بن خالد و سعيد بن جبير وهو مذهب الشافعي وكان أبو هريرة يكره التصاوير ما نصب منها وما بسط وكذلك مالك إلا أنه كان يكرهها تنزها ولا يراها محرمة ولعلهم يذهبون إلى قول النبي صلى الله عليه وسلم [ إن الملائكة لا تدخل بيتا فيه صورة ] متفق عليه وروي عن ابن مسعود أنه دعى إلى الطعام فلما قيل له إن في البيت صورة أبي أن يذهب حتى كسرت
ولنا ما [ روت عائشة قالت قدم النبي صلى الله عليه وسلم من سفر وقد سترت لي سهوة بنمط فيه تصاوير فلما رآه قال : أتسترين الخدر بشيء فيه تصاوير فهتكه قالت فجعلت منه منتبذين كأني أنظر إلى النبي صلى الله عليه وسلم متكئا على إحدهما ] رواه ابن عبد البر ولأنها إذا كانت تداس وتبتذل وتبتذل ولم تكن معززة معظمة فلا تشبه الأصنام التي تبعد وتتخذ آلهة فلا تكره وما رويناه أخص مما رووه وقد [ روي عن أبي طلحة أنه قيل له ألم يقل النبي صلى الله عليه وسلم لا تدخل الملائكة بيتا فيه كلب ولا صورة قال ألم تسمعه يقول : إلا رقما في ثوب ] متفق عليه وهو محمول على ما ذكرناه من أن المباح ما كان مبسوطا والمكروه منه ما كان معلقا بدليل حديث عائشة
فصل : فإن قطع رأس الصورة ذهبت الكراهة قال ابن عباس : الصورة الرأس فإذا قطع الرأس فليس بصورة وحكي ذلك عن عكرمة وقد [ روي عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتاني جبريل فقال أتيتك البارحة فلم يمنعني أن أكون دخلت إلا أنه

كان على الباب تماثيل وكان في البيت ستر فيه تماثيل وكان في البيت كلب فمر برأس التماثيل التي على باب البيت فتقطع حتى تصير كهيئة الشجرة ومر بالستر فليقطع منه وسادتان منبوذتان يوطآن ومر بالكلب فليخرج ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ] وإن قطع منه ما لا تبقى الحياة بعد ذهابه كصدره أو بطنه أو جعل له رأس منفصل عن بدنه لم يدخل تحت النهي لأن الصورة لا تبقى بعد ذهابه فهو كقطع الرأس وإن كان الذاهب يبقى الحيوان بعده كالعين واليد والرجل فهو صورة داخلة تحت النهي فإن كان في ابتداء التصوير صورة بدن ورأس بلا بدن أو جعل له رأس وسائر بدنه صورة غير حيوان لم يدخل في النهي لأنه ليس بصورة حيوان

فصل : وصنعة التصاوير محرمة على فاعلها لما [ روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : الذين يصنعون هذه الصور يعذبون يوم القيامة يقال لهم أحيوا ما خلقتم ] وعن مسروق قال : دخلنا مع عبد الله بيتا فيه تماثيل فقال لتمثال منها تمثال من هذا ؟ قالوا تمثال من صنم قال عبد الله [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن أشد الناس عذابا يوم القيامة المصورون ] متفق عليه والأمر بعمله محرم كعمله

فصل : فأما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم وإنما أبيح ترك إجابة الدعوة لأحله عقوبة للداعي بإسقاط حرمته لا تخاده المنكر في داره ولا يجب على من رلآه في منزل الداعي الخروج في ظاهر كلام أحمد فإنه قال في روية الفضل إذا رأى صورا على الستر لم يكن رآها حين دخل قلا هو أسهل من أن يكون على الجدار قيل له فإن لم يره إلا عند وضع الخوان بين أيديهم أيخرج ؟ فقال : لا تضيق علينا ولكن إذا رأى هذا وبخهم ونهاهم يعني لا يخرج وهذا مذهب مالك فإنه كان يكرهها تنزها ولا يراها محرمة وقال أكثر أصحاب الشافعي إذا كانت الصور على الستور أو ما ليس بموطوء لم يجز له الدخول لأن الملائكة لا تدخله ولأنه لو لم يكن محرما لما جاز ترك الدعوة الواجبة لأجله

ولنا ما [ روي أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل الكعبة فرأى فيها صورة إبراهيم وإسماعيل يستقسمان بالأزلام فقال : قاتلهم الله لقد علموا أنهما ما استقسما بها قط ] رواه أبو داود وما ذكرنا من خبر عبد الله أنه دخل بيتا فيه تماثيل وفي شروط عمر رضي الله عنه على أهل الذمة أن يوسعوا أبواب كنا ئسهم وبيعهم ليدخلها المسلون للمبيت بها والمارة بدوابهم وروى ابن عائد في فتوح الشام أن النصارى صنعوا لعمر رضي الله عنه حين قدم الشام طعاما فدعوه فقال أين هو ؟ قالوا في الكنيسة فأبى أن يذهب وقال لعلي امض بالناس فليتغدوا فذهب علي بالناس فدخل الكنيسة وتغدى هو والمسلمون وجعل على بنظر إلى صور وقال ما على أمير المؤمنين لو دخل وأكل وهذا اتفاق منهم على إباحة دخولها وفيها الصور لأن دخول الكنائس والبيع غير محرم فكذلك المنازل التي فيها الصور وكون الملائكة لا تدخله لا يوجب تحريم دخوله كما لو كان فيه كلب ولا يحرم صحبة رفقة فيها جرس مع أن الملائكة لا تصحبهم وإنما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة لفاعله وزجرا له عن فعله



مسألة : فإن سترت الحيطان بستور لا صور فيها أو فيها صور غير الحيوان فهل تباح ؟ على روايتين

مسألة : فإن سترت الحيطان بستور لا صور فيها أو فيها صور غير الحيوان فهل تباح ؟ على روايتين :

أما إذا استعمل ذلك لحاجة من وقاية حر أو برد فلا بأس به لأنه يستعمله لحاجة فأشبه الستر على الباب وإن كان لغير حاجة ففيه روايتان :

إحداهما : هو مكروه غير محرم وهو عذر في ترك الإجابة إلى الدعوة بدليل ما روى سالم بن عبد الله بن عمر قال أعرست في عهد أبي فآذن أبي الناس فكان فيمن آذن أبو أيوب وقد

ستروا بيتي بخباء أخضر فأقبل أبو أيوب فاطلع فرأى البيت مستورا بخباء أخضر فقال : يا عبد الله أتسترون الجدر ؟ فقال أبي واستحيا غلبتنا النساء يا أبا أيوب فقال من خشيت أن يغلبنه فلم أخش أن يغلبنك ثم قال لا أطعم لكم طعاما ولا أدخل لكم بيتا ثم خرج رواه الأثرم
قال القاضي وكلام أحمد يحتمل أمرين :
أحدهما : الكراهة من غير لأن ابن عمر أقر على فعله ولأن كراهته لما فيه من الستر وذلك لا يبلغ به التحريم كالزيادة في الملبوس والمأكول والطيب ويحتمل التحريم وهي الرواية الثانية لما روى الخلال بإسناده عن علي بن الحسين قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تستر الجدر و [ روت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن الله لم يأمرنا فيما رزقنا نستر الجدر ] واختار شيخنا ألأن ستر الحيطان مكروه غير محرم وهو مذهب الشافعي إذ لم يثبت في تحريمه حديث وقد فعله ابن عمر وفعل في زمن الصحابة رضي الله عنهم ولو ثبت الحديث حمل على الكراهة لما ذكرنا والله أعلم
فصل : سئل أحمد عن الستور فيها القرآن فقال لا ينبغي أن يكون شيئا معلقا فيه القرآن ليستهان به ويمسح قيل له : فيقلع فكره أن يقلع القرآن وقال إذا كان ستر ذكر الله فلا بأس ي وكره أن يشتري الثوب ذكر الله مما يجلس عليه
فصل : قيل لأبي عبد الله الرجل يكتري بيتا فيه تصاوير ترى أن يحكها قال نعم قال المروذي قلت لأبي عبد الله دخلت حماما فرأيت صورة ترى أن أحك الرأس ؟ قال نعم إنما جاز ذلك اتخاذ الصورة منكر فجاز تغييرها كآلة اللهو والصليب والصنم و يتلف منها ما يخرجها عن حد الصورة كالرأس ونحوه لأن ذلك يكفي قال أحمد ولا بأس باللعب ما لم تكن صورة لما [ روي عن عائشة قالت : دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ألعب باللعب فقال : ما هذا يا عائشة ؟ فقلت هذه خيل سليمان فجعل يضحك ]
فصل : واتخاذ آنية الذهب والفضة محرم فإذا رآه المدعو في منزل الداعي فهو منكر يخرج من أجله وكذلك ما كان من الفضة مستعملا كالمكحلة ونحوه قال الأثرم سئل أحمد إذا رأى حلقة مرآة فضة ورأس مكحلة يخرج من ذلك ؟ فقال هذا تأويل تأولته وأما الآنية نفسها فليس فيها شك وقال ما لا يستعمل فهو أسهل مثل الضبة في السكين والقدح وذلك لأن رؤية المنكر كسماعه فكما لا يجلس في موضع يسمع فيه صوت الزمر لا يجلس في موضع يرى فيه من يشرب الخمر وغيره من المنكر



مسألة : ولا يباح الأكل بغير إذن
مسألة : ولا يباح الأكل بغير إذن
لأن أكل مال الغير إذنه محرم والدعاء إلى الوليمة إذن في الدخول والأكل بدليل ما [ روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا دعي أحدكم فأتى مع الرسول فذلك إذن له ] رواه أبو داود وقال عبد الله بن مسعود إذا دعيت فقد أذن لك رواه الإمام أحمد بإسناده

مسألة : والنثار والتقاطه مكروه وعنه لا يكره
مسألة : والنثار والتقاطه مكروه وعنه لا يكره
اختلفت الرواية عن أحمد في النثار والتقاطه فروي أن ذلك مكروه في العرس وغيره روي ذلك عن أبي مسعود البدري و عكرمة و ابن سرين و عطاء و عبد الله بن زيد الخطمي و طلحة و زبيد اليمامي وبه قال مالك و الشافعي
وروى عن أحمد أنه ليس بمكروه اختارها أبو بكر وهو قول الحسن و قتادة و النخعي و أبي حنيفة و أبي عبيد و ابن المنذر لما [ روى عبد الله بن قرط قال قرب إلى النبي صلى الله عليه وسلم خمس بدنات أو ست فطفقن يزدلفن إليه بأيتهن يبدأ فنحرها رسول الله صلى

الله عليه وسلم وقال كلمة لم أسمعها فسألت من قرب منه فقال قال من شاء اقتطع ] رواه أبو داود وهذا جار مجرى النثار وقد [ روي أن النبي صلى الله عليه وسلم دعي إلى وليمة رجل من الانصار ثم أتوا بنهب فأنهب عليه قال الراوي ونظرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم يزاحم الناس أو نحو ذلك فقلت يا رسول الله أو ما نهيتنا عن النهبة ؟ قال : نهيتكم عن نهبة العساكر ] ولأنه نوع إباحة فأشبه إباحة الطعام للضيفان
ولنا ما [ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا تحل النهبى والمسألة ] ولأن فيه نهبا وتزاحما وقتالا وربما أخذ من يكره صاحب النثار أخذه لحرصه وشرهه ودناءة نفسه ويحرمه من يحب صاحبه لمروءته وصيانة نفسه وعرضه والغالب عليه هذا دناءة والله يحب معالى الامور ويكره سفسافها فأما خبر البدنات فيحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم علم أنه لا نهبة في ذلك لكثرة اللحم وقلة الآخذين أو فعل ذلك لاشتغاله بالمناسك عن تفرقها وفي الجملة فالخلاف إنما هو في كراهية ذلك وأما الإباحة فلا خلاف فيها ولا في الالتقاط لأنه نوع إباحة لمال فأشبه سائر المباحات
فصل : فأما أن قسم على الحاضرين ما ينثر مثل اللوز والسكر وغيره فلاخلاف في أن ذلك حسن غير مكروه وقد [ روي عن أبي هريرة قال قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أصحابه تمرا فأعطى كل إنسان سبع تمرات فأعطاني تمرات إحداهن حشفة فلم يكن منهن تمرة أعجب إلي منها شدت في مضاغي ] رواه البخاري وكذلك إن وضعه بين أيديهم وإذن لهم في أخذه وجه لا يقع تناهب نفلا يكره أيضا قال المروذي : سألت أبا عبد الله عن الجوز ينثر فكرهه وقال يعطون يقسم عليهم وقال علي بن محمد بن بحر سمعت حسن أم ولد أحمد بن حنبل تقول لما حذق ابني حسن قال لي مولاي حسن لا تنثروا عليه فاشترى تمرا وجوزا فأرسله إلى المعلم قالت وعملت أنا عصيدة وأطعمت الفقراء فقال أحسنت أحسنت وفرق أبو عبد ابلله على الصبيان الجوز خمسة خمسة



مسألة : ومن حصل في حجره شيء فهو له غير مكروه
مسألة : ومن حصل في حجره شيء فهو له غير مكروه
لأنه مباح حصل في حجرة فملكه كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره وليس لأحد أن يأخذه لما ذكرناه وقال في المحرر يملكه مع القصد وبدون القصد وجهان

مسألة : ويستحب إعلان النكاح والضرب عليه بالدف
مسألة : ويستحب إعلان النكاح والضرب عليه بالدف
وقال أحمد يستحب أن يظهر النكاح ويضرب عليه بالدف حتى يشتهر ويعرف قيل له ما الدف ؟ قال هذا الدف وقال لا بأس بالغزل في العرس كقول النبي صلى الله عليه وسلم للأنصار
أتيناكم أتيناكم * فحيونا نحييكم * ولولا الذهب الأحمر * ما حلت بواديكم ولولا الحبة السوداء * ما سمنت عذاريكم
لا على ما يصنع الناس اليوم ومن غير هذا الوجه ( ولولا الحنطة الحمراء ما سمنت عذاريكم ) وقال أحمد أيضا يستحب ضرب الدف والصوت في الاملاك فقيل له ما الصوت ؟ قال يتكلم ويتحدث ويظهر والأصل في هذا ما [ روى محمد بن حاطب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فصل ما بين الحلال والحرام الصوت والدف في النكاح ] رواه النسائي وقال عليه الصلاة والسلام : [ أعلنوا النكاح ] وفي لفظ [ أظهروا النكاح ] وكان يحب أن يضرب عليها بالدف وفي لفظ [ فاضربوا عليه بالغربال ] و [ عن عائشة أنها زوجت يتيمة رجلا من الأنصار وكانت عائشة فيمن أهداها إلى زوجها قالت : فلما رجعنا قال لنا رسول

الله صلى الله عليه وسلم ما قلتم يا عائشة قالت : سلمنا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا فقال : إن الأنصار قوم فيهم غزل ألا قلتم يا عائشة أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم ] روي هذا كله عن عبد الله بن ماجة في سننه وقال أحمد لا بأس بالدف في العرس والختان وأكره الطبل وهو المنكر وهو الكوبة التي نهى عنها النبي صلى الله عليه وسلم وإنما يستحب الضرب بالدف للنساء ذكره شيخنا رحمه الله
فصلك ولا بأس أن يخلط المسافرون أزوادهم ويأكلوا جميعا وإن أكل بعضهم أكثر من بعض فلا بأس وقد كان السلف يتناهدون في الغزو والحج ويفارق النثار فإنه يؤخذ بنهب وتسالب وتجاذب بخلاف هذا

[ جزء 8 - صفحة 122 ]

فصل في آداب الأكل
ويستحب غسل اليد قبل الطعام وبعده وإن كان على وضوء قال المروذي رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام و بعده وإن كان على وضوء وقد [ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : من أحب أن يكثر خير بيته فليتوضأ إذا حضر غداؤه وإذا رفع ] رواه ابن ماجة وروى أبو بكر بإسناده عن الحسن [ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : الوضوء قبل الطعام ينفي الفقر وبعده ينفي اللمم ] يعني به غسل اليدين و [ قال النبي صلى الله عليه وسلم : من نام وفي يده ريح غمر فأصابه شيء فلا يلومن إلا نفسه ] رواه أبو داود ولا بأس بترك الوضوء لما [ روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج من الغائط فأتى بطعام فقال رجل يا رسول الله ألا آتيك بوضوء قال : ما أريد الصلاة ] رواه ابن ماجة و [ عن جابر قال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم من شعب بالجبل وقد قضى حاجته وبين أيدينا تمر على ترس أو حجفة فدعوناه فأكل معنا وما مس ماء ] رواه أبو داود وروي عنه أنه كان يحتز من كتف شاة في يده فدعي إلى الصلاة فألقاها من يده ثم قام فصلى ولم يتوضأ رواه البخاري ولا بأس بتقطيع اللحم بالسكين قال أحمد : حديث لا تقطعوا اللحم بالسكين فإن من صنيع الأعاجم وانهشوه نهشا فإن أهنا وأمرأ قال ليس بصحيح واحتج بهذا الحديث الذي ذكرناه
فصل : وتستحب التسمية عند الأكل وأن يأكل بيمينه مما يليه لما [ روى عمر بن أبي سلمة قال : كنت يتيما في حجر رسول الله صلى الله عليه وسلم فكانت يدي تطيش في الصفحة فقال النبي صلى الله عليه وسلم : يا غلام سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك ] متفق عليه وعن ابن عمر [ عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله ] رواه مسلم و [ عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إذا أكل أحدكم فليذكر الله فإن نسي أن يذكر اسم الله في أوله فليقل بسم الله أوله وآخره وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم جالسا ورجل يأكل فلم يسم حتى لم يبق من طعامه إلا لقمة فلما رفعها إلى فيه قال : بسم الله فضحك النبي صلى الله عليه وسلم ثم قال : ما زال الشيطان يأكل معه فلما ذكر الله قاء ما في بطنه ] رواهن أبو داود و [ عن عكراش بن ذؤيب قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم بجفنة كثيرة الثريد والودك فأقبلنا نأكل فخبطت يدي في نواحيها فقال : يا عكراش كل من موضع واحد فإنه طعام واحد وأتينا بطبق فيه ألوان من الرطب فجالت يد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الطبق وقال يا عكراش كل من حيث شئت فإنه غير لون واحد ] رواه ابن ماجة ولا يأكل من ذروه الثريد لما [ روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا أكل أحدكم طعاما فلا يأكل من أعلى الصحفة ولكن ليأكل من أسلفها فإن البركة تنزل من أعلاها ] وفي حديث آخر [ كلوا من جوانبها ودعوا ذروتها تبارك ] رواهما ابن ماجة
فصل : ويستحب الأكل بالأصابع الثلاث ولا يمسح يده حتى يلعقها قال مهنا سألت أبا عبد الله عن الأكل بيده كلها فذهب إلى ثلاث أصابع فذكرت له الحديث الذي يروى عن النبي صلى

الله عليه وسلم أنه كان يأكل بكفه كلها فلم يصحه ولم ير إلا ثلاث أصابع وقد [ روى كعب بن مالك قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم يأكل بثلاث أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها ] رواه الخلال بإسناده ويكره الأكل متكئا لما روى أبو حيفة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : [ لا آكل متكئا ] رواه البخاري ولا يمسح يده بالمنديل حتى يلعقها لما روينا و [ روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم إذا أكل أحدكم طعاما فلا يمسح يده حتى يلعقها ] رواه أبو داود وعن نبيشة قال : [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أكل في قصعة فلحسها استغفرت له القصعة ] رواه الترمذي و [ عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا وقعت اللقمة من يد أحدكم فليمسح ما عليها من الأرض وليأكلها ] رواهن ابن ماجة

فصل : ويحمد الله إذا فرغ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم [ إن الله ليرضى من العبد أن يأكل الأكلة أو يشرب الشربة فيحمده عليها ] رواه مسلم و [ عن أبي سعيد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا أكل طعاما قال : الحمد لله الذي أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين ] رواه أبو داود و [ عن أبي أمامة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقول إذا رفع طعامه : الحمد لله كثيرا مباركا فيه غير مكفى ولا مودع ولا مستغنى عنه ربنا ] وعن معاذ بن أنس الجهمي [ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أكل طعاما فقال الحمد لله الذي أطعمني هذا ورزقنيه من غير حول مني ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه ] رواهن ابن ماجة وقد [ روي أن النبي صلى الله عليه وسلم أكل طعاما هو وأبو بكر وعمر ثم قال من قال في أوله بسم الله وبركة الله وفي آخره الحمد لله الذي أطعم وأروى وأنعم وأفضل فقد أدى شكره ] و يستحب الدعاء لصاحب الطعام لما [ روى جابر بن عبد الله قال صنع أبو الهيثم للنبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه طعاما فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فلما فرغ قال أثيبوا صاحبكم قالوا يا رسول الله وما اثابته قال : إن الرجل إذا دخل بيته وأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك إثابته ] و [ عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم جاء إلى سعد بن عبادة يعوده فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبي صلى الله عليه وسلم أفطر عندك الصائمون وأكل طعامكم الأبرار وصلت عليكم الملائكة ] رواه أبو داود

فصل : ولا بأس بالجمع بين طعامين فإن عبد الله بن جنعفر قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يأكل القثاء بالرطب ويكره عيب الطعام نلقول أبي هريرة [ ما عاب رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما قط إذا اشتهى شيئا أكله وإن لم يشتهه تركه ] متفق عليها وإذا حضر فصادف قوما يأكلون فدعوه لم يكره الأكل لما قدمنا من حديث جابر حين دعوا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكل معهم ولا يجوز له أن يتحين وقت أكلهم فيهجم عليهم ليطعم معهم لقول الله تعالى { يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوت النبي إلا أن يؤذن لكم إلى طعام غير ناظرين إناه } أي غير منتظرين بلوغ نضجه و [ عن أنس قال ما أكل رسول الله صلى الله عليه وسلم على خوان ولا في سكرجة قال فعلام كنتم تأكلون ؟ قال على السفر ] و [ قال ابن عباس لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفخ في طعام ولا شراب ولا يتنفس في الإناء ] وفي المتفق عليه من حديث أبي قتادة [ ولا يتنفس أحدكم في الإناء ] و [ عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا وضعت المائدة فلا يقوم الرجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده وإن شبع حتى يفرغ القوم وليقعد فإن الرجل يخجل جليسه فيقبض يده وعسى أن يكون له في الطعام حاجة ] رواهن كلهن ابن ماجة

فصل : قال محمد بن يحيى قلت لأبي عبد الله الإناء يؤكل فيه ثم تغسل فيه اليد ؟ قال لا بأس به وقيل لأبي عبد الله ما تقول في غسل اليد بالنخالة ؟ قال لا بأس به نحن نفعلة واستدل الخطابي على جواز ذلك بما روى أبو داود بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه أمر امرأة أن تجعل مع الماء ملحا ثم تغسل به الدم من حيضة والملح طعام ففي معناه ما أشبهه

باب عشرة النساء
تلزم كل واحد من الزوجين معاشرة الآخر بالمعروف وأن لا يمطله بحقه ولا يظهر الكراهة لبذله لقول الله تعالى { وعاشروهن بالمعروف } وقال { ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف } قال : أبو زيد يتقون الله فيهن كما عليهن أن يتقين الله فيهم وقال ابن عباس إني أحب أن أتزين للمرأة كما أحب أن تتزين لي لأن الله تعالى يقول { ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف } وقال الضحاك في تفسيرها إذا أطعن الله وأطعن أزواجهن فعليه أن يحسن صحبتها ويكف عنها أذاه وينفق فليها من سعته وقال بعض أهل العلم التماثل ههنا في تأدية كل واحد منهما ما عليه من الحق لصاحبه بالمعروف ولا يمطله به ولا يظهر الكراهة بل ببشر وطلاقة ولا يتبعه أذى ولا منة لأن هذا من المعروف الذي أمر الله تعالى به ويستحب لكل واحد منهما تحسين الخلق لصاحبه والرفق به واحتمال أذاه لقول الله تعالى { وبالوالدين إحسانا وبذي القربى } إلى تقوله : { والصاحب بالجنب } قيل هو كل واحد من الزوجين و [ قال النبي صلى الله عليه وسلم استوصوا بالنساء خيرا فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ] رواه مسلم و [ قال النبي صلى الله عليه وسلم إن المرأة خلقت من ضلع أعوج لن تستقيم على طريقة فإن ذهبت تقيمها كسرتها وإن استمتعت بها استمتعت بها وفيها عوج ] متفق عليه وقال : [ خياركم خياركم لنسائهم ] رواه ابن ماجة وحق الزوج عليها أعظم من حقها عليه قال الله تعالى { وللرجال عليهن درجة } و [ قال النبي صلى الله عليه وسلم : لو كنت آمرا أحدا أن يسجد لأحد لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن لما جعل الله لهم عليهن من حق ] رواه أبو داود وقال : [ إذا باتت المرأة هاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع ] متفق عليه و [ قال لامرأة : أذات زوج أنت ؟ قالت نعم قال : فإنه جنتك ونارك ] وقال : [ لا يحل لامرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه ولا تأذن في بيته إلا بإذنه وما أنفقت من نفقة بغير إذنه فإنه يرد إليه شطره ] رواه البخاري



مسألة : وإذا تم العقد وجب تسليم المرأة في بيت الزوج إذا طلبها وكانت حرة يمكن الاستمتاع بها
مسألة : وإذا تم العقد وجب تسليم المرأة في بيت الزوج إذا طلبها وكانت حرة يمكن الاستمتاع بها
لأن بالعقد يستحق الزوج تسليم المعوض كما تستحق المرأة تسليم العوض وكما تستحق المستأجرة تسليم العين المستأجرة وتستحق عليه الاجرة به وقوله وكانت حرة لأن الأمة لا يجب تسليمها إلا بالليل على ما نذكره ويشترط إمكان الاستمتاع بها فإن كانت صغيرة لا يجامع مثلها وذلك معتبر بحالها واحتمالها لذلك قاله القاضي وذكر انهن يختلفن فقد تكونه صغيرة السن تصلح وكبيرة لا تصلح وحده أحمد رحمه الله بتسع سنين فقال في رواية أبي الحارث في الصغيرة يطلبه ازوجها فإن أتى عليها تسع سنين دفعت إليه ليس لهم أن يحبسوها بعد التسع وذهب في ذلك إلى أن النبي صلى الله عليه وسلم بنى بعائشة وهي بنت تسع سنين وقال القاضي هذا عندي ليس على طريق التحديد وإنما ذكره لأن الغالب ان ابنة تسع يتكن من الاستماع بها ومتى كانت لا تصلح للوطء لا يجب على أهلها تسليمها إليه وإن ذكر أنه يحصنها ويربيه لأنه لا يملك الاستمتاع بها وليست له بمحل ولا يؤمن شره نفسه إلى مواقعتها فيفضها وإن كانت مريضة مرضا مرجو الزوال لم يلزمها تسليم قبل برئها لأنه مانع مرجو الزوال فهو كالصغير ولأن العادة لم تجر بتسليمها إلى الزوج إذا طلبها ولزمه العقد يجب على حسب العرف فإن كان المرض غير مرجو الزوال لزم تسليمها إلى الزوج إذا طلبها ولزمه تسلمها إذا عرضت عليه لأنها ليست لها حالة يرجى زوال ذلك فيها فلو لم تسلم

نفسها لم يفد التزويج وله أن يستمتع بها فإن كانت نضوة الخلق وهو جسيم تخاف على نفسها الإفضاء من عظمه فلها منعه من جماعها وله الاستمتاع بها فيما دون الفرج وعليه النفقة ولا يثبت له خيار الفسخ لأن هذه يمكن الاستمتاع بها لغيره وإنما الامتناع لأمر من جهته وهو عظم خلقه بخلاف الرتقاء فإن طلب تسليمها إليه وهي حائض احتمل أن لا يجب ذلك كالمرض المرجو زواله واحتمل وجوب التسليم لأنه يزول قريبا لا يمنع من الاستمتاع بما دون الفرج

[ جزء 8 - صفحة 129 ]

مسألة : وإنما يجب تسليمها في بيت الزوج إذا لم تشترط دارها
مسألة : وإنما يجب تسليمها في بيت الزوج إذا لم تشترط دارها
وقد ذكرنا ذلك في بابه ويجب عليها تسليم نفسها في دارها
فصل : فإن كانت حرة لزم تسليمها ليلا ونهارا لأنه لا حق لغيره عليها

مسألة : فإن سألت الانظار أنظرت مدة جرت العادة بإصلاحها أمرها فيها كاليومين والثلاثة
مسألة : فإن سألت الانظار أنظرت مدة جرت العادة بإصلاحها أمرها فيها كاليومين والثلاثة
لأن ذلك يسير جرت العادة بمثله وقد [ قال النبي صلى الله عليه وسلم لا تطرقوا النساء ليلا حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة ] فمنع من الطروق وأمر بامهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبته لها فههنا أولى

مسألة : وإن كانت أمة لم يجب تسليمها إلا بالليل
مسألة : وإن كانت أمة لم يجب تسليمها إلا بالليل
وللسيد استخدامها نهارا وعليه إرسالها بالليل للاستمتاع بها لأنه زمانه وذلك لأن السيد يملك من أمته منفعتين الاستخدام والاستمتاع فإذا عقد على احداهما لم يلزمه تسليمها إلا في زمن استطابتها كما لو أجرها للخدمة لم يلزمه تسليمها إ لا في زمنها وهو النهار فإن أراد الزوج السفر لم يملك ذلك لأنه يفوت خدمتها المستحقة لسيدها وإن أراد السيد السفر بها فقد توقف أحمد عن ذلك فقال ما أدري ؟ فيحتمل المنع منه لأنه يفوت حق الزوج منها فمنع منه كما لو أراد الزوج السفر بها ويحتمل أن له السفر بها لأنه مالك لرقبتها فهو كسيد العبد إذا زوجه
فصل : ويجوز للسيد بيعها لأن النبي صلى الله عليه وسلم أذن لعائشة في شراء بريرة وهن ذات زوج ولا ينفسخ النكاح بذلك بدليل أن بيع لم يبطل نكاحها

[ جزء 8 - صفحة 130 ]

مسألة : وله الاستمتاع بها ما لم يشغلها عن الفرائض من غير إضرار بها
مسألة : وله الاستمتاع بها ما لم يشغلها عن الفرائض من غير إضرار بها
لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال [ إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها لعنتها الملائكة حتى ترجع ] متفق عليه ولقوله الله تعالى { وعاشروهن بالمعروف } وله السفر بها أن تشترط بلدها لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسافر بنسائه فإن اشترطت بلدها فلها

شرطها لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ إن أحق الشروط أن توفوا ما استحللتم به الفروج ]



مسألة : ولا يجوز وطؤها في الحيض إجماعا
مسألة : ولا يجوز وطؤها في الحيض إجماعا
لقول الله تعالى : { فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن } ولا يجوز وطؤها في الدبر في قول أكثر أهل العلم منهم علي وعبد الله وأبو الدرداء وابن عباس وعبد الله بن عمر وأبو هريرة رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب و أبو بكر بن عبد الرحمن و مجاهد و عكرمة و الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر ورويت إباحته عن عبد الله بن عمر و زيد بن أسلم و نافع و مالك وروي عن مالك أنه قال ما رأيت أحدا اقتدى به في ديني يشك في أنه حلال وأهل العراق من أصحاب مالك ينكرون ذلك واحتج من أجله بقوله تعالى : { نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم أنى شئتم } وقوله سبحانه { والذين هم لفروجهم حافظون * إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم } الآية
ولنا ما [ روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن الله لا يستحيي من الحق لا تأتوا النساء في أعجازهن ] وعن أبي هريرة وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [ لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأته في دبرها ] رواهما ابن ماجة و [ عن ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو كاهنا فصدقه بما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد ] رواهن كلهن الأثرم فأما الآية فروى جابر قال كان اليهود يقولون إذا جامع الرجل امرأته في فرجها من ورائها جاء الولد أحول فأنزل الله تعالى : { نساؤكم حرث لكم فاتوا حرثكم أنى شئتم } من بين يديها من خلفها غير أن لا يأتيها إلا في المأتى متفق عليه وفي رواية [ ائتها مقبلة ومدبرة إذا كان ذلك في الفرج ] والآية الأخرى المراد بها ذلك
فصل : فإن وطئها في دبرها فلا حد عليه لأن في ذلك شبهة ويعزر لفعله المحخرم وعليهما الغسل لأنه إيلاج فرج في فرج وحكمه حكم الوطء في القبل في إفساد العبادات وتقرير المهر ووجوب العدة فإن كان الوطء في أجنبية فعليه إنما يحصل بالوطء في الفرج لأنه وطء كامل بخلاف هذا ولا الإحلال للزوج الأول لأن المرأة لا تذوق عسيلة الرجل ولا تحصل به الفيئة لأن الوطء لحق المرأة وحقها الوطء في القبل ولا يزول به الاكتفاء بصماتها في الاذن في النكاح لأن بكارة الأصل باقية
فصل : فأما التلذذ بين الأليتين من غير إيلاج فلا بأس به لأن السنة إنما وردت بتحريم الدبر فهو مخصوص بذلك ولأنه حرم لأجل الأذى وذلك مخصوص في الدبر فاختص التحريم به



مسألة : ولا يعزل عن الحرة إلا بإذنها
مسألة : ولا يعزل عن الحرة إلا بإذنها
معنى العزل أن ينزع إذا قرب الإنزال فينزل خارجا من الفرج وهو مكروه رويت كراهته عن عمر وعلي وابن عمر وابن مسعود وروي عن أبي بكر الصديق أيضا لأن فيه تقليل النسل وقطع اللذة عن الموطءة وقد حث النبي صلى الله عليه وسلم على تعاطي أسباب الولد فقال : [ تناكحوا تناسلوا تكثروا ] وقال : [ سوداء ولود خير من حسناء عقيم ] وإلا أن يكون العزل لحاجة مثل أن يكون في دار الحرب فتدعو حاجته الى الوطء

ذكر الخرقي في هذه : أو تكون زوجته أمة فيخشى الرق على ولده أو تكون له أمة فيحتاج الى وطئها والى بيعها فقد روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يعزل عن إمائه فإن عزل من غير حاجة كره ولم يحرم وقد رويت الرخصة فيه عن علي وسعد بن وقاص وأبي أيوب وزيد بن ثابت وجابر وابن عباس والحسن ابن علي وخباب بن الأرت و سعيد بن المسيب و طاوس و عطاء و النخعي و مالك و الشافعي وأصحاب الرأي
و [ روى أبو سعيد قال ذكر يعني العزل عند رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : فلم يفعل ذلك أحدكم ؟ ـ ولم يقل فلا يفعل ـ فإنه ليس من نفس مخلوقة إلا الله خالقها ] متفق عليه وعنه [ أن رجلا قال : يا رسول الله إن لي جارية وأنا أعزل عنها وأنا أكره أن تحمل وأنا أريد ما يريد الرجال وإن اليهود تحدث أن العزل هي الموءودة الصغرى قال : كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه ] رواه أبو داود
ولا تعزل عن زوجته الحرة إلا بإذنها قال القاضي ظاهر كلام أحمد وجوب استئذان الزوجة في العزل ويحتمل أن يكون مستحبا لأن حقها في الوطء دون الإنزال بدليل أنه يخرج به من الفيئة والعنة و للشافعية في ذلك وجهان والأول أولى لما [ روي عن عمر قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها ] رواه الإمام أحمد في المسند و ابن ماجة ولأن لها في الولد حقا وعليها في العزل ضرر فلم يجز إلا بإذنها
فصل : والنساء ثلاثة أقسام إحداهن زوجته الحرة فلا يجوز عنها إلا بإذنها في طاهر المذهب وقد ذكرنا ذلك
الثانية : أمته فيجوز العزل عنها نص عليه أحمد وهو قول مالك و أبي حنيفة و الشافعي وذلك لأنه لا حق لها في الوطء ولا في الولد ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفيئة فلأن تملك المنع من العزل أولى
الثالثة : زوجته الأمة فالأولى جواز عنها بغير إذنها وهو قول الشافعي استدلالا بمفهوم الحديث المذكور
وقال ابن عباس يستأذن الحرة ولا يستأذن الأمة ولأن عليه ضررا في إرقاق ولده بخلاف الحرة ويحتمل أن لا يجوز إلا بإذنها لأنها زوجة تملك المطالبة بالوطء في الفيئة والفسخ عند تعذره بالعنة فلم يجز بغير إذنها كالحرة وقال أصحابنا لا يجوز العزل أصحابنا لا يجوز العزل عنها إ لى بإذن سيدها لأن الولد له والأولى جوازه لأن تخصيص الحرة بالاستئذان دليل سقوطه في غيرها ولأن السيد لا حق له في الوطء فلا يحلب استئذانه في كيفيته ويحتمل أن يكون استئذانها مستحبا لأن حقها في الوطء لا في الإنزال خروجه بذلك من الفيئة والعنة



مسألة : وله إجبارها على الغسل من الحيض والجنابة والنجاسة واجتناب المحرمات وأخذ الشعر الذي تعافه النفس إلا الذمية فله إجبارها على الغسل من الحيض والنفاس وفي سائر الأشياء روايتان
مسألة : وله إجبارها على الغسل من الحيض والجنابة والنجاسة واجتناب المحرمات وأخذ الشعر الذي تعافه النفس إلا الذمية فله إجبارها على الغسل من الحيض والنفاس وفي سائر الأشياء روايتان
وجملة ذلك أن للزوج إجبار زوجته على الغسل من الحيض والنفاس مسلمة كانت أو ذمية حرة أو مملوكة لأنه يمنع الاستمتاع الذي هو حق له فملك إجبارها على إزالة ما يمنع حقه فغن احتاجت الى شراء الماء فثمنه عليه لأن الحقه وله احبار المسلمة البالغة على الغسل من لجنابة لأن الصلاة واجبة عليها ولا تتمكن منها إلا بالغسل فإما الذمية ففيها روايتان :
إحداهما : له اجبارها عليه لأن كمال الاستمتاع يقف عليه فإن النفس تعاف من لا يغتسل من جنابة

والثانية : ليس له إجبارها وهو قول مالك و الثوري فإن الوطء لا يقف عليه الإباحته بدونه و للشافعي قولان كالروايتين وفي إزالة الوسخ والدرن وفي تقليم الأظافر وجهان بناء على الروايتين في غسل الجنابة ويستوي في هذا المسلمة والذمية لاستوائهما في حصول النفرة ممن ذلك حالها وله إجبارها على إزالة شعر العانة إذا خرج عن العادة رواية واحدة ذكرها القاضي وكذلك الأظفار فإن طالها قليلا بحث تعافه النفس ففيه وجهان وهل له منعها من أكل ما له منعها من أكل ما له رائحة كريهة كالبصل والثوم والكرات ؟ على وجهين : أحدهما : له منعها من ذلك لأنه يمنع القبلة وكمال الاستمتاع والثاني : ليس له ذلك لأنه لا يمنع الوطء وله منعها من السكر وإن كانت ذمية لأنه يمنع الاستمتاع بها ويزيل علقها ولا يأذن أن تجني عليه فأما شرب ما لا يسكر فله منع المسلمة منه لا نهما يعتقدان تحريمه وليس له منع الذمية منه نص عليه أحمد لأنها تعتقد إباحته في دينها وله إجبارها على غسل فيها منه لها فيه من الرائحة الكريهة فهو كالثوم وهكذا الحكم لو تزوج مسلمة تعتقد حل يسير النبيذ ومذهب الشافعي على نحو من هذا كله

فصل : قال الشيخ رضي الله عنه ولها عليه أن يبيت عندها ليلة من كل أربع ليال إن كانت حرة

وجملة ذلك أن قسم الابتداء واجب ومعناه أنه إذا كانت له امرأة حرة لزمه المبيت عندها ليلة من كل أربع ليال ما لم يكن له عذر وإن كان له نساء فلكل واحدة منهن ليلة من كل أربع وبه قال الثوري و أبو ثور وقال القاضي في المجرد لا يجب قسم الابتداء إلا إن كان بترك الوطء مضرة فإن كان تركه غير مضر لم يلزمه قسم ولا وطء لأن أحمد وصل الرجل الى امرأته مرة بطل ان يكون عنينا أي لا يؤجل وقال الشافعي لا يجب قسم الابتداء بحال لأن القسم لحقه فلم يجب عليه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن عمرو بن العاص [ يا عبد الله ألم أخبر أنك تصوم النهار وتقوم الليل قلت بلى يا رسول الله قال فلا تفعل صم وأفطر وقم ونم فإن لجسدك عليك حقا وإن لعينك عليك حقا وإن لزوجتك عليك حقا ] متفق عليه فأخبر أن للمرأة عليه حقا

وقد روى الشعبي أن كعب بن سوار كان جالسا عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة فقالت يا أمير المؤمنين ما رأيت رجلا قط أفضل من زوجي والله أنه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما فاستغفر لها وأثنى عليها واستحيت المرأة وقامت راجعة فقال كعب يا أمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها فجاء فقال لكعب اقض بينهما فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم قال فإني أرى أنها امرأة عليها ثلاث نسوة وهي رابعتهن فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة فقال عمر والله ما رأيك الأول بأعجب إلي من الآخر اذهب فأنت قاض على البصرة روي ذلك عن عمر بن شبة في كتاب قضاة البصرة من وجوه هذا أحدها وفي لفظ قال عمر نعم القاضي أنت وهذه قضية اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا ولأنه لو لم يكن حقا للمرأة الملك الزوج تخصيص إحدى زوجاته كالزيادة في النفقة على قدر الواجب



مسألة : وإن كانت أمة فمن ثمان ليال ليلة

مسألة : وإن كانت أمة فمن ثمان ليال ليلة

هذا اختيار قال أصحابنا من كل سبع لأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر ولها السابعة والاولى أولى ليكون على النصف مما للحرة فإن حق الحرة من كل ثمان ليلتان ولو كان للأمة ليلة من سبع لزاد على النصف ولم يكن للحرة ليلتان وللأمة ليلة ولأنه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة فلم يرد أن يزيدهن على الواجب لهن فقسم بينهن سبعا فماذا في الليلة لثامنة ؟ إن أوجبنا عليه مبيتها عند حرة فقد زادها على ما يجب لها وإن باتها عند الأمة

جعلها كالحرة ولا سبيل إليه وعلى ما اختاره شيخنا تكون هذا الليلة الثامنة له إن أحب انفرد فيها وإن أحب بات عند الأولى مستأنفا للقسم وإن كان عنده حرة وأمة قسم لهن ثلاث ليل من ثمان وله الانفراد في خمس وإن كان تحته حرتان وأمة فلهن خمس وله ثلاث وإن كان حرتان وأمتان فلهن ست وله ليلتان وإن كانت أمة واحدة فلها ليلة وله سبع وعلى قول الأصحاب لها ليلة وله ست

[ جزء 8 - صفحة 138 ]

مسألة : وله الانفراد بنفسه فيما بقي وقد ذكرناه لأنه قد وفاهن حقهن فلم تجب عليه زيادة كما لو وفاهن حقهن من النفقة والكسوة والسكن
مسألة : وله الانفراد بنفسه فيما بقي وقد ذكرناه لأنه قد وفاهن حقهن فلم تجب عليه زيادة كما لو وفاهن حقهن من النفقة والكسوة والسكن

مسألة : وعليه أن يطأ في كل أربعة أشهر مرة
مسألة : وعليه أن يطأ في كل أربعة أشهر مرة
الوطء واجب على الرجل إذا لم يكن عذر وبه قال مالك وقال القاضي لا يجب إلا أن يتركه للاضرار وقال الشافعي لا يجب عليه لأنه حق له فلا يجب عليه لأنه حق له فلا يجب عليه كسائر حقوقه
ولنا ما تقدم في المسألة المتقدمة في أول الفصل ولأن في بعض الروايات حديث كعب حين قضى بين الرجل وامرأته قال إن لها عليك حقا ؟ ؟ يا بعل تصيبها في أربع لمن عدل فأعطها ذلك ودع عنك العلل فاستحسن عمر قضاءه ورضيه ولأنه حق يجب بالاتفاق إذا حلف على تركه 9 فيجب قبل أن يحلف كسائر الحقوق الواجبة يحقق هذا أنه لو لم يكن واجبا لم يضر باليمين على تركه واجبا كسائر ما لا يجب ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه الى رفع ذلك عن الرجل فيجب تعليله بذلك ويكون الوطء حقا لهما جميعا ولأنه لو لم يكن لهما فيه حق لما وجب استئذانها في العزل كالامة
فصل : ويجب في كل أربعة أشهر مرة نص عليه أحمد ووجهه أن الله تعالى قدره باربعة أشهر في حق المولي فكذلك في حق غيره لأن اليمين لا توجب ما حلف على تركه فيدل على أنه واجب بدونها

[ جزء 8 - صفحة 139 ]

مسألة : فإن سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك إن لم يكن له عذر
مسألة : فإن سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك إن لم يكن له عذر
وجملة ذلك أنه إذا سافر عن امرأته لعذر وحاجة سقط حقها من القسم والوطء وإن طال سفره ولذلك لا يفسخ نكاح المفقود إذا ترك لامرأته نفقة وإن لم يكن له عذر مانع من الرجوع فإن أحمد رحمه الله ذهب الى توقيته بستة أشهر فإنه قيل له كم يغيب الرجل عن زوجته ؟ قال ستة أشهر يكتب إليه فإن أبى أن يرجع فرق الحاكم بينهما وإنما صار الى تقديره بهذا لحديث عمر رواه أبو حفص بإسناده عن زيد بن أسلم قال بينما عمر بن الخطاب يحرس بالمدينه فمر بامرأة وهي تقول :
( تطاول هذا الليل واسود جانبه ... وطال على أن لا خليل ألاعبه )
( ووالله لولا خشية الله وحده ... لحرك من هذا السرير جوانبه )

فسأل عنها عمر فقيل له هذه فلانة زوجها غائب في سبيل الله فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث الى زوجها فأقفله ثم دخل على حفصة فقال يا بنية كم تصبر المرأة عن زوجها ؟ فقالت سبحان الله مثلك يسأل مثلي عن هذا فقال لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك قالت خمسة أشهر أو ستة أشهر فوقت للناس في مغازيهم ستة أشهر ويقيمون أربعة ويسيرون شهرا راجعين وسئل أحمد كم للرجل يغيب عن أهله ؟ قال يروى ستة أشهر وقد يغيب الرجل أكثر من ذلك لأمر لا بد له

[ جزء 8 - صفحة 140 ]

مسألة : فإن أتى شيئا من ذلك ولم يكن ثم عذر فطلبت الفرقة فرق بينهما
مسألة : فإن أتى شيئا من ذلك ولم يكن ثم عذر فطلبت الفرقة فرق بينهما
قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل امرأة ولم يدخل بها يقول غدا أدخل بها شهر يجبر على الدخول قال أذهب الى أربعة أشهر إن دخل بها وإلا فرق بينهما فجعله أحمد كالمولي وقال أبو بكر بن جعفر لم يرو مسألة ابن منصور غيره وفيها نظر وظاهر قول أصحابنا أنه لا يفرق بينهما لذلك وهو قول أكثر الفقهاء لأنه لو ضربت له المد لذلك وفرق بينهما لم يكن للأيلاء أثر ولا خلاف في اعتباره وقال بعض أصحابنا إن غاب أكثر من ذلك لغير عذر يراسله الحاكم فإن أبي أن يقدم فسخ نكاحه وروي ذلك عن أحمد ومن قال لا يفسخ نكاحه إذا ترك الوطء وهو حاضر فههنا أولى وفي جميع ذلك لا يجوز الفسخ عند من يراه إلا بحكم الحاكم يجبر عليه كسائر حقوقه وهذا مذهب والأول أولى لما ذكرنا
فصل : سئل أحمد يؤجر الرجل أن يأتي أهله وليس له إي والله يحتسب الولد فإن لم يرد الولد يقول هذه المرأة شابة لم لا يؤجر ؟ وهذا صحيح و [ إن أبا ذر روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : مباضعتك أهلك صدقة قلت يا رسول الله أنصيب شهوتنا ونؤجر ؟ قال : أرأيت لو وضعه في غير حقه ما كان عليه وزر قال بلى قال : أفتحتسبون بالسيئة ولا تحتسبون بالخير ؟ ] ولأن وسيلة الى الولد وإعفاف نفسه وامرأته وغض بصره وسكون نفسه أو الى بعض ذلك

[ جزء 8 - صفحة 141 ]

مسألة : ويستحب أن يقول عند الجماع بسم الله اللهم جنبني الشيطان وجنب الشياطين ما رزقتني
مسألة : ويستحب أن يقول عند الجماع بسم الله اللهم جنبني الشيطان وجنب الشياطين ما رزقتني
لقول الله تعالى : { وقدموا لأنفسكم } قال عطاء هي التسمية عند الجماع وروى ابن عباس قال : [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو أن أحدكم حين يأتي أهله قال بسم الله اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبدا ] متفق عليه
فصل : ويكره التجرد عند المجامعة لما روى عتبة بن عبد الله قال : [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ولا يتجردان تجردالعيرين ] رواه ابن ماجة و [ عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا دخل الخلاء غطى رأسه وإذا أتى أهله غطى رأسه ولا يجامع بحيث يراهما أحد أو يسمع حسهما ولا يقبلها ويباشرها عند الناس ] وقال أحمد ما يعجبني إلا أن يكتم هذا كله وقال أحمد في الذي يجامع المرأة والأخرى تسمع قال : كانوا يكرهون الجس وهو الصوت الخفي ولا يتحدث بما كان بينه وبين

أهله لما [ روي عن الحسن قال : جلس رسول الله بين الرجال والنساء فأقبل على الرجال فقال لعل أحدكم يحدث بما يصنع بأهله إذا خلا ـ ثم أقبل على النساء فقال ـ لعل إحداكن تحدث بما يصنع بها زوجها قال : فقالت امرأة : إنهم ليفعلون وإنا لنفعل فقال ـ لا تفعلوا فإنما مثلكم كمثل الشيطان لقي شيطانة فجامعها والناس ينظرون ] وروى أبو داود عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله بمعناه ولا يستقبل القبلة حال الجماع لأن عمرو بن حزم و عطاء كرها ذلك

[ جزء 8 - صفحة 143 ]

مسألة : ولا يكثر الكلام حال الوطء
مسألة : ولا يكثر الكلام حال الوطء
لما [ روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تكثروا الكلام عند مجامعة النساء فإن منه يكون الخرس والفأفاء ] ولأنه يكره الكلام حالة البول وحال الجماع في معناه ويستحب أن يلاعب امرأته عن الجماع لتنهض شهوتها لتنال من لذة الجماع مثل ما ناله وقد [ روى عمر بن العزيز عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا تواقعها إلا وقد أتاها من الشهوة مثل ما أتاك لكيلا تسبقها بالفراغ قلت وذلك إلي ؟ قال : نعم إنك تقبلها وتغمزها وتلمسها فإذا رأيت أنه قد جاءها ما جاءك واقعتها ]

مسألة : ولا ينزع إذا فرغ قبلها حتى يفرغ
مسألة : ولا ينزع إذا فرغ قبلها حتى يفرغ
لما [ روى أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا جامع الرجل أهله فليقصدها ثم إذا قضى الرجل حاجته فلا يعجلها حتى تقضي حاجتها ] ولأن في ذلك ضررا عليها ومنعا لها من قضاء شهوتها ويستحب للمرأة أن تتخذ خرقة تناولها الزوج بعد فراغه يتمسح بها فإن عائشة قالت : ينبغي للمرأة إذا كان عاقلة أن تتخذ خرقة فإذا جامعها زوجها ناولته فمسح عنه تمسح عنها فيصليان في ثوبهما ذلك ما لم تصبه جنابة

مسألة : ولا بأس أن يجمع بين وطء نسائه وإمائه بغسل واحد
مسألة : ولا بأس أن يجمع بين وطء نسائه وإمائه بغسل واحد
لما [ روى أنس قال سكبت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فاغتسل من نسائه غسلا واحدا في ليلة واحدة ] ولأن حديث الجنابة لا يمنع الوطء بدليل إتمام الجماع ويستحب الوضوء عند معودة الوطء نص عليه أحمد قال فإن لم يفعل فأرجو أن لا يكون به بأس ولأن الوضوء يزيده نظافة ونشاطا فاستحب وإن إغتسل بين كل وطأين فهو أفضل فـ [ إن أبا رافع روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف على نسائه جميعا فاغتسل عند كل امرأة منهن غسلا فقلت يا رسول الله لو جعلته غسلا واحدا فقال هذا أزكى وأطيب وأطهر ] رواه الإمام أحمد في المسند وروى هذه الأحاديث التي في آداب الجماع كلها أبو حفص العبكري وروى ابن بطة بإسناده عن أبي سعيد قال : [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا جامع الرجل من أول الليل ثم أراد أن يعود توضأ وضوءه للصلاة ]
فصل : وليس للرجل أن يجمع بين امرأتيه في مسكن واحد إلا برضاهما صغيرا كان المسكن أو كبيرا لأن عليهما ضررا لما بينهما من العداوة والغيرة فاجتماعهما يثير الخصومة والمقابلة وتسمع كل واحد منهما حسه إذا أتى الأخرى أو ترى ذلك فإن رضيا بذلك جاز لأن الحق لهما فلهما المسامحة بتركه وكذلك إن رضيا بنومه بينهما في الحاف واحد فإن رضيا بأن يجامع

إحداهما بحيث تراه الأخرى لم يجز لأن فيه دناءة وسحقا وسقوط مروءة فلم يجز برضاهما وإن اسكنهما في دار واحدة منهما في بيت جاز إذا كان ذلك سكن مثلهما

[ جزء 8 - صفحة 145 ]

مسألة : ولا يجامع إحداهما بحيث تراه الأخرى أو غيرهما لأن فيه دناءة ولا يحدثها بما جرى بينهما ولا يحدث غيرها
مسألة : ولا يجامع إحداهما بحيث تراه الأخرى أو غيرهما لأن فيه دناءة ولا يحدثها بما جرى بينهما ولا يحدث غيرها
لما روي من حديث الحسن
فصل : [ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال تعجبون من سعد لأنا أغير منه والله أغير مني ] وعن علي رضي الله عنه قال بلغني ان نساءكم يزاحمن العلوج في الأسواق أما تغارون انه لا خير فيمن لا يغار وقال محمد بن علي بن الحسن : كان ابراهيم صلى الله عليه وسلم غيورا وما من امرئ لا يغار إلا منكوس القلب

مسألة : وله منعها من الخروج من منزلها إلى ما لها منه بد سواء أرادت والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما
مسألة : وله منعها من الخروج من منزلها إلى ما لها منه بد سواء أرادت والديها أو عيادتهما أو حضور جنازة أحدهما
قال أحمد في امرأة لها زوج وأم مريضة طاعة زوجها أوجب عليها من أمها إلا أن يأذن لها وقد روي ابن بطوطة في احكام النساء [ عن أنس أن رجلا سافر ومنع زوجته الخروج فمرض أبوها فاستأذنت رسول الله صلى الله عليه وسلم في عيادة أبيها فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اتقي الله لا تخالفي زوجك فأوحى الله إلى النبي صلى الله عليه وسلم إني قد غفرت لها بطاعة زوجها ] ولأن طاعة الزوج واجبة والعيادة غير واجبة فلا يجوز ترك واجب لما ليس بواجب ولا يجوز لها الخروج إلا بإذنه

[ جزء 8 - صفحة 146 ]

مسألة : فإن مرض بعض محارمها أو مات استحب له أن يأذن لها في الخروج إليه
مسألة : فإن مرض بعض محارمها أو مات استحب له أن يأذن لها في الخروج إليه
لما في ذلك من صلة الرحم وفي منعها منه قطيعة الرحم وحمل لزوجته على مخالفته وقد أمر الله تعالى بالمعاشرة بالمعروف وليس هذا من المعاشرة بالمعروف فإن كانت زوجته ذمية فله منعها من الخروج إلى الكنيسة ولأن ذلك ليس بطاعة ولا نفع فإن كانت مسلمة فقال القاضي له منعها من الخروج الى المساجد وهو مذهب الشافعي وظاهر الحديث منعه من منعها وهو قوله عليه الصلاة والسلام [ لا تمنعوا إماء الله مساجد الله ] وروي أن ابن الزبير عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل فكانت تخرج الى المساجد وكان غيورا فيقول لها لو صليت في بيتك فتقول لا أزال أخرج أو تمنعني فكره منعها لهذا وقال أحمد في الرجل تكون له المرأة والأمة النصرانية يشتري لها زنارا قال لا بل تخرج هي تشتري لنفسها فقيل له جاريته تعمل الزنانير ؟ قال لا
فصل : وليس على المرأة خدمة زوجها في العجن والخبز والطبخ وأشباهه نص عليه أحمد وقال أبو بكر ابن أبي شيبة و أبو إسحاق الجوزجاني عليها ذلك واحتجا بقصة علي وفاطمة فإن النبي صلى الله عليه وسلم قضى على ابنته فاطمة بخدمة البيت وعلى علي ما كان

خارجا من البيت من عمر رواه الجوزجاني من طرق وقال الجوزجاني وقد [ قال النبي صلى الله عليه وسلم لو كنت آمرا أحدا أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها ولو أن رجلا أمر امرأته أن تنقل من جبل أسود إلى جبل أحمر أو من جبل أحمر إلى جبل أسود كان عليها أن تفعل ] رواه بإسناده فهذا طاعته فيما لا فمنفعة فيه فكيف بمؤنة معاشة ؟ وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يأمر نساءه بخدمته فقال [ يا عائشة اسقينا يا عائشة أطعمينا يا عائشة هلمي الشفرة واشحذيها بحجر ] و [ روي أن فاطمة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فشكت إليه ما تلقى من الرحى وسألته خادما يكفيها ذلك ]
ولنا أن المعقود عليه من جهتها الاستمتاع فلا يلزمها غيره كسقي دوابه وحصاد زرعه فأما قسم النبي صلى الله عليه وسلم بين علي وفاطمة فعلى ما يليق بها من الأخلاق المريضة ومجرى العادة لا على سبيل الإيجاب كما قد روي عن أسماء بنت أبي بكر أنها كانت يقوم بغرس الزبير وتلتقط له النوى وتحمله على رأسها ولم يكن ذلك واجبا عليها وكذلك لا يجب على الزوج القيام بمصالح خارج البيت ولا الزيادة على ما يجب لها من النفقة والكسوة ولكنه الاولى فعل ما جرت به العادة بقيامها به لأنه العادة ولا تصلح الحال إلا به ولا تنظم المعيشة بدونه



مسألة : ولا تملك المرأة إجازة نفسها للرضاع والخدمة بغير إذن زوجها
مسألة : ولا تملك المرأة إجازة نفسها للرضاع والخدمة بغير إذن زوجها
أما إذا فعلت ذلك بإذنه جاز ولزم العقد لأن الحق لهما لا يخرج عنهما وإن كان بغير إذنه لم يصح لما يتضمن من تفويت حق زوجها وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ويجوز في الآخر لأنه تناول محلا غير محل النكاح لكن للزوج فسخه لأنه يفوت به الاستمتاع ويختل
ولنا أنه عقد يفوت به حق من ينسب له الحق بعقد سابه فلم يصح كإجارة المستأجر فأما إن أجرت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح العقد ولم يملك الزوج فسخ الإجارة ولا منعها من الرضاع حتى تنقضي المدة لأن منافعها ملكت بالعقد السابق على نكاحه فأشبه ما لو اشترى أمة مستأجرة ودارا مشغولة فإن نام الصبي واشتغل بغيرها فللزوج الاستمتاع وليس لولي الصبي منعها وبهذا قال الشافعي وقال مالك ليس له وطؤها إلا برضا الولي لأن ذلك ينقص اللبن
ولنا أن وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه كما لو أذن فيه الولي ولأنه يجوز له الوطء مع إذن الولي فجاز مع عدمه لأنه ليس للولي الاذن فيما يضر بالصبي ويسقط حقوقه



مسألة : وله أن يمنعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه
مسألة : وله أن يمنعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه
وجملته أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد غيرها إلا أن يضطر إليها لأن عقد النكاح يقتضي تمليك الزوج الاستمتاع في كل الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات والرضاع يفوت عليه الاستمتاع في بعض الأوقات فكان له المنع كالخروج من منزله فإن اضطر اولد إليها بأن لا يوجد مرضعة سواها ولا يقبل الولد الارضاع من غيرها وجب التمكن من إرضاعه لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته

فصل : فإن أرادت رضاع ولدها منه ففيه وجهان :
أحدهما : أن له منعها من رضاعة ولفظ شيخنا في هذا الكتاب يقتضيه بعموم لفظه وهو قول الشافعي ولفظ الخرقي يقتضيه أيضا لأنه يخل باستمتاعه منها فأشبه ما لو كان الولد من غيره وهذا ظاهر كلام القاضي
والثاني : ليس له منعها ويحتمله كلام الخرقي فإنه قال فإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مقلها فهي أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة وهكذا ذكره شيخنا في كتاب نفقة الأقارب في الكتاب المشروح لقول الله تعالى : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين } وهو خبر يراد به الأمر وهو عام في كل واحدة ولا يصح من أصحاب الشافعي حمله على المطلقات لأنه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون جعل ذلك أجرا لرضاع ولا غيره وقولنا في الوجه الأول أنه يخل باستمتاعه قلنا إيفاء حق الأم في الجمع بينها وبين ولدها وهذا ظاهر كلام ابن أبي موسى
فصل : في القسم الأول قال رضي الله عنه وعلى الرجل أن يساوي بين نسائه في القسم الأول
لا نعلم خلافا بين أهل العلم في وجوب التسوية بين الزوجات في القسم قال الله تعالى : { وعاشروهن بالمعروف } وليس مع الميل معروف وقال سبحانه : { فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة } وروى أبو هريرة قال [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل ] و [ عن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم بيننا فيعدل ثم يقول اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك ] رواهما أبو داود



مسألة : وعماد القسم الليل إلا لمن معيشته بالليل كالحارس
مسألة : وعماد القسم الليل إلا لمن معيشته بالليل كالحارس
ولا خلاف في هذا وذلك لأن الليل للسكن والإيواء يأوي فيه الإنسان الى منزله ويسكن الى أهله وينام في فراشه مع زوجته عادة والنهار للمعاش والخروج والكسب والاشتغال قال الله تعالى : { وجعل الليل سكنا } وقال سبحانه : { وجعلنا الليل لباسا * وجعلنا النهار معاشا } وقال تعالى : { ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله }
فعلى هذا يقسم الرجل بين نسائه ليلة ليلة ويكون في النهار في معاشه فيما شاء مما يباح له إلا أن يكون ممن معاشه بالليل كالحارس ومن أشبهه فإنه يقسم بين نسائه بالنهار ويكون الليل في حقه كالنهار في حق غيره
فصل : والنهار يدخل في القسم تبعا لليل لدليل ما روي أن سودة وهبت يومها لعائشة متفق عليه و [ قالت عائشة قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيتي في يومي ] وإنما قبض صلى الله عليه وسلم نهارا ويتبع اليوم الليلة الماضية لأن النهار تابع لليل ولهذا يكون أول الشهر الليل ولو نذر اعتكاف شهر دخل معتكفه قبل غروب شمس الشهر الذي قبله ويهرج منه بعد الغروب شمس الشهر الذي قبله ويخرج منه من بعد غروب شمس آخر يوم منه فيبدأ بالليل وإن أحب أن يجعل النهر مضافا الى الليل الذي يعقبه جاز لأن ذلك لا يتفاوت



مسألة : وليس له البداءة بإحداهن ولا السفر إلا بقرعة
مسألة : وليس له البداءة بإحداهن ولا السفر إلا بقرعة

متى كان عنده نسوة لم يجز عنده لم يجز له أن يبتدئ بواحدة منهن إى بقرعة لأن البداءة بها تفصيل لها والتسوية واجبة ولأنهن متساويات في الحق ولا يمكن الجمع بينهن فوجب المصير القرعة لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه فمن خرجت لها القرعة خرج بها معه متفق عليه فالقرعه في السفر منصوص عليها وابتداء القسم مقيس عليه

مسألة : إذا بات عندها أو غيرها لزمه المبيت عند الثانية
مسألة : إذا بات عندها أو غيرها لزمه المبيت عند الثانية
لتعين حقها فإن كانتا اثنتين كفاه قرعة واحدة ويصير في الليلة الثانية الى الثانية بغير قرعة لأن حقها متعين فإن كن ثلاثا أقرع في الليلة بإحدى الباقيتين فإن كن أربعا أقرع في الليلة الثالثة ويصير في الليلة الرابعة الى الرابعة بغير قرعة ولو أقرع في الليلة الاولى فجعل سهما للأولى وسهما للثانية وسهما للثالثة وسهما للرابعة ثم أخرجها عليهن مرة واحدة جاز وكانت لكل واحدة ما خرج لها



مسألة : وليس عليه التسوية بينهن في الوطء بل يستحب
مسألة : وليس عليه التسوية بينهن في الوطء بل يستحب
ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنه لا تجب التسوية بين النساء في الجماع وهو مذهب الشافعي وذلك لأن الجماع طريقه الشهوة والميل ولا سبيل الى التسوية بينهن في ذلك فإن قلبه قد يميل الى إحداهما دون الأخرى قال الله تعالى { ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم } قال عبيدة السلماني في الحب والجماع وإن أمكنت التسوية بينهما في الجماع كان أحسن وأولى فإن أبلغ في العدل وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يقسم بينهن فيعدل ثم يقول [ اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما لا أملك ] وروي أنه كان يسوي بينهن حتى في القبلة ولا تجب التسوية بينهن في الاستمتاع بما دون الفرج بما دون الفرج من القبلة واللمس ونحوهما لأنه إذا لم تجب التسوية في الجماع ففي دواعيه أولى فصل : وليس عليه التسوية بين نسائه في النفقة والكسوة إذا قام بالواجب لكل واحدة منهن قال أحمد في الرجل له امرأتان له يفضل إحداهما على الأخرى في النفقة والشهوات والسكنى إذا كانت الاخرى في كفاية ويشتري لهذه أرفع من ثوب وتكون تلك في كفاية وهذا لأن التسوية في هذا كله تشق فلو وجبت لم يمكنه القيام بها إلا بحرج فسقط وجوبها كالتسوية في الوطء



مسألة : ويقسم لزوجته الأمة ليلة وللحرة ليلتين وإن كانت كتابية
مسألة : ويقسم لزوجته الأمة ليلة وللحرة ليلتين وإن كانت كتابية
وبهذا قال علي بن أبي طالب و سعيد بن المسيب و مسروق و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد وذكر أبو عبيد أنه مذهب الثوري و الأوزاعي وأصحاب الرأي وقال مالك في إحدى الروايتين عنه يسوي بين الحرة والأمة في القسم لأنهما سواء في حقوق النحاح من النفقة والسكنى وقسم الابتداء فكذلك هذا

ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه كان يقول إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين رواه الدقرطاني واحتج به أحمد ولأن الحرة يجب تسليمها ليلا ونهارا فكان حظها الإيواء ويخالف النفقة والسكنى فإن مقدر بالحاجة وحاجتها كحاجة الحرة وأما قسم الابتداء فإنما شرع ليزول الاحتشام من كل واحد منها من صاحبه ولا يختلفان في ذلك وفي مسألتنا يقسم لهما ليتساوى حظهما

فصل : والمسلمة والكتابة سواء في القسم فلو كان له امرأتان أمة مسلمة وحرة كتابية قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين وإن كانتا جميعا حرتين فليلة وليلة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء كذلك قال سعيد بن المسيب و الحسن و الشعبي و النخعي و الزهري و الحكم و حماد و مالك و الثوري و الأوزاعي و الشافعي وأصحاب الرأي وذلك لأن القسم من حقوق الزوجية فاستوت فيه المسلمة والكتابية كالنفقة والسكنى ويفارق الأمة لأن الأمة لا يتم تسليمها ولا يحتمل لها الايواء التام بخلاف الكتابية

فصل : فإن أعتقت الأمة في ابتداء مدتها أضاف الى ليلتها ليلة أخرى لتساوي الحرة وإن كان بعد انقضاء مدتها استؤنف القسم متساويا ولم يقض لها ما مضى ولأن الحرية حصلت لها بعد استيفاء حقها وإن عتقت قسم للحرة ليلة لم يزدها على ذلك لأنهما تساويا فسوى بينهما

فصل : والحق في القسم للامة دون سيدها فلها أن تهب ليلتها لزوجها ولبعض ضرائرها كالحرة وليس لسيدها الاعتراض عليها ولا أن يهبه دونها لأن الايواء والسكن حق لها دون سيدها فملكت إسقاطه وذكر القاضي ان قياس قول أحمد أنه يستأذن سيد الأمة في العزل عنها أن لا يجوز هبتها لحقها من القسم إلا باذنه وهذا لا يصح لأن الوطء لا يتناوله القسم فلم يكن للمولى فيه حق ولأن المطالبة بالفيئة للأمة دون سيدها وفسخ النكاح بالجب والعنة لها دون سيدها فلا وجه لإثبات الحق له ههنا

فصل : ويقسم المريض والمحبوب والعنين والخصي وبذلك قال الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي لأن القسم للأنس وذلك حاصل ممن لا توطأ وقد [ روت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما كان في مرضه جعل يدور على نسائه ويقول أين أنا غدا أين أنا غدا ] رواه البخاري فإن شق عليه ذلك استأذنهن في الكون عند إحداهن كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم [ قالت عائشة إن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث إلى النساء فاجتمعن قال : إني لا أستطيع أن أدور بينكن فإن رأيتن أن تأذن لي فأكون عند عائشة فعلتن فأذن له ] رواه أبو داود فإن لم يأذن له أقام عند إحداهن لاقرعة أو اعتزلهن جميعا إن أحب فإن كان الزوج مجنونا لا يخاف منه طاف به الولى عليهن وإن كان يخاف منه فلا قسم عليه لأنه لا يحصل منه أنس ولا فائدة فإن لم يعدل الولي في القسم بينهن ثم أفاق المجنون فعليه أن يقضي للمظلومة لأنه حق ثبت في ذمته فلزمه إيفاؤه حال الافاقة كالمال



مسألة : ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمعيبة والمحرمة والصغيرة الممكن وطؤها وكلهن سواء في القسم

مسألة : ويقسم للحائض والنفساء والمريضة والمعيبة والمحرمة والصغيرة الممكن وطؤها وكلهن سواء في القسم

وبذلك قال مالك و الشافعي وأصحاب الرأي نعلم عن منغيرهم خلافهم وكذلك التي ظاهر منها لأن القصد الإيواء السكن والأنس وهو حاصل لهن فأما المجنونة فإن كانت لا يخاف منها فهي كالعالقة وإن خاف منها فلا قسم لها لأنه لا يأمنها على نفسه ولا يحصل لها أنس ولا بها

مسألة : فإن دخل في ليلتها الى غيرها لم يجز إلا لحاجة داعية فإن لم يلبث لم يقض وإن لبث أو جامع لزمه أن يقضي لها ذلك من حق الأخرى
مسألة : فإن دخل في ليلتها إلى غيرها لم يجز إلا لحاجة داعية فإن لم يلبث لم يقض وإن لبث أو جامع لزمه أن يقضي لها ذلك من حق الأخرى
وجملة ذلك أنه إذا دخل في زمنها الى ضرتها فإن كان ليلا لم يجز إلا لضرورة مثل أن يكون منزولا بها فيريد أن يحضرها أو توصي إليه أو ما لا بد من منه 9 فإن فعل و لك يلبث أن خرج لم يقض وإن أقام ورأت المرأة المريضة قضى للأخرى من ليلتها بقدر ما أقام عندها وإن دخل لحاجة غير ضرورية أثم والحكم في القضاء كما لو دخل لضرورة لأنه لا فائدة في قضاء اليسير وإن دخل عليها فجامعها في الزمن اليسير ففيه وجهان : أحدهما : لا يلزمه قضاؤه لأن الوطء لا يستحق في القسم والزمن اليسير لا يقضى والثاني ن : يلزمه أن يقضيه وهو أن يدخل على المظلومة في ليلة المجامعة فيجامعها ليعدل بينهما وهذا هو الصحيح لأن اليسير مع الجماع أشق على ضرتها وأغيظ لها من الكثير من غير جماع فكانت وجوب قضائه أولى فإما الدخول الى المرأة في يوم غيرها في النهار فيجوز للحاجة من دفع النفقة أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج الى معرفته أو زيارتها لبعد عهده بها فيجوز لذلك ولما روت عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخل علي في يوم غيري فينال أو زيارتها لعبد عهده بها فيجوز لذلك ولما [ روت عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخل علي في يوم غيري فينال مني كل شيء إلا الجماع ] وإذا دخل عليها لم يجامعها ولم يطل عندها لأن السكن يحصل بذلك وهي لا تستحقه وفي الاستمتاع منها بما دون الفرج وجهان أحدهما : يجوز لحديث عائشة والثاني : لا يجوز لأنه يحصل به السكن فأشبه الجماع فإن أطال المقام عندها قضاه وإن جامعها في الزمن اليسير ففيه وجهان على ما ذكرنا ومذهب الشافعي على نحو ما ذكرنا إلا أنه لا يقضي إذا جامع في النهار ولنا أنه زمن يقضيه إذا طال المقام فيقضيه إذا جامع كالليل
فصل : فإن خرج من عند بعض نسائه في زمانها فإن كان في النهار أو أول الليل أو آخره الذي جرت العادة بالانتشار فيه والخروج الى الصلاة جاز فإن المسلمين يخرجون لصلاة العشاء ولصلاة الفجر قبل طلوعه و أما النهار فهو للمعاش والانتشار وإن خرج في غير ذلك ولم يلبث أن عاد لم ينص لها لأنه لا فائدة في قضاء ذلك وإن أقام قضاه لها سواء كانت إقامته لعذر من شغل أو حبس أو لغير عذر لأن حقها قد فات بغيبته عنها وإن أحب أن يجعل قضاءه لذلك غيبته عن الأخرى مثل ما غاب عن هذه جاز لأن التسوية تحصل بذلك ولأنه إذا جاز له ترك الليلة بكمالها في حق كل واحدة منهما فبعضها أولى ويستحب أن يقضي لها في مثل ذلك الوقت لأنه أبلغ في المماثلة والقضاء يعتبر فيه المماثلة كقضاء العبادات والحقوق وإن قضاه من غيره من الليل مثل أن فاته في أول الليل فقضاه في آخره أو بالعكس جاز في أحد الوجهين لأنه قد قضى بقدر ما فاته من الليل والآخر لا يجوز لعدم المماثلة إذا ثبت هذا فإنه لا يمكن قضاؤه كله من ليلة الأخرى لئلا يفوت حق الأخرى فيحتاج الى قضاء ولكن إما أن ينفرد بنفسه في ليلة فيقضي منها وأما أن يقسم ليلة بينهن ويفضل هذه بقدر ما فات من حقها وله أن يترك من ليلة كل واحدة مثل ما فات من ليلة هذه وأما أن يقسم المتروك بينهما مثل أن يترك من ليلة احداهما ساعتين فيقضي لها من ليلة الأخرى ساعة فيصير الفائت على كل واحدة منهما ساعة
فصل : والأولى أن يكون لكل واحدة من نسائه مسكن يأتيها فيه لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يقسم هكذا ولأنه أصون لهن واستر حتى لا يخرجن من بيوتهن فإن اتخذ لنفيه منزلا يدعو إليه كل واحدة منهن في ليلتها ويومها جاز ذلك لأن الرجل ينقل زوجته حيث شاء ومن امتنعت منهن من إجابته سقط حقها من القسم لنشوزها وإن اختار أن يقصد بعضهن في منازلهن ويستدعي البعض كان له ذلك لأن له أن يسكن كل واحدة منهن حيث شاء وإن حبس الزوج فأحب القسم بين نسائه بأن يستدعي كل واحدة في ليلتها فعليهن طاعته إن كان ذلك سكنى مثلهن وإن لم يكن لم يلزمهن إجابته لأن عليهن في ذلك ضررا وإن أطعنه لم يكن له أن يترك العدل بينهن ولا استدعاء بعضهن دون بعض كما في غير الحبس

فصل : ويقسم بين نسائه ليلة ليلة فإن أحب الزيادة على ذلك لم يجز إلا برضاهن وقال القاضي له أن يقسم ليلة ليلة وليلتين ليلتين وثلاثا وثلاثا ولا تجوز الزيادة على ذلك إلا برضاهن والأولى مع هذه ليلة وهذه ليلة لأنه أقرب لعهدهن به ويجوز الثلاث لأنها في حد القلة فهي كالليلة وهذا مذهب الشافعي
ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما قسم ليلة ليلة ولأن التسوية واجبة وإنما جوزنا البداية بواحدة لتعذر الجمع فإذا بات عند إحداهن ليلة بقيت الليلة الثانية حقا للأخرى فلم يجز جعلها للأولى بغير رضاها لأنه تأخير لحقوق بعضهن فلم يجز بغير رضاهن كالزيادة على الثلاث ولأنه إذا كان له أربع نسوة فجعل لكل واحدة ثلاثا حصل تأخير الأخيرة في تسع ليال وذلك كثير فلم يجز كما لو كان له امرأتان فأراد أن يجعل بكل واحدة تسعا ولأن للتأخير عليها ضررا فإن لم يفعل فلا يجوز مع إمكان التعجيل بغير رضا المستحق كتأخير الدين الحال ن والتحديد بالثلاث تحكم لا يسمع من غير دليل وكونه في حد القلة لا يوجب جواز تأخير الحق كالديون الحال وسائر الحقوق
فصل : فإن كان امرأتاه في بلدين فعليه العدل بينهما لأنه اختار المباعدة بينهما فلا يسقط حقهما عنه بذلك فإما أن يمضي الى الغائبة في أيامها وإما أن يقدمها إليه فيجمع بينهما في بلد واحد فإن امتنعت من القدوم مع الامكان سقط حقها لنشوزها وإن أحب القسم بينهما في بلديهما لم يمكن أن يقسم ليلة وليلة فيجعل المدة بحسب ما يمكن كشهر وشهر أو أكثر أو أقل على حسب ما يمكنه وعلى حسب تقارب البلدين وتباعدهما
فصل : فإن قسم ثم جاء ليقسم للثانية فأغلقت الباب دونه أو منعته من الاستمتاع بها أو قالت لا تدخل علي ولا تبيت عندي أو ادعت الطلاق سقط حقها من القسم فإن عادت بعد ذلك الى المطاوعة استأنف القسم بينهما ولم يقض للناشز لأنها اسقطت حق نفسها فإن كان له أربع نسوة فأقام عند ثلاث منهن ثلاثين ليلة لزمه أن يقسم عند الرابعة عشرا لتساويهن فإن نشزت إحداهن عليه وظلم واحدة فلم يقسم لها ثلاثا وللناشز ليلة خمسة أدوار فيكمل للمظلومة خمس عشرة ليلة ويحصل للناشز خمس ثم يستأنف القسم بين الجميع فإن كان له ثلاث نسوة فقسم بين اثنتين ثلاثين ليلة وظلم الثالثة ثم تزوج جديدة ثم أراد أن يقضي للمظلومة فإن يخص الجديد بسبع إن كانت بكرا وثلاث إن كانت ثيبا ثم يقسم بينها وبين المظلومة خمسة أدوار على ما قدمنا للمظلومة من كل دور ثلاثا وواحدة للجديدة

[ جزء 8 - صفحة 195 ]

مسألة : وإن أراد النقلة من بلد إلى بلد وأخذ إحداهن معه والأخرى مع غيره لم يجز إلا بقرعة
مسألة : وإن أراد النقلة من بلد إلى بلد وأخذ إحداهن معه والأخرى مع غيره لم يجز إلا بقرعة
وجملة ذلك ان الزوج إذا أراد الانتقال بنسائه الى بلد آخر فأمكنه استصحاب الكل في سفره فعل وليس له إفراد إحداهن به لأن هذا السفر لا يختص بواحدة بل يحتاج إلى نقل جميعهن فإن خص إحداهن قضى للباقيات كالحاضر فإن لم يمكنه الجمع أو شق عليه ذلك وبعث بهن جميعا مع غيره ممن هو محرم لهن جاز ولا يقضي لأحد ولا يحتاج الى قرعة لأنه سوى بينهن وإن أراد افراد بعضهن بالسفر معه لم يجز إلا بقرعة فإذا وصل الى البلد الذي انتقل إليه فأقامت معه فيه قضي للباقيات مدة كونها معه في البلد خاصة لأنه صار مقيما وانقطع حكم السفر عنه

[ جزء 8 - صفحة 160 ]

مسألة : ومتى سافر بها بقرعة لم يقض وإن كان بغير قرعة لزمه القضاء للأخرى
مسألة : ومتى سافر بها بقرعة لم يقض وإن كان بغير قرعة لزمه القضاء للأخرى
وجملة ذلك أن الزوج إذا أراد سفرا فأحب حمل نسائه كلهن معه أو تركهن كلهن لم يحتج الى قرعة لأن القرعة لتعيين المخصوصة منهن بالسفر وههنا قد سوى وإن أراد السفر ببعضهن لم يجز له ذلك إلا بقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم وحكي عن مالك أن له ذلك من غير قرعة وليس بصحيح فإن عائشة قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفرا أقرع بين نسائه فأتيهن خرج سهمها خرج بها معه متفق عليه ولأن في المسافرة ببعضهن من غير قرعة تفضيلا لها وميلا إليها فلم يجز بغير قرعة كالبداية بها في السم وإن أحب المسافرة بأكثر من واحدة أقرع أيضا فقد روت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا خرج أقرع بين نسائه فصارت القرعة لعائشة وحفصة رواه البخاري ومتى سافر بأكثر من واحدة سوى بينهن كما يسوي بينهن في الحفر ولا يلزمه القضاء للحاضرات بعد قدومه وهذا قول أكثر أهل العلم حكي عن داود أنه يقضي لقول الله تعالى : { فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة }
ولنا أن عائشة لم تذكر قضاء في حديثها ولأن هذه التي سافر بها يلحقها من مشقة السفر بإزاء ما حصل من السكن مثل ما يحصل في الحضر فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة كل الميل لكن إن كان مسافرا بإحداهن بغير قرعة أثم وقضى للبواقي بعد سفره وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة و مالك لا يقضي لأن قسم الحضر ليس بمثل قسم السفر فيتعذر القضاء
ولنا أنه خص بعضهن بمدة على وجه تلحقه التهمة فيه فلزمه القضاء كما لو كان حاضرا إذا ثبت هذا فينبغي أن لا يلزمه قضاء المدة وإنما يقضي منها ما أقام منها بمبيت ونحوه فأما زمان السير فلم يحصل لها منه إلا المشقة والتعب فلو جعل للحاضرة في مقابلة ذلك مبيتا عندها واستمتاعا بها لمال كل الميل
فصل : فإن خرجت القرعة لاحداهن لم يجب عليه السفر بها وله تركها والسفر وحده لأن القرعة لا توجب وإنما تعين من تستحق التقديم فإن أراد السفر بغيرها لم يجز لأنها تعينت بالقرعة فلم يجز العدول عنها الى غيرها وإن وهبت حقها من ذلك لغيرها جاز إذا رضي الزوج لأن الحق لها فيجوز هبتها له كما وهبت ليلتها في الحضر ولا يجوز بغير رضاه كما لو وهبت ليلتها في الحضر وإن وهبته للزوج أو للجميع جاز وإن امتنعت من السفر معه سقط حقها إذا رضي الزوج وإن أبى فله اكرهها على السفر معه لما ذكرنا وإن رضي بذلك استأنف القرعة بين البواقي وإن رضي الزوجات كلهن بسفر واحدة معه من غير قرعة جاز لأن الحق لهن إى أن لا يرضى الزوج ويريد غير من اتفقن عليها فيصار الى القرعة ولا فرق في جميع ما ذكرنا بين السفر الطويل والقصير لعموم الخبر والمعنى وذكر القاضي احتمالا أنه يقضي للبواقي في السفر القصير لأنه في حكم الإقامة وهو وجه لأصحاب الشافعي
ولنا أنه سافر بها بقرعة فلم يقض كالطويل ولو كان في حكم الإقامة لم تجز المسافرة بإحداهن دون الأخرى كما لا يجوز إفراد إحداهن بالقسم دون غيرها ومتى سافر بإحداهن بقرعة ثم بدا له بعد السفر نحو أن يسافر الى القدس ثم يبدو له فيمضي الى مصر فله استصحابها معه لأنه سفر واحد قد أقرع له فإن أقام في بلدة مدة احدى وعشرين صلاة فما دون لم يحتسب عليه بها لأنه في حكم السفر يجري عليه أحكامه وإن زاد على ذلك قضى الجميع مما أقامه لأنه خرج من حكم السفر وإن أجمع على المقام قضى ما أقامه وإن قل لأنه خرج عن حكم السفر ثم إذا خرج بعد ذلك الى بلد أو بلدة أخرى لم يقض ما سافره لأنه في حكم السفر الواحد وقد أقرع له

مسألة : وإن امتنعت من السفر معه أو من المبيت عنده أو سافرت بغير إذن سقط حقها من القسم
مسألة : وإن امتنعت من السفر معه أو من المبيت عنده أو سافرت بغير إذن سقط حقها من القسم
لا نعلم خلافا في ذلك لأنها عاصية له بمنع نفسها منه فسقط حقها كالناشزة

مسألة : وإن أشخصها هو فهي على حقها من ذلك
مسألة : وإن أشخصها هو فهي على حقها من ذلك
نحو أن يبعثها في حاجته أو يأمرها بالنقلة من بلدها لم يسقط حقها من نفقة ولا قسم لأنها لم تفوت عليه التمكين ولا فات من جهتها وإما حصل بتفويته ففلم يسقط حقها كما لو أتلف المشتري المبيع لم يسقط حق البائع من تسليم ثمنه إليه فعلى هذا يقضي لها بحسب ما أقام عند ضرتها وإن سافرت معه فهي على حقها منهما جميعا



مسألة : وإن سافرت لحاجتها بإذنه فعلى وجهين
مسألة : وإن سافرت لحاجتها بإذنه فعلى وجهين
إذا سافرت المرأة في حاجتها بإذن زوجها لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة لم يبق لها حق في نفقة ولا قسم في أحد الوجهين هذا الذي ذكره الخرقي و القاضي وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر انها لا تسقط وهو قول الشافعي لأنها سافرت بإذنه أشبه ما لو سافرت معه ووجه الأول أن القسم للأنس والنفقة للتمكين من الاستمتاع وقد تعذر ذلك بسبب من جهتها فسقط كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها وفارق ما إذا سافرت معه لأنه لم يتعذر ذلك ويحتم أن يسقط القسم وجها واحدا لأنه لو سافر عنها لسقط قسمها والتعذر من جهته فإذا تعذر من جهتها بسفر كان أولى ويكون في النفقة الوجهان

مسألة : وللمرأة أن تهب حقها من القسم لبعض ضرائرها بإذنه أو له فيجعله لمن شاء منهن
مسألة : وللمرأة أن تهب حقها من القسم لبعض ضرائرها بإذنه أو له فيجعله لمن شاء منهن
لأن الحق لها وللزوج فإذا رضيت هي والزوج جاز لأن الحق لا يخرج عنهما فإن أبت الموهوبة قبول الهبة لم يكن لها ذلك لأن حق الزوج في الاستمتاع ثابت في كل وقت وإنما منعته المزاحمة لحق صاحبتها فإذا زالت المزاحمة بهبتها ثبت حقه في الاستمتاع بها وإن كرهت ما لو كانت منفردة وقد ثبت [ أن سودة وهبت يومها لعائشة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومها ويوم سودة ] متفق عليه ونحو ذلك في جميع الزمان وفي بعضه فإن سودة وهبت يومها في جميع زمانها وروى ابن ماجة [ عن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وجد على صفية بنت حيي في شيء فقالت صفية لعائشة هل لك أن ترضي عني رسول الله صلى الله عليه وسلم ولك يومي ؟ فأخذت خمارا مصبوغا بزعفران فرشته ليفوح ريحه ثم اختمرت به وقعدت إلى جنب النبي صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إليك يا عائشة إنه ليس يومك قالت ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء فأخبرته بالأمر فرضي عنها ] إذا ثبت هذا فإن وهبت ليلتها لجميع ضرائرها صار القسم بينهن كما لو طلق الواهبة وإن وهبتها للزوج فله جعلها لمن شاء لأنه لا ضرر على الباقيات في ذلك إن شاء جعله للجميع وإن شاء خص بها واحدة منهن وإن شاء جعل لبعضهن فيها أكثر من بعض وإن وهبتها لواحدة كفعل سودة جاز ثم إن كانت تلي ليلة الموهوبة والى بينهما وإن كانت لا تليها لم يجز له الموالاة بينهما إلا برضا الباقيات ويجعلها لها في الوقت الذي كان

للواهبة لأن الموهبة قامت مقام الواهبة في ليلتها فلم يجز تغييرها عن موضعها كما لو كانت باقية للواهبة ولأن في ذلك تأخيرا لحق غيرها وتغييرا لليلتها بغير لليلتها بغير رضاها فلم يجز وكذلك الحكم إذا وهبتها الزوج فآثر بها امرأة منهن بعينها وفيه وجه آخر أنه لا يجوز الموالاة بين الليلتين لعدم الفائدة في التفريق والأول أصح وقد ذكرنا فيه فائدة فلا يجوز اطراحها



مسألة : فمتى رجعت في الهبة عاد حقها ولها ذلك في المستقبل لأنها هبة لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى
مسألة : فمتى رجعت في الهبة عاد حقها ولها ذلك في المستقبل لأنها هبة لم تقبض وليس لها الرجوع فيما مضى
لأنه بمنزلة المقبوض ولو رجعت في بعض الليل كان على الزوج أن ينتقل إليها فإن لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقض لها شيئا لأن التفريط منها
فصل : فإن بذلت ليلتها بمال لم يصح لأن حقها في كون الزوج عندها وليس ذلك بمال فلا يجوز مقابلته بمال فإذا أخذت عليه مالا لزمها رده وعليه أن يقضي لها لأنها تركته بشرط العوض ولم يسلم لها فإن كاهن عوضها غير المال ممثل إرضاء زوجها عنها أو غيره جاز لأن عائشة أرضت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفية وأخذت يومها وأخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينكره

مسألة : ولا قسم عليه في ملك اليمين وله الاستمتاع بهن كيف شاء
مسألة : ولا قسم عليه في ملك اليمين وله الاستمتاع بهن كيف شاء
ومن له نساء وإماء فله الدخول على الاماء كيف شاء والاستمتاع بهن إن شاء كالنساء وإن شاء أقل وإن شاء أكثر وإن شاء ساوى بين الاماء وإن شاء فضل وإن شاء استمتع ببعضهن دون بعض بدليل قوله تعالى : { فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم } وقد كان للنبي صلى الله عليه وسلم مارية القبطية وريحانة فلم يقسم لهما ولأن الأمة لا حق في الاستمتاع ولذلك لا تثبت لها الخيار بجب السيد ولا عنته ولا يضرب لها مدة الإيلاء

مسألة : ويستحب التسوية بينهن لئلا يضر ببعضهن وأن لا يعضلهن إن لم يرد الاستمتاع بهن
مسألة : ويستحب التسوية بينهن لئلا يضر ببعضهن وأن لا يعضلهن إن لم يرد الاستمتاع بهن
إذا احتاجت الأمة الى النكاح وجب عليه إعفافها إما بوطئها أو تزويجها أو بيعها
فصل : قال رحمه الله : وإذا تزوج بكرا أقام عندها سبعا ثم دار وإن كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا ثم دار
متى تزوج صاحب النسوة امرأة جديدة قطع الدور وأقام عندها سبعا إن كانت بكرا ولا يقضيها للباقيات وإن كانت ثيبا أقام عندها ثلاثا ولا يقضيها إلا أن شاء هي يقيم عندها سبعا فإنه يقيمها عندها ويقضي الجميع للباقيات روي ذلك عن أنس وبه قال الشعبي و النخعي و مالك و الشافعي و أبو عبيدة و ابن المنذر
وروي عن سعيد بن المسيب و الحسن و خلاس بن عمرو و نافع ومولى ابن عمر : للبكر ثلاث وللثيب ليلتان ونحوه قال الأوزاعي وقال الحكم و حماد وأصحاب الرأي : لا فضل للجديدة في القسم فإن أقام عندها قضاه للباقيات لأنه فضلها بمدة فوجب قضاؤها كما لو أقام عند الثيب سبعا
ولنا ما روى أبو قلابة عن أنس قال من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعا وقسم وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثم قسم قال أبو قلابة ولو شئت لقلت إن أنسا رفعه الى

النبي صلى الله عليه وسلم متفق عليه و [ عن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثا وقال : ليس بك على أهلك هوان إن شئت سبعت لك وإن سبعت لك سبعت لنسائي ] رواه مسلم وفي لفظ [ وإن شئت ثلثت ثم درت ] وفي لفظ رواه الداقطني [ إن شئت أقمت ثلاثا خالصة لك وإن شئت سبعت لك ثم سبعت لنسائي ] وهذا يمنع قياسهم وقدم عليه
قال ابن عبد البر الأحاديث المرفوعة في هذا الباب على ما قلناه وليس مع من خالفناه حديث مرفوع والحجة مع من أدلى بالسنة
فصل : والأمة والحرة في هذا سواء ولأصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه : أحدها : كقولنا والثاني : الأمة على النصف من الحرة كسائر القسم
والثالث : للبكر من الاماء أربع وللثيب ليلتان تكميلا لبعض الليلة
ولنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم [ للبكر سبع وللثيب ثلاث ] لأن يراد للأنس وإزالة الاحتشام والأمة والحرة سواء في الاحتياج الى ذلك فاستويا فيه كالنفقة



مسألة : وإن زفت إليه امرأتان قدمت السابقة منهما ثم أقام عند الأخرى ثم دار وإن زفتا معا قدم إحداهما بالقرعة ثم أقام عند الأخرى
مسألة : وإن زفت إليه امرأتان قدمت السابقة منهما ثم أقام عند الأخرى ثم دار وإن زفتا معا قدم إحداهما بالقرعة ثم أقام عند الأخرى
يكره أن تزف إليه امرأتان في ليلة واحدة أو في مدة عقد إحداهما لأنه لا يمكنه أن يوفيهما وتستضر التي لا يوفيها حقها فإن دخلت إحداهما إليه قبل الأخرى بدأ بها فوفاها حقها ثم عاد فوفى الثانية ثم ابتدأ القسم وإن زفت الثانية في أثناء مدة العقد أتمه للأولى ثم قضى حق الثانية وإن دخلتا عليه جميعا في مكان واحد أقرع بينهما وقدم من خرجت لها القرعة منهما ثم وفي للأخرى بعدها
فصل : وإذا كان عنده امرأتان فبات عند أحدهما ليلة ثم تزوج ثالثة قبل ليلة الثانية قدم المزفوفة بلياليها لأن حقها آكد لأنه ثبت بالعقد وحق الثانية بفعله فإذا قضى حق الجديدة بدأ بالثانية فوفاها ليلتها ثم ثبت عند الجديدة نصف ليلة ثم يبتدئ القسم لأن الليلة التي يوفيها الثانية نصفها من حقها نصفها من حق الأخرى فيثبت للجديدة في مقابلة ذلك نصف ليلة بإزاء ما حصل لكل واحدة من ضراتها وعلى هذا القول يحتاج أن ينفرد بنفسه في نصف ليلة وفيه حرج فإنه ربما لا يجد مكانا ينفرد فيه أو لا يقدر على الخروج إليه في نصف الليلة أو المجيء منه وفيما ذكرناه من البداية بها بعد الثانية وفاء حقها بدون هذا الحرج فيكون أولى إن شاء الله تعالى

مسألة : وإن أراد السفر فخرجت القرعة لأحداهما سافر بها ودخل حق العقد في قسم السفر فإذا قدم بدأ بالأخرى فوفاها حق العقد
مسألة : وإن أراد السفر فخرجت القرعة لأحداهما سافر بها ودخل حق العقد في قسم السفر فإذا قدم بدأ بالأخرى فوفاها حق العقد
إذا تزوج امرأتين وعزم على السفر أقرع بينهما فسافر بالتي تخرج لها القرعة ويدخل حق العقد في قسم السفر فإذا قدم قضى للثانية حق في أحد الوجهين لأن حق وجب لها قبل سفره لم يؤده إليها فلزمه قضاؤه كما لو لم يسافر بالأخرى معه :
والثاني : لا يقضيه لئلا تفضيلا لها على التي سافر بها لأنه لا يحصل للمسافرة من الإيواء والسكن والمبيت عندها مثل ما يحصل في الحضر فيكون ميلا فيتعذر قضاؤه فإن قدم من سفره قبل مضي مدة ينقضي فيها حق عقد الأولى أتمة في الحضر وقضى للحاضرة مثله

وجها واحدا وفيما زاد الوجهان ويحتمل في المسألة وجها ثالثا وهو أن يستأنف حق العقد لكل واحدة منهما ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها كما لاى يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد وهذا أقرب الى الصواب من إسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط
فصل : فإن كانت له امرأة فتزوج أخرى وأراد السفر بهما جميعا قسم للجديدة سبعا إن كانت بكرا وثلاثا إن كانت ثيبا ثم يقسم بعد ذلك بينها وبين القديمة وإن أراد السفر بإحداهما أقرع بينهما فإن خرجت قرعة الجديدة سافرت معه ودخل حق العقد لأنه سافر بعد وجوبه عليه

[ جزء 8 - صفحة 186 ]

مسألة : وإن طلق إحدى نسائه في ليلتها أثم لأنه فوت حقها الواجب لها فإن عادت إليه برجعة أو نكاح قضى لها لأنه قدر على إيفاء حقها فلزمه كالمعسر إذا أيسر بالدين
مسألة : وإن طلق إحدى نسائه في ليلتها أثم لأنه فوت حقها الواجب لها فإن عادت إليه برجعة أو نكاح قضى لها لأنه قدر على إيفاء حقها فلزمه كالمعسر إذا أيسر بالدين

[ جزء 8 - صفحة 168 ]

مسألة : وله أن يخرج في نهار ليل القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس
مسألة : وله أن يخرج في نهار ليل القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس
لقول الله تعالى : { وجعلنا الليل لباسا * وجعلنا النهار معاشا } وقال تعالى : { ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله } أي لتسكنوا في الليل ولتبتغوا من فضله في النهار وحكم السبعة والثلاثة التي يقيمها عند المزفوفة حكم سائر القسم فيما ذكرنا فإن تعذر عليه المقام عندها ليلا لشغل أو حبس أو ترك ذلك لغير عذر قضاه لها وله الخروج الى الصلاة الجماعة فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يترك الجماعة لذلك يخرج لما لا بد له منه فإن أطال قضاه ولا يقضي اليسير

فصل : في النشوز
وهو معصيتها إياه فيما يجب عليها من طاعته مأخوذ من النشز وهو الارتفاع فكأنها أرتفعت وتعالت عما وجب عليها من طاعته

مسألة : فمتى ظهرت منها إمارات النشوز بأن لا تجيبه إلى الاستمتاع أو تجيبه متبرمة ومتكرهة وعظها فإن أصرت هجرها في المضجع ما شاء
مسألة : فمتى ظهرت منها إمارات النشوز بأن لا تجيبه إلى الاستمتاع أو تجيبه متبرمة ومتكرهة وعظها فإن أصرت هجرها في المضجع ما شاء وفي الكلام ما دون ثلاثة أيام فإن أصرت فله أن يضربها ضربا غير مبرح
متتى ظهرت من المرأة امارات النشوز مثل أن تتثاقل وتدنافع إذا دعاها ولا تصير إليه إلا بتكره ودمدمة فإنه يعظها فيخوفها الله سبحانه ويذكر ما أوجب الله له عليها من الحق والطاعة وما يلحقها من الاثم بالمخالفة والمعصية وما يسقط بذلك من النفقة والكسوة وما يباح له من هجرها وضربها لقول الله تعالى : { واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن } فإن أظهرت النشوز وهو أن تعصيه وتمتنع من فراشه او تخرج من منزله بغير إذنه فله أن يهجرها

في المضجع ما شاء لقول الله تعالى { واهجروهن في المضاجع } قال ابن عباس لا تضاجعها في فراشك فأما الهجران في الكلام فلا يجوز أكثر من ثلاثة أيام لما [ روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام ] وظاهر كلام الخرقي أنه ليس له ضربها في المشوز في أو لمرة وقد روي عن أحمد إن عصت المرأة زوجها فله ضربها ضربا غير مبرح ظاهر هذا إباحة ضربها لقول الله تعالى : { واضربوهن } ولأنها صرحت بالمنع فكان له ضربها كما لو أصرت ولأن عقوبات المعاصي لا تختلف بالتكرار وعدمه كالحدود ووجه قول الخرقي أن المقصود زجها عن المعصية في المستقبل وما هذا سبيله يبدأ فيه بالأسهل فالأسهل كمن هجم عليه منزله فأراد إخراجه وأما قوله : { واللاتي تخافون نشوزهن } الآية ففيها إضمار تقدره واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع فإن اصررن فاضربوهن كما قال سبحانه : { إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض } والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف أنه لا يضربها لخوف أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره و للشافعي قولان كهذين فإذا لم ترتدع بالهجر والوعظ فله ضربها لقول الله تعالى { واضربوهن } وقال النبي صلى الله عليه وسلم [ إن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ] رواه مسلم ومعنى غير مبرح أي ليس بالشديد قال الخلال سألت أحمد بن يحيى عن قوله ضربا غير شديد وعليه أن يجتنب الوجه والمواضع المخلوقة لأن المقصود التأديب لا الإتلاف وقد روى أبو داود [ عن حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال قلت يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ما حق زوجة أحدنا عليه ؟ قال : أن تطعمها إذا طعمت وتكسوها إذا اكتسيت ولا تقبح ولا تهجر إلا في البيت ] وروى عبد الله بن زمعة [ عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبد ثم يضاجعها في آخر اليوم ] ولا يزيد في ضربها على عشرة أسواط لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم [ لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا في حد من حدود الله ] متفق عليه

فصل : وله تأديبها على ترك فراض الله تعالى وقال في الرجل له امرأة لا تصلي يضربها ضربا رقيقا غير مبرح وقال علي في تفسير قوله تعالى : { قوا أنفسكم وأهليكم نارا } قال علموهم أدبوهم وروى الخلال بإسناده [ عن جابر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رحم الله عبدا علق في بيته سوطا يؤدب أهله ] فإن لم تصل فقد قال أحمد : أخشى أن لا يحل لرجل أن يقيم مع امرأة لا تصلي ولا تغتسل من الجنابة ولا تتعلم القرآن قال أحمد في الرجل يضرب امرأته لا ينبغي لأحد أن يسأله ولا أبوها لم يضربها ؟ والأصل في هذا ما [ روى الأشعث عن عمر أنه قال يا أشعث احفظ عني شيئا سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسألن رجلا فيما ضرب امرأته ] رواه أبو داود لأنه قد يضربها لأجل الفراش فإن أخبر بذلك استحيا وإن أخبر بغيره كذب

فصل : وإن خافت المرأة نشوز زوجها واعراضه عنها لرغبته عنها لمرض بها أو كبر أو دمامة فلا بأس أن تضع عنه بعض حقوقها لتسترضيه بذلك لقوله تعالى { وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا } وروى البخاري عن عائشة { وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا } قالت هي المرأة تكون عند الرجل لا يستكثر منها فيريد طلاقها ويتزوج عليها تقول له امسكني ولا تطلقني ثم تزوج غيري فأنت في حل من النفقة علي والقسمة لي و [ عن عائشة أن سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت أن يفارقها رسول الله صلى الله عليه وسلم قالت يا رسول الله يومي لعائشة فقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم منها قالت ففي ذلك أنزل الله جل شأنه وفي أشباهها أراه قال : { وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا } ] رواه أبو داود ومتى صالحت على ترك شيء من قسمها أو نفقتها أو على ذلك كله جاز فإن رجعت فلها ذلك قال أحمد في الرجل يعيب على امرأته فيقول لها إن رضيت على هذا وإلا فأنت أعلم فتقول قد رضيت فهو جائز فإن شاءت رجعت

مسألة : فإن ادعى كل واحد منهما ظلم صاحبه له اسكنهما الحاكم الى جانب ثقة يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف
مسألة : فإن ادعى كل واحد منهما ظلم صاحبه له اسكنهما الحاكم إلى جانب ثقة يشرف عليهما ويلزمهما الانصاف
وجملة ذلك أن الزوجين إذا وقع بينهما شقاق نظر الحاكم فإن كان من المرأة فهو نشوز وقد ذكرناه وإن بان أنه من الرجل اسكنهما الى جنب ثقة يمنعه من الإضرار بها والتعدي عليها وكذلك إن بان من كل واحد منهما تعد او ادعى كل واحد منهما أن الآخر ظلمه اسكنهما الى جنب من يشرف عليها ويلزمهما الإنصاف لأن ذلك طريق الإنصاف فتعين فعليه كالحاكم بالحق

مسألة : فإن خرجا إلى الشقاق والعداوة بعث الحاكم حكمين حرين مسلمين عدلين
مسألة : فإن خرجا إلى الشقاق والعداوة بعث الحاكم حكمين حرين مسلمين عدلين
والأولى أن يكونا من أهلهما للآية بتوكيلهما ورضاهما فيكشفان عن حلهما ويفعلان ما يريانه من جمع بينهما أو تفريق بطلاق أو خلع فما فعلا من ذلك لزمهما والأصل في ذلك قوله سبحانه : { وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما }

مسألة : فإن امتنعا من ذلك لم يجبرا عليه وعنه أن الزوج إن وكل في الطلاق بعوض أو وكلت المرأة في بذل العوض وإلا جعل الحاكم إليهما ذلك
مسألة : فإن امتنعا من ذلك لم يجبرا عليه وعنه أن الزوج إن وكل في الطلاق بعوض أو وكلت المرأة في بذل العوض وإلا جعل الحاكم إليهما ذلك
اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في الحكمين ففي إحدى الروايتين عنه أنهما وكيلان لهما ولا يملكان التفريق إلا بإذنها وهذا مذهب عطاء وأحد قولي الشافعي وحكي عن الحسن و أبي حنيفة لأن البضع حقه والمال حقها وهما رشيدان فلاى يجوز لغيرهما التصرف فيه إلا بوكالة منهما أو ولاية علهما
والثاني : أنها حاكمان ولهما أن يفعلا ما يريان من جمع وتفريق بعوض وغير عوض توكيل الزوجين ولا رضاهما روي نحو ذلك علي وابن عباس وأبي سلمة بن عبد الرحمن و الشعبي و النخعي و سعيد بن جبير و مالك و الأوزاعي و إسحاق و ابن المنذر لقول الله تعالى : { فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها } فسماهما حكمين ولم يعتبر رضا الزوجين ثم قال : { إن يريدا إصلاحا } فخاطب الحكمين بذلك وروى أبو بكر بإسناده عن عبيدة السليماني إن رجلا وامرأة أتيا عليا مع كل واحد منهما فئام من الناس فقال علي ابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها وفبعثوا حاكمين ثم قال علي لحاكمين هل تدريان ما عليكما من الحق ؟ عليكما من الحق إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما فقالت المرأة رضيت بكتاب الله علي ولي فقال الرجل أما الفرقة فلا علي كذبت حتى ترضى بما رضيت به وهذا يدل على أنه أجبره على ذلك ويروى أن عقيلا تزوج فاطمة بنت عقبة فتخاصما فجمعت ثيابها ومضت إلى عثمان فبعث حكما من أهله عبد الله بن عباس وحكما من أهلها معاوية فقال ابن عباس لا لأفرقن بينهما وقال معاوية ما كنت لافرق بين شخصين من بني عبد مناف فلما بلغا الباب كانا قد أغلقا الباب واصطلحا ولا يمتنع أن تثبت الولاية على الرشد عند امتناعه من أداء الحق كما يقضى عنه الدين من ماله إذا امتنع ويطلق الحاكم على المولى إذا امتنع

فصل : ولا يكون الحكمان إلا عاقلين بالغين عدلين مسلمين لأن هذه شروط العدالة سواء قلنا هما حكمان أو وكيلان لأن الوكيل إذا كان متعلقا بنظر الحاكم لم يجز أن يكون إلا عدلا كما لو نصب وكيلا لصبي أو مفلس ويكونان ذكرين لأنه يفتقر الى الرأي والنظر فقال القاضي ويشترط كونهما حرين وهو مذهب الشافعي لأن العبد عنده لا تقبل شهادته فتكون الحرية من شروط العدالة قال شيخنا والأولى أن يقال إن كانا وكيلين لم تعتبر الحرية لأن توكيل العبد جائز وإن كانا حاكمين اعتبرت الحرية لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبدا ويعتبر أن يكونا عالمين بالجمع والتفريق لأنهما يتصرفان في ذلك فيعتبر علمهما به والأولى أن يكونا من أهلهما لأمر الله تعالى بذلك ولأنهما أشفق وأعلم بالحال فإن كانا من غير أهلهما جاز لأن القرابة ليست شرطا في الحكم ولا الوكالة فكان الأمر بذلك إرشادا واستحبابا فإن قلنا منا وكيلان فلا يفعلان شيئا حتى يأذن الرجل لوكيله فيما يراه من طلاق أو صلح أو تأذن المرأة لوكيلها في الخلع والصلح عل ما يراه فإن امتنعا من التوكيل لم يجبرا وإن قلنا إنهما حكمان فإنهما يمضيان ما يريانه من طلاق وخلع فينفذ حكمهما عليهما رضياه أو أبياه



مسألة : فإن غاب الزوجان أو أحدهما لم ينقطع نظر الحكمين على الرواية الأولى وينقطع على الثانية وإن جنا انقطع نظرهما على الرواية الأولى ولم ينقطع على الثانية
مسألة : فإن غاب الزوجان أو أحدهما لم ينقطع نظر الحكمين على الرواية الأولى وينقطع على الثانية وإن جنا انقطع نظرهما على الرواية الأولى ولم ينقطع على الثانية
إذا غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين جاز لهما امضاء رأيهما إن قلنا إنهما وكيلان لأن الوكالة لا تبطل بالغيبة وإن قلنا إنهما حكمان لم يجز لهما امضاء الحكم لأن كل واحد من الزوجين محكوم له وعليه والقضاء للغائب لا يجوز إلا أن يكونا قد وكلاهما فيفعلان ذلك بحكم التوكيل لا بالحكم وإن كان أحدهما قد وكل جاز لوكيله فعل ما وكله فيه مع غيبته وإن جن أحدهما بطل حكم وكيله لأن الوكالة تبطل بجنون الموكل ولا تبطل إذا قلنا انهما حاكمان لأن الحاكم يحكم على المجنون وذكر شيخنا في كتاب المغني أنه لا يجوز له الحكم أيضا لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون
فصل : فإن شرط الحاكمان شرطا أو شرطه الزوجان لم يلزم مثل أن يشرطا ترك بعض النفقة والقسم لم يلزم الوفاء به لأنه إذا لم يلزم برضا الموكلين فبرضا الوكيلين أولى وإن أبرأ وكيل المرأة من الصداق أو دين لها لم يبرأ الزوج إلا في الخلع وإن أبرأ وكيل الزوج من دين له أو من الرجل إن لم ترض الزوجة لأنهما وكيلان فيما يتعلق بالإصلاح لا في إسقاط الحقوق



كتاب الخلع
وإذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتخشى أن لا تقيم حدود كالله في حقه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه وجملة ذلك أن المرأة إذا كرهت زوجها لخلقه أو خلقه أو دينه أو كبره أو ضعفه أو نحو ذلك وخشيت أن لا بؤدي حق الله في طاعته جاز لها أن تخالعه على عوض تعفتدي به نفسها منه لقول الله تعالى : { فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به } و [ روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما شأنك قالت لا أنا ولا ثابت فلما جاء ثابت قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذه حبيبة بنت سهل قد ذكرت ما

شاء الله أن تذكر وقالت حبيبة يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لثابت بن قيس خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها ] وهذا حديث صحيح ثابت الإسناد رواه الأئمة مالك و أحمد وغيرهما وفي رواية ل البخاري قال [ جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ما أنقم على ثابت في دين ولا خلق إلا أني أخاف الكفر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته ؟ قالت نعم فردتها عليه وأمره ففارقها ] وفي رواية [ فقال له : اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ] ولأن حاجتها داعية الى فرقته ولا تصل إليها إلا ببذل العوض فأبيح لها ذلك كشراء المتاع وبهذا قال جميع الفقهاء بالشام والحجاز قال ابن عبد البر لا نعلم أحدا خالفه إلا بكر بن عبد الله المزني فإنه لم يجزه وزعم أن آية الخلع منسوخة بقوله سبحانه : { وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج } الآية وروي عن ابن سرين و أبي قلابة أنه لا يحل الخلع حتى يجد على بطنها رجلا لقول الله تعالى : { ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة }
ولنا الآية التي تلونا والخبر ولأنه قول عمر وعثمان وعلي و غيرهم من تالصحابة ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فيكون إجماعا ودعوى النسخ لا تسمع حتى يثبت تعذر الجمع وأن الآية الناسخة متأخرة ولم يثبت شيء من ذلك إذا ثبت هذا فإنه يسمى خلعا لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها قال الله تعالى : { هن لباس لكم وأنتم لباس لهن } ويسمى افتداء لأنها تفتدي نفسها بما تبذله قال الله تعالى : { فلا جناح عليهما فيما افتدت به }
فصل : ولا يفتقر الخلع إلى حاكم نص عليه أحمد فقال يجوز دون السلطان وروى البخاري ذلك عن عمر وعثمان رضي الله عنهما وبه قال شريح و الزهري و مالك و الشافعي و إسحاق وأصحاب الرأي وعن الحسن و ابن سيرين لا يجوز إلا عند السلطان
ولنا قول عمر وعثمان ولأنه معوضة فلم يفتقر الى السلطان كالبيع والنكاح ولأنه قطع عقد بالتراضي أشبه الاقالة :
فصل : ولا بأس به في الحيض والطهر الذي أصابها لأن المنع من الطلاق في الحيض لأجل الضرر الذي يلحقها بطول العدة والخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها العشرة والمقام مع من تكرهه وتبغضه وذلك أعظم من ضرر طول العدة فجاز دفع اعلاهما بأدناهما ولذلك لم يسأل النبي صلى الله عليه وسلم المختلعة عن حالها ولأن ضرر تطويل العدة عليها والخلع بسؤالها فيكون ذلك رضا منها به ودليلا على رجحان مصلحتها فيه



مسألة : وإن خالعته لغير ذلك كره ووقع الخلع وعنه لا يجوز
مسألة : وإن خالعته لغير ذلك كره ووقع الخلع وعنه لا يجوز
أي ان خالعته مع استقامة الحال كره لها ذلك ويصح الخلع في قول أكثر أهل العلم منهم أبو حنيفة و الثوري و مالك و الأوزاعي و الشافعي وعن أحمد ما يدل على تحريمه فإنه قال الخلع مثل الحديث سهلة تكره الرجل فتعطيه المهر فهذا الخلع وهذا يدل على أنه لا يكون الخلع صحيحا إلا تفي هذه الحال وهذا قول ابن المنذر و داود قال ابن المنذر روي معنى ذلك عن ابن عباس وكثير أهل العلم وذلك لأن الله تعالى قال : { ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله } وهذا صريح في التحريم إذا لم يخافا الا يقيما حدود الله ثم قال : { فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به } فدل بمفهومه على أن الجناح لا حق بهما فيما افتدت من غير خوف ثم غلظ بالوعيد فقال : { تلك حدود الله فلا تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون } وروى ثوبان قال [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة سألت زوجها الطلاق من غير ما باس فحرام عليها رائحة الجنة ] رواه أبو داود وعن أبي هريرة [ عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : المختلعات والمتبرجات هن المنافقات ] رواه أبو حفص و أحمد في المستند وذكره

محتجا به وهذا يدل على تحريم المخالعة من غير محاجة ولأنه اضرار واحتج من أجازه بقوله سبحانه { فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا } قال ابن المنذر لا يلزم من الجواز من غير عقد الجواز في المعاوضة بدليل الربا حرمه الله في العقد وأجازه في الهبة قال شيخنا والحجة مع من حرمه وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمها في عموم آية الجواز مع ما عضدها من الأخبار

[ جزء 8 - صفحة 177 ]

مسألة : فأما إن عضلها لتفدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها إلا أن يكون طلاقا فيكون رجعيا
مسألة : فأما إن عضلها لتفدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها إلا أن يكون طلاقا فيكون رجعيا
يعني بعضلها مضارا بها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقوقها من النفقة والقسم ونحو ذلك لتفدي نفسها فإن فعلت فالخلع باطل والعوض مردود وري نحو ذلك عن ابن عباس و عطاء و مجاهد و القاسم بن محمد و عروة و عمرو بن شعيب و حميد بن عبد الرحمن و الزهري وبه قال مالك و النخعي و الثوري و الشافعي و إسحاق وقال أبو حنيفة العقد صحيح والعوض لازم وهو آثم عاص
ولنا قول الله تعالى : { لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن } ولأن عوض أكرهت على بذله بغير حق فلم يستحق كالثمن في البيع والأجر في الإجارة وإذا لم يملك العوض وقلنا الخلع طلاق ووقع الطلاق بغير عوض فإن كان أقل من ثلاث فله رجعتها لأن الرجعة إنما سقطت بالعوض فإذا سقط العوض ثبتت الرجعة وإن قلنا هو فسخ ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء لأن الخلع بغير عوض لا يقع على إحدى الروايتين وعلى الرواية الأخرى إنما رضي بالفسخ ههنا بالعوض فإذا لم يحصل العوض فقال مالك إن كأخذ منها شيئا على هذا الوجه رده ومضى الخلع عليه ويتخرج لنا مثل ذلك إذا قلنا يصح الخلع بغير عوض فأما إن ضربها على نشوزها أو منعها حقها لم يحرم خلعها لذلك لا يمنعنهما أن لا يخافا الا يقيما حدود الله وفي بعض حديث [ حبيبة أنها كانت تحت ثابت بن قيس فضربها فكسر ضلعها فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فدعا النبي صلى الله عليه وسلم ثابتا فقال : خذ بعض مالها وفارقها ففعل ] رواه أبو داود وهكذا لو ضربها ظلما لسوء خلقه او غيره لا يريد بذلك أن تفتدي نفسها لم يحرم عليه مخالعتها لأنه لم يعضلها ليذهب ببعض الذي آتاها ولكن عليه اثم الظلم
فصل : فإن أتت بفاحشة فعضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت صح الخلع لقول الله تعالى : { ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة } والاستثناء من النهي إباحة ولأنها زنت لم يأمن أن تلحق به ولدا من غيره وتفسد فراشه فلا تقيم حدود البله في حقه فتدخل في قول الله تعالى : { فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به } وهذا أحد قولي الشافعي والقول الآخر لا يجوز لأنه عوض أكرهت عليه أشبه ما لو تزن والعمل بالنص أولى

[ جزء 8 - صفحة 179 ]

مسألة : ويصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه مسلما كان أو ذميا لأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء فلأن يملكه محصلا للعوض أولى

مسألة : ويصح الخلع من كل زوج يصح طلاقه مسلما كان أو ذميا لأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء فلأن يملكه محصلا للعوض أولى

مسألة : فإن كان محجورا عليه دفع المال إلى وليه لأن ولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه
مسألة : فإن كان محجورا عليه دفع المال إلى وليه لأن ولي المحجور عليه هو الذي يقبض حقوقه وأمواله وهذا من حقوقه

مسألة : وإن كان عبدا إلى سيده لأنه للسيد لكونه من اكتساب عبده واكتسابه له
مسألة : وإن كان عبدا إلى سيده لأنه للسيد لكونه من اكتساب عبده واكتسابه له
وإن كان مكاتبا دفع إليه لأنه يملك اكتسابه وهو الذي يتصرف لنفسه وقال القاضي يصح القبض من كل من يصح خلعه فعلى قوله يصح قبض العبد المحجور عليه لأن صح خلعه صح قبضه للعوض كالمحجور عليه لفلس واحتج بقول أحمد ما ملكه العبد من خلع فهو لسيده وإن استهلكه لم يرجع على الواهب والمختلعة بشيء والمحجور عليه في معنى العبد والاولى أنه لا يجوز لأن العوض في الخلع السيد العبد فلا يجوز دفعة الى غير من هو له من غير إذن مالكه والعوض في خلع عليه ملك له إلا أنه لا يجوز تسليمه إليه لأن الحجر أفاد منعه من التصرف وكلام أحمد محمول على ما أتلفه العبد قبل تسليمه على أن عدم الرجوع عليها لا يلزم منه جواز الدفع إليه فإن لو رجع عليها لرجعت على العبد وتعلق حقها برقبته وهي ملك لسيد فلا فائدة في الرجوع عليها بما يرجع به فيما له وإن سلمت العوض الى المحجور عليه لم يبرأ فإن أخذه الولي منه برئت وإن أتلفه أو تلف كان لوليه الرجوع عليها به



مسألة : وهل للأب خلع ابنته الصغيرة أو طلاقها ؟ على روايتين
مسألة : وهل للأب خلع ابنته الصغيرة أو طلاقها ؟ على روايتين
إحداهما : له ذلك قال أحمد في رجلين زوج أحدهما ابنه بابنة الآخر وهما صغيران ثم إن الأبوين كرها هل لهما أن يفسخا ؟ قال قد اختلف في ذلك وكأنه رآه قال أبو بكر لم يبلغني عن أبي عبد الله في هذا المسألة إلا هذه الرواية فيخرج على قولين :
أحدهما : يملك ذلك وهو قول عطاء و قتادة لأنها ولاية يستفيد بها تمليك البضع فجاز أن يملك بها إزالته إذا لم يكن متهما كالحاكم يملك الطلاق على الصغير والمجنون والاعسار وتزوج الصغير والقول الآخر لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة و الشافعي و مالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ إنما الطلاق لمن أخذ بالساق ] رواه ابن ماجة وعن عمر أنه قال إنما الطلاق لمن يحل له الفرج ولأنه إسقط لحقه فلم يملكه كالإبراء من الدين وإسقاط القصاص ولأن طريقه الشهوة فلم يدخل في الآية والقول في زوجة عبده الصغير كالقول في زوجة ابنه الصغير لأنه في معناه فأما غير الأب فليس تطليق امرأة المولى عليه سواء كان ممن يملك التزويج كوطء الأب والحاكم على قول ابن حامد أولا يملكه لا نعلم في هذا خلافا

مسألة : وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها
مسألة : وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها
لأنه إنما ملك التصرف بما لها فيه الحظ وليس في هذا حظ بل فيه إسقاط نفقتها وكسوتها وبذل مالها ويحتمل أن يملك ذلك إذا رأى الحظ فإنه يجوز أن يكون لها الحظ فيه بتخليصها ممن يتلف مالها وتخاف منه على نفسها وعقلها ولذلك لم يعد بذلك المال في الخلع تبذيرا ولا سفها فيجوز له بذل مالها لتحصيل حظها وحظ نفسها ومالها كما يجوز له بذلها في مداواتها وفكها من الأسر وهذا مذهب مالك ولأب وغيره من أوليائها في هذا سواء إذا خلعوا في حق المجنونه والمحجور عليها للفسه والصغر فأما ان خالع بشيء من ماله جاز لأنه يجوز من الأجنبي فمن الولي أولى

مسألة : ويصح الخلع مع الزوجة
مسألة : ويصح الخلع مع الزوجة
وقد ذكرناه ويصح مع الاجنبي بغير إذن المرأة مثل أن يقول الأجنبي للزوج طلق امرأتك بألف علي وهذا قول أكثر أهل العلم وقال أبو ثور لا يصح لأنه سفه فإنه يبذل عوضا في مقابلة ما لا منفعة له فيه فإن الملك لا يحصل له فأشبه ما لو قال بع عبدك لزيد بألف علي ولنا كأنه بذل في إسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال أعتق عبدك وعلي ثمنه ولأنه لو قال ألق متاعك في البحر وعلي ثمنه صح ولزمه ثمنه مع أنه لا يسقط حقا عن أحد فههنا أولى ولأنه قح على المرأة يجوز كأن يسقطه عنها بعوض فجاز لغيرها كالدين وفارق البيع فإنه تمليك فلا يجوز بغير رضا من ثبت لها لملك وإن قال طلق امرأتك بمهرها وأنا ضامن له صح ويرد لعيه بمهرها



مسألة : ويصح بذل العوض فيه من كل جائز التصرف لأنه بذل عوض في عقد معاوضة أشبه البيع
مسألة : ويصح بذل العوض فيه من كل جائز التصرف لأنه بذل عوض في عقد معاوضة أشبه البيع
فصل : إذا قالت له ارمأته طلقني وضرتي بألف وطلقها وقع الطلاق بهما بائنا واستحق الألف على باذلته لأن الخلع من الأجنبي جائز وإن طلق احداهما فقال القاضي تطلق طلاقا بائنا وتلزم كالباذلة بحصتها من الألف وهذا مذهب الشافعي إلا أن بعضهم قال يلزمها مهر مثل المطلقة
وقياس قول أصحابنا فيما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء ووقعت بها التطليقة إنما لا يلزم الباذلة ههنا شيء لأنه لم يجبها الى ما سألت فلم يجب عليها ما بذلت ولأنه قد يكون غرضها في بينونتهما جميعا منه فإذا طلق احداهما لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها
فصل : فإن قالت طلقني بألف على أن تطلق ضرتي فالخلع صحيح والشرط والبذل لازم قال الشافعي الشرط والعوض باطلان ويرجع الى مهر المثل لأن الشرط سلف في الطلاق والعوض نقضه في مقابلة الشرط الباطل فيكون الباقي مجهولا وقال أبو حنيفة الشرط باطل والعوض صحيح لأن العقد يستقل بذلك العوض ولنا أنها بذلت عوضا في طلاقها وطلاق ضرتها فصح كما لو قالت طلقني وضرتي بألف فإن لم يف لها بشرطها فعليه الأقل من المسمى أو الألف الذي شرطته ويحتمل ألا يستحق شيئا من العوض لأنها إنما بذلته بشرط لم يوجد فلم يستحقه كما لو طلقها بغير عوض

مسألة : فإن خالعته الأمة على شيء معلوم بغير إذن سيدها كان في ذمتها تتبع به بعد العتق
مسألة : فإن خالعته الأمة على شيء معلوم بغير إذن سيدها كان في ذمتها تتبع به بعد العتق
الخلع مع الأمة صحيح سواء كان بإذن سيدها بغير إذنه لأن الخلع يصح مع الأجنبي فمع الزوجة أولى ويكون طلاقها على عوض بائنا والخلع معها كالخلع سواء فإن كان الخلع بغير إذن سيدها على شيء في ذمتها فإن يتبعها إذا عتقت لأنه رضي بذمتها وإن كان على عين فقال الخرقي إنه يثبت في ذمتها مثله أو قيمته إن لم يكن مثليا لأنها لا تملك العين وما في يدها من شيء فهو ليسدها فيلزمها كما لو خالعها على عبد فخرج حرا أو مستحقا وقياس المذهب أنه لا شيء له لأنه إذا خالعها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين فيكون راضيا بغير عوض فلا يكون كله شيء كما لو قال خالعتك على هذا المغصوب أو هذا الحر وكذلك ذكر القاضي في المجرد فقال هو كالخلع على المغصوب لأنها لا تملكها وهذا قول مالك وقال الشافعي يرجع عليها بمهر المثل كقوله في الخلع على الحر والمغصوب ويمكن حمل كلام الخرقي على أنها ذكرت لزوجها ان سيدها أذن لها في ذلك ولم تكن صادقة أو جهل أنها لا تملك العين أو يكون اختياره فيما إذا خالعها على مغصوب أنه يرجع عليها بقيمته ويكون الرجوع عليها في حال عتقها لأنه الوقت الذي يملك فيه كالمعسر يرجع عليه في حال يساره ويرجع بقيمته أو مثله لأنه مستحق بعد تسليمه مع بقاء سبب الاستحقاق فوجب الرجوع بمثله أو قيمته كالمغصوب

فصل : فإن كان الخلع بإذن السيد تعلق العوض بذمته في قياس المذهب كما لو أذن لعبده في أن يستدين ويحتمل أن يتعلق برقبة الأمة بناء على استئذانها بإذن سيدها وإن خالعته على معين بإذن السيد فيه ملكه وإن أذن في قدر من المال فخالعت بأكثر منه فالزيادة في ذمتها وإن أطلق الاذن اقتضى الخلع بالمسمى لها فإن خالعت به أو بما دونها لزم السيد وإن كان بأكثر منه تعلقت الزيادة بذمتها كما لو عين لها قدرا فخالعت بأكثر منه وإن كانت مأذونا لها في التجارة سلمت العوض بما في يدها

فصل : والحكم في المكاتبة كالحكم في الأمة القن سواء لأنها لا تملك التصرف فيما في يدها بتبرع وما لا حظ فيه وبذل المال في الخلع لا فائدة فيه من حيث تحصيل المال بل فيه ضرر بسقوط نفقتها وبعض مهرها إن كانت غير مدخول بها وإذا كان الخلع بغير إذن السيد فالعوض في ذمتها يتبعها به بعد العتق وإن كان بإذن السيد سلمته بما في يدها وأن لم يكن في يدها شيء فهو على سيدها



مسألة : وإن خالعته المحجور عليها لم يصح الخلع ووقع طلاقه رجعيا أما المحجور عليها للفلس فيصح خلعها وبذلها للعوض
مسألة : وإن خالعته المحجور عليها لم يصح الخلع ووقع طلاقه رجعيا أما المحجور عليها للفلس فيصح خلعها وبذلها للعوض
لأن لها ذمة يصح تصرفها فيها ويرجع عليها بالعوض إذا أيسرت وفك الحجر عنها وليس له مطالبتها في حال حجرها كما لو استدانت منه أو باعها شيئا في ذمتها ك وأما المحجور عليها لسفه أو صغر أو مجنون فلا يصح بذل العوض منها في العوض منها في الخلع لأنه تصرف في المال وليس هي من أهله وسواء أذن فيه الولي أو لم يأذن لأنه ليس له الاذن في التبرعات وهذا كالتبرع وفارق الأمة لأنها أهل التصرف تصح منها الهبة وغيرها من التبرعات بإذن سيدها وتفارق المفلسة لأنها من أهل التصرف فإن خالع المحجور عليها بلفظ يكون طلاقا

فهو طلاق رجعي ولا يستحق عوضا وإن لم يكن اللفظ مما يقع به الطلاق كان كالخلع بغير عوض ويحتمل أن لا يقع الخلع ههنا لأنه إنما رضي به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع ببذله

[ جزء 8 - صفحة 185 ]

مسألة : والخلع طلاق بائن إلا أن يقع بالخلع أو الفسخ والمفاداة ولا ينوي به الطلاق فينكون فسخا لا ينقص به عدد الطلاق في إحدى الروايتين والأخرى هو طلاق بائن بكل حال
مسألة : والخلع طلاق بائن إلا أن يقع بلفظ الخلع أو الفسخ والمفاداة ولا ينوي به الطلاق فيكون فسخا لا ينقص به عدد الطلاق في إحدى الروايتين والأخرى هو طلاق بائن بكل حال اختلف الرواية عن أحمد في الخلع إذا لم ينوبه الطلاق فروي عنه أنه فسخ اختاره أبو بكر وروي ذلك عن ابن عباس وطاوس و عكرمة و إسحاق و أبي ثور وهو أحد قولي الشافعي وروي عنه أنه طلقة بائنة بكل حال روي ذلك عن سعيد بن المسيب و عطاء و الحسن و مالك و الثوري و ولأوزاعي وأصحاب الرأي وقد روي عن عثمان وعلي وابن مسعود لكن ضعف أحمد الحديث قال ليس لنا في الباب شيء أصح مهن من حديث ابن عباس أنه فسخ واحتج ابن عباس بقوله تعالى : { الطلاق مرتان } ثم قال : { فلا جناح عليهما فيما افتدت به } ثم قال : { فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره } فذكر بطليقتين والخلع بعدها فلو كان كالخلع طلاقا لكان رابعا ولأنه فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته فكان فسخا كسائر الفسوخ ووجه الرواية الثانية أنها بذلت العوض للفرقة والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ فوجب أن يكون طلاقا ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصدا فراقها فكان طلاقا كغير الخلع وفائدة الخلاف أنا إذا قلنا انها طلقة فخالعها مرة حسبت طلقة فنقص بها عدد طلاقه وإن خالعها ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وإن قلنا هو فسخ لم تحرم عليه وإن خالعها مائة مرة وهذا الخلاف فيما إذا خالعها بغير لفظك الطلاق ولم ينوه فأما إن بذلت العوض على فراقها فطلقها فهو طلاق لا اختلاف فيه كذلك إن وقع بغير لفظ الطلاق ولم ينوه فأما إذا بذلت العوض على فراقها فطلقها فهو طلاق لا اختلاف فيه وكذلك إن وقع بغير لفظ الطلاق مثل كنايات الطلاق أو لفظ الخلع أو المفاداة ونوى به الطلاق فهو طلاق أيضا لأنه كناية نوى بها الطلاق فكانت طلاقا كما لو كان بغير عوض وإن لك ينوبه الطلاق فهو الذي فيه الروايتان
فصل : والفاظ الخلع تنقسم الى صريح وكناية فالصريح ثلاثة الفاظ : خالعتك لأنه ثبت له كالفرق والمفاداة لأنه ورد به القرآن بقوله سبحانه : { فلا جناح عليهما فيما افتدت به } وفسخت نكاحك لأنه حقيقية فيه فإذا أتى بأحد هذه الألفاظ وقع من غير نية وما عدا هذه ومثل باريتك وابنتك فهو كناية لأن الخلع أحد نوعي الفرقة فكان له صريح وكناية كالطلاق وهذا قول الشافعي إلا أن له في لفظ الفسخ وجهين فإذا طلبت وبذلت العوض فأجابها بصريح الخلع أو كتابته صح من غير نية لأن دلالة الحال من سؤال الخلع وبذل العوض صارفة إليه فأغني عن النية فيه وإن لم تكن دلالة حالة فأتى بصريح الخلع وقع من غير نية سواء قلنا هو فسخ أو طلاق ولا تقع الكناية إلا بنية ممن يلفظ به منهما ككنايات الطلاق مع صريحه
فصل : ولا يحصل الخلع بمجرد بذل المال وقبوله من غير لفظ من الزوج قال القاضي هذا الذي عليه شيوخنا البغداديون وقد أومأ إليه أحمد وذهب أبو حفص العكبري و ابن شهاب الى وقوع الفرقة بقبول الزوج للعوض وأفتى بذلك ابن شهاب بعكبر واعترض عليه أبو الحسن بن هرمز واستفتى عليه من كان ببغداد من أصحابنا فقال ابن شهاب المختلعة على وجهين مستبرئة ومفتدية فالمفتدية هي التي تقول لا أنا ولا أنت ولا أبرئك قسما وأنا أفدي نفسي منك فإذا قبل الفدية وأخذ المال انفسخ النكاح لأن إسحاق بن منصور روى عن أحمد قال قلت ل أحمد كيف الخلع ؟ قال : إذا أخذ المال فهي فرقة وقال إبراهيم النخعي أخذ المال تطليقة بائنة ونحو ذلك عن الحسن وعن علي رضي الله عنه من قبل مالا على فراق فهي

تطليقة بائنة لا رجعة فيها واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم [ أتردين عليه حديقته ؟ قالت نعم ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقال : خذ ما أعطيتها ولا تزدد ] ولم يستدع منه لفظا ولأن دلالة الحال تغني عن اللفظ بدليل ما لو دفع ثوبه الى قصار أو خياط معروفين بذلك فعملاه استحقا الأجر وإن لم يشترطا عوظا
ولنا أن هذا أحد نوعي الخلع فلم يصح بدون لفظ كما لو سألته أن لا يطلقها بعوض ولأنه تصرف في البضع بعوض فلم يصح بدون اللفظ كالنكاح والطلاق ولأن أخذ المال قبض بعوض فلم يقم بمجرد مقام الإيجاب كقبض أحد العوضين في البيع ولأن الخلع إن كان طلاقا فلا يقع بدون كصريحه أو كنايته وإن كان فسخا فهو أحد كرفي عقد النكاح فيعتبر فيه اللفظ كابتداء العقد فأما حديث جميلة فقد رواه البخاري [ اقبل الحديقة وطلقها تطليقة ] وهذا صريح في اعتبار اللفظ وفي رواية [ فأمره ففارقها ] ومن لم يذكر الفرقة فإنما اقتصر على بعض القصة بدليل رواية من روى الفرقة والطلاق فإن القصة واحدة والزيادة من الثقة مقبولة ويدل على ذلك أنه قال [ ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقال : خذ ما أعطيتها ] فجعل التفريق قبولا لعوض ونسب التفريق الى النبي صلى الله عليه وسلم ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يباشر التفريق فدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به ولعل الراوي استغنى بذكر العوض عن ذكر اللفظ لأنه معلوم منه وعلى هذا يحمل كلام أحمد وغيره من الأئمة ولذلك لم يذكروا من جانبها لفظا ولا دلالة ولا بد منه اتفاقا



مسألة : ولا يقع بالعدة من الخلع طلاق ولو واجهها به
مسألة : ولا يقع بالعدة من الخلع طلاق ولو واجهها به
وجملة ذلك أن المختلعة لا يلحقها طلاق بحال وبه قال ابن عباس وابن الزبير وعكرمة وجابر بن زيد الحسن و الشعبي و مالك و الشافعي و إسحاق و أبو ثور وحكي عن أبي حنيفة أنه يلحقها الطلاق الصريح المعين دون الكناية والطلاق المرسل وهو أنه يقول كل امرأة لي طالق وروي ذلك عن سعيد بن المسيب و شريح و طاوس و النخعي و الزهري و الحكم و حماد و الثوري لما [ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : المختلعة يلحقها الطلاق ما دامت في العدة ]
ولنا أنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا يعرف لهما مخالف في عصرهما ولأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد فلم يلحقها طلاقه كالمطلقة قبل الدخول والمقضية عدتها ولأنه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالأجنبية ولأنها لا يقع بها الطلاق المرسل ولا تطلق بالكناية فلم يلحقها الصريح كما قبل الدخول ولا فرق بين أن يواجهها به فيقول أنت طالق أو لا يواجهها به مثل أن يقول فلانه طالق وحديثهم لا يعرف له أصل ولا ذكره أهل السنن
فصل : ولا يثبت في الخلع رجعة سواء قلنا هو فسخ أو طلاق في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن و عطاء و طاوس و النخعي و الثوري و الأوزاعي و مالك و الشافعي و إسحاق وحكي عن الزهري و سعيد بن المسيب أنهما قالا الزوج بالخيار بين إمساكه العوض ولا رجعة له وبين رده وله الرجعة وقال أبو ثور إن كان الخلع بالفظ كالطلاق فله الرجعة لأن الرجعة من حقوق الطلاق فلا تسقط بالعوض كالولاء مع العتق وأما قوله سبحانه وتعالى : { فيما افتدت } وإنما يكون فداء إذا خرجت عن قبضته وسلطانه وإذا كانت له الرجعة فهي تحت حكمه ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر وفارق الولاء فإن العتق لا ينفك منه والطلاق ينفك عن الرجعة فيما قبل الدخول وإذا أكمل العدد

مسألة : وإن شرط الرجعة في الخلع لم يصح الشرط في أحد الوجهين وفي الآخر يصح الشرط ويبطل العوض
مسألة : وإن شرط الرجعة في الخلع لم يصح الشرط في أحد الوجهين وفي الآخر يصح الشرط ويبطل العوض
إذا شرط في الخلع الرجعة فقال ابن حامد يبطل الشرط ويصح الخلع وهو قول أبو حنيفة واحدى الروايتين عن مالك لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسدا فلا يفسد بالشرط بالفاسد كالنكاح ولأنه لفظ يقتضي البينونة فإذا شرط الرجعة معه بطل الشرط كالطلاق الثلاث : والوجه الثاني : يصح ويبطل العوض فتثبت الرجعة وهو منصوص الشافعي لأن شرط العوض والرجعة يتنافيان فإذا شرطاهما سقطا وبقي مجرد الطلاق فثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط ولأنه شرط في العقد ما ينافي مقتضاه فأبطله كما لو شرط أن لا يتصرف في البيع وإذا حكمنا بالصحة فقال القاضي : يسقط المسمى في العوض لأنه لم يرض به عوضا حتى ضم إليه الشرط فإذا سقط الشرط وجب ضم النقصان الذي نقصه من أجله فيصير مجهولا فيسقط ويجب المسمى في العقد ويحتمل أن يجب المسمى في الخلع لأنهما تراضيا به عوضا فلم يجب غيره كما لو خلا عن شرط الرجعة
فصل : نقل مهنا في رجل قالت له امرأته اجعل أمري بيدي فأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها وباع العبد قبل أن تقول المرأة شيئا هو له إنما قالت اجعل أمري بيدي وأعطيك فقيل له متى شاءت تختار ؟ قال نعم ما لم يطأها أن ينقض فجعل له الرجوع ما لم تطلق وإذا رجع فينبغي أن ترجع عليه بالعوض لأن استرجع ما جعل لها فتسترجع منه 9 ما أعطته ولو قال إذا جاء رأس الشهر فأمرك بيدك ملك إبطال هذه الصفة لأن هذا يجوز الرجوع فيه لو لم يكن معلقا فمع التعلق أولى كالوكالة قال أحمد : ولو جعلت له امرأته ألف درهم على أن يخيرها فاختارت الزواج لا يرد شيئا ووجهه أن الألف في مقابلة تمليكه إياها الخيار وقد فعل فاستحق الألف وليس الألف في مقابلة الفرقة
فصل : إذا قالت امرأته طلقني بدينار فطلقها ثم أرتدت لزمها الدينار ووقع الطلاق بائنا ولا تؤثر الردة لأنها وجدت بعد البينونة وإن طلقها بعد ردتها قبل الدخول بها بانت بالردة ولم يقع الطلاق لأنه صادفها بائنا فإن كان بعد الدخول وقلنا ان الردة ينفسخ بها النكاح في الحال فكذلك وإن قلنا تقف على انقضاء العدة كان الطلاق مراعى فإن أقامت على ردتها حتى انقضت عدتها تبينا أنها لم تكن زوجة حين طلقها فلم يقع ولا شيء له عليها وإن عادت الى الإسلام تبينا ان الطلاق صادف زوجة فوقع واستحق عليها العوض
فصل : قال الشيخ رحمه الله : ولا يصح الخلع إلا بعوض في إحدى الروايتين فإن خالعها بغير عوض لم يقع إلا أن يكون طلاقا فيقع رجعيا والأخرى يصح بغير عوض اختارها الخرقي اختلف الرواية عن أحمد في هذه المسألة فروى عنه ابنه عبد الله قال : قلت لأبي رجل علقت به امرأته تقول اخلعني قال قد خالعتك ؟ قال يتزوج بها ويجدد نكاحا جديدا وتكون عنده على شيء فظاهر هذا صحة الخلع بغير عوض وهو قول مالك لأنه قطع لنكاح فصح من غير عوض كالطلاق لأن الأصل في مشروعية الخلع أن يوجد من المرأة رغبة عن زوجها أو حاجة الى فراقه فتسأله فراقها فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع فيصبح كما لو كان بعوض قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله أن الخلع ما كان من قبل النساء فإذا كان من قبل الرجل فلا نزاع في أنه طلاق يملك به الرجعة ولا يكون فسخا والرواية الثانية : لا يكون كالخلع إلا بعوض روى عنه مهنا إذا قال لها اخلعي نفسك فقالت خلعت نفسي لم يكن خالعا إلا على شيء إلا أن يكون نوى الطلاق فيكون ما نوى فعلى هذه الرواية لا يصح الخلع إلا بعوض فإن تلفظ به بغير عوض ونوى الطلاق كان طلاقا رجعيا لأنه يصلح كناية عن الطلاق وإن لم ينو به الطلاق لم يكن شيئا وهذا قول أبي حنيفة و الشافعي لأن الخلع كان فسخا فلا يملك الزوج فسخ النكاح إلا لعيبها ولذلك لو قال فسخت النكاح ولم ينو به الطلاق لم يقع شيء بخلاف ما إذا دخله العوض فإنه يصير فلا يجتمع له العوض والمعوض وإن قلنا الخلع طلاق فليس بصريح فيه اتفاقا وإنما هو كناية والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية أو بذل العوض

فيقوم مقام النية وما وجد واحد منهما ثم إن وقع الطلاق فإذا لم يكن بعوض لم يقتض البينونة إلا أن يكمل الثلاث
فصل : فإن قالت بعني عبدك هذا وطلقني بألف ففعل صح وكان بيعا وخلعا بعوض واحد لأنهما عقدان يصح افراد كل واحد منهما بعوض فصح جمعهما كبيع ثوبين وقد نص أحمد على الجميع بين بيع وصرف أنه يصح وهذا نظير لهذا
وذكر أصحابنا فيه وجها آخر أنه لا يصح لأن أحكام العقدين تختلف ولأول أصح لما ذكرنا للشافعي قولان أيضا فعلى قولنا يتقسط الألف على الصداق المسمى وقيمة العبد فيكون عوض الخلع ما يخص المسمى وعوض العبد ما يخص قيمته حتى لو ردته بعيب رجعت بذلك وإن وجدته حرا مغصوبا رجعت به لأن له عوضه وإن كان مكان لعبد شقص مشفوع ثبتت فيه الشفعة ويأخذه الشفيع حصة قيمته من الألف لأنها عوضه

[ جزء 8 - صفحة 193 ]

مسألة : ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها فإن فعل كره وصح وقال أبو بكر لا يجوز ويترك الزيادة
مسألة : ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها فإن فعل كره وصح وقال أبو بكر لا يجوز ويترك الزيادة
إذا تراضيا على الخلع بشيء صح وإن كان أكثر من الصداق وهذا قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وعكرمة ومجاهد و قبيصة بن ذؤيب و النخعي و مالك و الشافعي وأصحاب الرأي ويروى عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها كان ذلك جائزا وقال عطاء و طاوس و الزهري و عمرو بن شعيب لا يأخذ أكثر مما أعطاها وروي ذلك عن علي بإسناد منقطع واختاره أبو بكر فإن فعل رد الزيادة وعن سعيد بن المسيب قال : ما أرى أن يأخذ كل مالها ولكن ليدع لها شيئا
واحتجوا بما [ روي أن جميلة بنت سلوك أتت النبي صلى الله عليه وسلم قالت : والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكن أكره الكفر في الإسلام لا أطيقه بغضا فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته قالت نعم فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يأخذ منها حديقته ولا يزداد ] رواه ابن ماجة ولأنه بدل في مقابلة فسخ فلم ترد على قدره في ابتداء العقد كالعوض في الإقالة
ولنا قول الله تعالى : { فلا جناح عليهما فيما افتدت به } ولأنه قول من سمينا من الصحابة قالت الربيع بنت معوذ اختلعت من زوجي بما دون عقاص رأسي فأجاز ذلك علي رضي الله عنه ومثل هذا اشتهر ولم ينكر فيكون إجماعا ولم يصح عن علي خلافه إذا اثبت هذا فإنه لا يستحب له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وبذلك قال سعيد بن المسيب و الحسن و الشعبي و الحكم و حماد و إسحاق و وأبو عبيد وإن فعل جاز مع الكراهة ولم يكرهه أبو حنيفة و مالك و الشافعي قال مالك لم أزل أسمع إجازة الفداء بأكثر من الصداق ولنا حديث جميلة و [ روي عن عطاء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كره أن يأخذ من المختلعة أكثر مما أعطاها ] رواه أبو حفص بإسناد وهو صريح في الحكم فنجمع بين الآية والخبر فنقول الآية دالة على الجواز والنهي عن الزيادة للكراهة

[ جزء 8 - صفحة 195 ]

مسألة : وإن خالعها على محرم كالخمر والحر فهو كالخلع بغير عوض إذا علما تحريمه
مسألة : وإن خالعها على محرم كالخمر والحر فهو كالخلع بغير عوض إذا علما تحريمه

ولا يستحق شيئا وبه قال مالك و أبو حنيفة وقال الشافعي : له عليها مهر المثل لأنه معوضة بالبضع فإذا كان العوض محرما وجب مهر المثل كالنكاح
ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما أسلفنا فإذا رضي بغير عوض مل يكن به شيء كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل شيء ففعلته وفارق النكاح فإن دخول البضع في ملك الزوج متقوم ولا يلزم إذا خلعها على عبد فبان حرا لأنه لم يرض بغير عوض متقوم فيرجع بحكم الغرور وههنا رضي بما لا قيمة له إذا تقرر هذا فإن كان الخلع بلفظ الطلاق فهو طلاق رجعي لأنه خلا عن عوض وإن كان بلفظ الخلع ولم ينو كنايات الخلع فكذلك إذا نوى الطلاق ولأن الكناية مع النية كالصريح وإن كان بلفظ الخلع ولم ينو الطلاق انبنى على أصل هو أنه هل يصح الخلع بغير عوض ؟ وفيه روايتان فإن قلنا يصح صح ههنا وإن قلنا لا يصح لم يصح ولم يقع شيء فإن قال إن أعطيتني خمرا أو ميتة فأنت طالق فأعطته ذلك طلقت ولا شيء عليها وعند الشافعي عليها مهر المثل كقوله في التي قبلها



مسألة : وإن خالعها على عبد فبان حرا أو مستحقا فله قيمته عليها وإن بان معيبا فله أرشه أو قيمته ويرده
مسألة : وإن خالعها على عبد فبان حرا أو مستحقا فله قيمته عليها وإن بان معيبا فله أرشه أو قيمته ويرده
وجملة ذلك أن الرجل إذا خالع امرأته على عوض فبان غير ماله أو أنه ليس لها مثل أن يخالعها على عبد بعينه فبان حرا أو مغصوبا أو على حل فبان خمرا فالخلع صحيح في قول أكثر أهل العلم لأن الخلع معاوضة بالبضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح ولكنه برجع عليها بقيمته لو كان عبدا وبهذا قال أبو ثور وصاحبا أبي حنيفة وإن خالعها على هذا الدن الخل فبان خمرا رجع عليها بمثله خلا لأن الخل من ذوات الأمثال وقد دخل على أن هذا المعين خل فكان له مثله كما لو كان خلا فتلف قبل قبضه وقد قيل يرجع بقيمة مثله خلا لأن الخمر ليس من وات الأمثال والصحيح الأول لأنه إنما وجب عليه مثله لو كان خلا كما تجب قيمة الحر بتقدير كونه عبدا فإن الحر لا قيمة له وقال أبو حنيفة في المسألة كلها يرجع بالمسمى وقال الشافعي يرجع بمهر المثل لأنه عقد على البضع بعوض فاسد فأشبه النكاح بخمر وأحتج أبو حنيفة بأن خروج البضع لا قيمة له فإذا غرته رجع عليها بما أخذت
ولنا أنها عين يجب تسليمها مع سلامتها وبقاء سبب الاستحقاق فوجب بذلها مقد را بقيمتها أو مثلها كالمغصوب والمستعار وإذا خالعها على عبد فخرج مغصوبا أو على أمة فخرجت أم ولد فقد سلمه أبو حنيفة ووافقنا فيه
فصل : وإن ظهر معيبا فله الخيار بين أخذ أرشه ورده وأخذ قيمته لأنه عوض في معاوضة فيستحق فيه ذلك كالبيع والصداق فإن كان على معين كقولها اخلعني على هذا العبد فيقول خلعتك ثم يجد به عيبا لم يكن علم به فهذا يخير فيه بين أخذ أرشه أو رده وأخذ قيمته على ما ذكرنا وإن قال ان أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق فأعطته إياه طلقت وملكه قال أصحابنا والحكم فيه كما لو خالعها عليه وهذا مذهب الشافعي إلا أنه لا يجعل له المطالبة بالأرش مع إمكان الرد وهذا أصل ذكرناه في البيع وله قول انه إذا رده رجع مهر المثل وهذا الأصل ذكر في الصداق

مسألة : وإن خالعها على رضاع ولده عامين أو سكنى دار صح فإن مات الولد أو خربت الدار رجع بأجرة باقي المدة
مسألة : وإن خالعها على رضاع ولده عامين أو سكنى دار صح فإن مات الولد أو خربت الدار رجع بأجرة باقي المدة
أما إذا خالعها على سكنى دار معينة فلا بد من تعيين المدة كالإجارة فإن خربت الدار رجع عليها باجرة باقي المدة وتقدر بأجرة المثل وينفسخ العقد والإجارة إذا هلكت الدابة وأما إذا خالعته على رضاع ولده مدة معلومة صح قل أو كثر وبهذا قال الشافعي لأن هذا إنما تصح المعوضة عليه في غير الخلع أولى فإن خالعته على رضاع ولده مطكلقا ولم يذكر مدة صح أيضا وينصرف الى ما بقي من مالحولين نص عليه أحمد قيل له ويستقيم هذا الشرط رضاع ولدها ولا يقول ترضعه سنتين ؟ قال نعم أصحاب الشافعي لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع كما لا تصح الإجارة حتى يذكر المدة
ولنا أن الله تعالى قيده بالحولين فقال تعالى : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين } وقال سبحانه : { وفصاله في عامين } وقال : { وحمله وفصاله ثلاثون شهرا } ولم يبين مدة الحمل والفصال ههنا فحمل على ما فصلته الآية الأخرى وجعل الفصال عامين والحمل ستة أشهر و [ قال النبي صلى الله عليه وسلم لا رضاع بعد فصال ] يعني بعد العامين فيحمل المطلق من كلام الآدمي على المطلق من كلام الله تعالى ولا يحتاج الى وصف الرضاع لأن جنسه كاف كما لو ذكر جنس الخياطة في الإجارة فإن ماتت المرضعة أو جف لبنا فعليها أجر المثل لما بقي من المدة وإن مات الصبي فكذلك وقال الشافعي في أحد قوليه لا ينفسخ ويأتيها بصبي ترضعه لأن الصبي مستوفى به لا معقودا عليه فأشبه ما لو استأجر ليركبها فمات
ولنا أنه عقد على فعل في عين فينفسخ بتلفها كما لو ماتت الدابة المستأجرة ولأن ما يستوفيه من اللبن إنما يتقدر بحاجة الصبي موته وحاجات الصبيان لا تنضبط فلم يجز أن يقوم غيره مقامه كما لو أراد إبداله في حياته فلم يجز بعد موته كالمرضعة بخلاف راكب الدابة وإن وجد أحد هذه الأمور قبل مضي شيء من المدة فعليها أجره رضاع مثله عن مالك كقولنا وعنه لا يرجع بشيء وعن الشافعي كقولنا وعنه يرجع بالمهر
ولنا أنه عوض معين تلف قبل قبضه فوجبت قيمته أو مثله كما لو خالعها على قفيز فهلك قبل قبضه
فصل : وإن خالعها على كفالة ولده عشر سنين صح وإن لم يذكر مدة الرضاع منها ولا قدر الطعام والادام ويرجع عند الإطلاق الى نفقة مثله وقال الشافعي : لا يصح حتى يذكر مدة الرضاع وقدر الطعام وجنسه وقدر الادام وجنسه ويكون المبلغ معلوما مضبوطا بالصفة كالمسلم فيه وما يحل منه كل يوم ومبنى الخلاف على اشتراط الطعام للأجير مطلقا وقد ذكرناه في الإجارة ودللنا عليه بقصة موسى عليه والسلام وقول النبي صلى الله عليه وسلم [ رحم الله أخي موسى آجر نفسه بطعام بطنه وعفة فرجه ] ولأن نفقة الزوجة مستحقة بطريق المعاوضة وهي غير مقدرة كذا ههنا وللوالد أن يأخذ منها ما تستحقه من مؤونة الصبي وما يحتاج إليه لأنه بدل ثبت له في ذمتها فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره فإن أحب أنفقه بعينه وإن أحب أخذه لنفسه وأنفق عليه غيره وإن أذن لها في إنفاقه على الصبي جاز فإن مات الصبي بعد انقضاء مدة الرضاع فلأبيه أن يأخذ ما بقي من المؤونة وهل يستحقه دفعة أو يوما بيوم ؟ فيه وجهان :
أحدهما : يستحقه دفعة واحدة ذكره القاضي في الجامع واحتج بقول أحمد إذا خالعها على رضاع ولده فمات في أثناء الحولين قال يرجع عليها ببقية ذلك فلم يعتبر الأجل ولأنه إنما فرق لحاجة الولد إليه متفرقا فإذا زالت الحاجة الى التفريق استحق جملة واحدة
والثاني : لا يستحقه إلا يوما بيوم ذكره القاضي في المجرد وهو الصحيح لأنه ثبت منجما فلا يستحقه معجلا كما لو أسلم إليه في خبز يأخذ منه كل يوم أرطالا معلومة فمات المستحق له ولأن الحق لا يستحق بموت المستوفي كما لو مات وكيل صاحب الحق وإن وقع الخلاف في استحقاقه بموت من هو عليه ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان كهذين وإن ماتت

المرأة خرج في استحقاقه في الحال وجهان كهذين بناء على أن الدين هل يحل بموت من هو عليه أولا

[ جزء 8 - صفحة 200 ]

مسألة : وإن خالع الحامل على نفقة عدتها صح وسقطت
مسألة : وإن خالع الحامل على نفقة عدتها صح وسقطت
وحكي جواز ذلك عن أحمد و أبي حنيفة وهذا إنما يخرج على أصل أحمد إذا كانت حاملا أما غير الحامل فلا نفقة لها عليه فلا يصح الخلع عليها كما لو خالعها على كعوض ما يتلفه عليها ولنا أنها إحدى النفقتين فصحت المخالعة عليها كنفقة الصبي فيما إذا خالعته على كفالة ولده وقتا معلوما وقولهم أنها لم تجب ممنوع فقد قيل ان النفقة تجب بالعقد ثم انها إن لم تجب فقد وجد سبب وجوبها كنفقة الصبي بخلاف عوض ما يتلفه
فصل : والعوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع إن كان مكيلا أو موزونا لم يدخل في ضمان الزوج ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضة وإن كان غيرهما دخل ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه قال أحمد في امرأة قالت لزوجها أمري بيدي ففعل ثم خيرت فاختارت نفسها بعدما مات العبد جائز وليس عليها شيء ولو أعتقت العبد ثم اختارت نفسها لم يصح عتقها فلم يصحح عتقها لأن ملكها زال عنه بجعلها له عوضا في الخلع ولم يضمنها إياها إذا تلف لأنه عوض معين غير مكيل ولا موزون فدخل في ضمان الزوج بمجرد العقد ويخرج فيه وجه أنه لا يدخل في ضمانه ولا يصح تصرفه فيه حتى يقبضه كما ذكرنا في عوض البيع وفي الصداق فأما المكيل والموزون فلا يصح تصرفه فيه ولا يدخل في ضمان إلا بقبضه فإن تلف قبل قبضه فالواجب مثله لأنه من ذوات الأمثال وقد ذكر القاضي في الصداق أنه يجوز التصرف فيه قبل قبضه وإن كان مكيلا أو موزونا لأنه لا ينفسخ سببه بتلفه فههنا مثله
فصل : قال الشيخ رحمه الله ويصح الخلع بالمجهول
وقال أبو بكر لا يصح والتفريع على الأول فإذا قلنا يصح فللزوج ما جعل له وهذا قول أصحاب الرأي وقال أبو بكر لا تصح الخلع ولا شيء له لأنه معاوضة فلا يصح بالمجهول كالبيع وهذا قول أبو ثور وقال الشافعي يصح الخلع وله مهر مثلها لأنه معاوضة بالبضع فإذا كان العوض مجهولا وجب مهر المثل كالنكاح
ولنا أن الطلاق معنى يجوز تعليقه بالشرط فجاز أن يستحق به العوض المجهول كالوصية ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء والإسقاط تدخله المسامحة ولذلك جاز من غير عوض بخلاف النكاح وإذا صح الخلع فلا يجب مهر المثل لأنها لم تبذله ولا فوت عليه ما يوجبه فإن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو إرضاعها لمن ينفسخ به نكاحها لم يجب عليها شيء ولو قتلت نفسها أو قتلها أجنبي لم يجب للزوج عوض عن بعضها ولو وطئت بشبهة أو مكرهة لوجب المهر لها دون الزوج ولو طاوعت لم يكن للزوج شيء وإنما يتقوم البضع على الزوج في النكاح خاصة وأباح لها افتداء نفسها لحاجتها الى ذلك فيكون الواجب ما رضيت ببذله فإما إيجاب شيء لم يرض به فلا وجه له

[ جزء 8 - صفحة 202 ]

مسألة : فإن خالعها على ما في يدها من الدراهم صح وله ما في يدها وإن لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة دراهم

مسألة : فإن خالعها على ما في يدها من الدراهم صح وله ما في يدها وإن لم يكن في يدها شيء فله عليها ثلاثة دراهم
نص عليه أحمد لأنه أقل ما يقع عليه اسم الدراهم حقيقة ولفظها دل على ذلك فاستحقه كما لو وصى له بدارهم وإن كان في يده أقل من ثلاثة احتمل أن لا يكون له غيره لأنه من الدراهم وهو في يدها واحتمل أن يكون له ثلاثة كاملة لأن اللفظ يقتضيها فيما إذا لم يكن في يدها شيء فكذلك إذا كان في يدها

مسألة : وإن خالعها على ما في بيتها من المتاع فإن كان فيه متاع فهو له قليلا كان أو كثيرا لأن الخلع على المجهول جائز كالوصية به معلوما كان أو مجهولا لأن الاسم يقع عليه وإن لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه أسم المتاع كالوصية وكالمسألة قبلها
مسألة : وإن خالعها على ما في بيتها من المتاع فإن كان فيه متاع فهو له قليلا كان أو كثيرا لأن الخلع على المجهول جائز كالوصية به معلوما كان أو مجهولا لأن الاسم يقع عليه وإن لم يكن فيه متاع فله أقل ما يقع عليه أسم المتاع كالوصية وكالمسألة قبلها
وقال القاضي وأصحابه له المسمى في صداقها لأنها فوتت عليه البضع بعوض مجهول فيجب فيه قيمة ما فوتت عليه وهو الصداق وهو قول أصحاب الرأي ووجه القولين ما تقدم



مسألة : وإن خالعها على حمل أمتها أو ما تحمل شجرتها فله ذلك فإن لم تحملا فقال أحمد ترضيه بشيء وقال القاضي لا شيء له
مسألة : وإن خالعها على حمل أمتها أو ما تحمل شجرتها فله ذلك فإن لم تحملا فقال أحمد ترضيه بشيء وقال القاضي لا شيء له
إذا خالعها على حمل أمتها أو غنمها أو غيرهما من الحيوان أو قال على ما في بطونها أو ضروعها صح الخلع وحكي عن أبي حنيفة أنه يصح الخلع على منا في بطنها وإذا ثبت هذا فإن الولد إن خرج سليما أو كان في ضروعها شيء من اللبن فهو له وإن لم يخرج شيء فقال القاضي لا شيء له وبه قال مالك وأصحاب الرأي وقال ابن عقيل له مهر المثل وقال أبو الخطاب له المسمى وإن خالعها على ما تحمل أمتها أو على ما يثمر نخلها صح وقال أحمد إذا خالع امرأته على ثمرة نخلها سنين فجائز فإن لم تحمل نخلها ترضيه بشيء قيل له فإن حمل نخلها ؟ قال هذا أجود من ذاك قيل له يستقيم هذا ؟ قال نعم جائز فيحمل قول أحمد ترضيه بشيء على الا ستحباب لأنه لو كان واجبا لتقدر بتقدير يرجع إليه وفرق بين المسألتين ومسألة الدراهم والمتاع حيث يرجع منهما على ما يقع عليه الاسم إذا لم يجد شيئا وههنا لا يرجع بشيء إذا لم يجد حملا ولا ثمرة أن ثم أوهمته ان معها دراهم في بيتها متاع لأنها خاطبته بلفظ يقتضي الوجود مع إمكان علمها به فكاهن له ما دل عليه لفظها كما لو خالعته على عبد فوجد حرا وفي هاتين المسألتين دخل معها في النقد مع تساويهما في العلم في الحال ورضاهما بما فيه من الاحتمال فلم يكن له شيء غيره كما لو قال خالعتك على هذا الحر وقال أبو حنيفة لا يصح العوض لأنه معدوم
ولنا إن ما جاز في الحمل في البطن جاز فيما يحمل كالوصية واختار أبو الخطاب أن له المسمى في الصداق وأوجب له الشافعي مهر المثل ن ولم يصحح أبو بكر الخلع في هذا كله وقد ذكرنا نصوص أحمد على جوازه والدليل عليه

مسألة : وإن خالعها على عبد فله أقل ما يسمى عبدا وإن قال إن أعطيتني عبدا فأنت طالق طلقت بأي عبد أعطته طلاقا بائنا وملك العبد
مسألة : وإن خالعها على عبد فله أقل ما يسمى عبدا وإن قال إن أعطيتني عبدا فأنت طالق طلقت بأي عبد أعطته طلاقا بائنا وملك العبد
نص عليه أحمد وقال القاضي يلزمها عبد وسط فيما إذا خالعها على عبد مطلق أو عبيد وإن قال إن أعطيتني عبدا فأنت طالق فإنها تطلق بأي عبد أعطته إياه ويملكه بذلك ولا يكون له غيره وليس له إلا ما يقع عليه اسم العبد وإن خالعته على عبيد فله ثلاثة هذا ظاهر كلام أحمد وقياس قوله وقول الخرقي في مسألة الدراهم وقال القاضي لها عليه عبد وسط وتأول كلام أحمد على أنها تعطيه عبدا وسطا وقد قال أحمد : إذا قال إذا أعطيتني عبدا فأنت طالق فإذا أعطته عبدا فهي طالق والظاهر من كلامه خلاف ما ذكره القاضي لأنها خالعتها على مسمى مجهول فكان له أقل ما يقع عليه الاسم كما لو خالعها على ما في يدها من الدراهم ولأنه إذا قال إن أعطيتني عبدا فأنت طالق فأعطته عبدا فقد وجد شرطة فيجب أن يقع الطلاق كما لو قال إن رأيت عبدا فأنت طالق ولا يلزمها أكثر منه لأنها لم تلتزم له شيئا فلا يلزمها شيء كما لو طلقها بغير خلع
فصل : فإن أعطته مدبرا أو معتقا نصفه وقع الطلاق لأنها كالقن في التمليك وإن أعطته حرا أو مغصوبا أو مرهونا لم تطلق لأن العطية إنما تتناول ما يصح تمليكه وما لا يصح تملكه لا تكون معطية له
فصل : فإن خالعها على دابة أو بعير أو بقرة أو ثوب أو يقول إن أعطيتني ذلك فأنت طالق فالواجب في الخلع ما يقع عليه الاسم من ذلك ويقع الطلاق بها إذا أعطته إياه فيما إذا علق طلاقها على عطيته إياه ولا يلزمها غير ذلك في قياس ما قبلها وقال القاضي وأصحابه من الفقهاء ترد عليه ما أخذت من صداقها لأنها فوتت البضع ولم يحصل له العوض بجهالته فوجب عليها قيمة ما فوتت وهو المهر
ولنا ما تقدم ولأنها ما التزمت له المهر المسمى ولا مهر المثل فلم يلزمها كما لو قال إن دخلت الدار فانت طالق فدخلت ولأن المسمى قد استوفى بدله بالوطء فكيف يجب عليها بغير رضا ممن يجب عليها بغير رضا ممن يجب عليه ؟ والأشبه لمذهب أحمد أن يكون الخلع بالمجهول كالوصية به



مسألة : وإذا قال إذا أعطيتني هذا العبد فأنت طالق فأعطته إياه طلقت فإن خرج معيبا فلا شيء له
مسألة : وإذا قال إذا أعطيتني هذا العبد فأنت طالق فأعطته إياه طلقت فإن خرج معيبا فلا شيء له
ذكره أبو الخطاب لأنه شرط لوقوع الطلاق أشبه ما لو قال إن ملكته فأنت طالق ثم ملكه وإن خرج مغصوبا لم يقع الطلاق لأن الاعطاء إنما يتناول ما يصح تمليكه منها وما لا يصح تمليكه متعذر فلا يصح من جهتها إعطاء وعنه يقع وله قيمته وكذلك فيما إذا قال إن أعطيتني عبدا فأنت طالق ثم فأعطته عبدا مغصوبا لأنه خالعها على عوض يظنه مالا فبان غير مال فيكون الخلع صحيحا لأنه معاوضة بالبضع فلا يفسد بفساد العوض كالنكاح فعلى هذا يرجع عليها بالقيمة لأنه لم يرض بغير عوض
فصل : وإن خالعها على ثوب موصوف في الذمة واستقصى صفات السلم صح وعليها إن تعطيه إياه سلميا لأن إطلاق ذلك يقتضي السلامة كما في البيع والبيع والصداق فإن دفعته إليه معيبا أو ناقصا عن الصفات المذكورة فله الخيار بين إمساكه ورده المطلبة بثوب سليم على تلك الصفة لأنه إنما وجب في الذمة سليم تام الصفات فيجع بما وجب له لأنها ما أعطته

الذي وجب عليها له فإن قال إن أعطيتني ثوبا صفته كذا وكذا فأعطته ثوبا على تلك الصفات طلقت وملكه وإ أعطته ناقصا صفة لم يقع الطلاق ولم يملكه لأنه ما وجد الشرط فإن كان على الصفة لكن به عيب وقع الطلاق لوجود شرطه قال القاضي ولم يملكه لأنه ما وجد الشرط فإن كان على الصفة لكن به عبي وقع الطلاق لوجود شرطه قال القاضي ويتخير بين إمساكه ورده والرجوع بقيمته وهذا قول الشافعي إلا أن له قولا أن يرجع بمهر المثل على ما ذكرنا وعلى ما ذكرنا فيما تقدم أنه قال : إذا قال إذا أعطيتني ثوبا أو عبدا أو هذا الثوب أو هذا العبد فأعطته إياه معيبا طلقت وليس له سواه وقد نص أحمد على من قال إن اعطيتني هذا الألف فأنت طالق فإعطته إياه فوجده معيبا فليس له البدل وقال أيضا إن أعطيتني كذا فأعطته إيا فليس له غيره وذلك لأن الإنسان لا يلزمه شيء إلا بالزام أو التزام ولم يرد الشرع بالزامها هذا ولا هي التزمته له وإنما علق طلاقها على شرط وهو عطيتها له ذلك فلا يلزمها شيء سواه وقد ذكرناه
فصل : إذا قال أعطيتني ألف درهم فأنت طالق فأعطته ألفا أو أكثر طلقت لوجود الصفة وإن أعطته دون ذلك لم تطلق لعدمها وإن أعطته ألفا وازنة لا ينقص في العدد طلقت وإن أعطته ألفا عددا ينقص في الوزن لم تطلق لأن إطلاق الدرهم ينصرف الى الوزن من دراهم الإسلام وهي أن كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل ويحتمل أن الدراهم إذا كانت تنفق برؤوسها من غير وزن طلقت لأنها يقع عليها اسم الدراهم ويحصل منها مقصودها ولا تطلق إذا أعطته وازنة تنقص في العدد كذلك وإن أعطته ألفا مغشوشة بنحاس ورصاص أو نحوه لم تطلق لأن إطلا ق الألف يتناول ألفا من الفضة وليس في هذه ألف من الفضة وإن زادت على ألف بحيث تكون فيها الفضة طلقت لأنها قد أعطته سبيكة تبلغ ألفا لم تطلق لأنها لا تسمى دراهم فلم توجد الصفة بخلاف المغشوشة فإنها تسمى دارهم وإن أعطته الفا لم تطلق لأنها تسمى دراهم فلم توجد الصفة بخلاف المغشوشة فإنها تشمى دراهم وإن أعطته الفا رديء الجنس خشونة أو سواه أو كانت خشنة السكة لأن الصفة وجدت قال القاضي : وله ردها وأخذ بدلها وهذا قد ذكرنا في المسألة التي قبلها



مسألة : وإن قال إن أعطيتني ثوبا هرويا فانت طالق فأعطته مرويا لم تطلق
مسألة : وإن قال إن أعطيتني ثوبا هرويا فأنت طالق فأعطته مرويا لم تطلق
لأن الصفة كالتي علق الطلاق عليها لم توجد وإنك أعطته هرويا طلقت وإن خالعها على مروي فاعطته هرويا فالخلع واقع ويطالبها بما خالعها عليه وإن خالعها على ثوب بعينه على أنه هروي فبان مرويا فالخلع صحيح لأن جنسهما واحد وإنما ذلك اختلاف صفة فجرى مجرى العيب في العوض وهو مخير بين إمساكه ولا شيء له غيره وبين رده قيمته هرويا لأن مخالفة الصفة بمنزلة العيب في جواز الرد وقال أبو الخطاب وعندي أنه لا يستحق شيئا سواه لأن الخلع على عينة وقد أخذه وإن خالعها على ثوب على أنه قطن فبان كتانا رده ولم يكن له إمساكه لأنه جنس آخر واختلاف الأجناس كاختلاف الأعيان بخلاف ما لو خالعها على هروي فخرج مرويا فإن الجنس واحد
فصل : وكل موضع علق طلاقها على عطيتها إياه فمتى أعطته على صفة يمكنه القبض ببينة وقع الطلاق سواء قبضه منها أو لم يقبضه لأن العطية وجدت فإنه يقال أعطيته فلم يأخذ ولأنه علق اليمين على فعل من جهتها في العطية البدل على وجه يمكنه قبضه فإن هرب الزوج أو غاب قبل عطيتها أو قالت يضمنه لك زيد أو اجعله قصاصا بمالي عليك وأعطته به رهنا أو أحالته به لم يقع الطلاق لأن العطية ما وجدت ولا يقع الطلاق بدون شرطه وكذلك كل موضع تعذرت العطية فيه لا يقع الطلاق سواء كان التعذر من جهته أو من جهتها أو من جهة غيرها لانتفاء الشرط ولو قالت طلقني بألف فطلقها استحق الألف وبانت وإن لم يقبض

نص عليه أحمد وقال أحمد لو قالت لا أعطيك شيئا يأخذها بالألف يعني ويقع الطلاق لأن هذا ليس بتعليق على شرط بخلاف الأول
فصل : قال الشيخ رحمه الله : وإن قال إن أعطيتني أو إذا أعطيتني أو متى أعطيتني ألفا فأنت طالق كان على التراخي أي وقت أعطته ألفا طلقت
وجملة ذلك ان تعليق الطلاق على شرط العطية أو الضمان أو التمليك لازم من جهة الزوج لزوما لا سبيل الى رفعه فإن المغلب فيها حكم التعليق المحض بدليل صحة تعليقه على الشروط ويقع الطلاق بوجود الشرط سواء كانت العطية على الفور أو التراخي وقال الشافعي إذا قال متى أعطيتني أو متى ما أعطيتني وأي حين أو أي زمان أعطيتني ألفا فأنت طالق كان التراخي وإن قال إن أعطيتني أو إذا أعطيتني ألفا فأنت طالق كان على الفور فإن أعطته جوابا لكلامه وقع الطلاق وإن تأخر الاعطاء لم يقع الطلاق لأن قبول المعاوضات على الفور فإن أعطته جوابا لكلامه وقع الطلاق وإن تأخر الا عطاء لم يقع الطلاق لأن قبول المعاوضات على الفور فإن لم يوجد تصريح منه بخلافه وجب حمل ذلك على المعاوضات بخلاف متى وأي فإن فيها تصريحا بالتراخي ونصا فيه وإن صارا معاوضة فإن تعليقه بالصفة جائز أما إن وإذا فإنهما يحملان على الفور والتراخي فإذا تعلق بهما العوض حملا على الفور ولنا أنه علق الطلاق بشرط الإعطاء فكان على التراخي كسائر التعليق أو نقول علق الطلاق بلفظ مقتضاه التراخي فكان على التراخي فكان على التراخي كما لو خلا عن العوض
والدليل على أنه يقتضي التراخي أنه يقتضيه إذا خلا عن العوض ومقتضيات الألفاظ لا تختلف بالعوض وعدمه وهذه المعاوضة معدول بها عن سائر المعاوضات بدليل جواز تعليقها على الشروط ويكون على التراخي فيما إذا علقها بمتى أو بأي وكذلك في مسألتنا ولا يصح قياس ما نحن فيه على غيره من المعاوضات لما ذكرنا من الفرق ثم يبطل قياسهم بقول السيد لعبده إن أعطيتني ألفا فأنت حر فإنه كمسألتنا وهو على التراخي على اننا قد ذكرنا أن لحكم هذه الشروط حكم اللفظ المطلق
فصل : إذا قال لامرأته أنت طالق بألف إن شاء لم تطلق حتى تشاء فإذا شاء توقع الطلاق بائنا ويستحق الألف سواء سألته الطلاق فقالت : طلقني بألف فأجابها أو قال ذلك لها ابتداء لأنه علق طلاقها على شرط فلم يوجد قبل وجوده وتعتبر مشيئتها بالقول فإنها وإن كان محلها لاقلب فلا يعرف ما في القلب إلا بالنطق فتعلق الحكم به ويكون ذلك على التراخي فمتى شاءت طلقت نص عليه أحمد ومذهب الشافعي كذلك إلا أنه على الفور عنده ولو أنه قال لامرأته أمرك بيدك إن ضمنت لي ألفا فقياس قول أحمد أنه على التراخي لأنه على نص على أن أمرك بيدك على التراخي ونص على أنه إذا قال لها أنت طالق إن شئت أن لها المشيئة بعد مجلسها ومذهب الشافعي على الفور لما تقدم
ولنا أنه لو قال لعده إن ضمنت لي ألفا فأنت حر كان على التراخي ولو قال له أنت حر على ألف إن شئت كان على التراخي والطلاق نظير العتق فعلى هذا متى ضمن ت له ألفا كان أمرها بيدها وله الرجوع بجعل إليها لأن أمرك بيدك توكيل منه لها وله الرجوع فيه كما يرجع في الوكالة وكذلك لو قال لزوجته طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفا فمتى ضمنت له ألفا وطلقت نفسها وقع ما لم يرجع وإن ضمنت الألف ولم تطلق أو طلقت ولم يقع الطلاق



مسألة : إذا قالت اخلعني بألف أو على ألف ففعل بانت واستحق الألف
مسألة : إذا قالت اخلعني بألف أو على ألف ففعل بانت واستحق الألف
لأن الباء للمقابلة وعلى في معناها فيقع العقد بهما ويستحق العوض ويكفي قوله وإن لم يذكر الألف لأن قوله جواب لما استدعته منه والسؤال كالمعاد في الجواب فأشبه ما لو قالت بعني عبدك بألف فقال بعتكه وكذلك إن قالت طلقني ثلاثا بألف على أن لك ألفا أو إن طلقتني فلك على ألف فقال أنت طالق لما ذكرنا

فصل : فإن قالت اخلعني بألف فقال أنت طالق فإن قلنا الخلع طلقة بائنة وقع واستحق الألف لأنه أجابها الى ما بذلت العوض فيه وإن قلنا هو فسخ احتمل أن ستحق العوض أيضا لأن الطلاق يتضمن ما طلبت وهو البينونة فيه زيادة نقصان العدد فأشبه ما لو قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا واحتمل أن لا يستحق شيئا لأنها استدعت منه فسخا فلم يجبها إليه وأوقع ما طلبته ولا بذلت فيه عوضا فعلى هذا يحتمل أن يقع الطلاق رجعيا لأنه أوقعه مبتدئا به غير مبذول فيه عوض فأشبه ما لو طلقها ابتداء ويحتمل أن لا يقع لأنه أوقعه بعوض فإذا لم يحصل العوض لم يقع لأنه كالشرط فيه فأشبه ما لو قال إن أعطيتني ألفا فأنت طالق فإن قالت طلقني بألف قال خلعتك فإن قلنا هو طلاق استحق العوض لأنه طلقها وإن نوى به الطلاق فكذلك لأنه كناية فيه وإن لم ينو الطلاق وقلنا ليس بطلاق لم يستحق عوضا لأنه ما أجابها الى ما بذلت العوض فيه ولا يتضمنه لأنها سألته طلاقا ينقص به عدد الطلاق فلم يجبها إليه وإذا لم يجب العوض لم يصح الخلع لأنه إنما خالعها معتقدا لحصول العوض فإذا لم يحصل لم يصح ويحتمل أن يكون كالخلع بغير عوض فيه من الخلاف ما فيه



مسألة : وإذا قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا استحق الألف

مسألة : وإذا قالت طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثا استحق الألف

وقال محمد بن الحسن قياس قول أبي حنيفة أنه لا يستحق شيئا لأن الثلاث مخالفة للواحدة لأن تحريمها لا يرتفع إلا بزوج واصابة وقد لا يريد ذلك ولا يذلك العوض فيه فلم يكن إيقاعا لما استدعته بل هو إيقاع متبدأ فلم يستحق شيئا

ولنا أنه أوقع ما استدعته وزيادة لأن الثلاث واحدة واثنتان وكذلك لو قال طلقي نفسك ثلاثا فطلقت نفسها واحدة وقع فيستحق العوض بالواحدة وما حصل من الزيادة التي لم تبذل العوض فيها لا يستحق بها شيئا وإن قال لها أنت طالق بألف وطالق وطالق الأولى بائنة ولم يقع الثانية ولا الثالثة وهذا مذهب الشافعي وإن قال لها طالق وطالق وطالق بألف وقع الثلاث وإن قال أنت طالق وطالق وطالق ولم يقل بألف قيل له أيتهن أوقعت بالألف ؟ فإن قال الأولى بانت بها ولم يقع ما بعدها وإن قال الثانية بانت بها ووقع بها طلقتان ولم يقع الثالثة وإن قال الثالثة وقع الكل وإن قال نويت أن الألف في مقابلة الكل بانت بالأولى وحدها ولم يقع بها ما بعدها لأن الأولى حصل في مقابلتها عوض وهو قسطها من الألف فبانت بها وله ثالث الألف لأنه رضي أن يوقعها بذلك مثل أن تقول طلقني بألف فيقول أنت طالق بخمسمائة هكذا ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ويحتمل أن يستحق الألف لأنه أتى بذلت بالعوض فيه بنية العوض فلم يسقط بعضه بنيته كما لو قال رد عبدي بألف فرده ينوي خمسمائة وإن لم ينو شيئا استحق الألف بالاولى ولم يقع ما بعدها ويحتمل أن يقع الثلاث لأن الواو للجمع لا تقتضي ترتيبا فهو كقوله أنت طالق ثلاثا بألف وكذلك لو قال ذلك لغير مدخول بها أو قال أنت طالق وطالق و طالق بألف طلقت ثلاثا



مسألة : وإن قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة لم يستحق شيئا ويحتمل أن يستحق ثلث الألف

مسألة : وإن قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة لم يستحق شيئا ويحتمل أن يستحق ثلث الألف

فعلى هذا يقع الطلاق ولا يستحق شيئا ويحتمل أن يستحق ثلث الألف وهو قول أبي حنيفة وصاحبه و مالك و الشافعي لأنها استدعت منه فعلا بعوض فإذا فعل بعضه استحق بقسطه كما لو قال : من رد عبيدي فله ألف فرد ثلثهم استحق ثلث الألف وكذلك في بناء الحائط وخياطة الثوب
ولنا أنها بذلت العوض في مقابلة شيء لم يجبها إليه فلم يستحق شيئا كما لو قال في المسابقة : من سبق الى خمس اصابات فله ألف فسبه الى بعضها أو قالت بعني عبدك بألف فقال بعتك أحدهما بخمسمائة وكما لو قالت طلقني ثلاثا على ألف عند أبي حنيفة فإن قيل الفرق بينهما أن الباء للعوض دون الشرط وعلى للشرط فكأنها شرطت في استحقاقه الألف أن يقطلقا ثلاثا قلنا لا نسلم أن على للشرط فإنها ليست مذكورة في حروفه وإنما معناها ومعنى الباء واحد وقد سوى بما فيما إذا قالت طلقني وضرتي بألف أو على ألف ومقتضى اللفظ لا يختلف بكون المطلقة واحدة أو اثنتين
فصل : فإن قالت طلقني ثلاثا ولك ألف فهي كالتي قبلها إن طلقها أقل من ثلاث وقع الطلاق ولا شيء له وإن طلقها ثلاثا استحق الألف ومذهب الشافعي و أبي يوسف و محمد فيها كمذهبهم في التي قبلها وقال أبو حنيفة لا يستحق شيئا وإن طلقها ثلاثا لأنه لم يعلق الطلاق بالعوض
ولنا أنها استدعت منه الطلاق بالعوض فأشبه ما لو قال رد عبدي ولك ألف فرده وقوله لم تعلق الطلاق بالعوض ممنوع فإن معنى الكلام ولك ألف عن الطلاقي فإن قرينة الحال دالة وإن قالت طلقني وضرتي بألف أو على ألف علينا فطلقها وحدها طلقت وعليها قسطها من الألف لأن عقد الواحد مع الاثنين بمنزلة العقدين وخلعه للمرأتين بعوض عليهما خلعان فجاز أن ينعقد أحدهما صحيحا موجبا للعوض دون الآخر وإن كان العوض منها وحدها فلا شيء له في قياس المذهب لأن العقد لا يتعدد بتعدد العوض وكذلك لو اشترى من إنسان عبدين بثمن واحد عقدا واحدا بخلاف ما إذا كان العاقد من أحد الطرفين اثنين فإنه يكون عقدين



مسألة : وإن لم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة ففعل استحق الألف علمت أو لم تعلم ويحتمل أن لا يستحق إلا ثلثه إذا لم تعلم
مسألة : وإن لم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة ففعل استحق الألف علمت أو لم تعلم ويحتمل أن لا يستحق إلا ثلثه إذا لم تعلم
إذا قالت طلقني ثلاثا بألف ولم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة أو ثلاثا بانت بثلاث قال أصحابنا ويستحق الألف علمت أو لم تعلم وهو منصوص الشافعي
وقال المزني لا يستحق إلا ثلث الألف لأنه إنما طلقها ثلث ما طلبت منه فلا يستحق إلا ثلث الألف كما لو كان طلاقها ثلاثا ويحتمل أن لا يستحق إلا ثلثه إذا لم تعلم وهو قول ابن شريح لأنها إن كانت عالمة كان معنى كلامها كمل لي الثلاث وقد فعل ذلك ووجه قول أصحابنا أن هذه الواحدة كملت الثلاث وحصلت ما يحصل بالثلاث من البينونة وتحريم العقد فوجب بها العوض كما لو طلقها ثلاثا
فصل : فإن لم يكن في طلاقها إلا واحدة قالت طلقني بألف واحدة أبني بها واثنتين في نكاح آخر فقال أبو بكر قياس قول أحمد أنه إذا طلقها واحدة استحق العوض فإن تزوج بها بعد ولم يطلقها رجعت عليه بالعوض لأنها بذلت العوض في مقابلة ثلاث فإذا لم يوقع الثلاث لم يستحق العوض كما لو كانت ذات تطليقات ثلاث فقالت طلقني ثلاثا فلم يطلقها إلا واحدة ومقتضى هذا أنه إذا لم ينكحها نكاحا آخر أنها ترجع عليه بالعوض وإنما يفوت نكاحه إياها بموت أحدهما وإن نكحها نكاحا آخر وطلقها اثنتين لم ترجع عليه بشيء وإن لم يطلقها إلا واحدة رجعت عليه بالعوض كله

وقال القاضي الصحيح من المذهب أن هذا لا يصح في الطلقتين الآخرتين لأنه سلف في طلاق ولا يصح السلف في الطلاق ولأنه معاوضة على الطلاق قبل النكاح لا يصح فالمعاوضة عليه أولى فإذا بطل فيهما انبنى ذلك على تفريق الصفقة فإن قلنا تفرق فله ثلث الألف وإن قلنا لا تفرق فسد العوض في الجميع ويرجع بالمسمى في عقد النكاح
فصل : ولو قالت طلقني عشرا بألف فطلقها واحدة أو اثنتين فلا شيء له لأنه لم يجبها إلى ما سألت فلا يستحق عليها ما بذلت وإن طلقها ثلاثا استحق الألف على قياس قول أصحابنا فيما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف ولم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة استحق الألف لأنه قد حصل بذلك جميع المقصود



مسألة : ولو لم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني ثلاثا بألف فقال أنت طالق طلقتين الأولى بألف والثانية بغير شيء وقعت الأولى واستحق الألف ولم تقع الثانية
مسألة : ولو لم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة فقالت طلقني ثلاثا بألف فقال أنت طالق طلقتين الأولى بألف والثانية بغير شيء وقعت الأولى واستحق الألف ولم تقع الثانية
وإن قال الأولى بغير شيء وقعت وحدها ولم يستحق شيئا لأنه لم يجعل لها عوضا وكملت الثلاث وإن قال إحداهما بألف لزمها ألف لأنها طلبت منه بألف فأجابها إليه وزادها أخرى
فصل : وإن قالت طلقني بألف الى شهر أو أعطته ألفا على أن يطلقها الى شهر فقال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق صح ذلك واستحق العوض ووقع الطلاق عند رأس الشهر بائنا لأنه بعوض وإن طلقها قبل مضي الشهر طلقت ولا شيء له ذكره أبو بكر وقال ك روى ذلك عن أحمد على بن سعيد وذلك لأنه إلى طلقها قبل رأس الشهر فقد اختار إيقاع الطلاق من غير عوض وقال الشافعي إذا أخذ منها ألفا على أن يطلقها الى شهر فطلقها بألف بت وعليها مهر المثل لأن هذا سلف في طلاق فلم يصح لأن الطلاق لا يثب في الذمة ولأنه عقد تعلق بعين فلا يجوز شرط تأخير التسليم فيه
ولنا أنها جلعت عوضا صحيحا على طلاقها فإذا طلقها استحقه كما لو لم يقل الى شهر ولأنها جعلت له عوضا صحيحا على طلاقها فلم تستحق أكثر منه كالأصل وإن قالت لك ألف على أن تطلقني أي وقت شئت من الآن الى شهر صح في قياس المسألة التي قبلها
وقال القاضي لا يصح لأن زمن الطلاق مجهول فإذا طلقها فله مهر المثل وهذا مذهب الشافعي لأنه طلقها على عوض لم يصح إفساده
ولنا ما تقدم في التي قبلها ولا تضر الجهالة في وقت الطلاق لأنه مما يصح تعليقه على الشرط فصح بذلك العوض فيه مجهول الوقت كالجعالة ولأنه لو قال متى أعطيتني ألفا فأنت طالق صح مجهول أكثر من الجهالة ههنا في شهر واحد ويتم في العمر كله وقول القاضي له مهر المثل مخالف لقياس المذهب فإنه ذكرك في المواضع التي يفسد فيها العوض أن له المسمى فكذلك يجب أن يكون ههنا إن حكمنا بفساده والله أعلم



مسألة : وإن كان له امرأتان مكلفة وغير مكلفة مميزة فقال لهما أنتما طالقتان إن شئتما فقالتا قد شئنا لزم المكلفة نصف الألف وطلقت بائنا ووقع بالأخرى رجعيا ولا شيء عليها
مسألة : وإن كان له امرأتان مكلفة وغير مكلفة مميزة فقال لهما أنتما طالقتان إن شئتما فقالتا قد شئنا لزم المكلفة نصف الألف وطلقت بائنا ووقع بالأخرى رجعيا ولا شيء عليها

إنما كان كذلك لأن كالمكلفة إذا كانت رشيدة فمشيئتها صحيحة وتصرفها في مالها صحيح فيقع الطلاق عليهما ويجب على الرشيدة بقسطها من العوض ووقع بائنا ويقسط العوض بينما على قدر مهريهما
في ظاهر المذهب وعلى قول أبي بكر يكون بينهما نصفين ولا شيء على غير المكلفة وكذلك إن كانت محجورا عليها للسفه ويقع الطلاق عليها رجعيا لأن لها مشيئة بقسطها ولكن الحجر وعدم التكليف منع صحة تصرفها ونفوده كانت إحداهما مجنونة أو صغيرة غير مميزة لم تصح المشيئة منهما ولم يقع الطلاق
فصل : فإن كانتا رشيدتين وقع الطلاق بهما بائنا بهما بائنا إذا قالتا قد شئنا ويلزمهما العوض بينهما على قدر مهرهما في الصحيح من مذهب وهو قول ابن حامد و مذهب أهل الرأي وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر يلزم كل واحدة منهما مهر مثلها وعلى قول أبي بكر من أصحابنا يكون العوض بينهما نصفين وأصل هذا في النكاح إذا تزوج امرأتين بمهر واحد وقد ذكرناه فإن شاءت إحداهما دون الأخرى لم تطلق واحدة منهما لأنه جعل مشيئتها شرطا في طلاق كل واحدة منهما ويخالف هذا ما إذا قال أنتما طالقتان بألف فقبلت إحداهما دون الأخرى لزمه الطلاق بعوض لأنه لم يجعل لطلاقها شرطا وههنا علق طلاق كل واحدة منهما بمشيئتهما جميعا ويتعلق الحكم بمشيئتهما لفظا إذا قالتا قد شئنا لأن ما في القلب لا سبيل الى معرفته فلو قال الزوج ما شئتما وإنما قلتما ذلك بألسنتكما أو قالتا ما شئنا بقلوبنا لم يقبل



مسألة : فإن قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف طلقت ولا شيء عليها لأنه لم يجعل له العوض في مقابلتها ولا شرطا فيها
مسألة : فإن قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف طلقت ولا شيء عليها لأنه لم يجعل له العوض في مقابلتها ولا شرطا فيها
وإنما عطف ذلك على طلاقها فأشبه ما لو قال أنت طالق وعليك الحج فإن أعطته المرأة عن ذلك عوضا لم يكن عوضا لأنه لم يقابه شيء وكان ذلك هبة مبتدأة تعتبر فيها شرئط الهبة وإن قالت المرأة ضمن لك ألفا لم يصح لأن الضمان إنما يكون من كغير الضامن لحق واجب أو مآله الى الوجوب وليس ههنا شيء من ذلك وذكر القاضي أنه يصح لأن ضمان ما لم يجب يصح قال شيخنا ولم أعرف لذلك وجها إلا أن يكون أراد أنها إذا قالت له قبل طلاقها ضمنت لك ألفا على أن تطلقني فقال أنت طالق وعليك ألف وقع الطلاق وعليها ألف لأن قوله أنت طالق يكفي في صحة الخلع واستحقاق العوض وما وصل به تأكيد فإن اختلفا فقال أنت استدعيت مني الطلاق بألف فأنكرته فالقول قولها لأن الأصل عدمه فإذا حلفت برئت من العوض وبانت لأن قوله مقبول في بينونتها لأنها حقه غير مقبول في العوض لأنه عليها وهذا مذهب الشافعي و أبي حنيفة وإن قال ما استدعيت مني الطلاق وإنما أنا ابتدأت به فلي عليك الرجعة وادعت أن ذلك كان جوابا لاستدعائها فالقول قول الزوج لأن الأصل معه ولا يلزمها الألف لأنه لا يدعيه



مسألة : وإن قال أنت طالق على ألف
مسألة : وإن قال أنت طالق على ألف

فالمنصوص عن أحمد أن الطلاق يقع رجعيا كقوله أنت طالق وعليك ألف فإنه قال في رواية منها في الرجل يقول لامرأته أنت طالق على ألف درهم فلم تقل هي شيئا فهي طالق تملك الرجعة وقال القاضي في المجرد ذلك للشرط تقديره إن ضمنت لي ألفا فأنت طالق فإن ضمن له ألفا وقع الطلاق بائنا وإلا لم يقع وكذا الحكم إذا قال أنت طالق على أن لي عليك ألفا فقياس قول أحمد أن الطلاق يقع رجعيا ولا شيء له وعلى قول القاضي إن قبلت ذلك لزمها الألف وكان خلعا وإلا لم يقع الطلاق وهو ظاهر كلام الخرقي لأنه استعمل على بمعنى الشرط في كتابه في مواضع منها قوله إذا نكحها على أن لا يتزوج تعليها فلها فراقه أن تزوج عليها وذلك أن على تستعمل بمعنى الشرط بدليل قوله تعالى في قصة شعيب : { إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج } وقوله : { فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا } وقال موسى { هل أتبعك على أن تعلمن مما علمت رشدا } ولو قال في النكاح زوجتك كابنتي على صداق كذا صح فإذا أوقعه بعوض لم يقع بدونه وجرى مجرى قوله أنت طالق إن أعطيتني ألفا ووجه الأول أنه أوقع الطلاق غير معلق بشرط وجعل عليها عوضا لم تبذله فوقع رجعيا من غير عوض كما لو قال أنت طالق وعليك ألف ولأن على ليست للشروط ولا للمعاوضة ولذلك لا يصح ثوبي على دينار

مسألة : وإن قال بألف فكذلك ويحتمل أن لا تطلق حتى تختار فيلزمها الألف

مسألة : وإن قال بألف فكذلك ويحتمل أن لا تطلق حتى تختار فيلزمها الألف

يعني أن قوله أنت طالق بألف مثل قوله أنت طالق على ألف لأنها ليست من حروف الشرط والأولى أنها لا تطلق في قوله بألف حتى بألف حتى تختار فيلزمها الألف كما ذكره القاضي في على ألف لأنها إن لم تكن من حروف الشرط فهي لمعاوضة في قوله بعتك بكذا وزوجتك بكذا فإنه يصح البيع والنكاح بغير خلاف فإن قال أنت طالق ثلاثا فقالت قد قبلت واحدة وقعت الثلاث واستحق الألف لأن إيقاع الطلاق إليه وإنما علقه بعوض يجري مجرى الشرط من جهتها وقد وجد الشرط فيقع الطلاق وإن قالت قبلت بألفين وقع ولم يلزمها الألف الزائد لأن القبول لما أوجبه دون ما لم يوجبه فإن قالت قبلت بخمسمائة لم يقع لأن الشرط لم يوجد وإن قالت قبلت واحدة من الثلاث الألف لم يقع لأنه لم يرض بانقطاع رجعته عنها إلا بألف وإن قال أنت طالق طلقتين إحداهما : بألف وقعت واحدة لأنها بغير عوض ووقعت الأخرى على قولها لأنها بعوض

فصل : إذا قال الأب طلق ابنتي وأنت بريء من صداقها فطلقها وقع الطلاق رجعيا ولم يبرأ من شيء ولم يرجع على الأب ولم يضمن له لأنه برأه مما ليس له الابراء منه فأشبه الأجنبي قال القاضي وقد قال أحمد إنه يرجع على الأب قال القاضي هذا محمول على أن الزوج كان جاهلا بأن إبراء الأب لا يصح فكان له الرجوع عليه كما لو غره فزوجه معيبة وإن علم أن ابراء الأب لا يصح لم يرجع عليه بشيء ويقع الطلاق رجعيا لأنه خلا عن العوض وفي الموضع الذي يرجع عليه يقع الطلاق بائنا لأنه بعوض فإن قال الزوج قي طالق إن أبرأتني من صداقها فقال قد أبرأتك لم يقع الطلاق لأنه لم يبرأ وروي عن أحمد أن الطلاق واقع فيحتمل أنه أوقعه إذا قصد الزوج تعليق الطلاق على مجرد التلفظ بالابراء دون حقيقة البراءة وإن قال الزوج هي طالق إن أبرأتني من صداقها لم يقع لأنه علقه على شرط لم يوجد وإن قال الأب طلقها على ألف من مالها وعلي الدرك فطكلقها طلقت بائنا لأنه بعوض وهو ما لزم الأب من ضمان الدرك ولا يملك الألف لأنه ليس له بدلها

فصل : قال الشيخ رحمه الله : وإذا خالعته في مرض موتها فله الأقل من المسمى أو ميراثه منها

المخالعة في المرض صحيحة سواء كان المريض الزوج أو الزوجة أو هما جميعا لأنها معاوضة فتصح في المرض كالبيع ولا نعلم في هذا خلافا ثم إذا خالعته المريضة بميراثه منها فما دونه صح ولا رجوع وإن خالعته بزيادة بطلت الزيادة وهذا قول الثوري و إسحاق وقال أبو حنيفة له العوض كله وإن أجابته فمن الثلث لأنه ليس بوارث لها فصحت محاباتها له من

الثلث كالأجنبي وعن مالك كالمذهبين وعنه يعتبر بخلع مثلها وقال الشافعي إن خالعت بمهر مثلها جاز وإن زاد فالزيادة من الثلث
ولنا أنه لا يعتبر مهر المثل لأن خروج البضع من مالك الزوج غير متقوم بما قدمناه واعتبار مهر المثل يقوم له وعلى إبطال الزيادة أنها متهمة في أنها قصدت الخلع لتوصل إليه شيئا من مالها بغير عوض على وجه لم تكن قادرة عليه وهو وارث لها فبطل كما لو أوصت له أو أقرت له وأما قدر الميراث قلا تهمة فيه فإنها لو لم تخالعه لورث ميراثه وإن صحت من مرضها ذلك صح الخلع وله جميع ما خالعنها به لأننا تبينا أنه ليس بمرض الموت والخلع في غير مرض الموت كالخلع في الصحة

[ جزء 8 - صفحة 223 ]

مسألة : وإن خالعها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها لم تستحق أكثر من ميراثها
مسألة : وإن خالعها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها لم تستحق أكثر من ميراثها
أما خلعه لزوجته فلا إشكال في صحته سواء كان بمهر مثلها أو أقل أو أكثر وإن أوصى لها بمثل ميراثها أو أقل صح لأنه لا تهمة في أنه أبانها ليعطيها ذلك فإنه لو لم يبنها لأخذته بميراثها وإن أوصى لها بزيادة عليه فللورثة منعها ذلك لأن اتهم في أنه قصد إيصال ذلك إليها لأنه لم يكن له سبيل الى إيصاله إليها وهي في حباله وطلقها ليوصل ذلك إليها فمنع منه كما لو أوصى لوارث

مسألة : وإن خالعها وحاباها فهو من رأس المال
مسألة : وإن خالعها وحاباها فهو من رأس المال
مثل أن يخالعها بأقل من مهر مثلها أو يكون قادرا بألف فخالعها بمائة لم يحسب ما حاباها به من الثلث إذا كان في مرض موته ولا يعتبر من الثلث لأنه لو طلق بغير عوض لصح فلأن يصح بعوض أولى ولأن الورثة لا يفوتهم بخلعه شيء فإنه لو مات وله امرأة لبانت بموته ولم تنتقل الى ورثه
فصل : إذا خالع امرأة في مرضها بأكثر من مهرها فللورثة أن لا يعطوه أكثر من ميراثه منها لأنها متهمة في أنها قصدت إيصال أكثر من ميراثه إليه وعند مالك إن زاد كعلى مهر المثل فالزيادة مردودة وعنه أن خلع المريضة باطل وقال الشافعي : الزيادة على مهر المثل محاباة تعتبر من الثلث وقال أبو حنيفة إن خالعها قبل دخوله بها بعد انقضاء عدتها فالعوض من الثلث ومثال ذلك امرأة اختلعت من زوجها بثلاثين ما لا مال لها سواها وصداق مثلها اثنا عشر فله عشر سواء قل صداقها أو كثر قل صداقها أو كثر لأنها قدر ميراثه وعند الشافعي له ثمانية عشر اثنا عشر لأنها صداقها وثلث باقي المال بالمحاباة وهو ستة وإن كان صداقها ستة فله أربعة عشر لأن ثلث الباقي ثمانية
فصل : مريض تزوج امرأة على مائة لا يملك غيرها ومهر مثلها عشرة ثم مرضت فاختلعت منه بالمائة ولا مال لها سواها فلها مهر مثلها ولا شيء بالمحاباة والباقي له ثم يرجع إليه نصف مالها وهو خمسة ونصف شيء وصار مع ورثته خمسة وتسعون إلا نصف شيء يعدل شيئين فبعد الجبر يخرج به الشيء ثمانية فقد صح لها بالصداق والمحاباة ثمانية وأربعون وبقي مع ورثته اثنان وخمسون ورجع إليه بالخلع أربعة وعشرون صار معهم ستة وسبعون وبقي للمرأة أربعة وعشرون وعند الشافعي يرجع إليهم صداق المثل وثلث شيء بالمحاباة فصار بأيديهم مائة إلا ثلث شيء يعدل شيئين فالشيء ثلاثة أثمانها وهو سبعة وثلاثون ونصف فصار لها ذلك ومهر المثل رجع إليه مهر المثل وثلث الباقي اثنا عشر ونصف فيصير بأيدي ورثته خمسة وسبعون وهو مثلا محاباتها وعند أبي حنيفة يرجع إليهم ثلث العشرة وثلث الشيء فصار معهم ثلاثة وتسعون وثلث إلا ثلثي شيء فالشيء ثلاثة أثمانها وهو خمسة

وثلاثون مع العشرة صار لها خمسة وأربعون ورجع الى الزوج ثلثها صار لورثته سبعون ولورثتها ثلاثون هذا إذا مات بعد انقضاء عدتها وإن تركت المرأة مائة أخرى فعلى قولنا يبقى مع ورثة الزوج مائة وخمسة وأربعون إلا نصف شيء يعدل والشيء خمسا ذلك وهو ثمانية وخمسون وهذا الذي صحت المحاباة فيه صار لها ذلك وعشرة مهر المثل صار لها مائة وثمانية وستون يرجع الى الزوج نصفها أربعة وثمانون صار له مائة وستة عشر ولورثتها أربعة وثمانون

فصل : ولو خالعته بمحرم وهما كافران فقبضته ثم أسلما أو أحدهما لم يرجع عليها شيء لأن الخلع من الكفار جائز سواء كانوا أهل ذمة أو أهل حرب لأن كل من ملك الطلاق ملك المعاوضة عليه كالمسلم فإن تخالعا بعوض صحيح ثم أسلما وترافعا الى الحاكم أمضى ذلك بينهما كالمسلمين إ ن كان بمحرم كخمر وخنزير كفقبضته صم أسلما وترافعا إلينا أو أسلم أحدهما مضى ثم أسلما وإن كان اسلامهما أو ترافعهما قبل القبض لم يمضه الحاكم ولم يأمر باقباضه لأن الخمر والخنزير لا يكون عوضا لمسلم أو من مسلم ولا يأمر الحاكم باقباضه قال القاضي في الحامع ولا شيء له لأنه رضي منها ما ليس بمال كالمسلمين إذا تخالعا بخمر وقال في المجرد يجب مهر المثل وهو مذهب الشافعي لأن العوض فاسد فرجع الى قيمة المتلف وهو مهر المثل وكلام الخرقي يدل بمفهومه عىل أنه يجب لأن تخصيصه بحالة القبض ينفي الرجوع يدل على الرجوع مع عدم القبض والفرق بينه وبين المسلم أن المسلم لا يعتقد أن الخمر والخنزير مال فإذا رضي به عوضا فقد رضي بالخلع بغير مال فلم يكن له شيء والمشرك يعتقده مالا فلم يرضى بالخلع بغير عوض فيكون العوض واجبا له كما لو خالعها على حر يظنه عبدا أو خمر يظنه خلا إذا ثبت أنه يجب له العوض فذكر القاضي أنه مهر المثل كما لو تزوجها على خمر ثم أسلما وعلى ما عللناه به يقتضي وجوب قيمة ما سمى لها كعلى تقدير كونه مالا فإنه رضي بمالية ذلك فيكون له قدرة من المال كما لو خالعها عالى خمر يظنه خلا وإن حصل القبض في بعضه دون بعض سقط ما قبض وفيما لم يقبض الوجود الثلاثة والأصل فيه قوله تعالى : { وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين }



مسألة : وإذا وكل الزوج في خلع امرأته مطلقا فخالع بمهرها فما زاد صح وإن نقص من المهر رجع على الوكيل بالنقص ويحتمل أن يتخير بين قبوله ناقصا وبين رده وله الرجعة وإن عين له العوض فنقص منه لم يصح الخلع عند ابن حامد وصح عند كأبي بكر ويرجع على الوكيل بالنقص

مسألة : وإذا وكل الزوج في خلع امرأته مطلقا فخالع بمهرها فما زاد صح وإن نقص من المهر رجع على الوكيل بالنقص ويحتمل أن يتخير بين قبوله ناقصا وبين رده وله الرجعة وإن عين له العوض فنقص منه لم يصح الخلع عند ابن حامد وصح عند ك أبي بكر ويرجع على الوكيل بالنقص

يصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفردا وكل من صح أن يتصرف في الخلع لنفسه صح توكيله ووكالته حرا كان أو عبدا ذكرا أو أنثى مسلما كان أو كافرا محجورا عليه أو رشيدا لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع فصح أن يكون وكيلا وموكلا كالحر الرشد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا ويكون توكيل المرأة في ثلاثة أشياء : استدعاء الخلع أو الطلاق وتقدير العوض وتسليمه وتوكيل الرجل في ثلاثة أشياء : شرط العوض وقبضه وإيقاع الطلاق أو الخلع ويجوز التوكيل مع تقدير العوض ومن غير تقدير لأنه عقد معاوضة فصح كذلك كالبيع والنكاح والستحب التقدير لأنه أسلم من الغرر وأسهل على الوكيل لاستغنائه عن الاجتهاد فإن وكل الزوج لم يخل من حالين :

الحال الأول : أن يقدر له العوض فإن خالع به أو بما زاد صح ولزم المسمى لأنه فعل ما أمر به وإن خالع بأقل منه ففيه وجهان : أحدهما : لا يصح الخلع وهو اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي لأن خالف موكله فلم يصح تصرفه كما لو وكله في خلع امرأة فخالع أخرى ولأنه لم يؤذن له في الخلع بهذا العوض فلم يصح منه كالأجنبي
الثاني : يصح ويرجع على الوكيل بالنقص وهذا قول أبي بكر لأن المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع كحالة الإطلاق والأول فإن خالف في الجني مثل أن يأمره بالخلع على دراهم فيخالع على عبد أو بالعكس أو يأمره بالخلع حالا فخالع على عوض نسيئة فالقياس أنه لا يصح لأنه مخالف لموكله في جنس العوض فلم يصح كالوكيل في البيع ولأن ما خالع به لا يملكه بالموكل لكونه بم يأذن فيه ولا الوكيل لأنه لم يوجد السبب بالنسبة إليه وفارق المخالفة في القدر لأنه أمكن جبره بالرجوع به قياسا على المخالفة في القدر وهذا يبطل بالوكيل في البيع ولأن هذا خلع لم يأذن فيه الزوج فلم يصح كما لو يوكله في شيء ولأنه يفضي الى أن يملك عوضا ما ملكته إياه المرأة ولا قصد هو تمليكه وتنخلع المرأة من زوجها بغير عوض لزمها له بغير إذنه وأما المخالفة في القدر فلا يلزم فيها ذلك مع أن الصحيح أنه لا يصح فيها أيضا لما تقدم
الحال الثاني : إذا أطلق الوكالة فإنه يقتضي الخلع بمهرها المسمى حالا من جنس نقد البلد فإن خالع بذلك فما زاد صح لأنه زاده خيرا وإن خالع بدونه ففيه الوجهان المذكوران فيما إذا قدر له العوض فخالع بدونه وذكر القاضي احتمالين آخرين أحدهما : أن يسقط المسمى يجب مهر المثل لأنه خالع بما لم يؤذن له فيه
والثاني : يتخير الزوج بين مقبول العوض ناقصا وبين رده وله الرجعة فإن خالع بغير نقد البلد فحكمه حكم ما لو عين له عوضا فخالع بغير جنسه وإن خالع الوكيل بما ليس بمال كالخمر والخنزير لم يصح الخلع ولم يقع الطلاق لأنه مأذون له فيه ذكره القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي وسواء عين له العوض أو أطلق وذكر في الجامع أن الخلع يصح ويرجع على الوكيل بالمسمى ولا شيء على المرأة هذا إذا قلنا ان الخلع بغير عوض يصح وإن قلنا لا يصح لم يصح إلا أن يكون بلفظ فيقع طلقة رجعية واحتج بأن وكيل الزوجة لو خالع بذلك صح فكذلك وكيل الزوج وهذا القياس غير صحيح فإن وكيل الزوج إذا خالع على محرم فوت على موكله العوض ووكيل الزوجة يخلصها منه فلا يلزم من الصحة في موضع يخلص موكله من وجوب العوض عليه الصحة في موضع يفوته عليه ألا ترى أن وكيل الزوجة لو صالح يدون العوض الذي قدر له به صح ولزمها ولو خالع وكيل الزوج بدون العوض الذي قدره له لم يصح



مسألة : وإن وكلت المرأة في خلعها فخالع بمهرها فما دون أو بما عينته فما دون صح وإن زاد لم يصح ويحتمل أن يصح وتبطل الزيادة
مسألة : وإن وكلت المرأة في خلعها فخالع بمهرها فما دون أو بما عينته فما دون صح وإن زاد لم يصح ويحتمل أن يصح وتبطل الزيادة
متى خالع وكيل المرأة بما عينته له فما دونه صح ولزمها ذلك لأنه زادها خيرا وإن خالعها بأكثر صح ولم تلزمها الزيادة لأنها لم تأذن فيها ولزم الوكيل لأنه التزمه للزوج فلزمه الضمان كالمضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال وقال القاضي في المجرد عليها مهر مثلها ولا شيء على وكيلها لأنه لا يقبل العقد لنفسه إنما يقبله لغيره ولعل هذا مذهب الشافعي والأولى أنه لا يلزمها أكثر مما بذلته لأنها ما التزمت أكثر منه ولا وجد منها تغرير للزوج ولا ينبغي أن يجب للزوج أيضا أكثر مما بذل له الوكيل لأنه رضي بذلك عوضا وهو عوض صحيح معلوم فلم يكن له أكثر منه أشبه ما لو بذلته المرأة فإن أطلقت الوكالة اقتضى خلعها بمهرها من جنس نقد البلد فإن خالعته بمهرها فما دون صح ولزمها وإن خالعته باكثر منه فهو كما لو خالع بأكثر مما قدرت له على ما مضى من القول فيه

مسألة : وإن تخالعا تراجعا بما بينهما من الحقوق وعنه أنها تسقط
مسألة : وإن تخالعا تراجعا بما بينهما من الحقوق وعنه أنها تسقط
إذا خالع زوجته أو بارأها بعوض فإنهما يتراجعان بما بينهما من حقوق فإن كان قبل الدخول فلها نصف المهر فإن كانت قبضته ردت نصفه وإن كانت مفوضة فلها المتعة وهذا قول عطاء و النخعي و الزهري و الشافعي وقال أبو حنيفة ذلك براءة لكل واحد منهما مما لصاحبه عليه من المهر وأما الديون التي ليست من حقوق الزوجية فعنه فيها روايتان ولا تسقط في المستقبل لأنها ما وجبت بعد
ولنا أن المهر حق لا يسقط بلفظ الطلاق فلا يسقط بلفظ كالخلع كسائر الديون ونفقة العدة إذا كانت حاملا ولأن نصف المهر يصير له قبل الخالع فلم يسقط بالمبارأة كنفقة العدة والنصف لها لبراءته منه بقوله بارأتك لأن ذلك يقتضي براءتها من حقوقه لابراءته من حقوق لابراءته من حقوقها وعنه أنها تسقط كمذهب أبي حنيفة
فصل : قال الشيخ رحمه الله وإذا قال خالعتك بألف فأنكرته وقالت إنما خالعت غيري بانت بإقراره والقول قولها مع يمينها في العوض لأنها منكرة وإن قالت نعم لكن ضمنه غيري لزمها الألف لأنها أقرت بها ولا يلزم الغير شيء إلا أن يقر به فإن ادعته المرأة وأنكره الزوج فالقول قوله كذلك ولا يستحق عليها عوضا لأنه لا يدعيه

[ جزء 8 - صفحة 230 ]

مسألة : وإن اختلفا في قدر العوض أو عينه أو تأجيله فالقول قولها وكذلك إن اختلفا في صفته
مسألة : وإن اختلفا في قدر العوض أو عينه أو تأجيله فالقول قولها وكذلك إن اختلفا في صفته
حكاه أبو بكر نصا عن أحمد
وهو قول مالك و أبي حنيفة وعنه أن القول الزوج حكاها القاضي عن أحمد لأن البضع يخرج عن ملكة القول قوله في عوضه كالسيد مع مكاتبه وقال الشافعي يتحالفان لأن اختلاف في عوض فيتحالفان فيه كالمتبايعين إذا اختلفا في الثمن
ولنا أنه أحد نوعي الخلع فكان القول قول المرأة كالطلاق على مال إذا اختلفا في قدره ولأن المرأة منكرة للزائد في القدر أو الصفة فكان قولها قول النبي صلى الله عليه وسلم [ اليمين على المدعى عليه ] وأما التحالف في البيع فيحتاج إليه لفسخ العقد والخلع في نفسه فسخ فلا ينفسخ
فصل : فإن قال سألتني طلقة بألف فقالت بل سألتك ثلاثا بألف فطلقتني واحدة وبانت بإقراره والقول قولها في سقوط العوض وعند أكثر الفقهاء يلزمها ثلث الألف بناء على أصلهم فيما إذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة أنه يلزمها ثلث الألف وإن خالعها على ألف فادعى أنها دنانير فقالت بل هي دراهم فالقول قولها لما ذكرنا في أول الفصل وإن قال أحدهما كانت دراهم قراضة وقال الآخر مطلقة فالقول قولها إلا على الرواية التي حكاها القاضي فإن القول قول الزوج في هاتين المسألتين وإن اتفقا على الاطلاق لزمه من غالب البلد وإن اتفقا على أنهما أرادا دراهم قراضة لزمها ما اتفقا عليه وإن اختلفا في الارادة كان حكمها حكم الطلقة يرجع إلى غالب نقد البلد
وقال القاضي إذا اختلفا في الارادة وجب المهر المسمى في العقد لأن اختلافهما يجعل البدل مجهولا فيجب المسمى في النكاح والأول أصح لأنهما لو أطلقا لصحت التسمية ووجب ألف من غالب نقد البلد ولم يكن إطلاقهما جهالة تمنع صحة العوض فكذلك إذا اختلفا ولأنه

يجيز العوض الجهول إذا لم تكن جهالته تزيد على جهالة مهر المثل كعبد مطلق والجهالة ههنا أقل فالصحة أولى

[ جزء 8 - صفحة 231 ]

مسألة : وإن علق طلاقها بصفة ثم خالعها فوجدت الصفة ثم عاد فتزوجها فوجدت الصفة طلقت نص عليه ويتخرج أن لا تطلق بناء على الرواية في العتق واختاره أبو الحسن التميمي وإن لم توجد الصفة حال البينونة عادت رواية واحدة
مسألة : وإن علق طلاقها بصفة ثم خالعها فوجدت الصفة ثم عاد فتزوجها فوجدت الصفة طلقت نص عليه ويتخرج أن لا تطلق بناء على الرواية في العتق واختاره أبو الحسن التميمي وإن لم توجد الصفة حال البينونة عادت رواية واحدة
مثال ذلك إذا قال إن كلمت أباك فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فكلمت أباها فانها تطلق نص عليه أحمد فأما ان وجدت الصفة في حال البينونة ثم تزوجها ثم وجدت مرة أخرى فظاهر المذهب أنها تطلق وعن أحمد ما يدل على أنها لا تطلق نص عليه في العتق ف يرجل قال لعبده أنت حر ان دخلت الدار فباعه ثم رجع يعني فاشتراه فإن رجع وقد دخل الدار لم يعتق وإن لم يكن دخل فلا يدخل إذا رجع إليه فإن دخل عتق فإذا نص في العتق على أن الصفة لا تعود وجب أن يكون في الطلاق مثله بل أولى لأن العتق يتشوف الشرع إليه ولذلك قال الخرقي إذا قال ان تزوجت فلانة فهي طالق لم تطلق ان تزوجها ولو قال ان ملكت فلانا فهو حر فملكه صار حرا وهذا اختيار أبي الحسن التميمي وأكثر أهل العلم يرون أن الصفة لا تعود إذا أبانها بطلاق ثلاث وإن لم توجد في حال البينونة وهذا مذهب مالك و أبي حنيفة وأحد أقوال الشافعي
قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته أنت طالق ثلاثا ان دخلت الدار فطلقها ثلاثا ثم نكحت غيره ثم نكحها الحالف ثم دخلت الدار لا يقع عليها الطلاق وهذا مذهب مالك و الشافعي وأصحاب الرأي لأن إطلاق الملك يقتضي ذلك فإن أبانها دون الثلاث فوجدت الصفة ثم تزوجها انحلت يمينه في قولهم وإن لم توجد الصفة في البينونة ثم نكحها لم تنحل في قول مالك وأصحاب الرأي واحد أقوال الشافعي وله قول آخر لا تعود الصفة بحال وهو اختيار المزني و إسحاق لأن الايقاع وجد قبل النكاح فلم يقع كما لو علقه بالصفة قبل أن يتزوج بها فإنه لا خلاف في أنه لو قال لأجنبية أنت طالق إذا دخلت الدار ثم تزوجها ودخلت الدار لم تطلق وهذا في معناه فأما إذا وجدت الصفة في حال البينونة انحلت اليمين لأن الشرط وجد في وقت لا يمكن وقوع الطلاق فيه فسقطت اليمين وإذا انحلت مرة لم يمكن عودها إلا بعقد جديد
ولنا أن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح فيقع كما لو لم يتخلله بينونة أو كما لو بانت بما دون الثلاث عند مالك و أبي حنيفة ولم تفعل الصفة وقولهم إن هذا طلاق قبل النكاح قلنا يبطل بما إذا لم يكمل الثلاث وقولهم تنحل الصفة بفعلها قلنا إنما تنحل بفعلها على وجه يحنث به وذلك لأن اليمين حل وعقد ثم ثبت ان عقدها يفتقر إلى الملك فكذلك حلها والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال بينونتها فلا تنحل اليمين به وأما العتق ففيه روايتان :
إحداهما : أنه كالنكاح في أن الصفة لا تنحل بوجودها بعد بيعه فيكون كمسألتنا والثاني : تنحل لأن الملك الثاني لا ينبني على الأول في شيء من أحكامه وفارق النكاح فإنه ينبني على الأول في بعض أحكامه وهو عدد الطلاق فجاز أن ينبني عليه في عود الصفة ولأن هذا يفعل حيلة على إبطال الطلاق المعلق والحيل خداع لا تحل ما حرم الله فإن ابن ماجة و ابن بطة رويا بإسناديهما عن أبي موسى قال [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما بال قوم يلعبون بحدود الله ويستهزئون بآياته قد طلقتك قد راجعتك قد طلقتك ] وفي لفظ رواه ابن بطة [ خلعتك وراجعتك ] وروى بإسناده عن أبي هريرة قال [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل ]

فصل : فإن كانت الصفة لا تعود بعد النكاح الثاني مثل ان قال ان أكلت هذا الرغيف فأنت طلق ثلاثا ثم أبانها ثم أكلته ثم نكحها لم يحنث لأن حنثه بوجود الصفة في النكاح الثاني وما وجدت ولا يمكن إيقاع الطلاق بأكلها له حال البينونة لأن الطلاق لا يلحق البائن والله أعلم



كتاب الطلاق
وهو حل قيد النكاح وهو مشروع والأصل في مشروعيته الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى : { الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان } وقال سبحانه : { يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن } وأما السنة ف [ روى ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فسأل عمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك بعد وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ] متفق عليه في آي وأخبار سوى هذين كثير وأجمع الناس على جواز الطلاق والعبرة دالة على جوازه فإنه ربما فسدت الحال بين الزوجين فيصير بقاء النكاح مفسدة محضة وإضرارا مجردا بالزام الزوج النفقة والسكنى وحبس المرأة مع سوء العشرة والخصومة الدائمة من غير فائدة فاقتضى ذلك شرع ما يزيل النكاح لتزول المفسدة الحاصلة منه



مسألة : ويباح عند الحاجة ويكره من غير حاجة وعنه أنه يحرم ويستحب إذا كان بقاء النكاح ضررا
مسألة : ويباح عند الحاجة ويكره من غير حاجة وعنه أنه يحرم ويستحب إذا كان بقاء النكاح ضررا
الطلاق على خمسة أضرب واجب وهو طلاق المولي بعد التربص إذا أبى الفيئة وطلاق الحكمين في الشقاق إذا رأيا ذلك والثاني : مكروه وهو الطلاق من غير حاجة إليه لأنه مزيل للنكاح المشتمل على المصالح المندوب إليه فيكون مكروها وقال القاضي فيه روايتان إحداهما : أنه محرم لأنه ضرر بنفسه وزوجته وإعدان للمصلحة الحاصلة لهما من غير حاجة إليه فكان حراما كإتلاف المال ولقول النبي صلى الله عليه وسلم [ لا ضرر ولا ضرار ] والثانية : أنه مباح لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [ أبغض الحلال إلى الله الطلاق ] وفي لفظ [ ما أحل الله شيئا أبغض إليه من الطلاق ] رواه أبو داود والثالث : مباح وهو عند الحاجة إليه لسوء خلق المرأة وسوء عشرتها والتضرر منها من غير حصول الغرض بها والرابع : مندوب وهو عند تفريط المرأة في حقوق الله الواجبة عليها مثل الصلاة ونحوها ولا يمكنه إجبارها عليها أو يكون له امرأة غير عفيفة قال أحمد لا ينبغي له امساكها وذلك لأن فيه نقصا في دينه ولا يأمن افسادها فراشه وإلحاقها به ولدا من غيره ولا بأس بعضلها في هذه الحال في التضييق عليها لتفتدي منه قال الله تعالى : { ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة }
ويحتمل أن الطلاق في هذين الموضعين واجب ومن المندوب إليه الطلاق في حال الشقاق وفي الحال التي تخرج المرأة إلى المخالعة التزيل عنها الضرر والخامس : المحظور وهو طلاق الحائض أو في طهر أصابها فيه وقد أجمع العلماء في جميع الامصار على تحريمه ويسمى طلاق البدعة لأن المطلق خالف السنة وترك أمر الله ورسوله قال الله تعالى :

{ فطلقوهن لعدتهن } وقال النبي صلى الله عليه وسلم [ إن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء ] وفي لفظ رواه الدارقطني بإسناده [ عن ابن عمر أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض ثم أراد أن يتبعها بتطليقتين آخرتين عند القرأين فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا ابن عمر ما هكذا أمرك الله إنك أخطأت السنة والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء ] ولأنه إذا طلق في الحيض طول العدة عليها فإن الحيضة التي طلق فيها لا تحسب من عدتها ولا الطهر الذي بعدها عند من يجعل الإقراء الحيض وإذا طلق في طهر أصابها فيه لم يأمن من أن تكون حاملا فيندم وتكون مرتابة أتعتد بالحمل أو الإقراء ؟

[ جزء 8 - صفحة 236 ]

مسألة : ويصح من الزوج العاقل البالغ المختار ومن الصبي العاقل وعنه لا يصح حتى يبلغ
مسألة : ويصح من الزوج العاقل البالغ المختار ومن الصبي العاقل وعنه لا يصح حتى يبلغ
أما صحة الطلاق من الزوج العاقل المختار فلا نعلم فيه خلافا لأنه عقد معاوضة فصح منه كالبيع وأما الصبي فإن لم يعقل فلا طلاق له بغير خلاف وأما الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه فأكثر الروايات عن أحمد أن طلاقه يقع وذكره الخرقي واختاره أبو بكر و ابن حامد وروي نحو ذلك عن سعيد بن المسيب و عطاء و الحسن و الشعبي و إسحاق وروى أبو طالب عن أحمد لا يجوز طلاقه حتى يحتلم وهو قول النخعي و الزهري و مالك و حماد و الثوري و أبي عبيد وذكر أبو عبيد أنه قول أهل العراق وأهل الحجاز وروي ذلك عن ابن عباس لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم ] ولأنه غير مكلف فلم يقع طلاقه كالمجنون ووجه الأولى قول النبي صلى الله عليه وسلم : [ إنما الطلاق لمن أخذ بالساق ] ـ وقوله ـ [ كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله ] وروي عن علي رضي الله عنه قال : اكتموا الصبيان النكاح فيفهم أن فائدته أن لا يطلقوا ولأنه طلاق من عاقل صادف محل طلاق فأشبه طلاق البالغ
فصل : وأكثر الروايات عن أبي عبد الله تحديد من يقع طلاقه من الصبيان بكونه يعقل وهو اختيار القاضي وروى أبو الحارث عن أحمد إذا عقل الطلاق جاز طلاقه ما بين عشر إلى اثنتي عشرة وهذا يدل على أنه لا يقع دون العشر وهو اختيار أبي بكر لأن العشر حد الضرب على الصلاة والصيام وصحة الوصية فكذلك هذا وعن سعيد بن المسيب إذا احصى الصلاة وصام رمضان جاز طلاقه وقال عطاء إذا بلغ أن يصيب النساء وعن الحسن إذا عقل وحفظ الصلاة وصام رمضان وقال إسحاق إذا جاز اثنتي عشرة
فصل : ومن أجاز طلاقه اقتضى مذهبه أن يجوز توكيله فيه وتوكله لغيره وقد أومأ إليه فقال في رجل قال لصبي طلق امرأتك فقال قد طلقتك ثلاثا لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق له فإن كانت له زوجة صبية فقالت له صيرا أمري إلي فقال لها أمرك بيدك فاقالت قد اخترت نفسي ؟ فقال أحمد ليس شيئا حتى يكون مثلها يعقل الطلاق وقال أبو بكر لا يصح أن يوكل حتى يبلغ وحكاه عن أحمد
ولنا أن من صح تصرفه في شئ مما تجوز الوكالة فيه بنفسه صح توكيله ووكالته فيه كالبالغ وما روي عن أحمد من منع ذلك فهو على الرواية التي لا تجيز طلاقه وتأتي إن شاء الله تعالى :
فصل : فأما السفيه فيقع طلاقه في قول أكثر أهل العلم منهم القاسم بن محمد و مالك و الشافعي و أبو حنيفة وأصحاب ومنع من عطاء والأولى صحته لأنه مكلف مالك لمحل الطلاق فوقع طلاقه كالرشيد والحجر عليه في ماله لا يمنع من التصرف في غير ما هو محجور عليه فيه كالمفلس

مسألة : ومن زال عقله بسبب يعذر فيه كالمجنون والنائم والمغمى عليه والمبرسم لم يقع طلاقه

مسألة : ومن زال عقله بسبب يعذر فيه كالمجنون والنائم والمغمى عليه والمبرسم لم يقع طلاقه

أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر أو ما في معناه لا يقع طلاقه كذلك قال عثمان وعلي و سعيد بن المسيب و الحسن و النخعي و الشعبي و قتادة و أبو قلابة و الزهري و يحيى الأنصاري و مالك و الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي وأجمعوا على أن الرجل في حال نومه أنه لا طلاق له وقد ثبت [ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : رفع القلم عن ثلاثة عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل ] وروي عن أبي هريرة [ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله ] رواه البخاري وقال الترمذي لا نعرفه إلا من حديث عطاء عن ابن عجلان وهو ذاهب الحديث وروي عن علي بإسناده مثل ذلك ولأنه قول يزيل الملك فاعتبر له العقل كالبيع وسواء زال بجنون أو اعماء أو شرب دواء أو إكراه على شرب الخمر أو شرب ما يزيل عقله أو لم يعلم أنه مزيل لعقل فكل هذا يمنع وقوع الطلاق رواية واحدة ولا نعلم فيه خلافا



مسألة : وإن كان بسبب لا يعذر فيه كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله لغير حاجة ففي صحة طلاقه روايتان وكذا يخرج في قتله وقذفه وسرقته وزناه وظهاره وإيلائه

مسألة : وإن كان بسبب لا يعذر فيه كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله لغير حاجة ففي صحة طلاقه روايتان وكذا يخرج في قتله وقذفه وسرقته وزناه وظهاره وإيلائه

اختلف الرواية عن أحمد رحمه الله في طلاق السكران فروي عنه أنه يقع اختارها أبو بكر الخلال والقاضي وهو مذهب سعيد بن المسيب و عطاء و مجاهد و الحسن و ابن سرين و الشعبي و النخعي و الحكم و مالك و الأوزاعي و الشافعي و ابن شبرمة و أبي حنيفة وصاحبيه و سليمان بن حرب لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ كل الطلاق جائز إلا طلاق المعتوه ] ومثل هذا عن علي ومعاوية وابن عباس قال ابن عباس طلاق السكران جائز ان ركب كمعصية من معاصي الله نفعه ذلك ولأن الصحابة جعلوه كالصاحي في الحد بالقذف بدليل ما روى أبو وبرة الكلبي قال : أرسلني خالد إلى عمر فأتيته في المسجد وعند عثمان وعلي الرحمن وطلحة والزبير فقالت إن خالدا يقول ان اناس انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة قال عمر هؤلاء عندك فسلهم فقال علي نراه إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون فقال عمر أبلغ صاحبك ما قال فجعلوه كالصاحي ولأنه إيقاع الطلاق من مكلف غير مكره صادف ملكه فوجب أن يقع كطلاق الصاحي ويدل على تكليفة أنه يقتل بالقتل ويقطع بالسرقة وبهذا فرق المجنون والثاني : لا يقطع طلاقه اختارها أبو بكر عبد العزيز وهو قول عثمان رضي الله عنه ومذهب عمر بن العزيز و القاسم و طاوس و ربيعة و يحيى الأنصاري و الليث و العنبري و إسحاق و أبي ثور و المزني قال ابن المنذر هذا ثابت عن عثمان لا نعلم أحدا من الصحابة خالفه وقال أحمد حديث عثمان أرفع شيء فيه وهو أصح يعني من حديث علي وحديث الأعمش عن منصور ولا يرفعها علي ولأنه زائل العقل أشبه المجنون والنائم ولأنه مفقود الارادة أشبه المكره ولأنه العقل شرط التكليف إذا هو عبارة عن الخطاب بأمر أو نهي ولا يتوجه ذلك إلى من لا يفهمه ولا فرق بين زوال الشرط بمعصية أو غيرها بدليل أن من كسر ساقه جاز له أن يصلي قاعدا ولو ضربت المرأة بطنها فنفست

سقطت عنها الصلاة ولو ضربت رأسه فجن سقط التكليف وحديث أبي هريرة لا يثبت وأما قتله وقذفه وسرقته فهو كمسألتنا
فصل : والحكم في عتقه ونذره وبيعه وشرائه وردته وإقراره وقتله وقذفه وسرقته كالحاكم في طلاقه لأن المعنى في الجميع واحد وقد روي عن أحمد في بيعه وشرائه الروايتان وسأله ابن منصور إذا طلق السكران أو سرق أو زنى أو افترى أو اشترى أو باع فقال أخبر عنه لا يصح من أمر السكران شيء من وقال أبو عبد الله بن حامد حكم السكران حكم الصاحي فيما له وفيما عليه أما في ما له وعليه كالبيع والنكاح والمعاوضات فهو كالمجنون لا يصح له شيء وقد أومأ إليه أحمد والأولى أن ما له أيضا لا يصح منه لأن تصحيح تصرفاته مما عليه مؤاخذة له وليس من المؤاخذة تصحيح له وكذلك الحكم فيمن شرب أو أكل ما يزيل عقله لغير حاجة وهو يعلم قياسا على السكران في كوقوع طلاقه وبهذا قال أصحاب الشافعي وقال أصحاب أبي حنيفة لا يقع طلاقه لأنه لا يلتذ بشربها
ولنا أنه زال عقله فأشبه السكران
فصل : وحد السكر الذي يقع الخلاف في صاحبه هو الذي يجعله يخلط في كلامه ولا يعف رداءه من رداء غيره وفعله من فعل غيره ونحو ذلك لأن الله تعالى قال : { يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون } فجعل علامة زوال السكر علمه ما يقول وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال : استقرئوه القرآن أو ألقوا رداءة في الاردية فإن قرا أم القرآن أو عرف رداءه وإلا فأقم عليه الحد ولا يعتبر أن لا يعرف السماء من الأرض ولا الذكر من الأنثى لأن ذلك لا يخفي على المجنون فغيه أولى
فصل : في المغمى عليه إذا طلق فلما أفاق وعلم أنه كان أغمي عليه وهو ذاكر لذلك فقال إذا كان ذاكر لذلك فليس هو مغمى عليه فقال أحمد يجوز طلاقه وقال في رواية أبي طالب في المجنون يطلق فقيل له اما أفاق إنك طلقت امرأتك فقال ما أنا أذكر اني طلقت ولم يكن عقلي معي فقال إذا كان يذكر أنه طلق فقد طلقت فلم يجعله مجنونا إذا كان يذكر الطلاق ويعلم به قال شيخنا وهذا والله أعلم فيمن جنونه بذهاب معرفته بالكلية وبطلان حواسه فأما من كان جنونه لنشاف أو كان متبرسما فإن ذلك يسقط حكم تصرفه مع أنه معرفته غير ذاهبة بالكلية فلا يضره ذكره للطلاق إن شاء الله تعالى



مسألة : ومن أكره على الطلاق بغير حق لم يقع طلاقه
مسألة : ومن أكره على الطلاق بغير حق لم يقع طلاقه
لا تخلف الرواية عن أحمد ان طلاق المكره لا يقع روي ذلك عن عمر وعلي وابن عمر وابن عباس وابن الزبير وجابر بن سمرة وبه قال عبد الله بن عبيد بن عمير و عكرمة و جابر بن زيد و شريح و عطاء و طاوس و عمر بن عبد العزيز و ابن عمر و أيوب السختياني و مالك و الأوزاعي و الشافعي و إسحاق و أبو ثور و أبو عبيد وأجازه أبو قلابة و الشعبي و النخعي و الزهري و الثوري و أبو حنيفة وصحباه لأن طلاق من مكلف في محل يملكه فنفذ كطلاق غير المكره
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [ إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ] رواه ابن ماجة و [ عن عائشة قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا طلاق في إغلاق ] رواه أبو داود وقال أبو عبيد والقتيبي معناه في كإكراه وقال أبو بكر سألت ابن دريد وأبا ظاهر النحويين فقالا يريد الإكراه لأنه إذا أكره انغلق عليه رأيه ويدخل في هذا المعنى المبرسم والمجنون ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعا ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يثبت له حكم ككلمة الكفر إذا أكره عليها

فصل : وإن كان الاكراه بحق كإكراه الحاكم المولي على الطلاق بعد التربص إذا لم يفئ أو إكراهه الرجلين اللذين زوجهما الوليان ولم يعلم السابق منهما على الطلاق فإنه يقع لأنه قول حمل عليه لحق فصح كإسلام المرتد إذا أكره عليه ولأنه إنما جاز إكراهه على الطلاق ليقع طلاقه فلو لم يقع لم يحصل المقصود

[ جزء 8 - صفحة 244 ]

مسألة : وإن هدده بالقتل وأخذ المال ونحوه قادر يغلب على ظنه وقوع ما هدده به فهو إكراه وعنه لا يكون مكرها حتى يناله شيء من العذاب كالضرب والخنق وعصر الساق واختاره الخرقي
مسألة : وإن هدده بالقتل وأخذ المال ونحوه قادر يغلب على ظنه وقوع ما هدده به فهو إكراه وعنه لا يكون مكرها حتى يناله شيء من العذاب كالضرب والخنق وعصر الساق واختاره الخرقي
أما إذا نيل بشيء من العذاب كالضرب والخنق والعصر والحبس والغط في الماء مع الوعيد فإنه يكون إكراها بلا إشكال لما [ روي أن المشركين أخذوا عمارا فأرادوه على الشرك فأعطاهم فأتى إليه النبي صلى الله عليه وسلم وهو يبكي فجعل يمسح الدموع عن عينيه ويقول : أخذك المشركون فغطوك في الماء وأمروك أن تشرك بالله ففعلته فإن أخذوك مرة أخرى فافعل ذلك بهم ] رواه أبو حفص بإسناده وقال عمر رضي الله عنه ليس الرجل أمينا على نفسه إذا أوجعته أو ضربته أو أوثقته وهذا يقتضي وجود فعل يكون به إكراها فأما الوعيد بمفرده فعن أحمد إحداهما : ليس بإكراه لأن الذي ورد الشرع بالرخصة معه هو ما ورد في حديث عمار وفيه [ إنهم أخذوك فغطوك ] فلا يثبت الحكم إى فيما كان مثله والثانية : أن الوعيد بمفرده إكراه قال في رواية ابن منصور حد الإكراه إذا خاف القتل أو ضربا شديدا وهذا قول أكثر الفقهاء وبه يقول أبو حنيفة و الشافعي لأن الإكراه لا يكون إلا بالوعيد فإن الماضي من العقوبة لا يندفع بفعل ما أكره عليه ولا يخشى من وقوعه وإنما أبيح له فعله المكروه عليه دفعا لما يتوعد به من العقوبة فيما بعد وهو في الموضعين واحد لأنه متى توعد بالقتل وعلم أنه يقتله فلم يبح له فعل ما أفضى إلى قتلكه وإفضؤه بيده إلى التهلكة ولا يفيد ثبوت الرخصة بالاكراه شيئا لأنه إذا طلق في هذه الحال وقع طلاقه فيصل المكره إلى مراد ويقع الضرر بالمكره وثبوت الإكراه في حق من نيل بشيء من العذاب لا ينفي ثبوته في حق غيره
وقد روي عن عمر في الذي تدلى يشتار عسلا فوقفت امرأته على الحبل وقالت طلقني ثلاثا قطعته فذكرها الله والإسلام فقالت لتفعلن أو لأفعلن فطلقها ثلاثا فردها إليه رواه سعيد بإسناده وهذا كان وعيدا
فصل : ومن شرط الاكراه ثلاثة أمور
أحدهما : أن يكون قادرا يسلطان أو تغلب كاللص ونحوه وحكي عن الشعبي اللص لم يقع طلاق وإن أكرهه السلطان وقع وقال ابن عيينه لأن اللص يقتله وعموم ما ذكرناه في دليل الإكراه يتناول الجميع والذين أكرهوا عمارا لم يكونوا لصوصا وقد [ قال النبي صلى الله عليه وسلم : إن عادوا فعد ] لأنه إكراه فمنع وقوع الطلاق كإكراه اللص
الثاني : أن يغلب على ظنه نزول الوعيد به إن لم يجبه إلى ما طلبه
الثالث : أن يكون فيما يستضر به ضررا كبيرا كالقتل والضرب الشديد والحبس والقيد الطويلين فأما السب والشتم فليس بإكراه رواية واحدة وكذلك أخذ المال اليسير فأما الضرب اليسير فإن كان في محق من لا يبالي به فليس بإكراه وإن كان حق ذوي المروءات على وجه يكون إخراقا لصاحبه وغضا له وشهرة في حقه فهو كالضرب الكثير في حق غيره وإن توعد بتعذيب ولده فقد قيل ليس بإكراه لأن الضرر لاحق بغيره والأولى أن يكون إكراها لأن ذلك أعظم عنده من أخذ ماله والوعيد بذلك إكراه فكذلك هذا

فصل : فإن أكره على طلاق امرأة فطلق غيرها وقع لأنه غير مكره عليه وإن أكره على طلقة فطلق ثلاثا وقع أيضا لأنه لم يكره على الثلاث وإن طلق من أكره على طلاقها وغيرها وقع طلاق غيرها دونها وإن خلصت نيته في الطلاق دون دفع الإكراه وقع لأنه قصد واختاره ويحتمل أن لا يقع لأن اللفظ مرفوع عنه فلا يبقى إلا مجرد النية فلا يقع بها طلاق وإن طلق ونوى بقلبه غير امرأته وتأول في يمينه فله بأويله ويقبل قوله في نيته لأن لإكراه دليل على تأويله وإن لم يتأول وقصدها بالطلاق لم يقع لأنه معذور وذكر أصحاب الشافعي وجها أنه لا يكره على نيته
ولنا أنه مكره عليه لعموم ما ذكرنا من الأدلة ولأنه قد لا يحضره التأويل في تلك الحال فتفوت الرخصة

[ جزء 8 - صفحة 247 ]

مسألة : ويقع الطلاق في النكاح المختلف فيه كالنكاح بلا ولي عند أصحابنا
مسألة : ويقع الطلاق في النكاح المختلف فيه كالنكاح بلا ولي عند أصحابنا
واختار أبو الخطاب أنه لا يقع يعتقد صحته
ولنا أنه إزالة ملك بني على التغليب والسراية فجاز أن ينفذ في العقد الفاسد إذا مل يكن في نفوذه إسقاط حق الغير ولأنه عقد يسقط الحد ويثبت النسب والعدة والمهر أشبه الصحيح ووجه قول أبي الخطاب أنه ليس بعقد صحيح ولم يثبت به النكاح فلم يقع فيه الطلاق كالمتفق على بطلانه فإن اعتقد صحته وقع فيه الطلاق كالمتفق على صحته

مسألة : وإذا وكل في الطلاق من يصح توكيله صح طلاقه
مسألة : وإذا وكل في الطلاق من يصح توكيله صح طلاقه
لأنه إزالة ملك فصح التوكيل فيه كالعتق ولا يصح التوكيل إلا للبالغ العاقل فأما الطفل والمجنون فلا يصح توكيلهما فإن كفعل فطلق واحد منهم لم يقع طلاقه وقال أصحاب الرأي يقع
ولنا أنهما ليسا من أهل التصرف فلا يصح تصرفهم كما لو وكلهم في العتق وإن وكل كافرا أو عبدا صح لأنهما ممن يصح طلاقه لنفسه فصح توكيلهما فيه وكل امرأة يصح لأنه يصح توكلها في العتق فصح في الطلاق كالرجل فإن جعله في يد صبي يعقل الطلاق انبنى ذلك على صحة طلاقه لزوجته وقد مضى ذلك وقد نص أحمد ههنا على اعتبار وكالته بطلاقه فقال إذا قال لصبي طلق امرأتي ثلاثا لا يجوز عليها حتى يعقل الطلاق أرأيت لو كان لهذا الصبي امرأة فطلقها أكان يجوز طلاقه ؟ فاعتبر طلاقه بالوكالة بطلاقه لنفسه وهكذا لو جعل أمر الصغيرة والمجنونة بيدها لم تملك ذلك نص عليه أحمد في امرأة صغيرة قال لها أمرك بيدك فقالت اخترت نفسي ليس بشيء حتى يكون مثلها يعقل لأنه تصرف بحكم كالتوكيل وليست من أهل التصرف فظاهر كلام أحمد هذا أنها إذا علقت الطلاق وقع طلاقها وإن لم تبلغ كما قررناه في الصبي وفيه رواية أخرى أن الصبي لا يصح طلاقه حتى يبلغ فكذلك يخرج في هذه لأنها مثله في المعنى

[ جزء 8 - صفحة 248 ]

مسألة : وله أن يطلق متى شاء إلا أن يحد له حدا
مسألة : وله أن يطلق متى شاء إلا أن يحد له حدا

لأن لفظ التوكيل يقتضي ذلك لكونه توكيلا مطلقا فأشبه التوكيل في البيع إلا أن يحد له حدا فيكون على ما أذن كله لأن الأمر إلى الموكل في ذلك لكون الحق له والوكيل نائبه فتنسب له الوكالة على ما يقتضيه لفظ الموكل إن كان لفظه عاما اقتضى العموم وإن كان خاصا اقتضى ذلك

مسألة : ولا يطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل ذلك إليه
مسألة : ولا يطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل ذلك إليه
لأن الأمر المطلق يتناول ما يقع عليه الاسم إلا أن يجعل أكثر من واحدة بلفظه أو نيته نص عليه لأنه نولا بكلامه ما يحتمله والقول قوله في نيته لأنه أعلم بها



مسألة : فإن وكل اثنين صح وليس لأحدهما أن يطلق على الانفراد إلا أن يجعل ذلك إليه
مسألة : فإن وكل اثنين صح وليس لأحدهما أن يطلق على الانفراد إلا أن يجعل ذلك إليه
ولأنه إنما رضي بتصرفهما جميعا وبهذا قال الحسن و مالك و الثوري و الشافعي و وأبو عبيد و ابن المنذر فإن أذن لأحدهما في الانفراد لأن الحق له
فصل : فإن وكلهما في ثلاث فطكلق أحدهما أكثر من الآخر مثل أن يطلق أحدهما واحدة والآخر ثلاثا فتقع واحدة وبهذا قال إسحاق وقال الثوري لا يقع بشيء
ولنا أنهما طلقا جميعا واحده مأذونا فيها فصح كما لو جعل اليهما واحدة وإن طلق أحدهما اثنتين والآخر ثلاثا وقع إثنتان لأنهما اجتمعا عليهما

مسألة : وإن قال لامرأته طلقي نفسك فلها ذلك كالوكيل فإن نوى عددا فهو على ما نوى وإن طلق من غير نية لم يملك إلا واحدة
مسألة : وإن قال لامرأته طلقي نفسك فلها ذلك كالوكيل فإن نوى عددا فهو على ما نوى وإن طلق من غير نية لم يملك إلا واحدة
لأن الأمر المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم وكذلك الحكم لو نكل أجنبيا فقال طلق زوجتي فالحكم على ما ذكرناه
قال أحمد لو قال لامرأته طلقي نفسك ونوى ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثا فهي ثلاث وإن كان نوى واحدة لأن الطلاق يكون واحدة وثلاثا فأيهما نواه فقد نوى بلفظ ما احتمله وإن لم ينو تناول اليقين فإن طلقت نفسها أو طلقها الوكيل في المجلس أو بعده وقع الطلاق لأنه توكيل قال القاضي لو قال لامرأته طلقي نفسك تقيد بالمجلس لأنه تفويض للطلاق إليها فتقيد بالمجلس كقوله اختاري ولنا أنه توكيل في الطلاق فكان على التراخي كتوكيل الأجنبي وكقوله أمرك بيدك وفارق اختاري فإنه تخيير وينتقض ما ذكره بقوله أمرك بيدك فإن قال طلقي ثلاثا فطلقت واحدة وقع نص عليه وقال مالك لا يقع شيء لأنها لم تمتثل أمره
ولنا أنها ملكت إيقاع ثلاث فملكت إيقاع واحدة كموكل ولأنه ول قال وهبتك هؤلاء العبيد الثلاثة فقال قبلت واحدا منهم صح كذا ههنا وإن قال طلقي واحدة فطلقت ثلاثا وقعت واحدة نص عليه أيضا وبه قال مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقع شيء لأنها لم تأت بما يصلح قبولا فلم يصح كما لو قال بعتك نصف هذا العبد فقال قبلت البيع في جمعيه
ولنا أنها أوقعت طلاقا مأذونا فيه وغيره فوقع المأذون فيه دون غيره كما لو قال طلقي نفسك فطلقت نفسها وضرائرها فإن قال طلقي فقالت أنا طالق إن قدم زيد لم يصح لأن إذنه انصرف إلى المنجز فلم يتناول المعلق على شرط وحكم توكيل الأجنبي في الطلاق كحكمها فيما ذكرناه كله

فصل : نقل عنه أبو الحارث إذا قال طلقي نفسك طلاق السنة فقالت قد طلقت نفسي ثلاثا هي واحدة وهو أحق برجعتها إنما كان كذلك لأن التوكيل بلفظ يتناول أقل ما يقع عليه اللفظ وهو طلقة واحدة وسيما وطلاق السنة في الصحيح واحدة في طهر لم يصبها

[ جزء 8 - صفحة 251 ]

مسألة : وإن قال اختاري من ثلاث ما شئت لم يكن لها أن تختار أكثر من اثنتين
مسألة : وإن قال اختاري من ثلاث ما شئت لم يكن لها أن تختار أكثر من اثنتين
لأن لفظه ذلك يقتضي ذلك لأن من للتبعيض فلم يكن لها استيعاب الجميع والله أعلم

[ جزء 8 - صفحة 252 ]

باب سنة الطلاق وبدعته
والسنة في الطلاق أن يطلقها في طهر لم يصبها فيه ثم يدعها حتى تنقضي عدتها
يعني طلاق السنة الطلاق الذي وافق أمر الله سبحانه وتعالى وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله تعالى : { يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن } وفي حديث عبد البله بن عمر الذي ذكرناه ولا خلاف في أنه إذا طلقها في طهر لم يصبها فيه واحدة ثم تركها حتى تنقضي عدتها أنه مصيب للسنة مطلق للعدة التي أمر الله بها قاله ابن عبد البر و ابن المنذر قال ابن مسعود طلاق السنة أن يطلقها من غير جماع وقال في قوله تعالى : { فطلقوهن لعدتهن } قال طاهرا من غير جماع ونحوه عن ابن عباس وفي حديث ابن عمر الذي رويناه [ ليتركها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ] وقوله ثم يدكعها حتى تنقضي عدتها فمعناه أن لا يتبعها طلاقا آخر قبل انقضاء عدتها ولو طلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار كان حكم ذلك حكم جميع الثلاث في طهر واحد قال أحمد طلاق السنة واحدة ثم يتركها حتى تحيض ثلاث حيض وبذلك قال مالك و الأوزاعي و الشافعي و أبو عبيد وقال أبو حنيفة و الثوري السنة أن يطلقها ثلاثا في كل قرء طلقة وهو قول سائر الكوفيين واحتجوا بحديث ابن عمر حين قال له النبي صلى الله عليه وسلم راجعها ثم أمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر قالوا وإنما أمره بإمساكها في هذا الطهر لأنه لم يفصل بينه وبين الطلاق طهر كامل فإذا مضى ومضت الحيضة التي بعده أمره بطلاقها وقوله في حديثه الآخر والسنة أن تستقبل الطهر فتطلق لكل قرء وروى النسائي بإسناده عن عبد الله قال : طلاق السنة أن يطلها تطليقة وهي طاهر في غير جماع فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى فإذا حاضت وطهرت طلقها أخرى ثم تعتد بعد بذلك
ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال : لا يطلق أحد للسنة فيندم رواه الأثرم وهذا لا يحصل إلا في حق من لم يطلق ثلاثا وقال ابن سيرين إن عليا كرم الله وجهه قال : لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبدا يطلقها تطليقة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاثا فمتى شاء راجعها رواه البخاري بإسناده وروى ابن عبد البر عن ابن مسعود أنه قال : طلاق السنة أن يطلقها وهي طاهر ثم يدعها حتى تنقضي عدتها أو يراجعها إن شاء فأما حديث ابن عمر الأول فلا حجة لهم فيه لأنه ليس فيه جمع الثلاث وأما حديثه الآخر فيحتمل أن يكون ذلك بعد ارتجاعها ومتى ارتجع بعد الطلهة ثم طلقها كان للسنة على كل حال حتى قال أبو حنيفة لو أمسكها بيده لشهوة ثم والى بين الثلاث كان مصيبا للسنة لأنه يكون مرتجعا والمعنى فيه أنه إذا ارتجعها سقط حكم الطلقة الاولى فصارت كأنها لم توجد ولا تغني به عن الطلقة الاخرى إذا احتاج الى فراق امرأته بخلاف ما

إذا لم يرتجعها فإن مستغن عنها لافضائها الى مقصوده من ابانتها فافترقا ولأن ما ذكروه إرداف طلاق من غير ارتجاع فلم يكن للسنة كجمع الثلاث

[ جزء 8 - صفحة 254 ]

مسألة : وإن طلق المدخول بها في حيضها أو في طهر أصابها فيه فهو طلاق بدعة محرم ويقع طلاقه في قوله عامة أهل العلم
مسألة : وإن طلق المدخول بها في حيضها أو في طهر أصابها فيه فهو طلاق بدعة محرم ويقع طلاقه في قوله عامة أهل العلم
قال ابن المنذر و ابن عبد البر في ذلك إلا أهل البدع والضلال وحكاه أبو نصر عن ابن علية و هشام بن الحكم و الشيعة قالوا لا يقع طلاقه لأن الله تعالى أمر به في قبل العدة فإذا طلق في غيره لم يقع كالوكيل إذا أوقعه في زمن موكله بإيقاع في غيره
ولنا حديث ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بمراجعتها وفي رواية الدارقطني [ قال : قلت يا رسول الله أفرأيت لو أني طلقتها ثلاثا أكان يحل لي أن أراجعها ؟ قال : لا كانت تبين منك وتكون معصية ] وقال نافع وكان عبد الله طلقها فحسبت من طلاقه وراجعها كما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن رواية يونس بن جبير عن ابن عمر قال قلت لابن عمر أتعتد عليه أو تحتسب عليه ؟ قال نعم أرأيت إن عجز واستحمق وكلها أحاديث صحاح ولأنه طلاق من مكلف في محل الطلاق فوقع كطلاق الحامل ولأنه ليس بقربة فيعتبر لوقوعه موافقة السنة بل هو إزالة عصمة وقطع فإيقاعه في زمن البدعة أولى تغليظا عليه وعقوبة له أما غير الزوج فلا يملك الطلاق والزوج يملكه بملك محله

[ جزء 8 - صفحة 255 ]

مسألة : تستحب رجعتها وعنه أنها واجبة
مسألة : تستحب رجعتها وعنه أنها واجبة
إنما استحبت مراجعتها لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بمراجعتها وأقل أحوال الأمر الاستحباب ولأنه بالرجعة يزيل المعنى الذي حرم الطلاق ولا يجب في ظاهر المذهب وهو قول الثوري و الأوزاعي و ابن أبي ليلى و الشافعي وأصحاب الرأي وحكى ابن أبي موسى عن أحمد أن الرجعة تجب واختارها وهو قول مالك و داود لأن ظاهر الأمر الوجوب ولأن الرجعة تجري مجرى استيفاء النكاح واستيفاؤه ههنا واجب بدليل تحريم الطلاق لأن الرجعة إمساك للزوجة بدليل قول تعالى : { فأمسكوهن بمعروف } فوجب ذلك كإمساكها قبل الطلاق وقال مالك و داود يجبر على رجعتها قال أصحاب مالك يجبر على رجعتها ما دامت في العدة إلا أشهب قال ما لم تطهر ثم تحيض ثم تطهر لأنه لا يجب عليه إمساكها في تلك الحال فلا تجب عليه رجعتها فيه ولنا أنه طلاق لا يرتفع بالرجعة فلا تجب عليه الرجعة فيه كالطلاق في طهر أصابها فيه فإنهم أجمعوا على أن الرجعة لا تجب حكاه ابن عبد البر عن جميع العلماء وما ذكروه من المعنى ينتقض بهذه الصورة والأمر بالرجعة محمول على الاستحباب لما ذكرنا
فصل : فإذا راجعها وجب إمساكها حتى تطهر ويستحب أن يمسكها حتى تحيضة أخرى ثم تطهر على ما أمر النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر الذي رويناه قال ابن عبد البر ذلك من وجوه عند أهل العلم منها أن الرجعة لا تكاد تعلم صحتها إلا بالوطء لأنه المعتى من النكاح ولا يحصل الوطء إلا في الطهر فإذا وطئها حرم طلاقها فيه حتى تحيض ثم تطهر

فاعتبرنا مظنة الوطء ومحله لا حقيقته ومنها أن الطلاق كره في الحيض لتطويل العدة فلو طلقها عقيب الرجعة من غير وطء كانت في معنى المطلقة قبل الدخول وكانت تبني على عدتها فأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع حكم الطلاق بالوطء واعتبر الطهر الذي هو موضع الوطء فإذا وطئ حرم طلاقها حتى تحيض ثم تطهر وقد جاء في حديث عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : [ مره أن يراجعها فإذا طهرت مسها حتى إذا طهرت أخرى فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها ] رواه ابن عبد البر ومنها أنه عوقب على إيقاع في الوقت الحرم بمنعه منه في الوقت الذي يباح له وذكر غير هذا فإن طلقها في الطهر الذي يلي الحيضة قبل أن يمسها فهو طلاق سنة وقال أصحاب مالك لا يطلقها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر على ما جاء في الحديث
ولنا قوله تعالى : { فطلقوهن لعدتهن } وهذا مطلق للعدة فيدخل وقد روى يونس بن جبير و سعيد بن جبير و ابن سيرين و زيد بن سلم و أبو الزبير عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يراجعها حتى تطهر ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك ولم يذكروا تلك الزيادة وهو حديث صحيح متفق عليه ولأنه طهر لم يمسها فيه فأشبه الطهر الثاني وحديثهم محمول على الاستحباب



مسألة : وإن طلقها ثلاثا في طهر لم يصبها فيه كره وفي تحريمه روايتان
مسألة : وإن طلقها ثلاثا في طهر لم يصبها فيه كره وفي تحريمه روايتان
أختلفت الرواية عن أحمد في جمع الثلاث فروي عنه غير محرم اختارها الخرقي وهو مذهب الشافعي و أبي ثور و داود وروي ذلك عن الحسن بن علي و عبد الرحمن بن عوف و الشعبي ل [ أن عويمر العجلاني لما لاعن امرأته قال كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ] متفق عليه ولم ينقل إنكار النبي صلى الله عليه وسلم عليه و [ عن عائشة أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن رفاعة طلقني فبت طلاقي ] متفق عليه وفي حديث فاطمة بنت قيس أن زوجها أرسل إليها ولأنه طلاق جاز تفريقه فجاز جمعه كطلاق النساء
والرواية الثانية : إن جمع الثلاث محرم وهو طلاق بدعة اختارها أبو بكر وأبو حفص روي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وهو قول مالك و أبي حنيفة قال علي لا يطلق أحد للسنة فيندم وفي رواية قال يطلقها واحدة ثم يدعها ما بينها وبين أن تحيض ثلاث حيض فمتى شاءت راجعها وعن عمر أنه كان إذا أتي يرجل طلق ثلاثا أوجعه ضرباً وعن مالك بن الحارث قال جاء رجل الى ابن عباس فقال إن ابن عمي طلق امرأته فقال إن ابن عمك عصى الله وأطاع الشيطان فلم يجعل الله له مخرجا ووجه ذلك قول الله تعالى : { يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن } الى قوله : { لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا } قال بعد ذلك { ومن يتق الله يجعل له مخرجا } ـ { ومن يتق الله يجعل له من أمره يسرا } وروى النسائي بإسناده [ عن محمود بن لبيد قال أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فغضب ثم قال : أيلعب بكتاب الله عز وجل وأنا بين أظهركم ؟ حتى قام رجل فقال يا رسول الله ألا أقتله ] وفي حديث ابن عمر [ قال قلت يا رسول الله لو طلقتها ثلاثا قال : إذا عصيت ربك وبانت منك امرأتك ] وروى الدارقطني بإسناده [ عن علي قال سمع النبي صلى الله عليه وسلم رجلا طلق البتة فغضب وقال : يتخذون آيات الله هزوا ولعبا من طلاق البتة الزمناه ثلاثا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ] ولأنه تحريم للبضع بقول الزوج من غير حاجة فحرم كالظهار بل هذا أولى لأن الظهار يرفع تحريمه بالتفكير وهذا لا سبيل للزوج الى دفعه بحال ولأنه ضرر وإضرار بنفسه وبامرأته من غير حاجة فيدخل في عموم النهي وربما كمان وسيلة الى عوده إليها حراما أو بحيلة لا يزيل التحريم ووقوع الندم خسارة الدنيا والآخرة فكان أولى بالتحريم من الطلاق في

الحيض الذي ضرره بقاؤها في العدة أياما يسيرة والطلاق في طهر مسها فيه الذي ضرره احتمال الندم بظهور الحمل فإن ضرر جمع الثلاث يتضاعف على ذلك أضعافا كثيرة فالتحريم ثم تنبيه على التحريم ههنا ولأنه قول من سمينا من الصحابة رواه الأثرم وغيره ولم يصح عندنا في عصرهم خلاف قولهم فيكون ذلك إجماعا فأما حديث المتلاعنين فغير لازم فإن الفرقة لم يقع بالطلاق فإنها وقعت بمجرد لعنهما وعند الشافعي بمجرد لعان لزوج فلا حجة فيه ثم إن اللعان يوجب تحريما مؤبدا فالطلاق بعده كالطلاق بعد انفساخ النكاح بالرضاع أو غيره ولأن جمع الثلاث إنما حرم لما يعقبه من الندم ويحصل به من الضرر ويفوت عليه من حل نكاحها ولا يحصل ذلك بالطلاق بعد اللعان لحصوله باللعان وسائر الأحاديث ليس فيها جمع الثلاث بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم فيكون مقرا عليه ولا حضر المطلق عند النبي صلى الله عليه وسلم أخبر بذلك لينكر عليه على أن حديث فاطمة قد جاء فيه أنه أرسل إليها بتطليقة كانت بقيت لها من طلاقها وحديث امرأة رفاعة جاء فيه أن طلاقها آخر ثلاث تطليقات متفق عليه فلم يكن في شيء من ذلك جمع الثلاث ولا خلاف بين الجميع في أن الاختيار والأولى أن يطلق واحدة ثم يدعها حتى تنقضي عدتها إلا ماحكينا من قول من قال انه يطلقها في كل قرء طلقة والاولى أولى فإن في ذلك امتثالا لأمر الله سبحانه وموافقة لقول السلف وأمنا من الندم فإنه متى ندم راجعها فإن فات ذلك بانقضاء عدتها له نكاحها قال محمد بن سيرين إن عليا كرم الله وجهه قال لو أن الناس أخذوا بما أمر الله من الطلاق ما يتبع رجل نفسه امرأة أبدا يطلقها تطليقة ثم يدعها حتى ما بينها وبين أن تحيض ثلاثا فمتى شاء راجعها رواه النجاد بإسناده وقال عبد الله من أراد أن يطلق الطلاق الذي هو الطلاق فليمهل حتى إذا حاضت ثم طهرت طلقها في غير جماع ثم يدعها حتى تنقضي عدتها لا يطلقها ثلاثا وهي حامل فيجمع الله عليه نفقتها وأحر رضاعها ويندمه فلا يستطيع إليها سبيلا

فصل : فإن طلق ثلاثا بكلمة واحدة وقع الثلاث وحرمت عليه متى تنكح زوجا غيره ولا فرق بين قبل الدخول وبعده روي ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر وعبد الله بن عمرو وابن مسعود وأنس وهو قول أكثر أهل العلم من التابعين والأئمة بعدهم وكان عطاء و طاوس و سعيد بن جبير و أبو الشعثاء و عمرو بن دينار يقولون من طلق البكر ثلاثا فهي واحدة وروى طاوس [ عن ابن عباس قال كان الطلاق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر طلاق الثلاث واحدة ] رواه أبو داود وروى سعيد بن جبير و عمر بن دينار و مجاهد و مالك بن الحارث عن ابن عباس خلاف رواية طاوس أخرجه أيضا أبو داود وأفتى ابن عباس بخلاف ما روى عن طاوس وقد ذكرنا حديث ابن عمر أرأيت لو طلقها ثلاثا وروى الدار قطني بإسناده [ عن عبادة الصامت قال طلق بعض آبائي امرأته ألفا فانطلق بنوه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله إن أبانا طلق أمنا ألفا فهل له مخرج ؟ فقال : إن أباكم لم يتق الله فيجعل له من أمره مخرجا بانت منه بثلاث على غير السنة وتسعمائة وسبعة وتسعون إثم في عنقه ] ولأن النكاح ملك يصح إزالته متفرقا فصح مجتمعا كسائر الاملاك فأما حديث ابن عباس فقد صحت الرواية عنه بخلافه وافتى بخلافه قال الأثرم سألت أبا عبد الله عن حديث ابن عباس بأي شيء تدفعه فقال أدفعه برواية الناس عن ابن عباس من وجوه خلافه ثم ذكر عن ابن عباس من وجوه خلافه أنها ثلاث وقيل معنى حديث ابن عباس أن الناس كانوا يطلقون واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وإلا فلا يجوز أن يخالف عمر ما كان في عهد النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ولا يسوغ لابن عباس أن يروي هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويفتي بخلافه

فصل : فإن طلق أثنتين في طهر ثم تركها حتى انقضت عدتها فهو للسنة لأنه لم يحرمها على نفسه ولم يسد على نفسه المخرج من الندم ولكنه ترك الاختيار لأنه فوت على نفسه طلقة جعلها الله له من غير فائدة يحصل بها فكان مكروها كتضييع المال ن فإن كانت المرأة صغيرة أو آيسة أو غير مدخول بها أو حاملا قد استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة إلا في العدد فإذا قال لها أنت طالق للسنة أو قال للبدعة طلقت في الحال واحدة قال ابن عبد البر أجمع العلماء أن طلاق السنة إنما هو للمدخول بها فأما غير المدخول بها فليس لطلاقها سنة

ولا بدعة إلا في عدد الطلاق فلى اختلاف بينهم فيه وذلك لأن الطلاق في الحيض وترتاب بالطلاق في الطهر الذي جامعها فيه وينتفي عنها الأمران بالطلاق في الطهر الذي لم يجامعها فيه أما غير المدخول بها فلا عدة عليها تبقى بتطويلها أو الارتياب فيها وكذلك ذوات الأشهر كالصغيرة التي لم تحض والآيسات من المحيض لا سنة لطلاقهن ولا بدعة لأن العدة لا تطول بطلاقها في حال ولا تحمل فترتاب وكذلك الحامل التي استبان حملها فهؤلاء كلهن ليس لطلاقهن سنة ولا بدعة من جهة الوقت في قول أصحابنا وهو مذهب الشافعي وكثير من أهل العلم فإذا قال لأحد هؤلاء أنت طالق للسنة أو للبدعة وقعت طلقة في الحال ولغت الصفة لأن طلا قها لا يتصف بذلك فصال كأنه قال أنت طالق ولم يزد وكذلك إن قال أنت طالق للسنة والبدعة أو قال أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة طلقت في الحال لأنه وصف الطلقة بصفتها ويحتمل كلام الخرقي أن يكون للحامل طلاق سنة لأنه طلاق أمر به لقوله عليه الصلاة والسلام [ ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا ] رواه مسلم وهو ظاهر كلام أحمد فإنه قال أذهب الى حديث سالم عن أبيه يعني هذا الحديث ولأنها في حال انتقلت إليها بعد زمن البدعة ويمكن أن تنتقل عنها الى زمان البدعة فكان طلاقها طلاق سنة كالطاهر من الحيض من غير مجامعة ويتفرع منه أنه لو قال لها أنت طالق للبدعة لم تطلق في الحال فإذا رضعت الحمل طلقت لأن النفاس زمان بدعة كالحيض وقوله إلا في العدد يعني أنه يكره له أن يطلق ثلاثا أو يحرم لأنه إذا طلق ثلاثا لم يبق له سبيل الى الرجعة فطلاق السنة في حقهم أن يكون واحدة ليكون له سبيلا الى تزوجها من غير أن تنكح زوجا غيره

فصل : وإن قال لصغيرة أو غير مدخول بها أنت طالق للبدعة ثم قال أردت إذا حاضت الصغيرة أو أصيبت غير المدخول بها أو قال لهما أنتما طالقتان للسنة أو قال أردت طلاقهما في زمن يصير طلاقهما فيه للسنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم ؟ فيه وجهان ذكرهما القاضي أحدهما : لا يقبل وهو أشبه بالمذهب لأنه فسر كلامه بما يحتمله فيقبل كما أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها

فصل : إذا قال في طهر جامعها فيه أنت طالق للسنة فيئست من الحيض لم تطلق لأنه وصف طلاقها بأنه للسنة في زمن يصلح له فإذا صارت آيسة فليس لطلاقها سنة فلم توجد الصفة فلا يقع وكذلك إن استبان حملها لم يقع أيضا إلا على قول جعل طلاق الحامل سنة فإنه ينبغي أن يقع لوجود الصفة كما لو حاضت ثم طهرت



مسألة : وإن قال لمن لها سنة وبدعة أنت طالق في طهر لم يصبها فيه طلقت إذا طهرت من الحيضة المستقبلة

مسألة : وإن قال لمن لها سنة وبدعة أنت طالق في طهر لم يصبها فيه طلقت إذا طهرت من الحيضة المستقبلة

إذا قال لامرأته أنت طالق للسنة فمعناه في وقت السنة فإن كانت في طهر غير مجامعة فيه فهون وقت السنة على ما اسلفناه وكذلك إن كانت حاملا قد استبان حملها على ظاهر كلام أحمد وقد ذكرنا الخلاف في الحامل فإذا قال لها أنت طالق للسنة في الحالتين طلقت لأن وصف الطلقة بصفتها فوقعت في الحال وإن قال ذلك لحائض لم يقع في الحال لأن طلاقها طلاق بدعة لكن إذا طهرت طلقت لأن الصفة وحدت حينئذ إذا جاء النهار وإن كانت في طهر جامعها فيه لم يقع حتى تحيض ثم تطهر لأن الطهر الذي جامعها فيه والحيض بعده زمان بدعة فإذا طهرت من الحيضة المستقبلة طلقت حينئذ لأن الصفة وجدت وهذا مذهب أبي حنيفة فإن أولج في آخر الحيضة واتصل بأول الطهر أو أولج مع أول الطهر لم يقع الطلاق في ذلك الطهر لكن متى جاء طهر لم يجامعها فيه طلقت في أوله وهذا كله مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا

فصل : إذا انقطع الدم من الحيض فهو زمان السنة يقع عليها طلاق السنة وإن لم تغتسل كذلك قال أحمد : وهو ظاهر كلام الخرقي وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن طهرت لأكثر الحيض مثل ذلك وإن انقطع الدم لدون أكثره لم يقع حتى تغتسل أو تتيمم عند الماء أو تصلي أو يخرج عنها وقت الصلاة لأنه متى لم يوجد فما حكمنا بانقطاع حيضها
ولنا أنها طاهر فوقع بها طلاق السنة كالتي طهرت لأكثر الحيض والدليل على أنها طاهر أنها تؤمر بالغسل ويلزمها ويصح منها وتؤمر بالصلاة وتحص صلاتها ولأن في حديث ابن عمر [ فإن طهرت طلقها إن شاء ] وما قاله لا يصح فإننا لو لم تحكم بالطهر لما أمرناها بالغسل ولا صح منها

[ جزء 8 - صفحة 266 ]

مسألة : وإن قال لها أنت طالق للبدعة وهي حائض أو في طهر أصابها فيه طلقت في الحال
مسألة : وإن قال لها أنت طالق للبدعة وهي حائض أو في طهر أصابها فيه طلقت في الحال وإن كان في طهر لم يصبها فيه طلقت إذا أصابها أو حاضت هذه المسألة عكس المسألة التي قبلها فإنه وصف الطلقة بأنها للبدعة فإذا كان ذلك لحائض أو طاهر مجامعة فيه وقع الطلاق في الحال لأنه وصف الطلقة بصفتها وإن كانت في طهر لم يصبها فيه لم يقع في الحال فإذا حاضت طلقت بأول الحيض وإن أصابها طلقت بالتقاء الختانين فإن نزع من غير توقف فلا شيء عليهما وإن أولج بعد النزع فقد وطئ مطلقته ويأتي بيان حكم ذلك وإن وطئها واستدام فسنذكرها إن شاء الله تعالى فيما بعد
فصل : فإن قال لطاهر أنت طالق للبدعة في الحال فقد قيل تلغو الصفة ويقع الطلاق لأنه وصفها بما لا تتصف به فلغت الصفة دون الطلاق ويحتمل أن تطلق ثلاثا في الحال لأن دلك طلاق بدعة فانصرف الوصف بالبدعة إليه لتعذر صفة البدعة من الجهة الأخرى وإن قال للحائض أنت طالق للسنة في الحال لغت الصفة ووقع الطلاق لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به وإن طالق ثلاثا للسنة وثلاثا للبدعة طلقت ثلاثا في الحال بناء على ما سنذكره

مسألة : وإن قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة طلقت ثلاثا في طهر لم يصبها فيه في إحدى الروايتين وفي الاخرى تطلق في الحال واحدة وتطلق الثانية والثالثة في طهرين في نكاحين ان أمكن
مسألة : وإن قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة طلقت ثلاثا في طهر لم يصبها فيه في إحدى الروايتين وفي الاخرى تطلق في الحال واحدة وتطلق الثانية والثالثة في طهرين في نكاحين إن أمكن
المنصوص عن أحمد في هذه المسألة أنها تطلق ثلاثا إن كانت في طهر لم يجامعها فيه وإن كانت حائضا فطلقت ثلاثا إذا طهرت وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي و أبو الخطاب هذا على الرواية التي قال فيها ان جمع الثلاث سنة فأما على الرواية الاخرى فإذا طهرت طلقت واحدة وتطلق الثانية والثالثة في نكاحين آخرين أو بعد رجعتين وقد أنكر أحمد قدا القول فقال في رواية مهنا : إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة فقد اختلفوا فيه فمنهم من يقول : يقع عليها الساعة واحدة فلو راجعها تقع عليها تطليقة أخرى وتكون عنده على أخرى وما يعصبني قولهم هذا فيحتمل أن أحمد أوقع الثلاث لأن ذلك عنده سنة ويحتمل أنه أوقعها لوصفه الثلاث بما لا تتصف به فألغى الصفة وأوقع الطلاق كما لو قال لحائض أنت طالق في الحال للسنة وقد قال في رواية أبي الحارث ما يدل على هذا ؟ قال يقع عليها الثلاث ولا معنى لقوله للسنة وقال أبو حنيفة : يقع في كل قرء طلقة وإن كانت من ذوات الأشهر وقع في كل شهر طلقة وبنى على أصله في أن السنة تفريق الثلاث على الأطهار وقد بينا أن ذلك في حكم جمع الثلاث فإن قال أردت بقولي للسنة إيقاع واحدة في الحال واثنتين في نكاحين

آخرين قبل منه وإن قال أردت أن يقع في كل قرء طلقة قبل أيضا لأنه مذهب طائفة من أهل العلم وقد ورد به الأثر فلا يبعد قال أصحابنا يدين وهل يقبل في الحكم ؟ على وجهين أحدهما : لا يقبل لأن ذلك ليس بسنة والثاني يقبل قدمنا فإن كانت في زمن البدعة فقال سبق لساني الى قولي للسنة ولم أرده وإنما أردت الإيقاع في الحال وقع في الحال لأنه ملك لايقاعها فإذا اعترفت بما يوقعها قبل منه

فصل : فإن قال أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة طلقت في الحال طلقتين وتأخرت الثالثة الى الحال الاخرى ولأنه سوى بين الحالين فأقتضى الظاهر أن يكونا سواء فيقع في الحال الأخرى ونصف ث 4م يكمل النصف لكون الطلاق لا يتبعض ويحتمل أن يقع طلقة ويتأخر اثنتان الى الحال الأخرى لأن البعض يقع على ما دون الكل ويتناول القليل من ذلك والكثير فيقع أقل ما يقع عليه الاسم لأنه اليقين وما زاد لا يقع بالشك فيتأخر الى الحال الأخرى فإن قيل لم لا يقع من كل طلقة بعضها ثم يكمل فتقع الثلاث ؟ قلنا : متى امكنت القسمة من غير تكسير وجبت القسمة على الصحة فإن قال : نصفهن للسنة ونصفهن للبدعة وقع في الحال اثنتان وتأخرت الثالثة وإن قال : طلقتان للسنة وواحدة للبدعة أو طلقتان للبدعة وواحدة للسنة فهو على ما قال فإن طلق ثم قال نويت ذلك إن فسر نيته بما يوقع في الحال طلقت وقيل لأنه يقتضي الإطلاق ولأنه غفير متهم فيه وإن فسرها بما يوقع طلقة واحدة ويؤخر اثنتين دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم ؟ فيه وجهان : أنه يقبل لأن البعض حقيقة في القليل والكثير فما فسر كلامه به لا يخالف الحقيقة فيحب أن يقبل والثاني : لا يقبل لأنه فسر كلامه بأخف مما يلزمه حالة الإطلاق ومذهب الشافعي على نحو هذا فإن قال أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة ولم يذكر شيئا آخر احتمل أن تكون كالتي قبلها لأن يلزم من ذلك أن يكون بعضها للبدعة فأشبه ما لو صرح به ويحتمل أن لا يقع في الحال إلا واحدة لأنه لم يسو بين الحالين والبعض لا يقتضي النصف فتقع الواحدة لأنها اليقين والزائد لا يقع بالشك وكذلك لو قال بعضها للسنة وباقيها للبدعة أو سائرها للبدعة

فصل : إذا قال أنت طالق إذا قدم زيد فقدم وهي حائض طلقت للبدعة إلا أنه لا يأثم لأنه لم يقصده وإن قال أنت طالق إذا قدم للسنة فقدم زيد في زمان السنة طلقت وإن قدم في زمان البدعة لم يقع حتى إذا صارت الى زمن السنة وقع ويصير كأنه قال إن قدم زيد أنت طالق للسنة لأنه أوقع الطلاق بقدوم زيد على صفة فلا يقع إلا عليها وإن قال لها : أنت طالق للسنة إذا قدم زيد قبل أن يدخل بها طلقت عند قدومه حائضا كانت أو طاهرا لأنها لا سنة لطلاقها ولا بدعة وإن قدم بعد دخوله بها وهي في طهر لم يصبها فيه طلقت وإن قدم في زمن البدعة لم تطلق حتى يجيء زمن السنة لأنها صارت ممن لطلاقها سنة وبدعة وإن قال لامرأته أنت طالق إذا جاء رأس الشهر للسنة فكان رأس الشهر في زمن السنة وقع وإلا وقع إذا جاء زمان السنة



مسألة : وإن قال لها أنت طالق في كل قرء طلقة وهي من اللائي لم يحضن لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة

مسألة : وإن قال لها أنت طالق في كل قرء طلقة وهي من اللائي لم يحضن لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة

وإن كانت من ذوات القروء وقع في كل قرء طلقة فإن كانت في القراء أوقعت بها واحدة في الحال ووقع بها طلقتان في قرأين آخرين في أولهما سواء قلنا القرء الحيض أو الاطهار وسواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول لها إلا أن غير المدخول بها تبين بالطلقة الاولى فإن تزوجها وقع بها في القرء الثاني طلقة أخرى وكذلك الحكم في الثالثة فإن كانت من اللائي لم يحضن وقلنا القرء الحيض لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة وإن قلنا القرء الاطهار احتمل في الحال واحدة وثم لا تطلق حتى تحيض ثم تطهر فتطلق الثانية ثم

الثالثة في القرء لأن الطهر قبل لحيض كله قرء واحد واحتمل أن لا تطلق حتى تطهر بعد الحيض لان القرء هو الطهر بين حيضتين وكذلك لو حاضت الصغيرة في عدتها لم تحتسب بالطهر الذي قبل الحيض من عدتها في أحد الوجهين والحكم في الحامل كالحكم في الصغيرة لأن زمن الحمل كله قرء واحد في أحد الوجهين إذا قلنا الاقراء الاطهار والوجه الآخر ليس بقرء على كل حال وإن كانت آيسة فقال القاضي تطلق واحدة على كل حال لانه علق طلاقها بصفة يستحيل فيها فلغت ووقع بها الطلاق كما لو قال لها : أنت طالق للبدعة وإذا طلقت الحامل في حال حملها بانت بوصفه لأن عدتها تنقضي به فلم يلحقها طلاق آخر فان استأنف أو راجعها قبل وضع حملها ثم طهرت من النفاس طلقت أخرى ثم إذا حاضت ثم طهرت وقعت الثالثة

فصل : فإن قال أنت طالق للسنة ان كان الطلاق يقع عليك للسنة وهي في زمن السنة طلقت بوجود الصفة وإن لم تكن في زمن السنة انحلت الصفة ولم يقع بحال لأن الشرط ما وجد وكذلك إن قال أنت طالق للبدعة إن كان الطلاق يقع عليك للبدعة إن كانت في زمن البدعة وقع وإلا لم يقع بحال فإن كانت ممن لا سنة لطلاقها ولا بدعة فذكر القاضي فيها احتمالين

أحدهما : لا يقع في المسألتين لأن الصفة ما وجدت ما لو قال : أنت طالق إن كنت هاشمية ولم تكن كذلك

الثاني : تطلق لأنه شرط لوقوع الطلقة شرطا مستحيلا فلغى ووقع الطلاق والأول أشبه و للشافعي وجهان كهذين



مسألة : وإن قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمله فهو كقوله أنت طالق للسنة

مسألة : وإن قال أنت طالق أحسن الطلاق أو أجمله فهو كقوله أنت طالق للسنة

وكذلك إن قال أعدله أو أكمله أو أتمه أو أفضله أو طلقة جليلة أو سنية فكذلك كله عبارة عن طلاق السنة وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن إذا قال أعدل الطلاق أو أحسنه كقولنا وإن قال سنته أو أعدله وقع الطلاق في الحال لأن طلاق لا يتصف بالوقت والسنة والبدعة وقت فإذا وصفها بما لا تتصف به سقطت الصفة كما لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق طلقة رجعية أو قال لها أنت طالق للسنة أو للبدعة

ولنا أن عبارة عن طلاق السنة ويصح وصف الطلاق بالسنة والحسن لكونه في ذلك لكونه في ذلك الوقت موافقا للسنة مطابقا للشرع فهو كقوله أحسن وفارق قوله طلقة رجعية لأن الرجعية لا تكون إلا في عدة ولا عدة لها فلا يحصل ذلك بقول فإن قال نويت بقولي أعدل الطلاق وقوعه في زمان الحيض لأنه أشبه بأخلاقها القبيحة ولم أرد الوقت وكانت في الحيض وقع الطلاق لأنه إقرار على نفسه بما فيه تغليظ وإن كانت في حال السنة دين فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم ؟ على وجهين فيما تقدم

مسألة : وإن قال أقبحه أو أسمجه أو أفحشه أو أردأه أو ألكعه حمل على طلاق البدعة فإن كانت في وقت البدعة وإلا وقف على مجيء زمان البدعة

مسألة : وإن قال أقبحه أو أسمجه أو أفحشه أو أردأه أو ألكعه حمل على طلاق البدعة فإن كانت في وقت البدعة وإلا وقف على مجيء زمان البدعة

وحكي عن أبي بكر أنه يقع ثلاثا إن قلنا أن جمع الثلاث بدعة وينبغي أن يقع الثلاث في وقت البدعة ليكون جامعا لبدعتي الطلاق فيكون أقبح الطلاق وإن نولا بذلك غير طلاق البدعة نحو أن يقول إنما أردت أن طلاقك أقبح الطلاق لأنك لا تستحقينه لحسن عشرتك وجميل

طريقتك وقع في الحال وإن قال أردت بذلك طلاق السنة ليتأخر الطلاق عن نفسه الى زمن السنة لم يقبل لأن لفظه لا يحتمله

[ جزء 8 - صفحة 273 ]

مسألة : وإن قال أردت أن أحسن أحوالك أو أقبحها أن تكوني مطلقة فيقع في الحال
مسألة : وإن قال أردت أن أحسن أحوالك أو أقبحها أن تكوني مطلقة فيقع في الحال
لأن هذا يوجد في الحال فوقع فيه

مسألة : وإن قال أنت طالق طلقة حسنة قبيحة فاحشة جميلة تامة ناقصة وقع في الحال
مسألة : وإن قال أنت طالق طلقة حسنة قبيحة فاحشة جميلة تامة ناقصة وقع في الحال
لأنه وصفها بصفتين متضادتين فلغتا وبقي مجرد الطلاق فوقع فإن قال أردت أنها حسنة لكونها في زمان السنة وقبيحة لاضرارها بك أو قال أردت أنها حسنة لتخليصي من شرك وسوء خلقك وقبيحة لكونها في زمن البدعة وكان ذلك يؤخر وقوع الطلاق وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على وجهين
فصل : فإن قال أنت طالق طلاق الحرج فقال القاضي معناه طلاق البدعة لأن الحرج الضيق والاثم فكأنه قال طلاق الاثم وطلاق البدعة طلاق الاثم وحكى ابن المنذر عن علي رضي الله عنه أنه يقع ثلاثا لأن الحرج الضيق والذي يضيق عليه ويمنعه الرجوع إليها ويمنعها الرجوع هو الثلاث وهو مع ذلك طلاق بدعة وفيه اثم فيجتمع عليه الأمران الضيق والاثم وإن قال طلاق الحرج والسنة كان كقوله طلاق السنة والبدعة

[ جزء 8 - صفحة 274 ]

باب صريح الطلاق وكنايته
لا يقع الطلاق بغير لفظه فلو نواه بقلبه من غير لفظ لم يقع في قول عامة أهل العلم منهم عطاء و جابر بن زيد و سعيد بن جبير و يحيى بن أبي كثير و الشافعي و إسحاق وروي أيضا عن القاسم و سالم و الحسن و الشعبي وقال الزهري إذا عزم على ذلك طلقت وقال ابن سيرين فيمن طلقه في نفسه أليس قد علمه الله
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم [ إن الله تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم به أو تعمل ] رواه النسائي و الترمذي وقال هذا حديث صحيح ولأنه تصرف يزيل الملك فلم يحصل بمجرد النية كالبيع والهبة وكذلك إن نواه بقلبه وأشار بأصبعه فإنه لا يقع لما ذكرناه إذا ثبت أنه يعتبر له اللفظ فهو يتصرف الى صريح وكناية فصريحه لفظ الطلاق وما تصرف منه في الصحيح وهو اختيار ابن حامد فإذا قال أنت طالق أو مطلقة أو قال طلقتك وقع الطلاق من غير نية والكناية لا يقع بها الطلاق حتى ينويه أو يأتي بما يقوم مقام ينته

[ جزء 8 - صفحة 275 ]

مسألة : وقال الخرقي صريحه ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن
مسألة : وقال الخرقي صريحه ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح وما تصرف منهن

وهذا مذهب الشافعي ومذهب أبي حنيفة أن صريحه يختص بلفظ الطلاق وما تصرف منه ووجه هذا القول أن لفظ الفراق والسراح يستعملان في غير الطلاق كثيرا فلم يكونا صريحين فيه كسائر كناياته ووجه قول الخرقي وأن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب في الفرقة بين الزوجين فكانا صريحين فيه كلفظ الطلاق قال الله تعالى : { فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان } وقال : { فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف } وقال سبحانه : { وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته } وقال سبحانه : { فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا } والقول الأول أصح فإن الصريح في الشيء ما كان نصا فيه لا يحتمل غيره إلا احتمالا بعيدا ولفظه الفراق والسراح إن وردت في القرآن بمعنى الفرقة بين الزوجين فقد وردت فيه لغير ذلك المعنى وفي العرف كثيرا قال الله تعالى : { واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا } وقال : { وما تفرق الذين أوتوا الكتاب } فلا معنى لتخصيصه بفرقه الطلاق على أن قوله : { أو فارقوهن بمعروف } لم يرد به الطلاق وإنما هو ترك ارتجاعها وكذلك قوله : { أو تسريح بإحسان } ولا يصح قياسه على لفظ الطلاق فإنه مختص بذلك سابق الى الافهام من غير قرينة ولا دلالة بخلاف الفراق والسراح

[ جزء 8 - صفحة 276 ]

مسألة : فمتى أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه
مسألة : فمتى أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه
وجملة ذكل أن الصريح لا يحتاج الى نية بل يقع من غير قصد فمتى قال أنت طالق أو مطلقة أو طلقتك وقع من غير نية بغير خلاف لأن ما يعتبر له القول يكتفى فيه به من غير نية إذا كانت صريحا فيه كالبيع سواء قصد المزح او الجد لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة ] رواه أبو داود و الترمذي وقال حديث حسن صحيح قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء روي هذا عن عمر بن الخطاب وابن مسعود ونحوه عن عطاء و عبيدة وبه قال الشافعي و أبو عبيد قال أبو عبيد هو قول سفيان وأهل العراق فأما لفظ الفراق والسراح فينبني على الخلاف فيه فمن جعله صريحا اوقع به الطلاق من غير نية ومن جعله كناية لم يوقع به الطلاق حتى ينويه ويكون بمنزله الكنايات الخفية فإن قال أردت بقولي فارقتك اي بجسمي أو بقلبي أو بمذهبي او سرحتك من يدي أو شغلي او من حبسي او سرحت شعرك قبل قوله

[ جزء 8 - صفحة 277 ]

مسألة : فإن نوى بقوله أنت طالق من وثاق أو أراد أن يقول طاهر فسبق لسانه أو أراد أنها مطلقة من زوج كان قبله لم تطلق فإن أدعى ذلك دين وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين إلا ان يكون في حال الغضب أو بعد سؤالها الطلاق فلا يقبل
مسألة : فإن نوى بقوله أنت طالق من وثاق أو أراد أن يقول طاهر فسبق لسانه أو أراد أنها مطلقة من زوج كان قبله لم تطلق فإن أدعى ذلك دين وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين إلا أن يكون في حال الغضب أو بعد سؤالها الطلاق فلا يقبل
إذا نوى بقوله أنت طالق من وثاق أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لساني فقلت طلقتك أو نحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى : فمتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه قال أبو بكر لا خلاف عن أبي عبد الله أنه إذا أراد أن يقول لزوجته اسقيني ماء فسبق لسانه فقال أنت طالق أو أنت حرة أنه لا طلاق فيه ونقل ابن منصور عنه أنه سئل

عن رجل حلف فجرى على لسانه غير ما في قلبه فقال أرجو أن يكون الأمر فيه واسعا وهل تقبل دعواه في الحكم ؟ ينظر فإن كان في حال الغضب أو سؤالها الطلاق لم يقبل في الحكم لأن لفظه ظاهر في الطلاق وقرينة حاله تدل عليه فكانت دعواه مخالفة للظاهر من وجهين فلا تقبل وإن لم يكن في هذا الحال فظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور و أبي الحارث أنه يقبل قوله وهو قول جابر بن زيد و الشعبي و الحكم حكاه عنهم أبو حفص لأنه فسر كلامه بما يحتمله احتمالا غير بعيد فقيل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثانية إفهامها وقال القاضي فيه روايتان احدهما : التي ذكرناها قال وهي كلام أحمد والثانية : لا يقبل وهو مذهب الشافعي لأنه خلاف ما يقتضيه الظاهر في العرف فلم يقبل في الحكم كما لو أقر بعشرة ثم قال زيوفا او صغارا أو الى شهر فاما إن صرح بذلك في اللفظ فقال طلقتك من وثاقي أو فارقتك بجسمي أو سرحتك من يدي فلا شك أن الطلاق لا يقع لأن ما يتصل بالكلام يصرفه عن مقتضاه كالاستثناء والشرط ن وذكر أبو بكر في قوله مطلقة إن هو نوى أنها مطلقة طلاقا ماضيا من زوج كان قبله لم يكن عليه شيء وإن لم ينو شيئا فعلى قولين أحدهما يقع والثاني لا يقع وهذا من قوله يقتضي ان تكون هذه اللفظ غير صريحة في أحد القولين قال القاضي والنصوص عن أحمد انه صريح وهو صحيح لأن هذه متصرفة من لفظ الطلاق فكانت صريحة فيه كقوله أنت طالق فغن قال اردت بقولي انها مطلقة من زوج كان قبلي ففيه وجه ثالث أنه يقبل إن كان وجد لأن كلامه يحتمله ولا يقبل إن لم يكن وجد لأنه لا يحتمل وقد ذكرنا في ذلك روايتين غير هذا الوجه



مسالة : ولو قيل له أطلقت امرأتك فقال نعم وأراد الكذب طلقت ولو قيل له ألك امرأة قال لا واراد الكذب لم تطلق
مسالة : ولو قيل له أطلقت امرأتك فقال نعم وأراد الكذب طلقت ولو قيل له ألك امرأة قال لا وأراد الكذب لم تطلق
أما إذا قيل له أطلقت امرأتك قال نعم أو قيل له امرأتك طالق فقال نعم طلقت امرأته وإن لم ينو وهذا الصحيح من مذهب الشافعي واختاره المزني لأن نعم صريح في الجواب والصريح للفظ الصريح صريح ألا ترى لو قيل له لفلان عليك ألف ؟ قال نعم وجب عليه فإن قيل له أطلقت امرأتك فقال قد كان بعض ذلك وقال اردت الإيقاع وقع وإن قال أردت أني علقت طلاقها بشرط قبل لأن ما قاله محتمل وإن قال أردت الاخبار عن شيء ماض أو قيل له ألك امرأة فقال قد طلقها ثم قال إنما أردت أني طلقتها في نكاح آخر دين فيما بينه وبين الله تعالى وأما في الحكم فإن لم يكن وجد ذلك منه لم يقبل وإن كان وجد فعلى وجهين وأما إذا قيل له ألك امرأة فقال لا وأراد به الكذب لم يلزمه شيء لأن قوله لي امرأة تخدمني أو ترضيني أو أنني كمن لا امرأة له أو لم ينو شيئا لم تطلق لعدم النية المشترطة في الكناية وإن أراد بهذا اللفظ طلاقها طلقت لأنها كناية صحبتها النية وبهذا قال الزهري و مالك و حماد بن أبي سليمان و أبو حنيفة و الشافعي وقال أبو يوسف و محمد لا تطلق لأن هذا ليس بكناية ولكنه خبر هو كاذب فيه وليس بإيقاع
ولنا أنه محتمل للطلاق لأنه إذا طلقها فليست له بامرأة فأشبه قوله أنت بائن وغيرها من الكنايات الظاهرة وبهذا يبطل قولهم
فصل : فأما لفظة الإطلاق فليست صريحة في الطلاق لأنها يثبت لها عرف الشرع ولا الاستعمال فأشبهت سائر كناياته وذكر القاضي فيها احتمالا أنها صريحة لأنه لا فرق بين فعلت وأفعلت نحو عظمته وأعظمته وكرمته وأكرمته وليس هذا الذي ذكره مطردا فإنهم يقولون حييته من التحية واحييته من الحياة وأصدقت المرأة صداقا وصدقت حديثها تصديقا ويفرقون بين أقبل وقبل ودبر وأدبر وبصر وأبصر ويفرقون بين المعاني المختلفة بحركة أو حرف فيقولون حمل لما في البطن وبالكسر لما على الظهر والوقر بالمفتاح الثقل في

الأذن وبالكسر لثقل الحمل وههنا فرقوا بين قيد النكاح بالتضعيف في أحدهما والهمزة في الآخر ولو كان معنى اللفظين واحدا لقيل طلقت الأسير والفرس والطائر فهو طالق وطلقت الدابة فهي طالق ومطلقة ولم يسمع هذا في كلامهم وهذا مذهب الشافعي

[ جزء 8 - صفحة 281 ]

مسألة : وإن لطم امرأته أو أطعمها أو أسقاها وقال هذا طلاقك طلقت إلا أن ينوي أن هذا سبب طلاقك أو نحو ذلك لأن هذا اللفظ كناية في الطلاق إذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية أو دلالة حال لأنه أضاف إليها الطلاق فوقع بها كما لو قال أنت طالق
مسألة : وإن لطم امرأته أو أطعمها أو أسقاها وقال هذا طلاقك طلقت إلا أن ينوي أن هذا سبب طلاقك أو نحو ذلك لأن هذا اللفظ كناية في الطلاق إذا نواه به وقع ولا يقع من غير نية أو دلالة حال لأنه أضاف إليها الطلاق فوقع بها كما لو قال أنت طالق
وقال ابن حامد من غير نية لأ ن تقديره أوقعت عليك طلاقا هذا الضرب من أجله فعلى قوله يكون صريحا وقال أكثر الفقهاء ليس بكناية ولا يقع به طلاق وإن نوى هذا لا يؤدي معنى الطلاق ولا هو سبب له ولا حكم فيه فلم يصح التعبير به عنه كما لو قال غفر الله لك ولنا على انه يحتمل هذا التفسير الذي ذكره ابن حامد ويحتمل أن يكون سببا للطلاق لكون الطلاق معلقا عليه فصح أن يعبر به عنه ولأن الكناية ما احتملت الطلاق وهذا يحتمله لأنه يجوز أن يكون قد علق طلاقها فلما فعله قال هذا طلاقك اخبارا لها فلزمه ذلك كقوله اعتدى ويدل على أنه ليس بصريح انه احتاج الى التقدير والصريح لا يحتاج الى تقدير فيكون كناية فإن نوى ان هذا سبب طلاقك أو نحو ذلك فلا تطلق لأنه أراد سبب الطلاق جاز أن يكون سببا له في زمان بعد هذا الزمان

[ جزء 8 - صفحة 282 ]

مسالة : وإن قال أنت طالق لا شيء أو ليس بشيء أو لا يلزمك طلقت
مسالة : وإن قال أنت طالق لا شيء أو ليس بشيء أو لا يلزمك طلقت
وكذلك إن قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك أو طالق طلقة لا ينقضي بها عدد طلاقك لأن ذلك رفع لجميع ما اوقعه فلم يصح كاستثناء الجميع وإن كان ذلك خبرا فهو كذب لأن الواحدة إذا أوقعها وقعت وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا

مسألة : وإن قال أنت طالق أولا ؟ أو طالق واحدة أولا ؟ لم تطلق
مسألة : وإن قال أنت طالق أولا ؟ أو طالق واحدة أولا ؟ لم تطلق
لأن هذا استفهام فإذا اتصل به خرج عن أن يكون لفظا لايقاع ويخالف المسألة قبلها لأن إيقاع ويحتمل أن يقع لأن لفظه لفظ الإيقاع لا لفظ الاستفهام لأن لفظ الاستفهام يكون بالهمزة أو نحوها فيقع ما أوقعه ولا يرتفع بما ذكره بعد كالتي قبلها وكذلك إن قال أنت طالق واحدة أولا ؟ وبه قال أبو حنيفة و أبو يوسف وهو قياس قول الشافعي وقال محمد في هذه تقع واحدة لأن قوله أولا يرجع الى ما يليه من اللفظ وهو واحدة دون لفظ الإيقاع ولا يصح لأن واحدة صفة للطلقة الواقعة فما اتصل بها رجع إليها فصال كقوله أنت طالق أولا ؟

[ جزء 8 - صفحة 283 ]

مسألة : وإن كتب طلاق امرأته ونوى الطلاق وقع وإن نوى تجويد خطه أو غم أهله لم يقع وهل تقبل دعواه في الحكم ؟ على روايتين
مسألة : وإن كتب طلاق امرأته ونوى الطلاق وقع وإن نوى تجويد خطه أو غم أهله لم يقع وهل تقبل دعواه في الحكم ؟ على روايتين
إذا كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق طلقت زوجته وبهذا قال الشعبي و النخعي و الزهري و الحكم و أبو حنيفة و مالك وهو المنصوص عن الشافعي وذكر بعض أصحابه أن له قولا آخر أنه لا يقع به طلاق وإن نواه لأنه فعل من قادر على النطق فلم يقع به الطلاق كالإشارة ولنا أن الكتاب حروف يفهم منها الطلاق فإذا أتى فيها بالطلاق وفهم منها ونواه وقع كاللفظ ولأن الكتابة تقوم مقام الكاتب بدلالة أن النبي صلي الله عليه وسلم كان مأمورا بتبليغ رسالته فجعل ذلك في حق البعض بالقول في حق آخرين بالكتابة الى ملوك الاطراف ولأن كتاب القاضي يقوم مقام لفظه في إثبات الديون والحقوق فإن نوى بذلك تجويد خطه أو تجربة قلمه لم يقع لأنه لو نوى باللفظ غير الإيقاع لم يقع فالكتابة أولى وإذا ادعى ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى ويقبل في الحكم في أصح الوجهين لأن ذلك يقبل في اللفظ الصريح في أحد الوجهين فههنا مع أنه ليس بلفظ أولى وإن قال نويت غم أهلي فقد قال في رواية أبي طالب فيمن كتب طلاق زوجته ونوى الطلاق وقع وإن أراد أن يغم أهله فقد عمل في ذلك أيضا يعني أنه يؤاخذ به لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ عفي لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تكلم أو تعمل به ] فظاهر هذا أنه أوقع الطلاق لأنه غم أهله يحصل بالطلاق فيجتمع غم أهله ووقوع طلاقه كما لو قال أنت طالق يريد به غمها ويحتمل أن لا يقع لأنه أراد غم أهله بتوهم الطلاق دون حقيقته فلا يكون ناويا للطلاق والخبر إنما يدل على مؤاخذته بما نواه عند العمل به أو الكلام وهذا لم ينو طلاقا فلا يؤاخذ به



مسالة : وإن لم ينو شيئا
مسالة : وإن لم ينو شيئا
فقال أبو الخطاب قد خرجها القاضي والشريف في الإرشاد على روايتين إحداهما : يقع وهو قول الشعبي و النخعي و الزهري و الحكم لما ذكرنا من أن الكتابة تقوم مقام اللفظ والثانية : لا يقع إلا بنيته وهو قول أبو حنيفة و مالك ومنصوص الشافعي لأن الكتابة محتملة فإنه يقصد بها تجربة القلم أو تجويد الخط وغم الأهل فلم يقع من غير نية ككنايات الطلاق

مسألة : وإن كتبه بشيء لا يبين مثل بأصبعه على وسادة أو في الهواء فظاهر كلام أحمد أنه لا يقع
مسألة : وإن كتبه بشيء لا يبين مثل بأصبعه على وسادة أو في الهواء فظاهر كلام أحمد أنه لا يقع
وقال أبو حفص العبكري يقع ورواه الأثرم عن الشعبي لأنه كتب حروف الطلاق فأشبه ما لو كتبه بشيء يبين والأول أولى لأن الكتابة لا بين كالهمس بالفم بما لا يستبين وثم لا يقع فههنا أولى
فصل : ولا يقع الطلاق بغير لفظ إلا في موضعين أحدهما : إذا كتب الطلاق ونواه وقد ذكرناه الثاني : من لا يقدر على الكلام كالأخرس إذا طلق بالإشارة طلقت زوجته وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم لأنه لا طريق له الى الطلاق إلا بالإشارة فقامت إشارته مقام النطق من غيره فيه كالنكاح وأما القادر فلا يصح طلاقه

بالإشارة كما لا يصح نكاحه بها فإن أشار الأخرس بأصبعه الثلاث لم يقع إلا واحدة لأن اشارته لا تكفي

[ جزء 8 - صفحة 285 ]

مسألة : وصريح الطلاق في لسان العجم بهشتم
مسألة : وصريح الطلاق في لسان العجم بهشتم
فإذا أتى بها العجمي وقع الطلاق منه بغير نية وقال النخعي و أبو حنيفة وهو كناية لا تطلق به إلا بينة لأن معناه وخليتك وهذه اللفظة كناية
ولنا أن هذه اللفظة بلسانهم موضوعة للطلاق ويستعملونها فيه فأشبه لفظ الطلاق بالعربية ولو لم تكن هذه صريحة لم يكن في العجمية صريح في الطلاق وهذا بعيد ولا يضر كونها بمعنى خليتك فإن معنى طلقتك خليتك أيضا وإلا أنه لما كان موضوعا له تستعمل فيه كان صريحا كذا هذه ولا خلاف في أنه إذا نوى بها الطلاق كانت طلاقا كذلك قال الشعبي و النخعي و الحسن و مالك و الثوري و أبو حنيفة و زفر و الشافعي فإن قاله العربي ولا يفهمه أو طلق لم يقع لأنه لم يختر الطلاق لعدم علمه بمعناه وإن نوى موجبه فعلى وجهين أحدهما : لا يقع لأنه لا يتحقق اختياره لما لا يعلمه فأشبه ما لو نطق بكلمة الكفر فإنه لا يعرف معناها والثاني : يقع لأنه أتى بالطلاق ناويا مقتضاه فوقع كما لو علمه
فصل : قال الشيخ رضي الله عنه والكنايات نوعان ظاهرة وهي سبعة : أنت خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة وأنت حرة وأنت الحرج أكثر الروايات عن أبي عبد الله رحمه الله كراهية الفتيا في هذه الكنايات مع ميله الى أنها ثلاث وحكى ابن أبي موسى في الارشاد عنه روايتين إحداهما : أنها ثلاث :
والثاني : يرجع الى ما نواه واختارها أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي قال يرجع الى ما نوى فإن لم ينو شيئا وقعت واحدة ونحوه قول النخعي إلا أنه قال تقع طلقة بائنة لأن لفظه يقتضي البينونة ولا يقتضي عددا وروى حنبل عن أحمد ما يدل على هذا فإنه قال يزيدها في مهرها إن أراد رجعتها ولو وقع ثلاث لم تبح له رجعتها ولو لم تبن لم يحتج الى البتة زيادة في مهرها وأحتج الشافعي بما روى أبو داود بإسناده [ أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك وقال والله ما أردت إلا واحدة فقال النبي صلى الله عليه وسلم الله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال ركانة الله ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان ] قال علي بن محمد الطنافسي ما أشرف هذا الحديث لأن الكنايات مع النية كالصريح فلم يقع به عند الإطلاق أكثر من واحدة كقوله أنت طالق وقال الثوري وأصحاب الرأي إن نوى ثلاثا فثلاث وإن نوى اثنتين أو واحدة وقعت واحدة ولا يقع اثنتان لأن الكناية تقتضي البينونة دون العدد والبينونة بينونتان : صغرى وكبرى فالصغرى بالواحدة والكبرى بالثلاث ولو أوقعنا اثنتين كان موجبه العدد وهي لا تقتضيه وقال ربيعة و مالك يقع بها الثلاث وإن لم ينو إلا في الخلع أو قبل الدخول فإنها تطلق واحدة لأنها تقتضي البينونة والبينونة تحصل في الخلع وقبل الدخول بواحدة فلم يزد عليها لأن اللفظ لا يقتضي زيادة عليها وفي غيرها يقع الثلاث ضرورة لأن البينونة لا تحصل إلا بها ووجه أنها ثلاث أنه قول أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فروي عن علي وعمر وزيد بن ثابت انها ثلاث قال أحمد في الخلية والبرية والبتة قول علي وابن عمر قول صحيح ثلاثا وقال علي و الحسن و الزهري في بائن إنها ثلاث وروى النجاد بإسناده عن نافع بإسناده أن رجلا جاء الى عاصم وابن الزبير فقال إن ظئري هذا طلق امرأته البتة قبل أن يدخل بها فهل تجدان له رخصة ؟ فقال لا ولكننا تركنا ابن عباس وأبا هريرة عند عائشة فسلهم ثم ارجع إلينا فأخبرنا فسألهم فقال أبو هريرة لا تحل له حتى تنكح زوجا غير وقال ابن عباس هي ثلاث وذكر عن عائشة متابعتهما وروى بإسناده أن عمر جعل البتة واحدة ثم جعلها بعد ثلاث تطليقات وهذه أقوال علماء الصحابة ولم يعرف لهم مخالف

في عصرهم فكان إجماعا ولأنه طلق امرأته بلفظ يقتضي البينونة فوجب الحكم بطلاق تحصل به البينونة كما لو طلق ثلاثا أو نوى الثلاث وافضاؤه الى البينونة ظاهر في قوله أنت بائن وكذا في قوله البتة لأن البت القطع فكأنه قطع النكاح كله وكذلك يعبر به عن الطلاق الثلاث كما قالت امرأة رفاعة إن رفاعة طلقني فبت طلاقي وبتله هو من القطع أيضا وكذلك قيل في مريم البتول لانقطاعها عن النكاح ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح بالكلية وكذلك الخلية والبرية ويقتضيان الخلوه من النكاح والبراءة منه وإذا كان اللفظ معنى فاعتبره الشرع إنما يعتبره فيما يقتضيه ويؤدي معناه ولا سبيل الى البينونة بدون الثلاث فوقعت ضرورة الوفاء بما يقتضيه لفظه ولا يمكن إيقاع واحدة بائنة لأنه لا يقدر على إيقاع ذلك بصريح الطلاق فكذلك بكنايته ولا يفرق بين المدخول بها وغيرها لأن الصحابة لم يفرقوا لأن كل لفظة أوجبت الثلاث في مدخول بها أوجبتها في غيرها كقوله أنت طالق ثلاثا فأما حديث ركانة فإن أحمد ضعف إسناده فلذلك تركه وقوله أنت حرة يقتضي ذهاب الرق عنها وخلوصها منه والرق ههنا النكاح وقوله أنت الحرج يعني الحرام والاثم قال الله تعالى : { ليس على الأعمى حرج } أي إثم وأصله الضيق قال الله تعالى : { فلا يكن في صدرك حرج منه } فكأنه حرمها وأثم نفسه في إمساكها فصار في ضيق من أمرها وإنما تكون بالبينونة على ما مر



مسألة : والخفية نحو اخرجي واذهبي وذوقي وتجرعي وخليتك وأنت مخلاة وأنت واحدة ولست لي بامرأة واعتدي واستبرئي وما أشبه واختاري ووهبتك لأهلك فهذه ثلاث إن نوى ثلاثا واثنتان إن نواهما وواحدة إن نواها أو طلق
مسألة : والخفية نحو اخرجي واذهبي وذوقي وتجرعي وخليتك وأنت مخلاة وأنت واحدة ولست لي بامرأة واعتدي واستبرئي وما أشبهه واختاري ووهبتك لأهلك فهذه ثلاث إن نوى ثلاثا واثنتان إن نواهما وواحدة إن نواها أو أطلق
ما ظهر وما عنى به الطلاق فهو على ما عنى مثل حبلك على غاربك إذا نوى واحدة أو اثنتين أو ثلاثا فهو على ما نوى وقد ذكر الخرقي في قوله حبلك على غاربك في الكنايات الظاهرة وإن قال أنت واحدة فهي كناية خفية لكنه لا يقع بها إلا واحدة وإن نوى ثلاثا ذكره شيخنا لأنها لا تحمل أكثر منها وإن قال أغناك الله فهو كناية خفية لأنه يحتمل أغناك الله بالطلاق قال الله تعالى : { وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته } وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة في الكنايات لا يقع اثنتان وإن نواهما وتقع واحدة وقد ذكرناه

مسألة : واختلف في قوله الحقي بأهلك وحبلك عالى غاربك وتزوجي من شئت وحللت للأزواج ولا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت علي حرام وأنت علي حرج هل هي ظاهرة أو خفية ؟ وغطي شعرك وقد أعتقتك فهذه عن أحمد فيها روايتان
مسألة : واختلف في قوله الحقي بأهلك وحبلك على غاربك وتزوجي من شئت وحللت للأزواج ولا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك وأنت علي حرام وأنت علي حرج هل هي ظاهرة أو خفية ؟ وغطي شعرك وقد أعتقتك فهذه عن أحمد فيها روايتان
إحداهما : أنها ثلاث والأخرى ترجع الى ما نواه وإن لم ينو شيئا فواحدة كسائر الكنايات الخفية وقد قاسوا على هذه استبرئي رحمك وتقنعي فهذه في معنى المذكور فيكون حكمها حكمها والصحيح في الحق بأهلك أنها واحدة ولا تكون ثلاثا إلا بنية ل [ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون : الحقي بأهلك ] متفق عليه ولم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ليطلق ثلاثا وقد نهى عنه أمته قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله [ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لابنة الجون : الحقي بأهلك ] ولم يكن طلاقا غير هذا ولم يكن النبي صلى

الله عليه وسلم ليطلق ثلاثا فيكون غير طلاق السنة قال لا أدري كذلك قوله استبرئي رحمك لمن لا تحيض ثلاث فإن ذلك يكون من الواحدة كما يكون من الثلاث وقد روى هاشم أنا الأعمش عن المنهال بن عمر ان نعيم بن دجاجة الأسدي طلق امرأته تطليقتين ثم قال هي على حرج فكتب في ذلك الى عمر بن الخطاب فقال أما إنها ليست باهونهن فأما سائر اللفظات فإن قلنا هي ظاهرة فإن معناها معنى الظاهر فإن قوله لا سبيل لي عليك ولا سلطان لي عليك إنما يكون في المبتوتة أما الرجعية فله عليها سبيل وسلطان وقوله أعتقتك يقتضي ذهاب الرق عنها والرق ههنا النكاح وقوله أنت علي حرام يقتضي بينونتها منه لأن الرجعية غير محرمة وكذلك قوله حللت للأزواج لأنك بنت مني وكذلك سائرها وإن قلنا هي واحدة فإنها محتملة فإن قوله حللت للأزواج أي بعد انقضاء عدتك لأنه لا يمكن حلها قبل ذلك والواحدة تحلها وكذلك انكحي من شئت وكذلك سائر الألفاظ يتحقق معناها بعد انقضاء عدتها وذكر بعض أصحابنا اعتدي المختلف فيه والصحيح أنها من الخفية لما [ روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لسودة : اعتدي ] متفق عليه

فصل : فإن قال أنت طالق بائن البتة ففيه من الخلاف ما ذكرنا في الكنايات الظاهرة لأنه لا يحتاج الى نية لأنه وصف بها الطلاق الصريح فإن قال أنت طالق لا رجعة لي عليك وهي مدخول بها قال أحمد إذا قال لامرأته أنت طالق لا رجعة فيها ولا مبتوتة هذه مثل الخلية والبرية ثلاثا هكذا عندي وهو مذهب أبي حنيفة وإن قال ولا رجعة لي فيها بالواو فكذلك وقال أصحاب أبي حنيفة تكون رجعية لأنه لم يصف الطلقة بذلك وإنما عطف عليها

ولنا أن الصفة تصح مع العطف كما لو قال بعتك بعشرة وهي مغربية وكان صفة للثمن قال الله تعالى : { إلا استمعوه وهم يلعبون } وإن قال أنت طالق واحدة بائنا أو واحدة بتة ففيها ثلاث روايات إحداهن : أنها واحدة رجعية ويلغو ما بعدها قال أحمد لا أعرف شيئا متقدما أن بواحدة تكون بائنا وهذا مذهب الشافعي لأنه وصف الطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة كما لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك

والثانية : هي ثلاث قاله أبو بكر وقال وهو قول أحمد لأنه أتى بما يقتضي الثلاث فوقع ولغا وله واحدة كما لو قال أنت طالق واحدة ثلاثا

والثالثة : رواها حنبل عن أحمد إذا طلق امرأته البتة فإن أمرها بيدها يزيدها في مهرها إن أراد رجعتها فهذا يدل على أنه أوقع بها واحدة بائنا لأنه جعل امرها بيدها ولو كانت رجعية لما جعل أمرها بيدها ولو وقع ثلاث لما حلت له رجعتها قال أبو الخطاب هذه رواية تخرج في جميع الكنايات الظاهرة فيكون مثل قول ابراهيم النخعي ووجهه أنه أوقع الطلاق بصفة البينونة فوقع على ما أوقعه ولم يزد على واحدة لأن لفظه لم يقتض عددا فلم يقع فلم يقع أكثر من واحدة كما لو قال أنت طالق وحمل القاضي رواية حنبل على أن ذلك بعد انقضاء العدة



مسالة : ومن شرط وقوع الطلاق بها أن ينوي بها الطلاق

مسالة : ومن شرط وقوع الطلاق بها أن ينوي بها الطلاق

يعني من شرط وقوع الطلاق بالكناية النية للطلاق لأنها كناية فلا يقع بها طلاق بدون النية كالكناية الخفية وإن لم ينو شيئا ولا دلت عليه قرينة لم يقع لأنه ظاهر في غير الطلاق فلم يصرف إليه عند الإطلاق كما لا ينصرف الصريح الى غيره وإن نوى بها الطلاق وقع وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد و الخرقي أن الطلاق يقع بالكنايات الظاهرة من غير نية وهو قول مالك لأنه اشتهر استعمالا فيه فلم تحتج الى نية كالصريح ومفهوم كلام الخرقي أنه لا يقع إلا بنية لأنه كناية فأشبه سائر الكنايات

فصل : إذا ثبت اعتبار النية فإنها تعتبر مقارنة للفظه فإن وجدت في ابتدائه وعزبت عنه في سائره وقع الطلاق وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقع فلو قال أنت بائن ينوي الطلاق وعزبت نيته حين قال أنت بائن لم يقع لأن القدر الذي صاحبته النية لا يقع به شيء
ولنا أن ما يعتبر له النية يكتفى فيه بوجودها في أوله كالصلوات وسائر العبادات فأما إن تلفظ بالكناية غير ناو ثم نوى بها بعد ذلك لم يقع بها لاطلاق كما لو نوى الطهارة بالغسل بعد فراغه منه

[ جزء 8 - صفحة 293 ]

مسألة : إلا أن يأتي بها في حال الخصومة والغضب فعلى روايتين
مسألة : إلا أن يأتي بها في حال الخصومة والغضب فعلى روايتين
ذكرهما أبو بكر و القاضي و أبو الخطاب إحداهما : يقع الطلاق ذكره لخرقي قال في رواية الميموني إذا قال لزوجته أنت حرة لوجه الله في الغضب اخشى أن يكون طلاقا
والرواية الثانية : ليس بطلاق وهو قول أبو حنيفة و الشافعي إلا أن أبا حنيفة يقول في اعتدي واختاري وأمرك بيدك كقولنا في الوقوع واحتجا بأن هذا ليس بصريح في الطلاق ولم ينوه فلم يقع به الطلاق كحال الرضا ولأن مقتضى اللفظ لا يتغير والغضب ويحتمل أن ما كان من الكنايات لا يستعمل في غير الفرقة إلا نادرا نحو قوله أنت حر لوجه الله واعتدي واستبرئي رحمك وحبلك على غاربك وأنت بائن وأشباه ذلك أنه يقع في حال الغضب وجواب سؤال الطلاق من غير نية وما كثر استعماله لغير ذلك نحو اخرجي واذهبي وروحي تقنعي لا يقع الطلاق به إلا بنية ومذهب أبي حنيفة قريب من هذا و كلام الخرقي إنما ورد في قوله أنت حرة وهو مما لا يستعمله الإنسان في حق زوجته غالبا إلا كناية عن الطلاق ولا يلزم من الاكتفاء كذلك بمجرد الغضب وقوع غيره من غير نية لأن ما كثر استعماله يوجد كثيرا غير مراد به الطلاق في حال الرضا فكذلك في حال الغضب إذا حجر عليه في استعماله والتكلم به بخلاف ما لم تجر العادة بذكره فإنه لما قل استعماله في غير الطلاق كان مجرد ذكره يظن منه إرادة الطلاق فإذا انضم الى ذلك مجيئه عقيب سؤال الطلاق أو في حال الغضب قوي الظن فصار ظنا غالبا ووجه الرواية الأخرى أن دلالة الحال تغير حكم الأقوال والأفعال فإن من قال لرجل يا عفيف ابن العفيف حال تعظيمه كان مدحا له وإن قاله في حال شتمنه وتنقصه كان قذفا وذما ولو قال إنه لا يغدر بذمة ولا يظلم حبة خردل وما أحد أوفى ذمة منه في حال المدح كان مدحا بليغا كما قال حسان :
( فما حملت من ناقة فوق رحلها ... أبر وأوفى ذمة من محمد )
ولو قال في حال الذم كان هجوا قبيحا كقول النجاشي :
( قبيلته لا يغدرون بذمة ... ولا يظلمون الناس حبة خردل )
وقال آخر :
( كأن ربي لم يخلق لخشيته ... سواهم من جميع الناس إنسانا )
وهذا في هذا الموضع هجاء قبيح وذم حتى حكي عن حسان أنه قال : ما أراء إلا سلح عليهم ولولا القرينة ودلالة الحال كان من أحسن المدح وأبلغه وفي الأفعال لو أن رجلا قصد رجلا بسيف والحال تدل على المزح واللعب لم يجز قتله ولو دلت الحال على الجد جاز دفعه بالقبل والغضب ههنا على عقد الطلاق فيقوم مقامه

[ جزء 8 - صفحة 295 ]

مسألة : وإن جاء جوابا لسؤالها الطلاق فقال أصحابنا يقع بها الطلاق

مسألة : وإن جاء جوابا لسؤالها الطلاق فقال أصحابنا يقع بها الطلاق
لدلالة الحال عليه فالحكم فيه كالحكم فيما إذا أتى بها في الحال الغضب على ما فيه من الخلاف والتفصيل والوجه لذلك ما تقدم من التوجيه قال شيخنا والأولى في الألفاظ التي يكثر استعمالها لغير الطلاق نحو اخرجي واذهبي أنه لا يقع بها الطلاق حتى ينويه بخلاف ما لا يستعمل في غير الطلاق إلا نادرا وقد ذكرنا في المسألة التي قبلها دليل ذلك
فصل : فإن ادعى أنه لم ينو فالمنصوص عن أحمد ههنا أنه لا يصدق في عدم النية قال في رواية الحارث إذا قال لم أنوه صدق في ذلك إذا لم تكن سألته الطلاق وإن كان بينهما غضب قبل ذلك ففرق بين كونه جوابا للسؤال وكونه في حال الغضب وذلك لأن الجواب ينصرف الى السؤال فلو قال لي عندك دينار قال نعم أو صدقت كان اقرارا به ولم يقبل تفسيره بغير الاقرار ولو قال زوجتك ابنتي أو بعتك ثوبي هذا قال قبلت كفى هذا ولم يحتج الى زيادة عليه ولو أراد بالكناية حال الغضب أو سؤال الطلاق غير الطلاق لم يقع الطلاق لأنه لو أراد بالصريح لم يقع فالكناية أولى وإذا ادعى ذلك دين وهل يقبل في الحكم ؟ ظاهر كلام أحمد في رواية الحارث أنه يصدق وإن كان في حال الغضب ولا يصدق إن كان جوابا لسؤال الطلاق
ونقل عنه في موضع آخر أنه قال : أنت خلية أو برية أو بائن ولم يكن بينهما ذكر طلاق ولا غضب صدق فمفهومه أنه لا يصدق مع وجودهما وحكي هذا عن أبي حنيفة إلا في الأربعة المذكورة والصحيح أنه يصدق لما روى سعيد بإسناده أن رجلا خطب الى قوم فقالوا لا نزوجك حتى تطلق امرأتك فقال : قد طلقت ثلاثا فزوجوه بها ثم أمسك امرأته فقالوا ألم تقل إنك طلقت ثلاثا ؟ قال ألم تعلموا أني تزوجت فلانة وطلقتها ثم تزوجت فلانه ثم طلقتها ثم تزوجت فلانة وطلقتها فسئل عثمان عن ذلك فقال : له نيته ولأنه أمر تعتبر نيته فيه فقبل قوله كرر لفظا وقال أردت التوكيد والله أعلم



مسألة : ومتى نوى بالكناية الطلاق وقع بالظاهرة ثلاث وإن نوى واحدة
مسألة : ومتى نوى بالكناية الطلاق وقع بالظاهرة ثلاث وإن نوى واحدة
هذا ظاهر المذهب لما ذكرنا من إجماع الصحابة وعنه يقع ما نواه وهو مذهب الشافعي كالكنايات الخفية ولحديث ركانة وعنه يقع واحدة بائنة وهي رواية حنبل لما ذكرنا من قبل ويقع بالخفية ما نواه لأنه محتمل وهو قول الشافعي إلا إذا قال أنت واحدة فإنه لا يقع بها إلا واحدة وإن نوى ثلاثا لأنها لا تحتمل غير الواحدة ذكره شيخنا
فصل : والطلاق الواقع بالكنايات رجعي ما لم يقع به الثلاث في ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة كلها بوائن إلا اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة لأنها تقتضي البينونة فيقع كقوله أنت طالق ثلاثا
ولنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فوجب أن يكون رجعيا كصريح الطلاق وما سلموه من الكنايات وقولهم إنها تقتضي البينونة قلنا فينبغي أن تبين بثلاث لأن المدخول بها لا تبين إلا بعوض أو ثلاث



مسألة : وأما ما لا يدل على الطلاق نحو كلي واشربي واقعدي واقربي وبارك الله عليك وأنت مليحة أو قبيحة وقومي وأطعميني واسقيني وغفر الله لك وما أحسنك وأشباه ذلك فليس بكناية ولا تطلق به وإن نوى

مسألة : وأما ما لا يدل على الطلاق نحو كلي واشربي واقعدي واقربي وبارك الله عليك وأنت مليحة أو قبيحة وقومي وأطعميني واسقيني وغفر الله لك وما أحسنك وأشباه ذلك فليس بكناية ولا تطلق به وإن نوى
لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق فلو وقع به الطلاق وقع بمجرد النية وقد ذكرنا أنه لا يقع بها وهذا مذهب أبي حنيفة واختلف أصحاب الشافعي في قوله كلي واشربي فقال بعضهم كقولنا وقال بعضهم هو كناية لأنه يحتمل كلي ألم الطلاق واشربي كأس الفراق فوقع كقوله ذوقي أو تجرعي
ولنا أن هذا اللفظ لا يستعمل بمفرده إلا فيما لا ضرر فيه كنحو قوله تعالى : { كلوا واشربوا هنيئا بما كنتم تعملون } وقال : { فكلوه هنيئا مريئا } فلم يكن كناية كقوله أطعميني وفارق ذوقي وتجرعي فإن يستعمل في المكاره لقول الله سبحانه : { ذق إنك أنت العزيز الكريم } ـ { وذوقوا عذاب الحريق } ـ { ذوقوا مس سقر } وكذلك التجرع قال الله تعالى : { يتجرعه ولا يكاد يسيغه } فلم يصح أن يلحق بهما ما ليس مثلهما

[ جزء 8 - صفحة 299 ]

مسالة : وكذلك قوله أنا طالق لأن الزوج ليس محلا للطلاق وإن قال : أنا منك طالق لم تطلق زوجته
مسالة : وكذلك قوله أنا طالق لأن الزوج ليس محلا للطلاق وإن قال : أنا منك طالق لم تطلق زوجته
نص عليه في رواية الأثرم في رجل جعل أمر امرأته بيدها فقالت أنت طالق لم تطلق وهو قول ابن عباس و الثوري و أبي سعيد وأصحاب الرأي و ابن المنذر وروي ذلك عن عثمان رضي الله عنه يحتمل أنه كناية يطلق به إذا نوى وبه قال مالك و الشافعي وروى ذلك عن عمر و ابن مسعود و عطاء و القاسم و إسحاق لأن الطلاق إزالة النكاح وهو مشترك بينهما فإذا صح في أحدهما صح في الآخر ولا خلاف في أنه لا يقع به الطلاق من غير نية
ولنا أنه محل لا يقع الطلاق إذا أضافه إليه من غير نية فلم يقع وإن نوى كالأجنبي ولأنه لو قال أنا طالق ولم يقل منك لم يقع ولو كان محلا للطلاق لوقع بذلك كالمرأة ولأن الرجل مالك في النكاح والمرأة مملوكة فلم تقع إزالة الملك بالإضافة الى المالك كالعتق ويدل على هذا أن الرجل لا يوصف بأنه مطلق بخلاف المرأة وجاء رجل الى ابن عباس فقال ملكت امرأتي أمرها فطلقتني ثلاثا فقال ابن عباس خطأ الله نواها إن الطلاق لك وليس لها عليك رواه أبو عبيد و الأثرم واحتج به أحمد

[ جزء 8 - صفحة 300 ]

مسألة : وإن قال أنا منك بائن أو حرام فهل هو كناية أولا ؟ على وجهين
مسألة : إن قال أنا منك بائن أو حرام فهل هو كناية أولا ؟ على وجهين
إذا قال أنا منك بائن أو بريء فقد توقف عنها وقال أبو عبد الله بن حامد يتخرج على وجهين
أحدها : لا يقع لأن الرجل محل لا يقع الطلاق بإضافة صريحه إليه فلم يقع بإضافة كناية إليه كالأجنبي
الثاني : يقع لأن لفظ البينونة والبراءة والتحريم يوصف به كل واحد من الزوجين يقال بان منها وبانت منه وحرم عليها وحرمت عليه وكذلك لفظ الفرقة يضاف إليهما قال الله تعالى : { وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته } وقال تعالى : { ما يفرقون به بين المرء وزوجه } ويقال فارقته المرأة وفارقها ولا يقال طلقته ولا سرحته ولا تطلقا ولا سرحته ولا تطلقا ولا

تسرحا فإن قال : أنا بائن ولم يقل منك فذكر القاضي فيما إذا قال لها : أمرك بيدك فقالت : أنت بائن ولم تقل مني أنه لا يقع وجها واحدا وإن قالت أنا بائن ونوت وقع وإن قالت أنت مني بائن فعلى وجهين فيخرج ههنا مثل ذلك

مسألة : وإن قالت أنت علي كظهر أمي تنوي به الطلاق لم يقع وكان ظهارا
مسألة : وإن قالت أنت علي كظهر أمي تنوي به الطلاق لم يقع وكان ظهارا
لأنه صريح فلم يكن كناية في الطلاق كما لا يكون الطلاق كناية في الظهار ولأن الظهار يشبه بمن هي محرمة على التأبيد والطلاق يفيد تحريما غير مؤبد فلم تصح الكناية بأحدهما عن الآخر ولو صرح به وقال أعني به الطلاق لم يصر طلاقا لأنه لا تصلح الكناية به عنه

[ جزء 8 - صفحة 301 ]

مسألة : وإن قال أنت علي حرام أو ما أحل الله علي حرام ففيه ثلاث روايات إحداهن : أنه ظهار وإن نوى الطلاق اختاره الخرقي والثانية : كناية ظاهرة والثالثة : هو يمين
مسألة : وإن قال أنت علي حرام أو ما أحل الله علي حرام ففيه ثلاث روايات إحداهن : أنه ظهار وإن نوى الطلاق اختاره الخرقي والثانية : كناية ظاهرة والثالثة : هو يمين
إذا قال ذلك او أطلق فهو ظاهر وقال الشافعي لا شيء عليه وله قول آخر عليه كفارة يمين وليس يمينا وقال أبو حنيفة هو يمين وقد روي ذلك عن أبي بكر وعمر بن الخطاب وابن مسعود وقال سعيد حدثنا خالد ابن عبد الله عن جويبر عن الضحاك إن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا في الحرام إنه يمين وبه قال ابن عباس و سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير وعن أحمد ما يدل على ذلك لأن الله تعالى قال : { لم تحرم ما أحل الله لك } ثم قال : { قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم } وقال ابن عباس في قوله تعالى : { لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة } ولأنه تحريم للحلال أشبه تحريم الأمة ووجه الأول أنه تحريم للزوجة بغير طلاق فوجبت به كفارة الظهار كما لو قال أنت علي حرام كظهر أمي فأما إن نوى غير الظهار فالمنصوص عن أحمد في رواية جماعة أنه ظاهر نوى الطلاق أو لم ينوه ذكره الخرقي وممن قال إنه ظهار عثمان بن عفان و أبو قلابة و سعيد بن جبير و ميمون بن مهران و البتي وروى الأثرم بإسناده عن ابن عباس في الحرام أنه تحرير رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين أو اطعام ستين مسكينا ولأنه صريح في تحريمها فكان ظهارا وإن نوى غيره كقوله أنت علي كظهر أمي وعن أحمد أنه إذا نوى به الطلاق أخاف أن يكون ثلاثا ولا أفتي به وهذا مثل قوله في الكنايات الظاهرة فكأنه جعله من كنايات الطلاق يقع به لاطلاق إذا نواه ونقل عنه البغوي في رجل قال لامرأته أمرك بيدك فقالت أنا عليك حرام فقد حرمت عليه فجعله منها كناية في الطلاق فكذلك من الرجل واختاره ابن عقيل وهو مذهب أبي حنيفة و الشافعي وروي ذلك عن ابن سعود وممن روي عنه طلاق ثلاث علي وزيد بن ثابت وأبو هريرة و الحسن البصري و وابن أبي ليلى وهو مذهب مالك في المدخول بها لأن الطلاق نوع تحريم فصح أن يكنى به عنه كقوله أنت بائن فإن لم ينو به الطلاق لم يكن طلاقا بحال لأنه ليس بصريح في الطلاق فإن لم ينوه لم يقع به طلاق كسائر الكنايات وإن قلنا إنه كناية في الطلاق ونوى به فحكمه حكم الكنايات الظاهرة على ما مضى من الاختلاف فيها وهو قول مالك و أبي حنيفة و الشافعي كل على أصله ويمكن حمله على الكنايات الخفية إذا قلنا إن الرجعية محرمة لأن أقل ما تحرم به الزوجة طلقة رجعية فحمل على اليقين وقد روي عن أحمد ما يدل عليه قال إذا قال أنت علي حرام أعني به طلاقا فهي واحدة وروي هذا عن عمر بن الخطاب و الزهري وقد روي عن مسروق و أبي سلمة بن عبد الرحمن و الشعبي ليس بشيء لأنه قول هو كاذب فيه وهذا يبطل بالظهار لأنه منكر من القول وزور وقد أوجب الكفارة ولأن هذا إيقاع للطلاق فأشبه قوله أنت بائن وأنت طالق

وروي عن أحمد أنه إذا نوى اليمين كان يمينا وهذا مذهب ابن مسعود وقول أبي حنيفة و الشافعي وممن روي عنه عليه كفارة يمين أبو بكر الصديق وعمر وابن عباس وعائشة رضي الله عنهم وهو قول سعيد بن المسيب و الحسن و عطاء و طاوس و سليمان بن يسار و قتادة و الأوزاعي وفي المتفق عليه عن سعيد بن جبير أنه سمع ابن عباس يقول إذا حرم الرجل عليه امرأته فهي يمين يكفرها قال : { لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة } ولأن الله قال : { يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغي مرضاة أزواجك والله غفور رحيم * قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم } فجعل الحرام يمينا ومعنى قوله نوى يمينا والله أعلم أنه نوى بقوله انت علي حرام ترك وطئها واجتنابها وأقام ذلك مقام والله لا وطئتك



مسألة : وإن قال ما أحل الله علي حرام أعني به الطلاق فقال أحمد تطلق امرأته ثلاثا وإن قال أعني به طلاقا طلقت واحدة
مسألة : وإن قال ما أحل الله علي حرام أعني به الطلاق فقال أحمد تطلق امرأته ثلاثا وإن قال أعني به طلاقا طلقت واحدة
رواه الجماعة عن أحمد فروى أبو عبد الله النيسابوري أنه قال إذا قال إذا قال أنت علي حرام أريد به الطلاق كنت أقول إنها طالق يكفر كفارة الظهار وهذا كأنه رجوع عن قوله إنه طلاق ووجه أنه صريح في الظهار فلم يصر طلاقا بقوله أريد به الطلاق كما لو قال أنت علي كظهر أمي أعني به الطلاق قال القاضي ولكن جماعة أصحابنا على أنه طلاق وهي الرواية المشهورة التي رواها عنه الجماعة لأنه صرح بلفظ الطلاق فكان طلاقا كما لو ضربها وقال هذا طلاقك وليس هذا صريحا في الظهار وإنما هو صريح في التحريم والتحريم يتنوع الى تحريم بالظهار والى تحريم بالطلاق فإذا بين بلفظه إرادة تحريم الطلاق فلم يمكن جعل ذلك طلاقا بخلاف مسألتنا ثم إن قال أعني به الطلاق أو نوى به ثلاثا فهي ثلاث نص عليه أحمد لأنه أتى بالألف واللام التي فللاستغراق تفسيرا للتحريم فدخل فيه الطلاق كله وإذا نوى الثلاث فقد نوى بلفظه ما يحتمله من الطلاق فوقع كما لو قال أنت بائن وعنه لا يكون ثلاثا حتى ينويها سواء كانت فيه الألف واللام أو الألف واللام تكون لغير الاستغراق في أكثر أسماء الأجناس وإن قال أعني به طلاقا فهي واحدة لأنه ذكره منكرا فيكون طلاقا واحدا نص عليه أحمد وقال في رواية حنبل إذا قال أعني طلاقا فهي واحدة أو اثنتان إذا لم يكن فيه الألف واللام وعنه أنه ظهار فيهما وقد ذكرناه وذكرنا دليل



مسألة : وإن قال أنت علي كالميتة والدم وقع ما نواه من الطلاق والظهار واليمين وإن لم ينو شيئا فهل يكون ظهارا أو يمينا ؟ على وجهين
مسألة : وإن قال أنت علي كالميتة والدم وقع ما نواه من الطلاق والظهار واليمين وإن لم ينو شيئا فهل يكون ظهارا أو يمينا ؟ على وجهين
أما إذا نوى الطلاق كان طلاقا لأنه يصلح أن يكون كناية فيه فإذا اقترنت به النية وقع به الطلاق ويقع ما نواه من عدد الطلاق فإن لم ينو شيئا وقعت واحدة لأنه من الكنايان الخفية وهذا حكمها وإن نوى به الظهار وهو أن يقصد تحريمها عليه مع بقاء نكاحها احتمل أن يكون ظهارا كما قلنا في قوله أنت علي حرام واحتمل أن لا يكون ظهارا كما لو قال أنت علي كظهر البهيمة أو كظهر أبي وإن نوى اليمين وهو أن يريد بذلك ترك وطئها لا تحريمها ولا طلاقها فهو يمين وإن لم ينو شيئا لم يكن طلاقا لأنه ليس بصريح في الطلاق ولو نواه به

وهل يكون ظهارا أو يمينا ؟ على وجهين أحدهما : يكون ظهارا لأن معناه أنت حرام علي كالميتة والدم تشبيهنا بهما يقتضي التشبيه بهما في الأمر الذي استهزأ به وهو التحريم لقول الله تعالى فيهما : { حرمت عليكم الميتة والدم }
والثاني : يكون يمينا لأن الأصل براءة الذمة فإذا أتى بلفظ محتمل ثبت فيه أقل الحكمين لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يثبته بالشك ولا نزول عن الأصل إلا بيقين وعند الشافعي هو كقوله أنت حرام سواء

[ جزء 8 - صفحة 306 ]

مسألة : وإن قال حلفت بالطلاق وكذب لزمه إقراره في الحكم ولا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى وإن قال حلفت بالطلاق أو علي يمين بالطلاق ولم يكن حلف لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى ولزمه ما أقر به في الحكم
مسألة : وإن قال حلفت بالطلاق وكذب لزمه إقراره في الحكم ولا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى وإن قال حلفت بالطلاق أو علي يمين بالطلاق ولم يكن حلف لم يلزمه شيء فيما بينه وبين الله تعالى ولزمه ما أقر به في الحكم
ذكره القاضي و أبو الخطاب لأنه يحتمل ما قاله ويلزمه في الحكم لأنه خلاف ما أقر به وقال أحمد في رواية محمد بن الحكم في الرجل يقول حلفت بالطلاق ولم يكن حلف هي كذبة ليس عليه يمين وذلك لأن قوله حلفت ليس بحلف وإنما هو خبر عن الحلف فإذا كان كاذبا فيه لم يصر حالفا كما لو قال حلفت بالله وكان كاذبا واختار أبو بكر أنه يلزمه ما أقر به وحكى في زاد المسافر عن الميموني عن أحمد أنه قال إذا قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف يلزمه الطلاق ويرجع الى نيته في الطلاق الثلاث أو الواحدة وقال القاضي معنى قوله أحمد يلزمه الطلاق أي في الحكم ويحتمل أنه أراد يلزمه إذا نوى به الطلاق فجعله كناية عنه وكذلك قال يرجع الى نيته أما الذي قصد الكذب فلا نية له في الطلاق فلا يقع به شيء لأنه ليس بصريح في الطلاق ولو نوى الطلاق فلم يقع به طلاق كسائر الكنايات وذكر القاضي في كتاب الأيمان فيمن قال حلفت بالطلاق ولم يكن حلف هل يقع به ؟ على روايتين إحداهما : لا يلزمه شيء لأنه لم يحلف واليمين إنما تكون بالحلف والثانية : يلزمه ما أقر به اختاره أبو بكر لأنه إذا أقر ثم قال كذبت كان جحودا بعد الإقرار فلا يقبل كما لو أقر بدين ثم أنكر ويرجع الى نيته لأنه أعلم بحاله
فصل : والقول قوله في قدر حلف به وفي الشرط الذي علق اليمين به لأنه أعلم بحاله ويمكن حمل كلام أحمد على هذا وهو أن يكون قوله ليس عليه يمين فيما بينه وبين الله تعالى وقوله يلزمه الطلاق أي في الحكم لأنه يتعلق بحق إنسان معين فلم يقبل في الحكم وفيما بينه وبين الله سبحانه إذا علم أنه لم يحلف فلا شيء عليه
فصل : قال الشيخ رحمه الله : إذا قال لامرأته أمرك بيدك فلها أن تطلق ثلاثا وإن نوى واحدة وهو في يدها ما لم يفسخ أو يطأ
الكلام في هذه المسألة في فصلين أحدهما : أنه إذا قال لامرأته أمرك بيدك كان لها أن تطلق ثلاثا وإن نوى أقل منها هذا ظاهر المذهب لأنها من الكنايات الظاهرة وقد مضى لكلام فيها روي ذلك عن عثمان وابن عمر وابن عباس وروي ذلك عن علي أيضا وفضالة بن عبيد وبه سعيد بن المسيب و عطاء و الزهري قالوا إذا طلقت ثلاثا فقال لم أجعل إليها إلا واحدة لم يتلفت إلى قوله والقضاء ما قضت وعن عمر وابن مسعود أنها طلقت واحدة وبه قال عطاء و مجاهد و القاسم و ربيعة و مالك والاوزاعي و الشافعي وقال الشافعي إن نوى ثلاثا فلها أن تطلق ثلاثا وإن غير ذلك لم تطلق ثلاثا والقول قوله في نيته قال القاضي ونقل عبد الله عن أحمد ما يدل على أنه إذا نوى واحدة فهي واحدة لأنه نوع تخيير فيرجع الى نيته فيه كقوله اختاري

ولنا أنه لفظ يقتضي العموم في جميع أمرها لأنه اسم جنس مضاف فيتناول الطلقات الثلاث كما لو قال طلقي نفسك ما شئت ولا يقبل قوله أردت واحدة لأنه بخلاف مقتضى اللفظ لا يبين في هذا لأنه من الكنايات الظاهرة والكنايات الظاهرة تقتضي ثلاثا
الفصل الثاني : أنه لا يتقيد بالمجلس ويكون في يدها ما لم يفسخ أو يطأ وإن جعل أمرها في يد غيرها فكذلك في الفصل الأول والثاني ووافق الشافعي في أنه إذا جعله في يد غيرها أنه لا يتقيد بالمجلس لأنه وكيل وإذا قال له جعلت أمر امرأتي في يدك أو جعلت لك الخيار في طلاق امرأتي أو طلق امرأتي فالجميع سواء أنه لا يتقيد بالمجلس وقال أصحاب أبي حنيفة ذلك مقصور على المجلس لأنه نوع تخيير أشبه ما لو قال إختاري
ولنا أنه توكيل مطلق فكان التراخي كالتوكيل في البيع إذا ثبت هذا فإن له أن يطلق ما لم يفسخ أو يطأ وله أن يطلق ثلاثا وواحدة كالمرأة فإن فسخ الوكالة بطلت كسائر الوكالات وكذلك إن وطئها لأنه يدل على الفسخ أشبه ما لو فسخ بالقول



مسألة : وإن قال : اختاري نفسك لم يكن لها أن تطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك وليس لها أن تطلق إلا ما دامت في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه
مسألة : وإن قال : اختاري نفسك لم يكن لها أن تطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك وليس لها أن تطلق إلا ما دامت في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه
وجملة ذلك أن لفظ التخيير لا يقتضي بمطلقة أكثر من طلقة رجعية قال أحمد : هذا قول ابن عمر وابن مسعود وزيد بن ثابت وعمر وعائشة رضي الله عنهم وروي ذلك عن جابر وعبد الله بن عمر وقال أبو حنيفة هي واحدة بائنة وهو قول ابن شبرمة لأن اختيارها نفسها يقتضي زوال سلطانه ولا يكون إلا بالبينونة وقال مالك هي ثلاث في المدخول بها لأن المدخول بها لاتبين إلا بالثلاث إلا أن تكون بعوض
ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن من سمينا منهم قالوا إن اختارت نفسها فهي واحدة وهو أحق بها رواه النجاد عنهم بأسانيده ولأن قوله اختاري تفويض مطلق فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم وذلك طلقة واحدة ولا تكون بائنا لأنها طلقة بغير عوض لم يكمل بها العدد الدخول فأشبه ما لو طلقها واحدة ولا تكون بائنا لأنها طلقة ويخالف قوله أمرك بيدك فإنه للعموم لأنه اسم جنس مضاف فيتناول جميع أمرها لكن إن جعل لها أكثر من ذلك فلها ما جعل إليها سواء جعله بلفظه بان يقول اختاري ما شئت أو اختاري الطلقات إن شئت فلها أن تختار ذلك أو جعله بنيته وهو أن ينوي بقوله اختاري عددا فإنه يرجع الى ما نواه لأن قوله اختاري كناية خفية فيرجع في قدرها الى نيته كسائر الكنايات الخفية فإن نوى ثلاثا أو اثنتين أو واحدة فهو على ما نوى وإن أطلق فهي واحدة وإن نوى ثلاثا فطلقت أقل منها وقع ما طلقته لأنه يعتبر قولها جميعا كالوكيلين إذا طلق أحدهما واحدة والآخر ثلاثا وليس لها أن تطلق إلا ما دامت في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه هذا قول أكثر أهل العلم ان التخير على الفور إن اختارت في وقتها وإلا فلا خيار لها بعده روي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود وجابر وبه قال عطاء وجابر بن زيد و مجاهد والشعبي و النخعي و مالك و الثوري و الأوزاعي و الشافعي وأصحاب الرأي وقال الزهري و قتادة و أبو عبيد و ابن المنذر و مالك في رواية أنه على التراخي ولها الاختيار في المجلس وبعده ما لم يفسخ أو يطأ واحتج ابن المنذر بقول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة [ إني ذاكر لك أمرا فلا عليك أن لا تعجلي حتى تستأمري أبويك ] وهذا يمنع قصره على المجلس ولأنه جعل امرها إليها أشبه ما لو قال أمرك بيدك
ولنا أنه قول من سمينا من الصحابة فروى النجاد بإسناده عن سعيد بن المسيب أنه قال قضى عمر وعثمان في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما لم يتفرقا وعن عبد الله بن عمر قال ما دامت في مجلسها ونحوه عن ابن مسعود وجابر ولم نعرف لهما مخالفا في الصحابة

فكان إجماعا ولأنه خيار تمليك فكان على الفور كخيار القبول وأما الخبر فإن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لها الخيار على التراخي فأما أمرك بيدك فهو توكيل والتوكيل يعم الزمان ما لا يقيد بخلاف مسألتنا

[ جزء 8 - صفحة 311 ]

مسألة : وليس لها أن تطلق إلا ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه
مسألة : وليس لها أن تطلق إلا ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه
وذلك أن لا يخرجا من الكلام الى غير ذكر الطلاق فإن تفرقا عن ذلك الكلام غيره بطل خيارها قال أحمد : إذا قال لامرأته اختاري فلها الخيار ما داموا في ذلك الكلام فإن طال المجلس وأخذوا في كلام غير ذلك ولم تختر فلا خيار لها وهذا مذهب أبي حنيفة ونحوه مذهب الشافعي على اختلاف عنه فقيل عنه أنه يتقيد بالمجلس وقيل هو على الفور وقال أحمد : الخيار على مخاطبة الكلام وأن تجاريه ويجاريها إنما هو جواب كلام إن أجابته من ساعته وإلا فلا شيء ووجهه أنه تمليك مطلق تأخر قبوله عن أول حال الامكان فلم يصح كما لو قامت من مجلسها فإن قام أحدهما عن المجلس قبل اختيارها بطل خيارها وقال أبو حنيفة : يبطل بقيامها دون قيامه على أصله بأن الزوج لا يملك الرجوع وعندنا أن الزوج يملك الرجوع فبطل بقيامه كما يبطل بقيامها وإن كان أحدهما قائما فركب أو مشى بطل الخيار وإن قعد لم يبطل لأن القيام يبطل الفكر والارتياء في الخيار فيكون إعراضا والقعود بخلاف ولو كانت قاعدة فاتكأت أو متكئة فقعدت لم يبطل لأن ذلك لا يبطل الفكرة وإن تشاغلت بالصلاة فأتمتها لم يبطل خيارها وإن أضافت إليها ركعتين أخريين بطل خيارها وإن أكلت شيئا أو قالت بسم الله أو سبحت شيئا يسيرا لم يبطل لأن ذلك ليس بإعراض وإن قالت : أدعوا لي شهودا أشهدهم على ذلك لم يبطل وإن كانت راكبة فسارت لم يبطل خيارها وهذا كله قول أصحاب الرأي

[ جزء 8 - صفحة 312 ]

مسألة : فإن جعل لها الخيار اليوم كله أو جعل أمرها بيدها فردته أو رجع فيه أو وضئها بطل خيارها هذا المذهب
مسألة : فإن جعل لها الخيار اليوم كله أو جعل أمرها بيدها فردته أو رجع فيه أو وطئها بطل خيارها هذا المذهب
إذا جعل لها الخيار اليوم كله أو أكثر من ذلك أو متى شاءت فلها كالخيار في تلك المدة وإن قال : اختاري إذا شئت أو متى شئت فلها ذلك لأن هذه تفيد جعل الخيار لها في عموم الأوقات فإن ردت ذلك أو جعل أمرها بيدها فردته بطل خيارها لأنها إنما ملكته بالوكالة فهي كالوكيل إذا رد الوكالة وإن رجع فيما ملكها بطل أيضا كما إذا رجع الموكل فيما وكل فيه وإن وطئها فهو رجوع أيضا لأنه يدل على الرجوع أشبه ما لو رجع بالقول ويحتمل أن لا تنفسخ الوكالة كما لو وكله في بيع دار وسكنها ذكره ابن أبي موسى وإن قال اختاري اليوم وغدا وبعد عد فلها ذلك فإن ردت الخيار في الأول بطل كله وإن قال لها لا تعجلي حتى تستأمري أبويك ونحوه فلها لخيار على التراخي فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك لعائشة فدل على أن خيارها لا يبطل بالتأخير وإن قال اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غدا فردته في اليوم الأول لم يبطل في الثاني وقال أبو حنيفة لا يبطل في المسألة الاولى أيضا لأنهما خياران في وقتين فلم يبطل أحدهما برد الآخر قياسا على المسألة الثانية

ولنا أنه خيار واحد في مدة واحدة فإذا بطل أوله بطل ما بعده كما لو كان الخيار في يوم واحد وكخيار الشرط ولا نسلم أنهما خياران وإنما هو خيار واحد في يومين وفارق ما إذا قال : اختاري نفسك اليوم واختاري نفسك غدا فإنهما خياران لأن كل واحد ثبت بسبب مفرد
فصل : ولو خيرها شهرا فاختارت ثم تزوجها لم يكن لها عليه خيار وعند أبي حنيفة لها الخيار ولنا أنها استوفت ما جعل لها في هذا العقد فلم يكن لا في عقد قان كما لو اشترط الخيار في سلعة مدة ثم فسخ ثم اشتراها بعقد آخر في تلك المدة ولو لم تختر نفسها أو اختارت زوجها وطلقها الزوج ثم تزوجها بطل لأن الخيار المشروط في عقد لا يثبت في عقد سواه كما في البيع والحكم في قوله أمرك بيدك في هذا كله كالحكم في كالتخيير لأنه نوع تخيير ولو قال : اختاري أو أمرك بيدك اليوم وبعد الغد فردت في اليوم الأول لم يبطل في بعد غد لأنهما خياران ينفصل أحدهما عن صاحبه فلا يبطل أحدهما ببطلان الآخر بخلاف ما إذا كان الزمان متصلا واللفظ واحد فإنه خيار واحد فبطل كله بطلان بعضه وإن قال : لك الخيار يوما أو أمرك بيدك يوما فابتداؤه من حين نطق به الى مثله من الغد لأنه لا يمكن استكمال يوم بتمامه إلا بذلك وإن قال : شهرا فمن ساعة نطق الى استكمال ثلاثين يوما الى مثل تلك الساعة وإن قال الشهر أو اليوم أو السنة فهو على ما بقي من اليوم والسنة وخرج أبو الخطاب في كل مسألة وجها مثل حكم الأخرى أي خرج في قوله أمرك بيدك وجها أنها لا تطلق أكثر من واحدة وأنها تتقيد بالمجلس بشرط أن لا يتشاغلا بما يقطع كلامهما وفي قوله اختاري نفسك أنه لا يتقيد بالمجلس وإن لها أن تطلق أكثر من واحدة عند الإطلاق قياسا لكل واحدة منهما على الأخرى
فصل : فإن خيرها فاختارت زوجها أو ردت الخيار أو الأمر لم يقع شيء نص عليه أحمد في رواية الجماعة وروي عن عمر وعلي وزيد وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم وهو قول عمر بن عبد العزيز وابن شبرمة و ابن أبي ليلى و الثوري و الشافعي و ابن المنذر عن الحسن تكون واحدة رجعية وروي ذلك عن علي رضي الله عنه ورواه إسحاق بن منصور عن أحمد قال : إن اختارت زوجها فواحدة يملك الرجعة وإن اختارت نفسها فثلاث وقال أبو بكر انفرد بهذا إسحاق بن منصور والعمل على ما رواه الجماعة ووجه هذا الرواية ان التخيير كناية نوى بها لطلاق فوقع بها بمجرد كسائر كناياته كقوله انكحي من شئت
ولنا قول عائشة قد خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان طلاقا وقالت : [ لما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي فقال إني لمخبرك خبرا فلا عليك ألا تعجلي حتى تستأمري أبويك ثم قال إن الله تعالى قال : { يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها } ـ حتى بلغ ـ { إن الله أعد للمحسنات منكن أجرا عظيما } فقلت في أي هذا أستأمر أبوي ؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخره قالت ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت ] متفق عليهما قال مسروق ما أبالي خيرت امرأتي واحدة أو مائة أو ألفا بعد أن تختارني ولأنها فخيرة اختارت النكاح فلم يقع بها الطلاق كالمعتقة تحت عبد وقولهم ان التخيير كناية نوي بها الطلاق فوقع بها بمجردها كسائر كناياته قلنا إنما أراد بذلك تفويض الطلاق الى زوجته الى إيقاع الطلاق وصار ذلك كقوله طلقي نفسك فإنه لا يقع بذلك كطلاق والكناية مع النية لا ترد على الصريح فأما إن نوى بقوله اختاري نفسك فإنه لا يقع طلاق والكناية مع النية لا ترد على الصريح فأما إن نوى بقوله اختاري نفسك إيقاع الطلاق وقع كسائر الكنايات



مسالة : ولفظة الأمر والخيار كناية في حق الزوج تفتقر إلى نيته
مسالة : ولفظة الأمر والخيار كناية في حق الزوج تفتقر إلى نيته
فلفظة الأمر من الكنايات الظاهرة والخيار من الخفية وكلاهما يحتاج الى النية لما ذكرنا في الكناية الظاهرة قوله إنها تحتاج الى نية وهو قول مالك وقد ذكرناه فإن قبلته بلفظ الكناية

فقالت اخترت نفسي إفتقر الى نيتها أيضا كالزوج وإن قالت : طلقت نفسي وقع من غير نية لأنه صريح فلم يحتج الى نية كقوله أنت طالق فإن نوى أحدهما دون الآخر لم يقع لأن الزوج إذا لم ينو فما فوض إليها الطلاق فلا يصح أن يوقعه وإن نوى لم تنوهي فقد فوض إليها الطلاق فما أوقعته فلم يقع شيء كما لو وكل وكيلا في الطلاق فلم يطلق وإن نويا جميعا وقع ما نواه من العدد وإن نوى أحدهما أقل من الآخر وقع الأقل لأن ما زاد انفرد به أحدهما فلم يقع

[ جزء 8 - صفحة 316 ]

مسألة : فإن اختلفا في نيتها فقال : لم تنوي الطلاق باختيارك نفسك فقالت : قد نويت فالقول قولها
مسألة : فإن اختلفا في نيتها فقال : لم تنوي الطلاق باختيارك نفسك فقالت : قد نويت فالقول قولها
لأنها أعلم بنيتها ولا نعلم ذلك إلا من جهتها وإن اختلفا في رجوعه فالقول قوله لأنهما اختلفا فيما يختص فكان القول فيه كما لو اختلفا في نيته
فصل : وإن قال : أمرك بيدك أو قال اختاري فقالت قبلت لم يقع شيء كما لو قال لأجنبي : أمر امرأتي بيدك فقال قبلت واختاري في معناه ونحوه إن قالت : أخذت أمري نص عليها أحمد في رواية إبراهيم ابن هانئ إذ قال لامرأته أمرك بيدك فقالت : قبلت ليس بشيء حتى يبين وقال إذا قالت أخذت امري ليس بشيء قال وإذا قال لامرأته اختاري فاختارت فقالت قبلت نفسي واخترت نفسي كان أبين قال القاضي ولو قالت أخترت ولم تقل نفسي لم تطلق وإن نوت ولو قال الزوج اختاري ولم يقل نفسك ولم ينوه لم تطلق ما لم يذكر نفسها ما لا لم يكن في كلام الزوج أو جوابها ما يصرف الكلام إليه لأن ذلك في حكم التفسير فإذا عري عن ذلك لم يصح وإن قالت : اخترت زوجي واخترت البقاء على النكاح أو رددت الخيار أو رددت عليك سفهتك بطل الخيار وإن قالت : اخترت نفسي أو أنوي ونوت وقع الطلاق ولأن هذا يصلح ان يكون كناية من الزوج فيما إذا قال الحقي بأهلك فكذلك منها وإن قالت : اخترت الازواج فكذلك لأنهم لا يحلون إلا بمفارقة هذا الزوج ولذلك كان كناية منه في قوله انكحي من شئت
فصل : فإن كرر لفظة الخيار ثلاث مرات فقالت اختاري اختاري اختاري فقال أحمد : إن كان ما يردد عليها ليفهمها وليست نيته ثلاثا فهي واحدة وغن كان أراد بذلك ثلاثا فهي ثلاث فرد الأمر إلى نيته في ذلك وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : إذا قبلت وقع ثلاث لأنه كرر ما يقع به الطلاق فيكرر كما لو كرر الطلاق
ولنا أن يحتمل التأكيد فإذا قصده قبلت نيته كما لو قال انت طالق الطلاق وإن أطلق فقد روي عن أحمد ما يدل على أنها واحدة تملك الرجعة وهذا اختيار القاضي ومذهب عطاء و أبي ثور لأن تكرر التخيير لا يزيد به الخيار كشرط الخيار في البيع وروي عن أحمد رحمه الله إذا قال لامرأته : اختاري فقالت : اخترت نفسي هي واحدة إلا أن يقول اختاري اختاري وهذا يدل على أنها تطلق ثلاثا ونحوه قال الشعبي و النخعي وأصحاب الرأي و مالك لأن لفظة الواحدة إذا تكررت اقتضت ثلاثا كلفظة الطلاق
فصل : ويجوز أن يجعل أمر امرأته بيدها بعوض وحكمه حكم ما لا عوض له في أن له الرجوع فيما جعل لها وانه يبطل بالوطء قال أحمد إذا قالت امرأته : اجعل أمري بيدي وأعطيك عبدي هذا فقبض العبد وجعل أمرها بيدها فلها أن تختار ما لم يطأها أو ينقضه وذلك لأنه توكيل والتوكيل لا يبطل بدخول العوض فيه وكذلك التحليل بعوض لا يلزم ما لم يتصل به القبول

مسألة : وإن قال طلقي نفسك فقالت اخترت نفسي ونوت الطلاق وقع
مسألة : وإن قال طلقي نفسك فقالت اخترت نفسي ونوت الطلاق وقع
ويحتمل أن لا يقع لأنه فوضه إليها بلفظ الصريح فلا يصح أن يوقع ما فوضه إليها ووجه الأول أنه فوض إليها الطلاق وقد أوقعته فوقع كما لو أوقعته بلفظ الصريح ما ذكروه ولأن التوكيل في شيء لا يقتضي أن يكون إيقاعه بلفظ الأمر كما لو وكله فقالت بع داري فباع بلفظ التمليك صح وكما لو قال لها : اختاري نفسك فقالت : طلقت نفسي فإنه يقع مع اختلاف اللفظ



مسالة : وليس لها أن تطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر منها
مسالة : وليس لها أن تطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر منها
قال أحمد رحمه الله : إذا قال لامرأته : طلقي نفسك ونوى ثلاثا فطلقت نفسها ثلاثا فهي ثلاث وإن نوى واحدة فهي واحدة وذلك لأن الطلاق يكون واحدة وثلاثا فأيهما نواه فقد نوى بلفظه ما احتمله وإن لم ينو وقع واحدة لأنها اليقين لأن النطق يتناول أقل ما يقع عليه الاسم

مسألة : وإذا قال : وهبتك لأهلك فإن قبلوها فواحدة وإن ردوها فلا شيء وعنه إن قبلوها فثلاث وإن ردوها فواحدة وكذلك إذا قال وهبتك لنفسك
مسألة : وإذا قال : وهبتك لأهلك فإن قبلوها فواحدة وإن ردوها فلا شيء وعنه إن قبلوها فثلاث وإن ردوها فواحدة وكذلك إذا قال وهبتك لنفسك
الرواية الاولى هي المشهورة عن أحمد نص عليها وبه قال ابن مسعود و عطاء و مسروق و الزهري و مكحول و مالك و إسحاق وروي عن علي رضي الله عنه و النخعي إن قبلوها فواحدة بائنة وإن لم يقبلوها فواحدة رجعية وروي عن أحمد مثل ذلك وعن زيد بن ثابت و الحسن إن قبلوها فثلاث وقال ربيعة و يحيى بن سعيد و أبو الزناد و مالك هي ثلاث على كل حال قبولها أو ردوها وقال أبو حنيفة فيها كقوله في الكناية الظاهرة ومثله قال الشافعي واختلفا ههنا بناء على اختلافهما ثم
ولنا على أنها لا تطلق إذا تطلق إذا لم يقبلوها أنه تمليك للبضع فافتقر فيه الى القبول اختاري وأمرك بيدك وكالنكاح وعلى أنها لا تكون ثلاثا أنه لفظ يحتمل فلا يحمل على الثلاث عند الإطلاق كقوله اختاري وعلى انها رجعية أنها طلقة لمن عليها عدة بغير عوض قبل استيفاء العدد فكانت رجعية كقوله أنت طالق اثنتين وقوله إنها واحدة محمول على ما إذا أطلق النية أو نوى واحدة فأما إن نوى ثلاثا أو اثنتين فهو على ما نوى لأنها كناية غير ظاهرة فيرجع الى نيته في عددها كسائر الكنايات ولا بد من أن ينوي بذلك الطلاق او تكون ثم دلالة حال لأنها كناية ولا بد للكناية من ذلك قال القاضي وينبغي أن تعتبر النية من الذي يقبل أيضا كما تعتبر في اختيار الزوجة إذا قال لها اختاري أو أمرك بيدك إذا ثبت هذا فإن صفة القبول أن يقول أهلها قبلناها نص عليه أحمد والحكم في هبتها لنفسها أو لأجنبي كالحكم في هبتها لأهلها
فصل : فإن باع امرأته لغيره لم يقع به الطلاق وإن نوى وبه قال الثوري و إسحاق و قال مالك تطلق واحدة وهي أملك بنفسها لأنه أتى بما يقتضي خروجها عن ملكه أشبه ما لو وهبها

ولنا أن البيع لا يتضمن معنى الطلاق لأنه نقل ملك بعوض والطلاق مجرد إسقاط لا يقتضي العوض فلم يقع به طلاق كقوله أطعميني واسقيني
فصل : في قول الزوج لامرأته أمرك بيدك قد ذكرنا أن الزوج إذا قال لامرأته أمرك بيدك أنه في يدها ما لم يفسخ أو يطأ لأن الزوج مخير بين أن يطلق بنفسه وبين أن يوكل فيه وإن يفوضه الى المرأة ويجعله الى اختيارها لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير نساءه فاخترنه ومتى جعل أمر امرأته بيدها لم يتقيد بالمجلس روي ذلك عن علي رضي الله وبه قال الحكم و أبو ثور و ابن المنذر وقال مالك و الشافعي وأصحاب الرأي هو مقصور على المجلس كقوله اختاري
ولنا قول علي رضي الله عنه في رجل جعل أمر امرأته بيدها قال هو لها حتى تنكل ولأنه نوع توكيل في لطلاق فكان على التراخي كما لو جعله لأجنبي فإن رجع الزوج فيما جعل إليها او قال فسخت ما جعلت إليك بطل وبذلك قال عطاء و مجاهد و الشعبي و النخعي و الأوزاعي و إسحاق وقال الزهري و الثوري و مالك وأصحاب الرأي ليس له الرجوع لأنه ملكها ذلك فلم يملك الرجوع كما لو طلقت
ولنا أنه توكيل فكان له الرجوع فيه كالتوكيل في البيع وكما لو وكل في ذلك أجنبيا ولا يصح قولهم تمليكا لأن الطلاق لا يصح تمليكه ولا ينتقل عن الزوج وإنما ينوب غيره فيه عنه وإن سلم أنه تمليك فالتمليك يصح الرجوع فيه قبل إيصال القبول له كالبيع وإن وطئها الزوج كان رجوعا لأنه نوع توكيل والتصرف فيما توكل فيه يبطل الوكالة وإن ردت المرأة ما جعل إليها بطل كما تبطل الوكالة بدر الوكيل
فصل : ولا يقع الطلاق بمجرد هذا القول ما لم ينو به إيقاع طلاقها في الحال أو تطلق نفسها ومتى ردت الأمر الذي جعل إليها بطل ولم يقع شيء في قول أكثر أهل العلم منهم ابن عمر و سعيد بن المسيب و عمر بن عبد العزيز و مسروق و عطاء و مجاهد و الزهري و الأوزاعي و الشافعي وقال قتادة إن ردت فواحدة رجعية
ولنا أنه توكيل رده الوكيل أو تملك لم يقبله المملك فلم يقع به شيء كسائر التوكيل والتمليك فاما إن نوى بهذا تطليقها في الحال طلقت في الحال ولم يحتج إلى قبولها كما لو قال حبلك على غاربك



مسألة : فإن قالت : اخترت نفسي فهي واحدة رجعية
مسألة : فإن قالت : اخترت نفسي فهي واحدة رجعية
روي ذلك عن عمر وابن عباس وبه قال عمر بن عبد العزيز و الثوري و ابن أبي ليلى و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد و أبو ثور وروي عن علي أنها واحدة بائنة قال أبو حنيفة وأصحاب لأن تمليك إياها أمرها يقتضي زوال سلطانه عنها فإذا قبلت ذلك الاختيار وجب أن يزول عنها ولا يحصل ذلك مع بقاء الرجعة وعن زيد بن ثابت أنها ثلاث وبه قال الحسن و مالك و الليث إلا أن ملكا قال : إذا لم تكن مدخولا بها قبل منه إذا أراد واحدة أو اثنتين وحجتهم أن ذلك يقتضي زوال سلطانه عنها ولا يكون ذلك إلا بثلاث وفي قول مالك إن غير المدخول بها يزول سلطانه عنها بواحدة فاكتفى بها
ولنا أنها لم تطلق لفظ الثلاث ولا نوت ذلك فلم تطلق ثلاثا كما لو أتى الزوج بالكنايات الخفية وهذا إذا لم تنو إلا واحدة فإن نوت أكثر منها وقع ما نوت لأنها تملك الثلاث بالتصريح فملكتها بالكنايات كالزوج وهكذا إن أتت بشيء من الكنايات فحكمها فيها حكم الزوج إن كانت مما يقع بها الثلاث من الزوج وقع بها الثلاث إذا أتت بها وإن كانت من الكنايات الخفية نحو قولها لا تدخل علي ونحوها وقع ما نوت قال أحمد إذا قال لها أمرك بيدك فقالت لا تدخل علي إلا بإذن سواء في ذلك إن قالت واحدة وإن قالت أردت أن أغيظه قبل منها يعني لا يقع شيء

وكذلك إن جعل أمرها بيد أجنبي فأتى بهذه الكنايات لا يقع شيء حتى ينوي الوكيل الطلاق ثم إن طلق بلفظ صريح ثلاثا أو بكناية ظاهرة وقعت الثلاث وإن كان بكناية خفية وقع ما نواه

[ جزء 8 - صفحة 322 ]

باب ما يختلف به عدد الطلاق
يملك الحر ثلاث طلقات وإن كان تحته أمة ويملك العبد اثنتين وإن كانت تحته حرة وجملة ذلك إن الطلاق معتبر بالرجال فإن كان الزوج حرا فطلاقه ثلاث حرة كانت الزوجة أو أمة وإن كان عبدا فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة روي ذلك عن عمر وعثمان وزيد وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب و مالك و الشافعي و إسحاق و ابن المنذر وقال ابن عمر أيهما رق نقص الطلاق برقه فطلاق العبد اثنتان وإن كان تحته حرة وطلاق الأمة اثنتين وإن كان حرا روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول ابن مسعود وبه قال الحسن و ابن سيرين و عكرمة و عبيدة و مسروق و الزهري و الحكم و حماد و الثوري و أبو حنيفة لما [ روت عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : طلاق الأمة تطليقتان ] رواه أبو داود و ابن ماجة ولأن المرأة محل الطلاق فيعتبر بها كالعدة
ولنا أن الله خاطب الرجال بالطلاق فكان محله معتبرا بهم ولأن الطلاق خالص حق الزوج وهو مما يختلف بالرق والحرية فكان اختلافه به كعدد المنكوحات وحديث عائشة قال أبو داود رواه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث وقد اخرجه الدارقطني في سننه [ عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : طلاق العبد اثنتان فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره وقروء الأمة حيضتان وتتزوج الحرة على الأمة ولا تتزوج الأمة على الحرة ] وهذا نص ولأن الحر يملك أن يتزوج أربعا فملك طلقات ثلاثا كما لو كان تحته حرة ولا خلا ف في أن الحر الذي زوجته حرة طلاقه ثلاث وإن العبد الذي تحته أمة طلاقه اثنتان وإنما الخلاف فيما إذا كان أحد الزوجين حرا والآخر رقيقا قال أحمد المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وطلاقه وأحكامه كلها أحكام العبد وهذا صحيح فإنه جاء في الحديث [ المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ] ولأنه يصح عتقه ولا ينكح إلا اثنتين ولا يتزوج ولا يتسرى إلا بإذن سيده وهذه أحكام العبيد فيكون طلا قه كطلاق سائر العبيد وقد روى الأثرم في سننه عن سليمان بن يسار مكاتب أم سلمة طلق امرأة حرة تطليقتين فسأل عثمان وزيد بن ثابت عن ذلك فقالا حرمت عليك والمدبر كالعبد القن في نكاحه وطلاقه وكذلك المعلق عتقه بصفة لأنه عبد فثبت فيه أحكام العبد
فصل : قال أحمد : في رواية محمد بن الحكم العبد إذا كان نصفه حرا ونصفه عبدا يتزوج ثلاثا ويطلق ثلاث تطليقات وكذلك كل ما يجري بالحساب إنما جعل له نكاح ثلاث لأن عدد المنكوحات يتبعض فوجب أن يتبعض في حقه كالحد فكذلك كان له أن ينكح نصف ما ينكح العبد وذلك ثلاث وأما الطلاق فلا تمكن قسمته في حقه لأن مقتضى حاله أن يكون ثلاثة أرباع الطلاق وليس له ثلاثة أرباعه فكمل في حقه ولأن الأصل إثبات الطقات الثلاث في حق كل مطلق وإنما خولف في حق من كمل الرق فيه ففيما عداه يبقى على الأصل

[ جزء 8 - صفحة 324 ]

مسألة : فإذا قال : أنت الطلاق أو الطلاق لي لازم ونوى الثلاث طلقت ثلاثا
مسألة : فإذا قال : أنت الطلاق أو الطلاق لي لازم ونوى الثلاث طلقت ثلاثا

قال القاضي : لا تختلف الرواية عن أحمد فيمن قال لامرأته أنت الطلاق أنه يقع نواه أو لم ينوه وبهذا قال أبو حنيفة و مالك و لأصحاب الشافعي وجهان أحدهما : أنه غير صريح لأنه مصدر والأعيان لا توصف بالمصادر إلا مجازا
ولنا أن الطلاق لفظ صريح فلم يفتقر الى نية كالتصرف وهو مستعمل في عرفهم قال الشاعر :
( نوهت باسمي في العالمين ... وافنيت عمري عاما فعاما )
( فأنت الطلاق وأنت الطلاق ... وأنت الطلاق ثلاثا تماما )
قولهم أنه مجاز قلنا نعم إلا أنه يتعذر حمله على الحقيقة ولا محمل له يظهر سوى هذا المحمل فتعين فيه إذا ثبت ذلك فإنه إذا قال أنت الطلاق أو الطلاق لي لازم أو الطلاق يلزمني أو علي الطلاق فهو بمثابة قوله الطلاق يلزمني لأن من يلزمه شيء يضره فهو عليه كالدين وقد اشتهر استعمال هذا في إيقاع الطلاق فهو صريح فإنه يقال لمن وقع طلاقه لزمه الطلاق وقالوا إذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه ولعلهم أرادوا لزمه حكمه فحذفوا المضاف وأقاموا المضاف إليه مقامه ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية وانغمرت الحقيقة فيه ويقع ما نواه واحدة أو اثنتين أو ثلاثا

[ جزء 8 - صفحة 325 ]

مسألة : فإن لم ينو شيئا ففيه روايتان
مسألة : فإن لم ينو شيئا ففيه روايتان
إحداهما : يقع الثلاث نص عليها أحمد في رواية مهنا وهي اختيار أبي بكر لأن الألف وللام للاستغراق فتقتضي استغراق الكل وهو ثلاث والثانية : أنها واحدة لأنه يحتمل ان تعود الألف واللام الى معهود يريد الطلاق الذي اوقعته ولأن الألف واللام في أسماء الأجناس تستعمل لغير الاستغراق كثيرا كقوله ومن أكره على الطلاق وإذا عقل الصبي الطلاق وأشباه هذا مما يراد به ذلك الجنس ولا يفهم منه الاستغراق فعند ذلك لا يحمل على التعميم إلا بنية صارفة إليه قال شيخنا والأشبه في هذا جميعه أن يكون واحدة في حال الإطلاق لأن أهل العرف لا يعتقدونه ثلاثا ولا يعلمون أن الألف واللام للاستغراق ولهذا ينكر أحدهم أن يكون طلق ثلاثا ولا يعتقد أنه طلق إلا واحدة فمقتضى اللفظ في ظنهم واحدة فلا يريدون إلا ما يعتقدونه مقتضى لفظهم فيصير كأنهم نووا واحدة
فصل : فأما إن قال لامرأته : أنت طالق ثلاثا فقي ثلاث وإن نوى واحدة لا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا لأن اللفظ صريح في الطلاق الثلاث والنية لا تعارض الصريح لأنها أضعف من اللفظ كما لا يعارض النص القياس ولأن النية إنما تعمل في صرف اللفظ الى بعض محتملاته والثلاث نص فيها لا يحتمل لواحدة بحال فإذا نوى واحدة فقد نوى ما لا يحتمله فلم يصح كما لو قال : له علي ثلاثة دراهم وقال أردت واحدا

[ جزء 8 - صفحة 326 ]

مسألة : وإن قال : أنت طالق ونوى ثلاثا ففيه روايتان
مسألة : وإن قال : أنت طالق ونوى ثلاثا ففيه روايتان
إحداهما : تطلق ثلاثا وهو قول الشافعي و أبي عبيد و ابن المنذر لأن لفظه لو قرن به لفظ الثلاث كان ثلاثا فإذا نوى به الثلاث كان ثلاثا كالكنايات ولأنه نوى بلفظه ما يحتمله فوقع ذلك به كالكناية وبيان احتمال اللفظ للعدد أنه يصح تفسيره به فيقول أنت طالق ثلاثا ولأن قوله

طالق اسم فاعل واسم الفاعل يقتضي المصدر كما يقتضيه الفعل والمصدر يقع على القليل والكثير
والرواية الثانية : لا تقع إلا واحدة وهو قول الحسن و عمر بن دينار و الثوري و الأوزاعي وأصحاب الرأي لأن هذا اللفظ لا يتضمن عددا ولا بينونة فلم يقع به الثلاث كما لو قال أنت واحدة بيانه ان قوله أنت طالق اخبار عن صفة هي عليها فلم يتضمن العدد كقوله قائمة وحائض وطاهر والأولى أصح لما ذكرنا وفارق قوله انت حائض لأن الحيض والطهر لا يمكن تعدده في حقها والطهر يمكن تعدده
فصل : فإن قال : أنت طالق طلاقا ونوى ثلاثا وقع ثلاث لأنه صريح بالمصدر يقع على القيل ولا كثير فقد نوى بلفظه ما يحتمله وإن نوى واحدة فهي واحدة وإن أطلق فهي واحدة لأن اليقين وإن قال : أنت طالق الطلاق وقع ما نواه وإن لم ينو شيئا فذكر القاضي فيها روايتين إحداهما : تقع الثلاث لأن الألف واللام للاستغراق فيقتضي استغراق الكل وهو ثلاث والثانية : أنها واحدة لما ذكرنا من أن الألف واللام تعود إلى المعهود

[ جزء 8 - صفحة 327 ]

مسألة : وإن قال : أنت طالق واحدة ونوى ثلاثا لم يقع إلا واحدة
مسألة : وإن قال : أنت طالق واحدة ونوى ثلاثا لم يقع إلا واحدة
لأن لفظه لا يحتمل أكثر منها فإذا نوى ثلاثا فقد نوى ما لا يحتمله لفظه فلو وقع أكثر من ذلك لوقع بمجرد النية ومجرد النية لا يقع بها طلاق وقال أصحاب الشافعي : تقع ثلاث في أحد الوجهين لأنه يحتمل واحدة معها اثنتان وهذا لا يصح فإن قوله معها اثنتان لا يؤديه معنى الواحدة ولا يحتمله فنيته فيه نية مجردة فلا يعمل كما لو نوى الطلاق من غير لفظه وفيه لأصحابنا أنه يقع ثلاث والأول أصح

مسألة : وإن قال : أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثا
مسألة : وإن قال : أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثا
لأن قوله هكذا صريح بالتشبيه بالأصابع في العدد وذلك يصلح بيانا كما قال النبي صلى الله عليه وسلم [ الشهر هكذا وهكذا وأشار بيده مرة ثلاثين ومرة تسعا وعشرين ] فإن قال : أردت تعدد المعتوقين قبل منه لأنه يحتمل ما يدعيه فأما قال : أنت طالق وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا لم يقع إلا واحدة لأن إشارته لا تكفي
فصل : وإن قال لإحدى امرأتيه : أنت طالق واحدة بل هذه وأشار الى الأخرى ثلاثا طلقت الأولى واحدة والثانية ثلاثا لأنه أوقعه بهما وكذلك أشبه ما لو قال : له عى هذا الدرهم بل هذا فإنه يجب الدرهمان ولا يصح اضرابه عن الأول

[ جزء 8 - صفحة 328 ]

مسألة : وإن قال أنت طالق كل الطلاق أو أكثره أو جميعه أو منتهاه أو طالق كألف أو بعدد الحصا أو القطر أو الرمل أو الريح أو التراب طلقت ثلاثا وإن نوى واحدة
مسألة : وإن قال أنت طالق كل الطلاق أو أكثره أو جميعه أو منتهاه أو طالق كألف أو بعدد الحصا أو القطر أو الرمل أو الريح أو التراب طلقت ثلاثا وإن نوى واحدة

لأن هذا يقتضي عددا لأن للطلاق أقل وأكثر فأقله واحدة وأكثره ثلاث وإن قال كعدد الماء أو التراب وقع ثلاث وقال أبو حنيفة : يقع واحدة لأن الماء والتراب من أسماء الأجناس لا عدد له
ولنا أن الماء تتعدد أنواعه وقطراته والتراب تتعدد أنواعه وأجزاؤه فأشبه الحصا وإن قال : يا مائة طالق أو أنت مائة طالق طلقت ثلاثا وإن قال : أنت طالق كمائة أو ألف فهي ثلاث قال أحمد : فيمن قال أنت طالق كألف تطليقة فهي ثلاث وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة و أبو يوسف : وإن لم يكن له نية وقعت واحدة لأنه لم يصرح بالعدد وإنما شبهها بالألف وليس الموقع المشبه به
ولنا أن قوله كألف يشبه العدد خاصة لأنه لم يذكر إلا ذلك فوقع العدد كقوله أنت طالق كعدد الألف وفي هذا انفصال عما قال وإن قال أردت أنها كألف في صعوبتها دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين



مسألة : وإن قال : أشد الطلاق أو أغلظه أو أطوله أو أعرضه أو ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث وإن لم ينو شيئا أو نوى واحدة فهي واحدة
مسألة : وإن قال : أشد الطلاق أو أغلظه أو أطوله أو أعرضه أو ملء الدنيا ونوى الثلاث وقع الثلاث وإن لم ينو شيئا أو نوى واحدة فهي واحدة
قال أحمد : فيمن قال لامرأته : أنت طالق ملء البيت فإن أراد الغلظة عليها يعني يريد أن تبين منه فهي ثلاث فاعتبر نيته فدل على أنه إذا لم ينو تقع واحدة وذلك لأن هذا الوصف لا يقتضي عددا وهذا لا نعلم فيه خلافا فإذا وقعت والواحدة فهي رجعية وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه : تكون بائنا لأنه وصف الطلاق بصفة زائدة فيقتضي الزيادة عليها وذلك هو البينونة ولنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير استيفاء عدد ولا عوض فكان رجعيا كقوله أنت طالق وما ذكروه لا يصح لأن الطلاق حكم فإذا ثبت في الدنيا كلها فلا يقتضي ذلك زيادة فإن قال أنت طالق مثل الجبل أو مثل عظيم الجبل ولا نية له وقعت طلقة رجعية وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : تقع بائنا وقال أصحابه : إن قال : مثل الجبل كانت رجعية وإن قال مثل عظم الجبل كانت بائنا ووجه القولين ما تقدم
ولنا أنه يملك إيقاع البينونة فإنها حكم وليس ذلك إليه وإنما تثبت البينونة بأسباب معينة كالخلع والطلاق قبل الدخول فيملك مباشرة سببها فتثبت وإن أراد إثباتها بدون ذلك لم يثبت ويحتمل أن يكون ابتداء الطلاق عليه أو عليها ليعجلها أو لحب أحدهما صاحبه ومشقة فراقه عليه فلم يقع أمر زيد بالشك فإن قال أقصى الطلاق أو أكثره فكذلك في قياس المذهب ويحتمل ان يكون أقصى الطلاق ثلاثا لأن أقصاه آخره وآخر الطلاق الثالثة ومن ضرورة كونها ثالثة وقوع اثنتين وإن قال أتم الطلاق وأكمله فواحدة إلا أنها تكون بنيته



مسألة : وإن قال : أنت طالق من واحدة الى ثلاث وقع طلقتان
مسألة : وإن قال : أنت طالق من واحدة إلى ثلاث وقع طلقتان
وبهذا قال أبو حنيفة لأن ما بعد الغاية لا يدخل فيها كقوله تعالى : { ثم أتموا الصيام إلى الليل } وإنما كانت بمعنى مع وذلك خلاف موضوعها وقال زفر : تطلق واحدة لأن ابتداء الغاية ليس منها كقوله بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط ويحتمل أن تطلق ثلاث وهو

قول أبي يوسف و محمد لأن تطلق بها فلم يجز إلغاؤها وكقوله بعتك هذا الثوب من أوله الى آخره
ولنا على أنه ابتداء يدخل قوله خرجت من البصرة يدل على أنه كان فيها وأما انتهاء الغاية فلا يدخل بمقتضى اللفظ ولو احتمل الدخول وعدمه لم يقع الطلاق بالشك فإن قال أنت طالق ما بين واحدة ثلاث وقعت لأنها التي بينهما



مسألة : وإذا قال : أنت طالق طلقة في اثنتين ونوى طلقة مع طلقتين وقعت الثلاث
مسألة : وإذا قال : أنت طالق طلقة في اثنتين ونوى طلقة مع طلقتين وقعت الثلاث
وإن نوى موجبة عند الحساب وهو يعرفه طلقت طلقتين وإن لم يعرفه فكذلك عند ابن حامد وعند القاضي تطلق واحدة وإن لم ينو وقع بامرأة الحاسب طلقتان وبغيرها طلقة ويحتمل أن تطلق إذا قال أنت طالق طلقة في طلقتين أو واحدة في اثنتين ونوى به ثلاثا فهي ثلاث لأنه بغير نفي عن كقوله تعالى : { ادخلي في عبادي } فتقدير الكلام طلقة مع طلقتين فإن أقر بذلك على نفسه قبل منه وإن قال : أردت واحدة قبل أيضا وإن كان حاسبا وقال القاضي لا يقبل إذا كان عارفا بالحساب ووقع طلقتان لأنه خلاف ما اقتضاه اللفظ
ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله فإنه لا يبعد أن يريد بكلامه ما يريده العامي وإن لم يكن له نية وكان عارفا بالحساب وقع طلقتان وقال الشافعي : إن أطلق لم يقع إلا واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو الواحدة وما زاد عليها لم يحصل فيه لفظ الإيقاع وإنما يقع الزائد بالقصد فإذا خلا عن القصد لم يقع إلا ما أوقعه وقال بعض أصحابه : كقولنا وقال أبو حنيفة : لا يقع إلا واحدة سواء قصد به الحساب أو لم يقصد به واحدة أو اثنتين لأن الضرب إنما يصح فيما له مساحة فأما ما لا مساحة فأما لا مساحة له فلا حقيقة فيه للحساب وإنما حصل منه الإيقاع في واحدة فوقعت دون غيرها
ولنا أن هذا اللفظ موضوع في اصطلاحهم لاثنين فإذا لفظ به وأطلق وقع كما لو قال : أنت طالق اثنتين وبهذا يحصل الانفصال عما قاله الشافعي فإن اللفظ الموضوع لا يحتاج معه الى نية فأما ما قاله أبو حنيفة فإنما ذلك في موضع الحساب بالأصل ثم صار مستعملا في كلما له عدد فصار حقيقة فيه فأما الجاهل بمقتضى ذلك الحساب إذا أطلق وقعت طلقة واحدة لأن لفظ الإيقاع إنما هو لفظة واحدة وإنما صار مصروفا الى اثنتين بوضع أهل الحساب واصطلاحهم فمن لا يعرف اصلاحهم لا يلزم مقتضاه كالعربي ينطق بالطلاق بالعجمية وهو لا يعرف معناها فإن نوى موجبه عند الحساب وهو لا يعرفه فقال ابن حامد لا يقع هو كالحاسب قياسا عليه لاشتراكهما في النية وعند القاضي تطلق واحدة لأنه إذا لم يعرف موجبة لم يقصد إيقاعه فهو كالعجمي ينطلق بالطلاق بالعربي لا يفهمه وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي إذا لم يكن يعرف موجبه لأنه لا يصح منه قصد ما لا يعرفه ويحتمل أن تطلق ثلاثا بناء على أن في معناها مع فالتقدير أنت طالق طلقة مع طلقتين قال شيخنا ولم يفرق أصحابنا في ذلك بين أن يكون المتكلم بذلك ممن لهم عرف في هذا أولا والظاهر إن كان المتكلم بذلك ممن عرفهم أن في ههنا بمعنى مع وقعت الثلاث لأن كلامه يحمل على عرفهم والظاهر منه إرادته وهو المتبادر الى الفهم من كلامه
فصل : إذا قال : أنت طالق طلقة بل طلقتين وقع طلقتان نص عليه أحمد وقال الشافعية يقع ثلاث في أحد الوجهين لأن قوله أنت طالق إيقاع فلا يحوز إيقاع الواحدة مرتين فيدل على أنه اوقعها ثم أراد دفعها ووقع اثنتين آخرتين فوقع الثلاث
ولنا أن ما لفظ به من قبل الإضراب لفظ به بعده فلم يلزمه أكثر مما بعده كقوله له علي درهم بل درهمان وقولهم لا يحوز إيقاع ما أوقعه قلنا يجوز أن نجبره بوقوعه مع وقوع غيره فلا يقع الزائد بالشك

فصل : قال الشيخ رضي الله عنه : وإذا قال : أنت طالق نصف طلقة او نصفي طلقة أو نصف طلقتين طلقت وإذا قال : أنت طالق نصف طلقة أو جزءا منها وإن قل وقع طلقة كاملة في قول عامة أهل العلم إلا داود قال لا تطلق بذلك : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنها تطلق بذلك منهم الشعبي و الحارث العكلي و الزهري و قتادة و الشافعي وأصحاب الرأي و أبو عبيد قال أبو عبيد : وهو قول مالك وأهل الحجاز وأهل العراق وذلك لان ذكر ما لا يتبعض في الطلاق ذكر لجميعه كما قال نصفك طالق فإن قال نصفي طلقة وقعت طلقة لأن نصفي الشيء كله وإن قال أنت طالق نصف طلقتين وقعت واحدة لأن نصف الطلقتين طلقة وذكر أصحاب الشافعي وجها آخر انه يقع طلقتان لأن اللفظ يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل وما ذكرناه أولى لأن التنصيف يتحقق به وفيه عمل باليقين والغاء الشك وإيقاع ما أوقعه من غير زيادة فكان أولى

[ جزء 8 - صفحة 334 ]

مسألة : وإن قال : نصفي طلقتين وقعت طلقتان
مسألة : وإن قال : نصفي طلقتين وقعت طلقتان
لأن نصفي الشيء جميعه فهو كما لو قال : أنت طالق طلقتين

مسألة : وإن قال : ثلاثة أنصاف طلقة طلقت طلقتين
مسألة : وإن قال : ثلاثة أنصاف طلقة طلقت طلقتين
لأن ثلاثة الأنصاف طلقة ونصف وكمل النصف فصار طلقتين وهذا وجه لأصحاب الشافعي ولهم وجه آخر أنها لا تطلق إلا واحدة لأنه جعل الأنصاف من طلقة واحدة فسقط ما ليس منها ويقع طلقة لان إسقاط الطلاق الموقع من الأول في المجلس لا سبيل إليه وإنما الى الطلقة الواحدة غير صحيحة فلغت الإضافة وإن قال أنت طالق نصف ثلاث طلقات طلقت طلقتين لأنها نصفها ونصف ثم يكمل النصف فيصير طلقتين

مسألة : وإن قال : ثلاثة أنصاف طلقتين طلقت ثلاثا ويحتمل أن تطلق طلقتين
مسألة : وإن قال : ثلاثة أنصاف طلقتين طلقت ثلاثا ويحتمل أن تطلق طلقتين
نص أحمد على وقوع الثلاث في رواية مهنا وقال أبو عبد الله بن حامد تقع طلقتان معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين وذلك طلقة ونصف ثم يكمل فيصير طلقتين وقيل بل لأن النصف الثالث من طلقتين محال ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين
ولنا أن نصف الطلقتين طلقة وقد أوقعت ثلاثا فيقع ثلاث كما لو قال : أنت طالق ثلاث طلقات وقولهم معناه ثلاثة أنصاف من طلقتين تأويل يخالف ظاهر اللفظ على ما ذكره يكون ثلاثة أنصاف طلقتين مخالفة لثلاثة أنصاف طلقة وقولهم إنه مخالف قلنا وقوع نصف الطلقتين عليها ثلاث مرات ليس بمحال فوجب أن يقع

[ جزء 8 - صفحة 335 ]

مسألة : وإن قال : نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو نصف وثلث وسدس طلقة طلقت طلقة

مسألة : وإن قال : نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو نصف وثلث وسدس طلقة طلقت طلقة
لأنه لم يعطف بواو العطف فيدل على أن هذه الأجزاء من طلقة غير متغايرة وعلى هذا التعليل لو قال أنت طالق طلقة نصف طلقة أو طلقة لم تطلق إلا طلقة وكذلك إن قال نصفا وثلثا وسدسا لم يقع إلا طلقة لأن هذه أجزاء للطلقة إلا ان يريد من كل طلقة جزءا فتطلق ثلاثا ولو قال أنت طالق نصفا وثلثا وربعا طلقت طلقتين لأنه يزيد على الطلقة نصف سدس طلقة ثم يكمل وإن أراد من كل طلقة جزءا طلقت ثلاثا وإن قال : أنت طلقة وأنت نصف طلقة أو أنت نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة أو أنت نصف طالق وقع بها طلقة بناء على قولنا في قوله أنت الطلاق إنه صريح في الطلاق وههنا مثله

مسألة : وإن قال : نصف طلقة وثلث طلقة طلقت ثلاثا
مسألة : وإن قال : نصف طلقة وثلث طلقة طلقت ثلاثا
ذكره أصحابنا لأنه عطف جزاءا من طلقة على جزء من طلقة أنها طلقات متغايرة ولأنه لو كان الثانية هي الأولى لجاء بها بلام التعريف فقال ثلث الطلقة وسدس الطلقة فإن أهل العربية قالوا إذا ذكر لفظ ثم أعيد منكرا فالثاني غير الأول وإن أعيد معرفا بالألف واللام فالثاني هو الأول لاعادته معرفا وليس الثاني غير الأول إعادته منكرا ولهذا قيل لن يغلب عسر يسرين وقيل لو أراد بالثانية الأولى لذكرها بالضمير لأنه أولى



- مسألة : وإذا قال لأربع نسوة أوقعت بينكن طلقة أو اثنين أو ثلاثا أو أربعا وقع بكل واحدة طلقة
- مسألة : وإذا قال لأربع نسوة أوقعت بينكن طلقة أو اثنتين أو ثلاثا أو أربعا وقع بكل واحدة طلقة
إذا قال أوقعت بينكن طلقة وقع بكل واحدة طلقة كذلك قال الحسن و الشافعي و أبو عبيد وأصحاب الرأي لأن اللفظ اقتضى قسمها بينهن لكل واحدة ربعها ثم يكمل وإن قال بينكن طلقة فكذلك نص عليه أحمد لأن معناه أوقعت بينكن طلقة وإن قال أوقعت بينهن طلقتين فكذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة و الشافعي وقال أبو بكر والقاضي يقع بك واحدة طلقتان وعن أحمد ما يدل عليه فإن روي عنه في رجل قال : أوقعت بينكن ثلاث تطليقات ما أري إلا قد ين منه ووجه ذلك أننا قسمنا كل طلقة بينهن حصل لكل واحدة جزء من طلقتين ثم يكمل والأول أولى لو قال أنت طالق نصف طلقتين طلقت واحدة ويكمل نصيبها من الطلاق في واحدة فيكون لكل واحدة نصف ثم يكمل طلقة واحدة وإنما يقسم بالأجزاء مع الاختلاف كالدور ونحوها من المختلف أما الجميل المتساوية من جنس كالنقود فانما تقسم برؤوسها ويكمل نصيب كل واحد من واحد كأربعة لهم درهمان صحيحان فإنه يجعل لكل واحد نصف من درهم واحد والطلقات لا خلا ف فيها ولأن فيما ذكرناه أخذا باليقين فكان أولى من إيقاع طلقة زائدة بالشك فاما ان أراد قسمة كل طلقة بينهن فهو على ما قال أبو بكر وإن قال أوقعت بينكن ثلاثا أو أربعا فعلى قولنا يقع بكل واحدة طلقة وعلى قولهما يطلقن ثلاثا ثلاثا

مسألة : وإن قال أوقعت بينكن خمسا وقع بكل واحدة طلقتان
مسألة : وإن قال أوقعت بينكن خمسا وقع بكل واحدة طلقتان
وبه قال الحسن و قتادة و الشافعي و أبو ثور وأصحاب الرأي لأن نصيب كل واحدة تطليقة وربع ثم يكمل وكذلك إن قال : ستا أو سبعا أو ثمانيا وإن قال : أوقعت بينكن تسعا وقع بكل واحدة ثلاث على القولين جميعا
فصل : فإن قال : أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة وقع بكل واحدة منهن ثلاث لأنه لما عطف وجب قسم كل طلقة على حدتها ويستوي في ذلك المدخول بها وغيرها في قياس المذهب لأن الواو لا تقتضي ترتيبا وقيل يقع بها واحدة على الأولى خاصة كما إذا قال أوقعت بينكن ثلاثا ذكره صاحب المجرد وإن قال : أوقعت بينكن نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة فكذلك لأن هذا يقتضي وقوع ثلاث على ما قدمنا وإن قال أوقعت بينكن طلقة فطلقة فطلقة أو طلقتها طلقة ثم طلقة أو أوقعت بينكن طلقة وأوقعت بينكن طلقة طلقن ثلاثا إلا التي لم يدخل بها فإنها لا تطلق إلا واحدة لأنها بانت بالأولى فلم يلحقها ما بعدها
فصل : فإن قال لنسائه أنتن طالق ثلاثا أو طلقتكن ثلاثا طلقن ثلاثا نص عليه أحمد لأن قوله طلقتكن يقتضي تطليق كل واحدة منهن وتعميمهن به ثم وصف ما عمهن به من الطلاق بأنه ثلاث فصار لكل واحدة ثلاث بخلاف قوله أوقعت بينكن ثلاثا فإنه يقتضي قسمة الثلاث عليهن لكل واحدة منهن جزء منها وجزء الواحدة من الثلاث ثلاثة أربعا تطليقة
فصل : إذا قال : نصفك أو جزء منك أو أصبعك أو دمك طالق طلقت ومتى طلق جزءا من أجزائها النابتة طلقت كلها سواء كان شائعا كنصفها أو سدسها أو جزءا من ألف جزء منها أو جزءا معيبا كيدها أو رأسها أو أصبعها وهذا قول الحسن ومذهب الشافعي و أبي ثور و ابن القاسم من أصحاب مالك وقال أصحاب الرأي : ان أضافة إلى جزء شائع أو واحد من أعضاء خمسة : الرأس والوجه والرقبة والظهر والفرج طلقت وإن أضافه إلى جزء معين غير هذه الخمسة لم تطلق لأنه جزء تبقى الجملة بدونه أن وجزء لا يعبر به عن الجملة فلم تطلق المرأة لاضافة الطلاق إليه كالسن والظفر
ولنا أنه أضاف الطلاق إلى جزء ثابت استباحه بعقد النكاح فأشبه الجزء الشائع والأعضاء الخمسة ولأنها جملة لا تتعض في الحل والحرمة وحد فيها ما يقتضي التحريم والإباحة فغلب فيها حكم التحريم كما لو اشترك مسلم ومجوسي في قتل صيد وفارق ما قاسوا عليه فإنه ليس يبقى فإن الشعر والظفر يزولان ويخرج غيرهما ولا تنقض منها الطهارة



مسألة : وإن قال : شعرك أو ظفرك أو سنك طالق لم تطلق
مسألة : وإن قال : شعرك أو ظفرك أو سنك طالق لم تطلق
وبهذا قال أصحاب الرأي ويحتمل أن تطلق ذكره صاحب المحرر وقال مالك و الشافعي تطلق بذلك ونحوه عن الحسن لأنه جزء يستباح بنكاحها فتطلق بطلاقه كالأصبع
ولنا أنه جزء ينفصل عنها في حال السلامة وفارق الاصبع فإنها لا تنفصل في حال السلامة والسن تزول من الصغير ويخلق غيرها وتنقلع من الكبير بخلا ف الاصبع فلم تطلق بطلاقه كالحمل والريق ولأن الشعر لا روح فيه ولا ينقض الوضوء مسه فأشبه العرق واللبن

مسألة : وإن أضافه إلى الريق والحمل والدمع والعرق لم تطلق
مسألة : وإن أضافه إلى الريق والحمل والدمع والعرق لم تطلق
لا نعلم فيه خلافا لأن هذه ليست من جسمها فإن الريق والدمع والعرق فضلات والحمل وإن كان متصلا بها إلا أن مآله إلى الانفصال فلذلك لم تطلق به وهو مودع فيها قال الله تعالى : { وهو الذي أنشأكم من نفس واحدة فمستقر ومستودع } في بطن الام

مسألة : وإن قال : روحك طالق طلقت
مسألة : وإن قال : روحك طالق طلقت
لأن الحياة لا تبقى بدون روحها كالدم وقال أبو بكر لا يختلف قول أحمد في الطلاق والعتاق والظهار والحرام ان هذه الأشياء لا تقع إذا ذكر أربعة أشياء : الشعر والسن والظفر والروح جرد القول عنه مهنأ ابن يحيى و الفضل بن زياد القطان فبذلك أقول ووجهه أن الروح ليست عضوا ولا شيئا يستمتع به
فصل : فيما يخالف المدخول بها غيرها

[ جزء 8 - صفحة 340 ]

مسألة : إذا قال للمدخول بها أنت طالق أنت طالق طلقت طلقتين إلا أن ينوي بالثانية التأكيد أو افهامها
مسألة : إذا قال للمدخول بها أنت طالق أنت طالق طلقت طلقتين إلا أن ينوي بالثانية التأكيد أو إفهامها
إذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق مرتين ونوى بالثانية إيقاع طلقة ثانية وقعت بها طلقتان بلا خلاف وإن نوى بها افهامها أن الأولى قد وقعت بها أو التأكيد لم تطلق إلا واحدة وإن لم تكن له نية وقعت طلقتان وبه قال أبو حنيفة و مالك وهو الصحيح من قولي الشافعي وقال في الآخر تطلق واحدة لأن التكرار يكون للتأكيد والإفهام ويحتمل الإيقاع فلا نوقع طلقة بالشك
ولنا أن هذا اللفظ للايقاع ويقتضي الوقوع بدليل ما لو يتقدمه مثله وإنما ينصرف عن ذلك بنية التأكيد والإفهام فإذا لم يوجد ذلك وقع مقتضاه كما يجب العمل بالعموم في العام إذا لم يوجد المخصص وبالاطلاق في المطلق إذا لم يوجد المقيد فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا واحدة سواء نوى الإيقاع أو غيره وسواء قال ذلك منفصلا أو متصلا وهذا قول عكرمة و النخعي و حماد بن سليمان و الحكم و الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي و أبي عبيد و ابن المنذر وذكره الحاكم عن علي وزيد بن ثابت وابن مسعود وقال مالك و الأوزاعي و الليث : يقع بها طلقتان وإن قال ذلك ثلاثا طلقت ثلاثا إذا كان متصلا لأنه طلق ثلاثا بكلام متصل أشبه قوله أنت طالق ثلاثا
ولنا أنه طلاق مفرق في غير المدخول بها فلم يقع إلا الاولى كما لو فرق كلامه ولأن غير المدخول بها تبين بطلقة لأنه لا عدة عليها فتصادفها الطلقة الثانية بائنا فلا يقع الطلاق بها لأنها غير زوجة ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولا نعلم لهم مخالفا في عصرهم فيكون إجماعا
فصل : فأما إن قال : أنت طالق ثم مضى زمن طويل ثم أعاد ذلك المدخول بها طلقت ثانية ولم يقبل قوله نويت التوكيد لأن التوكيد تابع للكلام فشرطه أن يكون متصلا به كسائر التوابع من العطف والصفة والبدل

[ جزء 8 - صفحة 341 ]

مسألة : وإن قال : أنت طالق فطالق أو ثم طالق أو طالق طلقة بل طلقتين أو بل طلقة أو طالق طلقة بعدها طلقة أو قبل طلقة طلقت طلقتين إن كانت مدخولا بها

مسألة : وإن قال : أنت طالق فطالق أو ثم طالق أو طالق طلقة بل طلقتين أو بل طلقة أو طالق طلقة بعدها طلقة أو قبل طلقة طلقت طلقتين إن كانت مدخولا بها وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ولم يلزمها ما بعدها وعنه فيما إذا قال : أنت طالق طلقة بل طلقة أو طالق بل طالق أنه لا يقع بالمدخول بها إلا طلقة بناء على ما إذا قال له علي درهم بل درهم ذكره في المحرر
كل طلاق مرتب في الوقوع يأتي بعضه بعد بعض لا يقع بغير المدخول بها منه أكثر من واحدة لما ذكرنا ويقع بالمدخول بها ثلاث إذا أوقعها كقوله أنت طالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق وأنت طالق أو فطالق وأشباه ذلك لأن هذه حروف تقتضي الترتيب فتقع بها الأولى فتبينها فتأتي الثانية فتصادفها بائنا غير زوجة فلا تقع بها
فأما المدخول بها فتأتي الثانية فتصادفها محل النكاح فتقع وكذلك الثالثة وكذلك لو قال أنت طالق بل طالق وطالق ذكره أبو الخطاب وإن قال : أنت طالق قبل طلقة أو بعد طلقة أو بعدها طلقة أو طلقة فطلقة أو طلقة ثم طلقة وقع بغير المدخول بها طلقة وبالمدخول بها اثنتان لما ذكرنا من أن هذا يقتضي طلقة بعد طلقة

[ جزء 8 - صفحة 342 ]

مسألة : وإن قال : أنت طالق طلقة قبلها طلقة فكذلك عند القاضي
مسألة : وإن قال : أنت طالق طلقة قبلها طلقة فكذلك عند القاضي
وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم : لا يقع بغير المدخول بها شيء بناء على قولهم في السريجية وقال أبو بكر و أبو الخطاب يقع اثنتان وهو قول أبي حنيفة لأنه استكمال وقوع الطلقة الأخرى قبل الطلقة الموقعة فوقعت معها لأنها لم تأخرت عن الزمن الذي قصد إيقاعها فيه لكونه زمنا ماضيا وجب إيقاعها في أقرب الأزمنة وهو معها ولا يلزم تأخرها إلى ما بعدها لأن قبله زمنا يمكن الوقوع فيه وهو زمن قريب فلا يؤخر إلى البعيد
ولنا أن هذا طلاق بعضه قبل بعض فلم يقع بغير المدخول بها جميعه كما لو قال طلقة بعد طلقة أو قال أنت طالق طلقة غدا وطلقة اليوم ولو قال جاء زيد بعد عمرو أو جاء زيد وقبله عمرو أو أعط زيدا بعد عمرو كان كلامه صحيحا يفيد تأخر المتقدم لفظا عن المذكور بعده وليس هذا طلاقا في زمن ماض وإنما يقع إيقاعه في المستقبل على الوجه الذي رتبه ولو قدر أن إحداهما موقعة في زمن ماض لامتنع وقوعها ووقعت الا خرى وهذا تعليل القاضي لكونه لا يقع إلا واحدة قال شيخنا : والأول من التعليلين أصح إن شاء الله تعالى

[ جزء 8 - صفحة 343 ]

مسألة : وإن قال : أنت طالق طلقة معها طلقة أو مع طلقة أو طالق وطالق طلقت طلقتين
مسألة : وإن قال : أنت طالق طلقة معها طلقة أو مع طلقة أو طالق وطالق طلقت طلقتين
إذا قال : أنت طالق طلقة معها طلقة وقع بها طلقتان سواء في ذلك المدخول بها أو غيرها وإن قال : معها اثنتان وقع بها ثلاث قياس المذهب وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو يوسف : تقع واحدة لأن الطلقة إذا وقعت مفردة لم يمكن أن يكون معها شيء ولنا أنه أوقع ثلاث طلقات بلفظ يقتضي وقوعهن معا فوقعن كلهن كما لو قال أنت طالق ثلاثا ولا نسلم أن الطلقة تقع مفردة فإن الطلاق لا يقع بمجرد اللفظ به إذا لو وقع بذلك لما صح تعليقه بشرط ولا صح وصفه بالثلاث ولا بغيرها
فصل : إذا قال لغير مدخول بها أنت طالق وطالق وقعت طلقتان وإن قال : أنت طالق وطالق وطالق طلقت ثلاثا وبه قال مالك و الأوزاعي و الليث و ربيعة و ابن أبي ليلى وحكي

عن الشافعي في القدم ما يدل عليه وقال الثوري و الشافعي لا يقع إلا واحدة لأنه أوقع الأولى قبل الثانية فلم يقع عليها شيء آخر كما لو فرقها وذكره ابن أبي موسى في الإرشاد وجها في المذهب
ولنا أن الواو تقتضي الجمع ولا ترتيب فيها فيكون موقعا للثلاث جميعا فيقعن عليها كقوله أنت طالق ثلاثا أو طلقة منعها طلقتان ويفارق ما إذا فرقها فإن لا يقع جميعا وكذلك إذا عطف بعضها على بعض بحرف يقتضي الترتيب فإن الأولى تقع قبل الثانية بمقتضى إيقاعه وههنا لا تقع حين نطقه بها حتى يتم كلامه بدليل أنه لو ألحقه استثناء أو شرطا لحق به ولم يقع الأول مطلقا ولو كان يقع حين نطقه لم يلحقه شيء من ذلك وإذا ثبت أنه يقف وقوعه على تمام الكلام فإنه يقع عند تمام كلامه على الوجه الذي اقتضاه لفظه ولفظه يقتضي وقوع الطلقات الثلاث مجتمعات فإن قيل إنما أوقعنا أول الكلام على آخره مع الشرط والاستثناء لأنه معبر له والعطف لا يعبر فلا يتوقف عليه ويتبين أنه وقع أول ما لفظ به وكذلك لو قال لها أنت طالق لم يقع إلا واحدة قلنا : ما لم يتم الكلام فهو عرضة للتغيير اما بما يخصه بزمن أو يقيده بقيد كالشرط وإما بما يمنع بعضه كالاستثناء وإما بما يبين عدد الواقع كالصفة بالعدد واشباه هذا فيجب أن يكون واقعا ولولا ذلك لما وقع بغير المدخول بها ثلاث بحال لأنه لو قال لها : أنت طالق ثلاثا فوقعت بها طلقة قبل قوله ثلاثا لم يمكن أن يقع شيء آخر وأما إذا قال : أنت طالق أنت طالق فهاتان جملتان لا تتعلق إحداهما بالأخرى ولو تعقب إحداهما شرط أو استثناء أو صفة لم يتناول الأخرى فلا وجه لوقوف إحداهما على الأخرى والمعطوف مع المعطوف عليه شيء واحد لو تعقبه شرط لعاد إلى الجميع ولأن المعطوف لا يستقل بنفسه ولا يفيد بمفرده بخلاف قوله أن طالق فإنا جملة مفيدة لا تعلق لها بالأخرى فلا يصح قياسها عليها
فصل : فإن قال : أنت طالق طلقتين ونصفا فهي عندنا كالتي قبلها تقع الثلاث وقال مخالفونا تقع طلقتان
فصل : وإذا قال : أنت طالق طلقة بعدها طلقة ثم قال : أردت أن أوقع بعدها طلقة دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين وإن قال : أنت طالق طلقة قبلها طلقة وقال أردت أني طلقتها قبل هذا في نكاح آخر أو أن زوجا قبلي طلقها دين وهل يقبل في الحكم ؟ فيه ثلاثة أوجه أحدها : يقبل والثاني : لا يقبل والثالث : يقبل إن كان وجد والصحيح أنه لا يقبل إذا لم يكن وجد لأنه لا يحتمل ما قاله
فصل : فإن قال : أنت طالق طالق طالق وقال : أردت التوكيد قبل منه لأن الكلام تكرر للتأكيد كقوله صلى الله عليه وسلم [ فنكاحها باطل باطل باطل ] وإن قصد الإيقاع وتكرر اللفظان طلقت ثلاثا وإن لم ينو شيئا لم يقع إلا واحدة أنه لم يأت بينهما بحرف يقتضي المغايرة فلا تكن متغايرات وإن قال : أنت طالق وطالق وطالق وقال : أردت بالثانية التأكيد لم يقبل لأنه غاير بينهما وبين الأولى بحرف يقتضي العطف والمغايرة وهذا يمنع وأما الثالثة فهي كالثانية في لفظها فإن قال : أردت بها التوكيد دين وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين إحداهما : يقبل وهو مذهب الشافعي لأنه كرر الطلاق مثل الأول فقبل تفسيره بالتأكيد كما لو قال : أنت طالق أنت طالق والثانية لا يقبل لأن حرف العطف للمغايرة فلا يقبل منه ما يخالف ذلك كما لا يقبل في الثانية ولو قال : أنت طالق فطالق فطالق أو أنت طالق ثم طالق ثم طالق فالحكم فيها كالتي عطفها بالواو فإن غاير بين الحروف فقال : أنت طالق وطالق ثم طالق ثم طالق وطالق أو طالق وطالق فطالق ونحو ذلك لم يقبل في شيء منها إرادة التوكيد لأن كل كلمة مغايرة لما قبلها مخالفة لها في لفظها والتوكيد إنما يكون بتكرير الأول بصورته
فصل : فإنما قال : أنت مطلقة أنت مسرحة أنت مفارقة وقال : أردت التوكيد بالثانية والثالثة قبل لأن لم يغير بينهما بالحروف الموضوعة للمغايرة بين الألفاظ بل أعاد اللفظة بمعناها ومثل هذا يعاد توكيدا وإن قال : أنت طلقة ومسرحة ومفارقة وقال : أردت التوكيد أحتمل أن يقبل منه لأن اللفظ المختلف يعطف بعضه على بعض توكيدا ( فالفي قولها كذبا ومينا ) ويحتمل ان يقبل لأن الواو تقتضي المغايرة فأشبه ما لو كان بلفظ واحد

مسألة : والمعلق كالمنجز في حكم المدخول بها وغيرها
مسألة : والمعلق كالمنجز في حكم المدخول بها وغيرها
فلو قال أن دخلت الدار فأنت طالق وطالق فدخلت الدار طلقت ثلاثا وبه قال أبو يوسف و محمد وأصحاب الشافعي في أحد الوجهين وقال أبو حنيفة : تقع واحدة لأن المطلق إذا وجدت الصفة يكون كأنه أوقعه في الحال على تلك الصفة كذلك لم يقع إلا واحدة
ولنا أنه وجد شرط وقوع ثلاث طلقات غير مرتبات فوقع الثلاث كما لو قال : ان دخلت الدار فانت طالق وكرر ذلك ثلاثا فدخلت فانها تطلق ثلاثا في قول الجميع



مسألة : وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقة فدخلت طلقت طلقتين
مسألة : وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق طلقة معها طلقة فدخلت طلقت طلقتين
وذكر مثل هذا بعض أصحاب الشافعي ولم يحك عنهم فيه خلافا وكذلك إذا قال : طلقة مع طلقة فدخلت

مسألة : وإن قال لغير مدخول بها : أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار وإن دخلت الدار فانت طالق فطالق فطلق فدخلت طلقت واحدة فبانت بها ولم تطلق غيرها
مسألة : وإن قال لغير مدخول بها : أنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت الدار وإن دخلت الدار فانت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت واحدة فبانت بها ولم تطلق غيرها
وبهذا قال الشافعي وذهب القاضي إلى أنها تطلق في الحال واحدة تبين به وهو قول أبي حنيفة والصورة الأولى لأن ثم تقطع الأولى عما بعدها للمهلة فتكون الأولى واقعة والثانية معلقة بالشرط وقال أبو يوسف و محمد : لا يقع حتى تدخل الدار فيقع بها ثلاث لأن دخول الدار شرط للثلاث فوقعت كما لو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق
ولنا أن ثم للمعطف وفيها ترتيب فتعلقت التطليقات كلها بالدخول لأن العطف لا يمنع تعليق الشرط بالمعطوف عليه ويجب فيها كما يجب لو لم يعلقه بالشرط وفي هذا انفصال عما ذكروه ولأن الأولى تلي الشرط فلم يجز وقوعها بدونها كما لو لم يعطف عليها ولأنه جعل الأولى جزءا للشرط وعقبه إياها بفاء التعقيب الموضوعة للجزاء فلم يجز تقديمها عليه كسائر نظائره ولأنه لو قال : إن دخل زيد داري فاعطه درهما ثم درهما لم يجز أن يعطيه قبل دخوله فكذا ههنا وما ذكروه تحكم ليس له شاهد في اللغة ولا أصل في الشرع فاما إن قال لمدخول بها : ان دخلت الدار فانت طالق ثم طالق ثم طالق لم يقع بها شيء حتى تدخل الدار فيقع بها الثلاث وبهذا قال الشافعي و أبو يوسف و محمد وذهب القاضي إلى وقوع طلقتين في الحال وتبقى الثالثة معلقة بالدخول وهو ظاهر الفساد فإنه يجعل الشرط المتقدم للمعطوف دون المعطوف عليه ويعلق به ما بعد عنه دون ما يليه ويجعل جزاءه ما لم يوجد فيه الفاء التي يجازى بها دون ما وجدت فيه تحكما لا يعرف عليه دليل ولا نعلم له نظيرا وإن قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت طلقت ثلاثا في قولهم جميعا

باب الاستثناء في الطلاق
تحكي عن أبي بكر انه لا يصح الاستثناء في الطلاق والمذهب على أنه يصح ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه في استثناء النصف وجهان
إذا استثنى في الطلاق بلسانه صح استثناؤه وهو قول جملة أهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم عل ى أن الرجل إذا قال لامرأته : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة انها تطلق طلقتين منهم الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن أبي بكر ان الاستثناء لا يؤثر في عدد الطلاقات ويجوز في المطلقات فلو قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وقع الثلاث ولو قال : نسائي طوالق إلا فلانة لم تطلق لأن الطلاق لا يمكن رفعه بعد إيقاعه والاستثناء يرفعه لو صح وما ذكره من التحليل باطل بما يسلمه من الاستثناء في المطلقات وليس الاستثناء رفعا لما وقع إذا لو كان كذلك لما صح في المطلقات والاعتاق ى في الإقرار ولا في الاخبار وإنما هو مبين لأن المستثنى غير مراد في الكلام فهو يمنع أن يدخل فيه ما لولاه لدخل فقوله { فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما } عبارة عن تسعمائة وخمسين عاما وقوله : { إنني براء مما تعبدون * إلا الذي فطرني } مقتضاه أنه لم يتبرأ من الله فكذلك قوله أنت طالق ثلاثا إلا واحدة عبارة عن اثنتين لا غير وحرف الاستثناء المستولى عليه إلا ويشبه به أسماء وأفعال وحروف فالأسماء غير وسوى والأفعال ليس وعدا والحروف حاشا وخلا فبأي كلمة استثنى بها صح الاستثناء
فصل : ولا يصح استثناء الأكثر نص عليه أحمد فلو قال : أنت طالق إلا اثنتين وقع ثلاث والأكثرون على أن ذلك جائز وإلا أن أهل العربية إنما أجازوه في القليل من الكثير حكي ذلك عن جماعة من أئمة اللغة فإذا قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وقع اثنتان ولو قال إلا اثنتين وقع ثلاث وإن قال : طلقتين إلا طلقة ففيه وجهان
أحدهما : يقع طلقة والثاني : طلقتان بناء على صحة استثناء النصف هل أولا ؟ على وجهين



مسألة : وإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا أو ثلاثا إلا اثنتين أو خمسا إلا ثلاثا أو ثلاثا إلا ربع طلقة طلقت ثلاثا
مسألة : وإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا أو ثلاثا إلا اثنتين أو خمسا إلا ثلاثا أو ثلاثا إلا ربع طلقة طلقت ثلاثا
إذا قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا وقع ثلاث بغير خلاف لأن الاستثناء لرفع المستثنى منه فلا يصح أن يرفع جميعه وإن قال : ثلاثا إلا اثنتين فعندنا يقع ثلاث بناء على أنه لا يصح استثناء الأكثر وسنذكر ذلك والخلاف فيه ودليل كل واحد من القولين في كتاب الاقرار ان شاء الله تعالى وإن قال أنت طالق خمسا إلا ثلاثا وقع ثلاث لأن الاستثناء إن عاد إلى الخمس فقد استثنى الأكثر وإن قاد إلى الثلاث التي يملكها فقد رفع جميعها وكلاهما لا يصح وإن قال خمسا إلا طلقة ففيه وجهان أحدهما : يقع ثلاث لأن الكلام مع استثناء كأنه نطق بنا عدا المستثنى فكأنه قال : أنت طالق أربعا والثاني : يقع اثنتان ذكره القاضي لأن الاستثناء يرجع إلى ما ملكه من الطلقات وما زاد عليها يلغو وقد استثنى واحدة من الثلاث فيصح ويقع طلقتان وإن قال ثلاث إلا ربع طلقة طلقت ثلاثا لأن الطلقة الناقصة تكمل فتصير ثلاثا

مسألة : وإن قال : أنت طالق اثنتين إلا واحدة فعلى وجهين ذكرناهما وذلك مبني على صحة إستثناء النصف

مسألة : وإن قال : أنت طالق اثنتين إلا واحدة فعلى وجهين ذكرناهما وذلك مبني على صحة إستثناء النصف
وإن قال : أنت طالق أربعا إلا اثنتين فعلى الوجهين يصح الاستثناء ويقع طلقتان وعلى قول القاضي ينبغي أن لا يصح الاستثناء ويقع ثلاث لأن الاستثناء يرجع إلى الثلاث فيكون استثناء الأكبر

[ جزء 8 - صفحة 351 ]

مسألة : وإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة فهل تطلق ثلاثا أو اثنتين ؟ على وجهين
مسألة : وإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة فهل تطلق ثلاثا أو اثنتين ؟ على وجهين
وجملة ذلك أن الاستثناء من الاستقناء لا يصح منه في الطلاق إلا هذه المسألة فإنه يصح إذا أجزنا استثناء النصف فيقع به طلقتان فإن قيل فكيف أجزتم أستثناء الثنتين من الثلاث وهي أكثرها ؟ قلنا : لأنه لم يسكت عليها بل وصلها بأن استثنى منهما طلقة فصارتا عبارة عن واحدة وإن قلنا لا يصح استثناء النصف وقع الثلاث

مسألة : وإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة لم يصح ووع ثلاث
مسألة : وإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة لم يصح ووقع ثلاث
لأنه إذا استقنى واحدة من ثلاث بقي اثنتان لا يصح استثناؤهما من الثلاث الأولى فيقع الثلاث وذكر أبو الخطاب فيما وجها آخر أنه يصح لأن الاستثناء الأول يلغو لكونه استثنى الجميع فيرجع قوله إلا واحدة إلى الثلاث المثبتة فيقع منها طلقتان والأول أولى الاستثناء من الاثبات نفي ومن النفي اثبات فإذا استثنى من الثلاث المنفية طلقة كان مثبتا لها فلا يجوز جعلها من الثلاث المثبتة لأنه يكون إثباتا من اثبات

[ جزء 8 - صفحة 352 ]

مسألة : وإن قال : أنت طالق وطالق إلا واحدة أو طلقتين وواحدة إلا واحدة أو طلقتين ونصفا إلى واحدة طلقت ثلاثا ويحتمل أن يقع طلقتان
مسألة : وإن قال : أنت طالق وطالق إلا واحدة أو طلقتين وواحدة إلا واحدة أو طلقتين ونصفا إلا واحدة طلقت ثلاثا ويحتمل أن يقع طلقتان
في هذه المسائل الثلاث وجهان :
أحدهما : لا يصح الاستثناء لأن الاستثناء يرفع الجملة الأخيرة بكمالها من غير زيادة عليها فيصير ذكره استثناءها لغوا وكل استثناء أفضى تصحيحه إلى الغائه والغاء المستثنى منه بطل كاستثناء الجميع ولأن الغاءه وحده أولى من إلغائه وإلغاء غيره ولأن الاستثناء يعود إلى الجملة الأخيرة في أحد الوجهين فيكون استثناء للجميع
والوجه الثاني : يصح الاستثناء ويقع طلقتان لأن العطف بالواو يجعل الجملتين كالجملة الواحدة فيصير مستثنيا واحدة من ثلاث وكذلك لو قال له علي مائة وعشرون إلا خمسين صح والأول مذهب أبي حنيفة و الشافعي

مسألة : وإن قال : أنت طالق واحدة واثنتين إلا واحدة
مسألة : وإن قال : أنت طالق واحدة واثنتين إلا واحدة
فعلى الوجه الثاني يصح الاستثناء وعلى الوجه الأول يخرج في صحته وجهان بناء على استثناء النصف فإن كان العطف بغير واو كقوله أنت طالق فطالق أو طالق ثم طالق ثم طالق إلا طلقة لم يصح الاستثناء لأن هذا حرف يقتضي الترتيب وكون الطلقة الأخيرة مفردة عما قبلها فيعود الاستثناء إليها وحدها فلا يصح وإن قال : أنت طالق اثنتين واثنتين لم يصح لأنه إن عاد إلى الجملة الأخيرة فهو رفع لجميعها وإن عاد إلى الثلاث التي يملكها فهو رفع لأكثرها وكلا هما لا يصح ويحتمل أن يصح بناء على أن العطف بالواو يجعل الجملتين جملة واحدة وإن استثناء النصف يصح فكأنه قال أربعا إلا اثنتين فإن قال : أنت طالق اثنتين واثنتين وإلا واحدة احتمل أن يصح لأنه استثنى واحدة من ثلاث واحتمل أن لا يصح لأنه عاد إلى الرابعة فقد بقي بعدها ثلاث وإن عاد إلى الواحدة الباقية من الاثنتين فهو استثناء الجميع
فصل : وإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا طلقة وطلقة وطلقة ففيه وجهان أحدهما : يلغو الاستثناء يقع ثلاث لأن العطف يوجب اشتراط المعطوف مع المعطوف عليه فيصير مستثنيا ثلاثا من ثلاث وهذا وجه لأصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة و الشافعي يصح الاستثناء في طلقة لأن استثناء الأقل جائز وإنما لا يصح استثناء الثانية والثالثة فيلغو وحده وقال أبو يوسف و محمد يصح استثناء الثنتين وتلغو الثالثة بناء علي أصلهم في أن استثناء الأكثر جائز وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي وإن قال : أنت طالق طلقتين إلا طلقة وطلقة ففيه الوجهان وإن قال : أنت طلاق ثلاثا إلا طلقة ونصفا احتمل وجهين أيضا أحدهما يلغو الاستثناء لأن النصف يكمل فيكون مستثنيا للأكثر فيلغو والثاني يصح في طلقة فيقع طلقتان لم ذكرنا في التي قبلها وإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وإلا واحدة كان عاطفا لاستثناء على استثناء فيصح الأول ويلغو الثاني لأننا لو صححناه لكان مستثنيا للأكثر فيقع به طلقتان ويجيء على قول من أجاز استثناء الأكثر أنه يصح فيها فيقع طلقة واحدة وإن قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة إلا واحدة كان مستثنيا من الواحدة المستثناة واحدة فيحتمل أن يلغو الاستثناء الثاني ويصح الأول فيقع به طلقتان ويحتمل أن يقع به الثلاث لأن الاستثناء الثاني معناه اثبات طلقة في حقها لكون الاستثناء من النفي اثباتا فيقع ذلك في إيقاع طلاقه وإن لم يقبل في نفيه كما لو طلق طلقتين ونصفا وقع به ثلاث



مسألة : وإن قال : أنت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه إلا واحدة وقعت الثلاث وإن قال نسائي طوالق واستثنى واحدة بقلبه لم تطلق
مسألة : وإن قال : أنت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه إلا واحدة وقعت الثلاث وإن قال نسائي طوالق واستثنى واحدة بقلبه لم تطلق
وجملة ذلك أن ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء على ثلاث اضرب أحدهما : ما لا يصح نطقا ولا نية وذلك نوعان أحدهما : ما يرفع حكم اللفظ كله مثل أن يقول أنت طالق ثلاثا وأنت طالق طلقة لا تلزمك ولا تقع عليك فهذا لا يصح بلفظه ولا نيته لأنه يرفع حكم اللفظ كله فيصير الجميع لغوا فلا يصح هذا في اللغة بالاتفاق وإذا كان كذلك سقط الاستثناء والصفة ووقع الطلاق
الضرب الثاني : ما يقبل لفظا ولا يقبل نية لا في الحكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى وهو استثناء الأقل فهذا يصح لفظا لأنه من لسان العرب ولا يصح بالنية مثل ان يقول أنت طالق ثلاثا واستثنى بقلبه إلا واحدة أو أكثر فهذا لا يصح لأن العدد نص فيما يتناوله لا يحتمل غيره

فلا يرتفع بالنية ما ثبت بنص اللفظ فإن اللفظ أقوى من النية ولو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملا للفظ في غير ما يصلح له فوقع مقتضى اللفظ ولغت نيته وحكي عن بعض الشافعية أنه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى كما لو قال : نسائي طوالق واستثنى بقله إلا فلانة والفرق بينهما ان نسائي اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له وقد استعمل العموم بإزاء الخصوص كثيرا فإذا أراد به البعض صح وقوله ثلاثا اسم عدد لثلاث لا يجوز التعبير به عن عدد غيرها ولا يحتمل سواها بوجه فإذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ ما لا يحتمله وإنما تعمل النية في صرف اللفظ المحتمل إلى أحد محتملاته فأما ما لا يحتمل فلا فإنا لو علمنا بها فيما لا يحتمل كان عملا بمجرد النية ومجرد النية لا بعمل في نكاح ولا طلاق ولا بيع ولو قال : نسائي الأربع طوالق أو قال لهن : أرعتكن طوالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ما ذكرناه ولا يدين فيه لأنه عنى باللفظ ما لا يحتمله

الضرب الثالث : ما يصح نطقا وإذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى وذلك مثل تخصيص العام واستعمال اللفظ في مجازه مثل قوله نسائي طوالق يريد بعضهن أو ينوي بقوله طالق بقوله طالق أن من وثاق فهذا يقبل إذا كان لفظا واحدا لأنه وصل كلا مه بما بين به مراده وإن كان بينته قبل منه فيما بينه وبين الله تعالى لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله في الخصوص وهذا سائغ في الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ويكون اللفظ بنيه منصرفا إلى ما أراده دون ما لم يدره وهل يقبل ذلك في الحكم ؟ يخرج على روايتين

إحداهما : يقبل لأنه فسر كلامه بما لا يحتمله فصح كما لو قال : أنت طالق أنت طالق وأراد بالثانية إفهامها

والثانية : لا يقبل لأنه خلا ف الظاهر وهو مذهب الشافعي والأول أولى انت شاء الله تعالى لأن أكثر نصوص القرآن أريد بها الخصوص ومن شرط هذا ان تكون النية مقارنة للفظ وهو ان يقول نسائي طوالق يقصد بهذا اللفظ بعضهن فأما إن كانت متأخرة عن اللفظ مثل ان قال : نسائي طوالق ثم بعد فراغه نوى بلفظ بعضهن لم تنفعه النية ووقع الطلاق بجميعهن وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أي من وثاقي لزمه الطلاق لأنه مقتضى اللفظ والنية إلا أن خبره نية لا لفظ معها فلا تعمل ومن هذا الضرب تخصيص حال دون حال مثل أن يقول أنت طالق ثم يصله بشرط أو صفة مثل قوله ان دخلت الدار أو بعد شهر أو قال ان دخلت الدار بعد شهر فهذا يصح إذا كان نطقا بغير خلاف وإن نواه ولم يلفظ له دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين

قال أحمد في رواية إسحاق بن إبراهيم فيمن حلف لا تدخل الدار وقال نويت شهرا يقبل منه أو قال : إذا دخلت دار فلان فأنت طالق ونوى تلك الساعة وذلك اليوم قبلت نيته والرواية الاخرى لا يقبل فإنه قال إذا قال لامرأته أنت طالق ونوى في قلبه إلى سنة تطلق ليس ينظر إلى نيته وقال إذا قال : أنت طالق وقال نويت إن دخلت الدار لا يصدق ويمكن الجمع بين هاتين الروايتين بأن يحمل قوله في عدم القبول على الحكم فلا يكون بينهما اختلا ف والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ان ارادة الخاص بالعام شائع كثير وإرادة الشرط من غير ذكره غير سائغ فهو قريب من الاستثناء ويمكن أن يقال هذا كله من جملة التخصيص

فصل : إذا قالت له امرأة من نسائه : طلقني فقال نسائي طوالق ولا نية له طلقن كلهن بغير خلاف لأن لفظه عام وإن قالت له : طلق نساءك فقال : نسائي طوالق فكذلك وحكى عن مالك ان السائلة لا تطلق في هذه الصورة لان الخطاب يقصر على سببه الخاص وسببه سؤال طلاق من سواها

ولنا أن اللفظ عام فيها ولم يرد به غيره مقتضاه فوجب العمل لعمومه كالصورة الأولى والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب لأن ذلك الحكم هو للفظ فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه في خصوصه وعمومه ولذلك لو كان أخص من السبب لوجب قصره على خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب فأما ان اخرج السائلة بنيته دين فيما بينه وبين الله تعالى في الصورتين وقبل الحكم في الصورة الثانية لأن خصوص السبب دليل على نيته ولم يقبل في الصورة الأولى قاله ابن حامد لأن طلاقه جواب لسؤالها الطلاق لنفسها فلا يصدق في صرفه عنها لأنه يخالف الظاهر من وجهين ولأنها سبب الطلاق وسبب الحكم لا

يجوز إخراجه من العموم بالتخصيص وقال القاضي : يحتمل أن لا تطلق لأن لفظه عالم والعام يحتمل التخصيص

[ جزء 8 - صفحة 359 ]

باب طلاق في الماضي والمستقبل
مسألة : إذا قال : لزوجته أنت طالق أمس أو قبل أن أنكحك ينوي الايقاع وقع في الحال لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ

مسألة : وإن لم ينو لم يقع في ظاهر كلامه
مسألة : وإن لم ينو لم يقع في ظاهر كلامه
فروي عنه فيمن قال لزوجته أنت طالق أمس وإنما تزوجها اليوم ليس بشيء وهذا قول أبي بكر وقال القاضي في بعض كتبه يقع الطلاق وهو مذهب الشافعي لأنه وصف المطلقة بما لا تتصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو قال أنت طالق طلقة لا تلزمك ووجه الأول أن الطلاق رفع للاستباحة ولا يمكن رفعها في الزمن الماضي فلم يقع كما لو قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بيومين فقدم اليوم فإن أصحابنا لم يختلفوا في أن الطلاق لا يقع وهو قول أصحاب الشافعي وهذا طلاق في زمن ماض ولأن علق الطلاق بمستحيل فلغا كما لو قال أنت طالق ان قبلت الحجر ذهبا والحكم في قوله أنت طالق قبل أن أتزوجك كما إذا قال أنت طالق أمس

مسألة : وحكي عن أبي بكر أنه يقع إذا قال قبل أن أتزوجك ولا يقع إذا قال أنت طالق أمس
مسألة : وحكي عن أبي بكر أنه يقع إذا قال قبل أن أتزوجك ولا يقع إذا قال أنت طالق أمس
قال القاضي : ورأيت بخط أبي بكر في جزء مفرد أمه قال : إذا قال أنت طالق قبل أن أتزوجك طلقت ولو قال : أنت طالق أمس لم يقع لأن أمس لا يمكن وقوع الطلاق فيه وقبل تزوجها متصور الوجود فإنه يمكن أن يتزوجها ثانيا وهذا الوقت قبله قوقع في الحال كما قال أنت طالق قبل قدوم زيد

[ جزء 8 - صفحة 360 ]

مسألة : وإذا قال : أردت ان زوجا قبلي طلقها أو طلقتها أنا في نكاح قبل هذا قبل منه إذا احتمل الصدق في ظاهر كلام أحمد
مسألة : وإذا قال : أردت أن زوجا قبلي طلقها أو طلقتها أنا في نكاح قبل هذا قبل منه إذا احتمل الصدق في ظاهر كلام أحمد
إذا أراد الاخبار أنه كان طلقها هو أو زوج قبله في ذلك الزمان الذي ذكره وكان قد وجد ذلك قبل منه ذكره أبو الخطاب وقال القاضي : يقبل على ظاهر كلام أحمد لأنه فسره بما يحتمله وإن أراد اني كنت طلقتك أمي فكذبته لزمتها الطلقة وعليها العدة من يومها لأنها اعترفت أن أمس لم يكن من عدتها

مسألة : فإن مات أو جن أو خرس قبل العلم بمراده فهل تطلق ؟ على وجهين

مسألة : فإن مات أو جن أو خرس قبل العلم بمراده فهل تطلق ؟ على وجهين
بناء على اختلاف القولين في المطلق إن قلنا : لا يقع به شيء لم يلزمه ههنا شيء وإن قلنا بوقوعه ثم وقع ههنا

مسألة : وإن قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم قبل مضي شهر لم تطلق بغير خلاف من أصحابنا
مسألة : وإن قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم قبل مضي شهر لم تطلق بغير خلاف من أصحابنا
وهو قول أكثر أصحاب الشافعي لأنه تعليق للطلاق على صفة كان وجودها ممكنا فوجب اعتبارها وإن قدم زيد مع مضي الشهر لم تطلق لأنه لا بد من جزء يقع الطلاق فيه



مسألة : وإن قدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه تبينا وقوعه فيه لأنه ايقاع للطلاق بعد عقده
مسألة : وإن قدم بعد شهر وجزء يقع الطلاق فيه تبينا وقوعه فيه لأنه إيقاع للطلاق بعد عقده
و بهذا قال الشافعي و زفر وقال أبو حنيفة وصاحباه : يقع عند قدومه لأنه جعل الشهر شرطا لوقوع الطلاق فلا يسبق الطلاق شرطه
ولنا أنه أوقع الطلاق في زمن على صفة فإذا حصلت الصفة وقع فيه كما لو قال : أنت طالق قبل شهر رمضان بشهر أو قبل موتك بشهر فإن أبا حنيفة خاصة يسلم ولا نسلم أنه نسلم أنه جعل الشهر شرطا وليس فيه حرف الشرط

مسألة : وإن خالعها بعد اليمين بيوم وكان الطلاق بائنا ثم قدم بعد الشهر بيومين صح الخلع وبطل الطلاق
مسألة : وإن خالعها بعد اليمين بيوم وكان الطلاق بائنا ثم قدم بعد الشهر بيومين صح الخلع وبطل الطلاق
لأنه صادفها بائنا وإن قدم بعد شهر وساعة وقع الطلاق دون الخلع ولنا الرجوع بالعوض إلا أن يكون الطلاق رجعيا لأنه الرجعية يصح خلعها
فصل : فإن مات أحدهما بعد عقد الصفة بيومين ثم قدم زيد بعد شهر وساعة منحين عقد الصفة لم يرث أحدهما الآخر لانا تبينا أن الطلاق قد كان وقع قبل موت الميت منهما فلم يرثه صاحبه إلا أن يكون الطلاق رجعيا فإنه لا يقطع التوارث ما دامت في العدة فإن قدم بعد الموت بشهر وساعة تبينا أن الفرقة وقعت بالموت ولم تقع بالطلاق فإن قال : أنت طالق قبل بشهر فمات أحدهما قبل مضي شهر لم يقع طلاق لأن الطلاق لا يقع في الماضي وإن مات بعد عقد اليمين بشهر وساعة تبينا وقوع الطلاق في تلك الساعة ولم بتوارثا وإلا أن يكون الطلاق رجعيا تموت في عدتها



مسألة : وإن قال : أنت طالق قبل موتي طلقت في الحال

مسألة : وإن قال : أنت طالق قبل موتي طلقت في الحال
لأن ما قبل موته من حين عقد الصفة محل للطلاق فوقع لأوله وإن قال : قبل موتك أو موت زيد فكذلك وإن قال : أنت طالق قبيل موتي أو قبيل قدوم زيد لم يقع في الحال وإنما يقع ذلك في الجزء الذي يليه الموت لأن ذلك تصغير يقتضي الجزء الصغير الذي يبقى وإن قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخولك الدار فقال القاضي تطلق في الحال سواء قدم زيد أو لم يقدم بدليل قوله الله تعالى : { يا أيها الذين أوتوا الكتاب آمنوا بما نزلنا مصدقا لما معكم من قبل أن نطمس وجوها فنردها على أدبارها } ولم يوجد الطمس في المأمورين ولو قال لغلامه اسقني قبل أن أضربك فسقاه في الحال عد ممتثلا إن لم يضر به وإن قال : أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر فقال القاضي : تتعلق الصفة بأولهما مواتا لأن اعتباره بالثاني يفضي إلى وقوعه بعد موت الأول واعتباره بالأول لا يفضي إلى ذلك فكان أولى

مسألة : وإن قال : أنت طالق بعد موتي أو مع موتي لم تطلق نص عليه أحمد
مسألة : وإن قال : أنت طالق بعد موتي أو مع موتي لم تطلق نص عليه أحمد
وكذلك إن قال : بعد موتك أو مع موتك وبه قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا لأنها تبين بموت أحدهما فلا يصادف الطلاق نكاحا يزيله



مسألة : وإن تزوج أمة أبيه ثم قال : إذا مات أبي أو اشتريتك فأنت طالق فمات أبوه أو اشتراها لم يقع الطلاق
مسألة : وإن تزوج أمة أبيه ثم قال : إذا مات أبي أو اشتريتك فأنت طالق فمات أبوه أو اشتراها لم يقع الطلاق
اختاره القاضي لأنه بالموت والشراء يملكها فينفسخ نكاحها بالملك وهو زمن الطلاق فلم يقع كما لو قال : أنت طالق مع موتي ويحتمل أن تطلق اختاره أبو الخطاب لأن الموت سبب ملكها وطلا قها وفسخ النكاح يترتب على الملك فيوجد الطلاق في زمن الملك السابق على الفسخ فيثبت حكمه وهذا أظهر إن شاء الله تعالى
فصل : وإن قال : الأب إذا مت فأنت حرة وقال الابن إذا مات أبي فأنت طالق وكانت تخرج من الثلث فكذلك لأن بعضها ينقل إلى الورثة فيملك الابن جزءا منها فينفسخ به النكاح فيكون ذلك جميعها في فسخ النكاح ومنع وقوع الطلاق فإن أجاز الورثة عتقها فذكر بعض أهل العلم أن ينبني على الإجازة هل هي تنفيذ أو عطية مبتدأة ؟ فإن قلنا : هي عطية مبتدأة فقد انفسخ النكاح قبلها فلم يقع الطلاق وإن قلنا : هي تنفيذ لما فعل السيد وقع الطلاق وكذلك إن أجاز الزوج وحده عتق ابنه فإن كان على الأب دين يستغرق تركته لم يعتق قال شيخنا والصحيح ان ذلك لا يمنع نقل التركة إلى الورثة فهو كما لو لم يكن عليه دين في فسخ النكاح فإن كان الدين لا يستغرق التركة وكانت تخرج من الثلث بعد اداء الدين عتقت وطلقت وإن لم تخرج من الثلث لم تعتق كلها فيكون حكمها في الفسخ النكاح ومنع الدين كما لو استغرق الدين التركة وإن أسقط الغريم الدين بعد الموت لم يقع الطلاق لأن النكاح انفسخ قبل اسقاطه
فصل : قال الشيخ رضي الله عنه : وإن قال : أنت طالق لاشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو لأقتلن فلانا الميت أو لأصعدن السماء أو لأطيرن أو إن لم أصعد السماء ونحوه طلقت في الحال قال أبو الخطاب في موضع لا تنعقد يمينه
وجملة ذلك أنه قد استعمل الطلاق والعتاق استعمال القسم وجعل جواب القسم جوابا له فإذا قال : أنت طالق لأقومن وقام لم تطلق امرأته فإن لم يقم في الوقت الذي عينه حنث

هذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب و الحسن و عطاء و الزهري و سعيد بن جبير و الشعبي و الثوري وأصحاب الرأي وقال شريح يقع طلاقه وإن قام لأنه طلق طلاقا غير معلق بشرط فوقع كما لو لم يقم
ولنا أنه حلف بوفيه فلم يحنث كما لو حلف بالله تعالى وإن قال : أنت طالق ان أخاك لعاقل وكان أخوها عاقلا لم يحنث وإن لم يكن عاقلا حنث كما لو قال : والله ان أخاك لعاقل وإن شك في عقله لم يقع الطلاق لأن الأصل بقاء النكاح فلا يزول بالشك وإن قال أنت طالق لا أكلت هذا الرغيف فأكله حنث وإلا فلا وإن قال أنت طالق ما أكلته لم يحنث ان كان صادقا ويحنث ان كان كاذبا كما لو قال : والله ما أكلته وإن قال : أنت طالق لولا أبوك لطلقتك وكان صادقا لم تطلق ولو قال : ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال : أنت طالق لأكرمتك طلقت في الحال ولو قال : أن حلفت بعتق عبدي فأنت طالق فأنت طالق ثم قال : عبدي حر لاقومن طلقت المرأة وإن قال : ان حلفت بعتق عبدي فأنت طالق لقد صمت أمس عتق العبد
رجعنا إلى مسائل الكتاب وهو ما إذا علقه على مستحيل كقوله أنت طالق لأشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه أو لأقتلن الميت وقع الطلاق في الحال كما لو قال أنت طالق أن لم أبع عبدي فمات العبد ولأنه علق الطلاق على نفي فعل مستحيل وعدمه معلوم في الحال وفي الثاني وقوع الطلاق لما ذكرناه وكذلك قوله أنت طالق لأصعدن السماء أو لأطيرن أو إن لم أصعد السماء أو أطيرن وذكر أبو الخطاب عن القاضي أنه لا تنعقد يمينه والصحيح أنه يحنث فإن الحالف على فعل الممتنع كاذب حانث قال الله تعالى : { وأقسموا بالله جهد أيمانهم لا يبعث الله من يموت } إلى قوله : { وليعلم الذين كفروا أنهم كانوا كاذبين } ولأنه لو حلف على فعل متصور فصار ممتنعا حنث بذلك فلأن يحنث بكونه ممتنعا حال يمينه أولى



مسألة : وإن قال : أنت طالق إن شربت ماء الكوز ولا ماء فيه وإن صعدت السماء أو إن شاء الميت أو البهيمة لم تطلق في أحد الوجهين وتطلق في الأخر
مسألة : وإن قال : أنت طالق إن شربت ماء الكوز ولا ماء فيه وإن صعدت السماء أو إن شاء الميت أو البهيمة لم تطلق في أحد الوجهين وتطلق في الأخر
إذا علق الطلاق على فعل مستحيل كالذي ذكرناه ونحه كقوله ان جمعت بين الضدين أو كان الواحد أكثر من اثنين وسواء كان مستحلا عقلا أو عادة كقوله ان طرت أو صعدت السماء أو قلبت الحجر ذهبا أو شربت ماء النهر كله أو حملت الجبل ففيه وجهان : أحدهما : يقع الطلاق في الحال لأنه أردف الطلاق بما يرفع جملته ويمنع وقوعه في الحال وفي الثاني فلم يصح كاستثناء الكل وكما لو قال أنت طالق طلقة لا تقع عليك
والثاني : لا يقع وهو الصحيح ولأنه علق الطلاق بصفة لم توجد ولأن ما يقصد تبعيده يعلق على المحال قال الله تعالى في حق الكفار { لا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط } وقال الشاعر
( إذا شاب الغراب أتيت أهلي ... وصار القار كاللبن الحليب )
أي لا يأتيهم أبدا وقيل إن علقه على ما يستحيل عقلا وقع في الحال لأنه لا وجود له فلم تتعلق به الصفة وبقي مجرد لطلاق فوقع وإن علقه على المستحيل عادة كالطيران وصعود السماء لم يقع لأن له وجودا أو قد وجد جنس ذلك في معجزات الأنبياء وكرامات الأولياء فجاز تعلق الطلاق به ولم يقع قبل وجوده

مسألة : وإن قال أنت طالق اليوم إذا جاء غدا فعلى وجهين
مسألة : وإن قال أنت طالق اليوم إذا جاء غدا فعلى وجهين
وقال القاضي : لا تطلق وقال أبو الخطاب : يقع في الحال لأنه علقه بشرط محال فلغا لاشرط ووقع الطلاق كما لو قال لمن لا سنة لطلاقها ولا بدعة أنت طالق للسنة وقال في المجرد لا يقع لأن شرطه لم يتحقق لأن مقتضاه وقوع الطلاق إذا جاء غد في اليوم ولا يأتي غد إلا بعد ذهاب اليوم وذهاب محل الطلاق وهو قول أصحاب الشافعي
فصل : في الطلاق في زمن مستقبل

[ جزء 8 - صفحة 367 ]

مسألة : إذا قال أنت طالق غدا أو يوم السبت في رجب طلقت بأول ذلك
مسألة : إذا قال أنت طالق غدا أو يوم السبت في رجب طلقت بأول ذلك
إذا قال : أنت طالق في شهر عينه كشهر رجب وقع الطلاق في أول جزء من الليلة الأولى منه وذلك حين تغرب الشمس من آخر الشهر الذي قبله وهو شهر جمادي وبهذا قال أبو حنيفة وقال أبو ثور : يقع الطلاق في آخر رجب لأن ذلك يحتمل وقوعه في أوله وآخره فلا يقع إلا بعد زوال الاحتمال
ولنا أنه جعل الشهر ظرفا للطلاق فإذا وجد ما يكون ظرفا له طلقت كما لو قال : إذا دخلت الدار فأنت طالق فإذا دخلت أول جزء منها طلقت فأنا إن قال إن لم أقضك حقك في شهر رمضان فامرأتي طالق لم تطلق حتى يخرج رمضان قبل قضائه لأنه إذا قضاه في آخره لم توجد الصفة وفي الموضعين لا يمنع من وطء زوجته قبل الحنث وقال مالك يمنع وكذلك كل يمين على فعل يفعله يمنع من الوطء قبل فعله لأن الظاهر أنه على حنث ترك الفعل وليس بفاعل
ولنا أن طلاقه لم يقع فلا يمنع من الوطء لأجل اليمين كما لو حلق لا فعلت كذا ولو صح ما ذكره لوجب إيقاع الطلاق ولو قال : أنت طالق غدا أو يوم السبت وقع الطلاق في أول جزء منه لما ذكرنا

[ جزء 8 - صفحة 368 ]

مسألة : ولو قال : أنت طالق اليوم أو في هذا الشهر فكذلك لما ذكرنا وإن قال أردت في آخره أو أوسطه أو يوم كذا من الشهر أو في النهار دون الليل قبل فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين
مسألة : ولو قال : أنت طالق اليوم أو في هذا الشهر فكذلك لما ذكرنا وإن قال أردت في آخره أو أوسطه أو يوم كذا من الشهر أو في النهار دون الليل قبل فيما بينه وبين الله تعالى وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين
إحداهما : يقبل وهو الصحيح ولأن آخر الشهر منه فإرادته لا تخالف ظاهر لفظه وكذلك وسطه إذا ليس أوله بأولى في ذلك من وسطه وآخره بل ربما كان آخره أولى لأنه متيقن وما قبله مشكوك فيه
والثاني : لا يقبل لأنه لو أطلق لتناول أوله فأما أن قال : أنت طالق في أول رمضان أو غرة رمضان أو في رأس شهر رمضان أو استقبال شهر رمضان أو مجيء شهر رمضان طلقت بأول جزء منه ولم يقبل قوله أردت أوسطه أو آخره ظاهرا أو باطنا لأن لفظه لا يحتمله وإن قال : بانقضاء رمضان أو انسلاخه أو نفاده أو مضيه طلقت في آخر جزء منه وإن قال أنت

طالق أول نهار من شهر رمضان أو في أول يوم منه طلقت بطلوع فجر أول يوم منه لأن ذلك أول النهار واليوم ولهذا لو نذر اعتكاف يوم أو صيام يوم لزمه من طلوع الفجر وإن قال : أنت طالق إذا كان رمضان أو إلى رمضان أو إلى هلا ل رمضان أو في هلال رمضان طلقت ساعة يستهل إلا أن يكون من الساعة إلى الهلال فتطلق في الحال وإن قال : أنت طالق في مجيء ثلاثة أيام طلقت في أول اليوم الثالث

[ جزء 8 - صفحة 369 ]

مسألة : وإن قال : أنت طالق اليوم وغدا وبعد غد أو في اليوم وفي غد وفي بعده فهل تطلق ثلاثا أو واحدة ؟ على وجهين
مسألة : وإن قال : أنت طالق اليوم وغدا وبعد غد أو في اليوم وفي غد وفي بعده فهل تطلق ثلاثا أو واحدة ؟ على وجهين
أحدهما : تطلق واحدة لأنها إذا طلقت اليوم فهي طالق في غد وفي بعده والثاني : تطلق ثلاثا لأن ذكره لأوقات الطلاق يدل على تعداده لعدم الفائدة ثم ذكر أوقاته بدون تعداد وقيل في الأولى واحدة لما ذكرنا للوجه الأول وفي الثانية ثلاثا لأن ذكره في تكرارها يدل على تكرار الطلاق

مسألة : وإن قال : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم طلقت في آخر جزء منه إذا بقي من اليوم ما لا يتسع لتطليقها فيه
مسألة : وإن قال : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم طلقت في آخر جزء منه إذا بقي من اليوم ما لا يتسع لتطليقها فيه
وهذا اختيار أبو الخطاب وقول أصحاب الشافعي وحكى القاضي فيها وجهين هذا ووجها آ خر أن الطلاق لا يقع وحكي ذلك عن أبي بكر و ابن سريج لأن محل الطلاق اليوم ولا يوجد شرط طلاها إلا بخروجه فلا يبقى من محل طلاقها ما يقع الطلاق فيه
ولنا أن خروج اليوم يفوت به طلاقها فوجب وقوعه قبله في آخر وقت الامكان كموت أحدهما في اليوم وذلك لأن معنى يمينه إن فاتني طلاقك اليوم فأنت طالق فيه فإذا بقي من اليوم ما لا يتسع لتطليها فقد فاته طلاقها فيه فوقع حينئذ كم يقع طلاقه في مسألتنا في آخر حياة أولهما موتا وما ذكروه باطل بما مات أحدهما في اليوم فإن محل الطلاق يفوت بموته ومع ذلك فإن الطلاق يقع قبيل موته كذا ههنا فإن قال لها أنت طالق اليوم ان لم أتزوج عليك اليوم أن لم اشتر لك ثوبا اليوم ففيه الوجهان والصحيح منهما وقوع الطلاق بها إذا بقي من اليوم ما لا يتسع لفعل المحلوف عليه فيه فإن قال : لها أنت طالق أن لم أطلقك اليوم أن لم أطلقك فهو كقوله أنت طالق اليوم ان لم أطلقك اليوم لأنه جعل عدم طلاقها شرطا لطلاقها اليوم والشرط يتقدم المشروط
فصل : فإن قال لعبده : إن لم أبعك فامرأتي طالق اليوم ولم يبعه حتى خرج اليوم ففيه الوجهان وإن أعتيق العبد أو مات أو مات الحالف أو المرأة في اليوم طلقت زوجته حينئذ لأنه قد فات بيعه وإن دبره أو كاتبه لم تطلق امرأته لأن بيعه جائز ومن منع بيعها قال يقع الطلاق بذلك كما لو مات وإن وهب العبد لإنسان لم يقع الطلاق لأنه يمكن عوده إليه فيبيعه فلم يفك بيعه ولو قال : ان لم أبع عبدي فامرأتي طالق ولم يقيده باليوم فكاتب العبد لم يقع الطلاق لأنه يمكن عجزه فلم فوات البيع فإن عتق بالكتابة أو غيرها وقع الطلاق حينئذ لأنه فات بيعه

[ جزء 8 - صفحة 371 ]

مسألة : وإن قال : أنت طالق يوم يقدم زيد فماتت غدوة وقدم بعد موتها فهل يقع بها الطلاق ؟ على وجهين
مسألة : وإن قال : أنت طالق يوم يقدم زيد فماتت غدوة وقدم بعد موتها فهل يقع بها الطلاق ؟ على وجهين :
أحدهما : يبين أن طلاقها وقع من أول اليوم لأنه لو قال : أنت طالق يوم الجمعة طلقت من أوله فكذا إذا قال أنت طالق يوم يقدم زيد ينبغي أن تطلق بطلوع فجره
والثاني : لا يقع الطلاق لأن شرطه قدوم زيد ولم يوجد إلا بعد موت المرأة فلم يقع بخلاف يوم الجمعة فإن شرط الطلاق مجيء يوم الجمعة وقد وجد وههنا شرطان فلا تطلق بأحدهما والأول أولى ليس هذا شرطا إنما هو بيان للوقت الذي يقع فيه الطلاق معرفا بفعل يقع فيه فيقع في أوله كقوله أنت طالق اليوم الذي نصلي فيه الجمعة وإن قال : أنت طالق في اليوم الذي يقدم فيه زيد وكذلك لو مات الرجل غدوة ثم قدم زيد أو مات الزوجان قبل قدوم زيد كان الحكم كما لو ماتت المرأة ولو قال أنت طالق في شهر رمضان ان قدم زيد فقدم زيد فيه ففيه وجهان
أحدهما : لا تطلق حتى يقدم زيد لأن قدومه شرط فلا يتقدمه المشروط بدليل ما لو قال : أنت طالق أن قدم زيد فانها لا تطلق تقبل قدومه بالاتفاق وكما لو قال : إذا قدم زيد
والثاني : أنه ان قدم زيد تبينا وقوع الطلاق من أول الشهر أصح قياسا على المسألة التي قبل هذه



مسألة : وإن قال : أنت طالق في غد إذا قدم زيد فماتت قبل قدومه لم تطلق
مسألة : وإن قال : أنت طالق في غد إذا قدم زيد فماتت قبل قدومه لم تطلق
حتى يقدم لأن إذا اسم زمن مستقبل فمعناه أنت طالق غدا وقت قدوم زيد في فإن لم يقدم زيد في غد لم تطلق وإن قدم بعده لأنه قيد طلاقها بقدوم مقيد بصفة فلا تطلق حتى توجد وإن ماتت غدوة وقدم بعد موتها لم تطلق لأن الوقت الذي أوقع طلاقها فيه لم يأت وهي محل للطلاق فلم تطلق كما لو ماتت قبل دخوله ذلك اليوم

مسألة : وإن قال : أنت طالق اليوم غدا طلقت اليوم واحدة لأن من طلقت اليوم فهي طالق غد
مسألة : وإن قال : أنت طالق اليوم غدا طلقت اليوم واحدة لأن من طلقت اليوم فهي طالق غد

مسالة : فإن أراد طالق اليوم وطالق غدا فتطلق طلقتين في اليومين فإن قال : أردت أنها تطلق في أحد اليومين طلقت اليوم ولم تطلق غدا لأنه جعل الزمان كله ظرفا لوقوع الطلاق فوقع في أوله
مسالة : فإن أراد طالق اليوم وطالق غدا فتطلق طلقتين في اليومين فإن قال : أردت أنها تطلق في أحد اليومين طلقت اليوم ولم تطلق غدا لأنه جعل الزمان كله ظرفا لوقوع الطلاق فوقع في أوله

مسألة : وإن أراد نصف طلقة اليوم ونصفها غدا فتطلق اليوم واحدة وغدا الاخرى لأن النصف يكمل فيصير طلقة تامة وإن قال أردت نصف طلقة اليوم وباقيها غدا احتمل وجهين
مسألة : وإن أراد نصف طلقة اليوم ونصفها غدا فتطلق اليوم واحدة وغدا الأخرى لأن النصف يكمل فيصير طلقة تامة وإن قال أردت نصف طلقة اليوم وباقيها غدا احتمل وجهين
أحدهما : لا تطلق إلا واحدة لأنه إذا قال : نصفها اليوم كملت كلها فلم يبق لها بقية تقع غدا ولم يقع شيء غيرها لأنه ما أوقعه وذكر القاضي هذا الاحتمال أيضا في المسألة الأولى وهو مذهب الشافعي وذكر اصحابه فيها الوجهين ويحتمل أن يقع اثنتان كالمسألة التي قبلها

مسألة : وإن قال : أنت طالق إلى شهر طلقت عند انقضائه
مسألة : وإن قال : أنت طالق إلى شهر طلقت عند انقضائه
إذا قال : أنت طالق إلى شهر كذا أو سنة كذا كما لو قال : في شهر كذا أو سنة كذا ولا يقع الطلاق إلا في أول ذلك الوقت وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة طلق في الحال لأن قوله أنت طالق إيقاع في الحال وقوله إلى شهر كذا توقيت له وغيابة وهو لا يقبل التأقيت فوقع في الحال لأنه لا يقبل التأقيت
ولنا أن ذلك قد روي عن ابن عباس وأبي ذر ولأن هذا يحتمل أن يكون توقيتا لإيقاعه كقوله الرجل أنا خارج إلى سنة أي بعد سنة وإذا احتمل الأمرين لم يقع الطلاق بالشك وقد ترجح ما ذكرناه من وجهين
أحدهما أنه جعل للطلاق غاية ولا غاية لآخره وإنما الغاية لأوله والثاني : ان ما ذكرناه عمل باليقين وما ذكروه أخذ بالشك
فصل : فإن نوى طلاقها في الحال إلى سنة كذا وقع في الحال لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ ولفظه يحتمله
فصل : وإن قال : أنت طالق من اليوم إلى سنة طلقت في الحال لأن من لابتداء الغاية فيقتضي أن طلاقها من اليوم فإن قال : أردت تكرير طلاقها من حين لفظت به إلى سنة طلقت من ساعتها ثلاثا إذا كانت مدخولا بها قال أحمد إذا قال لها : أنت طالق من اليوم إلى سنة يريد التوكيد وكثرة الطلاق فتلك طالق من ساعتها

[ جزء 8 - صفحة 373 ]

مسألة : وإن قال : أنت طالق في آخر الشهر أو أول أخره طلقت في أول جزء من آخر يوم منه لأنه آخره وإن قال : في آخر أوله طلقت في آخر أول يوم منه لأنه أوله
مسألة : وإن قال : أنت طالق في آخر الشهر أو أول أخره طلقت في أول جزء من آخر يوم منه لأنه آخره وإن قال : في آخر أوله طلقت في آخر أول يوم منه لأنه أوله
وقال أبو بكر : تطلق في المسألتين بغروب شمس الخامس عشر منه لأن الشهر نصفان أول وآخر فآخر أوله يلي أول آخره وهذا قول أبي العباس بن شريح وقال أكثرهم كقولنا وهو أصح فإن ما عدا اليوم الأول لا يسمى أول الشهر ويصح نفيه عنه وكذلك لا يسمى أوسط الشهر آخره ولا يفهم ذلك من إطلاقه لفظنه فوجب ان لا يصرف كلام الحالف إليه ولا يحمل عليه

[ جزء 8 - صفحة 374 ]

مسألة : وإن قال : إذا مضت سنة فأنت طالق طلقت إذا مضى اثنا عشر شهرا بالاهلة ويكمل الشهر الذي حلف إلى تمام اثني عشر شهرا بالأهلة
مسألة : وإن قال : إذا مضت سنة فأنت طالق طلقت إذا مضى اثنا عشر شهرا بالأهلة ويكمل الشهر الذي حلف إلى تمام اثني عشر شهرا بالأهلة
لقوله تعالى : { يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس } فإن حلف في أول شهر فإذا مضى اثنا عشر شهرا وقع طلاقه وإن حلف في أثناء شهر عددت ما بقي منه ثم حسبت بعد بالأهلة فإذا مضت أحد عشر شهرا بالأهلة نظرت ما بقي من الشهر الأول فكملت ثلاثين يوما لأن الشهر اسم لما بين هلالين فإن تفرق كان ثلاثين يوما وفيه وجه آخر انه تعتبر الشهور كلها بالعدد نص عليه أحمد فيمن نذر صيام شهرين متتابعين فاعترض الأيام قال يصوم ستين يوما وإن ابتدأ من شهر فصام شهرين كانا ثمانية وخمسين يوما أجزأه وذلك لأنه لما صام نصف شهر وجب تكميله من الذي يليه فكان ابتداء الثاني من نصفه أيضا فوجب أن يكمله بالعدد وهذا المعنى موجود في السنة ووجه الأول أنه أمكن استيفاء أحد عشر شهرا بالأهلية فوجب الاعتبار بها كما لو كانت يمينه في أول شهر ولا يلزمه أن يتم الأول من الثاني بل يتمه من آخر الشهور وإن قال أردت بقولي سنة إذا انسلخ ذو الحجة قبل لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ

[ جزء 8 - صفحة 375 ]

مسألة : وإن قال : إذا مضت السنة فأنت : طالق طلقت بانسلاخ ذي الحجة
مسألة : وإن قال : إذا مضت السنة فأنت : طالق طلقت بانسلاخ ذي الحجة
لأنه لما عرفها بلام التعريف انصرفت إلى السنة المعروفة التي آخرها ذو الحجة وإن قال : أردت بالسنة اثني عشر شهرا قبل لأن السنة اثنا عشر شهرا حقيقة

مسألة : وإذا قال : أنت طالق في كل سنة طلقة فهذه صفة صحيحة
مسألة : وإذا قال : أنت طالق في كل سنة طلقة فهذه صفة صحيحة
لأنه يملك إيقاعه في كل سنة فإذا جعل ذلك صفة جاز ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه لأن كل أجل ثبت بمطلق العقد ثبت عقيبه كقوله والله لا كلمتك سنة فتقع الأولى في الحال لأنه جعل السنة ظرفا للطلاق فيقع في أول جزء منها وتقع الثانية في أول الثانية والثالثة إن دخلتا عليها وهي في نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو راجعها في عدة الطلقة الأولى وعدة الثانية أو جدد نكاحها بعد أن بانت فإن انقضت عدتها فبانت منه ودخلت السنة الثانية وهي بائن لم تطلق لكونها غير زوجة له فإن تزوجها في أثنائها اقتضى قول أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزوجه بها لأنه جزء من السنة الثانية التي جعلها ظرفا للطلاق ومحلا له وكان سبيله أن يقع في أولها فمنع منه كونها غير محل للطلاق لعدم نكاحه حينئذ فإذا عادت الزوجة وقع في أولها وقال القاضي : تطلق بدخول السنة الثالثة وعلى قول التميمي ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها في حال البينونة فلا تعود بحال وإن لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ثم نكحها طلقت عقيب تزويجها ثم طلقت الثالثة بدخول السنة الرابعة وعلى قول القاضي لا تطلق إلا بدخول السنة الرابعة ثم تطلق الثالثة بدخول الخامسة وعلى قول التميمي قد انحلت الصفة واختلفت في مبدأ السنة الثانية فظاهر ما ذكره القاضي أن أولها بعد انقضاء إثني عشر شهرا من حين يمينه وكذلك قال أصحاب الشافعي وقال أبو الخطاب : ابتداء السنة الثانية أول المحرم على ما ذكرناه لأنها السنة المعروفة فإذا علق ما يتكرر على تكرر السنين انصرف إلى السنين المعروفة لقول الله تعالى : { أو لا يرون أنهم يفتنون في كل عام }

مسألة : وإن قال : أردت بالسنة اثني عشر شهرا قبل لأنها سنة حقيقة وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين
مسألة : وإن قال : أردت بالسنة اثني عشر شهرا قبل لأنها سنة حقيقة وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين
أصحهما : أنه يقبل لما ذكرنا والثانية : لا يقبل لأنه يخالف الظاهر وإن قال أردت أن أبتدئ السنين من المحرم دين ولم يقبل في الحكم ذكره القاضي لأنه خلاف الظاهر قال شيخنا : والأولى أنه يخرج على روايتين لأنه محتمل مخالف للظاهر

مسألة : وإذا قال : أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليلا لم تطلق إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه لأن الوقت يسمى يوما قال الله تعالى : ومن يولهم يومئذ دبره
مسألة : وإذا قال : أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم ليلا لم تطلق إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلق وقت قدومه لأن الوقت يسمى يوما قال الله تعالى : { ومن يولهم يومئذ دبره }



مسألة : وإن قدم ميتا أو مكرها لم تطلق
مسألة : وإن قدم ميتا أو مكرها لم تطلق
إذا كان محمولا لم تطلق لأنه لم يقدم وإنما قدم به وهذا قول الشافعي ونقل عن أبي بكر أنه يحنث لأن الفعل ينسب إليه ولذلك يقال دخل الطعام البلد إذا حمل إليه ولو قال : أنت طالق إذا دخل الطعام البلد طلقت إذا حمل إليه
ولنا أن الفعل ليس منه والفعل لا ينسب إلى غير فاعله إلا مجازا والكلام عند تحقيقه إذا أمكن فأما الطعام فلا يمكن وجود الفعل منه حقيقة فتعين حمل الدخول فيه على مجازه فأما إن قدم بنفسه لاكراه فعلى قول ألخرقي لا يحنث وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو بكر يحنث وحكاه عن أحمد لأن الفعل منه حقيقة وينسب إليه قال الله تعال : { وسيق الذين كفروا إلى جهنم زمرا حتى إذا جاؤوها } ويصح أمر المكره بالفعل قال الله تعالى : { ادخلوا أبواب جهنم } ولولا أن الفعل يتحقق منه لما صح أمره به ووجه الأول أنه بالإكراه زال اختياره فإذا وجدت الصفة منه كان كوجود الطلاق نمه وهذا فيما إذا طلق وإن كانت له نية حمل عليها كلامه ويقيد بها
فصل : فإن قدم مختارا حنث الحالف سواء علم القادم باليمين أو جهلها قال أبو بكر الخلال يقع الطلاق قولا واحدا وقال أبو عبد الله بن حامد : إن كان القادم ممن لا يمنع القدوم بيمينه كالسلطان والحاج والرجل الأجنبي حنث الحالف ولا يعتبر علمه ولا جهله وإن كان ممن يمتنع باليمين من القدوم كقرابة لهما أو لأحدهما أو غلام لأحدهما فجهل اليمين أو نسيها فالحكم فيه كما لو حلف على فعل نفسه ففعله جاهلا أو ناسيا وفي ذلك روايتان كذلك ههنا وذلك أنه إذا لم يكن ممن تمنعه اليمين كان تعليقا للطلاق على صفة ولم يكن يمينا فأشبه ما لو علقه على طلوع الشمس وإن كان ممن يمتنع كان يمينا فيعذر فيها بالنسيان والجهل وينبغي أن تعتبر على هذا القول نية الحالف وقرائن أحواله الدلالة على قصده فإن كان قصده بيمينه منع القادم من القدوم كان يمينا وإن كان قصدنه جعله صفة في طلاقها مطلقة لم يكن يمينا ويستوي فيه علم القادم وجهله ونسيانه وجنونه وإفاقته مثل أن يقصد طلاقها إذا حصل معها محرمها ولا يطلقها وحدها وتعتبر قرائن الأحوال فمتى علق اليمين على قدوم غائب بعيد

يعلم أنه لا يعلم بيمينه ويمتنع لأجلها من فعل ما علق الطلاق عليه كان يمينا ومتى اشكلت الحال فينبغي أن يقع الطلاق لأن لفظه يقتضي وقوع الطلاق عند وجود هذه الصفة على العموم وإنما ينصرف عن ذلك بدليل فمتى شككنا في الدليل المخصص وجب العمل بمقتضى العموم

فصل : فإن قال : إن تركت هذا الصبي يخرج فأنت طالق الصبي بغير اختيارها فخرج فإن كان نوى أن لا يخرج فقد حنث وإن نوى أن لا تدعه لم يحنث نص أحمد على معنى هذا ودلك لأن اليمين إذا وقعت على فعلها فقد فعل الخروج بغير اختيار منها فكانت كالمكره إذا لم يمكنها حفظه ومنعه وإن نوى فعله فقد وجد وحنث وإن لم تعلم نيته انصرفت يمينه إلى فعلها لأنه الذي تناوله لفظه فلا يحنث إلا إذا خرج بتفريطها في حفظه أو باختيارها

فصل : وإن حلف لا تأخذ حقك مني فأكره على دفعه أو أخذه منه قهرا حنث لأن المحلوف عليه فعل الأخذ وقد أخذه مختارا وإن أكره صاحب الحق على أخذه خرج على الوجهين فيمن أكره على القدوم وإن وضعه الحالف في حجرة أو بين يديه أو جنبه فلم يأخذه لم يحنث لأن الأخذ ما وجد وإن أخذه الحاكم أو السلطان من الغريم فدفعه إلى لا مستحق فأذه فقال القاضي : لا يحنث وهو مذهب الشافعي لأنه ما أخذه منه وإن قال : لا تأخذ حقك علي حنث لأنه قد أخذ حقه الذي عليه والمنصوص عن أحمد أنه يحنث في الصورتين قاله أبو بكر : وهو الذي يقتضيه مذهبه لأن الايمان عنده على الأسباب لا على الأسماء ولأنه لو وكل وكيلا فأخذه منه كان آخذا لحقه منه عرفا ويسمى آخذا قال الله تعالى : { وأخذنا منهم ميثاقا غليظا } وقال : { ولقد أخذ الله ميثاق بني إسرائيل } وإن كان اليمين من صاحب الحق فحلف لا أخذت حقي فالتفريع فيها كالتي قبلها فإن تركها الغريم في أثناء متاع في خرج ثم دفع الخرج إلى الحالف فأخذه ولم يعلم أنها فيه لم يحنث لأن هذا ليس معدودا أخذا ولا يبرأ بها الغريم منها وإن كانت اليمين لا أعطيك حقك فأخذه الحاكم منه كرها ودفعه إلى الغريم لم يحنث وإن أكرهه على دفعه إليه خرج على الوجهين في المكره وإن قال أعطاه باختياره حنث وإن وضعه في حجره أو جيبه أو صندوقه وهو يعلم حنث لأنه أعطاه وإن دفعه إلى الحاكم اختيارا ليدفعه إلى الغريم فدفعه أو أخذه من ماله باختياره فدفعه إلى الغريم حنث وقال القاضي : لا يحنث والمذهب انه يحنث لأنه أوصله إليه مختارا فأشبه ما لو دفعه إلى وكيله فأعطاه إياه ولأن الأيمان على الأسباب لا على الاسماء على ما ذكرناه فيما مضى

فصل : وإن قال : ان رأيت أباك فأنت طالق فرأته ميتا أو نائما أو مغمى عليه أو رأته من خلف زجاج أو جسم شفاف طلقت لأنها رأته وإن رأت خياره في ماء أو مرآة أو ضوءه على حائط أو غيره لم تطلق لأنها لم تره وإن أكرهت على رؤيته خرج على الوجهين



باب تعليق الطلاق بالشروط

يصح ذلك من الزوج ولا يصح من الأجنبي فلو قال : ان تزوجت فلانة أو إن تزوجت امرأة فهي طالق لم تطلق إن تزوجها وعنه تطلق

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في هذه المسألة فالمشهور عنه أنه لا يقع الطلاق وهو قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن ابن عباس و سعيد بن المسيب وبه قال عطاء و الحسن و عروة و جابر بن زيد و سوار القاضي و الشافعي و أبو ثور و ابن المنذر ورواه الترمذي عن علي رضي الله عنه وجابر بن عبد الله و سعيد بن جبير و علي بن الحسن و شريح وغير واحد من فقهاء التابعين وروي عن أحمد رحمه الله ما يدل على وقوع الطلاق وهو قول الثوري وأصحاب الرأي لأنه يصح تعليقه على الاخطار فصح على حدوث الملك كالوصية والأول أصح ان شاء الله تعالى لما روى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده قال [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك ] قال الترمذي : هذا حديث حسن وهو أحسن ما روي في هذا الباب و [ عن عائشة أن

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك ابن آدم وإن عينها ] رواه الدارقطني وروى أبو بكر في كتاب الشافعي عن الخلال عن الرمادي عن عبد الرزاق عن معمر عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن علي بن أبي طالب [ عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق قبل نكاح ] قال أحمد : هذا عن النبي صلى الله عليه وسلم وعدة من الصحابة ولأن من لا يقع طلاقه بالمباشرة لا تنعقد له صفة كالمجنون ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فيكون إجماعا قال أبو بكر في كتاب الشافعي : لا يختلف قول أبي عبد الله ان الطلاق إذا وقع قبل النكاح لا يقع والرواية الأولى أصح لأنه تعليق للطلاق قبل الملك فأشبه ما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوج الأجنبية ودخلت فإن الطلاق لا يقع بغير خلاف نعلمه كذلك هذا

[ جزء 8 - صفحة 381 ]

مسألة : وإن قال لأجنبية : إن قمت فانت طالق فتزوجها ثم قامت لم تطلق
مسألة : وإن قال لأجنبية : إن قمت فأنت طالق فتزوجها ثم قامت لم تطلق
رواية واحدة لا نعلم فيه خلافا لأنه لم يضفه إلى زمن يقع فيه الطلاق فأشبه ما لو اسلم في معدوم ولم يذكر له أجلا يوجد السلم فيه

[ جزء 8 - صفحة 382 ]

مسألة : وإن علق الزوج الطلاق بشرط لم تطلق قبل وجوده
مسألة : وإن علق الزوج الطلاق بشرط لم تطلق قبل وجوده لأنه ازالة ملك بني على التغليب والسراية أشبه العتق

[ جزء 8 - صفحة 383 ]

مسألة : وإن قال عجلت ما علقته لم يتعجل
مسألة : وإن قال عجلت ما علقته لم يتعجل
لأن تعلق بالشرط فلم يكن له تغييره فإن أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة وقعت بها فإذا جاء الزمن الذي علق الطلاق به وهي زوجته وقع بها الطلاق المعلق

[ جزء 8 - صفحة 382 ]

مسألة : وإن قال سبق لساني بالشرط ولم أرده وقع في الحال
مسألة : وإن قال سبق لساني بالشرط ولم أرده وقع في الحال
لأنه أقر على نفسه بما يوجب التغليظ من غير تتمة وهو يملك إيقاعه في الحال
فصل : وإذا تخلل الشرط وحكمه غيرهما تخللا منتظما كقوله أنت طالق يا زانية ان قمت لم يقع التعليق وقال القاضي يحتمل ان يقطعه ويجعل كسكتة كما لو قال بينهما سبحان الله أو أستغفر الله ذكره صاحب المحرر

مسألة : فإن قال أنت طالق ثم قال أردت ان قمت دين
مسألة : فإن قال أنت طالق ثم قال أردت ان قمت دين
لأنه أعلم بنيته وما ادعاه محتمل فأشبه ما لو قال أنت طالق ثم قال من وثاقي ولم يقبل في الحكم نص عليه لأنه يدعي حلاف ما يقتضيه اطلاق اللفظ وقال شيخنا في كتاب الكافي : يخرج على روايتين إحداهما : لا يقبل لما ذكرنا والثانية : يقبل لأنه محتمل أشبه ما لو قال أنت طالق ثم قال أردت من وثاقي وهذا مثله والله أعلم
فصل : وأدوات الشرط ست إن وإذا ومتى ومن وأي وكلما

[ جزء 8 - صفحة 383 ]

مسألة : وليس فيها ما يقتضي التكرار الا كلما
مسألة : وليس فيها ما يقتضي التكرار الا كلما
لأن موضوعها للتكرار قال الله تعالى : { كلما أوقدوا نارا للحرب أطفأها الله } ولا نعلم في ذلك خلافا فأما متى ففيها وجهان
أحدهما : إنها تقتضي التكرار ذكره أبو بكر لأنها تستعمل للتكرار بدليل قول الشاعر
( متى تأته تعشو إلى ضوء ناره ... تجد خير نار عندها خير موقد )
أي في كل وقت ولأنها تستعمل في الشرط والجزاء ومتى وجد الشرط ترتب عليه جزاؤه
والثاني : لا تقتضيه قال شيخنا : وهو الصحيح لأنها اسم زمن بمعنى أي وقت وبمعنى إذا فلا تقتضي ما لا يقتضيانه وكونها للتكرار في بعض أحيانها لا يمنع استعمالها في غيره مثل إذا وأي وقت فانهما يستعملان في الأمرين قال الله تعالى : { وإذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا فأعرض عنهم } ـ { وإذا جاءك الذين يؤمنون بآياتنا فقل سلام عليكم } : ـ { وإذا لم تأتهم بآية قالوا لولا اجتبيتها } وقال الشاعر :
( قوم إذا الشر أبدى ناجذيه لهم ... طاروا إليه زرافات ووحدانا )
وكذلك أي وقت وزمان فانهما يستعملان للتكرار وسائر الحروف يجازى بها إلا أنها لما كانت تستعمل للتكرار وغيره لا تحل على التكرار إلا بدليل كذلك متى

[ جزء 8 - صفحة 384 ]

مسألة : وكلها على التراخي إذا تجردت عن لم فإذا اتصلت بها صارت على الفور إلا إن وفي إذا وجهان
مسألة : وكلها على التراخي إذا تجردت عن لم فإذا اتصلت بها صارت على الفور إلا إن وفي إذا وجهان
متى علق الطلاق بإيجاد فعل بواحد منها كان على التراخي فإن قال إن قمت أو إذا قمت أو من قام منكن أو أي وقت قمت أو متى قمت أو كلما قمت فأنت طالق فمتى قامت طلقت لوجود الشرط وإن مات أحدهما قبل وجود الشر ط سقط اليمين

مسألة : وإن اتصلت بها أي بلم صارت على الفور إلا إن فإنها على التراخي لأنها لا تقتضي وقتا إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا في وقت فهي مطلقة في الزمان كله

مسألة : وإن اتصلت بها أي بلم صارت على الفور إلا إن فإنها على التراخي لأنها لا تقتضي وقتا إلا ضرورة أن الفعل لا يقع إلا في وقت فهي مطلقة في الزمان كله
فإذا قال إن لم تدخلي الدار فأنت طالق لم يقع الطلاق إلا عند تعذر إيقاعه بالموت أو ما يقوم مقامه

مسألة : وفي إذا وجهان
مسألة : وفي إذا وجهان :
أحدهما : هي على التراخي وهو قول أبي حنيفة ونصره القاضي لأنها تستعمل شرطا بمعنى ان قال الشاعر :
( وإذا تصبك خصاصة فتحملي )
فجزم بها كما يجزم بإن ولأنها تستعمل بمعنى متى وإن وإذا احتملت الأمرين فاليقين بقاء النكاح فلا يزول بالاحتمال والآخر أنها على الفور وهو قول أبي يوسف و محمد وهو المنصوص عن الشافعي لأنها اسم لزمن مستقبل فتكون كمتى وأما المجازاة بها فلا تخرجها عن موضوعها فإن متى يجازى بها ألا ترى إلى قول الشاعر :
( متى تأته تعشو إلى ضوء ناره ... تجد خير نار عندها خير موقد )
ومن يجاز ى بها أيضا وكذلك أي وسائر الحروف ولم يخرجها ذلك كونها للفور في النفي
فصل : وقولهم ان هذه الأدوات الأربع في النفي تكون على الفور صحيح في كلما وأي ومتى فأنها تعم الزمان فإذا قال كلما لم أطلقك أو أي وقت لم أطلقك أو متى لم أطلقك فأنت طالق ثم مضى زمن يملك طلاقها فيه ولم يطلقها طلقت لوجود الصفة فانها اسم لوقت الفعل فيقدر بهذا ولهذا يصح السؤال به فتقول متى دخلت أو أي وقت دخلت أما من فليست من أسماء الزمان انما تعم الأشخاص فلا يظهر لي انها تقتضي الفور لذلك فعلى إذا قال من لم أطلقها منكن فهي طالق لم تطلق واحدة منهن إلا أن يعتذر طلاقها كما قلنا في أن إذا قال ان لم أطلقك فأنت طالق فإن كل واحدة منهما ليست من أسماء الزمان

[ جزء 8 - صفحة 686 ]

مسألة : وإن تكرر القيام لم يتكرر الطلاق إلا في كلما وفي متى في أحد الوجهين وقد ذكرنا دليل الوجهين في مقتضى التكرار وعدمه
مسألة : وإن تكرر القيام لم يتكرر الطلاق إلا في كلما وفي متى في أحد الوجهين وقد ذكرنا دليل الوجهين في مقتضى التكرار وعدمه

[ جزء 8 - صفحة 386 ]

مسألة : فإذا قال إذا أكلت رمانة فأنت طالق وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت ثلاثا لوجود صفة النصف مرتين والجميع مرة
مسألة : فإذا قال إذا أكلت رمانة فأنت طالق وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت ثلاثا لوجود صفة النصف مرتين والجميع مرة
فتطلق بكل نصف طلقة وبالرمانة طلقة ولو جعل مكان كلما إن لم تطلق إلا طلقتين بصفة النصف مرة وبالكمال مرة ولا تطلق بالنصف الآخر لأنها لا تقتضي التكرار

مسألة : ولو علق طلاقها على صفات ثلاث فاجتمعن في عين واحدة نحو أن يقول أن رأيت رجلا فأنت طالق وإن رأيت أسود فأنت طالق وإن رأيت فقيها فأنت طالق فرأت رجلا أسود فقيها طلقت ثلاثا
مسألة : ولو علق طلاقها على صفات ثلاث فاجتمعن في عين واحدة نحو أن يقول إن رأيت رجلا فأنت طالق وإن رأيت أسود فأنت طالق وإن رأيت فقيها فأنت طالق فرأت رجلا أسود فقيها طلقت ثلاثا
لوجود الصفات الثلاث فيه أشبه ما لو رأت ثلاثة فيهم الثلاث الصفات
فصل : وهذه الحروف الستة إذا تقدم جزاؤها عليها لم تحتج إلى حرف الفاء في الجزاء كقوله أنت طالق إن دخلت الدار وإن تأخر جزاؤها احتاجت في الجزاء إلى حرف الفاء إذا كان جملة من مبتدأ وخبر كقوله : وإن دخلت الدار فأنت طالق وإنما اختصت بالفاء لأنها للتعقيب فتربط بين الجزاء وشرطه وتدل على تعقيبه به



مسالة : وإن قال إن لم أطلقك فأنت طالق لم تطلق إلا في آخر جزء من حياة أحدهما إلا أن يكون له نية
مسالة : وإن قال إن لم أطلقك فأنت طالق لم تطلق إلا في آخر جزء من حياة أحدهما إلا أن يكون له نية
لأن حرف إن موضوع للشرط لا يقتضي زمنا ولا يدل عليه إلا من حيث ان الفعل المعلق به من ضرورته الزمان فلا يتقيد بزمن معين فما علق عليه كان على التراخي سواء في ذلك الإثبات والنفي
فعلى هذا إذا قال إن لم أطلقك فأنت طالق ولم ينو وقتا بعينه ولم يطلقها كان على التراخي لا يحنث بتأخره لأن كل زمن يمكن أن يفعل ففيه ما حلف عليه فلم يفت الوقت فإذا مات أحدهما علمنا حنثه حينئذ لأنه لا يمكن إيقاع الطلاق بها بعد موت أحدهما فتبين أنه يقع إذا لم يبق من حياته ما يتسع لتطليقها وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي ولا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا ولو قال إن لم أطلق عمرة فحفصة طالق فأي الثلاثة مات أولا وقع الطلاق قبل موته لأن تطليقه حفصة على وجه تنحل له يمينه إنما يكون في حياتهم جميعا وكذلك إن قال إن لم أعتق عبدي أو إن لم أضربه فامرأتي طالق وقع بها الطلاق في آخر جزء من حياة أولهم موتا فأما إن عين وقتا بلفظه أن نيته تعين وتعلقت يمينه به
قال أحمد : إذا قال إن لم أضرب فلانا فأنت طالق ثلاثا فهو على ما أراد من ذلك لأن الزمان المحلوف على ترك الفعل فيه تعين بنيته وإرادته فصار كالمصرح به في لفظه فإن مبنى الايمان على النية لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ وإنما لأمرئ ما نوى ]
فصل : ولا يمنع من وطء زوجته قبل فعل ما حلف عليه وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي قال سعيد بن المسيب و الحسن و الشعبي و مالك و أبو عبيد : لا يطأ حتى يفعل لأن الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق وروى الأثرم عن أحمد مثل ذلك وقال الأنصاري و ربيعة و مالك : يضرب له أجل المولي كما لو حلف أن لا يطأها
ولنا أنه نكاح صحيح لم يقع فيه طلاق ولا غير من أسباب التحريم فحل له الوطء فيه كما لو قال إن طلقتك فأنت طالق وقولهم الأصل عدم الفعل ووقوع الطلاق قلنا هذا الأصل لم يقتض وقوع الطلاق فلم يقتض حكمه ولو وقع الطلاق بعد وطئه لم يضر كما لو طلقها ناجزا وعلى أن الطلاق ههنا إنما يقع في زمن يمكن الوطء بعده بخلاف قوله إن وطئتك فأنت طالق
فصل : إذا كان المعلق طلاقا بائنا فماتت لم يرثها لأن طلاقه أبانها منه فلم يرثها كما لو طلقها ناجزا تعند موتها فإن مات ورثته نص علي أحمد في رواية أبي طالب إذا قال الرجل لزوجته أنت طالق ثلاثا إن لم أتزوج عليك ومات ولم يتزوج عليها ورثته وإن ماتت لم يرثها

وذلك لأنها تطلق في آخر حياته فأشبه طلاقه لها في تلك الحال ونحو هذا قال عطاء و يحيى الأنصاري ويتخرج لنا أنها لا ترثه أيضا وهذا قول سعيد بن المسيب و الحسن و الشعبي و أبي عبيد لأنه إنما طلقها في صحته وإنما تحقق شرط وقوعه في المرض فلم ترثه كما لو علقه على فعلها ففعلته في مرضه وقال أبو حنيفة إن حلف إن لم تأتي البصرة فأنت طالق فلم تفعل فإنهما لا يتوارثان وإن قال إن لم آت البصرة فأنت طالق فمات ورثته وإن ماتت لم يرثها فإنه في الأول علق الطلاق على فعلها فإذا امتنعت منه فقد حققت شرط الطلاق فلم ترثه كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها وإذا علقه عليه الصلاة والسلام لى فعل نفسه فامتنع كان الطلاق منه فأشبه ما لو نجزه في الحال ووجه الأول أنه طلاق في رض موته فمنعه ميراثها ولم يمنعها كما لو طلقها ابتداء ولأن الزوج أخر الطلاق اختيارا منه حتى وقع ما علق عليه في مرضه فصار كالمباشر له فأما ما ذكره عن أبي حنيفة فحسن إذا كان الفعل مما لا مشقة عليها فيه لأن تركها له كفعلها لما حلف عليها لتتركه وإن كان مما فيه مشقة فلا ينبغي أن يسقط ميراثها بتركه كما لو حلف عليها بترك ما لا بد لها من فعله
فصل : إذا حلف ليفعلن شيئا ولم يعين له وقتا بلفظه ولا نيته فهو عليه الصلاة والسلام لى التراخي أيضا لأن لفظه مطلقا بالنسبة إلى الزمان كله فلا يتقيد ولذلك لما قال الله تعالى في الساعة : { قل بلى وربي لتأتينكم } وقال : { قل بلى وربي لتبعثن ثم لتنبؤن بما عملتم } وذلك على التراخي ولما قال الله { لتدخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمنين } كان ذلك على التراخي فإن الآية نزلت في نوبة الحديبية في سنة ست وتأخر الفتح إلى سنة ثمان ولذلك [ روي عن عمر أنه قال قلت للنبي صلى الله عليه وسلم أو ليس كنت تحدثنا أنا سنأتي البيت ونتطوف به ؟ قال : بلى أفأخبرتك أنك آتيه العام قلت لا قال : فإنك آتيه ومطوف به ] وهذا لا خلاف فيه



مسألة : وإن قال إذا لم أطلقك فأنت طالق ولم يطلقها فهل تطلق في الحال ؟ على وجهين
مسألة : وإن قال إذا لم أطلقك فأنت طالق ولم يطلقها فهل تطلق في الحال ؟ على وجهين
بناء على قولنا هي على الفور أو على التراخي وقد ذكرنا وجه القولين

مسألة : وإن قال كلما لم أطلقك فأنت طالق فمضى زمن يمكن فيه طلاقها ثلاثا ولم يطلقها طلقت ثلاثا
مسألة : وإن قال كلما لم أطلقك فأنت طالق فمضى زمن يمكن فيه طلاقها ثلاثا ولم يطلقها طلقت ثلاثا
لأن كلما تقتضي التكرار على ما بينا قال الله تعالى { كلما جاء أمة رسولها كذبوه } فيقتضي زمن تكرار الطلاق بتكرار الصفة والصفة عدم طلاقه لمها فإذا مضى زمن يمكن فيه أن يطلقها ولم يفعل فقد وجدت الصفة فتقع واحدة وثانية وثالثة إن كانت مدخولا بها وإن لم تكن مدخولا بها بانت بالأولى ولم يلزمها ما بعدها لأن البائن لا يقع عليها طلاق

مسألة : ولو قال العامي : إن دخلت الدار فأنت طالق بفتح الهمزة فهو شرط
مسألة : ولو قال العامي : إن دخلت الدار فأنت طالق بفتح الهمزة فهو شرط
لأن العامي لا يريد بذلك إلا لاشرط ولا يعرف أن مقتضاه التعليل فلا يريده فلا يثبت له حكم ما لا بعرفه ولا يريده كما لو نطق بكلمة الطلاق بلسان لا يعرفه وإن كان نحويا وقع في الحال لأن أن المفتوحة ليست للشرط إنما للتعليل فمعناه أنت طالق لانك دخلت الدار أو لدخولك الدار كقوله تعالى : { يمنون عليك أن أسلموا } ـ { وتخر الجبال هدا * أن دعوا

للرحمن ولدا } ـ { يخرجون الرسول وإياكم أن تؤمنوا بالله ربكم } قال القاضي : هذا التفصيل قياس المذهب وحكي عن الخلال أن حكم النحوي حكم العامي في أنه لا يقع طلاقه بذلك إلا أن ينويه لأن الطلاق يحمل على العرف في حقها جميعا وقال أبو بكر تطلق في الحال في حقهما جميعا عملا بمقتضى اللغة واختلف أصحاب الشافعي على ثلاثة أوجه أحدها : يقع في الحال في حقهما جميعا كقول أبي بكر والثاني : يكون شرطا في حق العامي وتعليلا في حق النحوي على ما ذكره القاضي والثالث : يقع الطلاق إلا أن يكون من أهل الأعراب فيقول أردت الشرط فيقبل لأنه لا يجوز صرف الكلام عن مقتضاه إلا بقصده فإن قال أنت طالق إذا دخلت الدار طلقت في الحال لأن إذا للماضي ويحتمل أن لا يقع لأن الطلاق لا يقع في زمن ماض كقوله أنت طالق أمس

[ جزء 8 - صفحة 391 ]

مسألة : وإن قال إن قمت وأنت طالق طلقت في الحال لأن الواو ليست جوابا للشرط فإن قال أردت بها الجزاء أو أردت أني أجعل قيامها وطلاقها شرطين لشيء ثم أمسكت دين لأن ما قاله محتمل وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين
مسألة : وإن قال إن قمت وأنت طالق طلقت في الحال لأن الواو ليست جوابا للشرط فإن قال أردت بها الجزاء أو أردت أني أجعل قيامها وطلاقها شرطين لشيء ثم أمسكت دين لأن ما قاله محتمل وهل يقبل في الحكم ؟ على روايتين
إحداهما : لا يقبل لأنه خلا ف الظاهر
والثانية : يقبل لأن قوله يحتمله وهو أعلم بمراده وإن جعل لهذا جزاء فقال إن دخلت الدار وأنت طالق فعبدي حر صح ولم يعتق العبد حتى تدخل الدار وهي طالق لأن الواو ههنا للحال كقول الله تعالى : { لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم } ولو قال إن دخلت الدار طالقا فأنت طالق فدخلت وهي طالق طلقت أخرى لأن هذا حال فجرى مجرى قوله إن دخلت الدار راكبة
فصل : فإن قال إن دخلت الدار أنت طالق لم تطلق حتى تدخل وبه قال بعض الشافعية وقال محمد بن الحسن تطلق في الحال لأنه لم يعلقه بدخول الدار بالفاء التي إنما يتعلق بها فيكون كلا ما مستأنفا غير معلق بشرط فيثبت حكمه في الحال
ولنا أنه أتى بحرف الشرط فيدل بذلك عى أنه أراد بتعليق وإنما حذف الفاء وهي مراد كما يحذف المبتدأ تارة والخبر أخرى لدلالة باقي الكلام على المحذوف ويجوز أن يكون حذف الفاء على التقديم والتأخير ومهما أمكن حمل كلام العاقل على فائدة وتصحيحه عن الفساد وجب وفيما ذكرنا تصحيحه وفيما ذكروا إلغاؤه وإن قال أردت الإيقاع في الحال وقع لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وإن قال أنت طالق وإن دخلت الدار وقع الطلاق في الحال لأن معناه أنت طالق في حال ولا يمنع من ذلك دخولك الدار كقول النبي صلى الله عليه وسلم [ من قال لا إله إلا الله دخل الجنة وإن زنى وإن سرق ] وقال صلى الله عليه وسلم [ صلهم وإن قطعوك وأعطهم وإن حرموك ] وإن قال أرد الشرط دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين فإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق وإن دخلت الأخرى فمتى دخلت الأولى طلقت سواء دخلت الأخرى أو لم تدخل ولا تطلق الأخرى وقال ابن الصباغ تطلق بدخول كل واحدة منهما ومقتضى اللغة ما قلناه وإن قال أردت جعل الثاني شرطا لطلاقها أيضا طلقت بلك واحدة منهما لأن يقر على نفسه بما هو أغلظ وإن قال أردت أن دخول الثانية شرط لطلاق الثالثة فهو على ما أراده وإن قال إن دخلت الدار وإن دخلت هذه الأخرى فأنت طالق فقد قيل لا تطلق إلا بدخولها لأنها جعل طلاقها جزاء لهذين الشرطين ويحتمل أن تطلق بإحداهما أيهما كان لأنه ذكر شرطين بحرفين فيقتضي كل واحد منهما جزاء فترك ذكر جزاء الأول وكان الجزاء الآخر دالا عليه كما لو قال ضربت وضربني زيد قال الفرزدق :
( ولكن نصفا لو سببت وسبني ... بنو عبد شمس من قريش وهاشم )

التقدير سبني هؤلاء وسببتهم وقال الله تعالى : { عن اليمين وعن الشمال قعيد } أي عن اليمين قعيد وعن الشمال قعيد
فصل : ولو قال أنت طالق لو قمت كان ذلك شرطا بمنزلة قوله إن قمت ويحكى هذا عن أبو يوسف لأنها لو لم تكن للشرط لكانت لغوا والأصل اعتبار كلام المكلف وقيل يقع الطلاق في الحال وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنها بعد الإثبات تستعمل بغير المنع كقوله تعالى : { وإنه لقسم لو تعلمون عظيم } - { ورأوا العذاب لو أنهم كانوا يهتدون } وإن قال أردت أن أجعل لها جوابا دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين



مسألة : وإن قال إن قمت فقعدت فأنت طالق أو إن قمت ثم قعدت لم تطلق حتى تقوم ثم تقعد
مسألة : وإن قال إن قمت فقعدت فأنت طالق أو إن قمت ثم قعدت لم تطلق حتى تقوم ثم تقعد
لأنهما حرفا ترتيب وكذلك إن قال إن قعدت إذا قمت أو إن قعدت إن قمت لأن اللفظ اقتضى تعليق الطلاق بالعقود بعد القيام
فصل : وإن قال إن قمت إذا قعدت أو إن قمت إن قعدت لم تطلق حتى تعقد ثم تقوم وكذلك إن قال أنت طالق إن أكلت إذا لبست أو إن أكلت إن لبست أو إن أكلت متى لبست لم تطلق حتى تلبس ثم تأكل ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط فيقتضي تقديم المتأخر وتأخير المتقدم لأنه جعل الثاني في اللفظ شرطا للذي قبله والشرط يتقدم المشروط قال الله تعالى : { ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم } فلو قال لامرأته إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال فكأنه قال إن سألتني فوعدتك فأعطيتك وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي وقال القاضي إذا كان الشرط بإذا كقولنا وفيما إذا كان بإن مثل قوله إن شربت إن أكلت أنها تطلق بوجودهما كيفما وجدا قال لأن أهل العرف لا يعرفون ما يقوله أهل العربية في هذا فتعلقت اليمين بما يعرفه أهل العرف بخلاف ما إذا كان الشرط بإذا قال شيخنا : والصحيح الأول وليس لأهل العرف في هذا عرف فإن هذا الكلام غير متداول بينهم ولا ينطقون به إلا نادرا فيجب الرجوع تفيه إلى مقتضاه عند أهل اللسان والله أعلم

مسألة : وإن قال إن قمت وقعدت فأنت طالق طلقت بوجودهما كيفما كان
مسألة : وإن قال إن قمت وقعدت فأنت طالق طلقت بوجودهما كيفما كان
لأن الواو لا تقتضي ترتيبا ولا تطلق بوجود أحدهما لأنها للجمع فلم يقع قبل وجودهما جميعا وعنه أنها تطلق بوجود أحدهما وخرجه القاضي وجها بناء على إحدى الروايتين فيمن حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه والأول أصح وهذه الرواية بعيدة جدا تخالف الأصول ومقتضى اللغة والعرف وعامة أهل العلم فإنه لا خلاف بينهم في أنه إذا علق الطلاق على شرطين مرتبين في مثل قوله إن قمت فقعدت أنه لا يقع بوجود أحدهما فكذلك هنا ثم يلزم على هذا ما لو قال إن أعطيتني درهمين فأنت طالق أو إذا مضى شهران فأنت طالق فإنه لا خلاف في أنها لا تطلق قبل وجودهما جميعا وكان قوه يقتضي الطلاق باعطائه بعض درهم ومضي بعض يوم وأصول الشرع تشهد بأن الحكم المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما وقد نص أحمد رحمه الله في أنه إذا قال إذا حضت حيضة فأنت طالق أو إذا صمت يوما فأنت طالق أنها لا تطلق حتى تحيض حيضة كاملة وإذا غابت الشمس من اليوم الذي يصوم فيه طلقت وأما اليمين فإنه متى كان في لفظه أو نيته ما يقتضي جميع المحلوف عليه لم يحنث إلا بفعل جميعه

وفي مسألتنا ما يقتضي تعليق الطلاق بالشرطين لتصريحه بهما وجعلهما شرطا للطلاق والحكم لا يثبت بدون شرطه على أن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه فيقتضي المنع من فعل جميعه كنهي الشارع عن شيء يقتضي المنع من كل جزء منه كما يقتضي المنع من جملته وما علق على شرط جعل جزاء وحكما والجزاء لا يوجد بدون شرطه والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفا وشرعا

[ جزء 8 - صفحة 396 ]

مسألة : وإن قال إن قمت أو قعدت فأنت طالق طلقت بوجود أحدهما
مسألة : وإن قال إن قمت أو قعدت فأنت طالق طلقت بوجود أحدهما
لأن أو لاحد الشيئين وكذلك إن قال إن أكلت أو إن لبست أولا أكلت ولا لبست لأن أو تقتضي تعليق الجزاء على واحد من المذكور وكقوله سبحانه { فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر }
فصل في تعليقه بالحيض : قال الشيخ رحمه الله : إذا قال لامرأته إن حضت فأنت طالق طلقت بأول الحيض لأن الصفة وجدت وكذلك حكمنا أنه حيض في المنع من الصلاة والصيام فإن بان أن الدم ليس بحيض لم تطلق وبه قال الثوري وأصحاب الرأي لانا تبينا أن الصفة لم توجد
فصل : وإذا قال لطاهر إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر نص عليه لأنها لا تحيض حيضة إلا بذلك ولا تعتد بالحيضة التي هي فيها لأنها ليست حيضة كاملة وإن قال إذا حضت حيضة فأنت طالق وإذا حضت حيضتين فأنت طالق فحاضت حيضة طلقت طلقة واحدة فإذا حاضت الثانية عند طهرها وإن قال إذا حضت حيضة فأنت طالق ثم إذا حضت حيضتين فأنت طالق لم تطلق القانية حتى تطهر من الحيضة الثالثة لأن ثم للترتيب فتقتضي حيضتين بعد الطلقة الاولى لكونهما مرتبتين عليها

[ جزء 8 - صفحة 397 ]

مسألة : وإذا قال إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق طلقت إذا ذهب نصف الحيضة
مسألة : وإذا قال إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق طلقت إذا ذهب نصف الحيضة
وينبغي أن يحكم بوقوع الطلاق إذا حاضت نصف عادتها لأن الأحكام تعلقت بالعادة فيتعلق بها وقوع الطلاق ويحتمل أن لا يقع الطلاق حتى يمضي سبعة أيام ونصف لانا لا نتيقن مضي نصف الحيض إلا بذلك إلا أن تطهر لأقل من ذلك ومتى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصف لها فيكون كقوله إذا حضت وقيل يلغو قوله نصف فهو كقوله إذا حضت حيضة والأول أصح فإن الحيض له مدة أقلها يوم وليلة أو يوم فيكون له حقيقة والجهل بقدر ذلك لا يمنع وجوده وتعلق الحكم به كالحمل

مسألة : وإن قال إذا طهرت فأنت طالق وكانت طاهرا لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر
مسألة : وإن قال إذا طهرت فأنت طالق وكانت طاهرا لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر
وهذا يحكى عن أبو يوسف وقال بعض أصحاب الشافعي الذي يقتضيه مذهب الشافعي أنها تطلق بما يتجدد من طهرها وكذلك قال في قوله إذا حضت فأنت طالق فكانت حائضا أنها تطلق بما يتجدد من الحيض لأنه قد وجد منها الحيض والطهر فوقع الطلاق لوجود صفته

ولنا أن إذا اسم لزمن مستقبل يقتضي فعلا مستقبلا وهذا الطهر والحيض مستدام غير متجدد ولا يفهم من إطلاق حاضت المرأة وطهرت إلا ابتداء ذلك فتعلقت الصفة به فأما إذا قال إذا طهرت فأنت طالق وهي حائض طلقت بانقطاع الدم قبل الغسل نص عليه أحمد في رواية إبراهيم الحربي وذكر أبو بكر في التنبيه فيها قولا أنها لا تطلق حتى تغتسل بناء على العدة في أنها لا تنقضي إلا بالغسل
ولنا أن الله تعالى قال : { ولا تقربوهن حتى يطهرن } أي ينقطع دمهن فإذا تطهرن أي اغتسلن ولأنه قد ثبت لها أحكام الطهارات في وجوب الصلاة وصحة الطهارة والصيام وإنما بقي بعض الأحكام وقوفا على وجود الغسل ولأنها ليست حائضا فيلزم أن تكون طاهرا لأنهما ضدان على التعيين فيلزم من انتفاء أحدهما : وجود الآخر



مسألة : وإذا قالت قد حضت وكذبها قبل قولها في نفسها في إحدى الروايتين بغير يمين لأنها أمينة على نفسها
مسألة : وإذا قالت قد حضت وكذبها قبل قولها في نفسها في إحدى الروايتين بغير يمين لأنها أمينة على نفسها
وهذا قول أبي حنيفة و الشافعي وهو ظاهر المذهب لأن الله قال : { و لا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن } قيل هو الحيض والحمل ولولا أن قولها فيه مقبول ما حرم الله عليها كتمانه وصار كقوله تعالى : { ولا تكتموا الشهادة } لما حرم كتمانهم دل على قبولها كذا ههنا ولأنه معنى فيها لا يعرف إلا من جهتها فوجب الرجوع الى قولها فيه كقضاء عدتها
والرواية الثانية : لا يقبل قولها ويختبرها النساء بإدخال قطنة في الفرج في الزمان الذي ادعت الحيض فيه فإن ظهر الدم فهي حائض وإلا فلا قال أحمد في رواية مهنا في رجل قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق وعبدي حر قالت قد حضت ينظر إليها النساء فتعطى قطنة فتخرجها فإن خرج الدم فهي حائض تطلق ويعتق العبد قال أبو بكر وبهذا أقول لأن الحيض يمكن التوصل الى معرفته من غيرها فلم يقبل فيه مجرد قولها كدخول الدار والأول المذهب ولعل أحمد إنما اعتبر البينة في هذه الرواية من أجل عتق العبد فإن قولها إنما يقبل في حق نفسها دون غيرها وهل تعتبر يمينها إذا قلنا القول قولها ؟ على وجهين بناء على ما إذا ادعت أن زوجها طلقها وأنكرها ولا يقبل قولها إلا في حق نفسها خاصة دون غيرها من طلاق أخرى أو عتق عبد نص عليه أحمد في رجل قال لامرأته إذا حضت فأنت طالق وهذه معك لامرأة أخرى قالت قد حضت من ساعتها تطلق هي ولا تطلق هذه حتى تعلم لأنها مؤتمنة في حق نفسها دون غيرها فصارت كالمودع يقبل قوله في الرد على المودع غيره



مسألة : ولو قال قد حضت فأنكرته طلقت بإقراره
مسألة : ولو قال قد حضت فأنكرته طلقت بإقراره
لأنه أقر بما يوجب طلاقها فأشبه ما لو قال : قد طلقتها

مسألة : فإن قال إن حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت وكذبها طلقت وحدها
مسألة : فإن قال إن حضت فأنت وضرتك طالقتان فقالت قد حضت وكذبها طلقت وحدها
لأن قولها مقبول على نفسها ولا تطلق الضرة إلا أن تقيم بينة على حيضها وإن ادعت الضرة أنها قد حاضت لم تقبل لأن معرفتها بحيض غيرها كمعرفة الزوج به وإنما اؤتمنت على نفسها في حيضها وإن قال قد حضت وأنكرت طلقتا بإقراره

مسألة : وإن قال لامرأتيه إن حضتما فأنتما طالقتان فقالتا قد حضنا فصدقهما طلقتا
مسألة : وإن قال لامرأتيه إن حضتما فأنتما طالقتان فقالتا قد حضنا فصدقهما طلقتا
لأنهما أقرتا وصدقهما فوجدت الصفة في حقهما وإن كذبهما لم تطلق واحدة منهما لأن طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيض ضرتها ولا يقبل قول ضرتها عليها فلم يوجد الشرطان وإن كذب إحداهما طلقت المكذبة وحدها لأن قولها مقبول في حقها وقد صدق الزوج ضرتها فوجدت الشرطان في طلاقها ولم تطلق المصدقة لأن ضرتها غير مقبول في حقها ولم يصدقها الزوج فلم يوجد شرط طلاقها

مسألة : وإن قال ذلك لأربع فقد علق طلاق كل واحدة منهن على حيض الأربع فإن قلن قد حضن فصدقهن طلقن
مسألة : وإن قال ذلك لأربع فقد علق طلاق كل واحدة منهن على حيض الأربع فإن قلن قد حضن فصدقهن طلقن
لأنه قد وجد حيضهن بتصديقه وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن لأن شرط طلاقهن حيض الأربع لم يوجد وإن صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لأنه لم يوجد الشرط لكون قول كل واحدة منهن لا يوجد إلا في نفسها وإن صدق ثلاثا طلقت المكذبة وحدها لأن قولها مقبول في حيضها وقد صدق الزوج صواحبها فوجد نحيض الأربع في حقها فطلقت ولا تطلق المصدقات لأن قول المكذبة غير معقول في حقهن

مسألة : وإن قال كلما حاضت إحداكن فضرائرها طوالق
مسألة : وإن قال كلما حاضت إحداكن فضرائرها طوالق
فقد جعل حيض كل واحدة منهن شرطا لطلاق ضرائرها فقلن قد حضن فصدقهن طلقت كل واحدة منهن لأن قولهن غير مقبلو عليه في طلا ق غيرهن وإن صدق واحدة منهن لم تطلق لأن ليس لها صاحبة ثبت حيضها وطلقت ضراتها طلقت ضراتها طلقة لأن لهن صاحبة قد ثبت حيضها وإن صدق اثنتين طلقت كل واحدة منهما طلقة لأن كل واحدة منهما ضرة مصدقة وطلقت المكذبتان طلقتين طلقتين لأن كل واحدة منهما ضرتين مصدقتين وإن صدق ثلاثا طلقت المكذبة ثلاثا لأن لما ثلاث ضرائر مصدقات وطلقت كل واحدة من المصدقات طلقتين لأن كل واحدة ضرتين مصدقتين
فصل : إذا قال لامرأتيه إن حضتما حيضة واحة فأنتما طالقتان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيض كل واحدة منهما حيضة واحدة ويكون التقدير إن حاضت كل واحدة منكما حيضة واحدة فأنتما طالقتان ويكون كقوله تعالى : { فاجلدوهم ثمانين جلدة } أي فاجلدوا كل واحد منهم ثمانين جلدة ويحتمل أن يتعلق بها الطلاق بحيض احدهما حيضة لأنه لما تعذر وجود الفعل منهما وجب اضافته الى إحداهما كقوله تعالى : { يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان } وإنما يخرج من أحدهما وقال القاضي يلغو قوله حيضة واحدة لأن حيضة واحدة من امرأتين محال فيبقى كأنه قال إن حضتما فأنتما طالقتان وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الآخر لا تنعقد هذه الصفة لأنها مستحيلة فيصير كتعليق الطلاق بالمستحيلات والوجه الأول أولى لأن فيه تصحيح كلام المكلف بجمله على محل سائغ وتبعيدا

لوقوع الطلاق واليقين بقاء النكاح فلا يزول حتى يوجد ما يقع به الطلاق يقينا وغير هذا الوجه لا يحصل به اليقين فإن أراد بكلامه أحد هذه الوجوه حمل عليه وإذا ادعى ذلك قبل منه وإذا قال أردت أن تكون الحيضة الواحدة منهما فهو تعليق للطلاق بمستحيل فيحتمل أن يلغو قوله حيضة ويحتمل أن يقع الطلاق لأن هذه الصفة لا توجد فلا يوجد ما علق عليها ويحتمل أن يقع الطلاق في الحال ويلغو الشرط بناء على ما ذكرناه في تعليق الطلاق على المستحيل

فصل : إذا كان له أربع نسوه فقال أيتكن لم أطأها فضرائرها طوالق وقيدنه بوقت فمضى الوقت ولم يطأهن طلقن ثلاثا ثلاثا لأن لكل واحدة ضرائر غير موطوءات وإن وطئ ثلاثا وترك واحدة لم تطلق المتروكة لأنها ليس لها ضرة غير موطوءة وتطلق كل واحدة من الموطوءات طلقة طلقة وإن وطئ اثنتين طلقتا طلقتين وإن لم يقيدنه بوقت كان وقت الطلاق مقيدا بعمره وعمرهن فأيتهن ماتت طلقت كل واحدة من ضرائرها طلقة طلقة وإذا ماتت أخرى فكذلك وإذا مات هو طلقن كلهن في آخر جزء من حياته

فصل في تعليقه بالحمل : قال شيخنا رحمه الله : إذا قال إن كنت حاملا فأنت طالق فتبين أنها كانت حاملا تبينا وقوع الطلاق من حين اليمين وإلا فلا

ويعلم حملها بأن تلد لأقل من ستة أشهر من حين اليمين فيقع الطلاق لوجود شرطه وإن ولدت لأكثر من أربع سنين لم تطلق لأنا علمنا براءتها من الحمل وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر ولأقل من أربع سنين ولم يكن لها من يطؤها طلقت لأنها كانت حاملا وإن لها زوج يطؤها فولدت لأقل من ستة أشهر من حين وطئه طلقت لأننا علمنا أنه ليس من الوطء وإن ولدته لأكثر من ستة أشهر من حين وطء الزوج بعد اليمين ولأقل من أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق لأن يقين النكاح باق والظاهر حدوث الولد من الوطء لأن الأصل عدمه قبله

[ جزء 8 - صفحة 403 ]

مسألة : وإن قال إن لم تكوني حاملا فأنت طالق فهي بالعكس

مسألة : وإن قال إن لم تكوني حاملا فأنت طالق فهي بالعكس

ففي كل موضع يقع الطلاق في التي قبلها الا يقع ههنا وفي كل موضع لا يقع ثم يقع ههنا لأنها ضدها إلا إذا أتت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من أربع سنين هل يقع الطلاق ههنا ؟ فيه وجهان أحدهما : تطلق لأن الأصل عدم الحمل قبل الوطء والثاني لا تطلق لأن الأصل بقاء النكاح

مسألة : ويحرم وطؤها قبل استبرائها في إحدى الروايتين إن كان الطلاق بائنا نص عليه أحمد

مسألة : ويحرم وطؤها قبل استبرائها في إحدى الروايتين إن كان الطلاق بائنا نص عليه أحمد

وكذلك يحرم في التي قبلها لاحتمال الحمل فغلب التحريم وقال القاضي يحرم الوطء وإن كان الطلاق رجعيا سواء قلنا إن الرجعية مباحة أو محرمة لأنه يمنع المعرفة بوقوع الطلاق وعدمه وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى إن الوطء لا يحرم لأن الأصل بقاء النكاح وبراءة الرحم من الحمل فإن استبرأها حل وطؤها عليه الصلاة والسلام لى الروايتين ويكفي في الاستبراء حيضة قال أحمد في رواية أبي الخطاب إذا قال لامرأته حملت فأنت طالق لا يقربها حتى تحيض فإذا طهرت وطئها فإن تأخر حيضها أريت النساء من أهل المعرفة فإن لم يوجدن أو خفي عليهن انتظر عليها تسعة أشهر غالب مدة الحمل وذكر القاضي رواية أخرى انها تستبرأ بثلاثة قروء لأنه استبراء الحرة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال شيخنا :

والصحيح ما ذكرناه لأن المقصود معرفة براءة رحمها وهو يحصل بحيضة بدليل قوله صلى الله عليه وسلم [ لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة ] يعني حتى تعلم براءتها من الحمل بحيضة ولأن ما تعلم به البراءة في حق الأمة والحرة واحد لأنه أمر حقيقي لا يختلف بالرق والحريه وأما العدة ففيها نوع تعبد لا يجوز أن يعدى بالقياس وهل يعتد بالاستبراء قبل عقد اليمين أو بالحيضة التي حلق فيها وعلى وجهين أصحهما : الاعتداد به لأنه يحصل به ما يحصل بالاستبراء بعد اليمين
والثاني : لا يعبد به لأن الاستبراء لا يقدم على سببه ولأنه لا يعتد به في استبراء الأمة المملوكة قال أحمد إذا قال لامرأته إذا حبلت فأنت طالق يطؤها في كل طهر مرة يعني إذا حاضت طهرت حل وطؤها لأن الحيض عليم على براءتها من الحمل ووطؤها سبب لها فإذا وطئها اعتزلها لاحتمال أن تكون قد حملت من وطئه فطلقت به

[ جزء 8 - صفحة 404 ]

مسألة : وإذا قال إن كنت حاملا بذكر فأنت طالق واحدة وإن كنت حاملا بأنثى فأنت طالق اثنتين فولدت ذكرا وانثى طلقت ثلاثا لوجود الصفة
مسألة : وإذا قال إن كنت حاملا بذكر فأنت طالق واحدة وإن كنت حاملا بأنثى فأنت طالق اثنتين فولدت ذكرا وانثى طلقت ثلاثا لوجود الصفة
ولو قال إن كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة وإن كان حملك جارية فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما وجارية لم تطلق لأن حملها كله ليس بغلام ولا جارية ذكره القاضي في المجرد و أبو الخطاب وبه قال الشافعي و أبو ثور وأصحاب الرأي وقال القاضي في الجامع في وقوع الطلاق وجهان بناء على الروايتين فيمن حلف لا لبست ثوبا من غزلها فلبس ثوبا من غزلها
فصل : في تعليقه بالولادة إذا قال إن ولدت ذكرا فأنت طالق واحدة وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين فولدت ذكرا ثم أنثى طلقت بالأول إذا مت فأنت طالق وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن ابن حامد أنها تطلق لأن زمن البينونة زمن الوقوع فلا تنافي بينهما والصحيح الأول لما ذكرنا وقد نص أحمد فيمن قال أنت طالق مع موتي أنها لا تطلق فهذا أولى فإن ولدتها دفعة واحدة طلقت ثلاثا لوجود الشرطين

[ جزء 8 - صفحة 405 ]

مسألة : فإن أشكل كيفية وضعهما وقعت واحدة بيقين ولغا ما زاد فلا تلزمه الثانية لأنه مشكوك فيه والورع أن يلتزمهما
مسألة : فإن أشكل كيفية وضعهما وقعت واحدة بيقين ولغا ما زاد فلا تلزمه الثانية لأنه مشكوك فيه والورع أن يلتزمهما
وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي قال القاضي : قياس المذهب أن يقرع بينهما لأن يحتمل كل واحدة منهما احتمالا مساويا للأخرى فيقرع بينهما كما لو أعتق عبديه معا ثم نسيه فإن قال إن كان أول ما تلدين ذكرا فأنت طالق واحدة وإن كان أنثى فأنت طالق اثنتين فولدتهما دفعة واحدة لم يقع بها شيء لأنه لا أول فيهما فلم توجد الصفة وإن ولدتهما دفعتين طلقت بالأول وبانت بالثاني ولم تطلق به إلا على قول ابن حامد وقد ذكرناه

[ جزء 8 - صفحة 406 ]

مسألة : ولا فرق بين أن تلده حيا أو ميتا
مسألة : ولا فرق بين أن تلده حيا أو ميتا
لأن لاشرط ولادة ذكر أو أنثى وقد وجد لأن العدة تنقضي به وتصير به الجارية أم ولد كذلك هذا
فصل : إذا قال إن كنت حاملا بغلام فأنت طالق واحدة وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين فولدت غلاما كانت حاملا به وقت اليمين تبينا أنها طلقت واحدة حين حلف وانقضت عدتها بوضعه وإن ولدت انثى طلقت بولادتها طلقتين واعتدت بالقروء وإن ولدت غلاما وجارية وكان الغلام أولهما ولادة تبينا أنها طلقت واحدة وبانت بوضع الجارية ولم تطلق بهما إلا على قول ابن حامد وإن كانت الجارية ولدت أولا طلقت ثلاثا واحدة بحمل الغلام واثنتين بولادة الجارية وانقضت عدتها بوضع الغلام
فصل : فإن كان له أربع نسوه فقال كلما ولدت واحدة منكن فضرائرها طوالق فولدن دفعة واحدة طلقن كلهن ثلاثا ثلاثا وإن ولد في دفعات وقع بضرائر الأولى طلقة طلقة فإذا ولدت الثانية بانت بوضع الولد ولم تطلق وهل يطلق سائرهن ؟ فيه احتمالان :
أحدهما : لا يقع بهن طلاق لما انقضت عدتها بانت فلم يبقين ضرائر لها والزوج لها والزوج علق بولادتها طلاق ضرائرها
والوجه الثاني : يقع بكل واحدة طلقة طلقة لأنهن ضرائرها في حال ولادتها فعلى هذا يقع بكل واحدة من اللتين لم يلدن طلقتان طلقتان وتبين هذه ويقع بالوالدة الاولى طلقة فإذا ولدنت الثالثة بانت وفي وقوع الطلاق بالباقيتين وجهان فإذا قلنا يقع بهن طلقت الرابعة لم تطلق واحدة منهن وتنقضي عدتها بذلك وإن قال كلما ولدت واحدة منكن فسائركن طوالق أو فباقيكن طوالق فكلما ولدت واحدة منن وقع بباقيهن طلقة طلقة وتبين الولدة بوضع ولدها إلا الأولى والفرق بين هذه وبين التي قبلها أن الثانية والثالثة يقع الطلاق بباقيهن بولادتها ههنا وفي الأولى لا يقع لأنهن لم يبقين ضرائرها وههنا لم يعلقه بذلك وإن قال كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طوالق فكذلك إلا أنه لا يقع على الأول طلقة بولادتها فإن كانت الثانية حاملا باثنتين فوضعت الأولى منهما وقع بكل واحدة من ضرائرها طلقة في المسائل كلها ووقع بها طلقة في المسألة الثانية وإذا وضعت الثالثة أو كانت حاملا باثنتين فكذلك فتطلق الرابعة وتطلق كل واحدة من الوالدات طلقتين في المسألتين الأوليين وثلاثا ثلاثا في المسألة الثالثة ثم كلما وضعت واحدة منهن تمام حملها انقضت بها عدتها قال القاضي : إذا كان له زوجتان فقال كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقتان فولدت إحداهما يوم الخميس طلقتا جميعا ثم ولدت الثانية يوم الجمعة بانت وانقضت عدتها ولم تطلق وطلقت الأولى ثانية فإن كانت كل واحدة منهما حاملا باثنين طالقتان بوضع الثانية طلقة طلقة ثم إذا ولدت الأولى تمام حملها انقضت عدتها به وطلقت الثانية ثلاثا فإذا رضيت الثانية تمام حملها انقضت عدتها به
فصل : في تعليقه بالطلاق إذا قال طلقتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق وقعت واحدة بالمباشرة وأخرى بالصفة إن كانت مدخولا بها لأنه جعل تطليقها شرطا لوقوع طلاقها فإذا وجد الشرط وقع الطلاق وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ولم تقع الثانية لأنه لا عدة عليها ولاتمكن رجعتها فلا يقع طلاقها إلا بائنا ولا يقع الطلاق البائن فإن قال عنيت بقولي هذا أنك تكونين طالقا بما أوقعته عليك ولم أرد طلاقا سوى ما باشرتك به دين وهل يقبل في الحكم يخرج على روايتين :
إحداهما : لا يقبل وهو مذهب الشافعي لأنه خلاف الظاهر إذ الظاهر أن هذا تعليق للطلاق بشرط الطلاق ولأن اخباره إياها بوقوع طلاقه بها لا فائدة فيه
والوجه الثاني : يقبل قوله لأنه يحتمل فقبل كما لو قال أنت طالق أنت طالق وقال أردت بالثاني التأكيد أو إفهامها

مسألة : إذا قال إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال إن قمت فأنت طالق فقامت طلقت بقيامها ثم طلقت بالصفة أخرى لأنه قد طلقها بعد عقد الصفة لأن الصفة تطليقة لها وتعليقه لطلاقها بقيامها إذا اتصل به القيام تطليق لها
مسألة : إذا قال إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال إن قمت فأنت طالق فقامت طلقت بقيامها ثم طلقت بالصفة أخرى لأنه قد طلقها بعد عقد الصفة لأن الصفة تطليقة لها وتعليقه لطلاقها بقيامها إذا اتصل به القيام تطليق لها

مسألة : ولو قال أولا إن قمت فأنت طالق ثم قال إن طلقتك فأنت طالق فقامت طلقت بالقيام واحدة ولم تطلق بتعليق الطلاق لأنه لم يطلقها بعد ذلك
مسألة : ولو قال أولا إن قمت فأنت طالق ثم قال إن طلقتك فأنت طالق فقامت طلقت بالقيام واحدة ولم تطلق بتعليق الطلاق لأنه لم يطلقها بعد ذلك
لأن هذا يقتضي ابتداء إيقاع وقوع الطلاق ههنا بالقيام إنما هو وقوع بصفة سابقة تعقد الطلاق شرطا



مسألة : ولو قال إن قمت فأنت طالق ثم قال إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق فقامت طلقت بالقيام ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها إن كانت مدخولا بها لأن الطلاق الواقع بها طلاقه فقد وجدت الصفة
مسألة : ولو قال إن قمت فأنت طالق ثم قال إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق فقامت طلقت بالقيام ثم تطلق الثانية بوقوع الطلاق عليها إن كانت مدخولا بها لأن الطلاق الواقع بها طلاقه فقد وجدت الصفة

مسألة : وإن قال كلما طلقتك فأنت طالق فهذا حرف يقتضيالتكرار
مسألة : وإن قال كلما طلقتك فأنت طالق فهذا حرف يقتضي التكرار
فإذا قال لها بعد أنت طالق طلقت طلقتين إحداهما بالمباشرة والأخرى بالصفة ولا تقع ثالثة لأن الثانية لم تقع بإيقاعه بعد عقد الصفة لأن قوله كلما طلقتك يقتضي كلما أوقعت عليك الطلاق وهذا يقتضي تجديد إيقاع طلاق بعد هذا القول وإنما وقعت القانية بهذا القول وإن قال لها بعد عقد الصفة إن خرجت فأنت طالق فخرجت طلقت بالخروج طلقة وبالصفة أخرى لأنه قد طلقها ولم تقع الثالثة فإن قال لها كلما أوقعت عليك طلاقي فأنت طالق فهو كقوله كلما طلقتك فأنت طالق وذكر القاضي في هذه أنه إذا وقع عليها طلاقه بصفة عقدها بعد قوله إذا أوقعت عليك طلاقا فأنت طالق لم تطلق لأن ذلك ليس بإيقاع منه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وفيه نظر فإنه قد أوقع الطلاق عليها بشرط فإذا وجد الشرط فهو الموقع للطلاق عليها فلا فرق بين هذا وبين قوله إذا طلقتاك فأنت طالق

مسألة : وإن قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم وقع عليها طلاقه بمباشرة أو سبب أو بصفة عقدها بعد ذلك أو قبله طلقت ثلاثا لأن الثانية طلقة واقعة عليها فتقع بها الثالثة
مسألة : وإن قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم وقع عليها طلاقه بمباشرة أو سبب أو بصفة عقدها بعد ذلك أو قبله طلقت ثلاثا لأن الثانية طلقة واقعة عليها فتقع بها الثالثة
فصل : فإن قال لها إن خرجت فأنت طالق ثم قال كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم خرجت وقع عليها طلقة وبالخروج فم وقعت عليها الثانية بوقوع الاولى ثم وقعت الثالثة بوقوع الثانية لأن كلما تقتضي التكرار وقد عقد الصفة بوقوع الطلاق فكيفما وقع يقتضي وقوع أخرى ولو قال لها إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم قال أ ت طالق طلقت ثلاثا واحدة بالمباشرة واثنتين بالصفتين لأن تطليقه لها يشتمل على الصفتين هو تطليق منه وهو وقوع طلاقه ولأنه إذا قال أنت طالق طلقت بالمباشرة واحدة فتطلق الثانية بكونه طلقها وذلك منه واقع عليها فتطلق به الثالثة وهذا كله في المدخول بها فأما غير المدخول بها فلا تطلق إلا واحدة في جميع هذا وهذا كله مذهب الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا
فصل : فإن قال كلما طلقتك طلاقا أملك فيه رجعتك فأنت طالق ثم قال أنت طالق طلقت اثنتين إحداهما : بالمباشرة والأخرى : بالصفة إلا أن تكون الطلقة بعوض أو في غير مدخول بها فلا يقع بها ثانية لأنها تبين بالطلقة التي باشرها بها فلا يملك رجعتها فإن طلقها اثنتين طلقت الثالثة وقال أبو بكر : قيل تطلق وقيل لا تطلق واختياري أنها تطلق وقال أصحاب الشافعي : لا تطلق الثالثة لأنا لو أوقعناها لم يملك الرجعة ولم يوجد شرط طلاقها فيفضي ذلك الى الدور فنسقطه بمنع وقوعه
ولنا أنه طلاق لم يكمل به العدد بغير عوض في مدخول بها فتقع التي بعدها كالأولى وامتناع الرجعة ههنا لعجزه عنها لا لعدم الملك كما لو طلقها واحدة وأغمى عليه عقيبها وأن الثانية تقع وإن امتنعت الرجعة لعجزه عنها وإن كان الطلاق بعوض أو في غير المدخول بها لم يقع إلا الطلقة التي باشرها بها لأنه لا يملك رجعتها وإن قال كلما وقع عليك طلاق أملك فيه رجعتك فأنت طالق ثم وقع عليها طلقة بالمباشرة أو صفة طلقت ثلاثا وعندهم لا تطلق لما ذكرنا في التي قبلها ولو قال لامرأته إذا طلقتك طلاقا أملك فيه الرجعة فأنت طالق فأنت طالق ثم طلقها ثلاثا وقال المزني لا تطلق وهو قياس هول أصحاب الشافعي لما تقدم



مسألة : وإن قال كلما وقع عليك طلاقي أو إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا ثم قال أنت طالق فلا نص فيها
مسألة : وإن قال كلما وقع عليك طلاقي أو إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا ثم قال أنت طالق فلا نص فيها
وقال أبو بكر والقاضي : تطلق ثلاثا واحدة بالمباشرة واثنتان بالمعلق وهو قياس قول الشافعي وبعض أصحابه وقال ابن عقيل تطلق بالطلاق المنجز ويلغو المعلق لأنه طلاق في زمن ماض وقال أبو العباس ابن سريج وبعض الشافعية : لا تطلق أبدا لأن وقوع الواحدة يقتضي وقوع ثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فإثباتها يؤدي الى نفيها فلا تثبت ولأن إيقاعها يفضي الى الدور لأنها إذا وقعت وقع قبلها ثلاث فيمتنع وقوعها وما أفضى الى الدور وجب قطعه من أصله
ولنا أنه طلاق من مكلف مختار في محل لنكاح صحيح فيحب أن يقع كما لو لم يعقد هذه الصفة ولأن عمومات النصوص تقتضي وقوع الطلاق مثل قوله سبحانه : { فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره } وقوله تعالى { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } وكذلك سائر النصوص ولأن الله تعالى شرع الطلاق لمصلحة تتعلق به وما ذكروه

يمنعه بالكلية وتبطل مشروعيته وتفوت مصلحته فلا يجوز ذلك بمجرد الرأي والتحكم وما ذكروه غير مسلم فإنا إذا قلنا لا يقع الطلاق المعلق فلها وجه لأنه أوقعه في زمن ماض ولا يمكن وقوعه في الماضي فلم يقع كما لو قال أنت طالق قبل قدوم زيد بيوم فقدم في اليوم ولأنه جعل الطلقة الواقعة شرطا لوقوع الثلاث ولا يوجد المشروط قبل شرطه فعلى هذا لا يمنع من وقوع الطلقة المباشرة ولا يقضي الى الدور ولا غيره وإن قلنا بوقوع الثلاث فوجهه انه وصف الطلاق المعلق بما يستحيل وصفه به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال أنت طالق طلقة لا تلزمك ولا تنقص عدد طلاقك أو قال للآيسة أنت طالق للسنة أو للبدعة وبيان استحالته ان تعليقه بالشرط يقتضي وقوعه بعده لأن الشرط يتقدم مشروطه ولذلك أطلق لوقع بعده وتعقيبه بالفاء في قوله فأنت طالق يقتضي كونه عقيبه وكون الطلاق المعلق قبله بعده محال لا يصح الوصف به فلغت الصفة ووقع الطلاق كما لو قال إن طلقتك فأنت طالق ثلاثا لا تلزمك ثم يبطل ما ذكروه بقوله إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ثم وجد ما يفسخ نكاحها من رضاع أو ردة أو وطء أمها أو بنتها بشبهة فإنه يرد ما ذكروه ولا خلاف في انفساخ النكاح قال القاضي ما ذكروه ذريعة إلى أن لا يقع عليها الطلاق جملة وإن قال أنت طالق ثلاثا قبيل وقوع طلاقي بك واحدة أو أنت طالق اليوم ثلاثا أو طلقتك غدا واحدة فالكلام عليها من وجه آخر وهو وارد على المسألتين جميعا ولذلك ان الطلقة الموقعة يقتضي وقوعها وقع ما لا يتصور وقوعها معه فيجب أن يقضى بوقوع الطلقة الموقعة دون ما تعلق بها لأن ما تعلق بها تابع ولا يجوز إبطال المتبوع لامتناع حصول التبع فيبطل التابع وحده كما لو قال في مرضه إذا اعتقت سالما فغانم حر ولم يخرج من ثلثه إلا أحدهما فإن سلما يعتق وحده ولا يقرع بينهما لأن ذلك ربما أدى الى عتق المشروط دون الشرط وذلك غير جائز ولا فرق بين أن يقول فغانم معه أو قبله أو بعده أو يطلق كذا ههنا

فصل : إذا قال إن طلقت حفصة فعمرة طالق ثم قال إن طلقت عمرة فحفصة طالق ثم مطلق حفصة طلقتا معا حفصة بالمباشرة وعمرة بالصفة ولم تزد كل واحدة منهما على طلقة وإن بدأ بطلاق عمرة طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة لأنه إذا طلق حفصة طلقت بالصفة لكونه علق طلاقها على طلاق حفصة ولم يعد على حفصة طلاق آخر لأنه ما أحدث في عمرة طلاقا إنما طلقت بالصفة السابقة على تعليقه طلاقها وإن بدأ بطلاق عمرة طلقت حفصة لكون طلاقها معلقا على طلاق عمرة ووقع الطلاق بها تطليق منه لها لأنه أحدث فيه طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق عمرة بعد قوله إن طلقت حفصة فعمرة طالق ومتى وجد التعليق والوقوع معا فهو تطليق فإن وجدا معا بعد تعليق الطلاق بطلاقها وقع الطلاق المعلق بطلاقها وطلاق عمرة ههنا معلق بطلاقها فوجب القول بوقوعه ولو قال لعمرة كلما طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة كلما طلقت عمرة فأنت طلق ثم قال لعمرة أنت طالق طلقت طلقتين وطلقت حفصة طلقة واحدة وإن طلق حفصة ابتداء لم يقع بكل واحدة منهما إلا طلقة لأن هذه المسألة كالتي قبلها سواء فإنه بدأ بطلاق عمرة على تطليق حفصة ثم ثنى بتعليق طلاق حفصة على تطليق عمرة ولو قال لعمرة إن طلقتك فحفصة طالق ثم قال لحفصة إن طلقتك فعمرة طالق ثم طلق حفصة طلقت طلقتين وطلقت عمرة طلقة وإن طلق عخمرة طلقت كل واحدة منهما طلقة لأنها عكس التي قبلها وذكرها بين المسألتين القاضي في المجرد ولو قال لأحدى زوجتيه كلما طلقت ضرتك فأنت طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك ثم طلق الأولى طلقت طلقتين وطلقت الثانية طلقة وإن طلق الثانية طلقت كل واحدة منهما طلقة وإن قال كلما طلقتك فضرتك طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك ثم طلقت كل واحدة منهما طلقة وإن طلق الثانية طلقت طلقتين وطلقت الأولى طلقة وتعليل ذلك عى ما ذكرنا في المسألة الأولى

فصل : فإن كان له ثلاث نسوة فقال : إن طلقت زينب فعمرة طالق وإن طلقت عمرة فحفصة طالق وإن طلقت حفصة فزينب طالق ثم طلق زينب طلقت عمرة ولم تطلق حفصة لأنه ما أحدث في عمرة طلاقا بعد تعليق طلاق حفصة بتطليقها وإنما طلقت بالصفة السابقة على ذلك فيكون وقوعا للطلاق وليس بتطليق وإن طلق عمرة طلقت حفصة ولم تطلق زينب لذلك وإن طلق حفصة طلقت زينب ثم طلقت حفصة فيقع الطلاق بالثلاث لأنه أحدث في زينب طلاقا بعد تعليقه طلاق عمرة بتطليقها فكان وقوع الطلاق بزينب تطليقا

وطلقت به عمرة بخلاف غيرها ولو قال لزينب : إن طلقت عمرة فأنت طالق ثم قال لعمرة إن طلقت حفصة فأنت طالق ثم قال لحفصة إن طلقت زينب فأنت طالق ثم طلق زينب طلق الثلاث زينب بالمباشرة وحفصة بالصفة ووقوع الطلاق بحفصة تطليق لها وتطليقها شرط طلاق عمرة فتطلق به أيضا والدليل على أنه تطليق لحفصة أنه أحدث فيها طلاقا بتعليقه طلاقها على تطليق زينب بعد تعليق طلاق عمرة بتطليقها وتحقق شرطه والتعليق حفصة وإن طلق حفصة طلقت هي وعمرة ولم تطلق زينب لما ذكرنا في المسألة التي قبلها وإن قال لزينب : إن طلقتك فضرتاك طلقتان ثم قال لعمرة مثل ذلك ثم قال لحفصة مثل ذلك ثم طلق زينب طلقت كل واحدة منهن طلقة احدة لأنه لم يحدث في غير زينب طلاقا إنما طلقتا بالصفة على تعليق الطلاق بتطليقهما وإن طلق عمرة طلقت زينب طلقة وطلقت عمرة وحفصة كل واحدة منهما طلقتين لأن عمرة طلقت واحدة بالمباشرة وطلقت زينب وحفصة بطلاقها واحدة واحدة وطلاق زينب تطليق لها لأنه وقع بها بصفة أحدثها فيما بعد تعليق طلاقها بتطليقها فعاد على حفصة وعمرة بذلك طلقتان ولم يعد على زينب بطلاقهما طلاق لما تقدم وإن طلق حفصة طلقت ثلاثا لأنها طلقت واحدة بالمباشرة وطلقت بها ضرتاها ووقع الطلاق بك واحدة منهما تطليق لأنه بصفة أحدثها فيما بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من طلاق كل واحدة منهم طلقة فكمل لها ثلاث وطلقت عمرة طلقتين واحدة بتطليق حفصة وأخرى بوقوع الطلاق على زينب لأنه تطليق لزينب على ما ذكرناه وطلقت زينب واحدة لأن طلاق ضرتيها بالصفة ليس بتطليق في حقها وإن قال لكل واحدة منهن كلما طلقت احدى ضرتيك فأنت طالق ثم طلق الأولى طلقت ثلاثا وطلقت الثانية طلقتين والثالثة طلقة واحدة لأن تطليقة للأولى شرط لطلاق ضرتيها ووقوع الطلاق بهما تطليق بالنسبة إليها لكونه واقعا بصفة أحدثها بعد تعليق طلاقها بطلاقهما فعاد عليها من تطليق كل واحدة منهما طلقة فكمل لها الثلاث وعاد على الثانية من طلاق الثالثة طلقة ثانية لذلك ولم يعد على الثالثة من طلاقهما الواقع بالصفة شيء لأنه ليس بتطليق في حقهما وإن طلق الثانية طلقت أيضا طلقتين وطلقت الأولى ثلاثا والثالثة طلقة وإن طلق الثالثة طلقت الأولى طلقتين وطلق كل واحدة من الباقيتين طلقة طلقة

فصل : وإن قال لامرأته إن طلقتك فعبدي حر ثم قال لعبده إن قمت فامرأتي طالق فقام طلقت المرأة وعتق العبد ولو قال لعبده إن قمت فامرأتي طالق ثم قال لامرأته إن طلقتك فعبدي حر فقام العبد طلقت المرأة ولم يعتق العبد لأن وقوع الطلاق بالصفة إنما يكون تطليقا مع وجود الصفة ففي الصورة الأولى وجدت الصفة والوقوع بعد قوله إن طلقتك فعبدي حر وفي الصورة الأخرى لم يوجد بعد ذلك إلا الوقوع وحده وكانت الصفة سابقة فلذلك لم يعتق العبد ولو قال لعبده إن أعتقتك فامرأتي طالق ثم قال لامرأته إن حلفت بطلاقك فعبدي حر ثم قال لعبده إن لم أضربك فامرأتي طاق عتق العبد و طلقت المرأة



مسألة : وإن قال لنسائه الأربع أيتكن وقع عليها طلاقي فصواحبها طوالق ثم وقع على إحداهن طلاقه طلق الجميع ثلاثا

مسألة : وإن قال لنسائه الأربع أيتكن وقع عليها طلاقي فصواحبها طوالق ثم وقع على إحداهن طلاقه طلق الجميع ثلاثا

لأنه إذا وقع طلا قه على واحدة وقع على صواحبها ووقعه على واحدة منهن يقتضي وقوعه على صواحبها فيتسلسل الوقوع عليهن الى أن تكمل الثلاث لكل واحدة منهن

مسألة : وإن قال كلما طلقت واحدة منكن فعبد من عبيدي حر وكلما طلقت اثنتين فعبدان حران وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة أحرار وكلما طلقت أربعا فأربعة أحرار ثم طلق الأربع مجتمعات أو متفرقات عتق خمسة عشر عبدا
مسألة : وإن قال كلما طلقت واحدة منكن فعبد من عبيدي حر وكلما طلقت اثنتين فعبدان حران وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة أحرار وكلما طلقت أربعا فأربعة أحرار ثم طلق الأربع مجتمعات أو متفرقات عتق خمسة عشر عبدا
وقيل يعتق عشرة بالواحدة واحد وبالثانية اثنان وبالثلاث ثلاثة وبالأربع أربعة وهذا غير صحيح فإن قال هذا لا يعتبر صفة طلاق الواحدة في غير الأولى ولفظة كلما تقتضي التكرار فيجب تكرار الطلاق بتكرار الصفات وتسقط أيضا صفة التثنية في الثالثة والرابعة الصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبدا لأن فيهن أربع صفات هن أربع فيقع أربعة آحاد وهن اثنتان واثنتان فيعتق بذلك أربعة وفيهن ثلاث فيعتق بهن ثلاثة وإن شئت قلت بالواحدة واحد وبالثانية ثلاثة لأن فيها صفتين هي واحدة وهي مع الأولى اثنتان ويعتق بالثالثة أربعة لأنها واحدة وهي مع الأولى والثانية ثلاث ويعتق بالرابعة سبعة لأن فيها ثلاث صفات هي واحدة وهي مع الثالثة اثنتان وهي مع الثلاث التي قبلها أربع وقيل يعتق سبعة عشر لأن صفة التثنية قد وجدت ثلاث مرات فإنها توجد بضم الأولى الى الثانية وبضم الثانية الى الثالثة وبضم الثالثة الى الرابعة وقيل يعتق عشرون وهو قول أبي حنيفة لأن صفة الثالثة وجدت مرة ثانية بضم الثانية والثالثة الى الرابعة وكلا القولين غير سديد لأنها عدوا الثانية مع الأولى في صفة التثنية مرة ثم عدوها مع الثالثة مرة أخرى وعدوا الثانية والثالثة في صفة الثلاث مرتين مرة مع الأولى ومرة مع الرابعة وما عد في صفة مرة لا يجوز عده في تلك الصفة مرة أخرى ولذلك لو قال كلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة لم تطلق إلا اثنتين لأن الرمانة نصفان ولا يقال انها تطلق ثالثة بأن يضم الربع الثاني الى الربع الثالث فيصيران نصفا وكذلك في مسألتنا لم تضم الأولى الى الرابعة فيصيران اثنتين وعلى سياق هذا واحدة وهي مع ما قبلها ثلاث وهي مع ضمها الى الأولى اثنتان ومع ضمها الى الثانية اثنتان ففيها صفة التثنية مرتان ويعتق بطلاق الرابعة عشرون لأن فيها ثماني صفات هي واحدة وهي مع ما قبلها أربع وفيها صفة الثلاث ثلاث مرات هي مع الأولى والثانية ثلاث ومع الثانية والثالثة ثلاث ومع الأولى والثالثة ثلاث فيعتق بذلك تسعة وفيما صفة التثنية ثلاث مرات مع الأولى اثنتان ومع الثالثة اثنتان فيعتق لذلك ستة فيصير الجميع اثنين وثلاثين قال شيخنا : وما نعلم بهذا قائلا قال شيخنا ويحتمل أن لا يعتق إلا أربعة كما لو قال كلما أعتقت أربعة فأربعة أحرار لأن هذا الذي يسبق الى أذهان العامة وهذه الأوجه التي ذكرناها مع الإطلاق فأما إن نوى بلفظه غير ما يقتضيه الإطلاق مثل لأن ينوي بقوله اثنين غير الواحدة فيمينه على ما نواه ومتى لم يعين العبيد المعتقين أخرجوا بالقرعة ولو جعل مكان كلما إن في المسألة المذكورة لم يعتق إلا عشرة بالواحدة واحد وبالثانية اثنان وبالثالثة ثلاث وبالرابعة أربعة لأن إن لا يقتضي التكرار
فصل : ولو قال كلما اعتقت عبدا من عبيدي فامرأة من نسائي طالق وكلما اعتقت اثنين فامرأتان طلقتان ثم اعتق الاثنين طلق الأربع على القول الصحيح وعلى القول الثاني يطلق ثلاث ويخرجن بالقرعة ولو قال كلما اعتقت عبدا من عبيدي فجارية من جواري حرة وكلما اعتقت اثنين فجاريتان حرتان وكلما اعتقت ثلاثة فثلاث أحرار وكلما اعتقت أربعة فأربع أحرار اعتق من جواريه بعدد ما اعتق من عبيده في المسألة التي ذكرنا خمس عشرة على الصحيح وقيل تسع عشرة وقيل عشرون لأنها مثلها وإن اعتق خمسا فعلى القول الصحيح يعتق إحدى وعشرون لأن عتق الخامس عتق به ست لكونه واحدا وهو وما قبله خمسة ولم يمكن عده في سائر الصفات لأن ما قبل ذلك قد عد في ذلك مرة فلا يعد ثانية وعلى القول الآخر يعتق من جواريه خمس عشرة : بالواحد واحدة وبالثاني اثنين وبالثالث ثلاث وبالرابع أربع وبالخامس خمس
فصل : فإن ان دخل الدار رجل فعبد من عبيدي حر وإن دخلها طويل فعبدان حران وإن دخلها أسود فثلاثة أعبد أحرار وإن دخلها فقيه فأربعة أعبد أحرار فدخلها فقيه طويل أسود عتق من عبيد عشرة

مسألة : إذا قال لامرأته إذا أتاك طلاقي فأنت طالق ثم كتب إليها إذا أتاك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت طلقتين
مسألة : إذا قال لامرأته إذا أتاك طلاقي فأنت طالق ثم كتب إليها إذا أتاك كتابي فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت طلقتين
لأنه علق طلاقها بصفتين مجيء الطلاق كتابه وقد اجتمعت الصفات في مجيء الكتاب فوقع بها طلقتان فإن قال أردت إذا أتاك كتابي فأنت طالق بالطلاق الأول دين لأنه يحتمل ما قاله فيدين فيه كما لو كرر قوله أنت طالق وقال أردت بالثانية افهامها والتأكيد ويقبل قوله في الحكم في إحدى الروايتين لما ذكرنا والأخرى لا يقبل لظاهر اللفظ والله أعلم



فصل في تعليقه بالحلف
اختلف أصحابنا في الخلف بالطلاق فقال القاضي في الجامع و أبو الخطاب هو تعليقه على شرط أي كان إلا قوله إذا شئت فأنت طالق ونحوه فإنه تمليك وإذا حضت فأنت طالق فإنه طلاق بدعة وإذا ظهرت فأنت طالق فإنه طلا ق سنة وهو قول أبي حنيفة لأن ذلك يسمى حلفا عرفا فيتعلق الحكم به كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ولأن الشرط معنى القسم من حيث كونه جملة غير مستقلة دون الجواب فأشبه قوله والله وبالله وتالله وقال القاضي في المجرد هو تعليقه على شرط يقصد به الحث على فعل أو المنع منه كقوله إن دخلت الدار فأنت طالق أو إن لم تدخلي فأنت طالق أو على تصديق خبره كقوله أنت طالق لقدوم زيد أو إن لم يقدم فأما التعليق على غير ذلك كغير ذلك كقوله أنت طالق انت طلعت الشمس أو قدوم الحاج أو إن لم يقدم السلطان فهو شرط محض ليس بحلف لأن حقيقة الحلف القسم وإنما سمي تعليق الطلاق على شرط حلفا تجوزا لمشاركته الحلف في المعنى المشهور وهو الحث أو المنع أو تأكيد الخبر نحو والله لأفعلن أو لا أفعل أو لقد فعلت أو إن لم أفعل وما لم يوجد فيه هذا المعنى لا يصح تسميته حلفا وهذا مذهب الشافعي

مسألة : فإذا قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق
مسألة : فإذا قال إن حلفت بطلاقك فأنت طالق
ثم قال أنت طالق ان قمت أو دخلت الدار أو أن لم تدخلي الدار أو إن لم يكن هذا القول حقا فأنت طالق طلقت في الحال لأنه حلف بطلاقها فإن قال ان طلعت الشمس أو قدم الحاج فأنت طالق لم تطلق في الحال على الوجه الثاني وهو قول الشافعي واختاره ابن عقيل وتطلق على الأول وهو قول أبي الخطاب وقد ذكرنا دليل القولين



مسألة : وإن قال ان حلفت فأنت طالق وأعاده مرة أخرى طلقت واحدة ولأن إعادته حلف وإن أعاده ثلاثا طلقت ثلاثا

مسألة : وإن قال إن حلفت فأنت طالق وأعاده مرة أخرى طلقت واحدة ولأن إعادته حلف وإن أعاده ثلاثا طلقت ثلاثا
لأن كل مرة يوجد بها شرط الطلاق وينعقد شرط طلقة اخري وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور ليس ذلك بحلف ولا يقع الطلاق بتكراره لأنه تكرار للكلام فيكون تأكيدا لا حلفا
ولنا أنه تعليق للطلاق على شرط يمكن فعله وتركه فكان حلفا كما لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق وقوله أنه تكرار للكلام حجة عليه فإن تكرار الشيء عبارة عن وجود مرة أخرى وأما التأكيد فإنه يحمل عليه الكلام المكرر إذا قصده ان قصد إفهامها فاما أن كرر ذلك لغير مدخول بها بانت بطلقة ولم يقع بها أكثر منها

مسألة : وإن قال ان كلمتك فأنت طالق وأعاده ثلاثا طلقت ثلاثا
مسألة : وإن قال إن كلمتك فأنت طالق وأعاده ثلاثا طلقت ثلاثا لوجود الصفة كالمسألة قبلها

مسألة : وإن قال لامرأتيه كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان ثم أعاد ذلك ثلاثا طلقت كل واحدة منهما ثلاثا
مسألة : وإن قال لامرأتيه كلما حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان ثم أعاد ذلك ثلاثا طلقت كل واحدة منهما ثلاثا
لوجود شرطها وهو حلف فإن كانت إحداهما غير مدخول بها بانت بالمرة الثانية فإذا أعاده بعد ذلك لم تطلق واحدة منهما لأن غير المدخةول بها بائن فلم يكن إعادة هذا القول حلفا بطلاقها وهي غير زوجة فلم يوجد الشرط فإن شرط طلاقهما الحلف بقطلاقهما جميعا فإن جدد نكاح البائن ثم قال لها إن تكلمت فأنت طالق فقد قيل يطلقان حينئذ لأن بها صار حالفا بطلا قهما وقد نحلق بطلاق المدخول بها بإعادة قوله في المرة الثالثة فطلقا حينئذ قال شيخنا ويقوى عندي انه لا يقع الطلاق بهذه التي جدد نكاحها لأهنها حين إعادته المرة الثالث 4ة بائن فلم تنعقد الصفة بالإضافة إليها كما لو قال لأجنبية ان حلف بطلاقك فأنت طالق ثم تزوجها وحلق بطلاقها ولكن تطلق المدخول لها حينئذ لأنه قد حلف بطلاقها في المرة الثالثة وحلف بطلاق هذه حينئذ فكمل شرط طلا قها فطلقت وحدها
فصل : فإن كان له امرأتان حفصة وعمرة فقال ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ثم أعاده لم تطلق واحدة منهما لأن هذا حلف بطلاق عمرة وحدها فلم يوجد الحلف بطلاقهما وإن قال بعد ذلك ان حلف بطلاقكما فحفصة طالق طلقت عمرة لأنه حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقهما على الحلف بطلاقهما ولم تطلق حفصة لأنه ما حلف بطلاقهما بعد تطليقه طلاقهما على الحلف بطلاقهما ولم تطلق حفصة لأنه ما حلف بطلاقهما بعد تعليقه طلاقهما عليه فإن قال بعد هذا ان حلفت بطلاقكما فعمرة طالق لم تطلق واحدة منهما لأنه لم يحلف بطلاقهما إنما حلف بطلاق عمرة وحدتها فإن قال بعد هذا ان حلفت بطلاقكما فحفصة طالق طلقت حفصة وعلى هذا القياس
فصل : إذا قال لإحداهما إذا حلفت بطلاقك فضرتك طالق ثم قال للاخرى مثل ذلك طلقت الثانية لأن إعادته للثانية هو حلف بطلاق الأولى وذلك شرط وقوع طلاق الثانية ثم ان أعادة للأولى طلقت ثم كلما أعاده على هذا الوجه لامرأة طلقت حتى يكمل للثانية ثلاث ثم إذا أعاده للاولى لم تطلق لأن الثانية قد بانت منه فلم يكن ذلك حلفا بطلاقها ولو قال هذا القول لامرأته ثم أعاده لها لم تطلق واحدة منهما لأن ذلك ليس بحلف بطلاقها إنما حلف بطلاق ضرتها ولم يعلق على ذلك طلاقا

مسألة : وإن قال لإحداهما إذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ثم قال ذلك للأخرى طلقت الأولى
مسألة : وإن قال لإحداهما إذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق ثم قال ذلك للأخرى طلقت الأولى
لأن التعليق حلف وقد علق طلاق ضرتها فتطلق الأولى لوجود شرط طلاقها وهو تعليق طلاق ضرتها فإن أعاده للأولى طلقت الأخرى لذلك وكلما أعاده لامرأة منهما على هذا الوجه طلقت الأخرى وإن كانت إحداهما غير مدخول بها فطلقت مرة بانت ولم تطلق الأخرى بإعادته لها لأنه ليس يحلف بطلاقها لكونها بائنا

مسألة : وإن قال لمدخول بهما كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فأنتما طالقتان وأعاد ثانيا طلقت كل واحدة طلقتين
مسألة : وإن قال لمدخول بهما كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فأنتما طالقتان وأعاد ثانيا طلقت كل واحدة طلقتين
لأن قوله ذلك حلف بطلاق كل واحدة منهما وحلفه بكل واحدة يقتضي طلاق اثنتين فطلقتا بحلفة بطلاق واحدة طلقة طلقة وبحلفه بطلاق الاخرى طلقة طلقة

[ جزء 8 - صفحة 425 ]

مسألة : وإن قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فهي طالق أو فضرتها طالق وأعاده طلقت كل واحدة منهما طلقة
مسألة : وإن قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فهي طالق أو فضرتها طالق وأعاده طلقت كل واحدة منهما طلقة
لأن حلفه بطلاق واحدة إنما اقتضى طلاقها وحدها وما حلف بطلاقها إلا مرة فلا تطلق إلا طلقة
فصل : وإن قال لأحداهما إذا حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للأخرى مثل ذلك لم تطلق واحدة منهما ثم إن أعاد ذلك لاحداهما طلقت الأخرى ثم إن أعاده للأخرى طلقت صاحبتها ثم كلما أعاده لامرأة طلقت الأخرى إلا أن تكون إحداهما غير مدخول بها أو لم يبق من طلاقها إلا دون الثلاث فإنها إذا بانت صارت كلأجنبية فإن قال لإحداهما إذ حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق ثم قال للأخرى إذا حلفت بطلاقك فأنت طالق طلقت في الحال ثم إن قال للأولى مثل ما قال لها أو قال للثانية مثل ما قال لها طلقت الثانية وكذلك الثالثة ولا يقع بالأولى بهذا طلاق لأن الحلف في الموضعين إنما هو بطلاق الثانية ولو قال للأولى إن حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال للأخرى إن حلفت بطلاق ضرتك فهي طالق طلقت الأولى ثم متى أعاد هذين الشرطين مرة أخرى طلقت الأولى ثانية وكذلك الثالثة ولا يقع بالثانية بهذا طلاق ولو قال لإحداهما إذا حلفت بطلاق ضرتك فأنت طالق لم تطلق واحدة منهما لأن في الموضعين علق طلاق الثانية على الحلف بطلاق الأولى ولم يحلف بطلاقها ولو أعاد ذلك لهما لم تطلق واحدة منهما وسواء تقدم القول للثانية على القول للأولى أو تأخر عنه
فصل : فإن كان له ثلاث نسوة فقال إن حلفت بطلاق زينب فعمرة طالق ثم قال إن حلفت بطلاق عمرة فحفصة طالق ثم قال إن حلفت بطلاق حفصة فزينب طالق طلقت عمرة وإن جعل مكان زينب عمرة طلقت حفصة ثم متى أعاده بعد ذلك طلقت منهن واحدة على الوجه الذي ذكرناه و إن قال إن حلفت بطلاق زينب فنسائي طوالق فقد حلف بطلاق عمرة ولم يقع بحلفة بطلاق زينب شيء لأنه قد حنث به مرة فلا يحنث ثانية ولو كان مكان قوله إن كلما

لطلقت كل واحدة منهن ثلاثة لأن كلما تقتضي التكرار ولو قال كلما حلفت بطلاق واحدة منكم فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك مرة ثانية طلقن ثلاثا ثلاثا لأنه بإعادته حالف بطلاق كل واحدة منهن وحلفه لطلاق واحدة شرط لطلاقهن جميعا ولو قال إن حلفت بطلاق واحدة منكن فأنتن طوالق ثم أعاد ذلك طلقت كل واحدة منهن طلقة لأن إن لا تقتضي التكرار وإن قال بعد ذلك لاحداهن إن قمت فأنت طالق لم تطلق واحدة منهن وإن قال ذلك للاثنتين الباقيتين طلق الجميع طلقة طلقة
فصل : وإن قال لزوجته إن حلفت بعتق عبدي فأنت طالق ثم قال إن حلفت بطلاقك فعبدي حر طلقت ثم قال لعبده إن حلفت بعتقك فامرأتي طالق عتق العبد ولو قال له إن حلفت بطلاق امرأتي فأنت حر ثم قال لها إن حلفت بعتق عبدي فأنت طالق عتق العبد ولو قال لعبده إن حلفت بعتقك فأنت حر ثم أعاده عتق العبد
فصل : في تعليقه بالكلام إذا قال ان كلمتك فأنت طالق فتحققي ذلك طلقت لأنه كلمها بعد عقد اليمين إلا أن يريد بعد انقضاء كلامي هذا أو نحوه وكذلك ان زجرها فقال تنحي أو اسكتي أو قال ان قمت فأنت طالق طلقت لأنه كلمها بعد اليمين إلا أن ينوي كلاما مبتدأ ويحتمل أن لا يحنث بالكلام المتصل بيمينه لأن اتيانه به بدل على ارادته الكلام المنفصل عنها وإن سمعها تذكر فقال الكاذب عليه لعنة حنث نص عليه أحمد لأنه كلمها



مسألة : وإن قال ان بدأتك بالكلام فأنت طالق
مسألة : وإن قال إن بدأتك بالكلام فأنت طالق
فقال ان بدأتك به فعبدي حر انحلت يمينه لأنها كلمته فلم يكن كلامه لها بعد ذلك ابتذاء إلا أن ينوي أنه لا يبدؤها في مرة أخرى وبقيت يمينها معلقة فإن بدأها بكلام انحلت يمينها أيضا وإن بدأته هي عتق عبدها هكذا ذكره أصحابنا قال شيخنا : ويحتمل أن يحنث ببدايته إياها بالكلام في وقت آخر لأن الظاهر إرادته ذلك بيمينه

مسألة : وإذا قال ان كلمت فلانا فأنت طالق فكلمته فلم يسمع لتشاغله أو غفلته أو كاتبته أو راسلته حنث
مسألة : وإذا قال إن كلمت فلانا فأنت طالق فكلمته فلم يسمع لتشاغله أو غفلته أو كاتبته أو راسلته حنث
إذا كلمته فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث لأنها كلمته وكذلك ان كاتبته أو راسلته إلا أن يكون قصد ألا تشافهه نص عليه أحمد وذلك لقول الله تعالى : { وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا } ولأن القصد بالترك لكلامها إياه هجرانه ولا يحصل ذلك مع مواصلته بالرسل والكتب ويحتمل أن لا يحنث إلا أن ينوي ترك ذلك لأن هذا القسم ليس بتكلم حقيقة ولأنه لو حلف لتكلمنه لم يبرأ بذلك إلا أن ينويه فكذلك لا يحنث به فإن أسلت انسانا يسأل أهل العلم عن مسألة أحدثت فجاء الرسول فسأل المحلوف عليه لم يحنث بذلك



مسألة : وإن أشارت إليه احتمل وجهين
مسألة : وإن أشارت إليه احتمل وجهين

أحدهما : لا تطلق لأنه لم يوجد الكلام
والثاني : تطلق لأنه يحصل به مقصود الكلام والأول أولى

مسألة : وإن كلمته سكران أو أصم بحيث يعلم أنها تكلمه أو مجنونا يسمع كلامها حنث
مسألة : وإن كلمته سكران أو أصم بحيث يعلم أنها تكلمه أو مجنونا يسمع كلامها حنث لأن السكران يكلم ويحنث وربما كان تكليمه في حال سكره أضر من تكليمه في صحوه ولأن المجنون يسمع الكلام أيضا ويحنث وكذلك أن كلمت صبيا يسمع ويعلم أنه مكلم حنث فأما ان جنت هي وكلمته لم يحنث لأن القلم مرفوع عنها ولم يبق لكلامها حكم وإن كلمته سكرانة حنث لأن حكمها حكم الصاحي وقيل لا يحنث لأنه لاعقل لها



مسألة : وإن كلمته ميتا أو غائبا أو مغمى عليه أو نائما لم يحنث
مسألة : وإن كلمته ميتا أو غائبا أو مغمى عليه أو نائما لم يحنث
وقال أبو بكر يحنث لقول أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كيف أجسادا لا أرواح فيها ولنا أن التكليم فعل يتعدى إلى المكلم وقد قيل إنه مأخوذ من الكلم وهو الجرح لأنه يؤثر فيه كتأثير الجرح ولا يكون ذلك إلا باسماعه فأما تكليم النبي صلى الله عليه وسلم الموتى فمن معجزاته فانه قال : [ ما أنتم بأسمع لما أقول منهم ] ولم يثبت هذا لغيره وقول أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كيف تكلم أجسادا لا أرواح فيها حجة لنا فإنهما قالوا ذلك : استبعادا وسؤالا عما خفي عنهم سببه وحكمته حتى كشف لهم النبي صلى الله عليه وسلم ذلك بأمر مختص به فيبقى الأمر فيمن سواه على النفي وإن سلمت عليه حنث لأنه كلام فإن كان أحدهما اماما والآخر مأموما لم يحنث بتسليم الصلاة لأنه للخروج منها إلا أن ينوي بتسليمه المأمومين فيكون حكمه كما لو سلم عليهم في غير الصلاة ويحتمل أن لا يحنث بحال لأن هذا يعد تكليما ولا يريده الحالف
فصل : فإن حلف لا يكلم انسانا فكلم غيره وهو يسمع يقصد بذلك اسماعه كما لو قال إياك أعني واسمعي يا جارة حنث نص عليه أحمد فقال إذا حلف لا يكلم فلانا فكلم انسانا وهو يسمع يريد بكلامه إياه المحلوف عليه حنث لأنه قد أراد تكليمه وروي عن أبي بكرة ما يدل على أنه لا يحنث فانه حلف أن لا يكلم أخاه زيادا فأراد الحج فجاء أبو بكرة فدخل قصره وأخذ ابنه في حجرة فقال ان أباك يريد الحج والدخول نعلي زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا السبب وقد علم أنه غير صحيح ثم خرج ولم ير أنه كلمه والأول أصح لأنه أسمعه كلامه يريده به فأشبه ما لو خاطبه به ولأن مقصود تكليمه قد حصل باسماعه كلامه
فصل : فإن حلف لا يكلم امرأته فجامعها لم يحنث إلا أن تكون نيته هجرانها قال أحمد في رجل قال لامرأته ان كلمتك خمسة أيام فأنت طالق إن له ان يجامعها ولا يكلمها فقال أي شيء كان به ؟ وهذا يسوؤها أو يغبطها فإن لم تكن لها نية فله أن يجامعها ولا يكلمها وإن حلف لا يقرأ كتاب فلان فقرأه في نفسه ولم يحرك شفتيه حنث لأن هذا قراءة الكتب في عرف الناس فتنصرف يمينه إليه إلا أن ينوي حقيقة القرآن قال أحمد إذا حلف لا قرأت لفلان كتابا ففتحه حتى استقصى آخره إلا أنه لم يحرك شفتيه فإن أراد أن يعلم ما فيه فقد علم ما فيه وقرأه

مسألة : فإن قال لامرأتيه ان كلمتما هذين الرجلين فأنتما طالقتان فكلمت كل واحدة منهما واحدا طلقتا ويحتمل ان لا يحنث حتى تكلما جميعا كل واحد منهما
مسألة : فإن قال لامرأتيه إن كلمتما هذين الرجلين فأنتما طالقتان فكلمت كل واحدة منهما واحدا طلقتا ويحتمل ان لا يحنث حتى تكلما جميعا كل واحد منهما
هذه المسألة فيها وجهاهن أحدهما : يحنث لأن تكليمهما وحد منهما فحنث كما لو قال ان حضتما فأنتما طلقتان فحاضت كل واحدة حيضة وكذلك لو قال ان ركبتما دابتيكما فانتما طالقتان فركبت كل واحدة دابتها
والثاني : لا يحنث حتى تكلم كل واحدة منهما الرجلين معا لأنه علق طلاقهما بكلامهما لهما فلا تطلق واحدة بكلام الاخرى وحدها وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي وهون أولى إن شاء الله إذا لم تكن له نية وهكذا ان قال ان دخلتما هاتين الدارين فالحكم فيها كذلك لأن الأصل بقاء النكاح وقال شيخنا فيما لم تجر العادة بانفراد الواحدة به فأما ما جرت العادة بانفراد الواحدة فيه بالواحد كنحو ركبا دابتهما ولبسا ثوبيهما وتقلدا سيفيهما واعتقلا رمحيهما ودلا بزوجتيهما وأشباه هذا فإنه يحنث إذا وجد مهنهما منفردين وما لم تجر العادة فيه بذلك فهو على الوجهين فأما ان قال ان أكلتما هذين الرغيفين فأكلت كل واحدة منهما رغيفا فإنه يحنث لأنه يستحيل ان تأكل كل واحدة منهما الرغيفين بخلاف الرجلين والدارين



مسألة : فإن قال إن أمرتك فخالفتني فأنت طالق
مسألة : فإن قال إن أمرتك فخالفتني فأنت طالق
فنهاها فخالفته لم يحنث إلا أن ينوي مطلق المخالفة اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعي لأنها خالفت أمره لانهيه وقال أبو الخطاب يحنث إذا لم يكن ممن يعرف حقيقة الأمر والنهي إذا كان كذلك فانما يريد نفي المخالفة ويحتمل أن تطلق بكل حال لأن الأمر بالشيء نهي عن ضده والنهي عنه أمر بضده فقد خالفت أمره وإن قال لها أن نهيتني عن نفع أمي فأنت طالق فقالت له لا تعطها من مالي شيئا لم يحنث لأن اعطاءها من مالها لا يجوز ولا يجوز النفع به فيكون هذا النفع محرما فلا تتناوله يمينه ويحتمل أن يحنث لأنه نفع ولفظه عام فيدخل المحرم فيه
فصل : إذا قال أنت طالق إن كلمت زيدا ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيدا في حال كون محمد فيها مع خالد وذكر القاضي أنه يحنث بكلام زيد فقط لأن قوله ومحمد مع خالد استئناف كلام بدليل أنه مرفوع والصحيح الأول لأنه متى أمكن جعل الكلام متصلا كان أولى من فصله والرفع لا ينفي كونه حالا فإن الجملة من المبتدأ والخبر تكون حالا كقوله : { اقترب للناس حسابهم وهم في غفلة معرضون } وقوله : { إلا استمعوه وهم يلعبون } وهذا كثير فلا يجوز قطعه عن الكلام الذي هو في سياقه مع امكانه وصله به ولو قال إن كلمت زيدا ومحمد مع خالد لم تطلق حتى تكلم زيدا في حال كون محمد مع خالد فكذلك إذا تأخر قوله محمد مع خالد ولو قال أنت طالق وإن كلمت زيدا وأنا غائب لم تطلق حتى تكلمه في حال غيبته وكذلك لو قال أنت طالق إن كلمت زيدا وأنت راكبة أو هو راكب أو محمد راكب لم تطلق حتى تتكلمه في تلك الحال ولو قال أنت طالق إن كلمت زيدا ومحمد أخوه مريض لم تطلق حتى تكلمه وأخوه محمد مريض
فصل : وإن قال ان كلمتني إلى ان يقدم زيد أو حتى يقدم زيد فأنت طالق فكلمته قبل قدومه حنث لأنه مد المنع إلى غاية هي قدوم زيد فلا يحنث بعدها فإن قال أردت ان استدمت كلامي من الآن إلى أن يقدم زيد دين وهل يقل في الحكم ؟ يحتمل وجهين

فصل في تعليقه بالاذن
مسألة : إذا قال إن خرجت بغير إذني أو باذني أو حتى آذن لك فأنت طالق ثم أذن لها فخرجت ثم خرجت بغير إذنه طلقت لخروجها بغير إذنه وعنه لا تطلق حتى ينوي الاذن في كل مرة
لأن إن لا تقتضي التكرار فتتناول الخروج في المرة الأولى

[ جزء 8 - صفحة 433 ]

مسألة : وإن أذن لها من حيث لا تعلم فخرجت طلقت
مسألة : وإن أذن لها من حيث لا تعلم فخرجت طلقت
لأنها إذا لم تعلم فليس بإذن لأن الاذن هو الاعلام ولم علمها ويحتمل أن لا تطلق لأنه يقال اذن لها ولم تعلم

مسألة : وإن قال إن خرجت إلى غير الحمام بغير اذني فانت طالق فخرجت إلى غير الحمام طلقت سواء عدلت إلى الحمام أو لم تعدل
مسألة : وإن قال إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق فخرجت إلى غير الحمام طلقت سواء عدلت إلى الحمام أو لم تعدل
وإن خرجت تريد الحمام وغيره ففيه وجهان أحدهما : يحنث لأنها خرجت إلى الحمام وانضم إليه غيره فحنث بما حلف عليه كما لو حلف لا يكلم زيد أو عمرا
والثاني : لا يحنث لأنها ما خرجت إلى غير الحمام بل الخروج مشترك

مسألة : وإن خرجت تريد الحمام ثم عدلت إلى غيره
مسألة : وإن خرجت تريد الحمام ثم عدلت إلى غيره
فقياس المذهب أنه يحنث لأن ظاهر هذه اليمين المنع من غير الحمام فكيفما صارت إليه حنث كما لو خالفت لفظه ويحتمل أن لا يحنث وهو قول الشافعي لأنها لم تفعل ما حلف عليه وتناوله لفظه ونقل الفضل بن زياد عن أحمد أنه سئل إذا حلف بالطلاق أنه لا يخرج من بغداد إلا لنزهة فنخرج إلى النزهة ثم مر إلى مكة فقال المنزهة لا تكون إلى مكة فظاهر هذا أنه أحنثه ووجهه ما ذكرنا وقال في رجل حلف بالطلاق أن لا يأتي ارمينية إلا بإذن امرأته فقالت امرأته اذهب حيث شئت فقال لا حتى تقول إلى أرمينية والصحيح أنه متى أذنت له اذنا عاما لم يحنث قال القاضي : وهذا من كلام أحمد محمول على أن هذا خرج مخرج الغضب والكراهة ولو قالت هذا بطيب قلبها كان إذنا منها وله الخروج وإن كان بلفظ عام

[ جزء 8 - صفحة 434 ]

مسألة : وإن حلف لعامل أن لا يخرج إلا بإذنه فعزل فهل تنحل يمينه ؟ على وجهين
مسألة : وإن حلف لعامل أن لا يخرج إلا بإذنه فعزل فهل تنحل يمينه ؟ على وجهين
وهذا مبني على ما إذا حلف يمينا عامة لسبب خاص هل تختص يمينه بسبب اليمين ؟ على وجهين

أحدهما : أنها تختص به لأن الظاهر أنه أراده فاختصت يمينه به كما لو نواه فعلى هذا تنحل يمينه لأنه إنما حلف عليه بكونه عاملا له وهذا قول أصحاب أبي حنيفة روي عن أحمد ما يدل على أن يمينه تحمل على العموم فقال فيمن قال لله علي أن أصيد في هذا النهر لظلم رآه فتغير حال فقال النذر يوفى به وذلك لأن اللفظ دليل الحكم فيجب اعتباره في الخصوص والعموم كما في لفظ الشارع ووجه الأول أن السبب الخاص يدل على قصد الخصوص ويقوم مقام النية عند عمومها لدلالته عليه فوجب أن يختص به اللفظ العام كالنية فارق الفظ الشارع فإنه يريد بيانه الأحكام ولا يختص بمحل السبب لتكون الحاجة داعية إلى معرفة الحكم في غير محل السبب فعلى هذا لو قامت امرأته لتخرج فقال ان خرجت فانت طالق فرجعت ثم خرجت بعد ذلك أودعاه انسان إلى غدائه فقال امرأتي طالق ان تغديت ثم رجع فتغدى في منزله لم يحنث على الأول ويحنث على الثاني وإن حلف لعام أن لا يخرج إلا بإذنه أو حلف بذلك على امرأته أو مملوكه فعزل العامل أو طلق المرأة أو باع المملوك أو حلف على وكيل فعزله خرج في ذلك كله وجهان

[ جزء 8 - صفحة 435 ]

فصل في تعليقه بالمشيئة
إذا قال أنت طالق إن شئت أو إذا شئت أو متى شئت أو كلما شئت أو كيف شئت أو حيث شئت أو أنى شئت لم تطلق حتى تقول قد شئت لأن ما في القلب لا يعلم حتى يعبر عنه اللسان فيعلق الحكم بها ينطق به دون ما في القلب فلو شاءت بقلبها دون نطقها لم يقع به طلاق ولو قالت قد شئت بالسانها وهي كارهة وقع الطلاق اعتبارا بالنطق وكذلك ان علق الطلاق بمشيئة غيرها

مسالة : ومتى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سوء كان على الفور أو التراخي
مسالة : ومتى وجدت المشيئة باللسان وقع الطلاق سوء كان على الفور أو التراخي
نص عليه أحمد في تعليق الطلاق بمشيئة فلان وفيما إذا قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت ونحو هذا قال الزهري و القتادة وقال أبو حنيفة دون صاحبيه إذا قال أنت طالق كيف شئت تطلق في الحال طلقة رجعية لأن هذيا ليس بشرط انما هو صفة للطلاق الواقع بمشيئتها
ولنا أنه أضاف الطلاق إلى مشيئتها فأشبه ما لو قال حيث شئت وقال الشافعي في جميع الحروف ان شئت في الحلال وإلا فلا تطلق لأن هذا تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختاري
وقال أصحاب الرأي في ان كقوله وفي سائر الحروف كقولنا لأن هذه الحروف صريحة في التراخي فحملت على مقتضاها بخلاف ان فإنها لا تقتضي زمانا وإنما هي لمجرد الشرط فتقيده بالفور يقتضيه وقال الحسن و عطاء في قوله أنت طالق ان شئت انما ذلك ما داما في المجلس
ولنا أنه تعليق للطلاق على شرط فكان على التراخي كالعتق وفارق اختاري فانه ليس بشرط انما هو تخيير فتقيد بالمجلس كخيار المجلس ويحتمل ان يقف على المجلس كالاختيار لأنه تمليك للطلاق فكان على الفور كقوله اختاري والصحيح الأول وقد ذكرنا الفرق بين الأصل والفرع فإن قيد المشيئة بوقت فقال أنت طالق ان شئت اليوم تقيد به فإن خرج اليوم قبل مشيئتها لم تطلق وإن علقه على مشيئة اثنين لم يقع حتى توجد مشيئتها وخرج القاضي وجها أنه يقع بمشيئة أحدهما كما يحنث بفعل بعض المحلوف عليه وقد بينا فساد هذا

مسألة : وإن قال أنت طالق ان شئت فقالت قد شئت ان شئت فقال قد شئت لم تطلق
مسألة : وإن قال أنت طالق إن شئت فقالت قد شئت إن شئت فقال قد شئت لم تطلق
لأنها لم تشأ فإن المشيئة أمر حقيقي لا يصح تعليقها على شرط وكذلك ان قالت قد شئت ان طلعت الشمس نص أحمد على هذا وهو قول سائر أهل العلم منهم الشافعي و إسحاق و أبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا قال لزوجته أنت طالق ان شئت فقال قد شئت إن شاء فلانه انها قد ردت الأمر ولا يلزمها الطلاق وإن شاء فلان وذلك لأنه لم يوجد منها مشيئة انما وجد منها تعليق مشيئتها بشرط وليس تعليق المشيئة بشرط مشيئة وإن علق الطلاق على مشيئة اثنين فشاء أحدهما على الفور والآخر على التراخي وقع الطلاق لأن المشيئة قد وجدت منهما جميعا



مسألة : وإن قال أنت طالق إن شئت وشاء أبوك لم تطلق حتى يشاءا
مسألة : وإن قال أنت طالق إن شئت وشاء أبوك لم تطلق حتى يشاءا
لأن الصفة مشيئتهما ولا تطلق بمشيئة أحدهما لعدم وجود الشرط

مسألة : وإن قال أنت طالق إن شاء زيد فمات أو جن أو خرس قبل المشيئة لم تطلق
مسألة : وإن قال أنت طالق إن شاء زيد فمات أو جن أو خرس قبل المشيئة لم تطلق
لأن شرط الطلاق لم يوجد وحكي عن أبي بكر أنه يقع ولأنه علقه على شرط فوقع في الحال كما لو قال أنت طالق ان شاء الله وليس بصحيح لأن الطلاق المعلق علي شرط لا يقع إذا تعذر شرطه كالمعلق على دخول الدار وإن شاء وهو مجنون لم يقع طلاقه لأن حكم لكلامه وإن شاء وهو سكران فالصحيح أنه لا يقع لأنه زائل العقل أشبه المجنون وقال أصحابنا يخرج على الروايتين في طلاقه والفرق بينهما ان إيقاع طلاقه تغليظ عليه كيلا تكون المعصية سببا للتخفيف عنه وههنا انما يقع الطلاق بغيره فلا يصح منه في حال زوال عقله وإن شاء وهو صبي طفل لم يقع كالمجنون وإن كان يعقل الطلاق وقع لأن له مشيئة ولذلك صح إختياره لأحد أبويه وإن كان أخرس فشاء الإشارة وقع الطلاق لأن اشارته تقوم مقام نطق الناطق ولذلك وقع طلاقه بها وإن كان ناطقا حال التعليق فخرس ففيه وجهان :
أحدهما : يقع الطلاق بها لأن طلاقه في نفسه يقع بها فكذلك طلاق من علقه بمشيئته
والثاني : لا يقع بها لأنه حال العليق كان لا يقع إلا بالنطق فلم يقع بغيره كما لو قال في التعليق ان نطق فلان بمشيئته فهي طالق



مسألة : وإن قال أنت طالق إلا أن يشاء زيد فمات أو جن أو خرس طلقت في الحال
مسألة : وإن قال أنت طالق إلا أن يشاء زيد فمات أو جن أو خرس طلقت في الحال
لأنه أوقع الطلاق وعلق عقبه بشرط ولم يوجد وأما إذا خرس فشاء بالاشارة خرج فيه الوجهان اللذان ذكرناها بناء على وقوع الطلاق بإشارته إذا علقت على مشيئته

مسألة : وإن قال أنت طالق واحدة إلا أن يشاء زيد ثلاثا فقال أبو بكر تطلق ثلاثا في أحد الوجهين
مسألة : وإن قال أنت طالق واحدة إلا أن يشاء زيد ثلاثا فقال أبو بكر تطلق ثلاثا في أحد الوجهين
لأن السابق إلى الفهم من هذا الكلام إيقاع الثلاث إذا شاءها زيد كما لو قال له علي درهم إلا أن تقيم بينة بثلاثة وخذ درهما إلا أن تريد أكثر منه ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم : [ البيعان بالخيار ما لم يتفرقا إلى بيع الخيار ] أي أن بيع الخيار يثبت الخيار فيه بعد تفريقها والثاني لا تطلق وقال أصحاب الشافعي و أبي حنيفة لا تطلق إذا شاء ثلاثا لأن الاستثناء من الاثبات نفي فتقديره أنت طالق واحدة إلا أن يشاء زيد ثلاثا فلا تطلقي ولأنه لو لم يقل ثلاثا لما طلقت بمشيئته ثلاثا فكذلك إذا قال ثلاثا لأنه انما ذكر الثلاث صفة لمشيئة زيد الرافعة لطلاق الواحدة فيصير كما لو أنت طالق إلا أن يكرر زيد مشيئته ثلاثا فأما إن لم يشأ أقل من ثلاث طلقت واحدة



مسالة : وإن قال أنت طالق إن شاء الله طلقت وإن قال لأمته أنت حرة إن شاء الله عتقت وحكي عنه أنه يقع العتق دون الطلاق
مسالة : وإن قال أنت طالق إن شاء الله طلقت وإن قال لأمته أنت حرة إن شاء الله عتقت وحكي عنه أنه يقع العتق دون الطلاق
نص أحمد رحمه الله على وقوع الطلاق والعتق في رواية جماعة وقال ليس هما من الايمان وبهذا قال سعيد بن المسيب و الحسن و مكحول و قتادة و الزهري و مالك و الليث و الأوزاعي و أبو عبيد وعن أحمد ما يدل على ان الطلاق لا يقع ولا العتاق وهو قول طاوس و الحكم و أبي حنيفة و الشافعي لأنه علقه على مشيئة لم يعلم وجودها فلم يقع كما علقها على مشيئة زيد ولقول النبي صلى الله عليه وسلم [ من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث ] رواه الترمذي وقال حديث حسن
ولنا ما روى أبو حمزة قال سمعت ابن عباس يقول إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق ان شاء الله فهي طالق رواه أبو حفص باسناده عن أبي بردة نحوه وروى ابن عمر وأبو سعيد قال كنا معاشر أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نرى الاستثناء جائزا في كل شيء إلا في الطلاق والعتاق ذكره أبو الخطاب وهذا نقل لإجماع فإن قدرته أنه قول بعضهم فقد انتشر ولم يعرف له مخالف فهو اجماع ولأنه استثناء يرفع جملة الطلاق فلم يصح كقوله أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ولأنه انشاء حكم في محل فلم يرتفع بالمشيئة كالبيع والنكاح أو نقول إزالة ملك فلم يصح تعليقه على مشيئة الله كما لو قال ابرأتك ان شاء الله أو تعليق على ما لا سبيل إلى علمه فأشبه تعليقه على المستحيلات والحديث لا حجة لهم فيه فإن الطلاق انشاء وليس بيمين حقيقة وإن سمي بذلك فمجاز لا تترك الحقيقة من أجله ثم ان الطلاق انما سمي يمينا إذا كان معلقا على شرط يمكن فعله وتركه ومجرد قوله أنت طالق ليس بيمين حقيقة ولا مجازا فلم يكن الاستثناء بعد يمين وقولهم علقه على مشيئة لا تعلم قلنا قد علمت مشيئة الله للطلاق بمباشرة الآدمي سببه قال قتادة قد شاء الله حين أذن أن تطلق ولو سلمنا انها لم تعلم لكن قد علقه على شرط يستحيل علمه فيكون كتعليقه على المستحيلات يلغو ويقع الطلاق في الحال وحكي عن أحمد أنه يقع العتق دون الطلاق وعلله أحمد رحمه الله بأن العتق لله سبحانه والطلاق ليس هو لله ولا فيه قربة إليه ولأنه لو قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر فهذا تعليق للحرية على الملك وهو صحيح ولأن من نذر العتق لزمه الوفاء به ومن نذر الطلاق لا يلزمه الوفاء به فكما افترقا في النذر جاز أن يفترقا في اليمين

مسألة : وإن قال أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت
مسألة : وإن قال أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت
ووافق أصحاب الشافعي على هذا في الصحيح من المذهب لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة لم تعلم

مسألة : وإن قال إن لم يشأ الله أو ما لم يشأ الله فعلى وجهين
مسألة : وإن قال إن لم يشأ الله أو ما لم يشأ الله فعلى وجهين
أحدهما : يقع في الحال لأن وقوع طلاقها إذا لم يشأ الله محال هذه الصفة ووقع الطلاق
والثاني : لا يقع بناء على تعليق الطلاق على المحال مثل قوله أنت طالق ان جمعت بين الضدين أو شربت الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه
فصل : وإن قال أنت طالق لتدخلن الدار إن شاء الله لم تطلق دخلت أو لم تدخل لأنها إن دخلت فقد فعلت المحلوف عليه وإن لم تدخل علمنا إن الله لم يشأه لأنه لو شاءه لوجود فإن ما شاء الله كان وكذلك إن قال أنت طالق لا تدخلي الدار إن شاء الله لما ذكرنا وإن أراد بالاستثناء والشرط رده إلى الطلاق دون الدخول خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا في المنجز وإن لم تعلم نيته فالظاهر رجوعه إلى الدخول ويحتمل أن يرجع إلى الطلاق



مسألة : وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله فدخلت فهل تطلق ؟ على روايتين
مسألة : وإن قال إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله فدخلت فهل تطلق ؟ على روايتين
إحداهما : يقع الطلاق بدخول الدار ولا ينفعنه الاستثناء لأن الطلاق والعتاق ليسا من الايمان ولما ذكرناه فيما إذا قال أنت طالق إن شاء الله
والثانية : لا تطلق وهو قول أبي عبيد إذا علق الطلاق بشرط صار يمينا وحلفا فصح الاستثناء فيه لعموم قوله عليه والسلام : [ من حلف على يمين فقال إن شاء الله لم يحنث ] وفارق إذا لم يعلقه فإنه ليس بيمين فلا يدخل في العموم

مسألة : وإن قال أنت طالق لرضا زيد أو مشيئته طلقت في الحال
مسألة : وإن قال أنت طالق لرضا زيد أو مشيئته طلقت في الحال
لأن معناه أنت طالق لكونه قد شاء ذلك أو رضيه كقوله هو حر لوجه الله أو لرضا الله فإن قال أردت به الشرط دين قال القاضي ويقبل في الحكم لأنه محتمل فإن ذلك يستعمل للشرط كقوله أنت طالق للسنة وهذا أظهر الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه لا يقبل لأنه خلاف الظاهر
فصل : فإن قال أنت طالق إن أحببت أو أردت أو كرهت أحتمل أن يتعلق بقولها بلسانها قد أحببت أو أردت أو كرهت لأن هذه المعاني في القلب لا يمكن الاطلاع عليها إلا من قبلها فيعلق الحكم بقولها كالمشيئة ويحتمل أن يتعلق أن يتعلق الحكم بما في القلب من ذلك ويكون اللسان دليلا عليه فعلى هذا لو أقر الزوج بوجوده وقع طلاقه وإن لم تتلفظ به ولو قالت أنا أحب ذلك قالت كنت كاذبة لم تطلق

مسألة : وإن قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله في النار فأنت طالق أو قال إن كنت تحبينه بقلبك فقالت أنا أحبه
مسألة : وإن قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله في النار فأنت طالق أو قال إن كنت تحبينه بقلبك فقالت أنا أحبه
فقد توقف أحمد رحمه الله عنها وسئل فلم يجب فيها بشيء وفيها احتمالان أحدهما : لا تطلق وهو قول أبي ثور لأن المحبة في القلب ولا يوجد من أحد محبة ذلك وخبرها بحبها له كذب معلوم فلم يصح دليلا على ما في قلبها
والاحتمال الثاني : تطلق قاله القاضي وهو قول أصحاب الرأي لأن ما في القلب لا يوفق عليه إلا من لفظها فاقتضى تعليق الحكم بلفظها به كاذبة كانت أو صادقة كالمشيئة ولا برق بين قوله إن كنت تحبين وذلك وبين قوله إن كنت تحبينه بقلبك لأن المحبة لا تكون إلا بالقلب قال شيخنا والأولى أنها لا تطلق إن كانت كاذبة وهذا الاحتمال الأول والله أعلم



فصل في مسائل متفرقة
إذا قال أنت طالق إذا رأيت الهلال طلقت إذا رأيت الهلال طلقت إذا رئي في أول شهر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا تطلق حتى يراه لأنه علق الطلاق على رؤية نفسه أشبه تعليقه على رؤية زيد
ولنا أن الرؤية في عرف الشرع العلم به في أول الشهر بدليل قوله عليه الصلاة والسلام [ إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا ] والمراد به رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لفظ الحالف إلى عرف الشرع كما إذا قال إذا صليت فأنت طالق فانه ينصرف إلى الصلاة الشرعية لا إلى الدعاء وفارق رؤية زيد فإنه لم يثبت له عرف شرعي يخالف الحقيقة وكذلك لو لم يره أحد لكن ثبت الشهر بتمام العدد لأنه قد علم طلوعه إلا أن ينوي حقيقة رؤيتها فلا تطلق حتى تراه ويقبل قوله في ذلك لأنها رؤية حقيقة وتتعلق الرؤية برؤيته بعد الغروب فإن رأت قبل ذلك لم تطلق لأن الهلال الشهر ما كان في أوله ولأنا جعلنا رؤية الهلال عبارة عن دخول الشهر ويحمل أن تطلق برؤيته قبل الغروب لأنه يسمى رؤية والحكم متعلق به في الشهر فإن قال أردت إذا رأيته أنا بعيني فلم يره متى أقمر لم تطلق لأنه ليس بهلال واختلف فيما يصير به قمرا فقيل بعد ثالثة وقيل استدار وقيل إذا بهر ضوؤه
فصل : قال أحمد إذا قال لها أنت طالق ليلة القدر يعتزلها إذا دخل العشر وقبل العشر أهل المدينة يرونها في السبع عشرة إلا أن الثابت عن النبي صلى الله عليه وسلم في العشر الأواخر إنما أمره باجتنابها في العشر لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بالتماس ليلة القدر في العشر الأواخر فيحتمل أن تكون أول ليلة منه ويمكن أن يكون هذا منه على سبيل الاحتياط ولا يتحقق حنقه إلى آخر ليلة من الشهر لاحتمال أن تكون هي تلك الليلة



مسالة : وإن قال من بشرتني بقدوم أخي فهي طالق فأخبرته امرأتاه طلق الأولى منهما إلا أن تكون الثانية هي الصادقة وحدها فتطلق وحدها

مسالة : وإن قال من بشرتني بقدوم أخي فهي طالق فأخبرته امرأتاه طلق الأولى منهما إلا أن تكون الثانية هي الصادقة وحدها فتطلق وحدها
إنما طلقت الأولى وحدها لأن التبشير خبر صدق تتغير به بشرة الوجه من سرور أو غم وقد حصل بخير الأولى واشترطنا صدقها لأنه متى علتم أنه كذب زال السرور فإن كانت الثانية هي الصادقة طلقت وحدها لأن السرور إنما حصل بخبرها هذا إذا أخبرته إحداهما بعد الأخرى وإن بشره بذلك اثنتان أو ثلاث أو أربع دفعة واحدة طلقن كلهن لأن من تقع على الواحد فما زاد قال الله تعالى : { فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره * ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره } وقال : { ومن يقنت منكن لله ورسوله وتعمل صالحا نؤتها أجرها مرتين }



مسألة : وإن قال من أخبرتني بقدومه فهي طالق
مسألة : وإن قال من أخبرتني بقدومه فهي طالق
فكذلك عند القاضي تطلق المخبرة الأولى إن كانت صادقة وإن كانت كاذبة احتمل أن لا تطلق وهو ظاهر كلام القاضي لأن الظاهر من حاله أنه أراد من أعلمتني ولا يحصل بالصدق ولذلك لو قال من بشرتني بقدومه فهي طالق لم تطلق الكاذبة وإن كان الشرور يحصل إذا جهل كذبها وإن أخبرته أخرى طلقت في قول أبي الخطاب لأنها مخبرة ولم تطلق عند القاضي الثانية ولا الكاذبة كالبشارة سواء
فصل : إذا قال أول من يقوم منكن فهي طالق أو قال أول من قام منكم فهو حر فقام الكل دفعة واحدة لم يقع طلاق ولا عتق لأنه لا أول فيهم وإن قام واحد أو واحدة ولم يقم بعده أحد احتمل وجهين
أحدهما : يقع الطلاق أو العتق لأن الأول ما كان بعده شيء ولم يوجد فعلى هذا لا يحكم بوقوع ذلك ولا انتفائه حتى ييأس من قيام أحد منهم بعده فتنحل يمينه وإن قام اثنان أو ثلاثة دفعة واحدة وقام بعدهم آخر وقع الطلاق والعتق بمن قام في الأول بوقوعه على القليل والكثير قال الله تعالى : { ولا تكونوا أول كافر به } حكي عن القاضي فيمن قال أول من يدخل من عبيدي فهو حر فدخل اثنان دفعة واحدة ثم دخل بعدهم آخر : لم يعتق واحد منهم وهذا بعيد فإنه قد دخل بعضهم بعد بعض ولا أول فيهم وهذا لا يستقيم إلا أن يكون قال أول من يدخل منكم وحده ولم يدخل بعد الثالث أحد فإنه لو دخل بعد الثالث أحد عتق لكونه أول من دخل وحده وإذا لم يقل وحده فإن لفظة الأول تتناول الجماعة كما ذكرنا وقد [ قال النبي صلى الله عليه وسلم : أول من يدخل الجنة فقراء المهاجرين ] ولو قال آخر من يدخل منكن الدار فهي طالق فدخل بعضهن لم يحكم بطلاق واحدة منهن حتى ييأس من دخول غيرها بموته أو موتهن أن غير ذلك فيتبين وقوع الطلاق بآخرهن دخولا من حين دخلت وكذلك الحكم في العتق
فصل : إذا قال إن دخل داري أحد فامرأتي طالق فدخلها هو أو قال لإنسان إن دخل دارك أحد فعبدي حر فدخلها صاحبها فقال القاضي لا يحنث لأن قرينة حال المتكلم تدل على أنه إنما حلف على غيره ويمنع من سواه فيخرج من العموم بالقرينة ويخرج المخاطب من اليمين ويحتمل الحنث أخذا بعموم اللفظ وإعراضا عن السبب



مسألة : وإن حلف لا يفعل شيئا ففعله ناسيا حنث في الطلاق والعتاق ولم يحنث في اليمين المكفرة في ظاهر المذهب

مسألة : وإن حلف لا يفعل شيئا ففعله ناسيا حنث في الطلاق والعتاق ولم يحنث في اليمين المكفرة في ظاهر المذهب
نقل ذلك عن أحمد جماعة واختاره الخلال وصاحبه وهو قول أبي عبيد وعن أحمد رواية أخرى أنه لا يحنث في الطلاق والعتاق أيضا وهو قول عطاء و عمر بن دينار و ابن أبي نجيح و إسحاق و ابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي لقول الله تعالى { وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم } و [ قال النبي صلى الله عليه وسلم : إن الله تجاوز لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ] ولأنه غير قاصد للمخالفة فلم يحنث كالنائم والمجنون ولأنه أحد طرفي اليمين فاعتبر فيه القصد كحالة الابتداء بها وعن أحمد للمخالفة فلم يحنث كالنائم والمجنون ولأنه أحد طرفي اليمين فاعتبر فيه القصد كحالة الابتداء بها وعن أحمد رواية ثالثة أنه يحنث في الجميع وتلزمه الكفارة في اليمين المكفرة وهو قول سعيد بن جبير و مجاهد و الزهري و قتادة و ربيعة و مالك والقول الثاني للشافعي لأنه فعل ما حلف عليه قاصدا لفعله فلزمه الحنث كالذاكر وكما لو كانت اليمين بالطلاق والعتاق ووجه الأولى إن الكفارة إنما تجب لرفع الاثم ولا إثم على الناسي ولما ذكرنا من الآية والخبر وأما الطلاق والعتاق فهو معلق بشرط فيقع بوجود شرطه من غير قصد كما لو قال أنت طالق إن طلعت الشمس أو قدم الحاج ولأن هذا يتعلق به حق آدمي فيعلق الحكم به مع النسيان كالإتلاف

[ جزء 8 - صفحة 447 ]

مسألة : وإن حلف لا يدخل على إنسان بيتا أو لا يكلمه أو لا يسلم عليه أو لا يفارقه حتى يقضيه حقه فدخل بيتا هو فيه ولم يعلم أو سلم على قوم هو فيهم ولم يعلم أو قضاه حقه ففارقه فخرج رديئا أو أحاله به ففارقه ظنا منه أنه قد برئ خرج على الروايتين في الناسي والجاهل فإن في الناسي روايتين والجاهل مقيس عليه
مسألة : وإن حلف لا يدخل على إنسان بيتا أو لا يكلمه أو لا يسلم عليه أو لا يفارقه حتى يقضيه حقه فدخل بيتا هو فيه ولم يعلم أو سلم على قوم هو فيهم ولم يعلم أو قضاه حقه ففارقه فخرج رديئا أو أحاله به ففارقه ظنا منه أنه قد برئ خرج على الروايتين في الناسي والجاهل فإن في الناسي روايتين والجاهل مقيس عليه
لأنه غير قاصد للمخالفة وقد سبق دليل ذلك وكذلك إن حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه يحسبه أجنبيا أو حلف لا يبيع لزيد ثوبا فوكل زيد من يدفعه الى من يبيعه فدفعه إلى الحالف فباعه من غير علمه فهو كالناسي لأنه غير قاصد للمخالفة أشبه الناسي

[ جزء 8 - صفحة 448 ]

مسألة : وإن حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه لم يحنث وعنه يحنث إلا أن ينوي جميعه
مسألة : وإن حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه لم يحنث وعنه يحنث إلا أن ينوي جميعه
هذه الرواية ظاهر المذهب نص أحمد على ذلك في رواية حنبل و صالح فيمن حلف على امرأته لا تدخل بيت أختها لم تطلق حتى تدخل كلها ألا ترى كلها ألا ترى أن عوف بن مالك قال كلي أو بعضي لأن الكل لا يكون بعضا والبعض الا يكون كلا وهذا اختيار أبي الخطاب ومذهب أبي حنيفة و الشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج رأسه وهو معتكف الى عائشة فترجله وهي حائض والمعتكف ممنوع من الخروج من المسجد والحائض ممنوعة من اللبث فيه و [ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لأبي بن كعب : إني لا أخرج من المسجد حتى أعلمك سورة ] فلما أخرج رجله نم المسجد علمه إياها ولأن يمينه تعلقت

بالجميع فلم تنحل بالبعض كالإثبات وعنه أنه يحنث إلا أن ينوي جميعه حكي ذلك عن مالك وهو اختيار الخرقي لأن اليمين تقتضي المنع من تخلف فعل المحلوف عليه فاقتضت المنع من فعل شيء منه كالنهي ونظير الحلف على ترك الشيء قوله سبحانه : { لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم } وقوله : { لا تدخلوا بيوت النبي } لا يكون النهي ممتثلا إلى بترك الدخول كله فمتى أدخل بعضه لم يكن تاركا لما حلف عليه فكان مخالفا كالنهي عن الدخول والخلاف إنما هو في اليمين المطلقة فأما إن نوى الجميع أو البعض فيمينه على ما نوى وكذلك إن اقترنت به قرينة تقتضي أحد الأمرين تعلقت يمينه به كمن حلف لا شربت هذا النهر أو هذه البركة تعلقت يمينه ببعضه وجها وفيه خلاف نذكره في موضعه بعد



مسألة : وإن حلف ليفعلن شيئا أو ليدخلن الدار لم يبرأ إلا بفعل جميعه والدخول إلى الدار بجملته

مسألة : وإن حلف ليفعلن شيئا أو ليدخلن الدار لم يبرأ إلا بفعل جميعه والدخول إلى الدار بجملته

لا يختلف المذهب في ذلك ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافا لأن اليمين تناولت فعل الجميع فلم يبرأ إلا بفعله كما لو أمره الله تعالى بفعل شيء لم يخرج من عهده الأمر إلا بفعل الجميع لأن اليمين على فعل شيء اخبار بفعله في المستقبل مؤكد بالقسم والخبر بفعل شيء يقتضي فعله كله

مسالة : وإن حلف لا يدخل دارا فأدخلها بعض جسده أو دخل طاق الباب أو لا يلبس ثوبا من غزلها فلبس ثوبا فيه منه أو لا يشرب ماء هذا الكوز فشرب بعضه خرج على الروايتين فيمن فعل بعض المحلوف عليه

مسالة : وإن حلف لا يدخل دارا فأدخلها بعض جسده أو دخل طاق الباب أو لا يلبس ثوبا من غزلها فلبس ثوبا فيه منه أو لا يشرب ماء هذا الكوز فشرب بعضه خرج على الروايتين فيمن فعل بعض المحلوف عليه وقد ذكرناه قبل هذه المسألة :

مسألة : وإن حلف لا يشرب ماء هذا النهر فشرب منه حنث وجها واحدا

مسألة : وإن حلف لا يشرب ماء هذا النهر فشرب منه حنث وجها واحدا

لأن فعل الجميع ممتنع فلا تنصرف يمينه إليه وكذلك إن قال والله لا آكل الخبز ولا أشرب الماء وما أشبهه مما علق على اسم جنس أو علقه على اسم جمع كالمسلمين والمشركين والفقراء والمساكين فإنه يحنث بالبعض وبهذا قال أبو حنيفة وسلمة وأصحاب الشافعي في أسم الجنس دون الجمع وسواء عقله على أسم جنس مضاف كقوله والله لا شربت ماء هذا النهر أو قال والله لا شربت الماء وهو وقول أبو حنيفة وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي والوجه الآخر لا يحنث لأن لفظه يقتضي جميعه فلم يحنث بفعل بعضه كالاداوة
ولنا أنه لا يمكن شرب جميعه فتعلقت يمينه ببعضه كما لو حلف لا يكلم الناس فكلم بعضهم وبهذا فارق ماء الاداوة فإن نوى بيمينه فعل الجميع وكان في لفظه ما يقتضي ذلك يحنث إلا بفعل الجميع بلا خلاف فلو قال لا صمت يوما أو لا صليت صلاة أو لا أكلت رغيفا أو قال لزوجته إن حضت حيضة فهذا وشبهه مما يدل لعى ارادة الجميع فوجب تعليق اليمين به
فصل : إذا حلف لا شربت من ماء الفرات فشرب من مائه حنث سواء كرع فيه أو اعترف منه ثم شربه وبه قال الشافعي و أبو يوسف و محمد وقال أبو حنيفة لا يحنث حتى يكرع فيه

لأن حقيقة ذلك الكرع فلم يحنث بغيره كما لو حلف لا يشرب من هذا الإناء فصب منه في غيره وشرب
ولنا أن معنى يمينه أن لا يشرب من ماء الفرات لأن الشرب يكون من مائها لا منها في العرف فحملت اليمين عليه كما لو حلف لاشربت من هذيا البئر ولا أكلت من هذه الشجرة ولا شربت من هذه الشاة ويفارق الكوز فإن الشرب في العرف منه لأنه آلة للشرب بخلاف النهر وما ذكروه يبطل بالبئر والشاة والشجرة وقد سلموا أنه لو استسقى من البئر أو جلف لبن الشاة أو التقط من الشجرة فشرب وأكل أنه يحنث فكذا في مسألتنا
فصل : وإن حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه حنث لأنه من ماء الفرات وإن حلف لا يشرب من الفرات فشرب من نهر يأخذ منه ففيه وجهان :
أحدهما : يحنث لأن معنى الشرب منه الشرب من مائه فحنث كما لو حلف لا شربت من مائه وهذا أحد الاحتمالين لأصحاب الشافعي
والثاني : لا يحنث وهو قول أبي حنيفة وأصحابه وإلا أبا يوسف فإن عنه رواية أنه يحنث وإنما قلنا إنه لا يحنث لأن ما أخذه النهر يضاف إلى ذلك النهر لا إلى الفرات ويزول باضافته إليه عن إضافته إلى الفرات فلا يحنث به كغير الفرات

[ جزء 8 - صفحة 451 ]

مسألة : وإن حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد أو نسجه أو لا يأكل طعاما طبخه فلبس ثوبا نسجه هو وغيره أو اشتراه أو أكل طعاما طبخاه فعلى روايتين
مسألة : وإن حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد أو نسجه أو لا يأكل طعاما طبخه فلبس ثوبا نسجه هو وغيره أو اشتراه أو أكل طعاما طبخاه فعلى روايتين
إحداهما : يحنث كما لو حلف أن لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من غير عزلها وغزل غيرها
والثاني : لا يحنث وهو قول أبي حنيفة و الشافعي لأنه لم يلبس ثوبا كاملا وكذلك إن حلف لا يلبس ثوبا نسجه زيد ولا يأكل من قدر طبخها ولا يدخل دارا اشتراها ولا يلبس ثوبا خاطه زيد ففعل ذلك هو وغيره فلبس الثوب أو دخل الدار أو أكل الطعام ففي هذا كله من الخلاف ما ذكرنا فيمن حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه فأما إن حلف لا يلبس مما خاطه زيد فإنه يحنث بلبس ثوب خاطاه جميعا لأنه لبس مما خاطه زيد بخلاف ما إذا قال ثوبا خاطه زيد وإن حلف لا يدخل دارا لزيد فدخل دارا له ولغيره خرج فيه وجهان بناء على ما ذكرنا

مسالة : وإن حلف لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه هو وغيره حنث إلا أن يكون أراد أن لا ينفرد أحدهما بالشراء
مسالة : وإن حلف لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه هو وغيره حنث إلا أن يكون أراد أن لا ينفرد أحدهما بالشراء
وبهذا قال أبو حنيفة و مالك وقال الشافعي لا يحنث وذكر أبو الخطاب فيه احتمالين لأن كل جزء لم ينفرد أحدهما بشرائه فلم يحنث كما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد فلبس ثوبا اشتراه هو وغيره
ولنا أن زيدا اشترى نصفه وهو طعام وقد أكله فأشبه ما لو اشتراه زيد وخلطه بما اشتراه عمرو فأكل الجميع فأما الثوب فلا نسلمه وإن سلمناه فالفرق بينهما أن نصف الثوب ليس بثوب ونصف الطعام طعام وقد أكله بعد أن اشتراه زيد وإن اشترى زيد نصفه مشاعا أو اشترى نصفه ثم لآخر باقيه فأكل منه حنث والخلاف فيه على ما تقدم فأما إن اشترى زيد نصفه معينا ثم خلطه بالنصف الآخر ثم أكل أكثر من النصف حنث وجها واحدا بغير خلاف لأنه أكل مما اشتراه زيد يقينا وإن أكل نصفه أو أقل من نصفه ففيه وجهان :

أحدهما : يحنث لأنه يستحيل في العادة انفراد ما اشتراه زيد من غير فيكون الحنث ظاهرا
والثاني : ولا يحنث لأن الأصل عدم الحنث ولم يتيقن وإن أكل من طعام اشتراه زيد ثم باعه أو اشتراه لغيره حنث ويحتمل أن يحنث وكل موضع لا يحنث فحكمه حكم ما لو حلف لا يأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة على ما سنذكره إن شاء الله تعالى والله أعلم

[ جزء 8 - صفحة 452 ]

باب التأويل في الحلف
ومعنى التأويل أن يريد بلفظه ما يخالف ظاهره فإن كان الحالف ظالما لم ينفعه تأويله لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم [ يمينك على ما يصدقك به صاحبك ] وإن لم يكن ظالما فله تأويله نحو أن يحلف أنه أخي يريد بذلك أخوه في الإسلام أو يعني بالسقف والبناء السماء وبالبساط والفراش الأرض وبالأوتاد الجبال وباللباس الليل أو يقول ما رأيت فلانا أي ما ضربت رئته ولا ذكرته أي ما قطعت ذكره أو يقول جواري أحرار يعني سفنه ونسائي طوالق يعني النساء الأقارب منه أو يقول ما كاتبت فلانا ولا عرفته ولا أعلمته ولا سألته حاجة ولا أكلت له دجاجة ولا فروجا ولا شربت له ماء ولا في بيتي فرش ولا حصير ولا بارية ويعني بالمكاتبة مكاتبة الرقيق وبالتعرف جعله عريفا وبالاعلام جعله أعلم الشفة والحاجة شجرة صغيرة والدجاجة الكبة من الغزل والفروج الدارعة والفرش صغار الابل والحصير الحبس والبارية السكين التي يبري بها أو يقول والله ما أكلت منهذا شيئا ولا أخذت منه يعني الباقي بعد أخذه وأكله فهذا واشباهه مما يسبق إلى فهم السامع خلافه إذا عناه بيمينه فهو تأويل لأنه خلا ف الظاهر
فصل : ولا يخلو حال الحالف المتأول من ثلاثة أحوال :
أحدها : أن يكون مظلوما مثل أن يستحلفه ظالم على شيء لو صدقه لظلمه أو ظلم غيره أو نال مسلما منه ضرر فهذا له تأويله قال مهنا سألت أحمد عن رجل لنه امرأتان اسم كل واحدة منهما فاطمة فماتت واحدة منهما فحلت بطلاق فاطمة ونوى التي ماتت قال إن كان لمستحلف له ظلما فالنية نية صاحب الطلاق وإن كان المطلق هو الظالم فالنية نية الذي استحلفه وروى أبو داود بإسناده [ عن سويد بن حنظلة قال خرجنا نريد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنا وائل بن حجر فأخذه عدو له فتحرج القوم أن يحلفوا فحلفت أنه أخي فخلى سبيله فأتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرنا ذلك له فقال إن كنت أصدقهم وأبرهم المسلم أخو المسلم ] وقال النبي صلى الله عليه وسلم [ إن في المعاريض لمندوحة عن الكذب ] يعني سعة المعريض التي يوهم بها السامع غير ما عناه قال محمد بن سيرين الكلام أوسع من أن يكذب ظريف يعني لا يحتاج أن يكذب لكثرة المعاريض وخص الظريف بذلك يعني به الكيس الفطن فإنه يفطن التأويل فلا حاجة به إلى الكذب
الوجه الثاني : أن يكون الحالف ظلما كالذي يستحلفه الحاكم على حق عنده فهذا تنصرف يمينه إلى ظاهر الذي عناه المستحلف ولا ينفع الحالف تأويله وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا فإن أبا هريرة قال [ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يمينك على ما يصدقك به صاحبك ] رواه مسلم ولأنه لو ساغ التأويل لبطل فمتى ساغ التأويل له انتفى ذلك فصار التأويل وسيلة إلى جحد الحقوق وقال إبراهيم في رجل استحلفه السلطان على شيء بالطلاق فورى في يمينه إلى شيء أجزأ عنه وإن كان ظالما لم يجز عنه التأويل
الحال الثالث : أن لا يكون ظالما ولا مظلوما فظاهر كلام أحمد أن له تأويله فإنه روي أن مهنا كان عنده هو و المروذي وجماعة فجاء رجل يطلب المروذي ولم يرد المروذي أن يكلمه فوضع مهنا أصبعه في كفه وقال ليس المروذي ههنا وما يصنع المروذي ههنا يريد ليس المروذي في كفه فلم ينكره أبو عبد الله
وروي أن مهنا قال أني أريد الخروج يعني السفر إلى بلد وأحب أن تسمعني الجزء الفلاني فاسمعه إياه ثم رآه بعد ذلك فقال ألم تقل تريد الخروج فقال له مهنا قلت لك إني أريد

الخروج الآن ؟ فلم ينكر عليه وهو مذهب الشافعي ولا نعلم هذا حلافا أيضا وروى سعيد عن جرير عن المغيرة قال كان إذا طلب إنسان إبراهيم ولم يرد ابراهيم أن يلقاه خرجت إليه الخادم فقالت اطلبوه في المسجد وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يمزح ولا يقول إلا حقا ومزاحه أن يوهم السامع بكلامه غير ما عناه فقال لعجوز [ لا يدخل الجنة عجوز ] يعني أن الله ينشئهن عربا أترابا و [ قال أنس إن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله احملني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إنا حاملوك على ولد ناقة فقال وما أصنع بولد الناقة ؟ قال وهل تلد الإبل إلا النوق ] رواه أبو داود وقال لامرأة وقد ذكرت له زوجها هو الذي في عينه بياض فقالت يا رسول الله أنه لصحيح العين وأراد النبي صلى الله عليه وسلم البياض الذي حول الحدقة وقال لرجل احتضنه من ورائه من يشتري العبد ؟ فقال يا رسول الله تجدني إذا كاسدا قال : لكنك عند الله لست بكاسد وهذا كله من التأويل والمعاريض وقد سماه النبي صلى الله عليه وسلم حقا فقال [ لا أقول إلا حقا ] وروي عن شريح أنه خرج نم عند ابن زياد وقد حضره الموت فقيل له كيف تركت الأمير ؟ فقال تركته يأمر وينهى فلما قيل له كيف قالت ذلك ؟ فقال تركته يأمر بالصبر وينهي عن البكاء والجزع ويروى عن شقيق أن رجلا خطب امرأة وتحته أخرى فقالوا لا نزوجك حتى تطلق امرأتك فقال اشهدوا إني قد طلقت ثلاثا فزوجوه فقام على امرأته فقالوا قد طلقت ثلاثا قال ألم تعلموا أنه كان لي ثلاث نسوة فطلقتهن ؟ قالوا بلى قال قد طلقت قالوا ما هذا أردنا فذكر ذلك شقيق لعثمان فجعلها نيته ويروى عن الشعبي أنه كان في مجلس فنظر إليه رجل ظن أنه طلب منه التعريف به والثناء عليه فقال الشعبي إن له بيتا وشرفا فقيل للشعبي بعد ما ذهب الرجل تعرفه ؟ فقال لا ولكنه نظر إلي قيل فكيف اثنيت عليه ؟ قال شرفه اذناه وبيته الذي يسكنه وروي أن رجلا أخذ على شراب فقيل له من أنت فقال :

( أنا ابن لا ينزل الدهر قدره ... وإن نزلت يوما فسوف تعود )

( ترى الناس أفواجا على باب داره ... فمنهم قيام حولها وقعود )

فظنوه شريفا فخلوا سبيله ثم سألوا عنه فإذا هو ابن باقلاني وأخذ الخوارج رافضيا فقالوا تبرأ من عثمان وعلي فقال أنا من علي وعثمان بريء فهذا وشبهه هو التأويل الذي لا يعذر به الظالم ويسوغ لغيره مظلوما كان أو غير مظلوم لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول ذلك في المزاح من غير حاجة إليه



مسألة : فإذا أكل تمرا فقال لتخبرني بعدد ما أكلت أو لتميزن نوى ما أكلت ولم تعلم فإنها تعد له عددا يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك

مسألة : فإذا أكل تمرا فقال لتخبرني بعدد ما أكلت أو لتميزن نوى ما أكلت ولم تعلم فإنها تعد له عددا يعلم أنه قد أتى على عدد ذلك

مثل أن يعلم أن عدد ذلك ما بين مائة إلى ألف فتعد ذلك كله وكذلك إن قال إن لم تخبريني بعدد حب هذه الرمانة ولا يحنث إذا كانت نيته ذلك وإن نوى الاخبار بكميته من غير نقص ولا زيادة لم يبرأ إلا بذلك وإن أطلق فقياس المذهب أنه لا يبرأ إلا بذلك أيضا لأن ظاهر حال الحلف إرادته فتنصرف يمينه إليه كالاسماء العرفية التي تنصرف اليمين عليها إلى مسماها عرفا دون مسماها حقيقة ولو أكلا تمرا فحلف لتميزن نوى ما أكلت فأفردت كل نواة وحدها فالحكم فيها كالتي قبلها

مسألة : وإن حلف ليقعدن على بارية في بيته ولا يدخله بارية فإنه يدخل قصبا فينسجه فيه فيجلس عليها في البيت فلا يحنث

مسألة : وإن حلف ليقعدن على بارية في بيته ولا يدخله بارية فإنه يدخل قصبا فينسجه فيه فيجلس عليها في البيت فلا يحنث
لأنه قد قعد على بارية في بيته ولم يدخله بارية إنما أدخله قصبا وليس هو بارية

[ جزء 8 - صفحة 456 ]

مسألة : وإن حلف ليطبخن قدرا برطل ملح يأكل كل منه فلا يجد طعم الملح فإنه يسلق به بيضا ويأكل منه ولا يحنث
مسألة : وإن حلف ليطبخن قدرا برطل ملح يأكل كل منه فلا يجد طعم الملح فإنه يسلق به بيضا ويأكل منه ولا يحنث لأن الصفة وجدت

مسألة : وإن حلف لا يأكل بيضا ولا تفاحا وليأكلن مما في هذا الوعاء فوجد فيه بيضا وتفاحا فإنه يعمل من البيض ناطفا ومن التفاح شرابا ويأكل منه ولا يحنث
مسألة : وإن حلف لا يأكل بيضا ولا تفاحا وليأكلن مما في هذا الوعاء فوجد فيه بيضا وتفاحا فإنه يعمل من البيض ناطفا ومن التفاح شرابا ويأكل منه ولا يحنث لأن ذلك ليس ببيض ولا تفاح

مسألة : وإن كان على سلم فحلف لا نزلت إليك ولا صعدت إلى هذه ولا أقمت مكاني ساعة
مسألة : وإن كان على سلم فحلف لا نزلت إليك ولا صعدت إلى هذه ولا أقمت مكاني ساعة يريد إذا كان له امرأتان إحداهما في الغرفة والأخرى أسفل ( فلتنزل العليا ولتصعد السفلى ثم ينزل إن شاء أو يصعد فتنحل يمينه ) لأن الصفة لم توجد

مسألة : وإن حلف لا أقمت عليه ولا نزلت منه ولا صعدت فيه فإنه ينتقل إلى سلم آخر وتنحل يمينه
مسألة : وإن حلف لا أقمت عليه ولا نزلت منه ولا صعدت فيه فإنه ينتقل إلى سلم آخر وتنحل يمينه
لأنه لم يقم عليه ولا صعد فيه ولا نزل منه إنما نزل أو صعد من غيره

مسالة : وإن حلف لا أقمت في هذا الماء ولا خرجت منه وكان الماء جاريا لم يحنث
مسالة : وإن حلف لا أقمت في هذا الماء ولا خرجت منه وكان الماء جاريا لم يحنث
لأن الماء المحلوف عليه جرى وصار في غيره فلم يحنث سواء أقام أو خرج لأنه إنما يقف في غيره أو يخرج منه وهذا الذي ذكره القاضي في المجرد وهو مذهب الشافعي لأن الايمان عندهم تبنى على اللفظ لا على القصد وكذلك قالوا لا يحنث في هذه الأيمان السابقة كلها قال القاضي في كتاب آخر : قياس المذهب أنه يحنث إلا أن ينوي عيهن الماء الذي هي فيه لأن إطلاق يمينه يقتضي خروجها من النهر أو إقامتها فيه

مسألة : فإن كان الماء واقفا حمل منه مكرها
مسألة : فإن كان الماء واقفا حمل منه مكرها لئلا ينسب إليه فعل

مسألة : وإن استحلفه ظالم ما لفلان عندك وديعة وكانت عنده وديعة فإنه يعني بما الذي ويبر في يمينه لأنه صادق
مسألة : وإن استحلفه ظالم ما لفلان عندك وديعة وكانت عنده وديعة فإنه يعني بما الذي ويبر في يمينه لأنه صادق

مسألة : وإن حلف عاملان ههنا وعنى موضعا معينا بر في يمينه
مسألة : وإن حلف عاملان ههنا وعنى موضعا معينا بر في يمينه
لصدق في ذلك وقد ذكرنا ما رواه مهنا أنه كان هو و المروذي عند أحمد فجاء رجل يطلب المروذي ولم يرد المروذي أن يكلمه فوضع مهنا أصبعه في كفه وقال ليس المروذي ههنا يريد ليس هو في كفه فلم ينكره أبو عبد الله

مسألة : ولو سرقت منه امرأته شيئا فحلف بالطلاق لتصدقني أسرقت مني شيئا أم لا وخافت أن تصدقه فإنها تقول سرقت منك ما سرقت منك ولو استحلفه ظلم هل رأيت فلانا أو لا وكان قد رآه فإنه يعني بما رأيته ما ضربت رئته
مسألة : ولو سرقت منه امرأته شيئا فحلف بالطلاق لتصدقني أسرقت مني شيئا أم لا وخافت أن تصدقه فإنها تقول سرقت منك ما سرقت منك ولو استحلفه ظلم هل رأيت فلانا أو لا وكان قد رآه فإنه يعني بما رأيته ما ضربت رئته



مسألة : ولو حلف على امرأته لا سرقت مني شيئا فخانته في وديعته لم يحنث
مسألة : ولو حلف على امرأته لا سرقت مني شيئا فخانته في وديعته لم يحنث
لأن الخيانة ليست بسرقة إلا أن ينوي ذلك فيحنث
فصل : ولو قال إن كانت امرأتي في السوق فعبدي حر وإن كان عبدي في السوق فامرأتي طالق وكانا نجميعا في السوق فقيل يعتق العبد ولا تطلق المرأة لأنه لم حنث في اليمين الأولى عتق العبد فلم يبق له في السوق عبد ويحتمل أن يحنث بناء على قولنا فيمن حلف على معين تعلقت اليمين بعينه دون صفته كما لو قال إن كلمت عبدي سعدا فأنت طالق ثم أعتقه وكلمته طلقت فكذلك ههنا لأن يمينه تعلقت بعبد معين وإن لم يرد عبدا بعينه لم تطلق المرأة لأنه لم يبق له عبد في السوق ولو كان فيها تمرة فقال أنت طالق إن أكلتها أو ألقيتها أو أميكتها فأكلت بعضها وألقت بعضها لم يحنث إلا على قول من قال إنه يحنث بفعل بعض المحلوف عليه وإن نوى الجميع لم يحنث بحال
فصل : قال عبد الله بن أحمد سألت أبي عن رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أجامعك اليوم وأنت طالق إن اغتسلت منك اليوم قال يصلي العصر ثم يجامعها فإذا غابت الشمس أغتسل إن لم يكن أراد بقوله اغتسلت منحك المجامعة وقال في رجل قال لامرأته أنت طالق إن لم أطأك في رمضان فسافر مسيرة أربعة أيام أو ثلاثة ثم وطئها فقال لا يعجبني لأنها حيلة ولا تعجبني الحيلة في هذا ولا في غيره قال القاضي إنما كره أحمد هذا لأن السفر الذي يبيح الفطر السفر المباح المقصود وهذا لا يقصد به غير حل اليمين والصحيح أن هذا تنحل به اليمين ويباح به الفطر لأنه سفر بعيد مباح لقصد صحيح فإن إرادة حل يمينه من المقاصد الصحيحة وقد أبحنا لمن له طريقان قصيرة لا يقصر فيها وبعيدة أن يسلك البعيدة ليقصر فيها الصلاة ويفطر مع أنه لا قصد له سوى الترخص فههنا أولى

باب الشك في الطلاق
إذا شك هل طلق أو لا لم تطلق
وجملة ذلك إن من شك في طلاقه لم يلزمه حكمه نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي لأن النكاح ثابت يقين فلا يزول بالشك والأصل في هذا حديث عبد الله بن زيد [ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة فقال لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا ] متفق عليه فأمره بالبناء على اليقين واطرح الشك ولأنه شك طرأ على يقين فوجب اطراحه كما لو شك المتطهر في الحدث قال شيخنا والورع التزام الطلاق فإن كان المشوك فيه طلاقا رجعيا راجع امرأته إن كانت مدخولا بها أو جدد نكاحها إن كانت غير مدخول بها وقد انقضت عدتها وإن شك في طلاق ثلاث طلقها واحدة وتركها لأنه إذا لم يطلقها فيقين نكاحه باق فلا تحل لغيره وحكي عن شريك أنه إذا شك في طلاقه طلقها واحدة ثم راجعها لتكون الرجعة عن طلقة فتكون صحيحة في الحكم وليس بشيء لأن التلفظ بالرجعة ممكن مع الشك في الطلاق ولا يفتقر إلى ما تفتقر إليه العبادات من النية ولأنه لو شك في طلقتين فطلق واحدة لصار شاكا في تحريمها فلا تفيده الرجعة

[ جزء 8 - صفحة 458 ]

مسألة : وإن شك في عدد الطلاق بنى على اليقين لما ذكرنا وقال الخرقي إذا طلق فلم يدر واحدة طلق أم ثلاثا اعتزلها وعليه نفقتها ما دامت في العدة فإن راجعها في العدة لزمته النفقة ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق ؟ لأنه متيقن للتحريم شاك في التحليل
مسألة : وإن شك في عدد الطلاق بنى على اليقين لما ذكرنا وقال الخرقي إذا طلق فلم يدر واحدة طلق أم ثلاثا اعتزلها وعليه نفقتها ما دامت في العدة فإن راجعها في العدة لزمته النفقة ولم يطأها حتى يتيقن كم الطلاق ؟ لأنه متيقن للتحريم شاك في التحليل
وجملة ذلك أن من طلق وشك في عدد الطلقات بنى على اليقين نص عليه أحمد في رواية ابن منصور في رجل لفظ بطلاق امرأته لا يدري واحدة أم ثلاثا فقال أما الواحدة فقد وجبت عليه وهي عنده حتى يستيقن
وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي لأ ن ما زاد على القدر تيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه كما لو شك في أصل الطلاق إذا ثبت هذا فإنه تبقى أحكامه أحكام المطلق دون الثلاث من إباحة الرجعة وإذا رجع عادت الى ما كانت عليه قبل الطلاق وقال الخرقي يحرم وطؤها ونحوه قول مالك إلا أنه حكي عنه أنه يلزمه الأكثر من الطلاق المشكوك فيه وقولهما متيقن للتحريم لأنه تيقن وجوده بالطلاق وشك في رفعه بالرجعة فلا يرتفع بالشك كما لو أصاب ثوبه نجاسة وشك في موضعها فإنه يزول حكم النجاسة بغسل موضع من الثوب ولا يزول حتى يغسله جميعه وفارق لزوم النفقة فإنها لا تزول بالطلقة الواحدة فهي باقية لأنها كانت باقية وقد شككنا في زوالها
وظاهر قول سائر أصحابنا أنه إذا راجعها حلت له وهو قول أبي حنيفة و الشافعي وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور لأن التحريم المتعلق بما تيقنه يزول بالرجعة يقينا فإن التحريم أنواع ( تحريم ) تزيله الرجعة و ( تحريم يزيله نكاح جديد ( وتحريم ) يزيله نكاح بعد زوج وإصابة ومن تيقن الأدنى لا يثبت فيه حكم الأعلى كمن تيقن الحدث الأصغر لا يثبت فيه حكم الأكبر ويزول تحريم الصلاة بالطهارة الصغرى ويخالف الثوب فإن غسل بعضه لا يرفع ما تيقنه من النجاسة فنظير مسألتنا إذا تيقن نجاسة كم الثوب وشك في نجاسة سائره فإن حكم النجاسة فيه يزول لغسل الكم وحده كذا ههنا ويمكن منع حصول التحريم ههنا ومن عليه الصلاة والسلام تيقنه فإن الرجعية مباحة لزوجها في ظاهر المذهب فما هو إذا متيقن للتحريم بل هو متيقن للاباحة شاك في التحريم وكذلك قال الخرقي فيمن حلف لا يأكل تمرة

فوقعت في تمر فأكل منه واحدة منع من وطء امرأته حتى يعلم أنا ليست التي وقعت اليمين عليها ولا يتحقق حنثه حتى يأكل التمر كله وهذه المسألة لا تخلو من أحوال ثلاث
أحدها : أن يتحقق أكل التمرة المحلوف عليها اما أن يعرفها بعينها أو صفتها أو يأكل التمر كله أو الجانب وقعت فيه كله فيحنث بلا خلاف بين أهل العلم لأنه أكل التمرة المحلوف عليها
الثاني : أن يتعحقق أنه لم يأكلها أما بأن لا يأكل من التمر شيئا أو يأكل شيئا يعلم أنه غيرها فلا يحنث أيضا بلا خلاف ولا يلزمه اجتناب زوجته
الثالث : أكل من التمر شيئا واحدة أو أكثر إلى أن لا يبقى منه إلا واحدة ولم يدر أكلها أولا فهذه مسألة الخرقي ولا يتحقق حنثه لأن الباقية يحتمل أنها المحلوف عليها ويقين النكاح ثابت فلا يزول بالشك وهذا قول الشافعي وأصحاب الرأي فعلى هذا يكون حكم الزوجية باقيا في لزوم نفقتها وكسوتها ومسكنها وسائر أحكامها إلا في الوطء فإن الخرقي قال يمنع من وطئها لأنه شاك في حلها فحرمت عليه كما لو اشتبهت عليه امرأته بأجنبية وذكر أبو الخطاب أنها باقية على الحل وهو مذهب الشافعي لأن الأصل الحل فلا يزول بالشك كسائر أحكام النكاح باق حكمه فأثبت الحل كما لو شك هل طلق أولا ؟ وإن كانت يمينه ليأكلن هذا التمرة فلا يتحقق بره حتى يعلم أنه أكلها



مسألة : وإن قال لامرأتيه إحداكما طالق ينوي واحدة بعينها طلقت وحدها فإن لم ينو خرجت المطلقة بالقرعة
مسألة : وإن قال لامرأتيه إحداكما طالق ينوي واحدة بعينها طلقت وحدها فإن لم ينو خرجت المطلقة بالقرعة
أما إذا نوى واحدة بعينها فإنها تطلق وحدها أنه عينها بنيته فأشبه ما لو عينها بلفظه فإن قال إنما أردت فلانة قبل منه لأن ما قاله محتمل ولا يعرف إلا من جهته وأما إن لم ينو واحدة بعينها فإنها تخرج بالقرعة نص عليه في رواية جماعة وبه قال الحسن و أبو ثور وقال قتادة و مالك يطلقن جميعا وقال حماد بن أبي سليمان و الثوري و أبو حنيفة و الشافعي له أن يختار أيتهن شاء فيوقع عليها الطلاق لأن لا يمكن إيقاعه ابتداء وتعيينه فإذا أوقعه ولم يعينه مالك تعيينه لأنه استيفاء ما ملكه
ولنا أن ما ذكرناه مروي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم ولا مخالف لهما من الصحابة ولأنه إزالة مالك بن علي التغليب والسراية فتدخله القرعة كالعتق وقد ثبت الأصل بكون النبي صلى الله عليه وسلم أرع بين العبيد الستة ولأن الحق لواحد غير معين فوجب تعيينه بالقرعة كالحرية في العبيد إذا أعتقهم في مرضه ولم يخرج جميعهم من الثلث وكالسفر بإحدى نسائه والبداية باحداهن في القسم وكالشريكين إذا اقتسما ولأنه طلق واحدة من نسائه لا يعلم عينها فلم يملك تعيينها باختياره كالمنسية وأما الدليل على أنهن لا يطلقن جميعا أنه أضاف الطلاق إلى واحدة فلم يطلق الجميع كما لو عينها قولهم إنه كان يملك الإيقاع والتعيين قلنا ملكه للتعين بالإيقاع لا يلزم أن يملكه بعده كما لو طلق واحدة بعينها وأنسيها فإن مات قبل القرعة والتعيين أقرع الورثة بينهن فمن وقعت عليها قرعة الطلاق فحكمها في الميراث حكم ما لو عينها بالتطليق منهن وقال الشافعي يوقف الميراث المختص بهن حتي يصطلحن عليه لأنه لا يعلم المستحق منهن ووجه قول الخرقي قول علي رضي الله عنه ولأنهن قد تساوين ولا سبيل إلى التعيين فوجب المصير إلى القرعة كمن أعتق عبيدا في مرضه لا مال له سواهم وقد ثبت الحكم فيهم بالنص لأن في توريث الجميع توريث من لا يستحق يقينا والوقف لا إلى غاية حرمان للمستحق يقينا والقرعة تسلم من هذين المحذورين ولها نظير في الشرع

مسألة : فإن قال لنسائه إحداكن طالق غدا طلقت واحدة منهن إذا جاء الغد وأخرجت بالقرعة
مسألة : فإن قال لنسائه إحداكن طالق غدا طلقت واحدة منهن إذا جاء الغد وأخرجت بالقرعة
مات قبل الغد ورثنه كلهن وإن ماتت إحداهن وريقها لأأنها ماتت قبل وقوع الطلاق فإذا جاء غد أقرع بين الميتة والأحياء فإن وقعت القرعة على الميتة لم يطلق شيء من الأحياء وصارت كالمعينة بقوله أنت طالق غدا وقال القاضي قياس المذهب أن يتعين الطلاق في الأحياء فلو كانتا اثنتين فماتت إحداهما طلقت كما لو قال لامرأته واجنبية إحداكما طالق وهو قول أبو حنيفة والفرق بينهما ظاهر فإن الأجنبية ليست محلا للطلاق وقعت قوله فلا ينصرف قوله إليها وهذا قد كانت محلا للطلاق فإرادتها بالطلاق كإرادة الأخرى وحدوث الموت بها لا يقتضي في حق الأخرى طلاقا فتبقى على ما كانت عليه والقول في تعليق كالقول في تعليق الطلاق فإذا جاء غد وقد باع بعض العبيد أقرع بينه وبين العبد الآخر فإن وقعت على المبيع لم يعتق منه شيء وعلى قول القاضي ينبغي أن يتعين العتق في الباقين وكذلك ينبغي أن يكون مذهب أبي حنيفة و الشافعي لأن له تعيين العتق عندهم بقوله فبيع أحدهم صرف للعتق عنه فيتعين في الباقين فإن باع نصف العبد أقرع بينه وبين الباقين فإن وقعت قرعة العتق عليه عتق نصفه وسرى إلى باقيه إن كان المعتق موسرا وإن كان لم يعتق إلا نصفه
فصل : وإذا قال امرأتي طالق وأمتي حرة وله نساء وإماء ونوى معينة انصرف إليها وإن نوى واحدة مبهمة فيهن وإن لم ينو شيئا فقال أبو الخطاب يطلق نساؤه كلهن ويعتق إماؤه لأن الواحد المضاف يراد به الكل كقوله تعالى : { وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها } ـ و ـ { أحل لكم ليلة الصيام } ولأن ذلك يروى عن ابن عباس وقال الجماعة يقع على واحدة مبهمة وحكمه حكم ما لو قال إحداكن طالق وإحداكن حرة لأن لفظ الواحد لا يستعمل في الجمع إلا مجازا والكلام يحمل على حقيقته ما لم يصرفه عنها دليل ولو تساوى الاحتمالان لوجب قصره على الواحدة لأنها اليقين فلا يثبت الحكم فيما زاد عليها بأمر مشكوك فيه وهذا أصح والله أعلم



مسألة : وإن طلق واحدة وأنسيها فكذلك عند أصحابنا
مسألة : وإن طلق واحدة وأنسيها فكذلك عند أصحابنا
أكثر أصحابنا على أنه إذا طلق امرأة من نسائه وأنسيها أنها تخرج بالقرعة فيثبت حكم الطلاق فيها وتحل له الباقيات وقد روى إسماعيل بن سعيد عن أحمد ما يدل على أن القرعة لا تستعمل ههنا لمعرفة الحل وإنما تستعمل لمعرفة الميراث فإنه قال سألت أحمد عن الرجل يطلق المرأة من نسائه ولا يعلم أيتهن طلق قال أكره أن أقول في الطلاق بالقرعة أرأيت إن ما هذا ؟ قال أقول بالقرعة وذلك لأن القرعة تصير على المال وجماعة من روي عنه القرعة في المطلقة المنسية إنما هو في التوريث فإما في الحال فلا ينبغي أن يثبت بالقرعة وهذا قول أكثر أهل العلم فالكلام إذا في المسألة في شيئين :
أحدهما : في استعمال القرعة في المنسية في التوريث
الثاني : في استعمالها فيها للحل أما الأول فوجهه ما روى عبد الله بن حميد قال سألت قال سألت أبا جعفر عن رجل قدم من خرسان وله أربع نسوة قدم البصرة فطلق إحداهن ونكح ثم مات لا يدري الشهود أيتهن طلق ؟ فقال قال علي رضي الله عنه أقرع بين الأربع وأنذر منهن واحدة وأقسم بينهن الميراث ولأن الحقوق إذا تساوت على وجه لا يمكن التمييز إلا

بالقرعة صح استعمالها لأنها اشتبهت عليه زوجته بأجنبية فلم تحل له إحداهما بالقرعة كما لو اشتبهت أجنبية لم يكن له عليها عقد ولأن القرعة لا تزيل التحريم عن المطلقة ولا ترفع الطلاق عمن وقع عليه ولاحتمال كون المطلقة غير من وقعت عليها القرعة ولهذا لو ذكر أن المطلقة غيرها حرمت عليه ولو ارتفع التحريم أو زال الطلاق لما عاد بالذكر فيجب بقاء التحريم بعد القرعة كما كان قبلها وقال الخرقي فيمن طلق امرأته فلم يدر واحدة طلق أم ثلاثا ؟ ومن حلف بالطلاق لا يأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة لا تحل له امرأته حتى يعلم أنها ليست التي وقعت اليمين عليها فحرمها مع أن الأصل بقاء النكاح ولم يعارضه يقين التحريم فههنا أولى وكذلك الحكم فيمن أوقع الطلاق على امرأة بعينها ثم اشتبهت بغيرها مثل أن يرى امرأة مولية فيقول أنت طالق ولا يعلم عينها من نسائه فإن جميع نسائه يحرمن عليه حتى يعلم المطلقة ويؤخذ بنفقة الجميع لأنهن محبوسات عليه وإن أقرع بينهن لم تفد القرعة شيئا ولا يحل لمن وقعت عليها القرعة التزويج لأنها يجوز أن تكون غير المطلقة وقال أصحابنا إذا أقرع بينهن فخرجت القرعة على إحداهن ثبت حكم الطلاق فيها فحل لها النكاح بعد قضاء عدتها وأبيح للزوج من سواها كما لو طلق واحدة غيره معينة واحتجوا بما ذكرنا من حديث على رضي الله عنه ولأنها مطلقة لم تعلم بعينها فأشبه ما لو قال إحداكن طالق ولم يرد واحدة بعينها ولأنه إزالة أحد الملكين المبنيين على التغليب والسراية أشبه العتق وقال شيخنا والصحيح أن القرعة لا مدخل لها ههنا لم ذكرنا ن الأدلة وتحرمان عليه كما لو اشتبهت امرأته بأجنبية وفارق ما قاسوا عليه فإن الحق لم يثبت لواحد بعينه فجعل الشرع القرعة معينة فإنها تصلح للتعيين وفي مسألتنا الطلاق واقع على معينة لا محالة والقرعة لا ترفعه عنها ولا توقعه على غيرها ولا يؤمن وقوع القرعة على غيرها واحتمال وقوع القرعة على غيرها كاحتمال وقوعها عليها بل هو أظهر من غيرها فإنهن إذا كن أربعا فاحتمال وقوعه في واحدة منهن بعينها أندر من احتمال وقوعه في واحدة من ثلاث وكذلك لو اشتبهت أخته بأجنبية أو ميتة بمذكاة أو زوجته بأجنبية أو حلق بالطلاق لا يأكل تمرة فوقعت في تمر واشباه ذلك مما يطول ذكره لا بدخله قرعة فكذا ههنا وأما حديث علي فهو في الميراث لا في الحل وما نعلم بالقول بها في الحل من الصحابة قائلا

[ جزء 8 - صفحة 462 ]

مسألة : فعلى قول أصحابنا إن تبين أن المطلقة غير التي وقعت عليها القرعة بأن يذكر ذلك تبين أنها كانت محرمة عليه ويكون وقوع الطلاق من حين طلق لا من حين ذكر
مسألة : فعلى قول أصحابنا إن تبين أن المطلقة غير التي وقعت عليها القرعة بأن يذكر ذلك تبين أنها كانت محرمة عليه ويكون وقوع الطلاق من حين طلق لا من حين ذكر
لأنه يقر على نفسه وترد إليه التي خرجت عليها القرعة لأننا ظهر لنا أنها غير مطلقة والقرعة ليست بطلاق صريح ولا كناية فإن لم تكن تزوجت ردت إليه وقبل قوله في هذا لأنه أمر من جهته لا يعرف إلا من قبله

مسألة : إلا أن تكون قد تزوجت أو يكون بحكم حاكم لأنها إذا تزوجت فقد تعلق بها حق الزوج الثاني فلا يقبل قوله في فسخ نكاحه والقرعة من جهة الحاكم بالفرقة لا يمكن للزوج رفعها فتقع الفرقة بالزوجين
مسألة : إلا أن تكون قد تزوجت أو يكون بحكم حاكم لأنها إذا تزوجت فقد تعلق بها حق الزوج الثاني فلا يقبل قوله في فسخ نكاحه والقرعة من جهة الحاكم بالفرقة لا يمكن للزوج رفعها فتقع الفرقة بالزوجين
قال أحمد في رواية الميموني إذا كان له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ولم يدر أيتهن طلق : يقرع بينهن فإن وقعت القرعة على واحدة ثم ذكر فقال هذه ترجع إليه والتي ذكر أنها التي

طلق يقع الطلاق عليها فإن تزوجت فهذا شيء قد مر فإن كان الحاكم أقرع بينهن فلا أحب أن ترجع إليه واحدة منهما لأن الثانية حرمت بقوله وترثه إن مات ولا يرثها ويجيء على قياس قولها أن تلزمه نفقتها ولا يحل وطؤها والأولى بالقرعة
فصل : إذا قال هذه المطلقة قبل منه لما ذكرنا وإن قال هذه المطلقة بل هذه طلقتا لأنه أقر بطلاق الأولى فقبل اقراره بطلاق الثانية ولم يقبل اضرابه عن إقراره بطلاق الأولى وكذلك لو كن ثلاثا فقال هذه بل هذه بل هذه طلقن كلهن إن قال هذه أو هذه بل هذه طلقت الثالثة وإحدى الأولتين وإن قال طلقت هذه بل هذه أو هذه طلقت الأولى وإحدى الاخريين وإن قال أنت طالق أو هذه أو هذه فقال القاضي هي كذلك وذكر أنه قول الكسائي وقال محمد بن الحسن تطلق الثانية ويبقى الشك في الأولى والثالثة ووجه الأول أنه عطف الأولى على الثانية بغير شك ثم فصل بين الثانية والثالثة بحرف الشك فيكون الشك فيهما ولو قال طلقت هذه أو هذه طلقت الثالثة وكان الشك في الأولتين ويحتمل في هاتين المسألتين أن يكون الشك في الجميع لأنه في الأولى أتى بحرف الشك بعدهما فيعود إليها وفي المسألة الثانية عطف الثالثة على الشك فعلى هذا إذا قال طلقت هذا أو هذا وهذا طولب بالبيان فإن قال هي الثالثة طلقت وحدها وإن اق لم أطلقها طلقت الأولتان وإن لم يبين أقرع بين الأولتين والثالثة قال القاضي في المجرد وهذا أصح وإن قال ليست الأولى طلقت الأخيرتان كما لو قال طلقت هذا أو هاتين وليس له وطء قبل التعيين فإن فعل لم يكن تعيينا وإن ماتت إحداهما لم يتعين الطلاق في الأخرى وقال أبو حنيفة يتعين الطلاق في الأخرى لأنها ماتت قبل ثبوت طلاقها
ولنا أن موت إحداهما أو وطأها لا ينفي احتمال كونها مطلقة فلم يكن تعيينا لغيرها كمرضها وإن قال طلقت هذا وهذه وهذه والظاهر أنه طلق اثنتين لا يدري أيهما الأولتان أم الآخرتان ؟ كما لو قال طلقت هاتبين أو هاتين فإن قال هما الأوليان تعين الطلاق فيما وإن لم يطلق الأولتين تعين الآخرتان وإن قال إنما أشك في طلاق الثانية والأخريين طلقت الأولى وبقي الشك في الثلاث ومتى فسر كلامه بشيء يحتمل قيل منه
فصل : فإن مات بعضهن أو جميعهن أقرعنا بين الجميع فمن خرجت القرعة لها لم نورثها وإن مات بعضهن قبله وبعضهن بعده فخرجت القرعة لميتة قبله حرمناه ميراثها وإن خرجت لميتة بعده حرمناها ميراثه والباقيات يرثهن ويرثنه فإن قال الزوج بعد موتها هذه التي طلقتها أوقال في غير المعينة هذه التي أردتها حرم ميراثها لأنه يقر على نفسه ويرث الباقيات سواء صدقه ورثتهن أو كذبوه لأن عليم ذلك إنما يعرف من جهته لأن الأصل بقاء النكاح بينهما وهم يدعون طلاقه إياها والأصل عدمه وهل يستحلف في ذلك فيه روايتان فإن قلنا يستحلف فنكل حرمناه ميراثها لنكوله ولم يرث الأخرى لاقراره بطلاقها فإن مات فقال ورثته لا حداهن هذا المطلقة فأقرت أو أقر ورثتها بعد موتها حرمناها ميراثه وإن أنكرت أو أنكر وريثتها فقياس ما ذكرناه أن القول قولها لأنها تدعي بقاء نكاحها وهم يدعون زواله والاصل معها فلا يقبل قولهم عليها إلا بينة وإن شهد اثنان من ورثته أنه طلقها قبلت شهادتهما إذا لم يكونا ممن يتوفر عليهما ميراثها ولا على من لا تقبل شهادتهما له كأمهما وجدتهما لأن مراث إحدى الزوجات لا يرجع إلى ورثة الزوج وإنما يتوفر على ضرائرها وإن ادعت إحدى الزوجات أنه طلقها طلاقا تبين به فأنكرها فالقول قوله وإن مات لم ترثه لإقرارها بانها لا تستحق ميراثه فقبلنا قولها فيما عليها دون مالها وعليها العدة لأنا لم نقبل قولها فيما عليها وهذا التفريع فيما إذا كان الطلاق يبينها فإن كان رجعيا ومات في عدتها أو ماتت ورث كل واحد منهما صاحبه
فصل : إذا كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح أخرى بعد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق ؟ فللتي تزوجها ربع ميراث النسوة نص عليه أحمد ولا خلاف فيه بين أهل العلم ثم يقرع بين الأربع فأيتهن خرجت قرعتها حرمت وورثت الباقيات نص عليه أحمد أيضا وذهب الشعبي و النخعي و عطاء الخرساني و أبو حنيفة إلى أن الباقي بين الأربع وزعم أبو عبيد أنه قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعا وقال الشافعي يوقف الباقي بينهن حتى يصطلحن ووجه الأول ما تعدم وقد قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل له أربع نسوة فطلق واحدة منهن ثلاثا وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولا يدري أيتهن طالق ثلاثا

وأيتهن طلق اثنتين وأيتهن واحدة يقرع بينهن فالتي أبانها ولا ميراث لها هذا إذا مات في عدتهن وكان طلاقه في صحته فإنه لا يحرم الميراث إلا المطلقة ثلاثا والباقيات رجعيات يرثنه في العدة ويرثهن ومن انقضت عدتها منهن لم ترثه ولم يرثها ولو كان طلاقه في مرضه الذي مات فيه لورثه الجميع في العدة وفيما بعدها قبل التزويج روايتان
فصل : إذا طلق واحدة لا بعينها أو بعينها فأنسيها فانقضت عدة الجميع فله نكاح خامسة قبل القرعة وخرج ابن حامد وجها في أنه لا يصح نكاح الخامسة لأن المطلقة في حكم نسائه بالنسبة إلى وجوب الانفاق عليها وحرمة النكاح في حقها ولا يصح ما قاله لأننا علمنا أهن منهن واحدة بائنا منه ليست في نكاحه ولا في عدة من نكاحه فكيف تكون زوجته وإنما الانفاق عليها لأجل حبسها ومنعها نم التزويج بغيره لأجل اشتباهها ؟ ومتى علمناها بعينها إما بتعيينه أو بقرعة فعدتها من حين طلقها لا من حين عينها وذكر أبو حنيفة وبعض أصحاب الشافعي أن عدتها من حين التعيين وهذا فاسد فإن الطلاق وقع حين إيقاعه وثبت حكمه في تحريم الوطء وحرمان الميراث من الزوج وحرمانه منها قبل التعيين فكذلك العدة وإنما التعيين يبين لما كان واقعا فإن مات الزوج قبل التعيين فعلى الجميع عدة الوفاة في قول الشعبي و النخعي و عطاء الخرساني قال أبو عبيد وهو قول أهل الحجاز والعراق لأن كل واحدة منهن يحتمل أنها باقية على النكاح والأصل بقاؤها فتلزمها عدته والصحيح أنه يلزم كل واحدة أطول الأجلين من عدة الوفاة وعدة الطلاق لكن عدة الطلاق من حين طلق وعدة الوفاء منحين موته لأن كل واحدة منهن يحتمل أن تكون عليها عدة الوفاة ويحتمل أنها المطلقة فعليها عدة الطلاق فلا تبرأ يقينا إلا بأطولهما وهذا في الطلاق البائن فأما الرجعية فعليها عدة الوفاة بكل حال لأنها زوجة
فصل : إذا ادعت المرأة أن زوجها طلقها فأنكرها فالقول قوله لأنه منكر ولأنه الأصل بقاء النكاح فإن كان لها بما ادعته بينة قبلت ولا يقبل فيه إلا عدلان ونقل ابن منصور عن أحمد أنه سئل أتجوز شهادة رجل وامرأتين في الطلاق ؟ قال : لا والله إنما كان كذلك لأن الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال فلم يقبل فيه إلا عدلان كالحدود والقصاص فإن عدمت البينة استحلف في أصح الروايتين نقلها أبو طالب عن أحمد لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ ولكن اليمين على المدعى عليه ] ـ وقوله ـ [ اليمين على من أنكر ] ولأنه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر ونقل ابن منصور عنه لا يستحلف في الطلاق لأنه لا يقضى فيه بالنكول فلا يستحلف فيه كالنكاح إذا ادعى زوجتها فأنكرته فإن اختلفا في عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرنا فعلى هذا إذا طلق ثلاثا وسمعت ذلك فأنكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها وعليها أن تفر منه ما استطاعت و تمتنع منه إذا أرادها وتفتدي منه إن قدرت ولاى تزين له ولا يقر به وتهرب إن قدرت ولا تقيم معه وهذا قول أكثر أهل العلم قال جابر بن زيد و حماد بن أبي سليمان و ابن سرين تفر منه ما استطاعت وتفتدي منه بكل ما يمكن وقال الثوري و أبو حنيفة و أبو يوسف تفر منه وقال مالك لا تتزين له ولا تبدي له شيئا من شعرها ولاى يصيبها إلا مكرهة وروي عن الحسن و الزهري و النخعي ويستحلف ثم يكون إثم عليه والصحيح ما قاله الأولون لأن هذه تعلم أنها أجنبية منه محرمة عليه فوجب عليها الامتناع والفرار منه كسائر الأجانب وهكذا لو ادعى نكاح امرأة كذبا وأقام بذلك شاهدي زور فحكم له الحاكم بالزوجية أو لو نتزوجها تزويجا باطلا فسلمت إليه بذلك فالحكم في هذا الحكم في المطلقة ثلاثا
فصل : ولو طلقها ثلاثا ثم جحد طلاقها لم ترثه نص عليه أحمد وبه قال قتادة و أبو حنيفة و أبو يوسف و الشافعي و ابن المنذر وقال الحسن ترثه لأنها في حكم الزوجات ظاهرا ولنا أنها تعلم أنها أجنبية فلم ترثه كسائر الأجنبيات وقال أحمد في رواية أبي طالب تهرب منه ولا تتزوج حتى يظهر طلاقها ويعلم ذلك يجيء فيدعيها فترد عليه وتعاقب وإن مات ولم يقر بطلاقها لا ترثه لا تأخذ ما ليس لها تفر منه ولا تخرج من البلد ولكن تختفي في بلدها قيل له فإن بعض الناس قال تعلقه هي بمنزلة من يدفع عن نفسه فلم يعجبه ذلك يعجبه ذلك فمنعها من التزوج قبل ثبوت طلاقها لأنها في ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق فإذا تزوجت غيره وجب عليها في ظاهر الحكم العقوبة والرد إلى الأول ويجتمع عليها زوجان هذا بظاهر

الأمر وذلك بباطنه ولم يأذن لها في الخروج من البلد لأن ذلك يقوي التهمة في نشوزها ولا في قبله قصدا لأن الدافع عن نفسه لا يقتل قصدا فأما إن قصدت الدفع عن نفسها فآل إلى نفسه فلا أثم عليها ولا ضمان في الباطن فأنا في الظاهر فإنها تؤخذ بحكم القتل ما لم يثبت صدقها
فصل : قال أحمد إذا طلقها ثلاثا فشهد أربعة أنه وطئها أقيم عليه الحد إنما أوجبه لأنها صارت بالطلاق أجنبية فهي كسائر الأجنبيات بل هي أشد تحريما لأنها محرمة وطأ ونكاحا فإن جهد طلاقها ووطئها ثم قامت البينة بطلاقه فلا حد عليه وبهذا قال الشعبي و مالك و أهل الحجاز و الثوري و ربيعة و الشافعي و أبو ثور و ابن المنذر لأن جحده لطلاقه يوهمنا أنه نسيه وذلك شبهة في درء الحد عنه ولا سبيل لنا إلى علم معرفته بالطلاق حالة وطئه إلا باقراره بذلك فإن قال وطئتها عاما بأنني كنت طلقتها ثلاثا كان إقرارا منه بالزنا فيعتبر فيه ما يعتبر في الإقرار بالزنا



مسألة : وإن طار طائر فقال إن كان هذا غرابا ففلانة طالق وإن لم يكن غرابا ففلانة طالق فهي كالمنسية
مسألة : وإن طار طائر فقال إن كان هذا غرابا ففلانة طالق وإن لم يكن غرابا ففلانة طالق فهي كالمنسية والحكم فيها على ما ذكرنا فيها لأنها في معناها والخلاف فيها على ما ذكرنا

مسالة : وإن قال إن كان الطائر غرابا ففلانه طالق وإن كان حماما ففلانه طالق لم يحكم بحنثه في واحدة منهما
مسالة : وإن قال إن كان الطائر غرابا ففلانه طالق وإن كان حماما ففلانه طالق لم يحكم بحنثه في واحدة منهما لأنه متيقن للنكاح شاك في الحنث فلا يزول عن يقين النكاح بالشك لأنه يحتمل أنه غيرهما
فصل : إذا رأى رجلان طائرا فحلف أحدهما بالطلاق أنه غراب وحلف الآخر أنه حمام فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بحنث واحد منهما لأن يقين النكاح ثابت ووقوع الطلاق مشكوك فيه فإن ادعت امرأة أحدهما حنثه فيها فالقول قوله لأن الأصل واليقين في جانبه
فصل : فإن قال أحد الرجلين إن كان غرابا فامرأته طالق ثلاثا وقال الآخر إن لم يكن غرابا فامرأته طالق ثلاثا فطار ولم يعلما حاله فقد حنث أحدهما لا بعينه ولا يحكم به في حق واحد منهما بعينه بل يبقى في حقه أحكام النكاح من النفقة والكسوة والسكن لأن كل واحد منهما يقين نكاحه باق ووقوع طلاقه مشكوك فيه فأما الوطء فذكر القاضي أنه يحرم عليها لأن أحدهما حانث يقينا فامرأته محرمة عليه وقد أشكل فحرم عليهما جميعا كما لو حنث في إحدى امرأتيه لا بعينها وقال أصحاب الرأي و الشافعي لا يحرم على واحد منهما وطء امرأته لأنه محكوم ببقاء نكاحه عن إحدى زوجتيه قلنا إنما تحقق حنثه في واحدة غير معينة وبالنظر إلى كل واحدة مفردة فيقين نكاحها باق وطلاقها مشكوك فيه لكن لما تحققنا أن إحداهما حرام ولم يمكن تمييزها حرمتا عليه جميعا وكذلك ههنا قد علمنا أن أحد هذين الرجلين قد طلقت امرأته وحرمت عليه وتعذر التمييز فيحرم الوطء عليهما ويصير كما لو تنجس أحد إناءين لا بعينه فإنه يحرم استعمال كل واحد منهما سواء لرجل واحد أو لرجلين وقال مكحول يحمل الطلاق عليهما جميعا ومال إليه أبو عبيد فإن ادعى كل واحد منهما أنه علم الحال وأنه لم يحنث دين فما بينه وبين الله تعالى ونحو هذا قال عطاء و الشعبي و الزهري و الحارث العكلي و الثوري و الشافعي لأن كل واحد منهما يمكن صدقه فيما ادعاه وإن أقر كل واحد منهما أنه الحانث طلقت زوجتاهما بإقرارهما على أنفسهما وإن أقر أحدهما حنث وحده فإن ادعت امرأة أحدهما عليه الحنث فأنكر فالقول قوله وهل يحلف ؟ على روايتين

مسألة : فإن قال أحدهما إن كان غرابا فعبدي حر وقال الآخر إن لم يكن غرابا فعبدي حر فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بعتق واحد من العبدين
مسألة : فإن قال أحدهما إن كان غرابا فعبدي حر وقال الآخر إن لم يكن غرابا فعبدي حر فطار ولم يعلما حاله لم يحكم بعتق واحد من العبدين
لأن الأصل بقاء الرق فإن اشترى أحدهما عبد الآخر أن أنكر حنث نفسه عتق الذي اشتراه لأن إنكار حنث نفسه اعتراف منه بحنث صاحبه واقرار منه بعتق الذي اشتراه وإن اشترى من أقر بحريته عتق عليه وإن لم يكن منه إنكار ولا اعتراف فقد صار العبدان في يده أحدهما حر لا يعلم عينه فيرجع في تعيينه إلى القرعة وهو قول أبي الخطاب وقال القاضي يعتق الذي اشتراه في الموضعين لأن تمسكه بعبده اعتراف منه برقه وحرية صاحبه وهذا مذهب الشافعي
ولنا أنه لم يعترف لفظا ولا فعل ما يلزم منه الاعتراف فإن الشرع سوغ له إمساك عبده مع الجهل استنادا إلى الأصل فكيف يكون معترفا مع تصريحه بأنني لا أعلم الحر منها ؟ وإنما اكتفينا إبقاء رق عبده باحتمال الحنث في حق صاحبه فإذا صار العبدان له وأحدها حر الا بعينه صار كأنما كانا له فاعتق أحدهما وحده فيقرع بينهما حينئذ فإن كان الحالف واحدا فقال إن كان غرابا فعبدي حر وإن لم يكن غرابا فأمتي حرة ولم يعلم حاله فإنه يقرع بينهما فيعتق أحدهما فإن ادعى أحدهما أنه الذي أعتق أو ادعى كل واحد منهما ذلك فالقول قول السيد مع يمينه
فصل : فإن قال إن كان غرابا فنساؤه طوالق وإن لم يكن غرابا فعبيده أحرار ولم يعلم حاله منع من التصرف في الملكين حتى يبين وعليه نفقة الجميع فإن كان غرابا طلق نساؤه ورق عبيده فإن ادعى العبيد أنه لم يكن غرابا ليعتقوا فالقول قول السيد وهل يحلف ؟ يخرج على روايتين وإن لم يكن غرابا عتق عبيده ولم تطلق النساء فإن ادعين أنه كان غرابا ليطلقن فالقول قوله وفي تحليفه وجهان وكل موضع قلنا يستحلف فنكل قضي عليه بنكوله وإن قال لا أعلم ما الطائر فقياس المذهب أن يقرع بينهما فإن وقعت القرعة على الغراب طلق النساء ورق العبيد وإن وقعت على العبيد عتقوا ولم تطلق النساء وهذا قول أبي ثور وقال أصحاب الشافعي إن وقعت القرعة على العبيد عتقوا وإن وقعت على النساء لم يطلقن ولم يعتق العبيد لأن القرعة لها مدخل في العتق لكون النبي صلى الله عليه وسلم أقرع بين العبيد الستة ولا مدخل لها في الطلاق لأنه لم ينقل مثل ذلك فيه ولا يمكن قياسه على العتق لأنا لطلاق حل قيد النكاح والرقة لا تدخل في النكاح والقرعة حل الملك والقرعة تدخل في تمييز الأملاك قالوا ولا يقرع بينهم إلا بعد موته
قال شيخنا ويمكن أن يقال على هذا إن ما لا يصلح للتعين في حق الموروث لا يصلح في حق الوارث كما لو كانت اليمين في زوجتين ولأن الاماء محرمات على الموروث تحريما لا تزيله القرعة فلم يبحن للوارث بها كما لو تعين العتق فيهن



مسالة : إذا قال لامرأته وأجنبية إحداكما طالق أو قال لحماته ابنتك طالق أو قال سلمى طالق واسم امرأته سلمى طلقت امرأته
مسالة : إذا قال لامرأته وأجنبية إحداكما طالق أو قال لحماته ابنتك طالق أو قال سلمى طالق واسم امرأته سلمى طلقت امرأته

لأنه لا يملك طلاق غيرها ولأنه إزالة ملك أشبه ما لو باع ماله ومال غيره صح في ماله في ماله دون غيره فإن قال أردت الأجنبية لم يصدق
قال أحمد في رجل تزوج امرأة فقال لحماته ابنتك طالق وقال أردت ابنتك الأخرى التي ليست بزوجتي فلا يقبل منه وقال في رواية أبي داود في رجل له امرأتان اسماهما فاطمة ماتت إحداهما فقال فاطمة طالق ينوي الميتة فقال الميتة تطلق ؟ قال أبو داود كأنه أراد في الرواية الأولى أن لا نصدقه في الحكم وفي الثانية يدين
وقال القاضي فيما إذا نظر إلى امرأته وأجنبية فقال إحداكما طالق وقال أردت الأجنبية فهل يقبل ؟ على روايتين وقال الشافعي يقبل ههنا ولا يقبل فيما إذا قال سلمى طالق وقال أردت أجنبية اسمها سلمى لأن مسلمى لا يتناول الأجنبية بصريحه بل من جهة الدليل وقد عارضه دليل آخر وهو أن لا تطلق تغير زوجته فصار اللفظ في زوجته أظهر فلم يقبل خلافه أما إذا قال إحداكم فإن تناول الأجنبية بصريحه وقال أصحاب الرأي و أبو ثور يقبل في الجميع لأنه فسر كلامه بما يحتمله
ولنا أنه لا يحتمل غير امرأته على وجه صحيح فلم يقبل تفسيره به كما لو فسر كلامه بما لا يحتمله وكما لو قال سلمى طالق عند الشافعي ولا يصح ما ذكروه من الفرق فإن قوله إحداكما ليس بصريح في واحدة منهما بعينها وسلمى يتناول واحدة لا بعينها ثم تعينت الزوجة لكونها محلا للطلاق وخطاب غيرها به عبث كما لو قال إحداكما طالق ثم لو تناولها بصريحه لكن صرفه عنها دليل فصار ظاهرا في غيرها فإن النبي صلى الله عليه وسلم لما قال للمتلاعنين [ أحدكما كاذب ] لم ينصرف إلا إلى الكاذب منهما وحده ولما قال حسان يعني النبي صلى الله عليه وسلم وأبا سفيان ( فشركما لخيركما الفداء ) لم ينصرف شرهما إلا إلى أبي سفيان وخيرهما إلى النبي صلى الله عليه وسلم وحده وهذا في الحكم وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيدين فيه فمتى عليم من نفسه أنه أراد الأجنبية لم تطلق زوجته لأن اللفظ محتمل له وإن كان غير مقيد ولو كانت ثم قرينة دالة على إرادته الأجنبية مثل أن يدفع بيمينه ظلما أو يتخلص بها من مكروه قبل قوله في الحكم لوجود الدليل الصارف إليها وإن لم ينو زوجته ولا الأجنبية طلقت زوجته لأنها محل الطلاق واللفظ يحتملها ويصلح لها ولم يصرفه عنها فوقع بها كما لو نواها

[ جزء 8 - صفحة 470 ]

مسألة : فإن نادى امرأته فأجابته امرأة له أخرى فقال أنت طالق يظنها المناداة طلقت في إحدى الروايتين
مسألة : فإن نادى امرأته فأجابته امرأة له أخرى فقال أنت طالق يظنها المناداة طلقت في إحدى الروايتين
وهو قول النخعي و قتادة و الأوزاعي وأصحاب الرأي واختاره ابن حامد لأنه خاطبها بالطلاق وهي محل له فطلقت كما لو قصدها
والثانية : تطلق التي ناداها وحدها وهو قول الحسن و الزهري و أبي عبيد قال أحمد في رواية مهنا في رجل له امرأتان فقال فلانه أنت طالق فالتفت فإذا هي غير التي حلف عليها قال : قال ابراهيم يطلقان و الحسن يقول تطلق التي نوى قيل له ما تقول أنت ؟ قال تطلق التي نوى وذلك لأنه لم يقصدها بالطلاق فلم تطلق كما لو أراد أن يقول أنت طاهر فسبق لسانه فقال أنت طالق وقال ابو بكر لا يختلف كلام أحمد أنها لا تلق وقال الشافعي طلق المجيبة وحدها لأنها مخاطبة بالطلاق فطلقت كما لو لم ينو غيرها ولا تطلق المنوية لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولم يعترف بطلاقها وهذا يبطل بما لو علم أن المجيبة غيرها فإن المنوية تطلق بارادتها بالطلاق ولولا ذلك لم تطلق بالاعتراف به لأن الاعتراف بما لا يوجب لا يوجب ولان التي لم تجب مقصودة بلفظ الطلاق فطلقت كما لو علم الحال فإن قال علمت أنها

غيرها واردت طلاق المناداة طلقتا معا في قولهم جميعا وإن قال أردت طلاق الثانية وحدها طلقت وحدها لقصده لها وخطابه

مسالة : وإن لقي أجنبية ظنها زوجته فقال فلانة أنت طالق فإذا هي أجنبية طلقت زوجته
مسالة : وإن لقي أجنبية ظنها زوجته فقال فلانة أنت طالق فإذا هي أجنبية طلقت زوجته
نص عليه أحمد وقال الشافعي لا تطلق لأنه خاطب بالطلاق غيرها فلم يقع كما لو علم أنها اجنبية فقال أنت طالق
ولنا أنه قصد زوجته بلفظ الطلاق واحتمل أن لا تطلق لأنه لم يخاطبها بالطلاق ولا ذكر اسمها معه وأن علمها اجنبية وأراد بالطلاق زوجته طلقت وإن لم يردها بالطلاق لم تطلق
فصل : وإن لقي امرأته فظنها اجنبية فقال أنت طالق أو تنحي يا مطلقة وأو أمته فظنها أجنبية فقال أنت حرة أو تنحي يا حرة فقال أبو بكر فيمن لقي امرأة فقال تنحي يا مطلقة أو يا حرة وهو لا يعرفها فإذا هي زوجته أو أمته لا يقع بهما طلاق ولا حرية لأنه لم يردهما بذلك فلم يقع بهما شيء كسبق اللسان إلى ما لم يرده ويحتمل أن لا تعتق الأمة لأن عادة الناس مخاطبة من الا يعرفها بقوله يا حرة وتطلق الزوجة لعدم العادة في المخاطبة بقوله يا مطلقة



كتاب الرجعة
وهي ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع
أما الكتاب فقوله تعالى { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } ـ إلى قوله ـ { وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحا } والمراد به الرجعة عند جماعة العلماء وأهل التفسير وقال تعالى : { إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف } أي بالرجعة ومعناه إذ قاربن بولوغ أجلهن أي انقضاء عدتهن
وأما السنة فـ [ روى ابن عمر قال : طلقت امرأتي وهي حائض فسأل عمر النبي صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ] متفق عليه وروى أبو داود عن عمر قال : إن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها وأجمع أهل العلم على أن الحر إذا طلق الحرة دون الثلاث أو العبد إذا طلق واحدة أن لهما الرجعة في العدة ذكره ابن المنذر



مسألة : إذا طلق الحر امرأته بعد دخوله بها أقل من ثلاث أو العبد واحدة بغير عوض والأمر يقتضي بينونتها فله رجعتها ما دامت في العدة رضيت أو كرهت لما ذكرنا
مسألة : إذا طلق الحر امرأته بعد دخوله بها أقل من ثلاث أو العبد واحدة بغير عوض والأمر يقتضي بينونتها فله رجعتها ما دامت في العدة رضيت أو كرهت لما ذكرنا
أجمع على ذلك أهل العلم وأجمعوا على أنه لا رجعة له عليها بعد قضاء عدتها وق ذكرنا أن الطلاق معتبر بالرجال فيكون له رجعتها ما لم يطلقها ثلاثا كالحرة وفيما إذا طلق الأمة اثنتين خلاف ذكرناه فيما مضى ولا يعتبر في الرجعة رضا المرأة في ذلك لقول الله تعالى :
{ وبعولتهن أحق بردهن في ذلك } أي في العدة فجعل الحق لهم وقال سبحانه :
{ فأمسكوهن بمعروف } فخاطب الأزواج بالأمر ولم يجعل لهن اختيارا ولأن الرجعة إمساك للمرأة بحكم الزوجية فلم يعتبر رضاها في ذلك كالتي في صلب نكاحه وأجمع أهل العلم

على هذا والعبد بعد الواحدة ما للحر قبل الثلاث وقد أجمع العلماء على أن للعبد رجعة امرأته بعد الطلقة الواحدة إذا وجدت شروطها فإذا طلقها ثانية فلا رجعة له سواء كانت امرأته حرة أو أمة لأن طلاق العبد اثنتان وفي هذا خلاف ذكرناه فيما مضى

مسالة : وألفاظ الرجعة راجعت امرأتي ورجعتها أو ارتجعتها أو رددتها أو أمسكتها
مسالة : وألفاظ الرجعة راجعت امرأتي ورجعتها أو ارتجعتها أو رددتها أو أمسكتها
لأن هذه الألفاظ ورد بها الكتاب والسنة فالرد والامساك ورد بهما الكتاب بقوله تعالى : { وبعولتهن أحق بردهن في ذلك } وقال : { فأمسكوهن بمعروف } يعني الرجعة والرجعة وردت بها السنة لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ مره فليراجعها ] وقد اشتهر هذا الاسم فيها بين أهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه فإنهم يسمونها رجعة والزوجة رجعية ( قال شيخنا ) ويتخرج أن يكون لفظها هو الصريح وحده لاشتهاره دون غيره كقولنا في صريح الطلاق
فصل : والاحتياط أن يقول اشهدا علي أني قد راجعت زوجتي إلى نكاحي أو زوجتي أو راجعتها لما وقع عليها من طلاقي

[ جزء 8 - صفحة 473 ]

مسالة : فإن قال نكحتها أو تزوجتها فليس هو بصريح فيها وهل تحصل الرجعة به ؟ فيه وجهان
مسالة : فإن قال نكحتها أو تزوجتها فليس هو بصريح فيها وهل تحصل الرجعة به ؟ فيه وجهان :
أحدهما : لا تحصل به لأن هذا كناية والرجعة استباحة بضع مقصود فلا يحصل بالكناية كالنكاح والثاني : تحصل به الرجعة أومأ إليه أحمد واختاره ابن حامد لأن الأجنبية تباح به فالرجعية أولى فعلى هذا يحتاج أن ينوي به الرجعة لأن ما كان كناية تعتبر به النية ككنايات الطلاق
فصل : فإن قال راجعتك للمحبة أو للاهانة وقال أردت أنني راجعتك لمحبتي إياك أو إهانة لك صحت الرجة لأنه أتى بالرجعة وبين سببها وإن قابل أدت أنني كنت أهينك أو أحبك وقد رددتك بفراقي إلى ذلك فليس برجعة وإن أطلق ولم ينو شيئا صحت الرجعة ذكره القاضي لأنه أتى بصريح الرجعة وضم إليه ما يحتمل أن يكون سببا ويحتمل غيره فلا يزول اللفظ عن مقتضاه بالشك وهذا مذهب الشافعي

مسألة : وهل من شرطها الاشهاد ؟ على روايتين
مسألة : وهل من شرطها الاشهاد ؟ على روايتين
وجملة ذلك أن الرجعة لا تفتقر إلى ولي ولا صداق ولا رضا المرأة ولا علمها باجماع أهل العلم لأن حكم الرجعية حكم الزوجات لما نذكره والرجعة إمساك لها واستبقاء لنكاحها ولهذا سمى الله تعالى الرجعة إمساكا وتركها فراقا وسراحا فقال : { فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف } وفي رواية أخرى { فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان } وإنما تشعث النكاح بالطلقة وانعقد لهذا سبب زواله فالرجعية تزيل شعثه وتقطع مضيه إلى البينونة فلم تحتج لذلك إلى ما يحتاج إليه ابتداء النكاح فأما الإشهاد ففيه روايتان إحداهما : يجب وهذا أحد قولي الشافعي لأن الله تعالى قال : { فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم } فظاهر الأمر الوجوب ولأنه استباحة بضع مقصود فوجبت الشهادة فيه كالنكاح وعكسه البيع

والرواية الثانية : لا تجب الشهادة وهي اختيار أبي بكر وقول مالك و أبي حنيفة لأنها لا تفتقر إلى قبول فلم تفتقر إلى شهادة كسائر حقوق الزوج ولأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع وهذه أولى إن شاء الله تعالى ويحمل الأمر على الاستحباب ويؤكد ذلك أن الأمر بالشهادة عقيب قوله : { أو فارقوهن } فهو يرجع إلى أقرب المذكورين يقينا ولا تجب الشهادة فيه فكذلك ما قبله وهو قوله : { فأمسكوهن } بطريق الأولى ولا خلاف بين أهل العلم في استحباب الإشهاد فإن قلنا هو شرط فإنه يعتبر وجوده حال الرجعة فإن ارتجع بغير إشهاد لم يصح لأن المعتبر وجودها في الرجعة دون الإقرار بها إلا أن يقصد بذلك الإقرار الارتجاع فيصح

[ جزء 8 - صفحة 475 ]

مسألة : والرجعية زوجة يلحقها الطلاق والظهار والإيلاء ولعانه ويرث أحدهما صاحبه إن مات بالإجماع وإن خالعها صح خلعه
مسألة : والرجعية زوجة يلحقها الطلاق والظهار والإيلاء ولعانه ويرث أحدهما صاحبه إن مات بالإجماع وإن خالعها صح خلعه
وقال الشافعي في أحد قوليه لا يصح لأنه يراد للتحريم وهي محرمة ولنا أنها زوجة يصح طلاقها فصح خلعها كما قبل الطلاق وليس مقصود الخلع التحريم بل الخلاص من الزوج ونكاحه الذي هو سببه والنكاح باق ولا يأمن رجعته على أننا نمنع كونها محرمة

مسالة : ويباح لزوجها وطؤها والخلوة والسفر بها ولها أن تتزين له وتتشرف له
مسالة : ويباح لزوجها وطؤها والخلوة والسفر بها ولها أن تتزين له وتتشرف له
قال القاضي هذا ظاهر المذهب قال أحمد في رواية أبي طالب لا تحتجب عنه وفي رواية أبي الحارث تتشرف له ما كانت في العدة فظاهر هذا أنها مباحة له وله أن يسافر بها ويخلو بها ويطأها وهذا مذهب أبي حنيفة لأنها في حكم الزوجات فأبيحت له كما قبل الطلاق وعن أحمد رحمه الله أنها ليست مباحة ولا تحصل الرجعة بوطئها وإن أكرهها عليه فلها المهر إن لم يرتجعها بعده وهو ظاهر كلام الخرقي ومذهب الشافعي وحكي ذلك عن عطاء و مالك لأنها مطلقة فكانت محرمة كما لو طلقها بعوض واحدة ولا حد عليه بالوطء وإن قلنا إنها محرمة لا ينبغي أن يلزمه مهر سواء راجع أول لم يراجع لأنه وشئ زوجته التي يلحقها طلاقه فلم يكن عليه مهر كسائر الزوجات ويفارق ما إذا وطئ الزوج بعد إسلام أحدهما في العدة حيص يجب المهر إذا لم يسلم الآخر في العدة لأنه إذا لم يسلم تبينا أن الفرقة وقعت من حين اسلام الأول وهي فرقة فسخ تبين به من نكاحه فأشبهت التي أرضت من ينفسخ نكاحها برضاعه وف مسألتنا لا تبين إلا بانقضاء العدة فافترقا وقال أبو الخطاب إذا أكرهها على الوطء وجب عليه المهر عند من حرمها وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح وهو النصوص عن الشافعي لأنه وطء حرمه الطلاق فوجب به المهر كوطء المختلعة في عدتها والأول أولى لظهور الفرق بينهما فإن البائن ليست زوجة له وهذه زوجة يلحقها طلاقه وقياس الزوجة على الأجنبية في الوطء وأحكامه بعيدة
فصل : فإذا قلنا إنها مباحة حصلت الرجعة بوطئها سواء نوى الرجعة أو لم ينو اختارها ابن حامد والقاضي وهو قول سعيد بن المسيب و الحسن و ابن سيرين و عطاء و طاوس و الزهري و الثوري و الأوزاعي و ابن أبي ليلى وأصحاب الرأي قال بعضهم ويشهد وقال مالك و إسحاق يكون رجعة إذا أراد به الرجعة لأن هذا مدة تفضي إ'لى بينونة فترتفع بالوطء كمدة الإيلاء ولأن الطلاق سبب لزوال الملك ومعه خيار فتصرف المالك بالوطء يمنع كوطء البائع الأمة المبيعة في مدة الخيار وكما ينقطع به التوكيل في طلاقها

مسألة : ولا تحصل بمباشرتها والنظر إلى فرجها والخلوة بها لشهوة
مسألة : ولا تحصل بمباشرتها والنظر إلى فرجها والخلوة بها لشهوة
نص عليه أحمد وخرجه ابن حامد على وجهين مبنيين على الروايتين في تحريم المصاهرة به أحدهما هو رجعة وبه قال الثوري وأصحاب الرأي لأنه استمتاع يباح بالزوجية فحصلت الرجة به كالوطء
والثاني : ليس برجعة لأنه أمر يتعلق به إيجاب عدة ولامهر فلا تحصل به الرجعة كالنظر فأما الخلوة بها فليست برجعة لأنه ليس باستمتاع وهذا اختيار أبي الخطاب وحكي عن غيره من اصحابنا أن الرجعة تحصل به لأنه معنى يحرم من الأجنبية ويحل من الزوجة فحصلت به الرجعة كالاستمتاع والصحيح أن الرجعة لا تحصل بها لأنها لا تبطل خيار المشتري للأمة كاللمس لغير شهوة فأما اللمس للشهوة والنظر كذلك ونحوه فليس برجعة لأنه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة فأشبهت الحديث معها
فصل : وإن قلنا ليست مباحة لم تحصل الرجعة بوطئها ولا تحصل إلا بالقول وهو ظاهر كلام الخرقي لقوله والمراجعة أن يقول لرجلين من المسلمين اشهدا أني قد راجعت امرأتي وهذا مذهب الشافعي لأنها استباحة بضع مقصود وأمر بالإشهاد فيه فلم يحصل من القادر بغير قول كالنكاح ولأن غير القول فعل من قادر على القول فلم تحصل به الرجعة كالإشارة من الناطق وهو رواية عن أحمد



مسألة : ولا يصح تعليق الرجعة على شرط لأنه استباحة فرج مقصود فأشبه النكاح
مسألة : ولا يصح تعليق الرجعة على شرط لأنه استباحة فرج مقصود فأشبه النكاح
فلو قال راجعتك إن شئت لم يصح لذلك ولو قال كلما طلقتك فقد راجعتك لم يصح أيضا لأنه راجعها قبل أن يملك الرجعة فأشبه الطلاق قبل النكاح وإن قال إن قدم أبوك فقد راجعتك لم يصح لأنه تعليق على شرط فإن راجعها في الردة من أحدهما لم يصح ذكره أبو الخطاب وهو مذهب الشافعي لأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح ولأن الرجعة تقرير للنكاح والردة تنافي ذلك فلم يصح اجتماعهما وقال القاضي إن قلنا بتعجيل الفرقة بالردة لم تصح الرجعة لأنها قد بانت بها وإن قلنا لا تتعجل الفرقة فالرجعة موقوفة فإن أسلم المرتد منهما في العدة صحت الرجعة لانا تبينا أنه ارتجعها في نكاحه ولأنه نوع إمساك فلم تمنع منه الردة كما لو لم يطلق وإن لم يسلم في العدة تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة وهذا قول المزني واختيار ابن حامد وهكذا ينبغي أن يكون فيما إذا راجعها بعد إسلام أحدهما
فصل : قد ذكرنا أن من طلق طلاقا بغير عوض فله رجعة زوجته ما دامت في العدة إذا كان طلاق الحر أقل من ثلاث أو العبد واحدة فعلى هذا إن كانت حاملا باثنين فوضعت أحدهما فلها مراجعتها ما لم تضع الثاني هذا قول عامة العلماء إلا أنه حكي عن عكرمة أن العدة تنقضي بوضع الأول وما عليه سائر أهل العلم أصح فإن العدة لا تنقضي إلا بوضع الحمل كله لقول الله تعالى : { وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن } واسم الحمل متناول لكل ما في البطن فتبقى العدة مستمرة إلى حين وضع باقي الحمل فتبقى الرجعة ببقائها ولأن العدة لو انقضت بوضع بعض الحمل لها التزويج وهي حامل من زوج آخر ولا قائل به قال شيخنا وأظن أن قتادة ناظر عكرمة في هذا فقال عكرمة تنقضي عدتها بوضع أحد الولدين

فقال له قتادة أيحل لها أن تتزوج ؟ قال لا قال خصم العبد ولو خرج بعض الولد فارتجعها قبل أن تضع باقيه صح لأنها لم تضع جميع حملها فصارت كمن ولدت أحد الولدين



مسألة : وإن طهرت من الحيضة الثالثة ولم تغتسل فهل له رجعتها ؟ على روايتين
مسألة : وإن طهرت من الحيضة الثالثة ولم تغتسل فهل له رجعتها ؟ على روايتين
وجملة ذلك أنه إذا انقطع حيض المرأة المعتدة في المرة الثالثة ولما تغتسل فهل تنقضي عدتها بطهرها فيه روايتان ذكرهما ابن حامد
إحداهما : لا تنقضي حتى تغتسل ولزجها رجعتها في ذلك وهذا ظاهر كلام الخرقي فإنه قال في العدد فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة أبيحت للأزواج وبه قال كثير من اصحابنا روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود و سعيد بن المسيب و الثوري و أبي عبيدة وروي نحوه عن أبي بكر الصديق وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء رضي الله عنهم وروي عن شريك له الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة لأنه قول من سمينا من الصحابة ولم يعرف لهم مخالف في عصرهم فكان إجماعا ولأن أكثر أحكام الحيض لا تزول إلا بالغسل فكذا هذا والرواية الثانية : أن العدة تنقضي بمجرد الطهر قبل الغسل وهو قول طاوس و سعيد بن جبير و الأوزاعي واختاره أبو الخطاب لقوله الله تعالى : { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } والقرء الحيض وقد زالت فيزو التربص وفيما [ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال وقرء الأمة الحيضان ] وقال [ دعي الصلاة أيام اقرائك ] أي أيام حيضك ولأن انقضاء العدة تتعلق به بينونتها من الزوج وحلها من غير فلم يتعلق بفعل اختياري من جهة المرأة بغير تعليق الزوج كالطلاق وسائر العدد ولأنها لو تركت الغسل اختيارا أو لجنون أو نحوه لم تحل فأما أن يقال بقول شريك إنها تبقى معتدة ولو بقيت عشرين سنة وذلك خلاف قول الله تعالى : { ثلاثة قروء } فإن عدتها تصير أكثر من مائتي قرء أو يقال تنقضي العدة قبل الغسل والله أعلم
فصل : إذا تزوجت الرجعية في عدتها وحملت من الزوج الثاني انقطعت عدة الأول بوطء الثاني وهل يملك الزوج رجعتها في مدة الحمل ؟ يحتمل وجهين :
أولهما : أن له رجعتها لأنها لم تنقض عدته فحكم نكاحه باق بأن يلحقها طلاقه وظهاره وإنما انقطعت عدته لعارض فهو كما لو وطئت في صلب نكاحه فإنها تحرم عليه ويبقى سائر أحكام الزوجية ولأنه يملك ارتجاعها إذا عادت إلى عدته فملكه قبل ذلك كما لو ارتفع حيضها في أثناء عدتها
والوجه الثاني : ليس له رجعتها لأنها ليست في عدته فإذا وضعت الحمل انقضت عدة الثاني وبنت علي ما مضى من عدة الأول وله ارتجاعها حينئذ وجها واحدا ولو كانت في نفاسها لأنها بعد الوضع تعود إلى عدة الأول وإن لم تحتسب به فكان له الرجعة فيه كما لو طلق حائضا فإن له رجعتها في حيضها وإن كانت لا تعتد بها وإن حملت يمكن أن يكون منهما فعلى الوجه الذي لا يملك رجعتها في حملها من الثاني إذا رجعها في هذا الحمل ثم بان أنه من الثاني لم يصح فإن بان من الأول احتمل لأن لا يصح لأنه راجعها في عدتها منه واحتمل أن الا تصح لأنه راجعها مع الشك في إباحه الرجعة والأول أصح فإن الرجعة ليست بعبادة يبطلها الشك في صحتها وعلى أن العبادة تصح مع الشك فيما إذا نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها فصلى خمس صلوات فإن كل صلا ة يشك في أنها هل هي المنسية أو غيرها ؟ لو شك في الحديث فتطهر ينوي رفع الحدث صحت طهارته وارتفع حدثه فههنا أولى فإن راجعها بعد الوضع بعد الوضع وبان الحمل من الثاني صحت رجعته وإن بان من الأول لم تصح لأن العدة انقضت بوضعه

مسألة : وإن انقضت عدتها ولم يرتجعها بانت ولا تحل إلا بنكاح جديد لقول الله سبحانه : وبعولتهن أحق بردهن
مسألة : وإن انقضت عدتها ولم يرتجعها بانت ولا تحل إلا بنكاح جديد لقول الله سبحانه : { وبعولتهن أحق بردهن }
يريد الرجعة عند جماعة أهل التفسير في ذلك أي في العدة وأجمع أهل العلم على أن المرأة إذا طلقها زوجها فلم يرتجعها حتى انقضت عدتها أنها تبين منه فلا تحل له إلا بنكاح جديد

مسألة : وتعود على ما بقي من طلاقها سواء رجعت بعد نكاح زوج غيره أو قبله وعنه أنها إن رجعت بعد نكاح زوج غيره رجعت بطلاق ثلاث
مسألة : وتعود على ما بقي من طلاقها سواء رجعت بعد نكاح زوج غيره أو قبله وعنه أنها إن رجعت بعد نكاح زوج غيره رجعت بطلاق ثلاث
وجملة ذلك أن المطلقة لا تخلو من أحد ثلاثة أحوال أحدها : أن يطلقها دون الثلاث ثم تعود إليه برجعة أونكاح جديد قبل زوج ثان فهذه تعود إليه على ما بقي من طلاقها بغير خلاف علمناه
والثاني : أن يطلقها ثلاثا فتنكح زوجا غيره ويصيبها ثم يتزوجها الأول فهذه تعود بطلاق ثلاث باجماع من أهل العلم حكاه ابن المنذر
الثالث : طلقها دون الثلاث فقضت عدتها ثم نكحت غيره ثم تزوجها الأول ففيها روايتان أظهرهما : أنها تعود إليه على ما بقي من الثلاث وهو قول أكثر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم منهم عمر وعلي وأبي ومعاذ وعمران بن حصين وأبو هريرة وزيد وعبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب و عبيدة و الحسن و مالك و الثوري و ابن أبي ليلى و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد و أبو ثور و محمد بن الحسن و ابن المنذر
والرواية الثانية : عن أحمد أنها ترجع إليه على طلاق ثلاث وهو قول ابن عمر و ابن عباس و عطاء و النخعي و شريح و أبي حنيفة و أبي يوسف لأن وطء الثاني يهدم الطلقات الثلاث فأولى أن يهدم ما دونها ولنا أو وطء الثاني لا يحتاج إليه في الإحلال للزوج الأول فلا يغير حكم الطلاق كوطء السيد ولأنه تزويج قبل استيفاء الثلاث فأشبه ما لو رجعت إليه قبل وطء الثاني يثبت الحل لا يصح لوجهين أحدهما : منع كونه مثبتا للحل أحلا وإنما هو في طلاق الثلاث غاية التحريم بدليل قوله تعالى : { فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره } وحتى للغاية وإنما سمى النبي صلى الله عليه وسلم الزوج الذي قصد الحيلة محللا تجوزا بدليل أنه لعنه ومن أثبت حلالا لم يستحق لعنا
والثاني : أن الحل إنما يثبت في محل فيه تحريم وهي المطلقة ثلاثا وههنا هي حلال له فلا يثبت فيها حل وقولهم أنه يهدم الطلاق قلنا بل هو غاية لتحريمه وما دون الثلاث لا تحريم فيها فلا يكون غاية له



مسألة : وإن ارتجعها في عدتها وأشهد على رجعتها من حيث لا تعلم فاعتدت ثم تزوجت من أصابها ردت إليه ولا يطؤها حتى تنقضي عدتها في إحدى الروايتين والأخرى هي زوجة الثاني
مسألة : وإن ارتجعها في عدتها وأشهد على رجعتها من حيث لا تعلم فاعتدت ثم تزوجت من أصابها ردت إليه ولا يطؤها حتى تنقضي عدتها في إحدى الروايتين والأخرى هي زوجة الثاني

وجملة ذلك أن زوج الرجعية إذا راجعها من حيث لا تعلم صحت المراجعة لأنها لا تفتقر إلى رضاها فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها فإذا راجعها ولم تعلم فانقضت عدتها وتزوجت ثم جاء وادعى أنه كان راجعها قبل انقضاء عدتها وأقام البينة على ذلك ثبت أنها زوجته وأن نكاح الثاني فاسد لأنه تزوج امرأة غيره وترد إلى الأول سواء دخل بها أول لم يدخل وهذا هو الصحيح وهو قول أكثر الفقهاء منهم الثوري و الشافعي و أبو عبيد وأصحاب الرأي وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وروي عن أبي عبد الله رحمه الله رواية ثانية إن دخل بها الثاني فهي امرأته ويبطل نكاح الأول روي ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول مالك وروي معناه عن سعيد بن المسيب و عبد الرحمن بن القاسم و نافع لأن كل واحد منهما عقد عليها وهي ممن يجوز العقد عليها في الظاهر ومع الثاني مزية الدخول فقدم بها
ولنا أن الرجعة قد صحت وتزوجت وهي زوجة الأول فلم يصح نكاحها كما لو لم يطلقها إذا ثبت هذا فإن كان الثاني ما دخل بها فرق بينهما وردت إلى الأول ولا شيء على الثاني وإن كان دخل بها فلها عليه مهر المثل لأن هذا وطء شبهة وتعتد ولا تحل للأول حتى تنقضي عدتها منه فإن كان أقام البينة قبل دخول القاني بها ردت إلى الأول بغير خلاف في المذهب وهي إحدى الروايتين عن مالك وأما إن تزوجها مع علمها بالرجعة أو علم أحدهما فالنكاح باطل بغير خلا ف والوطء محرم على من علم وحكمه حكم الزاني في الحد وغيره لأنه وطيء امرأة غيره مع علمه
فصل : وإن لم يكن للمدعي بينة بالرجعة فأنكره أحدهما لم يقبل قوله فإن أنكره جميعا فالنكاح صحيح في حقهما وإن أعترفا له بالرجعة ثبتت والحكم فيه كالحكم فيما إذا قامت به البينة سواء في أنها ترد إليه وإن أقر بله الزوج وحدة فقد اعترف بفساد نكاحه فتبين منه وعليه المهر إن كان دخل لها أو نصفه إن كان لم يدخل لها لأنه لا يصد على المرأة في إسقاط حقها عنه ولا تسلم المرأة إلى المدعي لأنه لا يقبل قول الزوج الثاني عليها وإنما يقبل في حقه ويكون القول قولها وهل هو مع يمينها لأولا ؟ على وجهين قال شيخنا : ولا تستحلف لأنها لو أقرت لم يقبل إقرارها فإذا أنكرت لم تجب اليمين وفيه وجه آخر أنها تجب عليها وإن اعترفت المرأة وأنكر الزوج لم يقبل اعترافها على الزوج في فسخ نكاحه لأن قولها إنما يقبل على نفسها في حقها وهل يستحلف ؟ يحتمل وجهين :
أحدهما : لا يستحلف اختاره القاضي لأنه دعوى في النكاح فلم يستحلف كما لو ادعى زوجية امرأة
والثاني : يستحلف قال القاضي وهو قول الخرقي لعموم قوله صلى الله عليه وسلم [ ولكن اليمين على المدعى عليه ] ولأنه دعوى في حق آدمي فيستحلف فيه كالمال فإن حلف فيمينه على نفي العلم لأنه على نفي فعل الغير فإذا زال نكاحه بطلاق أو فسخ أو موت ردت إلى الأول من غير عقد لألان المنع من ردها إنما كان لحق الثاني فإذا زال زال المنع وحكم بأنها زوجة الأول كما لو شهد يحرية عبد ثم اشتراه عتق عليه ولا يلزمها للأول مهر بحال وذكر القاضي أن له عليها مهرا وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنها أقرت أنها حالت بينه وبين بعضها بغير حق فأشبه شهود الطلاق إذا رجعوا
ولنا أن ملكها استقر على المهر فلم يرجع به عليها كما لو ارتدت أسلمت أو قتلت نفسها فإن مات الأول وهو في نكاح الثاني فينبغي أن ترثه لاقراره بزوجيتها واقرارها بذلك وإن ماتت لم يرثها لا تصدق في إبطال ميراث الزوج الثاني كما لم تصدق في إبطال نكاحه ويرثها الزوج الثاني لذلك وإن مات الزوج الثاني لم ترثه لأنها تنكر صحة نكاحه فتنكر ميراثه



مسألة : وإن ادعت المرأة انقضاء عدتها قبل قولها إذا كان ممكنا إلا أن تدعيه بالحيض في شهر فلا يقبل إلا ببينة

مسألة : وإن ادعت المرأة انقضاء عدتها قبل قولها إذا كان ممكنا إلا أن تدعيه بالحيض في شهر فلا يقبل إلا ببينة
وجملة ذلك أن المرأة إذا ادعت انقضاء عدتها في وقت يمكن انقضاؤها فيها قبل قولها لقول الله تعالى : { ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن } قيل في التفسير هو الحيض والحمل ولولا أن قولهن مقبلو لم يحرجن بكتمانه ولأنه أمر تختص بمعرفته فكان القول قولها فيه كالنية من الإنسان فيما تعبر فيه النية أو أمر لا يعرف إلا من جهتها قبل لقولها فيه كما يجب على التابعي قبول خبر الصحابي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما ما تنقضي به العدة فهو ثلاثة أقسام :
الأول : أن تدعي انقضاء عدتها بالقروء وهو ينبني على الخلاف في أقل الطهر بين الحيضتين وعلى الخلاف في أقل الحيض وهل الاقراء الحيض أو الطهر فإن قلنا هي الحيض وأقل الطهر ثلاثة عشر يوما فأقل ما تنقضي به العدة تسعة وعشرون يوما ولحظة وذلك أن يطلقها مع آخر الطهر ثم تحيض بعده يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر ثلاثة عشر يوما ثم تحيض يوما وليلة ثم تطهر لحظة ليعرف بها انقطاع الحيض وإن لم تكن هذه اللحظة من عدتها فلا بد منها لمعرفة انقطاع حيضتها ولو صادفتها رجعته لم تصح ومن اعتبر الغسل في انقضاء العدة فلا بد من وقت يمكن الغسل فيه بعد انقطاع الحيض وإن قلنا القروء الحيض وأقل الطهر ثلاثة عشر يوما فإن العدة تنقضي بثمانية وعشرين يوما ولحظتين وهو أن يطلقها في آخر لحظة من طهرها فتحتسب بها قراءا ثم تحتسب طهرين آخرين ستة وعشرين يوما وبينهما حيضتين يومين فإذا طعنت في الحيضة الثالثة لحظة انقضت عدتها وإن قلنا الطهر خمسة عشر يوما زدنا على هذا أربعة أيام في الطهرين فيكون اثنين وثلاثين يوما ولحظتين وهذا قول الشافعي فإن كانت أمة انقضت عدتها بخمسة عشر يوما ولحظة على الوجه الأول وتسعة عشر يوما ولحظة على الوجه الثاني وباربعة عشر يوما ولحظتين على الوجه الثالث وبستة عشر يوما ولحظتين على الوجه الرابع فمتى ادعت انقضاء عدتها بالقروء في أقل من هذا لم يقبل قولها عند أحد فيما أعلم لأنه لا يحتمل صدقها

[ جزء 8 - صفحة 487 ]

مسألة : فإن ادعت انقضاء عدتها بالقروء في أقل من شهر لم يقبل إلا ببينة
مسألة : فإن ادعت انقضاء عدتها بالقروء في أقل من شهر لم يقبل إلا ببينة
لأن شريحا قال إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها وإلا فهي كاذبة فقال له علي بن أبي طالب رضي الله عنه : قالون ومعناه بالرومية أصبت أو أحسنت فأخذ أحمد بقوله علي في الشهر فإن ادعت ذلك في أكثر من شهر صدقها لأنها اؤتمنت على ذلك وإنما لم يصدقها في الشهر لأن حيضها ثلاث مرات فيه يندر جدا فرجح ببينة ولا يدر فيما زاد على الشهر كندرته فيه وقال الشافعي لا يقبل قولها في أقل من اثنين وثلاثين يوما ولحظتين لأنه لا يتصور عنده في أقل من ذلك وقال أبو حنيفة لا يقبل في أقل من ستين يوما وقال صاحباه لا يقبل في أقل من تسعة وثلاثين يوما ولحظتين لأن أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون والخلاف في هذا مبني على أقل الحيض وأقل الطهر وفي القرء ما هو ومما يدل عليه في الجملة قبول على و شريح بينتها على انقضاء عدتها في شهر ولولا تصوره لما قبلت عليه بينة ولا سمعت فيه دعوى ولا يتصور إلا بما قلنا وأما إذا ادعت انقضاء عدتها في أقل من ذلك لم تسمع دعواها ولا يصغى إلى بينتها لأنها نعلم كذبها فإن بقيت على دعواها حتى أتى عليها ما يمكن صدقها فيه نظرنا فإن بقيت على دعواها المردودة لم يسمع قولها لأنها تدعي محالا وإن ادعت أنها انقضت عدتها في المدة كلها أو فيما يمكن منها قبل قولها

لأن أمكن صدقها ولا فرق في ذلك بين الفاسقة والمريضة والمسلمة والكافرة لأن ما يقبل فيها قول الانسان على نفسه لا يختلف باختلاف حاله كإخباره عن نيته فيما تعتبر فيه نيته
فصل : فإن ادعت انقضاء عدتها بوضع الحمل فإن ادعته التمام لم يقبل قولها في أقل من ستة أشهر من حين إمكان الوطء بعد العقد لأن أقل سقط تنقضي به العدة ما أتى عليه ثمانون يوما لأنه يكون نطفة أربعين يوما وعلقة مثل ذلك ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضي به العدة قبل أ يصير مضغة بحال وهذا ظاهر قول الشافعي فأما إن ادعت انقضاء عدتها بالشهور فلا يقبل قولها فيه لأن الخلاف في ذلك ينبني على الاختلاف في الطلاق والقول الزوج فيه فيكون القول قوله فيما ينبني عليه إلا أن يدعي انقضاء عدتها ليسقط عن نفسه نفقتها مثل أن يقول طلقتك في شوال فتقول هي بل في ذي القعدة فالقول قولها لأنه يدعي ما يسقط النفقة والأصل وجوبها فلا يقبل إلا ببينة فإن ادعت ذلك ولم يكن لها نفقة قبل قولها لأنها تقر على نفسها بما هو أغلظ إن انعكس الحال فقال طلقتك نفي ذي القعدة فلي رجعتك قالت بل طلقتني في شوال فلا رجعة لك فالقول قوله لأن الأصل بقاء نكاحه ولأن القول قوله في إثبات الطلاق ونفيه فكذلك في وقته إذا ثبت ذلك فكل موضع قلنا القول قولها فأنكرها الزوج فقال الخرقي عليها اليمين وهو قول الشافعي و أبي يوسف و محمد وقد أومأ إليه أحمد في رواية أبي طالب وقال القاضي قياس المذهب أن لا يجب عليه يمين وقد أومأ إليه أحمد أيضا فقال لا يمين في نكاح ولا طلاق وهو قول أبي حنيفة لأن الرجعة لا يصح بذلها فلا تستحلف فيها كالحدود والأول أولى لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم [ اليمين على المدعى عليه ] ولأنه حق آدمي يمكن صدق مدعيه فتجب اليمين فيه كالأموال فإن نكلت عن اليمين فقال القاضي لا يقضى بالنكول لأنه لا يصح بذله قال شيخنا : ويحتمل أن يستحلف الزوج وله رجعتها على القول برد اليمين على المدعى لأنه لما وجد النكول منها ظهر صدق الزوج وقوي جانبه واليمين بشرع في حق من قوي جانبه ولذلك شرعت في حق المدعى عليه لقوة جانبه باليد في العين وبالأصل في براءة الذمة في الدين وهو مذهب الشافعي
فصل : إذا ادعى الزوج في عدتها أنه كان راجعها أمس أو منذ شهر قبل قوله لأنه لما ملك الرجعة ملك الإقرار بها كالطلاق وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم فإن قال بعد انقضاء عدتها كنت راجعتها في عدتك فأنكرت فالقول قولها بإجماعهم لأنه ادعاها في زمن لا يملكها والأصل عدمها وحصول البينونة



مسألة : إذا قالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فالقول قولها
مسألة : إذا قالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فالقول قولها
وجملة ذلك أنه إذا كان حلا فهما في زمن يمكن فيه انقضاء عدتها وبقاؤها فبدأت فقالت انقضت عدتي فقال قد كنت راجعتك فأنكرته فالقول قولها لأن خبرها بانقضاء عدتها مقبول لإمكانه فصارت دعواه للرجعة بعد الحكم بانقضاء عدتها فلم تقبل



مسألة : وإن سبق فقال ارتجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فأنكرها فالقول قوله
مسألة : وإن سبق فقال ارتجعتك فقالت قد انقضت عدتي قبل رجعتك فأنكرها فالقول قوله
ذكره القاضي لما ذكرنا وهو أحد الوجوه لأصحاب الشافعي وظاهر كلام الخرقي أن قولها مقبول سواء سبقها بالدعوى أو سبقته وهو وجه ثان لأن صحاب الشافعي لأن الظاهر

البينونة والأصل عدم الرجة فكان الظاهر معها لأن من قبل قولها سابقا كان كذلك مسبوقا كسائر من يقبل قوله ولهم وجه ثالث أن القول قول الزوج بكل حال لأن المرأة تدعي ما يرفع النكاح وهو ينكره فكان القول قول من أنكره بخلاف ما قاسوا عليه

مسألة : وإن تداعيا معا قدم قولها
مسألة : وإن تداعيا معا قدم قولها
لأن خبرها بانقضاء عدتها يكون بعد انقائها فيكون قوله بعد العدة فلا يقبل وقيل يقدم من تقع له القرعة ذكره أبو الخطاب والصحيح الأول
فصل : فإن اختلفا في الإصابة فقال قد أصبتك فلي رجعتك فأنكرته أو قالت فأنكرته أو قالت قد أصابني فلي المهر كاملا فالقول قول المنكر منهما لأن الأصل معه فلا يزول إلا بيقين وليس له رجعتها في الموضعين لأنه إن أنكر الإصابة فهو يقر على نفسه ببينونتها وأنه لا رجعة له عليها وإن أنكرتها هي فالقول قولها ولا تستحق إلا نصف المهر وإن انكرها فالقول قوله هذا إذا كان المهر غير مقبوض فإن كان اختلافهما بعد قبضها له وادعى إصابتها فانكرته لم يرجع عليها بشيء لأنه يقر لها به ولا يدعيه وإن كان هو المنكر رجع عليها بنصفه وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي فإن قيل فلم قبلتم قول المولي والعنين في الإصابة ولم تقبلوه ههنا ؟ قلنا المولي والعنين يدعيان ما يبقي النكاح على الصحة ويمنع فسخه والأصل صحة العقد وسلامته فكان قولها موافقا للأصل فقبل وفي مسألتنا قد وقع ما يرفع النكاح ويزيله وهو مار إلى بينونته وقد اختلفا فيما يرفع حكم الطلاق ويثبت له الرجعة والأصل عدم ذلك فكان قوله مخالفا للأصل فلم يقبل ولأن المولي والعنين يدعيان الاصابة في موضع تحققت الخلوة والتمكين من الوطء لأنه لو لم يوجد ذلك لما استحقتا الفسخ بعدم الوطء فكان الاختلاف فيما يختص به وفي مسألتنا لم تتحقق خلوة ولا تمكين لأنه لو تحقق ذلك لوجب المهر كاملا فكان الاختلاف في أمر ظاهر لا يختص به فلم يقبل فيه قول مدعيه إلا ببينة وهل تشرع اليمين في حق من القول ؟ على وجهين
فصل : والخلوة كالإصابة في إثبات الرجعة للزوج على المرأة التي خلا بها في ظاهر كلام الخرقي لقوله حكمها حكم الدخول في جميع أمورها وهذا قول الشافعي القديم وقال أبو بكر لا رجعة له عليها إلا أن يصيبها وبه قال أبو حنيفة وصاحباه والشافعي في الجديد لأنها غير مصابة فلا يستحق رجعتها كالتي لم يخل بها ووجه الأول قوله تعالى : { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن } ـ الى قوله ـ { وبعولتهن أحق بردهن في ذلك } ولأنها معتمدة من طلاق لا عوض فيه ولم يستوف عدده فثبتت عليها الرجعة كالموطوءة ولأنها معتدة يلحقها طلاقه فملك رجعتها كالتي أصابها وفارق التي لم يحل بها فإنها بائن منه لا عدة لها ولا يلحقها طلاقه وإنما تكون الرجعة للمعتدة التي يلحقها طلاقه والخلاف في هذا مبني على وجوب العدة بالخلوة من غير إصابة ويذكر في موضعة إن شاء الله تعالى
فصل : فإن ادعى زوج الأمة بعد عدتها فأنكرته وصدقه مولاها فالقول قولها نص عليه وبذلك قال أبو حنيفة و مالك وقال أبو يوسف و محمد القول قول الزوج وهو أحق بها لأن إقرار مولاها مقبول في نكاحها فقبل في رجعتها كالحرة إذا أقرت
ولنا أن قولها في انقضاء عدتها مقبول فقبل إنكارها للرجعة كالحرة ولأنه اختلا ف منهما فيما يثبت به النكاح فيكون المنازع هي دون سيدها كما لو اختلفا في الإصابة وإنما قبل قول السيد في النكاح لأنه يملك إنشاءه فملك الإقرار به بخلاف الرجعة وإن صدقته وكذبه مولاها لم يقبل إقرارها لأن حق السيد تعلق بها وحلت له بانقضاء عدتها فلم قولها في إبطال حقه كما لو تزوجت ثم أقرت أن مطلقها كان راجعها ولا يلزم من قبول إنكارها قبل تصديقها كالتي تزوجت فإنه يقبل إنكارها ولا يقبل تصديقها إذا ثبت هذا فإن مولاها إذا علم صدق الزوج لم يحل له وطؤها ولا تزويجها وإن علمت هي صدق الزوج في رجعتها في حرام على سيدها ولا يحل لها تمكينه من وطئها إلا مكرهة كما قبل طلاقها

فصل : ولو قالت انقضت عدتي ثم قالت ما انقضت بعد فله رجعتها لأنها أقرت بكذبها فيما يثبت له حقا عليها فقبل إقرارها ولو قال أخبرتني بانقضاء عدتها ثم راجعتها ثم أقرت بكذبها في انقضاء عدتها ثم أقرت بكذبها في انقضاء عدتها وأنكرت ما ذكر عنها وأقرت بأن عدتها لم تنقض فالرجعة صحيحة لأنه لم يقر بانقضاء عدتها وإنما أخر بخبرها عن ذلك وقد رجعت عن خبرها فقبل رجوعها لما ذكرناه
فصل : قال الشيخ رحمه الله وإن طلقها ثلاثا لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره ويطأها في القبل وأدنى ما يمكن من ذلك تغييب كالحشفة في الفرج وإن لم ينزل
وجملة ذلك أن المرأة إذا لم يدخل بها تبينها تطليقة وتحرمها الثلاث من الحر والاثنتان من العبد وقد أجمع أهل العلم على أن غير المدخول بها تبين بطلقة واحدة ولا يستحق مطلقها رجعتها لأن الرجعة إنما تكون في العدة ولا عدة قبل الدخول لقول الله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها } فبين سبحانه أنه لا عهدة عليها فتبين بمجرد طلاقها وتصير كالمدخول بها بعد انقضاء عدتها لا رجعة عليها ولا نفقة فإن رغب فيها مطلقها فهو خاطب من الخطاب لا تحل له إلا أن يتزوجها برضاها جديدا وترجع إليه بطلقتين فإن طلقها اثنتين ثم تزوجها رجعت إليه بطلقة واحدة بغير خلاف إن لم تكن تزوجت غيره بغير خلاف فإن طلقها ثلاثا بلفظ واحد حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره في قول عامة أهل العلم وقد ذكرنا ذلك فيما مضى ولا خلاف بينهم في أن المطلقة ثلاثا بعد الدخول لا تحل حتى تنكح زوجا غيره لقول سبحانه : { فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره } و [ روت عائشة أن امرأة رفاعة القرظي جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت إنها كانت عند رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وإنه والله ما معه إلا مثل هذه الهدبة وأخذت بهدبة من جلبابها فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا وقال تريدين أن ترجعي إلى رفاعة لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك ] متفق عليه وفي إجماع أهل العلم على هذا غنية عن الإطالة فيه وجمهور العلماء على أنها لا تحل للزوج الأول حتى يطأها الثاني وطئا يوجد فيه التقاء الختانين إلا أن سعيد بن المسيب من بينهم قال إذا تزوجها تزويجا صحيحا لا يريد به إحلالا فلا بأس أن يتزوجها قال ابن المنذر لا نعلم أحدا من أهل العلم قال بقول سعيد بن المسيب هذا إلا الخوارج أخذوا بظاهر قوله سبحانه { حتى تنكح زوجا غيره } ومع تصريح النبي صلى الله عليه وسلم ببيان المراد من كتاب الله تعالى وأنها لا تحل للأول حتى تذوق الثاني عسيلتها وتذوق عسيلته لا يعرج على شيء سواه ولا يسوغ لأحد المصير إلى غيره مع ما عليه جملة أهل العلم منهم علي بن أبي طالب وابن عمر وابن عمرو وابن عباس وجابر وعائشة رضي الله عنهم وممن بعدهم مسروق و الزهري و مالك وأهل المدينة و الثوري وأصحاب الرأي و الأوزاعي وأهل الشام الشافعي و أبو عبيد وغيرهم
فصل : ويشترط لحلها للأول ثلاثة شروط
أحدها : أن تنكح زوجا غيره فلو كانت أمة فوطئها سيدها لم تحل لقول الله تعلى : { حتى تنكح زوجا غيره } وهذا ليس بزوج
الشرط الثاني : أن يكون نكاحا صحيحا فلو كان فاسدا لم يحلها الوطء فيه وبهذا قال الحسن و الشافعي و حماد و مالك و الثوري و الأوزاعي و إسحاق و أبو عبيد وأصحاب الرأي و الشافعي في الجديد وقال في القديم يحلها وهو قول الحكم وخرجه أبو الخطاب وجها في المذهب لأنه زوج فيدخل في عموم النص ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لعن والمحلل له فسماه محللا مع فساد نكاحه
ولنا قول تعالى : { فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره } وإطلاق النكاح يقتضي الصحيح ولذلك لو حلف لا يتزوج فتزوج تزويجا فاسدا لم يحنث ولو حلف ليتزوجن لم يبر بالتزويج الفاسد ولأن أكثر أحكام التزويج غيره ثابتة فيه من الإحصان واللعان والظاهر والإيلاء والنفقة وأشباه ذلك وأما تسميته محللا فلقصد التحليل فيما لا يحل ولو أحل حقيقة لما لعن ولا لعن المحلل له وإنما له وإنما هذا كقول النبي صلى الله عليه وسلم [ ما آمن بالقرآن من استحل محارمه ] وقال الله تعالى : { يحلونه عاما ويحرمونه عاما } ولأنه وطء في غير نكاح صحيح أشبه وطء الشبهة وعلى هذا لو وطئها بشبهة لم تبح لأنه في غير نكاح

مسألة : ولو كانت أمة فاشتراها مطلقها لم يحل له وطؤها في قول أكثر أهل العلم ويحتمل أن تحل
مسألة : ولو كانت أمة فاشتراها مطلقها لم يحل له وطؤها في قول أكثر أهل العلم ويحتمل أن تحل
وقال بعض أصحاب الشافعي تحل له لأن الطلاق يختص الزوجية فأثر في التحريم بها وقول الله عز وجل : { فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره } صريح في تحريمها فلا نعول على ما خالفه ولأن الفرج لا يجوز لأن يكون محرما مباحا فسقط هذا
الشرط الثالث : أن يطأها في الفرج لما ذكرنا من حديث عائشة فعلى هذا إن وطئها دون الفرج أو في الدبر لم يحلها لأنه علق الحل على ذواق العسيلة ولا يحصل إلا بالوطء في الفرج وأدناه تغييب الحشفة في الفرج وإن لم ينزل لأن أحكام الوطء تتعلق بذواق العسيلة ولا يحصل من غير انتشار

مسألة : فإن كان مجبوبا قد بقي من ذكره قدر الحشفة فأولجه أحلها وإلا فلا
مسألة : فإن كان مجبوبا قد بقي من ذكره قدر الحشفة فأولجه أحلها وإلا فلا
وإن وطئها زوج مراهق أحلها في قولهم وإلا مالكا و أبا عبيد فإنهما قالا : لا يحلها ويروى ذلك عن الحسن لأنه وطء من غير بالغ فأشبه وطء الصغير
ولنا ظاهر النص وأنه وطء من زوج في نكاح صحيح فأشبه البالغ ويخالف الصغير فإنه لا يمكن الوطء منه ولا تذاق عسيلته قال القاضي يشترط أن يكون له اثنتا عشرة سنة لأن من دون ذلك لا يمكنه المجامعة ولا معنى لهذا فإن الخلاف في المجامعة ومتى أمكنه الجماع فقد وجد منه المقصود فلا معنى لاعتبار سن ما ورد الشرع باعتبارها وتقدير بمجرد الرأي والتحكم



مسألة : فإن كانت ذمية فوطئها زوجها الذمي أحلها لمطلقها المسلم
مسألة : فإن كانت ذمية فوطئها زوجها الذمي أحلها لمطلقها المسلم
نص عليه أحمد وقال وهو زوج وبه تجب الملاعنة والقسم وبه قال الحسن و الزهري و الثوري و الشافعي و أبو عبيد وأصحاب الرأي و ابن المنذر وقال ربيعة و مالك لا يحلها
ولنا ظاهر الآية لأنه وطء من زوج في نكاح صحيح تام أشبه وطء المسلم
فصل : فإن كانا مجنونين أو أحدهما فوطئها أحلها وقال أبو عبد الله بن حامد لا يحلها لأنه لا يذوق العسيلة
ولنا ظاهر الآية ولأنه وطء مباح في نكاح صحيح أشبه العاقل لا يذوق العسيلة لا يصح فإن الجنون إنما هو تغطية العقل وليس العقل شرطا في الشهودة وحصول اللذة بدليل البهائم لكن إن كان المجنون ذاهب الحس كالمصروع والمغمى عليه لم يحصل الحل بوطئه ولا يوطء مجنونة في هذه الحال لأنها لا تذوق العسيلة ولا تحصل لها اللذة ولعل ابن حامد إنما أراد المجنونه الذي هذا حاله فلا يكون ههنا اختلاف وكوطء مغمى عليها أو نائمة لا تحس بوطئه فينبغي أن لا تحل بهذا لما ذكرنا وحكاه ابن المنذر ويحتمل حصول الحل في ذلك كله لعموم النص فإن وجد على فراشه امرأة فظنها أجنبية أو ظنها جاريته فوطئها فإذا هي

امرأته أحلها لأنه صادف نكاحا صحيحا ولو وطئها فأفضاها أو وطئها وهي مريضة تتضرر بوطئه أحلها لأن التحريم ههنا لحقها فإن استدخلت ذكره وهو نائم أو مغمى عليه لم تحل لأنه لم يذق عسيلتها ويحتمل أن تحل لعموم الآية
فصل : فإن كان خصيا أو مسلولا أو موجوءا حلت بوطئه لأنه يطأ كالفحل ولم يفقد إلا الإنزال وهو غير معتبر في الحلال وهذا قول الشافعي قال أبو بكر وقد روي عن أحمد في الخصي أنه لا يحلها فإن أبا طالب سأله عن المرأة تتزوج الخصي تستحل به قال لا حتى تذوق العسيلة قال أبو بكر والعمل على ما رواه مهنا أنها تحل ووجه الأول أن الخصي لا يحصل منه الإنزال فلا ينال لذة الوطء فلا يذوق العسيلة ويحل أن أحمد قال ذلك لأن الخصي في الغالب لا يحصل منه الوطء أو ليس مظنة الإنزال ولا يحصل الإحلال بوطئه كالوطء من غير انتشار والأولى إن شاء الله حصول الإحلال به لأنه يحصل بوطء المراهق الذي لا يحصل منه الإنزال ولذلك تحل المراهقة التي لا يتصور منها الإنزال قبل البلوغ كذلك هذا وعلى هذا يمنع أن لا تذوق العسيلة إذا حصل منه الانتشار كغير البالغ ولدخوله في عموم الآية

[ جزء 8 - صفحة 498 ]

مسألة : وإن وطئها في الدبر أو وطئت بشبهة أو بملك يمين لم تحل
مسألة : وإن وطئها في الدبر أو وطئت بشبهة أو بملك يمين لم تحل
لأن الوطء في الدبر لا تذوق به العسيلة والوطء بالشبهة وبملك اليمين وطء من غير زوج فلا يدخل في عموم قوله تعالى : { حتى تنكح زوجا غيره } فتبقى علي المنع
فصل : فإن وطئها في أو ردتها لم يحلها لأنه إن عاد إلى الإسلام فقد وقع الوطء في نكاح غير تام لانعقاد سبب البينونة إن لم تسلم في العدة يصادف الوطء نكاحا وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل اسلام الآخر لم يحلها لذلك

[ جزء 8 - صفحة 499 ]

مسألة : وإن وطئها زوجها في حيض أو نفاس أو إحرام أحلها وقال أصحابنا لا يحلها
مسألة : وإن وطئها زوجها في حيض أو نفاس أو إحرام أحلها وقال أصحابنا لا يحلها
اشترط أصحابنا أن يكون الوطء حلالا فعلي قولهم إن وطئها في حيض أو نفاس أو إحرام أو صيام فرض من إحداهما أو منهما لا تحل وهو قول مالك لأنه وطء حرام لحق الله تعالى فلم يحصل به الإحلام كوطء المرتدة وظاهر النص حلها وهو قوله تعالى : { حتى تنكح زوجا غيره } وهذه قد نكحت زوجا غيره وأيضا قوله صلى الله عليه وسلم [ حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك ] وقد وجد ولأنه وطء في نكاح صحيح في محل الوطء على سبيل التمام فأحلها كالوطء المباح وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة أو وطئها مريضة يضرها الوطء وهذا أصح إن شاء الله تعالى وهو قول أبي حنيفة ومذهب الشافعي فأما وطء المرتدة فقد ذكرناه وأشرنا إلى الفرق
فصل : فإن تزوجها مملوك ووطئها أحلها وبذلك قال عطاء و مالك و الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفا لأنه دخل في عموم النص ووطؤه كوطء الحر

مسألة : وإن طلق العبد زوجته اثنتين لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره سواء عتقا أو بقيا على الرق

مسألة : وإن طلق العبد زوجته اثنتين لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره سواء عتقا أو بقيا على الرق
وجملة ذلك أن الطلاق معتبر بالرجال فإذا كان الزوج حرا فطلاقه ثلاث حرة كانت الزوجة أو أمة وإن كان عبدا فطلاقه اثنتان حرة كانت زوجته أو أمة فإذا طلق اثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره روي ذلك عن عمر وزيد وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب و مالك و الشافعي و إسحاق و ابن المنذر وفيه رواية أخرى أن الطلاق بالنساء وقد ذكرنا ذلك في كتاب الطلاق والمختار أن الطلاق بالرجال والتفريع عليه فعلى هذا إذا طلقها اثنتين حرمت عليه بالطلاق تحريما لا ينحل إلا بزوج وإصابة ولم يوجد ذلك فلا يزول التحريم هذا ظاهر المذهب وقد روي عن أحمد أنه يحل له أن يتزوجها وتبقى عنده على واحدة وذكر حديث ابن عباس في المملوكين إذا طلقها تطليقتين ثم عتقا فتله أن يتزوجها وقال لا أرى شيئا يدفعه وغير واحد يقول به أبو سلمة وجابر و سعيد بن المسيب رواه الإمام أحمد في المسند وأكثر الروايات عن أحمد على الأول وقال في حديث عثمان وزيد في تحريمها عليه جيد وحديث ابن عباس يرويه عمرو بن مغيث ولا أعرفه وقال ابن مبارك من أبو حسن هذا ؟ لقد حمل صخرة عظيمة منكرا لهذا الحديث قال أحمد أما أبو حسن فهو عندي معروف ولكن لا أعرف عمرو بن مغيث قال أبو بكر إن صح الحديث فالعمل عليه وإن لم يصح فالعمل على حديث عثمان وزيد وبه أقول قال أحمد ولو طلق عبد زوجته الأمة تطليقتين ثم عتق واشتراها لم تحل له ولو تزوج وهو عبد فلم يطلقها أو طلقها واحدة ثم عتق فله عليها ثلاث تطليقات أو طلقتان إن كان طلقها واحدة لأنه في حال الطلاق حر فاعتبر حاله حينئذ كما يعتبر حال المرأة في العدة حين وجدوها ولو تزوجها وهو حر كافر فسبي واسترق ثم أسلما جميعا لم يملك إلا طلاق العبيد اعتبارا بحاله حين الطلاق ولو طلقها في كفره واحدة وراجعها ثم سبي واسترق لم يملك إلا طلقة واحدة ولو طلقها في كفره طلقتين ثم استرق فأراد التزويج بها جاز وله طلقة واحدة لأن الطلقتين وقعتا غير محرمتين فلا يتغير حكمها بما يطرأ بعدهما كما أن الطلقتين من العبد لما وقعتها محرمتين لم يتغير ذلك بالعتق وبعدها



مسألة : وإذا غاب عن مطلقته فأتته فذكرت أنها نكحت من أصابها وانقضت عدتها منه وكان ذلك ممكنا فلها نكاحها إذا غلب على ظنه صدقها وإلا فلا
مسألة : وإذا غاب عن مطلقته فأتته فذكرت أنها نكحت من أصابها وانقضت عدتها منه وكان ذلك ممكنا فلها نكاحها إذا غلب على ظنه صدقها وإلا فلا
وجملة ذلك أن المطلقة المبتوتة إذا مضى بعد طلاقها زمن يمكن فيه انقضاء عدتين بينهما نكاح ووطء فأخبرته بذلك وغلب على ظنه صدقها إما بأمانتها أو بخبر غيرها ممن يعرف حالها فله أن يتزوجها في قول عمة أهل العلم منهم الحسن و الأوزاعي و الشافعي و أبو عبيد وأصحاب الرأي وذلك لأن المرأة مؤتمنة على نفسها وعلى ما أخبرت به عنها ولا سبيل إلى معرفة هذا الحال على الحقيقة إلا من جهتها فيجب الرجوع إلى قولها كما لو أخبرت بانقضاء عدتها فأما إن لم يعرف ما يغلب على ظنه صدقها لم يحل له نكاحها وقال الشافعي له نكاحها لم ذكرنا أولا والورع أن لا ينكحها
ولنا أن الأصل التحريم ولم يوجد غلبة ظن تنقل عنه فوجب البقاء عليه كما لو أخبره فاسق عنها
فصل : إذا أخبرت أن الزوج أصابها فأنكرها فالقول قولها في حلها للأول والقول قول الزوج في المهر ولا يلزمه إلا نصفه إذا لم يقر بالخلوة بها فإن قال الزوج الأول : أنا أعلم أنه ما أصابها لم يحل له نكاحها لأنه يقر على نفسه بتحريمها فإن عاد فأكذب نفسه وقال : قد علمت صدقها دين فيما بينه وبين الله تعالى فإذا علم حلها لم تحرم بكذبه وهذا مذهب

الشافعي ولأنه قد يعلم ما لم يكن علمه ولو قال ما أعلم أنه أصابها لم تحرم عليه بهذا لأن المعتبر في حلها له خبر يغلب على ظنه صدقه لا حقيقة العلم
فصل : إذا طلقها طلاقا رجعيا وغاب فقضت عدتها وأرادت التزويج فقال وكيله توقفي كيلا يكون راجعك لم يجب عليها التوقف لأن الأصل عدم الرجعة وحل النكاح فلا يجب الزوال عنه بأمر مشكوك فيه ولأنه لو وجب عليها التوقف في هذه الحال لوجب عليها التوقف قبل قوله لأن احتمال الرجعة موجود سواء قال أو لم يقل فيفضي إلى تحريم النكاح على كل رجعية غاب زوجها أبدا
فصل : فإذا قال قد تزوجت من أصابني ثم رجعت عن ذلك قبل أن يعقد عليها لم يجز العقد لأن الخبر المبيح للعقد قد زال فزالت الإباحة وإن كان ذلك بعد العقد عليها لم يقبل لأن ذلك إبطال للعقد الذي لزمها بقولها فلم يقبل كما لو ادعى زوجية امرأة فأقرت له بذلك ثم رجعت عن الإقرار



كتاب الإيلاء
الإيلاء في اللغة الحلف يقال آلى يولي إيلاء وألية وجمع الألية ألايا قال الشاعر :
( قليل الالايا حافظ ليمينه ... إذا صدرت منه الألية برت )
ويقال تألى وفي الخبر [ من يتأل على الله يكذبه ]

مسألة : وهو الحلف على ترك الوطء في موضوع الشرع والأصل فيه قول الله تعالى :
للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن يقسمون
مسألة : وهو الحلف على ترك الوطء في موضوع الشرع والأصل فيه قول الله تعالى :
{ للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر } وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن يقسمون

مسألة : ويشترط له أربعة شروط أحدها
مسألة : ويشترط له أربعة شروط أحدها :
الحلف على ترك الوطء في القبل لأنه الذي يحصل الضرر به فإنه تركه بغير يمين لم يكن موليا لأن الإيلاء الحلف



مسألة : فإن تركه مضرا بها من غير عذر فهل تضرب له مدة الإيلاء ويحكم عليه بحكمه ؟ على روايتين
مسألة : فإن تركه مضرا بها من غير عذر فهل تضرب له مدة الإيلاء ويحكم عليه بحكمه ؟ على روايتين
أما إذا تركه لعذر من مرض أو غيبة أو نحوه لم تضرب له مدة وإلا ففيه روايتان إحداهما : تضرب مدة أربعة أشهر فإن وطئها وإلا دعي بعدها إلى الوطء فإن امتنع منه أمر بالطلاق كما يفعل في الإيلاء سواء لأنه أضربها بترك الوطء في مدة الإيلاء فيلزم حكمه كما لو حلف ولأن ما وجب أداؤه إذا حلف على تركه وجب أداؤه إذا لم يحلف كالنفقة وسائر الواجبات

يحققه أن اليمين لا تجعل غير الواجب واجبا إذا حلف على تركه فوجوبه معها يدل على وجوبه قبلها ولأن وجوبه في الإيلاء إنما كان لدفع حاجة المرأة وإزالة الضرر عنها وضررها لا يختلف بالإيلا ء وعدمه فلا يختلف الوجوب فإن قيل فلا يبقى للأيلاء أثر فلم أفردتم له بابا ؟ قلنا بل له أثر فإنه يدل على قصد الإضرار فيتعلق الحكم به وإن لم يظهر منه قصد الإضرار كتفينا بدلالته وإذا لم يوجد الإيلاء احتجنا إلى دليل سواه يدل على المضارة فيعتبر الإيلاء لدلالته على المقتضى لا لعينه والثانية : لا تضرب له مدة وهو قول أبي حنيفة و الشافعي لأنه ليس بمول فلا تضرب له مدة كما لو نلم يقصد الإضرار ولأن تعليق الحكم بالإيلاء يدل على انتفائه عند عدمه إذ لو ثبت هذا الحكم بدونه لم يكن له أثر وليس امتناعه باليمين أقوى من امتناعه بقصد الضرر لأنه يمتنع بقصد الضرر وبلزومه الكفارة فلا يصح الإلحاق إذا لم يحلف بما إذا حلف لقوة المانع والله أعلم

مسألة : وإن حلف على ترك الوطء في الدبر أو دون الفرج لم يكن موليا
مسألة : وإن حلف على ترك الوطء في الدبر أو دون الفرج لم يكن موليا
لأنه إذا حلف على ترك الوطء في الدبر لم يترك الوطء الواجب عليه ولا تتضرر المرأة بتركه لأنه وطء محرم وقد أكد منع نفسه بيمينه وكذلك إن حلف على ترك الوطء دون الفرج لأنه لم يحلف على الوطء الذي يطالب به في الفيئة ولا ضرر على المرأة في تركه



مسألة : وإن حلف لا يجامعها إلا جماع سوء يريد جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليا
مسألة : وإن حلف لا يجامعها إلا جماع سوء يريد جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليا
لأنه يمكنه الوطء الواجب عليه من غير حنث وإن قال أردت وطأ لا يبلغ التقاء الختانين فهو مول لأنه لا يمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث وكذلك إن أراد به الوطء في الدبر أو دون الفرج فكذلك وإن لم يكن له نية فليس بمول لأنه محتمل فلا يتعين ما يكون به موليا وإن قال والله لا جامعتك جماع سوء لم يكن موليا بحال لأنه لم يحلف على ترك الوطء إنما حلف على ترك صفته المكروهة

مسألة : وإذا حلف على ترك الوطء بلفظ لا يحتمل غيره كلفظه الصريح وقوله لا أدخلت ذكري في فرجك وللبكر خاصة لا افتضضتك لم يدن فيه
مسألة : وإذا حلف على ترك الوطء بلفظ لا يحتمل غيره كلفظه الصريح وقوله لا أدخلت ذكري في فرجك وللبكر خاصة لا افتضضتك لم يدن فيه
وجملة أن الألفاظ التي تكون بها موليا تنقسم ثلاثة أقسام :
أحدها : ما هو صريح في الحكم والباطن جميعا كقوله والله لا أنيكك ولا أدخل أو أغيب أو أولج ذكرى في فرجك ولا افتضضتك للبكر خاصة فهذه صريحة لا يدين فيها لأنها لا تحتمل غير الإيلاء
القسم الثاني : صريح في الحكم ويدين فما بينه وبين الله تعالى وهي عشرة ألفاظ لا وطئتك ولا جامعتك ولا باضعتك ولا باعلتك ولا باشرتك ولا قربتك ولا أصابتك ولا أتيتك ولا مستك ولا اغتسلت منك فهذه صريحة في الحكم لأنها تستعمل في العرف في الوطء وقد ورد القرآن ببعضها فقال سبحانه : { ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فاتوهن } وقال : { ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد } وقال : { من قبل أن تمسوهن } وأما

الجماع والوطء فهما أشهر الألفاظ في الاستعمال فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم وبالجماع اجتماع الأجسام وبالاصابة الاصابة باليد دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر والعرف وقد اختلف قول الشافعي فيما عدا الوطء والجماع من هذه الألفاظ فقال في موضع ليس بصريح في الحكم لأنه حقيقة في غير الجماع وقال في لا باضعتك ليس بصريح لأنه يحتمل أن يكون التقاء البضعتين البضعة من البدن بالبضعة منه فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال [ فاطمة بضعة مني ]
ولنا كأنه مستعمل في الوطء عرفا وقد ورد ببعضه القرآن والسنهة فكان صريحا كلفظ الوطء والجماع وكونه حقيقة في غير الجماع لا يبطل لفظ الوطء والجماع وكذلك قوله فارقتك وسرحتك في ألفاظ الطلاق فانهم قالوا هي صريحة في ألفاظ الطلاق مع كونها حقيقة في غيره وأما قوله باضعتك فهو مشتق من البضع ولا يستعمل هذا اللفظ في غير الوطء أولى أن يكون صريحا من سائر الألفاظ لأنها تستعمل في غيره وبه قال أبو حنيفة
القسم الثالث : ما لا يكون موليا فيها إلا بالنية وهو ما عدا هذه الألفاظ مما يحتمل الجماع كقوله والله لا يجمع رأسي ورأسك شيء لا ساقف رأسي رأسك لأسوءنك لأغيظنك لتطولن غيبتي عنك لا مس جلدي جلدك لا قربت فراشك لا أويت معك لا نمت عندك فهذه إن أراد بها الجماع واعترف بذلك كان موليا وإلا فلا لأن هذه الألفاظ ليست ظاهرة في الجماع كظهور التي قبلها ولم يرد النص في استعمالها فيه إلا أن هذه الألفاظ منقسمة إلى ما يفتقر إلى نية الجماع والمدة معا وهي قوله لأسوءنك أو لأغيظنك أو لتطولن غيبتي عنك فلا يكون موليا حتى ينوي ترك الجماع في مدة تزيد على أربعة أشهر غيظها يوجد بترك الجماع فيما دون ذلك وسائر الألفاظ يكون موليا بنية الجماع فقط فإن قال والله لا أدخلت جميع ذكري في فرجك لم يكن موليا لأن الوطء الذي تحصل به الفيئة يحصل بدون إيلاج جميع الذكر فإن قال والله أولجت حشفتي في فرجك كان موليا لأن الفيئة لا تحصل بدون ذلك الشرط الثاني : أن يحلف بالله أو بصفة من صفاته ولا خلاف بين أهل العلم في أن الحلف بذلك إيلاء



مسألة : فإن حلف بنذر أو عتق أو طلاق لم يصر موليا في الظاهر عنه وعنه يكون موليا
مسألة : فإن حلف بنذر أو عتق أو طلاق لم يصر موليا في الظاهر عنه وعنه يكون موليا
إذا حلف على ترك الوطء بغير اسم الله تعالى وصفة من صفاته مثل أن حلف بطلاق أو عتاق أو صدقة المال أو الحج أو الظاهر ففيه روايتان :
إحداهما : لا يكون موليا وهو قول الشافعي القديم
والرواية الثانية : هو مول وروي عن ابن عباس أنه قال كل يمين منعت جماعها فهي إيلاء وبذلك قال الشعبي و النخعي و مالك وأهل الحجاز و الثوري و أبو حنيفة وأهل العراق و الشافعي و أبو ثور و أبو عبيد وغيرهم لأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله تعالى ولأن تعليق الطلاق والعتاق حلف بدليل أنه لو قال متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال إن وطئتك فأنت طالق طلقت في الحال وقال أبو بكر كل يمين من حرام أو غيرها تجب بها كفارة يكون الحالف بها موليا وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء لأنه يتعلق يه حق آدمي وما أوجب كفارة تعلق به حق الله تعالى
والرواية الأولى : هي المشهور ة لأن الايلاء المطلق إنما هو القسم ولهذا قرأ أبي وابن عباس يقسمون بدل يؤلون وروي عن ابن عباس في تفسير يؤلون قال يحلفون بالله ذكره الامام أحمد والتعليق بشرط ليس بقسم ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا ذكره أهل العربية في باب القسم فلا يكون إيلاء وإنما يسمى حلفا تجوزا لمشاركته القسم في المعنى المشهور فيه وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر والكلام عند إطلاقه لحقيقة ويدل على هذا قول الله تعالى : { فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم } وإنما يدخل الغفران في اليمين بالله وأيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [ إن الله

ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ] متفق عليه وإن سلمنا أن غير القسم بغير الله وصفاته لا يكون إيلاء لأنه لا يوجب كفارة ولا شيئا يمنع من الوطء فلا يكون إيلاء كالخبر بغير قسم وإذا قلنا بالرواية الثانية فلا يكون موليا إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث فيه حق كقوله إن وطئتك فعبدي حر أو فأنت طالق أو فأنت علي كظهر أمي أو فأنت حرام أو فلله علي صوم سنة أو الحج أو صدقه فهذا يكون إيلاء لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه



مسألة : وإن قال إن وطئتك فأنت زانية أو فلله علي صوم هذا الشهر لم يكن موليا
مسألة : وإن قال إن وطئتك فأنت زانية أو فلله علي صوم هذا الشهر لم يكن موليا
لأنه لو وطئها لم يلزمه حق ولا يصير قاذفا بالوطء لأن القذف لا يتعلق بالشرط ولا يجوز أن تصير زانية بوطئه لها كما لا تصير زانية بطلوع الشمس وأما قوله أن وطئتك فلله على صوم هذا الشهر لم يكن موليا لأنه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق فإن صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضي بعضه فلا يلزم بالنذر كما قال أن وطئتك فلله علي صوم أمس فلو قال أن وطئتك فلله علي أن أصلي عشرين ركعة كان موليا وقال أبو حنيفة لا يكون موليا لأن الصلاة لا يتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها موليا كما لو قال أن وطئتك فلله علي أن أمشي في السوق
ولنا أن الصلاة تجب بالنذر فكان الحالف بها موليا كالصوم والحج وما ذكره لا يصح فإن الصلاة تحتاج إلى الماء والسترة وأما المشي في السوق فقياس المذهب على هذه الرواية أنه يكون موليا لأنه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين إما الكفارة وإما المشي فقد صار الحنث موجبا لحق عليه فعلى هذا يكون موليا بنذر فعل المباحات والمعاصي فإن نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب وإن سلمنا فالفرق بينهما أن المشي لا يجب بالنذر بخلاف مسألتنا وإذا كانت اليمين بالله تعالى أو كانت يمينا مكفرة فأما الطلاق والعتاق فمن جعل الاستثناء فيهما غير مؤثر فوجوده كعدمه ويكون موليا بهما سواء استثنى أو لم يستثن
الشرط الثالث : أن يحلف على أكثر من أربعة أشهر وهذا قول ابن عباس و سعيد بن جبير و طاوس و مالك و الأوزاعي و الشافعي و أبي ثور و أبي عبيد وقال عطاء و الثوري وأصحاب الرأي إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان موليا وحكى ذلك القاضي أبو الحسن رواية عن أحمد لأنه ممتنع عن الوطء باليمين أربعة أشهر فكان موليا كما لو حلف على ما زاد وقال النخعي و قتادة و حماد و ابن أبي ليلى و إسحاق من حلف على ترك الوطء في قليل من الأوقات أو كثير فتكها أربعة أشهر فهو مول لقول الله تعلى : { للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر } وهذا مول لأن الإيلاء الحلف وهذا حالف
ولنا أنه لم يمنع نفسه الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر إذا حلف على أربعة فما دونها فلا معنى للتربص لأن مدة الإيلاء تنقضي قبل ذلك أو مع انقضائه وتقدير التربص بأربع أشهر يقتضي كونه في مدة تناولها الإيلاء ولأن المطالبة إنما تكون بعد أربعة أشهر فإذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح المطالبة من غير إيلاء و أبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم في العنة إنها تكون في مدة أربعة أشهر وظاهر الآية خلافه فإن الله تعالى قال : { للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤوا } فعقب الفيئة عقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخرها عنه إذا ثبت هذا فقد حكي عن ابن عباس أن المؤلي من يحلف على ترك الوطء أبدا أو مطلقا لأنه إذا حلف على ما دون ذلك أمكنه التخلص بغير الحنث فلم يكن موليا كما لو حلف لا وطئها في مدينة بعينها
ولنا أنه لا يمكنه التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث فأشبه المطلقة بخلاف اليمين على مدينة معينة فإنه يمكن التخلص بغير الحنث ولأن الأربعة الأشهر مدة تتضرر المرأة بتأخير

الوطء عنها فإذا حلف على أكثر منها كان موليا كالابد ودليل الوصف ما روي أن عمر رضي الله عنه كان يطوف ليلة في المدينة فسمع امرأة تقول :
( تطاول هذا الليل وازور جانبه ... وليس إلى جنبي خليل ألاعبه )
( فوالله لولا الله لا رب غيره ... لزعزع من هذا السرير جوانبه )
( مخافة ربي والحياء يكفني ... وإكرام بعلي أن تنال مراكبه )
فسأل عمر نساءه كم تصبر المرأة عن الزوج ؟ فقلن شهرين وفي الثالث يقل الصبر وفي الرابع ينفد الصبر فتكتب إلى أمراء الاجناد أن لا يحبسوا رجلا عن امرأته أكثر من أربعة أشهر
فصل : إذا علق الإيلاء بشرط مستحيل كقوله والله وطئتك حتى تصعدي السماء أو تقلبي الحجر ذهبا أو يشب الغراب فهو مؤل لأن معنى ذلك ترك وطئها فإن ما يراد إحالة وجرده يعلق على المستحيلات قال الله تعالى في الكفار : { ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط } معناه لا يدخلون الجنة أبدا وقال بعضهم
( إذا شاب الغراب أتيت أهلي ... وصار القار كاللبن الحليب )

[ جزء 8 - صفحة 512 ]

مسألة : أو يعلقه على شرط يغلب على الظن أنه لا يوجد في أقل من أربعة أشهر
مسألة : أو يعلقه على شرط يغلب على الظن أنه لا يوجد في أقل من أربعة أشهر
كقوله والله لا وطئتك حتى تنزل عيسى ين مريم أو يخرج الدجال أو الدابة أو غير ذلك من اشتراط الساعة أو ما عشت أو حتى أموت أو تموتي أو يموت أو زيد من مكة والعادة أنه لا يقدم في أربعة أشهر فإنه يكون موليا فإن الغالب أن ذلك لا يوجد في أربعة أشهر فأشبه ما لو قال والله لا وطئتك في نكاحي هذا وكذلك لو علق الطلاق على مرضها أو مرض بعينه وإن قال والله لا وطئتك إلى قيام الساعة أو حتى آتي الهند أو نحوه فهو مؤل لأنه معلوم أنه لا يوجد ذلك في أربعة أشهر لأن قيام الساعة له علامات تسبقه فقد علم أنه لا يوجد في المدة المذكورة

[ جزء 8 - صفحة 513 ]

مسألة : وإن قال والله لا وطئتك حتى تحبلي فهو مؤل
مسألة : وإن قال والله لا وطئتك حتى تحبلي فهو مؤل
لأن حبلها من غير وطء مستحيل عادة فهو كصعود السماء وقال القاضي و أبو الخطاب وأصحاب الشافعي ليس بمؤل إلا أن تكون صغيرة يغلب على الظن أنها لا تحمل في أربعة أشهر أو تكون آيسة فاما أن كانت من ذوات الإقراء لم يكن مؤليا لأن حملها ممكن
ولنا أن الحمل بدون الوطء مستحيل عادة فكان تعليق اليمين عليه إيلاء كصعود السماء ودليل استحالته قول مريم : { أنى يكون لي غلام ولم يمسسني بشر ولم أك بغيا } ولولا استحالته لما نسبت نفسها إلى البغاء لوجود الولد وأيضا قول عمر رضي الله عنه : الرجم حق على من زنى وقد أحصن إذا قامت به البينة أو كان لحبل أو الاعتراف ولأن العادة أن الحبل لا يوجد من غير الوطء فإن قالوا يمكن حبلها من وطء غيره أو باستدخال منيه قلنا أما الأول فلا فإنه لو صرح به فقال لا وطئتك حتى تحبلي من غيري أو ما دمت في نكاحي أو حتى تزني كان مؤليا ولو صح ما ذكروه لم يكن مؤليا
وأما الثاني فهو من المستحيلات عادة إن وجد كان من خوارق العادات بدليل ما ذكرنا وقد قال أهل الطب أن المني إذا برد لم يخلف منه ولد وصحح قولهم قيام الأدلة التي ذكرنا بعضها وجريان العادة على فوق ما قالوه وإذا كان تعليقه على موتها أوموته إيلاء فتعليقه

على حبلها من غير وطء أولى فإن قال أردت بقولي حتى تحبلي السببية ولم أرد الغاية ومعناه لا أطؤك لتحلي قبل منه ومل يكن مؤليا لأنه ليس بحالف على شرط الوطء وإنما حلف على ترك قصد الحبل به فإن حتى تستعمل بمعنى السببية

[ جزء 8 - صفحة 514 ]

مسألة : وإن قال والله لا وطئتك مدة أو ليطولن تركي لجماعك لم يكن موليا حتى ينوي أكثر من أربعة أشهر
مسألة : وإن قال والله لا وطئتك مدة أو ليطولن تركي لجماعك لم يكن موليا حتى ينوي أكثر من أربعة أشهر
لأن ذلك يقع على القليل والكثير فلا يصير موليا به فإن نوى أكثر من أربعة أشهر صار موليا

مسألة : وإن حلف على ترك الوطء حتى يقدم زيد أو نحوه مما لا يغلب على الظن عدمه في أربعة أشهر أو لا وطئتك في هذه البلدة لم يكن موليا
مسألة : وإن حلف على ترك الوطء حتى يقدم زيد أو نحوه مما لا يغلب على الظن عدمه في أربعة أشهر أو لا وطئتك في هذه البلدة لم يكن موليا
لأنه لا يعلم قدره فهذا ليس بإيلاء لكونه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولأنه يمكنه وطؤها في غير البلدة المحلوف عليها وهذا قول الثوري و الأوزاعي و الشافعي و أبي حنيفة وصاحبيه وقال ابن أبي ليلى و إسحاق هو مول لأنه حالف على ترك وطئها
ولنا أنه يمكن وطؤها بغير حنث فلم يكن موليا كما لو استثنى في يمينه فإن علقه على ما يعلم أنه يوجد في أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل وجفاف ثوب ونزول المطر في أوانه وقدوم الحاج في زمانه فهذا لا يكون موليا لما ذكرناه ولأنه لم يقصد الاضرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر أشبه ما لو قال والله لا وطئتك شهرا
فصل : فإن علقه على فعل منها هي قادرة عليه أو فعل من غيرها فهو منقسم ثلاثة أقسام
أحدها : أن يعلقه على فعل مباح لا مشقة فيه كقوله والله أطؤك حتى تدخلي الدار أو تلبسي هذا الثوب أو حتى أتنفل بصوم يوم أو حتى أكسوك فهذا ليس بإيلاء لأنه ممكن الوجود بغير ضرر عليها فيه
الثاني : أن يعلقه على محرم كقوله والله لا أطؤك حتى تشربي الخمر أو تزني أو تسقطي ولدك أو تتركي صلاة الفرض أو حتى أقتل زيدا ونحوه فهذا إيلا ء لأنه علقه على ممتنع شرعا فأشبه الممتنع حسا
الثالث : أن يعلقه على ما على فاعله فيه مضرة كقوله والله لا أطؤك حتى تسقطي صداقك أو جنينك أو حتى تكفلي ولدي حتى تهبيني دارك أو حتى يبيعني أبوك داره أو نحو ذلك فهذا إيلاء أن أخذه لمالها أو مال غيرها عن غير رضا صاحبه محرم فجرى مجرى شرب الخمر فإن قال والله لا أطؤك حتى أعطيك مالا أو أفعل في حقك جميلا لم يكن إلاء لأن فعله ذلك ليس بمحرم ولا ممتنع فجرى مجرة قوله حتى أصوم يوما
فصل : فإن قال والله لا وطئتك إلا برضاك لم يكن موليا لإمكان وطئها بغير حنث ولأنه محسن في كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث كقوله والله لا وطئتك مكرهة أو محزونة ونحو ذلك فإن قال والله لا وطئتك مريضة لم يكن بها مرض لا يرجى برؤه أو لا يزول في أربعة أشهر فينبغي أن يكون موليا لأنه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر فإن قال ذلك لها وهي صحيحة فمرضت مرضا يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصر موليا وإن لم يرج برؤه فيها صار موليا وكذلك إن كان الغالب أنه لاى يزول في أربعة أشهر لأن ذلك بمنزلة ما لا يرجى زواله وإن قال والله لا وطئتك حائضا أو نفساء أو محرمة أو صائمة فرضا لم يكن موليا لأن ذلك ممنوع منه شرعا فقد أكد

منع نفسه بيمينه وإن قال والله لا وطئتك طاهرا أو لا وطئتك وطأ مباحا صار موليا لأنه حالف على ترك الوطء الذي يطالب به في الفيئة فكان موليا كما قال والله لا وطئتك وطأ مباحا صار موليا لأنه حالف على ترك الوطء الذي يطالب به في الفيئة فكان موليا كما لو قال والله وطئتك في قبلك وإن قال والله لا وطئتك ليلا أو والله وطئتك نهارا لم يكن موليا لأن الوطء ممكن بدون الحنث

[ جزء 8 - صفحة 516 ]

مسألة : وإن قال إن وطئتك فوالله لا وطئتك وإن دخلت الدار فوالله لا وطئتك لم يكن موليا في الحال لأنه لا يلزمه بالوطء حق لكن إن وطئها أو دخلت الدار صار موليا
مسألة : وإن قال إن وطئتك فوالله لا وطئتك وإن دخلت الدار فوالله لا وطئتك لم يكن موليا في الحال لأنه لا يلزمه بالوطء حق لكن إن وطئها أو دخلت الدار صار موليا
لأنها تبقى يمينا تمنع الوطء على التأبيد وهذا الصحيح عن الشافعي ويحتمل أن يكون موليا وحكي عنه قول قديم أنه يكون موليا من الأول لأ نه لا يمكنه الوطء إلا أن يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر ولأنه علقه على شيء إذا وجد صار موليا فيصير موليا في الحال كذلك ههنا ولنا أن يمينه معلقة على شرط ففيما قبله ليس بحالف فلا يكون موليا ولأنه يمكنه الوطء من غير حنث فلم يكن موليا كما لو لم يقل شيئا

مسألة : وإن قال والله لا وطئتك في السنة إلا مرة لم يصر موليا في الحال
مسألة : وإن قال والله لا وطئتك في السنة إلا مرة لم يصر موليا في الحال
لأنه يمكنه الوطء بغير حنث فلم يكن ممنوعا من الوطء بحكم يمينه فإن وطئها وقد بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر صار موليا وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي وظاهر مذهب الشافعي وقال الشافعي في القدم يكون موليا في الحال لأنه لا يمكنه الوطء إلا بأن يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر
ولنا أن يمينه معلقة بالإصابة فقبلها لا يكون حالفا لأنه لا يلزمه بالوطء شيء وكونه يصير موليا لا يلزمه به شيء إنما يلزمه بالحنث وقوله لا يمكنه الوطء إلا بأن يصير موليا ممنوع فيما إذا لم يطأ إلا وقد بقي من السنة أربعة أشهر فما دون

[ جزء 8 - صفحة 517 ]

مسالة : وإن قال والله لا وطئتك في السنة إلا يوما فكذلك في أحد الوجهين
مسالة : وإن قال والله لا وطئتك في السنة إلا يوما فكذلك في أحد الوجهين
وهو قول أبي حنيفة لأن اليوم منكر فلم يختص يوما دون يوم وكذلك لو قال صمت رمضان إلا يوما لم يختص اليوم الآخر وكذلك لو قال لا أكلمك في السنة إلا يوما لم يختص يوما منها وفيه وجه آخر أنه يصير موليا في الحال لأن اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار بخلاف قوله لا وطئتك في السنة إلا مرة فإن المرة لا تختص وقتا بعينه ومن نصر الأول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث إن التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيهما ولا يجوز أن يتخللها يوم لا أجل فيه ولا خيار لأنه لو جازت له المطالبة لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل بالكلية ولو لزم العقد في أثناء مدة الخيار لم يعد إلى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف ما نحن فيه فإن جواز الوطء في يوم من

أول السنة أو أوسطها لا يمنع حكم اليمين فيما بقي منها فصار كقوله لا وطئتك في السنة إلا مرة
فصل : فإن قال والله لا وطئتك عاما ثم قال والله لا وطئتك عاما فهو إيلاء واحد حلف عليه بيمينين إلا أن ينوي عاما آخر سواه فإن قال والله لا وطئتك عاما ثم قال والله لا وطئتك نصف عام أو قال والله لا وطئتك نصف عام ثم قال والله وطئتك عاما دخلت المدة القصيرة في الطويلة لأنها بعضها ولم يجعل إحداهما بعد الأخرى فأشبه ما لو أقر بدرهم لرجل ثم أقر له بنصف درهم أو أقر بنصف درهم ثم بدرهم فيكون إيلاء واحدا لهما وقت واحد وكفارة واحدة وإن نوى بإحدة المدتين غير الاخرى في هذه أو في التي قبلها أو قال والله لا وطئتك عاما فإذا مضى فو الله لا وطئتك عاما فهما إيلاءان في زمانين لا يدخل حكم أحدهما في الآخر أحدهما منجز والآخر متأخر فإذا مضى حكم أحدهما بقي حكم الآخر لأنه أفرد كل واحد منهما بزمن غير زمن صاحبه فيكون له حكم ينفرد به فإن قال في المحرم والله لا وطئتك هذا العام ثم قال في رجب والله لا وطئتك عاما فهما إيلاءان في مدتين بعض إحداهما داخل في الاخرى فإن فاء في رجب أو فيما يعده من بقية العام الأول حنث في اليمين ويجزئه كفارة واحدة وينقطع حكم الايلاءين وإن فاء قبل رجب أو بعد العام الأول حنث في إحدى اليمينين دون الاخرى وإن فاء في الموضعين حنث في اليمينين وعليه كفارتان
فصل : فإن حلف على وطء امرأته عاما ثم كفر يمينه انحل الايلاء قال الأثرم قيل لأبي عبد الله المولى يكفر يمينه قبل مضي أربعة أشهر قال يذهب عنه الايلاء ويوقف بعد الأربعة وذهب الايلاء حين ذهب اليمين وذلك لأنه لم يبق ممنوعا من الوطء بيمينه فأشبه من حلف واستثنى فإن كان تكفيره قبل مضي الأربعة الأشهر انحل الايلاء حين التكفير وصار كالحلف على ترك الوطء أقل من أربعة أشهر وإن كفر بعد الأربعة وقبل الوقف صار كالحالف على أكثر منها إذ مضت يمينه قبل وقفه

[ جزء 8 - صفحة 519 ]

مسالة : فإن قال والله لا وطئتك أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر أو فإذا مضت فلا وطئتك شهرين أو لا وطئتك فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر
مسالة : فإن قال والله لا وطئتك أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر أو فإذا مضت فلا وطئتك شهرين أو لا وطئتك فإذا مضت فوالله لا وطئتك أربعة أشهر ففيه وجهان : أحدهما : ليس بمول لأنه حالف بكل يمين على مدة ناقصة عن مدة الايلاء فلم يكن موليا كما لو لم ينو إلا مدتها ولأنه يمكنه الوطء بالنسبة إلى كل يمين عقيب مدها من غير حنث فبها فأشبه ما لو أقتصر عليها ويحتمل أن يصير موليا لأنه منع نفسيه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر متوالية فكان موليا كما لو منعها بيمين واحدة ولأنه لا يمكن الوطء بعد المدة إلا بحنث في يمينه فأشبه ما لو حلف على ذلك بيمين واحدة ولو لم يكن هذا إيلاء أفضى إلى أن يمتنع من الوطء طول دهره باليمين ولا يكون موليا وهكذا الحكم في كل مدتين متواليتين يزيد مجموعها على أربعة أشهر لما ذكرنا من التعليلين هذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى

مسألة : وإن قال والله لا وطئتك إن شئت فشاءت صار موليا
مسألة : وإن قال والله لا وطئتك إن شئت فشاءت صار موليا
وبهذا قال الشافعي و أبو ثور وأصحاب الرأي لأنه يصير ممتنعا من الوطء حيث تشاء إلا أن أصحاب الشافعي قالوا إن شاءت على الفور جوابا لكلامه صار موليا وإن أخرت المشيئة انحلت يمينه لأن ذلك تخيير لها فكان على الفور كقوله اختاري في الطلاق
ولنا أنه علق اليمين على المشيئة يحرف إن فكان على التراخي كمشيئة غيرها فإن قيل فهلا قلتم لا يكون موليا فإنه علق ذلك بإرادتها فأشبه ما لو قال لا وطئتك إلا برضاك ؟ قلنا الفرق

بينهما أنها إذا شاءت انعقدت يمينه مانعة من وطئها بحيث لا يمكنه الوطء بعد ذلك بغير حنث وإذا قال والله لا وطئتك إلا برضاك فما حلف إلا على وطئها في بعض الأحوال وهو حال سخطها فيمكنه الوطء في حال رضاها بغير حنث وإذا طالبته بالفيئة فهو برضاها وإن قال والله لا وطئتك إلا أن يشاء أبوك أو فلان لم يكن موليا لأنه علقه بفعل منه يمكن وجوده في الأربعة الأشهر امكانا غير بعيد وليس بمحرم ولا فيه مضرة أشبه ما لو قال والله لا وطئتك إلا أن تدخلي الدار

[ جزء 8 - صفحة 520 ]

مسألة : وإن قال إلا أن تشائي أو إلا باختيارك أو إلا أن تختاري لم يصر موليا وصار كقوله إلا برضاك أو حتى تشائي
مسألة : وإن قال إلا أن تشائي أو إلا باختيارك أو إلا أن تختاري لم يصر موليا وصار كقوله إلا برضاك أو حتى تشائي
وقال أبو الخطاب إن شاءت في المجلس لم يصر موليا وإلا صار موليا أصحاب الشافعي إن شاءت على الفور عقيب كلامه لم يصر موليا وإلا صار موليا لأن المشيئة عندهم على الفور وقد فاتت بتراخيها وقال القاضي تنعقد يمينيه فإن شاءت انحلت وإلا فهي منعقدة
ولنا أنه منع نفسه بيمينه من وطئها إلا عند ارادتها فأشبه ما لو قال إلا برطاك أو حتى تشائي ولأنه علقه على وجود المشيئة أشبه ما لو علقه على مشيئة غيرها فأما قول القاضي فإن أراد وجود المشيئة على الفور فهو كقولهم وإن أراد وجود المشيئة على التراخي تنحل به اليمين لم يكن ذلك إيلاء لأن تعليق اليمين على فعل يمكن وجوده في مدة أربعة أشهر امكانا غير بعيد ليس بإيلاء

[ جزء 8 - صفحة 521 ]

مسألة : وإن قال لنسائه والله لا وطئت واحدة منكن صار موليا منهن إلا أن يريد واحدة بعينها وإن أراد واحدة مبهمة فقال أبو بكر تخرج بالقرعة
مسألة : وإن قال لنسائه والله لا وطئت واحدة منكن صار موليا منهن إلا أن يريد واحدة بعينها وإن أراد واحدة مبهمة فقال أبو بكر تخرج بالقرعة
وجملة ذلك أن الرجل إذا قال لنسائه والله لا وطئت واحدة منكن وأطلقت كان موليا من جميعهن في الحال لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بالحنث فإن طلق واحدة منهن أو ماتت كان موليا من البواقي فإن وطئ واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الايلا ء في الباقيات لأنها يمين واحدة فإذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها بخلاف ما إذا طلق واحدة أو ماتت فإنه لم يحنث ثم فيبقى حكم يمينه في الباقيات منهن وهذا مذهب الشافعي وذكر القاضي أنه إذا أطلق كان الإيلاء في واحدة غير معنية وهو اختيار بعض أصحاب الشافعي لأن لفظه تناول واحدة منكرة فلا يقتضي العموم
ولنا أن النكرة في سياق النفي تعم كقوله : { ما اتخذ صاحبة ولا ولدا } وقوله : { ولم يكن له كفوا أحد } ولو قال انسان والله لا شربت ماء من اداوة حنث بالشرب من أي اداوة كانت فيحب حمل اللفظ عند الاطلاق على مقتضاه في العموم فإن قال نويت واحدة بعينها تعلقت يمينه بها وحدها وصار موليا منها دون غيها لأن اللفظ يحتمله احتمالا غير بعيد وإن قال نويت واحدة مبهمة قبل منه لذلك وهذا مذهب الشافعي والا يصير موليا منهن في الحال فإذا وطىء ثلاثا كان موليا من الرابعة وقال أبو بكر بالقرعة كما لو طلق واحدة من نسائه لا

بعينها ومذهب الشافعي فيها إذا أبهم المحلوف عليها فله أن يعينها بقوله وأصل هذا مذكور فيما إذا طلق واحدة بعينها

[ جزء 8 - صفحة 522 ]

مسألة : وإن قال والله لا وطئت كل واحدة منكن كان موليا من جميعهن في الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة لأن لفظة كل أزالت احتمال الخصوص وتنحل يمينه بوطء واحدة كالمسألة التي قبلها
مسألة : وإن قال والله لا وطئت كل واحدة منكن كان موليا من جميعهن في الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة لأن لفظة كل أزالت احتمال الخصوص وتنحل يمينه بوطء واحدة كالمسألة التي قبلها
وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي لا تنحل في الباقيات لأنه صرح يمنع نفسه من كل واحدة فأشبه ما لو حلف على كل واحدة يمينا
ولنا أنها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كم لو حلف على واحدة ولأن اليمين الواحدة إذا حنث فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعا من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الايلاء كسائر الايمان التي حنث فيها

[ جزء 8 - صفحة 523 ]

مسألة : وإن قال والله لا أطؤكن فهي كالتي قبلها في أحد الوجهين
مسألة : وإن قال والله لا أطؤكن فهي كالتي قبلها في أحد الوجهين
وهذا ينبني على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أولا ؟ فإن قلنا يحنث فهو مؤل منهن كلهن في الحال لأنه لا مكنه وطء واحدة بغير حنث فصار مانعا لنفسه من وطء كل واحدة منهن في الحال فإن وطئ واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وزال الايلاء من البواقي وإن طلق بعضهن أو ماتت لم ينحل الايلاء حنث فلم يمنعه نفسه بيمينه من وطئها فلم يكن موليا منها فإن وطئ ثلاثا صار موليا من الرابعة لأنه لا يمكنه وطؤها من غير حنث في يمينه وإن ماتت بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الإيلاء لأنه لا يحنث إلا بوطء الأربع فإن راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينونتها عاد حكم يمينه وذكر القاضي أنا إذا قلنا يحنث بفعل البعض فوطء واحدة يحنث ولم ينحل الإيلاء في البواقي لأن الإيلاء من امرأة لا ينحل لوطء غيرها
ولنا أنها يمين واحدة حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الايمان ولأنه إذا وطئ واحدة حنث ولزمته الكفارة فلا يلزمه بوطء الباقيات شيء فلم يبق ممتنعا من وطئهن بحكم يمينه فانحل الايلاء كما لو كفرها واختلف أصحاب الشافعي فقال بعضهم لا يكون موليا منهن حتى يطأ ثلاثا فيصير موليا من الرابعة وحكى المزني عن الشافعي أنه يكون موليا منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن فإذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الايلاء ويوقف لمن بقي حتى يفيء أو يطلق ولا يحنث حتى يطأ الأربع وقال أصحاب الرأي يكون موليا منهن كلهن فإن تركهن أربعة أشهر بن منه جميعا بالايلاء وإن وطئ بعضهن سقط الايلاء في حقها ولا يحنث إلا بوطئهن جميعا
ولنا أن من لا يحنث بوطئها لا يكون موليا منها كالتي لم يحلف عليها
فصل : وفي هذه المواضع التي قلنا يكون موليا منهن كلهن إذا طالبن كلهن بالفيئة وقف لهن كلهن وإن طالبن في اوقات مختلفة ففيه روايتان :
إحداهما : يوقع للجميع وقت مطالبة أولاهن قال القاضي وهو ظاهر كلام أحمد والثاني : يوقف فكل واحدة منهن عند مطالبتها اختاره أبو بكر وهو مذهب الشافعي وإذا وقف للاولى

فطلقها و قف للثانية فإن طلقها وقف للثالثة فإن طلقها وقف للرابعة وكذلك من مات منهن لم يمنع من وقفه للاخرى لأن يمينه لم تنحل وإيلاؤه باق لعدم حنثه فيهن فإن وطيء إحداهن حين وقف لها أو قبلها انحلت يمينه وسقط حكم الايلا ء في الباقيات على ما قلناه وعلى قول القاضي ومن وافقه يوقف للباقيات كما لو طلق التي وقف لها
فصل : فإن قال كلما وطئت واحدة نمكن فضرائرها طوالق فإن قلنا ليس هذا بإيلاء فلا كلام وإن قلنا هو إيلاء فهو مول منهن كلهن لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرائرها فيوقف لهن فإن فاء إلى واحدة طلق ضرائرها فإن كان الطلاق بائنا انحل الايلاء لأنه لم يبق ممنوعا من وطئها بحكم يمينه فإن كان رجعيا فراجعهن بقي حكم الايلاء في حقهن لأنه لا يمكنه وطء واحدة إلا بطلاق ضرائرها وكذلك إن راجع بعضهن كذلك إلا أن المدة تستأنف من حين الرجعة ولو كان الطلاق تناما فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الايلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح وسواء تزوجها في العدة أو بعدها أو بعد زوج آخر واصابة لما سنذكره بعد إن شاء الله تعالى وإن قال نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها فإذا وطئها طلق ضرائرها وإن وطئ غيرها لم يطلق منهن شيء ويكون موليا من المعينة دون غيرها لأنها التي يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها



مسألة : وإن آلى من واحدة وقال للاخرى شركتك معها لم يصر موليا من الثانية
مسألة : وإن آلى من واحدة وقال للأخرى شركتك معها لم يصر موليا من الثانية
لأن اليمين بالله لا تصح بلفظ صريح من اسم أو صفة والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين وقال القاضي يكون موليا منهما كما لو طلق واحدة وقال للاخرى شركتك معها ينوي به الطلاق والفرق بينهما أن الطلاق ينعقد بالكناية ولا كذلك اليمين وإن قال أن وطئتك فأنت طالق ثم قال للاخرى شركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معلقا على وطئها أيضا لأن الطلاق يصح بالكناية وإن قلنا إن ذلك ايلاء في الأولى صار ايلاء في الثانية لأنها صارت في معناها وإلا فليس بإيلاء في واحدة منهما وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته أنت مثل فلانة لم يكن موليا وقال أصحاب الرأي هو مول
ولنا أنه ليس بصريح في القسم فلا يكون موليا به كما لو لم يشبهها بها
ويصح الايلاء بكل بغة كالعجية وغيرها ممن يحسن العربية ومن لا يحسنها لأن اليمين تنعقد بغير العربية وتجب بها الكفارة والمولي هو الحالف بالله أو بصفته على ترك وطء زوجته الممتنع من ذلك بيمينه فإن آلى بالعجمية من لا حسنها وهو لايدري معناها لم يمكن موليا وإن نوى موجبها عند أهلها وكذلك الحكم إذا آلى بالعربية من لا حسنها لأنه لا يصح منه قصد الايلاء بلفظ لا يدري معناه فإن اختلف الزوجان في معرفته بذلك فالقول قوله إذا كان متكلما بغير لسانه لأن الأصل عدم معرفته بها فأما أن آلى العربي بالعربية ثم قال جرى على لساني من غير قصد أو قال ذلك العجمي في إيلائه بالعجمية لم يقبل قوله في الحكم لأنه خلاف الظاهر
فصل : ولا يصح الايلاء إلا من زوجته لقول الله تعلى : { للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر } وإن حلف على ترك وطء أمته لم يكن موليا إذا بقي من مدة يمينه أكثر من أربعة أشهر لأنه ممتنع من وطء امرأته بحكم يمينه مدة الايلاء فكان موليا كما لو حلف في الزوجية وحكي عن أصحاب الرأي أنه من مرت به امرأة فحلف أن لا يقربها ثم تزوجها لم لكن موليا وإن قال إن تزوجت فلانة فوالله لا قربتها صار موليا لأنه أضاف اليمين إلى حال الزوجية فأشبه ما لو حلف بعد تزوجها
ولنا قول الله تعالى : { للذين يؤلون من نسائهم } وليست هذا من نسائه ولأن الايلا ء حكم من أحكام النكاح فلم يتقدمه كالطلاق والقسم ولأن المدة تضرب له لقصده الاضرار بها

بيمينه فإذا كانت اليمين قبل النكاح لم يكن قاصدا للاضرار فأشبه الممتنع بغير يمين قال الشريف أبو جعفر وقد قال أحمد يصح الظهار قبل النكاح والمنصوص عدم الصحة لما ذكرنا
فصل : فإن آلى من الرجعية صح إيلاؤه وهو قول مالك و الشافعي وأصحاب الرأي وذكر ابن حامد فيه رواية أخرى أنه لا يصح ايلاؤه لأن الطلاق يقطع مدة الايلاء إذا طرأ فلان يمنع صحته ابتداء أولى
ولنا أنها زوجة يلحقها طلاقه فصح ايلاؤه منها كغير المطلقة وإذا آلى منها احتسب بالمدة من حين آلى وإن كانت في العدة ذكره ابن حامد وهو وقول أبي حنيفة ويجيء على قول الخرقي أن الا يحتسب عليه بالمدة إلا من حين راجعها لأن الرجعة في ظاهر كلامه محرمة وهو مذهب الشافعي لأنها معتدة أشبهت البائن ولأن الطلاق إذا طرأ قطع المدة ثم لا يحتسب عليه بشيء من المدة قبل رجعتها فأولى أن لا يستأنف المدة في العدة ووجه الأول أنه من صح إيلاؤه احتسب عليه بالمدة من حين إيلائه كما لو لم تكن مطلقة ولأنها مباحة واحتسب عليه بالمدة فيها كما لو لم يطلقها وفارق البائن فانها ليست زوجة ولا يصح الايلا ء منها بحال فهي كسائر الأجنبيات
فصل : ويصح الايلاء من كل زوجة مسلمة كانت أو ذمية حرة أو أمة لعموم قوله سبحانه : { للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر } ولأن كل واحدة منهن زوجة فصح الايلاء منها كالحرة المسلمة ويصح الايلاء قبل الدخول وبعده وبهذا قال النخعي و مالك و الأوزاعي و الشافعي وقال عطاء و الزهري و الثوري إنما الايلاء بعد الدخول
ولنا عموم الآية والمعنى ولأنه ممتنع من جماع زوجته بيمينه فأشبه ما بعد الدخول ويصح الايلاء من الصغيرة والمجنونة إلا أنه لا يطالب بالفيئة في الحال الصغر والمجنون لأنها ليستا من أهل المطالبة فأما الرتقاء والقرناء فلا يصح الايلاء منهما لأن الوطء متعذر دائما فلم تنعقد اليمين على تركه كما لو حلف لا يصعد السماء ويحتمل أن يصح وتضرب له المدة لأن المنع بسبب من جهتها فهي كالمريضة فعلى هذا يفيء فيئة المعذور لأن الفيئة بالوطء في حقها متعذر فلا يمكن المطالبة به فأشبه المجبوب
فصل : الشرط الرابع ان يكون من زوج يمكنه الوطء وتلزمه الكفارة بالحنث مسلما كان أو كافرا حرا أو عبدا سليما أو خصيا أو مريضا يرجى برؤه
وجملة ذلك أنه يشترط أن يكون الايلاء من زوج لقول الله سبحانه : { للذين يؤلون من نسائهم } ويشترط أن يكون مكلفا فأما الصبي والمجنون فلا يصح إيلاؤهما لأن القلم مرفوع عنهما



مسألة : ويصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا إلينا
مسألة : ويصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا إلينا
وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي و أبو ثور وإن أسلم لم ينقطع إيلائه وقال مالك إن أسلم سقط حكم يمينه وقال أبو يوسف و محمد إن حلف بالله لم يكن موليا لأنه لا يحنث إذا جامع لكونه غير مكلف وإن كانت يمينه بطلاق أو عتاق فهو مول لأنه يصح عتقه وطلاقه
ولنا قول الله تعالى : { للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر } ولأنه مانع نفسه باليمين من جماعها فكان موليا كالمسلم ولأن من صح طلاقه صح طلاقه صح إيلاؤه ومن صحت يمينه عند الحاكم صح إيلاتؤه كالمسلم فأما العاجز عن الوطء فإن كان لعارض مرجو الزوال كالمرض والحبس صح إيلاؤه لأنه يقدر على الوطء فصح منه للامتناع منه وإن كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح إيلاؤه لأنها يمين على ترك مستحيل فلم تنعقد كما لو حلف لا يقلب الحجارة ذهبا ولأن الايلاء اليمين المانعة من الوطء وهذا لا يمنعه بيمينه فإنه متعذر منه ولا يضر المرأة بيمينه

قال أبو الخطاب : ويحتمل أن يصح الايلاء منه قياسا على العاجز يمرض أو حبس وفيئته لو قدرت لجامعتك لأنه معذور فيفيء بلسانه كالعاجز بعذر يزول و للشافعي في ذلك قولان والأول أولى لما ذكرنا فأما الخصي الذي سلت بيضتاه أو رضت فيمكنه الوطء وينزل ماء رقيقا فيصح إلايلاؤه وكذلك المجبوب الذي بقي من ذكره ما يمكن الجماع به

[ جزء 8 - صفحة 533 ]

مسألة : ولا يصح إيلاء الصبي والمجنون
مسألة : ولا يصح إيلاء الصبي والمجنون
لأن القلم مرفوع عنهما ولأنه قول يجب بمخالفته كفارة أو حق فلم ينعقد منهما كالنذر

مسألة : وفي إيلاء السكران وجهان
مسألة : وفي إيلاء السكران وجهان بناء على طلاقه
فصل : ولا يشترط في صحة الايلاء الغضب ولا قصد الاضرار روي ذلك عن ابن مسعود وبه قال الثوري و الشافعي وأهل العراق و ابن المنذر
وروي عن علي رضي الله عنه ليس في إصلاح إيلاء وعن ابن عباس قال : إنما الايلاء في الغضب ومحوه عن الحسن و النخعي و قتادة قال مالك و الأوزاعي و أبو عبيد من حلف لا يطأ زوجته حتى تفطم ولده لا يكون إيلاء إذا أراد الصلاح لولده
ولنا عموم الآية ولأنه مانع لنفسه من جماعها بيمينه فكان موليا كحال الغضب يحققه أن يحكم الإيلاء ثبت لحق الزوجة فيجب أن يثبت سواء قصد الاضرار أو لم يقصد كاستيفاء ديونها وإتلاف ما لها ولأن الطلاق والظهار وسائر الايمان سواء في الغضب والرضاء فكذلك في الإيلاء وأما إذا حلف أن لا يطأها حتى تفطم ولده فإذا أراد وقت الفطام وكانت مدته تزيد على أربعة أشهر فهو مول وإن أراد فعل الفطام لم يكن موليا لأنه ممكن قبل أربعة أشهر وليس بمحرم ولا فيه تفويت حق لها فلم يكن موليا كما لو حلف أن لا يطأها حتى تدخل الدار

[ جزء 8 - صفحة 534 ]

مسألة : ومدة الإيلاء في الأحرار والرقيق سواء وعنه أنها في العبد على النصف
مسألة : ومدة الإيلاء في الأحرار والرقيق سواء وعنه أنها في العبد على النصف
يصح إيلاء العبد كما يصح من الحر قياسا عليه ولدخوله في عموم الآية ولا تختلف مدته فلا فرق بين الحر والمسلمة والذمية والامة والصغيرة والكبيرة في ظاهر المذهب وهو قول الشافعي و ابن المنذر وعن أحمد رواية أخرى أن مدة الإيلاء للعبد شهران وهو اختيار أبي بكر وقول عطاء و الزهري و مالك و إسحاق لأنهم على النصف في الطلاق وعدد المنكوحات فكذلك في الإيلاء قال الحسن و الشعبي إيلاؤه من الامة شهران ومن الحرة أربعة وقال أبو حنيفة إيلاء الامة نصف إيلاء الحرة لأن ذلك تتعلق به البينونة فاختلف بالرق والحرية كالطلاق ولأنها مدة ثبت ابتداؤها بقول الزوج فوجب أن تختلف برق الامة وحريتها كمدة العنة
ولنا عموم الآية ولأنها مدة ضربت للوطء فاستوى فيها الرق والحرية ولا نسلم أن البينونة تتعلق بها ثم يبطل ذلك بمدة العنة ويخالف مدة العدة لأن العدة مبنية على الكمال بدليل أن الاستبراء يحصل بقرء واحد وأما مدة الإيلاء فإن الاستمتاع بالحرة أكثر وكان ينبغي أن تتقدم مطالبتها مطالبة الامة والحق على الحر في الاستمتاع أكثر منه على العبد ولا تجوز الزيادة عليه في مطالبة العبد عليه

مسألة : ولا حق بسيد الامة في طلب الفيئة والعفو عنها وإنما ذلك إليها
مسألة : ولا حق بسيد الامة في طلب الفيئة والعفو عنها وإنما ذلك إليها
وجملة ذلك أن الحرة والامة سواء في استحقاق المطالبة سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف لأن الحق لها لأن الاستمتاع يحصل لها فإن تركت المطالبة لم يكن لمولاها الطلب ولأنه لا حق له فإن قيل حقه في الولد ولهذا لم يجز العزل عنها إلا بإذنه قلنا لا يستحق على الزوج استيلاد المرأة ولذلك لو حلف ليعزلن عنها أو لا يستولدها لم يكن موليا ولو أن المولي وطئ بحيث يوجب التقاء الختانين وجبت الفيئة وزالت عنه المطالبة وإن لم ينزل وإنما استؤذن السيد في العزل لأنه يضر بالامة فربما نقص قيمتها ولنا وجوب استئذانه منع
فصل : قال الشيخ رحمه الله وإذا صح الإيلاء ضربت له مدة أربعة أشهر
وجملة ذلك أن المولي يتربص أربعة أشهر كما أمر الله تعالى ولا يطالب بالوطء فيهن فإذا مضت أربعة أشهر ورافعته امرأته إلى الحاكم أمره بالفيئة فإن أبى أمره باطلاق ولا تطلق زوجته بمضي المدة
قال أحمد في الإيلاء يوقف عن الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عن عمر ما يدل على ذلك وعن عثمان وعلي وجعل يثبت حديث علي وبه قال ابن عمر وعائشة وروي ذلك عن أبي الدرداء وقال سليمان بن يسار كان تسعة عشر رجلا من أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يوقفون في الإيلاء وقال سهيل بن أبي صالح سألت اثني عشر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فلكهم يقول ليبس عليه شيء حتى يمضي أربعة أشهر فيوقف فإن فاء وإلا طلق وبه قال سعيد بن المسيب و عروة و مجاهد و طاوس و مالك و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد و أبو ثور و ابن المنذر
وقال ابن مسعود وابن عباس و عكرمة و جابر بن زيد و عطاء و مسروق و الحسن و قبيصة و النخعي و الأوزاعي و ابن أبي ليلى وأصحاب الرأي : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة وروي ذلك عن علي وعثمان وزيد وابن عمر وروي عن أبي بكر بن عبد الرحمن و مكحول و الزهري تطليقة رجعية ويحكى عن ابن مسعود أنه كان يقرأ { فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم } ولأن هذه مدة لاستدعاء الفعل منه فكان ذلك في المدة كمدة العنة
ولنا قول الله تعالى : { للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر } لذكره الفيئة بعدها بالفاء المقتضية للتعقيب ثم قال : { وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع } ولو وقع بمضي المدة لم يحتج المدة لم يحتج إلى عزم عليه وقوله سميع عليم يقتضي أن الطلاق مسموع ولا يكون المسموع إلا كلاما ولأنها مدة ضربت له لأجيلا فلم يستحق المطالبة فيها كسائر الآجال ولأن هذه مدة لم يتقدمها إيقاع فلم يتقدمها وقوع كمدة العنة ومدة العنة حجة لنا فإن الطلاق لا يقع بمضيها ولأن مدة العنة ضربت له ليختبر فيها ويعرف عجزه عن الوطء بتركه في مدتها وهذه ضربت تأخيرا لها وتأجيلا فلا يستحق المطالبة إلا بمضي الأجل كالدين
فصل : وابتداء المدة من حين اليمين ولا تفتقر إلى ضرب مدة لأنها ثبتت بالنص والإجماع فلا تفتقر إلى ضرب كمدة العدة ولا يطالب بالوطء فيها لما ذكرنا



مسألة : فإن فكان بالرجل عذر يمنع الوطء احتسبت عليه بمدة وإن كان ذلك نهاية لم يحتسب عليه وإن طرأ بها استؤنفت المدة عند زواله

مسألة : فإن فكان بالرجل عذر يمنع الوطء احتسبت عليه بمدة وإن كان ذلك نهاية لم يحتسب عليه وإن طرأ بها استؤنفت المدة عند زواله
يعني إذا انقضت المدة وكان بالرجل عذر يمنع الوطء كحبسه واحرامه حسبت عليه المدة من حين إيلائه لأن المانع من جهته وقد وجد التمكين الذي عليها ولذلك لو امكنته من نفسها وكان ممتنعا لعذر وجبت لها النفقة وإن طرأ شيء من هذا الأعذار بعد الإيلاء أو جن لم تنقطع المدة للمعنى الذي ذكرناه وإن كان المانع من جهتها كصغرها ومرضها وحبسها وصيامها واعتكافها المفروض واحرامها وغيبتها فإن وجد منها حال الإيلاء لم تضرب له المدة حتى يزول لأن المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها وإن حال الإيلاء لم تضرب له المدة حتى يزول لأن المدة تضرب لامتناعه من وطئها والمنع ههنا من قبلها وإن طرأ بها شيء من هذه الأسباب استؤنفت المدة ولم تبين على ما مضى لأن قوله سبحانه : { تربص أربعة أشهر } يقتضي متوالية فإذا قطعتها وجب استئنافها كمدة الشهرين في صوم الكفارة



مسألة : إلا الحيض فإنه يحتسب عليه بمدته وفي النفاس وجهان
مسألة : إلا الحيض فإنه يحتسب عليه بمدته وفي النفاس وجهان
قد ذكرنا أن المانع إذا كان من جهتها لا يحتسب عليه إلا الحيض فإنه يحتسب عيه ولا يمنع ضرب المدة إذا كان موجودا وقت الإيلاء لأنه لو منع لم يمكن ضرب المدة لأن الحيض في الغالب لا يخلو منه شهر فيؤدي ذلك إلى إسقاط حكم الإيلاء وإن طرأ الحيض لم تقع المدة لما ذكرنا والنفاس مثل الحيض في أحد الوجهين لأن أحكامه أحكام الحيض والثاني : هو كسائر الأعذار التي من جهتها لأنه نادر غير معتاد فأشبه سائر الأعذار فأما إن جنت وهربت من يده انقطعت المدة وإن بقيت في يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها فإن قيل فهذه الأسباب منها ما لا صنع لها فيه فلا ينبغي أن يقطع المدة كالحيض قلنا إذا كان المنع لمعنى فيها فلا فرق بين كونه بفعلها أو بغير فعلها كما إن البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم تتوجه له المطالبة بعوضه سواء كان لعذر أو لغير عذر وإن آلى في الردة لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع المرتد منهما إلى الإسلام فإن طرأت الردة في أثناء المدة انقطعت لأن النكاح قد تشعث وحرم الوطء فإن عاد إلى الإسلام استؤنفت المدة سواء كانت الردة منهما أو من أحدهما وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين أو خالعها ثم تزوجها

مسألة : وإن طلقها في أثناء المدة انقطعت
مسألة : وإن طلقها في أثناء المدة انقطعت
لأنها صارت ممنوعة بغير اليمين فانقطعت المدة كما لو كان الطلاق بائنا سواء بانت بفسخ أو طلاق ثلاث أو بخلع أو بانقضاء عدتها من الطلاق الرجعي لأنها صارت أجنبية منه ولم يبق شيء من أحكام نكاحها فإن عاد فتزوجها عاد حكم الإيلاء من حين تزوجها وكذلك إن كان الطلاق رجعيا فراجعها استؤنفت المدة كما لو كان الطلاق بائنا فتزوجها فإن كان الباقي من مدة يمينه أربعة أشهر فما دون لم يثبت حكم الإيلاء لأن مدة التربص أربعة أشهر وإن كان أكثر من أربعة أشهر تربص أربعة أشهر ثم وقف لها فإما أن يفيء أو يطلق فإن لم يطلق طلق عليه الحاكم وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة إن كان الطلاق أقل من ثلاث ثم تركها حتى انقضت عدتها ثم نكحها عاد الإيلاء وإن استوفي عدد الطلاق لم يعد الإيلاء لأن حكم النكاح الأول زال بالكلية ولهذا ترجع إليه في طلاق ثلاث فصار إيلاؤه في النكاح الأول كإيلائه من أجنبية وقال أصحاب الشافعي يحصل من أقواله أقاويل قولان كالمذهبين وقاول ثالث لا

يعود حكم الإيلاء بحال وهو قول ابن المنذر لأنها صارت بحال لو آلى منها لم يصح إيلاؤه فبطل حكم الإيلاء منها كالمطلقة ثلاثا
ولنا أنه ممتنع من وطء امرأته بيمين في حال نكاحها فثبت له حكم الإيلاء كما لو لم يطلق وفارق الإيلاء من الأجنبية فإنه لا يقصد باليمين عليها الاضرار بها بخلاف مسألتنا
فصل : فإن آلى من امرأته الأمة ثم اشتراها ثم اعتقها وتزوجها عاد الإيلاء ولو كان المولي عبدا فاشترته امرأته ثم اعتقته وتزوجته عاد الإيلاء ولو بانت الزوجة بردة أو اسلام من أحدهما أو غيره ثم تزوجها تزويجا جديدا عاد الإيلاء وتستأنف المدة في جميع ذلك سواء عادت إليه بعد زوج ثان أو قبله لأن اليمين كانت منه في حال الزوجية فبقي حكمها ما وجدت الزوجية وهكذا لو قال لزوجته إن دخلت الدار والله لا جامعتك ثم طلقها ثم نكحت غيره ثم تزوجها عاد حكم الإيلاء لأن الصفة المعقودة في حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية فإن دخلت الدار في حال البينونة ثم عاد فتزوجها لم يثبت حكم الإيلاء في حقه لأن الصفة وجدت في حال كونها أجنبية ولا ينعقد بالحلف على الأجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته



مسألة : وإن انقضت المدة وبها عذر يمنع الوطء لم تملك طلب الفيئة
مسألة : وإن انقضت المدة وبها عذر يمنع الوطء لم تملك طلب الفيئة
لأن الوطء ممتنع من جهتها فلم يكن لها مطالبته بما تمنعه منه ولأن المطالبة مع الاستحقاق وهي لا تستحق الوطء في هذه الأحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لأنه إنما يستحق عند امتناعه ولم يجب عليه شيء ولكن تتأخر المطالبة إلى حال زوال العذر وإن لم يكن العذر قاطعا للمدة كالحيض أو كان العذر حديث بعد انقضاء المدة

مسألة : وإن كان العذر به وهو مما يعجز به عن الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفيء بلسانه
مسألة : وإن كان العذر به وهو مما يعجز به عن الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفيء بلسانه
فيقول متى قدرت جامعتك أو نحو هذا وممن قال يفيء بلسانه إذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد و النخعي و الحسن و الزهري و الأوزاعي و عكرمة و أبو عبيد أصحاب الرأي وقال سعيد بن جبير لا يكون الفيء إلا بالجماع في حال العذر وغيره وقال أبو ثور إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل إن كان غائبا ولا تلزمه الفيئة بلسانه لأنه الضرر ترك الوطء ولا يزول بالقول وقال بعض الشافيعة يحتاج أن يقول قد ندمت على ما فعلت وإن قدرت وطئت ولنا أن القصد بالفيئية ترك ما قصد بنفس الاضرار وقد ترك الاضرار بما أتى به من الاعتذار والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر إن إشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند الجز عن طلبها يقوم مقام طلبها عند الحضور في إثباتها ولا يحتاج أن يقول ندمت لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن فيئة المعذور أن يقول فئت إليك وهو قول الثوري و ابي عبيد وأصحاب الرأي والذي ذكر القاضي في المجرد مثل ما ذكر الخرقي وهو أحسن لأن وعده بالفعل عند القدرة عليه دليل على ترك قصد الاضرار وفيه نوع من الاعتذار وإخبار بإزالته الضرر عند إمكانه ولا يحصل بقوله فئت إليك شيء من هذا فأما العاجز لجب أو شلل ففيئته أن يقول لو قدرت لجامعتها لأن ذلك يزيل ما حصل بإيلاء والإحرام كالمرض في ظاهر قول الخرقي وكذلك على قياسه الاعتكاف المنذور والظهار ومتى قدر على الفيئة وهي الجماع طولب به لأنه تأخر للعذر فإذا زال العذر طولب به كالدين الحال فإن لم يفعل أمر بالطلاق وهذا قول كل من يقول يوقف المولي لأن الله تعالى قال : { فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان } فإذا

امتنع من أداء الواجب عليه فقد امتنع من الإمساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بالإحسان فإن كان قد فاء بلسانه في حال العذر ثم قدر على الوطء أمر به فإن فعل وإلا أمر بالطلاق وهذا قول الشافعي وقال أبو بكر إذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئة مرة أخرى وخرج من الإيلاء وهو قول الحسن و عكرمة و الأوزاعي لأنه فاء مرة فخرج من الإيلاء ولم تلزم فيئة ثانية كما لو فاء بالوطء وقال أبو حنيفة تستأنف له مدة الإيلاء لأنه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئة فلا يطالب إلا بعد استئناف مدة الإيلاء كما لو طلقها
ولنا أنه أخر حقها لعجزه عنه فإذا قدر عليه لزمه أن يوفيها إياه كالدين على المعسر إذا قدر عليه وما ذكره فليس بحقها ولا يزال الضرر عنها وإنما وعدها بالوفاء فلزمها الصبر عليه وانظاره كالغريم المعسر
فصل : وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا يحنث لأنه لم يفعل المحلوف عليه وإنما وعد بفعله فهون كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به فقال متى قدرت وفيته



مسألة : وإن كان مظاهرا فقال أمهلوني حتى أطلب رقبة أعتقها عن ظهاري أمهل ثلاثة أيام
مسألة : وإن كان مظاهرا فقال أمهلوني حتى أطلب رقبة أعتقها عن ظهاري أمهل ثلاثة أيام
ذكر شيخنا أن الظهار كالمرض في قياس قول الخرقي وكذلك الاعتكاف المنذور وقد ذكر أصحابنا أن الظاهر لا يهم ويؤمر بالطلاق فيخرج من هذا أن كل عذر من فعله يمنع الوطء لا يمهل من أجله وهو مذهب الشافعي لأن الامتناع بسبب منه فلا يسقط حكما واجبا فعلى هذا لا يؤمر بالوطء لأنه مجرم عليه ولكن يؤمر بالطلاق
ووجه القول الأول أنه عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبه المريض فأما المظاهر فيقال له إما أن تكفر وتفيء وأما أن تطلق فإن قال أمهلوني حتى أطلب رقبة أو أطعم فإن عليم أنه قادر على التفكير في الحال وإنما يقصد المدافعة والتأخير لم يمهل لأن الحق حال عليه وإنما يمهل للحاجة وإن لم يعلم أمهل ثلاثة أيام فإنها قريبة ولا يزداد على ذلك وإن كان فرضه الصيام فطلب الإمهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهل لأنه كثير وتخرج أن يفيء بلسانه فيئة المعذور ويمهل حتى يصوم كقولنا في المحرم فإن وطئها فقد عصى وانحل إيلاؤه ولها منعه لأنه وطء محرم عليهما وقال القاضي : يلزمها التمكين وإن امتنعت سقط حقها في الوطء وقد بذله لها ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحريم عليه دونها
ولنا أنه وطء حرام فلا يلزم التمكين منه كالوطء في الحيض والنفاس وهذا ينقض دليله ولا نسلم لأنه التحريم عليه دونها فإن الوطء متى حرم علي أحدهما على الآخر لكونه فعلا واحدا ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لا ختصت المرأة بتحريم الوطء في الحيض والنفاس واحرامها وصيامها لاختصاصها بسببه
فصل : وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكنه أداره طولب بالفيئة لأنه قادر وإن انقضت وهو غائب والطريق آمن فلها أن توكل من يطالبه بالمسير إليها أو حملها إليه فإن لم يفعل أخذ بالطلاق وإن كان الطريق مخوفا أو له عذر يمنعه فاء فيئة المعذور
فصل : فإن كان مغلوبا على عقله بجنون أو إغماء لم يطالب لأنه لا يصلح للخطاب ولا يصح منه الجواب وتتأخر المطالبة إلى حال القدرة وزوال العذر ثم يطالب حينئذ

مسألة : وإن قال أمهلوني حتى أقضي صلاتي أو أتغدى فإني جائع أو حتى ينهضم الطعام أو أنام فإني ناعس أمهل بقدر ذلك
مسألة : وإن قال أمهلوني حتى أقضي صلاتي أو أتغدى فإني جائع أو حتى ينهضم الطعام أو أنام فإني ناعس أمهل بقدر ذلك
لأنه عذر ولا يمهل أكثر من قدر الحاجة كالدين الحال وكذلك إن قال أمهلوني حتى أفطر من صومي أمهل لذلك وإن قال أمهلوني حتى أرجع إلى بيتي أمهل لأن العادة فعل ذلك في بيته
فصل : فإن كانت المرأة صغيرة أو مجنونة فليس لهما المطالبة لأن قولهما غير معتبر وليس لوليهما المطالبة لأن هذا طريقة الشهوة فلا يقوم غيرهما مقامهما فيه فإن كانتا ممن لا يمكن وطؤهما لا يحتسب عليه بالمدة لأن المنع من جهتها وإن كان وطؤها ممكنا فأفاقت المجنونة أو بلغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تمت المدة ثم لهما المطالبة وإن كان ذلك بعد انقضاء المدة فلهما المطالبة يومئذ لأن الحق لهما ثابت وإنما تأخر لعدم إمكان المطالبة
وقال الشافعي لا تضرب المدة في الصغير حتى تبلغ وقال أبو حنيفة تضرب المدة سواء أمكن الوطء لو لم يمكن فإن لم يمكن الوطء فاء بلسانه وإلا بانت بانقضاء المدة وكذلك الحكم عنده في الناشز والرتقاء والقرناء والتي غابت في المدة لأن هذا إيلاء صحيح فوجب أن تتعقبه المدة كالتي يمكنه جماعها
ولنا أن حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه وأما التي أمكنه جماعها فتضرب له المدة في حقها لأنه إيلاء صحيح ممن يمكنه جماعها فتضرب له المدة كالبالغة ومتى قصد الاضرار بهما بترك أثم ويستحب أن يقال له اتق الله فإما أن تفيء وإما أن تطلق فإن الله تعالى قال : { وعاشروهن بالمعروف }



مسالة : فإن لم يبق له عذر طلبت الفيئة وهي الجماع
مسالة : فإن لم يبق له عذر طلبت الفيئة وهي الجماع
وليس في هذا اختلاف قال ابن المنذر أجمع كل من نجفظ عنه من أهل العلم على أن الفيء الجماع كذلك قال بن عباس وروي ذلك عن علي وابن مسعود وبه قال عطاء و الشعبي و النخعي و سعيد بن جبير و الثوري و الأوزاعي و الشافعي و أبو عبيد وأصحاب الرأي إذا لم يكن عذر وأصل الفيء الرجوع إلى فعل ما تركه

مسألة : فإذا جامع انحلت يمينه وعليه كفارتها
مسألة : فإذا جامع انحلت يمينه وعليه كفارتها في قول أكثر أهل العلم منهم زيد وابن عباس وبه قال ابن سيرين و الثوري و النخعي و قتادة و مالك وأهل المدينة و أبو عبيد وأصحاب الرأي و ابن المنذر وهو ظاهر مذهب الشافعي وله قول آخر لا كفارة عليه وهو قول الحسن وقال النخعي كانوا يقولون ذلك لأن الله تعالى قال : { فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم } قال قتادة هذا خالف الناس يعني قول الحسن ولنا قول الله تعالى : { ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين } ـ إلى قوله ـ { ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم } وقال سبحانه : { قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم } وقال النبي صلى الله عليه وسلم [ إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فائت الذي هو خير وكفر عن يمينك ] متفق عليه ولأنه حالف حانث في يمينه فقبلت منه الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها والمغفرة لا تنافي الكفارة فإن الله تعالى قد غفر لرسوله ما تقدم من ذنبه وما تأخر وقد كان يقول [ إني والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها إلا أتيت الذي هو خير وتحللتها ] متفق عليه

[ جزء 8 - صفحة 549 ]

مسالة : وأدنى ما يكفي من ذلك تغييب الحشفة في الفرج
مسالة : وأدنى ما يكفي من ذلك تغييب الحشفة في الفرج لأن أحكام الوطء تتعلق به فإن وطيء في الدبر أو دون الفرج لم تحصل الفيئة به لأنه ليس بمحلوف عليه ولا يزول الضرر بفعله
فصل : فإن وطئها ناسيا ليمينه فهل يحنث ؟ على روايتين فإن قلنا يحنث أنحل إيلاؤه وإن قلنا لا يحنث فهل ينحل إيلاؤه ؟ على وجهين قياسا على المجنون وكذلك يخرج فيما إذا آلى من زوجته ثم وجدها في فراشه فظنها الأخرى فوطئها لأنه جاهل بها والجاهل كالناسي في الحنث وكذلك إن ظنها أجنبية فبانت زوجته وإن استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث لأنه لم يفعل ما حلف عليه ولأن القلم مرفوع عنه وهل يخرج من حكم الإيلاء ؟ يحتمل وجهين
أحدهما : يحرج لأن المرأة وصلت إلى حقها فأشبه ما لو وطئ
والثاني : لا يخرج من حكم الإيلاء لأنه ما وفاها حقها وهو باقي على الامتناع من الوطء بحكم اليمين فكان مواليا كما لو لم تفعل به ذلك والحكم فيما إذا وطئ وهو نائم كذلك لأنه لا يحنث به

[ جزء 8 - صفحة 547 ]

مسألة : وإن وطئها في الفرج وطأ محرما مثل أن يطأ في الحيض أو النفاس أو الإحرام أو صيام فرض من أحدهما أو مظاهرا فقد فاء إليها
مسألة : وإن وطئها في الفرج وطأ محرما مثل أن يطأ في الحيض أو النفاس أو الإحرام أو صيام فرض من أحدهما أو مظاهرا فقد فاء إليها
لأن يمينه انحللت فزال حكمها وزال عنها الضرر وهذا مذهب الشافعي وقال أبو بكر قياس المذهب أن لا يخرج من الإيلاء لأنه وطء لا يؤمر به في الفيئة فلم يخرج به من الفيئة كالوطء في الدبر والذي ذكره لا يصح لأن يمينه انحلت ولم يبق ممتعا من الوطء بحكم اليمين موليا لعدم حكم اليمين مع أنه ما وفاها حقها فلأن يزول بحنثه فيها أولى وقد ذكر القاضي في المحرم والمظاهر أنهما إذا وطئا فقد وفياها حقها وفارق الوطء في الدبر فإنه لا يحنث به وليس بمحل للوطء بخلاف مسألتنا
فصل : فإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطء لأنه معلق بصفة وقد وجدت وإن كان على نذر عتق أو صوم أو صلاة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو مخير بين الوفاء به وبين التفكير لأنه نذر لحاج أو غضب وهذا حكمه فإن علق طلاقها الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيئة وأمر بالطلاق لأن الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بإيلاج الحشفة فيصير مستمتعا بأجنبية وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وأكثرهم قال تجوز الفيئة لأن النزع ترك للوطء وترك الوطء ليس بوطء وقد ذكر القاضي إن كلام أحمد يقتضي روايتين كهذين الوجهين قال شيخنا واللائق بمذهب أحمد تحريمه لو جوه ثلاثة : أحدها : أن آخر الوطء يحصل في أجنبية كما ذكرناه فإن النزع يتلذذ به كما يلتذ بالإيلاج فيكون في حكم الوطء ولذلك قلنا فيمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع أنه يفطر والتحريم ههنا أولى لأن الفطر بالوطء ويمكن منع كون النزع وطأ والمحرم ههنا الاستمتاع والنزع استمتاع فكان محرما ولأن لمسها على وجه التلذذ محرم فمس الفرج بالفرج أولى بالتحريم فإن قيل فهذا إنما يحصل ضرورة ترك الوطء المحرم قلنا فإذا لم يمكن الوطء إلا بفعل محرم حرم

ضرورة ترك الحرام كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله بأكل لحم الخنزير حرم ولو اشتبهت ميتة بمذكاة أو امرأته بأجنبية حرم الكل
والوجه الثاني : أنه بالوطء يحصل الطلاق بعد الإصابة وهو طلاق بدعة فكما يحرم بلسانه يحرم بتحقيق سببه
الثالث : أنه يقع به طلاق البدعة من وجه آخر وهو جمع الثلاث فإن وطئ فعليه النزع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك يلبث ولا يتحرك عند النزع لأنها أجنبية فإن فعل ذلك فلا حد ولا مهر لأنه تارك للوطء وإن لبث أو تمم الإيلاج فلا حد عليه لتمكن الشبهة منه لكونه وطء في زوجته وفي المهر وجهان :
أحدهما : يلزمه لأنه حصل منه وطء محرم في محل غير مملوك فأوجب المهر كما لو أولج بعد النزع
والثاني : لا يجب لأنه تابع الإيلاج في محل مملوك فكان تابعا له في سقط المهر وإن نزع ثم أولج وكانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما وعليه المهر لها ويلحقه النسب وإن كانا عالمين بالتحريم فعليهما الحد لأنه إيلاج في أجنبية بغير شبهة فأشبه ما لو طلقها ثلاثا ثم وطئها ولا مهر لها لأنها مطاوعة على الزنا ولا يلحقه النسب لأنه من زنا لا شبهة فيه وذكر القاضي وجها أنه لا حد عليهما لأن هذا على كثير من الناس وهو وجه لأصحاب الشافعي والصحيح الأول لأن الكلام في العالمين وليس هو في مظنة الخفاء لأن أكثر المسلمين يعلمون أن الطلاق الثلاث محرم للمرأة وإن كان أحدهما عالما والآخر جاهلا نظرت فإن كان هو العالم فلها المهر وعليه الحد ولا يلحقه النسب لأنه زان محدود وإن كانت هي العالمة دونه فعليها الحد وحدها ولا مهر لها ويلحقه النسب لأن وطأه وطء شبهة
فصل : فإن قال إن وطئتك فأنت علي كظهر أمي فقال لا يقربها حتى يكفر وهذا نص في تحريمها قبل التفكير وهو الدليل على تحريم الوطء في المسألة التي قبلها بطريق التنبيه لأن المطلقة ثلاثا أعظم تحريما من المظاهر منها فإذا وطء ههنا فقد صار مظاهرا من زوجته وزال حكم الإيلاء ويحتمل أن أحمد أراد إذا وطئها مرة فلا يطؤها أخرى متى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهرا إذ لا يصح تقديم الكفارة على الظاهر لأنه سببها ولا يجوز تقديم الحكم على سببه ولو كفر قبل الظهار لم يجزئه وقد روى إسحاق قال قلت لأحمد فيمن قال لزوجته أنت علي كظهر أمي إن قربت إلى سنة فقال إن جاءت تطلب فليس له أن يعضلها بعد مضي الأربعة الأشهر فيقال له إما أن تفيء وإما أن تطلق فإن وطئها فقد وجب عليه كفارة وإن أبي وأرادت مفارقته طلقها الحاكم عليه فينبغي أن تحمل فتكون الروايتان متفقتين والله أعلم
فصل : وإن انقضت المدة وادعى أنه عاجز عن الوطء فإن كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه الفيئة كما لا تسمع دعواها عليه ويؤخذ بالفيئة أو بالطلاق كغيره إن لم يكن وطئها ولم تكن حال معروفة فقال القاضي تسمع دعواه ويقبل قوله لأن العنة من العيوب التي لا يقف عليها غيره وهذا ظاهر نص الشافعي ولها أن تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة بعد أن يفيء فيئة المعذور وفيه وجه آخر أنه يقل قوله لأنه متهم في دعوى ما يسقط عنه حقا توجه عليه الطلب به والأصل سلامته منه وإن اعترفت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته والقول قوله في عدم الإصابة



مسألة : وإن لم يفىء وأعفته المرأة سقط حقها ويحتمل أن لا يسقط ولها المطالبة بعد
مسألة : وإن لم يفىء وأعفته المرأة سقط حقها ويحتمل أن لا يسقط ولها المطالبة بعد
إذا عفت المرأة عن المطالبة بالفيئة بعد وجوبها فقال بعض أصحابنا يسقط حقها وليس لها المطالبة قال القاضي هذا قياس المذهب لأنها رضيت بإسقاط حقها من الفسخ فسقط حقها منه كامرأة العينين إذا رضيت بعنته ويحتمل أن لا يسقط حقها ولها المطالبة متى

شاءت وهذا مذهب الشافعي لأنها ثبتت لدفع الضرر بترك ما يتجدد مع الأحوال فكان لها الرجوع كما لو أعسر فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت وفارق الفسخ للعنة فإنه فسخ لعيبه فمتى رضيت بالعيب سقط حقها كما لو عفا المشتري عن عيب المبيع فأما إن سكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك وجها واحدا لأن حقها يثبت على التراخي فلم يسقط بتأخر المطالبة كاستحقاق النفقة

مسالة : وإن لم تعفه أمر بالطلاق إن طلبت ذلك
مسالة : وإن لم تعفه أمر بالطلاق إن طلبت ذلك
لقول الله سبحانه : { للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاؤوا فإن الله غفور رحيم * وإن عزموا الطلاق فإن الله سميع عليم } وقال تعالى : { فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان } فإذا امتنع من اداء الواجب فقد امتنع من الإمساك بالمعروف فيؤمر بالتسريح بإحسان

مسألة : فإن طلق واحدة فله رجعتها وعنه أنها تكون بائنة
مسألة : فإن طلق واحدة فله رجعتها وعنه أنها تكون بائنة
وجملة ذلك أن الطلاق الواجب على المولى رجعي سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه وبهذا قال الشافعي قال الأثرم قالت لأبي عبد الله في المولي فإن طلقها 5قال تكون واحدة وهو أحق بها وعن أحمد رواية أخرى أن فرقة الحاكم تكون بائنا ذكر أبو بكر الروايتين جميعا وقال القاضي المنصوص عن أحمد في فرقة الحاكم أنها تكون بائنا فإن في رواية الأثرم وقد سئل فيه رجعة وقال أبو ثور طلاق المولي بائن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لأنها فرقة لدفع الضرر فكانت بائنا كفرقة العنة ولأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر وقال أبو حنيفة يقع الطلاق بانقضاء المدة بائنا ووجه الأول أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض والا استيفاء عدد فكان رجعيا كالطلاق في غير الإيلاء ويفرق فرقة العنة لأنها فسخ لعيب وهذا طلقة ولأنه لو أبيح لها إرتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر فهذه إذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى ولأن العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة في رجعته وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها وإقلاعه عن الاضرار بها فافترقا



مسألة : فإن لم يطلق حبس وضيق عليه حتى يطلق في إحدى الروايتين والأخرى يطلق الحاكم عليه
مسألة : فإن لم يطلق حبس وضيق عليه حتى يطلق في إحدى الروايتين والأخرى يطلق الحاكم عليه
إذا امتنع المولي من الفيئة بعد التربص أو امتنع المعذور من الفيئة بلسان أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق فإن طلق وقع طلاقه واحدة كانت أو أكثر وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلقة لأنه يحصل الوفاء لحقها بها فإنها تفضي إلى والتخلص من ضرره وإن امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه وبه قال مالك وعن أحمد رواية أخرى ليس للحاكم الطلاق عليه لأن ما خير الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات في حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو أختان فعلى هذا يحبسه أو يضيق عليه حتى يفيء أو يطلق و للشافعي قولان كالروايتين ووجه الرواية الأخرى أن ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قال الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين وفارق الاختيار فإنه ما تعين مستحقه وهذا أصح في المذهب وهو اختيار الخرقي وليس للحاكم أن

يأمره بالطلاق ولا يطلق عليه إلا أن تطلب المرأة ذلك لأنه حق لها وإنما الحاكم يستوفي لها الحق فلا يكون إلا عند طلبها

[ جزء 8 - صفحة 552 ]

مسألة : فإن طلق واحدة فهو كطلاق المولي
مسألة : فإن طلق واحدة فهو كطلاق المولي
يعني إذا طلق الحاكم واحدة فهل هي رجعية أو بائنة ؟ على روايتين لأنه قام مقامه وناب عنه فكان حكمه حكم المولي وإن طلق الحاكم ثلاثا أو فسخ جاز لأن المولي إذا امتنع من الفيئة والطلاق قام الحكم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه المولي وإليه الخيرة فيه وإن شاء طلق واحدة وإن شاء اثنتين وإن شاء ثلاثا وإن شاء فسخ قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد وقال الشافعي ليس له إلا واحدة لأن إيفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع
ولنا أنا الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه كما لو وكله في ذلك وليس ذلك زيادة على حقها فإن حقها الفرقة غير أنها تتنوع وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريمها عليه ومنعه رجعتها لعلمه بسوء قصده وحصول المصلحة ببعده قال أبو عبد الله إذا قال فرقت بينكما فإنما هو فسخ وإذا قال طلقت واحدة فهي واحدة وإذا قال طلقت ثلاثا فهي ثلاث

مسألة : وإن ادعى أن المدة ما انقضت وادعت مضيها فالقول قوله في أنها لم تمض مع يمينه
مسألة : وإن ادعى أن المدة ما انقضت وادعت مضيها فالقول قوله في أنها لم تمض مع يمينه
وإنما كان كذلك لأن الاختلاف في مضي المدة ينبني على الخلاف في وقت يمينه فإنهما لو اتفقا على وقت اليمين حسب من ذلك الوقت فعلم هل انقضت المدة أو لا وزال الخلاف أما إذا اختلفا في وقت اليمين فقال حلفت في غرة رمضان وقالت بل حلفت في غرة شعبان فالقول قوله لأنه يصدر من جهته وهو أعلم به فكان القول قوله فيه كما لو اختلفا في اصل الإيلاء ولأن الأصل عدم الحلف في غر ة شعبان فكان قوله في نفيه موافقا للأصل ويكون ذلك يمينه في قول الخرقي وهو مذهب الشافعي وقال أبو بكر لا يمين عليه قال القاضي وهو أصح لأنه اختلاف في أحكام النكاح فلم تشرع فيه اليمين كما لو ادعى زوجية امرأة فانكرته والأول أولى لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ اليمين على المدعى عليه ] ولأنه حق لآدمي يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون

[ جزء 8 - صفحة 553 ]

مسألة : فإن ادعى أنه وطئها فأنكرته وكانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه
مسألة : فإن ادعى أنه وطئها فأنكرته وكانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه
اختاره الخرقي وهو مذهب الشافعي لأن الأصل بقاء النكاح والمرأة تدعي رفعه وهو يدعي ما يوافق الأصل فكان القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة ولأن هذا أمر خفي ولا يعلم من جهته فقبل قوله فيه كقول المرأة حيضها وتلزمه اليمين لأن ما تدعيه المرأة محتمل فوجب نفيه بالميمين ونص أحمد في وراية الأثرم على أنه لا يلزمه يمين لأنه لا يقضى فيه بالنكول وهذا اختيار أبي بكر فأما إن كانت بكرا واختفا في الإصابة وادعت أنها عذراء أريت

النساء الثقات فإن شهدن بثيوبتها فالقول قوله وإن شهدت ببكارتها فالقول قولها لأنه لو وطئها زالت لكارتها وظكاهر كلام الخرقي أنه لا يمين ههنا لأنه قال في باب العنين فإن شهدن بما قالت أجل سنة ولم يذرك يمينه وهذا قول أبي بكر لأن البينة تشهد لها فلا تجب اليمين معها وقيل تجب عليها اليمين لاحتمال أن تكون العذرة عادت بعد زوالها وإن لم تشهد بها أحد فالقول قوله كما لو كانت ثيبا وهل يحلف ؟ على وجهين مضى توجيههما



كتاب الظهار
الظهار مشتق من الظهر وإنما خصوا الظهر بذلك من بين سائر الأعضاء لأن كل مركوب يسمى ظهرا لحصول الركوب على ظهره في الأغلب فشبهوا الزوجة بذلك وهو محرم لقول الله تعالى : { وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا } ومعناه أن الزوجة ليست كالأم في التحريم قال الله تعالى : { ما هن أمهاتهم } ـ وقال سبحانه ـ { وما جعل أزواجكم اللائي تظاهرون منهن أمهاتكم } والأصل في الظهار الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى : { الذين يظاهرون منكم من نسائهم ما هن أمهاتهم } والآية التي بعدها وأما السنة فروى أبو داود بإسناده [ عن خويلة بنت ملك بن ثعلبة قالت تظاهر مني أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه ويقول اتقي الله فإنه ابن عمك فما برحت حتى نزل القرآن { قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها } فقال ـ يعتق رقبة ـ فقلت لا يجد فقال ـ يصوم شهرين متتابعين ـ فقلت يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام قال ـ فليطعم ستين مسكينا ـ قلت ما عنده من شيء يتصدق قال : فإني سأعينه بعرق من تمر ـ فقلت يا رسول الله فإني سأعينه بعرق آخر قال قد أحسنت اذهبي فاطعمي عنه ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك ] قال الأصمعي العرق بفتح العين والراء هو ما سف من خوص كالزنبيل الكبير وروى أيضا بإسناده عن سليمان بن يسار [ عن سلمة بن صخر البياضي قال كنت أصيب من النساء ما لا يصيب غيري فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتي شيئا يتتابع حتى أصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان فبينما هي تخدمني ذات ليلة إذ تكشف لي منها شيء فلم ألبث أن نزوت عليها فلما أصبحت خرجت إلى قومي فأخبرتهم الخبر وقلت امشوا معي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا لا والله فانطلقت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته الخبر فقال : أنت بذاك يا سلمة ؟ فقالت أنا بذاك يا رسول الله وأنا صابر لحكم الله فاحكم في ما أراك الله قال : حرر رقبة قلت والذي بعثك بالحق ما أملك رقبة غيري وضربت صفحة رقبتي قال : فصم شهرين متتابعين قلت وهل أصبت إلا من الصيام ؟ قال فاطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا قلت والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما لنا طعام قال فانطلق إلى صاحب صدقة بني زريق فليدفعها إليك قال فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها فرجعت إلى قومي فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأي ووجدت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم السعة وحسن الرأي وقد أمر لي بصدقتكم ]



مسألة : والظهار أن يشبه امرأته أو عضوا منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد أو بها أو بعضو منها فيقول أنت علي كظهر أمي أو كيد أختي أو كوجه حماتي أو يقول ظهرك أو يدك علي كظهر أمي أو كيد أختي أو خالتي من نسب أو رضاع عمتى شبه امرأته بظهر من تحرم عليه على التأبيد فيقول أنت علي كظهر أمي فهذا ظهار إجماعا

مسألة : والظهار أن يشبه امرأته أو عضوا منها بظهر من تحرم عليه على التأبيد أو بها أو بعضو منها فيقول أنت علي كظهر أمي أو كيد أختي أو كوجه حماتي أو يقول ظهرك أو يدك علي كظهر أمي أو كيد أختي أو خالتي من نسب أو رضاع فمتى شبه امرأته بظهر من تحرم عليه على التأبيد فيقول أنت علي كظهر أمي فهذا ظهار إجماعا
قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن تصريح الظهار أن يقول أنت علي كظهر أمي وفي حديث خويلة امرأة أوس بن صامت أنه قال لها أنت علي كظهر أمي فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأمره بالكفارة
الضرب الثاني : أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوي رحمه كجدته وعمته وخالته وأخته فهذا ظهار في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن و عطاء و جابر بن زيد و الشعبي و النخعي و الزهري و الثوري و الأوزاعي و مالك و إسحاق و أبو عبيد و أبو ثور وأصحاب الرأي وهو جديد قولي الشافعي وقال في القدم لا يكون الظهار إلا بأم وجدة لأنها أم أيضا لأن اللفظ الذي ورد به القرآن مختص الأم فإذا عدل عنه لم يتعلق به ما أوجبه الله تعالى فيه ولنا أنهن محرمات بالقرابة فأشبهن الأم وأما الآية فقد قال فيها { وإنهم ليقولون منكرا من القول وزورا } وهذا موجود في مسألتنا فجرى مجراه وتعليق الحكم بالأم لا يمتنع الحكم في غيرها إذا كانت مثلها
الثالث : أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الأقارب كالأمهات المرضعات والأخوات من الرضاعة وحلائل الآباء والابناء وأمهات النساء والربائب الاتي دخل بأمهن فهو ظهار أيضا والخلاف فيها كالتي قبلها ووجه المذهبين ما تقدم ويزيد في الأمهات المرضعات في دخولها في عموم الأمهات وسائرهن في معناها فيثبت فيهن حكمها
فصل : وإن قال أنت عنيد أو مني أو معي كظهر أمي كان ظهارا بمنزلة علي لأن هذه الألفاظ في معناه وإن قال جملتك أو بدنك أو جيمك أو ذاتك أو ذلك علي كظهر أمي كان ظهارا لأنه اشار إليها فهو كقوله أنت وإن قال أنت كظهر أمي كان ظهارا لأنه أتى بما يقتضي تحريمها عليه فانصرف الحكم إليه كما لو قال أنت طالق وقال بعض الشافعية ليس بظهار لأنه ليس فيه ما يدل على أن ذلك في حقه وليس بصحيح فإنها إذا كانت كظهر أمه فظهر أمه محرم عليه وأما إذا شبه عضوا من كامرأته بظهر أمه أو عضوا من اعضائها فهو مظاهر فلو قال فرجك أو ظهرك أو رأسك أو جلدك كظهر أمي أو بدنها أو رأسها أو يدها فهو مظاهر وبهذا قال مالك وهو نص الشافعي وعن أحمد رواية أخرى أنه ليس بمظاهر حتى يشبه جملة امرأته لأنه لو حلف بالله لا مس عضوا منها لا يسري إلى غيره فكذلك المظاهر ة ولأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص لأن تشبيهه بجملتها تشبيه بمحل الاستمتاع بما يتأكد تحريمه وفيه تحريم لجملتها فيكون آكد
وقال أبو حنيفة إن شبهها بما يحرم النظر إليه من الأم كالفرج والفخذ ونحوهما فهو مظاهر وإن لم يحرم النظر إليه كالرأس والوجه لم يكن مظاهرا لأنه شبهها بعضو من أمه فكان مظاهرا كما لو شبهها بظهرها وفارق الزوجة فإنه لو شبهها بظهرها لم يكن مظاهرا والنظر إن لم يحرم فإن التلذذ يحرم وهو المستفاد بعقد النكاح
فصل : فإن قال كشعر أمي أو سنها أو ظفرها أو شبه شيئا من ذلك من امرأته بأمه أو بعضو من أعضاها لم يكن مظاهرا لأنها ليست من اعضاء الأم الثابتة ولا يقع الطلاق بإضافته إليها فكذلك الظهار وكذلك إن قال بروح أمي فإن الروح لا توصف بالتحريم ولا هي محل للاستمتاع وكذلك الريق والعرق والدم فإن قال وجهي من وجهك حرام فليس بظهار نص عليه أحمد وقال هذا شيء يقوله الناس ليس شيئا وذلك لأن هذا يستعمل كثيرا في غير الظهار ولا يؤدي معنى الظهار فلم يكن ظهارا كما لو قال لا أكلمك
فصل : فإن قال أنا مظاهر أو عيل الظهار أو علي الحرام أو الحرام لي لازم ولا نية له لم يلزمه شيء لأنه ليس بصريح في الظهار وإن نوى به الظهار أو أقترنت به قرينة تدل على إرادة الظهار مثل أن يعلقه على شرط مثل أن يقول علي الحرام إن كلمتك احتمل أن يكون ظهارا لأنه أحد نوعي التحريم للزوجة فصح بالكناية مع البينة كالطلاق ويحتمل أن لا يثبت الظهار به لأن الشرع إنما ورد به بصريح لفظه وهذا ليس بصريح فيه ولأنه يمين موجبة للكفارة فلم يثبت حكمه بغير الصريح كاليمين بالله تعالى

فصل : يكره أن يسمي الرجل امرأته بمن تحرم عليه كأمه وأخته وبنته لما روى أبو داود بإسناده [ عن أبي تميم الهجيمي أن رجلا قال لامرأته يا أخته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أختك هي ] فكره ذلك ونهى عنه ولانه لفظ يشبه لفظ الظهار ولا تحرم بهذا ولا يثبت حكم الظهار لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقل له حرمت عليك ولأن هذا اللفظ ليس بصريح في الظهار ولا نواه بع فلا يثبت التحريم وفي الحديث [ عن النبي صلى الله عليه وسلم أن ابراهيم صلى الله عليه وسلم أرسل إليه جبار فسأله عنها يعني عن سارة فقال إنها أختي ولم يعد ذلك ظهارا ]

[ جزء 8 - صفحة 559 ]

مسألة : وإن قال أنت علي كأمي كان مظاهرا فإن قال أردت كأمي في الكرامة أو نحوه دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين
مسألة : وإن قال أنت علي كأمي كان مظاهرا فإن قال أردت كأمي في الكرامة أو نحوه دين وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين
إذا قال أنت علي كأمي أو مثل أمي ونوى الظهار فهو ظهار في قول عامة العلماء منهم أبو حنيفة وصاحباه الشافعي و إسحاق وإن أطلق فقال أبو بكر هو صريح في الظهار وهو قول مالك و محمد بن الحسن وقال ابن أبي موسى فيه روايتان أظهرهما أنه ليس بظهار حتى ينويه وهذا قول أبي حنيفة و الشافعي لأن هذا يستعمل في الكرامة أكثر مما يستعمل في التحريم فلم ينصرف إليه بغير نية ككنايات الطلاق
والثانية : هو ظهار لأنه شبه امرأته بجملة أمه فكان مشبها لها بظهرها فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفردا
قال شيخنا : والذي يصح عندي في قياس المذهب أنه إن وجدت قرينة تدل علي الظهار مثل أن يخرجه مخرج الحلف فيقول إن فعلت كذا فأنت علي مثل أمي أو قال ذلك حال الخصومة والغضب فهو ظهار لأنه إذا أخرجه مخرج الحلف فالحلف يراد للامتناع من شيء أو الحث عليه وإنما يحصل ذلك بتحريمها عليه ولأن كونها مثل أمه في صفتها وكرامتها لا يتعلق بشرط فيدل على أنه إنما أراد الظهار ووقوع ذلك في حال الخصوص والغضب دليل على أنه أراد به ما يتعلق بأدائها ويوجب اجتنابها وهو الظهار وإن عدم ذلك فليس بظهار لأنه محتمل لغيره احتمالا كثيرا فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل ونحوه قول أبي ثور فأما إن قال أردت كأمي في الكرامة ونحو ذلك فإنه يدين لأن ما قاله محتمل ويقبل في الحكم في أصح الروايتين اختاره شيخنا لأنه لما احتمل الظهار وغيره ترجح عدم الظهار بدعوى الإرادة
والثانية : لا يقبل لأنه لما قال أنت علي كأمي اقتضى أن يكون عليه فيها تحريم فأشبه ما لو قال أنت علي كظهر أمي

[ جزء 8 - صفحة 561 ]

مسالة : وإن قال أنت كأمي أو مثل أمي ولم يقل علي ولا عندي فإن نوى به الظهار كان ظهارا لأنه يحتمله
مسالة : وإن قال أنت كأمي أو مثل أمي ولم يقل علي ولا عندي فإن نوى به الظهار كان ظهارا لأنه يحتمله
قال شيخنا : وحكمه كما إذا قال أنت علي كأمي أو قال أنت أمي أو امرأتي أمي إن نواه أو كان مع الدليل الصارف له إلى الظهار فهو ظهار وإلا فلا وذكر أبو الخطاب فيها روايتين مثل قوله : أنت علي كأمي والأولى أن هذا ليس بظهار إذا أطلق لأنه ليس بصريح في الظهار

لكونه غير اللفظ المستعمل فيه فلا يكون ظهارا بغير نية كما لو قال انت كبيرة مثل أمي ولأنه يحتمل التشبيه في التحريم وغيره فلا يجوز أن يتعين التحريم بغير نية فأما إن قال أمي امرأتي او مثل لم يكن ظهارا لأنه تشبيه لأمه ووصف لها وليس بوصف لامرأته

مسألة : وإن قال أنت علي كظهر أبي ففيه روايتان
مسألة : وإن قال أنت علي كظهر أبي ففيه روايتان :
إحداهما : هو ظهار لأنه شبهها بظهر من يحرم عليه على التأبيد أشبه الأم وكذلك إن شبهها بظهر غيره من الرجال أو قال أنت علي كظهر البهيمة أو أنت علي كالميته والدم قال الميموني قلت لأحمد إن ظاهر من ظهر الرجل قال فظهر الرجل حرام يكون ظهارا وبهذا قال ابن القاسم صاحب مالك فيما إذا قال أنت علي كظهر أبي وروي ذلك عن جابر بن زيد والرواية والثانية : ليس بظهار وهو قول أكثر العلماء لأنه تشبيه بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه ما لو قال أنت علي كمال زيد وهل فيه كفارة ؟ على روايتين إحداهما : فيه كفارة لأنه نوع تحريم أشبه ما لو حرم ماله
والثانية : ليس فيه شيء نقل ابن القاسم عن أحمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل لا يكون ظهارا ولم أر يلزمه فيه شيء وذلك لأنه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل للاستمتاع أشبه التشبيه بمال غيره وإن قال أنا عليك كظهر أمي أو حرام ونوى به الظهار فهل هو ظهار ؟ على وجهين ذكره في المحرر



مسألة : وإن قال أنت علي كظهر أجنبية أو أخت زوجتي أو عمتها أو خالتها فعلى روايتين
مسألة : وإن قال أنت علي كظهر أجنبية أو أخت زوجتي أو عمتها أو خالتها فعلى روايتين
إذا شبه امرأته بظهر من تحريم عليه تحريما موقتا كأخت امرأته أو عمتها أو الأجنبية فعن أحمد فيه روايتان
إحداهما : أنه ظهار اختاره الخرقي وهو قول أصحاب مالك :
والثانية : ليس بظهار وهو مذهب الشافعي لألانها غير محرمة على التأبيد فلا يكون التشبيه بها ظهارا كالحيض والمحرمة من نسائه ووجه الرواية الأولى أنه شبهها بمحرمة فأشبه ما لو شبهها بالأم ولأن مجرد قوله أنت علي حرام إذا نوى به الظهار ظهار والتشبيه بالمحرمة تحريم فكان ظهارا فأما الحيض فيباح الاستمتاع بها في غير الفرج والمحرمة يحل النظر إليها ولمسها لغير شهوة وليس في وطء واحدة منهما حد بخلاف مسألتنا واختار أبو بكر أن الظهار لا يكون إلا من ذوات المحارم من النساء قال فبهذا أقول

مسالة : وإن قال أنت علي كظهر البهيمة لم يكن مظاهرا
مسالة : وإن قال أنت علي كظهر البهيمة لم يكن مظاهرا
لأنه ليس بمحل للاستمتاع وفيه وجه آخر أنه يكون كما لو شبهها بظهر أبيه



مسألة : وإن قال أنت علي حرام فهو ظهار إلا أن ينوي طلاقا أو يمينا فهل يكون ظهارا أو ما نواه ؟ على روايتين

مسألة : وإن قال أنت علي حرام فهو ظهار إلا أن ينوي طلاقا أو يمينا فهل يكون ظهارا أو ما نواه ؟ على روايتين
إذا نوى به الظهار فهو ظهار في قول عامتهم وبه يقول أبو حنيفة و الشافعي وإن نوى به الطلاق فقد ذكرناه في باب صريح الطلاق كنايته وإن أطلق ففيه روايتان إحداهما : أنه ظهار ذكره الخرقي ونص عليه أحمد في رواية جماعة من أصحابه وحكاه ابراهيم الحربي عن عثمان وابن عباس وأبي قلابة و سعيد بن جبير و ميمون بن مهران و البتي أنهم قالوا الحرام ظهار وروي عن أحمد ما يدل على أن التحريم يمين وروي عن ابن عباس أنه قال التحريم يمين في كتاب الله عز وجل وقال الله عز وجل : { يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك } ـ ثم قال ـ { قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم } وأكثر الفقهاء على أن التحريم إذا لم ينوبه الظهار فلس بظهار وهو قول مالك و أبي حنيفة و الشافعي للآية المذكورة ولأن التحريم يتنوع منه ما هو بظهار وبطلاق وبحيض وإحرام وصيام فلا يكون التحريم صريحا في واحد منها ولا ينصرف إليه بغير نية كما لا ينصرف إلى تحريم الطلاق ووجه الأولى أنه تحريم أوقعه في امرأته فكان بإطلاقه ظهارا كتشبيهها بظهر أمه قولهم إن التحريم يتنوع قلنا إلا أن تلك الأنواع منتفية ولا يحصل بقوله منها إلا الطلاق وهذا أولى منه لأن الطلاق تبين به المرأة وهذا يحرمها مع بقاء الزوجية فكان أدنى التحريمين فكان أولى فأما إن قال ذلك لمحرمة عليه بحيض أو نحوه ونوى الظهار فهو ظهار وإن قصد أنها محرمة عليه بذلك فليس بظهار لأنه يحتمل الخبر عن حالها ويحتمل إنشاء التحريم فيها بالظهار فلا يتعين أحدهما بغير تعيين
فصل : فإن قال الحل علي حرام أو ما أحل الله علي حرام أو ما انقلب إليه حرام وله امرأة فهو مظاهر نص عليه أحمد في الصور الثلاث وذلك لأن لفظه يقتضي العموم فيتناول المرأة بعمومه وإن صرح بتحريم المرأة أو نواها فهو آكد قال أحمد فيمن قال ما أحل الله علي حرام من أهل ومال : عليه كفارة الظهار هو يمين ويجزئه كفارة واحدة في ظاهر كلام أحمد هذا واختار ابن عقيل أنه يلزمه كفارتان للظاهر ولتحريم المال لأن التحريم ينتاولهما وكل واحد منهما لو انفرد أوجب كفارة فكذلك إذا اجتمعا
ولنا أنها يمين واحدة فلا توجب كفارتين كما لو تظاهر من امرأتين أو حرم من ماله شيئين وما ذكره منتقض بهذا وفي قول أحمد هو يمين إشارة الى التعليل بما ذكرناه لأن اليمين الواحدة لا توجب أكثر من كفارة واحدة فإن نوى بقوله ما أحل الله علي حرام وغيره من لفظات العموم المال لما يلزمه إلا كفارة اليمين لأن اللفظ العام يجوز استعماله في الخاص وعلى الرواية الأخرى التي تقول إن الحرام بإطلاقه ليس بظاهر لا يكون ههنا مظاهرا إلا أن ينوي الظهار
فصل : وإن قال أنت علي كظهر أمي حرام فهو صريح في الظهار لا ينصرف إلى غيره سواء نوى الطلاق أولم ينوه وليس في اختلاف بحمد الله لأنه صرح بالظهار وبينه بقول حرام وإن قال أنت علي حرام كظهر أمي أو كأمي فكذلك وبه قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي والقول الثاني إذا نوى الطلاق فهو طلاق وهو قول أبي يوسف ومحمد إلا أن أبا يوسف قال لا أقبل قوله في نفي الظهار ووجه قولهم أن قوله أنت علي حرام إذا نوى به الطلاق فهو طلاق وزيادة قوله كظهر أمي بعد ذلك لا تنفي الطلاق كما لو قال أنت طالق كظهر أمي ولنا أنه أتى بصريح الظهار فلم يكن طلاقا كالتي قبلها وقولهم أن التحريم مع نية الطلاق طلاق لا نسلمه وإن سلمناه لكنه فسر لفظه ههنا بصريح الظهار بقوله فكان العمل بصريح القول أولى من العمل بالنية
فصل : وإن قال أنت طالق كظهر أمي طلقت وسقط قوله كظهر أمي لأنه أتى بصريح الطلاق اولا وجعل قوله كظهر أمي صفة له فإن نوى بقوله كظهر أمي تأكيدا للطلاق لم يكن ظهارا كما لو أطلق وإن نوى به الظهار وكان الطلاق بائنا فهو كالظهار من الأجنبية لأنه أتى به بعد بينونتها بالطلاق وإن كان رجعيا كان ظاهرا صحيحا ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأنه أتى بلفظ الظهار في زمن هي زوجته وإن نوى بقوله أنت طالق الظهار لم يكن ظهارا لأنه نوى الظهار بصريح الطلاق وإن قال أنت علي كظهر أمي طالق وقع الظهار والطلاق معا سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا لأن الظهار سبق الطلاق

فصل : وإن قال أنت علي حرام ونوى الطلاق والظهار معا كان ظهارا ولم يكن طلاقا لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهارا وطلاقا والظهار أولى بهذا اللفظ فينصرف إليه وقال بعض أصحاب الشافعي يقال له اختر أيهما شئت وقال بعضهم إن قال أردت الطلاق والظهار كان طلاقا لأنه بدأ به وإن قال أردت الظهار والطلاق كان ظهارا لأنه بدأ به فيكون ذلك اختيارا له ويلزمه ما بدأ به
ولنا أنه أتى بلفظ الحرام ينوي به الظهار فكان ظهارا كما لو انفرد الظهار بنيته ولا يكون طلاقا لأنه زاحمت نيته نية الظهار وتعذر الجميع والظهار أولى بهذه اللفظة لأن معناهما واحد وهو التحريم فيجب أن يغلب ما هو الأولى أما الطلاق فإن معناه الإطلاق وهو حل قيد النكاح وإنما التحريم حكم له في بعض أحواله وقد ينفك عنه فإن الرجعية مطلقة مباحة وأما التخيير فلا يصح لأن اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظ بها لكونه أهلا والمحل قابلا ولهذا لو حكمنا بأنه طلاق لكانت عدتها من حين أوقع الطلاق وليس إليه رفع حكم ثبت في المحل باختياره وإبداله بإرادته والقول الآخر مبني على أن له الاختيار وهو فاسد على ما ذكرنا ثم إن الاعتبار بجميع لفظه لا بما بدأ به ولذلك لو قال طلقت هذه أو هذه لم يلزمه طلاق الأولى
فصل : قال الشيخ رضي الله عنه ويصح من كل زوج يصح طلاقه مسلما كان أو ذميا كل زوج صح طلاقه صح ظهاره وهو البالغ العاقل مسلما كان أو كافرا حرا أو عبدا قال أبو بكر وظهر السكران مبني على طلا قه وقال القاضي وكذلك ظهار الصبي مبني على طلاقه قال شيخنا والأقوى عندي أنه لا يصح من الصبي ظهار ولا إيلاء لأنها يمين موجبة للكفارة فلم تنعقد يمينه كاليمين بالله تعلى ولأن الكفارة وجبت لما فيه من قول المنكر والزور وذلك مرفوع عن الصبي لكون القلم مرفوعا عنه فأما ظهار العبد فهو صحيح وقيل لا يصح ظهاره لأن الله تعالى قال : { فتحرير رقبة } والعبد لا يملك الرقاب
ولنا عموم الآية ولأنه مكلف يصح طلاقه فصح ظهاره كالحر وأما إيجاب الرقبة فإنما هو على من يجدها ولا ينفي الظهار في حق من لم يجدها كالمعسر فرضه الصيام ويصح ظهار الذمي وبه قال الشافعي وقال مالك و أبو حنيفة لا يصح لأن الكفارة لا تصح منه وهي الرافعة للتحريم فلا يصح منه التحريم ودليل أن لكفارة لا تصح منه أنها تفتقر إلى النية فلا تصح منه كسائر العبادات
ولنا أن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم فأما ما ذكروه فيبطل بكفارة الصيد إذا قبله في الحرام وكذلك الحد يقام عليه ولا نسلم أن التفكير لا يصح منه فإنه يصح منه العتق وإنما لا يصح منه الصيام فلا تمتنع صحة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة كما في حق العبد والنية إنما تعتبر لتعيين الفعل للكفارة فلا يمتنع ذلك في حق الكافر كالنية في كالنية في كنايات الطلاق ومن يخنق في الأحيان يصح ظهاره في إفاقته كما يصح طلاقه فيه
فصل : ومن لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره كالطفل والزائل العق ل بجنون أو إغماء أو نوم أو غيره وبه قال الشافعي و أبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا ولا يصح ظهار المكره وبق قال الشافعي و أبو ثور و ابن المنذر وقال أبو يوسف يصح ظهاره والخلاف في ذلك مبني على الخلاف في صحة طلاقه وقد مضى ذكره



مسألة : ويصح من كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة مسلمة أو ذمية ممكن وطؤها أو غير ممكن
مسألة : ويصح من كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة مسلمة أو ذمية ممكن وطؤها أو غير ممكن
وبه قال مالك و الشافعي وقال أبو ثور لا يصح الظهار ممن لا يمكن وطؤها لأن الظهار لتحريم وطئها وهو ممتنع بغي اليمين ولنا عموم الآية ولأنها زوجة يصح طلاقها فصح الظهار منها كغيرها

مسألة : فإن ظاهر من أمته أو أم ولده لم يصح وعليه كفارة يمين ويحتمل أن تلزمه كفارة الظهار
مسألة : فإن ظاهر من أمته أو أم ولده لم يصح وعليه كفارة يمين ويحتمل أن تلزمه كفارة الظهار
وممن روي عنه أنه لا يصح الظهار منهما أبن عمر وعبد الله بن عمرو سعيد بن المسيب و مجاهد و الشعبي و ربيعة و الشافعي و أبو حنيفة وأصحابه وروي عن الحسن و عكرمة و النخعي و عمرو بن دينار و سليمان بن يسار و الزهري و قتادة و الحكم و الثوري و مالك في الظهار من الأمة كفارة تامة لأنها مباحة له فصح الظهار منها كلزوجة وعن الحسن و الأوزاعي إن كان يطؤها فهو ظهار وإلا فلا لم يطأها فهو كتحريم ماله وقال عطاء عليه نصف كفارة حرة لأن الأمة على النصف من الحرة في كثير من احكامها وهذا من أحكامها فيكون على النصف
ولنا قوله تعالى : { والذين يظاهرون من نسائهم } به ولأنه لفظ تعليق به تحريم الزوجة فلا تحريم به الأمة كالطلاق ولأن الظهار كان كطلاقا في الجاهلية فنقل حكمه وبقي محله قال أحمد قال أبو قلابة وقتادة إن الظهار كان طلاقا في الجاهلية ويلزمه كفارة يمين لأنه تحريم لمباح من ماله فكانت فيه كفارة يمين كتحريم سائر ماله قال نافع حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم جاريته فأمره الله أن يكفر يمينه وعن أحمد عليه كفارة ظهار لأنه أتى بالمنكر من القول والزور وكما لو قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي قال أبو بكر : لا يتوجه هذا على مذهبه لأنه لو كانت عليه كفارة ظهار كان ظهارا ويحتمل أن لا يلزمه شيء قاله أول الخطاب بناء على قوله في المرأة إذا قالت لزوجها أنت علي كظهر أبي لأن يلزمها شيء فإن قال لأمته أنت علي حرام فعليه كفارة يمين لقول الله تعلى : { يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك } ـ إلى قوله ـ { قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم } نزلت في تحريم النبي صلى الله عليه وسلم لجاريته في قول بعضهم ويخرج على الرواية الأخرى أن يلزمه كفارة ظهار لأن التحريم ظهار والأول هو الصحيح إن شاء الله تعالى



مسألة : وإن قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي لم تكن مظاهرة
مسألة : وإن قالت المرأة لزوجها أنت علي كظهر أبي لم تكن مظاهرة
وجملة ذلك أن المرأة إذا قالت لزوجها أنت علي كظهر أبي أو قالت إن تزوجت فلانا فهو علي كظهر أبي فليس ذلك بظهار قال القاضي : لا تكو مظاهرة رواية واحدة وهو قول أكثر أهل العلم منهم مالك و الشافعي و إسحاق و أبو ثور وأصحاب الرأي وقال الزهري و الأوزاعي هو ظهار روي ذلك عن الحسن و النخعي إلا أن النخعي قال : إذا قالت ذلك بعدما تزوجت فليس بشيء ولعلهم يحتجون بأنها أحد الزوجين ظاهر من الآخر فكان مظاهرا كالرجل
ولنا قول الله تعالى : { والذين يظاهرون من نسائهم } فخصهم بذلك ولأنه قول يوجب تحريما في الزوجة يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق ولأن الحل في المرأة حق الرجل فلم تملك المرأة إزالته كسائر حقوقه إذا ثبت ذلك فاختلف عن أحمد في الكفارة فنقل عنه جماعة عليها كفارة الظهار لما روي الأثرم بإسناده عن إبراهيم أن عائشة بنت طلحة قالت إن تزوجت مصعب بن الزبير فهو علي كظهر أبي فسألت أهل المدينة فرأوا أن عليها الكفارة وروى علي بن مسهر من أنت فقالت أنا مولى لعائشة بنت طلحة اعتقتني عن ظهارها خطبها مصعب بن الزبير فقالت هن علي كظهر أبي إن تزوجته ثم رغبت فيه بعد فاستفتت أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهم يومئذ كثير فأمروها أن تعتق رقبة

وتتزوجه فتزوجته وأعتقتني وروى سعيد هذين الخبرين مختصرين ولأنها زوج أتى بالمنكر من القول والزور فلزمه كفارة الظهار كالآخر ولأن الواجب كفارة يمين فاستوى فيها الزوجان كاليمين بالله تعالى والرواية الثانية عليها كفارة يمين
قال أحمد قد ذهب عطاء مذهبا حسنا جعله بمنزلة من حرم على نفسه شيئا كالطعام وما أشبه وهذا أقيس على مذهب أحمد وأشبه بأصوله لأنه بأصوله لأنه ليس بظهار ومجرد القول من المنكر والزور لا يوجب كفارة الظهار بدليل سائر الكذب والظهار قبل العود والظهار من أمته وأم ولده ولأنه تحريم لا يثبت التحريم في المحل فلم يوجب كفارة الظهار كتحريم سائر الحلال ولأنهه ظهار من غير امرأته فأشبه الظهار من أمته وما روي عن عائشة بنت طلحة في عتق الرقبة فيجوز أن يكون اعتاقها تكفيرا ليمينها فإن عتق الرقبة أحد خصال كفارة اليمين ويتعين حمله على هذا لكون الموجد مهنها ليس بظهار وكلام أحمد في رواية الأثرم لا يقتضي وجوب كفارة الظهار وإنما قال الأحوط أن يكفر وكذا قال ابن المنذر ولا شك أن الأحوط التفكير بأغلظ الكفارات ليخرج من الخلاف وعن أحمد رواية ثالثة لا شيء عليها وهو قول مالك و الشافعي و إسحاق و أبي ثور لأنه قول منكر وزور وليس بظهار فلم يوجب كفارة كالسب والقذف وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها فلا تجب عليها حتى يطأها وهي مطاوعة فإن طلقها أو مات أحدهما قبل وطئها أو أكرهها على الوطء فلا كفارة عليها لأنها يمين فلم تجب كفارتها قبل الحنث فيها كسائر الأيمان ويجوز تقديمها لذلك



مسألة : وعليها تمكين زوجها من وطئها قبل التكفير
مسألة : وعليها تمكين زوجها من وطئها قبل التكفير
لأنه حق له عليها فلا يسقط بيمينها ولأنه ليس بظهار وإنما هو تحريم للحلال فلا يثبت تحرمها كما لو حرم طعامه وقيل ظاهر كلام أبي بكر أنها لا تمكنه قبل التكفير إلحاقا بالرجل وليس بجيد لأن الرجل ظهاره صحيح وظهار المرأة غير صحيح ولأن حل الوطء حق للرجل فملك رفعه وهو حق عليها فلا تملك إزالته

مسألة : وإن قال لأجنبية أنت علي كظهر أمي لم يطأها إن تزوجها حتى يكفر
مسألة : وإن قال لأجنبية أنت علي كظهر أمي لم يطأها إن تزوجها حتى يكفر
الظهار من الأجنبية صحيح سواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء علي كظهر أمي وسواء أوقعه مطلقا أو عليقه على التزويج فقال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي ومتى تزوج التي ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر يروى نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب و عروة و عطاء و الحسن و مالك و إسحاق ويحتمل ان لا يثبت حكم كالظهار قبل التزويج وهو قول الثوري و أبي حنيفة و الشافعي وروي ذلك عن ابن عباس قول الله تعالى : { والذين يظاهرون من نسائهم } والأجنبية ليست من نسائه ولأن الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيدا بنسائه فلم يثبت حكمها في الأجنبية كالإيلاء فإن الله تعالى قال : { والذين يظاهرون من نسائهم } كما قال { للذين يؤلون من نسائهم } لأنها ليست بزوجة فلم يصح الظهار منها كأمته ولأنه حرم محرمة فلم يلزمه شيء كما لو قال أنت حرام ولأنه نوع تحريم فلم يتقدم النكاح كالطلاق
ولنا ما روى الإمام أحمد بإسناده عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في رجل قال إن تزوجت فلانة فهي علي كظهر أمي فتزوجها قال عليه كفارة الظهار ولأنها يمين مكفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعلى وأما الآية فإن التخصيص خرج مخرج الغالب فإن الغالب إن الإنسان إنما يظاهر من نسائه فلا يوجب تخصيص الحكم بهن كما أن تخصيص الربيبة التي في حجرة بالذكر لم يوجب اختصاصها بالتحريم وأما الإيلاء فإنما اختص حكمه

بنسائه لكونه يقصد الإضرار بهن دون غيرهن والكفارة ههنا وجبت لقول المنكر والزور فلا يختص ذلك بنسائه ويفارق الطلاق من وجهين أحدهما : أن الطلاق حل قيد النكاح ولا يمكن حله قبل عقده والظهار تحريم للوطء فيجوز تقديمه على العقد كالحيض
الثاني : أن الطلاق يرفع القعد فلم يجز أن يسبقه وهذا لا يرفعه وإنما تعلق الإباحة علي شرط فجاز تقديمه وأما الظهار من الأمة فقد انعقد يمينا وجبت به الكفارة ولم تجب كفارة الظهار لأنها ليست امرأة له حال التكفير بخلاف مسألتنا
فصل : إذا قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي وقلنا بصحة الظهار من الأجنبية ثم تزوج نساء وأراد العود فعليه كفارة واحدة سواء تزوجهن في عقد أو في عقود متفرقة نص عليه أحمد وهو قول عروة و إسحاق لأنها يمين واحدة فكفارتها واحدة كما لو ظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة وعنه أن لكل عقد كفارة فلو تزوج اثنتين في عقد وأراد العود فعليه كفارة أخرى وروي ذلك عن إسحاق لأن المرأة الثالثة وجد العقد عليها الذي يثبت به الظهار وأراد العود إليها بعد التكفير عن الأولتين فكانت لها عليه كفارة كما لو ظاهر منها ابتداء فإن قال لأجنبية أنت علي كظهر أمس وقال أردت أنها مثلها في التحريم في الحال دين في ذلك وهل يقبل في الحكم ؟ يحتمل وجهين أحدهما : لا يقبل لأنه صريح للظهار فلا يقبل صرفه إلى غيره والثاني : يقبل لأنها حرام عليه كما أن أمه عليه حرام

[ جزء 8 - صفحة 572 ]

مسألة : وإن قال لأجنبية أنت علي حرام وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شيء لأنه صادق وإن أراد في كل حال لم يطأها إن تزوجها حتى يكفر
مسألة : وإن قال لأجنبية أنت علي حرام وأراد في تلك الحال لم يكن عليه شيء لأنه صادق وإن أراد في كل حال لم يطأها إن تزوجها حتى يكفر
أما إذا أراد تحريمها في الحال أو أطلق فلا شيء عليه لذلك وإن أراد تحريمها في كل حال فهو ظهار لأن لفظة الحرام إذا أريد الظهار في الزوجة فكذلك في الأجنبية وصال كقوله أنت علي ظهر أمي

[ جزء 8 - صفحة 573 ]

مسألة : ويصح الظهار معجلا ومعلقا بشرط ومطلقا وموقتا نحو أن يقول أنت علي كظهر أمي في شهر رمضان وإن دخلت الدار فمتى انقضى الوقت زال الظهار وإن أصابها فيه وجبت الكفارة عليه
مسألة : ويصح الظهار معجلا ومعلقا بشرط ومطلقا وموقتا نحو أن يقول أنت علي كظهر أمي في شهر رمضان وإن دخلت الدار فمتى انقضى الوقت زال الظهار وإن أصابها فيه وجبت الكفارة عليه
أما الظهار المطلق فهو أن يقول أنت علي كظهر أمي وقد سبق ذكره ويصح مؤقتا مثل أن يقول أنت علي كظهر أمي شهرا أو حتى ينسلخ شهر رمضان فإذا مضى الوقت زال الظهار وحلت بلا كفارة ولا يكون عائدا إلا بالوطء في المدة وهذا قول ابن عباس و عطاء و قتادة و الثوري و إسحاق و أبي ثور وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يكون ظهارا وبه قال ابن أبي ليلى و الليث لأن الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقا وهذا لم يطلق فأشبه ما لو شبهها بمن تحرم عليه في وقت دون وقت وقال طاوس إذا ظاهر في وقت فعليه الكفارة وإن بر وقال مالك يسقط التأقيت ويكون مظاهرا مطلقا لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة فإذا وقته لم يتوقت

ولنا حديث سلمة بن صخر وقوله تظاهرت من امرأتي حتى ينسلخ شهر رمضان وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه أصابها في الشهر فأمره بالكفارة ولم يغير عليه تقييده ولأنه منع نفسه منها بيمين لها كفارة فصح مؤقتا كالإيلاء وفارق الطلاق فإنه يزيل الملك وهذا يقع تحريما يرفعه التكفير فجاز تأقيته ولا يصح قول من أوجب الكفارة وإن بر لأن الله تعالى إنما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا ومن بر وترك العود في الوقت الذي ظاهر فيه فلم يعد لما قال فلا تجب عليه كفارة وفارق التشبيه بمن لا تحرم عليه على التأبيد لأن تحريمها غير كامل وهذه حرمها في هذه المدة تحرما مشبها بتحريم ظهر أمه على أنا نمنع الحكم فيها إذا ثبت هذا فإنه لا يكون عائدا إلا بالوطء في لامدة وهذا النصوص عن الشافعي وقال بعض أصحابه إن لم يطلها عقيب الظهار فهو عائد عليه الكفارة وقال أبو عبيد إذا أجمع علي غشيانها في الوقت لزمته الكفارة وإلا فلا لأن العود العزم على الوطء
ولنا حديث سلمة بن صخر وأنه لم يوجب عليه الكفارة إلا بالوطء ولأنها يمين لم يحنث فيها فلا يلزمه كفارتها كاليمين بالله تعالى ولأن المظاهر في وقت عازم على إمساك زوجته في ذلك الوقت فمن أوجب عليه الكفارة كان قول طاوس فلا معنى لقوله يصح الظهار مؤقتا لعدم تأثير التأقيت
فصل : ويصح تعليق الظهار الشروط نحو أن يقول الرجل إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي أو إن شاء زيد فأنت علي كظهر أمي فمتى شاء زيد أو دخلت الدار صار مظاهرا وإلا فلا وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي لأنه يمين فجاز تعليقه على شرط كالإيلاء ولأن أصل الظهار أنه كان طلاقا والطلاق يصح تعليقه بالشرط فكذلك الظهار ولأنه قول تحرم به الزوجة فصح تعليقه علي شرط كالطلاق ولو قال لامرأته إن تظاهرت من امرأتي الأخرى فأنت علي كظهر أمي ثم تظاهر من الأخرى صار مظاهرا منهما جميعا وإن قال إن تظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت علي كظهر أمي ثم قال للأجنبية أنت علي كظهر أمي صار مظاهرا من امرأته عند من يرى الظهار من الأجنبية ومن لا فلا وقد ذكرنا ذلك
فصل : وإن قال أنت علي كظهر أمي إن شاء الله لم ينعقد ظهاره نص عليه أحمد فقال إذا قال لامرأته عليه كظهر أمه إن شاء الله فليس عليه شيء هي يمين وقال ابن عقيل هو مظاهر ذكره في المحرر وإذا قال ما أحل الله علي حرام إن شاء الله وله أهل هي يمين ليس عليه شيء وبهذا قال الشافعي و أبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم عن غيرهم خلافهم وذلك لأنها يمين مكفرة فصح الاستثناء فيها كاليمين بالله تعالى أو كتحريم ماله وقد [ قال النبي صلى الله عليه وسلم : من حلف على يمين فقال إن شاء الله فلا حنث عليه ] رواه الترمذي وقال حديث حسن غريب [ وفي لفظ من حلف فاستثنى فإن شاء فعل وإن شاء رجع غير حنث ] رواه أبو داود و النسائي وإن قال أنت علي حرام والله ولا أكلمك إن شاء الله عاد الاستثناء إليهما في أحد الوجهين لأن الاستثناء إذا تعقب جملا عاد إلى جميعها إلا أن ينوي الاستثناء في بعضها فيعود إليه وحده وإن قال أنت علي حرام إذا شاء الله أو إلا ما شاء الله أو إلى أن يشاء الله أو ما شاء الله فكله استثناء يرفع حكم الظهار ولأن الشرط إذا تقدم يجاب بالفاء وإن قال إن شاء الله أنت حرام فهو استثناء لأن الفاء مقدرة وإن قال إن شاء فأنت حرام صح أيضا والفاء زائدة وإن قال أنت حرام إن شاء الله وشاء زيد فشاء زيد لم يكن مظاهرا إلا أنه علقه علي مشيئتين فلا يحصل بإحداهما قال رضي الله عنه
فصل : في حكم الظهار يحرم وطء المظاهر منها قبل التفكير إذا كان التكفير بالعتق أو بالصيام وليس في ذلك اختلاف لقول الله تعلى : { فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا } وقوله سبحانه : { فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا } وأكثر أهل العلم على أن التكفير ر بالإطعام مثل ذلك منهم عطاء و الزهري و الشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد إباحة الوطء قبل التكفير بالإطعام لأن الله تعلى لم يمنع المسيس قبله كما في العتق والصيام اختاره أبو بكر وهو قول أبي ثور لما ذكرنا
ولنا ما روى عكرمة [ عن ابن عباس أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إني تظاهرت من امرأتي فوقعت عليها قبل أن أكفر فقال ما حملك على ذلك يرحمك الله قال رأيت خلخالها في ضوء القمر فقال : لا تقربها حتى تفعل ما أمرك الله ] رواه أبو

داود و الترمذي وقال : حديث حسن فحرم عليه جماعها كما لو كانت كفارته العتق والصيام وترك النص عليها لا يمنع قياسها علي المنصوص الذي في معناها

[ جزء 8 - صفحة 576 ]

مسالة : وهل يحرم الاستمتاع منها بما دون الفرج ؟ على روايتين
مسالة : وهل يحرم الاستمتاع منها بما دون الفرج ؟ على روايتين
إحداهما : يحرم وهو قول أبي بكر وبه قال الزهري و مالك و الأوزاعي و أبو عبيد وأصحاب الرأي وهو أحد قولي الشافعي لأن ما حرم الوطء من القول حرم دواعيه كالطلاق والإحرام والثانية : لا يحرم قال أحمد أرجو ألا يكون به بأس وهو قول الثوري و إسحاق و أبو حنيفة وحكي عن مالك أيضا وهو القول الثاني للشافعي لأنه وطء يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوزه التحريم كوطء الحائض

مسألة : وتجب الكفارة بالعود وهو الوطء نص عليه أحمد وأنكر قول مالك أنه العزم على الوطء
مسألة : وتجب الكفارة بالعود وهو الوطء نص عليه أحمد وأنكر قول مالك أنه العزم على الوطء
العود هو الوطء عند أحمد رحمه الله وهو اختيار الخرقي فمتى وطئ لزمته الكفارة ولا تجب قبل ذلك إلا أنها شرط لحل الوطء فيأمر بها من أراده ليستحله بها كما يأمر بعقد النكاح من أراد حل المرأة حكي نحو ذلك عن الحسن و الزهري وهو قول أبي حنيفة إلا أنه لا يوجب الكفارة على من وطئ وهي عنده في حق من وطئ كمن لم يطأ
وقال القاضي وأصحابه العود العزم على الوطء إلا أنهم لم يوجبوا الكفارة على العازم إذا مات أحدهما أو طلق قبل الوطء إلا أبا الخطاب فإنه قال : إذا مت بعد العزم أو طلق فعليه الكفارة وهذا قول مالك و أبي عبيد وقد أنكر أحمد هذا وقال مالك يقول إذا أجمع لزمته الكفارة فكيف يكون هذا لو طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة ؟ إلا أن يكون يذهب إلى قول طاوس إذا تكلم لزمه مثل الطلاق ولم يعجب أحمد قول طاوس
وقال أحمد في قوله تعالى { ثم يعودون لما قالوا } قال العود الغشيان إذا أراد أن يغشى كفر واحتج من ذهب إلى هذا بقول تعالى : { ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا } فأوجب الكفارة بعد العود قبل التماس وما يحرم قبل الكفارة لا يحوز كونه متقدما عليها ولأنه قصد بالظهار تحريمها فالعزم علي وطئها عود فيما قصده ولأن الظهار تحريم فإذا استباحها فقد رجع في ذلك التحريم فكان عائدا وقال الشافعي العود إمساكها بعد ظهاره زمنا يمكنه طلاقها فيه لأن ظهاره منها يقتضي إبانتها فإمساكها عود فيما قال وقال داود : العود تكرار الظهار مرة ثانية لأن العود في الشيء إعادته
ولنا أن العود فعل ضد قوله ومنه العائد في هبته هو الراجع في الموهوب والعائد في عدته التارك للوفاء بما وعد والعائد فيما نهي عنه فاعل المنهي عنه قال الله تعالى : { ثم يعودون لما نهوا عنه } فالمظاهر محرم للوطء على نفسه ومانع لها منه فالعود فعله وقولهم إن العود يتقدم التكفير والوطء يتأخر عنه قلنا المراد بقوله { ثم يعودون } أي يريدون العود كقوله تعالى : { إذا قمتم إلى الصلاة } أي أردتم ذلك وقوله : { فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله } فإن قيل هذا تأويل وهو رجوع إلى وجوب الكفارة بالعزم المجرد قلنا دليل التأويل ما ذكرنا وأما الأمر بالكفارة عند العزم فإنما أمر بها شرطا للحل كالأمر بالطهارة لمن أراد النافلة والأمر بالنية لمن أراد الصيام فأما الإمساك فليس بعود لأنه ليس بعود في الظهار المؤقت فكذلك في المطلق ولأن العود فعل ضد ما قاله والإمساك ليس بضد له وقولهم إن الظهار يقتضي إبانتها ممنوع وإنما يقتضي تحريمها واجتنابها ولذلك صح توقيته ولأنه قال :

{ ثم يعودون } وثم للتراخي والإمساك غير متراخ وأما قول داود فلا يصح لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر أوسا وسلمة بن صخر بالكفارة من غير إعادة للفظ ولأن العود إنما هو في مقولة دون قوله كالعود في العدة والهبة والعود فيما نهي عنه ويدل على إبطال هذه الأقوال كلها أن الظهار يمين مكفرة فلا تجب الكفارة إلا بالحنث فيها وهو فعل ما حلف على تركه كسائر الأيمان ويجب الكفارة به كسائر الأيمان ولأنها يمين تقتضي ترك الوطء فلا تجب كفارتها إلا به كالإيلاء

[ جزء 8 - صفحة 578 ]

مسالة : فإن مات أحدهما أو طلقها قبل الوطء فلا كفارة عليه فإن عاد فتزوجها لم يطأها حتى يكفر
مسالة : فإن مات أحدهما أو طلقها قبل الوطء فلا كفارة عليه فإن عاد فتزوجها لم يطأها حتى يكفر
وجملة ذلك أن الكفارة لا تجب بمجرد الظهار فلو مات أجدهما أو فارقها قبل العود فلا كفارة عليه وهو قول عطاء و النخعي و الحسن و الأوزاعي و الثوري و مالك و أبي عبيد وأصحاب الرأي وقال طاوس و مجاهد و الشعبي و الزهري و قتادة : عليه الكفارة بمجرد الظهار لأنه سبب الكفارة وقد وجد ولأن الكفارة جبت لقول المنكر والزور وهذا يحصل بمجرد الظهار وقال الشافعي متى أمسكها بعد ظهاره زمنا يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفارة لأن ذلك هو العود عنده
ولنا قول الله تعالى : { والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة } فأوجب الكفارة بأمرين ظهار وعود فلا يثبت بأحدهما ولأن الكفارة في الظهار كفارة يمين فلا تجب بغير الحنث كسائر الأيمان والحنث فيها هو العود وذلك فعل ما حلف على تركه وهو الجماع وقد ذكرنا ذلك في المسألة التي قبلها إذا ثبت هذا فإنه لا كفارة عليه إذا مات قبل وطئها وكذلك إن فارقها سواء كان ذلك متراخيا عن يمينه أو عقيبه وأيهما مات ورثه صاحبه في قول الجمهور وقال قتادة وإن ماتت لم يرثها حتى يكفر
ولنا أن من ورثها إذا كفر ورثها وإن لم يكفر كالمولي منها ومتى طلق من ظاهر منها ثم تزوجها لم يحل به وطؤها حتى يكفر سواء كان الطلاق ثلاثا أو أقل منه وسواء رجعت إليه بعد زوج آخر أو قبله نص عليه أحمد وهو قول الحسن و عطاء و الزهري و النخعي و مالك و أبي عبيد وقال قتادة إذا بانت سقط الظهار فإذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه و للشافعي قولان كالمذهبين وقول ثالث إن كانت البينونة بالثلاث لم يعد الظهار وإلا عاد وبناه على الأقاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني
ولنا عموم قوله تعالى : { والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا } وهذا وقد ظاهر من امرأته فلا يحل أن يتماسا حتى يكفر ولأنه ظاهر من امرأته فلا يحل له مسها قبل التكفير كالتي لم يطلقها ولأن الظهار يمين مكفرة فلم يبطل حكمها بالطلاق كالإيلاء

[ جزء 8 - صفحة 580 ]

مسألة : وإن وطئ قبل التكفير أثم واستقرت عليه الكفارة
مسألة : وإن وطئ قبل التكفير أثم واستقرت عليه الكفارة

قد ذكرنا أن المظاره يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير لقول الله تعالى في العتق والصيام : { من قبل أن يتماسا } فإن وطئ عصى ربه وتستقر الكفارة في ذكته فلا تسقط بعد ذلك بموت ولا طلاق ولا غيره وتحريم زوجته عليه باق حتى يكفر هذا قول أكثر أهل العلم وروي ذلك عن سعيد بن المسيب و عطاء و طاوس و جابر بن زيد و مورق العجلي و النخعي و عبد الله بن أذينة و مالك و الثوري و الأوزاعي و الشافعي و إسحاق و أبي ثور وتلزمه الكفارة إذا وطئها وهو مجنون نص عليه في المجرد

مسألة : وتجزئه كفارة واحدة

مسألة : وتجزئه كفارة واحدة

وهو قول الحسن و ابن سيرين و بكر المزني و مورق و عطاء و مجاهد و عكرمة و قتادة وحكي عن عمرو بن العاص أن عليه كفارتين وروي ذلك عن قبيصة و سعيد بن جبير و الزهري و قتادة لأن الوطء يوجب كفارة والظهار يوجب أخرى وقال أبو حنيفة لا يثبت الكفارة في ذمته وإنما هي شرط للإباحة بعد الوطء كما كانت قبله وحكي عن بعض العلماء أن الكفارة تسقط لأنه قد فات وقتها لكونها وجبت قبل المسيس
ولنا حديث سلمة ين صخر حين ظاهر ثم وطئ قبل التكفير فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بكفارة واحدة ولأنه وجد الظهار والعود فيدخل في عموم قوله : { ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة } فأما قولهم فات وقتها فيبطل بما ذكرناه وبالصلاة وسائر العبادات يجب قضاؤها بعد فوات وقتها



مسألة : وإن ظاهر من امرأته الأمة ثم اشتراها لم تحل له حتى يكفر وقال أبو بكر يبطل الظهار وتحل له فإن وطئها فعليه كفارة يمين

مسألة : وإن ظاهر من امرأته الأمة ثم اشتراها لم تحل له حتى يكفر وقال أبو بكر يبطل الظهار وتحل له فإن وطئها فعليه كفارة يمين

وجملة ذلك أن الظهار يصح من كل زوجة أمة كانت أو حرة لعموم الآية فإذا ظاهر من زوجته الامة ثم ملكها انفسخ النكاح واختلف أصحابنا في بقاء حكم الظهار فذكر الخرقي أنه باق ولا يحل له الوطء حتى يكفر وبه يقول مالك و أبو ثور وأصحاب الرأي ونص عليه الشافعي وقال القاضي المذهب ما ذكر الخرقي وهو قول أبو عبد الله بن حامد لقول الله تعالى : { والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا } وهذا وقد ظاهر من امرأته فلم يحل له مسها حتى يكفر ولأن الظهار قد صح فيها وحكمه لا يسقط بالطلاق المزيل للملك والحل فبملك اليمين أولى ولأنها يمين انعقدت موجبة للكفارة فوجبت دون غيرها كسائر الايمان وقال أبو بكر عبد العزيز و أبو الخطاب يسقط الظهار بملكه لها وإن وطئها حنث وعليه كفارة يمين كما ول تظاهر منها وهي أمته ويقتضي قول أبي بكر و أبي الخطاب ههنا أن تباح قبل التفكير لأنها اسقط الظهار وجعله يمينا كتحريم أمته فإن أعتقها عن كفارته صح على القولين جميعا فإن تزوجها بعد ذلك حلت له بغير كفارة لأنه كفر عن ظهاره باعتاقها ولا يمنع إجزاؤها عن الكفارة التي وجبت بسببها كم لو قال إن ملكت أمة فلله علي عتق رقبة فملك أمة فأعتقها وإن أعتقها عن غير الكفارة ثم تزوجها لم تحل له حتى يكفر

مسألة : وإن كرر الظهار قبل التكفير فكفارة واحدة

مسألة : وإن كرر الظهار قبل التكفير فكفارة واحدة

هذا ظاهر المذهب سواء كان في مجلس أو مجالس ينوي به التأكيد أو الاستئناف أو أطلق نقله عن أحمد جماعة اختاره أبو بكر و ابن حامد والقاضي وبه قال مالك و إسحاق و أبو عبيد و الشافعي في القديم ونق عن أحمد من حلف أيمانا كثيرة فأراد التأكيد فكفارة واحدة فمفهومه أنه إن نوى الاستئناف فكفارتان وهو قول الثوري و الشافعي في الجديد وقال أصحاب الرأي أن كان في مجلس فكفارة واحدة وإن كان في مجالس فكفارات وعن أحمد مثل ذلك وروي ذلك عن علي و عمرو بن دينار لأنه قول يوجب تحريم الزوجة فإذا نوى الاستئناف تعلق بكل مرة حكم كاطلاق
ولنا أنه قول لم يؤثر تحريما في الزوجة فلم تجب به كفارة الظهار كاليمين بالله تعالى ولا يخفى أنه لم يؤثر تحريما فانها حرمت بالقول الأول ولأنه لفظ يتعلق به كفارة فإذا كفارة فإذا تكرر كفاه كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى وأما الطلاق فإن ما زاد منه على الثلاث لا يثبت له حكم بالاجماع وبهذا ينتقض ما ذكروه وأما الثالثة فإنها تثبت تحريما زائدا وهو التحريم قبل زوج واصابة بخلاف الظهار الثاني فإنه لا يثبت به تحريم فنظير الظهار الطلقة الثالثة لا يثبت بما زاد عليها تحريم ولا يثبت له حكم كذلك الظهار فأما أن كفر عن الأول ثم ظاهر لزمه للثاني كفارة بلا خلاف لأن الظهار الثاني مثل الأول فإنه حرم الزوجة المحللة فأوجب الكفارة كالأول بخلاف ما قبل التكفير

[ جزء 8 - صفحة 582 ]

مسألة : وإن ظاهر من نسائه بكلمة واحدة فكفارة واحدة وإن كان بكلمات فلكل واحدة كفارة
مسألة : وإن ظاهر من نسائه بكلمة واحدة فكفارة واحدة وإن كان بكلمات فلكل واحدة كفارة
إذا ظاهر من نسائه بلفظ واحد فقال أنتن علي كظهر أمي فليس عليه أكثر من كفارة بغير خلاف في لمذهب وهو قول عمر وعلي و عروة و طاوس و عطاء و ربيعة و مالك و الأوزاعي و إسحاق و أبي ثور و الشافعي في القديم وقال الحسن و النخعي و الزهري و يحيى الأنصاري و الحكم و الثوري وأصحاب الرأي و الشافعي في الجديد عليه لكل امرأة كفارة وعن أحمد مثل ذلك من المحرر لأنه وجد الظهار والعود في حق كل امرأة منهن فوجب عليه لكل واحدة كفارة كما لو أفردها
ولنا قول عمر وعلي رضي الله عنهما رواه عنهما الأثرم ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفا فكان إجماعا ولأن الظهار كلمة تجب بمخالفتها الكفارة فإذا وجدت في جماعة أوجبت كفارة واحدة كاليمين بالله تعالى وفارق ما إذا ظاهر بكلمات فإن كل كلمة تقتضي كفارة ترفعها وتكفر إثمها وههنا الكلمة واحدة فالكفارة الواحدة ترفع حكمها وتمحو إثمها فلا يبقى لها حكم فأما إن كرره بكلمات فقال لكل واحدة أنت علي كظهر أمي فإن لكل يمين كفارة وهذا قول عروة و عطاء قال أبو عبد الله بن حامد المذهب رواية واحدة في هذا قال القاضي المذهب عندي ما ذكره الشيخ أبو عبد الله وقال أبو بكر فيه رواية أخرى أنه يجزئه كفارة واحدة واختار ذلك وقال هذا الذي قلناه اتباعا لعمر بن الخطاب و الحسن و عطاء و ابراهيم و ربيعة و قبيصة و إسحاق لأن كفارة الظهار حق الله تعالى فلم تتكرر بتكرر سببها كالحدود وعليه يخرج الطلاق
ولنا أنها ايمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة كما لو كفر ثم ظاهر ولأنها أيمان لا يحنث في إحداها بالحنث في الاخرى فلا يكفرها كفارة واحدة كالأصل ولأن الظهار معنى يوجب الكفارة فتتعدد الكفارة بتعدد في المحال المختلفة كالقتل ويفارق الحد فإنه عقوبة تدرأ بالشبهات
فصل : فإن قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي تزوج نساء في عقد واحد فكفارة واحدة وإن تزوجهن في عقود فكذلك في إحدى الروايتين لأنها يمين واحدة والاخرى لكل

عقد كفارة فعلى هذا لو تزوج امرأتين في عقد وأخرى في عقد لزمته كفارتان لأن لكل عقد حكم نفسه فتعلق بالثاني كفارة كالأول

[ جزء 8 - صفحة 584 ]

فصل في كفارة الظهار وما في معناها
مسألة : كفارة الظهار على الترتيب فيجب عليه تحرير رقبة فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا
والأصل في ذلك قول الله تعالى : { والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا } الآيتين وقول النبي صلى الله عليه وسلم لخولة حين ظاهر منها زوجها [ يعتق رقبة قلت لا يجد قال : فيصوم شهرين متتابعين قلت يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به صيام قال : فيطعم ستين مسكينا ] وهذا الترتيب لا خلا ف فيه إذا كان المظاهر حرا فأما العبد فنذكر حكمه إن شاء الله تعالى وكفارة الوطء في نهار رمضان مثلها في طاهر المذهب لما [ روي أبو هريرة أن رجلا قال يا رسول الله وقعت على امرأتي وأنا صائم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل تجد رقبة تعتقها قال : لا قال : فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال : فهل تستطيع إطعام ستين مسكينا ] وذكر الحديث وهو صحيح متفق عليه وفي كفارة الوطء في رمضان رواية أنها علي التخيير وقد ذكرنا ذلك في الصوم

مسالة : وكفارة القتل مثلها
مسالة : وكفارة القتل مثلها
لأن التحرير والصيام منصوص عليهما في الكتاب الله تعالى إلا الاطعام ففي وجوبه روايتان إحداهما : لا يجب لأن الله تعالى لم يذكره في لكفارة والثانية : يجب قياسا على كفارة الظهار والجماع في نهار شهر رمضان

[ جزء 8 - صفحة 585 ]

مسألة : والاعتبار في الكفارة بحال الوجوب في إحدى الروايتين
مسألة : والاعتبار في الكفارة بحال الوجوب في إحدى الروايتين
وهي ظاهر كلام الخرقي لأنه قال إذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق فعليه الصوم لا يجزئه غيره وكذلك قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن عبد حلف على يمين فيها وهو عبد فلم يكفر حتى عتق أيكفر كفارة حر أو كفارة عبد ؟ قال يكفر كفارة عبد لأنه إنما يكفر ما وجب عليه يوم حنث لا يوم حلف قلت له حلف وهو عبد وحنث وهو حر قال يوم حنث واحتج فقال افترى وهو عبد أي ثم أعتق فإنما يجلد جلد العبد وهذا أحد أقوال الشافعي فعلى هذه الرواية يعتبر يساره واعساره حال وجوبها عليه فإن كان موسرا حال الوجوب استقر وجوب الرقبة عليه فلم تسقط بإعساره بعد ذلك وإن كان معسرا ففرضه الصوم فإذا أيسر بعد ذلك لم يلزمه الانتقال إلى الرقبة : والرواية الثانية الاعتبار بأغلظ الأحوال من حين الوجوب إلى حين التكفير فمتى وجد رقبة فيما بين الوجوب إلى حين التكفير لم يجزئه إلى الاعتاق وهو قول قان للشافعي لأنه حق يجب في الذمة بوجود مال فاعتبر فيه أغلظ الأحوال كالحج وله قول ثالث إن الاعتبار بحالة الاداء وهو قول أبي حنيفة و مالك : لأنه حق له بدل من غير جنسه فكان الاعتبار فيه بحال الاداء كالوضوء

ولنا أن الكفارة تجب علي وجه الطهرة فكان الاعتبار فيها بحال الوجوب كالحد أو نقول من وجب عليه الصيام في الكفارة لم يلزمه غيره كالعبد إذا عتق ويفارق الوضوء فإنه لو تيمم ثم وجد الماء لما بطل تيممه وههنا لو صام ثم قدر على الرقبة لم يبطل صومه وليس الاعتبار في الوضوء بحالة الاداء إنما الاعتبار باداء الصلاة فأما الحج فهو عبادة العمر وجميعه وقت لها فمتى قدر عليه في جزء من وقته وجب بخلاف مسألتنا ثم يبطل ما ذكروه فإن قيل العبد كان ممن لا تجب عليه الرقبة ولا تجزئه في حال رقه فلما لم تجزئه لم تلزمه بتغير الحال بخلاف مسألتنا قلنا هذا مما لا أثر له

فصل : وإذا قلنا إن الاعتبار بحالة الوجوب وكان معسرا ثم أيسر فله الانتقال إلى العتق إن شاء وهو قول الشافعي على القول الذي يوافقنا فيه بأن الاعتبار بحالة الوجوب لأن العتق هو الأصل فوجب أن يجزئه كسائر الاصول وعن أحمد في العبد إذا اعتق لا يجزئه غير الصوم وهذا على قولنا إن الاعتبار بحالة الوجوب وهي حين حنث اختاره الخرقي لأنه حنث وهو عبد فلم يكن يجزئه إلا الصوم فكذلك فإن كفر به أجزأه وهذا منصوص الشافعي ومن أصحابه من قال كقول الخرقي ووجه ذلك أنه حكم تعلق بالعبد في رقه فلم يتغير بحرته كالحد وهذا على القول الذي لا يجوز للعبد التكفير بالمال بإذن يسده فأما على القول الآخر فله التكفير ههنا بطريق الأولى لأنه إذا جاز له في حال رقه ففي حال حريته قد زال فلا حاجة إلى إذنه فأما إن قلنا الاعتبار في التفكير بأغلظ الأحوال لم يكن له أن يكفر إلا بالمال إن كان له مال فأما إن حلف وهو عبد وحنث وهو حر فحكمه حكم الأحرار لأن الكفارة لا تجب قبل الحنث وإنما وجبت وهو حر والله أعلم

[ جزء 8 - صفحة 586 ]

مسألة : فإن شرع في الصوم ثم قدر على العتق لم يلزمه الانتقال إليه

مسألة : فإن شرع في الصوم ثم قدر على العتق لم يلزمه الانتقال إليه

وبه قال الشعبي و قتادة و مالك و الأوزاعي و والليث و الشافعي و أبو ثور و ابن المنذر وهو أحد قولي الحسن نحتمل أن يلزمه وإليه ذهل ابن سرين و عطاء و النخعي و الحكم و حماد و الثوري و أبو عبيد وأصحاب الرأي لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل فلزمه العود إليه كالمتيمم يحد الماء قبل الصلاة أو في أثنائها

ولنا أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام فأشبه ما لو استمر العجز إلى ما بعد الفراغ ولأنه وحد المبدل يعد الشروع في صوم البدل ففلم يلزمه الانتقال إليه كالمستمتع يجد الهدي بعد الشروع في الأيام السبعة ويفارق ما إذا وجد الماء في الصلاة فإن الصلاة قضاؤها يسير والمشقة في هذا أكبر

فصل : وإذا قلنا الاعتبار بحال الوجوب فوقته في الظهار من حين العود لا وقت المظاهرة لأن الكفارة لا تجب حتى يعود ووقته في اليمين من الحنث لا وقت اليمين وفي القتل زمن الزهوق لا زمن الجرح وتقديم لكفارة قبل الوجوب تعجيل لها قبل وجوبها لوجود سببها كتعديل الزكاة قبل الحول بعد كمال النصاب

فصل : إذا كان المظاهر ذميا فتكفيره بالعتق أو بالاطعام لأنه يصح منه في غير الكفارة فصح منه فيها وليس له الصيام لأنها عبادة محضة والكافر ليس من أهلها ولأنه لا يصح منه في غير الكفارة فلا يصح منه فيها ولا يجزئه في العتق إلا عتق رقبة مؤمنة فإن كانت في ملكه أو ورقها أجزأت عنه وإن لم يكن كذلك فلا سبيل له إلى شراء رقبة مؤمنة لأن الكافر لا يصح منه شراء المسلم ويتعين تكفيره بالاطعام إلا أن يقول لمسلم أعتق عن كفارتي وعلي ثمنه فيصح في إحدى الروايتين وإن أسلم الذمي قبل التكفير بالاطعام فحكمه حكم العبد يعتق قبل التكفير بالصيام على ما مضى لأنه في معناه وإن ظاهر وهو مسلم ثم ارتد وصام في ردته عن كفارته لم يصح وإن كفر بعتق أو اطعام فقد اطلق أحمد القول أنه لا يجزئه

وقال القاضي المذهب إن ذلك موقوف فإن أسلم تبينا أنه أجزأه وإن مات أو قتل تبينا أنه لم يصح منه كسائر تصرفاته
فصل : قال الشيخ رحمه الله فمن ملك رقبة أو أمكنه تحصيلها فاضلا عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام وغيرها من حوائجه الأصلية بثمن ملها لزمه العتق أجمع أهل العلم على ذلك وأنه ليس له الانتقال إلى الصيام إذا كان مسلما حرا

[ جزء 8 - صفحة 588 ]

مسالة : فإن كانت له رقبة يحتاج إلى خدمتها لكبر أو مرض أو زمن أو عظم خلق ونحوه مما يعجز عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته فليس عليه الإعتاق
مسالة : فإن كانت له رقبة يحتاج إلى خدمتها لكبر أو مرض أو زمن أو عظم خلق ونحوه مما يعجز عن خدمة نفسه أو يكون ممن لا يخدم نفسه في العادة ولا يجد رقبة فاضلة عن خدمته فليس عليه الإعتاق
وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة و مالك و الأوزاعي متى وجد رقبة لزمه اعتاقها ولم مجز له الانتقال إلى الصيام سواء كان محتاجا إليه ألو لم يكن لأن الله تعالى شرط في الانتقال إلى الصيام أن لا يجد رقبة بقوله تعالى : { فمن لم يجد } وهذا واجد وإن وجد ثمنها وهو محتاج إليه لم يلزمه شراؤها وبه قال أبو حنيفة وقال مالك يلزمه لأن وجدان ثمنها كوجدانها ولنا أن ما استغرقته حاجة الانسان فهو كالمعدوم في جواز الانتقال إلى البدل كمن وجد ماء يحتاج إليه للعطش يجوز له الانتقال إلى التيمم فإن كان له خادم وهو ممن يخدم نفسه عادة لزمه اعتاقها لأنه فاضل عن حاجته بخلاف من لم تجر عادته بخدمة نفسه فإن عليه مشقة في اعتاق خادمه وتضييعا لكثير من حوائجه وإن كان له خادم يخدم امرأته وهو من عليه خدمتها أو كان له رقيق يتقوت بخراجهم لم يلزمه العتق لما ذكرنا

[ جزء 8 - صفحة 589 ]

مسألة : فإن كان له دار يسكنها أو عقار يحتاج إلى غلته لمؤنته أو عرض للتجارة لا يستغني عن ربحه في مؤنته لم يلزمه العتق
مسألة : فإن كان له دار يسكنها أو عقار يحتاج إلى غلته لمؤنته أو عرض للتجارة لا يستغني عن ربحه في مؤنته لم يلزمه العتق
وإن استغنى عن شيء من ذلك مما يمكنه أن يشتري به رقبة لزمه لأنه واجد للرقبة وإن كانت له رقبة تخدمه يمكنه بيعها رقبتين بثمنها يستغني بخدمة إحداهما ويعتق الاخرى لزمه لأن لا ضرر في ذلك وهكذا لو كانت له ثياب فاخرة تزيد على ملابس مثله يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه في لباسه ورقبة يعتقها لزمه ذلك وكذلك إن كانت له دار يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه في لباسه ورقبة يعتقها لزمه ذلك وكذلك إن كانت له دار يمكنه بيعها وشراء ما يكفيه لسكنى مثله ورقبة أو ضيعة يفضل منها عن كفايته ما يمكنه به شراء رقبة ويراعي في ذلك الكفاية التى يحرم معها أخذ الزكاة فإذا فضل عن ذلك شيء يمكنه شراء رقبة به لزمته الكفارة وإن كان له دابة يحتاج إلى ركوبها وأو كتب يحتاج إليها لم يلزمه العتق ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا وإن كانت له سرية لم يلزمه اعتاقها لأنه محتاج إليها وإن أمكنه بيعها وشراء سرية اخرى ورقبة يعتقها لم يلزمه ذلك لأن الغرض قد يتعلق بعينها فلا يقوم غيرها مقامها سيما إذا كان بدون مثلها

مسألة : وإن وجد رقبة بثمن مثلها لزمه شراؤها وإن كانت بزيادة تجحف بماله لم يلزمه شراؤها لأن عليه ضرار في ذلك وإن كانت الزيادة لا تجحف بماله ففيه وجهان
مسألة : وإن وجد رقبة بثمن مثلها لزمه شراؤها وإن كانت بزيادة تجحف بماله لم يلزمه شراؤها لأن عليه ضرار في ذلك وإن كانت الزيادة لا تجحف بماله ففيه وجهان
أحدهما : يلزمه لأنه قدر علي الرقبة بثمن يقدر عليه لا مجحف به فأشبه ما لو بيعت بثمن مثلها والثاني : لا يلزمه لأنه لم يجد رقبة بثمن مثلها فأشبه العادم واصل الوجهين العادم للماء إذا وجده بزيادة على ثمن مثله فإن وجد رقبة بثمن مثلها إلا أنها رقبة رفيعة يمنكن أن يشتري بثمنها رقابا من غير جنسها لزمه شراؤها لأنها بثمن مثلها ولا يعد شراؤها بذلك وإنما الضرر في اعتاقها وذلك الوجوب كما لو كان مالكا لها

[ جزء 8 - صفحة 590 ]

مسألة : وإن وهب له رقبة لم يلزمه قبولها
مسألة : وإن وهب له رقبة لم يلزمه قبولها
لأنه عليه منة في قبولها وذلك ضرر في حقه

مسألة : وإن كان ماله غائبا وأمكنه شراؤها بنسيئة فقد ذكر شيخنا فيما إذا عدم الماء فبذل له بثمن في الذمة يقدر على ادائه في بلده وجهين
مسألة : وإن كان ماله غائبا وأمكنه شراؤها بنسيئة فقد ذكر شيخنا فيما إذا عدم الماء فبذل له بثمن في الذمة يقدر على أدائه في بلده وجهين :
أحدهما يلزمه شراؤه قاله القاضي لأنه قادر على أخذه بما لا مضرة فيه وقال أبو الحسن التميمي لا يلزمه لأن عليه ضررا في بقاء الدين في ذكته وربما تلف ماله قبل ادائه فيخرج ههنا على وجهين والأولى إن شاء الله أنه لا يلزمه لذلك وإن كان ماله غائبا ولم يمكنه شراؤها نسيئة فإن كان مرجو الحضور قريبا لم يجز الانتقال إلى الصيام لأن ذلك بمنزلة الانتظار لشراء الرقبة وإن كان بعيدا لم يجز الانتقال إلى الصيام في غير كفارة الظهار لأنه لا ضرر في الانتظار وهل يجوز في كفارة الظهارة ؟ على وجهين :
أحدهما : لا يجوز لوجود الأصل في ماله لوجود الكفارات
والثاني : يجوز لأنه يحرم عليه المسيس فجاز له الانتقال للحاجة فإن قيل فلو عدم الماء وثمنه جاز له الانتقال إلى التيمم وإن كان قادرا عليهما في بلده قلنا الطهارة تجب لأجل الصلاة وليس له تأخيرها عن وقتها فدعت الحاجة إلى الانتقال بخلاف مسألتنا ولأننا لو منعناه من التيمم لوجود العذر للقدرة على الماء في بلده بطلت رخصة التيمم فإن كل أحد يقدر على ذلك

مسألة : ولا يجزئ في كفارة القتل إلا رقبة مؤمنة
مسألة : ولا يجزئ في كفارة القتل إلا رقبة مؤمنة
لقول الله تعالى : { ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة } وكذلك في سائر الكفارات في ظاهر المذهب وهو قول الحسن وبه قال مالك و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد وعن أحمد رواية ثانية أنه يجزئ فيما عدا كفارة القتل من الظهار وغيره عتق رقبة ذكية وهو قول عطاء و الثوري و النخعي و أبي ثور وأصحاب الرأي و ابن المنذر لأن الله تعالى أطلق الرقبة في كفارة الظهار فوجب أن يجزئ ما تناوله الاطلاق

ولنا ما [ روى معاوية بن الحكم قال كانت لي جارية فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت علي رقبة أفأعتقها ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أين الله ؟ ـ قالت في السماء ـ قال : من أنا ؟ قالت أنت رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتقها فإنها مؤمنة ] أخرجه مسلم فعلل جواز اعتاقها عن الرقبة التي عليه بانها مؤمنة فدل نعلي أنه لا يجزئ عن الرقبة التي عليه إلا مؤمنة ولأنه عتق في كفارة فلا يجزئ فيه الكافر ككفارة القتل والجامع بينهما إن الاعتاق يتضمن تفريغ العبد المسلم لعبادة ربه وتكميل أحكامه وعبادته وجهاده ومعونة المسلمين فناسب ذلك شرع اعتاقه في الكفارة تحصيلا لهذه المصالح والحكم مقرون بها في كفارة القتل المنصوص على الايمان فيها فيعلل بها ويتعدى ذلك إلى كل عتق في كفارة مختص بالمؤمنة لاختصاصها بهده الحكمة فأما المطلق الذي احتجوا به فانه يحمل على المقيد في كفارة القتل كما حمل مطلق قوله تعالى : { واستشهدوا شهيدين من رجالكم } على المقيد في قوله : { وأشهدوا ذوي عدل منكم } وإن لم يحمل عليه من جهة اللغة حمل عليه من جهة القياس

[ جزء 8 - صفحة 591 ]

مسألة : ولا يجزئ إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراًبينا
مسألة : ولا يجزئ إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضررا بينا
لأن المقصود تمليك العبد منافعه وتمكينه من التصرف لنفسه ولا يحصل هذا مع ما يضر بالعمل ضرر بينا فلا يجزئ الأعمى لأنه لايمكنه العمل في أكثر الصنائع ولا المقعد وكذلك مقطوع اليدين والرجلين أو اشلهما لأن اليدين آلة البطش والرجلين آلة المشي فلا يتهيأ له كثير من العمل مع تلفهما ولا يجزئ المجنون جنونا مطبقا لأنه وجد فيه المعنيان ذهاب منفعة الجنس وحصول الضرر بالعمل وبهذا قال مالك و الشافعي و أبو ثور وأصحاب الرأي وحكي عن داود أنه جوز كل رقبة يقع عليها الاسم أخذا بإطلاق اللفظ
ولنا أن هذا نوع كفارة فلم يجزئ مطلق ما يقع عليه الاسم كالاطعام فإنه لا يجزئ إن يطعم مسوسا ولا عفنا وإن كان يسمى طعاما والآية مقيدة بما ذكرناه

[ جزء 8 - صفحة 592 ]

مسألة : لا يجزئ مقطوع اليد أو الرجل ولا أشلهما ولا مقطوع إبهام اليد أو سبابتها أو الوسطى
مسألة : لا يجزئ مقطوع اليد أو الرجل ولا أشلهما ولا مقطوع إبهام اليد أو سبابتها أو الوسطى
لأن نفع اليد يذهب بذهاب هؤلاء ولا يجزئ مقطوع الخنصر والبنصر من يد واحدة لأن نفع اليد يزول أكثره بذلك وإن قطعت كل واحدة منهما من يد جاز لأن نفع الكفين باق وقطع أنملة الإبهام كقطعها لأن نفعها يذهب بذلك لكونها انملتين وإن كان من غير الابهام لم يمنع لأن منفعتها لا تذهب فانها تصير كالاصابع القصار حتى لو كامن أصابعه كلها غير الابهام قد قطعت من كل واحدة منهما أنملة لم يمنع وإن قطع من الاصبع انملتان فهو كقطعها لأنه يذهب بمنفعتها وهذا كله مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يجزئ مقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين ولو قطعت يده ورجله جميعا من خلاف أجزأ لأن منفعة الجنس باقية فأجزأ في لاكفارة كالأعور وأما إن قطعتا من وفاق أي من جانب واحد لم يجز لأن منفعة الشيء تذهب ولنا أن هذا يؤثر في العمل ويضر ضررا بينا فيمنع كما لو قطعتا من وفاق ويخالف العور فإنه لا يضر ضررا بينا

ولنا فيه منع وإن سلم فالاعتبار باضرر أولى بالاعتبار بمنفعة الجنس فإنه لو ذهب شمه أو قطعت أذناه معا أجزأ مع ذهاب منفعة الجنس

[ جزء 8 - صفحة 593 ]

مسالة : ولا يجزئ المريض المأيوس من برئه كمرض السل
مسالة : ولا يجزئ المريض المأيوس من برئه كمرض السل
لأن برأه يندر ولا يتمكن من العمل مع بقائه وإن كان المرض يرجى زواله كالحمى ونحوها لم يمنع الاجزاء في الكفارة ولا يجزئ النحيف العاجز عن العمل لأنه كالمريض المأيوس من برئه وإن كان يتمكن من العمل أجزأ

مسألة : ولا يجزئ غائب
مسألة : ولا يجزئ غائب
لا يعلم خبره لأنه مشكوك في حياته والأصل بقاء شغل الذمة فلا تبرأ بالشك وهو مشكوك في وجوده فيشك في اعتاقه فإن قيل الأصل حياته قلنا إن الموت قد عليم أنه لا بد منه وقد وجدت دلالة عليه وهو انقطاع اخباره فإن تبين بعد هذا كونه حيا صح اعتاقه وتبينا براءة ذمته من الكفارة وإلا وإن لم ينقطع خبره أجزأ عتقه لأنه عتق صحيح

مسألة : ولا يجزئ مجنون مطبق لأنه لا يقدر على العمل
مسألة : ولا يجزئ مجنون مطبق لأنه لا يقدر على العمل

مسألة : ولا يجزئ الأخرس
مسألة : ولا يجزئ الأخرس
وهو قول القاضي ويعض الشافعية قال شيخنا والأولى أنه متى فهمت اشارته وفهم اشارة غيره أنه يجزئ لأن الاشارة تقوم مقام الكلام في الافهام وأحكامه كلها وأحكامه كلها تثبت اشارته فكذلك عتقه وكذلك الأخرس الذي تفهم إشارته هذا مذهب الشافعي و أبو ثور وعن أحمد أنه لا يجزئ وبه قال أصحاب الرأي لأن منفعة الجنس ذاهبة فأشبه زائل العقل ولأن الخرس نقص كبير يمنع كثيرا من الأحكام مثل القضاء والشهادة وكثير من الناس لا تفهم اشارته فيتضرر بترك استعماله والأول أولى إن شاء الله لما ذكرنا وذهاب منفعة الجنس لا يمنع الاجزاء ذهاب الشم وذهاب الشم لا يمنع الاجزاء لأنه لا يضر بالعمل ولا بغيره ويجزئ مقطوع الاذنين وبذلك قال أبو حنيفة و الشافعي وقال مالك و زفر لا يجزئ
ولنا أن قطعهما لا يضر بالعمل ضررا بينا فلم يمنع كنقص السمع بخلاف قطع اليدين ويجزئ مقطوع الأنف لذلك

[ جزء 8 - صفحة 594 ]

مسألة : ولا يجزئ عتق من علق عتقه بصفة عند وجودها
مسألة : ولا يجزئ عتق من علق عتقه بصفة عند وجودها

فأما إن علق عتقه للكفارة وأعتقه عند وجود الصفة أجزأه لأنه أعتق عبده الذي يملكه عن كفارته ولا يجزئ عتق المدبر لأن عتقه مستحق في غير الكفارة فلم يجزئه كالذي استحق عليه الاطعام في النفقة فدفعه في الكفارة

مسألة : ولا يجزئ من يعتق عليه بالقرابة
مسألة : ولا يجزئ من يعتق عليه بالقرابة
وجملة ذلك أنه إذا اشترى من يعتق عليه إذا ملكه ينوي بشراه عتقه عن الكفارة عتق ولم يجزئه وبهذا قال مالك و الشافعي و أبو ثور وقال أصحاب الرأي يجزئه استحسانا لأنه يجزئ عن كفارة البائع فأجزأ عن كفارة المشتري كغيره
ولنا قوله تعالى : { فتحرير رقبة } والتحرير فعل العتق ولم يحصل العتق ههنا بتحرير منه ولا اعتاق فلم يكن ممتثلا للأمر ولأن عتقه مستحق بسبب آخر فلم يجزئه كما لو ورثه ينوي به العتق عن كفارته أو كام الولد ويخالف المشتري البائع من وجهين أحدهما : أن البائع يعتقه والمشتري لم يعتقه وإنما يعتق بإعتاق الشرع عن غير اختيار منه
الثاني : أن البائع لا يستحق عليه اعتاقه والمشتري بخلاف ذلك
فصل : إذا اشترى عبدا ينوي اعتاقه عن كفارته فوجد به عيبا لا يمنع من الاجزاء في الكفارة وأخذ أرشه ثم أعتق العبد عن كفارته أجزأه وكان الأرش له لأن العتق إنما وقع على العبد المعيب دون الأرش فإن أعتقه قبل العلم بالعيب ثم ظهر على المعيب فأخذ أرشه فهو له كما لو أخذ قبل اعتاقه وعنه أنه يصرف الأرش في الرقاب لأنه أعتقه معتقدا أنه سليم فكان بمنزلة العوض عن حق الله تعالى فكان الأرش مصروفا فيحق الله تعالى كما لو باعه كان الأرش للمشتري فإن علم العيب ولم يأخذ أرشه حتى اعتقه كان الأرش للمعتق لأنه أعتقه معيبا عالما بعيبه فلم يلزمه أرش كما لو باعه لمن يعلم عيبه



مسألة : ولا يجزئ من اشتراه بشرط العتق
مسألة : ولا يجزئ من اشتراه بشرط العتق
في ظاهر المذهب وهو ظاهر مذهب الشافعي وقد روي عن معقل بن يسار ما يدل عليه وذلك لأنه إذا اشتراه بشرط العتق فالظاهر أن البائع نقصه من الثمن لأجل هذا الشرط فكأنه أخذ عن العتق عوضا فلم يجزئه عن الكفارة قال أحمد إن كانت رقبة واجبة لم تجزئه لأنها ليست رقبة سليمة ولأن عتقها مستحق بسبب آخر وهو الشرط فلم يجزئه كما لو اشترى قريبه فنوى بشرائه العتق عن الكفارة أو قال إن دخلت الدار فأنت حر ثم نوى عند دخوله أنه عن كفارته
فصل : ولو قال رجل له أعتق عبدك عن كفارتك ولك عشرة دنانير ففعل لفم يجزئه عن الكفارة لأن الرقبة لم تقع خالصة عن الكفارة وذكر القاضي إن العتق كله يقع عن بذلك العوض وله ولاؤه وهذا فيه نظر فإن المعتق لم يعتقه عن باذل العوض ولا رضي باعتاقه عنه وباذل العوض لم يطلب ذلك والصحيح أن اعتاقه عن المعتق والولاء له فإن رد العشرة على باذلها ليكون العتق عن الكفارة لم يجز عنها لأن العتق إذا وقع على صفة لم ينتقل عنها وإن قصد العتق عن الكفارة وحدها و عزم على الرد العشرة أو رد العشرة قبل العتق وأعتقه عن كفارته أجزأه

مسالة : ولا أم ولده في الصحيح عنه
مسالة : ولا أم ولده في الصحيح عنه
هذا ظاهر المذهب وبه قال الأوزاعي و مالك و الشافعي و أبو عبيد وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى أنهها تجزئ يروى ذلك عن الحسن و طاوس و النخعي و عثمان البتي لقول الله تعالى : { فتحرير رقبة } ومعتقها قد حررها
ولنا أن عتقها مستحق بسبب آخر فلم تجز عنه كما لو اشترى قريبه أو عبدا بشرط العتق فأعتقه وكما لو قال لعبده أنت حر وإن دخلت الدار ونوى عتقه عن كفارته عند دخوله والآية مخصوصة بما ذكرنا فنقيس عليه ما اختلفنا فيه وولد أم ولد الذي ولدته بعد كونها أم ولد حكمها فيما ذكرناه لأن حكمه حكمها في لعتق بموت سيدها



مسألة : ولا يجزئ مكاتب قد أدى من كتابته شيئا في اختيار شيوخنا وعنه يجزئ وعنه لا يجزئ مكاتب بحال
مسألة : ولا يجزئ مكاتب قد أدى من كتابته شيئا في اختيار شيوخنا وعنه يجزئ وعنه لا يجزئ مكاتب بحال
روي عن أحمد رحمه الله في المكاتب ثلاث روايات :
إحداهن : يجزئ مطلقا اختاره أبو بكر وهو مذهب أبي ثور لأن المكاتب عبد يجوز بيعه فأجزأ عتقه كالمدبر ولأنه رقبة فيدخل في عموم مطلق قوله سبحانه : { تحرير رقبة }
والثانية : لا يجزئ مطلقا وهو قول مالك و الشافعي و أبو عبيد لأن عتقه مستحق بسبب آخر ولهذا لا يملك إبطال كتابته فأشبه أم الولد
والثالثة : إن كان أد ى شيئا من كتابته لم يجزئه ولا أجزأه وبه قال الليث و الأوزاعي و إسحاق وأصحاب الرأي قال القاضي هو الصحيح لأنه إذا أدى شيئا فقد حصل العوض عن بعضه فلم يجز كما لو اعتق بعض رقبة وإذا لم يؤد فقد اعتقن رقبة كامة مؤمنة سالمة الخلق تامة الملك لم يحصل عن شيء منها عوض فأجزأ عتقها كالمدبر ن ولو أعتق عبدا عن مال يأخذه من العبد لم يجز عن كفارته في قولهم جميعا
فصل : ولا يجزئ اعتاق الجنين في قول أكثر أهل العلم وبه يقول أبو حنيفة و الشافعي وقال أبو ثور يجزئ لأنه آدمي مملوك يصح اعتاق فصح عن الرقبة كالمولود
ولنا أنه لم يثبت له أحكام الدنيا بعد فإنه لا يملك إلا بالإرث والوصية ولا يشترط لهما كونه آدميا لكونه يثبت له ذلك وهو نطفة أو علقة وليس بآدمي في تلك الحال
فصل : فإن أعتق غيره عنه عبدا بغير أذنه لم يقع عن المعتق عنه إذا كان حيا وولاؤه للمعتق ولا يجزئ من كفارته وإن نوى ذلك وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي وحكي عن مالك أنه يجزئ إذا أعتق عن واجب على غيره بغير اذنه لأنه قضى عنه واجبا فصح كما لو قضى عنه دينا
ولنا أنه عبادة من شرطها النية فلم يصح أداؤها عمن وجب عليه بغير أمره مع كونه من أهل الأمر كالحج ولأنه أحد خصال الكفارة فلم يصح عن المكفر بغير أمره كالصيام وهكذا الخلاف فيمن كفر عنه بالاطعام فأما الصيام فلا يجوز أن ينوب عنه أذنه ولا بغير اذنه لأنه عبادة بدنية فلا تدخلها النيابة فأما إن أعتق عنه بأمره نظرت فإن جعل له عوضا صح العتق عن المعتق عنه وله ولاؤه وأجزأ عن كفارته بغير خلاف علمناه وبه ويقول أبو حنيفة و الشافعي وغيرهما لأنه حصل العتق عنه بماله فأشبه ما لو اشتراه ووكل البائع في إعتاقه عنه وإن لم يشترط عوضا ففيه روايتان :
إحداهما : يقع العتق عن المعتق عنه ويجزئ عن كفارته : وهو قول مالك و الشافعي لأنه أعتق عنه بأمره فصح كما لو شرط عوضا

والأخرى : لا يجزئ والولاء للمعتق وهو قول أبي حنيفة لأن العتق بعوض كالبيع وبغير عوض كالهبة ومن شرط الهبة القبض ولم يحص ل فلم يقع عن الموهوب له ويفارق البيع لأنه لا يشترط فيه القبض فإن كان المعتق عنه مستا وكان قد وصى بالعتق عنه صح لأن بأمره وإن لم يوص فأعتق عنه أجنبي لم يصح لأنه ليس بنائب عنه وإن أعتق عنه وارثه فإن لم يكن عليه واجب لم يصح العتق عنه ووقع عن المعتق وإن كان عليه عتق واجب صح العتق عنه لأنه نائب عنه في ماله وأداء واجباته فإن كانت عليه كفارة يمين فأطعم عنه جاز وإن أعتق عنه ففيه وجهان :
أحدهما : ليس له ذلك لأنه غير متعين فجرى مجرى التطوع
والثاني : يجزئ العتق يقع واجبا لأن الوجوب يتعين فيه بالفعل فأشبه المعين ولأنه أحد خصال كفارة اليمين فجاز أن يفعله عنه كالإطعام والكسوة ولو قال من عليه الكفارة أطعم عن كفارتي أو اكس صح إذا فعل رواية واحدة سواء ضمن له عوضا أو لا



مسألة : ويجزئ الأعرج يسيرا
مسألة : ويجزئ الأعرج يسيرا
لأنه قليل الضرر بالعمل فإن كان فاحشا كثيرا لم يجز لأنه يضر بالعمل فهو كقطع الرجل ويجزئ المجدع الأنف والاذن وفي مجدع الاذنين خلاف ذكرناه ويجزئ المجبوب الخصي ومن يختنق في الاحيان والاصم لأن هذا لا يضر بالعمل ويجزئ الرتقاء والكبير التي تقدر على العمل لأن ما لا يضر بالعمل لا يمنع تمليك العبد منافعه وتكميل أحكامه فحصل الاجزاء به كالسالم من العيوب
فصل : ويجزئ عتق الجاني وإن قتل قصاصا والمرهون وعتق المفلس عبده إذا قلنا بصحة عتقه
فصل : ويجزئ الأعور في قولهم جميعا وقال أبو بكر فيه قول آخر لا يجزئ لأنه نقص يمنع التضحية والاجزاء في الهدي فأشبه العمى والصحيح ما ذكرناه فإن المقصود تمليك العبد المنافع وتكميل الأحكام والعور لا يمنع ذلك ولأنه لا يضر بالعمل أشبه قطع إحدى الاذنين ويفارق العمى فإنه يضر بالعمل ضررا بينا كثيرا من الصنائع ويذهب بمنفعة الجنس ويفارق قطع إحدى اليدين أو الرجلين فإنه لا يعمل بإحداهما ما يعمل بهما والأعور يدرك بإحدى العينين ما يدرك بهما وأما الاضحية والهدي فإنه لا يمنع منهما مجرد العور وإنما يمنع انخساف العين لأنها الاضحية يمنع فيها قطع الاذن والقرن والعتق لا يمنع فيه إلا ما يضر بالعمل



مسألة : ويجزئ عتق المدبر
مسألة : ويجزئ عتق المدبر
وهذا قول طاوس و الشافعي و أبي ثور و ابن المنذر وقال الأوزاعي و أبو عبيد وأصحاب الرأي : لا يجزئ لأن عتقه مستحق بسبب آخر فأشبه أم الولد ولأن بيعه عندهم غير جائز فهو كأم الولد
ولنا قوله تعالى : { فتحرير رقبة } وقد حرر رقبة ولأنه عبد كامل المنفعة لم يحصل عن شيء منه عوض فجاز عتقه كالقن ولأنه يجوز بيعه لأن النبي صلى الله عليه وسلم باع مدبرا وقد ذكرنا ذلك ولأن التدبير أما أن يكون وصية أو عتقا بصفة وأيهما كان فلا بمنع التكفير

باعتاقه قبل وجود الصفة والصفة ههنا الموت ولم توجد ويجزئ المعلق عتقه بصفة قبل وجودها لأن ملكه فيه تام ويجوز بيعه

مسألة : ويجوز عتق ولد الزنا
مسألة : يجوز عتق ولد الزنا
وهذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن فضالة بن عبيد وأبي هريرة وبه قال ابن المسيب و الحسن و طاوس و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد عن عطاء و الشعبي و النخعي و الأوزاعي و حماد أنه الا يجزئ لأن أبا هريرة رضي الله عنه [ روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : ولد الزنا شر الثلاثة ] قال أبو هريرة ولأن امتع بسوط في سبيل الله أحب إلي منه رواه الترمذي
ولنا دخوله في مطلق قوله : { فتحرير رقبة } ولأنه مملوك مسلم كامل العلم لا يعتق عن شيء ولا استحق عتقه بسبب آخر فاجزأ عتقه كولد الرشدة فأما الأحاديث الواردة في ذمة فاختلف أهل العلم في تفسيرها فقال الطحاوي ولد الزنا هو الملازم للزنا كما يقال ابن السبيل الملازم لها وولد الليل الذي لا يهاب السير فيه وقال الخطابي عن تعض أهل العلم قال هو شر الثلاثة أصلا وعنصرا ونسبا لأنه خلق من ماء الزنا وهو خبيث وأنكر قوم هذا التفسير وقالوا ليس عليه من وزر والدية شيء قال الله تعالى : { ولا تزر وازرة وزر أخرى } وقد جاء في بعض الأحاديث [ هو شر الثلاثة إذا عمل عملهم ] فإن صح ذلك اندفع الإشكال وفي الجملة هذا يرجع إلى أحكام الآخرة أما أحكام الدنيا فهو كغيره في صحة امامته وبيعه وعتقه وقبول شهادته فكذلك في اجزاء عتقه عن الكفارة لأنه من أحكام الدنيا



مسألة : ويجزئ الصغير
مسألة : ويجزئ الصغير
وقال الخرقي لا يجزئ حتى يصلي ويصوم قال القاضي لا يجوز اعتاق من له دون سبع سنين لأنه لا تصح منه العادات في ظاهر كلام أحمد ظاهر كلام الخرقي أن المعتبر العقل دون السن فمن صلى وصام ممن له عقل يعرف الصلاة ويتحقق من الإتيان به بنيته واركانه فانه يجزئ في الكفارة وإن لم يبلغ السبع وإن لم يوجد منه لم يجز في الكفارة وإن كان كبيرا وقال أبو بكر وغيره من أصحابنا يجوز اعتاق الطفل في الكفارة وهو قول الحسن و عطاء و الزهري و والشافعي و ابن المنذر لأن المراد بالإيمان ههنا الاسلام بدليل اعتاق الفاسق وقال الثوري والمسلمون مؤمنون كلهم عندنا في الأحكام وما ندري ما هم عند الله وبهذا تعلق حكم القتل بكل مسلم بقوله تعالى : { ومن قتل مؤمنا خطأ } والصبي محكوم بإسلامه يرثه المسلمون ويرثهم ويدفن في مقابر المسلمين ويغسل ويصلى عليه وإن سبي من فردا عن أبويه أجزأ عنه عتقه لأنه محكوم بإسلامه وكذلك إن سبي مع أحد أبويه ولو كان أحد أبوي الطفل كافرا والآخر مسلما أجزأ اعتاقه لأنه محكوم بإسلامه قال القاضي في موضع يجزئ اعتاق الصغير في جميع الكفارات إلا كفارة القتل فإنها على روايتين وقال إبراهيم النخعي ما كان في القرآن من رقبة مؤمنة فلا يجزئ إلا من صام وصلى وما كان في القرآن رقبة ليست بمؤمنة فالصبي يجزئ ونحو هذا قول الحسن ووجه قول الخرقي إن الواجب رقبة مؤمنة والإيمان قول وعمل فما لم يحصل الصلاة والصيام لا يحصل العمل وقال مجاهد و عطاء في قوله : { تحرير رقبة مؤمنة } قد صلت ونحو هذا قول الحسن و إبراهيم وقال مكحول إذا ولد فهو نسمة فإذا انقلب ظهرا لبطن فهو رقبة فإذا صلى فهو مؤمنة ولأن الطفل لا يصح منه عبادة لأنه لا نية له فلم يجز في الكفارة كالمجنون ولأن الصبا نقص يستحق به النفقة على القرابة فأشبه الزمانة قال شيخنا : والقول الآخر أقرب إلى

الصواب والصحة إن شاء الله لأن الايمان الاسلام وهو حاصل في حق الصبي الصغير ويدل على هذا [ أن معاوية بن الحكم السلمي أتى النبي صلى الله عليه وسلم بجارية أعجمية فقال يا رسول الله إن علي رقبة مؤمنة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أين الله ؟ فأشارت برأسها إلى السماء قال : من أنا ؟ فأشارت إلى رسول الله وإلى السماء أي أنت رسول الله قال : أعتقها فإنها مؤمنة ] فحكم لها بالايمان بهذا القول



مسألة : ولو ملك نصف عبد فأعتقه عن كفارته ثم اشترى باقيه فأعتقه أجزأه
مسألة : ولو ملك نصف عبد فأعتقه عن كفارته ثم اشترى باقيه فأعتقه أجزأه
لأنه أعتق رقبة كاملة في وقتين فأجزأ كما لو أطعم المساكين في وقتين إلا على رواية وجوب الاستسعاء والصحيح في المذهب خلافها

مسألة : فإن أعتقه عن كفارته وهو موسر فسرى إلى نصيب شريكه عتق
مسألة : فإن أعتقه عن كفارته وهو موسر فسرى إلى نصيب شريكه عتق
ولم يجزئه عن كفارته في قول أبي بكر الخلال وصاحبه وحكاه عن أحمد وهو قول أبي حنيفة لأن عتق نصيب شريكه لم يحصل بإعتاقه إنما حصل بالسراية وهو غير فعله وإنما هي من آثار فعله فأشبه ما لو اشترى من يعتق عليه ينوي به الكفارة يحقق هذا أنه لم يباشر بالاعتاق إلا نصيبه فسر ى إلى غير ولو خص نصيب غيره بالإعتاق لم يعتق منه شيء ولأنه إنما يملك اعتاق نصيبه لا نصيب غيره وقال القاضي قال غيرهما من أصحابنا يجزئه إذا نوى إعتاق جميعه عن كفارته وهو مذهب الشافعي لأنه أعتق عبدا كامل الرق سليم الخلق غير مستحق العتق ناويا به الكفارة فأجزأه كما لو كان الجميع ملكه والأول أصح إن شاء الله تعالى ولا نسلم أنه أعتق العبد كله وإنما أعتق نصفه وعتق الباقي عليه فأشبه شراء قريبه ولأن إعتاق باقيه مستحق بالسراية فهو كالقريب فعلى هذا هل يجزئه عتق نصفه الذي هو نصيبه ويعتق نصفا آخر وتكمل الكفارة ؟ ينبني على ما إذا أ'تق نصفي عبدين وسنذكر ذلك فأما إن نوى عتق نصيبه عن الكفارة ولم ينو ذلك في نصيب شريكه لم يجزئه في نصيب شريكه وفي نصيب نفسه ما سنذكره إن شاء الله تعالى
فصل : فإن كان العبد كله له فأعتق جزاءا منه معينا أو مشاعا عتق جميعه فإن نوى به الكفارة أجزأ عنه لأن اعتاقه بعض العبد اعتاق لجميعه وإن نوى اعتاق الجزء الذي باشره بالاعتاق عن الكفارة دون غيره وهل يحتسب له لما نوى به الكفارة ؟ على وجهين



مسألة : ولو أعتق نصفي عبدين أو نصفي أمتين أو نصف عبد ونصف أمة أجزأ عنه
مسألة : ولو أعتق نصفي عبدين أو نصفي أمتين أو نصف عبد ونصف أمة أجزأ عنه
ذكره الخرقي قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم وقال أبو بكر بن جعفر لا يجزئ لأن المقصود من العتق تكميل الأحكام ولا يحصف من اعتاق نصفين واختلف أصحاب الشافعي على ثلاث أوجه أحدها : كقول الخرقي والثاني : كقول أبي بكر والثالث : إن كان نصف الريق حرا أجزأ لأنه يحصل تكميل الأحكام وإن كان رقيا لم يجز لأنه لا يحصل ووجه الأول أن الأشقاص كالاشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير وبدليل الزكاة فإذا كان له نصف ثمانين شاة مشاعا وجبت الزكاة كما لو ملك أربعين منفردة وكالهدايا والضحايا إذا اشتركوا فيها

قال شيخنا والأولى أنه لا يجزئ اعتاق نصفين إذا لم يكن الباقي منهما حرا لأن إطلاق الرقبة إنما ينصرف إلى اعتاق الكاملة ولا يحصل من الشخصين ما يحصل من الرقبة الكاملة في تكميل الآحكام وتخليص الآدمي من ضرر الرق ونقصه فلا يثبت به من الأحكام ما يثبت باعتاق رقبة كاملة ويمتنع قياس الشخصين على الرقبة الكاملة ولهذا وله أمر انسانا بشراء رقبة أو بيعها أو بإهداء حيوان أو بالصدقة به لم يكن له أن يشقصه كذا ههنا
فصل : فمن لم يجد فعليه صيام شهرين متتابعين إذا قدر على الصيام وهذا إجماع من أهل العلم لقول الله تعالى : { فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا } ولحديث أوس بن الصامت وسلمة ين صخر حرا كان أو عبدا ويستوي في ذلك الحر والعبد عند أهل العلم لا نعلم فيه خلافا وأجمعوا على وجوب التتابع لأنه شرط في الصيام وقد تناوله نص القرآن والسنة ومعنى التتابع المولاة بين صيام أيامها فلا يفطر فيها ولا يصوم عن غير الكفارة و تجب نية التتابع ويكفي فعله لأنه شرط وشرائط العبادات لا تحتاج إلى نية وإنما تجب النية لأفعالها وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي والوجه الآخر أنها واجبة لكل ليلة لأن ضم العبادة إلى العبادة إذا كان شرطا وجبت النية فيه كالجميع بين الصلاتين والثالث تكفي نية التتابع في بالليلة والأولى
ولنا أنه تتابع واجب في العباداة فلم يفتقر إلى نية كالتتابع بين الركعات ويفارق الجميع بين الصلاتين فإنه رخصة فافتقر إلى نية الترخيص وما ذكروه ينتقض بالمتابعة بين الركعات

[ جزء 8 - صفحة 605 ]

مسألة : فإن تخلل صومها صوم شهر رمضان أو فطر واجب كفطر العيد أو الفطر لحيض أو نفاس لم ينقطع التتابع وبنى على ما مضى من صيامه
مسألة : فإن تخلل صومها صوم شهر رمضان أو فطر واجب كفطر العيد أو الفطر لحيض أو نفاس لم ينقطع التتابع وبنى على ما مضى من صيامه
وجملة ذلك أنه إذا تخلل صوم الظهار زمان لا يصح صومه فيه عن الكفارة مثل أن يبتدئ الصوم من أول شعبان فيتخلله رمضان ويوم الفطر أو يبتدئ من ذي الحجة فيتخلله يوم النحر وأيام التشريق فإن التتابع لا ينقطع بهذا وينبني على ما مضى من صيامه وقال الشافعي ينقطع التتابع ويلزمه الاستئناف لأنه أفطر في أثناء الشهرين بما كان يمكنه التحرز منه فأشبه إذا أفطر لغير ذلك أو صام عن نذر أو كفارة أخرى
ولنا أنه زمن منعه الشرع عن صومه في الكفارة فلم يقطع التتابع كالحيض والنفاس فإن قالوا الحيض والنفاس غير ممكن التحرز منه قلنا قد يمكن التحرز من النفاس بأن لا يبتدئ الصوم في حال الحمل ومن الحيض إذا كان طهرنا يزيد على الشهرين بأن تبتدئ الصوم عقيب طهرها من الحيضة ومع هذا لا ينقطع التتابع به ولا يجوز للمأموم مفارقة إمامه لغير عذر ويجوز أن يدخل معه المسبوق مع علمه بلزوم مفارقته قبل إتمامها ويتخرج في أيام التشريق رواية أخرى أنه يصومها عن الكفارة ولا يفطر إلا يوم النحر وحده فعلى هذا إن أفطرها استأنف لأنها أيام أمكنه صيامها في الكفارة ففطرها يقطع التتابع كغيرها إذا ثبت هذا فإنه إن ابتدأ الصوم من أول شعبان عن شهر وإن كان ناقصا وأما شوال فلا يجوز أن يبتدأ من أوله لأن أوله يوم الفطر وصومه حرام فيشرع فيه من اليوم الثاني ويتم شهرا بالعدد ثلاثين وإن بدأ من أو لذي الحجة إلى آخر المحرم قضى أربعة أيام وأجزأه لأنه بدأ من أولهما ولو ابتداء صوم الشهرين من يوم الفطر لم يصح صوم يوم الفطر ويصح صوم بقية الشهر وصوم ذي القعدة ويحتسب له بذي القعدة وإن كان ناقصا لأنه بدأ من أوله وأما شوال فإن كان تماما صام يوما من ذي الحجة وإن كان ناقصا صام يومين لأنه لم يبدأه من أوله وإن بدأ بالصيام من أول أيام التشريق وقلنا يصح صومها عن الفرض فإنه يحتسب له بالمحرم ويكمل صوم ذي الحجة بتمام ثلاثين يوما من صفر وإن قلنا لا يصح عن الفرض صام مكانها من صفر

فصل : وإن أفطر لحيض أو نفاس فقد أجمع أهل العلم على أن الصائمة متتابعا إذا حاضت قبل اتمامه تقضي إذا طهرت وتبني وذلك لأن الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيره إلى الإياس وفيه تغرير بالصوم لأنها ربما ماتت قبله والنفاس كالحيض في أنه لا ينقطع التتابع في أحد الوجهين لأنه بمنزلته في أحكامه ولأن الفطر لا يحصل فيهما بفعلهما وإنما ذلك الزمان كزمان الليل في حقهما
والثاني : أن النفاس يقطع التتابع لأنه فطر أمكن التحرز منه لا يتكرر في العام فقطع التتابع كالفطر لغير عذر ولا يصح قياسه على الحيض لأنه أندر منه ويمكن التحرز منه

[ جزء 8 - صفحة 606 ]

مسألة : فإن أفطر لمرض مخوف أو جنون لم ينقطع التتابع
مسألة : فإن أفطر لمرض مخوف أو جنون لم ينقطع التتابع
روي ذلك عن ابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب و الحسن و عطاء و الشعبي و طاوس و مجاهد و مالك و إسحاق و أبو عبيد و أبو ثور و ابن المنذر و الشافعي في القديم وقال في الجديد ينقطع التتابع وهو قول سعيد بن جبير و الحكم و الثوري وأصحاب الرأي لأنه أفطر بفعله فلزمه الاستئناف كما لو أفطر لسفر
ولنا أنه أفطر بسبب لا صنع له فيه لفم يقطع التتابع كافطار المرأة للحيض وما ذكروه من الأصل ممنوع وإن أفطر لجنون أو إغماء لم ينقطع التتابع كافطار المرأة للحيض وما ذكروه من الأصل ممنوع وإن أفطر لجنون أو إغماء لم ينقطع التتابع لأنه لا صنع له فيه فهو كالحيض

[ جزء 8 - صفحة 607 ]

مسألة : وكذلك فطر الحامل والمرضع لخوفهما على أنفسهما
مسألة : وكذلك فطر الحامل والمرضع لخوفهما على أنفسهما لأنهما كالمريض

مسألة : فإن خافتا على ولديهما فأفطرتا ففيه وجهان
مسألة : فإن خافتا على ولديهما فأفطرتا ففيه وجهان :
أحدهما : لا ينقطع التتابع اختاره أبو الخطاب لأنه فطر أبيح لمهما بسبب لا يتعلق باختيارهما فلم ينقطع التتابع كما لو أفطرتا خوفا على أنفسهما
والثاني : ينقطع لأنه لأجل الخوف على غيرهما ولذلك يزلمهما الفدية مع القضاء

مسألة : وإن أفطر لغير عذر أو صام تطوعا أو قضاء أو نذرا أو عن كفارة أخرى لزمه الاستئناف
مسألة : وإن أفطر لغير عذر أو صام تطوعا أو قضاء أو نذرا أو عن كفارة أخرى لزمه الاستئناف
لأنه أخل بالتتابع المشروط ويقع صومه عما نواه لأن هذا الزمان ليس بمستحق معين للكفارة ولهذا يجوز صزمها في غير بخلاف شهر رمضان فإنه متعين لا يصلح لغيره وإذا كان عليه نذر صوم غير معين أخره إلى فراغه من الكفارة وإن كان متعينا أخر الكفارة عنه أو قدمها عليه وإن أمكن وإن كان أياما من كل شهر كيوم الخميس وأيام البيض قدم الكفارة

عليه وقضاه بعدها لأنه لو وفي بنذره انقطع التتابع ولزمه الاستئناف فيقضي إلا أن يتمكن من التكفير والنذر يمكن قضاؤه فيكون هذا عذرا في تأخيره كالمرض

[ جزء 8 - صفحة 608 ]

مسألة : وإن أفطر لعذر يبيح الفطر كالسفر والمرض غير المخوف فعلى وجهين
مسألة : وإن أفطر لعذر يبيح الفطر كالسفر والمرض غير المخوف فعلى وجهين
إذا افطر لمرض غير مخوف يبيح الفطر ففيه وجهان ذكرهما أبو الخطاب أحدهما : لا يقطع التتابع لأنه مرض أباح الفطر أشبه المخوف
والثاني : يقطع التتابع لأنه أفطر اختيارا فانقطع التتابع كما لو افطر لغير عذر فإن السفر مبيح للفطر فكلام أحمد محتمل الأمرين وأظهرهما أنه لا ينقطع التتابع فإنه قال في رواية الأثرم كان السفر غير المرض ولا ينبغي أن يكون أؤكد من رمضان فظاهر هذا أنه لا ينقطع التتابع وهذا قول الحسن ويحتمل أن ينقطع التتابع وهو قول مالك وأصحاب الرأي واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من قال فيه قولان كالمرض ومنهم من يقول يقطع التتابع وجها واحدا لأن السفر يحصل باختياره فقطع التتابع كما لو افطر لغير عذر والصحيح الأول لأنه افطر لعذر يبيح الفطر في رمضان فلم ينقطع التتابع كافطار المرأة للحيض وفارق الفطر لغير عذر فإنه لا يباح فإن أكل يظن أن الفجر لم يطلق وقد كان طلق أو افطر يظن أن الشمس قد غابت ولم تغب أفطر ويخرج في انقطاع التتابع وجهان أحدهما : لا ينقطع لأنه فطر لعذر
والثاني : ينقطع التتابع لأنه بفعل أخطأ فيه فأشبه ما لو ظن أنه قد أتم الشهرين انقطع التتابع لأنه أفطر لجهله فقطع التتابع كما لو ظن أن الواجب شهر واحد وإن أكره على الأكل والشرب بان أوجر الطعام والشراب لم يفطر وإن أكل خوفا فقال القاضي لا يفطر وفيه وجه آخر أنه يفطر فعلى ذلك هل يقطع التتابع ؟ فيه وجهان أحدهما : لا يقطعه لأنه عذر مبيح للفطر أشبه المرض والثاني : يقطعه وهو مذهب الشافعي لأنه أفطر بفعله لعذر نادر والأول أولى
فصل : ويجوز أن يبتدئ صوم الشهرين من أول شهر ومن أثنائه بغير خلاف لأن الشهر اسم لما بين الهلالين والثلاثين يوما فأيهما صام فقد أدى الواجب فإن بدأ من أول شهر فصام شهرين بالأهلة أجزأه ذلك وإن كانا ناقصين إجماعا وبه قال الثوري وأهل العراق و مالك في أهل الحجاز و الشافعي و أبو ثور و أبو عبيد وغيرهم لأن الله تعالى قال : { فصيام شهرين متتابعين } وهذان شهران متتابعان وإن بدأ من أثناء شهر فصام ستين يوما أجزأه بغير خلاف أيضا قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا فأما إن صام شهرا بالهلال وشهرا بالعدد فصام خمسة عشر يوما من المحرم وصفر جميعه وخمسة عشر من ربيع فإنه يجزئه سواء كان صفر تاما أو ناقصا أو ناقصا لأن الأصل اعتاب الشهور والأهلة لكن تركناه في الشهر وأصحاب الرأي ويتوجه أن لا يجزئه إلا شهران بالعدد لأنا لما ضممنا إلى الخمسة عشر من المحرم خمسة عشر من صفر فصار ذلك شهرا صار ابتداء صوم الشهر الثاني من أثناء شهر أيضا وهذا قول الزهري
فصل : فإن نوى شهر رمضان عن الكفارة لم يجزئه عن رمضان ولا عن الكفارة وانقطع التتابع حاضرا كان أو مسافرا لأنه تخلل صوم الكفارة فطر غير مشروع وقال مجاهد و طاوس يجزئه عنهما وقال أبو حنيفة إن كان حاضرا أجزأه عن رمضان دون الكفارة لأن تعيين النية غير مشترط لرمضان وإن كان في سفر أجزأه عن الكفارة دون رمضان وقال صاحباه تجزئ عن الكفارة دون رمضان حضرا أو سفرا
ولنا أن رمضان متعين لصومه محرم صومه عن غيره فلم يجزئه عن غيره كيومي العيدين ولا يجزئ عن رمضان لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال [ الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى ] وهذا ما نوى رمضان فلا يجزئه ولا فرق بين الحضر والسفر لأن الزمان متعين وإنما

جاز فطره في السفر رخصة فإذا تكلف وصام رجع إلى الأصل فإن سافر في رمضان المتخلل لصوم الكفارة وأفطر لم ينقطع التتابع لأنه زمن لا يستحق صومه عن الكفارة فلم ينقطع التتابع بفطره كالليل

[ جزء 8 - صفحة 610 ]

مسألة : وإن أصاب المظاهر منها ليلا أو نهارا انقطع التتابع
مسألة : وإن أصاب المظاهر منها ليلا أو نهارا انقطع التتابع
وبهذا قال مالك و الثوري و أبو عبيد وأصحاب الرأي لأن الله تعالى قال : { فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا } فأمر بهما خاليين عن وطء ولم يأت بهما على ما أمر فلم يجزئه كما لو وطئ نهارا ذاكرا ولأنه تحريم للوطء لا يختص النهار فاستوى في اليل والنهار كالاعتكاف وروي عن أحمد أن التتابع لا ينقطع بالوطء ليلا وهو مذهب الشافعي و أبي ثور و ابن المنذر لأنه وطء لا يفسد الصوم فلا يوجب الاستئناف كوطء غيرها ولأن التتابع في الصيام عبارة عن اتباع صوم يوم للذي قبله من غير فارق وهذا متحقق وإن وطئ ليلا وارتكاب المنهي في الوطء قبل اتمامه إذا لم يخل بالتتابع المشترط لا يمنع صحته وإجزاءه كما لو وطيء قبل الشهرين أو لو وطئ ليلة أول الشهرين وأصبح صائما والاتيان بالصيام قبل الثمانين لا سبيل إليه سواء بنى أو استأنف وإن وطئها أو وطئ غيرها في نهار الشهرين عامدا أفطر وانقطع التتابع إجماعا إذا كان غير معذور وإن وطئها أو وطئ غيرها نهارا ناسيا أفطر وانقطع التتابع في إحدى الروايتين لأن الوطء لا يعذر فيه بالنسيان وعن أحمد رواية أخرى لا يفطر ولا ينقطع التتابع وهو قول الشافعي و أبي ثور و ابن المنذر لأنه فعل المفطر ناسيا أشبه ما لو أكل ناسيا ولو أبيح له الفطر فوطئ غيرها نهارا لم ينقطع التتابع لأن الوطء لا أثر له في قطع التتابع وإن كان وطئها كان كوطئها ليلا هل يقطع التتابع على وجهين

[ جزء 8 - صفحة 611 ]

مسألة : وإن وطئ غيرها ليلا لم ينقطع التتابع
مسألة : وإن وطئ غيرها ليلا لم ينقطع التتابع
لأن ذلك غير محرم عليه ولا هو يخل باتباع الصوم فلم يقطع التتابع كالأكل وليس في هذا اختلاف نعلمه فإن لمس المظاهر منها أو باشرها دون الفرج على وجه يفطر به قطع التتابع لإخلاله بموالاة الصيام وإلا لم ينقطع والله أعلم
فصل : قال الشيخ رحمه الله : فإن لم يستطع لزمه إطعام ستين مسكينا مسلما حرا صغيرا كان أو كبيرا إذا أكل الطعام أجمع أهل العلم على أن المظاهر إذا لم يجد الرقبة ولم يستطع الصيام إن فرضه اطعام ستين مسكينا على ما أمر الله تعالى في كتابه وجاء سنة نبيه صلى الله عليه وسلم : سواء عجز عن الصيام لكبر أو مرض يخاف بالصوم تباطؤه ولا زيادة فيه أو الشبق فلا يصبر فيه عن الجماع فإن أوس بن الصامت لما أمره رسول الله بالصوم [ قالت امرأته يا رسول الله إنه شيخ كبير ما به من صيام قال : فليطعم ستين مسكينا ] ولما أمر سلمة بن صخر بالصيام قال وهل اصبت ما اصبت إلا من الصيام ؟ قال : فاطعم فنقله إلى الاطعام لما أخره إن به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام وقسنا على هذين ما يشبههما في معناهما ويجوز أن ينتقل إلى الطعام إذا عجز عن الصيام للمرض وإن كان مرجو الزوال في قوله تعالى : { فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا } ولأنه لا يعلم إن له نهاية فأشبه الشبق ولا يجوز أن ينتق لأجل السفر لأن السفر لا يعجزه عن الصيام وله نهاية ينتهي إليها وهو من أفعاله الاختيارية والواجب إطعام ستين مسكينا لا يجزئه أقل من

ذلك وقال أبو حنيفة لو أطعم مسكينا واحدا في ستين يوما أجزأه وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى
فصل : يشترط في المساكين ثلاثة شروط الاسلام والحرية وأن يكون قد أكل الطعام والمساكين هم الذين تدفع إليهم الزكاة لحاجتهم المذكورون في أبواب الزكاة ويدخل في ذلك الفقراء لأنهم إن كانوا في الزكاة صنفين فهم في غيرها صنف واحد لكونهم يأخذون لحاجتهم إلى ما يكفيهم أو ما تتم به كفايتهم أحدها : اسلامهم فلا يجوز دفعها إلى كافر ذميا كان أو حربيا وبذلك قال الحسن و النخعي و الأوزاعي و مالك و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يجوز دفعها إلى الذمي لدخلوه في اسم المساكين فيدخل في عموم الآية ولأنه مسكين من أهل دار الاسلام فأجزأ الدفع إليه من الكفارة وقال الثوري يعطيهم إذا لم يجد غيرهم
ولنا أنهم كفار فلم يجز اعطاؤهم كمساكين أهل الحرب والآية مخصوصة بهذا فنقيس عليه
الثاني : أن يكونوا أحرارا فلا يجوز دفعها إلى عبد ولا مكاتب ولا أم ولد ولا خلاف في أنه لا يجوز دفعها إلى عبد لأن نفقته واجبة على سيده ولا إلى أم ولد لذلك وبهذا قال مالك و الشافعي واختار الشريف أبو جعفر جواز دفعها إلى مكاتبه وغيره وقال أبو الخطاب يتخرج دفعها إليه بناء على جواز اعتاقه لأنه يأخذ من الزكاة حاجته فأشبه المسكين
ولنا أن الله تعالى عده صنفا في الزكاة غير صنف المساكين ولا هو في معنى المساكين لأن حاجته من غير جنس حاجتهم فيدل على أنه ليس بمسكين والكفارة إنما هي للمساكين بدليل الآية ولأن المسكين يدفع إليه لتتم كفايته والمكاتب إنما يأخذ لفكاك رقبته وأما كفايته فإنها حاصلة بكسبه وماله فإنه لم يكن له كسب ولا مال عجزه سيده ورجع إليه فاستغنى بانفاقه عليه ويفارق الزكاة فانها تصرف إلى الغني والكفارة بخلافها
الثالث : أن يكونوا أكلوا الطعام فإن كان طفلا لم يأكل الطعام لم يدفع إليه في ظاهر كلام الخرقي وهو قول القاضي وهو ظاهر قول مالك فإنه قال يجوز الدفع إلى الفطيم وهذا إحدى الروايتين عن أحمد والثانية يجوز دفعها إلى الصغير الذي لم يطعم ويقبض له وليه وهذا الذي ذكره أبو الخطاب المذهب وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي قال أبو الخطاب وهو قول أكثر الفقهاء لأنه حر مسلم محتاج فأشبه الكبير ولأن أكله للكفارة ليس بشرط وهذا يصرف الكفارة إلى ما يحتاج إليه مما تتم به كفايته فأشبه الكبير
ولنا قوله تعالى : { إطعام عشرة مساكين } وهذا يقتضي أكلهم له فإذا لم يعتبر حقيقة أكلهم وجب اعتبار إمكانه ومظنته ولا تتحق مظنته فيمن لا يأكل ولأنه لو كان المقصود دفع حاجته لجاز دفع القيمة ولم يتعين الاطعام وهذا يفسد ما ذكروه فإذا اجتمعت هذه الأوصاف في واحد جاز الدفع إليه كبيرا كان أو صغيرا محجورا عليه أو غير محجور عليه إلا أن من لا حجر عليه يقبض لنفسه أو يقبض له وكيله والمحجور عليه كالصغير والمجنون يقبض له وليه



مسألة : ولا يجوز دفعها إلى الكافر
مسألة : ولا يجوز دفعها إلى الكافر وقد ذكرناه ولا إلى من تلزمه مؤنته وقد ذكرنا ذلك في الزكاة وفي دفعها إلى الزوج وجهان بناء على دفع الزكاة إليه

مسألة : ويجوز دفع الكفارة إلى من ظاهره الفقر فإن بان غنيا فهل يجزئه ؟ فيه وجهان
مسألة : ويجوز دفع الكفارة إلى من ظاهره الفقر فإن بان غنيا فهل يجزئه ؟ فيه وجهان بناء على الروايتين في الزكاة وإن بان كافرا أو عبدا لم يجزئه وجها واحدا

مسألة : وإن رددها على مسكين واحد ستين يوما لم يجزئه إلا أن لا يجد غيره فيجزئه في ظاهر المذهب وعنه لا يجزئه وعنه يجزئه وإن وجد غيره
مسألة : وإن رددها على مسكين واحد ستين يوما لم يجزئه إلا أن لا يجد غيره فيجزئه في ظاهر المذهب وعنه لا يجزئه وعنه يجزئه وإن وجد غيره
وجملة ذلك أن والواجب في كفارة الظهار اطعام ستين مسكينا للآية لا يجزئه أقل من ذلك وبهذا قال الشافعي و أبو حنيفة يجزئه أن يطعم مسكينا واحدا في ستين يوما وروي ذلك عن أحمد حكاه القاضي أبو الحسن لأن هذا المسكين لم يستوف إلا قوت يومه من هذا الكفارة فجاز أن يعطى منها كاليوم الأول وعن أحمد رواية ثالثة إن وجدهم لم يجزئه لأنه أمكنه امتثال الأمر بصورته ومعناه وإن لم يجد غيره أجزأه لتعذر المساكين
ووجه الأولى قول الله تعالى : { فإطعام ستين مسكينا } وهذا لم يطعم إلا واحدا فلم يمتثل الأمر لأنه لم يطعم ستين مسكينا فلم يجزئه كما لو دفعها إليه في يوم واحد ولأنه لو جاز الدفع إليه في أيام لجاز الدفع إليه في يوم واحد كالزكاة وصدفة الفطر ويحقق هذا أن الله تعالى أمر بعدد المساكين لا بعدد الأيام وقائل هذا يعتبر عدد الأيام دون عدد المساكين والمعنى في اليوم الأول أنه لم يستوف حقه من هذا الكفارة وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه وأخذ منها قوت يوم فلم يجز أن يدفع إليه في اليوم الثاني كما لو أوصى انسان بشيء لستين مسكينا



مسألة : وإن دفع إلى مسكين واحد في يوم من كفارتين أجزأه
مسألة : وإن دفع إلى مسكين واحد في يوم من كفارتين أجزأه
وهذا مذهب الشافعي وهو اختيار الخرقي لأنه دفع القدر الواجب إلى العدد الواجب فأجزأ كما لو دفع إليه المدين في يومين وفيه رواية أخرى أنه لا يجزئه وهو قول أبي حنيفة لأنه استوفى قوت يوم من كفارة فلم يجز الدفع إليه ثانيا كما لو دفعها إليه من كفارة واحدة وفعلى هذه الرواية يجزئه عن احدى الكفارتين وهل له الرجوع في الاخرى ينظر فإن كان أعمله أنها عن كفارتين فله الرجوع وإلا فلا يتخرج أن لا يرجع بشيء على ما ذكرنا في الزكاة والرواية الأولى أقيس وأصح فإن اعتبار عدد المساكين أولى من اعتبار عدد الأيام ولو دفع إليه ذلك في يوم أجزأه ولأنه لو كان الدافع اثنين أجزأ عهما فكذلك إذا كان الدافع واحدا ولو دفع ستين مدا إلى ثلاثين مسكينا من كفارة واحدة أجزأه من ذلك ثلاثون ويطعم ثلاثين آخرين فإن دفع الستين من كفارتين خرج على الروايتين في المسألة قبلها وهي إذا أطعم مسكينا واحدا مدين من كفارتين في يوم واحد

مسألة : والمخرج في الكفارة ما يجزئ في الفطرة وهو البر والشعير والتمر والزبيب سواء كان قوت بلده أو لم يكن
مسألة : والمخرج في الكفارة ما يجزئ في الفطرة وهو البر والشعير والتمر والزبيب سواء كان قوت بلده أو لم يكن
وما عداها فقال القاضي : لا يجزئ اخراجه سواء كان قوت بلده أو لم يكن لأن الخبر ورد بإخراج هذه الأوصاف على ما جاء في الأحاديث التي نذكرها ولأنه الجنس المخرج في الفطر فلم يجز غيره كما لو لم يكن قوت بلده

مسألة : فإن كان قوت بلده غير ذلك كالذرة والدخن والأرز لم يجز إخراجه
مسألة : فإن كان قوت بلده غير ذلك كالذرة والدخن والأرز لم يجز إخراجه
وقال أبو الخطاب : عندي أنه يجزئه الاخراج من جميع الحبوب التي هي قوت بلده لأن الله تعالى قلا : { من أوسط ما تطعمون أهليكم } وهذا مما يطعمه أهله فوجب أن يجزئه بظاهر النص وهذا مذهب الشافعي فإن أخرج عن قوت بلده أجود منه فهد زاد خيرا

مسألة : وإخراج الحب أفضل عند أبي عبد الله
مسألة : وإخراج الحب أفضل عند أبي عبد الله
لأنه يخرج به من الخلاف وهي حالة كماله لأنهه يدخر فيها ويتهيأ لمنافعه كلها بخلاف غيره فإن أخرج دقيقا جاز لكن يزيد على المد قدرا يبلغ المد حبا أو يخرجه بالوزن لأن الحب يروع فيكون في مكيال الحب أكثر مما يكون في مكيال الدقيق قال الأثرم قيل لأبي عبد الله فيعطي البر والدقيق قال أما الذي جاء فالبر ولكن إن أعطاهم الدقيق بالوزن جاز وقال الشافعي : لا يجزئ لأنه ليس بحال الكمال الأجل ما يفوت به من وجوه الانتفاع فأشبه الهريسة
ولنا قول الله تعالى : فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم والدقيق من أوسط ما يطعمه أهله ولأن الدقيق أجزاء الحنطة وقد كفاهم مؤنته وطحنه وهيأه وقربه من الأكل وفارق الهريسة فانها تفسد عن قرب ولا يمكن الانتفاع بها في غير الأكل في تلك الحال بخلاف مسألتنا



مسألة : وفي الخبز روايتان
مسألة : وفي الخبز روايتان :
إحداهما : يجزئ اختارها الخرقي ونص عليه أحمد في رواية الأثرم فإنه قال قلت لأبي عبد الله رجل أخذ ثلاثة عشر رطلا وثلثا دقيقا وهو كفارة اليمين فخبزه للمساكين وقسم الخبز على عشرة مساكين أيجزئه ذلك ؟ قال ذلك أعجب إلى والذي جاء فيه الحديث أن يطعمهم مدبر وهذا أن فعل فأرجو أن يجزئه قلت إنما قال الله : { إطعام عشرة مساكين } فهذا قد أطعمهم وأوفاهم المد قال أرجو أن يجزئه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ونقل الأثرم في موضع آخر أن أحمد سأله رجل عن الكفارة قال أطعمهم خبزا وتمرا قال : ليس فيه تمر قال فخبز قال لا ولكن برا أو دقيقا بالوزن رطل وثلث لكل مسكين فظاهر هذا أنه لا يجزئه وهو مذهب الشافعي لأنه خرج عن حالة الكمال والادخار فأشبه الهريسة قال شيخنا والأول أحسن لأن الله تعالى قال : { إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم } وهذا من أوسط ما يطعم أهله وليس الادخار مقصودا في الكفارة فانها مقدرة بما يقوت المسكين في يومه فيدل ذلك على أن المقصود كفايته في يومه وهذا قد هيأه للأكل المعتاد للاقتيات وكفاهم مؤنته فأشبه ما لو نقى الحنطة وغسلها فأما الهريسة والكبولا ونحوهما فلا يجزئ لأنهما خرجا عن الاقتيات المعتاد إلى الحيز الادام وأما السويق فيحتمل الا يجزئ لذلك ويحتمل أن يجزئ لأنه يقتات في بعض البلدان ولأن السويق يجزئ في الفطرة فكذلك ههنا

مسألة : ولا يجزئ من البر أقل من مد ولا من غيره أقل من مدين
مسألة : ولا يجزئ من البر أقل من مد ولا من غيره أقل من مدين

وجملة ذلك أن قدر الاطعام في الكفارات مد من بر لكل مسكين أو نصف صاع تمر أو شعير وممن قال مد بر زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر حكاه عنهم الامام أحمد ورواه عنهم الأثرم وعن عطاء و سليمان بن موسى وقال سليمان بن يسار أدركت الناس إذا أعطوا في كفارة اليمين أعطوا مدا من حنطة بالمد الأصغر مد النبي صلى الله عليه وسلم وقال أبو هريرة يطعم مدا من أي الأنواع كان وبه قال عطاء و الأوزاعي و الشافعي لما روى أبو داود باسناده [ عن أوس ابن أخي عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه يعني المظاهر خمسة عشر صاعا من شعير إطعام ستين مسكينا ] وروى الأثرم بإسناده عن أبي هريرة في حديث المجامع [ أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعرق فيه خمسة عشر صاعا فقال : خذه وتصدق به ] وإذا ثبت هذا في المجامع بالخبر ثبت في المظاهر قياسا عليه ولأنه اطعام واجب فلم يختلف باختلاف أنواع المخرج كالفطرة وقال مالك لكل مسكين مدان من جميع الأنواع من وممن قال مدان من قمح مجاهد و عكرمة و الشعبي و النخعي لأنها كفارة تشتمل على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع كفدية الأذى وقال الثوري وأصحاب الرأي من القمح مدان ومن التمر والشعير صاع لكل مسكين لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث سلمة بن صخر : [ فأطعم وسقا من تمر ] رواه الإمام أحمد و أبو داود وغيرهما وروى الخلال بإسناده [ عن يوسف بن عبد الله بن سلام عن خويلة فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم فليطعم ستين مسكينا وسقا من تمر ] وفي رواية أبي داود والعرق ستون صاعا وروى ابن ماجة بإسناده [ عن ابن عباس قال : كفر رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاع من تمر وأمر الناس : فمن لم يجد فنصف صاع من بر ] وروى الأثرم بإسناده عن عمر رضي الله عنه قال : أطعم عني صاعا من تمر أو شعير أو نصف صاع من بر ولأنه اطعام للمسكين فكان صرعا من التمر والشعير أو نصف صاع من بر كصدقة الفطر ولنا ما روى الامام أحمد حدثنا اسماعيل حدثنا عن أبي يزيد المدني قال : [ جاءت امرأة من بني بياضة بنصف وسق شعير فقال النبي صلى الله عليه وسلم للمظاهر : أطعم هذا فإن مدي شعير مكان مد بر ] وهذا نص ولأنه قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة ولم نعرف لهم في الصحابة مخالفا فكان اجماعا وعلى أنه نصف صاع من التمر والشعير ما [ روى عطاء بن يسار أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لخويلة امرأة أوس بن الصامت : اذهبي إلى فلان الأنصاري فإن عنده شطر وسق من تمر أخبرني أنه يريد أن يتصدق به فلتأخذيه فليتصدق به على ستين مسكينا ] وفي حديث أوس بن صامت [ أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إني سأعينه بعرق من تمر قلت يا رسول الله فإني سأعينه بعرق آخر قال أحسنت اذهبي فأطعمي بها عنه ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك ] وروى أبو داود باسناده عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أنه قال : العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا فالعرقان ثلاثون صاعا لكل مسكين نصف صاع ولأنها كفارة تشتمل على صيام واطعام فكان لكل مسكين نصف صاع من التمر والشعير كفدية الأذى وأما رواية أبي داود أن العرق ستون صاعا فقد ضعفها وقال غيرها أصح منها وفي الحديث ما يدل على الضعف لأن ذلك في سياق قوله [ إني سأعينه بعرق فقالت امرأته إني سأعينه بعرق آخر قال : فأطعمي بها عنه ستين مسكينا ] فلو كان العرق ستين صاعا لكانت الكفارة مائة وعشرين صاعا ولا قائل به وأما حديث المجامع الذي أعطاه خمسة عشر صاعا فقال : تصدق به فيحتمل أنه اقتصر عليه إذا لم يجد سواه ولذلك لما أخبره بحاجته إليه أمره بأكله وفي الحديث المتفق عليه قريب من عشرين صاعا وليس ذلك مذهبا لأحد فيدل على أنه اقتصر على البعض الذي لم يجد سواه وحديث أوس ابن أخي عبادة مرسل يرويه عنه عطاء ولم يدركه كما فسر أبو سلمة بن عبد الرحمن وسائر الأحاديث يجمع بينها وبين أخبارنا يحملها على الجواز واخبارنا على الا جزاء وقد عضد هذان ابن عباس راوي بعضها ومذهبه أن المد من البر يجزئ وكذلك أبو هريرة وسائر ما ذكرنا من الأخبار مع الاجماع الذي نقله سليمان بن يسار

مسألة : ولا يجزئ من الخبز أقل من رطلين بالعراقي إلا أن يعلم أنه مد
مسألة : ولا يجزئ من الخبز أقل من رطلين بالعراقي إلا أن يعلم أنه مد
وجملة ذلك أنه إذا أعطى المسكين رطلي خبر بالعراق ي أجزأه الخرقي وذلك بالرطل الدمشقي الذي هو ستمائة درهم خمس أواقي وسبع أوقية لأن ذلك لا يكون أقل مد وقال القاضي المد يجيء منه رطلا ن لأن الغالب أن رطلين من الخبز لا يكون أقل من مد فأما إن علم أنه مد بحيث يأخذ مدا من حنظة فيطحنه ويخبزه أو رطلا وثلثا من دقيق الحنطة فيصنعه خبزا فيجزئه وهذا في البر فأما إن كان من الشعير فلا يجزيه إلا ضعيف ما قدرنا أو يخبز نصف صاع شعير كما قلنا في البر ويخرجه فيجزئه

[ جزء 8 - صفحة 621 ]

مسألة : فإن أخرج القيمة أو غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه ويحتمل أن يجزئه
مسألة : فإن أخرج القيمة أو غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه ويحتمل أن يجزئه
لا يجزئ إخراج القيمة في الكفارة نقلها الميموني و الأثرم وهو مذهب مالك و الشافعي و ابن المنذر وهو الظاهر من قول عمر بن الخطاب وابن عباس وأجازه الأوزاعي وأصحاب الرأي لأن المقصود دفع حاجة المسكين وهو يحصل بذلك وخرج بعض أصحابنا من كلام أحمد رواية أخرى أنه يجزئه وهو ما روى الأثرم أن رجلا سأل أحمد قال أعطيت في كفارة خمس دوانيق فقال لو استشرتني قبل أن تعطي لم أشر عليك ولكن أعط ما بقي من الأثمان على ما قلت لك وسكت عن الذي أعطى وهذا ليس برواية وإنما سكت عن الذي أعطى لأنه مختلف فيه فلم ير التضييق عليه فيه والمذهب الأول لظاهر قوله سبحانه : { فإطعام ستين مسكينا } ومن أخرج القيمة لم يطعم وقد ذكرناه في الزكاة

مسألة : وإن غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه وعنه يجزئه
مسألة : وإن غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه وعنه يجزئه
ظاهر المذهب في كيفية إطعام المساكين أن الواجب أن يملك كل انسان من المساكين القدر الواجب من الكفارة فول غدى المساكين أو عشاهم لم يجزئه سواء كان ذلك بقدر الواجب أو أقل أو أكثر ولو غدى كل واحد عداء لم يجزئه إلا أن يملكه إياه وهذا مذهب الشافعي وعن أحمد رواية أخرى أنه يجزئه إذا أطعمهم القدر الواجب لهم وهو قول النخعي و أبي حنيفة وأطعم أنس في فدية الصيام قال أحمد أطعم شيئا كثيرا وضع الجفاف وذكر حديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس وذلك لقول الله تعالى : { فإطعام ستين مسكينا } وهذا قد أطعمهم فينبغي أن يجزئه ولأنه أطعم المساكين فأجزأه كما لو ملكهم ووجه الأولى أن المنقول عن الصحابة اعطاؤهم ففي قول زيد وابن عباس وابن عمر وأبي هريرة مد لكل فقير وقال النبي صلى الله عليه وسلم لكعب في فدية الأذى : [ أطعم ثلاثة آصع من تمر بين ستة مساكين ] ولأنه مال وجب للفقرا ء شرعا فوجب تمليكهم إياه كالزكاة فإن قلنا يجزئ اشترط لمن يغديهم ستين مدا فصاعدا ليكون قد أطعمهم قدر الواجب وإن قلنا لا يجزئ أن يغديهم فقدم إليهم ستين مدا وقال هذا بينكم بالسوية فقبلوه أجزأ لأنه ملكهم التصرف فيه والامتناع قبل القسمة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال أبو عبد الله بن حامد يجزئه وإن لم يقل بالسوية لأن قوله خذوها عن كفارتي يقتضي التسوية لأن ذلك حكمها وقال القاضي إن علم أنه وصل إلى كل واحد قدر حقه أجزأ وإن لم يعلم لم يجزئه لأن الأصل شغل ذمته ما لم يعلم وصول الحق إلى مستحقه مشاعا فقبلوه فبرئ منه كديون غرمائه
فصل : ولا يجب التتابع في الاطعام نص عليه أحمد في رواية الأثرم وقيل له يكون عليه كفارة يمين فيطعم اليوم واحدا والآخر بعد أيام وآخر بعد حتى يستكمل عشرة فلم ير بذلك

بأسا وذلك لأن الله تعالى لم يشترط التتابع فيه ولو وطئ في أثناء الاطعام لم يلزمه اعادة ما مضى منه وبه قال أبو حنيفة و الشافعي وقال ما لك يستأنف لأنه وطئ في أثناء الكفارة فوجب الاستئناف كالصيام
ولنا أنه وطء في أثناء ما لا يشترط فيه التتابع فلم يوجب الاستئناف كوطء غير المظاهر منها أو كما لو وطء في كفارة اليمين وبهذا فارق الصيام
فصل : ولا يجزئ الاخراج إلا بنية وكذلك الاعتاق والصيام لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ إنما الأعمال بالنيات ] ولأنه العتق يقع متبرعا به وعن كفارة أخرى أو نذر فلم ينصرف إلى هذا الكفارة إلا بنيته وصفاتها إن ينوي العتق أو الاطعام أو الصيام عن الكفارة فإن زاد الواجبة فهو تأكيد وإلا أجزأت نية الكفارة وإن نوى وجوبها ولم ينو الكفارة لم تجزئه لأن الوجوب يتنوع عن كفارة ونذر فوجب تمييزه وموضوع النية مع التكفير أو قبله بيسير وهذا الذي نص عليه الشافعي وقال به بعض أصحابه وقال بعضهم لا يجزئ حتى يستصحب النية وإن كانت الكفارة صياما اشترطت نية الصيام عن لكفارة في كل ليلة لقوله صلى الله عليه وسلم [ لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ]



مسالة : فإن كانت عليه كفارة واحدة فنوى عن كفارتي أجزأه لأن النية تعينت لها وإن كان عليه كفارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها
مسالة : فإن كانت عليه كفارة واحدة فنوى عن كفارتي أجزأه لأن النية تعينت لها وإن كان عليه كفارات من جنس واحد لم يجب تعيين سببها
وبهذا قال الشافعي و أبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا فعلى هذا لو كان مظاهرا من أربع نسائه فأعتق عبدا معن ظهاره أجزأه عن إحداهن وحلت له إحداهن غير معينة لأنه واجب من جنس واحدة فأجزأته نية مطلقة كما لو كان عليه صوم يومين من رمضان وقياس المذهب أنه يقرع بينهن فتخرج المحللة منهن بالقرعة وهذا قول أبي ثور وقال الشافعي له أنه يصرفها إلى أيتهن شاء فتحل وهذا يفضي إلى أنه يتخير بين كون هذه المرأة محللة له أو محرمة عليه وإن كان الظهار من ثلاث نسوة فأعتق عبدا عن إحداهن ثم صام شهرين عن أخرى ثم مرض فأطعم ستين مسكينا عن أخرى أجزأه وله الجميع من غير قرعة ولا تعيين وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور يقرع بينهن فمن تعق لها القرعة فالعتق لها ثم يقرع بين الباقيتين فمن تقع لها القرعة فالصيام لها والاطعام عن الثالثة لأن كل واحدة من هذبن الخصال لو انفردت احتاجت إلى قرعة فكذلك إذا اجتمعت
ولنا أن التفكير قد حصل عن الثلاث وزالت حرمة الظهار فلم يحتج إلى قرعه كما لو أعتق ثلاثة عن ظهارهن دفعة واحدة



مسألة : وإن كانت من أجناس كظهار وقتل وجماع في رمضان ويمين فقال أبو الخطاب لا تفتقر إلى تعيين السبب وبهذا قال الشافعي لأنها عبادة واجبة فلم تفتقر صحة أدائها إلى تعيين سببها كما لو كان من جنس واحد
مسألة : وإن كانت من أجناس كظهار وقتل وجماع في رمضان ويمين فقال أبو الخطاب لا تفتقر إلى تعيين السبب وبهذا قال الشافعي لأنها عبادة واجبة فلم تفتقر صحة أدائها إلى تعيين سببها كما لو كان من جنس واحد

وقال القاضي : يحتمل أن يشترط تعيين سببها ولا يجزئ بنية مطلقة وحكاه بعض أصحاب الشافعي عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة لأنهما عبادتان من جنسين فوجب تعيين النية لهما كما لو وجب عليه صوم من قضاء ونذر
فعلى هذا لو كانت عليه كفارة واحدة لا يعلم سببها أجزأته كفارة واحدة على الوجه الأول قاله أبو بكر وعلى الوجه الثاني ينبغي أن يلزمه كفارات بعدد الأسباب كل واحد عن سبب كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم علينها فإنه يلزمه خمس صلوات ولو لم أن عليه يوما لا يعلم هل هو من قضاء أو من نذر لزمه صوم يومين فإن كان عليه صيام ثلاثة أيام لا يدري أهي من كفارة أو نذر أو قضاء لزمه صوم تسعة أيام كل ثلاثة عن واحدة من الجهات الثلاث
فصل : إذا كان على الرجل كفارتان فاعتق عنهما عبدين لم يخل من أربعة أحوال أحدها : أن يقول اعتقت هذا عن هذه الكفارة وهذا عن هذه فيجزئه اجماعا
الثاني : أن يقول اعتقت هذا عن إحدى الكفارتين وهذا عن الاخرى من غير تعيين فإن كانا من جنس واحد ككفارتي ظهار أو قتل أجزأه وإن كانتا من جنسين ككفارة ظهار وكفارة قتل خرج على وجهين في اشتراط تعيين السبب فإن قلنا يشترط لم يجزئه واحد منهما وإن قلنا لا يشترط أجزأه عنهما
الثالث : أن يقول اعتقتهما عن الكفارتين فإن كانتا من جنس أجزأ عنهما ويقع كل واحد عن كفارة لأن عرف الشرع والاستعمال اعتاق الرقبة عن الكفارة فإذا أطلق ذلك وجب حمله عليه وإن كانتا من جنسين خرج على الوجهين
الرابع : أن يعتق كل واحد منهما عنهما جميعا فيكون معتقا عن كل واحدة من الكفارتين نصف العبدين فينبني على أصل آخر وهو إذا اعتق نصف رقبتين عن كفارة هل يجزئه أو لا ؟ فعلى قول الخرقي يجزئه لأن الأشقاص بمنزلة الأشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير بدليل الزكاة فإن من ملك نصف ثمانين شاة كان كمن ملك أربعين ولا تلزم الأضحية فإنه يمنع منها العيب اليسير وقال أبو بكر و ابن حامد لا يجزئه وهو قول مالك و أبي حنيفة لأن ما أمر بصرفه إلى شخص في الكفارة لم يجز تفريقه على اثنين كالمد في الاطعام ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين وهم وجه ثالث وهو أنه إن كان باقيهما حرا أجزأ وإلا فلا لأنه متى كان باقيهما حرا حصل تكميل الأحكام والتصرف وخرجه القاضي وجها لنا أيضا إلا أن للمعترض عليه أن يقول أن تكميل الأحكام ما حصل بعتق هذا وإنما حصل بانضمامه إلى عتق النصف الآخر فلم يجزئه فإذا قلنا لا يجزئ عتق النصفين لم يجز في هذه المسألة عن شيء من الكفارتين وإن قلنا يجزئ وكانت الكفارتان من جنس أجزأ العتق عنهما وإن كانت من جنسين فقد قيل يخرج على الوجهين والصحيح أنه يجزئ وجها واحدا لأن عتق النصفين عنهما كعتق عبدين عنهما
فصل : ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله لأن الحكم لا يجوز تقديمه على سببه فلو قال لعبدته أنت حر الساعة إن تظاهرت عتق ولم يجزئه عن ظهار إن تظاهر لأنه قدم الكفارة على سببها المختص لم يجز كما لو قدم كفارة القتل على الجرح ولو قال لامرأته إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي لم يجز التكفير قبل دخول الدار لأنه تقديم للكفارة قبل الظهار فإن اعتق عبدا عن ظهاره ثم دخلت الدار عتق العبد وصار مظاهرا ولم يجزئه لأن الظهار معلق على شرط ولو قال لعبده إن تظاهرت فأنت حر عن ظهاري ثم قال لامرأته أنت علي كظهر أمي عتق العبد لوجود الشرط وهل يجزئه عن الكفارة فيه وجهان
أحدهما : يجزئه لأنه عتق بعد الظهار وقد نوى اعتاقه عن الكفارة
والثاني : لا يجزئه لأن عتقه مستحق بسبب آخر وهو الشرط النية لم د توجد عند عتق العبد والنية عند التعليق لا تجزئ لأنه تقديم لها على سببها والله سبحانه وتعالى أعلم