

مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ

و

مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ

لِلْمَدِينَةِ

مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ

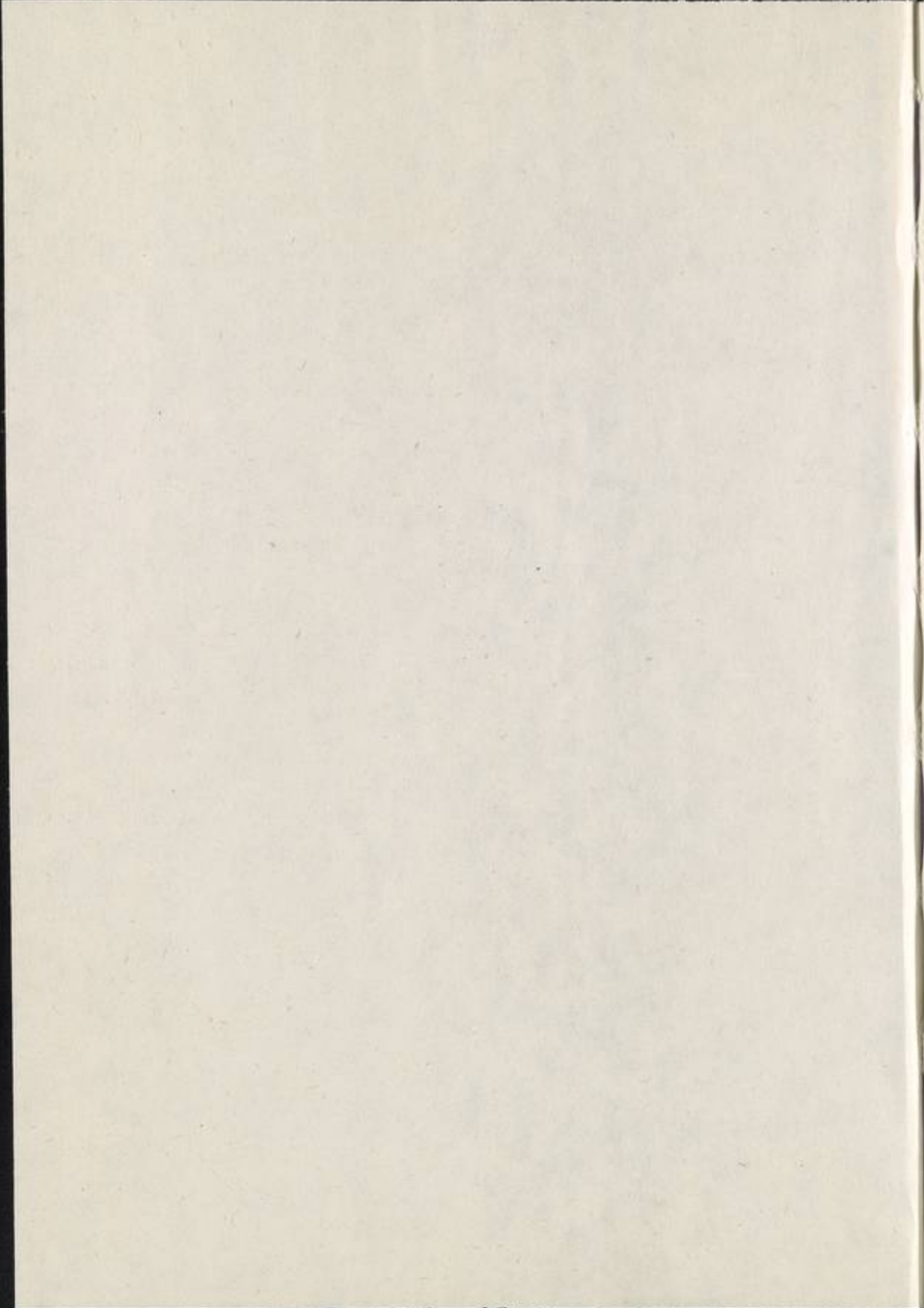
مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ

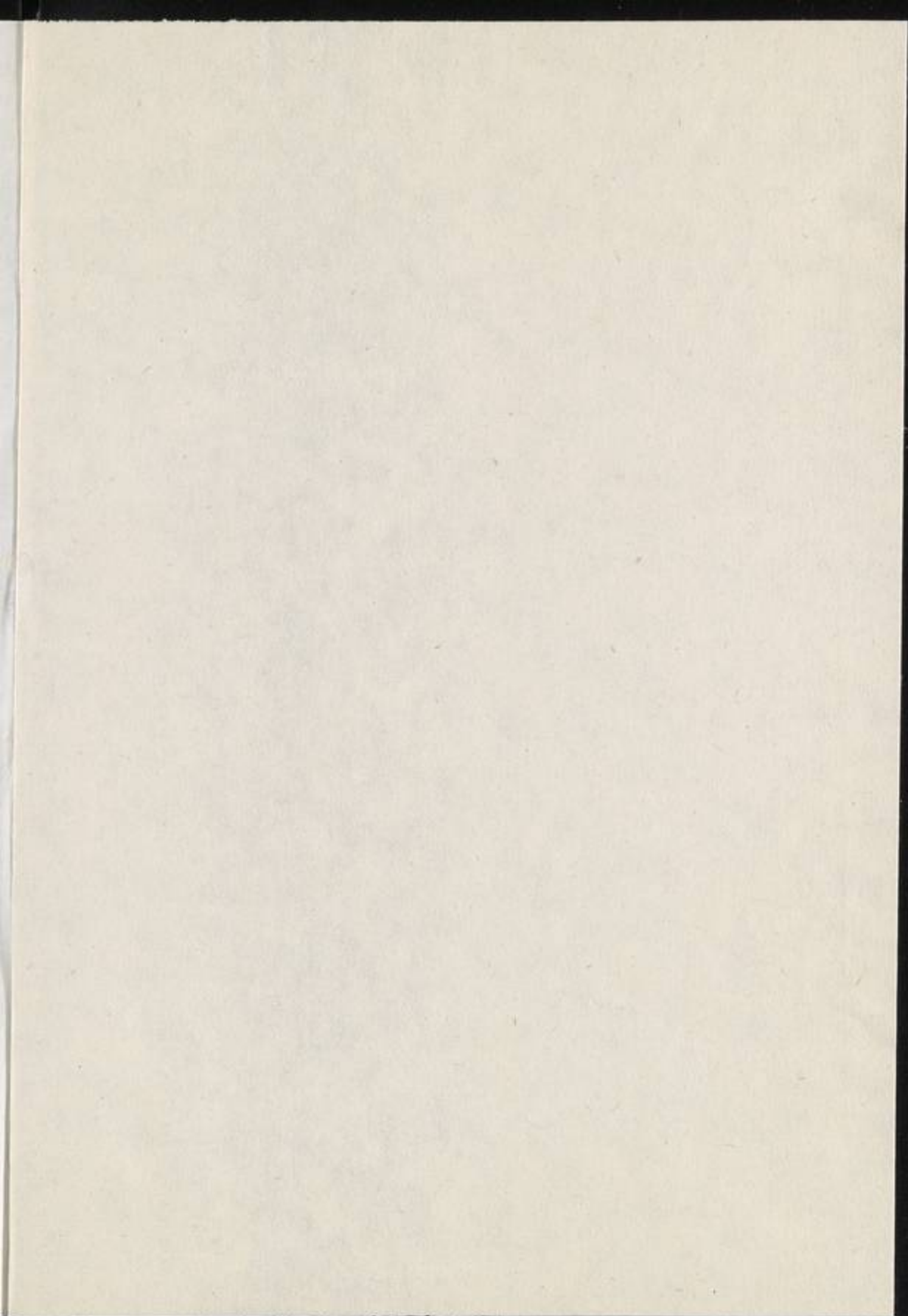
مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ

مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ

مَدِينَةُ الْمَدِينَةِ







مخطوطات
مكتبة أمير المؤمنين العباسي العامة

(٢٠)

تلخيص أخبار العرب

خلاصة الاختلاف

للفقيه الجليل

الشيخ مفضل بن حسن بن رشيد الصيمري

من أعلام القرن التاسع

الجزء الثالث

إشراف
السيد محمود المرعشي

تحقيق
السيد مهدي الرجائي

BuHStax

BP

156

.T86377

1987g

v.3



كتابخانه عمومی
مرکز آیت الله العظمیٰ مرعشی قمی

- * تلخیص الخلاف و خلاصة الاختلاف ج ۳
- * تألیف : الشیخ مفلح بن حسن بن رشید الصیمری
- * تحقیق : السید مهدی الرجائی
- * نشر : مکتبة آية الله العظمى المرعشى النجفى العامة قم المقدسة
- * طبع : مطبعة سيد الشهداء عليه السلام
- * تاریخ الطبع : ۱۴۰۸ هـ ق
- * العدد : ۱۰۰۰
- * الطبعة : الأولى
- * السعر : ۴۵۰ تومان للدورة الكاملة

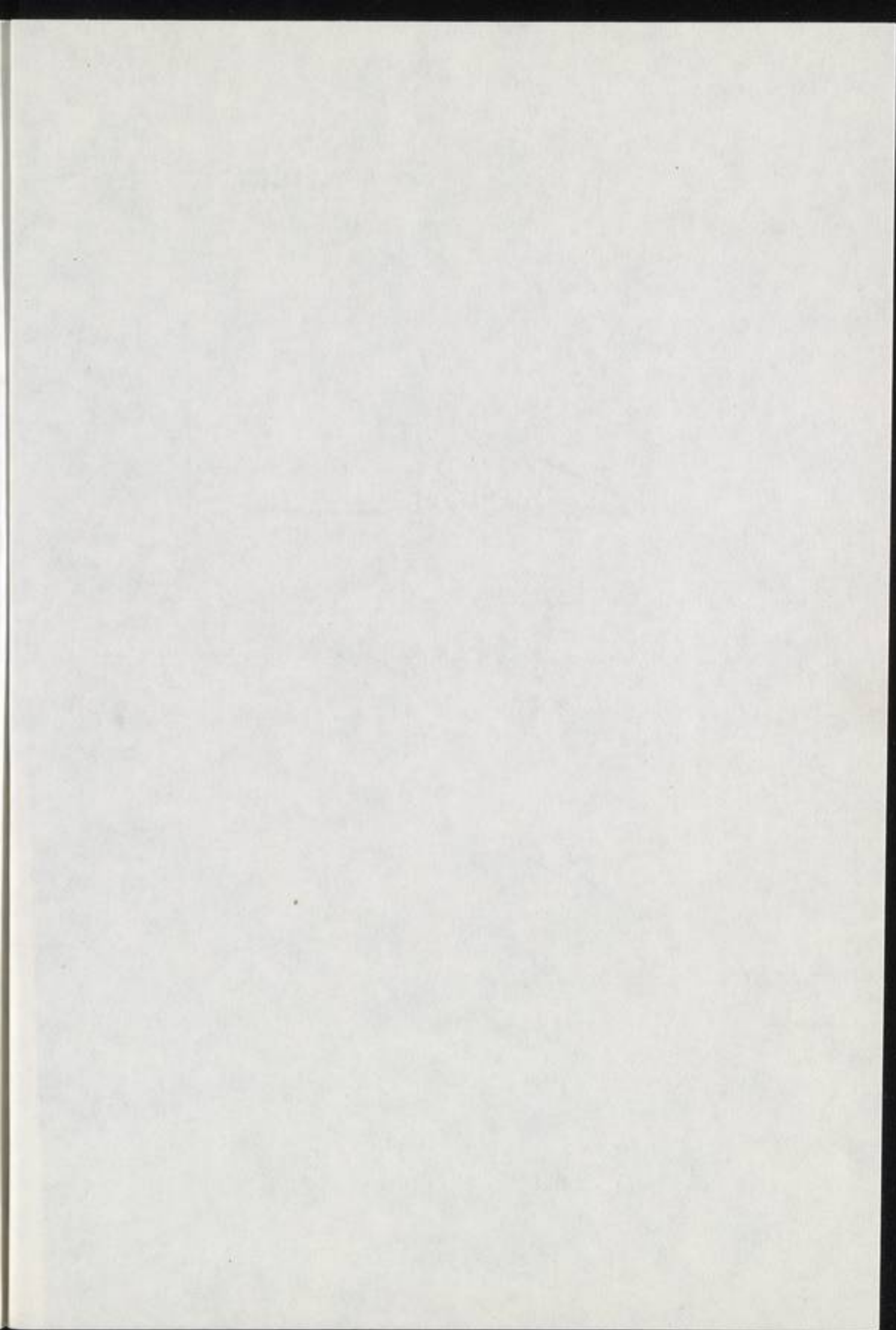
6/26/98

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد وآله
الطيبين الطاهرين ، واللعنة الدائمة على أعدائهم أجمعين الى يوم
الدين .

AGE 6831

JH



كتاب الخلع

مسألة - ١ - قال الشيخ : اذا كانت الاحوال بين الزوجين عامرة والاخلاق ملتزمة ، واتفقا على الخلع وبذلت له شيئاً على طلاقها لم يحل ذلك ، وبه قال عطا والزهري وأهل الظاهر .

وقال الشافعي وأبو حنيفة ومالك : ذلك مباح .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : لا يصح الخلع الا في طهر لم يقربها فيه بجماع اذا كان دخل بها ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك وقالوا : يجوز في الحيض وفي طهر قربها فيه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : الصحيح من مذهب أصحابنا أن الخلع بمجرد لا يقع ، ولا بد معه من التلفظ بالطلاق ، وفي أصحابنا من قال : لا يحتاج معه الى الطلاق ، بل نفس الخلع كاف ، الا أنهم لم يبينوا أنه طلاق أو فسخ .
وللشافعي قولان : أحدهما أنه طلاق قاله في الاملاء ، وهو اختيار مالك وأبو حنيفة وأصحابه ، والاخر أنه فسخ قاله في القديم ، وهو اختيار ابن عباس وصاحبه

عكرمة وطاووس ، وبه قال أحمد وابو ثور .

إذا عرفت هذا ، فالقائل من أصحابنا يقع بمجرد هو السيد المرتضى وابن الجنيد والمفيد وسالار وابن حمزة واختاره العلامة في مختلفه^(١) وفخر الدين ، وابن فهدي مقتصره^(٢) ، وهو المعتمد .

فعلى هذا هل هو طلاق بمعنى أنه يعد في الثلاث أو فسخ ؟ قال المرتضى وابن الجنيد والعلامة في المختلف وفخر الدين وابن فهدي : هو طلاق .

وقال الشيخ : ولو قلنا بوقوعه مجرداً كان الأولى أنه فسخ ، لأنه لو كان طلاقاً لكان كناية لاصريحاً ، والطلاق لا يقع بالكناية . والمعتمد أنه طلاق .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : الخلع جائز من الزوجين ولا يفتقر الى حاكم ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

وقال الحسن البصري وابن سيرين : لا يصح الا بحاكم .

والمعتمد أنه لا يفتقر الى حاكم ، وانما يفتقر الى شاهدين عدلين يسمعه ، ويفتقر الى جميع شروط الطلاق ، واشترط الحاكم ابن الجنيد من أصحابنا . مسألة - ٥ - قال الشيخ : البذل في الخلع غير مقدر ان شاء اختلعا بقدر المهر أو أقل أو أكثر ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي . وقال أحمد والزهرى : لا يجوز بأكثر من المهر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : الخلع اذا وقع صحيحاً سقطت الرجعة ، ولا يملك الزوج الرجعة والبذل أبداً ، سواء كان الخلع بلفظ الفسخ أو بلفظ الطلاق ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

(١) مختلف الشيعة ص ٤٣ ، كتاب الطلاق .

(٢) المقتصر في شرح المختصر - مخطوط .

وقال سعيد بن المسيب: الزوج بالخيارين أن يملك العوض ولا رجعة، وبين أن يرد العوض ويرجع في العدة. وقال أبو ثور: إن كان بلفظ الخلع فلا رجعة، وإن كان بلفظ الطلاق ملك العوض وله الرجعة.

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة ٧- قال الشيخ: إذا وقع الخلع على بذل فاسد، مثل الخمر والخنزير وكل ما لا يصح تملكه لا يصح خلعه، وخالف جميع الفقهاء في ذلك، وقالوا: يصح خلعه.

واختلفوا فقال أبو حنيفة: يكون تطليقة رجعية. وقال الشافعي: الخلع صحيح وعليه مهر المثل.

والمعتمد أن تبعه بالطلاق وقع طلقة رجعية، وإن لم يتبعه بالطلاق فسد.

مسألة ٨- قال الشيخ: إذا طلقها طلقة على دينار بشرط إن له الرجعة لم يصح الطلاق.

وقال المزني فيما نقله عن الشافعي: إن الخلع باطل، ويثبت له الرجعة ويسقط البذل، لأنه جمع بين أمرين متنافيين: ثبوت الرجعة مع ملك العوض فبطلت وتثبت الرجعة، ثم قال المزني: الخلع عندي صحيح والبذل فاسد، ويجب عليه مهر المثل ويسقط الرجعة.

والمعتمد قول الشيخ، وهو اختيار العلامة في القواعد والتحرير، قال في القواعد: ولو قال خلعتك على ألف على أن لي الرجعة لم يصح، وكذا لو طلق بشرط الرجعة بعوض^(٢).

وقال في التحرير: ولو خالعهما على دينار وشرط له الرجعة ولم يرجع، لم

(١) تهذيب الاحكام ١٠٠/٨

(٢) قواعد الاحكام ٨١/٢

يصح الخلع ولا الشرط^(١).

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا اختلعت نفسها من زوجها بألف على أن متى طلبتها استردتها وحل له الرجعة ، صح الخلع وثبت الشرط .

وقال أكثر أصحاب الشافعي : يصح الخلع وعليها مهر المثل ، وله قول آخر ان الخلع يبطل ويثبت الرجعة ، واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم . والمعتمد الصحة ويتقيد الرجوع بالعدة ، ويحمل اطلاق الشيخ عليه ، لان بعد العدة لا يصح الرجوع بالبذل ولا بالطلاق ، فلو اشترطت الرجوع بعد العدة بطل الشرط والخلع ، لمخالفته الكتاب والسنة .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : المختلعة لا يلحقها الطلاق ، ومعناه أن الرجل اذا خالع زوجته خلعاً صحيحاً ، ملك العوض وسقطت الرجعة ، فان طلقها بعد ذلك لم يلحقها طلاقه ، سواء كان بصريح اللفظ أو بالكناية بالعدة كان أو بعد انقضائها بالقرب من الخلع أو بعد التراخي ، وبه قال الشافعي وابن حنبل .

وقال ابو حنيفة وأصحابه : يلحقها طلاقه قبل انقضاء العدة ، ولا يلحقها بعد انقضائها ، وانفرد أبو حنيفة بأن قال : يلحقها بصريح اللفظ ، ولا يلحقها بالكناية مع النية .

وقال مالك والحسن البصري : يلحقها بالقرب من الخلع ولا يلحقها بالبعد منه . ثم اختلفا في القرب ، فقال مالك : أن يتبع الخلع بالطلاق ، فتقول له : خالعتك بألف ، فيقول : خالعتك بألف أنت طالق . وقال الحسن البصري : القرب أن يطلقها في مجلس الخلع ، والبعد بعد النفر من مجلس الخلع .

والمعتمد قول الشيخ ، قال : دليلنا انا قد بينا أن الخلع لا يقع بمجرد ، ولا بد أن يتبع بلفظ الطلاق ، واذا تلفظ به لم يمكنه أن يطلقها ثانياً قبل الرجعة ، وهذه

لا يمكنه فيها رجعة، ومن قال من أصحابنا: لا يحتاج الى لفظ الطلاق لا يمكنه أيضاً
لانه لارجعة فيها ، لانها قد بانت بنفس الخلع .

مسألة ١١ - قال الشيخ: اذا قال لها اندخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً، أو ان
كلمت امك فأنت طالق ثلاثاً، فعندنا أن هذا باطل، لانه تعليق للطلاق بشرط وذلك
لا يصح .

وقال جميع الفقهاء : هذه يمين صحيحة ، فاذا أرادت أن تكلم امها ولا يقع
الطلاق ، فالحيلة أن يخالعهما فتبين بالخلع، ثم تكلم امها وهي باين، فتخل اليمين
ثم يتزوج بها بعد هذا ، ثم تكلم امها فلا يقع الطلاق هذا قول الشافعي عنده أن
اليمين تنحل بوجود الصفة وهي باين منه .

وقال مالك وأحمد بن حنبل: لاتنحل اليمين بوجود الصفة وهي باين، فمتى
تزوجها بعد هذا ثم وجدت الصفة وقع الطلاق، وبه قال الاصطخري من أصحاب
الشافعي .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ١٢ - قال الشيخ : اذا قال لزوجته : أنت طالق كل سنة تطليقة ، ثم
بانت منه في السنة الاولى ، ثم تزوجها فجاءت السنة الثانية وهي زوجته بنكاح
جديد، هل يعود حكم اليمين في النكاح الثاني أم لا اذا لم يوجد الصفة وهي باين؟
للشافعي ثلاثة أقوال :

أحدها لا يعود على كل حال ، سواء بانت بالثلاث أو بدونها .

والثاني يعود بكل حال ، وهو أحد قوليه في القديم .

والثالث ان كان الطلاق ثلاثاً يعود، وان كان دونها عادت الصفة، وبه قال أبو

حنيفة .

وهذا الفرع ساقط عنا ، لعدم وقوع الطلاق المعلق على صفة عندنا .

مسألة -١٣- قال الشيخ: لا ينعقد الطلاق قبل النكاح ولا يتعلق به حكم، سواء عقده في عموم النساء أو خصوصهن أو أعيانهن ، وسواء كانت الصفة مطلقة، أو مضافا الى ملك .

فالمعوم مثل أن يقول: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، والخصوص كل امرأة أتزوجها من القبيلة الفلانية فهي طالق، والأعيان ان تزوجت بفلانة أو هذه فهي طالق ، والصفة المطلقة أن يقول: الأجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق ، والصفة المقيدة أن يقول للأجنبية: ان دخلتي الدار وأنت زوجتي فأنت طالق ، وهكذا الحكم في العتق على هذا الترتيب ، وبه قال الشافعي وأحمد وإسحاق .

وقال الشعبي والنخعي وأبو حنيفة وأصحابه: ينعقد قبل النكاح في عموم النساء وخصوصهن وأعيانهن . وأما الصفة فقال أبو حنيفة: لا ينعقد المطلقة و ينعقد المقيدة وهكذا مذهبه في العتق على تفصيل الطلاق .

وقال مالك وربيعة: ان عقده في عموم النساء لا ينعقد، و ينعقد في خصوصهن وأعيانهن . والفرق أنه اذا عقده في عموم النساء لم يبق له سبيل الى النكاح ، فيصير مبتلا بلازوجة ، وليس كذلك في الخصوص والأعيان .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل عليه باجماع الفرقة .

مسألة -١٤- قال الشيخ: اذا اختلعا على ألف ولم يريدوا بالالف جنساً من الاجناس ، لم يصح الخلع والعتق باق على حاله .

وقال الشافعي: الخلع صحيح والعوض باطل ، فيلزمها مهر المثل .
والمعتمد قول الشيخ ان اتفقا أنهما لم يريدوا جنساً ، وان اختلفا بالارادة كان القول قولها .

مسألة -١٥- قال الشيخ: اذا اختلفا في النقد واتفقا على القدر والجنس ، أو اختلفا في تعيين القدر أو اطلاق اللفظ، أو اختلفا في الارادة بلفظ القدر من الجنس

والنقد ، فعلى الرجل البينة ، فان عدها كان عليهما اليمين .

وقال الشافعي في جميع ذلك : يتحالفان ويجب مهر المثل .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا قال : خالعتك على ألف في ذمتك ، فقالت : بل على ألف في ذمة زيد ، كان القول قولها مع يمينها أنه لا يتعلق بذمتها أما اقرارها بأنه في ذمة زيد فلا يلتفت اليه .

وللشافعي وجهان : أحدهما يجب مهر المثل من غير يمين ، والثاني يجب مع اليمين ، قال : وهو المذهب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : لا يتبع الخلع بشرط ولاصفة ، وقال جميع الفقهاء انه يقع .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا قال لها : ان أعطيتني ألفاً فأنت طالق ، أو اذا أعطيتني أو متى أعطيتني أو متى ما ، أو أي حين ، وغير ذلك من ألفاظ الزمان ، فانه لا ينعقد الخلع .

وعند جميع الفقهاء أنه ينعقد ، فان كان اللفظ ان واذا اقتضى العطية على الفور والا بطل العقد ، وان كان لفظ زمان ، فأى وقت أعطته وقع الطلاق .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا قال خالعتك على ما في هذه الجرة من الخل فبان خمرأ ، صح الخلع ولها مثل الخل ، وبه قال الشافعي في القديم ، وقال في الجديد : يصح الخلع ويفسد البذل وعليها مهر المثل ، وبه قال أبو حنيفة .

وجزم العلامة في القواعد^(١) والتحرير^(٢) بقول الشيخ ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ: اذا قالت طلقني ثلاثاً بألف ، وطلقها ثلاثاً فعليها الالف ، وان طلقها واحدة أو اثنتين استحق بالحصه من الالف بلاخلاف بينهم وان قالت : طلقني ثلاثاً على ألف، فالحكم فيه مثل ذلك عند أصحاب الشافعي . وقال أبو حنيفة : ان طلقها ثلاثاً فله الالف ، وان طلقها أقل من الثلاث وقع الطلاق ولم يجب عليه شيء .

وعندنا المسألان لاتصحان على أصلنا، لان الطلاق الثلاث لا يصح الامرء واحدة فان أوقع طلقه واحدة أو تلفظ بالثلاث صححت واحدة واستحق ثلث الالف . والمعتمد ان قصدت ثلاثاً ولأء لم يصح البذل ، وان قصدت ثلاثاً برجمتين صح، فان طلقها ثلاثاً بينهما رجمتان استحق الالف، وان طلقها واحدة قيل: يستحق ثلث الالف .

والمعتمد أنه لا يستحق شيئاً، لان مقابلة الجميع بالجملة لا يقتضي مقابلة الاجزاء بالاجزاء .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ: اذا قال خالعتك على حمل هذه الجارية وطلقها على ذلك ، لم يقع الطلاق ولم يصح الخلع .

وقال الشافعي : يصح الطلاق والخلع ، ويطل المسمى ويجب مهر المثل سواء خرج الولد سليماً أو لم يخرج .

وقال أبو حنيفة : ان لم يخرج الولد سليماً فله مهر المثل، وان خرج سليماً فهو له وصح العوض .

(١) قواعد الاحكام ٨٠/٢ .

(٢) تحرير الاحكام ٥٩/٢ .

والمعتمد بطلان الخلع ، فان اتبع بالطلاق وقع رجعيًا .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا كان الخلع بلفظ المبارات أو بلفظ الخلع ملك عليها البذل، فان كان قبل الدخول فلها نصف الصداق، وان كان بعد الدخول استقر المسمى، فان كان قبل الاقباض وكان قبل الدخول وجب عليه اقباض النصف وان كان بعد الدخول وجب عليه اقباض الجميع ، وان كان بعد الاقباض ردت عليه النصف ان كان قبل الدخول ولا يرد شيئاً بعده هذا كلام الشافعي ، وبه قال محمد بن الحسن .

وقال أبو حنيفة : عليه المسمى في الخلع ، ويبرء كل واحد منهما من حقوق الزوجية من الاموال ، فان كان قبل الدخول وكان قبل القبض برىء الزوج من جميع المهر ، وان كان بعد القبض لم يرد عليه شيئاً ، وان كان بعد الدخول وقبل الاقباض برىء ولا يجب عليه اقباض شيء بحال .

أما ما عدا هذا من الديون، فهل يبرىء كل منهما؟ فيه روايتان : روى محمد عن أبي حنيفة أنه يبرىء ، والمشهور أنه لا يبرىء ، ولا فرق بين أن يقع ذلك منهما بعوض أو بغير عوض، قالوا: فان كان بغير عوض ولم ينو الطلاق لم يبرىء كل واحد منهما من شيء بحال .

وقال أبو يوسف بقول أبي حنيفة ان كان بلفظ المبارات ، وبقول الشافعي اذا كان بلفظ الخلع .

قال الشيخ : والذي نقوله ان مذهبنا أنه اذا كان الطلاق بلفظ الخلع يجب العوض ، وهو ما يستقر عليه عقد الخلع كائناً ما كان ، قليلاً كان أو كثيراً ، واذا كان بلفظ المبارات استقر العوض اذا كان دون المهر ، وان كان مثل المهر أو أكثر منه لا يصح، واستحقاق الصداق فعلى ماضى ، فان كان قبل الدخول فنصفه ، وان كان بعده فالجميع ، ويقاص ذلك من الذي يقع عليه عقد الخلع والمبارات .

واعلم أن الشيخ هنا لم يسوغ أخذ المهر كملا في المبارات ، وهو مذهب ابني بابوية وابن أبي عقيل ، وسوغ المفيد وسالار وابن ادريس أخذه كملا ، واختاره المتأخرون ، وهو المعتمد .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : فرق أصحابنا بين لفظ الخلع والمبارات في الطلاق بعوض ، وأجازوا في لفظ الخلع من العوض ما تراضيا عليه ، قليلا كان أو كثيراً ، ولم يجيزوا في المبارات الا دون المهر ، ولم يفصل أحد من الفقهاء بين اللفظين .

والمعتمد التفصيل ، لكن يجوز في المبارات أخذ المهر كملا كما تقدم .
مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا اختلعا أجنبي من زوجها بغير اذنها لم يصح ذلك ، وبه قال أبو ثور . وقال جميع الفقهاء : يصح . والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار ابن ادريس ونجم الدين وفخر الدين .

واختلف كلام العلامة في ذلك ، قال في موضع من القواعد : وهل يصح من المتبرع ؟ الاقرب المنع^(١) . ومثله قوله في الارشاد . وقال في موضع آخر من القواعد في بقايا مباحث الخلع : لو قال طلق زوجتك وعلي ألف ، لزمه الالف مع الطلاق ، ولا يتبع الطلاق بائناً ، أما لو قال : خالعا علي ألف في ذمتي ، ففي الرجوع اشكال^(٢) .

وقال في التحرير : اذا خالعا الاجنبي المرأة من زوجها ، فان كان باذنها من مالها صح لانه وكيل ، وان كان من ماله بغير اذنها ، فالذي قواه الشيخ عدم الصحة وعندني فيه نظر^(٣) .

(١) قواعد الاحكام ٨٠ / ٢ .

(٢) قواعد الاحكام ٨٢ / ٢ .

(٣) تحرير الاحكام ٦٠ / ٢ .

ووجه الجمع بين كلامه أنه بعد أن استقرب عدم وقوعه من الاجنبي المتبرع
استشكل ذلك ليساوي احتمال الوقوع وعدمه والاقربية ، والاشكال انما هو في
وقوعه بايناً ، كما لو كان البذل منها أو من وكيلها .

أما قوله لو قال: طلق زوجتك وعلي ألف لزمه الألف مع الطلاق، ولا يقع الطلاق
بايناً، فهو خروج عن الخلع ، ولهذا قال : ولا يقع الطلاق بايناً ، فيكون بذلاً في
مقابله فك هذا، فعلى هذا ليرجع المطلق بالطلاق رجوع الباذل في البذل ، لعدم
حصول الفك الذي بذل في مقابلته .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : اذا اختلف المختلعان في جنس العوض ، أو قدره
أو تأجيله ، أو في عدد الطلاق ، كان القول قول المرأة في قدر ما وقع عليه الخلع
وعلى الزوج البينة ، وقول الرجل في عدد الطلاق ، فانه لا يصح أن يخلمها على
أكثر من طلقة واحدة .

وقال أبو حنيفة : القول قولها في جميع ذلك وعليه البينة . وقال الشافعي :
يتحالفان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : لو خالعت المرأة في مرضها بأكثر من مهر مثلها ،
كان الكل من صلب مالها .

وقال الشافعي : مهر المثل من صلب المال والباقي من الثلث . وقال أبو حنيفة :
الكل من الثلث .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار العلامة في القواعد والتحرير^(١) جزماً .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : ليس للولي أن يطلق عمن له عليه ولاية بعوض

ولا بغير عوض ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأكثر الفقهاء .

(١) تحرير الاحكام ٦٠ / ٢ .

وقال الحسن وعطاء: يصح بعوض وغير عوض . وقال مالك والزهري: يصح
بعوض ولا يصح بغير عوض .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، بقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « الطلاق
بيد من أخذ بالساق »^(١).

(١) عوالي اللئالي ١/٢٣٤ ، برقم : ١٣٧ .

كتاب الطلاق

مسألة ١- قال الشيخ : الطلقة الثالثة هي المذكورة بعد قوله تعالى «الطلاق مرتان»^(١) الخ وبعدها قوله «فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره» دون قوله « فامسك بمعروف أو تسريح باحسان » وبه قال جماعة من التابعين ، وروي ذلك عن الشافعي، وروي عن ابن عباس أنه قال: أو تسريح باحسان الطلقة الثالثة ، وهو اختيار الشافعي وأصحابه .

والمعتمد قول الشيخ ، قال : لان قوله « أو تسريح باحسان » ليس صريحاً بالطلاق ، ونحن لانقول بالكنايات .

مسألة ٢- قال الشيخ: الطلاق المحرم هو أن يطلق مدخولاً بها غير غائب عنها غيبة مخصوصة في حال الحيض ، أو في طهر قد جامعها فيه، فما هذا حكمه فانه لا يقع عندنا والعقد ثابت بحاله .

وقال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وأصحابه : يقع الطلاق وان كان محظوراً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

(١) سورة البقرة : ٢٢٩ .

مسألة ٣- قال الشيخ: اذا طلقها ثلاثاً بلفظ واحد، كان مبدعاً ووقعت واحدة عند تكامل الشروط عند أكثر أصحابنا، ومنهم من قال: لا يقع شيء، وبه قال علي عليه السلام وأهل الظاهر، وروى الطحاوي عن محمد بن اسحاق أنه قال: يقع واحدة مثل ما قلناه .

وقال الشافعي وأصحابه: ذلك مباح غير محذور. وقال أبو حنيفة وأصحابه ومالك: ذلك محذور لكنه واقع .

والمعتمد قول الشيخ، وهو المشهور عند أصحابنا. وقال المرتضى وابن أبي عقيل: لا يقع شيء .

مسألة ٤ - قال الشيخ: كل طلاق لا يحضره شاهدان عدلان فانه لا يقع، وخالف جميع الفقهاء في ذلك، ولم يعتبر أحد منهم الشهادة .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١)، وقوله تعالى « وأشهدوا ذوي عدل منكم »^(٢).

مسألة ٥ - قال الشيخ: اذا قال لحائض أنت طالق الطلاق السنة لم يقع طلاقه .

وقال الشافعي: لا يقع في الحال، فاذا طهرت وقع قبل الغسل وبعده سواء وقال أبو حنيفة: ان انقطع لاكثر الحيض كما قال الشافعي، وان انقطع لاقله لم يطلق حتى يغتسل .

والمعتمد قول الشيخ، لان طلاق الحائض لا يقع في الحال ولا فيما بعد الطهر مالم يجدد الطلاق .

مسألة ٦- قال الشيخ: اذا قال لها في طهر لم يجامعها فيه: أنت طالق للبدعة

(١) تهذيب الاحكام ٢٧/٨ .

(٢) سورة الطلاق: ٢ .

وقع طلاقه في الحال وبلغو قوله للبدعة، إلا أن ينوي أنها طالق إذا حاضت، فإنه لا يقع أصلاً، لأنه علقه بشرط.

وقال جميع الفقهاء: لا يقع طلاقه في الحال، فإذا حاضت بعدها أو نفست وقع الطلاق، لأنه زمان البدعة.

والمعتمد عدم وقوع الطلاق في الحال ولا فيما بعد، وهو اختيار نجم الدين والعلامة وفخر الدين، لأن البدعي لا يقع وغيره غير مقصود، فلا يقع بشيء.

مسألة ٧- قال الشيخ: إذا قال لها في طهر ما قربها فيه: أنت طالق ثلاثاً للسنة وقعت واحدة وبطل الزائد.

وقال الشافعي: يقع الثلاث. وقال أبو حنيفة: يقع في كل قرء واحدة. والمعتمد قول الشيخ.

مسألة ٨- قال الشيخ: إذا قال أنت طالق أكمل طلاق، أو أكبر طلاق، أو أتم طلاق وقعت واحدة رجعية، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة في أتم مثل ما قلناه، وفي أكمل وأكبر: إنها يقع بائناً. والمعتمد قول الشيخ.

مسألة ٩- قال الشيخ: إذا قال أنت طالق أقصر طلاق، أو أطول طلاق، أو أعرض طلاق، طلقت واحدة رجعية، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يقع بائنة.

والمعتمد قول الشيخ.

مسألة ١٠- قال الشيخ: إذا قال لها أنت طالق إذا قدم فلان، فقدم فلان فلا يطلق، وكذا لو علقه على شرط من الشروط، أو صفة من الصفات المستقبلية، فإنه لا يقع في الحال ولا عند حصول الشرط والصفة.

وقال جميع الفقهاء: يقع عند حصول الشرط والصفة.

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١١- قال الشيخ: اذا قال لها أنت طالق ولم ينو البينونة لم يقع طلاقه ومتى قال: أردت غير الظاهر قبل منه في الحكم وفيما بينه وبين الله ما لم يخرج من العدة ، فان خرجت لم يقبل منه في الحكم .

وقال جميع الفقهاء : انه لا يقبل ذلك منه في الحكم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -١٢- قال الشيخ : اذا قال لها أنت طالق الحرج ، فانه لا يقع

فيه فرقة .

وقال أصحاب الشافعي : ليس لنا فيها نص ، والذي يجيء على المذهب أنه

عبارة عن طلاق البدعة ، لان الحرج عبارة عن الاثم .

والمعتمد عدم الوقوع .

مسألة -١٣- قال الشيخ : اذا سأله بعض نسائه أن يطلقها ، فقال : نسائي

طوائق ولم ينو أصلاً، فانه لا يقع طلاق واحدة منهن، وان نوى بعضهن فعلى مانوى .

وقال الشافعي : يطلق كل امرأة له ، نوى أو لم ينو، الا ابن الوكيل فانه قال:

اذا لم ينو السالم فانها لا يطلق .

وقال مالك: يطلق نسائه الا السائلة، فانها لا يطلق لانه عدل من المواجهة الى

الكناية ، فعلم أنه قصد غيرها .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة، وجزم به العلامة في التحرير^(١).

مسألة -١٤- قال الشيخ : صريح الطلاق لفظ واحد، وهو قوله أنت أو فلانة

أو هذه طالق مع مقارنة النية له، فان تجرد عن النية، فانه لا يقع شيء، والكنائيات

لا يقع بها شيء ، قارنها نية أو لم يقارنها .

(١) تحرير الاحكام ٥٢/٢ .

وقال الفقهاء : الصريح ما يقع به الطلاق من غير نية ، والكنايات ما يحتاج الى النية ، فالصريح عند الشافعي على قوله في الجديد ثلاثة ألفاظ : الطلاق ، والفراق ، والسراح .

وقال مالك : صريح الطلاق كثير : الطلاق والفراق والسراح وخلية وبرية وبتة وبتلة وباين وغير ذلك مما نذكره .

وقال أبو حنيفة : صريح الطلاق لفظ واحد ، وهو الطلاق على ما قلناه ، غير أنه لايراعى النية ، وقال : ان قال في حال الغضب : فارقتك أو سرحتك كان صريحاً فأما غير هذه اللفظ فكلها كنايات .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .
مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا قال أنت مطلقة ، لم يكن ذلك صريحاً في الطلاق وان قصد انها مطلقة الان ، وان لم يقصد لم يكن ذلك شيئاً .

وقال الشافعي : هو صريح . وقال أبو حنيفة : هو كناية لانه اخبار .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا قال لها أنت طالق ، ثم قال : أردت أن أقول أنت طاهر ، أو قال : طلقتك ، ثم قال : أردت أن أقول أمسكتك فسبق لساني فقلت طلقتك ، قبل منه في الحكم وفيما بينه وبين الله .

وقال جميع الفقهاء : لايقبل منه في الحكم الظاهر ، ويقبل فيما بينه وبين الله .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : كنايات الطلاق لايقع فيها شيء من الطلاق ، سواء كانت ظاهرة أو خفية ، نوى الفرقة أو لم ينو لا واحدة ولاما زاد عليها .

وقال الشافعي : الكنايات على ضربين : ظاهرة وباطنة ، فالظاهرة خلية وبرية

(١) تهذيب الاحكام ٣٨/٨ .

وبنة وبنته وباين وحرام، والخفية كثيرة منها : اعتدي واستبرئي رحمك وتجرعني وتقنعي واذهبي واغربي والحقي بأهلك وحبلك على غاربك، وجميعها يحتاج الى نية يقارن اللفظ ويقع مانواه ، سواء نوى واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً، فان نوى واحدة أو اثنتين كانا رجعيين ، سواء كان ذلك في المدخول بها أو غير المدخول بها ، وسواء كان ذلك في حال الرضا أو حال الغضب .

وقال مالك: الكنايات الظاهرة صريح في اللفظ، وأما الخفية ، فقوله اعتدي أو استبرئي رحمك ، فهو صريح في واحدة رجعية ، فان نوى أكثر من ذلك وقع مانوى .

وقال أبو حنيفة : لا يخلو الكنايات من أحد أمرين : أما أن يكون معها قرينة أو لاقرينة معها ، فان لم يكن معها قرينة ، فلا يقع بها طلاق بحال ، وان كان معها قرينة ، فالقرينة على أربعة أضرب : عوض ، أو نية ، أو ذكر طلاق، أو غضب . فان كانت القرينة عوضاً كان صريحاً في الطلاق، وان كانت النية وقع الطلاق بها كلها ، وان كانت القرينة ذكر الطلاق أو غضب دون النية لم يقع الطلاق بشيء منها الا في ثمان كنايات : خلية وبرية وبنة وباين وحرام واعتدي واختاري وأمرك بيدك ، فان الطلاق بشاهد الحال يقع بكل واحدة من هذه .

فان قال : لم أرد طلاقاً فهل يقبل منه ؟ نظرت ، فان كانت القرينة ذكر طلاق قبل منه فيما بينه وبين الله، ولم يقبل منه في الحكم، وان كانت القرينة حال الغضب قبل منه فيما بينه وبين الله، ولم يقبل منه في الحكم في ثلاث كنايات: اعتدي واختاري وأمرك بيدك فأما الخمس البواقي فانه يقبل منه في الحكم، فهذا الحكم في وقوع الطلاق. أما الكلام في حكمه هل يقع بايناً وما يقع من العدد؟ قالوا : الكنايات هلى ثلاثة أضرب :

أحدها: مالحق بالصريح ، ومعناه أنه كقوله أنت طالق، فانه يقع بها عندهم

واحدة رجعية ، ولا يقع أكثر من ذلك ، وان نوى زيادة عليها وهي ثلاثة ألفاظ :
اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة .

والضرب الثاني : ما يقع بها واحدة باينة ، ولا يقع بها سواها وان نوى الزيادة
وهي كناية واحدة اختاري ونوى الطلاق فاخترته ونوت ، قالوا : لا يقع بها الا
واحدة ولو نوى ثلاثاً .

الضرب الثالث : ما يقع بها واحدة باينة ويقع ثلاث طلاقات ولا يقع طلقتان على
حرة ، سواء كان زوجها حراً أو عبداً ، لان الطلاق عندهم بالنساء لا يقع عندهم
بالكناية مع النية طلقتان دفعة واحدة على حرة ، فان كانت أمة وقع بها طلقتان بالكناية
تحت حر كانت أو تحت عبد .

والمعتمد عدم وقوع الطلاق بالكنايات عندنا ، وانما أوردنا أفوالهم فيها ،
لان الغرض الاهم من هذا الكتاب معرفة مذاهبهم .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا قال أنت مطلقة لم يقع صريحاً ولا كناية .
وللشافعي وجهان : أحدهما أنه صريح ، وبه قال أبو حنيفة . والآخر أنه كناية .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا قال لها : أنت حرة ، أو قال : أعتقتك ونوى
الطلاق لم يكن طلاقاً . وقال جميع الفقهاء : يكون طلاقاً مع النية .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا قال لزوجته : أنا منك طالق لم يكن ذلك شيئاً
لاصريحاً ولا كناية ولو نوى ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : يكون كناية ، فان نوى به البيزونة وقع مانوى .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا قال أنا منك معتد لم يكن ذلك شيئاً ، وبه قال

أبو حنيفة . وقال الشافعي : هو كناية .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا قال لها : أنا منك باين أو حرام لم يكن شيئاً

وقال أبو حنيفة والشافعي : هو كناية .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : اذا قال أنت طالق لم يصح ، ان نوى أكثر من

واحدة ، ولو نوى أكثر لم يقع الا واحدة .

وقال الشافعي : ان لم ينو شيئاً وقع واحدة ، وان نوى وقع مانواه ، سواء

نوى طلقة أو طلقتين أو ثلاثاً ، وهكذا كل الكنايات يقع بها مانوى ، وبه قال مالك .

وقال أبو حنيفة : أما صريح الطلاق أنت طالق وطلقتك ، ولا يقع بها الا واحدة

وبه قال الاوزاعي والثوري .

قال أبو حنيفة : وكذلك اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة واختاري

لا يقع بهن الا طلقة واحدة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا قال أنت طالق ، أو أنت الطلاق ، أو أنت طالق

طلاقاً ، أو أنت طلاق الطلاق ، لا يقع به شيء ، نوى أو لم ينو ، الا بقوله أنت

طالق طلاقاً وينوى فانه يقع به واحدة لا أكثر .

وقال أبو حنيفة بجميع ذلك يقع مانوى واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ، وبه قال

الشافعي .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : اذا كتب بطلاق زوجته ولم يقصد الطلاق لم يقع

بلاخلاف ، فان قصد به الطلاق ، فعندنا لا يقع به شيء .

وللشافعي قولان: أحدهما يقع على كل حال، وبه قال أبو حنيفة، والآخر لا يقع وهو المعتمد، واستدل الشيخ باجماع الفرقه .

وقال في النهاية: وان كان غائباً وكتب بخطه ان فلانة طالق وقع الطلاق^(١) ومثله قول ابن البراج في الكامل وجوزه ابن حمزة بأربعة شروط: أن يكتب بخطه، ويشهد عليه، ويسلمه الى الشاهدين ولا يفارقهما حتى يقرأ الشهادة، ويعلمها المطلقة. والشيخ لم يشترط غير الكتابة بخطه .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ: اذا قال لها طلقتي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة، وقع عند الشافعي، وعند أبي حنيفة لا يقع أصلاً، وهو مذهبنا وان اختلفنا في العلة. والمعتمد قول الشيخ، وهو مذهب فخر الدين، للمخالفة واختلاف الحكم بين الواحدة والثلاث، وربما تعلق غرضه بحكم الثلاث واختار العلامة وقوع واحدة كقول الشافعي .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ: اذا قال لها طلقتي نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً وقع واحدة عند الشافعي، وعند مالك لا يقع، وهو مذهبنا وان اختلفنا في التعليل. واختار نجم الدين والعلامة وقوع واحدة، وهو قوي هنا .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ: اذا قال لزوجته الحرة أو الامه أو أمته: أنت علي حرام، لم يتعلق به حكم لاطلاق ولاعتاق ولاظهار، نوى أو لم ينو، ولايمين ولاوجوب كفارة .

وقال الشافعي: ان نوى طلاقاً في الزوجة فهو طلاق، فان لم ينو هتداً كان واحدة، وان نوى هتداً كان على مانواه، وان نوى ظهاراً كان ظهاراً، وان نوى تحريم هينها لم يحرم ويلزمه كفارة يمين ولايكون يميناً، لكن يجب به الكفارة. وان أطلق ففيه قولان: أحدهما تجب فيه كفارة، ويكون صريحاً في ايجاب الكفارة

والثاني لا يجب به شيء فيكون كناية .

وان قال ذلك لامته، قال: انه لا يكون فيها طلاق ولاظهار، لكنه ان نوى عنتها حنت، وان نوى تحريم حينها لم يحرم ويلزمه كفارة يمين، وان أطلق فعلى قولين كالحرمة .

واختلف في هذه اللفظة حال الاطلاق ، فقال الاوزاعي : يكون يمينا ، وقال الزهري: يكون طلقة رجسية، وقال أحمد : يكون ظهاراً، وقال أبو هريرة : يكون ثلاث طلقات .

وقال أبو حنيفة : ان خاطب بها الزوجة ونوى طلاقاً كان طلاقاً ، وان نوى ظهاراً كان ظهاراً ، واذا نوى الطلاق فان لم ينو عدداً وقعت طلقة باينة ، وان نوى عدداً فان نوى واحدة وقعت باينة ، وان نوى اثنتين وقعت واحدة باينة، وان نوى ثلاثاً وقعت ثلاثاً، كما يقول في الكنايات الظاهرة .

وان اطلق كان مؤلماً، فان وطئها قبل انقضاء أربعة أشهر حنت ولزمته الكفارة وان لم يطأها حتى مضت المدة بانتهى بطلقة كما يقول في المؤلى منها انها تبين بطلقة ، فأما اذا قال ذلك للامة ، فانه بمنزلة أن يحلف أنه لا يمسه فلا شيء عليه . والمتمم قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا قال كلما أملك علي حرام لم يتعلق به حكم سواء كان له زوجات واماء وأموال ، أو لم يكن له شيء ، نوى أو لم ينو . وقال الشافعي : اذا لم يكن له زوجات ولااماء وله مال مثل قولنا ، وان كان له زوجة واحدة فعلى ماضى ، وان كان له زوجتان فعلى قولين : أحدهما يتعلق به كفارة واحدة ، والاخر يتعلق بكل واحدة كفارة .

وقال أبو حنيفة : هو بمنزلة قوله والله لا انتفعت شيء من مالي ، فمتى انتفع بشيء من ماله حنت ولزمته الكفارة بناءً على أصله أن ذلك يمين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا قال كلي واشربي ونوى به الطلاق ، لم يقع به الطلاق، وبه قال أبو اسحاق المروزي .

وقال أبو حامد : المذهب أنه يقع به الطلاق لان معناه اشربي غصص الفرقة وطعمها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا قال لغير المدخول بها : انت طالق ثلاثاً وقعت واحدة ، وخالف جميع الفقهاء وقالوا يقع ثلاثاً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا قال لغير المدخول بها : أنت طالق أنت طالق ، بانته بالاولى ولم يلحقها الثانية والثالثة ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال قوم : تبين بالثلاث .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : أجمع الفأثلون بوقوع الطلاق المعلق على شرط أن الشرط اذا كان جائز الحصول وعدم الحصول أنه لا يقع الطلاق حتى يحصل الشرط، وذلك مثل قوله اذا دخلت الدار او ان كلمت زيدا ، وان كان الشرط يجب حصوله مثل قوله اذا جاء رأس الشهر أو طلعت الشمس ، فقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي : لا يقع الطلاق الا بعد حصول شرطه . وقال مالك : يقع الطلاق في الحال . وهذا ساقط عنا ، لانا لانقول بالطلاق المعلق على شرط .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا قال أنت طالق في رمضان ، فانها تطلق عند

الشافعي أول جزء من أول ليلة منه . وقال أبو ثور : تطلق عند آخر جزء منها .

وهذا ساقط عنا .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ: اذا قال اذا رأيت هلال رمضان فأنت طالق فرآه بنفسه، طلقت عندهم بلا خلاف بينهم ، واذا رآه غيره طلقت عند الشافعي ، ولم تطلق عند أبي حنيفة وهذا ساقط عنا .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اختلفوا فيمن قال ان لم تدخلني الدار ، أو اذا لم تدخلني الدار فأنت طالق ، هل هو على الفور أو التراخي؟ قال الشافعي: فيه قولان: أحدهما على الفور ، والاخر على التراخي فيهما ، وبه قال أبو حنيفة ، وفي أصحابه من فرق بين ان لم واذا لم ، وبالفرق قال محمد وأبو يوسف . وهذا ساقط هنا .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ : طلاق المكره وعتقه وسائر العقود التي اكره عليها لا يقع منه ، وبه قال الشافعي ومالك .

وقال أبو حنيفة وأصحابه: طلاق المكره واعتاقه واقع ، وكذلك كل عقد يلحقه فسخ ، مثل البيع والاجارة والصلح ، فانه يعتقد موقوفاً ، فان اجازه والابطل . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : طلاق السكران غير واقع عندنا . وللشافعي قولان : أحدهما وهو الاظهر أنه يقع ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . والثاني لا يقع ، وبه قال ربيعة والمزني وأبو ثور والطحاوي من أصحاب أبي حنيفة والكرخي .

والمعتمد عدم الوقوع مع عدم التمييز ، والوقوع معه .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ: اذا زال عقله بشرب البنج والاشياء المرقدة والمجنة لا يقع طلاقه ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي: ان كان شربه للتداوي فزال عقله لا يقع طلاقه ، وان شربه للعب

وغير الحاجة وقع طلاقه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٤٠- قال الشيخ : اذا قال له رجل : ألك زوجة ، فقال : لا ، لم يكن ذلك طلاقاً ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يكون ذلك طلاقاً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٤١- قال الشيخ : اذا قال أنت طالق واحدة في اثنتين ، وقال : أردت في طلقتين غير واقعتين عليك ، قال أصحاب الشافعي : قبل منه ، والمنصوص أنه طلاق ، وبه قال أبو حنيفة . وقال أبو اسحاق : هي طلقتان .

وهذا ساقط عنا .

مسألة ٤٢- قال الشيخ : اذا قال أنت طالق واحدة بلا نية ، وكذا لو قال أنت طالق بلا نية ، لم يقع شيء . وقال الشافعي : يقع بها طلاق .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الطلاق يحتاج الى نية ، فاذا قصد الى عدم النية وجب أن لا يقع شيء .

مسألة ٤٣- قال الشيخ : اذا قال رأسك أو وجهك طالق ، لم يقع به طلاق وقال جميع الفقهاء : انه يقع .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٤٤- قال الشيخ : ولو قال يدك أو رجلك أو شعرك أو أذنك طالق لم يقع شيء ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد .

وقال زفر من أصحاب أبي حنيفة والشافعي : يقع بذلك كله .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٤٥- قال الشيخ : اذا قال أنت طالق نصف طلاقاً لم يقع شيء ، وبه

قال داود . وقال جميع الفقهاء : يقع طلاقاً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٤٦- قال الشيخ: الاستثناء بمشية الله يدخل في الطلاق والعتاق، سواء كانا مباشرين أو معلقين بصفة، وفي اليمين بهما، وفي الاقرار وفي اليمين بالله، فيوقف الكلام ومن خالفه لا يلزمه حكم ذلك، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي. وقال مالك: لا يدخل الا باليمين بالله، وهو ما ينحل بالكفارة. وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى: انه يدخل فيما كان يمينا بالطلاق أو بالله، فأما اذا كان طلاقاً مجرداً أو معلقاً بصفة، فلا يدخله الاستثناء .

وقال ابن حنبل: يدخل في الطلاق دون العتاق، فقال: اذا قال أنت طالق ان شاء الله لم يطلق، وان قال أنت حر ان شاء الله حتى وفرق بينهما، بأن الله تعالى لا يشاء الطلاق ويشاء العتق، لقوله عليه السلام « ان أبغض الأشياء الى الله تعالى الطلاق » .

قال الشيخ: دليلنا أن الأصل براءة الذمة وثبوت العقد، واذا عقب كلامه بلفظ « انشاء الله » في هذه المواضع، فلا دليل على زوال العقد ولا على تعلق حكم بذمته، فمن ادعى خلافه فعليه الدلالة .

واعلم أن الشيخ قال في كتاب الايمان من هذا الكتاب: لا يدخل الاستثناء بمشية الله الا في اليمين فحسب، وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة: يدخل باليمين بالله وبالطلاق وبالعتاق وفي النذر وفي الاقرار، دليلنا: أن ما قلناه مجمع عليه، وما قالوه ليس عليه دليل هذا اخر كلامه في كتاب الايمان. وهو مخالف لما اختاره في كتاب الطلاق هنا .

والمعتمد أن التعليق بمشية الله يمنع وقسوع الطلاق والعتاق، وادعى عليه العلامة في المختلف^(١) الاجماع، أما الاقرار فلا يمنعه الاستثناء بالمشية .

(١) مختلف الشيعة ص ٣٨ - ٣٩، كتاب الطلاق.

مسألة - ٤٧ - قال الشيخ : المريض اذا طلقها طلقه لا يملك رجعتها، فان ماتت لا يرثها بلا خلاف ، وان مات هو من ذلك المرض ترثه ما بينها وبين سنة مالم تنزوج ، فان تزوجت بعد تقضي عدتها لم ترثه ، وان زاد على السنة يسوم واحد لم ترثه .

وللشافعي قولان : أحدهما لآثرته ، وهو أصح القولين عندهم . والآخر يرثه كما قلناه ، وبه قال مالك والاوزاعي والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وابن حنبل . ولهم تفصيل ، فأبو حنيفة لا يرثها بعد خروجها من العدة ، وبه قال أصحابه والثوري والاوزاعي وأحد الأقوال الثلاثة للشافعي على قوله انها ترثه . والقول الثاني للشافعي على هذا القول أنها يرثه مالم تنزوج ، وبه قال أحمد وابن أبي ليلى ولم يقدره بسنة . والقول الثالث للشافعي على هذا القول انها ترثه أبداً وان تزوجت ماتت وتزوجت ، وبه قال ربيعة . وقال ربيعة : لو تزوجت عشرة ازواج ورثتها ، فعلى هذا يجوز أن ترث في يوم واحد جماعة من الأزواج بأن تزوجها واحد ويطلقها في مرضه ، ثم يتزوجها آخر ويطلقها ويتزوجها آخر وهكذا ، ثم يموتون كلهم في يوم واحد فتأخذ ارثها من الجماعة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ : اذا سألته أن يطلقها في مرضه فطلقها ، لم يقطع ذلك ميراثها منه ، وبه قال ابن أبي هريرة من أصحاب الشافعي على قوله بأنها ترثه . وقال الباقر من أصحابه : لآثرته ، وبه قال أبو حنيفة لزوال التهمة ، وهو اختيار الشيخ في الاستبصار^(٢) ، واختيار نجم الدين والعلامة في المختلف^(٣) ، وهو

(١) تهذيب الاحكام ٨ / ٨٠ .

(٢) الاستبصار ٣ / ٣٠٧ .

(٣) مختلف الشيعة ص ٣٢ .

المعتمد وابن ادريس اختار مذهب الشيخ هنا .

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ : اذا قال أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ، فان قدم قبل تقضي الشهر اسم الطلاق ، وان قدم مع انقضاء الشهر مثل ذلك ، وان قدم بعد شهر ولحظة من حيث عقد الصفة وقبل أول الشهر ، هذا قول الشافعي على ما فرعه أبو العباس ، وبه قال زفر .

وقال أبو يوسف وأبو حنيفة ومحمد : يقع الطلاق أي وقت قدم حين قدومه . وهذا الفرع ساقط عنا .

مسألة - ٥٠ - قال الشيخ : اذا شك هل طلق أم لا ، لا يلزمه الطلاق لاجوباً ولا استحباباً لا واحدة ولا ثلاثة ، لان الاصل بقاء الزوجية .

وقال الشافعي : يستحب أن يلزم نفسه طلقة واحدة ويراجعها ليزول الشك ، وان كان ممن اذا وقع الطلاق أوقع ثلاثاً ، فالذي يقتضيه الشرع والعفة أن يطلقها ثلاثاً لتحل لغيره ظاهراً وباطناً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ : اذا طلق وشك هل طلق واحدة أو اثنتين بنى على الواحدة ، وان شك بين الاثنتين والثلاث بنى على اثنتين ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة ومحمد .

وقال مالك وأبو يوسف : عليه الاخذ بالاكتر ، لان الحظر والاباحة اذا اجتمعا غلبنا حكم الحظر ، كما لو نجس موضع من ثوبه وجهل مكانه ، فعليه غسل جميعه وكما لو اشتبهت اخته بالاجنبية .

والمعتمد قول الشيخ ، لاصالة بقاء العبد ، والمتحقق هو الاقل والزائد مشكوك فيه ، فيبنى على اليقين . وفي الثوب والاخت والاجنبية لم يحصل له يقين في شيء والشك في الاخر ، بل الشك حاصل في الجميع ، فلها واجب اجتنابهما وغسل

جميع الثوب لعدم حصول اليقين بدون ذلك .

مسألة - ٥٢ - قال الشيخ : الظاهر من روايات أصحابنا والاكثر أن الزوج الثاني اذا دخل بها يهدم ما دون الثلاث من الطلقة والطلقتين ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف .

وقد روى أصحابنا في بعض الروايات أنه لا يهدم الا الثلاث ، ومادون ذلك لا يهدمه ، ومتى تزوجها الزوج الاول بقيت عنده على ما بقي من الطلاق ، وبه قال مالك والشافعي ومحمد وزفر . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٣ - قال الشيخ : الحيل في الاحكام جائزة ، وبه قال جميع أهل العلم ، ومن التابعين 'من منع من الحيل بكل حال . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٤ - قال الشيخ : اذا ثبت جواز الحيلة ، فانما يجوز منها ما كان مباحاً يتوصل به الى مباح ، فأما مثل محذور يتوصل به الى مباح فلا يجوز ، وبه قال الشافعي .

وأجاز أصحاب أبي حنيفة الحيلة المحظورة ليتوصل بها الى مباح .

والمعتمد أن الحيلة المحظورة لايجوز فعلها فان فعلها فعل حراماً وتمت الحيلة ، كمن حملت ابنها على الزنا بامرأة ليحرم على أبيه ، فان الحيلة محرمة وتمت الحيلة ، وهي تحريمها على أبيه على القول بالتحريم وماشابه ذلك . أما لو ادعى زوجية امرأة وأقام شاهدي زور وهو كاذب في دعواه ، فانها لا تحل له ، وعند أصحاب أبي حنيفة أنها تحل ظاهراً وباطناً ، وقالوا : لو أن رجلاً تزوج بزوجة جميلة ، فرغب فيها اجنبي قبل دخول زوجها بها ، فأتى هذا الاجنبي الحاكم فادعاهما زوجته ، وأن زوجها طلقها قبل الدخول بها ، وشهد له بذلك شاهدا زور فحكم الحاكم بذلك نفذ حكمه وحرمت على الاول ظاهراً وباطناً ، وحلت للثاني ظاهراً وباطناً . نعوذ بالله من هذا المذهب المؤدي الى الكفر بما جاء به محمد من الاحكام فقد حرموا ما أحله الله ، وحلوا ما حرمه الله ورسوله .

كتاب الرجعة

- مسألة - ١ - قال الشيخ: اعتبار الطلاق بالزوجة ، فان كانت حرة فطلاقها ثلاث تحت حر كانت أو تحت عبد ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري .
- وقال الشافعي : الاعتبار بالزوج ، فان كان حراً فثلاث ، وان كان مملوكاً فطلقتان سواء كان تحته حرة أو أمة ، وبه قال مالك .
- والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
- مسألة - ٢ - قال الشيخ : أقل ما يمكن أن تنقضي به عدة الحرة ستة وعشرون يوماً ولحظتان ، وللأمة ثلاثة عشر يوماً ولحظتان ، وعند الشافعي أقل ذلك في الحرة اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان ، وفي الأمة ستة عشر يوماً ولحظتان .
- والمعتمد قول الشيخ ، وهو مبني على أن أقل الحيض ثلاثة أيام وأقل الطهر عشرة ، وقول الشافعي مبني على مذهبه أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً وأقل الحيض يوم وليلة .
- مسألة - ٣ - قال الشيخ : المطلقة الرجعية لا يحرم وطئها ولا تقبيلها ، بل هي باقية على الإباحة ، ومتى وطئها أو قبلها بشهوة كان ذلك رجعة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى .

وقال الشافعي: هي محرمة كالمبتوتة لايحل له وطؤها ولا الاستمتاع بها بوجه من الوجوه الا بعد أن يراجعها، والرجعة عنده يحتاج الى قول بأن يقول: راجعتك ومع العجز بالخرس بالايماء والاشارة كالنكاح سواء .

وقال مالك : ان وطئها ونوى الرجعة كان رجعة، وان لم ينو الرجعة لم يكن رجعة ، وبه قال أبو ثور .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١)، ويقوله تعالى «وبعولتهن أحق بردهن»^(٢) سمي المطلق طلاقاً رجعياً بعلا ، واذا كان بعلا فهي بعلة، فثبت بذلك الزوجية بينهما ، والاباحة تابعة للزوجية .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : يستحب الاشهاد على الرجعة وليس ذلك بواجب وبه قال أبو حنيفة والشافعي في القديم والجديد وهو الصحيح عندهم ، وقال في الاملاء : الاشهاد واجب ، وبه قال مالك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥ - قال الشيخ: اذا راجعها قبل أن تخرج من عدتها ولم تعلم الزوجة بذلك ، فاعتدت وتزوجت ، ثم جاء الزوج الاول وأقام البينة على أنه راجعها في العدة ، فانه يبطل النكاح الثاني وترد الى الاول ، دخل الثاني بها أو لم يدخل وبه قال أهل العراق والشافعي .

وقال مالك : ان دخل بها الثاني فهي له ، وان لم يدخل ردت الى الاول .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦ - قال الشيخ: اذا طلقها ثلاثاً على الوجه الذي يقع الثلاث على الخلاف لايحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها الثاني، فوطئها الثاني شرط في الحل للاول

(١) تهذيب الاحكام ١٢٣/٨ .

(٢) سورة البقرة : ٢٢٨ .

وبه قال جميع الفقهاء ، الا سعيد بن المسيب فانه لم يعتبر الوطىء ، وانما اعتبر العقد لاغير .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا نكحت نكاحاً فاسداً ودخل بها الثاني ، فانها لا تحل للاول ، وبه قال مالك والشافعي في الجديد، وقال في القديم : تحل له . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا تزوجت بمراهق قرب من البلوغ ويتشر عليه ويعرف لذة الجماع ، فانها تحل للاول ، وبه قال الشافعي . وقال مالك لا تحل ، واختاره العلامة في كتبه ، وهو المعتمد .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا وطئها الزوج الثاني في حال يحرم عليه وطؤها كالحيض والاحرام ، فانها لا تحل للاول ، وبه قال مالك . وقال جميع الفقهاء : انها تحل ، وهو قوي .

وقال في المبسوط : واذا أصابها الزوج في حال هي محرمة عليه لعارض ، مثل أن يكون أحدهما محرماً أو صائماً أو تكون هي حائضاً أو نفساء ، فقد حلت للاول . وقال بعضهم : لا تحل للاول ، وهو قوي عندي ، لكونه منهيأ عنه^(١) . وهذا يدل على ترده .

وحكى نجم الدين القولين في الشرائع^(٢) ولم يفت بشيء ، وكذلك العلامة في القواعد^(٣) والتحرير والارشاد لم يختار شيئاً ، وفي المختلف اختار التحليل ، وهو المعتمد ، لعموم قوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره »^(٤) وقد نكحت ، والنهي

(١) المبسوط ١١٠/٥ .

(٢) شرائع الاسلام ٢٩/٣ .

(٣) قواعد الاحكام ٦٦/٢ .

(٤) سورة البقرة : ٢٣٠ .

انما يدل على الفساد في العبادات .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ: اذا كانت عنده زوجة ذمية وطلقها ثلاثاً، وتزوجت ذمياً ووطئها ، فانها تحل للاول عند من أجاز من أصحابنا نكاحهن ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال مالك : لايبيحها للاول بناءً على أصله من أن أنكحة أهل الذمة فاسدة عنده ، والوطئ في النكاح الفاسد لايبيح .

والمعتمد قول الشيخ ، لان أنكحة أهل الكفر صحيحة عندنا ، لقوله تعالى « وامرأته حمالة الحطب»^(١) وهذه الاضافة تقتضي الزوجية حقيقة، ولان النبي ﷺ رجم يهودية زنت، ولولأن تكون موطوءة بنكاح صحيح لمارجمها، لانها لا تكون محصنة الا بنكاح صحيح ، لان الموطوءة بنكاح فاسد لا تكون محصنة .

مسألة - ١١ - قال الشيخ: اذا قال لامرأته: أنت طالق ظناً أنها أجنبية فبانَت امرأته ، أو نسي أن له امرأة ، فقال: كل امرأة لي طالق ، فانه لايلزمه الطلاق . وقال الشافعي : يلزمه .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الطلاق يفتقر عندنا الى النية .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ: اذا راجعها بلفظ النكاح، مثل أن يقول : تزوجتك أو نكحتك وقصد المراجعة كانت رجعة صحيحة .

وللشافعي وجهان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني وهو المذهب عندهم أنه لايصح .

والمعتمد قول الشيخ ، وتردد العلامة في التحرير^(٢) من بطلانه شرعاً ، ومن دلالته على التمسك .

(١) سورة المسد : ٤ .

(٢) تحرير الاحكام ٥٥/٢ .

كتاب الايلاء

مسألة - ١ - قال الشيخ: الايلاء الشرعي أن يحلف الرجل أن لا يبطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر ، فان حلف أربعة لم يكن مؤلماً ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد، وحكى عن ابن عباس أنه قال: الايلاء أن يحلف أنه لا يبطأها على التأبيد فان أطلق فقد أبد .

وقال أبو حنيفة والثوري : اذا حلف أن لا يبطأها أربعة أشهر كان مؤلماً بوقت وان كان أقل لا يكون مؤلماً . وقال الحسن البصري : اذا حلف لا يبطأها كان مؤلماً بوقت ، ولو حلف لا يبطأها يوماً .

والمعتمد أن الايلاء لا تنعقد الا اذا كان الحلف مطلقاً ، أو مقيداً بالتأبيد، أو مدة تزيد على أربعة أشهر ، أو مضافاً الى فعل لا يحصل الا بعدها غالباً ، كقوله : حتى أمضي من بغداد الى الهند وأعود .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : حكم الايلاء الشرعي أن له التربص أربعة أشهر ، فاذا انقضت توجهت عليه المطالبة بالفئة أو بالطلاق، ومحل الفئة بعد انقضاء المدة وهو محل الطلاق والمدة حقه، فان فاء فيها فقد عجل الحق لها قبل محله عليه وبه قال مالك والشافعي وأحمد .

وقال أبو حنيفة وأصحابه: انه يتربص أربعة أشهر، فإذا انقضت وقعت بانقضائها طلقة باينة، ووقعت الفثرة في المدة فان فاء فيها فتمد وفاها حقها، وان ترك الجماع فيها فقد وقعت الطلقة بانقضائها .

وقال الزهري وسعيد بن جبير: ان الطلقة تقع بانقضاء المدة، ولكنها لا تقع باينة. والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٣- قال الشيخ: لا يكون مؤلماً الا أن يحلف بالله، أو باسم من اسمائه. أما اليمين بالطلاق والعتاق والصدقة والندور وإيجاب العبادات على نفسه، فلا يكون مؤلماً بها، وبه قال الشافعي في القديم . وقال في الجديد: يكون مؤلماً بجميع ذلك، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة ٤- قال الشيخ: لا ينعقد الايلاء الا بالنية، اذا كان بألفاظ مخصوصة بأن يقول: لأنيكك، أو لا أدخل ذكرى في فرجك، أو لا اغيب ذكرى في فرجك . وقال الشافعي: هذه اللفاظ صريحة في الايلاء، فلا يحتاج معها الى النية فمتى لم ينو بها الايلاء حكم عليه بها وان لم ينعقد بينه وبين الله، وزاد في البكر والله اقتضك . وهذا لا يجوز عندنا، لان الايلاء لا يكون الا بعد الدخول .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ٥ - قال الشيخ: اذا قال والله لاجامعتك لأصبتك لاوطئتك وقصد الايلاء، كان ايلاءً، وان لم يقصد لم يكن مؤلماً، وهي حقيقة في العرف كناية عن الجماع .

وقال الشافعي: هي صريحة في الحكم ويدين فيما بينه وبين الله، وثبت أنها بالعرف عبارة عن النيك، فاذا أطلق وجب حملها على ذلك مثل الصريحة .

(١) تهذيب الأحكام ٢/٨ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٦- قال الشيخ : اذا قال والله لا باشرتك لامسستك لا باضعتك ، وقصد به الايلاء والعبارة عن الوطىء كان مؤلياً ، وان لم يقصد لم يكن مؤلياً .
والمشافعي قولان: قال في القديم: هو صريح في الايلاء، وقال في الجديد : هو كناية فان قصد به الايلاء كان مؤلياً وان لم يقصد لم يكن مؤلياً ، وان أطلق فعلى قولين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٧- قال الشيخ : اذا قال والله لاجمع رأسي ورأسك شيء ، لاساقف رأسي ورأسك ، لاجمع رأسي ورأسك مخدة ، والله لاسؤتك ، والله لا طيلن غيبتي عنك ، كل هذه لاتنقد بها الايلاء .

وقال الشافعي: كل هذه كنايات تنقد مع النية لا بدونها . واختاره الشيخ في المبسوط^(١) ، ونجم الدين في الشرائع^(٢) ، والعلامة في المختلف^(٣) والتمحير^(٤) واختار ابن ادريس مذهب الشيخ هنا ، واختاره العلامة في الارشاد ، وفخر الدين في الاشكال ، وهو المعتمد .

مسألة ٨- قال الشيخ: اذا امتنع بعد الاربعة أشهر من الفته والطلاق وماطل ودافع ، لايجوز أن يطلق عليه .

وللشافعي في القديم قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر يطلق عليه ، وبه قال في الجديد . وعند أبي حنيفة يقع الطلاق بانقضاء المدة .

(١) المبسوط ١١٦/٥ .

(٢) شرائع الاسلام ٨٣/٣ .

(٣) مختلف الشيعه ص ٥٣ كتاب الطلاق .

(٤) تحريز الاحكام ٦٣/٢ .

والمعتمد قول الشيخ ، ويجبس ويضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يفيء أو يطلق .

مسألة - ٩ - قال الشيخ: اذا طلق المولى طلقه كانت رجعية ، وبه قال الشافعي اذا كان في المدخول بها . وقال أبو ثور : يكون باينة على كل حال . والمعتمد قول الشيخ، فان راجع ضربت له مدة أخرى ووقف بعد انقضائها فان فاء وطلق وفا ، فان راجع ثانياً ضربت له أخرى ووقف بعد انقضائها ، فان طلق ثالثاً بانت هكذا قاله في التحرير، وربما قيل: لايفتقر الى مدة أخرى بعد المراجعة ، بل يلزم بالفئة أو الطلاق في الحال ، وهو حسن .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ: اذا قال ان أصبتك فأنت علي حرام، لم يكن مؤلماً ولا يتعلق به حكم .

وقال الشافعي : ان قلنا انه كناية وليس بصريح في شيء ولم يكن له نية لم يتعلق بهذا اللفظ حكم ، وان قلنا انه صريح في ايجاب كفارة ، أو قلنا انه كناية ونوى تحريم عينها كان مؤلماً على قوله الجديد ، ولا يكون مؤلماً على قوله القديم لانها يمين بغير الله .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١١ - قال الشيخ: اذا قال ان أصبتك فله علي أعتق عبدي لا يكون مؤلماً وللشافعي قولان، قال في القديم: لا يكون مؤلماً، وقال في الجديد: يكون مؤلماً . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : الايلاء لا يقع بشرط ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك استدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم ، واختار في المبسوط^(١) مذهب

الفقهاء ، وهو وقوعه معلماً واختاره العلامة في المختلف^(١).

والمعتمد مذهب الشيخ هنا، وهو اختيار ابن حمزة وابن زهرة وابن ادريس
ونجم الدين ، والعلامة في الارشاد وفخر الدين .

مسألة -١٣- قال الشيخ: الايلاء في الرضا والغضب سواء اذا قصد به الايلاء
وبه قال أبو حنيفة والشافعي وان لم يعتبر النية .

وقال مالك : ان كان في حال الغضب كان مؤلياً ، وان كان في حال الرضا

لا يكون مؤلياً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ: اذا كان له امرأتان زينب وعمرة، فقال: ان وطئت

زينب فعمرة طالق ، كان هذا ايلاء عند الفقهاء ، فاذا مضت المدة وطلق زينب

طلاقاً بايناً ثم تزوجت بعقد اخر ، فهل يعود حكم الايلاء أم لا ؟ للشافعي ثلاثة

أقوال : أحدها يعود بكل حال ، والاخر لايعود ، والثالث ينظر فيه ، فان كانت

المبتوتة بالثلاث لم يعد، وان كان بدون الثلاث عاد ، وبه قال أبو حنيفة . وهكذا

الخلاف في صفة طلاق عمرة .

وهذا الفرع ساقط عنا ، لان عندنا أن الايلاء لا يكون الا بالله .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا آلى من زوجته تربص أربعة أشهر ، سواء

كان الزوج حراً أو عبداً ، وسواء كانت حرة أو أمة ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : الاعتبار بالرجل ، فان كان عبداً فالمدة شهران ، وان كان حراً

فالمدة أربعة أشهر .

وقال أبو حنيفة : الاعتبار بالمرأة ، فان كانت حرة فالمدة أربعة أشهر ، وان

كانت أمة كانت المدة شهرين .

(١) مختلف الشيعة ص ٥٤ كتاب الطلاق .

والمعتمد قول الشيخ ، لعموم الاية^(١).

مسألة - ١٦ - قال الشيخ: قال الشافعي اذا اختلفا في انقضاء المدة أو ابتداء اليمين ، كان القول قوله مع يمينه ، وهذا لا يصح على مذهبنا ، لان المدة معتبرة عندنا من حين الترافع الى الحاكم لامن وقت اليمين ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم، وهو خيرة المفيد وابن حمزة وأبي الصلاح وابن البراج وابن ادريس والعلامة في الارشاد والشهيد في شرح الارشاد .

وقال ابن الجنيد وابن أبي عقيل: ان المدة من وقت العين، واختاره العلامة في المختلف ، وفخر الدين في شرح القواعد .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ: الايلاء يقع بالرجعية بلاخلاف، ويحتسب من مدتها زمان العدة ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي: لا يحتسب زمان العدة، واختاره العلامة في التحرير^(٢)، واختار في القواعد^(٣) والارشاد مذهب الشيخ هنا، وهو اختيار نجم الدين في الشرائع^(٤) وهو المعتمد .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ: اذا آلى منها ثم وطئها كان عليه الكفارة، سواء كان الوطء في المدة أو بعدها

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، وهو المذهب عندهم ، والثاني أنه لا كفارة عليه ، ومن أصحابه من قال : ان كان الوطء في المدة فعليه الكفارة قولاً واحداً ، وان كان بعدها فعلى قولين .

(١) وهي قوله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » .

(٢) تحرير الاحكام ٦٤/٢ .

(٣) قواعد الاحكام ٨٦/٢ .

(٤) شرائع الاسلام ٨٩/٣ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة . واختار في المبسوط^(١) ان كان الوطىء بعد المدة فلا كفارة عليه .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : يصح الإيلاء من الذمي كما يصح من المسلم، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يصح من الذمي . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا آلى لمصلحة ولده خوفاً من الحمل ، فيضر ذلك بولده المرتضع ، فلا حكم له ولا يتعلق بذلك حنث ولا يوقف أصلاً، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم . قال نجم الدين في الشرائع^(٢) والعلامة في القواعد^(٣) : ويكون يميناً .

(١) المبسوط ١٣٥/٥ .

(٢) شرائع الاسلام ٨٣/٣ - ٨٤ .

(٣) قواعد الاحكام ٨٧/٢ .

كتاب الظهار

مسألة - ١ - قال الشيخ : ظهار العبد المسلم صحيح، وبه قال جميع الفقهاء، وحكى عن بعضهم ولم يسموه أنه لم يصح .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢ - قال الشيخ: لا يصح من الكافر الظهار ولا التكفير، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يصح منه الظهار والكفارة بالعتق والاعطام ، أما الصيام فلا يصح منه .

والمعتمد الصحة من الكافر ، وهو اختيار ابن ادريس ونجم الدين والعلامة لانه مكلف بالفروع، ولا يصح من التكفير حالة كفره، بل يجب عليه تقديم الاسلام. مسألة - ٣ - قال الشيخ: لا يصح الظهار قبل الدخول بالمرأة ، وخالف جميع الفقهاء .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار ابن الجنيد وابن بابويه ، والعلامة في المختلف^(١) وابن فهد في المقتصر^(٢)، وعدم اشتراط الدخول مذهب المفيد وسائر

(١) مختلف الشيعة ص ٤٨ ، كتاب الطلاق .

(٢) المقتصر لابن فهد - مخطوط .

وابن ادريس وفخر الدين ، وهو قوي .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا ظاهر من امرأته ، ثم طلقها طلقة رجعية ، حكم بصحة ظهاره وسقطت عنه الكفارة ، فان راجعها عادت الزوجية ووجبت الكفارة . وللشافعي قولان : أحدهما اذا قال الرجعة يكون عوداً ، فاذا راجعها ثم اتبع الرجعة طلاقاً لزمته كفارة ، واذا قال لا يكون عوداً ، فانه اذا طلقها عقيب الرجعة لا يلزمه الكفارة حتى يمضي بعد الرجعة زمان يمكنه فيه الطلاق .

والمعتمد اذا طلقها رجعياً ثم راجعها لم تحل له حتى يكفر ، ولو خرجت من العدة ثم تزوجها ووطئها فلا كفارة ، وكذا لو طلقها ثانياً وتزوجها في العدة ووطئها .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا ظاهر منها ، ثم أبانها بأن طلقها ثانياً أو رجعياً وتركها حتى خرجت من العدة ثم تزوجها ، لا يعود حكم الظهار . وقال الشافعي : ان أبانها بدون الثلاث ثم تزوجها على قوله القديم يعود قولاً واحداً ، وعلى قوله الجديد على قولين ، وان أبانها بالثلاث ثم تزوجها على قوله القديم يعود على قولين ، وعلى قوله الجديد لا يعود قولاً واحداً . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : ظهار السكران غير واقع ، وبه قال المزني وداود وقال جميع الفقهاء : يقع كالعاصي . والمعتمد ان كان سكره أزال تمييزه لا يقع منه ، وان بقي التمييز وقع مع القصد اليه والا فلا .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا ظاهر وعاد فلزمته الكفارة ، يحرم عليه وطؤها حتى يكفر ، وان ترك العود والتكفير أجل ثلاثة أشهر ، ثم يطالب بالتكفير أو الطلاق مثل المؤلى بعد أربعة أشهر .

وقال مالك : يصير مؤلّياً بعد أربعة أشهر ، ويتعلق عليه حكم الفثّة أو الطلاق
وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي : لا يلزم شيء من ذلك ولا يصير مؤلّياً .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ٨ - قال الشيخ : الظهار يقع بالامة والمدبرة وام الولد مثل وقوعه
بالزوجة ، وبه قال مالك والثوري . وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي : لا يقع
الا بالزوجات .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو مذهب ابن أبي عقيل وابن حمزة ، واختاره العلامة
في المختلف^(١) والتحريير^(٢) والارشاد . وقال المفيد وسلاز وأبو الصلاح وابن
ادريس : لا يقع الا بالزوجات .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا قال أنت علي كيد أُمي أو رجلها كان مظاهراً ،
وبه قال الشافعي في الجديد ، وله في القديم قولان : أحدهما يكون مظاهراً ، وهو
الاصح عندهم ، والاخر لا يكون مظاهراً ، وهو مذهب أبي حنيفة ، وهو المعتمد ،
وهو مذهب المفيد وابن ادريس والعلامة وابن فهد في مقتصره .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا قال لها : أنت علي كظهر ابنتي أو بنت ابني
أو بنت أختي أو عمتي أو خالتي ، اختلفت روايات أصحابنا ، فالظاهر الاشهر
الاكثر أنه يكون مظاهراً ، وبه قال الشافعي في الجديد ، وقد رووا أنه لا يكون
مظاهراً الا اذا شبهها بامه ، وبه قال الشافعي في القديم ، وله فيه قول آخر انه
يكون مظاهراً .

والمعتمد وقوعه مع التشبيه بكل محرمة نسباً أو رضاعاً ، وهو اختيار العلامة

(١) مختلف الشيعة ص ٤٨ .

(٢) تحرير الاحكام ٦١/٢ .

في القواعد^(١) والتحرير^(٢) والمختلف^(٣)، واقتصر ابن ادريس على الام خاصة ، واختاره فخر الدين .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : لا يصح الظهار قبل التزويج ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة ومالك : يصح .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٤) .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا قال متى تزوجتك فأنت طالق ، أو أنت علي كظهر أمي وأنت طالق ، لا يقع طلاق ولاظهار ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : يقع الطلاق دون الظهار . وقال مالك : يقعان معاً .
وهذا الفرع ساقط عندنا ، لانه فرع وقوعه قبل التزويج .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا قال أنت علي كظهر أمي ولم ينو الظهار لم يقع ، وخالف جميع الفقهاء وقالوا : هو صريح في الظهار ، ولا يعتبر فيه النية .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا قال أنت علي كظهر أمي ونوى الطلاق ، لم يقع طلاق ولاظهار . وقال أكثر أصحاب الشافعي : أنه يكون طلاقاً . وقال بعض أصحابه : يكون ظهاراً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وأصالة بقاء العقد .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : الظهار لا يقع الا اذا كانت المرأة طاهراً طهراً ألا يقربها فيه بجماع ، ولا بد من شاهدين كالطلاق ، ولم يعتبر أحد من الفقهاء ذلك .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

(١) قواعد الاحكام ٨٤/٢ .

(٢) تحرير الاحكام ٦١/٢ .

(٣) مختلف الشيعة ص ٤٨ كتاب الطلاق .

(٤) تهذيب الاحكام ٩/٨ .

مسألة -١٦- قال الشيخ: اذا قال أنت علي حرام كظهر أمي، لم يكن ظهاراً ولاطلاقاً .

وقال الشافعي فيه خمس مسائل: احداها أن بنوي الطلاق ، والثانية أن بنوي الظهار ، والثالثة أن يطلق ولا بنوي شيئاً ، والرابعة بنوي الطلاق والظهار معاً ، والخامسة بنوي تحريم عينها ، فقال : ففي هذه المسائل اذا أطلق كان ظهاراً، وان نوى غير الظهار قبل منه نوى الطلاق أو غيره .

وعلى قول بعض أصحابه يلزمه الظهار ان نواه، وهو اختيار العلامة في الارشاد والمختلف والتحرير وفخر الدين في الاشكال ، وظاهر القواعد متابعة الشيخ هنا .

مسألة -١٧- قال الشيخ : اذا كان له زوجتان وقال لاحديهما: أنت علي كظهر امي وقال للآخرى : أشركتك معها ، فانه لا يقع بالثانية، نواه أو لم ينوه . وقال الشافعي : ذلك كناية ان نواه وقع والا فلا . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -١٨- قال الشيخ : اذا ظاهر من أربع نسوة، لم يخل : اما أن يظاهر بكلمة واحدة ، أو من كل واحدة بكلمة ، فان ظاهر من كل واحدة بكلمة مفردة ، لزمه بكل واحدة كفارة بلاخلاف، وان ظاهر منهن بكلمة واحدة مثل أن يقول انتن علي كظهر أمي ، لزمه عن كل واحدة كفارة أيضاً، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد ، وله في القديم قولان : أحدهما مثل قولنا وهو الصحيح عندهم، والاخر يلزمه كفارة واحدة . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة -١٩- قال الشيخ: اذا قال أنت علي كظهر أمي ونوى بكل لفظ ظهاراً مستأنفاً ، لزمته عن كل مرة كفارة ، وبه قال الشافعي في الجديد، وقال في القديم: عليه كفارة واحدة .

والمعتمد قول الشيخ، ولو قصد بالثاني تأكيد الاول لزمه كفارة واحدة، وهو

اختيار الشيخ في المبسوط^(١). وهو ظاهر فخر الدين والعلامة في المختلف^(٢).
مسألة ٢٠- قال الشيخ: الظهار على ضربين: أحدهما أن يكون مطلقاً، فانه
يجب الكفارة متى أراد الوطىء .

والثاني أن يكون مشروطاً، فلا تجب الكفارة الا بعد حصول شرطه، فاذا كان
مطلقاً لزمته الكفارة قبل الوطىء ، فان وطىء قبل التكفير لزمته كفارتان ، وكلما
وطىء لزمته كفارة أخرى، وان كان مشروطاً وحصل شرطه لزمته كفارة، فان وطىء
قبل أن يكفر لزمته كفارتان ، ومن أصحابنا من قال : لا يتبع مشروطاً .

واختلف الناس في السبب الذي تجب به كفارة الظهار على ثلاثة مذاهب قال
مجاهد والثوري : تجب بنفس التلفظ ، ولا يعتبر شيء آخر ، وذهبت طائفة أنها
تجب بظهار وعود .

ثم اختلفوا في العود ما هو على أربعة مذاهب: مذهب الشافعي الى أن العود
هو أن يمسكها زوجة بعد الظهار مع قدرته على الطلاق، فاذا وجد ذلك صار عائداً
ووجب عليه الكفارة، وذهب مالك وأحمد الى أن العود هو العزم على الوطىء
وذهب الحسن وطاووس والزهري الى أن العود هو الوطىء، وذهب داود وأهل
الظاهر الى أن العود هو تكرار لفظ الطلاق واعادته .

وذهبت طائفة ثالثة وهم أهل المذهب الثالث من الذين اختلفوا في سبب
وجوب الكفارة الى أن الكفارة لا تستقر بحال، وانما يراد استباحة الوطىء، فيقال
للمظاهر ان أردت أن يباح لك الوطىء فكفر ، وان لم ترد فلا تكفر ، وهو قول
أبي حنيفة وأصحابه .

قال الطحاوي : مذهب أبي حنيفة أن الكفارة في الظهار لا تستقر في الذمة ،
وانما يراد لاباحة الوطىء ، فان وطىء قبل التكفير فعل محرماً ولا يلزمه الكفارة ،

(١) المبسوط ١٥٢/٥ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٤٩ .

بل يقال له عند اعادة الوطىء الثاني والثالث ان أردت أن يحل لك فكفر وهكذا بدأ .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل على وقوعه مشروطاً بالاخبار ، وهو اختيار
نجم الدين والعلامة وفخر الدين ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم على أنه
لا يلزمه الكفارة بمجرد التلفظ ، بل بالعود والعزم على الوطىء ، ولأنه لا خلاف
بينهم أنه اذا طلقها بعد الظهار لا يلزمه شيء .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ: اذا ظاهر من زوجته ، ثم أمسكها زوجة ولم يطأها
ثم طلقها ، أو ماتت هي أو مات هو ، فإنه لا تلزمه كفارة . وقال الشافعي : تلزمه
الكفارة . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا ثبت الظهار وحرم الوطىء ، حرم القبلة والتلذذ
والوطىء فيما دون الفرج . وللشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا ، وهو الاصح
عندهم ، والثاني لا يحرم غير الوطىء .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار العلامة في القواعد^(١) وابنه في الشرح ،
وقال ابن ادريس : لا يحرم غير الوطىء .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : اذا وطىء قبل التكفير لزمه كفارتان : أحديهما نصاً
والاخرى عقوبة ، وبه قال مجاهد .

وقال الشافعي : اذا وطىء قبل الكفارة ، فقد فات زمان الاداء ، ولا يلزمه بهذا
الوطىء كفارة ، ولا يسقط عنه كفارة الظهار التي كانت عليه ، ومن الناس من قال:
أنه تسقط عنه الكفارة التي كانت عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ: المكفر بالصوم اذا وطىء زوجته التي طاهر منها
في حال الصوم ، نهراً كان أو ليلاً ، بطل صومه وعليه استثناف الكفارتين ، فان
كان وطأه ناسياً مضى في صومه ولم يلزمه شيء .

وقال الشافعي: ان وطىء ليلا لم يؤثر ذلك الوطىء في الصوم ولا في التتابع عامداً كان أو ناسياً ، وان وطىء بالنهار فان كان ذاكرةً لصومه متعمداً للوطىء ، فسد صومه وانقطع تتابعه وعليه استثنائه، فان وطىء ناسياً لم يؤثر ذلك في الصوم ولا في التتابع . وقال مالك وأبو حنيفة : اذا وطىء في أثناء الشهرين ، عامداً أو ناسياً ليلاً أو نهاراً ، انقطع التتابع ويلزمه الاستيناف .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرق وطريقة الاحتياط، واختار ابن ادريس مذهب الشافعي ، واستقر به العلامة في القواعد، واختار في المختلف^(١) والتحرير^(٢) مذهب الشيخ ، وهو اختيار فخر الدين .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : اذا وطىء غير زوجته ليلا في خلال الصوم، لم ينقطع التتابع ولا الصوم ، وان وطىء نهاراً ناسياً فمثل ذلك ، وان وطىء نهاراً عامداً قبل أن يصوم من الثاني شيئاً انقطع التتابع، وان كان بعد أن صام منه شيئاً أخطأ ولم ينقطع التتابع بل يبني عليه .

وقال الفقهاء ان كان وطاه ليلا لم ينقطع التتابع ، وان كان نهاراً انقطع التتابع ووجب الاستيناف . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرق وأخبارهم .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا ظاهر من زوجته مدة، مثل أن يقول لزوجته: أنت علي كظهر أمي يوماً أو شهراً أو سنة لم يكن ظهاراً .

وللشافعي قولان، قال في الام: يكون ظهاراً وهو الاصح عندهم ، وهو مذهب أبي حنيفة ، وقال في اختلاف ابن أبي ليلى وأبي حنيفة : لا يكون ظهاراً ، وهو قول مالك وابن أبي ليلى .

وقال ابن الجنييد من أصحابنا بوقوع الموقت للعموم ، واختاره العلامة في

(١) مختلف الشيعة ص ٥٢ ، كتاب الطلاق .

(٢) تحرير الاحكام ٦٢/٢ .

القواعد، واختار ابن ادريس وابن البراج وفخر الدين عدم وقوع الموقت، والاول أحوط .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ: اذا وجبت عليه الكفارة بعق رقبة، كفى غير المؤمنة الا في القتل خاصة، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، الا أنه أجازوا أن تكون كافرة، وعندنا ذلك مكروه وان أجزأ .

وقال الشافعي: لا يجوز في الجميع الا المؤمنة، وبه قال مالك وأحمد، وهو المشهور عند أصحابنا، وقال أكثر أصحابنا: ان المراد بالايان الاسلام، كما هو مراد الشافعي ومن تابعه، وجزم العلامة في التحرير^(١) بجواز عتق المخالف، وظاهر القواعد الايمان الذي عليه الامامية، وهو أحوط .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ: الموضع الذي يعتبر فيه الايمان في الرقبة، فانه يجزيء فيه اذا كان محكوماً بايمانه وان كان صغيراً، وبه قال أبو حنيفة والشافعي، ولو كان ابن يومه أجزأ .

وقال مالك: أحب أن لا يعتق عن الكفارة الا بالغاً . وقال أحمد: يعجبني أن لا يعتق الا من بلغ حداً يتكلم عن نفسه ويعبر عن الاسلام ويفعل أفعال المسلمين لان الايمان قول وعمل، وفي الناس من قال: انه لا يجزيء اعتاق الصغير عن الكفارة .

والمعتمد قول الشيخ . وقال ابن الجنيد: لا يجزيء في القتل خاصة الا البالغ الحنث . قال صاحب الدروس: الحنث الطاعة والمعصية^(٢) .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ: عتق المكاتب لا يجزيء في الكفارة، سواء أدى من مكاتبه شيئاً أو لم يؤد، وبه قال مالك والشافعي والثوري . وقال أبو حنيفة وأصحابه: ان أدى شيئاً من نجومه لا يجزيء والا أجزأ .

(١) تحرير الاحكام ١١٠/٢ .

(٢) الدروس ص ٢٠٦ .

والمعتمد اجزاء المشروط مطلقاً، والمطلق اذا لم يؤد شيئاً، وهو اختيار العلامة.
مسألة - ٣٠ - قال الشيخ: عتق ام الولد جائز في الكفارات، وخالف جميع
الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : عتق المدبر جائز في الكفارات، وبه قال الشافعي.
وقال أبو حنيفة : لا يجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، ولانه مملوك يجوز بيعه
والنصرف فيه . وقال في النهاية : لا يجوز الا بعد نقض تدييره^(١) وهو ضعيف .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا أعتق عبداً مرهوناً وكان موسراً أجزاءه ، وان
كان معسراً لا يجزيه .

والمعتمد عدم الاجزاء الامع اجازة المرتهن، ولا فرق بين الموسر والمعسر
لان الراهن والمرتهن ممنوعان في التصرف الامع الاجازة .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : لا يجوز عتق الجاني عمداً في الكفارة ، ويجوز
الجاني خطأ .

وللشافعي وأصحابه ثلاث طرق : أحدها ان كان عمداً نفذ العتق قولاً واحداً
وان كان خطأ فعلى قولين ، ومنهم من عكس . وقال أبو اسحاق : لا فرق بين العمد
والخطاء ، وهو الصحيح عندهم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : العبد الغائب ان عرف خبره وحياته جازعتقه في
الكفارة ، وان لم يعرف حياته لا يجوز .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني أنه يجزيء ما لم يعلم موته ،

(١) النهاية ص ٥٥٢ .

وهو المعتمد .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا اشترى من ينعق عليه ، فان لم ينوعته عن الكفارة عتق بحكم القرابة ، وان نوى عن الكفارة لم يجز عنها وعتق بحكم القرابة وبقيت الكفارة وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة يقع عتقهم عن الكفارة ، واختاره الشيخ في المبسوط .
والمعتمد اختياره هنا ، وهو اختيار العلامة ونجم الدين .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اذا وجبت عليه كفارة ، فأعتق عنه رجل باذنه ، وقع العتق عن المعتق عنه ، ولا يكون ولاؤه له بل يكون سائبة ، وبه قال الشافعي الا أنه قال : ولاؤه له ، سواء أعتق عنه تطوعاً أو عن واجب بجعل أو بغير جعل ، فان أعتق بجعل فهو كالبيع ، وبغير جعل فهو كالهبة .

وقال أبو حنيفة : ان أعتق بجعل جاز ، ولا يجوز بغير جعل . وقال مالك : لا يجوز ذلك بحال .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور عند أصحابنا . وقال ابن ادريس : الذي يقتضيه أصول مذهبنا أن العتق لا يقع الا عن المالك للعبد دون الاذن .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ : اذا أعتق عنه بغير اذنه ، فان العتق يقع عن المعتق دون المعتق عنه ، سواء أعتقه عن واجب أو غير واجب ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .
وقال مالك : ان أعتق عن غير واجب وقع عن المعتق كقولنا ، وان أعتقه عن واجب وقع عن المعتق عنه .

والمعتمد قول الشيخ ، والولاء للمعتق .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : اذا ملك الرجل نصف عبدین وباقيهما مملوك لغيره أو باقيهما حر ، فأعتقهما عن كفارته لا يجزيه .

والصحاب الشافعي ثلاثة أوجه ، قال أبو العباس مثل قولنا ، لانه لم يعتق عبداً

كاملاً . وقال غيره يجزيه ، ومنهم من قال : ان كان باقيه مملوكاً لا يجزيه ، وان كان حراً أجزأه .

والمعتمد قول الشيخ ان كان باقيهما حراً ، وان كان باقيهما مملوكاً وكان معسراً فكذلك ، وان كان مرسراً سرى وأجزأ ، لانهم نصوا على اجزاء الشقص للموسر فاجزاء الشقصين أولى . وأطلق العلامة في القواعد والتحريروالارشاد عدم الاجزاء ويحمل على المعسر لما قلناه .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : اذا كان عليه كفارات من جنس واحد وأعتق عنها أوصام بنية التكفير أجزأه بالاخلاف ، وان كانت من أجناس مختلفة ، مثل كفارة الظهار وكفارة القتل ، فلا بد فيها من نية التعيين عن كل كفارة ، فان لم يعين لا يجزيه وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : يجزيه وان لم يعين ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) ، فانه يكفى عنده فيه قوله أنت حر عن الكفارة وان لم يعين سببها ، مثل قتل أوظهار أو نذر وغير ذلك . واختار ابن ادريس مذهب الشيخ هنا ، واختاره العلامة في القواعد والتحريرو^(٢) .

وقال في المختلف : ان كانت الكفارة من جنس واحد كالحنث اذا تكرمته فلا يفتقر الى تعيين ، وان كانت من أجناس مختلفة ، فان اتفق الحكم كقتل الخطاء والظهار أجزأ الاطلاق أيضاً لانحداد الحكم وهو الترتيب فيها ، وان اختلف الحكم كالظهار والافطار فلا بد من تعيين السبب^(٣) .

ونجم الدين في الشرايع اختار التعيين مع الاختلاف واستشكله مع الاتفاق

(١) المبسوط ٢٠٩/٦ .

(٢) تحرير الاحكام ١١٤/٢ .

(٣) مختلف الشيعة ص ١١٥ كتاب الايمان وتوابعه .

ونقل الشهيد عن العلامة في الارشاد وجوب التعيين ، وان اتحد السبب قال في شرحه : ولم أعرف هذا المذهب لاحد من العلماء ، مع أنه اختار في الدروس^(١) وجوب التعيين ، اتحدت الكفارة أو تعددت ، اختلف الجنس أو اتحد ، وهو ظاهر المختصر ، لان صاحبه اطلق وجوب التعيين ولم يفصل .

والمراد بالتعيين تعيين السبب ، ككفارة الظهار أو القتل أو النذر وغير ذلك لاقتل زيد ولاالنذر الفلاني . والاشهر قول الشيخ هنا ، والاحوط مذهب الدروس .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ : اذا كان عليه كفارة عتق رقبة ، فشك هل هي من ظهار أو قتل أو جماع أو يمين أو غير ذلك ؟ فأعتق بينة مايجب عليه مجملا أجزأه ، وبه قال الشافعي الا أن يكون عن نذر ، فانه لايجزئه عنده ، قال : لانه يحتاج الى التعيين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : نية الاعتاق تجب أن تقارن حال الاعتاق ، ولايجوز أن يقدمها . وللشافعي طريقتان : أحدهما مثل قولنا كالصلاة ، والثاني يجوز في العتق أن يقدمها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٢ - قال الشيخ : اذا وجب عليه كفارة بعتق أو كفارة أوصيام فارتد لم يصح منه التكفير بشيء من ذلك .

ووافقنا الشافعي في الصوم بلاخلاف ، وله في العتق والاطعام ثلاثة أقوال مبنية على حكم ملكه وتصرفه : أحدها أن ملكه صحيح وتصرفه صحيح الا أن يقتل أو يموت ، فعلى هذا يصح منه الاعتاق والاطعام ، وبه قال محمد وأبيوسف والثاني أنه باطل ، فعلى هذا لايجزئه أخذهما . والثالث أنه مراعى فان عاد الى

الاسلام حكم باجزائه ، وان لم يعد حكم بعدم اجزائه .
 والمعتمد قول الشيخ ، لافتقار الجميع الى نية القرية ، وهي لاتصح من المرتد .
 مسألة ٤٣ - قال الشيخ : الاعمى لايجزىء بلاخلاف بين الفقهاء ، والاعور
 يجزىء بلاخلاف ، ومقطوع اليدين والرجلين أو اليدين أو الرجلين أو يد واحدة
 ورجل واحدة من خلاف عند الشافعي لايجزىء ، وعند أبي حنيفة يجزىء ، وبه
 نقول .

وقال في المبسوط^(١) : وعندنا أن الاعمى لايجزىء والاعور يجزىء كما قاله
 فأمام مقطوع اليدين والرجلين أو اليد والرجل من جانب واحد ، فانه لايجزىء بلاخلاف
 وأما اذا كان مقطوع احدى اليدين ، أو احدى الرجلين ، أو يد ورجل من خلاف
 فانه لايجزىء عند قوم ، وعند قوم يجزىء ، وهذا هو الاقوى للاية ، ثم فصل العيوب
 ونقل مذاهب المخالفين ، ثم قال بعد ذلك : والذي نقوله في هذا الباب انه
 لايجزىء المقعد والزمن والاعمى ومن نكل به صاحبه ، فأما ماعداها فالظاهر أنه
 يجزىء .

واختاره العلامة في المختلف^(٢) ، لان هذه العيوب يحصل بها العتق قهراً ، وكل
 عيب لا يوجب العتق ، فانه لا يمنع من الاعتاق عن الكفارة .
 وقال في القواعد : وأما السلامة من العيوب ، فانما يشترط السلامة من عيب
 يوجب عتقه ، وهو العمى والبجذام والاقعاد والتنكيل من موله خاصة ، ويجزىء
 ماعداه كالاصم والمجنون والاعور والاعرج والاقطع والاخرس ، ولايجزىء
 أقطع الرجلين ويجزىء أقطع اليدين مع رجل^(٣) .

(١) المبسوط ٦/٢١٢ .

(٢) مختلف الشيعه ص ١١٨ ، كتاب الايمان .

(٣) قواعد الاحكام ٢/١٤٥ .

ومثله قوله في التحرير^(١) الا أنه لم يذكر أقطع اليدين مع رجل .
وأعلم أن مذهب العلامة في القواعد والتحرير والمختلف لم يختلف ، وان
اختلفت الالفاظ. والضابط : أنه لا يشترط السلامة الا من العيوب التي يوجب العتق
وهو المعتمد .

مسألة - ٤٤ - قال الشيخ: المملوك اذا كان مولوداً من الزنا فانه يجزىء في
الكفارة ، وبه قال جميع الفقهاء الا الزهري والاوزاعي، فانهما قالا : لا يجزىء
وبه قال المرتضى .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٥ - قال الشيخ: من وجد رقبة وهو يحتاج اليها لخدمته، أو وجد
ثمنها وهو محتاج اليه لنفقاته أو كسوته وسكنائه، لا يلزمه الرقبة، ويجوز له الصوم
وبه قال الشافعي .

وقال مالك والاوزاعي : يلزمه العتق . وقال أبو حنيفة : ان كان واجد الرقبة
وهو محتاج اليها لزمه العتق ، ولا يجوز له الصوم . وان وجد الثمن وهو محتاج
لا يلزمه الاعتاق وجاز الصوم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤٦ - قال الشيخ: اذا انتقل عند العجز الى الصوم، وجب أن يصوم
شهرين متتابعين بلاخلاف، فان أفطر في الشهر الاول، أو قبل أن يصوم من الثاني
شيئاً، وجب استثنافه بلاخلاف ، فان كان افطاره بعد أن صام من الثاني شيئاً ولو
يوماً واحداً ، جاز له البناء ولا يلزمه الاستئناف، وخالف جميع الفقهاء في ذلك
وقالوا : يلزمه الاستئناف .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٤٧ - قال الشيخ : اذا أفطر في خلال الشهرين لمرض يوجب ذلك لم ينقطع التتابع وجاز البناء ، وهو قول الشافعي في القديم ، وقال في الجديد: ينقطع التتابع ، وهو مذهب أبي حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ: اذا سافر في الشهر الاول فأفطر انقطع التتابع، وعند الشافعي مبني على قولين في المرض ، فان قال : ان المرض يقطع التتابع فهذا أولى، وان قال : لا يقطع التتابع فهذا على قولين ، أحدهما مثل قولنا ، والاخر لا يقطع التتابع .

والمعتمد أن السفر الضروري لا يقطع التتابع، والاختيارى يقطعه .

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ : الحامل والمرضع اذا أفطرتا في الشهر الاول فحكهما حكم المريض بالاختلاف ، وان أفطرتا خوفاً على ولديهما ، لم ينقطع التتابع عندنا .

واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال : انه بمنزلة المرض ، ومنهم من قال : ينقطع التتابع قولاً واحداً . واختاره الشيخ في المبسوط^(١) .

والمعتمد عدم انقطاع التتابع، سواء كان الخوف على أنفسهما، أو على ولديهما لانه عذر يوجب الافطار ، فكان كالحيض والمرض .

مسألة - ٥٠ - قال الشيخ : اذا قتل متعمداً فسي أشهر الحرم ، وجب عليه الكفارة بصوم شهرين من أشهر الحرم ، وان دخل فيهما الاضحى وأيام التشريق وخالف جميع الفقهاء في ذلك، وقالوا: لا يجوز، وهو المعتمد عند أكثر أصحابنا .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ: اذا ابتداء بصوم أيام التشريق صح صومه، وكذلك يجوز التنفل به في الامصار . وأما بمنى ، فلا يجوز على حال .

وللشافعي قولان : أحدهما يجوز في الكفارة دون التطوع ، والثاني لا يجوز على حال .

والمعتمد قول الشيخ ، واشترط العلامة في القواعد^(١) كونه محرماً بحج أو عمرة ، وأكثر الفتاوي مطلقة .

مسألة - ٥٢ - قال الشيخ : لا يلزمه نية التتابع في الصوم ، بل يكفي نية الصوم وللشافعي ثلاثة أوجه : أحدها لا يلزمه ذلك ، والثاني يلزمه أول ليلة ، والثالث يلزمه كل ليلة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٣ - قال الشيخ : إذا صام شعبان ورمضان عن الشهرين المتتابع لم يجز عنهما بلاخلاف ، وصوم رمضان صحيح لا يجب عليه قضاؤه عندنا ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : يجب قضاؤه ، وهو المعتمد ، لأنه لم ينو رمضان ، والأعمال بالنيات .

مسألة - ٥٤ - قال الشيخ : الاعتبار في وجوب الكفارات المرتبة حال الأداء دون حال الوجوب ، فمن قدر حال الأداء على الاعتاق لم يجزله الصوم ، وإن لم يكن قادراً حال الوجوب وبالعكس .

وللشافعي ثلاثة أقوال : أحدها الاعتبار بحال الأداء كقولنا ، والآخر الاعتبار بحال الوجوب ، والثالث الاعتبار بأغلظ الأمرين من حين الوجوب إلى حين الأداء وقال أبو حنيفة : الاعتبار بحال الوجوب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٥ - قال الشيخ : إذا وجد الرقبة بعد دخوله في الصوم ، فإنه لا

(١) قواعد الاحكام ١٤٧/٢ .

يلزمه الاعتاق ويستحب له ذلك ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري : يلزمه الاعتاق .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٦ - قال الشيخ: اذا ظاهر فأعتق قبل العود لم يجز. وقال الشافعي

يجوز .

والمعتمد قول الشيخ،لانه قبل العود- وهو ارادة الوطىء- لايجب عليه العتق

فاذا أعتق قبل ذلك فقد فعل غير الواجب عليه ، فلايجزىء عن الواجب .

مسألة - ٥٧ - قال الشيخ : يجب أن يدفع الطعام الى ستين مسكيناً ، ولا

يجوز أن يدفع حق ستين مسكيناً الى مسكين لافي يوم واحد ولافي يومين، وبه

قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان أعطى مسكيناً واحداً حق ستين مسكيناً في ستين يوماً

أجزأ ، وان أعطى في يوم واحد حق مسكيتين لم يجز ، وعندنا يجوز هذا مع

عدم المساكين .

وهذا هو المعتمد ، فانه يجوز مع عدم الستين أن يدفع الى ما يوجد من

المساكين وتكرر عليهم كل يوم حتى يستوفي ستين مداً، ولايجوز أن يعطي مسكيناً

واحداً أكثر من مد واحد في يوم واحد من كفارة واحدة، ويجوز أن يعطيه أمداً

متعددة من كفارات متعددة من كل كفارة مداً .

مسألة - ٥٨ - قال الشيخ: لايجوز اعطاء الكفارة للمكاتب، وبه قال الشافعي

وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك .

والمعتمد ان كان مشروطاً أو مطلقاً لم يؤد شيئاً لم يجز ، وان أدى شيئاًجاز

الاخذ مع الاعسار .

مسألة - ٥٩ - قال الشيخ: لايجوز دفع الكفارة الى كافر، وبه قال الشافعي

وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك .

والمعتمد أنه لا يجوز الا للمؤمن أو من هو بحكمه من أطفال المؤمنين دون الكافر والمخالف .

مسألة - ٦٠ - قال الشيخ: يجب أن يدفع الى كل فقير مدين، والمد رطلان وربيع في سائر الكفارات .

وقال الشافعي : مد في جميع ذلك ، وهو رطل وثلاث الافدية الاذى ، فانه يدفع مدين . وقال أبو حنيفة : ان أخرج تمرأ أو شعيراً ، فانه يدفع صاعاً ، وهو أربعة أمداد ، والمد رطلان . وان أخرج طعاماً فنصف صاع ، وفي الزبيب روايتان: احديهما صاع ، والاخرى نصف صاع .

وقال مالك مثل قول الشافعي الا كفارة الظهار، فانه قال: يدفع الى كل مسكين مدأ بالمد الحجازي ، وهو مد وثلاث بمد النبي ﷺ .

والمعتمد اجزاء المد الواحد في الجميع، وهو رطلان وربيع بالعراقي، وهو اختيار المفيد وسلاز وابني بابوية ونجم الدين والعلامة وفخر الدين .

مسألة - ٦١ - قال الشيخ : يجب أن يطعم ما يغلب على قوته وقوت أهله . وقال الشافعي : يجب أن يطعم من غالب قوت البلد . واختاره الشيخ في المبسوط والاول اختيار نجم الدين والعلامة في القواعد^(١) والارشاد .

وقال الشيخ بعد هذه المسألة بمسألتين كلما يسمى طعاماً يجوز اخراجه في الكفارة ، واختاره الشهيد في دروسه^(٢)، وقال ابن ادريس : يجوز كسل ماسمي طعاماً في غير كفارة اليمين، أما كفارة اليمين فتجب من أوسط ما يطعم أهله، واختاره العلامة في التحرير والاول أشهر وأحوط .

(١) قواعد الاحكام ١٤٨/٢ .

(٢) الدروس ص ٢٠٨ .

مسألة - ٦٢ - قال الشيخ : اذا كان قوت بلده اللحم أو اللبن أو الاقط وهو قوته ، جاز أن يخرج منه .

وللشافعي في الاقط قولان ، وفي اللحم واللبن طريقان ، منهم من قال على قولين كالاقط ، ومنهم من قال : لا يجوز قولاً واحداً ، وظاهر عبارات أصحابنا وجوب الحب أو الخبز أو الدقيق ، وصرح به في المختلف^(١) ، فعلى هذا لا يجزىء اللحم ولا الاقط ولا اللبن ، وان كان قوت البلد ، وهو المعتمد .

مسألة - ٦٣ - قال الشيخ : اذا أحضر ستين مسكيناً وأعطاهم ما يجب لهم من الطعام ، أو اطعمهم اياه سواء قال : ملكتكم ، أولاً ، فانه يكون جائزاً على كل حال اذا كانوا بالغين ، وبه قال أهل العراق .

وقال الشافعي : ان اطعمهم لا يجزيه ، لانه لم يملكهم ، ولان أكلهم يزيد وينقص وان قال : اعطيتمكم أو أخذوه لا يجزى لانه ماملكتهم ، وان قال : ملكتكم بالسوية ففيه وجهان .

والمعتمد أن المكفر مخير بين اطعام المساكين والتسليم اليهم ، فان اختار التسليم دفع الى كل مسكين مداً ، ولا فرق هنا بين الصغير والكبير ، الا أن الدفع الى ولي الصغير ، فان لم يكن ولياً فالى من يعين بحاله ، قاله ابن فهد في لمعته . ونية الدفع الى الولي ادفع هذا القدر من الكفارة الى فلان ليقترضه عن فلان لوجوبه قربة الى الله . ويجوز الدفع الى العدد متفرقين ومجتمعين ، ويكفي نية واحدة عند الدفع اليهم مجتمعين .

قال العلامة في القواعد : ولو دفع الى ستين مسكيناً خمسة عشر صاعاً وقال : ملكت كل واحد مداً فخذوه ، أو ملكتكم هذا فخذوه ، ونوى التكفير أجزاء ، ولو قال :

(١) مختلف الشيعة ص ١١٧ .

خذوه فتناهوه فمن أخذ مداً احتسب عليه وكمل للآخر^(١).

وان اختار الاطعام فالواجب الشبع مرة واحدة، على ما هو مشهور بين الاصحاب ولا يتقدر بقدر غير الشبع .

وقال المفيد وسلاز : يجب سبعة في يومه . وقال ابن الجنيدي : يجب العشاء والغداء . والاول هو المعتمد .

فاذا عرفت هذا ، فلا بد من النية عند الاطعام ، ومحلها عند الشروع بالاكل فيقول : اطعم هؤلاء المساكين أو هذا المسكين عن كفارة كذا ، لوجوبه قربة الى الله . مسألة - ٦٤ - قال الشيخ : كلما يسمى طعاماً يجوز اخراجه في الكفارة ، وروى أصحابنا أن أفضله الخبز واللحم وأوسطه الخبز والزيت ، وأدونه الخبز والملح . وقال الشافعي : لا يجوز الا الحب ، أما الدقيق والسويق والخبز ، فإنه لا يجزى وقال الانماطي من أصحابه : يجزىء الدقيق ، وقالوا : لان النبي ﷺ أوجب صاعاً من تمر أو شعير أو طعام ، ولم يذكر الدقيق ولا الخبز .

والشيخ استدلل باجماع الفرقة ، وقوله تعالى « فاطعام ستين مسكيناً »^(٢) فكلما يسمى طعاماً في اللغة وجب أن يجزىء وقد تقدم البحث في هذه المسألة ، وذكرنا مذهب الاصحاب فيها .

مسألة - ٦٥ - قال الشيخ : اذا أطمع خمساً وكسى خمساً في كفارة اليمين ، فإنه لا يجزىء ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : يجزىء . وقال أبو حنيفة : اذا أطمع خمساً وكسى خمساً بقيمة اطعام خمسة لا يجزىء ، وان أطمع خمساً وكسى خمساً بقيمة كسوة خمسة أجزأه . والمعتمد قول الشيخ .

(١) قواعد الاحكام ١٤٨/٢ .

(٢) سورة المجادلة ٤ .

مسألة - ٦٦ - قال الشيخ: يجوز صرف الكفارة الى الصغار والكبار اذا كانوا فقراء بلا خلاف ، وعندنا يجوز أن يطعمهم آياه ، ويعد صغيرين بكبير ، ووافقنا مالك في عد صغيرين بكبير .

وقال الشافعي وأبو حنيفة : لا يصح أن يقبضهم آياه بل يحتاج أن يعطي وليه ليصرفه في مؤنته .

والمعتمد أنه مع التسليم اليهم يحتاج الى أن يسلمه الى الولي أو من بعين بحاله مع فقد الولي كما تقدم . أما الاطعام فلا يحتاج فيه الى الولي ، فان انفردوا احتسب كل صغيرين بكبير وان جامعهم الكبار احتسب الصغير بكبير .

مسألة - ٦٧ - قال الشيخ : اذا اعطى كفارته من ظاهره الفقر ، ثم بان غنياً أجزأه ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد ومالك والشافعي . وقال في الجديد : لا يجزيه وهو الاصح عندهم ، وبه قال أبو يوسف .

والمعتمد الاجزاء مع عدم التفريط ، وعدم امكان الارتجاع .

مسألة - ٦٨ - قال الشيخ : اذا وجبت عليه الكفارة في الظهار وأراد أن يكفر بالاعتاق أو الصوم ، يلزمه تقديم ذلك على المسيس بلا خلاف ، وان أراد أن يكفر بالاطعام مع العجز عنهما ، فكذا لا يحل له الوطئ قبل الاطعام ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي . وقال مالك : يحل له الوطئ قبل الاطعام .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦٩ - قال الشيخ : لا يجوز اخراج القيمة في الكفارات ، وبه قال الشافعي . وقال أهل العراق : يجوز الا في العتق .

والمعتمد قول الشيخ ، لاشتغال الذمة بالخصال لا بقيمتها .

مسألة - ٧٠ - قال الشيخ : اذا قالت المرأة لزوجها : أنت علي كظهر أمي لم يتعلق به حكم ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي .

وقال ابن أبي ليلى والحسن البصري : يلزمها كفارة ظهار . وقال أبو يوسف
يلزمها كفارة يمين .

وحكى أن رجلا سأل ابن أبي ليلى عن هذه المسألة، فقال : عليها كفارة الظهار
فسأل محمداً فقال : لا شيء عليها ، فسأل أبا يوسف وأخبره بما قالا ، فقال سبيحان
الله شيخان من مشايخ المسلمين غلطا عليها كفارة يمين .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧١ - قال الشيخ : يجوز للمرأة أن يعطي الكفارة زوجها اذا كان
فتميراً ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يجوز .
والمعتمد قول الشيخ ، لدخوله في جملة المساكين .

كتاب اللعان

مسألة - ١ - قال الشيخ : موجب القذف عندنا في حق الزوج الحد ، وله اسقاطه باللعان . وموجب اللعان في حق المرأة الحد ، ولها اسقاطه باللعان ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : موجب القذف في حق الزوج اللعان ، فاذا قذف زوجته لزمه اللعان ، فان امتنع حبس حتى يلاعن ، فاذا لاعن وجب على المرأة اللعان ، فان امتنعت حبست حتى تلاعن .

وقال أبو يوسف : الحد يجب بالقذف على الرجل ، أما المرأة اذا امتنعت من اللعان لم يلزمها الحد ، لانه يكون حكماً بالنكول ، والحد لا يجب بالنكول . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : اللعان يصح بين كل زوجين مكلفين من أهل الطلاق سواء كانا من أهل الشهادة أو لم يكونا ، فيصح القذف واللعان بين المسلمين والكافرين ، أو احدهما مسلم والاخر كافر ، وكذلك بين الحرين والمملوكين وبالتفريق ، وكذا لو كانا محدودين في قذف أو احدهما كذلك ، وبه قال مالك والشافعي

(١) تهذيب الاحكام ١٨٤/٨ .

وأحمد والثوري .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يصح بين الكافرين أو أحدهما ، ولا بين المملوكين أو أحدهما ، ولا بين المحدودين في القذف أو أحدهما .

وبالصحة مطلقاً كما قاله الشيخ هنا قال ابن البراج وابن بابويه والعلامة وابن فهد والشهيد في شرح الارشاد . وقال المفيد وسلاار وابن الجنيد : لا يصح مطلقاً وقال ابن ادريس : يجوز اللعان لنفى الولد دون القذف ، ولم يمنع من لعان المحدود بالقذف من أصحابنا الا ابن الجنيد ، قال : لان الله سماه كاذباً ، والكاذب لا تقبل شهادته حتى يجب به حقاً على زوجته . والمشهور مذهب الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا كان مع الزوج البينة ، كان له أن يلاعن ويعدل عن البينة ، وبه قال كافة أهل العلم .

وقال بعضهم : لا يجوز أن يلاعن مع قدرته على البينة ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط ، وهو المشهور عند أصحابنا اختاره العلامة فسى أكثر كتبه ، وهو المعتمد ، لانه تعالى شرط في اللعان عدم البينة .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : حد القذف من حقوق الادميين لا يستوفى الا بمطالبة آدمى ، ويورث كما يورث حقوق الادميين ، ويدخله العفو والابراء كما يدخل حقوق الادميين ، وبه قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة : هو من حقوق الله متعلق بحق الادمى ، ولا يورث ولا يدخله العفو والابراء ، ووافق أنه لا يستوفى الا بالمطالبة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا قذف زوجته بزنا اضافه الى مشاهدة أو انتفى من حمل ، كان له أن يلاعن وان لم يصفه الى المشاهدة ، فان قذفها مطلقاً وليس هناك حمل لم يجز اللعان ، وبه قال مالك .

- وقال أبو حنيفة والشافعي : له أن يلاعن بالزنا المطلق .
 والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
 مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا أخبر ثقة أنها زنت ، أو استفاض في البلد أن
 فلاناً زنا بفلانة ، ووجد الرجل عندها ولم ير شيئاً ، لا يجوز له أن يلاعنها .
 وقال الشافعي : يجوز له أن يلاعنها في الموضوعين .
 والمعتمد قول الشيخ ، لأنه يشترط دعوى المشاهدة .
 مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا كانا ابيضين فجاء ولدهما أسود ، أو كانا أسودين
 فجاء الولد أبيض ، لم يجز نفيه . وللشافعي وجهان : أحدهما لا يجوز ، والآخر يجوز .
 والمعتمد قول الشيخ .
 مسألة - ٨ - قال الشيخ : الأخرس اذا كانت له كناية مفهومة ، أو اشارة معلومة
 صح قذفه ولعانه ونكاحه وطلاقه ويمينه وسائر عقوده ، وبه قال الشافعي .
 وقال أبو حنيفة : لا يصح قذفه ولا لعانه ، ويصح باقي العقود المذكورة .
 والمعتمد قول الشيخ ، وتوقف ابن ادريس في صحة لعانه .
 مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا قذف زوجته وهي خرساء أو صماء ، فرق بينهما
 ولم تحل له أبداً .
 وقال الشافعي : ان كان للخرساء اشارة معقولة أو كناية مفهومة ، فهي كالناطقة
 سواء ، وان لم يكن كذلك فهي بمنزلة المجنونة .
 والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .
 مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا قذف الرجل زوجته ووجب عليه الحد ، فأراد
 اللعان فماتت المقدوفة ، انتقل ما كان لها من المطالبة بالحد الى ورثتها ، ويقومون
 مقامها في المطالبة ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ليس لهم ذلك ، بناءً على أنه من حقوق الله دون الأدميين .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا ثبت أن هذا الحد موروث ، فعندنا أنه يرثه
المناسبون جميعهم ذكورهم واناثهم دون ذوي الاسباب .
وللشافعي ثلاثة أوجه : أحدها مثل قولنا ، والثاني يشاركهم ذوي الاسباب ،
والثالث يختص به العصابات .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا لاعن الرجل الحرة المسلمة وامتنعت من اللعان
وجب عليها الحد ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يجب عليها اللعان ، فان امتنعت حبست حتى تلاعن .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا قذف زوجته ولاعنها وبانت منه ، فقذفها أجنبي
بذلك الزنا فعليه الحد ، سواء كان الزوج نفى نسب ولدها أولم ينف ، وسواء كان
الولد باقياً أو مات ، وسواء كان لها ولد أولم يكن لها ولد ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : ان نفى نسب الولد لكن مات الولد ، فلاحد على القاذف ،
وان لم يكن نفى الولد أو كان الولد باقياً ، فالحد على القاذف .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا قذف أجنبي أجنبية ولم يقم البينة فحد ، فأعاد
ذلك القذف بذلك الزنا ، فانه لايلزمه حد آخر ، وبه قال عامة الفقهاء ، وحكى عن
بعض الناس أنه يلزمه حد آخر .

وقال العلامة في كتاب اللعان من التحرير : ولو قذفها أجنبي ولابينة فحد ، ثم
قذفها ثانياً بذلك الزنا لم يحد أيضاً وعزر . وهو كقول الشيخ هنا .

وقال في كتاب الحدود من التحرير أيضاً : فان حد في القذف ثم قذف ثانية

حد ايضاً ، سوآء كان المقذوف هو الاول أو غيره .

ومثله قوله فى القواعد ، و ظاهره يسدل على تكرر الحد ، لانه لم يفصل بين أن يكون القذف بذلك الزنا أو بزنا آخر ، والاطلاق يقتضى العموم ، واستدل الشيخ هنا باجماع الفرقة وأخبارهم واجماع الصحابة .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا تزوج الرجل بامرأة ، وقذفها بزنا اضافه الى ما قبل الزوجية ، وجب عليه الحد وليس له أن يلاعن لاسقاطه ، وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : له اسقاطه باللعان ، فالاعتبار عندنا بالحالة التى يضاف اليها الزنا ، وعنده بحالة القذف .

واختار فى المبسوط مذهب أبى حنيفة ، واختاره نجم الدين فى الشرايع^(١) والعلامة فى المختلف^(٢) والارشاد ، وقواه فى التحرير ، وهو المعتمد .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا بان الرجل زوجته بطلاق باين أو فسخ أو خلع ثم قذفها بزنا اضافه الى حالة الزوجية ، لزمه الحد بلاخلاف .

وهل له اسقاطه باللعان ؟ فيه ثلاث مذاهب : فمذهبنا ومذهب الشافعى ان لم يكن هناك نسب ، فليس له أن يلاعن ، وان كان هناك نسب كان له أن يلاعن . ومذهب عثمان البتى الى جواز اللعان ، سواء كان هناك نسب أو لم يكن . ومذهب الاوزاعى وأبو حنيفة وأحمد الى عدم اللعان ، سواء كان هناك نسب أو لم يكن ويلزمه الحد فان أتت بولد لحقه نسبه ولم يكن له نفيه باللعان . والمعتمد مذهب الشيخ .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا قذف زوجته وهي حامل ، لزمه الحد وله اسقاطه باللعان ونفي النسب ، وان اختار أن يؤخر حتى يفصل الولد فيلاعن لنفيه

(١) شرايع الاسلام ٩٣/٣ - ٩٤ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٥٨ كتاب الطلاق .

كان له، وان اختار أن يلاعن في الحال وينفي النسب كان له ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : ليس له أن ينفي نسب الحمل قبل الانفصال، فان لاعن فقد
أتى بلعانه الواجب عليه، فان حكم الحاكم بالفرقة فقد بانث الزوجة منه، وليس
له بعد ذلك أن يلاعن لنفي النسب ، بل يلزمه النسب ، لان عنده اللعان كالطلاق
ولا يصح الا في زوجة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا قذف زوجته بأن رجلاً أصابها في دبرها
حراماً، لزمه الحد، وله اسقاطه باللعان، وان قذف أجنبية أو أجنبية في هذا الموضوع
لزمه الحد وله اسقاطه بالبينة ، ولا فرق بين الرمي بالفاحشة في هذا الموضوع
وبين الرمي بالفرج ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يجب الحد بالرمي في هذا الموضوع .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا قذف زوجته وامها بأن قال: يا زانية بنت الزانية
لزمه حدان ، وله اسقاط حد الام بالبينة ، وحد البنت بالبينة وباللعان ، ولا يدخل
حق احدهما في الأخرى ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة: يجب عليه الحد للام واللعان للبنت، فان لاعن البنت لا يسقط
حد الام بل لها المطالبة، فان حقق القذف بالبينة والا حد للام وللبنات أيضاً ، لان
المحدود للقذف لا يلاعن عنده . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا نكح رجل امرأة نكاحاً فاسداً وقذفها، فان لم يكن
هناك نسب ، لزمه الحد ولم يكن له اسقاطه باللعان بالاختلاف ، وان كان هناك
نسب لم يكن له نفيه باللعان ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : له ان يلاعن ويسقط الحد . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : يغلظ اللعان باللفظ والموضع والوقت والجمع
وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يغلظ بالمكان ، ولا بالزمان ، ولا بالجمع .
والمعتمد قول الشيخ ، لما فيه من الردع ، ولقوله تعالى « وليشهد عذابهما
طائفة من المؤمنين »^(١).

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : ألفاظ اللعان معتبرة ، فان نقص شيء منها لم يعتد
باللعان وان حكم الحاكم بالفرقة لم ينفذ الحكم ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : اذا أتى بالاكثر وترك الاقل وحكم الحاكم بالفرقة نفذ
الحكم ، وان لم يحكم به الحاكم لم يتعلق به شيء من أحكام اللعان ، ولا يجوز
عنده للحاكم أن يحكم بذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : الترتيب واجب في اللعان بلاخلاف ، يبدأ بلعان
الرجل ثم المرأة ، فان خالف الحاكم وبدأ بلعان المرأة وحكم بالفرقة لم يعتد به
ولم يعتد حكمه .

وقال أبو حنيفة ومالك : ينفذ حكمه ويعتد به ، وقال الشافعي مثل قولنا ، وهو
المعتمد .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : لا يجوز للكفار دخول المساجد ، لا باذن ولا بغير
اذن وأي مسجد كان ، وبه قال مالك .

وقال الشافعي : يجوز دخول سائر المساجد الحرم وغيره .
والمعتمد قول الشيخ ، لقوله تعالى « انما المشركون نجس »^(٢) حكم عليهم

(١) سورة النور : ٢ .

(٢) سورة التوبة : ٢٨ .

بالنجاسة ، واذا ثبت نجاستهم لم يجز لهم دخول شيء من المساجد ، لعدم جواز ادخال النجاسة المساجد بلاخلاف .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : اذا لاعن الرجل تعلق بلعانه سقوط الحد عنه وانتفاء النسب وزوال الفراش ، وحرمت المرأة على التأييد ويجب على المرأة الحد، ولعان المرأة لايتعلق به أكثر من سقوط الحد عنها ، وحكم الحاكم لاتأثير له في ايجاب شيء من هذه الاحكام ، واذا حكم بالفرقة فانما تنفذ الفرقة التي كانت بلعان الزوج لانه يبتدىء ايقاع فرقة ، وبهذا قال الشافعي ، وذهب مالك وأحمد وداود الى أن هذه الاحكام تتعلق بلعان الزوجين معاً، فما لم يوجد اللعان منهما لم يثبت شيء منها ، وهو الذي يقتضيه مذهبنا .

وقال أبوحنيفة : هذه الاحكام تتعلق بلعان الزوجين وحكم الحاكم ، فما لم يحكم الحاكم لايتنفي النسب ولايزول الفراش ، حتى أن الزوج لو طلقها بعد اللعان جاز طلاقه ، لكن لعان الزوج يوجب زوال الفراش ، ويلزم الزوج ايقاع الفرقة ، فان أراد الزوجان أن يقرأ على الزوجية وتراضيا بذلك ، لم يجز ووجب على الحاكم ايقاع الفرقة بينهما .

فالذي يتعلق باللعان على قول أبي حنيفة حكمان: انتفاء النسب، وزوال الفراش فيتعلق هذان الحكمان بلعانهما وحكم الحاكم. أما الحد، فانه لايجب عنده على الزوج بالقذف حتى يسقطه باللعان ، والتحرير على التأييد لا يثبت ، فان الزوج متى أكذب نفسه حلت له المرأة .

وقال عثمان البتي : اللعان انما ينفي النسب حسب، أما الزوجية فلايزول ولا يتعلق به تحريم .

والمعتمد أنه يتعلق بلعانهما سقوط الحدين ، وانتفاء الولد عن الزوج دون المرأة وزوال الفراش وتأيد التحريم . ولايكفي في هذه الاحكام الاربعة لعان الزوج

خاصة ، ولا يفتقر بعد اللعان الى حكم الحاكم .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : فرقة اللعان على مذهبنا فسوخ وليس بطلاق ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هي طلقة باينة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : اذا أتى بدل لفظ الشهادة بلفظ اليمين ، فقال : أحلف بالله أو أقسم بالله ، لم يجز .

وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر يجزى ، لانه يمين فما كان يميناً قام مقامه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : اذا قذف زوجته برجل بعينه ، وجب عليه حدان : حد للزوجة وحد للرجل ، فاذا لاعن سقط حد الزوجة دون حد الرجل ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يسقط الحدان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا حد للاجنبي ، كان له أن يلاعن في حق الزوجة عندنا وعند الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يلاعن لان المحدود في القذف لا يلاعن .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا أكذب الزوج نفسه بعد اللعان ، أقيم عليه الحد ولحقه النسب ، وورثه الابن ولا يرث الابن ، وبه قال الشافعي ، الا أنه قال : يعود النسب مطلقاً ، وهو مذهب مالك وابن حنبل وأبي يوسف .

وقال أبو حنيفة ومحمد : يزول التحريم وتحل المرأة بعقد مستأنف . وقال

سعيد بن جبير : تعود زوجة كما كانت .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا اعترفت الزوجة بالزنا قبل الشروع باللعان ، سقط عن الزوج الحد عندنا وعند الشافعي ، فان أقرت أربع مرات وجب عليها حد الزنا .

والشافعي لم يعتبر العدد ، فان لم يكن هناك نسب لم يكن للزوج أن يلاعن عندنا وعنده على الصحيح من المذهب ، لان اللعان لا يكون الا لاسقاط الحد أو نفي النسب ، وان كان هناك نسب كان له أن يلاعن لنفيه عندنا وعنده ، لان النسب لا ينتفى باعترافها بالزنا ، بل هو لاحق به بالفراش ، واحتاج في نفيه الى اللعان . وخالف أبو حنيفة في ثلاثة أحكام قال : اذا اعترفت المرأة بالزنا لم يسقط الحد عن الرجل ، لان عنده أن الحد لا يجب على الزوج بقذفه حتى يسقط ، وانما وجب عليه اللعان فيسقط باعترافها ، وأن حد الزنا لا يجب عليها باعترافها ، لانه لا يكفي عنده الاعتراف دفعة واحدة كما قلناه ، ولا يجوز عنده اللعان لنفي النسب ، لان اللعان عنده لا يجوز لنفي النسب المجرد ، وانما يجوز عنده لنفي الفراش ، ثم يتبعه نفي النسب ، واللعان هنا منفرد فلا يكون ذلك للزوج .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا ماتت المرأة قبل حصول اللعان ، فان له أن يلاعن وليها ، فاذا فعل ذلك لم يرثها ، وان لم يلاعن ورثها وكان عليه الحد . وقال الشافعي : اذا ماتت قبل اللعان ماتت على حكم الزوجية وورثها ، والحد واجب لورثتها ، وله اسقاطه باللعان . وهذا هو المعتمد ، وهو اختيار نجم الدين والعلامة في القواعد وابن فهد وقخر الدين ، ويلاعن الزوج وحده لاسقاط الحد عنه ، ولا يثبت بلعانه شيء من أحكام اللعان غير دفع الحد عنه .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : اذا قذف زوجته وهي حامل بنفي النسب ، فان

لاعن ونفى النسب انتفى عنه ، وان أخرج ذلك الى أن تضع الولد لم يبطل حقه من النفي ، فاذا وضعته كان له أن يلاعن في الحال ، فان لاعن والابطل حقه من اللعان ولحق به النسب ، بهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ليس له أن يلاعن مادامت حاملا ، فاذا وضعت ثبت حقه من اللعان على الفور ، فان أخره بطل ، وبه قال محمد بن الحسن ، وقالوا : انا استحسننا جواز تأخير ذلك يوماً أو يومين .

وقال أبو يوسف : له أن يلاعن مدة النفاس لأكثر . وقال عطاء ومجاهد : له أن يلاعن أبداً ، وهو الذي يقتضيه مذهبنا ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم على أن له أن يلاعن أبداً واختار في المبسوط^(١) مذهب الشافعي وهو المشهور واستحسن نجم الدين في الشرائع^(٢) جواز اللعان ما لم يعترف به ، كما هو مختار الشيخ هنا .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا انتفى من ولد زوجته ولم يقذفها ، بل قال : وطئت رجل مكرهاً ولست بزانية والولد منه وجب عليه اللعان . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، وهو الأظهر عندهم . والآخر لا يجب اللعان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا أقر الرجل بولده بعد اللعان ، فقال له أجنبي : لست بولد فلان ، وجب عليه حد القذف ، وان قال له الاب ذلك لم يجب عليه الحد . وللشافعي قولان ، ولأصحابه ثلاث طرق : أحدها مثل قولنا ، والثاني ان المسألتين على قولين : أحدهما يكون قاذفاً فيهما ، والآخر لا يكون قاذفاً ، والثالث على

(١) المبسوط ١٩٤/٥ .

(٢) شرائع الاسلام ٩٥/٣ .

اختلاف الحالين، فان قال ذلك الاب أو الاجنبي بعد استقرار النسب باقراره يكون قاذفاً ، وان قاله قبل استقرار النسب بأن يقوله عقيب الولادة قبل النفي والاقرار فانه لا يكون قاذفاً .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اذا أنت المرأة بولدين توأمين ونفاهما الزوج باللعان فان ارث أحدهما من الاخر يكون من جهة الام دون جهة الاب . وللشافعي في توارثهما من جهة الام قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ: البائن باللعان لا يجب لها السكنى. وقال الشافعي :

يجب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : اذا أنت بولدين توأمين فمات أحدهما ، فلاب أن ينفي نسب الحي والميت معاً باللعان، وكذلك ان كان الولد واحداً فمات كان له نفيه باللعان ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يصح نفي نسب الميت، واذا لم يصح نفي الميت لم يصح نفي الحي ، لانهما حمل واحد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : اذا نفى الولد باللعان ، ثم مات الولد ورجع الزوج وأقر بنسبه ، فانه لا يلحقه ولا يرثه الاب ، سواء خلف الولد ولداً أو لم يخلف ، واذا أقر به ومات الاب قبل الابن ورثه الابن .

وقال الشافعي: يرثه على كل حال . وقال أبو حنيفة: ان كان الولد خلف ولداً لحقه نسبه ونسب ودا الولد وثبت الارث بينهما، وان لم يكن خلف ولداً لم يلحقه

النسب، سواء مات موسراً أو معسراً ، ولاخلاف بينهم أنه اذا أقر به قبل موته لحقه النسب وتوارثا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ: اذا قال الرجل لزوجته : يازان بلاهء التأنيث كان قاذفاً عند جميع الفقهاء الا داود ، واذا قالت المرأة للرجل : يازانية كانت قاذفة عند محمد والشافعي . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : ليس ذلك بقذف .

قال الشيخ : والذي يقتضيه مذهبنا أن نقول: ان علم من قصدهما القذف كانا قاذفين ، وان لم يعلم يرجع اليهما في ذلك . والمعتمد قول الشيخ .

قال العلامة في المختلف: والوجه عندي الاستفسار، فان قال في الاول أردت الترجيم كان قاذفاً ، اذ اللحن لا يمنع من القذف والافلا، وان قالت المرأة أردت تأكيد المعنى بزيادة الهاء كانت قاذفة والافلا^(١).

وهذا مطابق لكلام الشيخ ، لان هذا مع عدم علم القصد .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : اذا قال رجل لرجل زناً في الجبل، فظاهر هذا أنه أراد صعدت في الجبل ، ولا يكون صريحاً في القذف، بل يحمل على الصعود فان ادعى عليه القذف كان القول قوله مع يمينه، فان نكل ردت اليمين على المقذوف فان حلف حد ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة: هو قذف بظاهره .

والمعتمد قول الشيخ ، وجزم به العلامة في التحرير .

مسألة - ٤٢ - قال الشيخ : اذا قذفها بالزنا فاقم عليه الحد، ثم قذفها بذلك الزنا ، لم يكن قذفاً بلاخلاف ولايجب عليه حد القذف ، وان قذفها بزنا آخر وجب عليه حد القذف .

(١) مختلف الشيعة ص ٥٩ كتاب الطلاق .

وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لاحد عليه .

قال الشيخ : دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم . ومن العجب أن الشيخ رحمه الله قال في هذه المسألة اذا قذفها فاقسم عليه الحد ، ثم قذفها بذلك الزنا ، لم يكن قاذفاً بلاخلاف ولايجب عليه حد القذف ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، وقال فيما بعد في المسألة العاشرة من هذه المسألة: اذا قذف زوجته بالزنا ولم يلاعن فحد ، ثم قذفها بذلك الزنا ، فانه يجب عليه الحد ثانياً ، ثم استدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، لكن هو أعلم بما قال .

وما قاله ثانياً هو المعتمد ، وهو اختيار نجم الدين والعلامة ، لوجود المقتضي وهو القذف وسقوط المسقط ، وهو البينة أو الاقرار .

مسألة - ٤٣ - قال الشيخ: اذا قذفها قبل اقامة الحد ثم أعاد قذفها ، فان قذفها بما قذفها به أولاً ، فعليه حد واحد ، وان قذفها مجدداً كان عليه حد واحد أيضاً وبه قال الشافعي في القديم والجديد الا أنه قال في القديم: ولو قبل ان عليه حدين كان وجهاً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٤ - قال الشيخ : اذا قذف امرأة أجنبية ، ثم تزوجها وقذفها بعد التزويج ، ولم يتم البينة على القذف الاول والثاني ، ولا لعن عن الثاني ، فطالبت المرأة بالقذفين بدأت فطالبت بالثاني ثم بالاول ، وجب عليه الحدان .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر أنهما يتداخلان .

والمعتمد قول الشيخ . قال العلامة في التحرير : فان أقام بينة سقط الحدان والا ثبتا ، وله اسقاط الثاني باللعان .

مسألة - ٤٥ - قال الشيخ: اذا قذف زوجته فلاعنها وبانت باللعان ، ثم قذفها بزنا اضافه الى ما قبل اللعان ، فعليه الحد بهذا القذف .

وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لآحد عليه لان حصانها تسقط باللعان .

والمعتمد قول الشيخ ، وجزم به العلامة في التحرير .

مسألة - ٤٦ - قال الشيخ : اذا قذف الرجل زوجته ، فقال لها : يازانية ، فقالت : بل أنت يازاني ، سقط الحد عنهما ووجب تعزيرهما .
وقال الشافعي : يجب الحد عليهما ، وللزوج اسقاطه باللعان أو البينة ، وللمرأة اسقاط حد القذف بالبينة واسقاط حد الزنا ان لاعن الزوج باللعان ، وان أقام البينة فليس لها اسقاطه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، على أن أي نفسين تقاذفا فأسقط عنهما الحد ووجب التعزير .

مسألة - ٤٧ - قال الشيخ : اذا قذف زوجته وأجنبية ، فقال لهما : زنيتما أو أنتما زانيتان ، فهو قاذف لهما ووجب عليه حدان ، وله اسقاط حد زوجته بالبينة أو اللعان ، واسقاط حد الأجنبية بالبينة .

وقال الشافعي : اذا لم يقم البينة ولا لعن في حق الزوجة هل يجب عليه حد أو حدان ؟ فيه قولان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ : اذا قذف الرجل أربع نسوة أجنبيات بكلمة واحدة أو قذف أربعة رجال أجنب أو أربع نسوة ، فالحكم في الجميع واحد ، وهل يجب عليه حد واحد للجميع أو يجب لكل واحد حد كامل ؟ فعندنا ان جاؤا به مجتمعين كان على الجميع حد واحد ، وان جاؤا به متفرقين كان لكل واحد حد على انفراده .

وللشافعي قولان ، قال في الجديد : يجب عليه لكل واحد حد كامل ، وهو

الاصح عندهم . وقال في القديم : للجميع حد واحد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأنخبارهم^(١).

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ : اذا قذف زوجته وهي حامل ، فله أن يلاعن وينفي النسب ، سواء جامعها في الطهر الذي قذفها فيه بالزنا أو لم يجمعها ، وسواء جامعها قبل القذف أو بعده ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي .
وقال مالك : ان أضاف الزنا الى طهر لم يجمعها فيه ، كان له أن يلاعن وينفي النسب ، وان أضافه الى طهر جامعها فيه لم يكن له أن يلاعن لنفي النسب ، وله أن يلاعن لاسقاط الحد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥٠ - قال الشيخ : اذا قذف أجنبياً أو أجنبية أو زوجة ، وكان المقذوف محصناً فلزمه الحد وقبل أن اقيم عليه الحد ، ثبت زنا المقذوف : اما باقراره أو بيئته ، فان الحد لا يسقط عن القاذف ، وبه قال المزني وأبو ثور .
وقال أبو حنيفة والشافعي وعامة الفقهاء : انه يسقط عن القاذف ، ويجب على المقذوف حد الزنا .

والمعتمد سقوطه عن القاذف ، ووجوبه على المقذوف ان ثبت زناه بالبيئته ، أو بالاقرار أربع مرات ، وبالمرة الواحدة يسقط عن القاذف ولا يجب على المقذوف هذا هو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ : اذا قذف زوجته بالزنا ولم يلاعن فحد ، ثم قذفها بذلك الزنا ، فانه يجب عليه الحد ثانياً ، فان قذفها ولاعنها ثم أعاد القذف ثانياً بذلك الزنا فلا حد عليه .

وقال الشافعي : لاحد عليه في الموضوعين ، لان في الاول محكوم بكذبه ،

(١) تهذيب الاحكام ١٨٤/٨ .

وفي الثاني محكوم بصدقه ، والقذف يكون بما يحتمل الصدق والكنب .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، والشيخ (ره)
قد اختار فيما مضى قبل هذه المسألة أنه لا حد عليه في الموضوع الاول ، كما هو
اختيار الشافعي .

مسألة - ٥٢ - قال الشيخ : اذا قذفها ولاعنها ، فامتنعت من اللعان فحدث ،
فقدفها أجنبي بذلك الزنا لم يجب عليه الحد ، وبه قال أبو اسحاق .
وقال أبو العباس ابن سريج : يجب عليه الحد ، واستحسنه نجم الدين ، واختاره
العلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد ، لانه لم يوجد منها اقرار بالزنا ، ولا قامت عليها
به بيينة ، فهي باقية على الاحصان .

مسألة - ٥٣ - قال الشيخ : اذا قال زنت يدك ورجلك لا يكون قاذفاً ، وهو
مذهب أبي حنيفة ، وأصح قولي الشافعي ، والقول الاخر نقله المزني أنه يكون
قاذفاً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٤ - قال الشيخ : اذا قال زنا بدنك يكون صريحاً في القذف ،
وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ، وقال في القديم : لا يكون صريحاً .
والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار العلامة في التحرير .

مسألة - ٥٥ - قال الشيخ : كنايات القذف مثل قوله يا حلال ابن حلال أو ما
أمي زانية ، أولست بزنان ، لا يكون قذفاً بظاهرها ، الا أن يتوي بذلك القذف ،
سواء حال الرضا أو حال الغضب ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والشافعي .
وقال مالك : ان كان حال الغضب كان قاذفاً ، وحال الرضا لا يكون قاذفاً .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٦ - قال الشيخ : اذا شهد الزوج ابتداء من غير أن يتقدم منه القذف

مع ثلاثة على المرأة بالزنا، قبلت شهادتهم ووجب على المرأة الحد، وهو الظاهر من أحاديث أصحابنا، وبه قال أبو حنيفة، وقد روي أن الثلاثة يحدون ويلاعن الزوج.

وقال الشافعي: لا تقبل شهادة الزوج والثلاثة الاخر هل يحدون أم لا؟ على قولين. أما الزوج فقال أبو اسحاق: يكون قاذفاً وعليه الحد قولاً واحداً، وذكر أنه قول الشافعي. وقال ابن أبي هريرة: حكمه حكم الشهود.

والمعتمد قول الشيخ، فان حصلت التهمة للزوج بسبق القذف حد الجميع، وهو اختيار ابن ادريس ونجم الدين، وظاهر المختلف، واختار العلامة في القواعد والتحرير^(١) حد الشهود ويلاعن الزوج، واختاره فخر الدين أيضاً، لان الزوج هو المدعي، فلا تقبل شهادته، والرواية المشار اليها هو قوي.

مسألة - ٥٧ - قال الشيخ: اذا قذف زوجته، ثم ادعى أنها أقرت بالزنا، وأقام شاهدين على اقرارها، لم يثبت اقرارها الا باربعة شهود.

وللشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا، والثاني وهو أصحهما عندهم أنه يثبت بشاهدين.

والمعتمد أن بالشاهدين ينتفى الحد عنه، ولا يثبت الحد عليها الا باربعة، فمع الشاهدين ينتفى الحد عنهما.

مسألة - ٥٨ - قال الشيخ: اذا قذف امرأة وادعى أنها كانت أمة أو مشركة حال القذف، وقالت: ما كنت قط الاحرة مسلمة، فالقول قوله مع يمينه.

وللشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا، والثاني القول قولها.

والمعتمد قول الشيخ، وهو اختيار العلامة في التحرير.

مسألة - ٥٩ - قال الشيخ: اذا قذف امرأة وطالبت بالحد، فقال: لي بينة

(١) تحرير الاحكام ٦٩/٢.

غائبة أمهلوني حتى تحضر ، لم يمهل ويقام عليه .
 وقال الشافعي : يؤجل يوماً أو يومين . وقال أصحابه : يؤجل ثلاثة أيام .
 والمعتمد قول الشيخ ، لانه لا تأخير في حده .
 مسألة - ٦٠ - قال الشيخ : لا يثبت حد القذف بشهادة على شهادة ، ولا بكتاب
 قاض الى قاض ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يثبت .
 والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة على أن الشهادة على الشهادة
 لا يقبل في شيء من الحدود ، وكتاب قاض الى قاض لا يقبل في شيء من الاحكام .
 مسألة - ٦١ - قال الشيخ : التوكيل في استيفاء حدود الادميين مع حضور
 من له الحد يجوز بلا خلاف ، أما مع غيبته يجوز أيضاً عندنا .
 ولأصحاب الشافعي ثلاث طرق ، منهم من قال المسألة على قولين : أحدهما
 يجوز ، والاخر لا يجوز الطريق الثاني أن التوكيل يجوز قولاً واحداً . والثالث
 لا يجوز قولاً واحداً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦٢ - قال الشيخ : اذا ولد له مولود وهنيء به ، فقال المهني برك
 الله لك في مولودك ، أو جعله الله خلفاً لك ، فقال في الجواب : آمين أو اجاب
 الله دعاك ، كان اقراراً يبطل به النفي وان قال في الجواب : برك الله عليك أو أحسن
 الله جزاك ، لم يبطل النفي عند الشافعي ، وهو الذي يقوى عندي . وقال أبو حنيفة :
 يبطل فيهما .

والمعتمد ما قواه الشيخ .

مسألة - ٦٣ - قال الشيخ : الظاهر من روايات أصحابنا أن الامة لا تصبر فراشاً
 بالوطىء ، ولا يلحق به الولد الزاماً ، بل الامر اليه ان شاء أقربه ، وان شاء لم يقرب .
 وقال الشافعي : تصبر فراشاً بالوطىء ، ويلزمه الاقرار بالولد اذا أمكن أن

يكون منه ، لكن يكون مملوكاً له قبل الاقرار، ولا يثبت نسبه حتى يقول هذا الولد مني ، فحينئذ يصير ولده باعترافه، فاذا اعترف بالولد ولحقه نسبه صارت الامة فراشاً له ، فاذا أتت بعد ذلك بولد لحقه . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦٤ - قال الشيخ: لا يثبت اللعان بين الزوجين قبل الدخول ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

واعتبار الدخول اختيار ابن حمزة وابن زهرة وابن البراج ، واختاره العلامة في الارشاد ، وعدم اعتبار الدخول منقول عن المفيد واختاره العلامة في القواعد . وقال ابن ادريس : يثبت اللعان قبل الدخول للقذف دون نفي الولد ، واستحسنه العلامة في المختلف^(١) واختاره فخر الدين وابن فهد في المقتصر^(٢)، وهو المعتمد.

مسألة - ٦٥ - قال الشيخ : يعتبر في الحاق الاولاد امكان الوطء ، ولا يكفي التمكين فقط وقدرته ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : المعتبر قدرته وتمكينه من الوطء دون امكان الوطء ، فعلى هذا حكى عنه الشافعي ثلاث مسائل في القديم :

أحدها : اذا نكح رجل امرأة في حضرة القاضي وطلقها في الحال ثلاثاً ، ثم أتت بولد من حين العقد لسته أشهر لحقه الولد ولا يمكنه نفيه باللعان .

الثانية : قال لو تزوج مشرقي بمغربية، ثم أتت بولد من حين العقد لسته أشهر فانه يلحقه وان حصل العلم أنه لا يمكنه وطؤها بعد العقد بحال .

الثالثة : اذا تزوج بامرأة ثم غاب عنها وانقطع خبره، فقيل لامرأته انه مات فاعتدت وتزوجت برجل فأولدها أولاداً، ثم عاد الزوج الاول قال : هؤلاء الاولاد كلهم للاول ، ولا شيء للثاني نعوذ بالله من هذا المذهب ومن القائلين به .

(١) مختلف الشيعة ص ٥٥ ، كتاب الطلاق .

(٢) المقتصر في شرح المختصر - مخطوط .

كتاب العدة

مسألة - ١ - قال الشيخ : الاظهر فى روايات أصحابنا أن التسي لم تحض ومثلها لا تحيض والائسة من المحيض ومثلها لا تحيض ، لأعدة عليهما من طلاق وان كان مدخولا بهما ، وخالف جميع الفقهاء فى ذلك وقالوا : يجب عليهما العدة بالشهور ، وبه قال قوم من أصحابنا .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور بين أصحابنا . وقال السيد المرتضى : يجب عليهما أي الصغيرة التى لم تبلغ تسع سنين والائسة .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : الاقراء هى الاطهار ، وبه قال مالك والشافعى . وقال أبوحنيفة وأبو يوسف ومحمد والثوري : الاقراء الحيض . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا رأَتَ الدم من الحيضة الثالثة ، فقد انقضت عدتها . وللشافعى قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثانى لاتنقض حتى يمضى للدم يوم وليلة ، وفى أصحابه من قال ذلك على اختلاف الحالين ، فان كان لها عادة فرأت فى العادة انقضت عدتها عند رؤية الدم ، وان كان قبل العادة فحتى يمضى يوم وليلة .

(١) تهذيب الاحكام ١١٧/٨ .

والمعتمد قول الشيخ في المبسوط ، قال : فان كان لها عادة مستقيمة ، فإذا رأت الدم من الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها، وان كان قد تقدم دمها على ما جرت به العادة لم تنقض حتى يمضي أقل أيام الحيض^(١). وهو اختيار ابن ادريس والعلامة في القواعد^(٢) والتحرير^(٣) ، واختار في المختلف مذهبه هنا ، وهو انقضاء العدة برؤية الدم الثالث ، سواء كان لها عادة أو لم يكن .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : أقل ما يمكن أن ينقض به عدد ذوات الاقراء ستة وعشرون يوماً ولحظتان .

وقال الشافعي : أقل ذلك اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان . وقال أبو يوسف ومحمد : أقله تسعة وثلاثون يوماً ، لان أقل الحيض عندهما ثلاثة أيام، وأقل الطهر خمسة عشر يوماً ، والاقراء عندهما الحيض .

وقال أبو حنيفة : أقله ستون يوماً ولحظة، لانه يعتبر أكثر الحيض، وأقل الطهر وأكثر الحيض عنده عشرة أيام ، وأقل الطهر خمسة عشر يوماً .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الاقراء هي الاطهار ، وأقل الحيض ثلاثة أيام ، وأقل الطهر عشرة أيام ، فاذا طلقها قبل حيضها بلحظة ، ثم حاضت بعد الطلاق ثلاثة أيام ، ثم طهرت عشرة أيام ، ثم حاضت ثلاثة أيام ، ثم طهرت عشرة أيام ، ثم رأت الدم لحظة فقد قضى ثلاثة أفرآء .

مسألة - ٥ - قال الشيخ: الذي عليه أصحابنا ورواياتهم به أن المطلقة اذا مرت بها ثلاثة أشهر بيض لا يرى فيها الدم، فقد انقضت عدتها بالشهور، فاذا رأت الدم قبل ذلك، ثم ارتفع دمها صبرت تسعة أشهر، ثم تستأنف العدة ثلاثة أشهر . وان

(١) المبسوط ٢٣٥/٥ .

(٢) قواعد الاحكام ٦٨/٢ .

(٣) تحرير الاحكام ٧٠/٢ .

رأت الدم الثاني قبل ذلك ، صبرت تمام السنة ، ثم تعتد بثلاثة أشهر .
وقال الشافعي : ان ارتفع حيضها لعارض من مرض أو رضاع ، لاتعتد بالشهور
بل تعتد بالاقراء . وان طالت وقال : هذا اجماع ، وان ارتفع حيضها لغير عارض
قال في القديم : يتربص حتى يعلم براءة رحمها ، ثم تعتد عدة الايسات ، وبه قال
مالك . وقال في الجديد : تصبر حتى تأيس من المحيض ، ثم تعتد بالشهور ،
وهو الصحيح عندهم ، وهو مذهب أبي حنيفة وأصحابه .

والمعتمد أنه اذا تأخرت الثانية أو الثالثة ، صبرت أقصى مدة الحمل ، ثم
اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر ، ولا فرق بين أن يكون المحبتبس الدم الثاني أو
الثالث ، وفي رواية عمار الساباطي عن أبي عبد الله عليه السلام أنها تصبر سنة ، ثم تعتد
بثلاثة أشهر ، ونزلها الشيخ في النهاية^(١) على احتباس الدم الثالث ، وهو مذهبه هنا
أيضاً . والمعتمد عدم الفرق .

واعلم أن المرأة قد تبتدىء العدة بالشهور ثم تصير من ذوات الاقراء كما لو طلقها
بعد بلوغ تسع سنين وقبل رؤية الحيض ، فانه اذا جاءها الدم قبل انقضاء ثلاثة أشهر
ولو بيوم واحد صارت من ذوات الاقراء واحتسبت الماضي قراء ، واحتاجت الى
قرئين آخرين .

وقد ينعكس بأن تبتدىء العدة بالحيض ، ثم تصير من ذوات الشهور ، كما
لو رأت قرءاً أو قرأين ثم بلغت الياس ، فانه تعوض عن كل قرء ببقية شهر .

واذا انقطع الدم لعارض ، فلا يخلو : اما أن يكون معلوماً ، كالحمل والرضاع
والمرض أو غير معلوم ، فان كان معلوماً نقل الشيخ عن الشافعي أنها لاتعتد بالشهور
بل بالاقراء وان طالت المدة ، وجزم به ابن فهد^(ره) ، وهو المعتمد . وان كان العارض
غير معلوم كان الحكم كما ذكره الشيخ ، فاذا اعتدت بثلاثة أشهر بعد مدة التربص

فان مضت ثلثة لم ترفيها دماً انقضت عدتها ، وان رأت فيها دماً بطل اعتدادها بالاشهر ولزمها الاعتداد بالافراء وان طالت مدتها .

وهل تجب عليها ثلثة أقرأه مستأنفة غير الافراء المتخللة بين الطلاق وغاية التربص ، قال الشيخ في المبسوط : نعم ، لان مدة التربص ليست من العدة ، ونقل ابن فهد عن الشهيد قولاً أنها تبنى على ما بعد الطلاق ، وهو قوي ، لأنها اذا رأت الدم بينا أنها من ذوات الافراء وذوات الافراء عدتهن ثلثة أقرأه من يوم الطلاق لا أزيد من ذلك .

مسألة - ٦ - قال الشيخ: اذا زوج صبي صغير امرأة فمات عنها ، لزمها عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً ، سواء كانت حاملاً أو حائلاً ، وسواء ظهر الحمل بعد وفاة الزوج أو كان موجوداً قبل وفاته ، وبه قال مالك والشافعي .
وقال أبو حنيفة وأصحابه : ان ظهر الحمل بعد الوفاة اعتدت بالشهور كمولنا وان كان موجوداً حال الوفاة اعتدت عنه بوضعه .

والمعتمد قول الشيخ ، لان التقدير أن الصبي لم يبلغ مبلغاً يلتحق به الاولاد قال العلامة في التحرير : لومات صبي له دون تسع سنين وامرأته حامل ، اعتدت بالشهور دون الحمل ، سواء ظهر الحمل بعد موته أو قبله ، فان كان الحمل لشبهة أو عقد فاسد ، اعتدت به عن الملحق به ، ثم تعتد بعد الوضع بالاشهر عدة الوفاة وان كان من زنا لم تعتد به واعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام من حين الموت^(١).

مسألة - ٧ - قال الشيخ : المعتدة بالاشهر اذا طلقت في آخر الشهر اعتدت بالاملة بلا خلاف ، وان طلقت في وسط الشهر سقط اعتبار الهلال واحتسبت بالعدد فينظر قدر ما بقي من الشهر ويعتبر بعده هلالين ، ثم يتمم من الشهر الرابع ثلاثين ويلفق الساعات والانصاف ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : تلفق الايام النامة، ولاتلفق الانصاف والساعات . وقال أبو حنيفة تقضي ما فات من الشهر ، فيحصل الخلاف بيننا وبينه اذا كان الشهر ناقصاً ومضى عشرون يوماً، عندنا تحسب ما بقي وهو تسعة وتضم اليه أحد وعشرين يوماً، وعنده تقضي ما مضى وهو عشرون يوماً .

وقال أبو محمد بن بنت الشافعي : اذا مضى بعض الشهر سقط اعتبار الالهة من الشهور كلها ، وتحسب الجميع بالعدد ، فيكون تسعين يوماً .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، واختاره ابن ادريس ونجم الدين والعلامة . واعلم أن قوله « اذا طلقت في اخر الشهر اعتدت بالالهة بلاخلاف، وان طلقت في وسط الشهر سقط اعتبار الهلال » مراده بآخر الشهر آخر جزء منه وأول جزء من المستقبل ، ومراده بوسط الشهر ما بين أول جزء وآخر جزء من الشهر، وليس مراده بآخر الشهر آخر يوم ، وبالوسط وسط الشهر ، بل المراد ما قلناه ، فاعلم ذلك فمتى تقدم على آخر جزء بساعة، أو بآخر عن أول جزء من الشهر بساعة حصل الانكسار .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا طلقها وهي حامل ، فولدت توأمين بينهما أقل من ستة أشهر، فان عدتها لانتقضي حتى تضع الثاني ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وعامة أهل العلم .

وقال عكرمة : تنتقضي عدتها بوضع الاول ، وقد روى أصحابنا بوضع الاول غير أنها لاتحل للزواج الا بوضع الثاني .

قال : والمعتمد الاول، لقوله تعالى «وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن»^(١) وهذا هو المعتمد، وهو اختيار ابن ادريس، ونجم الدين ، والعلامة ، وفخر الدين

والثاني اختياره في النهاية^(١)، واختيار ابن البراج وابن حمزة .
مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا طلقها واعتدت ، ثم أتت بولد لاكثر من ستة أشهر من وقت انقضاء العدة لم يلحق به ، وبه قال أبو حنيفة وأبو العباس بن سريج . وقال أكثر أصحاب الشافعي : ان أتت به لاقل من أربع سنين وأكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق لحق به .

واختار نجم الدين في الشرائع^(٢) لحوقه به اذا أتت به لستة أشهر فصاعدا منذ طلقها ، ما لم يتجاوز أقصى مدة الحمل مع خلوها من زوج ومولى ، لانها كانت فراشاً له . وهذا الولد يمكن أن يكون منه ، ولاهنا من هو أولى منه ، ولا مساو له فيلحق به ، وهو اختيار العلامة في التحرير أيضاً ، وظاهر القواعد كمذهب الشيخ هنا ، لكنه قال : وان كانت رجعية حسبت السنة من حين الطلاق لا من حين وقت انقضاء العدة على اشكال .

واستدل الشيخ هنا باجماع الفرقة : قال : وأيضاً قد دللنا على أن زمان الحمل لا يكون أكثر من تسعة أشهر وكل من قال بذلك قال بما قلناه ، والفرق بينهما خلاف الاجماع .

فعلى هذا يكون مراد الشيخ أن زمان العدة ثلاثة أشهر ، واذا مضى بعد العدة ستة أشهر ، فقد كملت تسعة أشهر ، وذلك زمان الحمل ، وما زاد على ذلك لا يلحق به ، ويكون مطابقاً لكلام العلامة في التحرير وكلام نجم الدين في الشرايع ، الا اذا ادعت انقضاء العدة قبل مضي ثلاثة أشهر ، فيحصل الفرق حينئذ ، لانه اعتبر السنة بعد العدة ، فاذا ادعت انقضاء العدة قبل ثلاثة أشهر ، ثم أتت بولد لاكثر من ستة من حين انقضاء العدة ولاقل من تسعة من حين الطلاق ، فالشيخ يحكم بعدم لحوقه

(١) النهاية ص ٥١٧ .

(٢) شرائع الاسلام ٣٨/٣ .

وهما يحكمان بلحرقه، فلا فرق بين قولهما وقوله الا في هذه الصورة فاعلم ذلك .
مسألة - ١٠ - قال الشيخ: اذا خلا بها ولم يدخل بها، لا يجب عليها العدة
ولا يجب المهر كما على أكثر روايات أصحابنا ان كان هناك ما يعتبر به عدم الوطء
بأن يكون المرأة بكراً فتوجد كهي فلا يحكم به ، وان كانت ثيباً حكم في الظاهر
بالاصابة ، ولا يحل لها جميع الصداق الا بالوطء .

وقال أبو حنيفة : الخلو كالاصابة على كل حال . وقال مالك : الخلو التامة
يرجع بها قول مدعي الاصابة من الزوجين ، وهي ما يكون في بيت الرجل ، وما
لم يكن تامة لا يلحق به ، وهي ما كانت في بيت المرأة .

وللشافعي قولان، قال في القديم : للخلو تأثير ، واختلف أصحابه في معناه
فقال بعضهم : أراد به أنها بمنزلة الاصابة مثل قول أبي حنيفة، وقال بعضهم : أراد
به قول مالك في أنه يرجع بها قول مدعي الاصابة .

وقال في الجديد: لا تأثير للخلو ولا يرجع بها قول المدعي للاصابة، ولا يستقر
بها المهر عندهم ، وهذا هو المعتمد المشهور عند أصحابنا ، فان ادعت الاصابة
لزمتها العدة ، وان لم يقبل قولها في حق الرجل بكمال المهر ، ولا فائدة لهذه
الدعوى بعد الموت ، لان الموت موجب للعدة وكمال المهر وان لم يدخل .

واختار ابن فهد (ره) في كتابيه قول مدعي الوطء ، لان الظاهر من حال
الصحيح السليم اذا خلا في زوجته الوطء ، فتقبل قول مدعيه عملاً بالظاهر .

واعلم أن الخلو التامة عند أصحابنا غير ما قاله مالك ، بل المراد بها عند
أصحابنا ارخاء السر ، أو اغلاق الباب مع عدم المانع من جهة الزوج كالعنن
ومن جهتها كالقرن والرتق ، ومن جهتهما كالمرض .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا مات عنها وهو غائب عنها فبلغها الخبر، فعليها

العدة من يوم بلغها .

وقال عامة الفقهاء : العدة من حين الموت . وقال عمر بن عبدالعزيز: ان ثبت ذلك بالبينه ، فالعدة من حين الموت وان لم يثبت بالبينه بل بالخبر والسماع ، فالعدة من حين الخبر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وطريقة الاحتياط .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : الامة اذا طلقت ولم تكن حاملا فعدتها قراء ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال داود : عدتها ثلاثة أقرأ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا كانت الامة من ذوات الشهور ، فعدتها خمسة وأربعون يوماً .

وللشافعي ثلاثة أقوال : أحدها أن عدتها شهران في مقابل حيضتين ، والثاني ثلاثة أشهر وهو الصحيح عندهم ، والثالث مثل قولنا ، وهو المعتمد ، واستدل الشيخ عليه باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : الامة اذا اعتقت في العدة ، الرجعية تكمل عدة الحرة ، والباين تكمل عدة الامة .

وللشافعي قولان ، قال في الجديد : ان كان رجعياً أكملت عدة حرة ، وان كان بايناً فعلى قولين . وقال في القديم : ان كان بايناً أكملت عدة أمة ، وان كان رجعياً فعلى قولين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : الامة اذا كانت تحت عبد وطلقتها طلقه ثم اعتقت ثبت له عليها رجعة بلاخلاف ولها الفسخ ، فان فسخت سقط حق الرجعة بلا

(١) تهذيب الاحكام ١٣٤/٨ .

خلاف ، وعندنا أنها تتم عدة الحرة .

واختلف أصحاب الشافعي ، فقال أبو اسحاق مثل قولنا ، ومنهم من قال : فيه قولان أحدهما تستأنف عدة الحرة ، ومنهم من قال : تبنى ، وعلى كم تبنى ؟ فيه قولان : أحدهما على عدة الامة ، والآخر على عدة الحرة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا تزوج امرأة ، ثم اختلعها ، ثم تزوجها وطلقها قبل الدخول بها لعدة عليها ، وبه قال داود ، ولها أن تزوج في الحال .

وقال جميع الفقهاء : عليها العدة ، لقوله تعالى « ثم طلغتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها »^(١) .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار العلامة في القواعد والمختلف^(٢) والتحرير ونجم الدين في الشرائع^(٣) ، وظاهر الشيخ في المبسوط وجوب العدة ، وهو مذهب ابن البراج ، فرع على القول بعدم وجوب العدة هنا ، وجواز النكاح في الحال لو تمتع بامرأة ودخلها ، ثم برأها في الحال ، ثم عقد عليها ثانياً متعة ، ثم برأها قبل الدخول أو دواماً ، ثم طلقها قبل الدخول لم يجز لها أن تنكح غيره قبل عدة المتعة الاولى ، لعدم جواز اجتماع المائتين في فرج مباح .

بخلاف مسألة الخلع ، لان الخلع لا يصح الا بعد الاستبراء كالطلاق ، فاذا عقد بعد ذلك وطلق قبل الدخول ، ثم نكحت غيره قبل العدة ، لم يحصل اجتماع المائتين ، لحصول الاستبراء المتخلل بين النكاحين ، بخلاف مسألة المتعة ، لعدم حصول الاستبراء قبل النكاح الثاني ، فيحصل اجتماع المائتين وهو غير جائز فافهم

(١) سورة الاحزاب : ٤٩ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٦٩ كتاب الطلاق .

(٣) شرائع الاسلام ٤٦/٣ .

ذلك، فإن كثير أمن الناس يعبر مسألة المتعة على مسألة الخلع، وهو غلط، لحصول الفرق بما بيناه .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا طلقها طلقه رجعية ، ثم راجعها ، ثم طلقها ثانياً بعد الدخول بها ، فعليها استئناف العدة بلاخلاف . وان طلقها ثانياً قبل الدخول بها ، فعليها استئناف العدة ، لان العدة الاولى قد انقضت بالرجعة .

وقال الشافعي في القديم: تبني، وهو قول مالك . وقال في الجديد: تستأنف وهو قول أبي حنيفة ، وهو أصح القولين عندهم . وهو المعتمد .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : عدة المتوفى عنها زوجها اذا كانت حائلاً أربعة أشهر وعشرة أيام بلاخلاف، والاعتبار بالايام دون الليالي عندنا، فاذا غربت الشمس من يوم العاشر انقضت العدة ، وبه قال جميع الفقهاء الا الاوزاعي ، فانه قال : لاتنقضي الا بطاوع الفجر من اليوم العاشر . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : عدة المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملاً بأبعد الاجلين من وضع الحمل ومن أربعة أشهر وعشرة أيام . وقال جميع الفقهاء : عدتها وضع الحمل . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : المتوفى عنها زوجها لانفقة لها على كل حال، حائلاً كانت أو حاملاً ، الا أن أصحابنا روروا أنها اذا كانت حاملاً أنفق عليها من نصيب ولدها الذي في جوفها ، ولم يذكر الفقهاء ذلك ، وروي عن بعض الصحابة أنه قال : لها النفقة ولم يفصل .

والمعتمد عدم وجوب النفقة مطلقاً .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ: المتوفى عنها تعدد بأربعة أشهر وعشرة أيام، سواء حاضت ثلاثة أقرء أولم تحض . وبه قال أبو حنيفة والشافعي .
وقال مالك: ان كان عادتها أن تحيض في كل خمسة أشهر دفعة ، فانها تعدد بالشهور ولا يراعى الحيض، وان كان عادتها أن تحيض في كل شهر مرة لا تنقضي عدتها بالشهور حتى يستبين أمرها .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وبقوله تعالى « والذين يتوفون منكم »^(١) الآية .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ: المطلقة البائنة لا تستحق النفقة ولا السكنى عندنا إلا أن يكون حاملاً ، وبه قال ابن حنبل .
وقال الشافعي : لا تستحق النفقة وتستحق السكنى ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه : تستحق النفقة والسكنى معاً .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : الفاحشة التي تحل اخراج المطلقة من بيت زوجها أن تشتم أهل الرجل وتؤذيهم، وبه قال الشافعي . وقال ابن مسعود والحسن البصري : الفاحشة أن تزني فنخرج ليقام عليها الحد ، ثم ترد الى موضعها .
والمعتمد أن أدنى الفاحشة التي تخرج لها أن تؤذى أهله ، وتستطيل عليهم بلسانها .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ: اذا أحرمت المرأة بالحج ، ثم طلقها زوجها ووجب عليها العدة، فان كان الوقت ضيقاً بحيث تخاف فوت الحج ، فانها تخرج وتقتضى حجها ، ثم تعود فتقتضى باقى العدة ان بقى عليها شيء ، وان كان الوقت واسعاً أو كانت محرمة بعمره ، فانها تقيم وتقتضى عدتها ، ثم تحج أو تعتمر ، وبه قال

(١) سورة البقرة: ٢٣٤ .

الشافعي .

وقال أبو حنيفة : عليها أن تقيم وتعتمد وليس عليها الخروج ، سواء كان الوقت ضيقاً أو واسعاً . وكلام الشيخ لأبأس به ، وحكاه صاحب التحرير ساكناً عليه .
مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : المتوفى عنها يلزمها الحداد طول العدة ، وبه قال جميع الفقهاء ، الا الشعبي والحسن البصري ، فانهما قالوا : يلزمها الحداد في بعض العدة لافي جميعها .

والمعتمد قول الشيخ ، وعليه اجماع الفرقة .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : المطلقة البائن لا يجب عليها حداد عندنا ، سواء كانت مطلقة بالثلاث أو بانة بالخلع أو الفسخ ، وبه قال الشافعي في القديم وأبو حنيفة وأصحابه ، واستحسن في الجديد وجوب الحداد . وبه قال عطا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : المتوفى عنها زوجها اذا كانت صغيرة وجب عليها الحداد ، وينبغي لوليها أن يجتنبها ما يجب على الكبيرة اجتنابه ، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة : لاحداد عليها .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار نجم الدين ، والعلامة في اكثر كتبه القواعد والتحرير وغيره ، وظاهر ابن ادريس عدم وجوب الحداد على الصغيرة ، لانه من باب التكليف الشرعية ، وهي لا يجب على الصغيرة ، واختاره العلامة في المختلف^(١) .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : الذمية اذا كانت تحت مسلم فمات عنها ، وجب عليها عدة الوفاة بلاخلاف ، ويلزمها الحداد عندنا وعند الشافعي . وقال أبو حنيفة :

(١) مختلف الشيعة ص ٦٢ ، كتاب الطلاق .

لاحداد عليها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : الكافرة اذا كانت تحت كافر فمات عنها ، وجب عليها العدة والحداد معاً ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لاعدة ولاحداد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بعموم الاخبار ، وطريقة الاحتياط .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : كل موضع تجتمع على المرأة عدتان ، فانهما لايتداخلان بل يأتي بكل واحدة منهما على الكمال ، وبه قال الشافعي ، وذهب مالك وأبو حنيفة وأصحابه الى أنهما يتداخلان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقه .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا نكحت المعتدة ووطئها الناكح ، وهما جاهلان بتحرير الوطئ أو كان الوطئ جاهلا والمرأة عالمة ، فلاحد على الوطئ ويلحقه النسب وتحرم عليه على التأيد ، وبه قال مالك والشافعي في القديم . وقال في الجديد : تحل له بعد انقضاء العدة ، وبه قال أهل العراق .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقه .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : المفقود الذي لايعرف خبره تصبر زوجته أربع سنين ، ثم ترفع امرها الى السلطان لينفذ من يتعرف خبره في الافاق فان عرف له خبر ألم يكن لها طريق الى التزويج وان لم يعرف له خبراً أمر وليه ينفق عليها ، فان انفق عليها فلا طريق لها الى التزويج ، وان لم يكن له ولي أمرها أن يعتد عدة الوفاة فاذا اعتدت حلت للازواج .

وللشافعي قولان ، قال في القديم : تصبر أربع سنين ، ثم يرفع أمرها الى الحاكم حتى يفرق بينهما ، وتعتد عدة الوفاة ، وتحل للازواج . وروي ذلك عن ابن عباس ومالك وأحمد ، وظاهر كلام الشافعي يدل على أن مدة التربص تكون

من حين الفقد والغيبه، وأصحابه يقولون ان ذلك من وقت ترفع أمرها الى الحاكم وتضرب لها المدة .

وقال في الجديد : انها تكون على الزوجية ابدأ لانحل للازواج الامع علم وفاته، وهو اصح القولين عندهم، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأهل الكوفة بأسرهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وغيرهم .

والمعتمد قول الشيخ ، لكن الاحوط أن يطلقها الحاكم بعد العدة .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : امرأة المفقود اذا اعتدت وتزوجت، ثم جاء الزوج الاول ، فانه لاسبيل له عليها ، وان لم يكن تزوجت وقد خرجت من العدة، فهي أولى بها وهي زوجته ، وبه قال قوم من أصحاب الشافعي اذا نصر وا قوله القديم . والذي عليه عامة أصحابه وهو مذهبه على القول القديم اذا قال : حكم الحاكم ينفذ في الظاهر والباطن ، انها بانقضاء العدة ملكت نفسها ، ولاسبيل للزوج عليها واذا قال بالقول الجديد أو بالقديم : وان الحكم هو في الظاهر ، فانها ترد الى الاول على كل حال .

والمعتمد أنه اذا أتى الاول وقد تزوجت بعده العدة ، فلاسبيل له عليها. وان جاء وهي في العدة فهو أملك بها، وان جاء بعد انقضاء العدة وقبل أن تتزوج اختار الشيخ هنا أنه يكون أملك بها ، واختاره فخر الدين أيضاً. وقال المفيد وسلا رواين ادريس : هي أملك بنفسها ، واختاره نجم الدين والعلامة ، وهو المعتمد .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : المدبرة اذا مات عنها سيدها ، اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام ، فان اعتقها في حال حياته ، ثم مات عنها بثلاثة أقراء .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : المدبرة لاعدة عليها لموت سيدها ولا استبراء ، أما ام الولد فانها تعتد بثلاثة اقراء ، سواء مات عنها سيدها أو اعتقها في حال حياته ولا تجب عليها عدة الوفاة .

وقال الشافعي : المدبرة وام الولد والمعتقة حال الحياة اذا مات عنها سيدها استبرأت بقرء واحد .

والمعتمد في المدبرة ما اختاره الشيخ هنا ، وهو اختيار نجم الدين والعلامة في القواعد والتحرير جزماً ، أما ام الولد فلم يذكر في القواعد والشرائع حكم عدتها من موت سيدها . وقال أبو الصلاح من أصحابنا : عدة ام الولد لموت سيدها أربعة أشهر وعشرة أيام ، وهو ظاهر كلام ابن حمزة واختاره ابن فهد في مهذبته وقال ابن ادريس : لعدة عليها من وفاة مولاها وجنح اليه العلامة في المختلف وجزم به في التحرير ، قال : ولو مات مولى الامة الذي كان يطأها اعتدت بقرء واحد سواء كانت ام ولد أولاً ، ولا بأس بهذا لاصالة البراءة .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : المشترأة والمسبية تعتدان بقرأين ، وروي حيضة بين الطهرين والمعنى متقارب .

وقال الشافعي : تستبرأ بقرء واحد ، وهل هو طهر أو حيض ؟ على قولين . والمعتمد أن الاستبراء بحيضة أو بخمسة وأربعين يوماً ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : ام الولد اذا زوجها سيدها غيره ثم مات الزوج وجب عليها ان تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام ، سواء مات سيدها في أثناء تلك العدة أو لم تمت .

وقال الشافعي : عدتها شهران وخمسة أيام ، فان مات سيدها في أثناء عدتها هل تكمل عدة الحرة ؟ فيه قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ : اذا ملك أمة بابتياح ، فان وطئها البايح ، فلا تحل للمشتري وطؤها الا بعد الاستبراء اجماعاً ، وهكذا اذا أراد المشتري تزويجها ،

وكذا ان أراد أن يعتقها ثم يتزوجها بعد عتقها ، فلا بد من الاستبراء ، وهكذا ان استبرأها ووطئها ثم أراد تزويجها ، فلا بد من الاستبراء ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : يجوز تزويجها قبل الاستبراء ، ويجوز أن يعتقها ويتزوجها بغير استبراء .

والمعتمد أنه يجوز أن يعتقها ويتزوجها بغير استبراء ، جزم به نجم الدين في الشرائع^(١) والعلامة في القواعد والارشاد في باب نكاح الاماء . أما تزويجها في الغير ، فلا يجوز قبل الاستبراء وان أعتقها .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : اذا استبرأ أمة ممن لم يطأها أو من امرأة أو ممن لم يجامع مثله أو عنين أو رجل وطئها ثم استبرأها ، روى أصحابنا جواز وطئها قبل الاستبراء ، ورووا أنه لا يجوز الا بعد الاستبراء ، وهو الاحوط ، وبه قال الشافعي . أما جواز تزويجها ، فانه يجوز قبل الاستبراء أجمعاً .

والمعتمد الجواز ، لكن يشترط في المخبر بالاستبراء العدالة .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : اذا ملك أمة بابتياح أو هبة أو ارث أو استغنام ، فلا يجوز له وطؤها الا بعد الاستبراء ، صغيرة كانت أو كبيرة ، بكرأ أو ثيبأ ، تحبل أولاً تحبل ، لا يختلف الحال في ذلك الا اذا كانت في سن من لانهيض مثلها وجب الاستبراء ، وان كانت ممن لا يوطأ مثلها فلا استبراء .

وقال الليث بن سعيد : ان كانت ممن تحبل مثلها وجب الاستبراء وان كان مثلها لاتحبل فلا تجب الاستبراء .

قال الشيخ : وهذا مثل قولنا ، وذهب داود وأهل الظاهر الى أنها ان كانت ثيبأ وجب الاستبراء ، وان كانت بكرأ فلا استبراء .

والمعتمد أنه لا فرق بين انتقالها بالبيع وغيره من وجوه الانتقالات ، فكل

(١) شرائع الاسلام ٤١/٣ .

من وجب استبرأؤها بالبيع وجب بغيره، وكل من لا يجب استبرأؤها بالبيع لا يجب بغيره، فلافرق بين هذه المسألة والتي قبلها .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ : اذا باع جارية من غيره ، ثم استقال المشتري فأقال ، فان كان قد قبضها المشتري وجب الاستبراء ، وان لم يقبضها لم يجب عليه ذلك .

وقال الشافعي : يجب عليه الاستبراء ، قبض أو لم يقبض .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : الاستبراء واجب على البائع والمشتري على ظاهر روايات أصحابنا ، وبه قال النخعي والثوري .

وقال الشافعي : واجب على المشتري ومستحب للبائع ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . وقال عثمان البتي : يجب على البائع دون المشتري .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور في مصنفات أصحابنا ، وظاهر العلامة في باب عدة الامة والاستبراء من القواعد عدم وجوبه على البائع ، قال : ويجوز بيع الموطوءة في الحال ، ولا يجوز تزويجها الا بعد الاستبراء ، وظاهر هذا الكلام عدم وجوب الاستبراء على البائع .

وقال في باب بيع الحيوان : ويجب على البائع استبراء الامة قبل بيعها .
ومثله قال في الارشاد والشرائع^(١) ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ٤٢ - قال الشيخ : اذا ثبت وجوب الاستبراء على المشتري ، فمتى قبضها استبرأها في يده حسناء كانت أو سوءاً ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .
وقال مالك : ان كانت وحشة استبرأها في يده ، وان كانت فائقة استبرأها في يد عدل ثم يسلم اليه .

(١) شرائع الاسلام ٤١/٣ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٣ - قال الشيخ: اذا ملكها جازله التلذذ بمباشرتها ووطئها فيمادون الفرج ، سواء كانت مشترأة أو مسيبة .

وقال الشافعي: ان كانت مشترأة ، فلا يجوز له شيء من ذلك على حال ، لانه لا يامن أن يكون حاملا، فيكون أم ولد لغيره، وان كانت مسيبة فيه وجهان: أحدهما لايجوز ، والثاني يجوز ، وهو المذهب ، فعنده على هذا الوجه يجوز التلذذ فيما دون الوطئ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم . والمراد بالفرج المستثنى هو القبل ، نص عليه العلامة في التحرير والقواعد .

مسألة - ٤٤ - قال الشيخ: اذا اشترى أمة حاملا كره له وطؤها الى أن تصير لها أربعة أشهر ، فاذا مضى ذلك لا يكره له وطؤها في الفرج .
وقال الشافعي : لايجوز وطؤها حتى تضع .

والمعتمد ان كانت حاملا من وطئ صحیح أو شبهة لم يجز الوطئ قبلا حتى تضع، وان جهل حاله أو كان عن زنا جاز في الحال على كراهية حتى يمضي أربعة أشهر ، ولا يكره بعدها كما قاله الشيخ هنا .

مسألة - ٤٥ - قال الشيخ : اذا عجزت المكاتبه عن ادآء ثمنها ففسخ السيد وجاز له الوطئ، وكذا الوارثه السيد أو الامه، ثم عاد الى الاسلام، جاز الوطئ من غير استبراء، أما اذا زوجها ثم طلقها الزوج ، فان كان قبل الدخول حلت من غير استبراء ، وان كان بعده لم يحل الا بعد الاستبراء بالعدة ، وبه قال أبو حنيفة الا أنه قال في المطلقة تحل بلا استبراء ولم يفصل .

وقال الشافعي: لاتحل في هذه المواضع كلها الا بعد الاستبراء، ولا يكفي عنده عدة المطلقة عن الاستبراء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٤٦ - قال الشيخ : اذا اشترى مجوسية ، فاستبرأها ثم اسلمت كفى ذلك الاستبراء . وقال الشافعي : لا يكفي .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٧ - قال الشيخ : العبد المأذون له في التجارة اذا استبرأ أمة ، صح الشراء بلاخلاف ، فاذا استبرأت في يد العبد جاز للمولى وطؤها ، سواء كان على العبد دين أو لم يكن اذا قضى حق الغرماء .

وقال الشافعي : اذا كان على العبد دين لايجوز وطؤها وان قضى حق الغرماء ولا بد من استبراء ثان .

والمعتمد جواز وطئها عقيب الاستبراء وان لم يقض حق الغرماء ، لانها مملوكة ولا يمنع المديون من وطئها مملوكة .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ : اذا باع جارية فظهر بها حمل ، فادعى الباع أنه منه ولم يكن أقر بوطنها عند البيع ولم يصدقه المشتري ، لاخلاف أن اقراره لايقبل فيما يؤدي الى فساد البيع .

وهل يقبل اقراره في الحاق النسب؟ عندنا يقبل وللشافعي قولان، قال في القديم والاملاء: يلحقه. وقال البويطي: لا يلحقه ، والمشهور عند أصحابنا مذهب الشيخ وتردد فيه نجم الدين في شرائعه^(١).

وأستشكله العلامة في قواعده من أنه أقرار لايتصور به المشتري ، لان الولد وامه باقيان على ملكه ، فلا ضرر عليه بهذا الاقرار ، ومن احتمال توجه الضرر كما لومات المقر عن غير وارث سواء ، فانه يشتري قهراً على مالكة ليحوز الارث ، فيحصل الضرر للمالك بذلك ، وكل اقرار يتضرر به الغير لايجوز .

مسألة -٤٩- قال الشيخ : أقل الحمل ستة أشهر بلاخلاف ، وأكثره عندنا تسعة أشهر ، وقد روى سنة في بعض الاخبار .

وقال الشافعي : أكثره أربع سنين . وقال الزهري والليث بن سعد : أكثره سبع سنين ، وعن مالك روايات المشهور منها ثلاث أحدها أربع سنين ، والثانية خمس سنين ، والثالثة سبع سنين . وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه : أكثره سنتان ، وهو اختيار المزني .

والمعتمد أن أكثره عشرة أشهر ، وهو مذهب العلامة في أكثر كتبه ، وابن فهد في مقتصره ، واستحسنه نجم الدين في شرايعه قال : ويعضده الوجدان في كثير .

كتاب الرضاع

مسألة - ١ - قال الشيخ : اذا حصل الرضاع المحرم ، لم يحل للفحل نكاح أخت هذا المولود المرتضع بلبنه ، ولا لاحد من أولاده من غير المرضعة ومنها لان اخوته وأخواته صاروا بمنزلة أولاده ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .
واستدل الشيخ باجماع الفرقة وطريقة الاحتياط .

وقال في المبسوط: يجوز للفحل أن يتزوج بام المرتضع وأخته وجدته. ومثله قول صاحب القواعد والتحرير ، وهو المعتمد . وكذا يجوز لاولاد هذا الفحل أن يتزوجوا بأخت اختهم من الرضاعة ، لان للانسان أن يتزوج بأخت اخته من النسب، فمن الرضاعة أولى، كماقاله ابن ادريس، وهو المشهور بين الاصحاب .
مسألة - ٢ - قال الشيخ : تنشر حرمة الرضاع الى الام المرضعة ، والفحل صاحب اللبن يصير الفحل أبا المرتضع وأبوه جده واخته عمته وأخوه عمه، وكل ولد له فهم اخوه لهذا المرتضع ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد والشافعي .

وذهب طائفة الى عدم انتشار الحرمة الى الفحل، ولا الى آبائه ومن ينتسب اليه، قالوا : ولهذا الفحل أن يتزوج المرضعة التي أرضعتها زوجته ، ذهب اليه

سعيد بن المسيب، وربيعة بن هبة الرحمن استاد مالك، وحماد بن سلمان^(١) استاد أبي حنيفة، والاصم، وابن عليّة وهو استاد الاصم، وبه قال أهل الظاهر داود وسعيد . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأنجبارهم .

مسألة ٣- قال الشيخ: من أصحابنا من قال: الذي يحرم من الرضاع عشر رضعات متواليات، لم يفصل بينهما برضاع امرأة أخرى . ومنهم من قال : خمس عشرة رضعة وهو الأقوى ، أو رضاع يوم وليلة ، أو ما أنبت اللحم وسد العظم اذا لم يتخلل بينهما رضاع امرأة أخرى . وحد الرضعة ما يروي العسبي دون المصّة . وقال الشافعي وأحمد : لا يحرم الا خمس رضعات مفترقات ودونها لا يحرم . وقال أهل الظاهر : أقله ثلاث رضعات . وقال مالك والاوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه: الرضعة الواحدة والمصّة حتى لو كان قطرة تنشر الحرمة .

والمعتمد أنه ان حصل الرضاع الذي ينبت اللحم ويشد العظم نشر الحرمة والمرجع فيه الى أهل العرف ، وكذا ان حصل الرضاع يوماً وليلة ، بشرط ان لا يمنعه من الرضاع مانع من مرض أو غيره . ولا بد أن يحصل مسمى الرضاع، ففي هذين القسمين يحصل نشر الحرمة من غير خلاف بين أصحابنا .

وانما الخلاف في العدد، والمعتمد الانتشار بعشر رضعات، وهو مذهب المفيد والسيد المرتضى وابن البراج وابن حمزة وابن أبي عقيل ، واختاره العلامة في المختلف ، وابن فهد في كتابيه ، لانه أحوط ، وعليه روايات كثيرة ، واشترط الخمس عشرة مذهب الشيخ ، واختاره نجم الدين ، والعلامة في أكثر كتبه .

وأما تقدير الرضعة، فالمرجع فيها الى العرف، كما هو مذهب الشافعي، وهو مذهب الشيخ في غير هذا الكتاب، واختاره نجم الدين والعلامة، لان كل لفظ أطلقه الشارع ولم يقدر له حد أرجح فيه الى العرف، ومذهب الشيخ هنا التقدير بما يروي

(١) في الاصل : أبي سليمان .

الصبي ، واختاره فخر الدين ، فعلى هذا يعلم ربه بأن يصدر من نفسه .
 مسألة ٤ - قال الشيخ : الرضاع انما ينشر الحرمة اذا كان المولود صغيراً
 أما اذا كان كبيراً فلا ينشر وان رضع المدة الطويلة ، وهو قول جميع الفقهاء . وقالت
 عايشة : رضاع الكبير ينشر كما ينشر رضاع الصغير ، وبه قالت أهل الظاهر .
 والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، والصغير هو مانقص
 عن الحولين .

مسألة ٥ - قال الشيخ : القدر المعتبر في الرضاع المحرم ينبغي أن يقع
 كله في الحولين ، فان وقع بعضه خارجاً عن الحولين لم ينشر الحرمة ، وبه قال
 الشافعي وأبو يوسف ومحمد . وعن مالك روايات ، المشهور منها حولان وشهر
 وقال أبو حنيفة : المدة حولان ونصف . وقال زفر ثلاثة أحوال .
 والمعتمد قول الشيخ ، لقوله تعالى «حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة»^(١)
 واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ٦ - قال الشيخ : لافرق بين أن يكون المرئض مفتقراً الى الرضاع
 أو مستغنياً عنه ، وبه قال الشافعي .
 وقال مالك : ان كان مفتقراً نشر الحرمة ، وان كان مستغنياً لم ينشر .
 والمعتمد متى حصل الرضاع بشرائطه نشر الحرمة ، سواء افتقر اليه أو
 استغنى عنه .

مسألة ٧ - قال الشيخ : اذا وجر اللبن في جوفه ، وهو أن يصب في حلقه
 صباً لم ينشر ، وبه قال عطا وداود . وقال باقي الفقهاء : ينشر .
 والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٨ - قال الشيخ : اذا سعط في اللبن حتى يصل الى دماغه لم ينشر

(١) سورة البقرة : ٢٣٣ .

الحرمة ، وبه قال عطا وداود . وقال جميع الفقهاء : ينشر .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا حقن باللبن لم ينشر الحرمة .
وللشافعي قولان : أحدهما لا ينتشر ، وهو الصحيح عندهم ، وبه قال أبو حنيفة
والآخر ينشر ، وبه قال محمد ، واختاره المزني .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا شيب اللبن بغيره ثم سقى المولود ، لم ينشر
الحرمة ، غالباً كان اللبن أو مغلوباً ، وسواء شيب بجامد كالذبيق والسويق والارز
وشبهه ، أو بمایع كاللبن والخل والماء ، مستهلكاً أو غير مستهلك .
وقال الشافعي : ينشر الحرمة ، واذا كان مستهلكاً بالماء فانما ينشر الحرمة
اذا تحققنا وصول اللبن الى جوفه ، مثل أن يحلب في قدح ويصب عليه ماء حتى
يستهلكه ، فان شرب كل الماء نشر الحرمة ، لانا تحققنا وصول اللبن الى جوفه
وان شرب بعض الماء لم ينشر الحرمة ، لانا لم يتحقق وصول الماء الى جوفه .
وقال أبو حنيفة : ان شيب بجامد لم ينشر ، وان شيب بمایع فان كان غالباً
نشر ، وان كان مغلوباً لم ينشر .

وقال أبو يوسف ومحمد : الغالب ينشر والمغلوب لا ينشر ، ولا فرق بين المایع
والجامد ، ولو شيب لبن امرأة بلبن امرأة أخرى وشربه مولود ، قال أبو حنيفة
هو ابن التي غلب لبنها . وقال محمد : هو ابنيهما . وقال أبو يوسف كقول أبي حنيفة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا جمد أو أغلى لم ينشر الحرمة ، وبه قال
أبو حنيفة . وقال الشافعي : ينشر .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا ارتضع مولود من لبن بهيمة شاة أو بقرة أو غيرها ، لم يتعلق به تحریم بحال ، وبه قال جميع الفقهاء ، وحكي عن بعض السلف أنه يتعلق به التحريم ، فيصيران أخوين من الرضاة .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : لبن الميتة لا ينشر الحرمة ، ولو ارتضع أكثر الرضعات حال الحياة وتامها بعد الوفاة لم ينشر الحرمة ، وبه قال الشافعي .
وقال مالك وأبو حنيفة وأصحابه : لبنها بعد وفاتها كلبنها في حياتها .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا كان له زوجة مرضعة ، فأرضعتها من تحرم عليه نبتها ، انفسخ النكاح بلاخلاف ، ولم يلزمه شيء من المهر اذا لم يكن بأمره .
وقال الشافعي : يلزمه نصف المهر قياساً على المطلقة ، وهذا هو المشهور عند أصحابنا ، ويرجع به على المرضعة ان قصدت الفسخ ، وان لم يقصده هل يرجع عليها ؟ ظاهر نجم الدين عدم الرجوع ، وظاهر العلامة عدم اشتراط قصد الفسخ بل يرجع عليها ، سواء قصد به أو لم يقصد ، لان ضمان المبلعات لم يفتقر الى القصد ، واختاره فخر الدين ، وهو مذهب الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان قصدت النسخ ضمننت ، وان لم يقصد لم يضمن . وقال مالك : لا يضمن ، سواء قصدت أو لم يقصد ، وهو اختيار الشيخ هنا .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : قد بينا أنه لا يلزم المرضعة ضمان ، ومن قال يلزمها اختلفوا ، فقال الشافعي : يلزمها نصف مهر مثلها لانصف المسمى .

وقال أبو حنيفة : يلزمها نصف المهر ، وهو المعتمد ، الا اذا سعت الصغيرة وارتضعت من الكبيرة بغير شعورها فان المهر يسقط ، ولا يلزم الزوج ولا المرضعة شيء ، نص عليه العلامة في القواعد^(١) .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا كان له زوجة كبيرة لها لبن من غيره ، وله ثلاث زوجات صغار لهن دون الحولين ، فارضتهن واحدة بعد واحدة ، فاذا ارضعت الاولى الرضاع المحرم انفسخ نكاحها ونكاح الكبيرة ، فاذا ارضعت الثانية ، فان كان دخل بالكبيرة انفسخ نكاح الثانية ، وان لم يدخل بها فنكاحه بحاله ، لانها بنت من لم يدخل بها ، فاذا ارضعت بعد ذلك الثالثة صارت الثالثة أخت الثانية من الرضاع ، فانفسخ نكاحها ونكاح الثانية ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي في القديم . وقال في الام : ينفسخ نكاح الثالثة وحدها ، لان نكاح الثانية كان صحيحاً بحاله وانما تم الجمع بينها وبين الثالثة بفعل الثالثة ، فوجب أن ينفسخ نكاحها .

والمعتمد الاول ، لان عند تمام رضاعها صارتا اختين ، فانفسخ نكاحهما . مسألة - ١٧ - قال الشيخ : لا تقبل شهادة النساء عندنا في الرضاع بحال . وقال ابن أبي ليلى : لا تقبل شهادتهن منفردات الا في الولادة .

وقال الشافعي تقبل شهادتهن منفردات في أربع مواضع : الولادة والاستهلال والرضاع والعيوب تحت الثياب ، وبه قال مالك والاوزاعي ، وهو المعتمد . والشيخ منع هنا من قبول شهادتهن في الرضاع منفردات ومنضمت ، والمشهور القبول مطلقاً منفردات ومنضمت ، وهو اختيار المفيد وسلاز وابن حمزة وابن أبي عقيل ونجم الدين والشهيد والعلامة وفخر الدين .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : قد قلنا ان شهادة النساء لا تقبل في الرضاع لامنفردات ولا منضمت ، وانما تقبل منفردات في الوصية والولادة والعيوب الباطنة والاستهلال ويحتاج الى أربع منهن ، وبه قال الشافعي في الموضع الذي تقبل شهادتهن منفردات . وقال مالك : تقبل شهادة اثنتين . وقال الزهري والاوزاعي : يثبت شهادة امرأة واحدة . وقال أبو حنيفة : كلما يثبت بالنساء على الانفراد يثبت بواحدة .

والمعتمد قول الشيخ الا في المنع من قبولها في الرضاع ، فقد تقدم أنها مقبولة

فيه ، والوصية تثبت بكل امرأة ربعا ، كما هو مشهور .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا قال الرجل لمن هو أكبر منه سناً أو مثله : هذا ابني من الرضاع ، أو قالت المرأة ذلك ، سقط قولهما ولا يقبل اقرارهما ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يقبل لانه يقول لو قال لمن هو أكبر منه سناً هذا ابني وكان عبده عتق عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه معلوم كذبه ، واذا علم الكذب لم يقبل القول .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : لو در لبن امرأة من غير ولادة ، فأرضعت صبياً صغيراً لم ينشر الحرمة ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

كتاب النفقات

مسألة - ١ - قال الشيخ : يجوز للرجل أن يتزوج أربعاً بلاخلاف، والاستحباب أنه لا يزيد على من يعلم أنه يقوم بها .

وقال جميع الفقهاء : المستحب الاقتصار على واحدة . وقال داود : الافضل عدم الاقتصار على الواحدة .

والمعتمد كلام الشيخ .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : من وجب اخداهما من الزوجات لا يجب عليه أكثر من خادم واحد ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : على الزوج أن يخدمها من العدد بقدر حالها أو مالها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : نفقة الزوجات مقدرة، وهي مد قدره رطلان وربع .

وقال الشافعي : نفقتهن على ثلاثة أقسام الاعتبار بالزوج ، فان كان موسراً

فمدان ، وان كان متوسطاً فمدونصف ، وان كان معسراً فمد واحد . والمد عنده

رطل وثلاث .

وقال مالك : نفقة الزوجة غير مقدرة، بل عليه الكفاية والاعتبار بها لابه . وقال

أبو حنيفة : غير مقدرة والاعتبار قدر كفايتها كنفقة الاقارب ، والاعتبار بها لا به .
والمعتمد أنها غير مقدرة ، بل الاعتبار قدر الكفاية ، وهو مذهب ابن ادريس
ومن تأخر عنه من أصحابنا .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا كان الزوج كبيراً والزوجة صغيرة لا يجمع مثلها
فلا نفقة لها ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحد قولي الشافعي الصحيح عندهم ،
والثاني لها النفقة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا كانا صغيرين فلا نفقة لها ، وللشافعي قولان .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا أحرمت بغير اذنه ، فان كان في حجة الاسلام
لم تسقط نفقتها ، وان كان تطوعاً سقطت . وقال الشافعي : تسقط نفقتها في الواجب
والندب .

والمعتمد عدم سقوطها في الواجب ، سواء كانت حجة الاسلام أو غيرها ،
واذا أحرمت باذنه لم تسقط نفقتها ، سواء أحرم معها أو أحرمت وحدها . وللشافعي
قولان في احرامها وحدها : أحدهما تسقط ، والآخر لا تسقط .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا اعتكفت باذنه وحدها لم تسقط نفقتها . والمشافعي
قولان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا صامت تطوعاً ، فان طالبها بالانطار فامتنعت
كانت ناشراً تسقط نفقتها .

والمعتمد قولان : أحدهما تسقط ، والآخر لا تسقط ، لانها لم يخرج عن قبضه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا نشزت سقطت نفقتها ، وبه قال جماعة الفقهاء .

وقال الحكم : لا تسقط .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا اختلف الزوجان بعد أن سلمت نفسها في

قبض المهر والنفقة، روى أصحابنا أن القول قول الزوج وعليها البيئنة، وبه قال مالك .

وقال أبو حنيفة والشافعي: القول قول الزوج مع يمينها، وهذا هو المعتمد .

وكذا لو ادعى النشوز كان القول قولها، وهو فنوى القواعد. أما لو أنكر التمكين

قبل تسليمها نفسها ، كان القول قوله . وكذا لو ثبت النشوز ثم ادعت العود السى

الطاعة ، قال : القول قوله .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا ارتدت الزوجة سقطت النفقة ووقف النكاح

على انقضاء العدة ، فان عادت في زمان العدة وجب لها النفقة في المستقبل دون

ما مضى من زمان الردة .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، وهو الصحيح عندهم ، والآخر لها

النفقة في زمان الردة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا كانا وثنيين أو مجوسيين ، ثم سلم اليها نفقة

شهر مثلاً، ثم أسلم الزوج وقف النكاح على انقضاء العدة ، فان أسلمت كانت زوجته

وان لم تسلم حتى خرجت العدة بانته منه ، وكان له مطالبتها بالنفقة التي سلمها اليها

وكذا لو أسلمت في آخر العدة ، كان له مطالبتها في نفقة ما بين زمان اسلامه واسلامها .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، وهو المذهب . والآخر ليس له استرجاع

شيء منها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا أعسر الرجل فلم يقدر على نفقة زوجته ، لم يكن لها الفسخ وتصبر حتى تيسر ، وبه قال أهل الكوفة وأبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد . وقال الشافعي : يتخير بين الصبر الى اليسار وبين الفسخ ، فيفسخ الحاكم بينهما . وكذا لو أعسر بالصداق قبل الدخول بالعسر عنده عيب يثبت به خيار الفسخ وبه قال مالك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : المطلقة البائنة والمختلعة لاسكنى لها ، وبه قال ابن حنبل واسحاق ، وقال باقي الفقهاء : لها السكنى . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : لا نفقة للباينة ، وبه قال مالك والشافعي . وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه : لها النفقة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : البائنة اذا كانت حاملا ، كان لها النفقة بلا خلاف وينبغي أن يعطي نفقة يوم فيوم . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، وهو أصحهما عندهم ، والآخر لا يعطى حتى يضع .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : يجب على الوالد نفقة الولدان كان موسراً ، فان لم يكن أو كان وهو معسر فعلى جده ، وان لم يكن أو كان وهو معسر فعلى أبي الجد وعلى هذا أبداً ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : لا يجب على الجد ، وانما يجب على الأب لا غير .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا لم يكن أب ولاجد ، أو كانا وهما معسران ، فنفقته على امه ، وبه قال أبوحنيفة والشافعي .

وقال مالك : النفقة لايجب على الام ، لقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن »^(١) فكان الخطاب منصرفاً الى الاء . وقال أبو يوسف ومحمد : عليها أن تنفق لكن تحمّلها عن الاب ، فاذا أيسر بها رجعت عليه بما أنفقت عليه .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا اجتمع جد أبوأب وان علا وأم ، كانت النفقة على الجد دون الام وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي .

وقال أبوحنيفة : النفقة عليهما ، على الام الثلث وعلى الجد الثلثان .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا اجتمع ام الام وام الاب ، أو أبو ام وام أب فهما سواء ، لانهما تساويا في الدرجة .

وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني ام الاب أولى ، لانها تدلى بعصبة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : تجب النفقة على الاب والجد معاً ، وبه قال الشافعي وأبوحنيفة . وقال مالك : لانجب النفقة على الجد ، كما لانجب عليه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : تجب النفقة على الام وامهاتها وان علون ، وبه قال أبوحنيفة والشافعي . وقال مالك : لانجب النفقة على الام ولا امهاتها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

(١) سورة الطلاق : ٦ .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : الوالد اذا كان كامل الاحكام ، مثل أن يكون عاقلاً كامل الخلقة ، بأن لا يكون زمنياً الا أنه فقير محتاج ، وجب على ولده الانفاق عليه . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لا يجب الانفاق عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : الولد اذا كان كامل الاحكام والخلقة وكان معسراً ، وجب على والده أن ينفق عليه .

وللشافعي طريقتان : أحدهما ان المسألة على قولين كالأب ، ومنهم من قال : ليس عليه أن ينفق عليه قولاً واحداً ، لان حرمة الأب أقوى ، لان الولد يقاد للأب ، ولا يقاد الأب بالولد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : اذا كان أبواه معسرين ولا يفضل عن نفقة نفسه الا نفقة أحدهما كان بينهما بالسوية .

وللشافعي ثلاثة أوجه : أحدها مثل قولنا ، والثاني الأب أولى لان له تعصياً ، والثالث الام أولى لان لها الحضانة .

والمعتمد قول الشيخ . وكذا لو شاركتها الأولاد ، فلولم ينتفع به مع المشاركة أقرع بينهما أو بينهم .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا كان له ابن مراهق كامل الخلقة ناقص الاحكام ، وأب كامل الاحكام ناقص الخلقة ، ومعه ما يفضل لنفقة أحدهما فهما سواء .

وللشافعي وجهان : أحدهما الابن أولى ، لان نفقته ثبت بالنص ونفقة الأب بالاجتهاد ، والثاني الأب أولى ، لان حرمة أعظم من حرمة الابن .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : اذا كان له أب وأب معسرين ، أو ابن وابن

ابن معسرين ، ومعه ما يكفي أحدهما ، انفق على الاب دون الجد ، وعلى الابن دون ابن الابن . وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والآخر هو بينهما . والمعتمد قول الشيخ ، لان الاب أقرب من الجد ، والابن أقرب من ابنه . مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : اذا كان معسراً وله أب وابن موسرين ، كانت نفقته عليهما بالسوية . وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والآخر نفقته على أبيه دون ابنه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اختلف الناس في وجوب نفقة الغير على الغير بحق النسب على أربعة مذاهب ، فأضعفهم قول مالك ، فانه قال : يقف على الوالد والولد ، فان لكل منهما النفقة على صاحبه ولا يتجاوزهما .

ويليه قول الشافعي فانه قال : يقف على العمودين الاباء وان علوا والاولاد وان سفلوا الذكور والاناث ولم يتجاوز العمودين ، ويليه مذهب أبي حنيفة ، فسانه أوجبها على كسل ذي رحم محرم بالنسب ، فأوجبها للعمودين وللأخوة وأولادهم وان نزلوا والاعمام والاخوان دون أولادهم ، وبالجملة لكل من يحرم نكاحه . والرابع مذهب عمر بن الخطاب ، فانه أوجبها لكل من يعرف بقربته ، سواء حرم نكاحه أولاً .

قال الشيخ : والذي يقتضيه مذهبنا ما قاله الشافعي ، وهو المعتمد .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا وجبت النفقة على الرجل أمانفة يوم فيوم أو ما زاد عليه للزوجة أو غيرها من ذوي النسب وامتنع من اعطائه ، ألزمه الحاكم اعطائه ، فان لم يفعل حبسه ، فان لم يفعل ووجدله من جنس ما عليه أعطاه ، وان كان من غير جنسه باع عليه وأنفق على من يجب نفقته ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان وجدله من جنس ما عليه أعطاه ، والا حبسه حتى يتولى

هو البيع ، ولا يبيع عليه الا الذهب والورق ، فانه يبيع كل منهما بالآخر ويوفى ماله ، وأجاز في نفقة الزوجة اذا كان زوجها غائباً وحضرت عند الحاكم وطالبت بنفقتها وحضر أجنبي فاعترف أن للغائب ملكاً وهذه زوجته ، فانه يأمره الحاكم ببيعه وأنفقه عليها ولم يجز في غير ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة على أن كل من عليه حق فامتنع فانه يباع عليه ملكه وهو عام .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ: ليس للرجل أن يجبر زوجته على الرضاع لولدها منه ، شريفة كانت أو مشروفة ، ميسرة أو معسرة ، ذنية كانت أو نبيلة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة .

وقال مالك: له اجبارها اذا كانت معسرة ذنية، وليس له ذلك اذا كانت شريفة موسرة. وقال أبو ثور: له اجبارها على كل حال، لقوله تعالى «والوالدات يرضعن أولادهن»^(١) وهذا خبر معناه الامر .

والمشهور قول الشيخ . وقال العلامة في القواعد : وتجبر على ارضاع اللبا لان الولد لا يعيش بدونه ولها الاجرة عنه .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : البائن اذا كان لها ولد يرضع ووجد الزوج من يرضعه تطوعاً وقالت الام أريد اجرة المثل ، كان له نقل الولد عنها ، وبه قال أبو حنيفة وقوم من أصحاب الشافعي ، ومن أصحابه من قال : المسألة على قولين : أحدهما مثل قولنا ، والآخر ليس له نقله عنها ويلزمه أجره المثل وهو اختيار أبي حامد .

والمعتمد قول الشيخ ، ولا فرق بين المطلقة وغير المطلقة ولا بين كون الطلاق بائناً أو رجعيّاً ، فان مع وجود المتبرعة له انتزاعه من الام على كل حال مالم ينزع

(١) سورة البقرة : ٢٣٣ .

فلا يجوز حينئذ الانتزاع ، وانما ينتزعه مع عدم تنزاع الام ، لقوله تعالى « وان تعاسرتم فسترضع له أخرى »^(١) وهذه طلبت الاجرة مع وجود متبرعة فقد تعاسرا .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ: البنت اذا كانت بالغة رشيدة يكره لها أن تفارق امها حتى تتزوج ولا يجب عليها ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : يجب عليها أن لا تفارق امها حتى تتزوج ويدخل بها .

والمعتمد قول الشيخ ، لان البالغ الرشيد أمره الى نفسه لا وليائه لاحد عليه .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا بانث المرأة من الرجل وبينهما ولد ، فان

كان طفلاً لا يميز فهي أحق به بلاخلاف ، وان كان طفلاً يميز وهو اذا بلغ سبع سنين أو ثمان سنين فمافوقها الى حد البلوغ ، فان كان ذكراً فالاب أحق به ، وان كان انثى فالام أحق بها مالم تتزوج ، فان تزوجت فالاب أحق بها .

ووافقنا أبوحنيفة في الجارية ، وقال في الغلام : الام أحق به حتى يبلغ حداً

يأكل ويشرب ويلبس لنفسه ، فيكون أبوه أحق به . وقال الشافعي يخير بين أبويه فاذا اختار أحدهما سلم اليه . وقال مالك : ان كان جارية فهي أحق بها حتى يبلغ وتتزوج وتدخل بها الزوج ، وان كان ذكراً فهو أحق به حتى يبلغ .

والمعتمد أن الام أحق بالذكر مدة الرضاع ، وبالانثى الى سبع سنين مالم

تتزوج الام أو البنت ، وهو اختيار الشيخ في النهاية وابن البراج في الكامل ، وابن حمزة ، وابن ادريس ، ونجم الدين ، والعلامة .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ: الموضع الذي قلنا الاب أحق بالولد والام أحق

به ، لانه يختلف الحال بين أن يكون مقيماً أو مسافراً فالامر على ذلك .

وقال الشافعي : ان كانت المسافة تقصر فيها الصلاة فالاب أحق على كل حال

وان لم يقصر فيها الصلاة فهي كالاقامة . وقال أبوحنيفة : ان كان المتنقل الاب

فالأم أحق ، وإن كانت الأم متنقلة ، فإن انتقلت من قرية إلى قرية فهي أحق به ، وإن انتقلت من بلد إلى قرية فالأب أحق به ، لأن في السواد يسقط تعليمه وتخريجه .
ولوقيل : المقوم أحق من المسافر لكان وجهاً لأن الحضنة أرفاق في حق الصبي والسفر مشتمل على المشاق ، فلا يحصل معه الأرفاق ، فإذا عاد المسافر عاد حقه .
مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : إذا تزوجت الأم سقط حقها من الحضنة ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي . وقال الحسن البصري : لا يسقط .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ٣٧ - قال الشيخ : إذا طلقها زوجها عاد حقها من الحضنة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال مالك : لا يعود ، لأنه قد سقط بالتزويج .
والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور عند أصحابنا ، إلا ابن إدريس فإنه اختار مذهب مالك .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : إذا طلقها طليقة رجعية لم يعد حقها ، وإن طلقها بائناً عاد ، وبه قال أبو حنيفة والمزني . وقال الشافعي : يعود على كل حال .
والمعتمد قول الشيخ ، فإن خرجت عدة الرجعية ولم يرجع استحقت الحضنة .
مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : الأخت للأب أولى بالحضنة من الأخت للأم ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : الأخت من الأم أولى ، وبه قال المزني وأبو العباس بن سريج .

وصاحب التواعد^(١) حكم بأولوية الأخت من الأبوين ، ولم يذكر الأخت من الأب خاصة . وفي التحرير^(٢) حكى كلام الشيخ ساكناً عليه . وقال في المختلف :

(١) قواعد الأحكام ٥١/٢ .

(٢) تحرير الأحكام ٤٣/٢ .

ونحن في هذه المسألة من المتوقفين^(١)، وابن ادريس منع من حضانة غير الابوين والجد للاب خاصة ، وكلام الشيخ هنا لا بأس به ، لكثرة نصيبها والتوقف من جهة التساوي في الدرج .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ : الجدات أولى بالولد من الاخوات . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر الاخوات أولى .

قال الشيخ : دليلنا ما ثبت من أن الام أولى ، واسم الام يقع على الجدة .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : لابي الام وأم أبي الام حضانة . وقال الشافعي :

لاحضانة لهما وهما بمنزلة الاجنبي .

قال الشيخ : دليلنا أن اسم الاب يتناولهما ، فقد دخل في ظاهر الاخبار .

مسألة - ٤٢ - قال الشيخ : اذا لم يكن أم وهناك أم أم ، أوجدة أم وهناك

أب فالأب أولى . وقال الشافعي : أم الام وجداتها أولى من الاب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٣ - قال الشيخ : اذا كان مع الاب أخت من أم أو خالة اسقطهما .

وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر أنهما يسقطانه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٤ - قال الشيخ : العمة والخالة اذا اجتمعتا تساوتا وأقرع بينهما .

وقال الشافعي : الخالة أولى قولاً واحداً .

واختار العلامة في التحرير^(٢) قول الشيخ جزماً ، وفي القواعد^(٣) على اشكال

من احتمال ترجيح العمة ، لكثرة نصيبها ومن تساويهما في الدرج .

(١) مختلف الشيعة ص ٢٧ كتاب النكاح .

(٢) تحرير الاحكام ٤٤/٢ .

(٣) قواعد الاحكام ٥٢/٢ .

مسألة - ٤٥ - قال الشيخ : اذا اجتمع جد وخال واخت لام فالجد أولى .
وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني يسقط الجد بهما .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٦ - قال الشيخ : أم أب وجد متساويان . وقال الشافعي : يسقط
الجد بام الاب .

احتج الشيخ بأنهما متساويان في الدرج ، فيتساويان في الحضانة .

مسألة - ٤٧ - قال الشيخ : اخت أب وجد متساويان . وللشافعي وجهان :
أحدهما الجد أولى ، والثاني الاخت أولى .
احتج الشيخ بتساويهما بالدرج .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ : العم وابن العم وابن عم الاب والعصبة يقومون
مقام الاب في باب الحضانة . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لاحضانة
لاحد من المذكور غير الاب والجد .

احتج الشيخ بآية اولي الارحام ، ولا بأس به .

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ : لاحضانة لاحد من العصبة مع الام . وللشافعي قولان :
أحدهما مثل قولنا ، والثاني أنهم يقومون مقام الاب .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٠ - قال الشيخ : اذا اجتمع مع العصبة ذكر من ذوي الارحام ، كالاخ
للأم والخال والجد أب الام ، كان الاقرب أولى . وقال الشافعي : لاحضانة لهم
بوجه .

احتج الشيخ بآية اولي الارحام .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ : اذا مرض المملوك مرضاً يرجى زواله ، فعلى
المالك نفقته بلاخلاف . فأما اذا زمن أو عمي أو اقعده ، فعند أصحابنا يصير حراً

ولا يلزم مولاه نفقته ، لانه ليس بعبده .

وقال جميع الفقهاء : يلزمه نفقته ، ولا يزول ملكه فهو كالصغير سواء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥٢ - قال الشيخ : لا يجب بالعقد الا المهر ، أما النفقة فانها تجب يوماً فيوماً في مقابلة التمكين والاستمتاع ، وهو الظاهر من كلام أبي حنيفة ، وبه قال الشافعي في الجديد ، وقال في القديم : يجب مع المهر في العقد ، ويجب تسليمها يوماً فيوماً في مقابلة التمكين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٣ - قال الشيخ : اذا ثبت ما قلنا من أنها تجب نفقة يوم بيوم ، فان استوفت نفقة هذا اليوم فلا كلام ، وان لم تستوف استقرت في ذمته ، وعلى هذا أبداً ، هذا اذا كانت ممكنة من الاستمتاع ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : تسقط نفقتها مع عدم الاستيفاء ، كما تسقط نفقة الاقارب كل يوم مضى لم تستوف نفقته سقطت بمضي اليوم الا أن يفترض القاضي عليه ، فيستقر حينئذ ويجب عليه الوفاء .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٤ - قال الشيخ : اذا تزوج الرجل امة فاحبلها ثم ملكها ، كان الولد حراً على كل حال وكانت ام ولده .

وقال الشافعي : اذا ملكها ، فان كانت حاملاً عتق ولدها ولا يصير ام ولد ، وان ملكها بعد الوضع لا يصير ام ولد ، سواء ملكها وحدها أو مع الولد .

وقال أبو حنيفة : اذا علقته منه ثبت لها حرمة الحرية بذلك العلوق ، فاذا ملكها صارت ام ولد تعتق بموته ، سواء ملكها قبل الوضع أو بعده .

وقال : ان ملكها بعد الوضع مثل قول الشافعي .

والمعتمد أنها لا يصير ام ولد الا اذا علقته منه وملكه أما الولد فهو حر مالم يشترط مولاه رقبته في عقد النكاح .

مسألة - ٥٥ - قال الشيخ : اذا أسلف زوجته نفقة شهر ثم مات أو طلقها بائنا فلها نفقة يومها ، وعليها رد ما زاد على اليوم ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : اذا مات بعد الاقباض لم يرد شيئاً ، وان كان بعد أن حكمه الحاكم وقبل الاقباض سقطت بالموت ويتصور الخلاف معه اذا بانث بالموت أما بالطلاق فلا ، لان المبتوتة لها النفقة عنده .

والمعتمد قول الشيخ .

كتاب الجنايات

مسألة - ١ - قال الشيخ : يقتل الحر بالحررة ، واذ ارد أولياؤها فاضل الدية وهو خمسة آلاف درهم ، وبه قال عطا الا أنه قال : ستة آلاف . وقال جميع الفقهاء : يقتل بها ولايرد أولياؤها شيئاً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : لا يقتل مسلم بكافر ، سواء كان معاهداً أو مستأماً أو حربياً ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : يقتل بالذمي ، ولا يقتل بالمستأمن ولا بالحربي ، لان المستأمن عند أبي حنيفة كالحربي .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا قتل كافر كافراً ثم أسلم القاتل لم يقتل بالكافر ، وبه قال الارزاعي . وقال جميع الفقهاء : يقتل به .

والمعتمد قول الشيخ ، ويلزم الدية ان كان المقول ذادية ، والا فلا شيء عليه .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا قتل الحر عبداً لا يقتل به ، سواء كان عبداً نفسه أو عبداً

غيره وعليه قيمته ، وبه قال الشافعي . وقال النخعي : أقتله به سواء كان عبده أو عبد غيره . وقال أبو حنيفة : يقتل بعبد غيره ولا يقتل بعبد نفسه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا جنى العبد تعلق أرش الجنابة برقبته ، فاذا أراد السيد أن يفديه ، كان بالخيار بين أن يسلمه برمته ، وبين أن يفديه بأرش جنابته . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر يفديه باقل الامرين من قيمته وأرش جنابته ، وهذا هو المشهور عند أصحابنا ، وهو المعتمد .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا قتل عبداً عشرة أعبد ، فأراد سيده أن يقتلهم ، كان له ذلك اذا رد ما فضل عن قيمة عبده . وقال الشافعي : له قتلهم ولا يرد شيئاً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا اختار قتل خمسة وعفى عن خمسة ، كان عليه أن يرد على موالي الخمسة الذين قتلهم ما فضل عن نصف قيمة عبده ، وليس له على الذين عفا عنهم شيء .

وقال الشافعي : لا يرد على موالي الذين قتلهم شيئاً ، وله على موالي الذين عفا عنهم نصف الدية .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : دية العبد قيمته مالم يتجاوز دية الحر فيرد اليها ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد ، لأنه قال : الا عشرة دراهم من دية الحر . وقال الشافعي : قيمته بالغاً ما بلغت ، وبه قال مالك والثوري وأبو يوسف وأحمد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : لا يقتل الوالد بولده ، سواء قتله حذفاً بالسيف أو

ذبحاً أو بأي وجه كان ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والشافعي وأحمد .
وقال مالك : ان قتله حذفاً بالسيف فلا قود ، وان ذبحه أو شق بطنه فعليه القود
وبه قال ثمان البتي .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .
مسألة - ١٠ - قال الشيخ : الام اذا قتلت ولدها قتلت به ، وكذلك امهاتها
وامهات الاب وان علون ، أما الاجداد فيجرون مجرى الاب لا يقادون به لتناول الاسم
لهم . وقال الشافعي وباقي الفقهاء : لا يقاد واحد من الاجداد والجدات والام وامهاتها
من الطرفين في الولد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٢) .
مسألة - ١١ - قال الشيخ : لا يرث الزوجة من القصاص شيئاً وانما يرثه الاولياء
فان قبلوا الدية كان لها نصيبها من القصاص .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا كان اولياء المقتول جماعة فعفى أحدهم ، لم
يسقط حق الباقيين من القصاص ، وكان لهم ذلك اذا ردوا بقدر نصيب العافي .
وقال الشافعي وباقي الفقهاء : اذ عفى أحدهم سقط حق الباقيين من القصاص
ووجب لهم الدية على قدر حقوقهم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٣) .
مسألة - ١٣ - قال الشيخ : الاطراف كالانفس كل نفسين جرى بينهما القصاص
في النفس جرى بينهما في الطرف ، سواء اتفقا في الدية أو اختلفا فيها ، كالحرين

(١) تهذيب الاحكام ٢٣٦/١٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٣٧/١٠ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٧٦/١٠ .

والحرّتين، والحرّ والحرّة، والعبدين والامتين، والعبد والامة، والكافرين والكافرتين والكافر والكافرة، ويقطع أيضاً الناقص بالكمال، ولا يقطع الكامل بالناقص، وكل شخصين لا يجري بينهما القصاص في النفس لا يجري في الطرف، كالحر بالعبد والمسلم والكافر طرداً وعكساً، وبه قال الشافعي الآن عندنا اذا اقتص للحرّة من الحر في الاطراف ردت فاضل الدية .

وقال أبو حنيفة : الاعتبار في الاطراف بالتساوي في الديات ، فان تساوي في الدية جرى بينهما القصاص في الاطراف ، كالحرين المسلمين والكافرين والكافر والمسلم ، فان الدية عنده واحدة ، والكافرتين والمسلمتين والكافرة والمسلمة ، وان اختلفا في الدية سقطت القصاص بينهما في الاطراف كالرجل والمرأة ، وكذا لا يقطع العبد بالحر عنده ، لان قيمته قيمة العبد لا يدري كم هي ولا يتفقان أبداً في الدية والقيمة ، ولا يقطع عبد بعبد ، لان القيمة لا يتفقان فيها حقيقة ، وانما هو تقريب ، فعنده أن اطراف العبد لا تؤخذ قوداً بحال .

والكلام معه في فصلين ، هل يجري القصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس ؟ وهل يجب القصاص على العبد فيما دون النفس أم لا ؟
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة واخبارهم .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا قتل جماعة واحداً قتلوا به بشرطين : أحدهما أن يكون كل واحد منهم مكافياً له ، بحيث لو انفرد بقتله قتل ، وهو أن لا يكون فيهم مسلم يشارك للكفار في قتل كافر ولا والد يشارك غيره في قتل ولده . والثاني أن يكون جنابة كل واحد لو انفردت حصل بها التلف ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي وأحمد .

الا أن عندنا لا يقتلون بواحد الا مع رد دية ما زاد عن واحد ، ومتى أراد أولياء المقتول قتل واحد منهم ، كان لهم ذلك ورد الباقي على أولياء المقتول قوداً ما

زاد على حصته ولم يعتبر ذلك أحد من الفقهاء .

وقال محمد بن الحسن : القياس ألا يقتل جماعة بواحد ، ولا تقطع أيد بيد ، ولكن تركنا القياس في القتل للآثر ، وتركنا الأمر في القطع على القياس . وذهبت جماعة منهم ابن سيرين والزهري إلى أن الجماعة لا تقتل بالواحد ، ولكن للأولياء قتل واحد ويأخذون من الباقيين حصصهم من الدية . وذهبت جماعة منهم ربيعة بن عبد الرحمن وأهل الظاهر إلى أن الجماعة لا تقتل بالواحد ولا واحد منهم ، وتجب الدية بالحصص على عدد الجناة .

والمعتمد قول الشيخ ، فإن كان المشارك ممن لا يقتل بالمقتول كالأب والأجنبي في قتل الولد والحر والعبد في قتل العبد ، كان للولي قتل الأجنبي ويرد الأب على ولي الأجنبي بقدر حصته ، وللسيد قتل العبد ويرد الحر على مولى المقتول قوداً ما قابل ديته .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : إذا ثبت أنه يقتل الجماعة بواحد ، فأولياء المقتول مخيرون بين العفو عنهم ، وبين أن يقتلوا الجميع ويردوا فاضل الدية ، وبين أن يقتلوا واحداً ويرد الباقيون على أولياء المقاد ما قابل حصصهم .

وقال الشافعي : أولياؤه مخيرون بين العفو عنهم ويأخذون من كل واحد قدر نصيبه من الدية ، وبين قتل واحد ويأخذون من الباقيين من كل واحد قدر نصيبه من الدية .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : إذا قطع واحد يد إنسان وآخر رجله وأوضحه الثالث فسرى إلى نفسه فهم قتلة ، فإن أراد ولي الدم قتلهم قتلهم ، وليس له أن يقتص منهم ثم يقتلهم . وقال الشافعي : له ذلك .

(١) تهذيب الأحكام ١٠/١٧٧ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا اجتمع جماعة على واحد في جرح يوجب القود ، كقتل العين وقطع اليد ونحو ذلك فمليهم القود ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد . وقال الثوري وأبو حنيفة : لا تنقطع الجماعة بالواحد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا ضربه بمثل يتصد بمثله القتل غالباً ، كالقتل والدبوس والخشبة الثقيلة والحجر فعليه القود ، وكذا اذا قتله بكلما يتصد به القتل غالباً ، مثل أن حرقه او غرقه ، أو غمه حتى تلف ، أو هدم عليه بيتاً ، أو طينه عليه بغير طعام حتى مات ، أو والى عليه بالحق حتى قتله ، ففي هذا كله القود .

وإذا ضربه بعضى خفيفة فقتله ، نظرت فإن كان نضو الخلقة ضعيف القوة يموت مثله منها فهو عمد ، وإن كان قوي الخلقة لم يكن عمداً محضاً ، وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي .

وقال الشعبي والنخعي : اذا قتله بمثل أي مثل كان لا قود عليه ، وكذا بجميع ما ذكرناه ، وفصل أبو حنيفة فقال : لا قود الا اذا قتله بمحدد أو بالنار ، أو بمثل حديد كالعمود ونحوه ، ولا قود فيما عداه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا أخذ صغيراً فحبسه ظلماً ، فوقع عليه حائط أو قتله سبع أو لسعته حية أو عقرب فمات كان عليه ضمانه وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا ضمان عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، وقد سبقت في كتاب الغصب ، واستدل هنا باجماع الفرقة وأخبارهم ، قال : ولو مات حتف أنفه فلا ضمان بلا خلاف .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا طرحه في النار على وجه لا يمكنه الخروج

فمات ، كان عليه القود بلاخلاف ، وان طرحه بحيث يمكنه الخروج فلم يخرج حتى مات ، اما أن يكون بالقرب من موضع ليس فيه نار ، بأن يكون على طرف لو تحرك لخروج منها ، أو يقول : أنا أقدر على الخروج لكنسي لا أخرج ، فأقام حتى مات ، لم يكن عليه قود بلا خلاف .

وهل فيه دية ؟ للشافعي قولان : أحدهما فيه الدية ، والثاني لادية ، لانه أعان على نفسه ، وهذا هو الصحيح الذي نذهب اليه ، وهو المعتمد ، وهو اختيار العلامة في القواعد^(١).

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا ألقاه في لجة البحر فغرق ، كان عليه القود ، سواء كان يحسن السباحة أو لا يحسنها ، بلاخلاف بيننا وبين الشافعي . وكذا اذا ألقاه قرب الساحل مكتوفاً ، وان كان يحسن السباحة وكان مخلى وعلم من حاله أنه أمكنه الخروج ولم يفعل فلا قود ، وفي الدية طريقان ، ومن أصحابه من قال على قولين مثل مسألة النار .

ومن أصحابه من قال : لاضمان ههنا قولاً واحداً ، وهو الصحيح ، وهذا هو المعتمد اذا علم أنه ترك الخروج مع قدرته عليه .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا ألقاه في لجة البحر ، فقبل وصوله الى الماء ابتلغته سمكة للشافعي في وجوب القود قولان : أحدهما عليه القود ، لانه أهلكه بنفس الالقاء ، وهو الصحيح . والثاني لا قود عليه ، لان الهلاك حصل بغيره ، كما لو رماه من شاطئ فاستقبله آخرب سيف ففده نصفين ، فان القود على القاتل بالسيف دون الملقى .

والمعتمد اختيار الشيخ ، وهو اختيار العلامة في القواعد والمختلف^(٢) ، وقوى

(١) قواعد الاحكام ٢/٢٧٩ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٢٧١ ، كتاب القصاص .

صاحب الشرائع^(١) عدم القود ، وهو قوي .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس ، ويدخل دية الطرف في دية النفس ، مثل أن يقطع يده ثم يقتله ، أو يقطع عينه ثم يقتله ، فليس عليه الاقتله أو دية النفس ، ولا يجمع بينهما ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : يدخل دية الطرف في دية النفس ، ولا يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس . وقال أبو سعيد الاصطخري : لا يدخل دية الطرف في دية النفس أيضاً . وقال أبو حامد : يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس ، ويدخل دية الطرف في دية النفس . والمعتمد أن دية الطرف يدخل في دية النفس باجماع أصحابنا . أما دخول قصاص الطرف في قصاص النفس ، فقد اختلفوا فيه على ثلاثة أقوال :

أحدها : الدخول مطلقاً ، وهو مذهب الشيخ هنا وفي المبسوط^(٢) .

الثاني : عدم الدخول مطلقاً ، وهو مذهب ابن ادريس .

الثالث : التفصيل ، وهو ان فوق ذلك مثل ان قطع يده ثم قتله ، فلا يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس ، بل يقطع يده ثم يقتله ، وان ضربه ضربة واحدة فقطع يده مثلاً وقتله بها ، فليس له الاقتله ، وهو اختيار الشيخ في النهاية^(٣) ، واختاره صاحب الشرائع^(٤) والعلامة في التحرير ، وهو المعتمد .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا قطع مسلم يد مسلم ، ثم ارتد المقطوع ، ثم عاد الى الاسلام قبل السراية الى النفس ثم سرت ومات ، كان عليه القود . وللشافعي قولان : أحدهما عليه القود ، والاخر لا قود عليه .

(١) شرائع الاسلام ١٩٨/٤ .

(٢) المبسوط ٢٢/٧ .

(٣) النهاية ص ٧٧٤ .

(٤) شرائع الاسلام ٢٠٢/٤ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : اذا قطع مسلم يد مسلم ، فارتد المقطوع وثبت في الردة مدة يكون فيها سراية ، فلا قود بلا خلاف ، ثم أسلم فهل يجب كمال الدية أم لا ؟ للشافعي قولان : أحدهما يجب كمال الدية وهو الصحيح ، والثاني يجب نصف الدية ، وقال : يجب على العاقلة الدية كاملة ان لم يمكث ، وان مكث فعلى قولين .

والمعتمد وجوب القصاص ان كانت الجنایة عمداً ، والدية كاملة ان كانت خطأ ، لان الاسلام حصل في الطرفين حال الجنایة وحال استقرارها .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا قطع مسلم يد مسلم ، فارتد ولحق بدار الحرب أو قتل في حال الردة أو مات لأقصاص عليه .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، وهو اختيار أبي العباس . والثاني عليه القصاص ، وهو المذهب عندهم ، وهو اختيار أبي حامد . استدلل الشيخ بأن قصاص الطرف داخل في قصاص النفس ، واذا سقط القصاص في النفس سقط في الطرف . والمعتمد ثبوت القصاص في اليد ، ويستوفيه وارثه المسلم ، وهو اختيار العلامة ونجم الدين .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : اذا جنى جان على عبد غيره في حال الرق فقطع يده ، ثم أعتق فجنى عليه آخراً حال الحرية ، فقطع أحدهما يده والآخر رجله فعلى الجاني حال الرق ثلث قيمة العبد حال جنایته ما لم يتجاوز ثلث دية الحر ، فان تجاوزت ردت اليها .

وللشافعي قولان : أحدهما للسيد أقل الامرین من ثلث الدية وأرش الجنایة ، والآخر أقل الامرین من ثلث القيمة وثلث الدية مثل ما قلناه ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : الامام عندنا لا يأمر بقتل من لا يجب قتله لانه معصوم

ولكن يجوز ذلك في الامير ، فمتى أمر غيره بقتل من لا يجب قتله وعلم المأمور ذلك ، فقتله من غير كراهية ، فان القود على القاتل بلاخلاف، وان لم يعلم أن قتله واجب الا أنه اعتقد أن الامام لا يأمر بقتل من لا يجب قتله فقتله ، قال الشافعي : لا قود على القاتل والقود على الامام .

والذي يقتضيه مذهبنا أن هذا المأمور ان كان له طريق يعلم أن قتله محرم ، فاقدم من غير مدخل اليه ، كان عليه القود ، وان لم يكن من أهل ذلك فلا شيء عليه ، وعلى الامر القود .

والمعتمد أنه اذا علم ان المقتول مظلوم ، أو علم بفسق الشهود ، فانه لا يعذر ويجب القصاص على المباشر ، أما لو قال ان الخروج من طاعة نائب السلطان فساد وظننت ذلك مبيحاً ، فالوجه أنه شبهة يسقط بها القصاص ويثبت الدية على المباشر وهو اختيار العلامة في التحريم ، وظاهر القواعد أن امر السلطان شبهة يسقط القود ولم يفصل ، وهو قوي .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا أكره الامير غيره على قتل من لا يجب قتله ، فقال له : ان قتلته والافتلتك ، لم يحل له قتله بلاخلاف ، فان خالف وقتل فان القود على المباشر دون الملجئ ، وفرض الفقهاء ذلك في الامام المتغلب مثل الخوارج وغيرهم ، والخلاف في الامام والامير واحد .

وللشافعي قولان : أحدهما يجب عليهما القود ، كأنهما باشا قتله ، وبه قال زفر قال : فان عفى الأولياء فعلى كل منهما نصف الدية والكفارة . والقول الثاني على الملجئ وحده القود ، وعلى المكره نصف الدية ، فان عفى عن الامام فعليه نصف الدية ، وعلى كل منهما الكفارة ، فلا يختلف مذهبه أن الدية عليهما نصفان ، وعلى كل واحد الكفارة ، وأن على الامام القود ، وهل على المكره القود؟ على قولين . وقال أبو حنيفة ومحمد : القود على المكره وحده ، ولا ضمان على المكره

في قود ، ولادية ولا كفارة . وقال أبو يوسف : لا قود على المكره ولا على الامام ،
أما المكره فلانه ملجأ ، وأما الامام فلانه مباشر القتل .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اختلف روايات أصحابنا في أن السيد اذا أمر
غلامه بقتل غيره ، فقتله على من يجب القود ، فرووا في بعضها أن القود على السيد
وفي بعضها أن القود على العبد ولم يفصلوا .

قال الشيخ : والوجه في ذلك أن العبد ان كان مسيراً عاقلاً يعلم أن ما أمره به
معصية ، كان القود على العبد ، وان كان صغيراً أو كبيراً لا يميز ويعتقد أن جميع ما أمره
سيده واجب عليه ، كان القود على السيد ، ثم قال : والاقوى في نفسه ان كان العبد
عالمًا أنه لا يستحق القتل ، أو متمكناً من العلم به فعليه القود ، وان كان صغيراً أو
مجنوناً فانه يسقط القود وتجب الدية .

وقال الشافعي : ان كان صغيراً لا يعقل أو كبيراً أعجمياً جاهلاً يعتقد وجوب طاعة
مولاه ، ولا يعلم أنه لا طاعة في معصية الله تعالى ، فعلى السيد القود ، لان العبد ينصرف
عن رأيه ، فكان بمنزلة السكين والسيوف .

قال : واذا كان العبد بهذه الصفة وهو مملوك غيره ، فحكمه حكم عبد نفسه
وان أمره بقتله فقال : اقتلني فقتله هدر دمه ، لانه كالالة في قتل نفسه .

وان قال اقتل نفسك أيها العبد فقتل نفسه وكان كبيراً ، فلا ضمان على الامر ،
وان كان صغيراً أو مجنوناً كان على الامر الضمان ، وان كان السامور حراً صغيراً أو
كبيراً جاهلاً فأمره بقتله ، فالقود على الامر ، لانه كالالة .

وان قال له : اقتل نفسك ، فان كان كبيراً فلا شيء على الامر ، وان كان صغيراً
لاتميز ، فالقود على الامر ، وان كان المأمور كبيراً مميزاً اما بالغاً أو مرهقاً فأمره
بقتل رجل فقتله ، فالحكم يتعلق بالمأمور .

قال الشيخ : وجملة القول في هذه المسائل : أن الأمور ان كان عاقلاً مميزاً فالضمان عليه ، وان لم يكن عاقلاً ولا مميزاً اما لصغره أو لجنونه ، فالضمان على الامر . ومراد الشيخ أن هذا جملة مذهب الشافعي ، وليس مذهباً له هنا ، لان مذهبه هنا قوله : ويقوى في نفسى أنه ان كان صغيراً أو مجنوناً ، فانه يسقط القود وتجب الدية ، وان كان مميزاً وهو غير بالغ ، فالدية على عاقلته ان كان حراً ، وهو اختيار نجم الدين والعلامة .

واختار ابن ادريس وفخر الدين اختيار الشيخ هنا ، وهو اذا كان العبد صغيراً أو مجنوناً ، فانه يسقط القود وتجب الدية . ومذهبه في المبسوط وجوب القود على السيد ، واختاره العلامة ونجم الدين قال ابن فهد : واختيار المبسوط^(١) أوضح في الحكم وأقرب الى الادلة العقلية ، لان المجنون وغير المميز آلة محضه . واعلم أن اختيار المبسوط هو مذهب الشافعي ، وهو المعتمد .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا جعل السم في طعام نفسه ، ثم قربه الى الغير ولم يعلم أنه مسموم فأكله فعليه القود .

وللشافعي قولان : أحدهما عايه القود ، والثاني لا قود عليه بل الدية . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا جعل السم في طعام غيره ، وجعله في بيت ماله فدخل المالك بيته فوجد طعامه فأكله ، فعلى الجاعل القود .

وللشافعي قولان : أحدهما لاضمان عليه قولاً واحداً والثاني حكمه كما لو جعله في طعام نفسه ، ومذهب الشيخ في المبسوط^(٢) كمنهجه هنا ، واستشكله نجم الدين والعلامة وفخر الدين ، ولم يفتوا بشيء .

(١) المبسوط ٤٣/٧ .

(٢) المبسوط ٤٥/٧ .

ووجه الاشكال منه أنه اذا اجتمع السبب والمباشر كان الضمان على المباشر ،
ومن أن المباشرة ضعفت بالغرور ، وعلى احتمال عدم القصاص هل تجب الدية ؟
يحتمل ذلك ، وهو ظاهر الشهيد في شرح الارشاد ، ويحتمل العدم لعدم السبب
الحقيقي ، والاصل براءة الذمة .

ولابأس بوجوب الدية دون القصاص . أما سقوط القصاص ، فلحصول الشبهة
بمباشرة الاكل . وأما وجوب الدية ، فلوجود السبب مع غرور الاكل .
مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : اذا قتل مرتد نصرانياً له ذمة أو عهد ، فان رجع
الى الاسلام فانه لايقاد به ، وان لم يرجع قيدبه .
وللشافعي قولان : أحدهما عليه القود ، وهو اختيار أبي حامد ، سواء رجع الى
الاسلام أو لم يرجع .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار نجم الدين ، والعلامة في الارشاد والتحرير^(١)
لان الكفر كالملة الواحدة .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا قتل نصراني مرتدأ وجب عليه القود ، وليس
للشافعي فيه نص ، ولاصحابه ثلاثة أوجه : أحدها لا قود ولا دية ، وبه قال اسحاق ،
ومنهم من قال : عليه القود فان عفى فعليه الدية . وقال أبو الطيب بن سلمة : عليه
القود فان عفى فلا دية .

والمعتمد وجوب القود ، والدية لا تثبت الا صلحاً ، وذلك في كل موضع
تجب فيه القود .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا زنا وهو محصن ، فقد وجب قتله وصار مباح
الدم ، وعلى الامام قتله ، فان قتله رجل من المسلمين فلا قود .
وللشافعي قولان : أحدهما وهو المذهب مثل قولنا ، وقال بعض أصحابه :

عليه القود .

والمعتمد لاقود ولادية .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : روى أصحابنا أن من أمسك انساناً فجاء آخر فقتله ، أن على القاتل القود وعلى الممسك أن يحبس أبدأ حتى يموت ، وبه قال ربيعة .

وقال الشافعي : ان أمسكه متلاعباً مازحاً فلا شيء عليه ، واذا أمسكه للقتل أو ليضربه ، ولم يعلم أنه يقتله ، فقد أثم وعليه التعزير ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .
وقال مالك : ان كان متلاعباً فلا شيء عليه ، وان كان للقتل فعليهما القود ، كما لو اشتركا في قتله .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الطائفة وأخبارهم .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ : ولو كان معهم رداء بنظر لهم ، فانه تشمل عينه ولا يجب قتله . وقال أبو حنيفة : يجب على الرداء القتل دون الممسك . وقال مالك : يجب على الممسك القتل دون الرداء . وقال الشافعي : لا يجب القود الا على المباشر دون الممسك والرداء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الطائفة وأخبارهم .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : اذا جنى على عين غيره فنخسها وقلع حدقته ، كان للمجنى عليه أن يقتص منه ، لكنه لا يتولى بنفسه ، لانه لا يدري كيف يستوفى ، وربما فعل أكثر مما يجب بلاخلاف ، وله أن يوكل ، فاذا وكل كان للوكيل أن يقتص بأي شيء يمكن من ذلك ، سواء كان باصبعه أو بحديدة ، وان أذهب ضوءها ولم يجن على العين شيئاً ، فانه يبل فظناً ويترك على الاشفار ويقرب مرآة محمية الى عينه ، فان الناظر يذوب ويبقى العين صحيحة .

وللشافعي في الوكيل قولان : أحدهما له أن يقتص باصبعه ، والاخر ليس له

الا بحديدة ، فاما اذا اذهب ضوءها ، فله أن يفعل به مثل ما فعل ، فان ذهب والا يمكن ذهاب الضوء بدواء استعمل ، فان لم يمكن قرب اليه حديدة محمية حتى يذهب بصره ، فان لم يذهب وخيف أن تذهب الحدقة ترك وأخذت الدية دية العين لثلا يأخذ أكثر من حقه .

واختار صاحب القواعد أنه ليس له الاقتصاص الا بحديدة معوجة ، لانه أسهل . ولا بأس به . وان اذهب الضوء لاغير يوصل الى المماثلة ، سواء كان بحديدة محمية أو بغيرها ، كما قاله الشافعي والظاهر أن التوكيل غير واجب اذا أحسن الاقتصاص بأنه يقتص بنفسه ، ولو لم يحسن وجب .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : روى أصحابنا أن عمد الصبي والمجنون خطأ وهما سواء ، فعلى هذا يسقط القود عنهما ، والدية على العاقلة مخففة . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والآخر في قتلها الدية مغفلة حاله في مالهما .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ : القتل العمد يوجب القود فقط ، فان اختار الولي القصاص فعل ، وان اختار العفو فعل وسقط حقه من القصاص ولا يثبت له الدية على القاتل الا برضاه ، وانما يثبت المال على القاتل اذا اصطلحوا على مال ، قليلا كان أو كثيراً . أما ثبوت الدية عليه بغير رضاه فلا ، وبه قال أبو حنيفة ومالك .

والشافعي قولان : أحدهما أن موجب القتل أصلان القود أو الدية ، وهو اختيار أبي حامد . والثاني موجه القود فقط ، والولي بالخيار بين أن يقتل أو يعفو فان قتل فلا كلام ، وان عفى على مال سقط القود ، وثبتت الدية بدلا عن القود ، فعلى التولين معاً ثبتت الدية بالعفو ، سواء رضي الجاني أو سخط ، وبه قال سعيد ابن المسيب وعطاء وأحمد وإسحاق .

واختاره من أصحابنا ابن الجنيدي وابن أبي عقيل من المتقدمين والعلامة في موضع من القواعد ، وابن فهد من المتأخرين . قال العلامة في القواعد : اذاعفى عن القصاص الى الدية، فان بذلها الجاني صح العفو، وهل يلزمه ؟ الاقرب ذلك وان لم يبذل الجاني لم يسقط القصاص .

وقال في موضع اخر من القواعد : ولو بذل الجاني القود لم يكن للولي سواء، فان طلب الدية ورضي الجاني صح ولو امتنع لم يجبر^(١) . ووجه الوجوب أن ذلك يتضمن حفظ النفس ، وحفظ النفس واجب ، وهو لا يتم الا ببذل المال، وما لا يتم الواجب الا به، فهو واجب، وهذا حسن، وان كان المشهور قول الشيخ . مسألة ٤١ - قال الشيخ : الدية يرثها الاولاد ذكوراً واناثاً، للذكر مثل حظ الانثيين ، وكذا الوالدان ، ولا يرث الاخوة والاخوات من قبل الام منها شيئاً ، ولا الاخوات من قبل الاب، وانما يرثها بعد الوالدين والاولاد الاخوة من الابوين أو الاب أو العمومة ، فان لم يكن واحد منهم وكان هناك مولى ، فالدية للامام . والزوج والزوجة يرثان من الدية، وكل من يرث الدية يرث القصاص الا الزوج والزوجة .

وقال الشافعي : يرث الدية كل من ورث المال الذكور والاناث والانساب والاسباب . قال : وكل من ورث الدية ورث القصاص، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال مالك : يرثه العصبات من الرجال دون النساء ، فان عفوا على مال كان المال لمن يرث الدية . وقال ابن أبي ليلى : يرثه الانساب من الرجال والنساء ، ولا يرثه ذو سبب وهو الزوجية ، قال : لان الزوجية يزول بالوفاة ، وهذا يورث للتشفي ولا تشفي بعد زوال الزوجية .

والمعتمد أن الدية يرثها جميع من يرث المال كما قاله الشافعي ، وكل من

(١) قواعد الاحكام ٢/ ٢٩٩ .

یرث المال یرث القصاص الا الزوج والزوجة، فانهما یرثان الدية، ولا یرثان القصاص وهو مذهب الشیخ فی المبسوط، واختاره ابن ادریس، والعلامة، وفخر الدین.

مسألة - ٤٢ - قال الشیخ : اذا كان اولیاء المقتول جماعة لا یولی علی مثلهم جاز لواحد منهم أن یرتوی القصاص وان لم یحضر شرکاءه، سواء كانوا فی البلد أو كانوا غائبین، بشرط أن یضمن لمن لا یحضر نصیبه من الدية.

وقال جمیع الفقهاء : لیس له ذلك حتی یرتویه ان كان حاضراً أو یقدم ان كان غائباً، وهذا هو المشهور عند متأخري أصحابنا، وهو المعتمد، فان بادر أحدهم عزیر وضمن حصص الباقین .

مسألة - ٤٣ - قال الشیخ : اذا كان بعض الاولیاء رشیداً لا یولی علی مثله، وبعضهم یولی علیه لصغر أو جنون، كان للكبیر أن یرتوی القصاص فی حق نفسه دون حق المولی علیه، بشرط أن یضمن له نصیبه من الدية، ولو كان الولی واحداً مولى علیه لصغر أو جنون وله أب أو جد لم یکن لاحد أن یرتوی له حتی یبلغ أو یفیک، سواء كان القصاص فی الطرف أو فی النفس أو بموت، فیرتوی وارثه مقامه .

وقال الشافعی : اذا كانوا جماعة بعضهم مولى علیه، لم یکن للكبیر العاقلة أن یرتوی حقه ولاحق الصغیر، بل یصبر حتی یبلغ الطفل أو یفیک المجنون أو یموت، فیرتوی وارثه مقامه، وبه قال أبو یوسف .

وان كان الوارث واحداً مولى علیه، لم یکن لابیة ولا لجدته أن یرتویا، بل یصبر حتی یبلغ، سواء كان القصاص فی الطرف أو فی النفس مثل ما قلناه .

وقال أبو حنیفة : ان كان بعضهم كباراً وبعضهم صغاراً، فللكبیر أن یرتوی القصاص فی حقه وحق الصغیر، حتی لو قتل الزوج وله أطفال، كان للزوجة أن یرتوی حتمها وحق الأطفال، ولو قتلت الزوجة ولها أطفال، كان للزوج أن یرتوی

حقه وحق الاطفال .

قال أبو يوسف : قلت لابي حنيفة : كيف يستوفيه بعضهم وهو بينهم؟ قال : لان الحسن بن علي عليه السلام قتل ابن ملجم وهو بعضهم والحق جماعتهم ، فقلت له ذلك ، لان له الولاية بالامامة . وان كان الوارث واحداً طفلاً ، كان لو الده أن يستوفيه له طرفاً كان أو نفساً ، وان كان الولي الوصي كان له ذلك في الطرف ، والقياس أن له ذلك في النفس لكن منعناه استحساناً .

وهذا الكلام فيه مسألتان: الاولى أن يكون بعض الاولياء يولى عليه ، وبعضهم لا يولى عليه ، فهل يجوز للكامل استيفاء حقه بشرط ضمان حصة الناقص من الدية؟ جوزه الشيخ بناءً على مذهبه من جواز المبادرة لكل واحد من الشركاء ، ومنعه الشافعي بناءً على مذهبه من عدم جواز المبادرة لاحد من الشركاء مع غيبة الباقيين ، وعلى القول بعدم الجواز ، كما هو مذهب الشافعي وأكثر أصحابنا ، فانه يلزم التأخير حتى يزول الولاية عن من هي عليه وحينئذ يحبس القاتل لوجوب حفظ حقوقهم ولا يتم الابالحميس ، واستشككه نجم الدين وجعله العلامة احتمالاً .

الثاني : أن يكون الولي واحداً مولى عليه وله أب أو جد موجود .

قال الشيخ : ليس لاحد أن يستوفي حقه ، وبه قال الشافعي ، واستشكله نجم الدين أيضاً ، لان الولي قائم مقام المولى عليه في جميع حقوقه مع المصلحة ، فحينئذ للاب أو الجد الاستيفاء ، وهو المعتمد .

مسألة - ٤٤ - قال الشيخ : اذا وجب القصاص لاثنين فعفى أحدهما ، لم يسقط حق الاخر من القصاص اذا دفع الى أولياء المقتص منه حصة العافي من الدية . وقال الشافعي : يسقط وله حصة من الدية ، لان القصاص لا يتبعص .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

(١) تهذيب الاحكام ١٧٧/١٠ .

مسألة - ٤٥ - قال الشيخ : يجوز التوكيل في استيفاء القصاص بلاخلاف ، ويجوز للتوكيل استيفاؤه بحضوره بلاخلاف . أما في حال غيبته ، فالذي يقتضيه مذهبنا الجواز أيضاً .

والاصحاب الشافعي ثلاث طرق : أحدها يجوز قولاً واحداً ، والثاني لايجوز قولاً واحداً ، ومنهم من قال على قولين : أحدهما يجوز ، وهو الصحيح عندهم والثاني لايجوز ، وبه قال أبو حنيفة .
والمعتمد قول الشيخ ، اذا لامنع منه .

مسألة - ٤٦ - قال الشيخ : اذا قتل واحد عشرة أنفس مثلاً ، ثبت لكل واحد من أولياء المقتولين القود ، لايتعلق حقه بحق غيره ، فان قتل بالاول سقط حق الباقيين ، وان بادر واحد منهم فقتله سقط حق الباقيين ، وبه قال الشافعي ، الا أنه قال : يسقط الى بدل وهو الدية في ماله .

وقال أبو حنيفة : يتداخل حقوقهم من القصاص ، وليس لاحد منهم أن يتفرد بقتله ، فان قتلوه فقد استوفوا حقوقهم وان بادر واحد منهم الى قتله ، فقد استوفي حقه وسقط حقوق الباقيين لالي بدل .

وقال عثمان البتي : يقتل بجماعتهم ، فاذا قتل سقط من الديات واحدة ، وكان ما بقي من الديات في تركته يأخذها أولياء المقتولين بالحصص .

والمشهور قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقه وأخبارهم^(١) ، واختار فخر الدين مذهب الشافعي ، ولا فرق عنده بين أن يقتل بالاول أو بالآخر ، ولا بين أن يقتله بعض الاولياء بقرعة أو غير قرعة ، لثلاي بطل دم المسلمين ، ولا بأس به .

مسألة - ٤٧ - قال الشيخ : اذا قطع يد رجل وقتل الآخر ، قطعناه باليد وقتلناه بالآخر ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : يقتل ولايقطع ، لان القصد اتلافه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ : اذا قطع يد رجل ، فقطع المجني عليه يد الجاني ثم اندمل المجني عليه وسرى القطع الى نفس الجاني كان هدرأ ، وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي .

وقال أبو حنيفة : على المجني الضمان ، ويكون عليه كمال دية الجاني .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ : اذا قتل رجل رجلا ، فوجب القود عليه ، فهلك القاتل قبل أن يستقاد منه ، سقط القصاص الى الدية ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يسقط القصاص لالي بدل .

قال الشيخ : ولو قلنا بقول أبي حنيفة لكان قوياً ، لان الدية لا تثبت عندنا الا بالتراضي وقد فات ذلك . والمعتمد الاول ، لثلا يبطل دم المسلم .

مسألة - ٥٠ - قال الشيخ : اذا قتل اثنان رجلا ، وكان أحدهما لو انفرد بقتله قتل به دون الاخر ، لم يخل من أحداً من : اما أن يكون القود لا يجب على أحدهما لمعنى فيه أو في فعله ، فان كان لمعنى فيه مثل أن يشارك أجنياً في قتل ولده ، أو نصرانياً في قتل نصراني ، أو عبداً في قتل عبد فعلى شريكه القتل دونه ، وان كان لمعنى في فعله مثل أن يكون أحدهما متعمداً والاخر محظاً محضاً أو عمداً لخطأ فلاقود على واحد منهما ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : على القاتل القود ، سواء سقط عن شريكه لمعنى فيه أو في فعله . والمعتمد مذهب مالك ، جزم به نجم الدين في الشرائع^(١) ، والعلامة في القواعد^(٢) والتحرير^(٣) ، لكن الردفي صورة الخطأ من العاقلة ، فانهم يردون على

(١) شرائع الاسلام ٢٠٢/٤ .

(٢) قواعد الاحكام ٢٨١/٢ .

(٣) تحرير الاحكام ٢٤٣/٢ .

أولياء الشريك المقاد قدر حصة الخاطي من الدية .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ : اذا قطع رجل بدرجل من الكوع ، ثم قطع آخر تلك اليد من المنفصل قبل اندمال الاول ، ثم سرت الى نفسه فمات ، فهما قاتلان عليهما القود ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : الاول قاطع ، والثاني هو القاتل ، يقطع الاول ويقتل الثاني لانه قطع سراية الاول ، لانه لا يتجدد منه الالم بعد قطع الثاني . والمعتمد قول الشيخ ، لان السراية حدثت عن القطعين وألهمها باق ، فالتخصيص بالثاني دون الاول ترجيح من غير مرجح .

مسألة - ٥٢ - قال الشيخ : اذا قطع رجل يد غيره من الكوع ، وجاء آخر فقطع ذراعه من المرفق ، ثم أراد القصاص من قاطع الذراع ، نظر فان كان له ذراع بلا كف قطع به بلا خلاف ، وان أراد ديبته كان له نصف الدية الا قدر حكومة ذراع لا كف له ، وان كان القاطع كاملا ليس له ذراع بلا كف وأراد قطعة من المرفق ، كان له ذلك وعليه أن يرد دية اليد من الكوع .

وللشافعي قولان : أحدهما له القطع ، ولم يذكر رد شيء . والثاني ليس له أن يقطع من المرفق بحال .

والمعتمد أن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة ، فيثبت في هذه الحكومة اذا كان القاطع كاملا ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ٥٣ - قال الشيخ : اذا قتل غيره بما يجب فيه القود ، من السيف والحرق والغرق والخنق ، أو منع الطعام أو الشراب أو غير ذلك ، فانه لا يستقاد منه الا بحديد ، ولا يقتل كما قتل .

وقال الشافعي في جميع ذلك يقتل كما قتل . وقال أبو حنيفة : لا يستقاد منه الا بمثل الحديد والنار ، وماعداهما لا يستقاد منه الا بالحديد مثل ما قلناه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٤ - قال الشيخ : الحارصة وهي الدامية فيها بعير ، وفي الباضعة بعيران ، وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة ، وفي السمحاق أربعة أبعرة ، وفي الموضحة خمسة أبعرة ، وفي جميعها يثبت القصاص .

وقال جميع الفقهاء : ليس فيها شيء مقدر بل فيها الحكومة ، ولاقصاص في شيء منها الا الموضحة ، وروى المزني في الدامية قصاص . وقال أبو حامد : يمكن أن يكون في الثلاثة قصاص .

والمعتمد قول الشيخ ، الا أن الحارصة غير الدامية ، لان الحارصة هي الذي تقشر الجلد ، والدامية هي التي تأخذ في اللحم يسيراً ، والباطضة هي المتلاحمة هذا هو المشهور عند أصحابنا ، فمن قال : ان الحارصة هي الدامية ، قال : ان الباضعة غير المتلاحمة ، ومن قال : ان الحارصة غير الدامية قال : ان الباضعة هي المتلاحمة ، وهو المعتمد .

مسألة - ٥٥ - قال الشيخ : الموضحة فيها نصف العشر خمسة أبعرة بلاخلاف وفيها القصاص أيضاً بلاخلاف ، والهاشمة فيها عشرة ، والمنقلة فيها خمسة عشر بعيراً ، والمأمومة فيها ثلث دية النفس بلاخلاف أيضاً ، ولاقصاص فيها ولا فيما فوق الموضحة بلاخلاف أيضاً ، ولايجوز عندنا أن يوضح ويأخذ فضل ما بينهما . وقال الفقهاء : وله أن يوضح ويأخذ فضل ما بين الجنائتين ، فان كانت هاشمة فله أن يوضح ويأخذ خمساً ، وان كانت منقلة فله أن يوضح ويأخذ عشرأ ، وكذلك في المأمومة ، وهذا هو المعتمد ، جزم به نجم الدين في الشرائع^(١) ، والعلامة في كتبه .

مسألة - ٥٦ - قال الشيخ : اذا قطع يمين غيره ، قطعت يمينه بلاخلاف ،

(١) شرائع الاسلام ٤ / ٢٧٥ .

فان لم يكن له يمين قطعت يساره عندنا ، فان لم يكن له يسار قطعت رجله اليمنى
فان لم يكن قطعت رجله اليسرى .

وقال جميع الفقهاء : ان لم يكن له يمين سقط القصاص . وقال شريك :
يقطع اليمنى باليمنى ، فان لم يكن قطعت اليسرى ويقطع اليسرى باليسرى ، فان
لم يكن قطعت اليمنى .

والمشهور مذهب الشيخ ، واختار ابن ادريس مذهب شريك ، وهو الانتقال
الى الدية مع فقد اليدين معاً ، ومع وجود أحدهما يؤخذ بالآخرى وان خالفت
مع تعذر المماثلة .

والمعتمد مذهب الشيخ ، وهو اختيار نجم الدين ، والعلامة في القواعد ^(١)
والارشاد والتحرير ^(٢) ، عملاً برواية حبيب السجستاني ، واستدل الشيخ باجماع
الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٧ - قال الشيخ : اذا قطع يد أكاملة الاصابع وبسده ناقصة اصبعاً ،
فالمجنى عليه بالخيار بين العفو على مال فله نصف الدية ، وبين أن يقبض في اليد
الناقصة ويأخذ دية الاصبع ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان اختار أن يقطع اليد الناقصة ، فليس له أن يأخذ دية
الاصبع المفقودة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥٨ - قال الشيخ : لا يؤخذ الصحيحة بالشلاء ، وبه قال جميع الفقهاء
وقال داود : له أخذ الصحيحة بالشلاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

(١) قواعد الاحكام ٢/٣٠٤ .

(٢) تحرير الاحكام ٢/٢٥٧ .

مسألة - ٥٩ - قال الشيخ : اذا ثبت أنه لاقصاص فيها، ففيها ثلث الدية وقال جميع الفقهاء : فيها حكومة .

والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦٠ - قال الشيخ : اذا قطع اصبع رجل ، فسرت الى كفه فذهب كفه ثم اندملت فعليه في الاصبع والكف القصاص .

وقال الشافعي : عليه القصاص في الاصبع دون الكف . وقال أبو حنيفة : لاقصاص عليه أصلاً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦١ - قال الشيخ : اذا أوضح رأسه فذهب ضوء عينه ، كان عليه القصاص في الرأس وضوء العين معاً، وهو أحد قولي الشافعي ، والآخر لاقصاص في الضوء مثل الكف ، وفي أصحابه من قال : في الضوء القصاص قولاً واحداً مثل ماقلناه .

وقال أبو حنيفة : لاقصاص في الموضحة ، وانما القصاص في الضوء . وقال أبو يوسف ومحمد لا يسقط القصاص في الموضحة بالسراية الى ضوء العين . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦٢ - قال الشيخ : اذا قطع يدرجل ، كان للمجنني عليه أن يقتص في الحال والدم جار ، لكن يستحب له أن يصبر لينظر ما يكون منها من اندمال أو سراية ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة ومالك : لا يجوز القصاص حتى يعلم ما يكرن من اندمال أو سراية، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١)، والمشهور عند أصحابنا اختياره هنا، وهو المعتمد .

(١) المبسوط ٣٠٣/٧ .

مسألة - ٦٣ - قال الشيخ: اذا قطع يدي غيره وأذنيه ورجليه ، لم يكن له أن يأخذ دينها كلها في الحال ، بل يأخذ دية النفس في الحال وينتظر ، فان اندمل أخذ ديات الباقي ، وان سرت الى النفس فله دية واحدة .

واختلف أصحاب الشافعي ، فقال أبو اسحاق مثل قولنا ، وقال بعضهم : له أن يأخذ دياتها كلها في الحال ، وقال بعضهم: ليس له أن يأخذ شيئاً قبل الاندمال لان الدية انما يستقر حال الاندمال .

ومذهب الشيخ هنا ظاهر الشرائع ، واختيار العلامة في الارشاد . وقال في القواعد : يأخذ ديات الجميع في الحال ، ومذهب الشيخ هنا أولى .

مسألة - ٦٤ - قال الشيخ: شعر الرأس واللحية والحاجبين وأهداب العينين متى عدم انبات شيء منها ففيها الدية ، ففي شعر الرأس واللحية الدية كاملة ، وفي شعر الحاجبين خمسمائة ، وفي أهداب العينين الدية ، وما عدا هذه الاربعة ففيها الحكومة في جميع الجسد .

وقال أبو حنيفة : في الاربعة الدية ولم يفصل ، وفي الباقي حكومة . وقال الشافعي : ليس في شيء من الشعر دية ، وفي الجميع حكومة .

اذا عرفت هذا ، فاعلم أن أقسام الشعر خمسة :

الاول: شعر الرأس ، ولأصحابنا فيه قولان: أحدهما الدية كاملة ، وهو المشهور عندهم . وقال المفيد (ره): فيه مائة دينار ، هذا اذا لم ينبت ، فان نبت بعد الجنابة ففيه قولان أيضاً : أحدهما الارش ، وهو المشهور ، والثاني مائة دينار ، قاله ابن بابويه . والمعتمد الدية كاملة مع عدم النبات والارش معه .

الثاني : شعر اللحية ، ومع عدم النبات فيه الخلاف السابق في شعر الرأس . والمعتمد الدية كاملة وان نبت ففيه قولان : أحدهما ثلث الدية ، قاله ابن بابويه . والثاني الارش ، وهو المشهور عند أصحابنا ، وهو المعتمد .

الثالث : شعر الحاجبين ، واذا لم يثبت فيه خلاف والمشهور نصف الدية ، وادعى ابن ادريس عليه الاجماع ، وظاهر المبسوط^(١) الدية كاملة ، وهو ظاهر هذا الكتاب أيضاً في أول المسألة ، لانه قال بعد أن ذكر شعر الرأس واللحية والحاجبين وأهداب العينين : متى عدم انبات شيء منها ففيها الدية ، ثم رجع عن هذا وقال في شعر الحاجبين خمسمائة ، وهذا هو المعتمد .

الرابع : في الأهداب ، وهو شعر الاجفان ، وفيه خلاف عند أصحابنا ، قال الشيخ هنا وفي المبسوط : فيه الدية كاملة^(٢) واختاره العلامة في القواعد^(٣) وفخر الدين في الشرح ، وقال ابن البراج : نصف الدية ، وقال ابن ادريس : يجب الارش مع الانفراد ، ولا شيء حاله الانضمام الى الاجفان ، لان الأهداب يتبع الاجفان كشعر الساعدين .

واختاره نجم الدين في الشرائع^(٤) ، والعلامة في الارشاد ، ومال اليه في المختلف والتحرير . وقال ابن فهد : وهو متين . وقال في المبسوط : يقتضي مذهبنا أن في الاجفان والأهداب ديتين ، واختاره العلامة في القواعد ، وابنه في الشرح ، وقول ابن ادريس قوي .

الخامس : ما عدا ذلك من الشعور كشعر البطن والعانة والساقين والساعدين والابطين ، فيه الارش مع الانفراد ، ولا شيء مع الانضمام بلا خلاف .

مسألة - ٦٥ - قال الشيخ : اذا جرح غيره ، ثم ان المجرور قطع من موضع الجرح لحمياً ، فان كان ميتاً فلا بأس والفود على الجاني بلا خلاف ، وان كان حياً

(١) المبسوط ١٥٣/٧ .

(٢) المبسوط ١٣٠/٧ .

(٣) قواعد الاحكام ٣٢٤/٢ .

(٤) شرائع الاسلام ٢٦٢/٤ .

ثم سرى الى نفسه ، كان على الجاني القود على أولياء المقتول أن يردوا نصف الدية على أولياء الجاني ، وكذلك لو شاركه سبع في قتل غيره ، أو جرحه غيره ثم جرح هو نفسه فمات .

واختلف أصحاب الشافعي على طريقتين فيمن قطع لحماً حياً : أحدهما القود على الجاني ، والثاني لا قود عليه ، واختلفوا في شريك السبع وجرح نفسه بعد جراحة الجاني على قولين : أحدهما عليه القود ، والثاني لا قود عليه ويلزمه نصف الدية ، ومن أصحابه من قال : لا قود على الجاني قولاً واحداً .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦٦ - قال الشيخ : في الاصبع الزائدة اذا قطعت ثلث دية الصحيحة الاصلية ، سواء قطعت مع الاصلية أو منفردة .

وقال الشافعي : ليس فيها شيء مقدر وفيها حكومة ، فان أحدثت شيئاً عند الاندمال ، لزمه ما بين كونه عبداً لاشين فيه وما بين كونه عبداً به شين ، فينظر كم ذلك من القيمة ، فيلزمه مقدار ذلك من دية الحر .

وان لم يحدث شيئاً بل أحدثت جمالاً عند الاندمال فيه وجهان ، قال أبو العباس : لاشيء فيها . وقال أبو اسحاق : فيها الحكومة ، وكيف يقوم؟ على وجهين أحدهما يقوم والدم جار ، والثاني يقوم اذا قرب من الاندمال .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٦٧ - قال الشيخ : اذا قطع اذن غيره قطعت اذنه ، فان أخذ الجاني اذنه ، فألصقها فالتصقت كان للمجني عليه ازلتها .

وقال الشافعي : ليس له ذلك ، بل يجب على الحاكم أن يجبره على قطعها ، لانه حامل نجاسته ، لانها بالبينونة صارت مبتة ، ولا يصح صلاته مادامت هي معه .

(١) تهذيب الاحكام ٢٥٦/١٠ .

والشيخ استدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١)، وظاهر القواعد^(٢) اختيار مذهب الشافعي ، لانه قال : ولرأبان الاذن فألصقها المجني عليه بالدم الحار فالتصقت وجب القصاص ، والامر أزالتها الى الحاكم ، فان أمن هلاكه وجب أزالتها والا فلا ، قال : وكذا لو ألصق الجاني أذنه ، لم يكن للمجني عليه أزالتها ، لان الواجب الابانة وقد حصلت ، وهذا يدل على اختيار مذهب الشافعي .

مسألة - ٦٨ - قال الشيخ : يقطع ذكر الفحل بذكر الخصي الذي سلت بيضتاه وبتي ذكره ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : لا فود عليه لانه لا منفعة فيه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦٩ - قال الشيخ : في ذكر العين ثلث ذكر الصحيح ، وقال جميع الفقهاء : فيه حكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٣) .

مسألة - ٧٠ - قال الشيخ : في الخصيتين الدية بلاخلاف ، وفي كل واحدة منهما نصف الدية عند الفقهاء . وروى أصحابنا أن في اليسرى ثلثي الدية ، لان الواد قالوا يكون منها .

والمعتمد في كل واحدة النصف .

مسألة - ٧١ - قال الشيخ : اذا قطع طرف غيره ثم اختلفا ، فقال المجاني : كان الطرف أشل فلا قود ولادية كاملة فيه ، وقال المجني عليه : كان صحيحاً ففيه القود أو الدية كاملة ، فان كان الطرف ظاهراً مثل اليدين والرجلين والعينين والانف وما

(١) تهذيب الاحكام ٢٦٥/١٠ .

(٢) قواعد الاحكام ٣٠٧/٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ٢٧٠/١٠ .

أشبههما، فالقول قول الجاني مع يمينه، وقيم المجني عليه البينة، وان كان الطرف باطلاً فالقول قول المجني عليه، وبه قال الشافعي نصاً.

واختلف أصحابه منهم من قال المسألة على قولين فيهما: أحدهما القول قول الجاني فيهما، والثاني القول قول المجني عليه فيهما، إلا أن الصحيح في الظاهر أن القول قول الجاني، وفي الباطن القول قول المجني عليه. وقال أبو حنيفة: القول قول الجاني.

وقال في المبسوط: والصحيح عندي أن القول قول الجاني في الظاهرة، وقول المجني عليه في الباطنة.

وقال العلامة في القواعد: ولو ادعى الجاني شلل العضو المقطوع من حين الولادة أو عمي عينه المقلوعة وادعى المجني عليه الصحة، فإن كان العضو ظاهراً قدم قول الجاني، لا مكان إقامة البينة على سلامته، وإن كان مستوراً احتمل تقديم الجاني والمجني عليه^(١).

وقال ابن ادريس: إن القول قول المجني عليه مطلقاً، سواء كان العضو ظاهراً أو مستوراً، لإصالة الصحة وقول المبسوط لأبأس به.

مسألة -٧٢- قال الشيخ: إذا قلع سن مشعر كان له قلع سنه، فإذا قلعه ثم عاد سن الجاني كان للمجني عليه قلعه أبداً.

وللشافعي ثلاثة أوجه: أحدها مثل قولنا، والثاني ليس له قلعها وله الدية، والثالث ليس له شيء. وهذا هو المعتمد، لأنه هيئة مجددة وليس كالإذن لأنها نجسة.

واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم، وأنكر ذلك ابن ادريس وتعجب منه. مسألة -٧٣- قال الشيخ: إذا قلع سن مشعر وأخذ ديتها ثم نبت السن، لم يجب

(١) قواعد الاحكام ٣١١/٢.

عليه رد الدية .

وللشافعي قولان : أحدهما لا يجب ، والثاني يجب الرد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٧٤- قال الشيخ : السن الزائدة فيها ثلث الاصلية . وقال جميع الفقهاء :

ليس فيها شيء مقدر بل فيها الحكومة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٧٥- قال الشيخ : اذا وجب لانسان قصاص في طرف أو نفس ، لا ينبغي

أن يقتص بنفسه ، فان ذلك للامام أو من يأمره الامام بلاخلاف ، فان بادر استوفاه بنفسه وقع موقعه ولا شيء عليه .

وللشافعي قولان : أحدهما عليه التعزير ، والثاني لا شيء عليه .

والمعتمد أنه له استيفاء قصاص النفس من غير اذن الامام ، أما الطرف فلا بد

فيه من الاذن ، فلو بادر في الطرف كان مأثوماً ووقع موقعه .

مسألة -٧٦- قال الشيخ : أجرة من يقيم الحدود ويقتص للناس من بيت المال .

وقال الشافعي : ذلك من خمس الخمس الذي كان للنبي ﷺ ، فان كان هناك

ما هو أهم منه مثل تقوية المقاتلة وسد الثغور ، كان على المقتص منه الاجرة .

وقال أبو حنيفة : هي على المستوفي دون المستوفي منه .

والمعتمد أنها من بيت المال ، فان لم يكن بيت مال أو كان ما هو اهم من أجرة

القصاص ، كانت على المقتص منه ، هذا هو المشهور عند أصحابنا .

مسألة -٧٧- قال الشيخ : اذا قطع يد عبد ، ففيه نصف قيمته يستوفى فيها سيده

ويمسك العبد ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : السيد بالخيار بين أن يمسكه ويأخذ نصف القيمة ، وبين أن

يسلمه الى الجاني ويطالب بكمال القيمة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة -٧٨- قال الشيخ : اذا قطع يدي عبد ، كان عليه كمال قيمته ، ويسلم

العبد الى الجاني .

وقال الشافعي : عليه كمال القيمة ويمسك عبده . وقال أبو حنيفة: السيد بالخيار بين أن يمسك عبده ولاشيء له ، وبين أن يسلمه ويأخذ كمال القيمة . وقال أبو يوسف ومحمد : هو بالخيار بين أن يسلمه ويأخذ كمال القيمة ، وبين أن يمسكه ويأخذ أقل من كمال القيمة .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو موافق لقول أبي حنيفة .

مسألة - ٧٩ - قال الشيخ : اذا قطع اصبع غيره ثم عفى المجنى عن عقلها وقودها ثم اندملت ، صح العفو عن العقل والقرود معاً ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال المزني : لا يصح العفو عن دية الاصبع ، لانه عفو عما لم يجب ، لان المجنى عليه لو أراد المطالبة بدية الاصبع لم يكن له ، ولانه عفى عن مجهول ، لانه لا يدري هل تندمل فتستقر دية الاصبع ، أو يسرى فيلزم دية النفس .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٨٠ - قال الشيخ : اذا قطع اصبع غيره ، فعفى عنها المجنى عليه ،

ثم سرت الى نفسه ، كان للولي القود بعد رد دية الاصبع التي عفى عنها المجنى عليه ، وان أخذ الدية أسقط دية الاصبع .

وقال الشافعي : اذا عفى عن الاصبع سقط التصاص في النفس ، لان التصاص

لا يتبعض .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٨١ - قال الشيخ : اذا قطع اصبع غيره ، صح من المجنى عليه أن

يعفو عنها وعن ما يحدث عنها ، فاذا فعل ذلك ثم سرت الى النفس ، كان عفوه ماضياً

من الثلث لانه بمنزلة الوصية ، فان لم يخرج من الثلث ، كان له بمقدار ما يخرج منها .

وقال الشافعي : لا يخلو اما أن يقول ذلك بلفظ الوصية ، أو بلفظ العفو والابراء فان قال بلفظ الوصية هل تصح الوصية للقاتل ؟ فيه قولان : أحدهما تصح ، والآخر لا تصح ، فاذا قال : لا تصح كانت الدية كلها للورثة ، واذا قال تصح كانت الدية له ان خرجت من الثلث ، والا كان له مقدار ما يخرج منه .

وان قال بلفظ العفو والابراء ، فهل العفو والابراء من المريض وصية أم لا؟ على قولين ، فاذا قال وصية ، فهو كالوصية وقدمضى ، واذا قال : هو اسقاط وليس بوصية ، فعلى هذا يصح الابراء عما وجب وهو دية الاصبع ، ولا يصح عما عداه لانه ابراء مما لم يجب ، وهو ظاهر الشرائع^(١) والارشاد والتحرير^(٢) ، وعلى القول بصحة العفو يكون كالوصية .

مسألة - ٨٢ - قال الشيخ : ميراث من لا وارث له لبيت المال يختص به الامام وهو يعقل عنه ، سواء كان مسلماً أو ذمياً .

وقال الشافعي : ان كان مسلماً فلامسلمين ميراثه وهم يعقلون عنه ، فميراثه لبيت المال ، وان كان ذمياً لا يعقلون عنه ويكون الدية في رقبته اذا وجبت عليه ، وميراثه اذا لم يكن له وارث ينقل الى بيت المال على سبيل الفداء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٨٣ - قال الشيخ : في الشفتين الدية كاملة بلاخلاف ، في السفلى منهما ستمائة دينار ، لانها يمسك الشراب والطعام . وفي العليا أربعمائة دينار . وقال جميع الفقهاء : هما سواء . استدل الشيخ باجماع الفرقة .

(١) شرائع الاسلام ٤ / ٢٤١ .

(٢) تحرير الاحكام ٢ / ٢٥٦ .

والمعتمد كونهما سواء ، وهو مذهب ابن أبي عقيل من قدماء أصحابنا ، واستحسنه نجم الدين في الشرائع^(١)، وقواه في المختصر^(٢)، وهو ظاهر العلامة في القواعد^(٣) والتحرير^(٤) والارشاد ، واختاره ابن فهد .

مسألة - ٨٤ - قال الشيخ : في ابهام اليد أو الرجل ثلث دية الاصابع من اليد أو الرجل في أظهر الروايات . وقال جميع الفقهاء : الاصابع كلها سواء في كل واحدة عشرة من الابل .

استدل الشيخ باجماع الفرقة ، مع أن المشهور عند أصحابنا مذهب الفقهاء ، وهو مذهبه في غير هذا الكتاب ، وهو المعتمد .

مسألة - ٨٥ - قال الشيخ : في البيضتين الدية بلاخلاف ، وفي اليسرى ثلث الدية على ماروي في بعض الروايات ، لان منها يخلق الولد ، وفي الرواية الأخرى هما سواء ، وبه قال جميع الفقهاء ، وهو المعتمد .

مسألة - ٨٦ - قال الشيخ : في العين العوراء اذا كانت خلقة ، أو ذهبت بآفة من قبل الله الدية كاملة . وخالف جميع الفقهاء في ذلك . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٨٧ - قال الشيخ (د) : في العين القائمة اذا خسفت ثلث ديتها صحيحة وقال جميع الفقهاء : فيها الحكومة . والمعتمد قول الشيخ .

(١) شرائع الاسلام ٢٦٤/٤ .

(٢) المختصر النافع ص ٣٢١ .

(٣) قواعد الاحكام ٣٢٥/٢ .

(٤) تحرير الاحكام ٢٧٢/٢ .

كتاب الديات

مسألة - ١ - قال الشيخ : روى أصحابنا أن قوله تعالى « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق »^(١) فيه كناية عن المؤمن المتقدم ذكره في الكتابين بقتل الخطاء وفي قوله « فان كان من قوم عدولكم » ليس بكناية عن المعاهد لانه لم يجر له ذكر .

وقال الشافعي : انه كناية عن الذمي اذا قتل في دار الاسلام .

قال الشيخ : دليلنا أن ماقلناه أشبه بسياق الآية ، لان المؤمن جرى ذكره في موضعين في قوله « ومن يقتل مؤمناً خطاءً فتحرب رقبته مؤمنة وذية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا » ثم قال « وان كان من قوم عدولكم وهو مؤمن » وذلك أيضاً كناية عن المؤمن بلاخلاف ، فلما قال « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق » يجب أيضاً ان يكون كناية عنه والذمي لم يجر له ذكر ، فلا يجوز أن يكنى عنه، وهذا هو المعتمد ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : القتل على ثلاثة أضرب : عمد محض ، وخطاء محض وشبيه بالعمد وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

(١) سورة النساء : ٩٢ .

وقال مالك : القتل ضربان عمد محض وخطاء محض ، وما سميناه شبه العمد جعله عمداً وأوجب فيه القود .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : الدية المغلظة هي ما يجب عن القتل العمد المحض وهي مائة من مسان الابل .

وقال الشافعي : يجب عن العمد المحض وعن شبه العمد أثلاث ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون حقة في بطونها وأولادها ، وبه قال مالك في قتل الوالد ولده أما العمد المحض في حق الاجنبي انما يجب عليه القود فقط ، والمال يجب بالصلح بمنزلة ثمن المبيع .

وقال أبو حنيفة والثوري وأبو يوسف : المغلظة أرباع خمس وعشرون بنت مخاض ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

واعلم أن هذا التقدير انما يرجع اليه مع الصلح بالدية عن القود من غير تعيين الدية ، أما اذا صالحه على شيء معين أزيد من هذا التقدير أو أنقص منه ثبت المعين في عقد الصلح وسقط هذا التقدير .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : دية العمد المحض حالة في مال القاتل ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : هي مؤجلة عليه في ثلاث سنين .

وروى أصحابنا أنها يستأدى في سنة ، وهذا هو المعتمد ، وهو الذي جزم به أكثر الاصحاب في مصنفاتهم .

(١) تهذيب الاحكام ١٠/١٥٥ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : دية العمد شبيه الخطاء مغلظة أثلاثا ثلاث وثلاثون بنت لبون وثلاث وثلاثون حفة وأربع وثلاثون خلعة كلها طروقة الفحل، وقدروي ثلاثون بنت مخاض، وثلاثون بنت لبون وأربعون حقة، وهي في مال القاتل يستأدى في سنة .

وقال الشافعي : هي أثلاث مثل دية العمد على ما حكيناه عنه في دية العمد والتأجيل مثل دية الخطاء في ثلاث سنين ، وهي تلزم القاتل .
وقال أبو حنيفة : هي أربع على ماضى عنه في العمد المحض . وقال مالك : شبه العمد بوجوب القود دون الدية . وقال ابن شبرمة : دية شبيه العمد حالة في مال القاتل .

والمعتمد أن الواجب ما تضمنته الرواية الأولى، والثانية مشهورة أيضاً، وأنها يستأدى في سنتين ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : دية الخطاء تغلظ في الشهر الحرام وفي الحرم . وقال الشافعي : تغلظ في ثلاثة مواضع ، واطاف الى ما ذكره الشيخ من قتل ذا رحم محرم .
وقال أبو حنيفة ومالك : لا تغلظ في موضع من المواضع .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا ثبت التغلظ في هذه المواضع ، فالتغلظ هو أن يلزم دية دية وثلاثا من أى أجناس الديات كان . وقال من وافقنا في التغلظ انه لا يغلظ الا في أسنان الابل وغيرها يؤخذ بقيمتها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم . واعلم أنه لا تغلظ في الطرف والزائد في موضع التغلظ للمقتول يأخذه مستحق الدية .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا قتل أو قطع في غير الحرم ، ثم لجأ الى الحرم

(١) تهذيب الاحكام ٢١٥/١٠ .

لم يقتل ولم يقطع ، بل يضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يخرج فيقام عليه الحد .

وقال الشافعي : يستأد منه في النفس والطرف في الحرم . وقال أبو حنيفة وأصحابه : يستأد منه في الطرف ، أما في النفس فيصبر حتى يخرج ويضيق عليه حتى يخرج ، قالوا : والقياس يقتضي أنه يقتل به ، لكننا لانقله استئسانا .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ٩ - قال الشيخ : دية قتل الخطاء أربع ، عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن لبون ذكر ، وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة ، وروى خمس وعشرون حقة ، وخمس وعشرون جذعة ، وخمس وعشرون بنت لبون ، وخمس وعشرون بنت مخاض .
وقال الشافعي : هي أحماس عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون بنت لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وبه قال مالك والثوري وقال أبو حنيفة : هي أحماس أيضاً ، وخالف في فصل ، فقال في موضع : بني لبون بني مخاض ، وبه قال النخعي وأحمد .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ١٠ - قال الشيخ : الدية ستة أصول على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق عشرة آلاف درهم ، وعلى أهل البقر مائتا بقرة وعلى أهل الحلل مائتا حلة ، وعلى أهل الغنم ألف شاة ، وبه قال أبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل ، إلا أنهم قالوا في الشاة انها ألفان .
وقال أبو حنيفة : لها ثلاثة أصول مائة من الإبل أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم ، وهو بالخيار في أي الثلاثة شاة .

وقال الشافعي في القديم : الاصل مائة من الإبل ، وان اعوزت انتقلت الى أصليين ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم ، كل واحد منها أصل ، فتكون الدية

ثلاثة أصول مائة من الابل أو ألف، دينار أو اثنا عشر ألف درهم ، الا أن للابل مزية متى وجدت لم يعدل عنها . وقال في الجديد : ان اعوز الابل ، انتقل الى قيمة الابل حين القبض ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم، فالدية الابل والقيمة بدل عنها لا عن النفس .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : الموضحة هي التي توضح عظم الرأس حتى يظهر العظم ، أو يقرع بالمرود ان كان هناك دم لا يعلم الايضاح حتى يقرع العظم المرود، وفيها خمس من الابل، سواء كانت في الرأس أو على الوجه أو على الانف وبه قال الشافعي وقال سعيد بن المسيب: ان كانت في الرأس مثل قولنا، وان كانت في الوجه قال فيها عشر من الابل ، لان الشين بها أكثر .

وقال مالك : ان كانت على الانف فيها حكومة، وليس فيها مقدر ، وان كانت في الرأس مثل قولنا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : الموضحة في البدن مثل الساعد والساق وغير ذلك من المواضع التي اذا خرجت أوضحت عن العظم فيها نصف عشر دية ذلك العضو . وقال الشافعي : فيها الحكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : في الهاشمة عشر من الابل ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : لأعرف الهاشمة وأعرف الموضحة ، ففي الموضحة خمس من الابل ، وفيما زاد من هشم العظم حكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

(١) راجع الروايات الواردة في ديات الشجاج الى تهذيب الاحكام ١٠ / ٢٨٩ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : في الجائفة ثلث الدية بلاخلاف ، فاذا جرحه وأجافه وخرج من ظهره فهما جائفتان ، وبه قال الشافعي نصاً ، وفيه قول آخر انها جائفة واحدة ، وبه قال أبو حنيفة . قال أصحاب الشافعي : وليس بشيء وهذا القول اختيار الشيخ في المبسوط .

والمعتمد مذهبه هنا ، وهو مذهب نجم الدين ، والعلامة في القواعد والتحرير واختاره فخر الدين ، لاطلاق الاسم عليها من البطن والظهر ، ولما في ذلك من زيادة الاسم .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا جرحه في وجهه فشق الجلد واللحم وكسر العظم ووصل الى جوف الفم ، للشافعي قولان : أحدهما جائفة لانها دخلت الى الجوف ، والثاني ليس بجائفة ويكبرن هاشمة ، وفيما زاد عليها الى الفم حكومة ولأعرف فيه نصاً .

والذي يقتضيه مذهبنا أن يحكم فيه بدية الهاشمة ، وفيما زاد الحكومة ، لان الجائفة هي التي تصل الى الجوف ، وهذا هو المعتمد ، وهو اختيار العلامة في القواعد والتحرير ، قال : لان الفم ملحق بالظاهر .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا قطع اذنيه ففيها الدية ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك : فيهما حكومة ، لان فيهما جمالا بلامنفعة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا جنى على اذنيه جناية فسلتا ، ففيهما ثلثا ديتهما . وللشافعي قولان : أحدهما فيهما الدية ، مثل اليدين اذا جنا عليهما فسلتا . والثاني فيهما حكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : في شحمة الاذن ثلث دية الاذن ، وكذلك في خرمها

وقال الشافعي : فيهما بحساب ما نقص من الاذن .

وقال الشيخ في النهاية : وفي شحمة الاذن ثلث دية الاذن، وكذا في خرمها ثلث ديتها^(١) . قال ابن ادريس : يعني في خرم الشحمة ثلث دية الشحمة .
قال العلامة في المختلف بعد أن حكى قول الشيخ هنا : وهذا يدل على أنه أراد في النهاية خرم الاذن وثلث دية الاذن لا كما قاله ابن ادريس^(٢) .
وقال في القواعد^(٣) والارشاد كما قال الشيخ هنا، وهو يدل على أن في خرم الاذن ثلث دية الاذن ، وهو المعتمد .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : في العقل الدية كاملة ، فان جنى جنية ذهب فيها عقله ، لم يدخل أرش الجنانية في دية ، سواء كان مقدرأ أو حكومة ، وسواء كان أرش الجنانية أقل من دية العقل أو أكثر أو مثلها .
وللشافعي قولان ، قال في الجديد مثل قولنا، وقال في القديم : ان كان أرش الجنانية أقل من دية العقل دخل في دية العقل ، وان كان أكثر من دية العقل دخلت دية العقل فيه، مثل أن يقطع يديه ورجليه فيذهب عقله فيدخل الأقل تحت الاكثر .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا ادعى ذهاب بصره بالجنانية، فهذا لا يمكن اقامة البينة عليه ، فروى أصحابنا أنه يستقبل به عين الشمس ، فان غمضها أو دعنا علم كذبه ، وان بقيتا مفترحتين زمانا علم أنه صادق ويستظهر عليه بالايان .
وقال الشافعي : يريه رجلين عدلين ان كانت الجنانية عمداً، ورجلا وامرأتين ان كانت الجنانية خطأ ، فان فالاً : صدق ولايرجى عود البصر أوجبنا الدية أو

(١) النهاية ص ٧٦٦ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٢٥٢ كتاب القصاص .

(٣) قواعد الأحكام ٢/٣٢٥ .

القصاص ، وان قالاً : كذب سقط قوله ، وان لم يشهدا لم يلزمه أكثر من الدية .
والمعتمد أنه يحلف القسمات ، ويحكم له بالدية أو القصاص ، وهو المشهور عند
أصحابنا المتأخرين ، وبه أفتى العلامة ونجم الدين .

مسألة ٢١- قال الشيخ : اذا جنى على غيره جناية ، فادعى نقصان الضوء
في إحدى العينين ، قيس الى العين الاخرى باعتبار مدى ما يبصر فيهما من أربع
جوانب بلاخلاف ، فان ادعى النقصان فيهما قيس عندنا الى من هو في ابناء سنه
فما ننقص عن ذلك حكم له به مع يمينه .

وقال الفقيه : القول قول المجني عليه مع يمينه بلا اعتبار ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ٢٢- قال الشيخ : في الاربعة الاجناب الدية كاملة ، وفي كل جفنين من
عين واحدة خمسمائة دينار ، وفي الاسفل ثلث ديتها ، وفي الاعلى ثلثا ديتها ، وبه
قال الشافعي ، الا أنه قال : في كل واحد منهما نصف ديتها ، أي : لافرق بين الجفن
الاعلى والاسفل ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) ، وهو المعتمد ، وادعى هنا
الاجماع من الفرقة .

وقال في النهاية : في الاعلى الثلث وفي الاسفل النصف^(٢) فعلى هذا ينقص
سدس الدية وقال مالك : في الاجناب الحكومة .

مسألة ٢٣ - قال الشيخ : في النافذة في الانف اذا لم تنسد ثلث الدية ،
فان انسدت كان فيها عشر دية الانف مائة دينار . وقال الشافعي فيهما مع الحكومة .
والمعتمد أنها اذا لم تنسد كان فيها ثلث الدية ، وان انسدت كان فيها خمس الدية

(١) المبسوط ١٣٠/٧ .

(٢) النهاية ص ٧٦٤ .

ولو كانت فسي أحد المنخرين الى الحاجز فعشر الدية . هذا فتوى القواعد^(١) والتحرير^(٢) من غير تردد .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ: في شلل الانف ثلثا دية الانف . وللشافعي قولان: أحدهما الدية كاملة ، والاخر حكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : في ذهاب الشم الدية بلاخلاف ، فان اختلفا في ذهابه روى أصحابنا أنه يقرب اليه الحراق ، فان نحى أنفه علم أنه كاذب ، والاعلم أنه صادق ويستظهر بالايمان .

وقال الشافعي : يعتل بالروائح الطيبة والكريهة ، فان هس للطيبة وتكره بالمنتنة علم أنه كاذب ، والاكان القول قوله مع يمينه .

هذا هو المعتمد ، وهو فتوى الشرايع والقواعد ، واليمين القسامة ليمين واحدة .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا أخذ دية الشم ثم عاد شمه ، لم يجب عليه رد الدية ، لانه هبة مجددة . وقال الشافعي : يجب عليه ردها . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : في الشفتين الدية كاملة بلاخلاف ، وفي السفلى عندنا ستمائة دينار ، وفي العليا أربعمائة .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : هما سواء ، وهو المعتمد .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : اذا جنى على لسانه فذهب بعض كلامه ، اعتبر بحروف المعجم كلها وهي ثمانية وعشرون ، ولا يعد « لا » فيها ، لانها دخلت في

(١) قواعد الاحكام ٢/٣٢٤ .

(٢) تحرير الاحكام ٢/٢٧١ .

الالف واللام ، وبه قال الشافعي وأكثر أصحابه .

وقال الاصطخري : الاعتبار بالحروف اللينة دون الحلقية والشفوية ، فان الحاء والحاء من حروف الحلق والباء والواو والفاء من حروف الشفة لاحظ للسان فيها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأنخبارهم^(١).

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا جنى على لسانه فادعى أنه ذهب نطقه ، وقال الجاني لم يذهب ، فالذي رواه أصحابنا عن أمير المؤمنين علي عليه السلام أنه يضرب لسانه بالابرة ، فان خرج الدم أسود فقد صدق ، وان خرج أحمر علم كذبه .
قال الشيخ : ولم أعرف للفقهاء فيه نصاً ، والذي يقتضيه مذهبهم أن القول قول المجني عليه ، كما قالوا في العين والشم وغير ذلك .

والمعتمد أن القول قول المجني عليه ويحلف القسامة ، ولاعبرة بالضرب بالابرة .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا قطع لسان الاخرس كان فيه ثلث دية الصحيح وقال جميع الفقهاء : فيه الحكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأنخبارهم .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا قطع لسانه واختلفا ، فقال الجاني : لم يزل أبكم لا يقدر على الكلام ، وادعى المجني عليه أنه كان ناطقاً ، فالقول قول الجاني مع يمينه بلاخلاف ، لانه لا يتعذر عليه إقامة البينة على لسانه ، فان سلم له السلامة في الاصل وأدعى أنه أخرس حين القطع ، كان على الجاني البينة ، والا على المجني عليه اليمين .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني أن القول قول الجاني ، لان

(١) تهذيب الاحكام ٢٥٤/١٠ .

الأصل براءة الذمة .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو فتوى العلامة في التحرير .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا جنى على لسانه ، فذهب كلامه واللسان صحيح بحاله وحكم له بالدية ثم عاد وتكلم ، لم يجب عليه رد الدية . وقال الشافعي : عليه رد الدية قولاً واحداً .

وقال الشيخ في المبسوط : يستعاد الدية ، لانه لو ذهب النطق لمعاد^(١) . والمعتمد قوله هنا ، وهو اختيار نجم الدين في الشرائع^(٢) ، والعلامة في التحرير^(٣) وفصل في القواعد ، قال : والاقترب الاستعادة ان علم أن الذاهب أولاً ليس بدائم معناه ان حكم أهل الخبرة بعدم دوام الذهاب ، بل يحتمل عود النطق ثم عاد استعيدت الدية ، وان حكموا بدوام الذهاب وعدم عود النطق ثم عاد لا يستعاد الدية لانه هبة مجددة^(٤) ولا بأس بهذا التفصيل ، لما فيه من الجمع بين القولين .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : اذا قطع لسان ناطق ، ثم ثبت وتكلم ، لم يجب رد الدية . ولاصحاب الشافعي طريقان ، منهم من قال مثل قولنا قولاً واحداً ومنهم من قال على قولين مثل سن المتعرا اذا عاد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : الاسنان كلها فيها الدية بلاخلاف ، وعندنا أنها ثمانية وعشرون سناً الاصلية اثناعشر فسي مقادير الفم ، وستة عشر في مواخيره ، ففي كل واحدة من المقادير خمس من الأبل أو خمسون ديناراً ، وفي التي في مواخيره

(١) المبسوط ١٣٦/٧ .

(٢) شرائع الاسلام ٢٦٥/٤ .

(٣) تحرير الاحكام ٢٧٠/٢ .

(٤) قواعد الاحكام ٣٢٦/٢ .

في كل واحدة خمس وعشرون ديناراً الجميع ألف دينار .
وقال الشافعي : الاسنان الاصلية اثنان وثلاثون في كل سن خمس من الابل
والمقاديم والمواخير سوآء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا كسر سن صبي قبل أن تسقط ، فعادت مع
أخواتها من غير زيادة ولانقصان ، كان على الجاني حكومة . وللشافعي قولان :
أحدهما مثل قولنا ، والاخر لاحكومة عليه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اذا قلع سن كبير مثغر وجب له الدية بلاخلاف
فان أخذها ثم عادت سنه لم يجب عليه رد الدية . وللشافعي قولان : أحدهما مثل
قولنا ، وهو اختيار المزني ، والاخر ترد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ : اذا اضطربت أسنانه لمرض فقلعها قالع ، وجبت
عليه الدية . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر الحكومة .

والمعتمد قول الشيخ ان بقيت منافعها أو بعضها ، فان ذهبت منافعها أجمع
فهي كاليد الشلاء فيها ثلث دية السن ، قاله العلامة في التحرير .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : اذا جنى على سنه فسقطت ، فاعادها في مغرسها
بحرارة الدم فثبتت ، ثم قلعها بعد هذا قالع ، كان عليه الدية .

وقال الشافعي : لاشيء عليه ، لانه أحسن ، لانه كان عليه أن ينلها ، والاجبره
السلطان على قلعها ، لانها ميتة مثل الاذن .

والمعتمد قول الشيخ ، لان السن لايلحقها حكم الميتة .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : اذا قلع سنه ، فغرس في مغرسها عظماً طاهراً أو

سن ذهب أوفضة ، فاذا ثبتت قلعها قالع لاشيء عليه .
وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني عليه الحكومة ، لانه أذهب
الجمال والمنفعة ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ : قد مضى أن سن الصبي اذا قلعت أنه لادية فسي
الحال ، ويصبر الى وقت عود مثلها ، فان مات في أثناء ذلك ، أو نبت منه شيء
ثم مات قبل تمامه ، لم يكن عليه أكثر من الحكومة .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا في التي لم ينبت قبل موته ، والتي نبت
بعضها عليه بقدر الذي لم ينبت من الدية ، والثاني لاشيء عليه .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : اذا ضرب سنه فاسودت ، كان عليه ثلثا لادية سقوطها .
وقال الشافعي : الحكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤٢ - قال الشيخ : اذا قلعها قالع بعد اسودادها ، كان عليه ثلث دبتها
صحيحة . وقال الشافعي : عليه دبتها كاملة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٤٣ - قال الشيخ : اذا اختلف النوع الواحد من الثنايا والرباعيات
فكانت احدى الثنيتين أقصر من الاخرى ، أو احدى الرباعيتين أقصر من الاخرى
لم ينقص من دبتها شيء .

وقال الشافعي : ينقص عن الجاني بقدر ما نقصت عن قرينتها ، واعتبرت
عادت الناس لان العادة أن كل نوع منها متنق ، بل يكون الثنايا أطول من
الرباعيات .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بعمرم الاخبار .

مسألة - ٤٤ - قال الشيخ : اذا قطع احدى اليدين من الكوع ، وجب فيها نصف الدية ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال أبو عبيدة بن خربوذ: لا يجب فيها نصف الدية الا اذا قطعت من المنكب لان اسم اليد يقع على ذلك أجمع .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤٥ - قال الشيخ : اذا ضرب يده فشلت ، كان فيها ثلث ديتها . وقال الشافعي : فيها جميع ديتها .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤٦ - قال الشيخ : في الخمس أصابع من يد واحدة خمسون من الابل بلاخلاف ، وفي الأبهام منها ثلث ديتها . وقال الشافعي : الخمس متساوية وروي ذلك أيضاً في أخبارنا ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ٤٧ - قال الشيخ : في كل أنملة من الاصابع الاربع ثلث ديتها ، وفي الأبهام نصف ديتها ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : في أنملة الأبهام ثلث ديتها مثل غيرها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ : اذا جنى على أصبع أو أنملة فشلت ، كان فيها ثلثا ديتها . وقال الشافعي : فيها ديتها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة . وكذا الخلاف في شلل الرجل وأصابع الرجلين ، وتفصيل دية أبهام الرجل والحكم فيه كما في اليدين وأصابعهما وأناملهما سواء .

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ : اذا كسرت يده فجبرت ، فان انجبرت على الاستقامة ، كان عليه خمس دية اليد ، وان أنجبرت على عثم كان عليه ثلاثة

أرباع دية كسره .

وقال الشافعي : فيهما معاً الحكومة ، وفي الجبر على عثم أكثر . وهو ظاهر العلامة في التحرير ، قال : ولو كسريده ، ثم برأت لزمه الارش^(١) . ولم يذكر كسر اليد في القواعد ولا في الشرائع ، وإنما ذكروا في مصنفاتهم في كسر عظم من عضو خمس دية ذلك العضو ، فإن صلح على غير عيب فاربعة أثمان دية كسره . مسألة - ٥٠ - قال الشيخ : إذا قطعت يده في الجهاد وبقيت الأخرى فقطعها انسان ، كان عليه نصف الدية ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال الأوزاعي : فيها كمال الدية .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ : إذا قلع عين أعور ، أو من ذهب عينه بأفة من الله ، كان بالخيار بين أن يقتص من إحدى عينيه ، وبين أن يأخذ دية كاملة . وإن كان أخذ دية عينه ، أو استحقها وإن لم يأخذها ، فليس له إلا نصف الدية ، وبه قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما : هو بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو وله نصف الدية .

والمعتمد قول الشيخ ، إلا أنه إذا اقتص من إحدى عينه هل يأخذ نصف الدية أم لا؟ قال في النهاية^(٢) : له ذلك ، وظاهره هنا أن ليس له ذلك ، وهو ظاهر صاحب الشرايع^(٣) أيضاً ، وقواه العلامة في التحرير^(٤) ، وهو مذهب ابن ادريس .

(١) تحرير الاحكام ٢/٢٧٣ .

(٢) النهاية ص ٧٦٦ .

(٣) شرائع الاسلام ٤/٢٦٢ .

(٤) تحرير الاحكام ٢/٢٧١ .

مسألة - ٥٢ - قال الشيخ : اذا قلع الاعور احدى عيني من له عينان ، كان المجني عليه بالخيار بين أن يقطع عينه أو يأخذ نصف الدية ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال مالك : ان عفى عن القصاص له دية عين الاعور ألف دينار ، لانه عفى عن جميع بصره .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥٣ - قال الشيخ : اذا كسر صلبه فثلث رجلاه ، كان عليه دية في كسر الصلب وثلثا الدية في شلل الرجلين . وقال الشافعي : فيه دية في شلل الرجلين وحكومة في كسر الصلب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٤ - قال الشيخ : اذا كسر صلبه ، فذهب مشيه وجماعه معاً ، كان عليه ديتان ، ومن أصحاب الشافعي من قال : دية واحدة وظاهر الشافعي مثل قولنا . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٥ - قال الشيخ : اذا كسر ظهره فاحد ودب أو صار لا يقدر على القعود فعليه الدية . وقال الشافعي : فيه الحكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٦ - قال الشيخ : اذا كسر رقبته فصار ، كالملفت ولم يعد الى ما كان عليه ، كان عليه الدية . وقال الشافعي : عليه حكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٧ - قال الشيخ : دية المرأة نصف دية الرجل ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال ابن علية والاصم : هما سواء في الدية .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥٨ - قال الشيخ : المرأة تعاقل الرجل الى ثلث ديتها في الاروش المقدره ، فاذا بلغتھا صارت على النصف وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم وقال الحسن البصري : تعاقله مالم يبلغ نصف الدية ، فاذا بلغتھا فعلى النصف . وقال الشافعي في الجديد: لاتعاقله في شيء بل هي معه على النصف في القليل والكثير ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأهل الكوفة . وقال ابن مسعود وشريح: تعاقله مالم يبلغ نصف عشر الدية ، ثم تصبر على النصف. وقال سليمان بن بشار تعاقله مالم يبلغ العشر أو نصف العشر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٩ - قال الشيخ: في حلمتي الرجل دية ، وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني حكومة وهو أصحهما عندهم .

وابن ادريس والعلامة في المختلف^(١) تابعا للشيخ في وجوب الدية ، لعموم ما في البدن منه اثنان ففيهما الدية ، واستبعد صاحب الشرائع^(٢) وجوب الدية في الحلمتين .

مسألة - ٦٠ - قال الشيخ: اذا وطئ زوجته فأفضاها ، فان كان لها دون تسع سنين ، كان عليه ضمانها بديتها مع المهر الواجب بالدخول ، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة : الزوجة لا يضمن بالافضاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٦١ - قال الشيخ: اذا وطئ امرأة مكروهة فأفضاها ، وجب عليه الحد لانه زان ، ووجب عليه المهر للوطئ ، والدية للافضاء ، فان كان البول ستمسكاً فلازيادة على الدية ، وان كان مسترسلاً ففيه حكومة .

(١) المختلف ص ٢٥٧ ، كتاب القصاص .

(٢) شرائع الاسلام ٢٦٩/٤ .

وقال أبو حنيفة : يجب الحد ولا يجب المهر ، فان كان البول مستمسكاً فعليه ثلث الدية ، وان كان مسترسلاً فعليه الدية ولا حكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ٦٢- قال الشيخ : اذا وطىء امرأة بشبهة فافضاها ، مثل أن كان النكاح فاسداً أو وجدها على فراشه فظننها امرأته ، فالحد لا يجب للشبهة عند الفقهاء وروى أصحابنا أن عليه الحد خفية ، وعليها جهرة في التي وجدها على فراشه ، فان كان البول مسترسلاً فعليه الدية مع الحكومة ، وان كان مستمسكاً فالدية بلا حكومة ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لآحد أما المهر فينظر في الافضاء ، فان كان البول مستمسكاً فعليه المهر وثلث الدية ، وان كان مسترسلاً وجبت الدية بلا مهر .

والمعتمد قول الشيخ الا في الحد فلاحد على الرجل أما المرأة فان تعدت بالنوم على فراشه الزنا وجب عليها الحد ، والا فلا .

مسألة ٦٣ - قال الشيخ : في الذكر الدية ، وفي الخصيتين معاً الدية ، فان قطعهما قاطع كان عليه الديتان معاً ، وان قطع الخصيتين ثم قطع الذكر أو بالعكس كان عليه الديتان ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة ومالك : اذا قطع الخصيتين ثم قطع الذكر ، كان في الخصيتين الدية وفي الذكر الحكومة ، لان الخصيتين اذا قطعتا ذهب منفعة الذكر ، فان الولد لا يخلق من مائه فهو كالشليل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، قال : ولانسلم ذهاب منفعة الذكر ، لان منفعة الايلاج والالتذاذ وذلك موجود ، وانما لم يخلق الولد منه لعيب في الماء ، فانه يرق ويضعف عن أن ينعقد منه الولد ، وايسر ذلك بعيب في الذكر .

مسألة - ٦٤ - قال الشيخ : في الترقوتين وفي كل واحد منهما وفي الاضلاع وفي كل واحد منها شيء مقدر عند أصحابنا . ولأصحاب الشافعي طريقان : أحدهما الحكومة قولاً واحداً ، والآخر على قولين : أحدهما الحكومة وهو الاظهر ، والآخر في كل ترقوة وكل ضلع جمل .

والمعتمد قول الشيخ ، ولم يذكر المقدر ما هو . قال نجم الدين في الشرائع : لعله اشارة الى ما ذكره الجماعة عن ظريف وهو في الترقوة اذا كسرت فنجبرت على غير عيب أربعون ديناراً^(١) . وهذا هو المعتمد ، وجزم به العلامة في القواعد . ولم يذكر الاصحاب حكمها اذا لم تنجبر أو انجبرت على عيب ، والظاهر أن فيها الدية ، لعموم ما في البدن منه اثنان ففيهما الدية ، وفي كل واحدة نصف الدية أما التقدير في الاضلاع ، ففي كل ضلع مما خالط القلب اذا كسرت خمسة وعشرون ديناراً ، وفيها مما يلي العضد في كل ضلع اذا كسرت عشرة دنانير .

مسألة - ٦٥ - قال الشيخ : اذا لطم غيره في وجهه فاسود الموضع ، كان فيها ستة دنانير ، فان اخضر كان فيها ثلاثة دنانير ، فان احمر كان فيها دينار ونصف وكذلك حكم الرأس وان كان على جسده فعلى النصف من ذلك . وقال الشافعي : فيه حكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، وبه قال ابن حمزة ، وابن البراج ، واختاره نجم الدين والعلامة ، وابن فهد . وذهب ابن الجنيد والمرتضى وابن ادريس الى مساواة الاسوداد للاخضرار في وجوب ثلاثة دنانير ، ولاخلاف في الاخضرار والاحمرار ، وانما الخلاف في الاسوداد .

مسألة - ٦٦ - قال الشيخ : متى كسر عظماً فانجبر مستقيماً بغير عيب ففيه مقدر ومتى جبرته بمثقل فلم يشن لزمه مقدر ، ومتى جرحه فاندمل بغير شين لزمه أرشه .

(١) شرائع الاسلام ٤ / ٢٧١ .

وقال الشافعي في الاولى الحكومة ، وفي الثانية لاشي عليه ، وفي الثالثة على وجهين ، والمذهب حكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، ولم يذكر المقدر . والظاهر أنه أراد ما ذكره الاصحاب من أن في كسر عظم من عضو خمس دية العضو ، فان صلح على غير عيب فأربعة أخماس دية كسره ، وفي رضه ثلث دية العضو ، فان برأ على غير عيب فأربعة أخماس دية رضه ، وفي فكه من العضو بحيث يعطل العضو ثلثا دية العضو ، فان صلح على غير عيب فأربعة أخماس دية فكه .

مسألة - ٦٧ - قال الشيخ : لكل جراحة شيئاً مقدراً اذا كان في الرأس ، أما اذا كانت في الجسد ففيها بحساب ذلك من الرأس منسوبا الى العضو الذي فيه ، الا الجائفة فان فيها مقدراً في الجوف وهو ثلث الدية .

مثال ذلك : في الموضحة اذا كانت في الرأس أو الوجه نصف العشر ، فان كانت الموضحة في اليد ففيها نصف عشر دية اليد ، وان كانت في الاصبع ففيها نصف عشر دية الاصبع . وهكذا باقى الجراح .

وقال الفقهاء : جميع ذلك فيه الحكومة الا الجائفة ، فانه فيها ثلث الدية بخلاف . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٦٨ - قال الشيخ : دية اليهودي والنصراني مثل دية المجوسي ثمانمائة درهم ، واختلف الناس فيها على أربعة مذاهب ، فقال الشافعي : ثلث دية المسلم وقال مالك : هى على النصف من دية المسلم . وقال أبو حنيفة وأصحابه : هى مثل دية المسلم . وقال ابن حنبل : ان كان القتل عمداً فمثل دية المسلم ، وان كان خطأ فنصف دية المسلم .

قال الشيخ : والذمي والمعاهد فى هذا سواء ، أما المجوسى فسنذكر الخلاف

فيه بين الفقهاء . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ٦٩ - قال الشيخ : دية المجوسى ثمانمائة درهم ، وبه قال الشافعى
ومالك . وقال أبو حنيفة : مثل دية المسلم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٠ - قال الشيخ : من لم تبلغه الدعوة لايجوز قتله قبل ادعائه الى
الاسلام بلاخلاف ، فان بادر انسان فقتله لم يجب عليه القود بلاخلاف أيضاً ، وعندنا
لايحب عليه الدية ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعى : يلزمه الدية . وكم يلزمه ؟ فيه وجهان ، منهم من قال : يلزمه
دية المسلم لانه ولد على الفطرة ، والمذهب أنه يلزمه أقل الديات دية المجوسى .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧١ - قال الشيخ : كل جناية لها مقدر من دية الحر ، فهي مقدرة
من قيمة العبد ، فكلمة فيه من الحر دية فيه من العبد قيمته ، وكلما فيه من الحر نصف
ديته فيه من العبد نصف قيمته ، وهكذا في سائر الجراحات ، وبه قال الشافعى .
وقال مالك : في العبد ما نقص الايماليس له بعد الاندمال نقص ، وهي الموضحة
والمنقلة والمأمومة والجائفة ، ففي كل هذا مقدر من قيمته ، وخالفنا فيما عدا
ذلك من الاطراف وغيرها .

وعن أبي حنيفة روايتان : أحدهما مثل قولنا ، والاخرى ان كل شيء فيه من الحر
ديته فيه من العبد قيمته ، الا الحاجبين والشارب والعنفقة واللحية . وقال محمد بن
الحسن : ما نقص بكل حال كالبهيمة سواء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٧٢ - قال الشيخ : دية النفس على العاقلة في قتل الخطاء ، وفي أطرافه
كذلك بلاخلاف . وفي العمد في ماله خاصة بلاخلاف ، وفي شبيه العمد عندنا

في ماله ، وعند الشافعي على العاقلة ، وكذلك في الاطراف .
 والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
 مسألة - ٧٣ - قال الشيخ : اذا قتل عبداً عمداً أو قطع أطرافه ، فالدية في
 ماله خاصة ، وكذلك في شبه العمد ، وان كان خطأ محضاً فعلى العاقلة ، سواء
 قتله أو قطع أطرافه .

وقال الشافعي : ان قتله عمداً أو قطع أطرافه مثل قولنا ، وان قتله خطأ أو
 شبه العمد أو قطع أطرافه كذلك ، فعلى قولين : أحدهما في ذمته وبه قال مالك ، والثاني
 على عاقلته وهو أصحهما عندهم . وقال أبو حنيفة : اما بذل نفسه فعلى العاقلة وبذل
 الطرف ففي ماله .

والمشهور عند أصحابنا كلام الشيخ ، واستدل عليه باجماع الفرقة وأخبارهم وقال
 ابن الجنيدي : لا يضمن العاقلة قيمة العبيد ، لان النبي ﷺ ألزم العاقلة الدييات والعبيد
 أموال .

واستحسنه العلامة في المختلف^(١) ، وجزم به في الارشاد ، وفي موضع من
 التحرير وفي الرمز الثاني عشر من فصل محل الدية ، وجزم في موضع آخر منه
 بأنه على العاقلة ، ذكره في الرمز الثالث عشر من أول كتاب الدييات وجزم في القواعد
 أيضاً أنه على العاقلة .

ومذهب نجم الدين كمذهب ابن الجنيدي ، وهو أنه لا يضمن العاقلة عبداً بل
 الضمان في مال الجاني ولا بأس به .

مسألة - ٧٤ - قال الشيخ : ما كان عمداً محضاً لا يحمله العاقلة ، وان كان
 لافصاص فيه كالسؤومة والجائفة وقطع اليد من نصف الساعد وقتل الوالد ولده
 وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : اذا كانت الجناية لافصاص فيها بحال

(١) المختلف ص ٢٦٧ ، كتاب القصاص .

فالدية على العاقلة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة -٧٥- قال الشيخ: الصبي اذا كان صغيراً عاقلاً وبالغ اذا كان مجنوناً جنائتهما على عاقلتهما، سواء كان القتل عمداً أو خطأ، ووافقنا الشافعي في الخطأ المحض ، وقال في العمد المحض فيه قولان : أحدهما عمده في حكم الخطأ وبه قال أبو حنيفة . والثاني عمده في حكم العمد ، فاذا قال في حكم الخطأ فالدية على العاقلة مؤجلة والكفارة في ماله .

ووافقته أبو حنيفة في أنها مخففة مؤجلة على العاقلة ، وكان يحكي عنه أنها حالة على العاقلة وهذا أصح ، واذا قال عمده في حكم العمد فالقود يسقط ويلزم الدية في ماله مغلظة حالة كما لو قتل الوالد ولده .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، على أن الصبي والمجنون عمدهما خطأ .

مسألة - ٧٦ - قال الشيخ : اذا جنت ام الولد كان جنائتها على سيدها عند جميع الفقهاء ، إلا أبا ثور فإنه قال : في ذمتها يتبع بها بعد العتق .
وعندنا أن جنائتها مثل جناية المملوك ، وهذا هو المعتمد ، واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٧٧ - قال الشيخ: اذا اصطدم فارسان فماتا ، فعلى عاقلة كل منهما نصف دية صاحبه، والباقي هدرأ اذا كان ذلك خطأ محضاً، وبه قال الشافعي ومالك وزفر . وقال أبو حنيفة : على عاقلة كل منهما كمال دينه .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٨ - قال الشيخ: اذا اصطدما متعمدين للقتل ، فقتل كل منهما صاحبه كان ذلك عمداً محضاً ، والدية في تركه كل واحد منهما لورثة صاحبه مغلظة .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني أن الجنابة هنا شبيهة العمد
فيكون على العاقلة عنده . وقال أبو حنيفة : هو خطأ والدية على عاقلتهما .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٩ - قال الشيخ : لافرق بين أن يقع مستلقين ، أو مكبوبين أو أحدهما
مستلقياً والآخر مكبوباً ، وبه قال أصحاب الشافعي .
وقال المزني : ان كان أحدهما مكبوباً والآخر مستلقياً ، فالمكبوب هو القاتل
وحده والمستلقى مقتول ، فعلى عاقلة المكبوب كمال دية المستلقى .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨٠ - قال الشيخ : يمكن أن يكون القتل بحجر المنجنيق عمداً محضاً
يجب به القود .

وقال الشافعي : لا يمكن ذلك بل يكون ذلك عمد الخطاء ، والدية مغلظة على
العاقلة عنده ، وأما على مذهب أبي حنيفة لا يكون الا خطأ .
والمعتمد قول الشيخ ، لانه لا يمتنع أن يقصد أن يصيب انساناً بعينه فيصيبه
فيقتله ، فيكون عمداً محضاً .

مسألة - ٨١ - قال الشيخ : اذا اصطدمت السفينتان من غير تفريط ، فهلكتا وما
فيهما من المال والانس كان ذلك هدراً . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ،
والثاني عليهما الضمان .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨٢ - قال الشيخ : اذا قال لغيره عند خوف الغرق : أبق متاعك
وعلي ضمانه ، فألقاه في البحر فعليه ضمانه ، وبه قال جميع الفقهاء ، إلا أبا نوز فانه
قال : لا ضمان عليه . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨٣ - قال الشيخ : دية قتل الخطاء على العاقلة ، وبه قال جميع الفقهاء

الا الاصم ، فانه قال : يلزم القاتل دون العاقلة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨٤ - قال الشيخ : دية الخطأ مؤجلة ثلاث سنين كل سنة ثلثها ، وبه قال جميع الفقهاء الاربعة ، فانه قال : أجلها خمس سنين ، وفي الناس من قال : أنها حالة غير مؤجلة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٨٥ - قال الشيخ : العاقلة كل عصابة خرجت عن الوالدين والمولدين وهم الاخوة وأبناؤهم اذا كانوا من جهة أب وأم ، أو من جهة الاب والاعمام وأبناؤهم وأعمام الاب وأبناؤهم والموالي ، وبه قال الشافعي وجماعة .

وقال أبو حنيفة : يدخل الوالد والولد فيها ، وهو مذهب المفيد وابن الجنيد واختاره نجم الدين ، والعلامة ، وابن فهد ، وهو المعتمد ، لانهم أذى قومه .

مسألة - ٨٦ - قال الشيخ : القاتل لا يدخل في العقل بحال مع وجود من يعقل عنه من العصابات وبيت المال ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : القاتل كأحد العصابات يعقل كما يعقل واحد منهم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨٧ - قال الشيخ : قال الشافعي : لا يحتمل على كل واحد من العاقلة أكثر من نصف دينار ان كان موسراً ، وربع دينار ان كان معسراً ، ويؤخذ من الاقرب فالاقرب على ترتيب الميراث ، فاذا أخذت من الاقرب وفصل من الدية أخذ من الذي يليه ، فاذا لم يبق أحد من العاقلة وبقي من الدية أخذت من بيت المال ، وعندنا أنها يؤخذ جميعها منهم ، ويؤخذ منهم على قدر أحوالهم ولا يجحف ببعضهم .

اعلم أن في هذه المسألة بحثين :

الاول: في كمية التقسيط هل هو يتقدر بنصف الدينار على الغني وربع الدينار على الفقير، أو لا يتقدر بشيء بل يأخذ الامام من العاقلة على قدر أحوالهم؟ بالاول قال ابن البراج، واختاره العلامة في القواعد والارشاد، والثاني اختيار ابن ادريس ونجم الدين، والعلامة في المختلف^(١) والتحرير.

الثاني: اذا لم يبق أحد من العاقلة وبقي شيء من الدية، هل يؤخذ من بيت مال الامام أم لا؟ مذهب الشيخ هنا أن الدية يؤخذ جميعها منهم، ولا يؤخذ من بيت المال شيء، واختاره نجم الدين لأن ضمان الامثلة مشروط بعدم وجود العاقلة أو عجزهم، ومذهب الشيخ في المبسوط^(٢) أن الزائد يؤخذ من الامام، واختاره العلامة في القواعد والارشاد، حتى لو كانت الدية ديناراً وله أخ لاغير أخذ منه نصف دينار، والثاني من بيت المال، وعلى الاول يؤخذ الجميع من الاخ.

مسألة - ٨٨ - قال الشيخ: الدية لا تنتقل من العصابات الى أهل الديوان، سواء كان القاتل من أهل الديوان أو لا، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة ومالك: الدية على أهل الديوان. والمعتمد قول الشيخ.

مسألة - ٨٩ - قال الشيخ: ابتداء مدة الدية المؤجلة من وجوب الدية، حكم الحاكم بابتدائها أولم يحكم، وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: ابتداء المدة من حين حكم الحاكم بها، واختلف أصحابه متى يتحول الدية على العاقلة على مذهبين، فمنهم من قال: يجب على القاتل ثم يتحول على العاقلة عقيب وجوبها عليه بلا فصل، ومنهم من قال: لا يتحول الا

(١) المختلف ص ٢٣٥ كتاب القصاص.

(٢) المبسوط ١٢٩/٧.

بتحويل الحاكم .

والمعتمد قول الشيخ ، ويجب على العاقلة ابتداءً بنفس القتل .

مسألة - ٩٠ - قال الشيخ : اذا حال الحول على موسر من أهل العقل فوجب المطالبة فمات بعد هذا ، لم تسقط بوفاته بل تتعلق بتركته كالدين . وقال أبو حنيفة : يسقط بوفاته .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩١ - قال الشيخ : الدية الناقصة مثل دية المرأة والذمي والجنين يلزم أيضاً في ثلاث سنين .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني عليه في السنة الأولى ثلث الدية الكاملة ، والباقي في السنة الثانية ، فعلى هذا دية اليهودي والنصراني يحل في السنة الأولى ، لأنها ثلث الكاملة عنده ، ودية المجوسي يحل أيضاً لأنها أقل من الثلث .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٢ - قال الشيخ : الموسر عليه نصف دينار ، والمتوسط ربع دينار ويؤخذ من الأقرب فالأقرب حتى تنفذ العاقلة ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : على كل واحد منهم من ثلاثة إلى أربعة ، والغني والمتوسط سواء ، ويقسم الواجب على العاقلة ، ولا يبدأ بالأقرب فالأقرب فخالف في ثلاثة فصول .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٣ - قال الشيخ : القدر الذي تحمله العاقلة عن الجاني هو قدر جنايته ، قليلاً كان أو كثيراً ، وبه قال الشافعي ، وروي في بعض أخبارنا أنها لا تحمل الا نصف العشر أرش الموضحة فمافوقها ، ومانقص فهو في مال الجاني ، وبه قال

سعيد بن مسيب وعطا وأحمد واسحاق . وقال الزهري : تحمل ما زاد على الثلث ومانقص عن ذلك فمن مال الجاني .

وقال الشافعي في القديم : على قولين ، أحدهما تحمل الدية ومانقص ففي مال الجاني ، والثاني تحمل ماقل وكثر ، وهو قوله في الجديد .
والمعتمد أن العاقلة تحمل دية الموضحة فما زاد ولاتحمل ما دون ذلك ، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(١) ، وابن البراج ، وأبي الصلاح ، واختاره العلامة ، وفخر الدين . واختار ابن ادريس مذهب الشيخ هنا .

مسألة - ٩٤ - قال الشيخ : اذا جنى الرجل على نفسه جنابة خطأ محضاً ، كانت هدراً لايلزم العاقلة ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه والشافعي ومالك .
وقال قوم منهم أحمد واسحاق : أنها تلزم العاقلة له ان كان حياً كما لو قطع يده خطأ ، ولورثته ان كان ميتاً .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٥ - قال الشيخ : المولى من أسفل لايعقل عن المولى من أعلى وبه قال أبوحنيفة ، وهو أحد قولي الشافعي ، وهو أصحابهما . وقال في الام : تحمل وهو ضعيف عندهم .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٦ - قال الشيخ : اذا كانت العاقلة أكثر من الدية ، قسم على جميعهم بالحصة . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني للامام أن يخص منهم من شاء على الغنى نصف دينار ، وعلى المتوسط ربع دينار .
والمعتمد قول الشيخ هنا ، وهو اختيار العلامة ، ونجم الدين . وقال في

المبسوط : يخص الامام من شاء ، لان التمسيط يشق^(١).

مسألة - ٩٧ - قال الشيخ : اذا كانت العاقلة كثيرين متساويين في التركة ، بعضهم غائب وبعضهم حاضر ، كانت الدية على الجميع . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني يخص بها الحاضر دون الغائب .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٨ - قال الشيخ : الحليف لا يعقل ولا يعقل عنه ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال محمد بن الحسن : يعقل ، وروى ذلك عن مالك .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩٩ - قال الشيخ : عقد الموالاة صحيح ، وهو أن يتعاقد الرجلان لا يعرف نسبهما على أن يرث كل واحد منهما صاحبه ويعقل عنه ويرثه حينئذ ، وأيهما مات ورثه الآخر . وقال الشافعي : العقد باطل لا يتعلق به حكم .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرق وأخبارهم .

مسألة - ١٠٠ - قال الشيخ : روى أصحابنا أن الذمي اذا قتل خطأ ، لزمه الدية في ماله خاصة ، فان لم يكن له مال كانت على الامام لانه عاقلته .
وقال جميع الفقهاء : ان عاقلة الذمي ذمي مثله اذا كان عصبية ، فان كان حربياً لم يكن له عاقلة للذمي ، وان كان عصبية . وان كانوا مسلمين ، فكذلك لا يكونون عاقلة للذمي ، وان كانوا عصبية . فان لم يكن له عاقلة ، ففي ماله ، ولا يعقل عنه بيت مال المسلمين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع أصحابنا على الرواية التي ذكرها .
مسألة - ١٠١ - قال الشيخ : اذا بنى حائطاً مستويماً في ملكه فمال الى الطريق أو الى دار جاره ، ثم وقع فأتلف نفساً أو مالا ، كان عليه الضمان .

والشافعي وجهان ، ظاهر المذهب أنه لاضمان عليه ، سواء أشهر أو لم يشهر
أو طولب بنقضه أو لم يطالب .

وقال أبو حنيفة: ان كان قبل المطالبة بنقضه وقبل الاشهاد عليه فلاضمان ، وان
كان قد طولب بنقضه وأشهد عليه به فوقع بعد القدرة على نقضه فعليه الضمان ،
وان كان قبل القدرة على نقضه فلاضمان . وقال ابن أبي ليلى : ان كان الحائط
انشق بالطول فلاضمان ، وان انشق بالعرض فعليه الضمان .

استدل الشيخ على الضمان بأنه اذا مال الى دار جاره ، أو طريق المسلمين ،
فقد حصل في ملك الغير فيلزمه ضمانه ، كما لو وضع في الطريق حجراً ، ولانه
قد وجب عليه ازالته ، واذا لم يفعل ضمن . ثم قال : ويقوى في نفسي أنه لاضمان
عليه ، لاصالة براءة الذمة ، وليس ههنا دليل على وجوب الضمان .

والمعتمد ان فرط المالك بأن علم بميله ، وهو قادر على ازالته ولم يزله ضمن
والا فلا ، وهو مذهب العلامة ، ونجم الدين ، واختار ابن ادريس عدم الضمان
كما قراه الشيخ .

مسألة - ١٠٢ - قال الشيخ : اذا سقط حائط الى طريق المسلمين فعثر انسان
بترابه فمات ، لم يلزم صاحب الحائط ضمانه ، وبه قال الشافعي ومحمد . وقال
أبو يوسف : يضمن .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠٣ - قال الشيخ: اذا شرع جناحاً الى شارع المسلمين ، أو الى
درب ، نافذ أو غير نافذ وبابه فيه ، أو أراد اصلاح سابط على وجه لا يضر بأحد
من المارة لم يكن لاحد معارضته ولامنعه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : له ذلك ما لم يمنعه مانع ، فأما ان اعترض عليه معترض أو
منعه مانع كان عليه قلعه .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، واختار في المبسوط^(١) مذهب أبي حنيفة .

مسألة - ١٠٤ - قال الشيخ : من أخرج ميزاباً الى الشارع ، فوقع على انسان فقتله أو متاع فآلفه كان ضامناً ، وبه قال جميع الفقهاء الا بعض أصحاب الشافعي فانه قال : لا ضمان عليه ، لانه محتاج اليه ، قال أصحابه : وليس هذا بشيء .
واحتج الشيخ باجماع المسلمين . ومذهب المفيد وابن ادريس عدم الضمان واختاره نجم الدين ، لانه فعل سائح فلا يتعقبه ضمان ، وظاهر الشيخ في النهاية^(٢) أيضاً عدم الضمان .

وقال في المبسوط : الحكم فيه كخشب الجناح سواء^(٣) ، وقال في الجناح : اذا سقط ضمن النصف ، لانه هلك من فعل مباح ومحذور ، ومراده بالمباح ما كان من الخشب في الحائط ، وبالمحذور ما كان خارجاً من الخشب الى الطريق فعلى هذا لو انكسر الميزاب أو الجناح ، فسقط ماخرج عن الحائط ضمن الجميع وانما يضمن النصف بوقوع الداخل في الحائط .

وهذا التفصيل مذهب العلامة في القواعد ، وفخر الدين في الشرح ، ولو قيل : لا يضمن الامع التفريط بنصبه بأن يثبت غير محكم فيسقط كان وجهاً .

مسألة - ١٠٥ - قال الشيخ : دية الجنين التام مائة دينار . وقال جميع الفقهاء : ديته غرة عبد أو أمة . وقال الشافعي : قيمتها نصف عشر الدية خمسون ديناراً أو خمس من الابل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٤) .

(١) المبسوط ١٨٨/٧ .

(٢) النهاية ص ٧٦١ .

(٣) المبسوط ١٨٩/٧ .

(٤) تهذيب الاحكام ٢٨٧/١٠ .

مسألة - ١٠٦ - قال الشيخ : اذا كان هناك حركة فضربها فسكنت بضربه فلاضمان عليه ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال الزهري : فيها الغرة ، لانها اذا سكنت فالظاهر أنه قتله في بطن أمه .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الحركة يجوز أن يكون للجنين ، ويجوز أن يكون لريح ، فلايلزم الضمان بالشك . أما لو ألقته ميتاً بعد السكون ضمنه ، سواء ألقته في حيانها أو بعد موتها .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا ألفت نطفة ، ووجب على ضاربها عشرون ديناراً ، فاذا ألفت علقة ووجب أربعون ديناراً ، فاذا ألفت مضغة وجب ستون ديناراً فاذا ألفت عظاماً فيه عد قبل أن ينشق السمع والبصر وجب فيه ثمانون ديناراً ، فاذا تم خيانة بأن يشق سمعه وبصره وتكاملت صورته فهو الجنين يجب فيه مائة دينار وعندهم يجب فيه غرة عبد أو امة وبكل ذلك عندنا تصير أم ولد ، وتنقضي بها عدتها . وأما الكفارة ، فلا تجب بالقاء الجنين على الضارب .

وقال الشافعي : اذا تم الخلق تعلق به أربعة أحكام : الغرة ، والكفارة ، وانتضاء العدة ، ويكون أم ولد . وان شهد أربع قوايل أنه قد تصور الخلق وانخفي ذلك على الرجال قبل ذلك ، وان شهدن أنه مبدأ خلق انسان الا أنه ما خلق فيه تصوير ولا تخطيط ، فالعدة تنقضي به ، والاحكام الثلاثة فعلى قولين . وان ألفت مضغة وأشكلت على القوايل لم يتعلق بها الاحكام الثلاثة قولاً واحداً ، وفي العدة قولان . والمعتمد قول الشيخ الا في شيء ، وهو أنه ظاهره أن العدة تنقضي بوضع النطفة وتصير الامة أم ولد ، لقوله « وبكل ذلك عندنا تصير أم ولد وتنقضي به عدتها » والمعتمد أن العدة لاتنقضي بالنطفة لاتصير الامة ام ولد ، بل بما علم أنه مبدأ خلق انسان ، والمرجع الى قول القوايل ، كما قاله الشافعي .

مسألة - ١٠٨ - قال الشيخ : من أفزع غيره وهو يجامع حتى عزل عن زوجته

كان عليه عشر دية الجنين عشرة دنانير . وكذا اذا عزل الرجل عن زوجته الحرة بغير اختيارها ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، ولاخلاف في وجوب دية النطفة على المفزع ، أما العزل عن الحرة ففيه خلاف هل هي على الوجوب أو الاستحباب ؟ وقد سبق ذلك .
مسألة - ١٠٩ - قال الشيخ : دية الجنين مائة دينار ، سواء كان ذكراً أو أنثى وقال الشافعي : يعتبر بغيره ، ففيه نصف عشر دية لو كان حياً ، وان كان انثى فعشر ديتها لو كانت حية ، وانما تحقق هذه المعاني حتى يتبين الخلاف معهم في جنين الامة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم على أن دية الجنين مائة دينار ولم يفصلوا . وقال في المبسوط : في الذكر دية ، وفي الانثى عشر ديتها^(١) .

مسألة - ١١٠ - قال الشيخ : اذا ضرب بطنها فألقت جنيناً ، فان ألقته قبل وفاتها ثم ماتت ففيها ديتها ، وفي الجنين ان كان قبل أن تلجه الروح مائة دينار على ماضى ، وان كان بعد أن ولجته الروح فالدية كاملة ، سواء ألقته حياً ثم مات أو ميتاً ، اذا علم أنه كان حياً ثم مات ، وان مات الولد في بطنها وكان تاماً حياً ، ففيه نصف دية الذكر ونصف دية الانثى .

وقال الشافعي : عليه ديتها ، وفي الجنين الغرة ، سواء ألقته ميتاً أو حياً ثم مات ، وبه قال أبو حنيفة الا في فصل واحد ، وهو اذا ألقته ميتاً بعد وفاتها ، فانه قال : لا شيء فيه بحال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٢) .

(١) المبسوط ٧/١٩٤ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٠/٢٨٨ .

مسألة - ١١١ - قال الشيخ : دية الجنين موروثه عنه ، ولا تكون لامه خاصة وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال الليث بن سعيد : يكون لامه ، لأنه بمنزلة عضو من أعضائها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١١٢ - قال الشيخ : كل موضع أوجبنا فيه دية الجنين ، فإنه لا يجب فيه كفارة الفتل ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : كل موضع يجب فيه الغرة يجب فيه الكفارة .

والمعتمد قول الشيخ ، والمراد الجنين الذي لم تلجه الروح ، ولو ولجته الروح وجبت الكفارة .

مسألة - ١١٣ - قال الشيخ : اذا قتل الانسان نفسه لا يتعلق به دية بلا خلاف ، ولا يتعلق به الكفارة عندنا . وقال الشافعي : يجب به الكفارة ، ويخرج من تركته . استدل الشيخ بأصالة براءة الذمة ، ثم قال : ولو قلنا يجب عليه كان قوياً ، واستقرت العلامة في القواعد الوجوب ، وفي التحرير عدمه .

مسألة - ١١٤ - قال الشيخ : دية جنين اليهودي والنصراني والمجوسي عشر دية أبيه ثمانون درهماً .

وقال الشافعي : فيه غرة قيمتها عشر دية امه مائتا درهم ان كانت يهودية أو نصرانية ، لان ديتها عنده ألفان وقال في المجوسية : عشر دية أمه أربعون درهماً . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١١٥ - قال الشيخ : اذا كان الجنين مولوداً بين مجوسي ونصراني أو نصراني ومجوسية ، فالحكم فيه مثل ذلك سواء .

وقال الشافعي : مقدرة بأعلاهما دية ، ان كانت امه نصرانية ففيه عشر ديتها ، وان كانت مجوسية فنصف عشر دية أبيه النصراني ، لانه لو تولد بين مسلم وكافر

اعتبرنا دية المسلمة وكذلك ههنا .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١٦ - قال الشيخ : اذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً حراً مسلماً ، واستهل ثم مات ، فعليه الدية بالاخلاف ، وان لم يستهل بل كان حياً مثل أن تنفس أو شرب اللبن ، فالحكم كما لو استهل ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه . وقال الزهري ومالك : فيه الغرة ولا يجب الدية كاملة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١١٧ - قال الشيخ : اذا أخرج الجنين رأسه ثم مات كان مضموناً ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : غير مضمون ، لانه انما يثبت له أحكام الدنيا بعد الانفصال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١١٨ - قال الشيخ : في جنين الامة عشر قيمتها ، ذكراً كان أو انثى ، وبه قال أهل المدينة ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : فيه عشر قيمته ان كان انثى ونصف عشر قيمته ان كان ذكراً ، فاعتبره بنفسه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١١٩ - قال الشيخ : في جنين الذمية عشر ديتها .

وروى السكوني عن جعفر عن علي عليه السلام عشر دية امه ^(١) ، وظاهر الشيخ هنا العمل بهذه الرواية ، وهي ضعيفة .

مسألة - ١٢٠ - قال الشيخ : اذا ثبت أن في جنين الامة عشر قيمتها ، فمتى

تعتبر قيمتها؟ فعندنا تعتبر حال الاسقاط ، وهو اختيار المزني والاصطخري .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الجناية سبب الاسقاط ، فيكون الاعتبار حال حصولها .

(١) تهذيب الاحكام ٢٨٩/١٠ .

مسألة - ١٢١ - قال الشيخ : اذا داس بطن غيره حتى أحدث ، كان عليه أن يداس بطنه حتى يحدث ، او يفديه بثلث الدية وحكي عن ابن حنبل مثل ذلك ، وخالف جميع الفقهاء ولم يوجبوا شيئاً .

والمعتمد وجوب الحكومة ، وهو مذهب ابن ادريس ، ونجم الدين ، والعلامة وابن فهد .

مسألة - ١٢٢ - قال الشيخ : اذا قطع رأس ميت ، أو شيئاً من جوارحه مما يجب فيه الدية كاملة لو كان حياً ، كان عليه دية الجنين مائة دينار ، وكلما يصيبه مما فيه مقدر في الحي ففيه بحساب المائة كما في أرش جراحات الحي بالنسبة الى الالف .

ولم يوجب أحد من الفقهاء فيه شيئاً ، وعندنا يكون ذلك للميت يتصدق به عنه ، ولا يورث ولا ينتقل الى بيت المال . واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم . وقال علم الهدى رحمه الله : يكون لبيت المال .

والمعتمد قول الشيخ .

كتاب القسامة

مسألة - ١ - قال الشيخ : اذا كان مع المدعي للدم لوث ، وهو تهمة للمدعي عليه بامارات ظاهرة ، بدأ به في اليمين يحلف خمسين يميناً ويستحق ما يذكره ، وبه قال مالك والشافعي وابن حنبل .

وقال أبو حنيفة : لأعتبر اللوث ولأأراعيه ، ولأجعل اليمين في جانب المدعي .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

واعلم أن قول الشيخ رحمه الله « وهو تهمة للمدعي عليه » ليس مراده أن المدعي يتهم المدعي عليه ، لان المدعي لا بد أن يكون مدعياً بصيغة الجزم ، والا لما جازله الحلف على ما يدعيه ، بل مراده أن التهمة يحصل للحاكم بامارات ظاهرة يغلب معها ظن الحاكم بصدق المدعي ، لانهم عرفوا اللوث بانه اماراة يغلب معها الظن بصدق المدعي .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : اذا حلف المدعون على قتل عمد ، وجب القود على المدعي عليه ، وبه قال مالك وابن حنبل والشافعي في القديم . وقال في الجديد : لا يشاط به الدم وانما تجب الدية مغلظة حالة في ماله .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : القسامة في الخطأ خمسة وعشرون رجلا . وقال الشافعي : لافرق بين أنواع القتل ، ففي جميعها القسامة خمسون رجلا . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، وهو مذهب ابن البراج ، وابن حمزة ، واختاره العلامة في المختلف^(١) ، وابن فهد في المقتصر^(٢) ومذهب المفيد وسائر مذهب الشافعي ، وهو مساواة الخطاء وشبيه العمدة للعمد واختاره العلامة في القواعد والارشاد والتحرير ، وفخر الدين في الايضاح ، وادعى ابن ادريس اجماع المسلمين على ذلك .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : القسامة يراعى فيها خمسون من أهل المدعى يحلفون فان لم يكونوا حلف الولي خمسين يمينا . وقال من وافقنا على القسامة : لا يحلف الاولي الدم خمسين يمينا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا وجد قتيل بين الصفيين في فتنه ، أو قتال أهل البغي والعدل ، قبل أن ينشب الحرب بينهم ، كان ديتة على بيت المال . وقال الشافعي : ان كان التحم القتال ، فاللوث على غير طائفته التي هو فيها وان كان لم يلتحم فاللوث على طائفته ، سواء كانتا متقاربتين أو متباعدين . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا وجد قتيل من ازدحام الناس ، أما في الطواف أو الصلاة ، أو دخول الكعبة ، أو المسجد أو بئر أو مصنع ، أو قنطرة ، كانت ديتة في بيت المال .

وقال الشافعي : ذلك لوث عليهم ، لانه يغلب على الظن أنهم قتلوه .

(١) مختلف الشيعة ص ٢٣٧ كتاب القصاص .

(٢) المقتصر في شرح المختصر - مخطوط .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : كل موضع قلنا قد حصل اللوث على ما فسرناه فللولي أن يقسم سواء ، كان بالقتيل أثر القتل أو لم يكن ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : ان كان به أثر القتل كقولنا ، وان لم يكن به أثر القتل فلاقسامة بلى ان كان خرج الدم من أنفه فلا قسامة لانه يخرج من قبل خنق ومن غير خنق وان خرج الدم من اذنه فهذا مقتول ، لانه لا يخرج الا بخنق شديد وتعب عظيم .
والمعتمد قول الشيخ هنا . وقوى في المبسوط^(١) اشتراط وجود أثر القتل ، قال هنا : دليلنا أن المعتاد موت الانسان بالامراض ، وموت الفجأة نادر ، فالظاهر من هذا أنه مقتول ، كما أن من به أثر القتل يجوز أن يكون قد خرج نفسه ولا يترك لذلك القسامة ، ولا ينبغي أن يحمل على النادر الابدليل ، وقد يقتل الانسان غيره بأخذ نفسه وعصر خصيه وان لم يكن هناك أثر .

واعلم أن أبا حنيفة يعتبر القسامة كما ذكره الشيخ عنه في أول كتاب القسامة .
وكل موضع يذكر فيه قول أبي حنيفة فهو على تقدير قوله بها فاعلم ذلك .
مسألة - ٨ - قال الشيخ : يثبت اللوث بأشياء : بوجود القتل في دار قوم أو قريتهم التي لم يدخلها غيرهم ، ويثبت بالشاهد الواحد ، ولا يثبت بقول المقتول عند موته دمي عند فلان ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة .

وقال مالك : لا يثبت اللوث الا بأمرين شاهد عدل عند المدعى ، أو بقول المقتول عند موته دمي عند فلان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا كان المقتول مشركاً والمدعى عليه مسلماً لم يثبت

القتل على المسلم .

والمعتمد قول الشيخ هنا، وأثبتها في المبسوط^(١)، غير أنه لم يثبت القتل مع قسامة الكافر بل الدية .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا قتل عبد وهناك لوث ، فليسده القسامة ، وبه قال الشافعي ، واختلف أصحابه على قولين .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : يثبت عندنا في الاطراف قسامة مثل العينين واليدين والرجلين واللسان والشم وغير ذلك .

وقال جميع الفقهاء : لاقسامة في الاطراف ، وانما هي في النفس وحدها ، الا أن الشافعي قال : اذا ادعى قطع طرف تجب فيه الدية كاملة ، كان على المدعى عليه اليمين ، وهل يغلظ أم لا ؟ على قولين .

ولو كانت الجناية تجب فيها أقل من دية النفس كقطع اليد مثلا ، فهذه تجب فيها نصف الدية وفي قدر تغليظها قولان : أحدهما كما في النفس ، والثاني التغليظ مقسوم على قدر الدية .

والمعتمد قول الشيخ ، قال : وعند أصحابنا أن ماتجب فيه الدية من الاطراف فالقسامة فيه ستة أنفس ، فان لم يكونوا كررت على المدعى ستة أيمان وفيما نقص بحسابه ، فان امتنع المدعى حلف المدعى عليه ستة أيمان ، أو ما يلزم بحصة ذلك فان كانوا جماعة لانص عليهم فيه ، والذي يقتضيه المذهب أنه لا يغلظ على كل واحد منهم .

واعلم أن البحث هنا في اماكن :

الاول: في ثبوت الفسامة في الاطراف، ولاخلاف بين أصحابنا في ثبوتها .

(١) المبسوط ٢١٦/٧ .

الثاني : في قدرها ، وفيه خلاف بين أصحابنا ، قال الشيخ : القسامة فيما فيه دية النفس ستة أيمان ، وتبعه ابن حمزة وابن البراج ، واختاره نجم الدين في المختصر ، وفخر الدين ، وابن فهد في المختصر ، وقال سلالر : القسامة خمسون يمينا ، واختاره ابن ادريس ، والعلامة في القواعد^(١) والمختلف^(٢).

الثالث: اذا امتنع المدعي عن اليمين حلف المدعى عليه القسامة على اختلاف القولين فيما فيه دية النفس ، وبحساب ذلك فيما فيه أقل من دية النفس ، ففي اليد خمسة وعشرون أو ثلاثة على اختلاف القولين .

الرابع : اذا لم يحلف المدعي وردت اليمين على المدعى عليه وكان أكثر من واحد ، هل يحلف كل واحد القسامة أو تقسط على الجميع ؟ ظاهر الشيخ هنا أنها تقسط على الجميع ، واستقرب العلامة في القواعد أن على كل واحد خمسين يمينا كما لو انفرد لان كل واحد يتوجه عليه الدعوى بانفراده ، واستقربه في التحرير^(٣) أيضا ، وهو اختيار نجم الدين ، ولا بأس به .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا لم يكن لوث ، فاليمين على المدعى عليه بلا خلاف ، وهل تغلظ أم لا ؟ عندنا أنه لا يلزمه أكثر من يمين واحدة . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني يلزمه خمسون يمينا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا قتل رجل وهناك لوث وله وليان ، فادعى أحد الوليين أن زيدا قتله ، فكذبه الاخر والثاني يقدر ، وهو الصحيح عندهم . والمعتمد قول الشيخ ، وانما ينتفى اللوث في حق المكذب خاصة .

(١) قواعد الاحكام ٢/٢٩٧ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٢٣٧ كتاب القصاص .

(٣) تحرير الاحكام ٢/٢٥٢ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا ادعى رجل على رجل أنه قتل ولياً له وهناك لوث ، وحلف القسامة واستوفى الدية ، وجاء اخر وقال : أنا قتلته ، كان الولي بالخيار بين أن يصدقه ويكذب نفسه ويرد الدية ويستوفي منه حقه ، وبين أن يكذب المقر ويثبت على ما هو عليه . وللشافعي قولان .

وقال الشيخ في المبسوط : ليس له تكذيب نفسه ، لانه لا يجوز له أن يقسم الامع العلم ، فليس له التكذيب بعد ذلك^(١) . واختاره العلامة ، وهو المعتمد .

كتاب كفارة القتل

مسألة - ١ - قال الشيخ : لا تجب الكفارة بقتل الذمي والمعاهد ، وخالف جميع الفقهاء ، وقالوا : تجب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : اذا قتل مسلماً في دار الحرب متعمداً لقتله مع العلم بكونه مؤمناً وجب القود ، سواء أسلم عندهم ولم يخرج البنا أو خرج وعاد ، أو كان عندنا فدخل اليهم لحاجة ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : فيه الدية والكفارة على كل حال . وقال أبو حنيفة : ان كان أسلم عندهم ولم يخرج البنا ، فالواجب الكفارة فقط ولا قود ولا دية بحال . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا قتل مؤمناً في دار الحرب قاصداً لقتله ، ولم يعلم أنه مؤمن وظنه كافراً ، فلا دية عليه غير الكفارة . وقال الشافعي : عليه الدية على أحد القولين ، والاخر مثل قولنا . وقال مالك : عليه الدية والكفارة . وقال أبو حنيفة : لا دية عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بقوله تعالى « فان كان من قوم عدولكم وهو

مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة»^(١) ولم يذكر الدية .

مسألة - ٤ - قال الشيخ: اذا قتل أسيراً في أيدي الكفار وهو مؤمن، وجبت الدية والكفارة ، سواء قصده بعينه أو لم يقصده ، وبه قال أبو يوسف ومحمد .
وقال أبو حنيفة : لاضمان عليه . وقال الشافعي : ان قصده بعينه ، فعليه الدية والكفارة على أحد القولين ، والقول الاخر كفارة بلادية ، وان لم يقصده بعينه فالكفارة بلادية .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : قتل العمد تجب فيه الكفارة ، وبه قال مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا كفارة فيه ، سواء أوجب القود أو لم يوجبه ، نحو أب قتل ولده .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : يجب بقتل العمد ثلاث كفارات : العتق ، والصيام والاطعام وخالف جميع الفقهاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٢) .

مسألة - ٧ - قال الشيخ: الكفارة تجب بقتل العبد، عمدًا كان أو خطأ، وبه قال جميع الفقهاء في الخطأ، وفي العمد على مامضى، وحكي عن مالك أنه قال : لا كفارة بقتل العبد والصحيح عنه وفاقه للفقهاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : تجب الكفارة في حق الصبي والمجنون والكافر،

(١) سورة النساء : ٩٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٠ / ١٦٢ .

وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا كفارة على واحد من هؤلاء .

استدل الشيخ على الوجوب بعموم الآية، وطريقة الاحتياط ، ثم قال : ولو قلنا لا يجب على هؤلاء لكان قوياً ، لقوله عَلَيْهِمُ « رفع القلم عن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يبلغ »^(١) أما الكافر فيلزمه على كل حال .

والمعتمد عدم وجوبها على الصبي والمجنون ، وهو اختيار العلامة في القواعد^(٢) والتحرير^(٣) ، ويجب على الكافر ، ويسقط باسلامه ، والفائدة لومات على ذلك عوقب عليها كباقي العبادات .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا اشترك جماعة في قتل رجل ، كان على كل واحد كفارة ، وبه قال جميع الفقهاء الا عثمان البتي قال : على الجميع كفارة واحدة ، وحكى ذلك عن الشافعي ، قال أصحابه : وليس بشيء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة واخبارهم^(٤) .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا لم يجد الرقبة انتقل الى الصوم بلاخلاف ، فان لم يقدر على الصوم أطعم ستين مسكيناً . وقال الشافعي : فيها قولان ، أحدهما مثل قولنا ، والثاني أن الصوم في ذمته أبداً حتى يقدر عليه .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : الكفارة لاتجب بالاسباب ، ومعناه اذا نصب سكيناً في غير ملكه ، فوقع عليها انسان فمات ، أو وضع حجراً في غير ملكه ، أو حفر بئراً في غير ملكه ، وغير ذلك من الاسباب التي يحصل بها التلف ، وبه

(١) عوالمى اللثالى ١/١٠٩/٣٥٢٨ .

(٢) قواعد الاحكام ٢/٢٨٣ .

(٣) تحرير الاحكام ٢/٢٤٩ .

(٤) تهذيب الاحكام ١٠/٢٤١ .

قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : كل ذلك تجب به الدية والكفارة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا كان الرجل ملفقاً في كساء أو في ثوب ، فشهد شاهدان على رجل أنه ضربه ففده بنصفين ، فقال الولي : كان حياً حين الضرب ، وقال الجاني : كان ميتاً ، كان القول قول الجاني ، وبه قال أبو حنيفة وأحد قولي الشافعي الصحيح عندهم ، وله قول آخر أن القول قول الولي .
والمعتمد قول الشيخ ، لانه قد تقابل أصالة براءة الذمة واصالة الحياة فسقطا فيرجع الى أصالة البراءة .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : السحر له حقيقة ، ويصح منه أن يعقد ويرقى ويسحر ، فيقتل ويمرض ويكوع الايدي ، ويفرق بين الرجل وزوجته ، ويتفوقه أن يسحر بالعراق رجلانحو خراسان فيقتله عند أكثر أهل العلم ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

وقال أبو جعفر الاسترابادي : لاحقيقة له ، وانما هو تخييل وشعبدة ، وبه قال المغربي من أهل الظاهر ، وهو الذي يقوى في نفسي ، وبدل على ذلك قوله تعالى « فاذا جالهم وعصبيهم يخيل اليه من سحرهم أنها تسعى »^(١) والمشهور عند أصحابنا أنه لاحقيقة له .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : من استحل عمل السحر ، فهو كافر ووجب قتله بلاخلاف ، ومن قال : هو حرام الا أنني استعمله فهو فاسق لايجب قتله ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال مالك : الساحر زنديق اذا عمل السحر وقوله استعمله غير مقبول ، ولا تقبل توبة الزنديق عنده . وقال ابن حنبل : يقتل الساحر ولم يفرض الكفر .

والمعتمد قول الشيخ ، ولا فرق بين القول بأن له حقيقة ، والقول بأن لاحقيقة له ، فانه على القولين من استحله فهو كافر ، ومن عمله غير مستحل فهو فاسق .
مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا أقر أنه سحر فقتل بسحره متعمداً ، لا يجب عليه القود ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يجب القود .
استدل الشيخ بأصالة براءة الذمة ، قال : وأيضاً فقد بينا أن الواحد منا لا يصح أن يقتل غيره بما لا مباشرة به ، الا أن يسقيه ما يقتل بالعادة مثل السم ، وليس السحر بشيء من ذلك .

قال : وقد روى أصحابنا أن الساحر يقتل ، والوجه في هذه الرواية أن هذا من الساحر فساد في الارض والسعي فيها به ، فلاجل ذلك وجب فيه القتل .
وقال في المبسوط : اذا سحر رجلا فمات من سحره ، سئل فان قال : سحري يقتل غالباً وقد سحرته وقتلته عمداً فعليه القود ، وكما لو أقر أنه قتله بالسيف عمداً^(١) .
وظاهر الشرائع العمل على هذا ، وهو فتوى التحرير .

قال العلامة فيه : الذي اختاره الشيخ (ره) لاحقيقة للسحر ، وفي الاحاديث ما يدل على أن له حقيقة ، فعلى ما روى في الاحاديث لو سحره ، ففي القود اشكال ، والاقرب الدية ، لعدم اليقين بذلك ، ثم قال : ولو أقر أنه قتله بسحره فعليه القود عملاً باقراره ، ثم قال : وعلى قول الشيخ لا يثبت على الساحر قصاص ولادية وان أقر أنه قتله بسحره .

وقال صاحب الشرائع قال الشيخ : لاحقيقة للسحر ، وفي الاخبار ما يدل على أن له حقيقة ، ولعل ما ذكره الشيخ قريب ، غير أن البناء على احتمال أقرب فلو سحره فمات لم يوجب قصاصاً ولادية على ما ذكره الشيخ (ره) وكذا لو أقر أنه قتله بسحره ، وعلى ما قلناه من الاحتمال يلزمه الاقرار .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا قال أنا أعرف السحر وأحسنه أكنني لأعمله
لاشيء عليه ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة .
وقال مالك : هذا زنديق وقد اعترف بذلك ، فوجب قتله ولا يقبل توبته .
والمعتمد قول الشيخ .

كتاب قتال أهل البغي

مسألة ١- قال الشيخ: الباغي من خرج على امام عادل وقاتله، ومنع تسليم الحق اليه وهو اسم ذم ، ومن أصحابنا من يقول : انه كافر ، ووافقنا على أنه اسم ذم جماعة من العلماء والمعتزلة بأسرهم ويسمونهم فساقاً ، وكذلك جماعة من أصحاب أبي حنيفة والشافعي .

وقال أبو حنيفة : هم فساق على وجه التدبير . وقال أصحاب الشافعي ليس باسم ذم عند الشافعي ، بل اسم من اجتهد فأخطأ بمنزلة من خالف الفقهاء في بعض مسائل الاجتهاد .

والمعتمد كفر البغاة ، لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « حربك يا علي حربي وسلمك سلمتي »^(١) وحرب النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كفر ، فيجب أن يكون حرب علي كذلك ، وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « اللهم وال من والاه ، وعاد من عاداه ، وانصر من نصره ، واخذل من خذله » والمعادة من الله لا يكون الا للكفار .

مسألة ٢- قال الشيخ : اذا أتلف الباغي على العادل مالا أو نفساً والحرب قائمة ، كان عليه ضمان المال والقود في النفس ، وبه قال مالك .

(١) عوالي الثالتي ١٠٢/٢ و ٨٧/٤ .

وقال الشافعي : ان أتلف مالا فعلى قولين، وان كان قتلا يوجب القود، فعلى طريقين منهم من قال: لا قود قولا واحداً، والدية على قولين، لان القصاص سقط بالشبهة والمال لا يسقط، ومن أصحابه من قال : القود على قولين مثل المال، والصحيح عندهم لا قود، وبه قال أبو حنيفة وان كان المتلف عادلا فلا ضمان عليه بلاخلاف .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ: مانعي الزكاة في أيام أبي بكر لم يكونوا مرتدين ولا يجوز أن يسموا بذلك، وبه قال الشافعي وأصحابه، الا أنهم قالوا قد سماهم الشافعي مرتدين من حيث منعوا حقاً واجباً عليهم . وقال أبو حنيفة : هم مرتدون ، لانهم استحلوا منع الزكاة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤ - قال الشيخ: اذا ولى أهل البغي الى غير فئة أو ألقوا السلاح أو قعدوا عن القتال، حرم قتالهم بلاخلاف، فان ولوا منهزمين الى فئة لهم؛ جاز أن يتبعوا ويقتلوا، وبه قال أبو حنيفة وأبو اسحاق المروزي. وقال باقي أصحاب الشافعي : لا يجوز قتالهم ولا اتباعهم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ٥ - قال الشيخ : من سب الامام العادل وجب قتله. وقال الشافعي يجب تعزيره .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٢)، وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « من سب علياً فقد سبني، ومن سبني فقد سب الله، ومن سب الله فقد كفر ووجب

(١) تهذيب الاحكام ١٤٤/٦ .

(٢) تهذيب الاحكام ٨٦/١٠ .

قتله»^(١).

مسألة ٦- قال الشيخ: اذا وقع أسير من أهل البغي في المقاتلة، كان للامام حبسه ولم يكن له قتله ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : له قتله .
والمعتمد ان كان للبغاة فئمة يرجعون اليها جاز قتل أسيرهم والاجهاز على جريحهم والا فلا .

مسألة ٧- قال الشيخ: اذا أسر من أهل البغي من ليس من أهل القتل كالنساء والصبيان والشيوخ الهرمى لا يحبسون ، وبه قال الشافعي في الام ، ومن أصحابه من قال : يحبسون مثل الرجال .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٨- قال الشيخ : اذا قاتل أهل الذمة مع البغاة ، خرجوا بذلك عن الذمة على كل حال .

وقال الشافعي : ان قاتلوا بشبهة مثل أن يقولوا لانعلم أنه لايجوز أوظننا أن ذلك جائزاً، لم يخرجوا بذلك عن الذمة، وان كانوا عالمين بعدم الجواز خرجوا عن الذمة على أحد القولين ، وقيل : لا يخرجون مطلقاً .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٩- قال الشيخ : يجوز للامام أن يستعين بأهل الذمة على قتال أهل البغي . وقال الشافعي وباقي الفقهاء : لايجوز .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بأن أهل البغي كفار ، واذا كانوا كفاراً جاز الاستعانة بأهل الذمة بلاخلاف .

مسألة ١٠- قال الشيخ : اذا نصب أهل البغي قاضياً ، فنقضى بينهم أو بين غيرهم، لم ينفذ حكمه ، سواء كان القاضي من أهل البغي أو أهل العدل ، وسواء

(١) عوالي اللئالي ٨٧/٤ .

وافق الحق أو خالفه .

وقال أبو حنيفة: ان كان القاضي من أهل العدل صح، وان كان من أهل البغي لا يصح ولا ينعقد له الولاية . وقال الشافعي : ان كان القاضي ممن يعتقد اباحة دماء أهل العدل وأموالهم لم ينفذ قضاءه ، سواء وافق الحق أو لم يوافق ، وان كان لا يستبيح أموال أهل العدل ودمائهم، نفذت قضاياه كما ينفذ قضايا غيره، سواء كان القاضي من أهل العدل أو أهل البغي .

والشيخ استدل باجماع الفرقه ، بأن القاضي لا يجوز أن يوليه غير الامام . والمعتمد ان العادل الجامع لشرائط الفتوى اذا أكرهه الجابر ، سواء كان باغياً أو غير باغ على الفضاة بين الناس، جازله ذلك ويعتمد الحق ما أمكنه، ولا يقدح ذلك في عدالته ، نص عليه صاحب القواعد وغيره .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا شهد عدل من أهل البغي ردت شهادته . وقال الشافعي وأبو حنيفة: لا يرد، غير أن أبا حنيفة يقول: أهل البغي فساق، ولكنه فسق على طريق التدين ، والفسق على طريق التدين لا يرد به الشهادة عنده ، لانه يقبل شهادة أهل الذمة .

والمعتمد قول الشيخ، لانهم كفار ولا يجتمع الكفر مع العدالة ، وان لم يكن عدلا لم يقبل شهادته اجماعاً .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ: الباغي اذا قتل غسل وصلى عليه، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يغسل ولا يصلى عليه . والمعتمد أنه لا يغسل ولا يصلى عليه لانه كافر .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا قصد رجل رجلا يريد نفسه أو ماله ، جاز له الدفع عن نفسه وماله، وان أتى على نفسه أو نفس طالبه ، ويجب عليه أن يدفع عن نفسه اذا طلب قتله ، ولا يجوز أن يستسلم مع القدرة على الدفع .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني يجوز أن يستسلم .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : ما حواه عسكر البغاة يجوز أخذه والانتفاع به
ويكون غنيمة يقسم في المقاتلة ، وما لم يحوه العسكر لا يتعرض له .
وقال الشافعي : لا يجوز لأهل العدل أن يستمتعوا بدواب أهل البغي ولا بسلاحهم
ولا يرمون بنشابهم في حال القتال ولا في غير حال القتال ، ومتى حصل من ذلك
شيء عندهم كان محفوظاً لأربابه ، فإذا انقضت الحرب رد إليهم .
وقال أبو حنيفة : يجوز الاستمتاع بدوابهم وسلاحهم والحرب قائمة فإذا انقضت
ردوا عليهم ذلك .

واستدل الشيخ هنا بجماع الفرقة وأخبارهم ، وفصل في المبسوط ، فقال : ان
كان لهم فئمة يرجعون إليها جاز غنيمة ما حواه العسكر ، وان لم يكن فلا يجوز^(١) ، وهو
المعتمد .

كتاب المرتد

مسألة - ١ - قال الشيخ : المرأة اذا ارتدت لا تقتل ، بل تحبس وتجبر على الاسلام حتى ترجع أو تموت في الحبس ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، وقال : ان لحقت بدار الحرب سبيت واسترقت .

وقال الشافعي : اذا ارتدت قتلت ، كالرجل ان لم يرجع ، وبه قال مالك وابن حنبل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : الزنديق هو الذي يظهر الاسلام ويبطن الكفر ، فاذا تاب وقال تركت الزندقة ، روى أصحابنا أنه لا تقبل توبته ، لانه دين مكتوم ، وبه قال مالك .

وقال الشافعي : تقبل توبته ، وعن أبي حنيفة روايتان : احديهما مثل قول مالك والاخرى مثل قول الشافعي .

استدل الشيخ باجماع الفرقة على الرواية التي ذكرها ، قال : ولان مذهبه اظهار الاسلام ، فاذا طالبته بالتوبة فقد طالبته باظهار ما هو مظهره ، فكيف يكون

(١) تهذيب الاحكام ١٠ / ١٣٧ .

اظهار دينه توبة ، واستقرب العلامة في القواعد قبول توبته ، واختاره الشهيد في دروسه^(١) ، وهو المعتمد .

مسألة ٣- قال الشيخ: المرتد على ضربين: أحدهما ولد على فطرة الاسلام بين مسلمين، فمتى ارتدت وجب قتله ، ولا تقبل توبته . والاخر كان كافراً فأسلم ثم ارتد ، فهذا يستتاب فان تاب والا وجب قتله ، وبه قال عطا . وقال المحسن البصري : المرتد يقتل من غير استتابة .

وقال الشافعي وأبو حنيفة ومالك وعامة الفقهاء: المرتد يستتاب ، سواء ارتد عن فطرة أو عن ملة ، فان لم يتب وجب قتله .

والمعتمد أن المرتد عن فطرة لا تقبل توبته ظاهراً بالنسبة الى سقوط القتل و اباحه الزوجة المسلمة ، وعدم قسمة أمواله ، وعليه اجماع الفرقة المحقة ، وهل تقبل توبته باطناً ؟ قوى الشهيد في دروسه^(٢) قبولها باطناً . وقال ابن فهد في مذهبته تقبل بالنسبة الى طهارته وصحة عبادته ، وهذا هو المعتمد .

مسألة ٤ - قال الشيخ: من أجمعنا على استتابته، متى تاب سقط عنه القتل وبه قال جميع الفقهاء، وحكى الشافعي في القديم عن قوم أنه لا تقبل توبته ويجب قتله .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ٥ - قال الشيخ : الاستتابة واجبة فيمن شرطه الاستتابة ، وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني مستحبة ، وهو قول أبي حنيفة .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٣) .

(١) الدروس ص ١٦٦ .

(٢) الدروس ص ١٦٦ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٠/١٣٧ .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : الموضع الذي قلنا يستتاب ، لم يحده أصحابنا بقدر ، والاولى أن لا يكون مقدرأ . وللشافعي قولان ، سواء قال الاستتابة واجبة أو مستحبة: أحدهما يستتاب ثلاثاً، وبه قال أحمد، وهو ظاهر قول أبي حنيفة، والآخر يستتاب ان تاب في الحال والاقتل، وهو أصحهما عندهم. وقال الثوري: يستتاب ما دام يرجى رجوعه .

والمعتمد أنه يستتاب القدر الذي يمكن معه الرجوع ان تساب والاقتل ، واستحسن نجم الدين في الشرائع^(١) الصبر ثلاثاً ، لما فيه من التأنى لازالة عذره.

مسألة - ٧ - قال الشيخ: المرتد ان كان عن فطرة الاسلام ، زال ملكه عن ماله وتصرفه باطل ، وان كان عن ملة لم يزل ملكه وتصرفه صحيح .

واختلف أصحاب الشافعي على طريقتين ، منهم من قال : في ملكه وتصرفه ثلاثة أقوال: أحدها لا يزول ملكه وتصرفه صحيح، والثاني يزول وتصرفه باطل ، والثالث أنه مراعى ، فان عاد تبينا عدم زوال ملكه وصحة تصرفه ، وان مات أو قتل تبينا زوال ملكه بالردة وعدم صحة تصرفه ، ومنهم من قال : في ملكه قولان، وفي تصرفه ثلاثة أقوال .

والمعتمد أن ملكه لا يزول بنفس الردة ، لكن يحجر الحاكم على أمواله ، لئلا يتصرف فيها بالانلاف ، فان تاب دفعت اليه ، وان مات أو قتل دفعت الى وراثته المسلمين ان كان ، والافهي للإمام ، أما تصرفه حال الردة بالبيع والهبة والعتق وغير ذلك ، فالشيخ حكم بصحتها .

وقال العلامة في القواعد : وتصرفات المرتد عن غير فطرة غير ماضية، لانه محجور عليه ، فان تاب نفذ الا العتق، ويمضي ما لا يتعلق بامواله ، قال: وهل يثبت

(١) شرائع الاسلام ٤ / ١٨٤ .

الحجر بمجرد الردة أو بحكم الحاكم ؟ الأقوى الاول^(١).
فعلى هذا يكون تصرفه موقوف ان تاب تبينا الصحة ، وان مات أو قتل تبينا
البطلان . أما العتق ، فانه يقع باطلا مطلقاً ، لان العتق لا يقع موقوفاً ، اذ من شرط
صحته التنجيز .

وقال في التحرير^(٢) كقوله في القواعد ، الا أنه لم يستثن العتق كما استثناءه في
القواعد .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا مات المرتد وخلف مالا وله ورثة مسلمون ورثوه
سواء اكتسبه حال اسلامه أو حال كفره ، وبه قال أبو يوسف ومحمد .
وقال أبو حنيفة : يرث ورثته المسلمون ما اكتسبه حال اسلامه ، وما اكتسبه
حال كفره فهو فيء . وقال الشافعي : الكل فيء سواء اكتسبه حال اسلامه أو حال
كفره .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : من ترك الصلاة معتقداً أنها غير واجبة ، كان كافراً
يجب قتله بلاخلاف ، وان تركها كسلا مع اعتقاد وجوبها وتحريم تركها كان فاسقاً
يؤدب ولا يقتل .

وقال أبو حنيفة : يحبس حتى يصلي . وقال الشافعي : يقتل بعد الاستتابة ان
لم يتب كالمرتد . وقال ابن حنبل : يكفر بعد ذلك .
والمعتمد أنه يقتل بعد التعزير ثلاثاً .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : المرتد الذي يستتاب اذا لحق بدار الحرب ، لم
يجر ذلك مجرى موته ، ولا يتصرف في ماله ، ولم يعتق مدبره ، ولا يحل ما عليه

(١) قواعد الاحكام ٢/٢٧٦ .

(٢) تحرير الاحكام ٢/٢٣٥ .

من الديون ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجرى ذلك مجرى موته .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا رزق المرتد أولاداً بعد الارتداد ، كان حكمهم حكم الكفار ، يجوز استرقاقهم ، سواء ولدوا في دار الحرب أو دار الاسلام .
وللشافعي قولان : أحدهما لا يجوز ، لان الولد يلحق بأبيه ، فلما ثبت أن أباه لا يسترق ، لانه قد ثبت له حرمة الاسلام فكذلك ولده . والاخر يسترق ، ولا فرق عنده بين دار الاسلام ودار الحرب .

وقال أبو حنيفة : ان كانوا في دار الحرب فانهم يسترقون ، وان كانوا في دار الاسلام فانهم لا يسترقون .

والمعتمد ان كانت أم ولد المرتد مسلمة فهو مسلم وان كانت كافرة أو مرتدة فحكمه حكم أبيه ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط^(١) ، فاذا بلغ واختار الكفر استتيب ، فان تاب والا قتل .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا نقض الذمي أو المعاهد الذمة أو العهد ولحق بدار الحرب ، وله عندنا أموال وأولاد ، فأمانه في أمواله وأولاده باق ، فان مات فميراثه لورثته من أهل الحرب . ولورثته من أهل الذمة في دار الاسلام .

وقال الشافعي : ميراثه لورثته من أهل الحرب دون ورثته من أهل الذمة في بلد الاسلام ، لانه لا توارث بين الحربي والذمي . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : كلما يخص الحربي على مذهبا ، أو جميعه على مذهب الشافعي ، فانه يزول عنه أمانه . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا والاخر أمانه باق .

والمعتمد قول الشيخ ، فاذا زال عنه الامان كان فيثاً ينقل الى بيت المال .

(١) المبسوط ٢٨٥/٧ .

كتاب الحدود

مسألة - ١ - قال الشيخ : يجب على الثيب الرجم ، وبه قال جميع الفقهاء وحكي عن الخوارج أنهم قالوا : لا رجم في شرعنا ، لأنه ليس في ظاهر القرآن ولا في السنة المتواترة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وروى أن علياً عليه السلام جلد سراجة يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة ، وقال : جلدتها بكتاب الله ورجمها بسنة رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : المحصن اذا كان شيخاً أو شيخه ، فعليهما الجلد ثم الرجم ، وان كانا شابين فعليهما الرجم بلاجلد . وقال داود وأهل الظاهر : عليهما الجلد ثم الرجم ، وبه قال جماعة من أصحابنا . وقال جميع الفقهاء : عليهما الرجم دون الجلد .

والمعتمد أن عليهما الجلد والرجم ، وهو خيرة المفيد ، والمرضى وابن ادريس ، والعلامة ، ونجم الدين .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : البكر عبارة عن غير المحصن ، فاذا زنا البكر جلد مائة ، وغرب عاماً ان كان ذكراً ، وان كان أنثى لم يكن عليها تغريب ، وبه قال

مالك .

وقال الشافعي وأحمد: الذكر والانثى سواء . وقال أبو حنيفة : الحد انما هو الجلد، وأما التغريب فليس بحد وانما هو تعزير الى اجتهاد الامام، فان رأى الحبس فعل ، وان رأى التغريب الى بلد آخر فعل من غير تقدير، والذكر والانثى سواء. والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقه وأخبارهم، الا أن بين أصحابنا خلافاً في تعريف البكر ، قال الشيخ هنا وفي المبسوط^(١): هو غير المحصن ، واختاره ابن ادريس ، ونجم الدين في الشرائع^(٢)، وقال في النهاية^(٣) هو من أمك ولم يدخل، أى: عقد على امرأة ولم يدخل بها ، وهو المشهور عند أصحابنا ، واختاره العلامة في المختلف^(٤) والتحرير^(٥) ، وفخر الدين في الايضاح^(٦)، وابن فهد في المقتصر^(٧).

مسألة - ٤ - قال الشيخ: لانفي على العبد ولا الامه ، وبه قال مالك وأحمد. وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني عليهما النفي ، وله في النفي قولان: أحدهما سنة كالحر ، والثاني نصف سنة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : الاحصان لا يثبت الا أن يكون للرجل الحر فرج يغدو اليه ويروح متمكن من وطئه ، سواء كانت زوجة حرة أو أمة أو ملك يمين ،

(١) المبسوط ٣/٨ .

(٢) شرائع الاسلام ١٥٠/٤ .

(٣) النهاية ص ٦٩٣ .

(٤) مختلف الشيعة ص ٢٠٤ كتاب الحدود .

(٥) تحرير الاحكام ٢٢٠/٢ .

(٦) الايضاح ٤٧٩/٤ .

(٧) المقتصر - مخطوط .

ومتى لم يكن متمكناً منه لم يكن محصناً. ويحصل عدم التمكّن بالسفر والحبس وعدم التخلّي بينهما، واحصان المرأة كاحصان الرجل، واذا طلق المحصن وبانت منه بطل الاحصان بينهما .

وقال الفقهاء كلهم : خلاف ذلك في الحرة أنه متى عقد عليها ودخل بها ثبت الاحصان بينهما، وان فارقتها بموت أو طلاق ولم يرعوا التمكين من وطئها، أما الامة فقال الشافعي: اذا أصاب أمة بنتكاح صحيح أو العبد حرة، ثبت الاحصان للحرة دون المملوك، وهو قول مالك .

وقال أبو حنيفة : لا يثبت الاحصان لاحدهما ، وهكذا الصغير اذا أصاب كبيرة أو الكبيرة صغيرة ثبت الاحصان للكبير عند الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : لا يثبت الاحصان لاحدهما ، ويحكى عن الشافعي هذا في القديم . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٦ - قال الشيخ: اذا مكنت العاقلة المجنون من نفسها فوطئها الزمها الحد، وان وطئ المجنونة عاقل لزمه الحد ولم يلزمها .

وقال الشافعي : يلزم الحد العاقل دون المجنون في الموضوعين . وقال أبو حنيفة : لا يجب على العاقلة الحد اذا وطئها المجنون ، فان وطئ عاقل مجنونة لزمه الحد .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة، ووافقه المفيد، وابن البراج ، وابن بابويه على حد المجنون اذا زنا. وقال سلال وابن ادريس: لاحد على المجنون، واختاره العلامة ، وفخر الدين ، وأجمع الكل على عدم حد المجنونة .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا وطئ بهيمة ، فان كانت مأكولة اللحم ذبحت وأحرق لحمها ولا يؤكل ، فان كانت لغير الواطئ أغرم قيمتها . وان كانت غير مأكولة اللحم حملت الى بلد آخر ويبتع ولا تدبح .

وقال الشافعي : ان كانت مأكولة ذبحت ، وهل يؤكل لحمها ؟ فيه قولان وان كانت غير مأكولة هل يذبح ؟ فيه قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٨ - قال الشيخ: روى أصحابنا في الرجل اذا وجد مع امرأة أجنبية يقبلها أو يعانقها في أزار واحد أن عليهما مائة جلدة . وقال جميع الفقهاء : عليه الزمير ، وهو المعتمد ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا وجدت امرأة حبلى ولازوج لها ، وأنكرت أن يكون من زنا، فلاحد عليها ، وبه قال أبوحنيفة والشافعي . وقال مالك : عليها الحد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : يستحب أن يحضر عند اقامة الحد على الزاني طائفة من المؤمنين بلاخلاف ، وأقل ذلك عشرة ، وبه قال الحسن البصري . وقال ابن عباس : أقله واحدة ، وروى ذلك أيضاً أصحابنا . وقال عكرمة : اثنان . وقال الزهري : ثلاثة . وقال الشافعي : أربعة .

واعلم أن البحث هنا في موضعين :

الاول : هل احضار الطائفة واجب أو مستحب ؟ قال الشيخ : أنه مستحب وأوجه ابن ادريس ، واختاره نجم الدين في المختصر^(٢) والعلامة وابن فهدفي المقتصر ، وهو المعتمد .

الثاني : في عدد الطائفة قال الشيخ هنا : عشرة . وقال في النهاية : أقلها

(١) تهذيب الاحكام ٦٠/١٠ .

(٢) المختصر النافع ص ٢٩٥ .

واحد^(١).

واختاره نجم الدين ، والعلامة وابن فهد . وقال ابن ادريس : أقلها ثلاثة ، والمعتمد مذهب النهاية .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : يفرق حسد الزاني على جميع البدن الا الوجه والفرج ، وبه قال الشافعي وأضاف أبو حنيفة الى الوجه والفرج الرأس ، وهو المعتمد .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا اشترى ذات محرم ، كالام والاخت والعمة والخالة من النسب أو الرضاع ، فوطئها مع العلم بالتحريم ، كان عليه الحد . وللشافعي قولان : أحدهما عليه الحد ، والثاني لا حد عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة على أن هؤلاء ينعقون ، فاذا وطئ حرة ذات محرم كان عليه الحد ، والحد هنا القتل . وقال الشافعي : الحد الجلد اذا قال بوجوبه ، وعلى القول الاخر فلا حد لحصول الشبهة بسبب الملك .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا ثبت الزنا لبينة ، لم يجب على الشهود حضورهم عند الرجم ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجب عليهم ذلك .

قال الشيخ : وروى أصحابنا أنه اذا وجب الرجم ، فأول من يرمم الشهود ثم الامام ، وان كان مقرأ على نفسه فأول من يرممه الامام ، قال : فعلى هذا يلزمهم الحضور .

وهذا هو المعتمد ، وهو مذهب ابن الجنيد ، وابن حمزة ، واختاره نجم الدين في الشرائع^(٢) ، والعلامة في القواعد ، واختار في المختلف^(٣) عدم وجوب

(١) النهاية ص ٧٠١ .

(٢) شرائع الاسلام ١٥٧/٤ .

(٣) المختلف ص ٢١١ كتاب الحدود .

الحضور ، واختاره فخر الدين ، فعلى هذا يكون وجوب البدأة مع الحضور .
مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا حضر الامام والشهود موضع الرجم ، فان كان الحد وجب بالاقرار ، وجب على الامام البدأة ثم يتبعه الناس ، وان كان بالبينة بدأ أولاً الشهود ثم الامام ثم الناس ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : لانجب البدأة على واحد منهم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : لا يجب الحد بالزنا الا بالاقرار أربعاً في أربع مجالس فأما دفعة واحدة فلا يثبت به على حال ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : اذا أقر دفعة واحدة لزمه الحد ، بكر أو ثانياً ، وبه قال مالك . وقال ابن أبي ليلى : لا يثبت الا بأربع مرات وان كان في مجلس واحد ، وهو المعتمد ، وهو اختيار العلامة في التحرير^(١) .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا أقر بحد ثم رجع عنه سقط الحد ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وأحد الروایتين عن مالك ، وعنه رواية أخرى أنه لا يسقط ، وبه قال الحسن البصري .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : المريض المأبوس منه اذا زنا وهو بكر ، أخذ عذق فيه مائة شمراخ أو مائة عود شد بعضها الى بعض ، ويضرب به ضربة واحدة على وجه لا يؤدى الى تلفه .

وقال أبو حنيفة : يضرب مجتمعاً ومتفرقاً ضرباً مولماً . وقال الشافعي : يضرب مائة باطراف الثياب والنعال ضرباً لا يولم ألماً شديداً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا شهد عليه أربعة شهود بالزنا فكذبهم ، أقيم عليه الحد بلاخلاف ، وان صدقهم أقيم عليه الحد ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : لا يقيم عليه الحد ، لانه سقط حكم الشهادة بالاعتراف ، والاعتراف دفعة واحدة لا يوجب الحد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا وجد الرجل على فراشه امرأة ، فظنها زوجته فوطئها ، لم يكن عليه حد ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : عليه الحد ، وروى ذلك أصحابنا .

والمعتمد عدم وجوب الحد ، لانه شبهة .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا أقر الاخرس بالزنا باشارة معقولة لزمه الحد ، وكذا اذا أقر بالقتل العمد لزمه القود ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يلزمه الحد ولا القتل .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا لاط الرجل فاقب ، كان عليه القتل ، والامام مخير بين أن يقتله بالسيف ، أو يرمي عليه حائطاً ، أو يرميه من موضع عال . وان كان دون الايقاب ، فان كان محصناً وجب عليه الرجم ، وان كان بكراً وجب عليه مائة جلدة .

والشافعي قولان : أحدهما حكمه حكم الزاني ، وبه قال محمد وأبو يوسف والاخر يقتل على كل حال ، وبه قال مالك وأحمد واسحاق الا أنهم لم يفتلوا وقال أبو حنيفة : لا يجب الحد ، وانما يجب به التعزير .

(١) تهذيب الاحكام ٣٣/١٠ .

والمعتمد أن مع عدم الايقاب يجلد بمائة جلدة، سواء كان محصناً أو غير محصن وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا أتى بهيمة ، كان عليه التعزير دون الحد، وبه قال مالك وأبو حنيفة .

وللشافعي ثلاثة أقوال : أحدها مثل قولنا ، والثاني مثل الزنا ، والثالث مثل اللواط .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : اذا شهد أربعة شهود على رجل انه زنا بامرأة فشهد اثنان على أنه اكرههما ، والاخران أنها طاوعته، قال الشافعي : لا يجب الحد وهو الاقوى عندي . وقال أبو حنيفة : عليه الحد ، وبه قال أبو العباس .

والمعتمد ماقواه الشيخ، لان الشهادة لم تكمل لكونها على فعلين، لان فعل الاكراه غير فعل المطاوعة ، وهو اختيار العلامة في القواعد^(١) والمختلف^(٢) وقوى الشيخ في المبسوط^(٣) منذهب أبي حنيفة ، واختاره ابن ادريس .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا استأجر امرأة للوطىء فوطئها لزمه الحد وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لاحد عليه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : اذا كان الزانيان كاملين ، بأن يكونا حرين بالغين عاقلين فقد احصنا ، وان كانا ناقصين بأن يفقد الشرائط فيهما لم يحصنا ، وان كان أحدهما كاملاً والاخر ناقصاً، فان كان النقص بالرق فالكمال قد احصن، وان كان

(١) قواعد الاحكام ٢٠١/٢ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٢٠٣ كتاب الحدود .

(٣) المبسوط ٨/٨ .

بالصغر لا يثبت فيهما الاحصان ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال مالك : ان كان النقص رقالم يثبت الاحصان لاحدهما وان كان صغراً احصن

الكامل .

وقال الشافعي : ان كان النقص بالرق ، فقد أحصن الكامل بلاخلاف على مذهبهم

وان كان بالصغر ففيه قولان ، قال في الام : الكامل محصن ، وفي الاملاء : لا يثبت

الاحصان لاحدهما . والمذهب الاول .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو فتوى العلامة في القواعد .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا عقد النكاح على ذات محرم له ، نسباً أو رضاعاً

أو امرأة أبيه أو ابنه ، أو تزوج بخامسة ، أو امرأة لها زوج ووطئها ، أو وطئ امرأة

بعد ان بانء باللعان ، أو بالطلاق الثلاث مع العلم بالتحريم ، فعليه القتل في

وطئ ذات الرحم ، وفي وطئ الاجنبية الحد ، وبه قال الشافعي الا أنه لم يفصل .

وقال أبو حنيفة : لاحد في شيء من هذا ، حتى قال : لو استأجر امرأة ليزني

بها فزنا فلاحد ، فان استأجرها للخدمة فوطئها فعليه الحد .

والمعتمد قول العلامة في القواعد ، قال : القتل حد أربعة :

الاول : من زنا بذات محرم ، كالام والبنت والاخت والعمة والخالة وبنت

الاخ وبنت الاخت نسباً .

الثاني : الذمي اذا زنا بالمسلمة ، سواء كان بشرائط الذمة أو لا ، وسواء

أكرهها أو طواعته ، قال : أما لو عقد عليها فانه باطل ، وفي الحاقه بالزاني مع

جهله بالتحريم عليه اشكال .

الثالث : المكره للمرأة على الزنا .

الرابع : الزاني بامرأة أبيه على رأي ، ولا يعتبر في هؤلاء الاحصان ولا الحرية

ولا الشيخوخة^(١) هذا هو المشهور . وما عدا هؤلاء الاربعة فحده الجلد أو الرجم باعتبار الاحصان وعدمه .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : اذا تكامل شهود الزنا أربعة ، ثم غابوا أو ماتوا جاز للحاكم أن يحكم بشهادتهم ، ويقيم الحد على المشهود عليه ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : متى غابوا أو ماتوا لم يحكم بشهادتهم . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : اذا تكامل شهود الزنا ، فقد ثبت الحكم بشهادتهم سواء شهدوا في مجلس واحد أو في مجالس ، وشهادتهم متفرقين أحوط ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان شهدوا في مجلس واحد ، فقد ثبت الحكم بشهادتهم وان شهدوا في مجالس فهم قدفة يحدون ، والمجلس عنده مجلس الحكم ، فلو جلس بكرة ولم يتم الى العشاء فهو مجلس واحد ، فلو شهد اثنان فيه بكرة وآخران عشية فقد ثبت الحد ، ولو جلس لحظه وانصرف ثم عاد فهما مجلسان . والمعتمد وجوب حضورهم دفعة واحدة ، فاذا جاؤا دفعة استحب تفريقهم عند اقامة الشهادة .

ولو تفرقوا في الحضور ثم اجتمعوا في مجلس الحكم لاقامة الشهادة قال العلامة في القواعد الاقرب حدهم للفرية^(٢) . وقال في التحرير : ولا يشترط اجتماعهم حال مجيئهم ، فلوجاؤا متفرقين واحداً بعد واحد واجتمعوا في مجلس واحد ثم أقاموا الشهادة ثبت الزنا^(٣) . وهذا خلاف مذهبه في القواعد .

(١) قواعد الاحكام ٢٥٢/٢ .

(٢) قواعد الاحكام ٢٥١/٢ .

(٣) تحرير الاحكام ٢٢١/٢ .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا حضر أربعة ليشهدوا بالزنا ، فشهد واحد أو ثلاثة ولم يشهد الرابع ، لم يثبت الزنا بخلاف ، ومن لم يشهد لاشيء عليه بخلاف ومن شهد فعليه حد القذف ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي في أحد قولي ، والقول الآخر لا يجب الحد . والشيخ استدل باجماع الفرق وأخبارهم واجماع الصحابة .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا شهد أربعة على رجل بالزنا ، فردت شهادة واحد منهم ، فان ردت بأمر ظاهر لاخفاء فيه على أحد ، فانه يجب على الأربعة حد القاذف ، وان ردت بأمر خفي فانه يقام الحد على مردود الشهادة دون الثلاثة . وقال الشافعي : ان ردت بأمر ظاهر ، فعلى قولين في الأربعة : أحدهما يقام عليهم الحد ، والثاني لا يقام عليهم الحد ، وان ردت بأمر خفي فمردود الشهادة لاحد عليه والثلاثة لاحد عليهم ، ومن أصحابه من قال : على قولين .

وقوى في المبسوط^(١) عدم اقامة الحد على المردود أيضاً ، واختار العلامة في المختلف^(٢) والتحرير مذهب الخلاف ، لانه مردود الشهادة ، فيجب عليه الحد كما لورد بأمر ظاهر ، والفرق بينه وبين الثلاثة أنه يعلم بفسق نفسه وهم لا يعلمون والمعتمد قول الشيخ هنا .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا شهد أربعة ثم رجع واحد منهم ، فلاحد على المشهود عليه بخلاف ، وعلى الراجع الحد بخلاف ، أما الثلاثة فلاحد عليهم . وللشافعي قولان : المنصوص عليه مثل قولنا ، وقال بعض أصحابه : هو أيضاً على قولين . وقال أبو حنيفة : عليهم الحد ، وجزم به صاحب القواعد ، قال : ولو رجعوا أو بعضهم قبل الحكم فعليهم أجمع الحد ، ولا يختص الراجع بالحد ولا بالعفو .

(١) المبسوط ٩/٨ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٢٠٣ كتاب الحدود .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا شهد أربعة ، فرجم المشهود عليه فرجع واحد وقال : تعمدت قتله كان عليه الحد والقود ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا قود عليه . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : اذا استكره امرأة على الزنا ، فلاحد عليها بلاخلاف وعليه الحد ولا مهر لها ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : لها المهر ، وهو المعتمد ، ويتكرر بتكرر الوطىء مع الاكراه واستدل الشيخ بقوله عَلَيْهَا «لامهر لبغي» وأنكره ابن ادريس ومن تابعه ، لان المكروه ليست بغية .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا زنا العبد أو الامة ، فعلى كل واحد منهما نصف الحر خمسون جلدة ، تزوجا أو لم يتزوجا ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي . وقال ابن عباس : ان تزوجا فعلى كل منهما نصف ما على الحر ، وان لم يتزوجا فلاشيء عليهما ، ومن الناس من قال : العبد كالحر يجلد ان كان بكراً ، ويرجم ان كان ثيباً . وقال داود : العبد يجلده مائة ، أما الامة فان تزوجت كان عليها نصف ما على الحرة ، وان لم تتزوج ففيه روايتان : أحدهما يجلد مائة ، والثانية لاشيء عليها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) ، ولا فرق بين الاحصان وعدوه .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : للسيد اقامة الحد على مملوكه بغير اذن الامام عبداً كان أو أمة ، مزوجة كانت الامة أو غير مزوجة ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال أبو حنيفة وأصحابه : ليس له ذلك ، والاقامة للامة فقط . وقال مالك ان كان عبداً أو أمة ليس لها زوج فله اقامة الحد عليهما ، وان كانت الامة مزوجة

(١) تهذيب الاحكام ٢٨١/١٠ .

فليس له ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : له أن يقيم الحد على مملوكه في شرب الخمر وأن يقطعه في السرقة، ويقتله بالردة، ووافقنا الشافعي في الخمر قولاً واحداً، وفي القطع في السرقة قولان : أصحهما مثل قولنا ، وفي القتل بالردة على وجهين .
واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم ، وقوله عَلَيْهِ « أقيموا الحدود على ما ملكت أيما نكم » وجزم العلامة في التحرير بما قاله الشيخ، وقال في القواعد ولو كان الحد رجماً أو قتلًا اختص بالأمم، وكذا القطع بالسرقة، ومذهب القواعد أحوط .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ : يقيم السيد الحد على مملوكه باعترافه وبالبينة ويعلمه، ووافقنا الشافعي في الاعتراف قولاً واحداً، وفي البينة على قولين، وكذلك في العلم .

والعلامة في التحرير تابع الشيخ من غير تردد، وقال في القواعد : هذا كله إذا شاهد الزنا أو أقر الزاني ، ولو قامت عنده البينة ، فالأقرب الافتقار الى اذن الحاكم . واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم وعموم الاخبار ، وهو قوي .
مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : اذا كان السيد فاسقاً أو مكاتباً أو امرأة، كان له اقامة الحد على مملوكه .

وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا، والثاني ليس له ذلك ، لان الفسق يمنع منه .

واستدل الشيخ بعموم الاخبار ، واستشكله العلامة في القواعد من العموم وكونه استصلاحاً للمال فيجوز ، ومن كونه ولاية فلايجوز ، لان المرأة والفاسق والمكاتب ليس أهلاً للولاية ، أما العلم باقامة الحدود وقدرها وأحكامها فمجمع

على اشتراطه .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : اذا وجد رجل قتيلا في دار رجل ، فقال صاحب الدار : وجدته يزني بأمرأتي ، فان كان معه بينة ، فلا يجب عليه القود ، والا كان القول قول ولي الدم ، سواء كان الرجل معروفاً بذلك أو لم يكن ، وان قال : قتلته دفعاً عن نفسي ، لانه دخل ليسرق المتاع ، فان كان معه بينة والا فالقول قول ولي الدم ، سواء كان الرجل معروفاً باللصوصية أو لم يكن ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : ان كان معروفاً باللصوصية ، كان القول قول صاحب المنزل لان الظاهر معه .

والمعتمد ان أقام البينة بأنه دخل عليه بسيف مشهور ، كان القول قول صاحب المنزل ، والا فالقول قول ولي الدم .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ : اذا شهد اثنان أنه زنا بالبصرة ، واثنان أنه زنا بالكوفة ، فلاحد عليه بلاخلاف ، وعلى الشهود الحد .
وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لا يحدون الشهود أيضاً ، وبه قال أبو حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : اذا شهد أربعة على رجل أنه زنا في هذا البيت ، وأضاف كل واحد منهم شهادته الى زاوية مخالفة للآخرى ، فلاحد على المشهود عليه ، ويحدون الشهود . وكذلك ان شهد اثنان على زاوية وآخران على زاوية اخرى ، ووافقنا الشافعي في سقوط الحد عليه . وقال في الحد : عليهم قولان .
وقال أبو حنيفة : القياس أنه لاحد على المشهود عليه ، لكن أجلده مائة ان كان بكراً ، وأرجمه ان كان ثيباً استحساناً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٢ - قال الشيخ: اذا شهد أربعة بالزنا قبلت شهادتهم، سواء تقدم الزنا أو لم يتقدم، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة وأصحابه: اذا شهدوا بزنا قديم لا تقبل شهادتهم . وقال أبو يوسف: جهدنا بأبي حنيفة أن يوقت بالتقدم شيئاً فأبى، وحكى الحسن بن زياد ومحمد عن أبي حنيفة أنهم اذا شهدوا بعد سنة لم يجز . وقال أبو حنيفة ومحمد: اذا شهد من بعد شهر من المعاينة لم يجز، وفي الجملة اذا لم يقيموها عقيب تحملها لم تقبل .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٣ - قال الشيخ: ليس من شرط احصان الرجل ^(١) الاسلام، بل من شرطه الحرية والبلوغ وكمال العقل والوطين في نكاح صحيح، فاذا وجدت هذه الشروط فقد أحصن احصان رجم، وهكذا اذا وطئ المسلم امرأته الكافرة فقد أحصنها، وبه قال الشافعي .

وقال مالك: ان كانا كافرين لم يحصن كل منهما صاحبه، لان أنكحة المشركين فاسدة عنده، وان كان مسلماً وهي كافرة فقد أحصنها، لان هذا النكاح صحيح . وقال أبو حنيفة: الاحصان شرط في الرجم، فلو كانا كافرين لم يحصنا، والمسلم لا يحصن الكافرة .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ^(٢) .

ويشترط في النكاح أن يكون العقد دائماً، فلو وطئ المتمتع بها لم يكن محصناً، ولا فرق في الدائم بين المحرة والامة وملك اليمين، كالعقد الدائم في الاحصان .

(١) في المصدر: الرجم .

(٢) تهذيب الاحكام ١٣/١٠ .

مسألة - ٤٤ - قال الشيخ : اذا قذف العبد محصناً، وجب عليه الحد ثمانون جلدة مثل الحر، وبه قال عمر بن عبدالعزيز والزهري . وقال جميع الفقهاء: أربعون جلدة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، واختار في المبسوط^(١) مذهب الفقهاء .

مسألة - ٤٥ - قال الشيخ : اذا قذف جماعة واحداً بعد واحد ، كل واحد بكلمة منفردة ، فعليه لكل واحد منهم الحد ، وبه قال الشافعي قولاً واحداً ، وان قذفهم بكلمة واحدة فقال : زنيتم أو أنتم زناة ، روى أصحابنا أنهم ان جاؤا به مجتمعين فعليه حد واحد لجميعهم ، وان جاؤا به متفرقين فعليه لكل واحد حد كامل . وللشافعي قولان ، قال في القديم : عليه للجميع حد واحد ، وقال في الجديد : عليه لكل واحد حد ولم يفصل . وقال أبو حنيفة : عليه حد واحد لجماعتهم ، سواء قذفهم بكلمة واحدة ، أو كل واحد بكلمة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٢) .

مسألة - ٤٦ - قال الشيخ : اذا قال زنيت بفلانة ، أو قال زنا بك فلان ، فعليه حدان .

وقال أبو حنيفة : عليه حد واحد ، وبه قال الشافعي في القديم ، وقال في الجديد : فيه قولان ، أحدهما حدان ، والآخر حد واحد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٣) ، وهو قول المفيد

(١) المبسوط ١٦/٨ .

(٢) تهذيب الاحكام ٦٩/١٠ .

(٣) تهذيب الاحكام ٦٧/١٠ .

وابن زهرة وأبي الصلاح ، وابن البراج واختاره العلامة في المختلف^(١)، وفخر الدين ، وابن فهد في المقتصر، وقال ابن ادريس : عليه حد واحد، واختاره نجم الدين في الشرائع^(٢).

مسألة - ٤٧ - قال الشيخ : اذا قال لرجل بابن الزانيين ، كان عليه حدان لابويه ، فان كانا حيين استوفيا ، وان كانا ميتين استوفاه ورثتهما .

وقال أبو حنيفة : عليه حد واحد. وقال الشافعي في الجديد مثل قولنا، وفي القديم مثل قول أبي حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، فان اجتمعا للمطالبة كفى حد واحد ، وان اختلفا كان عليه حدان .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ : حد القذف موروث ، يرثه كل من يرث المال من الانساب دون الاسباب .

وقال أبو حنيفة : ليس بموروث . وقال الشافعي : هو موروث ، ومن يرثه فيه ثلاثة أوجه : احدها مثل قولنا ، والثاني يرثه الرجال من العصابات ، والثالث يرثه كل من يرث المال من الانساب والاسباب ، يعني : الزوج والزوجة .

والمعتمد أنه يرثه كل من يرث المال من النساء والرجال عدا الزوج ومزوجه وهو قول الشيخ ، واستدل عليه باجماع الفرقة وأخبارهم^(٣).

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ : اذا قذف رجلا واختلفا ، فقال المقذوف : أنا حر وعليك الحد ، فقال القاذف : أنت عبد فعلي التعزير ، كان القول قول القاذف .

وقال الشافعي في كتبه مثل قولنا في القاذف ، وقال في الجنائيات : القول قول

(١) مختلف الشيعة ص ٢٢٨ كتاب الحدود .

(٢) شرائع الاسلام ١٦٣/٤ .

(٣) تهذيب الاحكام ٨٣/١٠ .

المجني عليه ، واختلف أصحابه على طريقتين ، منهم من قال المسألان على قولين : أحدهما القول قول القاذف ، والثاني القول قول المجني عليه وهو المقذوف ، ومنهم من قال : القول قول القاذف في القذف ، والقول قول المجني عليه في الجنابة . والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار نجم الدين في الشرائع^(١) ، والعلامة في المختلف^(٢) ، وفخر الدين في الايضاح^(٣) ، وهذا انما هو في المجهول حاله .

مسألة - ٥٠ - قال الشيخ : من لم يكمل فيه الحرية وقذفه قاذف ، يجلد بحساب الحرية ويعزر بحساب الرق . وقال جميع الفقهاء : عليه التعزير لا غير . استدلل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ : التعريض بالقذف ليس بقذف ، سواء كان حال الرضا أو حال الغضب ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك : هو قذف حالة الغضب وليس بقذف حالة الرضا . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٥٢ - قال الشيخ : اذا جلد الزاني الحر البكر أربع مرات قتل في الخامسة ، وكذلك في القذف يقتل في الخامسة ، والعبد يقتل في الثامنة ، وروي أن الحر يقتل في الرابعة ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : عليه الحد بالغأ ما بلغ .

والمعتمد القتل في الرابعة ، وهو المشهور عند أصحابنا ان كان حراً ، وفي التاسعة ان كان عبداً .

(١) شرائع الاسلام ١٦٤/٤ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٢٣٠ ، كتاب الحدود .

(٣) الايضاح ٥٠٢/٤ .

كتاب السرقة

مسألة - ١ - قال الشيخ : النصاب الذي يقطع به ربع دينار فصاعداً ، أو ما قيمته ربع دينار ، سواء كان دراهم أو غيرها من المتاع ، وبه قال الشافعي وأحمد وقال الخوارج وأهل الظاهر : يقطع بالقليل والكثير ، وليس للقليل حد .
وقال الحسن البصري : القطع بنصف دينار فصاعداً . وقال عثمان البتي :
القطع بدرهم فصاعداً . وقال زياد ابن أبي زياد : القطع بدرهمين فصاعداً . وقال مالك : الذي يقطع به أصلان الذهب والفضة ، فنصاب الذهب ربع دينار ، ونصاب النضة ثلاثة دراهم ، فان سرق من غيرهما قوم بالدراهم ، فاذا بلغ ثلاثة دراهم قطع .

وقال ابن أبي هريرة وأبو سعيد الخدري : القطع بأربعة دراهم فصاعداً .
وقال أبو حنيفة واصحابه : في عشرة دراهم ، فان سرق من غيرها قوم بها .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : اذا سرق ربع دينار من هذه الدراهم المعروفة المنقوشة ، وجب القطع بلا خلاف بيننا وبين الشافعي ، وان كان تبرأ من ذهب

المعادن الذي يحتاج الى شبك وعلاج فلاقطع، وان كان ذهباً خالصاً غير مضروب يقطع عندنا ، وعنده على وجهين المذهب أنه يقطع .

وقال أبو سعيد الاصطخري: لا يقطع، لان اطلاق الدينار لا يصرف اليه حتى يكون مضروباً ، ولان التقويم لا يقع الابه .

والمعتمد ان كان غير المضروب ينقص قيمته عن المضروب لا يقطع به، وانما يقطع بما بلغ قيمته ربعاً مضروباً ، هذا هو المشهور عند متأخري أصحابنا .

واستدل الشيخ بعموم الاخبار ، ثم قال : وماقاله الشافعي من القول الاخر قوي يقويه أن الاصل براءة الذمة ، والاول يقويه ظاهر الاية ، وهو يدل على ترده .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا سرق ما قيمته ربع دينار وجب القطع ، سواء كان مما هو محرز بنفسه ، كالثياب والائمان والحبوب اليابسة ونحوها ، أو غير محرز بنفسه وهو ما اذا ترك فسد ، كالفواكه الرطبة كلها من الثمار والخضراوات والتنا والبطيخ والباذنجان ونحو ذلك ، أو كان بطيخاً أو لحماً مشوباً الباب واحد ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : انما يجب النطق فيما كان محرزاً بنفسه ، أما الاشياء الرطبة والبطيخ لا يقطع فيه بحال .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : كل حبس يتمول في العادة فيه القطع ، سواء كان أصله الاباحة أو غير الاباحة ، فما لم يكن على الاباحة كالثياب والائمان والمجرب ومأصله الاباحة الصيود على اختلافها اذا كانت مباحة ، وكذلك الجوارح المعلمة . وكذلك الخشب كله الحطب وغيره ، الساج وغيره الباب واحد ، وكذلك الطين وجميع ما يعمل منه الخذف والظروف والاواني والزجاج والحجر وجميع ما يعمل منه ، وكذلك ما يخرج من المعادن كالتيقير والنفط والموميا والملح وجميع

الجواهر واليواقيت وغيرها ، وكذلك الذهب والفضة كل هذا فيه القطع ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة فيما لم يكن أصله الاباحة مثل قولنا ، وما كان أصله الاباحة في دار الاسلام لا قطع فيه ، فقال: لا قطع في الصيود كلها والجوارج كلها المعلمة وغير المعلمة ، والخشب جميعه لا قطع فيه الا ما يعمل منه انية ، كالجفان والقصاع والابواب فيكون في معموله القطع الا الساج ، فان فيه القطع معموله وغير معموله ، لانه ليس من دار الاسلام .

وله في الزجاج روايتان : أحديهما لا قطع فيه ، والثانية فيه القطع ، وكلما يعمل مسن الطين لا قطع فيه ، وكذلك كلما كان من المعادن الا الذهب والفضة والياقوت والفيروزج فان فيه القطع ، وما عداه كالمح والقبير والنفط والزرنبخ والموميا لا قطع فيه ، قال : لان جميع ذلك على الاباحة في دار الاسلام . والمعتمد قول الشيخ ، للعموم .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : لا قطع الا على من سرق من حرز ، فيحتاج الى شرطين : السرقة والحرز ، فان سرق من غير حرز لا يقطع ، وان انتهب من حرز فلا يقطع ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي .

وقال داود : لا اعتبار بالحرز ، فمتى سرق من أي موضع كان وجب القطع فاسقط اعتبار الحرز والنصاب . وقال أحمد : يقطع السارق والمنتهب والمختلس والخائن في ودبته وعاريتة ، وهو أن يجحد ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : كل موضع كان حرز الشيء من الاشياء ، فهو حرز لجميع الاشياء ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي: يختلف ذلك باختلاف الاشياء، فحرز البقل وما أشبهه دكاكين البقالين تحت الشريحة المقفلة، وحرز الذهب والفضة والثياب وغيرها في المواضع الحريزة من البيوت والدور اذا كانت عليها اقفال وثيقة، فمن ترك الجوهر أو الذهب أو الفضة في دكان البقل فقد ضيع ماله، لانه ليس حرز مثله.

واختار في المبسوط^(١) قول الشافعي، ثم قوى كون الحرز واحداً في جميع الاموال كما قاله هنا، وهو اختيار ابن ادريس، والعلامة في التحرير^(٢).

وقال في القواعد: المرجع فيه الى العرف، لعدم تنصيص الشارع عليه، قال: وهو يتحقق فيما على سارقه خطر لكونه ملحوظاً دائماً، أو مقفلاً عليه، أو مغلقاً ومدفوناً، قال: وقيل كل موضع ليس لغير المالك الدخول اليه الا باذنه^(٣) وهذا قول الشيخ في النهاية^(٤).

وظاهر العلامة في موضع آخر من التحرير اختيار مذهب الشافعي، وهو ظاهره في القواعد أيضاً، وهو الذي يقتضيه العرف.

مسألة - ٧ - قال الشيخ: الابل اذا كانت مقنطرة وكان لها سائق، فهي فسي حرز بلا خلاف، وان كان قائداً لها لا يكون في حرز الا ما كان زمامه في يده، وبه قال أبو حنيفة.

وقال الشافعي: يكون في حرز بشرطين: أحدهما أن يكون بحيث اذا انحرف اليها شاهداها كلها، والثاني أن يكون مع الالتفات اليها مراعيها لها. واختار العلامة في القواعد مذهب الشيخ هنا، وهو المعتمد.

(١) المبسوط ٢٢/٨.

(٢) تحرير الاحكام ٢٢٦/٢.

(٣) قواعد الاحكام ٢٦٧/٢ - ٢٦٨.

(٤) النهاية ص ٧١٤.

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا نقب ثلاثة ودخلوا وأخرجوا بأجمعهم متاعاً فبلغ نصيب كل واحد منهم نصاباً ، قطعناهم بلا خلاف ، وان كان أقل من نصاب فلاقطع ، سواء كانت السرقة ثقيلة أو خفيفة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي . وقال مالك : ان كانت السرقة ثقيلة فبلغت قيمة نصاب قطعناهم كلهم ، وان كانت خفيفة ففيه روايتان : أحديهما كقولنا ، والثانية كقوله في الثقيلة ، وروى أصحابنا اذا بلغت السرقة نصاباً وأخرجوها بأجمعهم وجب عليهم القطع ولم يفصلوا ، والاول أحوط .

واحتج الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا نقب ثلاثة وأخرج كل منهم شيئاً ، قوم فان بلغ قيمته نصاباً وجب قطعه ، وان نقص لم يقطع ، وبه قال الشافعي ومالك . وقال أبو حنيفة : اجمع ما أخرجوه وأقومه وافض على الجميع ، فان أصاب كل واحد منهم نصاباً قطعته ، وان نقص لم أقطعه . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا نقب ثلاثة وكوروا المتاع ، وأخرجه واحد منهم دون الباقيين ، فالقطع على من أخرج دون من لم يخرج ، وبه قال مالك والشافعي . وقال أبو حنيفة : أفض السرقة على الجماعة ، فان بلغ حصة كل واحد نصاباً قطعت الجميع ، وان نقصت لم أقطع واحداً منهم . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا نقبا معاً ، فدخل أحدهما فأخرج نصاباً الى رفيقه ، فأخذه رفيقه من خارج الحرز ، أو رماه من داخل الى خارج الحرز فأخذه رفيقه ، أو أخرج يده الى خارج الحرز والسرقة فيها ثم رده الى الحرز ، فالقطع في هذا ، المسائل الثلاث على الداخل ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يقطع

واحد منهما .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا نقبا معاً ، ودخل أحدهما وقرب المتاع الى باب البيت من داخل ، فأدخل الخارج يده فأخذه من جوف الحرز ، فعليه القطع دون الداخل ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : لا قطع على واحد منهما .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا نقب وحده ودخل فأخرج ثمن دينار ، ثم عاد من ليلته أو من الليلة الثانية فأخرج ثمن دينار آخر ، فقد كمل النصاب ولا قطع عليه ، وبه قال أبو اسحاق المروزي .

وقال ابن سريج : عليه القطع . وقال ابن خيران : ان عاد بعد أن اشتهر في الناس هتك الحرز فلا قطع وان عاد قبل ان يشتهر هتكه فعليه القطع .

واختاره العلامة في المختلف^(١) ، واستدل الشيخ على عدم القطع باصالة براءة الذمة ، ولانه لما هتك الحرز أخرج أقل من النصاب فلم يجب القطع ، فلما عاد ثانياً لم يخرج من الحرز ، لانه كان مهتوكاً بالفعل الاول ، فلم يكن سارقاً من الحرز نصاباً ، فلا يجب القطع ، ثم قال : ولو قلنا انه يجب عليه القطع ، لان النبي ﷺ قال : من سرق ربع دينار كان عليه القطع . ولم يفصل كان قوباً .

وقال العلامة في التحرير : ولا يشترط اخراج النصاب دفعة على الاقوى ، فلو أخرجه دفعات ، فالاقرب وجوب الحدان لم يتخلل اطلاع المالك ولم يطل الزمان بحيث لا يسمى سرقة واحدة ، كما لو أخرجه دفعات فالاقرب وجوب الحد ان لم يتخلل اطلاع المالك ولم يطل الزمان بحيث لا يسمى سرقة واحدة ، كما

(١) مختلف الشيعة ص ٢٢١ كتاب الحدود .

لو أخرجه في ليلتين^(١) ، وهذا هو المعتمد ، وهو قريب من تفصيل ابن خيران .
 مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا دخل الحرز وذبح شاة ، فعليه ما بين قيمتهما
 حية ومذبوحة ، فان أخرجها بعد الذبح ، فان كان قيمتها نصاباً فعليه القطع ، وان
 كانت أقل فلا قطع عليه ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف .
 وقال أبو حنيفة ومحمد : لا قطع عليه ، بناءً على أصله في الاشياء الرطبة أنه
 لا قطع فيها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا نقب ودخل الحرز ، فأخذ ثوباً وشقه ، فعليه
 ما نقص بالشق ، فان أخرجه وبلغت قيمته نصاباً فعليه القطع ، والا فلا قطع ، وبه
 قال أبو يوسف ومحمد والشافعي .

وقال أبو حنيفة : اذا شقه بحيث صار كالمستهلك ، فالمالك بالخيارين أخذه
 وأرش النقص ، وبين تركه عليه وأخذ كمال القيمة ، بناءً على أصله في الغاصب
 اذا فعل في الثوب هكذا ، فان اختار أخذ قيمة الكل فلا قطع ، لانه قد ملكه قبل
 اخراجه من الحرز بسبب اختيار القيمة ، وان اختار أخذ الثوب والارش ، فان
 كان قيمته نصاباً فعليه القطع والا فلا .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا سرق ما قيمته نصاب ، فلم يقطع حتى نقصت
 قيمته لنقصان السوق فعليه القطع ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه .
 والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا سرق عيناً تجب فيها القطع ، فلم يقطع حتى
 ملك العين بهبة أو شراء ، لم يسقط القطع عنه سواء ملكه قبل الترافع أو بعده ،

(١) تحرير الاحكام ٢/٢٣٢ .

بل اذا ملكها قبل الترافع لم يقطع ، لان القطع يسقط^(١) لكن لانه لامطالبة بها ولاقطع بغير مطالبة بالسرقة ، وبه قال الشافعي ومالك وأبو ثور .

وقال أبو حنيفة ومحمد : متى ملكها سقط القطع ، سواء قبل الترافع أو بعده .
وقال قسوم من أصحاب الحديث : ان ملكها قبل الترافع سقط القطع ، وان كان بعده قطعناه ، وهو اختيار العلامة ، وهو المعتمد .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا سرق عبداً صغيراً لا يعقل أنه لابنغي أن يقبل الامن سيده ، وجب عليه القطع ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي . وقال أبو يوسف : لاقطع عليه كالكبير .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا سرق حراً صغيراً لاقطع عليه ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال مالك : عليه القطع ، وقد روى أصحابنا ذلك أيضاً ، وبه قال في النهاية^(٢) والمعتمد أنه اذا سرق حراً صغيراً وباعه قطع لفساده ليرتدع غيره ، وان لم يبعه لم يقطع بل يؤدب ، وهو مذهب العلامة في القواعد والتحرير والمختلف ، قال فيه : لان وجوب القطع في سرقة المال انما كان لصيانته وحراسته ، وحراسة النفس أولى ، فوجوب القطع أولى لامن حيث أنه سارق ، بل من حيث أنه من المفسدين^(٣) .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا سرق مصاحف ، أو كتب الادب ، أو كتب الفقه ، أو كتب الاشعار أو غير ذلك ، وكان قيمته نصاباً وجب القطع ، وبه قال

(١) في المصدر : مشروط .

(٢) النهاية ص ٧٢٢ .

(٣) المختلف ص ٢٢٥ كتاب الحدود .

الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا قطع في شيء من ذلك .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا سرق من ستارة الكعبة ما قيمته ربع دينار وجب قطعه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه ، وهو اختيار ابن ادريس ، وظاهر العلامة في المختلف ، ولم يختر في القواعد والتحرير شيئاً .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا استعار بيتاً وجعل متاعه فيه ، ثم ان المعير نقب البيت وسرق المتاع ، وجب قطعه ، وبه قال الشافعي . وقال بعض أصحابه : لا قطع عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو فتوى العلامة في التحرير .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : اذا اكرى داراً وجعل فيها متاعه ، فنقب المكري وسرق المتاع ، فعليه القطع ، وبه قال الشافعي وأصحابه وأبو حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لا قطع عليه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا نقب المراح وحلب من الغنم ما قيمته نصاب وجب قطعه ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه ، بناءً على أصله في الاشياء الرطبة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : اذا سرق الضيف من بيت مقفل أو مغلق ، وجب قطعه ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا سرق العبد كان عليه القطع كالحر ، سواء كان

آبقاً أو غير آبق ، وعليه اجماع الصحابة ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه ان كان آبقاً ببناء أعلى أصله في القضاء على الغائب
لان قطعه وهو آبق قضاء على سيده وهو غائب فلا يجوز .
والمعتمد قول الشيخ ، للعموم .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : روى أصحابنا أن السارق اذا سرق عام المجاعة
لاقطع عليه ولم يفصلوا .

وقال الشافعي : اذا كان الطعام موجوداً مقدوراً عليه لكن بالثمن الغالي ، فعليه
القطع ، وان كان القوت متعذراً ، فسرق طعماً فلاقطع عليه .

والمعتمد عدم القطع على سارق الطعام في عام المجاعة ، ويقطع سارق غيره .
مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : النباش يقطع اذا أخرج الكفن من القبر الى وجه
الارض ، وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف وأحمد . وقال الثوري وأبو حنيفة
ومحمد : لا يقطع النباش ، لان القبر ليس بحرز .

والمعتمد القطع ، ولا يشترط في الكفن بلوغ النصاب على المختار من مذاهب
الاصحاب .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا سرق نصاباً من حرز ، وجب قطع يده اليمنى
فان عاد ثانياً قطعت رجله اليسرى ، وبه قال جميع الفقهاء الا عطاء ، فانه قال : يقطع
يده اليسرى .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا سرق السارق بعد قطع اليد اليمنى والرجل
اليسرى ، خلد الحبس في الثالثة ولاقطع عليه ، فان سرق في الحبس من الحرز
وجب عليه القتل .

وقال الشافعي : يقطع يده اليسرى في الثالثة ، ورجله اليمنى في الرابعة ، وبه

قال مالك . وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد : لا يقطع في الثالثة مثل قولنا الا أنهم لم يقولوا بتخليد الحبس .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : موضع القطع في اليد من أصول الاصابع دون الكف ، ويترك له الإبهام ، ومن الرجل عند معقد الشراك من عند الناتي على ظهر القدم ، ويترك له مايمشي عليه ، وهو المشهور عن علي عليه السلام .

وقال جميع الفقهاء : ان القطع في اليد من الكوع ، وهو المفصل الذي بين الكف والذراع ، ويقطع الرجل من المفصل الذي بين الساق والقدم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٢) .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : قدينا أن السارق اذا سرق رابعاً قتل ، ولا يتقدر عليه بعد الرابعة حكم . وقال الفقهاء : اذا سرق بعد الرابعة يعزر . وقال عمر بن عبد العزيز : يقتل في الخامسة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : الذمي اذا شرب الخمر متظاهراً وجب الحد عليه وان شربه غير متظاهر فلا حد عليه . وقال الشافعي : لاحد عليه ولم يفصل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٣) .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : المستأمن اذا دخل بلد الاسلام وتظاهر في شرب الخمر ، وجب عليه الحد ، وان زنا بمشركة وجب عليه الجلد ان كان بكراً ، والرجم ان كان محصناً ، وان زنا بمسلمة كان عليه القتل محصناً وغير محصن ، وان سرق

(١) تهذيب الاحكام ١٠٤/١٠ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٠٢/١٠ .

(٣) تهذيب الاحكام ٩١/١٠ .

نصاباً من حرز وجب عليه القطع .

وقال الشافعي : لاحد عليه في شرب ولافي الزنا بمشركة ، وله في السرقة قولان : أحدهما يقطع ، والثاني وهو الصحيح عندهم لا يقطع . أما الغرم فانه يلزمه بلاخلاف .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا سرق شيئاً موقوفاً ، مثل دفتر أو ثوب وكان نصاباً من حرز ، كان عليه القطع .

وللشافعي قولان مبنيان على انتقال الوقف ، وله فيه قولان : أحدهما ينتقل الى الله تعالى ، فعلى هذا في القطع وجهان : أحدهما يقطع كما يقطع في ستارة الكعبة وبواري المسجد ، والثاني لا يقطع كالصيود والاحطاب . والقول الثاني أن الوقف ينتقل الى ملك الموقوف عليه ، فعلى هذا في القطع وجهان أيضاً : أحدهما يقطع وهو الصحيح عندهم ، والثاني لا يقطع ، لان الملك ناقص .

والمعتمد القطع في الوقف الخاص ، لانه ينتقل الى الموقوف عليه ، وأما الوقف العام فلاقطع فيه .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اذا سرق دفعة بعد أخرى ، وطولب دفعة واحدة بالقطع ، لم يجب عليه الاقطع يده فحسب بلاخلاف ، فان سرق بعضهم وطالب بالقطع فقطع ، ثم طالب الباقيون روى أصحابنا أنه يقطع للآخرين أيضاً .

وقال الشافعي وجميع الفقهاء : أنه لا يقطع للآخرين ، لانه اذا قطع في سرقة فلا يقطع دفعة أخرى قبل أن يسرق .

قال الشيخ : وهذا قوي غير أن الرواية ماقلناه ، واستدل الشيخ هنا بالاية والخبر واجماع الفرقة .

وقال في المبسوط : اذا تكررت منه السرقة فسرق مراراً من واحد أو من

جماعة ولم يقطع ، فالقطع مرة واحدة ، لانه حدى من حدود الله ، فاذا تراءفت تداخلت كحد الزنا وشرب الخمر ، فاذا ثبت أن القطع واحد ، نظرت فان اجتمع المسروق منهم وطالبوه بأجمعهم ، قطعناه وغرم لهم ، وان سبق واحد منهم فطالب بما سرق منه وكان نصاباً غرمه و قطع ، ثم كل من جاء بعده من القوم فطالب بما سرق منه غرمناه ولم يقطعه ، لانا قد قطعناه بالسرقه ، فلا يقطع قبل أن يسرق مرة أخرى^(١) .
وتبعه ابن ادريس ، واختاره العلامة في المختلف^(٢) ، وهو المعتمد .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ: اذا كانت يمينه ناقصة الاصابع ولم يبق الا واحدة قطعت بلاخلاف ، وان لم يكن فيها أصبع قطع الكف ، وان كانت شلاء روى أصحابنا أنها يقطع ولم يفصلوا .

وللشافعي قولان : أظهرهما مثل قولنا ، ومن أصحابه من قال : لا يقطع ، لانه لامنفعة فيها ولاجمال ، وان كانت شلاء مرجع الى أهل المعرفة بالطب ، فان قالوا: اذا قطعت اندملت قطعت ، وان قالوا : تبقى أفواه العروق مفتحة لم يقطع .

واستدل الشيخ هنا بالاية والرواية واجماع الفرقه .

وقال في المبسوط : واذا سرق وله يمين كاملة أو ناقصة قد ذهب أصابعها الا واحدة ، قطعنا يمينه الكاملة أو الناقصة للاية والخبر ، وان لم يبق فيها أصبع وانما بقي الكف وحدها أو بعض الكف ، قال قوم: يقطع ، وقال آخرون: لا يقطع ويكون كالمعدومة ، ويحول القطع الى رجله اليسرى ، لانه لامنفعة فيها ولاجمال وعندنا لا يقطع ، لان القطع عندنا لا يتعلق الا بالاصابع ، فمن ليس له أصابع لم يجب قطع غيرها الابدليل^(٣) . واختاره العلامة في المختلف ، قال : واحتجاجة

(١) المبسوط ٣٨/٨ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٢٢٠ .

(٣) المبسوط ٣٨/٨ .

في الخلاف مدفوع بما قاله في المبسوط^(١).

والمعتمد أن القطع لا يتعدى الى الكف ولا الى الإبهام بحال ، كما هو مذهب المبسوط ، أما قطع اليد الشلاء ، فقد اختار هنا وفي النهاية^(٢) قطعها ولم يفصل وبه قال ابن الجنيد ، والصدوق ، وابن ادريس ، ونجم الدين ، والعلامة في القواعد^(٣) والتحرير^(٤) ، وفصل في المبسوط^(٥) الى الاندمال وعدمه والرجوع الى قول أهل الطب ، كما قاله بعض أصحاب الشافعي ، وبه قال ابن البراج وابن حمزة واختاره العلامة في المختلف ، قال : لان الحد اذا لم يشتمل على القتل تعين فيه الاحتياط في الحفظ ، والتقدير حصول الخطر مع عدم الاندمال ، فيسقط القطع احتياطاً لبقاء النفس^(٦).

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : اذا سرق ويساره مفقودة أو ناقصة ، قطعت يمينه

وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان كانت يساره مفقودة أو ناقصة نقصاً ذهب به معظم المنفعة

كنقصان إبهام أو أصبعين ، لم يقطع يمينه . وان كانت ناقصة أصبعاً واحدة قطعنا يمينه . وهكذا قوله اذا كانت رجله اليمنى لا يطبق المشي عليها ، لم يقطع رجله اليسرى .

والمعتمد قول الشيخ . وقال ابن الجنيد : لا يقطع اليمنى مع فقد اليسرى

(١) مختلف الشيعة ص ٢٢٥ .

(٢) النهاية ص ٧١٧ .

(٣) قواعد الاحكام ٢/٢٧١ .

(٤) تحرير الاحكام ٢/٢٣١ .

(٥) المبسوط ٨/٣٨ - ٣٩ .

(٦) مختلف الشيعة ص ٢٢٣ .

لرواية عبدالرحمن بن الحجاج^(١).

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : كل عين قطع السارق بهامرة ، فاذا سرقها مرة أخرى قطعناه بها ، حتى لو تكرر ذلك منه أربع مرات قتلناه في الرابعة ، وبه قال الشافعي الا أنه لم يعتبر القتل ، بناءً على أصله ، ولا فرق بين أن يسرقها من الذي سرقها منه أولاً أو من غيره .

وقال أبو حنيفة : اذا قطع السارق بالعين مرة ، لم يقطع بها مرة أخرى ، الا أن يكون غزلاً فيسرقه ، فاذا قطع به غزلاً ثم نسج الغزل وسرقه منسوجاً قطع به مرة أخرى .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ : لا يثبت الحكم بالسرقه ولا يجب القطع الا بالافرار مرتين ، ولا يثبت بالمرة الواحدة ، وبه قال ابن شبرمة وأبو يوسف وأحمد واسحاق وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : يثبت بالافرار مرة واحدة ، ويجب النرم والقطع . والمعتمد وجوب العموم بالافرار مرة ، أما الحد فلا يجب الا بالاقرار مرتين .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : اذا ثبت القطع باعترافه ثم رجع عنه سقط برجوعه وبه قال جميع الفقهاء الا ابن أبي ليلى ، فانه قال : لا يسقط ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(٢) ، وابن ادريس ، ونجم الدين في الشرائع^(٣) ، والعلامة في القواعد واختار في المختلف مذهب الشيخ هنا .

والمعتمد مذهب المبسوط .

مسألة - ٤٢ - قال الشيخ : اذا قامت البينة بأنه سرق نصاباً من حرز لغائب

(١) تهذيب الاحكام ١٠٨/١٠ .

(٢) المبسوط ٤٠/٨ .

(٣) شرائع الاسلام ١٢٦/٤ .

وليس للغائب وكيل ، لم يقطع حتى يحضر الغائب . وكذلك ان قامت عليه بينة بانه زنا بأمة غائب ، لم يقم عليه الحد حتى يحضر ، وان أقر بالسرقة أو بالزنا أقيم عليه الحد فيهما .

وقال الشافعي نصاً: أنه لا يقطع في السرقة، ويحد في الزنا . واختلف أصحابه على ثلاث طرق ، قال أبو العباس : لا يحد ولا يقطع . وقال أبو اسحاق : المسألة على قولين : أحدهما لا يحد ولا يقطع ، والآخر يحد ويقطع . وقال أبو الطيب بن سلمة وابن الوكيل : لا يقطع في السرقة ويحد في الزنا .

احتج الشيخ بأنه يحتمل أن يكون الغائب أباح له العين المسروقة ، أو ملكه اياها وواقفها عليه ، أو كانت ملكاً للسارق عنده بقصب أو ودبعة أو غير ذلك . ويحتمل أن يكون قد أباح له وطىء الامة أو مته اياها ، واذا احتمل ذلك لم يقطع ولم يحد للشبهة ، وأما مع الافرار ، فانه يحد ويقطع لانتفاء الشبهة .

وابن ادريس اختار أنه مع قيام البينة يحد في الزنا ، لانه حق لله محض ، فلا يتوقف على المطالبة ، أما القطع في السرقة فلا ، لانه حق مشترك متوقف على المطالبة . واختار العلامة في المختلف مذهب الشيخ هنا ، وهو قوي .

والمتقدمان ادعى بعد قيام البينة بالزنا أن المالك حللها له أو متعه اياها سقط الحد ، والواجب الحد . وأما حد السرقة ، فيسقط حتى يحضر الغائب ويطالب به . مسألة - ٤٣ - قال الشيخ : اذا سرق عيناً يقطع في مثلها قطعناه ، فان كانت العين باقية ردها بلاخلاف ، وان كانت تالفة غرم قيمتها ، وبه قال الشافعي وأحمد سواء كان السارق غنياً أو فقيراً .

وقال أبو حنيفة : لأجمع له بين الغرم والقطع ، فان غرم ماسرق سقط القطع وان قطعه السلطان سقط الغرم . وقال مالك : يغرم ان كان موسراً ، ولا يغرم ان كان معسراً ، ولا يبي حنيفة تفصيل ، قال : اذا سرق ثوباً فصبغه أسود لا يرد الثوب ، لان

السواد جعله كالمستهلك، وان صبغه أجمر رده، لان الحمرة لم يجعله كالمستهلك.
والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة -٤٤- قال الشيخ: اذا سرق العبد من مال مولاه لاقطع عليه، وبه قال جميع الفقهاء . وقال داود : يقطع .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ٤٥ - قال الشيخ : اذا سرق الرجل من مال ولده ، فلاقطع عليه بلاخلاف ، الا من داود فانه قال : عليه القطع . واذا سرق الولد من مال والديه أو أحدهما أو جده أو جدته أو أجداده من قبل امه وان علوا، كان عليه القطع . وقال جميع الفقهاء : لاقطع عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
مسألة - ٤٦ - قال الشيخ : اذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر من حرز فعليه القطع ، وبه قال مالك .
وللشافعي قولان : أحدهما عليه القطع ، وهو اختيار المزني وأبي حامد ، والآخر لاقطع عليه، وبه قال أبو حنيفة. وهكذا الخلاف في عبد كل منهما اذا سرق من مال مولى الآخر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
مسألة -٤٧- قال الشيخ : يقطع الام بالسرقة من مال ولدها، وبه قال داود .
وقال جميع الفقهاء : لاقطع عليها .

والمعتمد قول الشيخ .
مسألة -٤٨- قال الشيخ: من خرج من عمود الآباء والاولاد من ذوي الارحام اذا سرق من الآخر ، فهو بمنزلة الاجنبي يجب عليه القطع ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : كل شخص بينهما رحم محرّم بالنسب ، فالقطع ساقط .

بينهما .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ: روى أصحابنا أنه اذا سرق الرجل من بيت المال اذا كان له سهم فيه أكثر من نصيبه، وجب عليه القطع اذا زاد عن نصيبه بقدر النصاب وكذلك اذا سرق من مال الغنيمة .

وقال جميع الفقهاء: لا قطع عليه، واختاره العلامة في القواعد، وهو المعتمد .
مسألة - ٥٠ - قال الشيخ : اذا سرق شيئاً من الملامي وعليه حلي قيمته نصاب وجب القطع، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة: لا قطع عليه، بناءً على أصله .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ : من سرق من جيب غيره وكان باطلاً ، بأن يكون عليه قميص آخر أو من كفه كذلك، كان عليه القطع . وان سرق من الجيب الاعلى أو الكم الاعلى فلا قطع عليه ، وسواء شده في الكم من داخل أو من خارج .
وقال جميع الفقهاء : عليه القطع ، ولم يعتبروا قميصاً فوق قميص ، الا أن أبا حنيفة قال: اذا شده في كفه، فان شده من داخل وتركه من خارج فلا قطع عليه وان شده من خارج وتركه من داخل فعليه القطع .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٢ - قال الشيخ : اذا ترك الجمال والاحمال في مكان وانصرف في حاجة كانت في غير حرز ، فلا قطع على من سرق شيئاً منها ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة: ان أخذ اللص الزائلة بما فيها فلا قطع عليه، لانه أخذ الحرز وان شق الزائلة وأخذ المتاع من جوفها فعليه القطع .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٥٣- قال الشيخ : من سرق باب دار رجل قلعه وأخذه ، أو هدم من حائطه أجرأ قيمته تبلغ نصاباً كان عليه القطع ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه ، لانه ماسرق ، وانما هدم . ومنع ابن ادريس القطع ، واختاره العلامة في المختلف .

والمعتمد القطع في الباب اذا كان في العمران ، والاخر ان أخذه وبلغت قيمته نصاباً قطع ، وان هدم ولم يأخذ فلا قطع ، وهو فتوى القواعد .
مسألة -٥٤- قال الشيخ : اذا أقر العبد على نفسه بالسرقة لا يقبل اقراره .
وقال جميع الفقهاء : يقبل ويقطع .

واحتج الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم ، والمعتمد قول الشيخ .
مسألة -٥٥- قال الشيخ : اذا قصده رجل فقتله دفعاً عن نفسه فلا ضمان ، سواء قتله بالسيف أو المثل ، ليلا كان أو نهاراً ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة : ان كان بالسيف مثل قولنا ، وان كان بالمثل وكان ليلا مثل ذلك ، وان كان نهاراً كان عليه الضمان .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٥٦- قال الشيخ : اذا سرق الغانم من أربعة أخماس الغنيمة ما يزيد على نصيبه نصاباً قطع .
وللشافعي وجهان : أحدهما يقطع ، والاخر لا يقطع ، لان له في كل جزء نصيباً .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة ، وتبعه ابن البراج ، وهو مذهب ابن الجنيدي ، وقال المفيد : لا يقطع ، واختاره ابن ادريس وفخر الدين .

كتاب قطاع الطريق

مسألة ١- قال الشيخ: المحارب الذي ذكره الله تعالى في آية المحاربة^(١) هم قطاع الطريق الذين يشهرون السلاح ويخيفون السبل، وبه قال ابن عباس وجماعة الفقهاء .

وقال قوم : هم أهل الذمة اذا نقضوا العهد ولحقوا بدار الحرب . وقال ابن عمر : المراد بالاية المرتدون .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأنصارهم^(٢) .

مسألة ٢- قال الشيخ : اذا أشهر السلاح وأخاف السبيل لقطع الطريق ، كان حكمه اذا ظفر به الامام التعزير ، وتعزيره أن ينفيه من البلد ، وان قتل ولم يأخذ المال قتل ، والقتل تحتم عليه لايجوز العفو عنه ، وان قتل وأخذ المال قتل وان أخذ المال ولم يمتل قطعت يسه ورجله من خلاف ، وينفى من الارض متى ارتكب شيئاً من هذا، ويتبعهم اينما كانوا، فاذا قدر عليهم أقام عليهم هذه الحدود وبه قال ابن عباس والشافعي ومحمد بن الحسن .

(١) سورة المائدة : ٣٣ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٠ / ١٣١ .

ومثله قول أبي حنيفة ، الا أنه خالف في فصلين ، قال: اذا قتل وأخذ المال فطع وقتل ، وعندنا يقتل ويصلب ، والثاني النفي عندنا ما قدمناه ، وعند النفي هو الحبس ، وحكى الطحاوي عن أبي حنيفة مثل مذهبنا ، وليس كما حكاه ، وانما ذلك مذهب محمد بن الحسن ، فأما مذهبه فما حكاه الكرخي في الجامع الصغير أن الامام مخير بين أربعة أشياء يقطع من خلاف ويقتل ، أو يقطع من خلاف ويصلب ، وان شاء قتل ولم يقطع ، وان شاء صلب ولم يقطع والكلام عليه يأتي . وقال مالك : الآية مرتبة على صفة قاطع الطريق ، وهو اذا أشهر السلاح وأخاف السبيل لقطع الطريق كانت عقوبته مرتبة على صفته ، فان كان من أهل الرأي والتدبير قتله ، وان كان من أهل الفساد دون التدبير قطعه من خلاف ، وان لم يكن من أهل واحد منهما نفاه من الارض ، ونفيه أن يخرج الى بلد آخر ويحبسه فيه . وذهب قوم منهم الحسن البصري وعطا ومجاهد وابن المسيب الى أن الامام مخير بين أربعة أشياء : القتل والصلب والقطع والنفي من الارض يخرج من هذا مذهبان : التخيير عند التابعين ، والترتيب عند الفقهاء .

والمعتمد التخيير ، وهو مذهب المفيد ، وسلاز ، وابن ادريس ، ونجم الدين والعلامة في المختلف^(١) والتحرير^(٢) ، وفخر الدين ، وابن فهد ، لدلالة القرآن عليه .

قال نجم الدين في الشرائع : واستند في التفصيل الى الاحاديث الدالة عليه وتلك الاحاديث لاتنفي عن ضعف في أسناد أو اضطراب في متن ، أو قصور في دلالة ، فالاولى العمل بالاول تمسكاً بظاهر الآية^(٣) .

(١) مختلف الشيعة ص ٢٢٦ كتاب الحدود .

(٢) تحرير الاحكام ٢٣٣/٢ .

(٣) شرائع الاسلام ١٨١/٤ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : قد بينا أن نفيه من الارض أن يخرج من بلده، ولا يترك أن يستقر في بلد حتى يتوب ، فان قصد بلد الشرك منع من دخوله وقوتلوا على تمكينهم من دخوله اليهم .

وقال أبو حنيفة: نفيه أن يحبس في بلده . وقال أبو العباس بن سريج : يحبس في غير بلده .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا قتل المحارب تحتم القتل عليه ولم يجز العفو عنه لاحد ، وبه قال الشافعي . وقال بعض الناس على التخيير .

وحكي عن أبي حنيفة أنه قال : ان قتل وأخذ المال تحتم قتله ، وان قتل ولم يأخذ المال كان الرابي بالخيار بين القتل والعفو ، وهو ظاهر نجم الدين ، والعلامة في القواعد والتحرير .

قال نجم الدين في الشرايع : اذا قتل المحارب غيره طلباً للمال تحتم قتله قوداً ان كان المقتول كفوياً ، ومع عفو الولي حد ، سواء كان المقتول كفوياً أو لم يكن ، ولو قتل لاطلباً للمال كان كقاتل العمد وأمره الى الرابي^(١) . ومثله قول العلامة في القواعد والتحرير ، وهو قريب مما حكي عن أبي حنيفة ، الا أن أبا حنيفة اشترط في تحتم القتل أخذ المال ، وظاهر أصحابنا أنه اذا قتل طلباً للمال تحتم قتله قصاصاً أو حداً ، سواء أخذ المال أو لم يأخذه اذا كان القتل طلباً له . والمعتمد قول نجم الدين والعلامة ، وهذا على القول بالترتيب والتخيير ، لان القايل بالتخيير قائل بقتله هنا .

مسألة - ٥ - قال الشيخ: الصلب لا يكون الا بعد أن يقتل ، ثم يصلب وينزل بعد ثلاثة أيام ، وبه قال الشافعي .

وقال ابن أبي هريرة : لا ينزل بعد ثلاثة بل يترك حتى يسيل صديده . وقال قوم من أصحابه : يصلب حياً ويترك حتى يموت . وعن أبي يوسف روايتان : احديهما مثل قولنا ، والاخرى يصلب حياً وينعج بطنه بالرمح .

وقال نجم الدين والعلامة: ويصلب المحارب حياً على القول بالتخيير، ومقتولا على القول الاخر ، وهذا هو المعتمد ، ولا يترك على خشبة أكثر من ثلاثة .

مسألة ٦ - قال الشيخ: قد بينا أن المحارب اذا أخذ المال قطع، ولا يجب قطعه حتى يأخذ نصاباً يجب فيه القطع في السرقة .

وللشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا وعليه عامة أصحابه، وقال بعضهم: يقطع في قليل المال وكثيره ، وهو قوي أيضاً ، لعموم الاخبار .

واعلم أن هذا البحث مبني على الترتيب . أما على التخيير، فيجوز قطعه وان لم يأخذ فلافائدة في هذا البحث على القول بالتخيير كما هو المختار .

مسألة ٧ - قال الشيخ: اذا قتل المحارب ولدأ أو عبداً، أو كان مسلماً وقتل ذمياً فانه يقتل .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لا يقتل وهو أصحابهما عنده . والمعتمد أنه يقتل حداً لا قوداً .

مسألة ٨ - قال الشيخ : حكم قطاع الطريق في البلد والبادية سواء ، مثل أن يحاصروا قرية ويفتحوها ويغلبوا أهلها ، أو يفعلوا هذا في بلد صغير ، أو في طرف من أطراف البلد، أو كان بهم كثرة فأحاطوا ببلد كبيرة فاستولوا عليهم الحكم فيهم واحد . وهكذا القول في دغار البلد اذا استولوا على أهله وأخذوا أموالهم على خيفة لا غوث لهم الباب واحد ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف .

وقال مالك : قطاع الطريق من كان في البلد على مسافة ثلاثة أميال، فان كان دون ذلك فليسوا بقطاع الطريق . وقال أبو حنيفة ومحمد : اذا كانوا في البلد

أو بالقرب منه مثل ما بين الحيرة والكوفة أو بين قريتين ، لم يكونوا قطاع الطريق .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ٩ - قال الشيخ : لا يجب أحكام المحارب على الطليع والرد ، وإنما يجب على من يباشر القتل ، أو يأخذ المال ، أو يجمع بينهما ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : الحكم يتعلق بالجميع ، فلو أخذ واحد المال قطعوا كلهم . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا جرح المحارب جرحاً يجب فيه القصاص وجب القصاص بلاخلاف ، ولا يتحتم بل للمجروح العفو . وللشافعي قولان : أحدهما لا يتحتم ، والاخر يتحتم .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، وهو اختيار نجم الدين ، والعلامة في القواعد ، وذهب الشيخ في المبسوط^(٢) الى تحتم القصاص كتحتم القتل ، واختاره العلامة في المختلف .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : المحارب اذا وجب عليه حد من حدود الله تعالى لاجل المحاربة ، مثل القتل أو القلع من خلاف أو الصلب ، ثم تاب قبل قيام الحد سقط بلاخلاف ، وان تاب بعد القدرة عليه لم يسقط بلاخلاف ، وما يجب عليه من حدود الادميين لا يسقط ، وما يجب عليه من حدود الله التي لا يتعلق بالمحاربة كحد الزنا وغيره ، فانها يسقط عندنا بالتوبة قبل القدرة عليه . وللشافعي قولان احدهما يسقط ، والاخر لا يسقط .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة على أن التائب قبل اقامة الحد يسقط عنه .

(١) تهذيب الاحكام ١٠/١٣٢ .

(٢) المبسوط ٨/٥٠ - ٥١ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا اجتمع حد القذف وحد الزنا وحد السرقة
 ووجوب التطع في المحاربة ووجوب القتل قوداً في غير المحاربة، فاجتمع حدان
 عليه وقطعان وقتل ، فانه يستوفى منه الحدود كلها ثم يقتل ، وبه قال الشافعي .
 وقال أبو حنيفة: يسقط كلها ويقتل ، فان القتل يأتي على الكل الا حد القذف
 فانه قال : يقام عليه أولاً ثم يقتل .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : أحكام المحاربين يتعلق بالرجال والنساء سواء
 على ما فصلناه في العقوبات، وبه قال الشافعي . وقال مالك: لا يتعلق أحكام المحاربين
 بالنساء .

والمعتمد قول الشيخ .

كتاب الاشربة

مسألة - ١ - قال الشيخ : من شرب الخمر، وجب عليه الحد اذا كان مكلفاً
بلاخلاف، فان تكرر منه ذلك وكثر قبل أن يقام عليه الحد ، اقيم عليه حد واحد
بلاخلاف ، فان شرب فحد، ثم شرب فحد ، ثم شرب فحد، ثم شرب رابعاً قتل
عندنا. وقال جميع الفقهاء: لاقتل عليه ، وانما يقام عليه الحد بالغأ ما بلغ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١)، وانما اختلفوا
في القتل في الثالثة والرابعة ، والمشهور في الثالثة والرابعة أحوط .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : الخمر المجمع على تحريمها هي عصير العنب
الذي اشتد واسكر ، وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي .

وقال أبو حنيفة : اشتد وأسكر وأزبد ، فاعتبر أن يزبد ، فهذه حرام نجسة
يحد شاربها ، سكر أو لم يسكر بلاخلاف .

استدل الشيخ على عدم اعتبار الازباد باجماع الفرقة والظواهر كلها ، وهو
المعتمد ، ويسقط في تحريم العصير الغليان ، بأن ينقلب أسفله أعلاه ، ولا يشترط
القذف بالزبد .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : كل شراب أسكر كثيره فقليله وكثيره حرام ، وكل خمر حرام نجس يحد شارب به ، سكر أو لم يسكر كالخمر سواء ، عمل من تمر أو زبيب أو عسل أو حنطة أو شعير أو ذرة الكل واحد نقية ومطبوخة سوآء ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد .

وقال أبو حنيفة : أما عصير العنب اذا مسه طبخ ، نظرت فان ذهب ثلثاه فهو حلال ولاحد حتى يسكر ، فان ذهب أقل من الثلثين فهو حرام ولاحد حتى يسكر وما عمل من التمر والزبيب ، نظرت فان مسه طبخ فهو النبيذ ، وهو مباح ولاحد حتى يسكر ، وان لم يمسه طبخ ، فهو حرام ولاحد حتى يسكر . وأما ما عمل من غير هاتين الشجرتين الكرم والنخل ، مثل العسل والحنطة والشعير والذرة ، فكله مباح ولاحد فيه ، أسكر أو لم يسكر .

قال محمد في كتاب الاشربة : قال أبو حنيفة : الشراب المحرم أربعة : نقيع العنب الذي اشتد وأسكر ، ومطبوخ العنب اذا ذهب منه ثلثه ، ونقيع التمر والزبيب وما عدا هذا حلال كله .

والكلام معدفي أربعة فصول ، فكل شراب مسكر فهو خمر وعنده ليس بخمر وهو حرام وعنده ليس بحرام الاما تعقبه السكر ، فانه متى شرب عشرة قداح فسكر عقيها فالعاشر حرام وما قبله حلال ، وهو نجس وعنده طاهر ، ويحد شارب به عندنا وعنده لا يحد حتى يسكر .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم . والمعتمد تحريم العصير اذا غلا بأن انقلب أسفله أعلاه ، سواء غلى من نفسه أو بالنار الا أن يذهب ثلثاه فيحل وكذا اذا انقلب خلا . أما غير العصير فلا يحرم الا اذا حصلت فيه الشدة المسكرة . ولا فرق بين الخمر وهو المتخذ من العنب ، والنقيع وهو المتخذ من الزبيب والتبع وهو المتخذ من العسل ، والمزر وهو المتخذ من الحنطة والشعير والذرة

والنبيد وهو المتخذ من التمر، وكذا المعمول من جنسين فمأزاد، فإذا بلغ الشدة المسكرة وحكم بتحريمه، فلا فرق حيثئذ بين قليله وكثيره ولا بين الاسكار وعدمه .
مسألة - ٤ - قال الشيخ: تحريم الخمر غير معلل، وإنما يحرم سائر المسكرات لاشتراكها في الاسم أو لدليل آخر .

وقال الشافعي : هي معللة وعلتها الشدة المطربة، وسائر المسكرات مقيس عليها . وقال أبو حنيفة : هي محرمة، وإنما حرم نقيع التمر والزبيب بدليل آخر ولا نقيس عليها شيئاً من المسكرات .

قال الشيخ : وهذا الفرع ساقط عنا، لانا لانقول بالقياس، والكلام في كونها معللة وغير معللة فرع على القول بالقياس .

مسألة - ٥ - قال الشيخ: نبيد الخليطين وهو ما عمل من نوعين: تمر وزبيب أو تمر وبسر، إذا كان حلواً غير مسكر غير مكروه، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : هو مكروه غير محظور .

والمعتمد قول الشيخ ، لاهالة الاباحة .

مسألة - ٦ - قال الشيخ: الفقاع حرام ، لا يجوز شربه بحال .
وقال أحمد بن حنبل : كان مالك يكرهه، ويكره أن يباع في الاسواق وروى أصحابنا أن علي شارب الحد، كما يجب على شارب الخمر سواء، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : هو مباح .

والمعتمد أن حكم الفقاع حكم المسكر في التحريم والحد .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : حد شارب الخمر ثمانون جلدة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري ومالك . وقال الشافعي : حده أربعون ، فان رأى الامام أن يزيد عليه تعزيراً ليكون الحد والتعزير ثمانين فعل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .
مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا تقيأ خمراً اقيم عليه الحد ، أما الرائحة فلا يقام عليه الحد بها . وقال ابن مسعود : يقام عليه الحد بالرائحة أيضاً . وقال الشافعي وجميع الفقهاء : لا يقام عليه الحد لالبقيء ولا بالرائحة .

والمشهور قول الشيخ ، واستدل عليه باجماع الفرقة وأخبارهم . قال الشهيد في شرح الارشاد: وعليه فتوى الاصحاب ، لم أقف فيه على مخالف . ونقل فخر الدين عن والده في المختلف تقوية عدم وجوب الحد ، قال : وهو الاقوى عندي ، وتردد صاحب الشرائع والقواعد ، لاحتمال الاكراه على بعد .
قال صاحب الشرائع : ولعل هذا الاحتمال يندفع ، بأنه لو كان واقعاً لدفع به عن نفسه ، أما لو ادعاه فلاحد^(٢) .

والمعتمد وجوب الحد ، فان ادعى الاكراه على الشرب درىء عنه ، ولا فرق بين أن يشهدا بقيتها ، وبين أن يشهد أحدهما بالبقيء والآخر بالشرب .
مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا ضرب الامام شارب الخمر ثمانين فمات ، لم يكن عليه شيء . وقال الشافعي : عليه نصف الدية .

والمعتمد قول الشيخ ، والشافعي بناه على أن الحد أربعون .
مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا عزر الامام من يجب تعزيره ، أو من تجوز تعزيره فمات ، لم يكن عليه شيء ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : يجب دينه ، وأين يجب ؟ فيه قولان : أحدهما وهو الصحيح هندهم على عاقلته ، والثاني على بيت المال .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، وهو المشهور عند أصحابنا . واختار في المبسوط^(٣)

(١) تهذيب الاحكام ٩١/١٠ .

(٢) شرائع الاسلام ١٧٠/٤ .

(٣) المبسوط ٣٢٢/٨ .

قول الشافعي ، الا أنه اختار ان الدية في بيت المال .

مسألة - ١١ - قال الشيخ: روى أصحابنا أن الختان سنة في الرجال ومكرمة في النساء ، الا أنهم لا يجيزون تركه في الرجال ، فقالوا : لو أسلم وهو شيخ فعليه أن يَحْتَمَنَ ، وهذا معنى الفرض .
وقال أبو حنيفة : هو سنة يأثم بتركها . وقال أهل خراسان من أصحابه : هو واجب مثل الوتر والاضحية وليس بفرض . وقال الشافعي: هو فرض على الرجال والنساء .

والمعتمد وجوبه على الرجال ، واستحبابه للنساء .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : الحد الذي يقام بالسوط حد الزنا وحد القذف بلاخلاف ، وحد شرب الخمر عندنا مثل ذلك .

وللشافعي قولان ، قال أبو العباس وأبو اسحاق مثل قولنا ، والمنصوص عنه أنه يقام بالايدي والنعال وأطراف الثياب لا بالسوط .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : التعزير الى الامام بلاخلاف ، الا أنه اذا علم أنه لايردعه الا التعزير لم يجزله تركه ، وان علم أن غيره يقوم مقامه من الكلام والتعنيف جاز له العدول اليه ويجوز له تعزيره، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي: هو بالخيار في جميع الاحوال .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : لا يبلغ في التعزير حد كامل بل يكون دونه ، وأدنى الحد في جنب الاحرار ثمانون ، والتعزير فيهم تسعة وسبعون جلدة ، وأدنى الحد في المماليك أربعون ، فالتعزير فيهم تسعة وثلاثون .

وقال الشافعي : أدنى الحدود في الاحرار أربعون حد الخمر ، فلا يبلغ في

تعزير حر أكثر من تسعة وثلاثين جلدة ، وأدنى الحدود في العبد عشرون حد الخمر
فلا يبلغ في حد عبد أكثر من تسعة عشر سوطاً .

وقال أبو حنيفة: لا يبلغ التعزير أدنى الحدود، وأدناها عنده أربعون حد العبد
في الخمر والقذف في التعزير أبداً أربعين .

وقال مالك والاوزاعي : هو إلى اجتهاد الامام ، فان رأى أن يضربه ثلاثمائة
وأكثر فعل .

والمعتمد أن التقدير راجع إلى رأى الامام، ولا يبلغ في تعزير الحر حد الاحرار
ولا في تعزير العبد حد العبيد .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ: لاتقام الحد في المساجد، وبه قال جميع الفقهاء
وقال ابن أبي ليلى : تقام فيها .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة، وقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « لاتقام الحدود في المساجد »^(١).

(١) عوالي اللئالي ١/٤٥٤ ، برقم : ١٩٢ .

كتاب قتال أهل الردة

مسألة - ١ - قال الشيخ: اذا أئلف أهل الردة أنفساً وأمواًلا ، كان عليهم القود في الانفس والضمان في الاموال ، سواء كانوا في منعة أو لم يكونوا في منعة .
وقال الشافعي: ان لم يكونوا في منعة مثل قوانا ، وان كانوا في منعة ، فعلى قولين : أحدهما وهو الصحيح عندهم مثل قولنا ، والاخر لا يجب عليهم الضمان وبه قال أبو حنيفة . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢ - قال الشيخ: اذا أكره المسلم على كلمة الكفر فقالها ، لم يحكم بكفره ولم تبين عنه زوجته ، وبه قال جميع الفقهاء الا أبو حنيفة قال : القياس أن امرأته لا تبين وانما تبين استحساناً . وقال أبو يوسف : يحكم بكفره وتبين امرأته . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وقوله تعالى « الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان »^(١) .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : السكران الذي لا يميز اذا أسلم وكان كافراً ، أو كفر وكان مسلماً ، لا يحكم باسلامه ولا ارتداده ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يحكم باسلامه وارتداده .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، واختار في المبسوط^(١) قول الشافعي .
 مسألة - ٤ - قال الشيخ : المرتد الذي يستتاب اذا رجع الى الاسلام ، ثم
 كفر ثم رجع ، ثم كفر قتل في الرابعة ولا يستتاب .
 وقال الشافعي : يستتاب أبدأ ، غير أنه يعزر في الثانية والثالثة وهكذا . وقال
 أبو حنيفة: يحبس في الثالثة، لان الحبس عنده تعزير . وقال أبو اسحاق بن راهوية:
 يقتل في الثالثة ، وهو قوي، لقوله تعالى « ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم
 كفروا ثم ازدادوا كفراً لم يكن الله ليغفر لهم »^(٢) فبين أنه لا يعفو لهم بعد الثالثة .
 والمعتمد قتله في الرابعة ، واستدل الشيخ باجماع الفرقة على أن كل مرتكب
 كبيرة اذا فعل ما يستحقه قتل في الرابعة .

(١) المبسوط ٧٤/٨ .

(٢) سورة النساء : ١٣٧ .

كتاب صولة البهيمة

مسألة ١- قال الشيخ : اذا صالت بهيمة على انسان ، فلم يتمكن من دفعها الا بقتلها ، فلا ضمان عليه ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي . وقال أبو حنيفة : يجوز قتلها وعليه ضمانها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ٢ - قال الشيخ : اذا عض رجل يد رجل حال الخصومة وغيرها ، فانترع يده من العاض ، فسقطت سن العاض ، فلا ضمان عليه ، وبه قال جميع الفقهاء وقال ابن أبي ليلى : عليه الضمان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٣ - قال الشيخ : اذا اطلع الى بيت رجل فنظر الى حرمة ، فله أن يرمي عينه ، فاذا فعل ذلك فذهب فلا ضمان عليه ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : له رميه وعليه الضمان ، كقوله في الدابة الصائل .

والمعتمد أنه لا يجوز المبادرة بالرمي من غير زجر ، بل يزجره أولاً ، فان أصر جاز رميه حيثئذ بحصاة أو عود خفيف ، فان جنى الرمي فلا ضمان ، ولو بادره بالرمي من غير زجر ضمن ، هذا هو المشهور عند متأخري الاصحاب ، وظاهر

الشيخ هنا جواز المبادرة بالرمي من غير زجر .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا كان لانسان بهائم ، فأرسلها ليلا فأتلف زرعاً فعليه ضمانه ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا ضمان عليه .

والمعتبر اعتبار التفريط ، فاذا فرط صاحب الماشية في حفظها ان كان من عاداتها الحفظ ضمن ما أتلفته ليلا ونهاراً ، ومع عدم التفريط فلا ضمان ليلا ، ونهاراً أيضاً .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا دخل دار قوم باذنهم فعقره كلبهم ، كان عليهم ضمانه . وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا دخل دار قوم بغير اذنهم ، فوقع في بئر لم يضمّنوه

وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

كتاب السير

- مسألة - ١ - قال الشيخ : الجهاد فرض على الكفاية، وبه قال جميع الفقهاء وقال سعيد بن المسيب : هو فرض على الاعيان .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
- مسألة - ٢ - قال الشيخ : روى أصحابنا أنه يجوز للانسان أن يغزوعن غيره وبأخذ عليه اجرة ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .
- مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا غزت فرقة بغير اذن الامام فغنموا مالا، فالامام مخير بين أخذه وتركه عليهم ، وبه قال الاوزاعي والحسن البصري .
وقال الشافعي : يخمس عليهم . وقال أبو حنيفة لا يخمس عليهم .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
- مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا غنم المسلمون خيل المشركين ومواشيهم ، ثم أدر كههم المشركون، فخافوا أخذها منهم لم يجز عقرها وقتلها، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : الشيوخ الذين لا رأي لهم ولا قتال فيهم والرهبان وأصحاب الصوامع اذا وقعوا في الاسرحل قتلهم .

وللشافعي قولان : أحدهما يجوز وهو الاصح : والثاني لايجوز ، وبه قال أبو حنيفة وقوم من أصحابنا .

والظاهر أن الشيخ الغفاني الذي لا رأي له لايجوز قتله ، ويجوز قتل أهل الصوامع والرهبان .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : من لم تبلغه الدعوة من الكفار لايجوز قتله قبل عرض الدعوة عليه ، فان قتله فلا ضمان عليه ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : عليه الضمان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرق وأصالة البراءة .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا قتل المسلم أسيراً مشركاً ، فلا ضمان عليه ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال الاوزاعي : عليه الضمان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : يصح أمان العبد لاحاد المشركين ، سواء أذن له سيده في القتال أو لم يأذن ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان أذن له سيده في القتال صح أمانه ، والا فلا .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : من فعل من المسلمين مايجب عليه الحد في أرض المشركين ، وجب عليه اقامة الحد ، لكنه لايتام عليه في أرض العدو بل يؤخذ الى أن يرجع الى دار الاسلام .

وقال الشافعي : يجب الحد ويقام في دار العدو ، سواء كان هناك امام أو لم

يكن . وقال أبو حنيفة : ان كان هناك امام وجب واقيم ، وان لم يكن هناك امام

لم يتم ، وأصحابه يقولون : أنها يجب ، ولكن لا تقام ، وهذا مثل قولنا .

والمعتمد قول الشيخ ، قالوا : لثلاث تلحقه غيره فيلحق بالعدو .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : لا يملك المشركون أموال المسلمين بالقهر والغلبة ، وان حازوها الى دار الحرب ، بل هي باقية على ملك المسلمين ، فان غنم المسلمون ذلك ووجده صاحبه أخذه بلائمن اذا كان قبل القسمة ، وان كان بعد القسمة أخذه ودفع الامام قيمته الى من وقع في سهمه من بيت المال ، لثلاث تنقض القسمة ، وان أسلم الكافر عليه فصاحبه أحق به ، وبه قال الشافعي . وروى أصحابنا أنه يأخذه بعد القسمة بالقيمة ، وبه قال مالك .

وقال أبو حنيفة : كلما يصح تملكه بالعقود ، فان المشركين يملكونه بالقهر والاحازة الى دار الحرب ، الا أن صاحبه ان وجده قبل القسمة أخذه بغير شيء ، وان وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة ، وان أسلم الكافر عليه فهو أحق به .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، وهو اختيار ابن ادريس والعلامة وابن فهد .

وقال في النهاية : يعطي صاحبها قيمتها من بيت المال سواء عرفها قبل القسمة أو بعدها^(١) . وقال صاحب الشرايع : والوجه اعادتها على المالك ورجوع الغنم على الامام مع تفرق الغانمين^(٢) . وظاهره مع عدم التفرق نقض القسمة ، لاشتمالها على قسمة ما ليس من الغنيمة ، فتكون باطلة .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا دخل حربي دار الاسلام بأمان ومعه مال ، انعقد أمانه على نفسه وماله بلاخلاف ، فاذا رجع الى دار الحرب وخلف ماله في دار الاسلام ثم مات في دار الحرب صار ماله فيئاً .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر يكون لورثته في دار الحرب .

(١) النهاية ص ٢٩٥ .

(٢) شرائع الاسلام ١/٣٢٦ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ: اذا أسلم الحربي أحرز ماله ودمه وصغار أولاده ولا فرق بين ماله الذي في دار الحرب أو دار الاسلام مافي يده وماليس في يده، وبه قال الشافعي الا أن اصحابنا قالوا: يحرز ماله الذي يمكن نقله الى دار الاسلام وقال مالك : يحرز ماله الذي في دار الاسلام اذا أسلم في دار الاسلام ، أما ماله الذي في دار الحرب فهو غنيمة، وبناء هذا على أن أهل الحرب لأمك لهم، فاذا أسلموا يجدد لهم الملك بالقهر والغلبة على مافي دار الاسلام والذي في دار الكفر لا يملك .

وقال أبو حنيفة: اذا أسلم أحرز مافي يده ومافي يذمي ومالا يملكه عليه فلا يحرزه، فان ظهر المسلمون عليه غنموه ، وهكذا مالا ينقل ولا يحول كالعقار والاراضي لا يحرزها باسلامه ، لان اليد لا تثبت عليها على أصلهم ، وعند أبي حنيفة أن أملاك أهل الحرب ضعيفة لا يملكون الا ما تثبت عليه اليد ، ويقول أيضاً الحربي اذا تزوج حربية فأحبلها ، ثم أسلم قبل أن يضع فالرلد مسلم ، ويجوز استرقاق الام والولد، فان انفصل الولد لم يجز استرقاقه، وعند الشافعي لا يجوز استرقاقه بحال وهو الذي يقتضيه مذهبنا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : مكة فتحت عنوة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك . وقال الشافعي : فتحت صلحاً ، وبه قال مجاهد .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم، وبما روي عن النبي ﷺ لمادخلها قال : من ألقى سلاحه فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن . فأمنهم بعد أن ظفر بهم ، ولو كان صلحاً لم يحتج الى ذلك ، ويقول تعالى « انما فتحنا لك فتحاً

(١) تهذيب الاحكام ١٥١/٦ .

مبيناً^(١) وأراد مكة، والفتح لا يكون الا ما أخذ بالسيف، ويقوله تعالى « وهو الذي كف أيديهم عنكم وأيديكم عنهم ببطن مكة من بعد أن أظفركم عليهم^(٢) » وهذا صريح في الفتح، وبما روى أنه دخل مكة وعليه المغفر وهو علامة القتال.

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا وطىء بعض الغانمين جارية المغنم لم يلزمه الحد ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال الاوزاعي وأبو ثور : عليه الحد ، وروى عن مالك أيضاً . استدل الشيخ باجماع الفرقة واصالة براءة الذمة .

وقال فسى النهاية : ويقام عليه الحد ويدراً عنه بمقدار نصيبه منها^(٣) . وهو اختيار العلامة في القواعد ، قال : ولو وطىء الغانم جارية المغنم عالماً ، سقط عنه من الحد بقدر نصيبه ، واقيم عليه بقدر الباقي^(٤) . وهذا هو المعتمد .

وقال في المختلف : والوجه أن نقول ان وطىء مع الشبهة فلاحد ولا تعزير وان وطىء مع علم التحريم عزر^(٥) . وهو قول المفيد ، والشيخ أسقط الحد ولم يذكر التعزير ، وتبعه ابن البراج ، وابن ادريس ، وهو مذهب ابن الجنيدي .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا وطىء المسلم جارية من المغنم فجلبت ، لحق به النسب وقومت عليه الجارية والولد ، ويلزم ما يفضل عن نصيبه .

وقال الشافعي : يلحق به نسبه ولا يملكه ، وهل يقوم الجارية عليه؟ فيه طريقتان أما الولد فان وضعت قبل أن تقوم عليه قوم عليه ، وان وضعت بعد التقويم عليه فلا يقوم الولد ، لانها وضعت في ملكه . وقال أبو حنيفة : لا يلحق به ويسترق .

(١) سورة الفتح : ١ .

(٢) سورة الفتح : ٢٤ .

(٣) النهاية ص ٦٩٧ .

(٤) قواعد الاحكام ١٠٧/١ .

(٥) المختلف ص ٢٠٨ كتاب الحدود .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
 مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا دخل مسلم دار حرب بأمان فسرق منها شيئاً ،
 أو استقرض من حربي مالا وعاد اليها ، فدخل صاحب المال بأمان ، كان عليه رده
 عليه ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يلزمه رده .
 والمعتمد وجوب رده الى صاحبه ، سواء كان في دار الاسلام أو دار الحرب
 نص عليه صاحب الشرائع^(١) وصاحب التواعد .
 مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا سبى الزوجان الحربيان واسترقا أو أحدهما
 انفسخ النكاح بينهما ، وبه قال الشافعي ومالك والثوري . وقال الاوزاعي وأبو
 حنيفة وأصحابه : لا يفسخ النكاح .
 والمعتمد قول الشيخ ، فأما اذا سببت وحدها ، فلا خلاف أن العتد يفسخ .
 مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا سببت المرأة مع ولدها الصغير ، لم يجز
 التفريق بينهما بالبيع مالم يبلغ الصبي سبع سنين .
 وقال الشافعي : لا يفرق بينهما حتى يبلغ الولد على أصح القولين ، وفيه قول
 آخر اذا بلغ حد التخيير وهو السبع أو الثمان جاز التفريق . وقال مالك : اذا
 أنغر الصبي وهو أن يستط أسنانه ويثبت جاز التفريق وقال الليث بن سعيد : اذا
 بلغ حداً يأكل لنفسه ويلبس نفسه جاز التفريق . وقال أبو حنيفة : لا يجوز الا بعد
 البلوغ . وقال أحمد : لا يجوز أبداً .
 والمعتمد قول الشيخ ، وقيل : التفريق مكروه وهو مشهور أيضاً ، وهو قول
 الشيخ في النهاية^(٢) في باب العتق ، وتبعه ابن ادريس ، ونجم الدين في الشرائع
 والعلامة وابن فهد في المقتصر .

(١) شرائع الاسلام ٣١٥/١ .

(٢) النهاية ص ٥٤٦ .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا فرق بين الصغير وبين امه لم يبطل البيع ،
وبه قال أبوحنيفة. وقال الشافعي : يبطل .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : يجوز التفريق بين الابوين وكل قريب ماعدا
الوالدين والمولودين وبه قال الشافعي .
وقال أبوحنيفة : كل ذي رحم يحرم بالنسب ، لايجوز التفريق بينه وبين الولد
وبه قال ابن الجنيدي من أصحابنا .

والمعتمد الاقتصار على مورد النص ، وهو لم يرد الا بين الام وولدها .
مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا سبى صبي مع أبويه أو أحدهما تبعه في الكفر
وبه قال جميع الفقهاء . وقال الاوزاعي : يتبع السابي في الاسلام . وقال مالك :
ان سبى مع أبويه تبعهما ، وان سبى مع أبيه وجده تبعه ، وان سبى مع أمه وحدها
تبع السابي ولم يتبع الام وحدها .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : يجوز بيع اولاد الكفار في موضع يحكم بكفرهم
من الكفار والمسلمين ، وبه قال الشافعي . وقال أبو يوسف وأحمد : لايجوز البيع
من كافر ، ويجوز من مسلم . وقال أبوحنيفة : أكره ذلك .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : اذا صالح الامام قوماً من المشركين على أن يفتحوا
الارض ويقرهم فيها ويضرب على أرضهم خراجاً بدلاً من الجزية ، كان جائزاً على
حسب ما يعلمه من المصلحة ، ويكون جزية اذا أسلموا أو باعوا الارض من مسلم
سقط ، وبه قال الشافعي الا أنه قيد ذلك بأن قال : اذا علم أن ذلك يفيء بما يخص
كل بالبحر ديناراً في كل سنة . وقال أبو حنيفة : لايسقط ذلك بالاسلام .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا خلى المشركون أسيراً على مال يوجهه اليهم وأنه ان لم يقدر على المال يرجع اليهم، فان قدر على المال لم يلزمه انفاذه، وان لم يقدر لم يلزمه الرجوع ، بل لايجوز له ذلك ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو هريرة والنخعي والحسن البصري : ان قدر على المال لزمه انفاذه اليهم ، وان لم يقدر لايلزمه الرجوع . وقال الاوزاعي : ان لم يقدر على المال لزمه الرجوع ، وحكى ذلك عن بعض أصحاب الشافعي .

والمعتمد قول الشيخ .

كتاب الجزية

- مسألة - ١ - قال الشيخ : لا يجوز أخذ الجزية من عباد الاوثان ، سواء كانوا من المعجم أو العرب ، وبه قال الشافعي .
وقال أبو حنيفة: يؤخذ من المعجم، ولا يؤخذ من العرب . وقال مالك: يؤخذ من جميع الكفار الا مشركي قريش .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .
- مسألة - ٢ - قال الشيخ : يجوز أخذ الجزية من أهل الكتاب من العرب ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال أبو يوسف : لا يجوز .
والمعتمد قول الشيخ .
- مسألة - ٣ - قال الشيخ : المجوس كان لهم كتاب ثم رفع عنهم ، وهو أصح قولي الشافعي ، وله قول آخر انه لم يكن لهم كتاب ، وبه قال أبو حنيفة .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، وبما روى عن علي عليه السلام انهم كان لهم نبي قتلوه وكتاب أحرقوه^(٢) .

(١) تهذيب الاحكام ١٥٨/٦ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٥٩/٦ .

مسألة -٤- قال الشيخ : الصابئة لا يؤخذ منهم الجزية ولا يقرون على دينهم ،
وبه قال أبو سعيد الاصطخري وقال باقى الفقهاء : تؤخذ منهم الجزية .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وبالاخبار .

مسألة -٥- قال الشيخ : الصغار المذكور في آية الجزية هو التزام الجزية
على ما يحكم الامام من غير ان يكون مقدرة والتزام أحكامنا عليهم .
وقال الشافعي : هو التزام أحكامنا عليهم ، ومن الناس من قال : الصغار ان
تؤخذ الجزية منه قائماً والمسلم جالس .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٦- قال الشيخ : المجنون المطبق لاخلاف أنه لاجزية عليه ، فان كان
يفيق أحياناً ويجن أحياناً حكم بحكم الاغلب ، وبه قال أبو حنيفة .
وقال الشافعي : يستقط حكم المجنون ولا يلقق أيامه . وقال أكثر أصحابه : يلقق
أيامه ، فاذا بلغت أيام الإقامة حولا أخذت الجزية .
والمعتمد مذهب الشافعي ، وهو اختيار العلامة في المختلف^(١) ، وفخر الدين
في شرح القواعد .

مسألة -٧- قال الشيخ : الشيوخ الهرمي وأصحاب الصوامع والرهبان يؤخذ
منهم الجزية .

وللشافعي قولان مبنيان : على جواز قتلهم اذا وقعوا في الاسراء ، وعدمه . وفي
أصحابنا من قال : لا تؤخذ منهم الجزية ، والمشهور عند أصحابنا قول الشيخ .
والمعتمد أخذها من الرهبان وأصحاب الصوامع ، أما الشيخ الفاني فربما
قيل : ان لم يكن له رأي ولم يقدر على القتال لا تؤخذ منه ، ولا بأس به .

مسألة -٨- قال الشيخ : يجوز لاهل الذمة أن يلبسوا العمام والرداء ، وبه قال

(١) مختلف الشيعة ص ١٥٥ كتاب الجهاد .

الشافعي . وقال أبو حنيفة وأحمد : ليس لهم ذلك .
والمعتمد قول الشيخ ، لانهم اذا لبسوا العمائم وتميزوا عن المسلمين فلما منع
من ذلك ، والمانع انما يكون مع عدم التمييز .

مسألة ٩- قال الشيخ : ليس للجزية حد محدود ، بل ذلك موكول الى نظر
الامام ، يأخذ منهم بحسب ما يراه أصلح وما يحتمله أحوالهم ، وبه قال الثوري .
وقال الشافعي : اذا بذل الكافر ديناراً في الجزية قبل منه ، سواء كان موسراً
أو معسراً أو متوسطاً وقال مالك : أقل الجزية أربعة دنانير على أهل الذهب ، وثمانية
وأربعون درهماً على أهل الورق في جميع من ذكرناه .

وقال أبو حنيفة : جزية المقبل اثنا عشر درهماً ، والمتوسط أربعة وعشرون
درهماً والغني ثمانية وأربعون درهماً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ١٠- قال الشيخ : من لا كسب له ولا مال لا يجب عليه الجزية ، وبه
قال أبو حنيفة . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر يجب عليه . واستدل
الشيخ باجماع الفرقة .

والمعتمد أنها لا تسقط عن الفقير وينظر بها حتى يوسر ، نص عليه العلامة ونجم
الدين .

مسألة ١١- قال الشيخ : اذا وجبت الجزية على الذمي بحؤول الحول ثم
مات أو أسلم ، قال الشافعي : لا يسقط . وقال أبو حنيفة : يسقط . وقال أصحابنا :
اذا أسلم سقطت ولم يذكرها الموت . والذي يقتضيه المذهب أنها لا يسقط بالموت
فيؤخذ من تركته ، وبه قال مالك .

وأما الدليل على سقوطها بالاسلام ، فقوله تعالى « حتى يعطوا الجزية عن

يد وهم صاغرون»^(١) افشراط في اعطائها الصغار وهو لا يمكن مع الاسلام .
والمعتمد سقوطها بالاسلام ، وعدم سقوطها بالموت .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا دخل حربي الينا بأمان ، فقال له الامام : أخرج الى دار الحرب ان أفتت عندنا صيرت نفسك ذمياً ، فأقام سنة ثم قال : أفتت لحاجة قبل منه ولم يكن له أخذ الجزية منه ، بل يرده الى مأمته ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : اذا اقام سنة صار ذمياً .

والمعتمد قول الشيخ ، لان عقد الذمة لا يكون الا بايجاب وقبول ولم يوجد .
مسألة - ١٣ - قال الشيخ : لا يجوز تمكين أحد من أهل الذمة دخول الحرم بحال ، لا اجتازاً ولا لحاجة ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يجوز أن يدخله عابر سبيل ، أو محتاجاً الى أن ينقل المسيرة اليه .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا دخل حربي دار الاسلام ، أو أهل الذمة دخلوا الحجاز من غير شرط لما يؤخذ منهم ، فانه لا يؤخذ منهم شيء ، وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وفي أصحابه من قال : يؤخذ من الذمي اذا دخل بلد الحجاز سوى الحرم نصف العشر ، وفي الحربي اذا دخل بلد الاسلام العشر .

وقال أبو حنيفة : يؤخذ منهم ما يأخذونهم من المسلمين اذا دخلوا دار الحرب ان عشروهم عشروناهم ، وان أخذوا نصف العشر فكذلك ، وان عفوا عنهم عفونا عنهم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا هادن الامام المشركين على أن من جاء منهم رده اليهم وينكف الحرب فيما بينهم ، ثم جاءت امرأة مسلمة مهاجرة الى بلد الاسلام

(١) سورة التوبة : ٢٩ .

لم يجوز ردها بلا خلاف ، الا أنه اذا جاء زوجها وطالب بمهرها الصحيح الذي أقبضها اياه ، كان على الامام أن يرده عليه من سهم المصالح .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لا يرد عليه شيئاً ، وهو أصح القولين عندهم ، وبه قال أبو حنيفة . والمعتمد قول الشيخ ، لقوله تعالى « وآتوهم ما أنفقوا » (١) وهذا قد أنفق . وأعلم أنه انما يجب ردالمهر اذا قدمت على بلد الامام أو نائبه الذي استخلفه أما لو قدمت على بلد من بلاد المسلمين غير بلد الامام وبلد خليفته منع الزوج من أخذها ، ولا يجب على الامام أن يدفع اليه شيئاً .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : يجوز للامام أن يصالح قوماً على أن يضرب الجزية على أرضهم ، فمتى أسلموا سنط ذلك عنهم وصارت الارض عشرية ، وبه قال الشافعي الا أنه قيد ذلك بأن يضع عليها أقل ما يكون من الجزية فصاعداً .

وقال أبو حنيفة : لا يجوز الاقتصار على هذا حتى يضم اليه ضرب الجزية على الرؤوس ، ومتى أسلموا لا يسقط عنهم ، بل يكون الارض خراجية على ما وضع عليها . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا فعل أهل الذمة ما يحرم في شرعهم ، فما يجب به الحد مثل الزنا والواط والسرقه والقتل والقطع ، اقيم عليهم الحد بلا خلاف لانهم عقدوا الذمة بشرط أن يجري عليهم أحكامنا ، وان فعلوا ما يستحلونه مثل شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ونكاح المحرمات ، فلا يجوز أن يتعرض عليهم اذا تستروا به بلا خلاف ، وان أظهروه وأعلنوه كان للامام أن يقيم عليهم الحدود . وقال جميع الفقهاء : ليس له أن يقيم الحدود التامة ، بل يعززه على ذلك لانهم يستحلون ذلك ويعتقدون إباحته .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

كتاب الصيد والذبايح

مسألة - ١ - قال الشيخ: لا يجوز الصيد الا بالكلب، ولا يجوز شيء من جوارح الطير كالصقر والبازي والباشق والعقاب ، ولا شيء من سباع البهائم كالفهد والنمر الا الكلب خاصة ، وبه قال مجاهد .

وقال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي : يجوز بجميع ذلك اذا أمكن تعليمه متى تعلم . وقال الحسن البصري والنخعي وأحمد وإسحاق : يجوز بكل ذلك الا بالكلب الاسود البهيم، فانه لا يجوز الاصطياد به ، لقوله **إِنَّمَا** « لولا أن الكلاب أمة من الأمم لامرت بقتلها ، فاقتلوا الاسود البهيم »^(١).

والمعتمد أنه يجوز الاصطياد بجميع ما ذكره، فان أدركه وحياته مستقرة وجب تذكيبه ، وان مات قبل ادراكه حرم الا ما قتله الكلب المعلم . ومراد الشيخ بقوله « لا يجوز الصيد الا بالكلب » أنه لا يحل مقتول غير الكلب ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : الكلب لا يكون معلماً الا بثلاث شرائط : أحدها اذا أرسله استرسل ، وثانيها اذا زجره انزجر ، الثالث لا يأكل ما يمسه ، ويتكرر

هذا منه مراراً حتى يقال في العادة : انه قد تعلم، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة:
اذا فعل ذلك دفعتهين كان معلماً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ: قد بينا أنه لا يجوز الصيد بغير الكلب المعلم ، فان
صيد بغيره فأدرك ذكاته حل أكله اذا ذكى ، فان قتله الجارح ، فلا يحل أكله ،
معلماً كان الجارح أو غير معلم ، وما يصيده الكلب المعلم وقتله قبل أن تدرك ذكاته
ولم يأكل منه شيئاً ، فانه يجوز أكله ، وان أكل منه فان كان معتاداً لذلك لم يحل
أكله ، وان كان نادراً جاز أكله .

وقال الشافعي : كل جارحة معلمة اذا أرسلت فأخذت وقتلت ، فان لم تأكل
منه شيئاً فهو مباح ، من الطير كان أو من السبع ، وان قتله وأكل ، فان كان طيراً
فسبجي ، خلافه ، وان كان سباعاً فأخذ وأكل واتصل أكله بالقتل ، قال في القديم :
يحل ، وأومى في الجديد الى قولين : أحدهما هذا ، وبه قال مالك . والثاني في
الجديد لا يحل .

وقال الشعبي والنخعي وأحمد : وما قتله قبل هذا الذي أكل منه ولم يأكل
منه شيئاً فهو مباح قولاً واحداً . وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا يحل هذا الذي أكل
منه ، وكلما كان اصطاده وقتله فيما سلف ولم يكن أكل منه ، فانه لا يحل أيضاً .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : جوارح الصيد كلها لا يجوز أكل ما تصطاده الا ما
أدرك ذكاته .

وقال الشافعي : حكم سباع الطير حكم سباع البهائم ، فان قتلت فأكلت مما
قتلت هل يحل ؟ على قولين . وقال المزني : لا يحرم بالاكل منه قولاً واحداً ، وبه

(١) تهذيب الاحكام ٢٤/٩ .

قال أبو حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١).

مسألة ٥ - قال الشيخ : اذا شرب الكلب المعلم دم الصيد ولم يأكل منه لم يحرم ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال النخعي : يحرم .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٦ - قال الشيخ : التسمية واجبة عند ارسال الكلب وارسال السهم وعند الذبيحة ، فمتى لم يسم مع الذكر حرم أكله ، وان نسيه لم يكن به بأس ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه .

وقال الشعبي وداود وأبو ثور التسمية شرط ، فمتى تركها عامداً أو ساهياً لم يحل أكله . وقال الشافعي : التسمية مستحبة ، فمتى تركها لم يكن به بأس .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٢)، وقوله تعالى « ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه »^(٣).

مسألة ٧ - قال الشيخ : اذا أرسل مسلم كلبه المعلم ومجوسي كلبه ، فأدركه كلب المجوسي فرده الى كلب المسلم ، فقتله كلب المسلم وحده حل أكله ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يحل ، لانهما تعاونا على قتله ، كما لو عقراه جميعاً .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٨ - قال الشيخ : اذا عض كلب الصيد لم ينجس موضع العضة ، ولا يجب غسله .

وقال الشافعي : ينجس الموضع ، وهل يجب غسله ؟ على وجهين : أحدهما

(١) تهذيب الاحكام ٢٩/٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٢٦/٩ .

(٣) سورة الانعام : ١٢١ .

لا يجب ، والاخر يجب ، وهو المعتمد .

مسألة -٩- قال الشيخ: اذا عقر الكلب المعلم الصيد عقرأ لا يصيره في حكم المذبوح وغاب الكلب والصيد من عينه ثم وجدته ميتا لم يحل أكله .
واختلف أصحاب الشافعي على طريقين : أحدهما يحل أكله قولاً واحداً ، والاخر ان المسألة على قولين : أحدهما يحل ، والاخر لا يحل وهو أصحهما عندهم .
وقال أبو حنيفة : ان تشاغل به وتبعه فوجده ميتا حل ، وان لم يتبعه لم يحل أكله . وقال مالك : ان وجدته من يومه حل أكله ، وان وجدته بعد يوم لا يحل أكله . والمعتمد قول الشيخ ، لاحتمال أن يكون الموت لاسبب عقر الكلب .

مسألة -١٠- قال الشيخ: اذا أذركه فيه حياة مستقرة ، لكنه في زمان لم يتسع لذبحه ، أو كان ممتنعاً فجعل يعد وخلفه، فوقف وقد بقي من حياته زمان لا يتسع لذبحه لا يحل أكله ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي يحل أكله .
والاحوط مذهب الشيخ، وهو اختيار العلامة في التحرير^(١)، وقال ابن حمزة: اذا لم يتسع الزمان لذبحه حل^(٢)، وجزم به العلامة في القواعد^(٣) ونجم الدين في الشرائع، قال: أما اذا لم يتسع الزمان لذبحه فهو حلال ولو كانت حياته مستقرة^(٤) ولا بأس بهذا .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا أرسل كلبه المعلم ، وسمى عند ارساله على صيد بعينه فقتل غيره حل أكله ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : لا يحل أكله ، لانه أمسك غير الذي أرسل عليه ، فهو كما لو استرسل بنفسه .

(١) تحرير الاحكام ١٥٥/٢ .

(٢) الوسيطة ص ٣٥٦ .

(٣) قواعد الاحكام ١٥١/٢ .

(٤) شرائع الاسلام ٢٠٣/٣ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا أرسل كلبه المعلم الى جهة ، فعدل الى جهة غيرها وقتل حل أكله . وللشافعي وجهان : أحدهما يحل ، والاخر لا يحل . والمعتمد أنه يحل ، كما لو أرسله على صيد فقتل غيره .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا رمى سهماً أو حربة ولم يقصد شيئاً ، فوقع في صيد فقتله ، أو رمى شخصاً فوقع في صيد فقتله ، أو ذبح شيئاً غير شاة فكانت شاة ، فكل هذا لا يحل أكله .

وللشافعي في رمي السهم والسلاح وجهان : أحدهما مثل ما قلناه ، والثاني يجوز أكله ، وفي رمي الشخص وذبح الشاة وجه واحد أنه يجوز أكله . قال الشيخ : دليلنا وجوب التسمية ، وهي هنا مفقودة ، ولو كانت موجودة لاحتاجت الى قصد قتل الصيد والمذبوح ، وذلك مفقود ، فلا يجوز أكله ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا استرسل الكلب من قبل نفسه ، فقتل صيداً لم يحل ، وبه قال جميع الفقهاء الا الاصم فانه قال : لا بأس بأكله . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع المسلمين ، لان الاصم لاعتبار به لانقراضه .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا استرسل الكلب بنفسه نحو الصيد ، فرآه صاحبه فاغراه ، فازداد حرصه وعدوه ، فقتل صيداً لم يحل أكله ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يحل أكله . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا رمى سهماً ، فوقع على الارض ، ثم وثب فقتل صيداً حل أكله . وللشافعي وجهان : أحدهما يحل ، والاخر لا يحل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا قطع الصيد بنصفين ، حل أكل الكل بلا خلاف ، وان كان الذي مع الرأس أكبر حل الذي مع الرأس دون الباقي ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يحل أكل الجميع .

والمعتمد ان لم يتحرك حلا ، وان تحركا أو أحدهما ، فان كان مع عدم استقرار الحياة حلا أيضاً ، لعدم اعتبار هذه الحركة ، لانها حركة المذبوح . وان كان مع استقرار الحياة حل ما فيه الرأس مع التذكية وحرم الاخر ، لانه أبين من حي فهو ميتة ، ولا يمكن استقرار الحياة في النصف الذي ليس فيه الرأس ، لكنه يحل مع عدم استقرار الحياة في النصف الذي فيه الرأس ، ويحرم مع استقرار الحياة فيه ، أي : في النصف الذي فيه الرأس .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا اصطاد المسلم بكلب علمه مجوسي حل صيده وبه قال جميع الفقهاء . وقال الحسن البصري والثوري : لا يحل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا كان المرسل كتابياً ، لا يحل اكل ما قتله . وقال جميع الفقهاء : يحل . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا كان المرسل مجوسياً أو وثنياً ، لم يحل أكل ما اصطاده بلا خلاف ، وان كان أحدأبويه مجوسياً أو وثنياً والاخر كتابياً لم يجز عندنا . وقال أبو حنيفة : يجوز على كل حال . وقال الشافعي : ان كان الاب مجوسياً لم يحل قولاً واحداً ، وان كانت الام مجوسية على قولين . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : كل حيوان مقدور على ذكائه اذا لم يقدر في أي موضع وقع منه ، وبه قال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي . وقال سعيد بن المسيب ومالك : لا يحل ما لم يعقره في موضع الذبح .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : لاتحل الذكاة بالسن ، سواء كان متصلاً أو منفصلاً

بلاخلاف ، فان خالف وذبح به لايحل المذبوح ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة في المتصلين مثل قولنا ، وقال في المنفصلين : يحل أكله .

اعلم أنه لايجوز التذكية بغير الحديد مع القدرة ، ويجوز مع عدم القدرة

على الحديد وخوف فوات الذبيحة بغير الحديد مما يفري الاوداج ، وهل يجوز

بالظفر والسن اذا أمكن فري الاوداج بهما ولم يوجد غيرهما ؟ اختلف أصحابنا

في ذلك ، ذهب الشيخ هنا وفي المبسوط^(١) الى المنع ، واختاره الشهيد في

شرح الارشاد ، وذهب في التهذيب الى الجواز ، واختاره ابن ادريس ، والعلامة

في المختلف والتحرير^(٢) ، والشهيد في الدروس^(٣) . والاول أحوط .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : لايجوز أكل ذبائح أهل الكتاب ، وخالف جميع

الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٤) .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : لاتجوز الذكاة في اللبة الا في الابل خاصة ، أما

البقر والغنم فلايجوز ذبحهما الا في الحلق ، فان ذبح الابل ونحر البقر والغنم

لم يحل أكله .

وقال جميع الفقهاء : ان التذكية في الحلق واللبة على حد واحد ولم يفصلوا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

(١) المبسوط ٢٦٣/٦ .

(٢) تحرير الاحكام ١٥٨/٢ .

(٣) الدروس ص ٢٧٧ .

(٤) تهذيب الاحكام ٦٣٧/٩ .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ: اذا رمى طيراً طائراً فجرحه، فوقع على الارض فوجده ميتاً حل أكله ، سواء مات قبل أن يسقط أو بعد ما سقط، أو لم يعلم وقت موته ، وبه قال أبوحنيفة والشافعي .

وقال مالك : ان مات بعد سقوطه لم يحل أكله، لان السقطة اعانت على موته كما لو وقع في الماء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بطواهر الاخبار .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ: اذا قتل الكلب المعلم بالعقر، حل أكله بلاخلاف وعند الفقهاء سائر الجوارح كذلك، ولا فرق بين جوارح الطير وجوارح السباع . وان قتله من غير عقر ، مثل أن صدمه فقتله ، أو غمه حتى مات ، فلا يحل أكله . وللشافعي قولان : أظهرهما مثل قولنا، وهو الذي رواه ابو يوسف ومحمد وزفر عن أبي حنيفة ، والقول الاخر يحل أكله ، وهو الذي رواه أبو الحسن اللؤلؤي عن أبي حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : اذا ملك صيداً فأقلت منه لم يزل ملكه عنه، طائراً كان أو غير طائر ، لحق بالبراري وعاد الى أصل التوحش أو لم يلحق ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال مالك: ان كان يطير في البلد وحواله فهو على ملكه، وان لحق بالبراري وعاد الى أصل التوحش زال ملكه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : لا يؤكل من حيوان الماء الا السمك ، ولا يؤكل من السمك الا ما كان له قشر ، فأما غيره مثل المارماهي والزمير ، وغير السمك من الحيوان، مثل الخنزير والكلب والفأر والانسان والسلحفاة والضفادع ، فانه

قيل : ما من شيء في البر الا ومثله في الماء ، فان جميع ذلك لا يحل أكله بحال .
 وقال أبو حنيفة : لا يحل الا السمك ولم يفصل ، وبه قال بعض أصحاب
 الشافعي . وقال الشافعي : جميع ذلك يؤكل . قال المزني : السمك وغيره . وقال
 السريبع : سئل الشافعي عن خنزير الماء ، فقال : يؤكل ، وقال في المسألة
 يؤكل فأر الماء ، ولما دخل العراق سئل عن اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى
 في هذه المسألة وأن أبا حنيفة قال : لا يؤكل وابن أبي ليلى قال : يؤكل ، قال :
 أنا على قول ابن أبي ليلى ، وبه قال مالك ، وهو مذهب أبي بكر وعمر وعثمان .
 وقال بعض أصحاب الشافعي : يعتبر بدواب البر ، وكل دابة يؤكل في البر
 فهي يؤكل في البحر ، وما لا يؤكل من دواب البر لا يؤكل من دواب البحر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(١) .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا مات السمك في الماء لا يحل أكله ، وكذا
 ما نضب عنه الماء ، أو حصل في ماء بارد أو حار فمات فيه لم يحل أكله .
 وقال الشافعي : يحل جميع ذلك من جميع حيوان الماء . وقال أبو حنيفة : اذا
 مات حتف أنفه لسم يؤكل ، وان مات بسبب ، مثل ان انحسر عنه الماء أو ضربه
 بشيء فمات ، فانه يؤكل ، وما يموت بحرارة الماء وبرده ، فعنه فيه روايتان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : السمك يحل أكله اذا مات حتف أنفه ، وبه
 قال أبو حنيفة . وقال مالك : لا يحل حتى يقطع رأسه .

والمعتمد قول الشيخ ، ومراده اذا مات بعد اخراجه من الماء حياً .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : لا يحل ابتلاع السمك الصغار حياً قبل موته .
 وقال بعض أصحاب الشافعي : يحل ابتلاعه ، وهو المشهور عند أصحابنا
 لانه مذكى ، وهو المعتمد .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : دم السمك طاهر ، وللشافعي وجهان : أحدهما
مثل قولنا ، والآخر أنه نجس .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

كتاب الضحايا

مسألة ١- قال الشيخ : الاضحية سنة مؤكدة لمن قدر عليها وليست واجبة
وبه قال الشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد .

وقال مالك وجماعة : انها واجبة بأصل الشرع . وقال أبو حنيفة : يجب على
من معه نصاب اذا كان مقيماً ، ولا يجب على المسافر ، ولا على من ليس معه نصاب
واذا فات وقتها لا يجب اعادةها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ٢ - قال الشيخ : لا يكره لمن يريد التضحية يوم العيد أو شراء أضحية
وان لم تكن حاصلة ، أن يحلق رأسه أو يقص أظفاره من أول العشر الى يوم النحر
ولا يحرم ذلك عليه ، وبه قال أبو حنيفة ومالك .

وقال ابن حنبل واسحاق : يحرم عليه ذلك حتى يضحى . وقال الشافعي :
يكره له ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، لاصالة الاباحة .

مسألة ٣ - قال الشيخ : يجزى الثني من كل شيء من الابل والبقر والغنم
والجدع من الضأن ، وبه قال عامة أهل العلم .

وقال عطا والاوزاعي : يجزي الجزع من كل شيء ، أما الجزع من المعاز
فلا يجزي بلا خلاف .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : أفضل الاضاحي الثني من الابل ، ثم من البقر ،
ثم الجذع ، ثم الثني من المعز ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : أفضلها الجذع
من الضأن .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل في هذه والتي قبلها باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ٥ - قال الشيخ : يكره من الاضاحي الجلحاء ، وهي التي لم يخلق
لها قرن ، والعضباء وهي التي كسر ظاهر قرنها وباطنه ، سواء أدمى قرنها أو لم
يدم ، وبه قال الشافعي .

وقال النخعي : لا يجزى الجلحاء . وقال مالك : العضباء ان أدمى قرنها لا يجزى
وان لم يدم أجزاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم . أما فسي الهدى
الواجب فلا يجزيان .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : يدخل وقت ذبح الاضحية بطلوع الشمس يوم النحر
وبه قال عطا .

واختلف الفقهاء على أربعة مذاهب ، قال الشافعي : يدخل وقتها بدخول الوقت
والوقت هو وقت دخول صلاة الاضحى ، وهو اذا ارتفعت الشمس قليلا يوم
النحر ومضى بعد هذا ما يمكن صلاة العيد والخطبتين ، سواء صلى الامام أو
لم يصل .

وقال أبو حنيفة : يدخل وقتها بالفعل ، وهو أن يفعل الامام الصلاة ويخطب
فاذا فرغ من ذلك دخل وقت الذبح ، فان تأخرت صلاته ، فلا يذبح حتى يصلي .

هذا في حق أهل مصر ، أما أهل السواد فوقته في حقهم طلوع الفجر الثاني من يوم النحر ، لانه لا عيد لأهل السواد .

وقال مالك في أهل مصر كقول أبي حنيفة ، أما أهل السواد فانه قال : يعتبر كل موضع بأقرب البلدان اليه ، فاذا أقيمت الصلاة والذبح في ذلك البلد دخل وقت الذبح . وقال عطاء : وقته طلوع الشمس من يوم النحر .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم ، على أن الاضحية يسوم الاضحى ولم يعينوا ، فوجب أن يكون جميع اليوم وقتاً له .

قلت : دليل الشيخ يقتضي أن يكون الوقت من طلوع الفجر الثاني يوم النحر لان أول اليوم طلوع الفجر الثاني وآخره غروب الشمس ، فالتخصيص بأن أول الوقت طلوع الشمس لاوجه له ، لان دليله ينافي ذلك .

مسألة - ٧ - قال الشيخ: الذكاة لاتقع مجزية الا بقطع أربعة اشياء : الحلقوم وهو مجرى النفس ، والمرى وهو تحت الحلقوم وهو مجرى الطعام والشراب ، والودجين وهما عرقان محيطان بالحلقوم ، وبه قال مالك .

وقال أبو حنيفة : قطع أكثر الأربعة شرط في الأجزاء ، قالوا : وظاهر مذهبه الأكثر من كل واحد منها . وقال أبو يوسف: أكثر الأربعة عدداً فكأنه يقطع ثلاثة من الأربعة بعد أن يكون الحلقوم والمرى من الثلاثة .

وقال الشافعي : يحصل الأجزاء بقطع الحلقوم والمرى وحدهما ، وقطع الأربعة من الكمال .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨ - قال الشيخ: قد قدمنا أن ذبائح أهل الكتاب لا تجزيء ، وكذلك الاضحية ، وخالفنا جميع الفقهاء في الذباجة من غير كراهة . وقال الشافعي : أكره ذلك في الاضحية .

والمعتمد قول الشيخ ، وقد تقدم .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا قلنا ان ذبائح أهل الكتاب ومن خالف الاسلام لايجوز ، فقد دخل في جملتهم نصارى تغلب ، وهم تنوخ وبهرا وبنوائل ، ووافقنا على نصارى تغلب الشافعي ، وقال أبوحنيفة : يحل ذبائحهم .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : لايجوز الاكل مما يذبح الى غير القبلة مع العمدة والامكان . وقال جميع الفقهاء في ذلك مستحب .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : يكره ابانة الرأس من الجسد ، وقطع النخاع قبل أن يبرد الذبيحة ، فان خالف وأبان لم يحرم أكله ، وبه قال جميع الفقهاء .
وقال سعيد بن المسيب : يحرم أكله .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا قطعت رقبة الذبيحة من قفاها ، فلحقت قبل قطع الحلقة وفيها حياة مستقرة ، وعلامتها أن تتحرك حركة قوية ، حل أكلها اذا ذبحت ، وان لم يكن فيها حركة قوية لم يحل أكلها لانها ميتة ، وبه قال الشافعي وقال مالك وأحمد : لا يحل أكلها على حال .

والمعتمد أنها يحل بشرطين : الاول استقرار الحياة ، والثاني بقاء جميع أعضاء المذبح ، وظاهر الشيخ الاكتفاء ببقاء الحلقة ، والمعتمد ما قلناه ، قال : وعلامة استقرار الحياة أن يتحرك حركة قوية .

وقال في المبسوط : ومستقر الحياة هو ما يمكن أن يعيش يوماً أو نصف يوم^(١) وهو المشهور بين الاصحاب ، وهو المعتمد .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ: اذا اشترى شاة تجزيء في الاضحية بنية أنها أضحية ملكها بالشراء وصارت أضحية، وبه قال أبو حنيفة ومالك . وقال الشافعي : يملكها ولا يكون أضحية .

قال الشيخ : دليلنا قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « انما الاعمال بالنيات »^(١) وهذا قوي أن يكون أضحية، فيجب أن يكون كذلك . وقال الشافعي : عقد المبيع يوجب الملك وجعلها أضحية يزيل الملك ، والشئ الواحد لا يوجب الملك ويزيله في وقت واحد . قال الشيخ : وهذا منتقض ، لانه لو قال ان ملكت عبداً فله علي أن أعتقه لزمه عتقه ، وهذا لفظ واحد أوجب شيئين .

والمعتمد هنا قول الشافعي، لانه لا يجب كونها أضحية الا بالنذر أو العهد أو اليمين ، ولا ينعقد واحد منها بالنية ، بل لا بد فيه من اللفظ على ما هو مشهور بين أصحابنا ، ونقضه (ره) على الشافعي غير مسلم ، لان قول الانسان ان ملكت عبداً فله علي أن أعتقه لم يوجب شيئين ، وانما أوجب انعقاد النذر ، فاذا ملك العبد وجب عتقه بالنذر ولم يزل ملكه عنه ، ولا ينعقد بنفس الملك بل لا بد من عتقه بعد الملك وكسبه قبل العتق له ، والشيخ أعلم بما قاله .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا أوجب علي نفسه أضحية بالقول أو بالبينة علي ما مضى من الخلاف ، زال ملكه عنها وانقطع تصرفه فيها ، وبه قال أبو يوسف وأبو ثور والشافعي .

وقال أبو حنيفة ومحمد : لا يزول ملكه عنها، وله أن يستبدل بها بالمبيع وغيره . فأما اذا قال : لله علي أن أعتقك ، لم يزل ملكه بلا خلاف . وأما بيعه ، فلا يجوز عند الشافعي، وعند أبي حنيفة يجوز ، وهو الأقوى ، لانه يبيعه ثم يشتريه ويعتقه . والمعتمد أن النية لا يكفي في الايجاب ، ولا يجب الا بالقول بالنذر أو العهد

(١) تهذيب الاحكام ٤/ ١٨٦ .

أو اليمين، فإذا أوجبها بأخذ الثلاثة وكانت معينة، لم يزل ملكه عنها بذلك، وليس له الاستبدال بها، ولا يجوز بيع العبد المنذور عتقه مطلقاً، كما فرضه الشيخ هنا أو معلناً بعد حصول الشرط، وهل يجوز قبل حصول الشرط جوزه ابن الجنيد، وهو ظاهر العلامة في المختلف^(١)، ومنع فخر الدين من ذلك.

مسألة - ١٥ - قال الشيخ: إذا أتلف الأضحية التي أوجبها على نفسه، كان عليه قيمتها، وبه قال أبو حنيفة ومالك.

وقال الشافعي: عليه أكثر الأمرين من مثلها أو قيمتها، فإذا كان قيمتها يوم الاتلاف عشرة ويوم الأضحية عشرين، فعند الشافعي عليه مثلها بعشرين، وعندنا عليه قيمتها.

والمعتمد أنه إذا أتلفها أو فرط فيها فتلقت، كان عليه قيمتها يوم التلّف يتصدق به. مسألة - ١٦ - قال الشيخ: إذا لم يكن للأضحية ولد أو كان لها ولد وفصل من لبنها، جاز لصاحبها الانتفاع به وله أيضاً زكاتها، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: لا يجوز زكاتها ولا شرب لبنها.

والمعتمد قول الشيخ، ما لم يضر الركوب والحلب بها أو بولدها، فلا يجوز حينئذ، واستدل الشيخ على ما اختاره بإجماع الفرقة وأخبارهم، وهذا يدل على أنها لم يخرج عن ملكه بالنذر، إذ لو خرجت عن ملكه لم يجوز له التصرف بالركوب ولا جاز له شرب اللبن، بل كان يجب الهدية باللبن، والمنع من الركوب.

مسألة - ١٧ - قال الشيخ: إذا أوجب على نفسه أضحية سليمة من العيوب التي تمنع الأضحية، ثم حدث بها عيب يمنع جواز الأضحية، كالعور والعرج والمجرب والمعجاف، نحرها على ما بها وقد أجزأه، وهكذا ما أوجب على نفسه

(١) المختلف ص ١٣٧ كتاب الحج.

من الهدايا الباب واحد ، وبه قال الشافعي وأحمد واسحاق .
وقال أبو حنيفة : ان كان الذي أوجبها من لانتجب عليه الاضحية وهو المسافر عنده ، ومن لا يملك نصاباً مثل قولنا ، وان كان ممن يجب عليه ابتداء عنده فعينها في شاة بعينها فعابت فانها لاتجزىء .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا ضلت الاضحية التي أوجبها على نفسه أو غصبت أو سرت ، لم يكن عليه البدل ، فان عادت ذبحها أي وقت شاء ، سواء كان قبل مضي وقت الذبح أو بعده ، وبه قال الشافعي الا أنه ان عادت قبل فوات وقت الذبح وهو آخر يوم التشريق كان اداءً ، وان عادت بعد انقضائه كان قضاءً .

وقال أبو حنيفة : ان عادت قبل انقضائه ذبحها ، وان عادت بعده لا يذبحها ، بل يسلمها حية الى الفقراء .

والمعتمد قول الشافعي ، وهو فتوى صاحب الدروس^(١) .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا عين أضحية بالنذر ، ثم جاء يوم النحر فذبحها أجنبي بغير اذن صاحبها ، فان نوى عن صاحبها أجزاء عنه ، وان لم ينوع عن صاحبها لم يجز عنه ، وكان عليه ضمان ما تنص بالذبح .

وقال الشافعي : يجزىء عن صاحبها ولم يفصل ، وعلى الذابح ضمان ما تنص بالذبح . وقال أبو حنيفة : تقع موقعها ، ولا يجب على ذابحها ضمان ما تنص بالذبح وقال مالك : لاتقع موقعها وعليه أن يضحى بغيرها .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو أنه ان ذبحها عن صاحبها أجزاء عنه ولا أرش وان لم ينوع عن صاحبها كان عليه الارش ان كان لحمها موجوداً ويتصدق باللحم والارش والا كان على الذابح القيمة ويتصدق بها صاحب الاضحية .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : ذبح الاضاحي مكروه بالليل لأنه يجزيء ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : لا يجزيء .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : الاكل من الاضحية المسنونة والهدايا المسنونة مستحب غير واجب ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال بعض أهل الظاهر واجب .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا نذر الاضحية وصارت واجبة كان له الاكل منها . وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني ليس له ذلك كالهدايا الواجبة .
والمعتمد قول الشيخ ، أما الهدايا الواجبة بالنذر ، فلا يجوز الاكل منها .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : لا يجوز بيع جلد الاضحية ، سواء كانت تطوهاً أو نذراً الا اذا تصدق بثمنها على المساكين ، وبه قال أبو حنيفة ، وزاد يجوز بيعها بآلة البيت على أن يعبرها ، مثل القدر والفاس والمنخل والميزان ونحو ذلك .
وقال الشافعي : لا يجوز بيعها بحال . وقال عطاء : يجوز بيعها على كل حال .
وقال الاوزاعي : يجوز بيعها بآلة البيت .

وقال الشهيد في الدروس : ويستحب الصدقة بجلودها وجلالها وقلائدها ، تأسيساً بالنبي ﷺ^(١) ولم يفرق بين الواجب والمندوب ، وهو الظاهر من عبارات متأخري الاصحاب ، لانهم كرهوا أخذ شيء من جلودها وأعطائها الجزار ولم يفتعلوا ، قال الشهيد : يكره اعطاؤها الجزار أجرة لاصدقة .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : الهدي الواجب لا يجزيء في الواجب الا عن واحد ، ويجزيء في التطوع عن سبعة اذا كانوا من أهل بيت واحد ، وان كانوا من أهل بيوت شتى لا يجوز ، وبه قال مالك .

وقال الشافعي: يجوز للسبعة أن يشتركوافي بدنة أو بقرة في الضحايا والهدايا سواء كانوا مفترضين عن نذر أو هدي الحج ، أو متطوعين كالهدايا والضحايا المسنونة ، أو متفرقين وبعضهم يريد لحماً ، سواء كانوا أهل بيت واحد أو أهل بيوت شتى .

وقال أبو حنيفة: ان كانوا متفرقين مفترضين أو متطوعين أو منهما جاز ، وان كان بعضهم يريد لحماً وبعضهم متقرباً لايجوز ، وروي عن ابن عباس أن البدنة يجزيء عن عشرة والبقرة عن عشرة .

والمعتمد أن الهدي الواحد لايجزيء الا عن واحد في حج التمتع ، ولا فرق بين أن يكون الحج واجباً أو مندوباً ، لان الحج المندوب يجب بالشروع فيه . أما الهدي المندوب والاضحية ، فانه يجوز عن الواحد وعن الجماعة من غير حصر بعدد معين ، ولا يشترط كونهم أهل بيت واحد ، ولا أهل خوان واحد ، ويجوز أن يكون بعضهم متقرباً وبعضهم يريد لحماً .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : أيام النحر بمنى أربعة يوم النحر وثلاثة بعده ، وفي الامصار ثلاثة يوم النحر ويومان بعده .

وقال الشافعي : الايام المعدودات أربعة أولها يوم النحر وآخرها غروب الشمس من التشريق . وقال مالك وأبو حنيفة : المعدودات ثلاثة أولها يوم عرفة وأيام الذبح ثلاثة أولها يوم النحر ، فخالف الشافعي في الثالث من التشريق . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : العميقة سنة مؤكدة وليست واجبة ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : غير مسنونة ولا واجبة . وقال محمد : كانت واجبة ونسخت بالاضحية . وقال قوم من أهل الظاهر : هي واجبة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة -٢٧- قال الشيخ : اذا ثبت أنها مستحبة ، فالأفضل أن يعق عن الغلام بكبش ، وعن الجارية بنعجة .

وقال الشافعي : يعق عن الغلام بشاتين ، وعن الجارية بشاة . وقال مالك : عن الغلام بشاة ، وعن الجارية بشاة لا يحصل منهما .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة -٢٨- قال الشيخ : وقت العقيقة المستحب يوم السابع بلاخلاف ، ولا يبلطخ رأس الصبي بدمه ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال الحسن : المستحب أن يمس

رأسه بدم . وقال قتادة : يؤخذ منها صوفه ويستقبل بها أوداجها ، ثم يوضع على يافوخ الصبي حتى يسيل على رأسه مثل الخيط ، ثم يغسل رأسه بعد ويحلق .

والمعتمد قول الشيخ .

كتاب الاطعمة

مسألة - ١ - قال الشيخ : الكلب والخنزير نجسان في حال الحياة ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : هما طاهران في حال الحياة ، وانما ينجسان بالموت أو القتل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : الحيوان على ضربين : طاهر ونجس ، فالطاهر النعم بلاخلاف ، وماجرا مجراهما من البهائم والصيد ، والنجس الكلب والخنزير والمسوخ كلها .

وقال الشافعي : الحيوان طاهر ونجس ، فالنجس الكلب والخنزير فحسب والباقي كله طاهر .

وقال أبو حنيفة : الحيوان على أربعة أضرب : طاهر مطلق وهو النعم ومافى معناها ، ونجس العين وهو الخنزير ، ونجس نجاسة يجري مجرى ما ينجس بالدمحورة وهو الكلب والذئب والسباع كلها ، ومشكوك فيه وهو الحمام .

والمعتمد مذهب الشافعي ، وهو المشهور عند متأخري أصحابنا .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : السباع على ضربين : ذي ناب قوي يعدو على الناس

- كالاسد والذئب والنمر والفهد ، فهذا كله لا يؤكل بلاخلاف . الثاني ما كان ذاناب ضعيف لا يعدو على الناس وهو الضبع والثعلب ، فعندنا أنه حرام أكلهما .
- وقال الشافعي : هما باحان . وقال مالك : أكل الضبع حرام . وقال أبو حنيفة : الضبع مكروه والثعلب حرام . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقه وأخبارهم .
- مسألة - ٤ - قال الشيخ : البربوع حرام . وقال الشافعي : حلال . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقه وأخبارهم .
- مسألة - ٥ - قال الشيخ : ابن آوى لا يحل أكله ، ولأصحاب الشافعي وجهان منهم من قال مثل قولنا ، ومنهم من قال : يؤكل وهو الاشبه عندهم . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقه .
- مسألة - ٦ - قال الشيخ : السنور لا يجوز أكله ، أهلياً كان أو برياً ، وبه قال أبو حنيفة ، ووافقنا الشافعي على الاهلي ، وله في البري وجهان . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقه وأخبارهم .
- مسألة - ٧ - قال الشيخ : لا يحل أكل الوبر والقنفذ ، والوبر دويبة سوداء أكبر من ابن عرس تأكل وتجتر . وقال الشافعي : يجوز أكلهما معاً . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقه .
- مسألة - ٨ - قال الشيخ : الارنب حرام . وقال الشافعي : حلال . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقه .
- مسألة - ٩ - قال الشيخ : الضب حرام ، وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة : مكروه يأثم أكله الا أنا لانسميه حراماً . وقال الشافعي : حلال . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقه وأخبارهم .
- مسألة - ١٠ - قال الشيخ : لحوم الخيل حلال ، عراباً كانت أو براذين أو مقاريف ، وبه قال الشافعي وأبو يوسف وأحمد . وقال مالك وأبو حنيفة : مكروه . والمعتمد الكراهية .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : يجوز أكل لحوم الحمر الالهية والبغال، وان كان فيها بعض الكراهة ، الا أنه ليس بمحظور . وقال الفقهاء : حرام .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، مع أن أبا الصلاح وافق الفقهاء في تحريم لحوم البغال .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : القرد نجس حرام ، وحكي عن الشافعي أنه حلال قال أبو حامد : وهذا غير معروف عنه .
والمعتمد أنه طاهر حرام .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : الحية والفأرة حرام أكلهما ، وبه قال الشافعي .
وقال مالك : هما مكروهان وليسا بمحظورين ، فاذا أراد أكلهما ذبحهما وأكلهما .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ١٤ - قال الشيخ : جوارح الطير كلها محرمة ، مثل البازي والصقر والعقاب والباشق والشاهين ونحوها ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال مالك : الطائر كله حلال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ١٥ - قال الشيخ : الغراب كله حرام على الظاهر في الروايات ، وقد روي في بعضها رخص ، وهو الزاغ وهو غراب الزرع ، والعذاف وهو أصغر منه أغبر اللون كالرماد .

وقال الشافعي : الاسود والابقع حرام ، والزاغ والعذاف على وجهين : أحدهما حرام ، والثاني حلال ، وبه قال أبو حنيفة .

واعلم أن لأصحابنا في الغرابان ثلاثة مذاهب :
الاول : تحريم الجميع ، وهو اختيار الشيخ هنا وفي المبسوط^(١) ، واختاره

العلامة في المختلف^(١)، وفخر الدين في شرح القواعد .

الثاني : اباحه الجميع على كراهية ، وهو مذهب الشيخ في النهاية^(٢) والاستبصار^(٣)، واختاره نجم الدين في المختصر^(٤).

الثالث : اباحه الزاغ وهو غراب الزرع، وتحريم العذاف والابقع، والكبير الاسود الذي يسكن الجبال ويأكل الجيف ، وهو مذهب ابن ادريس ، واختاره العلامة في التحرير والارشاد ، وابن فهد في المختصر . والاول أحوط والاخير أكثر .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ: الجلال عبارة عن البهيمه التي تأكل العذرة اليابسة أو الرطبة ، كالناقة والبقرة والشاة والدجاجة ، فان كان هذا أكثر علفها كره أكل لحمها عندنا وعند جميع الفقهاء، الاقوام من أصحاب الحديث ، فانهم قالوا: حرام وروى أصحابنا تحريم ذلك اذا كان غذاءه كله من ذلك .

وبزول حكم الجلل عندنا بأن يحبس ويطعم علفاً طاهراً ، الناقة أربعين يوماً والبقرة عشرين يوماً، والشاة عشرة أيام أو سبعة ، والدجاجة ثلاثة أيام، ولم أعرف للفقهاء في ذلك نصاً ، وحكى أصحاب الشافعي ما حدته عن بعض أهل العلم، وقالوا : لانعول على ذلك ، بل نعول على ما يزول به حكم الجلل باعتبار العادة ، فيحبس ذلك القدر .

واعلم أن البحث هنا في ثلاث مواضع :

الاول : هل يحصل التحريم بالجلل أم لا ؟ ظاهر الشيخ هنا الكراهية دون

(١) مختلف الشيعة ص ١٢٦ كتاب الصيد .

(٢) النهاية ص ٥٧٧ .

(٣) الاستبصار ٦٥/٤ .

(٤) المختصر النافع ص ٢٥٣ .

التحريم، وهو مذهب ابن الجنيّد من أصحابنا. والمعتمد التحريم، وهو المشهور. الثاني: فيما يحصل به الجلل، وظاهر الشيخ هنا أنه يحصل مع الخلط اذا كان أكثر علفها عذرة الانسان. والمعتمد أنه لا يحصل الا باغتذائها عذرة الانسان محضاً، بحيث يصير ما يتناوله منه العذرة مالياً لالات الغذاء وخلو الالات من الغذاء الطاهر، فحينئذ يحكم بتحريمها.

الثالث: ما يزول به حكم الجلل، والمشهور ما ذكره الشيخ هنا، وما قدره في الناقه فهو مجمع عليه، وقال هنا في البقرة عشرون، وقال في المبسوط^(١) فيها أربعون كالناقة، واختاره فخرالدين، وقال هنا في الشاة عشرة أو سبعة، وقال ابن بابويه فيها عشرون، واختاره فخرالدين. والمعتمد عشرة في الشاة، وعشرون في البقرة، والبطة تستبرأ بخمسة، والدجاجة بثلاثة، هذا هو المشهور وعليه العمل.

مسألة ١٧- قال الشيخ: اذا نحررت البدنة أو ذبحت البقرة أو الشاة، فخرج في بطنها ولد، فان كان تاماً وحده أن يكون أشعر أو أوبر، نظر فيه فان خرج ميتاً حل أكله، وان خرج حياً ثم مات لسم يحل أكله، وان خرج قبل أن يتكامل لم يحل أكله بحال.

وقال الشافعي: ان خرج ميتاً حل أكله، ولم يفصل بين أن يكون تاماً أو غير تام، وان خرج حياً، فان بقي زماناً يتسع لذبحه ثم مات لم يحل أكله، فان لم يتسع لذبحه ثم مات حل أكله، سواء كان ذلك لتعذر آلة أو غير ذلك، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد وأحمد، وهو اجماع الصحابة، وانفرد أبو حنيفة، فقال ان خرج ميتاً فهو ميتة، ولا يؤكل حتى يخرج حياً ويندب فيحل بالذبح.

واعلم أن اشتراط تمامية الخلقة مع خروجه ميتاً مجمع عليه عند أصحابنا

وهل يشترط مع تمامية الخلقة أن تلج الروح فيه؟ اختلف أصحابنا في ذلك، فاشترطه الشيخ في النهاية^(١) وابن حمزة وابن البراج وابن ادريس ونجم الدين في الشرائع^(٢) والعلامة في الارشاد والتحرير ، فعلى هذا لو تمت خلقتة وولجته الروح في بطن أمه لا يحل الا اذا خرج حياً وذكى، فلو خرج ميتاً أو حياً ولم يتسع الزمان لذبحه لم يحل .

واشترط الشيخ في المبسوط^(٣) خروجه ميتاً أو حياً ولم يتسع الزمان لفعل التذكية نفسها، لا باعتبار عارض من فقد آلة أو تعذر مدس، واختاره ابن فهد في مقتصره ، فعلى هذا لا يشترط أن لا تلج الروح ، بل لو ولجته وخرج ميتاً أو حياً ولم يتسع الزمان لتذكيته فهو حلال، ولم يشترط المفيد غير تمامية الخلقة من غير قيد آخر .

والمعتمد مذهب الشيخ هنا ، وهو ان الشرط خروجه ميتاً من غير قيد بعدم ولوج الروح ، ولو خرج حياً لم يحل الا بالتذكية ، ولو صادف الوقت عنها هذا اذا خرج مستقر الحياة، أما غير مستقر الحياة، فهو في حكم الميت. واختار العلامة في القواعد وابنه في الشرح مذهب الشيخ هنا ، وهو مذهب ابن الجنيد . مسألة ١٨- قال الشيخ: اذا ماتت فأرة في سمن أو زيت أو شيرج أو بزر، نجس كله وجاز الاستصباح به ، ولا يجوز أكله ولا الانتفاع به بغير الاستصباح ، وبه قال الشافعي .

وقال قوم من أصحاب الشافعي: لا يجوز الانتفاع به بالاستصباح ولا بغيره، بل يراق كالخمر . وقال أبو حنيفة : يستصبح به ويباع أيضاً . وقال داود : ان كان

(١) النهاية ص ٥٨٤ - ٥٨٥ .

(٢) شرائع الاسلام ٢٠٨/٣ .

(٣) المبسوط ٢٨٢/٦ .

المایع سماً لا ینتفع به بحال، وان كان ما عداه من الادهان لا ینجس بموت الفأرة فيه و یحل أكله و شربه ، لان الخیر ورد فی السمن فحسب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا جاز الاستصباح به ، فان دخانه یكون طاهراً ولا یكون نجساً .

وللشافعي وجهان : أحدهما طاهر ، والاخر نجس وهو الصحیح عندهم ، ثم ینظر فان كان قليلاً مثل رؤوس الأبر فهو معفو عنه، وان كان كثيراً وجب غسله . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : لا یجوز للمضطر الى أكل الميتة أن يأكل أكثر من سد الرمق ، ولا یحل له الشبع ، وبه قال أبو حنیفة .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، وهو اختیار المزني . والثاني یجوز الشبع ، وبه قال مالك والثوري .

والمعتمد قول الشيخ ، الا اذا اضطر الى الشبع لالتحاق الرفقة، فانه یجب قاله العلامة في القواعد^(١)، ولو لم یحصل سد الرمق الا بالشبع وجب أيضاً، ویحرم الشبع اذا حصل سد الرمق بدونه .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا اضطر الى الميتة ، وجب علیه اكلها، ولا یجوز الامتناع . وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني یجوز الامتناع .

والمعتمد الوجوب اذا خاف التلف بدون التناول ، لوجوب حفظ النفس .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا اضطر الى طعام الغیر ، لم یجب علی الغیر اعطآؤه .

وقال الشافعي : یجب ثم لا یخلو حال المضطر الى احد أمرین : اما أن یكون

(١) قواعد الاحكام ١٥٩/٢ .

واجداً ثمنه في الحال ، أو في بلده ، أو لم يكن واجداً . فان كان واجداً لم يجب عليه بذله الا ببذل ، وان لم يكن واجداً أصلاً وجب بذله بغير بدل ، ومن الناس من قال : يجب عليه بذله بغير بدل اذا لم يكن واجداً في الحال وان كان واجداً في بلده .

والمعتمد وجوب البذل على صاحب الطعام، وهو اختيار الشيخ في المبسوط^(١) واختاره أكثر المتأخرين ، واختار ابن ادریس مذهب الشيخ هنا ، وهو عدم وجوب البذل .

أما وجوب الثمن، فعلى ما فصله الشيخ، وهو ان كان واجداً في الحال أو في بلده وجب الثمن، وان لم يكن واجداً أصلاً وجب البذل بغير ثمن، هذا مع عدم اضطرار صاحب الطعام اليه ، ولو كان مضطراً كان أولى بطعامه .

مسألة ٢٣- قال الشيخ: اذا وجد المحرم المضطر صيداً وميتاً، اختلف أحاديث أصحابنا في ذلك على وجهين: أحدهما يأكل الصيد ويفدي ولا يأكل الميتة ، وهو أحد قولي الشافعي واختيار المزني، والوجه الاخر يأكل الميتة ويدع الصيد، وهو قول الشافعي الاخر .

والمعتمد ان وجد الفداء أكل الصيد ، وان لم يجد الفداء أكل الميتة .
مسألة ٢٤- قال الشيخ: اذا اضطر الى شرب الخمر لدفع العطش أو الجوع أو للتداوي فالظاهر أنه لا يستبيحها أصلاً ، وقد روي أنه يجوز عند الاضطرار الى الشرب ، أما الاكل والتداوي فلا ، وبهذا التفصيل قال أصحاب الشافعي .
وقال أبو حنيفة والثوري: يحل للمضطر الى الطعام والشراب والتداوي، وهو اختيار الشيخ في النهاية^(٢)، لكنه خص التداوي بالعين ، وهو ظاهر نجم الدين في

(١) المبسوط ٦/٢٨٥ .

(٢) النهاية ص ٥٩٢ .

الشرائع^(١)، والعلامة في القواعد والتحرير ، ولا بأس به .
مسألة - ٢٥ - قال الشيخ: اذا مر الرجل بحائط غيره وبثمرته، جاز له أن يأكل
منها ، ولا يأخذ منها شيئاً يحمله معه ، وبه قال قوم من أصحاب الحديث . وقال
جميع الفقهاء : لا يحل الا في حال الضرورة .
واستدل الشيخ باجماع الفرقه وأنصارهم .

كتاب السبق

- مسألة ١- قال الشيخ : المسابقة على الاقدام بعوض لايجوز ، وهو مذهب الشافعي ، وقال قوم من أصحابه : انه يجوز ، وبه قال أبوحنيفة .
والمعتمد قول الشيخ ، لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ « لاسبق الا في نصل أو خف أو حافر»^(١) وليس هذا واحداً منها .
- مسألة ٢ - قال الشيخ : المسابقة بالمصارعة بعوض لاتجوز . وقال أهل العراق : يجوز . وللشافعي وجهان .
والمعتمد قول الشيخ .
- مسألة ٣- قال الشيخ : المسابقة بالسفن لاتجوز، ولأصحاب الشافعي وجهان الذي عليه هامة أصحابه مثل قولنا ، وقال أبو العباس : يجوز .
والمعتمد قول الشيخ .
- مسألة ٤ - قال الشيخ : يجوز لغير الامام أن يعطي السبق ، وهو ما يخرج من المسابقة في الجبل ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : لايجوز الا للامام ، لانه من المعاونة على الجهاد ، وليس ذلك الا للامام .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا قال أحدهما لصاحبه : ان سبقت فلك العشرة وان سبقت أنا فلا شيء عليك ، كان جازماً ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : لا يجوز لانه قمار . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا أخرج اثنان سبقاً وأدخلا بينهما ثالثاً لا يخرج شيئاً ، وقالوا : ان سبقت أنت فلك السبقان معاً كان جائزاً ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : لا يجوز ، وبه قال ابن خيران من أصحاب الشافعي .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : الاعتبار بالسبق بالهادي وهو العنق والكتف ، وبه قال الشافعي . وقال الثوري : الاعتبار بالاذن ، فمتى سبق بها فقد سبق .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : عقد المسابقة من العقود الجائزة مثل الجمالة ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد قولي الشافعي ، وله قول آخر أنه من العقود اللازمة كالأجارة ، وهو أصحهما عندهم ، لعموم « أوفوا بالعقود »^(١) وهذا عقد ، والزموم اختيار ابن ادريس ونجم الدين ، ولا بأس به .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا تناضلا بشرط أن يطعم السابق السابق أصحابه صح النضال وبطل الشرط ، وبه قال أبو حنيفة وأبو اسحاق المروزي .
وقال الشافعي يبطل النضال أيضاً .

(١) سورة المائدة : ١ .

كتاب الايمان

مسألة - ١ - قال الشيخ : في الايمان ما هو مكروه وما ليس بمكروه ، وبه قال الشافعي : وأكثر الفقهاء ، وقال بعضهم كلها مكروهة ، لقوله تعالى « لا تجعلوا الله عرضة لايمانكم »^(١).

واستدل الشيخ بما روي عن النبي ﷺ أنه حلف ، فقال : والله لاغزون قريشاً قالها ثلاثاً . فلو كانت مكروهة لما قالها ، وهو اختيار العلامة في التحرير . وقال في القواعد : الايمان الصادقة كلها مكروهة الامع الحاجة ، ويتأكد الكراهية في الغموس^(٢) فان كان مراده بالحاجة الضرورة ، فقد حصل الاختلاف بين اختياره في القواعد واختياره في التحرير ، وان كان مراده بالحاجة الغرض فلاختلاف حينئذ ، لان يمين النبي ﷺ كانت لغرض ، وهو قصد ارهلب قريش ودخول الرعب في قلوبهم اذا سمعوا بذلك .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : اذا حلف والله لاأكلت طيباً ولالبست ناعماً ، كانت هذه يمين مكروهة ، والمقام عليها مكروه وحلها طاعة ، وبه قال الشافعي ، وهو

(١) سورة البقرة : ٢٢٤ .

(٢) قواعد الاحكام ١٣٢/٢ .

ظاهر مذهبه ، وله وجه آخر ضعيف، وهو أنه الافضل أن يقيم عليها .
والمعتمد قول الشيخ ، لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات
ما أحل الله لكم »^(١) .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : كل يمين كان حلها طاعة اذا حلها لم تلزمه كفارة
وبه قال جماعة . وقال أبو حنيفة والشافعي ومالك : تلزمه الكفارة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا قال أنا يهودي ، أو نصراني ، أو مجوسي ، أو
برئت من الاسلام ، أو من الله ، أو من القرآن ان فعلت كذا ، ففعل لم يكن يميناً ،
ولا المخالفة حنث ، ولا تجب به كفارة ، وبه قال مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة وأصحابه والثوري : كل هذا يمين ، واذا خالف حنث ولزمه
الكفارة . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا حلف أن يفعل القبيح أو يترك الواجب ، وجب
أن يفعل الواجب ويترك القبيح ولا كفارة . وقال جميع الفقهاء : تلزمه الكفارة .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا حلف على مستقبل على نفي أو اثبات ثم خالفه
ناسياً لم تلزمه الكفارة ، وان خالفه عامداً لزمته الكفارة ، اذا كان مما يجب بالحنث
به الكفارة . وقال الشافعي : ان خالفه عامداً فعليه الكفارة ، وان خالفه ناسياً فعلى
قولين . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : لاتنقذ اليمين على ماض ، سواء كانت على نفي
أو اثبات ، ولا تجب بها الكفارة ، صادقاً كان أو كاذباً ، عالماً كان أو ناسياً ، وبه
قال مالك والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد واسحاق .

(١) سورة المائدة : ٤ .

وقال الشافعي : ان كان صادقاً فلا شيء عليه ، وان كان كاذباً فان كان حامداً فعليه الكفارة قولاً واحداً ، وان كان ناسياً فعلى قولين ، وبه قال عطا وعثمان البتي .
 والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
 مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا قال والله لاصعدن السماء ، والله لاقتلن زيداً وقد مات زيد ، لتلزمه كفارة ، سواء علم بموت زيد أو لم يعلم .
 وقال الشافعي : يحنث في الحال وتلزمه الكفارة ، ومثله قول أبي حنيفة الا أنه قال : ان اعتقد أن زيداً حي فحلف على قتله ، ثم علم أنه قد مات لتلزمه كفارة .
 والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : لاتعقد يمين الكافر بالله ، ولاتجب عليه الكفارة بالحنث ، ولايصح منه التكفير بوجه ، وبه قال أبو حنيفة .
 وقال الشافعي : تعقد يمينه ، وتلزمه الكفارة مع الحنث ، سواء حلف حال كفره أو بعد اسلامه .

والمعتمد ان كان الكافر كتابياً يعتقد الرب انعقدت يمينه ووجبت الكفارة مع الحنث ، ولايصح فعلها حال الكفر وتسقط بالاسلام ، والفائدة العقوبة عليها لومات حال كفره .

واعلم أنه لايتحقق الحنث قبل الموت الا مع التقدير بزمان معين ، ومع عدمه لايتحقق الا بعد الموت ، واذا لم يحنث بمخالفة ما حلف عليه ، فان كان طاعة تفتقر الى نية القربة ، وجب عليه تقدم الاسلام وفعل ما حلف عليه بعد ذلك وان كان المحلوف عليه لا تفتقر الى نية القربة جاز فعله حال الكفر .

وهذا الذي اعتمدنا عليه هو مذهب العلامة في المختلف ، واختيار فخرالدين وابن فهد في المقتصر ، واختار ابن ادريس مذهب المصنف هنا ، وهو عدم انعقاد اليمين من غير تفصيل . واختار الشيخ في المبسوط الانعقاد من غير تفصيل

أيضاً، كما هو مذهب الشافعي، وبه قال ابن البراج، واختاره نجم الدين، والعلامة في القواعد والارشاد والتحرير، وهو اختيار الشهيد أيضاً لعموم الايات الدالة على انعقاد اليمين .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا قال وقدرة الله ، أو وعلم الله ، أو حياة الله وقصد به كونه قادراً عالماً حياً ، كان يميناً بالله . وان قصد به المعاني والصفات التي يثبتها الاشعري لسم يكن يميناً ، وبه قال أبو حنيفة . وقال أصحاب الشافعي كل ذلك يكون يميناً بالله .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا حلف بالقرآن، أو بسورة من سوره ، لم يكن ذلك يميناً ، ولا كفارة بالمخالفة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال الشافعي وأصحابه : كل ذلك يمين ، وتلزمه الكفارة بالمخالفة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : كلام الله تعالى فعله وهو محدث ، وامتنع أصحابنا من تسميته بأنه مخلوق ، لما فيه من الابهام بكونه متحولاً . وقال أكثر المعتزلة : انه مخلوق، ومنهم من منع من تسميته بذلك .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد : أنه مخلوق . قال أبو يوسف : أول من قال ان القرآن مخلوق أبو حنيفة . قال سعيد بن سالم : لقيت اسماعيل بن حماد ابن أبي حنيفة في دار المأمون ، فقال : القرآن مخلوق هذا ديني ودين أبي وجدي . وقال مالك : القرآن غير مخلوق ، وهو مذهب الشافعي وأهل المدينة وأهل الشام ، ولم يرو عن أحد من هؤلاء أنه قال ان القرآن قديم ، وأول من قال ذلك الاشعري ، ومن تبعه علي مذهبه ، ومن الفقهاء من ذهب مذهبه .

وهذه المسألة ليس هذا محل البحث عنها ، وانما محلها كتب الاصول .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اليمين لا تنعقد الابالنية ، أما قول الرجل أقسمت أو أقسم بالله متى سمع منه هذه الالفاظ ، ثم قال : لم أرد به يمينا ، قبل منه في الظاهر وفيما بينه وبين الله ، لانه أعرف بمراده .

وقال الشافعي : يقبل فيما بينه وبين الله ، لانه لفظ محتمل ، وهل يقبل فيسي الحكم ؟ فيه قولان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : لو قال اقسام لافعلت كذا ، ولم ينطق بما حلف به ، لم يكن يمينا ، نوى اليمين أولم ينو ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يكون يمينا . وقال مالك : ان أراد يمينا فهى يمين ، والا ليست بيمين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا قال لعمر الله ، ونوى بذلك اليمين كان يمينا وقال أبو حنيفة : يكون يمينا ، سواء نوى اليمين أو أطلق . واختلف أصحاب الشافعي على وجهين : أحدهما مثل قولنا ، والاخر مثل قول أبي حنيفة . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا قال وحق الله لا يكون يمينا ، قصد أولم يتصد وبه قال أبو حنيفة ومحمد . وقال الشافعي : يكون يمينا ان أراد يمينا أو أطلق ، وبه قال أبو يوسف .

واختار ابن ادريس مذهب الشيخ هنا ، لان حق الله فروضه وعباداته ، واختاره العلامة في القواعد والارشاد ، ونجم الدين في الشرائع^(١) . وقال في المبسوط : ان

(١) شرائع الاسلام ١٧٠/٣ .

قصد اليمين كانت يميناً^(١)، واختاره العلامة في المختلف^(٢) والنحرير^(٣)، وفخر الدين في شرح القواعد^(٤)، وهو اختيار الشهيد .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا قال بالله وتالله ونوى اليمين كان يميناً ، وان لم ينو لم يكن يميناً . واذا قال : ما أردت اليمين قبل منه .

وقال الشافعي : أما قوله بالله ، فهو يمين ان أراد اليمين أو أطلق ، وان لم يرد فلا يكون يميناً ، لانه يحتمل بالله أستعين . واذا قال : تالله أو والله ، فان أراد يميناً فهي يمين ، واذا لم يرد يميناً فليست بيمين . واذا قال : ما أردت يميناً قبل منه . والمعتمد قول الشيخ ، لان اليمين يفترق الى النية ، وما تجرد عن النية لا يكون يميناً .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا قال الله بكسر الهاء بلا حرف قسم لا يكون يميناً ، وبه قال الشافعي وجميع أصحابه الا أبا جعفر الاسترآبادي ، فانه قال يكون يميناً .

واختار في المبسوط مذهب أبي جعفر الاسترآبادي ، وهو اختيار نجم الدين والعلامة ، وهو المعتمد ، لان أهل اللغة جوزوا حذف حرف القسم ، ولو بطل القسم حينئذ لما جوزوه ، ومذهب ابن ادريس كمذهب الشيخ هنا .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا قال أشهد بالله لم يكن يميناً ، واختلف أصحاب الشافعي على وجهين ، منهم من قال : اذا أطلق لم يكن يميناً ، ومنهم من قال : اذا أطلق أو أراد اليمين كان يميناً ، وبه قال أبو حنيفة .

(١) المبسوط ١٩٤/٦ .

(٢) مختلف الشيعة ص ١٠٣ كتاب الايمان .

(٣) تحرير الاحكام ٩٧/٢ .

(٤) الايضاح ٤/٤ .

والمعتمد قول الشيخ في المبسوط ، وهو أنه اذا أراد اليمين كان يمينا، واختاره
نجم الدين ، والعلامة في المختلف وظاهر القواعد .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا قال أعزم بالله لم يكن يمينا، سواء أراد اليمين
أولم يرده . وقال الشافعي: ان أراد اليمين أو أطلق فهو يمين، وان لم يرده لا يكون
يمينا .

والمعتمد قول الشيخ ، لان هذا ليس من ألفاظ القسم .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا قال أسألك بالله أو اقسم عليك بالله لا يكون
يمينا ، سواء أطلق أو أراد اليمين أولم يرد .

وقال الشافعي: ان أطلق أولم يرد اليمين مثل قولنا، وان أراد اليمين كان يمينا
وانعقد على فعل الغير ، فان أقام الغير عليها لم يحنث ، وان خالف حنث الحالف
ولزمته الكفارة . وقال أحمد: الكفارة تلزم الحانث دون الحالف .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا قال علي عهد الله روى أصحابنا أن ذلك يكون
نذراً ، فان خالف لزمه ما يلزمه في كفارة النذر. هذا اذا نوى ذلك، فان لم ينو لم
يلزمه شيء ، فأما اذا قال علي ميثاقه وكفالته وأمانته لم يروو فيه شيئاً ، ويجب أن
يقول ليست من ألفاظ اليمين .

وقال الشافعي : اذا أطلق أولم يسرد يمينا لم يكن يمينا ، وان أراد يمينا كان
كذلك . وقال مالك وأبو حنيفة : يكون اطلاقه يمينا. ثم اختلفوا ، فقال الشافعي :
اذا خالف بواحدة منها أو بجمعها لزمته كفارة واحدة . وقال مالك: اذا حنث في
الكل مثل أن يقول علي عهد الله وميثاقه وأمانته وكفالته ثم خالف لزمه عن كل
واحدة كفارة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : اذا قال والله كانت يميناً اذا أطلق أو أراد اليمين وان لم يرد اليمين لم يكن يميناً عند الله ، ويحكم عليه بالظاهر ، ولا يقبل قوله ما أردت اليمين في الحكم ، وبه قال الشافعي الا أنه زاد فان لم ينوفانه يكون يميناً . والمعتمد أن اليمين لا ينعقد الا مع النية ، ولا يكفي الاطلاق ، وهو فتوى العلامة في القواعد ، واستدلال الشيخ هنا يدل عليه أيضاً ، أما فتوى العلامة فانه اشترط القصد والنية معاً ، ثم قال : ولو حلف من غير نية لم ينعقد ، سواء كان بصريح أو كناية فهي يمين اللغو .

واما استدلال الشيخ ، فانه قال : دليلنا أصالة براءة الذمة ، وقوله «اليمين» انما الاعمال بالنيات ^(١) وهذا لم ينو ، وقوله تعالى « لا يؤخذكم الله باللغو فسي أيمانكم ولكن يؤخذكم بما عقدتم الايمان » ^(٢) والعقد لا يكون الا بالنية ، وهذا الاستدلال يدل على اشتراط النية ، واذا أطلق ولم ينو اليمين لم يتحقق النية ، فلا ينعقد اليمين . واذا ثبت أن النية شرط ، فاذا قال : مانويت قبل منه في الظاهر دين بنيته عند الله .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا حلف لا أتحملي أولاً ألبس الحلبي ، حنث بلبس الخاتم ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يحنث .

والمعتمد قول الشيخ ، وجزم به نجم الدين في الشرائع ^(٣) ، والعلامة في القواعد

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : اذا حلفت المرأة للبست حلياً ولبست الجوهر وحده حنثت ، وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي . وقال أبو حنيفة : لا تحنث . والمعتمد قول الشيخ .

(١) تهذيب الاحكام ١٨٦/٤ .

(٢) سورة البقرة : ٢٢٥ .

(٣) شرائع الاسلام ١٨٠/٣ .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : لا يدخل الاستثناء بمشية الله الا باليمين فحسب ،
وبه قال مالك . وقال أبوحنيفة : يدخل في اليمين بالله وفي الطلاق والعناق والنذر
والاقرار .

والمعتمد قول الشيخ هنا، واختار أولافي كتاب الطلاق من هذا الكتاب مذهب
أبي حنيفة ، واستدل عليه بأصالة براءة الذمة .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : الاستثناء بمشية الله في اليمين ليس بواجب بل هو
بالخيار وبه قال جميع الفقهاء ، وحكي عن بعضهم أنه واجب ، لقوله تعالى « ولا
تقولن لشيء اني فاعل ذلك غداً الا أن يشاء الله »^(١) .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : لاحكم للاستثناء الا اذا كان منصلاً بالكلام ، أو
في حكم المتصل . أما المنفصل فلا حكم له ، سواء كان في المجلس أو بعد الانصراف
وبه قال الفقهاء .

وقال عطا والحسن : له أن يستثني مادام في المجلس ، فان فارقه بطل حكم
الاستثناء ، وعن ابن عباس روايتان احدهما له أن يستثني أبداً حتى لو حلف وهو
صغير واستثنى وهو كبير جاز ، والثانية له أن يستثني الى حين والحين سنة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : لغو اليمين هو ان يسبق اليمين الى لسانه ولم يعتقد
بقلبه، كأنه أراد أن يقول بلى والله، فسبق لسانه وقال لا والله ، ثم استدرك فقال بلى
والله ، فالاولى لغو ولا كفارة فيها ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : فيها الكفارة ، والثانية معتقده . وقال مالك : لغو اليمين
يمين الغموس ، وهو ما ذكرناه أن يحلف على ما مضى قاصداً للكذب . وقال أبوحنيفة:

(١) سورة الكهف : ٣٣ .

لغو اليمين ما كان على ماض ، لكنه حلف على ما يعتقده ، ثم بان ضده .
 والمعتمد أن لغو اليمين هي اليمين من غير نية ، كما قاله صاحب القواعد .
 مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : لا يجوز تقديم الكفارة على الحنث أصلاً ، وان
 أخرجها لا يجزيه .

وقال الشافعي : يجزيه قبل الحنث الا الصوم ، فانه لا يجزيه ، لانه من عبادة
 الابدان، وبه قال الاوزاعي وأحمد . وقال مالك : يجزيه وان كان صوماً ، وأبو حنيفة
 لم يجوز تقديم الكفارة على وجوبها ، وجوز تقديم الزكاة على وجوبها ، ومالك
 بالعكس جوز تقديم الكفارة ومنع من تقديم الزكاة ، وجوز الشافعي التقديم فيهما
 الا تقديم الصوم . قال الشيخ : وعندنا لا يجوز فيهما .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا أعطى مسكيناً من كفارته أو فطرته أو زكاة ماله
 فالمستحب أن لا يشتري ذلك ممن أعطاه اياه وليس بمحذور ، وبه قال أبو حنيفة
 والشافعي . وقال مالك : لا يجوز شراؤه ولا تملكه .
 والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : يجزى في الكسوة ثوبان قميص وسراويل أو قميص
 ومنتدبل أو قميص ومقنعة، وثوب واحد لا يجزيء .
 وقال الشافعي يجزىء قميص واحد أو سراويل أو منتدبل أو مقنعة . وقال مالك
 ان أعطى رجلاً أجزاء الثوب الواحد ، وان أعطى امرأة لا يجزىء الا ما يجوز لها
 الصلاة فيه ، وهو ثوبان قميص ومقنعة . وقال أبو يوسف : لا يجزىء السراويل .
 والمعتمد اجزاء الثوب الواحد، كما هو مذهب الشافعي، وهو اختيار الشيخ
 في المبسوط^(١)، ولا فرق بين الرجل والمرأة ، واختار ابن الجنيدي الفرق بينهما
 كمذهب مالك .

(١) المبسوط ٦/٢١١ - ٢١٢ .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ: اذا أعطى الفقير قلنسوة أو خفاً لم يجزه. وللشافعي وجهان: أحدهما مثل قولنا، والثاني يجزيه.

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة، وطريقة الاحتياط.

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ: صوم ثلاثة أيام كفارة اليمين متتابع لايجوز التفريق فيه.

وللشافعي وجهان: أحدهما مثل قولنا، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه. والثاني هو بالخيار بين التتابع والتفريق، وبه قال مالك.

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم.

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ: فرض العبد في الكفارة الصيام دون العتق والاطعام اجماعاً، وعندنا أن فرضه شهر واحد فيما يجب فيه شهران وثلاثة أيام في كفارة اليمين كالحر، وعند جميع الفقهاء هو كالحر في الجميع.

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم.

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ: اذا حلف لاسكنت في هذه الدار وهو فيها، ثم خرج عقيب اليمين بلا فصل برفي يمينه ولم يحنث، وبه قال جميع الفقهاء. وقال زفر: يحنث ولا طريق له الى البر، لانه يحنث باستدامة السكنى وخروجه منها عقيب يمينه سكون فيها، فوجب أن يحنث.

والمعتمد قول الشيخ.

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ: اذا كان في دار، فحلف لاسكنت في هذه الدار فأقام عقيب يمينه مدة يمكنه الخروج ولم يفعل حنث وبه قال الشافعي. وقال مالك:

ان أقام يوماً وليلة حنث، وان أقام أقل من ذلك لم يحنث.

والمعتمد قول الشيخ.

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ: اذا كان فيها فحلف لاسكنت هذه الدار، ثم أقام

عقيب يمينه لالسكنى ، لكن لنقل الرجل والمال والولد لم يحنث ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يحنث .

واختار العلامة في القواعد^(١) مذهب الشيخ هنا، واختار في التحرير^(٢) مذهب الشافعي ، وهو ظاهر الشرائع^(٣) والدروس^(٤)، وهو المعتمد ، فيجب الانتقال عقيب اليمين بلا فصل ، فلو عاد بعد الخروج لنقل رحله فلا بأس ، وكذا لو عاد لعيادة مريض .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ: اذا كان فيها فحلف لاسكنت هذه الدار، فانتقل بنفسه بر وان لم ينقل العيال والمال ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك: بنفسه وبالعيال دون المال. وقال أبو حنيفة: السكنى بنفسه وبالعيال وبالمال . وقال محمد : ان بقي من ماله ما يمكن سكنى الدار معه مما نقل المال، وان بقي مالم يمكن سكنى الدار معه نقل المال وبرفي يمينه . والمعتمد قول الشيخ، واستدل بأنه أضاف السكنى الى نفسه ، فاذا خرج فيها بنفسه فقد خرج عن كونه ساكناً ، ومن ادعى ان ماله وعياله يكون سكنى فعليه الدلالة .

واعلم أن هذه المسألة والتي قبلها مبنية على أن السكنى هل هي بالنفس أو بالعيال والمال ، اختار الشيخ هنا في الاولى أن السكنى بالعيال والمال ، واختار في هذه أن السكنى بالنفس ، ويدل عليه كلامه في المبسوط^(٥)، نقله عنه صاحب المختلف .

(١) قواعد الاحكام ١٣٥/٢ .

(٢) تحرير الاحكام ٩٩/٢ .

(٣) شرائع الاسلام ١٧٦/٣ .

(٤) الدروس ص ٢٠٣ .

(٥) المبسوط ٢٢٠/٦ .

قال : وقال في المبسوط ان أقام عقيب يمينه لالسكنى ، بل لنقل الرحل والعيال
والمال قال بعضهم يحنث ، وقال آخرون : لا يحنث ، وبنائوه على أصله أن السكنى
ما كان بالبدن والعيال والمال معاً ، فان أقام لنقل هذا لم يكن ساكناً ، وهو الذي
يقوى في نفسى قال العلامة ، ثم قال : فيه السكنى بالبدن دون المال والعيال . وقال
آخرون ببذنه وبالمال والعيال ، قال : والاول أقوى عندي .

قال العلامة : وهذا يدل على ترده . واختار صاحب المختلف أن السكنى بالبدن
لا غير ، وانما أوردنا هذا الكلام ليظهر للمتأمل تحقيق المسألتين هذه والتي قبلها
ويعرف وجه الخلاف فيهما .

مسألة ٤٠ - قال الشيخ : اذا حلف لا يدخل داراً فصعد على سطحها لم يحنث
وبه قال الشافعي .

واختلف أصحابه على طريقتين ، منهم من قال : ان لم يكن السطح محجراً
لم يحنث وجهاً واحداً ، وان كان محجراً فعلى وجهين . وقال أبو حنيفة : يحنث
بكل حال .

والمعتمد قول الشيخ ، ولا فرق بين المحجر وغيره ، جزم به العلامة ونجم
الدين .

مسألة ٤١ - قال الشيخ : اذا كان في دار فحلف لا أدخلها ، لم يحنث باستدامة
قعوده فيها . وللشافعي قولان .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٤٢ - قال الشيخ : اذا حلف لا أدخل بيتاً ، فدخل بيتاً من شعر أو وبر
أو حجر أو مدر فانه يحنث ، وهو ظاهر كلام الشافعي ، واليه ذهب أبو اسحاق
وغيره .

ومن أصحابه من قال : ان كان بدوياً حنث بدخول بيت البادية والبلدان ، وان

كان قروياً نظرت ، فان دخل بيوت البلدان حنت قولا واحداً ، وان دخل بيوت
البادية فعلى وجهين .

والمعتمد أن البدوي يحنت بدخول بيت البدوي، والحضري لا يحنت بدخول
بيت البدوي اذا لم يعتاد سكناه ، وهو اختيار العلامة ونجم الدين .

مسألة - ٤٣ - قال الشيخ : اذا حلف لاياً كل من طعام اشتراه زيد ، فاشترى
زيد وعمرو طعاماً صنفه واحداً ، فأكل منه لم يحنت عندنا وعند الشافعي .

وقال أبو حنيفة وأصحابه: يحنت لانه اذا اشتراه معاً ، فكل واحد منهما اشترى
نصفه ، بدليل أن على كل واحد ثمن نصفه ، فقد أكل من طعام اشتراه زيد .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، لان كل جزء يشار اليه لم ينفرد زيد بشرائه بل يقال
اشتراه زيد وعمرو ، وهو اختيار ابن ادريس ونجم الدين والعلامة ، وقوى في
المبسوط^(١) مذهب أبي حنيفة .

مسألة - ٤٤ - قال الشيخ : اذا قسما هذا الطعام وأفرد كل واحد منهما نصيبه
فان أكل من نصيب زيد أو نصيب عمرو ، لم يحنت أيضاً عند الشافعي . وقال أبو

حنيفة : ان أكل من نصيب زيد حنت ، وان أكل من نصيب عمرو لم يحنت .
والمعتمد مذهب الشافعي ، وهو اختيار ابن ادريس والعلامة ، لان ما حصل

لزويد بالقسمة لم يشتره زيد بانفراده ، وكذا ما حصل لعمرو .

مسألة - ٤٥ - قال الشيخ : اذا حلف لاياً كل من طعام اشتراه زيد ، فاشترى
زيد طعاماً وحده واشترى عمرو طعاماً وحده وخطاه معاً ، وأكل الحالف منه ،

فيها ثلاثة أوجه ، قال أبو سعيد الاصبخري: ان أكل النصف فما دونه لا يحنت ، لانه
لا يقطع على أنه أكل من طعام انفراد زيد بشرائه حتى يزيد على النصف . وقال

ابن أبي هريرة : لا يحنت وان أكله كله . وقال أبو اسحاق : ان أكل منه كفاً حنت ،

(١) المبسوط ٦/٢٢٣ .

وان أكل حبة أو حبتين لم يحنث .

وقوى الشيخ مذهب الاصطخري ، وهو ظاهر نجم الدين في الشرائع^(١) والعلامة في القواعد^(٢)، وادعى عليه في التحرير^(٣) الاجماع .

وفصل العلامة في المختلف، فقال ان كان الطعام مايعاً كاللبن والعسل أو مايشبه الممتزج كالدقيق ، حنث بقليله وكثيره لامتزاجه واختلاط اجزائه بعضها ببعض فأى شيء أكل منه علم أن فيه أجزاء مما اشتراه زيد ، وان كان متميزاً ، كالتمر والرطب والخبز لا يحنث بأكل أكثر مما اشتراه زيد^(٤). وقال ابن البراج: يحنث بالقليل والكثير ولم يفصل .

والمعتمد تفصيل المختلف .

مسألة - ٤٦ - قال الشيخ : اذا حلف لادخلت دار زيد هذه، أو لا كلمت عبد زيد هذا ، أو لا كلمت زوجة زيد هذه ، لم يتعلق اليمين بعين ما علق اليمين به فان دخلها وملكها لزيد حنث بلاخلاف ، وان زال ملكه عنها فدخلها بعد ذلك لم يحنث عندنا ، وبه قال أبو يوسف وأبو حنيفة الا في الزوجة .

وقال الشافعي ومالك ومحمد بن الحسن وزفر: انه يحنث، وبه قال ابن البراج من أصحابنا ، واختاره العلامة في القواعد ، وفخر الدين والشهيد ، وهو المعتمد هذا اذا لم يقصد الاضافة ولا التعيين، بل أطلق وقصد ما تصدق عليه هذا اللفظ، ومع القصد لاشكال في التعليق بما قصده ، وكذا ان قصد باليمين العداوة والمباينة للمضاف اليه .

(١) شرائع الاسلام ١٧٣/٣ .

(٢) قواعد الاحكام ١٣٢/٢ .

(٣) تحرير الاحكام ١٠٠/٢ .

(٤) مختلف الشيعة ص ١٠٤ كتاب الإيمان .

مسألة - ٤٧ - قال الشيخ: اذا حلف لادخلت هذه الدار، فانهدمت وصارت طريقاً فسلك عرصتها لم يحنث، وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يحنث ووافقنا انه اذا قال لادخلت داراً فسلك براحاً كان داراً لا يحنث.

والمعتمد مذهب أبي حنيفة، تغليباً لجانب الاشارة، فاليمين تعلقت بالعين فلا اعتبار بالوصف.

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ: اذا حلف لا ألبس ثوباً من عمل يد فلان، فوهب له فلان ثوباً، فان لبسه حنث بلاخلاف وان استبدل به فباعه أو بادل به فلبسه لم يحنث. وكذا لو حلف لا ألبس من غزل أمراته، وكذا لو قال لغيره: أحسنت اليك اعنتك مالي ووهبت لك كذا وأعطيتك كذا فقال جواباً لهذا: والله لاشربت لك ماء من عطش، تعلق بالحكم بشرب مائه من عطش، فان انتفع بغير الماء من ماله، فأكل طعامه ولبس ثيابه وركب دابته لم يحنث، وبه قال الشافعي. وقال مالك: يحنث بكل هذا، فان لبس بدل ذلك الثوب، أو بدل ذلك الغزل، أو انتفع بماله بغير الماء، حنث في كل ذلك.

والمعتمد قول الشيخ، الا أن يقصد بقوله « لاشربت لك ماء من عطش » رفع كل ما فيه منه.

قال الشيخ: ويقوى في نفسي في قوله « لاشربت لك ماء من عطش » أنه يحنث اذا انتفع بشيء من ماله، لان ذلك من فحوى الخطاب. وما قواه الشيخ قوي، لكن فتوى الاصحاب أنه ان قصد رفع كل ما فيه منه حنث بالجميع، والا انصرف الى شرب الماء لاغير، لانه حقيقة فيه.

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ: اذا حلف لا يدخل دار زيد، فدخلها وهي ملك ازيد، حنث بلاخلاف، وان كان ساكنها بأجرة لم يحنث عندنا، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك: يحنث. والمعتمد قول الشيخ، وهو فتوى العلامة في القواعد والتحرير.

مسألة - ٥٠ - قال الشيخ: اذا حلف لادخلت دار زيد أو لاكلمت زيداً، فدخل داره أو كلمه جاهلاً أو ناسياً ، لا يحنث . وكذا لو كان مكرهاً .
وللشافعي قولان : أحدهما لا يحنث ، وهو أصح القواين عندهم . والثاني يحنث ، وبه قال أبو حنيفة ومالك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ : اذا حلف لأدخل على زيد بيتاً، فدخل على عمرو بيتاً وزيد فيه ، وهو لا يعلم بكون زيد فيه ، فإنه لا يحنث . وللشافعي قولان .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٢ - قال الشيخ: اذا دخل على عمرو بيتاً ويعلم ان زيدا فيه، فاستثناه بقلبه وقصد الدخول على عمرو دون زيد ، لم يصح وحنث . واذا حلف لاكلمت زيداً ، فسلم على جماعة زيد فيه واستثناه بقلبه لم يحنث .

وقال الشافعي مسألة الدخول مبنية على مسألة السلام طريقان ، منهم من قال يحنث قولاً واحداً. ومنهم من قال على قولين . وكذلك الخلاف بينهم في الدخول .
والمعتمد قول الشيخ ، اما في مسألة السلام فلان السلام لفظ عام ، ويجوز تخصيصه بالقصد وأما فسي مسألة الدخول فلان الدخول فعل واحد فلا يجوز تخصيصه ، ولم يفرق بينهما في المبسوط كمذهب الشافعي .

مسألة - ٥٣ - قال الشيخ : اذا دخل عليه زيد بيتاً ، فاستدام المحالف القعود معه لا يحنث . وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بأنه حلف لا يدخل على زيد بيتاً وهو لم يدخل عليه ، وانما الداخل زيد .

مسألة - ٥٤ - قال الشيخ: اذا حلف لياكلن هذا الطعام غداً فأكله اليوم حنث وبه قال الشافعي . وقال مالك وأبو حنيفة : لا يحنث .

والمعتمد قول الشيخ ، لتحقق المخالفة .

مسألة - ٥٥ - قال الشيخ : اذا حلف لياً كلنه غداً، فهلك الطعام اليوم أو غداً فان هلك بشيء من جهته لزمته الكفارة ، وان كان بشيء من غير جهته في اليوم لم تلزمه الكفارة . وان كان في الغد، فان كان بعد القدرة على أكله فلم يأكل حنث وان كان قبل ذلك لم يحنث . وللشافعي في هلاكه في الغد أو في اليوم قولان . والمعتمد قول الشيخ وتفصيله .

مسألة - ٥٦ - قال الشيخ : اذا حلف أن يقضيه حقه عند استهلال الشهر، أو عند رأس الهلال، لزمه أن يعطيه عند رؤية الهلال ، وبه قال الشافعي . وقال مالك وقت القضاء ليلة الهلال ويومها من غدها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بأن لفظة « عند » تفيد المقارنة في اللغة .
مسألة - ٥٧ - قال الشيخ : اذا حلف ليقضين حقه الى حين ، أو الى زمان أو الى دهر ، والذي رواه أصحابنا أن الحين ستة أشهر ، والزمان خمسة أشهر ولم يرووا في الدهر شيئاً .

وقال أبو يوسف ومحمد: كلها عبارة عن ستة أشهر . وقال أبو حنيفة : الحين والزمان عبارة عن ستة أشهر . قال: والدهر لأعرفه . وقال الشافعي : هذه عبارات كلها لاحد لها ، فيكون على هذه مدة حياته ، فان لم يفعل حتى مات حنث بوفاته وان قال : لأقضينه الدهر فلاحد له عندنا .

وعن أبي يوسف روايتان: احديهما مثل قول الشافعي، والثانية ستة أشهر . وقال مالك : كلها عبارة عن سنة .

والمعتمد مذهب الشافعي، وهو ظاهر العلامة ونجم الدين، لاختصاص تحديد الحين والزمان بنذر الصوم .

مسألة - ٥٨ - قال الشيخ : اذا حلف ليقضينه حقه قريباً أو بعيداً فلاحد له ،

وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : القريب أقل من شهر ، والبعيد شهر .
والمعتمد قول الشيخ ، فلا يتحقق الحنث الا بعد الموت .

مسألة - ٥٩ - قال الشيخ : اذا حلف الى حنث فلاحد له ، وبه قال الشافعي
وقال مالك : الحنث أربعون سنة . وقال أبو حنيفة : الحنث ثمانون سنة .
قال الشيخ : روي في قوله « أحقاباً »^(١) أن الاحقاب الدهور ، وروي أقل من
ثمانين عاماً ، قال : وقد ذكرنا اختلاف العلماء في ذلك في التفسير ، واذا كان كذلك
لم يثبت به حد .

والمشهور أنه ثمانون ، جزم به صاحب القواعد ، وصاحب الدروس قال :
الحنث ثمانون عاماً في النذر وغيره^(٢) .

مسألة - ٦٠ - قال الشيخ : اذا قال الخليفة أو الملك : والله لا ضربت هبدي
ثم أمر عبده فضربه لم يحنث . وللشافعي قولان : أحدهما لا يحنث مثل قولنا ، والثاني
انه يحنث .

واختار الشيخ في المبسوط^(٣) أنه يحنث ، وهو اختيار العلامة وفخر الدين
والشهيد اتباعاً للعرف ، واختار ابن ادريس ونجم الدين مذهب الشيخ هنا حملاً
اللفظ على حقيقته ، وحققة هذه الاضافة أن يفعل الفعل بنفسه .

والمعتمد قول العلامة ، وهو الحنث ، وهذا انما يتوجه مع خلو اللفظ عن
القصد فلو قصد المباشرة أو الامر انصرف اليه ، وانما يتوجه الخلاف مع خلو القصد
عنهما ، فيحمل حينئذ اللفظ على مدلوله .

مسألة - ٦١ - قال الشيخ : اذا قال الخليفة : والله لا تزوجت ولا بعثت ، فوكل

(١) سورة النبا : ٢٣ .

(٢) الدروس ص ٢٠٤ .

(٣) المبسوط ٦ / ٢٣١ .

فيهما لم يحنث .

وقال الشافعي : لا يحنث في التزويج ، ويحنث في البيع على أحد القولين

وقال أبو حنيفة : يحنث في التزويج دون الشراء ، عكس مذهب الشافعي .

والمعتمد قول الشيخ ، ومذهب الشافعي قوي ، لان العرف أن السلطان يباشر

عقد النكاح ، ولا يباشر عقد البيع ، وكل ماجرت العادة أنه يفعله بنفسه ، فاذا وكل به

لم يحنث ، لان الايمان ينصرف الى الحقائق دون المجازات ، وحقبة الفعل انما

يكون من المباشر ومالم يجر العادة بمباشرته ، فاذا وكل فيه كان فيه الاشكال .

مسألة - ٦٢ - قال الشيخ : اذا حلف لاشرب من النهر أو من الدجلة ، فمتى

شرب من مائهما حنث ، سواء شرب بيده أو في كوز أو كوع فيهما كالبهيمة ، وبه

قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يحنث حتى يكوع فيهما كالبهيمة ، لانه اذا عرف بيده أو

في كوز وشرب ، فانما شرب من يده أو من الكوز ، لامن النهر والدجلة .

والمعتمد قول الشيخ ، لان معنى هذا الكلام لاشربت من ماء النهر أو ماء دجلة .

مسألة - ٦٣ - قال الشيخ : اذا حلف لافارقتك حتى استوفي حقي ، فان استوفي

نفس حقه بر بلاخلاف ، وان استوفي بدل حقه مثل أن كان له دنانير فأخذ دراهم

أو ثياباً أو غير ذلك بقيمتها بر في يمينه ، وبه قال مالك .

وقال الشافعي : اذا أخذ بدل حقه حنث ، وهو اختيار العلامة في المختلف

ولم يختر في القواعد والتحرير شيئاً ، ومذهب الشيخ قوي ، لحصول البراءة من

الحق بأخذ العوض .

مسألة - ٦٤ - قال الشيخ : اذا حلف لا آكل الرؤوس ، حنث بأكل رؤوس

الغنم والبقر والابل ، ولا يحنث بأكل رؤوس الطيور والحيتان والجراد ، وبه قال

الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يحنت برؤوس الغنم والبقر ، ولا يحنت برؤوس الابل ، لان العادة فيهما . وقال أبو يوسف ومحمد : يحنت برؤوس الغنم لاغير ، لان العرف يصرف اليها .

واعلم أن الحالف ان نوى نوعاً انصرف اليه ، وان خلاعن النية هل ينصرف الى الحقيقة اللغوية أو العرفية ؟ قال ابن ادريس : يحنت بأكل جميع الرؤوس ، لان ذلك هو الحقيقة ، وظاهر الشرائع^(١) والقواعد^(٢) والتحرير^(٣) والدروس^(٤) اختيار المصنف .

وقال العلامة في المختلف : ان نوى الحالف انصرف الحلف اليه ، وان لم ينو فان كان هناك عرف خاص يعهده الحالف وتصرف اطلاق لفظه اليه حمل عليه والاحمل على الحقيقة اللغوية^(٥) واختاره فخرالدين ، وهو المعتمد .

مسألة - ٦٥ - قال الشيخ : اذا حلف لا يأكل لحماً ، فأكل لحم النعم والطير والصيد ، حنت بلاخلاف ، وان أكل لحم السمك حنت ، وبه قال أبو يوسف ومالك .

وقال أبو حنيفة والشافعي : لا يحنت ، واختاره الشيخ في المبسوط ، وهو اختيار العلامة في القواعد والتحرير ، للعرف والعادة . ورجح ابن ادريس مذهب الشيخ هنا لقوله تعالى «ومن كل تأكلون لحماً طرياً»^(٦) .

(١) شرائع الاسلام ١٧٧/٣ .

(٢) قواعد الاحكام ١٣٤/٢ .

(٣) تحرير الاحكام ١٠٠/٢ .

(٤) الدروس ص ٢٠٢ .

(٥) مختلف الشيعة ص ١٠٠ كتاب الايمان .

(٦) سورة فاطر : ١٢ .

وقال العلامة في المختلف : يرجع الى العرف . ولا بأس به ، لكن المشهور مذهب المبسوط .

مسألة - ٦٦ - قال الشيخ: اذا حلف لاذقت شيئاً ، فأخذه بفيه ومضغه ورماه ولم يزد منه شيئاً حنث . وللشافعي وجهان .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الذوق يحصل بالمص والمضغ وان لم يتبلعه .
مسألة - ٦٧ - قال الشيخ : اذا حلف لأأكلت سمناً ، فأكله مع الخبز حنث وبه قال أكثر أصحاب الشافعي . وقال الاصطخري : لا يحنث ، لانه ما أكله على جهته .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦٨ - قال الشيخ: اذا حلف لأأكلت هذه الحنطة أو من هذه الحنطة وأشار الى حنطة بعينها ، ثم طحنها دقيماً او سويقاً وأكلها لم يحنث ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو يوسف ومحمد : يحنث .

وجزم نجم الدين في الشرايع والعلامة في القواعد بمذهب المصنف هنا، واختار ابن البراج الحنث ، واختاره العلامة في المختلف، ومذهب الشيخ أشهر .

مسألة - ٦٩ - قال الشيخ : اذا حلف لاأكل هذا الدقيق ، فخبزه وأكله لم يحنث ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يحنث .

وجزم نجم الدين والعلامة في القواعد بعدم الحنث كالحنطة ولا بأس به . وقال في المختلف : يحنث ، لان الحنطة والدقيق لا يؤكل غالباً الا خبزاً . وهو قوي .

مسألة - ٧٠ - قال الشيخ : اذا حلف لأأكلت شحماً ، فأكل شحم الظهر لم يحنث ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال أبو يوسف : يحنث .

وعدم الحنث مذهب العلامة في القواعد ، والحنث مذهب ابن ادريس ، واستحسنه نجم الدين ، واختاره العلامة في المختلف والتحرير ، لان الشحم عبارة

عن غير اللحم من أي موضع كان . واحتج الشيخ بأن الشحم يختص بما كان في الجوف . والمعتمد الحنث .

مسألة - ٧١ - قال الشيخ : اذا حلف لا يأكل لحماً ، فأكل قلباً لم يحنث بلا خلاف ، وان أكل من شحم الجوف لم يحنث عندنا ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك وأبو يوسف : يحنث .

والمعتمد عدم الحنث بما يسمى شحماً ، سواء كان في الجوف أو غيره ، كالالية وشحم الظهر على المختار ، وأوجب ابن ادریس الحنث بالقلب . والمعتمد عدم الحنث به ، لان له اسم خاص غير اسم اللحم .

مسألة - ٧٢ - قال الشيخ : اذا حلف لا يأكل رطباً ، فأكل المنصف وهو الذي نصفه رطباً ونصفه بسراً ، أو حلف لا يأكل بسراً فأكل المنصف حنث ، وبه قال الشافعي وأصحابه . وقال أبو سعيد الاصطخري : لا يحنث .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار نجم الدين ، والعلامة في القواعد^(١) والتحرير^(٢) ، لانه أكل رطباً وأكل معه شيئاً آخر ، واختار ابن ادریس مذهب الاصطخري .

مسألة - ٧٣ - قال الشيخ : اذا حلف لا يأكل لبناً ، فأكل سمناً أو زبداً خالصاً أوجبناً لم يحنث ، وبه قال الشافعي . وقال ابن أبي هريرة : يحنث بأكل كلما يعمل من اللبن .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٤ - قال الشيخ : اذا حلف لا كلمت فلاناً ، فكنتب اليه كتاباً ، أو أرسل اليه رسولا ، أو أومى اليه بيده أو برأسه أو رمز بعينه لم يحنث ، وبه قال

(١) قواعد الاحكام ١٣٢/٢ .

(٢) تحرير الاحكام ١٠١/٢ .

أهل العراق والشافعي في الجديد ، وقال في القديم : يحنث ، وبه قال مالك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بأنه لا يسمى شيء من ذلك كلاماً .

مسألة - ٧٥ - قال الشيخ : اذا حلف لأرى منكر الارتفاعه الى القاضي أبي فلان ، ففاته من غير تفريط ، مثل أن مات أحدهما أو حجب عنه أو أكره على المنع لا يحنث . وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٦ - قال الشيخ : اذا عزل القاضي ، فقد فاته الرفع اليه ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو ظاهر قول الشافعي ، وله وجه أنه لم يفته لأنه علق الرفع اليه بعينه دون صفته .

والمعتمد ان قصد رفعه اليه حال الولاية له يبر برفعه بعد العزل ، ولم يتحقق الحنث في الحال ، لجواز عود الولاية ، فيرفعه اليه حينئذ ، ويتحقق الحنث بموت أحدهما . وان لم ينو الرفع حال الولاية ، جاز الرفع بعد العزل اعتباراً بالعين .

مسألة - ٧٧ - قال الشيخ : اذا قال ان شفى الله مريضى فله علي أن أتصدق بجميع مالي ، انصرف الى جميع ما يتمول ، سواء كان زكواً أو غير زكوي ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يصرف الى الاموال الزكوية استحساناً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٨ - قال الشيخ : اذا حلف أن يضرب عبده مائة سوط ، فانه يبر بالضغث وثمانية سوط مشدود بعضها الى بعض ، اذا علم وصول الجميع الى جسده ، سواء ألمه أو لم يؤلمه ، وبه قال الشافعي ، وهو ظاهر كلام أبي حنيفة .

وقال مالك : لا يكفي الامائة سوط ، ولا يكفي الاما يؤلمه . وهو اختيار العلامة في التواعد الامع المرض ، فيكفي الضغث حينئذ ، ويكفي عليه الظن بوصول كل

شمرأخ الى جسده، وهو قول صاحب الشرائع^(١) أيضاً، وهو المعتمد. هذا في التعزير المأمور به . أما التأديب على المصالح الدنيوية، فالاولى العفو ولا كفارة . مسألة - ٧٩ - قال الشيخ : اذا حلف لا وهبت له، فان الهبة عبارة عن كل عين يملكه اياها متبرعاً بغير عوض، فان وهب له أو أهدي اليه أو نحل له أو أمره أو تصدق عليه بمسألة تطوع حنث ، وقد سمي رسول الله ﷺ العمرة هبة لمن وهبت له ، وبه قال الشافعي .

ووافق أبوحنيفة في كل ذلك الاصدقة التطوع، فانه قال : لا يحنث بها، لانها ليست هبة ، بل هي غير الهبة والهدية، بدليل أن النبي ﷺ كان يحرم عليه الصدقة ويحل له الهدية، واذا كان مختلفين لم يدخلوا مدخلا واحداً في باب اليمين .

وقول الشيخ في المبسوط^(٢) كقرله هنا ، وزاد فيه الحنث بالوقف أيضاً . قال نجم الدين في الشرائع بعد ان ذكر كلام الشيخ : ونحن نمنع الحكم في العمرى والنحلة اذيتنا ولأن المنفعة والهبة تتناول العين قال: وفي الوقف والصدقة تردد: منشأه متابعة العرف فسي افراد كل واحد باسم^(٣) . واختار العلامة فسي القواعد والمختلف مذهب الشيخ ، لمساواة المنافع الاعيان في القل والتقويم؛ فاذا تبرع بها كانت هبة كالعين ، واستقرب الشهيد في دروسه مغايرة الوقف للهبة ، ومغايرة العمرى للهبة ، وهو مذهب ابن ادريس، وهو قوي ، لاختلاف الحكم والاسم . مسألة - ٨٠ - قال الشيخ : اذا حلف لا يركب دابة العبد، وللعبد دابة قد جعلها سيده في رسمه لا يحنث ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : يحنث لانها يضاف اليه .

(١) شرائع الاسلام ١٧٨/٣ - ١٧٩ .

(٢) المبسوط ٣٥٠/٦ .

(٣) شرائع الاسلام ١٧٧/٣ - ١٧٨ .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الاضافة يقتضي الملك ، والعبد لا يملك شيئاً .
مسألة - ٨١ - قال الشيخ : اذا حلف لا أستخدم عبداً ، فخدمه عبد من قبل نفسه لم يحنث ، سواء كان عبد نفسه أو عبد غيره ، وبه قال الشافعي .
وقال أبوحنيفة : ان كان عبد نفسه حنث ، وان كان عبد غيره لا يحنث ، لانه اذا كان عبد نفسه ، كان تمكينه من الخدمة استخداماً .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الاستخدام هو الامر بالخدمة ، ومع عدم الامر لا يكون استخداماً لصدق السلب .

مسألة - ٨٢ - قال الشيخ : اذا حلف لا يأكل فاكهة ، فأكل عنباً أو رطباً أو رماناً حنث ، وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي . وقال أبوحنيفة : لا يحنث .
والمعتمد قول الشيخ . قال الشهيد : الفاكهة اسم لما ينفكه به حتى الاترج والنبق واللوز ، قال : والرطب فاكهة والبطيخ بقسميه ، قال : أمسا الفثى والقرع والبادنجان ، فانه من الخضر .

مسألة - ٨٣ - قال الشيخ : اذا حلف لا يشم الورد ، فشم دهنه لم يحنث بل بخلاف وان حلف لا يشم بنفسجاً فشم دهنه ، لم يحنث أيضاً عندنا وعند الشافعي . وقال أبوحنيفة : يحنث .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بأن البنفسج عبارة عن الورد ، واطلاق اسمه على الدهن مجاز .

مسألة - ٨٤ - قال الشيخ : اذا حلف لا يضرب زوجته ، فعرضها أو حنثها أو نتف شعرها لم يحنث ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : يحنث بكل هذا ، وبه قال ابن الجنيدي من أصحابنا .

والمعتمد قول الشيخ ، لان هذه الافعال لا يسمى في اللغة ضرباً حقيقة .

مسألة - ٨٥ - قال الشيخ : اذا حلف لا يأكل ادماً ، فأكل الخبز بالملح ، حنث

بلاخلاف وان أكل لحمًا مشويًا أو مطبوخًا أو أكل الخبز حنت ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يحنت . وقال أبو يوسف : الادم ما يصطنع به .

والمعتمد قول الشيخ . قال الشهيد : والادم ما يضاف الى الخبز مرقه أو دهنًا

أو جامدًا ، كالخبز والعرس والتمر والملح .

مسألة - ٨٦ - قال الشيخ : اذا حلف لا يدخل بيتًا ، فدخل صفة دار لم يحنت

وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يحنت .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الصفة لا يسمى بيتاً في اللغة .

مسألة - ٨٧ - قال الشيخ : اذا حلف لا أصلي ثم صلى لم يحنت أصلاً وان

فرغ منها .

وقال أبو حنيفة : لا يحنت حتى يسجد . وقال أبو العباس بن سريج : لا يحنت

حتى يكبر ويقرأ . وقال أبو حامد : الذي يجيء على المذهب أنه اذا أحرم فيها

حنت ، قرأ أو لم يقرأ .

والمعتمد قول الشيخ ، الا أن يكون ترك الصلاة أرجح ، كما لو حلف أنه

لا يصلي في الاوقات المكروهة أو الاماكن المكروهة ، فانه ينعقد ، فلو فعل ذلك

مختاراً حنت عند الفراغ ، ولو أبطلها لم يحنت ، لان اطلاق الصلاة انما يصدق

حقيقة على الصلاة التامة ، لصدق السلب على غير التامة ، لانه يصح لمن أبطل

صلاته ولو قبل التسليم أن يقول ما صليت .

مسألة - ٨٨ - قال الشيخ : اذا حلف لا يتكلم فقرأ القرآن لا يحنت ، سواء كان

في الصلاة أو في غيرها ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان قرأ في الصلاة لا يحنت ، وان قرأ في غيرها حنت .

وهو اختيار العلامة في التحرير لانه قال : لو حلف لا يتكلم لاتنعقد اليمين ،

ولو فرض المصلحة في المنع انعقدت ، فان قرأ حينئذ فالاقرب الحنت الا في

الصلاة ، وكذا لو ذكر الله تعالى^(١) .

وحكم ابن ادريس بالحنث، وكذا العلامة في المختلف^(٢)، وكذا نجم الدين في الشرائع^(٣)، والشهيد في الدروس^(٤)، لان القرآن كلام ولم يفصل أحد منهم بين القراءة في الصلاة وغيرها الا صاحب التحرير ، فعلى هذا لو قرأ في صلاة تركها أولى من فعلها، كالصلاة في الاوقات المكروهة والاماكن المكروهة حنث .
مسألة - ٨٩ - قال الشيخ : اذا حلف لا وهبت عبدي ، ثم وهبه من رجل ، حنث بوجود الايجاب قبل الموهوب أولم يقبل ، وبه قال أبو حنيفة وأبو العباس ابن سريج .

وقال أبو حامد : لا يحنث، لان الهبة عبارة عن الايجاب والقبول كالبيع ، وهو قوي ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ٩٠ - قال الشيخ : اذا قال ان شفى الله مريضى ، فله على أن أمشي أو أذهب أو أمضي الى بيت الله الحرام وجب الوفاء ، ولا يجوز أن يمضي الاحاجاً أو معتمراً ، وكان نذراً صحيحاً ، وبه قال الشافعي .

وقال ابو حنيفة في المشى مثل قولنا ، وقال في الذهاب والمضي : لاتنعد . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

(١) تحرير الاحكام ١٠٣/٢ .

(٢) مختلف الشيعة ص ١٠٢ كتاب الايمان .

(٣) شرائع الاسلام ١٨٠/٣ .

(٤) الدروس ص ٢٠٣ .

كتاب النذور

مسألة - ١ - قال الشيخ : اذا قال ابتداء لله علي أن أتصدق أو أصوم ، ولم يجعله جزاء على غيره ، لزمه الوفاء به وكان نذراً صحيحاً ، وهو الظاهر من مذهب الشافعي ، وبه قال أهل العراق .

وقال أبو بكر الصيرفي وأبو اسحاق المروزي : لا يلزمه الوفاء ، وهو مذهب السيد المرتضى رحمه الله .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : اذا نذر أن يمشي الى بيت الله الحرام ، وجب الوفاء بلاخلاف ، فان خالف فركب ، فان كان مع القدرة على المشي ، وجب عليه الاعادة يمشي ما ركب ، وان ركب مع العجز لم يكن عليه شيء .

وقال الشافعي : فان ركب وقد نذر المشي مع القدرة ، فعليه دم ولاعادة عليه وان ركب مع العجز ، فعلى قولين : أحدهما وهو القياس لاشيء عليه ، والثاني عليه دم ، وان نذر الركوب فمشى لزمه دم .

والتحقيق في هذه المسألة أن نقول : اذا نذر الحج ماشياً أو راكباً ، انعقد أصل النذر بلاخلاف ، وهل ينعقد الصفة؟ وهي المشي أو الركوب ، المرجع في ذلك

الى مسألة ، وهي أنه هل المشي أفضل من الركوب أو الركوب أفضل من المشي؟
 قيل : بأفضلية المشي مطلقاً ، لأنه أشق والأجر على قدر المشقة ، وقيل : بأفضلية الركوب
 مطلقاً ، لاشتماله على صرف المال في الحج ، وقد روي أن الدرهم فيه بألف درهم
 في غيره .

وقيل : بالتفضيل وهو أفضلية المشي مع عدم الضعف عن القيام بالفرائض ،
 ومعه يكون الركوب أفضل ، وهذا هو المشهور ، وهو المعتمد . فعلى هذا ينعقد
 نذر المشي لمن لا يضعفه المشي عن القيام بالفرائض ، ونذر الركوب لمن يضعفه
 المشي عن القيام بالفرائض .

إذا عرفت هذا ، فنقول : إذا ركب ناذر المشي مع انعقاد نذره مختاراً ، فإن
 كان معيناً بسنة ، كفر لخلف النذر ولا قضاء عليه ، وهو ظاهر القواعد والتحريص
 والارشاد ، واختاره ابن فهد في محرره ومقتصره ، وهو المعتمد ، لعدم تناول النذر
 لغير السنة المعينة . وأوجب العلامة في المختلف^(١) القضاء والكفارة ، واختاره
 الشهيد .

وان كان النذر مطلقاً غير معين بسنة ، وجب القضاء ولا كفارة ، فإن ركب بعض
 الطريق ومشى بعضه ، قيل : يقضي ويمشي ماركب ويركب مامشي ، ليحصل حجة
 ملفقة ماشياً . وقال أكثر الاصحاب تقضى ماشياً ، لاخلاله بالصفة ، وهو المعتمد .
 وان ركب حاجزاً فلا قضاء ولا كفارة ، ومع انعقاد نذر الركوب إذا أخل به لزمه
 ما لزمه بالاخلال بالمشي .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : إذا نذر ان يمشى الى بيت الله ولم يقل الحرام ، فإن
 كانت نيته بيت الله الحرام لزمه الوفاء به ، وان لم ينو شيئاً لم يلزمه شيء .

وقال الشافعي : ان نوى مثل قولنا ، وان لم ينو فعلى قولين .

(١) مختلف الشيعة ص ١٠٩ كتاب الايمان .

وقال في المبسوط^(١): ينصرف الاطلاق الى البيت الحرام، واختاره نجم الدين في شرائعه^(٢)، والعلامة في ارشاده، والشهيد في دروسه^(٣). وقال العلامة في المختلف: لا يبطل ويتخير الناذر في المشي الى البيت الحرام، أو الى أي مسجد شاء^(٤). وهو قوي، لكن مذهب المبسوط أشهر وأحوط.

مسألة - ٤ - قال الشيخ: اذا نذر أن يمشي الى بيت الله الحرام للحج ولا لعمره لا يلزمه شيء، وللشافعي قولان: أحدهما مثل ما قلناه، والثاني يلزمه المشي اما بحج أو لعمره.

والمعتمد أنه ان كان لا يجوز له الدخول بغير احرام نذره، لانه نذر ترك الواجب وهو لا يعتقد، وان كان يجوز له الدخول بغير احرام، كمن دخل بعد احرامه لم يمض له شهر، أو كان متكرراً كالحطاب والحشاش، انعقد أصل النذر وهو الدخول ولا ينعقد الفيد وهو الدخول بغير حج ولا عمرة، بل هو مخير بين الدخول محرماً بحج أو عمرة، وبين الدخول بغير احرام، لان نفس المشي الى البيت طاعة، ولا يجب النسك ما لم يكن واجباً بأحد الاسباب الموجبة له.

مسألة - ٥ - قال الشيخ: اذا نذر أن يمشي الى مسجد النبي ﷺ، أو المسجد الأقصى، أو أحد المشاهد الذي فيها قبور الائمة ﷺ وجب الوفاء.

وللشافعي في مسجد النبي ﷺ والمسجد الأقصى قولان: أحدهما يجب، وبه قال مالك. والآخر لا يجب، وبه قال أبو حنيفة، وهو أصح القولين عندهم أما غير المسجدين، فلا يجب عندهم شيء.

(١) المبسوط ٦/٢٥٠.

(٢) شرائع الاسلام ٣/١٨٧.

(٣) الدروس ص ١٩٨.

(٤) مختلف الشيعة ص ١٠٩ كتاب الايمان.

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ٦- قال الشيخ: اذا نذر أن يأتي بقعة من الحرم ، كأبي قبيس والابطح والمروة ، لم ينعقد نذره ، وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي : ينعقد نذره .

وجزم العلامة في القواعد بلزوم نذر المشي الى الصفا أو المروة ، وكذا في التحرير وزاد فيه أو منى ، وهو المعتمد ويجب النسك حينئذ .

مسألة ٧- قال الشيخ: اذا نذر أن ينحر بدنة أو يذبح بقرة ولم يعين المكان لزمه أن ينحر بمكة ، وان نذر بالبصرة أو الكوفة لزمه الوفاء به وتفرقة اللحم في الموضوع الذي نذره .

وللشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا ، والثاني لا ينعقد . واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

واعلم أن مراد الشافعي بعدم الانعقاد اذا كان نذر الذبح بغير مكة ومنى ، كالنذر في البصرة والكوفة . واختار في المبسوط عدم الانعقاد ما لم ينو تفرقة اللحم بتلك البقعة ، واختار نجم الدين في الشرائع^(١) مذهب الشيخ هنا ، وهو انعقاد النذر ووجوب التفرقة على فقراء تلك البقعة ، وهو ظاهر العلامة في التحرير والارشاد لانه اختار فيهما انعقاد النذر ولم يذكر التفرقة . قال الشهيد في شرح الارشاد: وهو مذهب الشيخ في الخلاف ونجم الدين ، فدل على أن مذهبه ..^(٢)

واختار الشهيد في دروسه مذهب المبسوط ، لانه قال : ولو نوى غيرهما أي غير مكة ومنى وقصد الصدقة أو الاهداء للمؤمنين صح ، وان قصد الاهداء للبقعة بطل ، وان قصد مجرد الذبح فيها فهو من باب المباح^(٣) . وهذا جيد مع حصول

(١) شرائع الاسلام ١٩١٣/٣ .

(٢) بياض في الاصل .

(٣) الدروس ص ١٩٨ .

القصد .

والاشكال انما هو مع اطلاق اللفظ واغفال قصد التفرقة وعدمها ، كما فرضه الشيخ في المبسوط ، لانه قال : فأما اذا نذر بغير مكة كالبصرة والكوفة وغيرهما فان نذر أن ينحرو ويفرق اللحم بها لزمه ذلك ، لان نذره لمساكين تلك البقعة ، وان أطلق ولم يذكر تفرقة اللحم بها ، لزمه النحر ويفرق اللحم بها ، ومنهم من قال : لا ينعقد نذره أصلاً ، وهو الاقوى عندي لان الاصل براءة الذمة .

فقد عرفت أن الاشكال انما هو مع الاطلاق ، وصاحب الدروس لم يذكر الحكم مع الاطلاق .

والمعتمد أن مع الاطلاق يكون من باب المباح ، كما لو قصد مجرد الذبح لاصالة براءة الذمة من وجوب التفرقة .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا قال لله علي أن أهدي ، أو قال أهدي هدياً ، لزمه ما يجزيء في الاضحية ، الثني من الابل أو البقر والغنم والجذع من الضأن . وكذلك اذا قال : أهدي الهدي بالالف واللام .

ووافقنا الشافعي اذا كان بألف ولام ، واذا نكر فانه فيه وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني يلزمه ما يتع عليه الاسم من تمرّة أو بيضة فما فوقها .

وقواه الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في المختلف ، لاصالة البراءة قال : وبمنع تخصيص الهدي بالنعم ، واختار نجم الدين انصراف الاطلاق الى النعم وأجزأ أقل ما يسمى هدياً ، واختاره العلامة في القواعد والارشاد والتحرير واختاره الشهيد أيضاً ، وهو المعتمد .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا نذرت المرأة أن تصوم أياماً بعينها ، فحاضت فيها أفطرت وكان عليها القضاء ، سواء شرطت فيها التتابع أو لم تشرط ، ولم ينتطع تنابعا .

وللشافعي في وجوب القضاء قولان : أحدهما يجب ، والثاني لا يجب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ: اذا نذر الرجل أو المرأة صيام أيام بأعيانها ، ثم مرض فيها قضى ما أفطر ، ولا يجب عليه الاستئناف ، سواء شرط التتابع أو لم بشرط . وقال الشافعي : ان أطلق ولم يشرط التتابع هل عليه أن يقضي ما ترك فسي مرضه ؟ على وجهين ، وان شرط التتابع فهل ينقطع التتابع ؟ على قولين ، ودل عليه أن يقضي ما أفطر أم لا ؟ على وجهين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا نذر أن يصوم أياماً بعينها متتابعاً ، فافطرها في سفر انقطع التتابع وعليه الاستئناف .

وقال الشافعي: يبني على القولين ، فاذا قلنا المرض يقطع التتابع فالسفر أولى واذا قلنا المرض لا يقطع التتابع فالسفر على قولين .

والمعتمد أن السفر الضروري عند لا ينقطع به التتابع وينقطع بالاختياري ، وهو فتوى الشرائع^(١) والتحريرو .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ: اذا نذر صوم يوم الفطر ، لم ينعقد نذره ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ينعقد نذره ويصوم يوماً غير يوم الفطر ، ولا يحل له أن يصومه عن نذره ، فان صامه عن نذره صح وأجزأه عن نذره .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا قال لله علي أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان ، فقدم ليلاً ، لا يلزمه الصوم أصلاً ، لانه ما وجد شرطه بلاخلاف ، وان قدم في

(١) شرائع الاسلام ٣ / ١٨٨ .

بعض نهار ، فلانص لاصحابنا فيه ، والذي يقتضيه المذهب أنه لا ينعقد نذره ، ولا يلزمه صومه ولا صوم يوم بدله .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، وهو اختيار أبي حامد ، والثاني ينعقد نذره وعليه صوم يوم بدله ، وهو اختيار المزني ، وهو ظاهر ابن الجنيدي من أصحابنا . وقال العلامة في المختلف : ان قدم قبل الزوال ولم يتناول ، وجب صوم ذلك اليوم^(١) . واختاره الشهيد ، والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور عند أصحابنا . مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا قال الله علي أن أصوم كل خميس ، فوافق ذلك شهر رمضان ، فصامه أجزاءه عن رمضان ، سواء نوى به صوم رمضان أو صوم النذر ولم يقع عن النذر بحال .

وقال الشافعي : ان نوى عن رمضان أجزاء عنه ، وان نوى عن النذر لم يجز عن أحدهما ، وهذا هو المعتمد .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا نذر أن يصوم يوماً بعينه ، فأفطره من غير عذر ، وجب عليه قضاؤه ، وعليه ما على من أفطر يوماً من شهر رمضان متعمداً من الكفارة ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا أفطر في نذر المعصية لا كفارة عليه ، وبه قال الشافعي وأصحابه . وقال الربيع : فيها قول آخر ان عليه كفارة يمين بكل نذر معصية .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا نذر أن يصوم ولم يذكر مقداره ، لزمه صوم يوم بلا خلاف ، لانه أقل ما يقع عليه الاسم ، وان نذرانه يصلي لزمه صلاة ركعتين .

(١) مختلف الشئمة ص ١٠٩ .

وللشافعي قولان: أحدهما وهو المذهب مثل قولنا، والثاني يلزمه صلاة ركعة ،
لأنها أقل صلاة في الشرع وهي الوتر ، وبه قال ابن ادريس والعلامة في الارشاد
والتحرير والمختلف .

والمشهور عند المتقدمين مذهب الشيخ ، واختاره الشهيد ، قال : للنهي عن
البتراء ، وهو أحوط .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ: اذا نذر أن يعتق رقبة ، أجزأه أي رقبة أعتقها، مؤمنة
كانت أو كافرة ، سليمة كانت أو معيبة ، والافضل أن يكون مؤمنة سليمة .
وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لايجزئه الا مايجزي في الكفارة
من كونها مؤمنة سليمة من العيوب .

والمعتمد اشتراط السلامة من العيوب التي لا يوجب العتق .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا قال ايمان البيعة لازمة لي ، أو حلف بايمان
البيعة لادخلت الدار لايلزمه شيء ، سواء عني بذلك حقيقة البيعة التي كانت على
عهد رسول الله ﷺ من المصافحة وبعده الى أيام الحجاج ، أو ماحدث في أيام
الحججاج من اليمين بالطلاق والعتاق وغير ذلك ، سواء صرح بذلك أو نواه .
وقال الشافعي : ان لم ينو بذلك شيئاً كان لاغياً ، وان نوى ايمان الحججاج
ونطق ، فقال : ايمان البيعة لازمة لسي بطلاقها وعتاقها انعقدت يمينه ، لانه حلف
بالطلاق ، وان لم ينطق بذلك ونوى الطلاق أو العتق انعقدت يمينه أيضاً ، لأنها
كناية عن الطلاق والعتق .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا نذر ذبيح آدمي ، كان نذره باطلا لايتعلق به
حكم ، وبه قال أبو يوسف والشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان نذر ذبح ولده فعليه شاة ، وان نذر ذبح غيره من آبائه

وأمهاته وأجداده فلاشيء عليه . وقال محمد: ان نذر ذبح ولده أو غلامه فعليه شاة
وان نذر غيره فلاشيء عليه . وقال سعيد بن المسيب : عليه كفارة يعين ، لانه نذر
في معصية ، قال : وهكذا كل نذر في معصية .
والمعتمد قول الشيخ .

كتاب آداب القضاء

مسألة - ١ - قال الشيخ: لا يجوز أن يتولي القضاء الا من يكون عالماً بجميع ماولي ، ولايجوز أن يشذمه شيء من ذلك ، ولايجوز أن يقلد غيره ثم يفتي به . وقال الشافعي: ينبغي أن يكون من أهل الاجتهاد ولا يكون عامياً ، ويكون عالماً بجميع ماويله . وقال في القديم مثل قولنا . وقال أبوحنيفة : يجوز أن يكون جاهلاً بجميع ماويله اذا كان ثقة ويستفتي الفقهاء ويحكم به ، ووافقنا في العملي أنه لا يجوز أن يفتي .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : اذا كان هناك جماعة يعلمون القضاء على حد واحد فعين الامام واحداً منهم وولاه ، لم يكن له الامتناع من قبوله . وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر يجوز له الامتناع ، لانه من فروض الكفايات .

والمعتمد قول الشيخ ، لان مثل امام الشيخ لايجوز مخالفته على حال . أما مثل امام الشافعي ، فانه يجوز مخالفته وربما وجبت .

مسألة - ٣ - قال الشيخ: لا يكره الجلوس في المساجد للفصل بين الناس،

وبه قال الشعبي ومالك وأحمد. وقال الشافعي: ذلك مكروه. وعن أبي حنيفة روايتان: احديهما مثل قولنا ، والاخرى مثل قول الشافعي .
والمعتمد عدم الكراهية اذا وقع ذلك نادراً . أما اتخاذ المسجد دائماً للقضاء ،
فربما كرهه كما هو ظاهر الدروس^(١).

مسألة - ٤ - قال الشيخ : يكره اقامة الحدود في المسجد ، وبه قال جميع
الفقهاء ، وحكى عن أبي حنيفة جوازه ، وقال : ويفرش نطع ، فان كان فيه حدث
يكون عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، ولان في اقامة
الحدود القتل ، وذلك ينفك عن نجاسته ، والمسجد ينزه عن ذلك ، قال: والنطع
غير مانع من النجاسة ، لان النطع اذا كان في المسجد ، فان النجاسة يحصل فيه
وذلك لا يجوز .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : من شرط القاضي أن يكون عدلاً ، ولا يجوز أن يكون
فاسقاً ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال الاصم : يجوز أن يكون فاسقاً .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم^(٢).

مسألة - ٦ - قال الشيخ : لا يجوز أن تكون المرأة قاضية في شيء من الاحكام
وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة: يجوز أن تكون قاضية فيما يجوز أن تكون شاهدة فيه ، وهو
جميع الاحكام الا الحدود والقصاص . وقال ابن جرير : يجوز أن تكون قاضية
في كل حكم يجوز للرجل أن يكون قاضياً فيه ، لانها تعد من أهل الاجتهاد .
والمعتمد قول الشيخ .

(١) الدروس ص ١٧٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ٦/٢١٧ .

مسألة ٧- قال الشيخ: اذا قضى الحاكم بحكم فأخطأ فيه ، ثم بان له خطائه أو بان له أن حاكماً كان قبله أخطأ في حكم ، وجب نقضه ولا يجوز الاقرار عليه بحال .

وقال الشافعي : ان أخطأ فيما لا يسوغ فيه الاجتهاد ، بأن خالف نص كتاب أو سنة أو اجماعاً أو دليلاً لا يحتمل الامعنى واحداً ، وهو القياس الجلي على قول بعضهم ، والقياس الجلي والواضح على قول آخرين ، فانه ينتقض حكمه ، وان أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم ينتقض حكمه .

وقال مالك وأبو حنيفة : ان خالف نص كتاب أو سنة لم ينتقض حكمه ، وان خالف الاجماع نقض حكمه ، وناقض كل واحد أصله ، فقال مالك : ان حكم بالشفعة للجار نقض حكمه ، وهذه مسألة خلاف . وقال محمد بن الحسن : ان حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه .

وقال أبو حنيفة: ان حكم بالقرعة بين العبيد ، أو بجواز أن يبيع ماترك التسمية على ذبحه ، نقض حكمه ، لانه حكم بجواز بيع الميتة .

والمعتمد أن الحكم اذا خالف دليلاً قطعياً ، كالكتاب والسنة المتواترة والاجماع وجب نقضه ، وان خالف دليلاً ظنياً لم ينتقض ، كما لو حكم بالشفعة مع الكثرة وبالجملة كل حكم تعارضت فيه الاخبار أو أقوال العلماء ، وان كان بعضها أقوى من بعض ، فانه لا ينتقض .

مسألة ٨ - قال الشيخ : اذا عزل حاكم ، فادعى عليه انسان أنه حكم عليه بشهادة فاسقين ، وأخذ منه مالا ودفعه الى من ادعاه ، سئل عن ذلك ، فان اعترف به لزمه الضمان بلاخلاف ، وان أنكر كان على المدعي البينة ، فان لم يكن معه بينة كان القول قوله مع يمينه ، ولم يكن عليه بينة على صفة الشهود ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : عليه اقامة البينة على ذلك ، لانه اعترف بالحكم ونقل المال

عنه الى غيره ، وهو يدعي مايزيل ضمانه عنه ، فلا يقبل منه .
والمعتمد قول الشيخ هنا ، لان الظاهر من الحكم الاستظهار في الحكم ، وقوى
في المبسوط مذهب أبي حنيفة .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : الترجمة لاثبت الابشهادة عدلين لانهاشهادة ، وبه
قال الشافعي . وقال أبو يوسف وأبو حنيفة : يكفى الواحد ، لانه خبر بدليل أنه
لايفتقر الى لفظ الشهادة .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا شهد عند الحاكم شاهدان يعرف اسلامهما
ولايعرف فيهما جرحا ، حكم بشهادتهما ، ولايقف على البحث الا أن يجرحهما
المحكوم عليه ، بأن يقول : هما فاسقان ، فحينئذ يجب عليه البحث .
وقال أبو حنيفة : ان كان شهادتهما في الاموال والطلاق والنكاح والنسب مثل
قولنا ، وان كانت في قصاص أو حد لم يحكم حتى يبحث عن عدالتهما .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي : لا يحكم حتى يبحث عن عدالتهما ، فان
عرفهما عدلين حكم ، والا توقف في جميع الاشياء ، ولم يخصوا شيئاً دون شيء
وهذا هو المعتمد ، وهو المشهور عند أصحابنا ، واستدل الشيخ هنا باجماع الفرقة
وأخبارهم^(١) .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : الجرح والتعديل لايقبل الا من اثنين يشهدان بذلك
وبه قال مالك ومحمد والشافعي . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : يجوز الاقتصار
على الواحد لانه اخبار .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا شهد اثنان بالجرح ، وشهد آخران بالتعديل

(١) الاستبصار ١٢/٣ - ١٤ .

وجب على الحاكم أن يتوقف .

وقال الشافعي: يعمل على الجرح دون التعديل . وقال أبو حنيفة : يقبل الامران
فيقاس الجرح على التزكية .

والمعتمد ان أمكن الجمع بين الشهادتين قدم الجرح ، وان لم يمكن الجمع
بينهما بأن شهدت بينة الجرح على فعل و نفته بينة التعديل ، كما لو شهدت بينة
الجرح أنه في الوقت الغلاني في المكان الغلاني شرب خمرأ ، وشهدت بينة التعديل
أنه في ذلك الوقت بعينه كان في مكان غير ذلك المكان ، بحيث لا يمكن أن يكون
في ذلك المكان الذي شهدا أنه شرب فيه خمرأ ، فان هنا يجب التوقف ، وهو مذهب
العلامة في المختلف^(١).

مسألة - ١٣ - قال الشيخ: لا يقبل الجرح الا مفسراً ، وتقبل التزكية من غير
تفسير ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يقبل الامران مطلقاً فقاس الجرح على
التزكية .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الناس يختلفون فيما هو جرح وفيما ليس بجرح
فاذا فسره على الحاكم بما يقتضي الشرع فيه ، لان الجرح ربما اعتقد ما ليس
بجرح جرحاً .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : شارب النبيذ يفسق عندنا ، وبه قال مالك . وقال
الشافعي : لا يفسق .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ: اذا حضر الغرماء في بلد عند حاكم ، فشهد عنده
اثنان ، فان عرفا بعدالة حكم ، وان عرفا بفسق وقف ، وان لم يعرف عدالة ولا
فسقاً بحث عنهما ، سواء كان لهما السيماء الحسنة والمنظر الجميل أو ظاهر الصدق

(١) مختلف الشيعة ٤ / ٨٢ - ٨٣ .

وبه قال الشافعي .

وقال مالك : ان كان لهما المنظر الحسن ، تسوس فيهما العدالة وحكم
بشهادتهما .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا حضر خصمان عند القاضي ، وادعى أحدهما
على الآخر مالا ، فأقر له بذلك فسأل المقر له القاضي أن يكتب له بذلك محضراً
والقاضي لا يعرفهما ، ذكر بعض أصحابنا أنه لا يجوز أن يكتب ، لانه يجوز أن
يكون استعاراً نسباً باطلاً وتواطئاً على ذلك ، وبه قال ابن جرير الطبري . وقال
جميع الفقهاء : انه يكتب ويحليهما بحلاهما التامة ويضبط ذلك .

والذي عندي انه لا يمنع ما قاله الفقهاء ، لان الضبط بالحلية تمنع من استعارة النسب
لانه لا يكاد يتفق ذلك ، والذي قاله بعض أصحابنا أنه لا يجوز أن يكتب ويقتصر
على ذكر نسبهما ، فان ذلك يمكن استعارته ، وليس في ذلك نص لاصحابنا يرجع
اليه .

والمشهور عند متأخر الاصحاب مذهب الفقهاء ، وهو المعتمد .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا ارتفع اليه اثنان ، فذكر المدعي أن حجته
في ديوان الحكم ، فأخرجهما الحاكم من ديوان الحكم مختومة بختمه مكتوباً
بخطه ، فان ذكر أنه حكم بذلك حكم له ، وان لم يذكر ذلك لم يحكم له ، وبه قال
أبو حنيفة ومحمد والشافعي . وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف : يعمل عليه ويحكم
به وان لم يذكر .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا ادعى المدعي حقاً على غيره ، فأنكر المدعي
عليه ، فقال المدعي للحاكم : أنت حكمت لي عليه ، فان ذكر الحاكم ذلك أمضاه

بلاخلاف ، فان لم يذكر فقامت البينة عنده أنه قد حكم به لم يقبل الشهادة على فعل نفسه ، وبه قال أبو يوسف والشافعي .

وقال ابن أبي ليلى وأبو حنيفة ومحمد: يسمع الشهادة على فعل نفسه ويمضيه . واختاره العلامة في القواعد والشهيد في الدروس^(١) ، وهو المعتمد ، لأنه لو شهدا عند غيره وجب القبول فكذا عنده .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا شهد شاهدان على الحاكم بأنه حكم بما ادعاه المدعي وانفذه وعلم الحاكم انهما شهدا بالزور ، نقض ذلك الحكم وأبطله فان مات بعد ذلك أو عزل فشهدا بانفاذه عند حاكم آخر ، قال الشافعي : لا يمضيه وقال مالك : بل يقبله ويعمل عليه .

قال الشيخ : وهو الذي يقوى في نفسي ، لان الشرع قد قرر شهادة الشاهدين اذا كان ظاهرهما العدالة وعلم الحاكم أنهما شهدا بالزور لا يوجب على الحاكم الاخر رد شهادتهما ، قال : وقال الشافعي : ذلك على شهادة الاصل والفرع ، فانه متى أنكر الاصل شهادة الفرع سقطت شهادة الفرع ، والحاكم كالاصل ، وهؤلاء كالفرع ، فيجب أن يسقطا .

قال الشيخ : وعندنا أن شهادة الفرع لا يسقط ، بل يعمل بشهادة أعدلهما ، ومن أصحابنا من قال : يقبل شهادة الفرع دون الاصل ، لان الاصل منكر ، وقوى في المبسوط^(٢) مذهب الشافعي . قال العلامة في المختلف : وما قواه في الخلاف في غاية الضعف . والمعتمد ما قواه في المبسوط^(٣) .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : لا يجوز الحكم بكتاب قاض الى قاض ، وخالف

(١) الدروس ص ١٧٧ .

(٢) المبسوط ١٢١/٨ .

(٣) مختلف الشيعة ٨٦/٤ .

جميع الفقهاء في ذلك ، وأجازوه اذا ثبت انه كتابه .
 والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، ولا فرق عندنا بين
 أن تقوم على صحته بينة وبين كونه مختوماً ، فانه لا يجوز العمل به .
 وقال أهل العراق والشافعي: ان قام على صحته بينة عمل به، ولا يعمل به مع
 عدم البينة، وان كان مختوماً. وقال قضاة البصرة الحسن وسوار وعبدالله بن الحسن
 العنبري : يعمل به اذا كان مختوماً وان لم تقم به بينة ، وهو أحد الروايتين عن
 مالك .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ: قال الشافعي اذا كتب قاض الى قاض كتاباً واشهد على
 نفسه بذلك ، فتغيرت حال الكاتب لا يخلو : اما أن يتغير حاله بموت أو عزل، أو
 بفسق، فان تغيرت بأحد الاولين، فلا يقدح ذلك في كتابه، سواء تغيرت قبل خروج
 الكتاب من يده أو بعده .

وقال أبو حنيفة : اذا تغيرت حاله، سقط حكم كتابه الى المكتوب اليه . وقال
 أبو يوسف : ان تغيرت قبل خروجه من يده سقط حكمه، ولا يستط ان تغيرت بعد
 خروجه .

قال الشيخ : وهذا الفرع يسقط عنا ، لسقوط أصله .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : من أجاز كتاب قاض الى قاض اختلفوا في كيفيته
 تحمل الشهادة، فقال أبو حنيفة والشافعي: لا يصح الا بعد أن يقرأ الحاكم الكتاب
 على الشهود ، وشهدهما على نفسه بما فيه ، ولا يصح أن يدرجه ويقول اشهدوا
 علي بما فيه .

وقال أبو يوسف : اذا ختمه بختمه وعنوانه ، جاز أن يشهدا بما فيه وان لم
 يقرأه عليهما . قال الشيخ : وهذا يسقط عنا أيضاً .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ: الحاكم اذا كتب وأشهد على نفسه بما كتب، فهو

أصل عند الشافعي ، والذي يحمل الشهادة على كتابه فرع له ، فهو كالأصل وان لم يكن أصلاً على الحقيقة . وقال أبو حنيفة : الحاكم فرع والشاهد أصل .

قال الشيخ : وهذا غلط ، لأنه لو كان الحاكم فرعاً لما ثبت الحق بقوله وحده لان الفرع الواحد لا يثبت بشهادته شهادة الأصل . قال : وهذا يسقط عنا .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : أجر القاسم على قدر الانصباء دون الرؤوس ، وبه قال أبو يوسف ومحمد استحساناً ، وهو قول الشافعي . وقال أبو حنيفة : هي على عدد الرؤوس .

والمعتمد قول الشيخ ، قال : لانا لو جعلنا على الرؤوس ربما أنضى الى ذهب المال ، لان القربة يمكن أن يكون بينهما لاحدهما عشر العشر سهمه من مائة والباقي للآخر ، ويحتاج الى أجر عشرة دنانير على قسمتها ، فيلزم من له الأقل نصف العشرة ، وربما لا يساوي سهمه ديناراً وهذا ضرر ، والقسمة وضعت لازالة الضرر ، فلا يزال بضرر أعظم منه .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : كل قسمة فيها ضرر على الكل ، مثل الدور والعقارات والدكاكين الضيقة ، لم يجبر الممتنع ، لان هذا لا يمكن الانتفاع بما أفرد له ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال أبو حامد : الضرر يكون بذلك وبتقصان القيمة ، فاذا نقصت القيمة بالقسمة لم يجبر الممتنع على القسمة . وقال مالك : يجبر على ذلك .

وقال في المبسوط : والضرر عند قوم أن لا ينتفع بما يفرد له ، ولا يراعى نقصان قيمته ، وهو قول الأكثر . وهو الأقوى عندي . وقال بعض المتأخرين : الضرر نقصان قيمة سهمه بالقسمة ، فتى نقص فهو الضرر . وهو قوي أيضاً^(١) .

قال العلامة في المختلف: وهذا يدل على ترده^(١). واختار العلامة ونجم الدين أن الضرر يحصل بتقصان القيمة، وإطلاق القول في ذلك. وقيد الشهيد بالتقص الفاحش، ولا بأس به جمعاً بين القولين.

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ: إذا استضرر بالقسمة البعض دون البعض، مثل أن كانت الدار بين اثنين لواحد العشر وللآخر بالباقي، فاستضرر بها صاحب القليل دون الكثير، فإن كان الطالب غير المستضرر لم يجبر المستضرر، وإن كان الطالب المستضرر أجبر غير المستضرر، لأنه لا ضرر عليه، وبه قال أهل العراق. وقال ابن أبي ليلى: يباع لهما ويعطى كل واحد منهما بقدر حصته من الثمن وقال أبو ثور: لا يقسم كالجوهرة، وهذا مثل ما قلناه.

وقال الشافعي: إن كان الطالب يستضرر بها هل يجبر الممتنع؟ على وجهين: أحدهما يجبر، والآخر لا يجبر وهو المذهب، لأنها قسمة يستضرر بها طالبها، فأشبه إذا استضرر بها الاثنان.

قال العلامة في المختلف: إن فرسنا الضرر ببطان الانتفاع بالكلية، لا يجبر الممتنع عليها ولا يجاب الطالب اليها، وإن فرسناه بتقصان القيمة، فالوجه اجبار الممتنع^(٢). واستحسنه الشهيد، وهو المعتمد.

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ: متى كان لهما ملك أفرحة، كل قراح مفرد عن صاحبه ولكل واحد طريق مفرد به، فطلب كل واحد منهما قسمة كل قراح على حدته، وقال الآخر: بل بعضها في بعض كالقراح الواحد، قسمنا كل قراح على حدته، ولم يقسم بعضها في بعض، سواء كان الجنس واحداً، مثل أن كان الكل نخلاً أو الكل كرملاً أو أجناساً الباب واحد، وسواء تجاوزت الأفرحة أو تفرقت، وكذلك

(١) مختلف الشيعة ٩١/٤.

(٢) مختلف الشيعة ٩٢/٤.

الدور والمنازل ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : ان كانت متجاورة قسم بعضها في بعض كالقراح الواحد ، وان كانت متفرقة كقولنا ، وقال أبو يوسف ومحمد ان كان الجنس واحداً اقسمت بعضها في بعض ، وان كانت أجناساً كقولنا .

والمعتمد قول الشيخ ، قال : لان هذه القسمة نقل ملك من عين الى عين فلا يجبر الممتنع عليها ، كما لو كانت متفرقة عند مالك وأجناساً عند أبي يوسف ومحمد ، قال الشيخ : ولا يلزم هذا قسمة القرية الكبيرة ، لان الكل عين واحدة . مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : اذا كانت يد رجلين على ملك ، فقالا للحاكم : اقسم بيننا ، فان كان لهما بينة أنه ملكهما قسم بينهما بلاخلاف ، وان لم يكن بينة غير اليد ولا منازع هناك ، قسم أيضاً بينهما عندنا وعند أبي يوسف ومحمد ، سواء كان مما ينقل ويحول أو لم يكن ، وسواء قالوا هو ارث أو غير ارث .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، وهو أصحهما عنده ، والثاني لا يقسم بينهما . وقال أبو حنيفة : ان كان مما ينقل ويحول قسمه بينهما ، وان كان لا ينقل فان قال : هو ميراث لم يقسم ، وان قال : غير ميراث قسم .

واختار في المبسوط^(١) أنه لا يقسم بينهما ، لان قسمة الحاكم حكم بالملك . والمعتمد قوله هنا ، لان ظاهر اليد يدل على الملك ، ويكتب في الصورة أنه قسم بقولهما ، فاذا فعل هذا لم يكن حكماً بالملك ، وهو اختيار نجم الدين ، والعلامة وفخر الدين .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : لا يجوز للحاكم أن يأخذ الاجرة من الخصمين ولامن أحدهما ، سواء ارتزق من بيت المال أولاً .

(١) المبسوط ١٤٧/٨ - ١٤٨ .

وقال الشافعي : ان كان له رزق من بيت المال لا يجوز له ذلك ، وان لم يكن له رزق جاز له ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه رشوة ، وهي حرام .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : اذا حضر اثنان عند الحاكم معاً في حالة واحدة وادعيا معاً في حالة واحدة كل منهما على صاحبه من غير أن يسبق أحدهما صاحبه روى أصحابنا أنه يقدم من هو على يمين صاحبه ، واختلف الناس في ذلك على ما حكاه ابن المنذر ، فقال منهم من قال يقرع بينهما ، وهو الذي اختاره أصحاب الشافعي ، وقالوا : لا يضر فيها عن الشافعي ، ومنهم من قال : يقدم الحاكم من شاء منهما ، ومنهم من قال : يصرفهما حتى يصطلحا ، ومنهم من قال : يستحلف كل منهما صاحبه .

قال الشيخ : دليلنا اجماع الفرقة وأخبارهم ، ثم قال : ولو قلنا بالقرعة على ما ذهب اليه أصحاب الشافعي كان قوياً .

والمعتمد ما رواه أصحابنا أنه يقدم من هو على يمين صاحبه ، جزم به نجم الدين والعلامة والشهيد .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : اذا استعدى في رجل عند الحاكم على رجل ، وكان المستعدى عليه حاضراً أعدى عليه وأحضره ، سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم ، وبه قال الشافعي وأهل العراق وقال مالك : اذا لم يعلم بينهما معاملة لم يحضره . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا ادعى رجل على رجل شيئاً ، وكان المدعى عليه غائباً في ولاية الحاكم في موضع ليس فيه خليفة ولا فيه من يصلح للحكم ، فانه يحضره اذا تحررت دعوى خصمه ، قريباً كان أو بعيداً .

وقال أبو يوسف : ان كان فسي مسافسة منها الى وطنه ليلة أحضره ، والا لم

يحضره . وقال قوم: ان كان على مسافة يوم وليلة أحضره ، والا لم يحضره . وقال قوم : ان كان غائباً على مسافة لا يقصر فيها الصلاة أحضره ، والا لم يحضره . والمعتمد قول الشيخ، لان الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق وحفظها ، فاذا قلنا لا يحضره ضاعت الحقوق .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : اذا ادعى حقاً على كامل العقل حاضر غير غائب حي غير ميت ، وأقام بذلك شاهدين عدلين ، حكم له به ولا يجب عليه اليمين ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي .

وقال ابن ابي ليلى : يحلف مع بينة حتى يحكم له ، كالصبي والمجنون والميت والغائب .

والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة وأنصارهم .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ: اذا ادعى على غيره حقاً فأنكر المدعى عليه ، فقال المدعى: لي بينة لم يجب له ملازمة المدعى عليه، ولا مطالبته بكفيل الى أن يحضر البينة ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : له ملازمته والمطالبة بكفيل . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا ادعى على رجل شيئاً ، فسكت المدعى عليه أو قال: لأفرولا أنكر، فان الامام يحبسه حتى يجيبه باقرار أو انكار ولا يجعله ناكلاً وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : يقول له الحاكم ثلاثاً اما أجبت ، والا جعلتك ناكلاً ورددت اليمين على خصمك . واختاره الشيخ في المبسوط ، وبه قال ابن ادريس . والمعتمد قول الشيخ هنا ، لان السواجب عليه هو الجواب ، وهو اختيار المفيد ، ونجم الدين ، والعلامة ، وفخر الدين .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ: القضاء على الغائب بالجملة جائز، وبه قال الشافعي

ومالك والاوزاعي وأحمد . وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه : لا يجوز القضاء على الغائب حتى يتعلق المحكم بخصم حاضر شريك أو وكيل له .

قال الشيخ : وتحقيق هذا أن القضاء على الغائب جائز بلا خلاف ، لكن هل يصح مطلقاً من غير أن يتعلق بخصم حاضر أم لا ؟ فعندنا يجوز وعندهم لا يجوز قال أبو حنيفة : لو ادعى على عشرة واحد حاضر وتسعة غيب وأقام البينة قضى على الحاضر وعلى غيره من الغائبين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ : شاهد الزور يعزر ويشهر بلا خلاف ، وكيفية الاشهار أن ينادى عليه في قبيلته أو مسجده أو سوقه أو ماشابه ذلك ، بأن هذا شاهد زور فاعرفوه ، ولا يخلق رأسه ولا يركب ولا يطوف به ، ولا ينادى هو على نفسه ، وبه قال الشافعي .

وقال شريح : يركب وينادى هو على نفسه هذا جزاء من شهد بالزور ، ومن الناس من قال : يخلق نصف رأسه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : إذا تراضيا نفسان برجل من الرعية يحكم بينهما كان جائزاً بلا خلاف ، فإذا حكم بينهما نفذ الحكم ، وليس لهما بعد ذلك خيار . وللشافعي قولان : أحدهما يلزم بنفس الحكم كما قلنا ، والثاني يقف بعد حكمه على تراضيهما ، فإذا تراضيا بعد الحكم لزم ، واختاره الشيخ في المبسوط .

والمعتمد اختياره هنا ، وهو اختيار نجم الدين ، والعلامة ، والشهيد .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : للحاكم أن يحكم بعلمه فسي جميع الاحكام من الاموال والحدود والقصاص وغير ذلك ، وسواء كان من حقوق الله أو حقوق الادميين ، فالحكم فيه سواء . ولا فرق بين أن يعلم ذلك بعد التولية في موضع ولايته

أو قبل التولية أو في غير موضع ولايته بعد التولية الباب واحد .
 وللشافعي قولان في حقوق الادميين : أحدهما مثل قولنا ، وبه قال أبو يوسف
 واختاره المزني . والقول الثاني لا يقضى بعلمه بحال ، وبه قال مالك وأحمد .
 وأما حقوق الله ، فإنها تبنى على القولين ، فإذا قال : لا يقضى بعلمه في حقوق الادميين
 فإن لا يقضى بعلمه في حقوق الله أولى . وإذا قال : يقضى بعلمه في حقوق الادميين
 ففي حقوق الله على قولين . ولا فرق عنده بين أن يعلم ذلك قبل ولايته أو بعدها ،
 ولا فرق بين أن يعلمه في موضع ولايته أو في غيرها .

وقال أبو حنيفة ومحمد : ان علم ذلك بعد التولية في موضع ولايته حكم ،
 وان علم قبل التولية أو بعد التولية في غير موضع ولايته لا يحكم به ، هذا في حقوق
 الادميين . فأما حقوق الله ، فلا يقضى عندهم بعلمه بحال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بإجماع الفرقة وأخبارهم ، وهو المشهور
 عند أصحابنا . وقال ابن حمزة وابن ادریس : أما الامام فإنه يقضي بعلمه مطلقاً ،
 وغيره يقضي بعلمه في حقوق الادميين دون حقوق الله ، لأنها مبنية على التخفيف .
 مسألة - ٤٠ - قال الشيخ : اذا قال الحاكم لحاكم آخر : قد حكمت بكذا
 أو أمضيت كذا ، أو أنفذت كذا ، لا يقبل منه الا أن تقوم بينة يشهد على حكمه ولا
 يحكم بقوله ، وبه قال محمد بن الحسن ومالك .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي : يقبل قوله فيما قال أو أخبر به ، وهو
 اختيار العلامة في القواعد والشهيد في الدروس ، وهو المعتمد ، لانه لما كان حكمه
 ماضياً ، كان اخباره به مقبولاً .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : يصح أن يحكم الحاكم لوالديه وان علوا ، ولوالاده
 وان سفلوا ، وبه قال أبو ثور . وقال باقي الفقهاء : لا يصح حكمه لهم ، كما لا تصح
 شهادته لهم . والمعتمد قول الشيخ لانه يجوز عندنا شهادة الوالد الولد والولد لايه .

كتاب الشهادات

- مسألة - ١ - قال الشيخ : الشهادة ليست شرطاً في انعقاد شيء من العقود أصلاً ، وبه قال جميع الفقهاء الا في النكاح ، فان أبا حنيفة والشافعي قالا : شرط انعقاده الشهادة . وقال داود وسعيد بن المسيب : الشهادة على البيع واجبة . والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
- مسألة - ٢ - قال الشيخ : حقوق الله تعالى كلها لا تثبت بشهادة النساء الا الزنا فانه روى أصحابنا أنه يجب الرجم بشهادة رجلين وأربع نسوة وثلاث رجال وامرأتين ، ويجب الحد دون الرجم بشهادة رجل واحد وست نساء . وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : لا يثبت شيء منها بشهادة النساء . والمعتمد أنه يثبت الرجم بشهادة ثلاث رجال وامرأتين ، والجلد برجلين وأربع نساء ، ولا يثبت شيء بشهادة رجل وست نساء ، هذا هو المشهور عند أصحابنا .
- مسألة - ٣ - قال الشيخ : يثبت الاقرار بالزنا بشهادة رجلين . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لا يثبت الا بأربعة شهود كالزنا وهذا هو المعتمد .
- مسألة - ٤ - قال الشيخ : لا يثبت النكاح والمخلع والطلاق والرجعة والقذف

والقتل الموجب للقود والوكالة والوصية اليه والوديعة عنده والعتق والنسب والكفالة ونحو ذلك مما لم يكن مالا ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال الابشهادة رجلين ، ولا يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، وبه قال الشافعي ، وزاد أنه لا ينعقد النكاح الا بشهادة رجلين ، ولا مدخل للنساء في الاشياء التي ذكرناها ، وبه قال مالك والشافعي والاوزاعي .

وقال الثوري وأبو حنيفة وأصحابه : يثبت كل هذه بشهادة رجل وامرأتين الا القصاص فانه لا خلاف فيه .

وقوى الشيخ في المبسوط^(١) مذهب أبي حنيفة وأصحابه ، واستقرب العلامة في القواعد^(٢) ثبوت العتق والنكاح والقصاص بشهادة رجل وامرأتين ، وهو اختيار نجم الدين في الشرائع^(٣) ، ولا بأس به .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : يحكم بالشهادة واليمين في الاموال عندنا وعند الشافعي ومالك على ما سنبينه ، ويحكم عندنا بشهادة امرأتين مع يمين المدعى ، وبه قال مالك .

وقال الشافعي وأبو حنيفة وغيرهما : لا يحكم بشهادة المرأتين مع اليمين .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا ادعى رجل على رجل حقاً ، فأنكر فأقام المدعى شاهدين بما يدعيه ، فحكم الحاكم له بشهادتهما ، كان حكمه تبعاً لشهادتهما ، فان كانا صادقين كان حكمه صحيحاً بالظاهر والباطن ، وان كانا كاذبين كان حكمه صحيحاً في الظاهر باطلاً في الباطن ، سواء كان في عقد ، أو رفع عقد ، أو فسخ عقد أو كان مالا ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد والشافعي .

(١) المبسوط ١٨٩/٨ .

(٢) قواعد الاحكام ٢٣٨/٢ .

(٣) شرائع الاسلام ١٣٦/٤ .

وقال أبو حنيفة : ان حكم بعقد أو رفعه أو فسخه ، وقع حكمه صحيحاً في الظاهر والباطن معاً وأصحابه يعبرون عن هذا كل عقد صح أن يبتدياه أو يفسخاه صح حكم الحاكم فيه ظاهراً وباطناً ، فمن ذلك اذا ادعى أن هذه زوجتي :فأنكرت فأقام شاهدين شهداه عند الحاكم بذلك ، حكم له وحلت في الباطن ، فان كان لها زوج بانت منه وحرمت عليه وحلت للمحكوم له بها .

وأما رفع العقد والطلاق ، فاذا ادعت أن زوجها طلقها ثلاثاً وأقامت به شاهدين فحكم بذلك بانت منه ظاهراً وباطناً ، وحل لكل واحد من الشاهدين أن يتزوجها ، وان كانا يعلمان أنهما شهدا بالزور .

وأما الفسخ فكأ لا قالة ، وقالوا في النسب : لو ادعى رجل أن هذه بنته ، فشهد بذلك شاهدا زور فحكم الحاكم به ، ثبت النسب ظاهراً وباطناً ، وصار محرماً لها وبتوارثان ووافقنا في الاموال أنه اذا قضى له الحاكم بملك غيره أنه لا يباح له في الباطن .

والمعتمد قول الشيخ وأبو حنيفة قد احل ما حرمه الله في كتابه ، وحرّم ما حلله الله ، فجزأوه على الله ، قال الله تعالى « فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره »^(١) وأبو حنيفة جلهما من غير أن تنكح زوجاً غيره ، بل بالدعوى الباطلة وشهادة الزور .

مسألة ٧ - قال الشيخ : تقبل شهادة النساء على الانفراد في الولادة ، والاستهلال ، والعيوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبرص بلا خلاف ، ولاتقبل شهادتهن في الرضاع أصلاً .

وقال الشافعي : تقبل شهادتهن في الرضاع أيضاً . وقال أبو حنيفة : لاتقبل شهادتهن في الرضاع والاستهلال منفردات ، وتقبل منضمات .

والمعتمد قبول شهادتهن منفردات بالرضاع كما قال الشافعي ، وهو قول المفيد وسلاز وابن حمزة وابن أبي عقيل ، واختاره نجم الدين والعلامة وفخر الدين والشهيد ، لانه من الامور الخفية عن الرجال .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : كل موضوع تقبل فيه شهادة النساء على الانفراد لا يثبت الحكم الابشهادة أربع منهن ، فان كان شهادتهن في الاستهلال أو في الوصية قبل شهادة امرأة في ربع الميراث وربع الوصية وشهادة امرأتين في النصف ، وشهادة ثلاثة في ثلاثة أرباع ، وشهادة الاربع في الجميع من الميراث والوصية . وقال الشافعي : لا يثبت الحكم الأرباع ، ولا يثبت بدون الاربع شيء على حال . وقال عثمان البتي يثبت بثلاث نسوة . وقال مالك والثوري : يثبت بأثنين . وقال الحسن البصري واحمد : يثبت الرضاع بالمرضعة وحدها . وقال أبو حنيفة : يثبت الولادة بامرأة واحدة القابلة أو غيرها ، هذا في الزوجات . أما المطلقات ، فلا يثبت ولادتهن بالواحدة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ^(١) .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : القاذف اذا تاب قبلت توبته وزال فسقه بلاخلاف ، وتقبل عندنا شهادته فيما بعد ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي . وقال أبو حنيفة وأصحابه : لا تقبل شهادته أبداً ، والكلام مع أبي حنيفة في فصلين عندنا ، وعند الشافعي يرد شهادته بمجرد القذف ، وعنده لا يرد حتى يجلد فاذا جلد ردت بالجلد بالقذف ، والثاني تقبل شهادته عندنا اذا تاب ، ولا تقبل عنده ولو تاب ألف توبة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : من شرط التوبة من القذف أن يكذب نفسه حتى

(١) تهذيب الاحكام ٦/٢٦٤ .

يصح قبول شهادته فيما بعد، بلاخلاف بيننا وبين أصحاب الشافعي، لأنهم اختلفوا فقال أبو اسحاق وهو الصحيح عندهم : هو أن يقول القذف باطل ولاأهود الى ما قلت وقال الاصطخري : التوبة اكذابه نفسه حقيقة ، وهو أن يقول : كذبت فيما قلت . قال أبو حامد : وليس بشيء .

قال الشيخ: وهذا الذي يقتضيه مذهبنا، لانه لاخلاف أن من شرط ذلك اكذاب نفسه، وحقيقة الاكذاب ان يقول : كذبت فيما قلت ، ثم قال: والذي قاله المروزي قوي ، لانه اذا أكذب نفسه ربما كان صادقاً في الاول فيما بينه وبين الله تعالى ، فيكون هذا الاكذاب كذباً وذلك قبيح .

واختار الشيخ في المبسوط^(١) مذهب أبي اسحاق المروزي ، وهو اختيار ابن ادريس أيضاً ، واختار في النهاية^(٢) مذهب الاصطخري ، وهو مذهب ابن بابويه وابن أبي عقيل ، ونجم الدين في المختصر^(٣) من غير قيد التورية مع الصدق بالقذف وقيد في الشرائع^(٤) بالتورية مع القصد ، وبه قال الشهيد وابن فهد .

واختار العلامة في القواعد^(٥) والمختلف^(٦) والارشاد التفصيل ، وهو ان كان كاذباً فكما قاله الاصطخري، وان كان صادقاً فكما قاله أبو اسحاق المروزي ، ولا بأس به ، لما فيه من الجمع بين الاقوال والاخبار .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا أكذب نفسه وتاب ، لانقبل شهادته حتى يعرف منه العمل الصالح ، وهو أحد قولي الشافعي الا أنه اعتبر ذلك سنة ولاعتبره نحن

(١) المبسوط ١٧٩/٨ .

(٢) النهاية ص ٣٢٦ .

(٣) المختصر النافع ص ٢٨٦ .

(٤) شرائع الاسلام ١٢٧/٤ - ١٢٨ .

(٥) قواعد الاحكام ٢٣٦/٢ .

(٦) مختلف الشيعة ١٣٩/٤ .

لانه لادليل عليه ، والقول الاخر يكفي مجرد الاكذاب .
والمعتمد أن الاصلاح الاستمرار على التوبة . قال نجم الدين : لان بقاءه
على التوبة اصلاح ولو ساء ، وهو اختيار العلامة ، لاصالة البراءة من الزيادة على
ذلك .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : من كان في يده شيء يتصرف فيه بجميع أنواع
التصرف بلا دافع ولا مانع ، جاز أن يشهد له بالملك ، طال المدة أو قصرت ، وبه
قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : يجوز أن يشهد له باليد قولاً واحداً ، فأما الملك فينظر فيه ،
فان طال مدته فعلى وجهين ، قال الاصطخري : يجوز أن يشهد له بالملك ، وقال
غيره : لا يجوز . وان قصرت المدة مثل الشهر والشهرين ، فانه لا يجوز قولاً واحداً .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : يجوز الشهادة على الوقف والولاء والعق والنكاح
بالاستفاضة ، كالملك المطلق والنسب .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، وبه قال الاصطخري ، والاخر لا يثبت
شيء من هذه بالاستفاضة ولا يشهد عليها بذلك .

والمشهور عند محققي أصحابنا أنه يثبت بالاستفاضة عشرة : النسب ، والملك
المطلق ، والوقف ، والنكاح ، والعق ، والرق ، والموت ، والولاية من قبل الامام
فلو نصب قاضياً ثبتت ولايته بالاستفاضة ، والولاء ، والعدالة ، وهو المعتمد .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : ما يفتقر في العلم الى المشاهدة ، لا تقبل فيه شهادة
الاعمى بلا خلاف ، وذلك مثل القتل والقطع والرضاع والولادة والزنا واللواط
وشرب الخمر . وما يفتقر الى سماع ومشاهدة من العقود كلها ، كالبيع والصرف
والسلم والاجارة والهبة ونحو ذلك ، والشهادة على الاقرار ، لاتصح بشهادة الاعمى

عليه ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والشافعي .

وقال مالك وابن أبي ليلى وجماعة غيرهما: تصح شهادة الأعمى على العقود. واعلم ان كلام الشيخ هنا يعطي عدم قبول شهادة الأعمى في شيء منها افتقر الى حاسة البصر خاصة ، أو افتقر الى حاسة السمع والبصر معاً كالعقود والاقرار أما الافتقار الى البصر، فلمعرفة المتعاقدين والمقر والمقر له، وأما الافتقار الى السمع فلفهم اللفظ .

والمعتمد قبول شهادته بالعقود والاقرار اذا علم الصوت قطعاً ، وهو اختيار العلامة ونجم الدين .

قال نجم الدين في الشرائع : أما الأعمى فتقبل شهادته في العقد قطعاً، لتحقق الآلة الكافية في فهمه ، فان انضم الى شهادته معرفان جاز له الشهادة على العاقد مستنداً الى تعريفهما ، كما يشهد المبصر على تعريف غيره ، ولو لم يحصل ذلك وعرف هو صوت العاقد معرفة يزول معها الاشتباه قيل: لا يقبل لان الاصوات تماثل والوجه أنها تقبل ، لان الاحتمال يندفع باليقين ، لانا نتكلم على تقديره^(١) . هذا آخر كلامه (ره) وهو المعتمد .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ: يكون الأعمى شاهداً في الجملة بالاداء دون التحمل وفي التحمل والاداء فيما لا يحتاج الى المشاهدة ، مثل النسب والموت والملك المطلق ، وبه قال أبو يوسف ومالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة ومحمد: لا يصح منه التحمل والاداء، فجعلنا العمى كالجنون وقالوا أشد من هذا قالوا: لو شهد بصيران عند الحاكم فسمع شهادتهما، ثم عميا أو خرسا قبل الحكم بها لم يحكم، كما لو فسقا قبل الحكم بشهادتهما، فيتصور الخلاف معهما في ثلاثة فصول: الاول اذا تحمل وهو بصير ، والثاني الشهادة بالنسب

(١) شرائع الاسلام ١٣٥/٤ .

والموت والملك المطلق، والثالث اذا عميا بعد الاقامة وقبل الحكم، فعندهما لا يقبل في شيء من هذا .

والمعتمد القبول ، واستدل الشيخ عليه باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : يصح من الاخرس تحمل الشهادة بلاخلاف، وعندنا يصح منه الاداء ، وبه قال مالك وأبو العباس . وقال أبو حنيفة وباقي أصحاب الشافعي : لا يصح .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : العبد اذا كان مسلماً عدلاً ، قبلت شهادته على كل أحد من الاحرار والعبيد الاعلى مولاه . وقال عثمان البتي تقبل مطلقاً كالحر ، لانه كم من عبد خير من مولاه ، وبه قال داود وأحمد .

وقال الشعبي والنخعي : تقبل في القليل دون الكثير ، وروي عن علي عليه السلام أن شهادة العبيد تقبل على العبيد دون الاحرار . وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي والثوري : لا تقبل مطلقاً على العبيد ولا على الاحرار ، ولا في القليل ولا في الكثير . والمشهور عند أصحابنا قول الشيخ ، وهو اختيار السيد المرتضى والمفيد وابن ادريس والعلامة في القواعد والمختلف ، وهو المعتمد .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : تقبل شهادة الصبيان على بعض في الجراح اذا اجتمعا على أمر مباح كالرمي وغيره ، وبه قال مالك .

وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي : انها لا تقبل مطلقاً . وهو اختيار فخر الدين ، واختار نجم الدين والعلامة والشهيد قبول شهادتهم في الجراح خاصة بقيود ثلاثة : بلوغ عشر سنين ، وبقاء الاجتماع ، وكونه على مباح .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : شهادة أهل الذمة لا تقبل على المسلمين ، بلا خلاف بين أصحابنا، الا أنه أجازوا شهادتهم في الوصية خاصة اذا لم يحضره مسلم ،

وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وقالوا : لا تقبل بحال .
 والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
 مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : قال قوم لا تقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض ،
 سواء اتفقت ملتهم كاليهود على اليهود والنصارى على النصارى ، أو اختلفت كاليهود
 على النصارى والنصارى على اليهود ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد .
 وقال آخرون : تقبل سواء اتفقت ملتهم أو اختلفت ، وبه قال الثوري وأبو
 حنيفة وأصحابه . وقال الشعبي والزهري وقتادة : تقبل مع اتفاق الملة ، ولا تقبل
 مع الاختلاف ، وهذا الذي ذهب إليه أصحابنا ورووه .
 والمعتمد الاول ، وهو عدم القبول مطلقا ، لان الكافر فاسق ، والفاسق لا تقبل
 شهادته .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : يقضى بالشاهد الواحد مع يمين المدعي في
 الاموال ، وبه قال جماعة منهم مالك والشافعي وأحمد . وقال جماعة منهم أبو حنيفة
 وأصحابه : لا يقضى بالشاهد الواحد مع يمين المدعي في شيء .
 والمعتمد الاول ، واستدل عليه باجماع الفرقة وأخبارهم .
 مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : اذا كان مع المدعي شاهد واحد واختار يمين
 المدعي عليه كان له ، فان حلف المدهي عليه اسقط دعوى المدعي ، وان نكل لم
 يحكم عليه ويكون له الشاهد مع اليمين ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : يحكم
 عليه بالنكول .

والمعتمد قول الشيخ ، لان المدعي اذا لم يحلف مع شاهده فقد أطرحه
 ورفضه ، فصار كمن لا شاهد له ، وصارت اليمين على المدعي عليه ونحن لانحكم
 عليه بمجرد نكوله ، بل يرد اليمين على المدعي .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : لا يثبت الوقف بشهادة واحد مع يمين المدعي .

وللشافعي قولان : مبنيان على انتقال الوقف ، فاذا قال: ينتقل الى الموقوف عليه، فهو يثبت بالشاهد واليمين. وقال أبو العباس: يثبت بشاهد ويمين قولاً واحداً. والمعتمد تفصيل الشافعي ، وهو اختيار العلامة في القواعد ، ونجم الدين في الشرائع ^(١) .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا كان معه شاهدان ، فسأعرض عنهما وأراد حلف المدعى عليه ، فنكل المدعى عليه ، ردت اليمين على المدعى ، فان حلف أخذ ، وان لم يحلف لم يأخذ شيئاً .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لا يبرد اليمين على المدعى ، بل يحبس المدعى عليه حتى يحلف أو يعترف .

والمعتمد أن اليمين يرد على المدعى ، فان حلف أو أقام البيعة أخذ ، والا فلا .
مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : اذا مات انسان وعليه دين ، وله دين على واحد ومعه شاهد واحد ، وامتنع الورثة عن اليمين ، لم يكن للغريم ان يحلف .
وللشافعي قولان : أحدهما وهو الاصح مثل قولنا ، والثاني للغريم أن يحلف لانه اذا ثبت صاره له .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه يثبت أولاً للميت يرثه ورثته عنه ، وان تعلق حق الغريم بها تعلق الدين بالرهن .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : اذا مات وعليه دين ، فان كان الدين يحيط بالتركة لم ينتقل التركة الى وارثه ، وكانت وفقاً على حكم مال الميت ، فان قضى الدين من غيرها ملكها الوارث الان . وان كان محيطاً ببعض التركة انتقل الفاضل عن الدين الى الورثة ، وبه قال الاصطخري من أصحاب الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان كان الدين محيطاً لا ينتقل الى الورثة كما قلنا ، وان لم

(١) شرائع الاسلام ١٣٤/٤ .

يكن محيطاً انتقل الجميع اليهم. وقال الشافعي وأصحابه الا الاصطخري : ان التركة ينتقل كلها اليهم ، سواء أحاط الدين بالتركة ، أو لم يحط ويتعلق الدين بها ، ولهم أن يقضوا الدين منها ومن غيرها . وهذا هو المعتمد .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : اذا ادعى رجل جارية وولدها وأن ولدها منه ، وأقام بذلك شاهداً واحداً وحلف ، حكم له بالجارية وسلمت اليه وكانت ام ولده باعترافه ، بلا خلاف بيننا وبين الشافعي . وأما الولد ، فانه لا يحكم له به ، ويبقى في يد من هو في يده على ما كان .

وللشافعي فيه قولان : أحدهما وهو الاصح عندهم مثل قولنا ، والثاني يحكم له به ويلحق به ويعتق بموته .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الشاهد واليمين انما يكون يحكم به في الاموال وهذا يدعى النسب ، فلا يثبت بالشاهد واليمين ، فلو ملك هذا الولد بأحد وجوه التملكات لحق نسبه به لاعترافه بذلك ، وعتقت أمه من نصيبه بعد موت السيد .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : اذا كان في يد رجل عبد ، فادعى آخر أن هذا العبد كان عبدي وأنا أعتقته وأقام شاهداً واحداً ، لم يقبل بذلك .

وقال الشافعي : أفضي له به ، واحكم بالعتق . واختلف أصحابه فمنهم من قال : يحكم له به قولاً واحداً ، ومنهم من قال : هذه على قولين كالمسألة التي قبلها . والمعتمد قول الشيخ هنا ، وله قول آخر مثل قول الشافعي .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : الايمان يغلظ عندنا بالمكان والزمان وهو مشروع ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يغلظ بمكان بحال وهو بدعة .

والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : التغليظ بالمكان والزمان مستحب ، وليس شرط في صحة اليمين ، ووافقنا في الزمان واللفظ الشافعي ، وفي المكان على قولين :

أحدهما مثل قولنا ، والثاني هو شرط .

والمعتمد قول الشيخ ، ولاتغليظ بمادون زمان القطع ، وبه قال الشافعي .
وقال مالك : لاتغليظ بأقل مما يجب فيه الزكاة اذا كان في المال ، وان كان في غير
المال يغليظ على كل حال . وقال ابن جرير : يغليظ بالقليل والكثير .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : الحالف اذا حلف على فعل نفسه حلف على
القطع ، نفيًا كان أو اثباتًا . وان كان على فعل غيره ، فان كان على الاثبات كانت على
القطع ، وان كان على النفي كانت على العلم ، وبه قال الشافعي . وقال النخعي
والشعبي : كلها على العلم . وقال ابن أبي ليلى : كلها على البت .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : اذا شهد عنده شاهدان ظاهرهما العدالة ، ثم
تبين أنهما كانا فاسقين قبل الحكم نقض حكمه . وللشافعي قولان : أحدهما مثل
قولنا ، والاخر لاينقضه ، وبه قال أبو حنيفة . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : اذا حكم بشهادة نفسين في قتل وقتل المشهود
عليه ، ثم تبين أن الشهود كانوا فاسقاً قبل الحكم بالقتل دفع الحاكم دية المشهود
عليه من بيت المال ، لان خطأ الحكم في بيت المال .

وقال أبو حنيفة : الدية على المزكين . وقال الشافعي : الدية على الحاكم
وأين تجب ؟ على قولين : أحدهما على هاقلة ، والاخر في بيت المال .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا شهدا أجنبيان أنه أعتق سالماً في حال موته
وهو الثلث ، وشهد وارثان أنه اعتق غانماً في هذه الحال وهو الثلث ، ولم يعلم
السابق منهما ، أقرع بينهما فمن خرج اسمه اعتق ورق الاخر . وللشافعي قولان :
أحدهما مثل قولنا ، والاخر يعتق من كل واحد نصفه .

والمعتمد قول الشيخ ، فلو كان من أخرجه القرعة أقل من الثلث عتق تمة الثلث من الاخر ، وهو اختيار العلامة وتجم الدين .

مسألة - ٣٥ - قال الشيخ : اذا ادعى رجل على رجل حقاً ولاينة له ، فعرض اليمين على المدعى عليه فلم يحلف ردت اليمين على المدعى ، فان حلف حكم له ولايجوز المحكم على المدعى عليه بنكوله ، وبه قال مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة وأصحابه: لا ترد اليمين على المدعي بحال، فان كان التداعي في مال كرر المحاكم على المدعى عليه ثلثاً ، فان حلف والاقتضى عليه بنكوله .

وان كان في قصاص قال أبو حنيفة : يحبس المدعى عليه أبدأ حتى يحلف أو يعترف. وقال أبو يوسف ومحمد: يعرض اليمين عليه ثلاثاً، فان حلف والاقتضى عليه بالدية ، وان كان الدعوى في نكاح أو طلاق ، فان اليمين لا يثبت في جانب المدعى عليه، ولا ينصرف في هذه نكول. قال الشيخ: ونحن نفردها القول بالكلام.

وقال ابن أبي ليلى : يحبس المدعى عليه في جميع المواضع حتى يحلف أو يقر ، فالخلاف مع أبي حنيفة في فصلين : أحدهما الحكم بالنكول ، والثاني في رد اليمين .

والمعتمد قول الشيخ هنا .

مسألة - ٣٦ - قال الشيخ : اذا نكل المدعى عليه، ردت اليمين على المدعي في سائر الحقوق ، وبه قال النخعي والشعبي والشافعي .

وقال مالك : انما يرد اليمين فيما يحكم به بشاهد وامرأتين دون غيره ، من النكاح والطلاق ونحوه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بعموم الاخبار .

مسألة - ٣٧ - قال الشيخ: اذا حلف المدعى عليه، ثم أقام المدعي بينة بالحق لم يحكم له بها، وبه قال ابن أبي ليلى وداود . وقال جميع الفقهاء : يحكم بها .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرق وأخبارهم، مع أن المفيد وابن حمزة
قالا : تسمع ما لم يشترط الحالف سقوط الحق بيمينه . وقال الشيخ في موضع
من المبسوط : تسمع البينة مع عدم العلم بها ، واختاره ابن ادريس وجنح اليه
العلامة في المختلف .

واعلم أن الفقهاء فرعوا على هذه المسألة ما لو قال المدعي : ليس لي بينة
وكل بينة لي فهي كاذبة، فاذا حلف المدعى عليه ثم أقام المدعي البينة، قال محمد
لا يحكم له ، لأنه جرح بينته . وقال أبو يوسف والشافعي : يحكم له ، لأنه يجوز
أن يكون نسي بينته .

قال الشيخ : وهذا الفرع يسقط عنا ، لان أصل المسألة باطل .

مسألة - ٣٨ - قال الشيخ : اذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً ، أو المرأة على
زوجها طلاقاً ، أو العبد على سيده عتقاً ، ولا بينة مع المدعى ، ألزم المدعى عليه
اليمين ، فان حلف والاردت اليمين على المدعي ، فان حلف حكم له ، وبه قال
الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لا يلزم اليمين بهذه الدعاوي بحال . وقال مالك : ان كان مع
المدعي شاهد واحد ألزم المدعى عليه اليمين ، وان لم يكن معه شاهد لم يلزم
المدعى عليه اليمين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرق وأخبارهم .

مسألة - ٣٩ - قال الشيخ : اذا كان بين رجلين عداوة ظاهرة ، مثل أن يقذف
أحدهما صاحبه ، أو قذف الرجل امرأة ، فانه لا تقبل شهادة أحدهما على الآخر
وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : تقبل ولا تأثير للعداوة في رد الشهادة بحال .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤٠ - قال الشيخ : تقبل شهادة الوالد لولده والولد لوالده ، وتقبل شهادة الوالد على واده ، ولاتقبل شهادة الولد على والده ، وبه قال المزني وأبو ثور . وقال باقي الفقهاء : لاتقبل شهادة أحد هؤلاء لصاحبه .
وادعى الشيخ الاجماع على مذهبه ، وهو القبول ماعدا شهادة الولد على والده ، وهو المعتمد .

مسألة - ٤١ - قال الشيخ : شهادة الولد على والده لاتقبل بحال .
وقال الشافعي : ان تعلقت بالمال أو مايجري مجرى المال كالنكاح والطلاق قبلت ، وان تعلقت بالبدن كالقصاص وحد السرقة فيه وجهان : أحدهما لاتقبل ، والثاني وهو الاصح أنها تقبل .

واعلم أن أصحابنا اختلفوا في هذه المسألة ، قال السيد المرتضى رحمه الله تقبل ، وقواه الشهيد في الدروس^(١) ، واختاره ابن فهد في المختصر ، لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين »^(٢) وقال الشيخان وابنا بسابوية وابن البراج وابن ادريس : لاتقبل واختاره نجم الدين ، والعلامة ، وفخر الدين ، والشهيد في شرح الارشاد .

وادعى الشيخ عليه الاجماع ، واستدل العلامة بقوله تعالى « وصاحبهما في الدنيا معروفاً »^(٣) وليس من المعروف الشهادة عليه واظهار كذبه ، فيكون ارتكاب ذلك معصية ، ولانه نوع حقوق . وأجاب عن الآية بأن الامر بالاقامة لا يستلزم وجوب قبولها .

قلت : في هذا الاستدلال نظر ، لان الشهادة بالحق غير منافية للمعروف ، بل

(١) الدروس ص ١٩٢ .

(٢) سورة النساء : ١٣٥ .

(٣) سورة لقمان : ١٥ .

ذلك هو المعروف خصوصاً مع عدم ثبوت الحق بغير شهادته .
وفي جوابه عن الآية نظر، لان ظاهر كلامه يدل على أنه يجب على الولد أن يقيم الشهادة عند الحاكم ، ويجب على الحاكم ردها ، بدليل قوله « ان الامر بالاقامة لا يستلزم وجوب القبول » فأوجب الاقامة لحصول الامر بها، وأوجب على الحاكم ردها ، وذلك يستلزم العبث لخلوه عن الفائدة ، ولان لفظ الشهادة على الوالدين في الآية معطوف على لفظ الشهادة على نفسه والشهادة على نفسه مقبولة والشهادة على الاقربين معطوفة على الشهادة على الوالدين، والشهادة على الاقربين مقبولة، فالشهادة على الوالدين معطوفة على المقبول ومعطوف عليها المقبول، فيكون مقبولة ، فالمخالفة لهذه الآية مشكل .

مسألة - ٤٢ - قال الشيخ : اذا أعتق رجل عبداً ، ثم شهد المعتقد له ولاء قبلت شهادته ، وبه قال جميع الفقهاء ، وحكى عن شريح أنه قال : لا تقبل .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤٣ - قال الشيخ : تقبل شهادة الاخ لاخيه ، وبه قال جميع الفقهاء وقال الاوزاعي : لا تقبل .

وقال مالك : ان شهد له في غير النسب قبلت ، وان شهد له بالنسب ، فان كانا أخوين من ام ، فادعى أحدهما أحماً من أب وشهد له آخر لم تقبل ذلك .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ٤٤ - قال الشيخ : تقبل شهادة الصديق لصديقه ، وان كان بينهما مهادة وملاطفة ، وبه قال جميع الفقهاء الا مالكا ، فانه قال : ان كان بينهما مهادة وملاطفة لا تقبل والا قبلت .

والمعتمد قول الشيخ ، لان العدالة تمنع التسامح .

مسألة - ٤٥ - قال الشيخ : تقبل شهادة احد الزوجين للآخر ، وبه قال الشافعي

وقال أهل العراق : لا تقبل . وقال النخعي وابن أبي ليلى : نقبل شهادة الزوج لزوجته ، ولا نقبل شهادة الزوجة لزوجها .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٤٦ - قال الشيخ : لا يجوز قبول شهادة من لا يعتقد امامة الاثنى عشر ولا منهم ولا تقبل الا شهادة من كان عدلاً يعتقد العدل والتوحيد ونفي القبيح عن الله تعالى ونفي التشبيه ، ومن خالف في شيء من ذلك كان فاسقاً لا تقبل شهادته .
وقال الشافعي : أهل الاداء على ثلاثة أضرب ، منهم من نخطيه ولا نفسه كالمخالف في الفروع ولا ترد شهادته اذا كان عدلاً ، ومنهم من نفسه ولا نكفره كالخوارج والروافض ، ومنهم من نكفره وهم القدرية الذين قالوا بخلق القران ونفي الرؤية وأضاف المشية الى نفسه ، وقالوا : انا نفعنا الخير والشرمعا ، فهؤلاء كفار لا تقبل شهادتهم وحكمهم حكم الكفار ، وبه قال مالك وابن حنبل .
وقال ابن أبي ليلى وأبو حنيفة : لا أرد شهادة أحد من هؤلاء ، والفسق الذي ترد به الشهادة ما لم يكن على وجه التدين ، كالفسق بالزنا والسرقه وشرب الخمر وأما من تدين به وأعتده مذنباً ودينياً يدين الله به ام أرد شهادته .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، قال : ولقد دلت الأدلة القاطعة على صحة هذه الاصول التي أشرنا اليها ، والمخالف فيها كافر ، واذا كان كافراً لا تقبل شهادته . وفي كلامه (ره) دليل على أن اعتقاده تكفير من لا يقول بامامة الاثنى عشر ، لان ذلك من جملة الاصول التي ذكرها ، بل هي أول الاصول .
مسألة ٤٧ - قال الشيخ : اللعب بالشطرنج حرام على أي وجه كان ، ويفسق فاعله ولا تقبل شهادته . وقال مالك وأبو حنيفة : مكروه الا أن أبا حنيفة قال : هو ملحق بالحرام وقال جميعاً : ترد شهادته .

وقال الشافعي : هو مكروه ولا يرد شهادته الا اذا كان فيه قماراً وترك الصلاة

حتى فات وقتها متممداً ، أو يتكرر ذلك منه وان لم يتعمد ترك الصلاة حتى يخرج وقتها . وقال سعيد بن المسيب وسعيد بن جبير : هو مباح .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٤٨ - قال الشيخ : من شرب نبيذاً حتى يسكر ، لم تقبل شهادته وكان فاسقاً بلا خلاف ، وان شرب قليلاً لا يسكر مثله ، فعندنا لا تقبل شهادته ويحد ويحكم بنفسه ، وبه قال مالك .

وقال الشافعي : أحده ولا أفقه ، ولا أرد شهادته اذا شرب مطبوخاً ، وان شرب نقيعاً فهو حرام ، لكنه لا يفسق بشره .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، ولان حكم النبيذ حكم الخمر .

مسألة - ٤٩ - قال الشيخ : اللاعب بالنرد يفسق وترد شهادته ، وبه قال أبو حنيفة ومالك .

وقال الشافعي : أنه مكروه وليس بمحظور ، ولا يفسق فاعله ، وهو أشد كراهية من الشطرنج . وقال قوم من أصحابه : هو حرام وترد به الشهادة .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٠ - قال الشيخ : الغناء حرام يفسق فاعله وترد شهادته . وقال مالك وأبو حنيفة والشافعي : هو مكروه ، وحكي عن مالك أنه قال : هو مباح .

وقال أبو يوسف : قلت لأبي حنيفة عن شهادة المغني والمغنية والنايح والنايحة قال : لا أقبل شهادتهم . وقال سعيد بن ابراهيم الزهري : هو مباح ، وبه قال عبد الله ابن الحسن العنبري . قال أبو حامد : ولا أعرف أحداً من المسلمين حرم ذلك .

قال الشيخ : ولم يعرف مذهبنا . والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥١ - قال الشيخ : الغناء حرام ، سواء كان صوت المغني أو بالقصبة أو بالآوتار ، مثل العيدان والطنابير والنايات والمعازف وغير ذلك . أما الضرب بالدف في الختان والاعراس ، فإنه مكروه .

وقال الشافعي : صوت المغني والقصبة فإنه مكروه ليس بمحظور ، وصوت الآوتار محرم كله ، والضرب بالدف في الاعراس والختان مباح .

والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٢ - قال الشيخ : انشاد الشعر مكروه . قال الشافعي : اذا لم يكن كذباً ولا هجواً ولا تشبيهاً بالنساء كان مباحاً .

وهذا هو المعتمد ، وإنما يكره في رمضان والجمعة وفي المساجد ، ولا يكره مدح آل محمد في مكان ولا زمان ، وكذا هجو عدوهم .

مسألة - ٥٣ - قال الشيخ : شهادة والد الزنا لا تقبل وان كان عدلاً ، وبه قال جميع الفقهاء الا مالكا ، فإنه قال : لا ترد بالزنا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٤ - قال الشيخ : من أقيم عليه حد في معصية من قذف أو شرب خمر أو زنا أو لواط ، ثم تاب وصار عدلاً قبلت شهادته ، وبه قال أكثر الفقهاء الا خلاف أبي حنيفة في القاذف وقد مضى . وقال مالك : كل حد في معصية لا أقبل شهادته بها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥٥ - قال الشيخ : البدوي والبلدي والقروي تقبل شهادة بعضهم على بعض ، وبه قال أهل العراق والشافعي . وقال مالك : لا أقبل شهادة البدوي على الحضري الا في الجراح .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٦ - قال الشيخ : اذا شهد صبي أو كافر عند الحاكم فردت شهادته ، ثم بلغ الصبي وأعتق العبد وأسلم الكافر ، فأعادوها قبلت . وكذلك لو ردت شهادة البالغ العاقل الحر لفسقه : ثم تاب وأقامها بعينها قبلت منه وحكم بها وبه قال داود وأبو ثور والمزني .

وقال مالك : أزد الكل . وقال أهل العراق والشافعي : يقبل الكل إلا الفاسق اذا تاب ، فانه اذا أعاد شهادته المردودة فانها لا تقبل .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٧ - قال الشيخ : شهادة المخنبي مقبولة ، وهو اذا كان على رجل دين يعترف به سرا ويحجده جهراً ، فخبى له صاحب الدين شاهدين يريانه ولا يراهما ثم خاباه الحديث فاعترف به فسمعه وشاهدها صححت الشهادة ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال شريح والنخعي والشعبي : انها غير مقبولة . وقال مالك : ان كان المشهود عليه جلدأ قبلت وان كان مغفلاً يخدع مثله لم أقبلها عليه .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥٨ - قال الشيخ : اذا مات وخلف تركة وابنين ، فادعى أجنبي ديناً على الميت ، فان صدقاه استوفى من حقهما ، وان اعترف أحدهما فان كان عدلاً فهو شاهد للمدعي ، فان كان معه شاهد آخر استوفى الدين من حقهما . وكذا لو لم يكن معه شاهد آخر وحلف مع شاهده ، وان لم يكن معه شاهد آخر ولا حلف استوفى نصف الدين من حصّة المقر ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يأخذ من نصف المقر جميع الدين . وقال أبو عبيد بن خريوذ وأبو جعفر الاسترأبادي من أصحاب الشافعي : فيها قول آخر كقول أبي حنيفة .

- والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
- مسألة - ٥٩ - قال الشيخ: يثبت القضاء بالشهادة على الشهادة، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يثبت .
- والمعتمد قول الشيخ .
- مسألة - ٦٠ - قال الشيخ: حقوق الله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر وما أشبهه لا يثبت بالشهادة على الشهادة .
- وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني أنها يثبت ، وبه قال مالك .
- والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
- مسألة - ٦١ - قال الشيخ : الظاهر من المذهب أنه لا تقبل شهادة الفرع مع التمكن من حضور شاهد الاصل ، وانما يجوز ذلك مع تعذره اما بالموت ، أو المرض المانع من الحضور أو الغيبة .
- وبه قال الفقهاء ، الا أنهم اختلفوا في حد الغيبة ، فقال أبو حنيفة : ما يقصر فيه الصلاة وهو ثلاثة أيام . وقال أبو يوسف : هو ما لا يمكنه ان يحضر ويقوم الشهادة ويعود الى منزله فيبيت فيه .
- وقال الشافعي : الاعتبار في المشقة ، فان كان عليه مشقة في الحضور حكم بشهادة الفرع ، وان لم يكن مشقة لم يحكم ، والمشقة قريب مما قال أبو يوسف وفي أصحابنا من قال : يجوز أن يحكم بذلك مع الامكان .
- والمعتمد مراعاة المشقة على شاهد الاصل، وهو اختيار العلامة في القواعد^(١).
- مسألة - ٦٢ - قال الشيخ : لا تقبل شهادة النساء على الشهادة الا في الديون والاملاك والعقود . أما الحدود ، فلا يجوز أن تقبل بها شهادة على شهادة . وقال قوم : لا يجوز ان تقبل شهادة النساء على الشهادة بحال ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان كان الحق مما يثبت بشهادة النساء أولهن مدخل فيه قبل شهادتهن على الشهادة والا فلا .

واختار العلامة في المختلف^(١) مذهب الشيخ هنا ، واختار ابن ادریس عدم قبول شهادة النساء على الشهادة مطلقا ، كما هو مذهب الشافعي واختاره نجم الدين في الشرائع^(٢) ، والعلامة في القواعد والتحرير وفخر الدين ، وهو المعتمد .

مسألة - ٦٣ - قال الشيخ : اذا عدل شاهد الاصل شاهد الفرع ولم يسمياه لم يقبل ذلك ، وبه قال جميع الفقهاء الا أبا حنيفة ، فانه قال : يقبل . والمعتمد قول الشيخ ، لانه اذا لم يسمياه لا يعرف عدالة الاصل ، وقد يعدلان من هو عندهما عدل وان لم يكن عدلا .

مسألة - ٦٤ - قال الشيخ : اذا سميا شاهد الاصل ولم يعدلاه ، سمع الحاكم ويبحث عن شاهد الاصل ، فان وجده عدلا حكم والا توقف ، وبه قال الشافعي وقال أبو يوسف والثوري : لاتسمع هذه الشهادة ، لانهما لم يتركا تزكية الاصل الالربية .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦٥ - قال الشيخ : ما يثبت بشهادة اثنين في الاصل اذا شهد شاهدان على شهادة أحدهما وشاهدان على شهادة الآخر ، ثبت بلاخلاف شهادة الاصل ، وان شهد شاهد على شهادة أحدهما وشاهد آخر على شهادة الآخر ، لم يثبت بهذه الشهادة ماشهدا به ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري ومالك والشافعي ، وذهب قوم الى أنه يثبت بذلك ويحكم الحاكم به ، وبه قال ابن حنبل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

(١) مختلف الشيعة ٤ / ١١٤ .

(٢) شرائع الاسلام ٤ / ١٤٠ .

مسألة -٦٦- قال الشيخ : اذا شهد شاهدان على شهادة رجل ، ثم شهدا على شهادة الاخر ، فان شهادة الاول يثبت بلاخلاف ، وعندنا تثبت بشهادة الثاني أيضاً وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري ومالك ، والصحيح من قولي الشافعي عندهم وله قول آخر أنه لا يثبت حتى يشهد آخران على شهادة الاخر ، واختاره المزني من أصحابه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٦٧ - قال الشيخ : تثبت بالشهادة على الشهادة شهادة الاصل ، ولا يقوم الفرع مقام الاصل في اثبات الحق ، بل الحق يثبت بالاصل لبالفرع .
وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر أن الفرع يقوم مقام الاصل في اثبات الحق .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الحق ان كان فعلا افتقر الى مشاهدة ، وان كان عقداً أفتقر الى مشاهدة وسماع ، والفرع لم يسمع ولم يشاهد ، فلا يثبت به الحق .
مسألة -٦٨- قال الشيخ : اذا شهد اثنان أنه سرق ثوباً قيمته ثمن دينار ، وشهد آخران أنه سرق ذلك الثوب بعينه وقيمته ربع ، ثبت ربع دينار ، وبه قال أبو حنيفة .
وقال الشافعي : ثبت ثمن دينار ، لان الثمن ثبت بشهادة الاربع ، والزائد تعارضت فيه البيتان .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه لاتعارض هنا ، لعدم التكاذب صريحاً .

مسألة - ٦٩ - قال الشيخ : اذا شهد عدلان عند الحاكم بحق ، ثم فسقا قبل الحكم حكم بشهادتهما ، وبه قال أبو ثور والمزني . وقال باقي الفقهاء : لا يحكم .
والمعتمد مذهب الشيخ ، وهو اختيار العلامة في القواعد^(١) والتحرير^(٢) ، لان

(١) قواعد الاحكام ٢/٢٤٣ .

(٢) تحرير القواعد ٢/٢١٣ .

الاعتبار بالعدالة حين الشهادة لاحين الحكم، وهو مذهب ابن ادريس أيضاً، واختار العلامة في المختلف^(١) عدم الحكم واختاره الشهيد .

وفصل نجم الدين فقال : يحكم في حقوق الادميين ، ولا يحكم في حق الله كحد الزنا ، لانه مبني على التخفيف قال : وفي الحكم بحد القذف والقصاص تردد أشبهه الحكم لتعلق حق الادمي به .

مسألة - ٧٠ - قال الشيخ : اذا شهدا بحق وعرف عدتهما ، ثم رجعا عن الشهادة قبل الحكم بها لم يحكم ، وبه قال الجماعة الا أبا ثور فانه قال : يحكم بالشهادة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧١ - قال الشيخ : اذا شهد الشاهدان بحق وعرف عدتهما وحكم الحاكم واستوفى الحق ، ثم رجعا عن الشهادة ، لم ينقض حكمه ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال الاوزاعي وسعيد بن المسيب بنقضه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٧٢ - قال الشيخ : اذا شهد شاهدان على رجل بما يوجب قتله أو قطعه فقتل أو قطع ، ثم رجعا وقال تعمدنا وقصدنا أن يقطع أو يقتل ، فعليهما القود ، وبه قال الشافعي وابن حنبل . وقال أبو حنيفة والثوري : لا قود .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٧٣ - قال الشيخ : اذا شهد شاهدان على امرأة بعد الدخول بها وحكم الحاكم بذلك ، ثم رجعا عن الشهادة لم يلزمها مهر مثلها ولا شيء منه ، وبه قال أبو حنيفة ومالك . وقال الشافعي : عليهما مهر مثلها .

(١) مختلف الشيعة ٤ / ١٨٨ .

والمشهور عند أصحابنا مذهب الشيخ، وهو اختيار نجم الدين في الشرائع^(١) والعلامة في القواعد^(٢) والتحرير^(٣)، والشهيد في الدروس^(٤)، وتوقف العلامة في المختلف^(٥)، لاحتمال ضمان منفعة البضع .

مسألة - ٧٤ - قال الشيخ: اذا شهدا بالطلاق قبل الدخول بها ، ففرق الحاكم بينهما ثم رجعا عرما نصف المهر ، وبه قال أبو حنيفة .

وللشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا ، وهو أضعف القولين الا أنه يقول نصف مهر المثل ، وعندنا نصف المسمى . والقول الاخر أنهما يضمنان كمال مهر مثلها ، وهو أصح القولين عندهم .

والمعتمد قول الشيخ ، لانهما يضمنان ما غرم الزوج ، وهو لم يغرم غير النصف ويتخرج على القول بضمنان منفعة البضع ضمان الجميع كما قاله الشافعي .

مسألة - ٧٥ - قال الشيخ : اذا شهدا بدين أو بعتق وحكم بذلك عليه ثم رجعا ضمنا ، واختلف أصحاب الشافعي في هذا على طريقتين : منهم من قال : لا غرم عليهما قولاً واحداً ، وقال أبو العباس المسألة على قولين ، قال أبو حامد : والمذهب انها على قولين ، كما قاله أبو العباس : أحدهما لاضمان وهو أضعفهما ، والاخر يضمنان وهو أصحهما .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٧٦ - قال الشيخ: اذا شهد رجل وعشرة نسوة بمال على رجل وحكم

(١) شرائع الاسلام ١٤٤/٤ .

(٢) قواعد الاحكام ٢٤٥/٢ .

(٣) تحرير الاحكام ٢١٧/٢ .

(٤) الدروس ص ١٩٦ .

(٥) مختلف الشيعية ص ١٨٧ .

به الحاكم ثم رجع الجميع ، كان على الرجل سدس المال والباقي على النسوة ،
وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال أبو يوسف ومحمد : على الرجل النصف وعلى
النسوة النصف .

والمعتمد قول الشيخ ، لان المال ثبت بشهادة الجميع .

كتاب الدعوى والبيئات

مسألة - ١ - قال الشيخ : اذا ادعا نفسان داراً وهما فيها ، أو ثوباً ويدهما عليه ولا بيئة لاحدهما ، كانت العين بينهما نصفين ، وبه قال الشافعي الا أنه قال : يحالف كل منهما لصاحبه .

وهو المعتمد ، فان حلفا أو نكلا كانت بينهما ، وان حلف أحدهما ونكل الاخر كانت للحالف دون الناكل .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : اذا تداعيا ملكاً مطلقاً ويد أحدهما على العين كانت بينته أولى ، وكذلك ان أضافاه الى سبب ، وان ادعى صاحب اليد الملك مطلقاً وأضافه الخارج الى سبب ، كانت بيئة الخارج أولى ، وبه قال الشافعي .

وقال أصحاب الشافعي : اذا تداعيا عيناً يد أحدهما عليها ، وأقام كل منهما بيئة سمعنا بيئة كل واحد ، وقضينا لصاحب اليد ، سواء تنازعا ملكاً مطلقاً أو ما يتكرر فالمطلق كل مال لم يذكر سببه ، وما يتكرر كآنية الذهب والفضة والصفرة والحديد ، يقول كل واحد منهما : صيخ في ملكي ، وهذا يمكن أن يصاغ في ملك كل واحد منهما ، وكذلك ما يمكن نسجه مرتين كالصوف والخز ، وما لا يتكرر سببه ثوب القطن والابريسم ، فانه لا يمكن أن ينسج دفعيتين ، وكذلك الدابة فانه لا يمكن أن تلد

الدابة الولد والواحد مرتين، وكل منهما يقول نتج في ملكي، وبه قال مالك والشافعي وهل يحلف مع البيعة؟ على قولين .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : ان كان التداعي ملكاً مطلقاً أو ما يتكرر سببه، لم يسمع بيعة صاحب اليد ، وان كان ملكاً لا يتكرر سببه سمعنا بيعة الداخل .
قال الشيخ: وهو الذي يقتضيه مذهبنا، وقد ذكرناه في النهاية والمبسوط وكتابي الاخبار . وقال ابن حنبل : لا يسمع بيعة صاحب اليد بحال ، وروى ذلك أصحابنا أيضاً .

واعلم أن أصحابنا اختلفوا في هذه المسألة ، والتحقيق أن نقول : اذا تداعيا عيناً في يد أحدهما وأقام كل واحد بيعة ، فلا يخلو : اما أن تشهد بيعة كل واحد بالملك المطلق ، أو يشهدا بالسبب ، أو يشهد احديهما بالملك المطلق والاخرى بالسبب فالاقسام أربعة :

الاول : أن يشهد بيعة كل واحد بالملك المطلق ، قال الشيخ هنا: بيعة الداخل أولى ، واستبعده صاحب الشرائع^(١) وحكم أن البيعة بيعة الخارج ، وهو المشهور عند أصحابنا ، وبه قال الشيخ في النهاية^(٢) والمبسوط^(٣) وكتابي الاخبار .
الثاني : ان تشهد البيعتان بالسبب ، وهنا يقدم الداخل عند الشيخ أيضاً في هذا الكتاب . وقال ابن ادريس : يقتضي للخارج ، واختاره نجم الدين والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد .

الثالث: ان تشهد بيعة الخارج بالملك المطلق وبيعة الداخل بالسبب، فذهب الشيخ هنا يقتضي الحكم لصاحب اليد ، وهو اختيار نجم الدين والعلامة وفخر

(١) شرائع الاسلام ١١١/٤ .

(٢) النهاية ص ٣٤٤ .

(٣) المبسوط ٢٥٨/٨ .

الدين لتأييد اليد بالسبب . وقال ابن ادريس : يقضى للخارج مطلقاً ، لعموم البيعة على المدعي واليمين على من أنكر ، وهو قوي ،
 الرابع : ان تقيد بيعة الخارج بالسبب ، ويطلق بيعة الداخل ، فهنا تقدم بيعة الخارج بلاخلاف بين أصحابنا .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا تنازعا عيناً لايد لواحد منهما عليها ، وأقام أحدهما شاهدين والاخر أربعة شهود ، فالظاهر من مذهب أصحابنا أنه يرجح بكثرة الشهود ويحلف ويحكم له بالحق . وهكذا لو تساوبا في العدد وتفاوتا في العدالة، فانه يرجح بالعدالة اذا كانت احدهما أقوى عدالة ، وبه قال مالك ، وأومى اليه الشافعي في القديم .

والذي اعتمده أصحابه وجعلوه مذهباً أنه لايرجح بشيء منهما ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال الاوزاعي : أقسط المشهود به على عدد الشهود؛ فأجعل لصاحب الشاهدين الثلث ، ولصاحب الاربعة الثلثين ، وقد روى ذلك أيضاً أصحابنا .
 والمعتمد قول الشيخ أولاً وهو الترجيح بالعدد والعدالة ، واستدل عليه باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا كان مع أحدهما شاهدان ومع الاخر شاهد وامرأتان تقابلتا ، بلاخلاف بيننا وبين الشافعي . فأما اذا كان مع أحدهما شاهدان ومع الاخر شاهد وقال احلف مع شاهدي ، فانهما لايتقابلان . وكذا لو كان مع أحدهما شاهد وامرأتان ومع الاخر شاهد واحد وقال احلف مع شاهدي . وللشافعي فيهما قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر يتقابلان .
 والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا شهد للمدعي شاهدان وقال المدعي عليه احلفوه لي مع شاهديه لم يحلف ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي . وقال

شريح والنخعي وابن أبي ليلى : يحلف .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٦- قال الشيخ : اذا ادعى على امرأة ، فقال : هذه زوجتي أو تزوجت بها ، لم يلزم الكشف بأن يقول تزوجت بها بولي وشاهدين عدلين ، وبه قال أبو حنيفة .

وللشافعي ثلاثة أوجه : أحدها مثل قولنا ، والثاني وهو ظاهر المذهب أنه لا بد من الكشف ، والثالث ان ادعى عقد النكاح بأن قال : تزوجت بها ، كان ذلك شرطاً ، وان ادعى الزوجية بأن قال : هذه زوجتي لم يفترق الى الكشف . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٧- قال الشيخ : اذا ادعى على المرأة الزوجية وأنكرت كان عليه البينة ، فان لم يكن بينة كان عليها اليمين ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يمين عليها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٨- قال الشيخ : اذا ادعى بياً أو صلحاً أو اجارة ، ونحو ذلك من العقود التي هي سوى النكاح ، لا يلزمه الكشف أيضاً . وللشافعي وجهان : أحدهما لا يلزمه ، والثاني يلزمه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة -٩- قال الشيخ : اذا تعارضت البيتان على وجه لا يرجح احدهما على الاخرى اقرع بينهما ، فمن خرج اسمه أحلف وأعطى الحق ، هذا هو المعول عليه عند أصحابنا ، وقد روي أنه يقسم بينهما نصفين .

وللشافعي أربعة أقوال : أحدها يسقطان وهو أصحها ، وبه قال مالك . والثاني يترع بينهما مثل قولنا ، وهل يحلف ؟ على قولين . والثالث توقف أبدأ . والرابع

يقسم بينهما نصفين ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .

واعلم أن مع تحقق التعارض لا يخلو : اما أن يكون العين في يد أحدهما ، أو في أيديهما ، أو في يد ثالث ، ففي الاول يقضي بينها للخارج ان شهدتا بالملك المطلق أو بالسبب ، أو شهدت بينة الخارج بالسبب وبينة الداخل بالملك المطلق ولو شهدت بينة الداخل بالسبب وبينة الخارج بالملك المطلق قضي بها للداخل كما هو مشهور .

وان كانت في أيديهما ، قضي فيها بينهما نصفين ، لان يد كل واحد منهما على النصف وقد أقام الاخر بينة ، فيقضى له بما في يد غريمه .

وان كانت في يد ثالث أقرع كما قاله الشيخ هنا ، وأحلف من خرج اسمه وقضى له ، فان امتنع احلف الاخر وقضى له ، فان نكلا قضي بها بينهما نصفين ، هذا هو المعتمد .

وقال في المبسوط: يقرع ان شهدتا بالملك المطلق ، ويقسم بينهما ان شهدتا بالملك المقيد ، ولو اختصت احديهما بالسبب قضي بها دون الاخرى .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا ادعى داراً ، فقال : هذه الدار التي في يدك لي ، فأنكر المدعى عليه ، فأقام المدهي بينة انهما كانت في يده أمس أو منذ سنة لم يسمع هذه البينة .

وللشافعي قولان : أحدهما لا يسمع ، والثاني يسمع ، والاول هو المذهب عندهم .

واختار فخر الدين مذهب الشيخ هنا وهو عدم السماع ، واختار الشيخ في المبسوط^(١) سماع البينة بذلك ، واختاره نجم الدين في الشرائع^(٢) ، والعلامة في

(١) المبسوط ٢٥٧/٨ .

(٢) شرائع الاسلام ١١٢/٤ .

المختلف^(١) والارشاد، لان اليد دليل ظاهر على الملكية، واذا ثبت بالبينة أو بالافرار سبقها ، فقد ثبت دليل الملك وثبوت الدليل يقتضي ثبوت المدلول وهو الملك، ولا بأس بهذا القول .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا ادعى داراً في يد رجل ، فقال : هذه الدار كانت لابي وقد ورثتها أنا وأخي الغائب منه ، وأقام بذلك بينة من أهل الخبرة أنهما ورثاه ولا نعرف له وارثاً غيرهما ، انتزعت ممن هي في يده وسلم الى الحاضر نصفها ، والباقي يجعل في يد أمين حتى يعود الغائب ، وبه قال أبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : يؤخذ من المدعى عليه نصيب الحاضر ، ويقر الباقي في يد من هو في يده حتى يحضر الغائب ، وقواه في المبسوط .

والمعتمد أن نصيب الغائب بصرف الى الحاكم لانه وليه ، سواء كان المدعى عيناً أو ديناً .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا تداعيا عيناً وادعى أحدهما انها له منذ سنتين وادعى الاخر أنها له منذ شهر ، وأقام كل واحد بينة بما يدعيه ، وادعى أحدهما أنها له منذ سنتين وادعى الاخر أنها ملكي الان ، وأقاما البينة بذلك ، والعين المتنازع فيها في يد ثالث ، كانت البينة المتقدمة أولى وبه قال أبو حنيفة وأصح قول الشافعي وله قول آخر أنهما سواء .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه قد ثبت له الملك في المدة السابقة لعدم المنازع فيها ، واذا ثبت في المدة السابقة ، فالاصل البقاء حتى يعلم المزبل .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا تداعيا داراً وهي في يد أحدهما وأقام أحدهما البينة بقديم الملك والاخر بحديثه ، فان كانت الدار في يد من شهدت له بقديم الملك فهي له بلاخلاف ، لان معه ترجيح اليد وقديم الملك ، وان كانت في يد

حديث الملك فصاحب اليد أولى ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد : البيئة بينة الخارج ، وهذا هو المعتمد ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط^(١) ، واختيار العلامة في المختلف^(٢) ، لان قديم الملك أولى من حديثه ، وبيئة الخارج أولى من بيئة الداخل . واحتج الشيخ هنا بالاجماع ، وهو غير مسلم ، لان قوله في المبسوط خلاف ذلك .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا قال له علي ألف قضيتها فقد اعترف بالالف ، ولا تقبل دعوى القضى الالبينة .

وللشافعي قولان : أحدهما وهو الصحيح مثل قولنا ، والثاني تقبل ذلك منه ، كما لو قال له علي ألف الا تسعين .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا كان في يد اثنين كبير مجهول النسب فادعيا ملكه فالقول قوله بلاخلاف ، فان اعترف لهما كان لهما ، وان اعترف لاحدهما كان له دون الاخر ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان اعترف أنه مملوك لاحدهما كان مملوكاً لهما ، لانه ثبت أنه مملوك باعترافه وبدهما عليه وكان بينهما .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه انما صار مملوكاً باعترافه ، فيكون مملوكاً لمن اعترف له ، وجزم به صاحب الشرائع^(٣) وصاحب القواعد .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : رجل ادعى داراً في يد رجل فأنكر فأقام المدعي بيئة أنها ملكه منذ سنة ، فجاء آخر وادعى أنه اشتراها من المدعي من خمس سنين

(١) المبسوط ٢٦٩/٨ .

(٢) مختلف الشيعة ١٠٨/٤ .

(٣) شرائع الاسلام ١١٦/٤ .

حكمتنا بزوال يد المدعى عليه ببينة المدعي بلاخلاف ، ثم ينظر فى بينة المدعي الثانى ، وهو المشتري من المدعي الاول ، فان شهدت بأنه اشتراها من الاول وهي ملكه ، أو كان متصرفاً فيها تصرف الملاك ، فانه يحكم فيها بلاخلاف .

فان شهدت بينة المشتري بالشراء فقط ولم تشهد بملك ولايد ، قال الشافعي : حكمتنا بها للمشتري . قال الشيخ : واليه أذهب . وقال أبو حنيفة : أقرها فى يد المدعى ولا أحكم بها للمشتري .

احتج الشيخ بأن بينة المدعي أسقطت يد المدعى عليه ، وأثبتت له الملك منذ سنة ولم تنف كونها ملكه قبل السنة ، فاذا قامت البينة بأن هذا المدعي باعها قبل هذه السنة بأربع سنين فالظاهر أنها ملكه حين البيع حتى يعلم غيره ، فهي كالبينة المطلقة وبينة المدعي لو كانت مطلقة فانا نقضي بها للمشتري بلاخلاف . وقول الشيخ قوي لأبأس به .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا ادعى زيد شاة فى يد عمرو ، فأنكر وأقام بينة أن حاكماً من الحكام حكم له بها على زيد وسلمها اليه ، ولا يعلم على أي وجه حكم بها لعمرو ، فانه لا ينقض حكم الحاكم الاول . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني ينقض حكمه ، وبه قال محمد ابن الحسن .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا اشترك اثنان فى وطئ امرأة فى طهر واحد وكان وطئاً يصح أن يلحق به النسب وأنت بولد يمكن أن يكون منهما ، أقرها بينهما فمن خرج اسمه ألحقناه به .

وقال الشافعي نريه القافة ، فمن ألحقته به ألحقناه به ، فان لم يكن قافة أو اشتبه أو نفته عنهما ، ترك حتى يبلغ فينتسب الى من شاء منهما ممن يميل طبعه اليه ،

وبه قال مالك وابن حنبل .

وقال أبوحنيفة : ألحقه بهما معاً ولاأريه القافة . قال المتأخرون من أصحابه : يجوز أن يلحق الولد بمائة أب على قول أبيحنيفة . قال أبوحنيفة : فلو كان لرجل أمتان فحدث ولد ، فقالت كل واحدة منهما : هو ابني من سيدي ، فاني ألحقه بهما فأجعله ولداً لكل واحدة منهما وللاب أيضاً .

وقال أبو يوسف ومحمد : لايلحق بسامين ، لانا نقتطع أنهما لم يلداه ، وانما ولده واحدة منهما ، وأبوحنيفة ألحق الولد الواحد بآباء عدة وأمهات عدة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا وطىء أحدهما في نكاح صحيح ، والاخر في نكاح فاسد ، قال مالك : ان صحيح النكاح أولى ، وحكى ذلك عن أبيحنيفة . وقال الشافعي : لافرق بينهما .

قال الشيخ : والذي يقتضيه مذهبنا أنه لافرق بينهما ، وهو المعتمد .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا وطىء أمته ثم باعها ولم يستبرأها ، فوطئها المشتري من غير استبراء ، فأتت بولد يمكن أن يكون منهما ، فانه يلحق بالآخر وقال مالك : يلحق بالاول ، لان نكاحه صحيح ونكاح الثاني فاسد ، وحكى ذلك عن أبيحنيفة وقال الشافعي : نريه القافة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

واعلم أنه لافرق في هذه المسائل بين كونهما مسلمين أو أحدهما مسلماً والاخر حربياً ، ولا بين الحرين والعبدين وبالتفريق ، فانه يقرع بينهما . وقال أبوحنيفة : الحر أولى من العبد ، والمسلم أولى من الكافر ، واستدل الشيخ باجماع الفرقة ، وعموم الاخبار على عدم الفرق .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا اختلف الزوجان في متاع البيت ، فقال كل

واحد منهما : كله لي ولا بينة، نظرفيه فما يصلح للرجال فالقول قوله فيه مع يمينه وما يصلح للنساء فالقول قولها فيه مع يمينها ، وما يصلح لهما كان بينهما ، وقد روي أن القول قول المرأة في الجميع مع يمينها والاول أحوط .

وقال الشافعي : يد كل واحد على نصفه يحلف كل واحد لصاحبه ، ويكون بينهما نصفين ، سواء كان مما يصلح للرجال دون النساء ، أو للنساء دون الرجال ، أو يصلح للرجال والنساء ، وسواء كانت الدار لهما أو لاحدهما أو لغيرهما ، وسواء كانت الزوجية قائمة أو زالت ، وسواء كان التنازع بينهما ، أو بين ورثتهما ، أو بين أحدهما وورثة الآخر ، وسواء كانت أيديهما عليه من جهة المشاهدة أو من جهة الحكم وبه قال زفر وعثمان البتي وابن مسعود .

وقال أبو حنيفة ومحمد : ان كانت أيديهما عليه مشاهدة فهو بينهما ، كما لو تنازعا عمامة يدهما عليها ، أو خلخالاً يدهما عليه . وان كان يدهما عليه حكماً ، فان كان يصلح للرجال دون النساء ، فالقول قول الرجل فيه ، وان كان يصلح للنساء دون الرجال ، فالقول قول المرأة فيه ، وان كان يصلح لهما ، فالقول قول الرجل . وقال أبو حنيفة : ان كان الاختلاف بين أحدهما وورثة الآخر ، فالقول قول الباقي منهما ، فقد خالف الشافعي في أربعة فصول : اذا كان مما يصلح للرجال ، واذا كان مما يصلح للنساء ، وان كان مما يصلح لكل منهما ، واذا كان الاختلاف بين أحدهما وورثة الآخر .

وقال أبو يوسف : القول قول المرأة فيما جرى العرف والعادة أنه قدر جهاز مثلها . قال الشيخ : وهذا مثل ما حكيناه في بعض روايات أصحابنا .
واعلم أن للشيخ في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الاول: قوله هنا، واستدل عليه باجماع الفرق وأخبارهم، وبه قال ابن حمزة،

وابن الجنيد، واختاره ابن ادريس، وجنح اليه نجم الدين في الشرائع^(١)، وهو مذهب العلامة في التحرير^(٢)، وابن فهد في المقتصر^(٣).

الثاني : قوله فسي المبسوط^(٤)، وهو مذهب الشافعي ، واختاره العلامة في القواعد والارشاد ، وفخرالدين في الايضاح .

الثالث : قوله في الاستبصار^(٥)، وهو أنه للمرأة لانها تأتي بالمتاع من أهلها. وقال العلامة في المختلف : ان كان هناك قضاء عرفي رجع اليه ، والا كان كسائر الدعاوي^(٦). واختاره الشهيد في شرح الارشاد .

والاقوى مذهب القواعد والارشاد، للاحاقه بسائر الدعاوي، ومذهب المختلف جامع بين الاقوال ، ولا بأس به .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ: اذا كان لرجل على رجل حق ، فوجد من له الحق مالا لمن عليه الحق ، فان كان من عليه الحق باذلا ، فليس له الاخذ منه بلاخلاف وان كان مانعاً اما بأن يحجده ظاهراً وباطناً ، أو يعترف باطناً ويحجده ظاهراً ، أو يعترف باطناً وظاهراً ويمتنعه لقوته ، ولا يمكنه استيفاء الحق منه ، فاذا كان بهذه الصفة ، كان له أن يأخذ من ماله بقدر حقه من غير زيادة ، سواء كان من جنس ماله أو من غير الجنس الا اذا كان ودیعة عنده ، فانه لا يجوز له الاخذ منها ، سواء كان له بماله بيعة أو لم يكن ، وبه قال الشافعي، ولم يستثن الوديعة اذا لم يكن له حجة فان كان له حجة ثبتت عند الحاكم فعلى قولين .

(١) شرائع الاسلام ١١٩/٤ .

(٢) تحرير الاحكام ٢٠٠/٢ .

(٣) المقتصر - مخطوط .

(٤) المبسوط ٣١٠/٨ .

(٥) الاستبصار ٤٥/٣ .

(٦) مختلف الشيعة ٤٧/٤ .

وقال أبو حنيفة : ليس له ذلك الا في الدراهم والدنانير .
 والمعتمد جواز الاخذ من الوديعة على كراهية مع الجحود أو الافرار والمنع
 لكونه أقوى من صاحب القول ، ولا فرق بين أن يكون له بينة ثبتت عند الحاكم
 أو لم يكن ، هذا هو المشهور عند متأخري الاصحاب .

كتاب العتق

مسألة ١- قال الشيخ: اذا عتق شركاً له من عبد لا يخلو من أحد أمرين :
اما أن يكون موسراً أو معسراً ، فان كان معسراً لا يخلو من أحد أمرين : اما أن
يقصد مضارة شريكه ، أو يقصد وجه الله ، فان قصد مضارة شريكه بطل العتق ،
وان قصد وجه الله صح العتق في حصته وكان شريكه بالخيار بين أن يعتق حصته
وبين أن يستسعي العبد في قيمته، وان كان موسراً ألزم قيمته ، فاذا أدى انعتق عليه
ولشريكه أن يعتق نصيبه ولا يأخذ القيمة ، فان فعل كان عتقه ماضياً .
وأبو حنيفة وافقنا في المعسر وخالفنا في بعض أحكام الموسر ، لانه قال :
فان كان موسراً فشریکه بالخيار بين ثلاثة أشياء : بين أن يعتق نصيبه منه، وبين أن
يستسعي العبد ، وبين أن يقومه على المعتق ، وللمعتق أن يستسعيه فيما بقي من
الرق ، فاذا أدى قيمة ذلك عتق ، فقد خالفنا في استسعاء العبد .
وقال أبو يوسف ومحمد : يعتق نصيب شريكه في الحال ، موسراً كان المعتق
أو معسراً ، فان كان معسراً فللشريك أن يستسعي العبد ، وهو حر في قدر نصيبه ،
وان كان موسراً أخذ قيمة نصيبه من المعتق .
قال الشيخ : وهذا مثل مذهبنا سوء .

وفيه نظر، لان مذهبه العتق بالاداء بدليل قوله « فاذا أدى انعتق عليه » ومذهب أبي يوسف ومحمد أنه ينعتق باللفظ فافترقا .

وقال الاوزاعي : ان كان معسراً عتق نصيبه ، وكان نصيب شريكه على الرق ، وليس له أن يستسعيه ، وان كان موسراً لم ينعتق نصيب شريكه الا بدفع القيمة اليه . وقال عثمان البتي : يستقر الرق في نصيب الشريك ، سواء كان المعتق معسراً أو موسراً . وقال ربيعة : اذا أعتق أحد الشريكين نصيبه لم ينعتق نصيب نفسه بعتقه فان أراد عتقه اتفقا عليه وهتقاه ، ولا يصلح غير أحدهما دون الآخر .

وقال الشافعي : ان كان معسراً هتق نصيبه ، واستقر الرق في نصيب شريكه مالم يعتقه ، وان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه قولاً واحداً ، ومتى يعتق نصيب شريكه؟ فيه ثلاثة أقوال : أحدها وهو الصحيح عندهم أنه يعتق كله باللفظ والقيمة في الذمة المعتق عليه تسليمها ، وبه قال ابن أبي ليلى والثوري وأحمد . وقال في القديم : يعتق نصيب الشريك باللفظ ودفعه القيمة ، فان دفع القيمة الى الشريك عتق حصة الشريك ، وان لم يدفع لم تعتق ، وبه قال مالك . وقال في البويطي وحرمة : يكون مراعى ، فان دفع القيمة الى الشريك تبيننا أنه انعتق يوم العتق ، وان لم يدفع تبيننا أن العتق لم يتعلق في حق شريكه . واعلم أن البحث هنا في موضعين :

الاول : في تحقيق السراية ، والمشهور عند أصحابنا ، ان كان المعتق موسراً سرى عليه العتق وألزم حصة الشريك ، وللشيخ قول بعدم التقويم مع قصد القرية والتقويم مع قصد الأضرار .

وأورد ابن ادريس عليه أن مع قصد الأضرار ينتفي العتق ، لان العتق مفتقر الى نية القرية ، وقصد الأضرار ينافي القرية ، فلا يتحقق العتق مع قصده ، وان كان موسراً عتقت حصة المعتق وسعى العبد فى حصة الشريك ، هذا هو المشهور ، واختار الشيخ في المبسوط ^(١) مذهب الشافعي ، وهو استقرار الرق في حصة

الشريك .

البحث الثاني : هل تنعتق حصة الشريك باللفظ أو بالاداء؟ قال الشيخ في النهاية^(١) وهو ظاهره هنا : تنعتق بالاداء ، وهو مذهب المفيد (ره) واختاره نجم الدين في الشرائع^(٢) ، والعلامة في المختلف^(٣) والتحرير ، وهو قول الشافعي في القديم . وقال الشيخ في المبسوط : يكون مراعى كما قاله الشافعي في البويطي وحرمله . وقال ابن ادريس : ينعتق جميعه حالة الاعتاق ، وهو القول الصحيح عند الشافعي .

ويتفرع على هذه الاقوال فروع ذكرناها في شرح الشرايع ، فمن أرادها وقف عليها من هناك ، والعمل على الاول من هذه الاقوال .

مسألة ٢- قال الشيخ: اذا أعتق عبيده عند موته ولا مال له غيرهم ، استخرج ثلثهم بالقرعة واعتقوا. وان دبر عبده عند موته ولا مال له غيره ، انعتق ثلثه وسعى في ثلثيه للورثة .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : يسعى في الجميع . وقال مالك والشافعي في العتق مثل قولنا ، وفي التدبير ينعتق ثلثه ، ويستقر الرق في الباقي للورثة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ٣ - قال الشيخ : اذا أعتق عبده عند موته وله مال غيره ، كان عتقه من الثلث ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال مسروق : يكون من صلب المال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ٤ - قال الشيخ : الذين ينعتقون على من يملكهم الاباء وان علوا ،

(١) النهاية ص ٥٤٢ .

(٢) شرائع الاسلام ١١١/٣ .

(٣) مختلف الشيعة ص ٧٠ - ٧١ كتاب العتق .

والامهات وان علون ، والاولاد الذكور والاناث وان نزلوا ، وكل من يحرم عليه العقدعليهن من المحارم ، مثل الاخت وبناتها والعمة والخالة ، ولاينعتق الاخ وابن الاخ ولا العم ولا الخال ، ولاأولاد العم والعمة ، ولاأولاد الخال والخالة .

وقال أبوحنيفة: يعتق عليه كل رحم محرم بالنسب ، فزاد علينا الاخوة والاهمام والاخوال . وقال مالك مثل قولنا ، وزاد الاخوة والاخوات . وقال الشافعي : لاينعتق غير العمودين فقط . وقال داود : لاينعتق أحد هلى أحد بالملك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : يعتق عليه مسن الرضاع مايعتق عليه من النسب ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك ، وذهب اليه بعض أصحابنا ، والمنصوص الاول . والمعتمدقول الشيخ ، واختاره نجم الدين والعلامة ، ومنع منه المفيد وابن ادريس .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : اذا عمي العبد أو أقعد أو نكل به صاحبه عتق عليه وخالف جميع الفقهاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا ورث شقصاً من أبيه ، قوم عليه مايتي ان كان موسراً . وقال الشافعي : لايقوم عليه لانه يعتبر اختياره .

استدل الشيخ هنا باجماع الفرقة وأخبارهم ، واختار في المبسوط مذهب الشافعي ، وهو المشهور عند أصحابنا ، وهو المعتمد .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا أسلم الرجل على يدغيره لاولاء له عليه ، وبه قال جميع الفقهاء الا اسحاق ، فانه قال: له عليه الولاء . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٩ - قال الشيخ: اذا تعاقد رجلان ، فقلا : عاقدتك هلى أن تنصرنى

وأنصرك ، وتدفع عنسي وأدفع عنك وتعقل عني وأعقل عنك ، وترثني وأرثك ، كان ذلك صحيحاً ويتوارثان اذا لم يكن لهم ذورحم ولانسب ، وبه قال النخعي وقال : اذا وقع العقد بينهما لزم ولاسبيل الى فسخه .

وقال أبوحنيفة : اذا كانا أو أحدهما معروف النسب لاينعقد الموالاة بينهما ، وان كانا مجهولين النسب انعقدت الموالاة، وكان العقد جائزاً لكل منهما فسخه مالم يعقل أحدهما عن صاحبه ، فاذا عقل لزم ولاسبيل الى فسخها بوجه ويتوارثان بها .

قال الشيخ : وهذا مذهبنا ، لان بهذا التفصيل نقول وقال الشافعي ومالك : لاحكم لهذا القول بوجه . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم . مسألة - ١٠ - قال الشيخ : من التقط لقيطاً لم يثبت له عليه الولاء بالالتقاط وبه قال الجماعة . وقال عمر بن الخطاب : يثبت .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا أعتق عبداً كافراً عتق وثبت له عليه الولاء ، بلاخلاف بين الطائفة ، ويرثه اذا لم يكن له وارث وان مات كافراً، وبه قال سفيان الثوري وقال جميع الفقهاء : لا يرثه ان مات كافراً ، فاذا أسلم ومات ورثه . استدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

والمعتمد عدم صحة عتق الكافر ، لانه خبيث وقال تعالى « ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون »^(١) وهو مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد وابن زهرة وسلاار وأبي الصلاح ، واختاره ابن ادريس ، والعلامة في القواعد^(٢)، وفخر الدين في الشرح

(١) سورة البقرة : ٢٦٧ .

(٢) قواعد الاحكام ١٠٥/٢ .

وقال الشيخ هنا وفي المبسوط : يصح مطلقاً^(١) . وقال في النهاية^(٢) : يصح مع النذر لابن دونه ، واختاره نجم الدين في المختصر ، واختار في الشرائع^(٣) عدم الصحة مطلقاً .

واعلم أنه على القول بالصحة مع النذر يشترط أن يتعلق النذر بعبد معين كقوله : لله علي أن أعتق سالماً مثلاً . أما لو قال : لله هلي أن أعتق عبداً كافراً فإنه لا ينعق قطعاً لأن تعلق الحكم على الماهية مقيدة بوصف يشعر بعلية ذلك الوصف ، فيصير الكفر حلة للعتق ، وذلك لا يجوز قطعاً .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : إذا أعتق كافر مسلماً ثبت له عليه الولاء ، إلا أنه لا يرثه مادام كافراً ، فإذا أسلم ورثه ، وبه قال جميع الأمة إلا مالكا ، فإنه قال : لا يثبت الولاء لكافر على مسلم .

ومنع ابن ادريس ونجم الدين والعلامة في أكثر كتبه من عتق الكافر ، لاشتراط نية القرية ، وفصل العلامة في المختلف ، وقال : ان كان الكفر باعتبار جهله بالله تعالى ، فالوجه ما قاله ابن ادريس ، وان كان باعتبار جحد النبوة أو بعض أصول الاسلام كالصلاة ، فالوجه ما قاله الشيخ ، وقواه الشهيد في شرح الارشاد ، واستقر به في الدروس . ولا بأس به ان اعتقد أن العتق قرينة الى الله وان لم يستحق عليه ثواباً لكفره .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا أعتق عبداً سائبة وهو الذي يقول له أنت حر سائبة لا لولاء لي هليك ، كان صحيحاً ولا يكون له عليه ولاء ، ويكون لوائه للمسلمين . وقال أبو حنيفة والشافعي : يسقط قوله « سائبة » ولا يكون الولاء له .

(١) المبسوط ٧٠/٦ .

(٢) النهاية ص ٥٤٤ .

(٣) المختصر النافع ص ١٠٧ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : لا يقع العتق الا بقوله أنت حر مع القصد والنية ولا يقع بشيء من الكنايات ، كقوله أنت سائبة ولا سبيل هليك ، نوى العتق أولم ينو . وقال الفقهاء : اذا قال أنت حر وقع العتق . وان لم ينو ، وان قال أنت سائبة أو لا سبيل لي عليك وكلما كان صريحاً في الطلاق ، فهو كناية في العتق ، فان نوى العتق عتق ، وان لم ينو لم يعتق .

والمعتمد وقوعه بلفظ التحرير ولفظ العتق أيضاً ، وهو مذهب العلامة والشهيد وابن فهد ، ولا بد من النية والقصد .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا أعتق عن غيره هبداً باذنه ، وقع عن الاذن دون المعتق ، سواء كان بعوض أو غير عوض ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : ان كان بجعل مثل قولنا ، وان كان بغير جعل وقع عن المباشر دون الاذن .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، واختار ابن ادريس وقوعه عن الملك ، والمشهور قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا أعتق عن غيره بغير اذنه ، وقع عن المعتق دون المعتق عنه ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : يكون عن المعتق عنه ويكون الولاء للمسلمين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : لا يقع العتق بشرط ولا يمين ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا قال كل عبد أملكه فهو حر ، أو قال : ان ملكت هذا فهو حر ، ثم ملك لم يعتق . وكذا لو قال : كل عبد تلده أمتي فهو حر ثم ولدت

لم ينعق، وافقنا الشافعي في الاولى ، وقال في الثانية على وجهين . وقال أبو حنيفة:
ينعق اذا ملك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

كتاب المكاتب

مسألة - ١ - قال الشيخ : اذا دعى العبد سيده الى مكاتبته ، فالمستحب له أن يجيبه الى ذلك ، وليس بواجب عليه ، سواء دعاه الى ذلك بقيمته أو بأقل أو بأكثر ، وبه قال مالك والثوري وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي . وقال عطاءوداود : ان دعاه الى ذلك بقيمته أو أكثر وجب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : لاتصح مكاتبه الصبي حتى يبلغ ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : ان كان مميزاً صح والا فلا .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : المراد بالخير المذكور في الآية الامانة والاكتساب وبه قال الشافعي ومالك . وقال ابن عباس وصاحباؤه مجاهد وعطاء : هو الامانة فقط وقال الثوري والحسن البصري : المراد به الاكتساب فقط .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا عدم العبد الامرين الامانة والكسب ، كانت مكاتبته

مكروهة .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، وقوى في المبسوط^(١) مذهب ابن حنبل .

مسألة - ٥ - قال الشيخ : اذا كانت الكتابة مؤجلة صحت الى أجل واحد والى أجلين ، وبأن يقول كاتبك الى عشر سنين يؤدي ذلك في هذه المدة كان جائزاً . وقال الشافعي : كل ذلك باطل .

قال الشيخ : دليلنا أن الاصل جوازه ، وقولهم ان وقت الاداء مجهول ليس كذلك ، لانه اذا جعل هذه المدة مدة الاداء كانت معلومة ، وأي وقت أدى فيه كان وقت الاداء ، واختار في المبسوط مذهب الشافعي ، وهو المشهور عند أصحابنا اذا جعل جميع المدة ظرفاً للاداء فيحصل الجهالة .

مسألة - ٦ - قال الشيخ : تصح الكتابة حالة ومؤجلة ، وليس الاجل شرطاً في صحتها ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : من شرط صحتها الاجل ، واختاره الشيخ في المبسوط ، وهو اختيار العلامة في الارشاد ، وفي موضع من القواعد ، وبه قال الشهيد ، لان ما في يد العبد لسيده ، وانما تصح المعاملة على المتوقف حصوله بالتكسب ، فلا بد من الاجل ، واختار ابن ادريس مذهب الشيخ هنا ، وهو اختيار العلامة في موضع من القواعد والتحرير .

مسألة - ٧ - قال الشيخ : اذا كاتبه على مال معلوم ونجوم معلومة ، وقال : اذا أدبت الي هذا المال فأنت حر ونوى بذلك العتق انعتق ، وان عدما أو أحدهما لم ينعتق ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هو صريح فلا يفترق الى نية ولا قول . وقال الشيخ في المبسوط : الذي يقتضيه مذهبنا أنه يفترق الى نية ولا يحتاج الى القول^(٢) ، واختاره نجم الدين والعلامة...^(٣) وفخر الدين والشهيد ، فانهما

(١) المبسوط ٧٣/٦ .

(٢) المبسوط ٧٤/٦ .

(٣) بياض في الاصل .

رجحنا مذهب الخلاف ، لان لفظ الكتابة مشترك بين المراتب وبين الكتابة الشرعية ولادلالة للعام على الخاص . والجواب ان النية كافية في صرف العام الى الخاص فيكون مذهب المبسوط أقوى ، ومذهب الخلاف أحوط .

مسألة - ٨ - قال الشيخ : اذا كاتب ثلاثة أعبد له صفقة واحدة على نجمين الى أجلين ، فقال : اذا أدبتم ذلك فأنتم أحرار فقبلوا ، صحت هذه الكتابة، وبه قال أبو حنيفة ومالك .

وللشافعي فيها قولان: احدهما مثل قولنا وهو المذهب ، والثاني يفسد العقد. والمعتمد الصحة ، ويقسط مال الكتابة على قيمتهم يسوم الكتابة، فمن أدى قسطه عتق .

مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا ثبت أن الكتابة صحيحة ، فان كل واحد منهم مكاتب بحصته قيمته من المسمى، كأنه كاتبه بذلك مفرداً عن غيره لايتعلق به حكم غيره، فان أدى ما عليه من مال الكتابة عتق، سواء عتق صاحبه أو لم يعتق، وبه قال عطا والشافعي على قوله بصحة الكتابة .

وقال أبو حنيفة ومالك : العقد صحيح ويلزم الكتابة الجميع ، وكل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه ما لزمه ، فهم كالمكاتب الواحد ، فان أدى واحد ما يخصه فلا يعتق حتى يحصل الاداء عن الباقي، فان أداه هو عنهما عتق وعتقاو كان له الرجوع عليهما .

وانفرد مالك بأن قال: فان ألقى واحد منهم برده بأن قعد عن العمل والاكتساب، نظرت فان كان قعوده مع القدرة على الكسب يجبره الاخران على التمسك ، وان كان عاجزاً اكتسبوا أدبا ما على الكل وعتقوا، وقال: فان أعتق السيد واحد منهم، نظرت فان كان مكتسباً لم ينفذ عتقه ، لان فيه ضرر على صاحبيه ، وان لم يكن مكتسباً نفذ عتقه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٠ - قال الشيخ : قد بينا أنه اذا كاتب الثلاثة مطلقا ، فلا يكون كل واحد كفيلا عن صاحبه ، فأما ان وقع شرط بأن كل واحد كفيل ضامن فالشرط صحيح ، وبه قال أبو حنيفة ومالك . وقال الشافعي : الشرط باطل .

والمعتمد قول الشيخ ، وينعتقون في الحال ، لان الضمان ناقل فينتقل ماعلى كل واحد الى ذمة غيره وببرأ هو ، فينتق في الحال .

مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا كاتب عبده كتابة فاسدة كانت فاسدة ، سواء مات السيد أو لم يموت .

وقال الشافعي : يكون جائزة من قبل السيد مادام حياً ، فان مات انفسخت الكتابة . وقال أبو حنيفة : الكتابة لازمة ولا تبطل بموت السيد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : اذا كان نفسان لكل واحد منهما حق على صاحبه ، فان كان الحقان من جنسين مختلفين من الاثمان أو غير الاثمان مما لا مثل له ، فانه لا يقع التقاص بينهما من غير تراض بسلاخلاف ، وان كان الحقان من جنس واحد من الاثمان ، أو مماله مثل من غيرها ، فانه يقع التقاص بينهما من غير تراض . وللشافعي اربعة اقوال : أحدها مثل قولنا ، والثاني متى رضي أحدهما بذلك برء معاً ، والثالث لا يقع التقاص الا بتراضيهما ، والرابع لا يقع التقاص وان تراضبا للنهي في بيع الدين بالدين .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو تهريب المختلف وظاهر الشرائع^(١) والقواعد والتحرير ، قال في المختلف : ان كان المالا من جنس واحد تقاص من غير اختيارهما ، ولا حاجة الى أن يقبض أحدهما ماله على الآخر أو يقبض معاً ، فان كانا من جنسين

(١) شرائع الاسلام ١٢٧/٣ .

مختلفين ، فلا بد من التراضي ، فاذا رضي كل منهما باسقاط حقه على صاحبه عوضاً عما له في ذمته صح وسقط الحقان عنهما وبرءاً معاً من غير حاجة الى التبايض ، لانه نوع من الابراء ، فلا يفتقر الى القبض ^(١) . هذا اخر كلامه في المختلف . وهو صريح في عدم اعتبار تراخ ^(٢) اذا اتحد الجنس .

وقال في القواعد : ولو كان للمكاتب على سيده مال من جنس تقاصا ، ولو فضل لاحدهما شيء رجع صاحب الفضل ، ولو اختلفا جنساً أو وصفاً لم يجز التقاص الا برضاهما ومعه يجوز ، سواء تقابضاً أو قبض أحدهما ودفعه الى الاخر عوضاً في ذمته ، أو لم يتقابضوا لأحدهما ، وسواء كان المالكان أثماناً أو عروضاً أو بالتفريق وهذا حكم هام في كل غريمين ^(٣) .

ومثله عبارة الشرائع والتحرير ، وهذه العبارات تدل على عدم جواز التراضي مع اتحاد الجنس ، بدليل قولهم ولو اختلفا جنساً أو وصفاً لم يجز التقاص الا برضاهما ، فدل على ان مع الاتحاد جنساً ووصفاً يحصل التقاص بدون رضاها .

مسألة -١٣- قال الشيخ : اذا كاتب السيد عبده والعبد مجنون كانت الكتابة فاسدة ، فان أدى مال الكتابة لم ينعتق .

وللشافعي في صحة الكتابة قولان : أحدهما صحيحة ، والاخر فاسدة . فان أدى مال الكتابة ، فلا يختلفون أنه ينعتق ، وهل لهما التراجع ؟ على ثلاث طرق فان عتق بالاداء عن الصحيحة فلا تراجع ، وان عتق بالاداء عن الفاسدة تراجعاً وان عتق بالاداء عن كتابة كوتب عليها والعبد مجنون فعلى طريقتين .

والمعتمد قول الشيخ .

(١) مختلف الشيعة ص ٩٢ كتاب العتق .

(٢) كذا في الاصل مع علامة «ظ» على الكلمة .

(٣) قواعد الاحكام ١٢١/٢ .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا ثبت أن عبداً نصفه مكاتب ونصفه قن ، كان للعبد يوم وللسيد يوم، ومتى طلب أحدهما المهابة في ذلك أجبر الآخر عليه، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : لا يجبر على ذلك ، بل يكون كسبه بينهما يوماً فيوماً ، وهو اختيار العلامة في القواعد، وفخر الدين في الشرح، وهو المعتمد، واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا كاتب عبده، ثم مات وخلف ابنين وأبراً احد الابنين المكاتب من نصيبه ، صح ذلك ولا يقوم عليه نصيب الآخر .

وقال أبو حنيفة: لا يصح الأبراء ولا العتق من أحدهما. وقال الشافعي: يصحان معاً وينعتق النصف ، وهل يقوم عليه الباقي ؟ على قولين .

وافتى نجم الدين في الشرائع بفتوى الشيخ هنا ، وظاهر العلامة في القواعد والتحرير التفصيل ، وهو عدم التقويم ان أبراً من حصته من مال الكتابة والتقويم ان أعتق حصته ، ولا بأس به ، وهو ظاهر فخر الدين أيضاً .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : الكتابة على ضريين : مشروطة ومطلقة، فالمشروطة أن يقول: كاتبك على كذا وكذا، فاذا أدبت مال الكتابة فأنت حر ، وان عجزت فأنت رد في الرق، فهذا الضرب متى أدى بعض مال الكتابة لا ينعتق به شيء حتى يؤدي الجميع ، وان عجز ولو عن درهم فهو رد في الرق .

والمطلقة هو الذي يقول: كاتبك على كذا ، فاذا أدبت فأنت حر ولم يقل فان عجزت فأنت رد في الرق ، فهذا متى أدى من مال الكتابة شيئاً عتق بحسابه .

وقال الشافعي : ان أدى جميع ما عليه العتق وان أدى البعض لم ينعتق ولم يفصل ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأصحابه، وقال ابن مسعود: ان أدى قدر قيمته عتق ويؤدى الباقي بعد عتقه ، ويتقدر الخلاف معه اذا كاتبه بأكثر من قيمته .

وعن علي عليه السلام روايتان : احدهما ان أدى نصف ماعليه عتق كله ، وطولب بعد عتقه بالباقي . والثانية يمتق منه بقدر ما أدى بالحصه ، وهذا هو الذي يروونه أصحابنا عنه عليه السلام . وقال شريح : ان أدى ثلث ماعليه عتق كله ، وادى الباقي بعد العتق .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : الكتابة لازمة من جهة السيد ، جائزة من جهة العبد ، ومعناه : ان له الامتناع ، فاذا امتنع كان سيده بالخيار بين البقاء على العقد وبين الفسخ ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : هي لازمة من الطرفين ، فان كان معه مال يجبره على الاداء ، وان لم يكن معه مال ، قال الشافعي : أجبره على التكسب . وقال مالك : لا اجبره . والمعتمد أنها لازمة من الطرفين ، ويجبر على الاداء ان كان معه مال ، والا أجبر على التكسب مع القدرة عليه ، وهذا هو المشهور عند متأخري الاصحاب . والبحث انما هو في المشروطة . أما المطلقة فلازمة قطعاً ، واستدل الشيخ هنا باجماع الفرقة وأخبارهم على أن المكاتب متى عجز كان لمولاه رده في الرق ، اذا كانت الكتابة مشروطة .

قلت : والاخبار على جواز الفسخ مع العجز والقادر على الاداء أو التكسب فليس بعاجز ، فالدليل ليس على مطلوب الشيخ (ره) .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا مات المشروط وخلف تركه ، فان كان فيها وفاء لما عليه أدى ما عليه وكان الباقي لورثته ، وان لم يكن فيها وفاء كان الباقي لمولاه ، لان ذلك عجز عن الاداء ، فان كان له اولاد من مملوكة له ، كان حكمهم حكمه ، فان وفا جميعه عليه انعتقوا ، وان عجز كانوا ممالك سيد ابيهم .

وقال الشافعي : اذا مات المكاتب مطلق الكتابة وكان ما خلفه لسيدة ، سواء

كان فيه وفاء أو لم يكن .

وقال أبو حنيفة: لا يفسخ الكتابة بموته، فان لم يخلف وفاء لا يفسخ الابحكم الحاكم بالفسخ ، وان خلف وفاء عتق بآخر جزء من اجزاء حياته ويؤدي عنه بعد وفاته ، فان فضل فضل كان لوارثه المناسب، فان لم يكن وارث مناسب كان لسيدته بالولاء .

وقال مالك : ان خلف ولدأ حراً مثل قول الشافعي ، وان خلف ولدأ مملوكاً ولدله حال كتابته من أمة ، اجبر على الاداء ان كان تركه ، والا اجبر على التكسب ليؤدي ويعتق أبوه ويعتق هو يعتق أبيه .

والمعتمد بطلان كتابة المشروط بموته وكان ما خلفه لمولاه كما قاله الشافعي وأولاده عبيد لمولاه ، سواء خلف وفاء أو لم يخلف . ولو كان الاولاد من حرة ، فهم أحرار . هذا هو المشهور عند متأخري أصحابنا . أما المطلق ، فلا يبطل كتابته بموته بل يعتق من أولاده بقدر ما تحرر من أبيهم ، فان خلف وفاء اعتق الجميع والاسعوا في قدر الباقي .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا كاتبه على مال يؤديه في نجوم معلومة ، فجاء بالجميع في نجم واحد لم يلزم السيد أخذه .

وقال الشافعي: اذا لم يأخذه ولم يبرأه ، أخذه الحاكم وأعتق العبد ، ثم ساق المال الباقي في النجوم المتفرقة بينهما .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : اذا اشترى المكاتب جارية صح شرأه بلاخلاف وله وطؤها اذا أذن سيده في ذلك ، فأما بغير اذنه فلا يجوز . وللشافعي مع الاذن قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢١ - قال الشيخ : اذا كاتب عبده وكان على السيد زكاة ، وجب أن يعطيه شيئاً من زكاته بحسب به من مال مكاتبته ، ولو لم يجب عليه الزكاة كان ذلك مستحباً .

وقال الشافعي : الايتاء واجب عليه ولم يفصل . وقال أبو حنيفة وأصحابه ومالك : هو مستحب غير واجب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٢ - قال الشيخ : لولي المولى عليه من يقيم وغيره أن يكاتب عهد المولى عليه اذا كان في ذلك حظ المولى عليه .

وقال أبو حنيفة : له ذلك ولم يقيد . وقال الشافعي : ليس له ذلك ، سواء كان الولي أباً أو جداً أو وصياً . واختاره الشيخ في المبسوط^(١) .

والمعتمد قوله هنا ، وهو اختيار نجم الدين ، والعلامة وفخر الدين .

مسألة - ٢٣ - قال الشيخ : اذا اختلف السيد والمكاتب اما في مال الكتابة ، أو في المدة ، أو في النجوم ، كان القول قول السيد مع يمينه .

وقال الشافعي : يتحالفان وينفسخ الكتابة ان كان ذلك قبل العتق ، وان كان بعد العتق كان على المكاتب قيمة نفسه ، لان رده في الرق لا يمكن .

والمعتمد أن القول قول منكر زيادة المال وزيادة المدة .

مسألة - ٢٤ - قال الشيخ : اذا كان له مكاتبان ، كاتبهما بقيمة واحدة فأدى أحدهما القائم ، أشكل عليه عين المؤدى منهما ، أفرع بينهما فمن خرجت قرهته حكم له بالاداء وبقي الآخر مكاتباً ، فان مات أفرع بينهما .

وقال الشافعي : لا يفرع بينهما مادام حياً ، بل يلزم الذكر أبدأ ، فان مات هل

يقرع ؟ على قولين . واختار الشيخ في المبسوط^(١) أنه لا يقرع مادام حياً لرجاء التذكر ، فإذا مات أقرع ، واختاره نجم الدين في الشرائع ، والعلامة في القواعد واختار في المختلف مذهب الشيخ هنا .

والمعتمد مذهب المبسوط ، وتوقف كتبهما حتى يتذكر أو يموت فيقرع ، ومذهب الشيخ هنا قوي .

مسألة - ٢٥ - قال الشيخ : إذا أدى أحدهما مال الكتابة وأشكل الأمر عليه فادعيا عليه أنه يعلم عين من أدى ، كان القول قوله مع يمينه ، فإذا جلف أقرع بين المكاتبين ، فمن خرجت له رقعة الأداء حكم بحريته .
وقال الشافعي : إذا حلف لهما كانا جميعاً على الكتابة يوفي كل واحد منهما ألفاً .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، جزم به نجم الدين في الشرائع ، وجزم في الأولى بعدم القرعة مادام حياً .

مسألة - ٢٦ - قال الشيخ : يجوز أن يكتب عبده على العروض من الحيوان والثياب بلا خلاف ، ويجوز عندنا أن يكتبه على ثوب واحد السى أجل واحد .
وقال الشافعي : لا يجوز الا على ثوبين الى أجلين .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٧ - قال الشيخ : إذا كان عبد بين شريكين ، فكاتب أحدهما بأكثر من شريكه صح ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . وللشافعي قولان : أحدهما يصح ، والاخر لا يصح .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٨ - قال الشيخ : إذا كاتب أحدهما بغير اذن شريكه صح أيضاً ،

(١) المبسوط ٩٦/٦ .

وبه قال ابن أبي ليلى . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : لا يصح .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٢٩ - قال الشيخ : اذا كاتب اثنان عبداً صحت الكتابة ، ولا يجوز
له أن يخص أحدهما بمال الكتابة من دون اذن الآخر بلاخلاف ، فان أذن أحدهما
بذلك جاز .

وللشافعي في صحة الاذن قولان : أحدهما مثل قولنا ، والآخر لا يصح .
والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٠ - قال الشيخ : ولد المكاتبه من زوج أو زنا للشافعي فيه قولان :
أحدهما هو قن عبد لسيدها ، والآخر موقوف يمتق ان عتقت ، ويسترق ان استرقت
والذي يقتضيه مذهبنا أن أولادها كهيتها الا أن يكونوا من حر ، فهم احرار ، وهذا
هو المعتمد ، واستدل عليه باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٣١ - قال الشيخ : لا يجوز للرجل وطىء أمته التي كاتبها ، سواء
كانت مطلقة أو مشروطة بلاخلاف ، فان خالف ووطئها ، فان كانت مشروطة فلاحد
لحصول الشبهة ، وان كانت مطلقة قد أدت من كتابتها شيئاً ، كان عليه من الحد بقدر
ما حرر منها .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي : لا حد عليه . وقال الحسن البصري : عليه الحد .
والمعتمد أنه لا حد مع حصول الشبهة وعليه المهر .

مسألة - ٣٢ - قال الشيخ : يجوز بيع مال الكتابة ، فاذا أدى المكاتب المال
انعتق هلى سيده ، وان عجز رجع رقاً الى سيده ، وكان للمشتري الدرك بما اشتراه
وبه قال مالك الا أنه قال : اذا عجز رجع رقاً للمشتري . وقال أبو حنيفة والشافعي :
يجوز بيع ذلك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣٣ - قال الشيخ : لا يجوز بيع رقبة المكاتب الامع العجز عن الاداء اذا كان مشروطاً ، فان كان مطلقاً وقد أدى البعض فلا طريق الى بيع رقبته بحال .
وقال أبوحنيفة والشافعي في الجديد : لا يجوز بيع رقبته بحال . وقال فسي
القديم : يجوز وهو قول عطاء والنخعي وأحمد .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو جواز بيع المشروط مع العجز أما المطلق فلا
يجوز بحال ، سواء أدى شيئاً أو لم يود ، ويفك المطلق مع العجز من سهم الرقاب .
مسألة - ٣٤ - قال الشيخ : اذا زوج الرجل بنته من مكاتبه ، ثم مات وورثته
بنته ، لم يفسخ عقد النكاح بينهما ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : لا يفسخ .
والمعتمد قول الشيخ .

كتاب التدبير

مسألة - ١ - قال الشيخ : اذا قال لعبده : اذا مت فأنت حر أو عتيق أو محرر أو معتق كان صريحاً ، غير أنه لا بد فيه من النية ، كما نقول في صريح الطلاق والعتاق فان عرى عن النية لم يكن له حكم . وقال الفقهاء : ذلك صريح لا يحتاج الى نية . والمعتمد أنه لا بد من نية التدبير ، أما نية القرية ، ففيها خلاف بين أصحابنا . والمعتمد أنها لا يشترط ، لان التدبير وصية ، والوصية لا يفتقر الى قرية .

مسألة - ٢ - قال الشيخ : التدبير بشرط لا يقع ، وكذا العتق والطلاق . وقال جميع الفقهاء : يصح ذلك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : التدبير بصفة الوصية يجوز له الرجوع فيه بالقول بأن يقول : رجعت بهذا التدبير .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا وهو الضعيف عندهم ، والآخر أنه عتق بصفة ، فلا يصح الرجوع فيه ، وبه قال أبو حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٤ - قال الشيخ : اذا دبر عبداً ثم اراد بيعه والتصرف فيه كان له ذلك

سواء كان مطلقاً كقوله اذا مت فأنت حر ، أو مقيداً كقوله ان مت في سنتي هذه أو في سفري هذا اذا نقض تدبيره ، فان لم ينقض تدبيره لم يجوز بيع رقبته ، وانما يجوز له بيع خدمته مدة حياته .

وقال الشافعي : يجوز بيعه على كل حال . وقال أبو حنيفة : ان كان التدبير مقيداً جاز التصرف فيه ، وان كان مطلقاً لم يجوز التصرف فيه بحال . وقال مالك : لا يجوز بيع المدبر في حياة المدبر ، فاذا مات فان كان عليه دين جاز بيعه ، وان لم يكن عليه دين ونخرج من ثلثه عتق جميعه والاعتق ما يحتمله الثلث .

والمعتمد جواز بيعه والتصرف فيه ، سواء نقض تدبيره أو لم ينقض ، ويكون نفس البيع نقضاً للتدبير . وكذا سائر التصرفات ، كالهبة والوقف والوصية به للغير وكل تصرف غايته نقل الملك .

مسألة ٥ - قال الشيخ : اذا دبره ثم وهبه ، كانت هبته رجوعاً في التدبير ، سواء أقبضه أو لم يقبضه ، وبه قال الشافعي ان أقبضه ، وان لم يقبضه فعلى طريقتين . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٦ - قال الشيخ : اذا دبره ثم أوصى به لرجل كان ذلك رجوعاً ، وللشافعي قولان اذا قال هو وصية كان رجوعاً ، واذا قال هو عتق نصفه لم يكن رجوعاً والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ٧ - قال الشيخ : اذا ارتد المدبر ارتداداً يستتاب لم يبطل تدبيره ، فان رجع الى الاسلام كان تدبيره باقياً بخلاف ، وان لحق بدار الحرب بطل تدبيره وقال الشافعي : لا يبطل تدبيره بلحوقه دار الحرب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، على أن المدبر اذا ابق بطل تدبيره ، وهذا قد ابق زيادة على ارتداده .

مسألة ٨ - قال الشيخ : اذا ابق المدبر بطل تدبيره ، وقال جميع الفقهاء :

لا يبطل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .
مسألة - ٩ - قال الشيخ : اذا ارتد المسلم ثم دبر مملوكاً ، فان كان ممن
يستتاب لم يزل ملكه من ماله وصح تدبيره ، وان كان ممن لا يستتاب زال ملكه من
ماله ووجب قتله ، فلا يصح تدبيره .
وللشافعي في زوال ملكه ثلاثة أقوال : أحدها يزول ملكه ، والثاني لا يزول ،
والثالث هو مراعاة وله في التصرف ثلاثة أقوال : أحدها صحيح ، والثاني باطل ،
والثالث مراعاة .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه لو زال ملكه لما رجع اليه بعد الاسلام .
مسألة - ١٠ - قال الشيخ : اذا ادعى المدبر على سيده التدبير وأنكر السيد
لم يكن انكاره رجوعاً عن التدبير .
وقال الشافعي : ان قلنا انه عتق نصفه لم يكن رجوعاً ، وان قلنا وصية فعلى
قولين ، والمذهب أنه لا يكون رجوعاً ، ويقال له ان شئت ارجع واسقط الدهوى
عن نفسك واليمين .

والمعتمد قول الشيخ ، فان الانكار لا يكون رجوعاً في شيء غير الطلاق .
مسألة - ١١ - قال الشيخ : اذا دبر مملوكه ثم كاتبه ، كان ذلك ابطالا للتدبيره
وللشافعي قولان اذا قال انه وصية مثل قولنا ، واذا قال انه عتق نصفه لا يبطل .
وقال ابن البراج وابن الجنيد : لا يبطل التدبير بالكتابة ، واختاره الشهيد وجزم
العلامة في القواعد^(١) بالبطلان ، وهو مذهبه في المختلف^(٢) أيضاً لانهما متنافيان
وكل فعل ينافي التدبير فهو مبطل له .

(١) قواعد الاحكام ١١٣/٢ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٨٧ كتاب العتق .

مسألة - ١٢ - قال الشيخ : للسيد وطيء أمته المدبرة بلاخلاف، فان حملت لم يبطل تدبيرها ، فان مات سيدها هتقت من ثلثه ، فان خلف غيرها قومت على ولدها وانعتقت عليه، وان لم يخلف غيرها انعتقت لثلاثها بالتدبير ونصيب ولدها منها ويستسعى فيما بقي للورثة .

وقال الشافعي : يبطل تدبيرها ، لان سبب هتقتها أقوى من التدبير ، فاذا مات سيدها هتقت من صلب ماله .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة - ١٣ - قال الشيخ : اذا دبرامته وحملت بمملوك بعد التدبير ، كان الولد مدبراً كامه ينعتق بموت السيد ، وليس له نقض تدبيره ، وانما له نقض تدبير الام فحسب .

وللشافعي قولان : أحدهما يكون الولد مدبراً يجري عليه مايجرى عليها، وله فسخ التدبير فيه كما له فسخ التدبير فيها ، وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد، وهو المعتمد عند متأخري أصحابنا .

والقول الثاني للشافعي ان الولد قن لايلحق أمه بالتدبير ، وهو ضعيف عندهم .

مسألة - ١٤ - قال الشيخ : اذا دبرها وهي حامل بمملوك ، لم يدخل الولد في التدبير . وقال الشافعي : يدخل فيه قولا واحداً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ١٥ - قال الشيخ : اذا كان هبدين شريكين ، فدبر أحدهما نصيبه، لم يقوم عليه نصيب شريكه .

وللشافعي قولان : أحدهما لايقوم ، والاخر يقوم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٦ - قال الشيخ : اذا كان بينهما عبد ، فدبر أحدهما نصيبه وأعتق

الآخر نصيبه ، لم يقوم عليه هذا النصف المدبر .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والآخر يقوم وهو المعتمد .

مسألة - ١٧ - قال الشيخ : اذا كان لانسان مملوك فدبر نصفه ، كان صحيحاً

ولايسرى الى النصف الآخر ، وهو منصوص الشافعي . وقال أصحابه : فيه قول آخر

انه يسري .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة - ١٨ - قال الشيخ : اذا دبر مماليكاً جماعة واحداً بعد واحد ، بعضهم

في مرضه وبعضهم في صحته ، وأوصى بعقوب عبد آخر ، فان خرجوا من الثلث هتقوا

كلهم ، وان لم يخرجوا بديء بالاول فالاول ، ويسقط الآخر اذا استوفى الثلث

فان اشتبه الحال فيه ولا يدري بمن بديء أقرع بينهم الى تمام الثلث .

وقال الشافعي : ان خرجوا من الثلث هتقوا كما قلناه ، وان لم يخرجوا من الثلث

أقرع بينهم ، ولا يقدم واحد منهم على صاحبه وان علم أنه بدأ به أولاً كالوصية عنده .

والمعتمد قول الشيخ ، لان التدبير كالوصية ، والوصية عندنا يقدم الاول فالاول .

مسألة - ١٩ - قال الشيخ : اذا دبر الكافر عبده فأسلم العبد ، فان رجع في

تدبيره بيع عليه بلاخلاف ، وان لم يرجع بيع عليه أيضاً . وللشافعي قولان : أحدهما

مثل قولنا ، والثاني لا يباع عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة - ٢٠ - قال الشيخ : تدبير العصبي ووصيته اذا لم يكن مميزاً باطل

بلاخلاف ، فان كان مراهماً مميزاً عاقلاً كانا صحيحين ، وحده أصحابنا اذا بلغ عشر

سنين فصاعداً .

وللشافعي قولان : أحدهما يصبح مثل ما قلناه ، غير أنه لم يحده سنة . والثاني

لا يصبح ، وهذا هو المعتمد ، وهو المشهور عند أصحابنا ، وهو قول أبي حنيفة

ومالك، واستدل الشيخ باجماع الفرقة على صحة وصيته ، قال : والتدبير وصية.
مسألة - ٢١ - قال الشيخ : المدبر يعتبر من الثلث ، وبه قال جميع الفقهاء .
وقال داود وسعد بن جبير : يعتبر من الاصل .
والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

كتاب امهات الاولاد

مسألة - ١ - قال الشيخ : اذا استولد الرجل أمة في ملكه ، ثبت لها حرمة الاستيلاء ، ولايجوز بيعها مادامت حاملا فاذا ولدت لم يزل الملك عنها ، ولايجوز بيعها مادام ولدها حياً الا في ثمن رقبته ، فان مات جاز بيعها على كل حال ، فان مات سيدها جعلت في نصيب ولدها وعنت عليه ، وان لم يخلف غيرها عنت منها نصيب ولدها وسعت بالباقي لباقي الورثة وبه قال أمير المؤمنين وابن عباس وابن مسعود .

وقال أبوحنيفة والشافعي ومالك : لايجوز بيعها ولا التصرف برقبته بوجه ويعتق بوفات سيدها .

والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم على جواز بيعها بعد موت ولدها ، والاخبار الواردة بعدم البيع محمولة على عدم موت الولد .

مسألة - ٢ - قال الشيخ: اذا استولد الذمي أمة ثم اسلمت ، لاتقر في يده ولا يمكن من وطئها واستخدامها ، وتكون عند امرأة مسلمة يتولى القيام بحالها ، ويؤمر بالانفاق عليها مادام ولدها باقياً ، فاذا مات الولد قومت وأعطى ثمنها، وان مات هو قومت على ولدها على ماقلناه .

وقال الشافعي يؤمر بالانفاق عليها ، فاذا مات عتقت بموته . وقال مالك :
يعتق عليه باسلامها .

وقال أبو حنيفة والثوري : يقوم وتسعى في قيمتها . وقال أبو يوسف ومحمد :
يعتق ثم تسعى في قيمتها . وقال الاوزاعي : يعتق ويسقط عنها نصف القيمة وتسعى
بالنصف الاخر .

والمعتمد أنها تباع عليه ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط^(١) ، واختاره ابن
ادريس ، ونجم الدين في الشرائع^(٢) ، والعلامة في التحرير^(٣) ، والشهيد في شرح
الارشاد ، لوجوب انتفاء سبيل الكافر على المؤمن ، وهو لا ينتفي الا بالبيع ، واختار
العلامة في المختلف^(٤) ، وفخر الدين في الايضاح^(٥) مذهب أبي حنيفة ، وهو أنها
تسعى بقيمتها .

مسألة - ٣ - قال الشيخ : اذا نكح الرجل أمة غيره وأولدها ولداً ، كان حراً
تابعاً له ، فان شرط الرق كان مملوكاً ، فان ملكها وملك الولد بعد ذلك عتق الولد
عليه بحق النسب ، وتكون هي أم ولده .

وقال الشافعي : الولد يكون رقاً على كل حال ، واذا ملكه لم يعتق عليه ولا
يصير أم ولده ، سواء كان ذلك قبل انفصال الولد أو بعده .

وقال مالك : ان ملكها قبل انفصال الولد عتق عليه ، وسرى جكم الحرية الى
الام ، فيصير أم ولده ولا يجوز التصرف فيها ، وان ملكها بعد انفصال الولد ، لم

(١) المبسوط ١٨٨/٦ .

(٢) شرائع الاسلام ١٣٨/٣ .

(٣) تحرير الاحكام ٩٦/٢ .

(٤) مختلف الشيعه ص ٩٥ .

(٥) الايضاح ٦٣٤/٣ .

يثبت لها حرية الاستيلاء .

وقال أبو جنيفة : يثبت لها حرمة الاستيلاء بكل حال .

والمعتمد أنه لا يثبت لها حرمة الاستيلاء الا اذا علققت منه بملكه ، أما اذا علققت منه بملك غيره فلا ، فان شرط رق الولد ثم ملكه بعد ذلك هتق عليه ولا تصير امه اذا ملكها ام ولد ، هذا هو المحقق عند متأخري أصحابنا .

تم تلخيص الخلاف و خلاصة الاختلاف والحمد لله رب العالمين ، وكان الفراغ من تسويده اليوم السابع عشر من جمادى الاخر سنة ثلاث وستين وثمانمائة هلاية هجرية ، كتبه ملخصه الفقير الى الله الغني مفلح بن حسن بن رشيد بن صلاح الصميري ، حامداً لله ومصلياً على رسوله ، وعلى آله وذريته الاكرمين المعصومين .

وجاء في آخر نسخة الاصل : قد اتفق كتابته على يد الخاطيء الجاني محمد هادي الحسيني ، ووقع الفراغ منه في شهر محرم الحرام من شهور تسعين ومائة بعد الالف من الهجرة سنة ١١٩٠ .

وتسم بحمد الله ومنه وتوفيقه تحقيق الكتاب وتصحيحه ومقابلته مع النسخة الفريدة المخطوطة وقد كانت النسخة سقيمة جداً ، فصححتها حسب الوسع والطاقة مع تشتت البال واختلال الحواس لشدة الفتن النازلة لاسمح الله المسلمين بمثلها وكان الفراغ منه في اليوم الخامس من شهر شوال المكرم سنة ألف وأربعمائة وثمان هجرية في مشهد مولانا ومولى الكونين الامام علي بن موسى الرضا عليه آلاف التحية والثناء ، على يد العبد الفقير المحتاج الى عفوره السيد مهدي الرجائي .

فهرس الكتاب

- ٥ كتاب الخلع
٦ البذل في الخلع غير مقدر
٨ المختلعة لا يلحقها الطلاق
١٠ عدم انعقاد الطلاق قبل النكاح
١١ عدم وقوع الخلع بشرط ولاصفة
١٧ كتاب الطلاق
١٨ اشتراط حضور شاهدين عدلين في كل طلاق
٢٠ ما يقع به الطلاق
٢١ عدم وقوع الطلاق بالكنايات
٢٨ حكم طلاق المكره والسكران
٣٠ الاستثناء بمشية الله يدخل في الطلاق
٣٤ كتاب الرجعة
٣٦ مالو وطأها الزوج الثاني في حال يحرم عليه وطؤها
٣٧ مالو راجعها بلفظ النكاح

- ٣٨ كتاب الايلاء
- ٤١ الايلاء لايقع بشرط
- ٤٢ اذا آلى من زوجته تربص أربعة أشهر
- ٤٥ كتاب الظهار
- ٤٨ الظهار لايقع الا اذا كانت المرأة طاهراً
- ٤٩ مالو ظاهر من أربع نسوة
- ٥٠ أقسام الظهار
- ٥٢ مالو ظاهر من زوجته مدة
- ٥٦ مالو كان عليه كفارات من جنس واحد
- ٥٨ ما يشترط في الرقبة
- ٦١ الاعتبار في وجوب الكفارات المرتبة جال الاداء
- ٦٧ كتاب اللعان
- ٦٩ حد القذف من حقوق الادميين
- ٧٠ اذا قذف زوجته وهي خرساء أو صماء
- ٧٢ اذا قذف زوجته وهي حامل
- ٧٤ وجوب الترتيب في اللعان
- ٧٥ ما يترتب على اجراء اللعان
- ٧٧ مالو اعترفت الزوجة بالزنا قبل الشروع باللعان
- ٧٨ اذا أقر الرجل بولده بعد اللعان
- ٨٧ عدم ثبوت اللعان بين الزوجين قبل الدخول
- ٨٨ كتاب العدة
- ٨٩ أقل ما يمكن أن ينقض به عدد ذوات الاقراء

- ٩٣ اذا طلقها واعتدت ثم أتت بولد لاكثر من ستة أشهر
- ٩٤ عدم وجوب العده مالو خلابها ولم يدخل بها
- ٩٧ عدة المتوفى عنها زوجها
- ١٠٠ حكم عدة المفقود
- ١٠٨ كتاب الرضاع
- ١٠٩ مايتحقق به الرضاع
- ١١٣ عدم قبول شهادة النساء في الرضاع
- ١١٥ كتاب النفقات
- ١١٧ سقوط النفقة عن الناشزة
- ١١٨ مالو أهسر الرجل
- ١٢٦ لاحضانة لاحد من العصبه مع الام
- ١٢٩ كتاب الجنائيات
- ١٣٠ دية العبد قيمته
- ١٣١ اذا كان أولياء المقتول جماعة فعفى أجدهم
- ١٣٢ اذا قتل جماعة واحداً
- ١٣٥ مالو ألقاه في لجة البحر ففرق
- ١٣٦ دخول قصاص الطرف في قصاص النفس
- ١٣٨ اذا أكره الامير غيره على قتل من لايجب قتله
- ١٤٠ مالو جعل السم في طعام نفسه أو غيره
- ١٤٢ اذا جنى على عين غيره فنسخها وقلع حدوته
- ١٤٣ القتل العمد يوجب القود فقط
- ١٤٤ الدية يرثها الاولاد ذكوراً وأناثاً

- ١٤٦ مالو وجب القصاص لاثنين فعفى أحدهما
- ١٤٧ اذا قتل واحد عشرة أنفس مثلاً
- ١٥٠ تقدير الديات في الجنايات على الاطراف
- ١٥٣ تقدير الدية في الشعر
- ١٥٦ اذا قطع طرف غيره ثم اختلفا
- ١٥٨ أجره من يقيم الحدود ويقتص للناس
- ١٦٠ ميراث من لاوارث له
- ١٦٢ كتاب الديات
- ١٦٥ دية قتل الخطأ
- ١٦٦ دية الموضحة والهاشمة
- ١٦٧ دية الجائفة
- ١٦٨ وجوب الدية الكاملة في العقل
- ١٧٠ الدية في ذهاب الشم
- ١٧١ الدية في اللسان
- ١٧٢ الدية في الاسنان
- ١٧٥ الدية في اليد والاصابع
- ١٧٦ الدية في العين
- ١٧٧ الدية في كسر الصلب والظهر
- ١٧٩ الدية في الذكر
- ١٨٠ الدية في الترقوتين
- ١٨٢ دية النفس على العاقلة
- ١٨٦ من هم العاقلة ؟

- ١٩١ حكم سقوط حائط داره فتلف نفساً
- ١٩٢ مالو أخرج ميرزباً الى الشارع
- ١٩٢ دية الجنين
- ١٩٧ اذا قطع رأس ميت
- ١٩٨ كتاب القسامة
- ١٩٩ اذا وجد قتيل من ازدحام الناس
- ٢٠٠ ثبوت اللوث بأشياء
- ٢٠١ ثبوت القسامة في الاطراف
- ٢٠٤ كتاب كفارة القتال
- ٢٠٥ كفارة قتل العمد
- ٢٠٦ الكفارة لانجيب بالاسباب
- ٢٠٧ أحكام السحر
- ٢١٠ كتاب قتال أهل البغي
- ٢١١ وجوب قتل من سب الامام العادل
- ٢١٤ جواز أخذ ما حواه عسكر البغاة
- ٢١٥ كتاب المرتد
- ٢١٨ من ترك الصلاة معتقداً أنها غير واجبة
- ٢٢٠ كتاب الحدود
- ٢٢١ ما يثبت به الاحصان
- ٢٢٥ عدم وجوب الحد بالزنا الا بالاقرار أربعاً
- ٢٢٦ حد اللواط
- ٢٢٨ اذا عقد النكاح على ذات محرم له

- ٢٢٩ ما لو تكامل شهود الزنا
 ٢٣٠ حكم الشهود في الزنا
 ٢٣٥ حد الغذف
 ٢٣٨ كتاب السرقة
 ٢٤٠ لاقطع الاعلى من سرق من حرز
 ٢٤٣ حكم النقب واخراج المتاع
 ٢٤٨ موضع القطع في اليد
 ٢٤٩ اذا سرق دفعة بعد أخرى
 ٢٥٠ اذا كانت يمينه ناقصة الاصابع
 ٢٥٢ ثبوت السرقة بالاقرار مرتين
 ٢٥٧ كتاب قطاع الطريق
 ٢٥٧ حكم المحارب
 ٢٦٠ حكم قطاع الطريق
 ٢٦٣ كتاب الاشربة
 ٢٦٥ حد شارب الخمر
 ٢٦٩ كتاب قتال أهل الردة
 ٢٧١ كتاب صولة البهيمة
 ٢٧٣ كتاب السير
 ٢٧٥ لابملك المشركون أموال المسلمين
 ٢٧٦ مكة فتحت عنوة
 ٢٨١ كتاب الجزية
 ٢٨٤ اذا دخل حربي دار الاسلام

- ٢٨٦ كتاب الصيد والذبائح
- ٢٨٨ حكم ارسال الكلب للصيد
- ٢٩٢ عدم جواز أكل ذبائح أهل الكتاب
- ٢٩٦ كتاب الضحايا
- ٣٠٤ أيام النحر والتضحية
- ٣٠٦ كتاب الاطعمة
- ٣٠٨ جوارح الطير كلها محرمة
- ٣٠٩ حكم الجلال
- ٣١٢ ما لواضطر الى أكل الميتة
- ٣١٥ كتاب السبق
- ٣١٦ عقد المسابقة من العقود الجائزة
- ٣١٧ كتاب الايمان
- ٣٢١ عدم انعقاد اليمين الا بالنية
- ٣٢٥ حكم الاستثناء في اليمين
- ٣٣٢ اذا حلف لا ألبس ثوباً من عمل يد فلان
- ٣٣٩ اذا حلف لا يأكل لحماً
- ٣٤٥ كتاب النذور
- ٣٤٧ ما لونذر أن يمشي الى بيت الله الحرام
- ٣٤٨ اذا نذر أن ينحر بدنة
- ٣٥١ اذا نذر أن يصوم ولم يذكر مقداره
- ٣٥٤ كتاب آداب القضاء
- ٣٥٥ اشتراط العدالة في القاضي

- ٣٥٦ مالوقضى الحاكم بحكم فأخطأ فيه
- ٣٦٠ عدم جواز الحكم بكتاب قاض الى قاض
- ٣٦٢ أجرة القاسم على قدر الانصباء
- ٣٦٤ اذاكانت يد رجلين على ملك واختصما فيه
- ٣٦٦ جواز القضاء على الغائب
- ٣٦٧ شاهد الزور يعزر ويشهر
- ٣٦٧ للحاكم أن يحكم بعلمه في جميع الاحكام
- ٣٦٨ صحه حكم الحاكم لوالديه وان علوا
- ٣٦٩ كتاب الشهادات
- ٣٧٠ يحكم بالشهادة واليمين في الاموال
- ٣٧١ موارد قبول شهادة النساء على الانفراد
- ٣٧٢ مايعتبر في شهادة النساء والقاذف
- ٣٧٤ حكم شهاد الاعمى
- ٣٧٦ حكم شهادة أهل الذمة
- ٣٧٩ تغليظ الايمان بالمكان والزمان
- ٣٨٣ عدم قبول شهادة الولد على والده
- ٣٨٤ ماتقبل فيه الشهادة
- ٣٨٥ عدم قبول شهادة من لايعتقد امامة الاثنا عشر
- ٣٨٦ حرمة الغناء ورد شهادته
- ٣٨٨ قبول شهادة المختبي
- ٣٨٩ حكم قبول شهادة الفرع مع تمكن حضور شاهد الاصل
- ٣٩١ مالوشهد عدلان عند الحاكم ثم فسقا

- ٣٩٢ حكم الشهادة على الطلاق
- ٣٩٥ كتاب الدعاوي والبيئات
- ٣٩٧ اذا تنازعا حيناً لا يد لواحد منهما عليها
- ٣٩٨ مالو تعارضت البيئات
- ٤٠٠ اذا تداخبا داراً وهي في يد أحدهما
- ٤٠١ مالو ادعى داراً في يد رجل فأنكر
- ٤٠٣ مالو اختلف الزوجان في متاع البيت
- ٤٠٥ مالو كان لرجل على رجل حق فوجد من له الحق مالاً له
- ٤٠٧ كتاب العتق
- ٤١١ مالو أعتق عبداً كافراً
- ٤١٣ ما يقع به العتق
- ٤١٥ كتاب المكاتب
- ٤١٦ صحة الكتابة حالة ومؤجلة
- ٤٢٠ أقسام الكتابة
- ٤٢١ الكتابة لازمة من جهة السيد
- ٤٢٣ مالو اختلف السيد والمكاتب
- ٤٢٧ كتاب التدبير
- ٤٣٣ كتاب امهات الاولاد
- ٤٣٦ فهرس الكتاب

جدول الخطأ والصواب

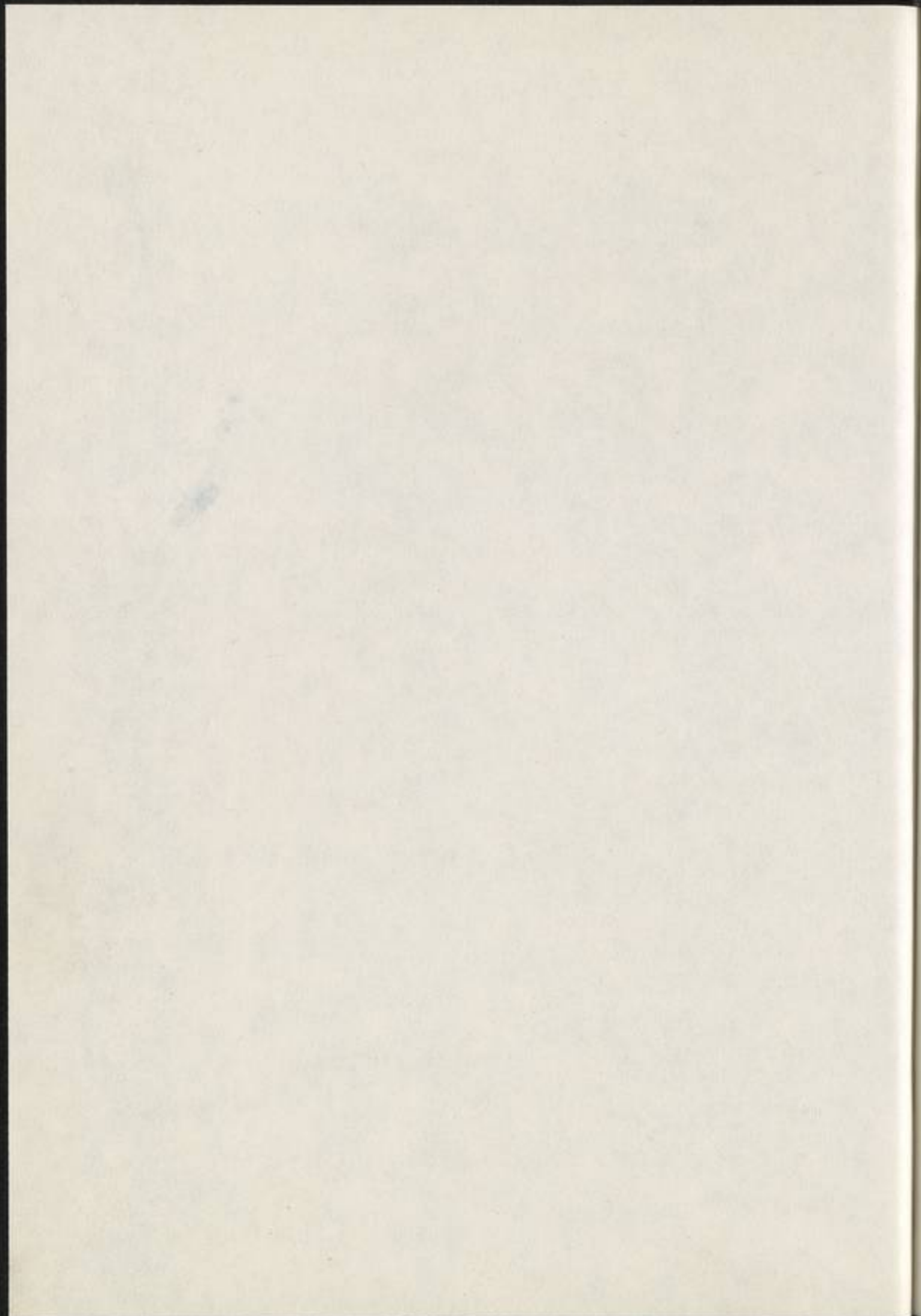
بالرغم من الجهود وراء تصحيح المطبعي عثرنا على أخطاء فاحشة في المجلد الأول من الكتاب لأسباب شتى ولعل فيه أخطاء أخرى لم نعتز هليها ، فالمرجو من القراء الاهزاء العفو والتصحيح بما أثبتناه .

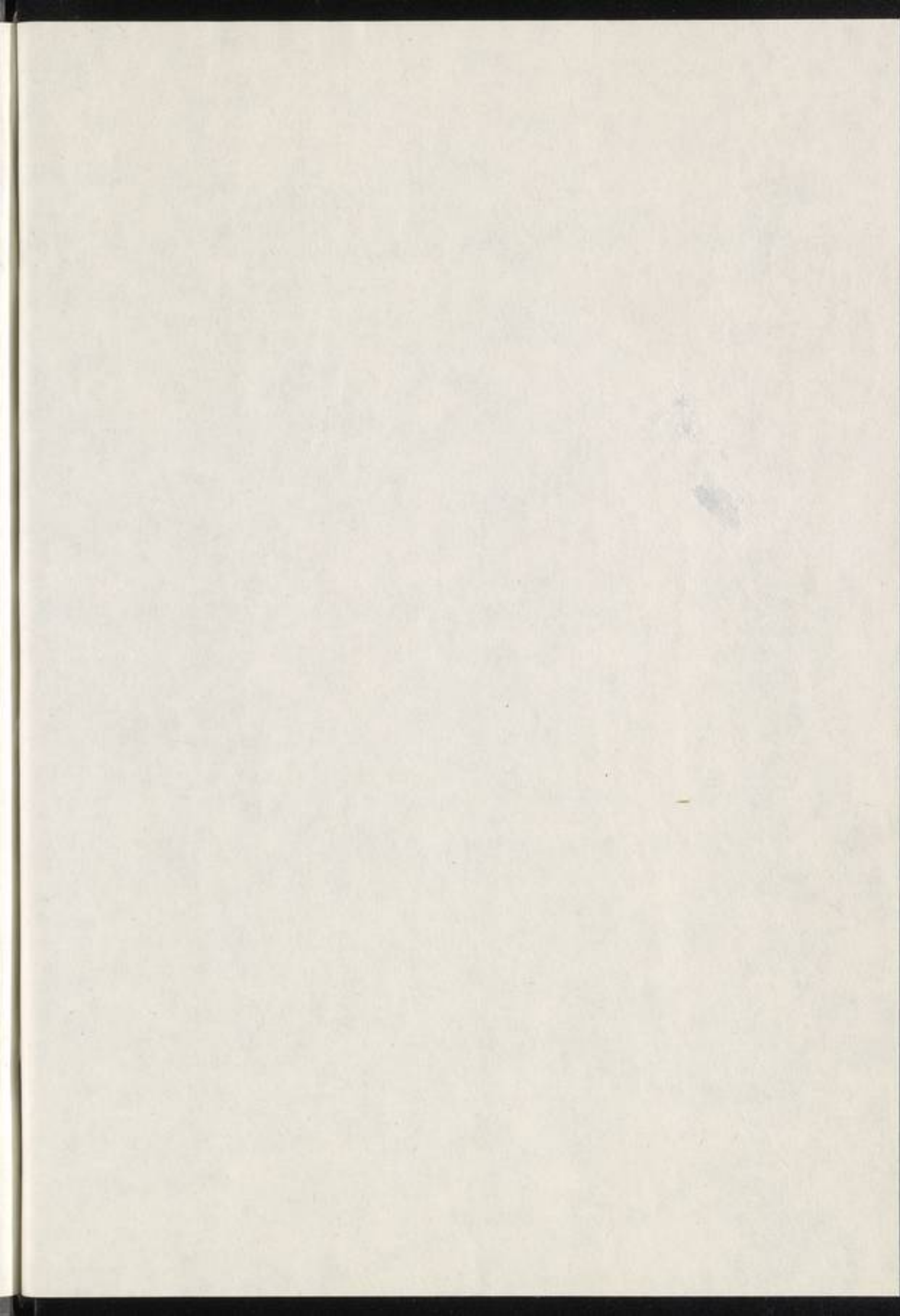
ص	س	الخطأ	الصواب
١٩	٨	واقنصى	واقنصر
٢٣	٩	كالدقن :	كالدقيق
٢٤	٢٠ و ٥ و ٤	المية	الميتة
٢٦	٢	بما	بماء
٢٧	٦	الكيفية	الكثيفة
٢٧	٨	مسلة	مسألة
٢٨	١٤	ببقية المسح	المسح ببقية
٣٠	١٤	الشيعي	الشعبي
٣٣	٨ و ٦	يقرأ ولا يقرأ	يقرأ ولا يقرأ
٣٣	١٨	البينان	البيان

الصواب	الخطأ	س	ص
وجوزا	وجوز	٣	٣٤
أو العكس	والعكس	١٥	٤١
مسحه وان تطاول الزمان له فيه	مسحه فيه	٢١	٤٣
والمعتمد قول	والمعتمد الاول قول	١٦	٤٨
وجبت	وجيب	١١	٥١
في الطهارة	فالطهارة	١٢	٥٦
اذا	انا	١٢	٥٧
موضعين	موضيعين	٢	٦٣
ونقي	ونفي	١٦	٦٩
المروزي	المزوي	١٣	٧٥
كان	وكان	٧	٨٠
وتغتسل	وتقتسل	٧	٨١
ولاستظهر	ولاستنظر	٣	٨٥
التشوب	التشويب	٣	٩٥
لعذر	العذر	١٧	١٠١
أداء	اباء	٧	١٠٢
بلفظ	بلفظ	٣	١٠٩
لاينبغي	لاينبغي	١٩	١١٠
القراءة	القرأة	٤	١١٣
ورحمته	ورحمته	٧	١٢٦
والغظ	واللفظ	١٤	١٢٨

الصواب	الخطأ	س	ص
وشمال	شمال	١	١٢٩
التفصيل	التفصيل	١٤	١٣٢
الراحتين	الراحتين	٩	١٣٤
فبال	قبال	٦	١٤٠
عن	من	١٧	١٤٠
مستلقياً	مسلقياً	١٨	١٤٧
صلاته	صلاة	١٦ و ١٣	١٥١
ما يحلل	ما يحل	١٠	١٥٢
نقول	يقول	٩	١٥٥

No.	Name	Age	Sex
1	John	25	M
2	Mary	22	F
3	James	20	M
4	Elizabeth	18	F
5	William	15	M
6	Ann	12	F
7	Robert	10	M
8	Sarah	8	F
9	Thomas	6	M
10	Patience	4	F





COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES



0053101090

COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE



CU01842030