# تلخيص الخلاف

و

# خلاصة الاختلاف

لفقيه اليمن

الشيخ مقبل بن حسن بن مرشد الصهري

الجزء الثالث

تحقيق

السيد مهدي الرباني

اشراف

السيد محمود المرعشي

منشورات مكتبة آية الله العظمى المرعشي النجفي

COLUMBIA UNIVERSITY
THE
LIBRARIES
IN THE CITY OF NEW YORK

مخطوطات

مكتبة آية الله المرعشي العامة

(٢٠)

# تلخيص الخلاف

و

# خلاصة الاختلاف

للفقيه الجليل

الشيخ مفلح بن حسن بن رشيد الصيمري

من أعلام القرن التاسع

**الجزء الثالث**

تحقيق

السيد مهدي الرجائي

اشراف

السيد محمود المرعشي

ButlStax
BP
156
.T8637
1987g
v.3



کتابخانه عمومی
حضرت آیة الله العظمی مرعشی نجفی قم

---

* تلخيص الخلاف وخلاصة الاختلاف ج٣
* تأليف : الشيخ مفلح بن حسن بن رشيد الصيمرى
* تحقيق : السيد مهدى الرجائى
* نشر : مكتبة آية الله العظمى المرعشى النجفى العامة قم المقدسة
* طبع : مطبعة سيدالشهداء عليه السلام
* تاريخ الطبع : ١٤٠٨ هـ ق
* العدد : ١٠٠٠
* الطبعة : الاولى
* السعر : ٤٥٠ تومان للدورة الكاملة

6/26/98

بسم الله الرحمن الرحيم

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

AC26831

# كتاب الخلع

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : اذاكانت الاحوال بين الزوجين عامرة والاخلاق ملتئمة ، 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 ـ ٢ ـ قال الشيخ: لايصح الخلع الا في طهرلم يقربها فيه بجماع اذا كان دخل بها ، وخالف جميع الفقهآء في ذلك وقالوا : يجوزفي الحيض وفي طهر قربها فيه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ:الصحيح من مذهب أصحابنا أن الخلع بمجرده لا يقع ، ولابد معه من التلفظ بالطلاق ، وفي أصحابنا من قال : لايحتاج 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 وأبوحنيفة وأصحابه، والاخرأنه فسخ قاله في القديم، وهواختيارابن عباس وصاحباه

---

(١) تهذيب الاحكام ٨/٩٩ .

عكرمة وطاووس ، وبه قال أحمد وابو ثور .

اذا عرفت هذا ، فالقائل من أصحابنا يقع بمجرده هو السيدالمرتضى وابن الجنيد والمفيد وسلار وابن حمزة واختاره العلامةفي مختلفه[١]وفخرالدين، وابن فهدفي 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 فهد: هو طلاق .

وقال الشيخ:ولوقلنا بوقوعه مجرداًكان الاولى أنه فسخ،لانه لوكان طلاقاً لكان كناية لاصريحاً ، والطلاقلايقع بالكناية . والمعتمد أنه طلاق .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ : الخلع جائز من الزوجين ولايفتقر الى حاكم ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه ومالك والشافعى .

وقال الحسن البصري وابن سيرين : لايصح الا بحاكم .

والمعتمد أنه لايفتقر الى حاكم ، وانما يفتقر الى شاهدين عدلين يسمعانه ، ويفتقر الى جميع شروط الطلاق ، واشترط الحاكم ابن الجنيد من أصحابنا .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : البذل في الخلع غير مقدر ان شاء اختلعها بقدر المهر أو أقل أو أكثر، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه ومالك والشافعي . وقال أحمد والزهرى : لايجوز بأكثر من المهر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ: الخلع اذا وقع صحيحاً سقطت الرجعة، ولايملك الزوج الرجعة والبذل أبداً ، سواءكان الخلع بلفظ الفسخ أو بلفظ الطلاق ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

---

(١) مختلف الشيعة ص ٤٣ ،كتاب الطلاق .

(٢) المقتصر فى شرح المختصر ـ مخطوط .

وقال سعيدبن المسيب: الزوج بالخياربين أن يملك العوض ولارجعة ، وبين أن يرد العوض ويرجع في العدة . وقال أبو ثور : انكان بلفظ الخلع فلارجعة، وانكان بلفظ الطلاق ملك العوض وله الرجعة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[١].

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ: اذا وقع الخلع على بذل فاسد،مثل الخمر والخنزير وكل ما لا يصح تملكه لايصح خلعه ، وخالف جميع الفقهآء في ذلك ، وقالوا : يصح خلعه .

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

والمعتمد انأتبعه بالطلاق وقع طلقة رجعية ، وان لم يتبعه بالطلاق فسد .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ : اذا طلقها طلقة على دينار بشرط ان له الرجعة لم يصح الطلاق .

وقال المزني فيما نقله عن الشافعي: ان الخلع باطل، ويثبت له الرجعة ويسقط البذل ، لانـه جمع بين أمرين متنافيين : ثبوت الرجعـة مع ملك العوض فبطلا 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 خالعها على دينار وشرط له الرجعة ولم يرجع ، لم

---

(١) تهذيب الاحكام ٨/ ١٠٠

(٢) قواعد الاحكام ٢/ ٨١ .

يصح الخلع ولا الشرط[١].

مسألة ـ ٩ ـ 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 لايصح الرجوع بالبذل ولابالطلاق ، فلو اشترطت الرجوع بعد العدة بطل الشرط والخلع ، لمخالفته الكتاب والسنة .

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ : المختلعة لايلحقها 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 انقضآئها بالقرب من الخلع أو بعد التراخي ، وبه قال الشافعي وابن حنبل .

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

وقال مالك والحسن البصري: يلحقها بالقرب من الخلع ولايلحقها بالبعد منه.

ثم اختلفا في القرب، فقال مالك: أن يتبع الخلع بالطلاق، فتقول له: خالعني بألف ، فيقول : خالعتك بألف أنت طالق . وقال الحسن البصري : القرب أن يطلقها في مجلس الخلع ، والبعد بعد التفرق من مجلس الخلع .

والمعتمد قول الشيخ، قال: دليلنا انا قد بينا أن الخلع لايقع بمجرده، ولابد أن يتبع بلفظ الطلاق ، واذا تلفظ به لم يمكنه أن يطلقها ثانياً قبل الرجعة ، وهذه

(١) تحرير الاحكام ٢/٥٨ .

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

مسألة ـ ١١ ـ 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 لايصح .

وقال جميع الفقهاء : هذه يمين صحيحة ، فاذا أرادت أن تكلم امها ولايقع الطلاق ، فالحيلة أن يخالعها 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 ثموجدت الصفة وقع الطلاق، وبهقال الاصطخري من أصحاب الشافعي .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٢ ـقال الشيخ : اذا قال لزوجته : أنت طالق كل سنة تطليقة ، ثم بانت منـه في السنة الاولى ، ثم تزوجها فجاءت السنة الثانية وهي زوجته بنكاح جديد، هل يعودحكم اليمين في النكاح الثاني أم لا اذا لم يوجد الصفة وهي باين؟ للشافعي ثلاثةأقوال :

أحدها لايعود 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، وبهقال أبو حنيفة .

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

مسألة ـ١٣ـ قال الشيخ: لاينعقد الطلاق قبل النكاح ولايتعلق به حكم، سوآء عقده فى عموم النسآء أو خصوصهن أو اعيانهن ، وسوآء كانت الصفة مطلقة، أو مضافا الى ملك .

فالعموم مثل أن يقول : كل امرأة أتزوجها فهي طالق، والخصوص كل امرأة أتزوجها من القبيلة الفلانية فهي طالق، والاعيان ان تزوجت بفلانة أو هذه فهي طالق ، والصفة المطلقة أن يقول : الاجنبية ان دخلت الدار فأنت طالق ، والصفة المقيدة أن يقول للاجنبية : ان دخلتي الدار وأنت زوجتي فأنت طالق ، وهكذا الحكم فى العتق على هذا الترتيب ، وبه قال الشافعى وأحمد واسحاق .

وقال الشعبي والنخعي وأبوحنيفة وأصحابه: ينعقد قبل النكاح في عموم النساء وخصوصهن وأعيانهن. وأما الصفة فقال أبوحنيفة: لاينعقد المطلقة وينعقد المقيدة وهكذا مذهبه في العتق على تفصيل الطلاق .

وقال مالك وربيعة : ان عقده في عموم النسآء لاينعقد، وينعقد في خصوصهن وأعيانهن . والفرق أنه اذا عقده في عموم النسآء لم يبق له سبيل الى النكاح ، فيصير مبتلا بلازوجة ، وليس كذلك في الخصوص والاعيان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل عليه باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٤ـ قال الشيخ : اذا اختلعا على ألف ولم يريدا بالالف جنساً من الاجناس ، لم يصح الخلع والعقد باق على حاله .

وقال الشافعي : الخلع صحيح والعوض باطل ، فيلزمها مهر المثل .

والمعتمد قول الشيخ ان اتفقا أنهما لم يريدا جنساً ، وان اختلفا بالارادة كان القول قولها .

مسألة ـ١٥ـ 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 عدمها كان عليهما اليمين .

وقال الشافعي في جميع ذلك : يتحالفان ويجب مهر المثل .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ١٦ـ قال الشيخ : اذا قال : خالعتك على ألف في ذمتك ، فقالت : بل على ألف في ذمة زيد ، كان القول قولها مع يمينها أنه لايتعلق بذمتها أما اقرارها بأنه في ذمة زيد فلايلتفت اليه .

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

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٧ ـ قال الشيخ: لايقع الخلع بشرط ولاصفة، وقال جميع الفقهاء انه يقع .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٨ ـ 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 لاينعقد الخلع .

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

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٩ ـ قال الشيخ : اذا قال خالعتك على مافي هذه الجرة من الخل فبان خمراً ، 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 ـ ٢٠ ـ قال الشيخ: اذا قالت طلقني ثلاثاً بألف ، وطلقها ثلاثاً فعليها الالف ، وان طلقها واحدة أو اثنتين استحق بالحصة 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 المسألتان لاتصحان على أصلنا، لان الطلاق الثلاث لايصح الامرة واحدة فان أوقع طلقة واحدة أو تلفظ بالثلاث صحت واحدة واستحق ثلث الالف .

والمعتمد ان قصدت ثلاثاً ولاءاً لم يصح البذل ، وان قصدت ثلاثاً برجعتين صح، فان طلقها ثلاثاً بينهما رجعتان استحق الالف، وان طلقها واحدة قيل: يستحق ثلث الالف .

والمعتمد أنه لايستحق شيئاً، لان مقابلة الجميع بالجملة لايقتضي مقابلة الاجزاء بالاجزاء .

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

وقال الشافعي : يصح الطلاق والخلع ، ويبطل المسمى ويجب مهر المثل سواء خرج الولد سليماً أولم يخرج .

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

---

(١) قواعد الاحكام ٢/ ٨٠ .

(٢) تحرير الاحكام ٢/ ٥٩ .

والمعتمد بطلان الخلع ، فان اتبع بالطلاق وقع رجعياً .

مسألة ـ ٢٢ ـ قال الشيخ : اذا كان الخلع بلفظ المبارات أوبلفظ 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 ولايرد شيئاً بعده هذاكلام الشافعي ، وبه قال محمد بن الحسن .

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

أما ماعدا هذا من الديون، فهل يبرىء كل منهما ؟ فيه روايتان : روى محمد عن أبي حنيفة أنه يبرىء ، والمشهور أنه لايبرىء ، ولافرق بين أن يقع ذلك منهما بعوض أوبغير عوض، قالوا: فانكان 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 مايستقر عليه عقد الخلع كايناً ماكان ، قليلا كان أوكثيراً ، واذاكان بلفظ المبارات استقر العوض اذا كان دون المهر ، وان كان مثل المهر أو أكثر منه لايصح، واستحقاق الصداق فعلى مامضى ، 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 وسلار وابن ادريس أخذه كملا، واختاره المتأخرون ، وهو المعتمد .

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

والمعتمد التفصيل ، لكن يجوز في المبارات أخذ المهر كملاكما تقدم .

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ: اذا اختلعها 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: لوقال طلق زوجتك وعليّ ألف، لزمه الالف مع الطلاق ، ولايقع الطلاق بايناً ، أما لوقال : خالعها على ألف في ذمتي ، ففي الرجوع اشكال[٢].

وقال في التحرير : اذا خالع الاجنبي المرأة من زوجها ، فان كان باذنها من مالها صح لانه وكيل، وان كان من ماله بغير اذنها، فالذي قواه الشيخ عدم الصحة وعندي فيه نظر[٣].

---

(١) قواعد الاحكام ٢/ ٨٠ .

(٢) قواعد الاحكام ٢/ ٨٢ .

(٣) تحرير الاحكام ٢/ ٦٠ .

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 الالف مع الطلاق،ولايقع الطلاق بايناً، فهو خروج عن الخلع ، ولهذا قال : ولايقع الطلاق بايناً ، فيكون بذلا في مقابله فك هذا، فعلى هذا لو رجع المطلق بالطلاق رجع الباذل في البذل ، لعدم حصول الفك الذي بذل في مقابلته .

مسألة ـ٢٥ـ قال الشيخ : اذا اختلف المختلعان في جنس العوض، أو قدره أو تأجيله ، أو في عدد الطلاق ،كان القول قول المرأة في قدر ماوقع عليه الخلع وعلى الزوج البينة ، وقول الرجل في عدد الطلاق ، فانه لايصح أن يخلعها على أكثر من طلقة واحدة .

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

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٢٦ـ 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[1] جزماً .

مسألة ـ ٢٧ ـ قال الشيخ : ليس للولي أن يطلق عمن له عليه ولاية بعوض ولابغير عوض ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة وأكثر الفقهاء .

(١) تحرير الاحكام ٢/ ٦٠ .

وقال الحسن وعطا: يصح بعوض وغير عوض . وقال مالك والزهري: يصح بعوض ولايصح بغير عوض .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وبقوله عليه السلام « الطلاق بيد من أخذ بالساق »[1].

(١) عوالى اللئالى ١/٢٣٤ ، برقم : ١٣٧ .

# كتاب الطلاق

مسألة -١- قال الشيخ : الطلقة الثالثة هي المذكورة بعدقوله تعالى«الطلاق مرتان »[1] الخ وبعدها قوله «فان طلقهافلاتحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره» دون قوله « فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » وبه قال جماعة من التابعين ، وروي ذلك عن الشافعي، وروى عن ابن عباس أنه قال: أوتسريح 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 مدخولا بها غيرغائب عنها غيبة مخصوصة في حال الحيض ، أو في طهر قد جامعها فيه، فما هذا حكمه فانه لايقع عندنا والعقد ثابت بحاله .

وقال أبوحنيفة وأصحابه ومالك والشافعي وأصحابه : يقع الطلاق وان كان محظوراً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

---

(١) سورة البقرة : ٢٢٩ .

مسألة ـ٣ـ قال الشيخ: اذا طلقها ثلاثاً بلفظ واحد، كان مبدعاًووقعت واحدة عندتكامل الشروط عند أكثر أصحابنا، ومنهم من قال: لايقع شيء ، وبه قال علي عليه السلام وأهل الظاهر ، وروى الطحاوي عن محمد بن اسحاق أنه قال: يقع واحدة مثل ماقلناه .

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

والمعتمد قول الشيخ، وهو المشهور عندأصحابنا . وقال المرتضى وابن أبي عقيل : لايقع شيء .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ :كل طلاق لايحضره شاهدان عدلان فانه لايقع ، 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 ـ ٥ ـ قال الشيخ : اذا قال لحائض أنت طالق طلاق السنة لم يقع طلاقه .

وقال الشافعي : لايقع 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 لايقع في الحال ولافيما بعد الطهر مالم يجدد الطلاق .

مسألة ـ٦ـ قال الشيخ: اذا قال لها في طهر لم يجامعها فيه: أنت طالق للبدعة

(١) تهذيب الاحكام ٨/٢٧ .

(٢) سورة الطلاق : ٢ .

وقع طلاقه في الحال ويلغو قوله للبدعة، الا أن ينوي أنها طالق اذا حاضت، فانه لايقع أصلا ، لانه علقه بشرط .

وقال جميع الفقهاء : لايقع طلاقه في الحال ، فاذا حاضت بعدها أو نفست وقع الطلاق ، لانه زمان البدعة .

والمعتمد عدم وقوع الطلاق في الحال ولافيما بعد، وهو اختيار نجم الدين والعلامة وفخر الدين ، لان البدعي لايقع وغيره غير مقصود ، فلا يقع بشيء .

مسألة ـ٧ـ قال الشيخ: اذا قال لها في طهر ماقربها 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 ـ٨ـ قال الشيخ : اذا قال أنت طالق أكمل طلاق، أو أكبر طلاق، أو أتم طلاق وقعت واحدة رجعية ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة في أتم مثل ماقلناه ، وفي أكمل وأكبر: انها يقع بايناً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٩ـ قال الشيخ : اذا قال أنت طالق أقصر طلاق ، أو أطول طلاق ، أو أعرض طلاق ، طلقت واحدة رجعية، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة: يقع باينة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ١٠ـ قال الشيخ : اذا قال لها أنت طالق اذا قدم فلان ، فقدم فلان فلايطلق ، وكذا لو علقه على شرط من الشروط ، أو صفة من الصفات المستقبلة، فانه لايقع في الحال ولاعند حصول الشرط والصفة .

وقال جميع الفقهاء : يقع عند حصول الشرط والصفة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ١١ـ 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 مالم يخرج من العدة ، فان خرجت لم يقبل منه في الحكم .

وقال جميع الفقهاء : انه لايقبل ذلك منه في الحكم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ١٢ـ قال الشيخ : اذا قال لها أنت طالق طلاق الحرج ، فانه لايقع 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 ـ١٣ـ قال الشيخ : اذا سألته بعض نسآئه أن يطلقها ، فقال : نسائي طوالق ولم ينو أصلا، فانه لايقع 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 لايطلق .

وقال مالك: يطلق نسائه الا السائلة، فانها لايطلق لانه عدل من المواجهة الى الكناية ، فعلم أنه قصد غيرها .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة، وجزم به العلامة في التحرير[1].

مسألة ـ١٤ـ قال الشيخ : صريح الطلاق لفظ واحد، وهو قوله أنت أو فلانة أو هذه طالق مع مقارنة النية له، فان تجرد عن النية، فانه لايقع شيء، والكنايات لايقع بها شيء ، قارنها نية أو لم يقارنها .

(١) تحرير الاحكام ٢/٥٢ .

وقال الفقهآء : الصريح مايقع به الطلاق من غير نية ، والكنايات مايحتاج 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 ماقلناه، 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 ـ١٥ـ 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 ـ١٦ـ 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 ـ ١٧ ـ قال الشيخ: كنايات الطلاق لايقع فيها شيء من الطلاق، سواء كانت ظاهرة أو خفية ، نوى الفرقة أو لم ينو لا واحدة ولامازاد عليها .

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

(١) تهذيب الاحكام ٣٨/٨ .

وبتة وبتلة وباين وحرام، والخفية كثيرة منها : اعتدي واستبرئي رحمك وتجرعي 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 أثنتين 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 : لايخلو الكنايات من أحد أمرين : أما أن يكون معها قرينة أو لاقرينة معها ، فان لم يكن معها قرينة ، فلايقع بها طلاق بحال ، وان كان معها قرينة ، فالقرينة على أربعة أضرب : عوض ، أو نية ، أو ذكر طلاق، أوغضب .

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 وبتة 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 ومايقع من العدد ؟ قالوا : الكنايات على ثلاثة أضرب :

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

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

والضرب الثاني : مايقع بها واحدة باينة، ولايقع بها سواها وان نوى الزيادة وهي كناية واحدة اختاري ونوى الطلاق فاختارته ونوت ، قالوا : لايقع بها الا واحدة ولو نوى ثلاثاً .

الضرب الثالث: مايقع بها واحدة باينة ويقع ثلاث طلقات ولايقع طلقتان على حرة ، سواء كان زوجها حراً أو عبداً ، لان الطلاق عندهم بالنساء لايقع 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 أقوالهم فيها ، لان الغرض الاهم من هذا الكتاب معرفة مذاهبهم .

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ : اذا قال أنت مطلقة لم يقع صريحاً ولاكناية .

وللشافعي وجهان: أحدهما أنه صريح ، وبه قال أبوحنيفة . والاخر أنه كناية.

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٩ ـ 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 ـ ٢٠ ـ قال الشيخ: اذا قال لزوجته: أنا منك طالق لم يكن ذلك شيئاً لاصريحاً ولاكناية ولو نوى ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : يكون كناية ، فان نوى به البينونة وقع مانوى .

والمعتمد قول الشيخ .

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

أبوحنيفة . وقال الشافعي : هوكناية .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٢ ـ قال الشيخ : اذا قال لها : أنا منك باين أوحرام لم يكن شيئاً وقال أبو حنيفة والشافعي : هوكناية .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٣ ـ 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 أوثلاثاً ، وهكذا كل الكنايات يقع بها مانوى، وبه قال مالك.

وقال أبوحنيفة : أما صريح الطلاق أنت طالق وطلقتك ، ولايقع بها الاواحدة وبه قال الاوزاعي والثوري .

قال أبو حنيفة : وكذلك اعتـدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة واختاري لايقع بهن الاطلقة واحدة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ: اذا قال أنت طلاق، أو أنت الطلاق، أوأنت طالق طلاقاً ، أو أنت طلاق الطلاق ، لايقع به شيء ، نوى أو لم ينو ، الا بقوله أنت طالق طلاقاً وينوى فانه يقع به واحدة لاأكثر .

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

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٥ ـ قال الشيخ : اذاكتب بطلاق زوجته ولم يقصد الطلاق لم يقع بلاخلاف ، فان قصد به الطلاق ، فعندنا لايقع به شيء .

وللشافعي قولان: أحدهما يقع على كل حال، وبه قال أبو حنيفة، والاخر لايقع وهو المعتمد ، واستدل الشيخ باجماع الفرقة .

وقال في النهاية : وان كان غائباً وكتب بخطه ان فلانة طالق وقع الطلاق[1] ومثله قول ابن البراج في الكامل وجوزه ابن حمزة بأربعة شروط : أن يكتب بخطه، ويشهد عليه، ويسلمه الى الشاهدين ولايفارقهما حتى يقرا الشهادة ، ويعلما المطلقة . والشيخ لم يشرط غير الكتابة بخطه .

مسألة ـ٢٦ـ قال الشيخ: اذا قال لها طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة، وقع عند الشافعي ، وعند أبي حنيفة لايقع أصلا ، وهو مذهبنا وان اختلفنا في العلة .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو مذهب فخر الدين ، للمخالفة ولاختلاف الحكم بين الواحدة والثلاث ، وربما تعلق غرضه بحكم الثلاث واختار العلامة وقوع واحدة كقول الشافعي .

مسألة ـ ٢٧ ـ قال الشيخ: اذا قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثاً وقع واحدة عند الشافعي ، وعند مالك لايقع ، وهو مذهبنا وان اختلفنا في التعليل .

واختار نجم الدين والعلامة وقوع واحدة ، وهو قوي هنا .

مسألة ـ ٢٨ ـ قال الشيخ : اذا قال لزوجته الحرة أو الامة 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 عدداً كان واحدة، وان نوى عدداً كان على مانواه، وان نوى ظهاراً كان ظهاراً، وان نوى تحريم عينها لم يحرم ويلزمه كفارة يمين ولايكون يميناً ، لكن يجب به الكفارة . وان أطلق ففيه قولان : أحدهما تجب فيه كفارة ، ويكون صريحاً في ايجاب الكفارة

(١) النهاية ص٥١١ .

والثاني لايجب به شيء فيكون كناية .

وان قال ذلك لامته، قال: انه لايكون فيها طلاق ولاظهار،لكنه ان نوى عتقها عتقت، وان نوى تحريم عينها لم يحرم ويلزمه كفارة يمين، وان أطلق فعلى قولين كالحرة .

واختلف في هذه اللفظة حال الاطلاق ، فقال الاوزاعي : يكون يمينا ، وقال الزهري: يكون طلقة رجعية، 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 مؤلياً، فان وطئها قبل انقضاء أربعة أشهر حنث ولزمته الكفارة وان لم يطأها حتى مضت المدة بانت بطلقة كما يقول في المؤلى منها انها تبين بطلقة ، فأما اذا قال ذلك للامة ، فانه بمنزلة أن يحلف أنه لايمسها فلاشيء عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢٩ ـ 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 مامضى ، وان كان له زوجتان فعلى قولين : أحدهما يتعلق به كفارة واحدة ، والاخر يتعلق بكل واحدة كفارة .

وقال أبوحنيفة : هو بمنزلة قوله والله لاانتفعت شيء من مالي ، فمتى انتفع بشيء من ماله حنث ولزمته الكفارة بناءاً على أصله أن ذلك يمين .

(١) تهذيب الاحكام ٧/ ٧٤ .

والمعتمد قول الشيخ .

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

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

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣١ ـ 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 ـ ٣٢ ـ قال الشيخ : اذا قال لغير المدخول بها : أنت طالق أنت طالق أنت طالق ، بانت بالاولى ولم يلحقها الثانية والثالثة ، وبه قال جميع الفقهاء ، وقال قوم : تبين بالثلاث .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٣ ـ قال الشيخ : أجمع القآئلون بوقوع الطلاق المعلق على شرط أن الشرط اذا كان جائز الحصول وعدم الحصول أنه لايقع الطلاق حتى يحصل الشرط، وذلك مثل قوله اذا دخلت الدار اوان كلمت زيداً ، وان كان الشرط يجب حصوله مثل قوله اذا جاء رأس الشهر أو طلعت الشمس، فقال أبوحنيفة وأصحابه والشافعي: لايقع الطلاق الابعد حصول شرطه. وقال مالك : يقع الطلاق في الحال.

وهذا ساقط عنا ، لانا لانقول بالطلاق المعلق على شرط .

مسألة ـ ٣٤ ـ قال الشيخ : اذا قال أنت طالق في رمضان ، فانها تطلق عند الشافعي أول جزء من أول ليلة منه . وقال أبوثور : تطلق عند آخر جزء منها .

وهذا ساقط عنا .

مسألة ـ ٣٥ ـ 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 ـ ٣٦ ـ قال الشيخ : اختلفوا فيمن قال ان لم تدخلي الدار ، أو اذا لم تدخلي 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 عنا .

مسألة ـ ٣٧ ـ قال الشيخ : طلاق المكره وعتقه وسائر العقود التي اكره عليها لايقع منه ، وبه قال الشافعي ومالك .

وقال أبو حنيفة وأصحابه: طلاق المكره واعتاقه واقع، وكذلك كل عقد يلحقه فسخ ، مثل البيع والاجارة والصلح ، فانه ينعقد موقوفاً ، فان اجازه والا بطل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٣٨ ـ قال الشيخ : طلاق السكران غير واقع عندنا .

وللشافعي قولان : أحدهما وهو الاظهر أنه يقع ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . والثاني لايقع، وبه قال ربيعة والمزني وأبو ثور والطحاوي من أصحاب أبي حنيفة والكرخي .

والمعتمد عدم الوقوع مع عدم التمييز ، والوقوع معه .

مسألة ـ ٣٩ ـ قال الشيخ: اذا زال عقله بشرب البنج والاشياء المرقدة والمجنة لايقع طلاقه ، وبه قال أبو حنيفة .

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

(١) تهذيب الاحكام ٨/٧٤ .

وغير الحاجة وقع طلاقه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٤٠ـ قال الشيخ : اذا قال له رجل : ألك زوجة ، فقال : لا، لم يكن ذلك طلاقاً ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يكون ذلك طلقة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٤١ـ قال الشيخ : اذا قال أنت طالق واحدة في اثنتين، وقال: أردت في طلقتين غير واقعتين عليك ، قال أصحاب الشافعي : قبل منه ، والمنصوص أنه طلقة ، وبه قال أبو حنيفة . وقال أبو اسحاق : هي طلقتان .

وهذا ساقط عنا .

مسألة ـ٤٢ـ قال الشيخ : اذا قال أنت طالق واحدة بلا نية ، وكذا لو قال أنت طالق بلا نية ، لم يقع شيء . وقال الشافعي : يقع بها طلقة .

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

مسألة ـ٤٣ـ قال الشيخ : اذا قال رأسك أو وجهك طالق، لم يقع به طلاق وقال جميع الفقهاء : انه يقع .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٤٤ـ 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 ـ٤٥ـ قال الشيخ : اذا قال أنت طالق نصف طلقة لم يقع شيء، وبه قال داود . وقال جميع الفقهاء : يقع طلقة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٤٦ـ 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 لايلزمه حكم ذلك، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي.

وقال مالك: لايدخل الا باليمين بالله، وهو ماينحل بالكفارة. وقال الاوزاعي وابن أبي ليلى: انه يدخل فيما كان يميناً 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 عتق وفرق بينهما، بأن الله تعالى لايشاء الطلاق ويشاء العتق، لقوله عليه السلام « ان أبغض الاشياء الى الله تعالى الطلاق » .

قال الشيخ: دليلنا أن الاصل 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 : لايدخل الاستثناء بمشية الله الا في اليمين فحسب ، وبه قال مالك. وقال أبو حنيفة : يدخل باليمين بالله وبالطلاق وبالعتاق وفي النذر وفي الافرار ، دليلنا : أن ماقلناه مجمع عليه ، وماقالوه ليس عليه دليل هذا اخر كلامه في كتاب الايمان. وهو مخالف لما اختاره في كتاب الطلاق هنا .

والمعتمد أن التعليق بمشية الله يمنع وقوع الطلاق والعتاق ، وادعى عليه العلامة في المختلف[1] الاجماع ، أما الاقرار فلايمنعه الاستثناء بالمشية .

---

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

مسألة ـ ٤٧ ـ قال الشيخ : المريض اذا طلقها طلقة لايملك رجعتها، فان ماتت لا يرثها بلا خلاف ، وان مات هو من ذلك المرض ترثه ما بينها وبين سنة مالم تتزوج ، فان تزوجت بعد تقضي عدتها لم ترثه ، وان زاد على السنة يوم واحد لم ترثه .

وللشافعي قولان : أحدهما لاترثه ، وهو أصح القولين عندهم . والاخر يرثه كما قلناه ، وبه قال مالك والاوزاعي والثورى وأبوحنيفة وأصحابه وابن حنبل .

ولهم تفصيل ، فأبو حنيفة لا يرثها بعد خروجها من العدة ، وبه قال أصحابه والثوري والاوزاعي وأحد الاقوال الثلاثة للشافعي على قوله انها ترثه . والقول الثاني للشافعي على هذا القول أنها يرثه مالم تتزوج، وبه قال أحمد وابن أبي ليلى ولم يقدروه بسنة . والقول الثالث للشافعي على هذا القول انها ترثه أبداً وان تزوجت ماتزوجت، وبه قال ربيعة . وقال ربيعة : لو تزوجت عشرة ازواج ورثتها ، فعلى هذا يجوز أن ترث في يوم واحد جماعة من الازواج بأن تزوجها واحد ويطلقها في مرضه ، ثم يتزوجها آخر ويطلقها ويتزوجها اخر وهكذا ، ثم يموتون كلهم في يوم واحد فتأخذ ارثها من الجماعة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[١].

مسألة ـ ٤٨ ـ 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 الباقون من أصحابه : لاترثه ، 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 ص٣٢ .

المعتمد وابن ادريس اختار مذهب الشيخ هنا .

مسألة ـ ٤٩ ـ قال الشيخ : اذا قال أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر، فان قدم قبل تقضي الشهر لـم يقع الطلاق ، وان قدم مع انقضآء 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 ـ ٥٠ ـ قال الشيخ : اذا شك هل طلق أم لا ، لايلزمه الطلاق لاوجوباً 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 أوقع الطلاق أوقع ثلاثاً ، فالذي يقتضيه الشرع والعفة أن يطلقها ثلاثاً لتحل لغيره ظاهراً وباطناً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٥١ ـ 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 بالاكثر، 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 بقآء 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 ـ ٥٢ ـ 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 لايهدم الا الثلاث ، ومادون ذلك لايهدمه ، ومتى تزوجها الزوج الاول بقيت عنده على مابقي من الطلاق ، وبه قال مالك والشافعي ومحمد وزفر . والمعتمد قول الشيخ .

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

مسألة ـ ٥٤ ـ قال الشيخ : اذا ثبت جواز الحيلة ، فانما يجوز منها ما كان مباحاً يتوصل به الى مباح ، فأما مثل محظور 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 لوادعى زوجية امرأة وأقام شاهدي زور وهو كاذب في دعواه، فانها لاتحل له، وعند أصحاب أبي حنيفة أنها تحل ظاهراً وباطناً ، وقالوا : لوأن رجلا تزوج بزوجة جميلة، فرغب فيها اجنبي قبل دخول زوجها بها، فأتى هذا الاجنبي الحاكم فادعاها 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 ، وحللوا ماحرمه الله ورسوله .

# كتاب الرجعة

مسألة ـ ١ ـ 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 ـ ٢ ـ قال الشيخ : أقل مايمكن أن تنقضي به عدة الحرة ستة وعشرون يوماً ولحظتان، وللامة ثلاثة عشر يوماً ولحظتان، وعند الشافعي أقل ذلك في الحرة اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان ، وفي الامة 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 ـ ٣ ـ قال الشيخ : المطلقة الرجعية لايحرم وطئها ولاتقبيلها ، بل هي باقية على الاباحة ، ومتى وطئها أو قبلها بشهوة كان ذلك رجعة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والاوزاعي والثوري وابن أبي ليلى .

وقال الشافعي: هى 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[1]، وبقوله تعالى «وبعولتهن أحق بردهن»[2] سمى المطلق طلاقا رجعيا بعلا، واذا كان بعلا فهي بعلة، فتثبت بذلك الزوجية بينهما، والاباحة تابعة للزوجية.

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

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم.

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ: اذا راجعها قبل أن تخرج من عدتها ولم تعلم الزوجة بذلك، فاعتدت وتزوجت، ثم جآء 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 فهى له، وان لم يدخل ردت الى الاول.

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة.

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ: اذا طلقها ثلاثا على الوجه الذي يقع الثلاث على الخلاف لايحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها الثاني، فوطيء 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 ـ ٧ ـ 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 ـ ٨ ـ قال الشيخ : اذا تزوجت بمراهق قرب من البلوغ وينتشرعليه ويعرف لذة الجماع ، فانها تحل للاول ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك لاتحل ، واختاره العلامة في كتبه ، وهو المعتمد .

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ: اذا وطئها الزوج الثاني في حال يحرم عليه وطؤها كالحيض والاحرام، فانها لاتحل 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 أونفساء، فقد حلت للاول . وقال بعضهم : لاتحل للاول ، وهو قوي عندي ، لكونه منهياً عنه[1]. وهذا يدل على تردده .

وحكى نجم الدين القولين في الشرائع[2] ولم يفت بشيء، وكذلك العلامة في القواعد[3] والتحرير والارشاد لم يختر شيئاً ، وفي المختلف اختار التحليل ، وهو المعتمد، لعموم قوله تعالى «حتى تنكح زوجاً غيره»[4] وقد نكحت، والنهي

(١) المبسوط ٥/ ١١٠ .

(٢) شرائع الاسلام ٣/ ٢٩ .

(٣) قواعد الاحكام ٢/ ٦٦ .

(٤) سورة البقرة : ٢٣٠ .

انما يدل على الفساد في العبادات .

مسألة ـ ١٠ ـ 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 بناءاً على أصله من أن أنكحة أهل الذمة فاسدة عنده ، والوطىء في النكاح الفاسد لايبيح .

والمعتمد قول الشيخ ، لان أنكحة أهل الكفر صحيحة عندنا ، لقوله تعالى « وامرأته حمالة الحطب»[1] وهذه الاضافة تقتضي الزوجية حقيقة، ولان النبي ﷺ رجم يهودية زنت، ولولا أن تكون موطوءة بنكاح صحيح لمارجمها، لانها لاتكون محصنة الا بنكاح صحيح ، لان الموطوءة بنكاح فاسد لاتكون محصنة .

مسألة ـ ١١ ـ قال الشيخ: اذا قال لامرأته: أنت طالق ظناً أنها أجنبية فبانت 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 ـ ١٢ ـ 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[2] من بطلانه شرعاً ، ومن دلالته على التمسك .

---

(١) سورة المسد : ٤ .

(٢) تحرير الاحكام ٢/٥٥ .

# كتاب الايلاء

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ: الايلاء الشرعي أن يحلف الرجل أن لايطأ زوجته أكثر من أربعة أشهر ، فان حلف أربعة لم يكن مؤليا ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد، وحكى عن ابن عباس أنه قال: الايلاء أن يحلف أنه لايطأها على التأبيد فان أطلق فقد أبد .

وقال أبو حنيفة والثوري : اذا حلف أن لايطأها أربعة أشهر كان مؤليا بوقت وان كان أقل لايكون مؤلياً . وقال الحسن البصري : اذا حلف لايطأها كان مؤليا بوقت ، ولو حلف لايطأها يوماً .

والمعتمد أن الايلاء لاتنعقد الا اذا كان الحلف مطلقا ، أو مقيداً بالتأبيد، أو مدة تزيد على أربعة أشهر ، أو مضافا الى فعل لايحصل الا بعدها غالباً ، كقوله : حتى أمضي من بغداد الى الهند وأعود .

مسألة ـ٢ـ 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 حقله، فان فاء فيها فقد عجل الحق لها قبل محله عليه وبه قال مالك والشافعي وأحمد .

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

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

مسألة ـ٣ـ قال الشيخ: لايكون مؤليا الا أن يحلف بالله، أو باسم من اسمآئه. أما اليمين بالطلاق والعتاق والصدقة والنذور وايجاب العبادات على نفسه، فلايكون مؤليا بها ، وبه قال الشافعي في القديم . وقال في الجديد : يكون مؤليا بجميع ذلك ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه .

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

مسألة ـ٤ـ قال الشيخ: لاينعقد الايلاء الا بالنية ، اذاكان بألفاظ مخصوصة بأن يقول: لاأنيكك، أولا أدخل ذكري في فرجك، أولا اغيب ذكري في فرجك .

وقال الشافعي : هذه الالفاظ صريحة في الايلاء ، فلايحتاج معها الى النية فمتى لم ينو بها الايلاء حكم عليه بها وان لم ينعقد بينه وبين الله، وزاد في البكر والله اقتضك . وهذا لايجوز عندنا ، لان الايلاء لايكون الا بعد الدخول .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : اذا قال والله لاجامعتك لأصبتك لاوطئتك وقصد الايلاء ، كان ايلاءاً ، وان لم يقصد لم يكن مؤلياً ، 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 الاحكام ٢/٨ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٦ـ قال الشيخ : اذا قال والله لاباشرتك لامستك لاباضعتك، وقصد به الايلاء والعبارة عن الوطىء كان مؤلياً ، وان لم يقصد لم يكن مؤلياً .

وللشافعي قولان: قال في القديم: هوصريح 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 ـ٧ـ قال الشيخ : اذا قال والله لاجمع رأسي ورأسك شيء، لاساقف رأسي ورأسك ، لاجمع رأسي ورأسك مخدة، والله لاسؤتك ، والله لاطيلن غيبتي عنك ، كل هذه لاتنعقد بها الايلاء .

وقال الشافعي: كل هذه كنايات تنعقد مع النية لابدونها . واختاره الشيخ في المبسوط[١]، ونجم الدين في الشرائع[٢]، والعلامة في المختلف[٣] والتحرير[٤] واختار ابن ادريس مذهب الشيخ هنا، واختاره العلامة في الارشاد، وفخر الدين في الاشكال ، وهو المعتمد .

مسألة ـ٨ـ قال الشيخ: اذا امتنع بعد الاربعة أشهر من الفئة 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 ٥/١١٦ .

(٢) شرائع الاسلام ٣/٨٣ .

(٣) مختلف الشيعة ص٥٣ كتاب الطلاق .

(٤) تحرير الاحكام ٢/٦٣ .

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

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ: اذا طلق المولى طلقة 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 ـ ١٠ ـ قال الشيخ: اذا قال ان أصبتك فأنت علي حرام، لم يكن مؤلياً ولايتعلق 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 ، أوقلنا انه كناية ونوى تحريم عينها كان مؤليا على قوله الجديد ، ولايكون مؤليا على قوله القديم لانها يمين بغير الله .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١١ ـ قال الشيخ: اذا قال ان أصبتك فلله علي أعتق عبدي لايكون مؤلياً وللشافعي قولان، قال في القديم: لايكون مؤلياً، وقال في الجديد: يكون مؤلياً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : الايلاء لايقع بشرط ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك استدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم ، واختار في المبسوط[1] مذهب

(١) المبسوط ٥/١١٨ .

الفقهاء ، وهو وقوعه معلقاً واختاره العلامة في المختلف[١].

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

مسألة ـ١٣ـ 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 لايكون مؤلياً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ: اذا كان له امرأتان زينب وعمرة، فقال: ان وطئت زينب فعمرة طالق ، كان هـذا 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 لايكون الا بالله .

مسألة ـ ١٥ ـ قال الشيخ : اذا آلى من زوجته تربص أربعة أشهر ، سواء كان الزوج حراً أو عبداً ، وسواء كانت حرة أو امة ، 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 ص٥٤ كتاب الطلاق .

والمعتمد قول الشيخ ، لعموم الاية[١].

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ: قال الشافعي اذا اختلفا في انقضاء المدة أو ابتداء اليمين ، كان القول قوله مع يمينه ، وهذا لايصح 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 ، وفخرالدين في شرح القواعد .

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

وقال الشافعي: لايحتسب 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 ـ ١٨ ـ قال الشيخ: اذا آلى منها ثم وطئها كان عليه الكفارة، سواء كان الوطىء في المدة أو بعدها

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

---

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

(٢) تحرير الاحكام ٢/٦٤ .

(٣) قواعد الاحكام ٢/٨٦ .

(٤) شرائع الاسلام ٣/٨٩ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة . واختار في المبسوط[١] ان كان الوطيء بعد المدة فلا كفارة عليه .

مسألة ـ ١٩ ـ قال الشيخ : يصح الايلاء من الذمي كما يصح من المسلم، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لايصح من الذمي .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ : اذا آلى لمصلحة ولده خوفاً من الحمل، فيضر ذلك بولده المرتضع ، فلاحكم له ولايتعلق بذلك حنث ولايوقف أصلا، 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 ٥/١٣٥ .

(٢) شرائع الاسلام ٣/٨٣ ـ ٨٤ .

(٣) قواعد الاحكام ٢/٨٧ .

# كتاب الظهار

مسألة ـ١ـ قال الشيخ : ظهار العبد المسلم صحيح، وبه قال جميع الفقهاء، وحكي عن بعضهم ولم يسموه أنه لم يصح .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ: لايصح من الكافر الظهار ولاالتكفير، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يصح منه الظهار والكفارة بالعتق والاطعام ، أما الصيام فلايصح منه .

والمعتمد الصحة من الكافر ، وهو اختيار ابن ادريس ونجم الدين والعلامة لانه مكلف بالفروع، ولايصح من التكفير حالة كفره، بل يجب عليه تقديم الاسلام.

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ: لايصح الظهار قبل الدخول بالمرأة ، وخالف جميع الفقهاء .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار ابن الجنيد وابن بابويه ، والعلامة في المختلف[1] وابن فهد في المقتصر[2]، وعدم اشتراط الدخول مذهب المفيد وسلار

---

(١) مختلف الشيعة ص ٤٨ ،كتاب الطلاق .

(٢) المقتصر لابن فهد ـ مخطوط .

وابن ادريس وفخر الدين ، وهو قوي .

مسألة ـ ٤ ـ 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 لايكون عوداً ، فانه اذا طلقها عقيب الرجعة لايلزمه 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 فلاكفارة ، وكذا لو طلقها ثانياً وتزوجها في العدة ووطئها .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : اذا ظاهرمنها ، ثم أبانها بأن طلقها ثانياً أو رجعياً وتركها حتى خرجت من العدة ثم تزوجها ، لايعود حكم الظهار .

وقال الشافعي : ان أبانها بدون الثلاث ثم تزوجها على قوله القديم يعود قولا واحداً ، وعلى قوله الجديد على قولين ، وان أبانها بالثلاث ثم تزوجها على قوله القديم يعود على قولين ، وعلى قوله الجديد لايعود قولا واحداً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ : ظهار السكران غير واقع ، وبه قال المزني وداود وقال جميع الفقهاء : يقع كالعاصي .

والمعتمد ان كان سكره أزال تمييزه لايقع منه ، وان بقي التمييز وقع مع القصد اليه والا فلا .

مسألة ـ ٧ ـ 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 مؤليا بعدأربعة أشهر ، ويتعلق عليه حكم الفئة أوالطلاق وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي : لايلزم شيء من ذلك ولايصير مؤلياً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ: الظهار يقع بالامة والمدبرة وام الولد مثل وقوعه بالزوجة ، وبه قال مالك والثوري . وقال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي: لايقع الا بالزوجات .

والمعتمد قول الشيخ، وهومذهب ابن أبي عقيل وابن حمزة، واختاره العلامة في المختلف[1] والتحرير[2] والارشاد . وقال المفيدوسلار وأبو الصلاح وابن ادريس : لايقع الا بالزوجات .

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

مسألة ـ ١٠ ـ 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 لايكون 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 ٢/٦١ .

في القواعد[١] والتحرير[٢] والمختلف[٣]، واقتصر ابن ادريس على الام خاصة ، واختاره فخر الدين .

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

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[٤].

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : اذا قال متى تزوجتك فأنت طالق ، أو أنت علي كظهر أمي وأنت طالق ، لايقع 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 ـ ١٣ ـ قال الشيخ : اذا قال أنت علي كظهر أمي ولم ينو الظهار لم يقع ، وخالف جميع الفقهاء وقالوا : هو صريح في الظهار ، ولايعتبر فيه النية.

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٤ ـ 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 ـ ١٥ ـ قال الشيخ : الظهار لايقع الا اذا كانت المرأة طاهراً طهراً لا يقربها فيه بجماع ، ولابد من شاهدين كالطلاق، ولم يعتبر أحد من الفقهاء ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

---

(١) قواعد الاحكام ٢/ ٨٤ .

(٢) تحرير الاحكام ٢/ ٦١ .

(٣) مختلف الشيعة ص ٤٨ كتاب الطلاق .

(٤) تهذيب الاحكام ٨/ ٩ .

مسألة ـ١٦ـ قال الشيخ: اذا قال أنت علي حرام كظهر أمي، لم يكن ظهاراً ولاطلاقاً .

وقال الشافعي فيه خمس مسائل: احداها أن ينوي الطلاق ، والثانية أن ينوي الظهار ، والثالثة أن يطلق ولاينوي شيئاً ، والرابعة ينوي الطلاق والظهار معاً ، والخامسة ينوي 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 ـ١٧ـ قال الشيخ : اذا كان له زوجتان وقال لاحديهما: أنت علي كظهر امي وقال للاخرى : أشركتك معها ، فانه لايقع بالثانية، نواه أو لم ينوه . وقال الشافعي : ذلك كناية ان نواه وقع والا فلا . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ١٨ـ 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 ـ١٩ـ 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 ـ٢٠ـ قال الشيخ: الظهار على ضربين: أحدهما أن يكون مطلقاً، فانه يجب الكفارة متى أراد الوطىء.

والثاني أن يكون مشروطاً، فلاتجب 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: لايقع مشروطاً.

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

ثم اختلفوا في العود ماهو على أربعة مذاهب: مذهب الشافعي الى أن العود هو أن يمسكها زوجة بعد الظهار مع قدرته على الطلاق، فاذا وجد ذلك صار عائداً ووجبت عليه الكفارة، وذهب مالك وأحمد الى أن العود هو العزم على الوطىء وذهب الحسن وطاووس والزهري الى أن العود هو الوطيء، 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 لاتستقر بحال، وانما يراد استباحة الوطيء، فيقال للمظاهر ان أردت أن يباح لك الوطيء فكفر، وان لم ترد فلا تكفر، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه.

قال الطحاوى: مذهب أبي حنيفة أن الكفارة في الظهار لاتستقر في الذمة، وانما يراد لاباحة الوطيء، فان وطيء قبل التكفير فعل محرماً ولايلزمه الكفارة،

(١) المبسوط ٥/١٥٢.

(٢) مختلف الشيعة ص ٤٩.

بل يقال له عند ارادة الوطيء الثاني والثالث ان أردت أن يحل لك فكفر وهكذا أبداً.

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل على وقوعه مشروطاً بالاخبار ، وهو اختيار نجم الدين والعلامة وفخر الدين ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم على أنه لايلزمه الكفارة بمجرد التلفظ ، بل بالعود والعزم على الوطي ، ولانه لاخلاف بينهم أنه اذا طلقها بعد الظهار لايلزمه شيء .

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

مسألة ـ٢٢ـ قال الشيخ : اذا ثبت الظهار وحرم الوطيء، حرم القبلة والتلذذ والوطيء فيما دون الفرج . وللشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا ، وهو الاصح عندهم، والثاني لايحرم غير الوطيء .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار العلامة في القواعد[1] وابنه في الشرح، وقال ابن ادريس : لايحرم غير الوطيء .

مسألة ـ٢٣ـ قال الشيخ : اذا وطيء قبل التكفير لزمه كفارتان : أحديهما نصاً والاخرى عقوبة ، وبه قال مجاهد .

وقال الشافعي : اذا وطيء قبل الكفارة ، فقد فات زمان الاداء، ولايلزمه بهذا الوطيء كفارة ، ولايسقط 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 ـ ٢٤ ـ قال الشيخ: المكفر بالصوم اذا وطيء زوجته التي ظاهر منها في حال الصوم ، نهاراً كان أو ليلا ، بطل صومه وعليه استئناف الكفارتين، فان كان وطأه ناسياً مضى في صومه ولم يلزمه شيء .

(١) قواعد الاحكام ٢/٨٥ .

وقال الشافعي: ان وطىء ليلالم يؤثر ذلك الوطىء في الصوم ولافي التتابع عامداً كان أو ناسياً ، وان وطىء بالنهار فان كان ذاكراً لصومه متعمداً للوطىء ، فسد صومه وانقطع تتابعه وعليه استئنافه، فان وطىء ناسياً لم يؤثر ذلك في الصوم ولافي التتابع . وقال مالك وأبوحنيفة : اذا وطىء في أثناء الشهرين ، عامداً أو ناسياً ليلا أو نهاراً ، انقطع التتابع ويلزمه الاستيناف .

والمعتمدقول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وطريقة الاحتياط، واختارابن ادريس مذهب الشافعي ، واستقر به العلامة في القواعد، واختار في المختلف[1] والتحرير[2] مذهب الشيخ ، وهو اختيار فخر الدين .

مسألة ـ ٢٥ ـ قال الشيخ : اذا وطىء غير زوجته ليلا في خلال الصوم، لم ينقطع التتابع ولاالصوم ، 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 يبنى عليه .

وقال الفقهاء ان كان وطأه ليلا لم ينقطع التتابع ، وان كان نهاراً انقطع التتابع ووجب الاستئناف . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢٦ ـ 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 : لايكون ظهاراً ، وهو قول مالك وابن أبي ليلى .

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

(١) مختلف الشيعة ص ٥٢ ، كتاب الطلاق .

(٢) تحرير الاحكام ٢/٦٢ .

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

مسألة ـ٢٧ـ قال الشيخ: اذا وجبت عليه الكفارة بعتق رقبة، كفى غير المؤمنة الافي القتل خاصة ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه ، الا أنه أجازوا أن تكون كافرة ، وعندنا ذلك مكروه وان أجزأ .

وقال الشافعي : لايجوز في الجميع الا المؤمنة، وبه قال مالك وأحمد ، وهو المشهور عند أصحابنا ، وقال أكثر أصحابنا : ان المراد بالايمان الاسلام، كماهو مراد الشافعي ومن تابعه ، وجزم العلامة في التحرير[١] بجواز عتق المخالف ، وظاهر القواعد الايمان الذي عليه الامامية ، وهو أحوط .

مسألة ـ ٢٨ ـ قال الشيخ : الموضع الذي يعتبر فيه الايمان في الرقبة ، فانه يجزيء فيه اذا كان محكوماً بايمانه وان كان صغيراً ، وبه قال أبوحنيفة والشافعي، ولوكان ابن يومه أجزأ .

وقال مالك : أحب أن لايعتق عن الكفارة الا بالغاً . وقال أحمد : يعجبني أن لايعتق 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: لايجزيء في القتل خاصة الا البالغ الحنث . قال صاحب الدروس : الحنث الطاعة والمعصية[٢].

مسألة ـ ٢٩ ـ قال الشيخ : عتق المكاتب لايجزيء في الكفارة ، سواء أدى من مكاتبه شيئاً أولم يؤد، وبه قال مالك والشافعي والثوري. وقال أبوحنيفة وأصحابه: ان ادى شيئاً من نجومه لايجزى والا أجزأ .

---

(١) تحرير الاحكام ٢/ ١١٠ .

(٢) الدروس ص ٢٠٦ .

والمعتمد اجزاء المشروط مطلقاً، والمطلق اذا لم يؤد شيئاً، وهو اختيار العلامة.

مسألة ـ ٣٠ ـ قال الشيخ: عتق ام الولد جائز في الكفارات، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣١ ـ قال الشيخ : عتق المدبر جائز في الكفارات، وبه قال الشافعي. وقال أبوحنيفة : لا يجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، ولانه مملوك يجوز بيعه والتصرف فيه . وقال في النهاية : لايجوز الابعد نقض تدبيره[1] وهو ضعيف .

مسألة ـ ٣٢ ـ قال الشيخ : اذا أعتق عبداً مرهوناً وكان موسراً أجزأه ، وان كان معسراً لايجزيه .

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

مسألة ـ٣٣ـ قال الشيخ : لايجوز عتق الجاني عمداً في الكفارة ، ويجوز الجاني خطأ .

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

والمعتمد قول الشيخ .

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

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

(١) النهاية ص ٥٥٢ .

وهو المعتمد .

مسألة ـ ٣٥ ـ قال الشيخ : اذا اشترى من ينعتق عليه ، فـان لم ينوعتقه عن الكفارة عتق بحكم القرابة، وان نوى عن الكفارة لم يجزعنها وعتق بحكم القرابة وبقيت الكفارة وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة يقع عتقهم عن الكفارة ، واختاره الشيخ في المبسوط .

والمعتمد اختياره هنا ، وهو اختيار العلامة ونجم الدين .

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

وقال أبوحنيفة: ان أعتق بجعل جاز، ولايجوز بغيرجعل. وقال مالك: لايجوز ذلك بحال .

والمعتمد قول الشيخ، وهو المشهورعند أصحابنا. وقال ابن ادريس : الذي يقتضيه أصول مذهبنا أن العتق لايقع الا عن المالك للعبد دون الاذن .

مسألة ـ ٣٧ ـ قال الشيخ : اذا أعتق عنه بغيراذنه، فان العتق يقع عن المعتق دون المعتق عنه، سوآء أعتقه عن واجب أوغيرواجب، وبه قال أبوحنيفة 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 ـ ٣٨ ـ قال الشيخ: اذاملك الرجل نصف عبدين وباقيهما مملوك لغيره أو باقيهما حر ، فأعتقهما عن كفارته لايجزيه .

ولاصحاب الشافعي ثلاثة أوجه ، قال أبوالعباس مثل قولنا، لانه لم يعتق عبداً

كاملا . وقال غيره يجزيه ، ومنهم من قال : انكان باقيه مملوكاً لايجزيه ، وانكان حراً أجزأه .

والمعتمد قول الشيخ انكان باقيهما حراً، وانكان باقيهما مملوكاً وكان معسراً فكذلك ، وانكان موسراً سرى وأجزأ ، لانهم نصوا على اجزاء الشقص للموسر فاجزاء الشقصين أولى. وأطلق العلامة في القواعد والتحرير والارشاد عدم الاجزاء ويحمل على المعسر لما قلناه .

مسألة ـ ٣٩ ـ قال الشيخ : اذاكان عليه كفارات من جنس واحد وأعتق عنها أوصام بنية التكفير أجزأه بلاخلاف ، وانكانت من أجناس مختلفة ، مثل كفارة الظهار وكفارة القتل، فلابد فيها من نية التعيين عن كل كفارة، فان لم يعين لايجزيه وبه قال أبوحنيفة .

وقال الشافعي : يجزيه وان لم يعين ، وهواختيار الشيخ في المبسوط[1]، فانه يكفي عنده فيه قوله أنت حرعن الكفارة وانلم يعين سببها، مثل قتل أوظهار أونذر وغير ذلك . واختار ابن ادريس مذهب الشيخ هنا ، واختاره العلامة في القواعد والتحرير[2].

وقال في المختلف : انكانت الكفارة من جنس واحد كالحنث اذا تكررمنه فلايفتقر الى تعيين ، وانكانت من أجناس مختلفة ، فان اتفق الحكم كقتل الخطاء والظهار أجزأ الاطلاق أيضاً لاتحاد الحكم وهوالترتيب فيها، وان اختلف الحكم كالظهار والافطار فلابد من تعيين السبب[3].

ونجم الدين في الشرايع اختار التعيين مع الاختلاف واستشكله مع الاتفاق

(١) المبسوط ٦/٢٠٩ .

(٢) تحرير الاحكام ٢/١١٤ .

(٣) مختلف الشيعة ص ١١٥ كتاب الايمان وتوابعه.

ونقل الشهيد عن العلامة فى الارشاد وجوب التعيين ، وان اتحد السبب قال في شرحه : ولم أعرف هذا المذهب لاحد من العلمآء ، مع أنه اختارفى 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 ـ ٤٠ ـ 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 لايجزيه عنده ، قال : لانه يحتاج الى التعيين .

والمعتمد قول الشيخ .

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

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤٢ ـ 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 : أحدهـا أن ملكه صحيح وتصرفـه صحيح الا أن يقتل أو يموت ، فعلى هذا يصح منه الاعتاق والاطعام، وبه قال محمد وأبويوسف والثاني أنه باطل ، فعلى هذا لايجزيه أخذهما . والثالث أنه مراعى فان عاد الى

(١) الدروس ص ٢٠٧ .

الاسلام حكم باجزائه ، وان لم يعد حكم بعدم اجزائه .

والمعتمد قول الشيخ، لافتقار الجميع الى نية القربة، وهي لاتصح من المرتد .

مسألة ـ٤٣ـ قال الشيخ: الاعمى لايجزىء بلاخلاف بين الفقهاء، والاعور يجزى بلاخلاف ، ومقطوع اليدين والرجلين أو اليدين أو الرجلين أويد واحدة ورجل واحدة من خلاف عند الشافعي لايجزىء، وعند أبي حنيفة يجزىء ، وبه نقول .

وقال في المبسوط[1]: وعندنا أن الاعمى لايجزى والاعور يجزىء كما قالوه فأما مقطوع اليدين والرجلين أواليد والرجل من جانب واحد، فانه لايجزىء بلاخلاف وأما اذا كان مقطوع احدى اليدين ، أو احدى الرجلين ، أو يد ورجل من خلاف فانه لايجزى 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[2]، لان هذه العيوب يحصل بها العتق قهراً، وكل عيب لايوجب العتق ، فانه لايمنع من الاعتاق عن الكفارة .

وقال في القواعد: وأما السلامة من العيوب ، فانما يشترط السلامة من عيب يوجب عتقه، وهو العمى والجذام والاقعاد والتنكيل من مولاه خاصة ، ويجزىء ماعداه كالاصم والمجنون والاعور والاعرج والاقطع والاخرس ، ولايجزىء أقطع الرجلين ويجزىء أقطع اليدين مع رجل[3].

---

(١) المبسوط ٦/٢١٢ .

(٢) مختلف الشيعة ص١١٨ ،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 لايشترط السلامة الا من العيوب التي يوجب العتق وهو المعتمد .

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

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤٥ ـ قال الشيخ: من وجد رقبة وهو يحتاج اليها لخدمته، أو وجد ثمنها وهو محتاج اليه لنفقته أو كسوته وسكناه، لايلزمه الرقبة، ويجوز له الصوم وبه قال الشافعي .

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

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٤٦ ـ 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 استئنافه بلاخلاف ، فان كان افطاره بعد أن صام من الثاني شيئاً ولو يوماً واحداً ، جاز له البناء ولايلزمه الاستئناف، وخالف جميع الفقهاء في ذلك وقالوا : يلزمه الاستئناف .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

---

(١) تحرير الاحكام ٢/١١٠ .

مسألة ـ ٤٧ ـ 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 ، وهومذهب أبي حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

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

والمعتمد أن السفر الضروري لايقطع التتابع، والاختيارى يقطعه .

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

واختلف أصحاب الشافعي، فمنهم من قال : انه بمنزلة المرض ، ومنهم من قال : ينقطع التتابع قولا واحداً . واختاره الشيخ في المبسوط[1].

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

مسألة ـ ٥٠ ـ قال الشيخ : اذا قتل متعمداً في أشهر الحرم ، وجب عليه الكفارة بصوم شهرين من أشهر الحرم ، وان دخل فيهما الاضحى وأيام التشريق وخالف جميع الفقهاء في ذلك، وقالوا: لايجوز، وهوالمعتمد عند أكثر أصحابنا .

مسألة ـ ٥١ ـ قال الشيخ: اذا ابتدأ بصوم أيام التشريق صح صومه، وكذلك يجوز التنفل به في الامصار . وأما بمنى ، فلايجوز على حال .

---

(١) المبسوط ٦/ ٢١٤ .

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

والمعتمد قول الشيخ ، واشترط العلامة في القواعد[1] كونه محرماً بحج أو عمرة ، وأكثر الفتاوي مطلقة .

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

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٥٣ ـ قال الشيخ : اذا صام شعبان ورمضان عن الشهرين المتتابع لم يجز عنهما بلاخلاف ، وصوم رمضان صحيح لايجب عليه قضاؤه عندنا ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : يجب قضاؤه ، وهو المعتمد، لانه لم ينو رمضان ، والاعمال بالنيات .

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

وللشافعي ثلاثة أقوال : أحدها الاعتبار بحال الاداء كقولنا، والاخر الاعتبار بحال الوجوب، والثالث الاعتبار بأغلظ الامرين من حين الوجوب الى حين الاداء وقال أبو حنيفة : الاعتبار بحال الوجوب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٥٥ ـ قال الشيخ : اذا وجد الرقبة بعد دخوله في الصوم ، فانه لا

(١) قواعد الاحكام ١٤٧/٢ .

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

وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى : يلزمه الاعتاق .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

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

والمعتمد قول الشيخ، لانه قبل العود ـ وهو ارادة الوطىء ـ لايجب عليه العتق فاذا أعتق قبل ذلك فقد فعل غير الواجب عليه ، فلايجزىء عن الواجب .

مسألة ـ ٥٧ ـ 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 مسكينين لم يجز ، وعندنا يجوز هذا مع عدم المساكين .

وهذا هو المعتمد ، فانه يجوز مع عدم الستين أن يدفع الى مايوجد 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 أمداداً متعددة من كفارات متعددة من كل كفارة مداً .

مسألة ـ ٥٨ ـ 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 شيئاً جاز الاخذ مع الاعسار .

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

وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك .

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

مسألة ـ ٦٠ ـ قال الشيخ: يجب أن يدفع الى كل فقير مدين، والمد رطلان وربع فى سائر الكفارات .

وقال الشافعي : مد في جميع ذلك ، وهو رطل وثلث الافدية الاذى ، فانه يدفع مدين . وقال أبو حنيفة : ان أخرج تمراً 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 الشافعى الا كفارة الظهار، فانه قال: يدفع الى كل مسكين مداً بالمد الحجازي ، وهو مد وثلث بمد النبي ﷺ .

والمعتمد اجزاء المد الواحد فى الجميع، وهو رطلان وربع بالعراقي، وهو اختيار المفيد وسلار وابني بابوية ونجم الدين والعلامة وفخر الدين .

مسألة ـ ٦١ ـ قال الشيخ : يجب أن يطعم مايغلب على قوته وقوت أهله . وقال الشافعى : يجب أن يطعم من غالب قوت البلد. واختاره الشيخ في المبسوط والاول اختيار نجم الدين والعلامة في القواعد[1] والارشاد .

وقال الشيخ بعد هذه المسألة بمسألتين كلما يسمى طعاماً يجوز اخراجه في الكفارة ، واختاره الشهيد في دروسه[2]، وقال ابن ادريس : يجوز كل ماسمى طعاماً في غير كفارة اليمين، أما كفارة اليمين فتجب من أوسط مايطعم أهله، واختاره العلامة في التحرير والاول أشهر وأحوط .

---

(١) قواعد الاحكام ٢/١٤٨ .

(٢) الدروس ص ٢٠٨ .

مسألة ـ ٦٢ ـ قال الشيخ : اذاكان قوت بلده اللحم أو اللبن أو الاقط وهو قوته ، جاز أن يخرج منه .

وللشافعي في الاقط قولان ، وفى اللحم واللبن طريقان ، منهم من قال على قولين كالاقط ، ومنهم من قال : لايجوز قولا واحداً ، وظاهر عبارات أصحابنا وجوب الحب أو الخبز أو الدقيق، وصرح به في المختلف[1]، فعلى هذا لايجزىء اللحم ولا الاقط ولا اللبن ، وان كان قوت البلد ، وهو المعتمد .

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

وقال الشافعي : ان أطعمهم لايجزيه، لانه لم يملكهم، ولان أكلهم يزيد وينقص وان قال : اعطيتكم أو خذوه لايجزى لانه ماملكهم ، وان قال : ملكتكم بالسوية ففيه وجهان .

والمعتمد أن المكفر مخير بين اطعام المساكين والتسليم اليهم ، فان اختار التسليم دفع الى كل مسكين مداً ، ولافرق 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 ليقتضيه عن فلان لوجوبه قربة الى الله . ويجوز الدفع الى العدد متفرقين ومجتمعين ، ويكفى 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 أجزأ ، ولو قال:

---

(١) مختلف الشيعة ص ١١٧ .

خذوه فتناهبوه فمن أخذ مداً احتسب عليه وكمل للاخر[١].

وان اختار الاطعام فالواجب الشبع مرة واحدة، على ماهو مشهور بين الاصحاب ولايتقدر بقدر غير الشبع .

وقال المفيد وسلار : يجب سبعة في يومه . وقال ابن الجنيد: يجب العشاء والغداء . والاول هو المعتمد .

فاذا عرفت هذا ، فلابد من النية عند الاطعام ، ومحلها عند الشروع بالاكل فيقول: أطعم هؤلاء المساكين أوهذا المسكين عن كفارة كذا، لوجوبه قربة الى الله.

مسألة ـ ٦٤ ـ قال الشيخ :كلما يسمى طعاماً يجوز اخراجه فى الكفارة ، وروى أصحابنا أن أفضله الخبز واللحم وأوسطه الخبز والزيت، وأدونه الخبز والملح.

وقال الشافعي : لايجوز الا الحب، أما الدقيق والسويق والخبز، فانه لايجزى وقال الانماطي من أصحابه : يجزيء الدقيق، وقالوا: لان النبي ﷺ أوجب صاعاً من تمر أو شعير أو طعام ، ولم يذكر الدقيق ولا الخبز .

والشيخ استدل باجماع الفرقة ، وقوله تعالى «فاطعام ستين مسكيناً»[٢] فكلما يسمي طعاماً في اللغة وجب أن يجزيء وقد تقدم البحث في هذه المسألة ، وذكرنا مذهب الاصحاب فيها .

مسألة ـ ٦٥ ـ قال الشيخ : اذا أطعم خمساً وكسى خمساً في كفارة اليمين ، فانه لايجزيه ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك : يجزيه . وقال أبو حنيفة : اذا أطعم خمساً وكسى خمساً بقيمة اطعام خمسة لايجزيه ، وان أطعم خمساً وكسى خمساً بقيمة كسوة خمسة أجزأه . والمعتمد قول الشيخ .

---

(١) قواعد الاحكام ٢/١٤٨ .

(٢) سورة المجادلة ٤ .

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

وقال الشافعي وأبوحنيفة : لا يصح أن يقبضهم اياه بل يحتاج أن يعطي وليه ليصرفه في مؤنته .

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

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

والمعتمد الاجزاء مع عدم التفريط ، وعدم امكان الارتجاع .

مسألة ـ ٦٨ ـ 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 ، فكذلك لايحل له الوطيء قبل الاطعام ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه والشافعي . وقال مالك : يحل له الوطيء قبل الاطعام .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٦٩ ـ قال الشيخ : لايجوز اخراج القيمة فى الكفارات ، وبه قال الشافعي . وقال أهل العراق : يجوز الافي العتق .

والمعتمد قول الشيخ ، لاشتغال الذمة بالخصال لابقيمتها .

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

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

وحكى أن رجلا سأل ابن أبي ليلى عن هذه المسألة، فقال : عليها كفارة الظهار فسأل محمداً فقال : لاشيء عليها ، فسأل أبايوسف وأخبره بما قالا ، فقال سبحان الله شيخان من مشايخ المسلمين غلطا عليها كفارة يمين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٧١ ـ قال الشيخ : يجوز للمرأة أن يعطي الكفارة زوجها اذا كان فقيراً ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : لايجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، لدخوله في جملة المساكين .

# كتاب اللعان

مسألة ـ ١ ـ 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 لايجب بالنكول .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ: اللعان يصح بين كل زوجين مكلفين من أهل الطلاق سواء كانا من أهل الشهادة أولم 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 ٨/١٨٤ .

وأحمد والثوري .

وقال أبوحنيفة وأصحابه : لايصح بين الكافرين أواحدهما، ولابين المملوكين أو احدهما ، ولا بين المحدودين في القذف أو أحدهما .

وبالصحة مطلقاً كماقاله الشيخ هنا قال ابن البراج وابنا بابويه والعلامة وابن فهد والشهيد في شرح الارشاد . وقال المفيد وسلار وابن الجنيد : لايصح مطلقاً وقال ابـن ادريس : يجوز اللعان لنفى الولـد دون القذف ، ولم يمنع من لعان المحدود بالقذف من أصحابنا الاابن الجنيد، قال : لان الله سماه كاذباً، والكاذب لاتقبل شهادته حتى يجب به حقاً على زوجته . والمشهور مذهب الشيخ .

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

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

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ: حدالقذف من حقوق الادميين لايستوفى الا بمطالبة آدمى ، ويورث كما يورث حقوق الادميين ، ويدخله العفو والابراء كما يدخل حقوق الادميين ، وبه قال الشافعى .

وقال أبوحنيفة : هو من حقوق الله متعلق بحق الادمى ، ولايورث ولا يدخله العفو والابرآء ، ووافق أنه لايستوفى الا بالمطالبة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : اذا قذف زوجته بزنا اضافه الى مشاهدة أو انتفى من حمل ، كان له أن يلاعن وان لم يضفه الى المشاهدة ، فـان قذفها مطلقاًوليس هناك حمل لم يجز اللعان ، وبه قال مالك .

وقال أبوحنيفة والشافعي : له أن يلاعن بالزنا المطلق .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ : اذا أخبر ثقة أنها زنت ، أو استفاض فى البلد أن فلاناً زنا بفلانة ، ووجد الرجل عندها ولم يرشيئاً ، لايجوز له أن يلاعنها .

وقال الشافعي : يجوز له أن يلاعنها فى الموضعين .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه يشترط دعوى المشاهدة .

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ : اذاكانا ابيضين فجاء ولدهما أسود، أوكانا أسودين فجاء الولد أبيض، لم يجز نفيه . وللشافعي وجهان : أحدهما لايجوز، والاخر يجوز.

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ: الاخرس اذا كانت له كناية مفهومة، أو اشارة معلومة صح قذفه ولعانه ونكاحه وطلاقه ويمينه وسائر عقوده ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : لايصح قذفه ولا لعانه ، ويصح باقي العقود المذكورة .

والمعتمد قول الشيخ ، وتوقف ابن ادريس في صحة لعانه .

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ: اذا قذف زوجته وهي خرساء أوصماء ، فرق بينهما ولم تحل له أبداً .

وقال الشافعي : انكان للخرسآء اشارة معقولة أوكناية مفهومة ، فهي كالناطقة سواء ، وان لم يكن كذلك فهي بمنزلة المجنونة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ : اذا قذف الرجل زوجته ووجب عليه الحد، فأراد اللعان فماتت المقذوفة ، انتقل ماكان لها من المطالبة بالحد الى ورثتها ، ويقومون مقامها فى المطالبة ، وبه قال الشافعي .

---

(١) تهذيب الاحكام ١٩٣/٨ .

وقال أبوحنيفة : ليس لهم ذلك ، بناءاً على أنه من حقوق الله دون الادميين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١١ ـ 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 العصبات .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : اذا لاعن الرجل الحرة المسلمة وامتنعت من اللعان وجب عليها الحد ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : يجب عليها اللعان ، فان امتنعت حبست حتى تلاعن .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٣ ـ 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 أومات ، وسواء كان لها ولد أولم يكن لها ولد ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : ان نفى نسب الولد لكن مات الولد ، فلاحد على القاذف ، وان لم يكن نفى الولد أوكان الولد باقياً ، فالحد على القاذف .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٤ ـ 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 : ولوقذفها 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 فى القذف ثم قذف ثانية

حد ايضاً ، سوآء كان المقذوف هو الاول أو غيره .

ومثله قوله فى القواعد ، وظاهره يدل 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 ـ ١٥ ـ قال الشيخ : اذا تزوج الرجل بامرأة ، وقذفها بزنا اضافه الى ماقبل الزوجية، وجب عليه الحد وليس له أن يلاعن لاسقاطه ، وبه قال الشافعى .

وقال أبوحنيفة : له اسقاطه باللعان، فالاعتبار عندنا بالحالة التى يضاف اليها الزنا ، وعنده بحالة القذف .

واختار فى المبسوط مذهب أبى حنيفة ، واختاره نجم الدين فى الشرايع[1] والعلامة فى المختلف[2] والارشاد ، وقواه فى التحرير ، وهو المعتمد .

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

وهل له اسقاطه باللعان؟ فيه ثلاث مذاهب : فمذهبنا ومذهب الشافعي ان لم يكن هناك نسب، فليس له أن يلاعن، وان كان هناك نسب كان له أن يلاعن. وذهب عثمان البتى الى جواز اللعان، سواء كان هناك نسب أو لم يكن. وذهب الاوزاعي 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 ـ ١٧ ـ قال الشيخ : اذا قذف زوجته وهي حامل ، لزمه الحد وله اسقاطه باللعان ونفي النسب ، وان اختار أن يؤخر حتى ينفصل الولد فيلاعن لنفيه

---

(١) شرائع الاسلام ٣/٩٣ ـ ٩٤ .

(٢) مختلف الشيعة ص٥٨ كتاب الطلاق .

كان له، وان اختار أن يلاعن في الحال وبنفي النسب كان له ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : ليس له أن ينفي نسب الحمل قبل الانفصال، فان لاعن فقد أتى بلعانه الواجب عليه، فان حكم الحاكم بالفرقة فقد بانت الزوجة منه، وليس له بعد ذلك أن يلاعن لنفي النسب ، بل يلزمه النسب ، لان عنده اللعان كالطلاق ولايصح الا في زوجة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ : اذا قذف زوجته بأن رجلا أصابها في دبرها حراماً، لزمه الحد، وله اسقاطه باللعان، وان قذف أجنبية أوأجنبياً في هذا الموضع لزمه الحد وله اسقاطه بالبينة ، ولافرق بين الرمي بالفاحشة في هذا الموضع وبين الرمي بالفرج ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لايجب الحد بالرمي في هذا الموضع .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٩ ـ قال الشيخ: اذا قذف زوجته وامها بأن قال: يازانية بنت الزانية لزمه حدان ، وله اسقاط حد الام بالبينة ، وحد البنت بالبينة وباللعان ، ولايدخل حق احديهما في الاخرى ، وبه قال الشافعي .

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

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

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

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

وقال أبوحنيفة : لايغلظ بالمكان ، ولابالزمان ، ولابالجمع .

والمعتمد قول الشيخ ، لما فيه من الردع ، ولقوله تعالى « وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين »[١].

مسألة ـ ٢٢ ـ 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 ، ولايجوز عنده للحاكم أن يحكم بذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٢٣ ـ قال الشيخ: الترتيب واجب فى اللعان بلاخلاف ، يبدأ بلعان الرجل ثم المرأة ، فان خالف الحاكم وبدأ بلعان المرأة وحكم بالفرقة لم يعتدبه ولم يعتد حكمه .

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

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ : لايجوز للكفاردخول المساجد ، لاباذن ولا بغير اذن وأي مسجدكان ، 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 يجزلهم دخول شيء من المساجد ، لعدم جواز ادخال النجاسة المساجد بلاخلاف .

مسألة ـ ٢٥ ـ قال الشيخ : اذا لاعن الرجل تعلق بلعانه سقوط الحد عنه وانتفاء النسب وزوال الفراش ، وحرمت المرأة على التأبيد ويجب على المرأة الحد، ولعان المرأة لايتعلق به أكثرمن 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 لاينتفي 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 يقرا 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 ، والتحريم على التأبيد لايثبت ، 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 وتأبيد التحريم . ولايكفي في هذه الاحكام الاربعة لعان الزوج

خاصة ، ولايفتقر بعد اللعان الى حكم الحاكم .

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

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢٧ ـ 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 فماكان يميناً قام مقامه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٨ ـ 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 ـ ٢٩ ـ قال الشيخ: اذا حدللاجنبي ، كانله أنيلاعن في حق الزوجة عندنا وعند الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لايلاعن لان المحدود في القذف لايلاعن .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٠ ـ قال الشيخ: اذا أكذب الزوج نفسه بعداللعان ، أقيم عليهالحد ولحقه النسب ، وورثه الابن ولايرث الاب الابن ، وبه قال الشافعي ، الاأنه 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 ـ ٣١ ـ 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 لايكون الا لاسقاط الحد أو نفي النسب، وان كان هناك نسب كان له أن يلاعن لنفيه عندنا وعنده، لان النسب لاينتفى 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 لايجب على الزوج بقذفه حتى يسقط، وانما وجب عليه اللعان فيسقط باعترافها ، وأن حد الزنا لايجب عليها باعترافها ، لانه لا يكفي عنده الاعتراف دفعة واحدة كما قلناه ، ولايجوز عنده اللعان لنفي النسب ، لان اللعان عنده لايجوز لنفى النسب المجرد، وانما يجوز عنده لنفي الفراش ، ثم يتبعه نفي النسب ، واللعان هنا منفرد فلايكون ذلك للزوج .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٢ ـ 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 وفخر الدين ، ويلاعن الزوج وحده لاسقاط الحد عنه ، ولايثبت بلعانه شيء من أحكام اللعان غير دفع الحد عنه .

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

لاعن ونفى النسب انتفى عنه ، وان أخر ذلك الى أن تضع الولد لم يبطل حقه من النفي، فاذا وضعته كان له أن يلاعن في الحال، فان لاعن والا بطل 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 ، وقالا : انا استحسنا جواز تأخير ذلك يوماً أو يومين .

وقال أبو يوسف : له أن يلاعن مدة النفاس لاأكثر . وقال عطا ومجاهد : له أن يلاعن أبداً ، وهو الذي يقتضيه مذهبنا ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم على أن له أن يلاعن أبدا واختار في المبسوط[1] مذهب الشافعي وهو المشهور واستحسن نجم الدين في الشرائع[2] جواز اللعان مالم يعترف به ،كما هومختار الشيخ هنا .

مسألة ـ ٣٤ ـ قال الشيخ : اذا انتفى من ولد زوجته ولم يقذفها، بل قال : وطئك رجل مكرهاً ولست بزانية والولد منه وجب عليه اللعان .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، وهوالاظهر عندهم . والاخر لايجب اللعان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٥ ـ 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، ولاصحابه ثلاث طرق: أحدها مثل قولنا ، والثاني ان المسألتين على قولين : أحدهما يكون قاذفاً فيهما ، والاخر لايكون قاذفاً ، والثالث على

(١) المبسوط ٥/١٩٤ .

(٢) شرائع الاسلام ٣/٩٥ .

اختلاف الحالين، فان قال ذلك الاب أوالاجنبى بعد استقرارالنسب باقراره يكون قاذفاً ، وان قاله قبل استقرار النسب بأن يقوله عقيب الولادة قبل النفى والاقرار فانه لايكون قاذفاً .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٣٦ ـ قال الشيخ : اذا أتت المرأة بولدين توأمين ونفاهما الزوج باللعان فان ارث أحدهما من الاخريكون من جهة الام دون جهة الاب . وللشافعي فى توارثهما من جهة الام قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٣٧ ـ قال الشيخ: البائن باللعان لايجب لها السكنى. وقال الشافعي : يجب .

والمعتمد قول الشيخ .

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

وقال أبو حنيفة : لايصح نفي نسب الميت، واذا لم يصح نفي الميت لم يصح نفي الحي ، لانهماحمل واحد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٣٩ ـ قال الشيخ : اذا نفى الولد باللعان ، ثم مات الولد ورجع الزوج وأقر بنسبه ، فانه لايلحقه ولايرثه الاب ، سواء خلف الولـد ولداً أو لم يخلف ، واذا أقربه ومات الاب قبل الابن ورثه الابن .

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

النسب، سواء مات موسراً أومعسراً ، ولاخلاف بينهم أنه اذا أقربه قبل موته لحقه النسب وتوارثا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٤٠ ـ قال الشيخ: اذا قال الرجل لزوجته : يازان بلا هاء 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 لايمنع من القذف والا فلا، وان قالت المرأة أردت تأكيد المعنى بزيادة الهاء كانت قاذفة والا فلا[1].

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

مسألة ـ ٤١ ـ قال الشيخ : اذا قال رجل لرجل زنأت في الجبل، فظاهر هذا أنه أراد صعدت في الجبل ، ولايكون 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 أبوحنيفة: هو قذف بظاهره .

والمعتمد قول الشيخ ، وجزم به العلامة في التحرير .

مسألة ـ ٤٢ ـ قال الشيخ : اذا قذفها بالزنا فاقيم 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 ص٥٩ 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 فاقيم 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 ـ ٤٣ ـ قال الشيخ: اذا قذفها قبل اقامة الحد ثم أعاد قذفها، فان قذفها بما قذفها بـه أولا ، فعليه حد واحد ، وان قذفها مجدداً كان عليه حد واحد أيضاً وبه قال الشافعي في القديم والجديد الا أنه قال في القديم: ولو قيل ان عليه حدين كان وجهاً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤٤ ـ قال الشيخ : اذا قذف امرأة أجنبية ، ثم تزوجها وقذفها بعد التزويج ، ولم يقم البينة على القذف الاول والثاني، ولا لاعن 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 ـ ٤٥ ـ قال الشيخ: اذاقذف زوجته فلاعنها وبانت باللعان ، ثم قذفها بزنا اضافه الى ماقبل اللعان ، فعليه الحد بهذا القذف .

وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا، والثانى لاحد عليه لان حصانتها تسقط باللعان .

والمعتمد قول الشيخ ، وجزم به العلامة فى التحرير .

مسألة ـ ٤٦ ـ 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 ـ ٤٧ ـ 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 الاجنبية بالبينة .

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

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤٨ ـ قال الشيخ: اذا قذف الرجل أربع نسوة أجنبيات بكلمة واحدة أو قذف أربعة رجال أجانب 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 وأخبارهم[١].

مسألة ـ ٤٩ ـ قال الشيخ : اذا قذف زوجته وهي حامل ، فله أن يلاعن وينفي النسب ، سواء جامعها في الطهر الذي قذفها فيه بالزنا أو لم يجامعها ، وسواء جامعها قبل القذف أو بعده ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي .

وقال مالك: ان أضاف الزنا الى طهر لم يجامعها 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 ـ ٥٠ ـ 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 ببينة ، فان الحد لايسقط 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 بالبينة، أو بالاقرار أربع مرات ، وبالمرة الواحدة يسقط عن القاذف ولايجب على المقذوف هذا هو المشهور عند أصحابنا .

مسألة ـ ٥١ ـ 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 فلاحد عليه .

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

---

(١) تهذيب الاحكام ٨/١٨٤ .

وفي الثاني محكوم بصدقه ، والقذف يكون بما يحتمل الصدق والكذب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، والشيخ (ره) قد اختار فيما مضى قبل هذه المسألة أنه لاحد عليه في الموضع الاول ، كما هو اختيار الشافعي .

مسألة ـ ٥٢ ـ قال الشيخ : اذا قذفها ولاعنها ، فامتنعت من اللعان فحدت ، فقذفها 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 ، ولاقامت عليها به بينة ، فهي باقية على الاحصان .

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

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٥٤ ـ قال الشيخ : اذا قال زنا بدنك يكون صريحاً في القذف ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي ، وقال في القديم : لايكون صريحاً .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار العلامة في التحرير .

مسألة ـ ٥٥ ـ قال الشيخ : كنايات القذف مثل قوله ياحلال ابن حلال أوما أمي زانية ، أولست بزان ، لا يكون قذفاً بظاهرها ، الا أن ينوي بذلك القذف ، سوآء حال الرضا أوحال الغضب ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والشافعي .

وقال مالك : ان كان حال الغضب كان قاذفاً ، وحال الرضا لايكون قاذفاً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٥٦ ـ 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 قولا 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[1] 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 ينتفي الحد عنه، ولايثبت الحد عليها الاباربعة ، فمع الشاهدين ينتفي الحد عنهما .

مسألة – ٥٨ – قال الشيخ : اذا قذف امرأة وادعى أنها كانت أمة أو مشركة حال القذف ، وقالت : ماكنت 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 ٢/٦٩ .

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 ـ ٦٠ ـ قال الشيخ : لايثبت حدالقذف بشهادة على شهادة، ولابكتاب قاض الى قاض ، وبه قال أبوحنيفة . وقال الشافعي : يثبت .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة على أن الشهادة على الشهادة لايقبل في شيء من الحدود، وكتاب قاض الى قاض لايقبل في شيء من الاحكام .

مسألة ـ ٦١ ـ قال الشيخ : التوكيل في استيفاء حدود الادميين مع حضور من له الحد يجوز بلا خلاف ، أما مع غيبته يجوز أيضاً عندنا .

ولاصحاب الشافعي ثلاث طرق، منهم من قال المسألة على قولين : أحدهما يجوز ، والاخر لايجوز الطريق الثاني أن التوكيل يجوز قولا واحداً . والثالث لايجوز قولا واحداً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٦٢ ـ قال الشيخ : اذا ولدله مولود وهنيء به ، فقال المهنى بارك الله لك في مولودك ، أو جعله الله خلفاً لك ، فقال في الجواب : آمين أو اجاب الله دعاك ،كان اقراراً يبطل به النفى وان قال في الجواب: بارك الله عليك أو أحسن الله جزاك ، لم يبطل النفي عند الشافعي، وهو الذي يقوى عندي. وقال أبوحنيفة : يبطل فيهما .

والمعتمد ما قواه الشيخ .

مسألة ـ ٦٣ ـ قال الشيخ: الظاهر من روايات أصحابنا أن الامة لاتصير فراشاً بالوطيء ، ولايلحق به الولد الزاماً ، بل الامر اليه ان شآء أقربه ، وان شاء لم يقر.

وقال الشافعي : تصير فراشاً بالوطيء ، ويلزمه الاقرار بالولد اذا أمكن أن

يكون منه ، لكن يكون مملوكاً له قبل الاقرار، ولايثبت 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 ـ ٦٤ ـ قال الشيخ: لايثبت اللعان بين الزوجين قبل الدخول ، وخالف جميع الفقهآء 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[1] واختاره فخر الدين وابن فهد في المقتصر[2]، وهو المعتمد.

مسألة ـ ٦٥ ـ قال الشيخ : يعتبر في الحاق الاولاد امكان الوطىء ، ولايكفى التمكين فقط وقدرته ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : المعتبر قدرته وتمكينه من الوطى دون امكان الوطي ، 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 لستة أشهر لحقه الولد ولا يمكنه نفيه باللعان .

الثانية : قال لو تزوج مشرقي بمغربية، ثم أتت بولد من حين العقد لستة أشهر فانه يلحقه وان حصل العلم أنه لايمكنه 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 ، ولاشيء للثاني نعوذ بالله من هذا المذهب ومن القائلين به .

---

(١) مختلف الشيعة ص٥٥ ، كتاب الطلاق .

(٢) المقتصر في شرح المختصر ـ مخطوط .

# كتاب العدة

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : الاظهر فى روايات أصحابنا أن التى لم تحض ومثلها لا تحيض والائسة من المحيض ومثلها لا تحيض ، لاعدة عليهما من طلاق وان كان مدخولابهما، 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 ـ ٢ ـ قال الشيخ : الاقراء هى الاطهار ، وبه قال مالك والشافعى . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد والثوري : الاقراء الحيض .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٣ـ قال الشيخ : اذا رأت الدم من الحيضة الثالثة، فقد انقضت عدتها.

وللشافعى قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثانى لاتنقضى 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 ٨/١١٧ .

والمعتمد قول الشيخ في المبسوط ، قال : فان كان لها عادة مستقيمة ، فاذا رأت الدم من الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها، وان كان قد تقدم دمها على ماجرت به العادة لم تنقض حتى يمضى أقل أيام الحيض[١]. وهو اختيار ابن ادريس والعلامة في القواعد[٢] والتحرير[٣] ، واختار في المختلف مذهبه هنا ، وهو انقضآء العدة برؤية الدم الثالث ، سوآء كان لها عادة أو لم يكن .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ : أقل مايمكن أن ينقضي 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 أبوحنيفة : 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 أقرآء .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ: الذي عليه أصحابنا ورواياتهم به أن المطلقة اذا مرت بها ثلاثة أشهر بيض لايرى 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 ٥/٢٣٥ .

(٢) قواعد الاحكام ٢/٦٨ .

(٣) تحرير الاحكام ٢/٧٠ .

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 الثانيـة أو الثالثة ، صبرت أقصى مدة الحمل ، ثم اعتدت بعد ذلك بثلاثة أشهر ، ولافرق بين أن يكون المحتبس الدم الثاني أو الثالث ، وفي رواية عمار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام أنها تصبر سنة ، ثم تعتد بثلاثة أشهر ، ونزلها الشيخ في النهاية[1] على احتباس الدم الثالث، وهومذهبه 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 يبقى بشهر .

واذا انقطع الدم لعارض، فلايخلو : اما أن يكون معلوماً، كالحمل والرضاع والمرض أوغير 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

(١) النهاية ص ٥٣٣ .

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

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

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ: اذا زوج صبي صغير امرأة فمات عنها ، لزمها عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً ، سواء كانت حاملا أو حائلا ، وسواء ظهر الحمل بعد وفاة الزوج أو كان موجوداً قبل وفاته ، وبه قال مالك والشافعي .

وقال أبوحنيفة وأصحابه : ان ظهر الحمل بعد الوفاة اعتدت بالشهور كقولنا 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 : لو مات 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[1].

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

---

(١) تحرير الاحكام ٢/٧٢ .

وقال مالك : تلفق الايام التامة، ولاتلفق الانصاف والساعات . وقال أبوحنيفة تقضي مافات من الشهر ، فيحصل الخلاف بيننا وبينه اذا كان الشهر ناقصاً ومضى عشرون يوماً،عندنا تحسب مابقي وهو تسعة وتضم اليه أحد وعشرين يوماً، وعنده تقضي ما مضى وهو عشرون يوماً .

وقال أبومحمد بن بنت الشافعي : اذا مضى بعض الشهر سقط اعتبار الاهلة من الشهور كلها ، وتحتسب الجميع بالعدد ، فيكون تسعين يوماً .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، واختاره ابن ادريس ونجم الدين والعلامة .

واعلم أن قوله « اذا طلقت في اخر الشهر اعتدت بالاهلة بلاخلاف،وان طلقت في وسط الشهر سقط اعتبار الهلال » مراده بآخر الشهر آخر جزء منه وأول جزء من المستقبل ، ومراده بوسط الشهر مابين 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، أوبآخر عن أول جزء من الشهر بساعة حصل الانكسار .

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

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

قال: والمعتمد الاول، لقوله تعالى «وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن»[1] وهذا هو المعتمد، وهو اختيار ابن ادريس، ونجم الدين ، والعلامة ، وفخر الدين

---

(١) سورة الطلاق : ٤ .

والثاني اختياره في النهاية[١]، واختيار ابن البراج وابن حمزة .

مسألة ـ ٩ ـ 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 بـه 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 ، ولامساو 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 لايكون 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 لايلحق به، ويكون مطابقاً لكلام العلامة في التحرير وكلام نجم الدين في الشرايع ، الا اذا ادعت انقضاء العدة قبل مضى 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 ص٥١٧ .

(٢) شرائع الاسلام ٣/٣٨ .

وهما يحكمان بلحوقه، فلافرق بين قولهما وقوله الا في هذه الصورة فاعلم ذلك .

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ: اذا خلا بها ولم يدخل بها، لايجب عليها العدة ولايجب المهر كملا على أكثر روايات أصحابنا ان كان هناك مايعتبر به عدم الوطىء بأن يكون المرأة بكراً فتوجد كهي فلايحكم به ، وان كانت ثيباً حكم في الظاهر بالاصابة ، ولايحل لها جميع الصداق الا بالوطىء .

وقال أبو حنيفة : الخلوة كالاصابة على كل حال . وقال مالك : الخلوة التامة يرجح بها قول مدعي الاصابة من الزوجين ، وهي مايكون في بيت الرجل ، وما لم يكن تامة لايلحق به ، وهي ما كانت في بيت المرأة .

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

وقال في الجديد: لاتأثير للخلوة ولايرجح بهاقول المدعى للاصابة، ولايستقر بها المهر عندهم ، وهذا هو المعتمد المشهور عند أصحابنا ، فان ادعت الاصابة لزمتها العدة ، وان لم يقبل قولها في حق الرجل بكمال المهر ، ولافائدة لهذه الدعوى بعد الموت ، لان الموت موجب للعدة وكمال المهر وان لم يدخل .

واختار ابن فهد (ره) في كتابيه قول مدعي الوطىء ، لان الظاهر من حال الصحيح السليم اذا خلافي زوجته الوطىء ، فتقبل قول مدعيه عملا بالظاهر .

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

مسألة ـ ١١ ـ 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: انثبت ذلك بالبينة ، فالعدةمن حين الموت وانلم يثبت بالبينةبل بالخبروالسماع، فالعدة من حين الخبر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وطريقة الاحتياط .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : الامة اذا طلقت ولم تكن حاملا فعدتها قرءان ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال داود : عدتها ثلاثة أقراء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : اذا كانت الامة من ذوات الشهور ، فعدتهاخمسة وأربعون يوماً .

وللشافعي ثلاثة أقوال : أحدها أن عدتها شهران فى مقابل حيضتين، والثاني ثلاثة أشهروهو الصحيح عندهم ، والثالث مثل قولنا، وهوالمعتمد، واستدل الشيخ عليه باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ١٤ ـ 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 ، وانكان باينا فعلى قولين . وقال في القديم : ان كان باينا أكملتعدة أمة ، وان كانرجعياً فعلى قولين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٥ ـ قال الشيخ : الامة اذا كانت تحت عبد وطلقهاطلقة ثماعتقت ثبت له عليها رجعة بلاخلاف ولها الفسخ ، فان فسخت سقط حق الرجعة بلا

(١) تهذيب الاحكام ٨/١٣٤ .

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 ، والاخر على عدة الحرة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ: اذا تزوج امرأة ، ثم اختلعها ، ثم تزوجهاوطلقها قبل الدخول بها لاعدة عليها ، وبه قال داود ، ولها أن تتزوج في الحال .

وقال جميع الفقهاء : عليها العدة ، لقوله تعالى « ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فمالكم عليهن من عدة تعتدونها »[١].

والمعتمدقول الشيخ، وهواختيارالعلامة فيالقواعد والمختلف[٢] والتحرير ونجم الدينفىالشرائع[٣]، وظاهرالشيخ في المبسوط وجوبالعدة، 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 قبلعدة المتعة الاولى ، لعدم جواز اجتماع المائين في فرج مباح .

بخلاف مسألة الخلع ، لان الخلع لايصح الابعد الاستبراء كالطلاق ، فاذا عقد بعد ذلك وطلق قبل الدخول، ثم نكحت غيره قبل العدة ، لم يحصل اجتماع المائين ، لحصول الاستبراء المتخلل بين النكاحين ، بخلاف مسألة المتعة، لعدم حصول الاستبراء قبل النكاح الثانى ، فيحصل اجتماع المائين وهو غير جايزفافهم

---

(١) سورة الاحزاب : ٤٩ .

(٢) مختلف الشيعة ص٦٩ كتاب الطلاق .

(٣) شرائع الاسلام ٣/٤٦ .

ذلك، فان كثيراً من الناس يعبر مسألة المتعة على مسألة الخلع، وهو غلط، لحصول الفرق بما بيناه .

مسألة ـ ١٧ ـ قال الشيخ : اذا طلقها طلقة 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: تبنى، وهو قول مالك . وقال في الجديد: تستأنف وهو قول أبي حنيفة ، وهو أصح القولين عندهم . وهو المعتمد .

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ : عدة المتوفى عنها زوجها اذاكانت حائلا أربعة أشهر وعشرة أيام بلاخلاف، والاعتبار بالايام دون الليالي عندنا، فاذا غربت الشمس من يوم العاشر انقضت العدة ، وبه قال جميع الفقهآء الا الاوزاعي ، فانه قال : لاتنقضي الا بطلوع الفجر من اليوم العاشر .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٩ ـ قال الشيخ : عدة المتوفى عنها زوجها اذاكانت حاملا بأبعد الاجلين من وضع الحمل ومن أربعة أشهر وعشرة أيام. وقال جميع الفقهاء : عدتها وضع الحمل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ: المتوفى عنها زوجها لانفقة لها على كل حال، حائلا كانت أوحاملا ، الا أن أصحابنا رووا أنها اذاكانت حاملا 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 ـ ٢١ ـ قال الشيخ: المتوفى عنها تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام، سواء حاضت ثلاثة أقراء أولم تحض . وبه قال أبوحنيفة والشافعي .

وقال مالك: ان كان عادتها أن تحيض فى كل خمسة أشهر دفعة ، فانها تعتد بالشهور ولايراعى الحيض، وان كان عادتها أن تحيض في كل شهر مرة لاتنقضي عدتها بالشهور حتى يستبين أمرها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وبقوله تعالى « والذين يتوفون منكم »[1] الاية .

مسألة ـ ٢٢ ـ قال الشيخ: المطلقة البائنة لاتستحق النفقة ولا السكنى عندنا الا أن يكون حاملا ، وبه قال ابن حنبل .

وقال الشافعي : لاتستحق النفقة وتستحق السكنى ، وبه قال مالك والثوري والاوزاعي . وقال أبوحنيفة وأصحابه : تستحق النفقة والسكنى معاً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢٣ ـ قال الشيخ : الفاحشة التى تحل اخراج المطلقة من بيت زوجها أن تشتم أهل الرجل وتؤذيهم، وبه قال الشافعى. وقال ابن مسعود والحسن البصري : الفاحشة أن تزنى فتخرج ليقام عليها الحد ، ثم ترد الى موضعها .

والمعتمد أن أدنى الفاحشة التى تخرج لها أن تؤذى أهله ، وتستطيل عليهم بلسانها .

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ: اذا أحرمت المرأة بالحج، ثم طلقها زوجها ووجب عليها العدة، فان كان الوقت ضيقاً بحيث تخاف فوت الحج ، فانها تخرج وتقضى حجها ، ثم تعود فتقضى باقى العدة ان بقى عليها شىء ، وان كان الوقت واسعاً أوكانت محرمة بعمرة ، فانها تقيم وتقضى عدتها ، ثم تحج أو تعتمر ، وبه قال

---

(١) سورة البقرة : ٢٣٤ .

الشافعي .

وقال أبو حنيفة : عليها أن تقيم وتعتد وليس عليها الخروج ، سواء كان الوقت ضيقاً أو واسعاً . وكلام الشيخ لابأس به ، وحكاه صاحب التحرير ساكتاً عليه .

مسألة ـ ٢٥ ـ قال الشيخ : المتوفى عنها يلزمها الحداد طول العدة ، وبه قال جميع الفقهاء، الا الشعبي والحسن البصري، فانهما قالا: يلزمها الحداد في بعض العدة لافي جميعها .

والمعتمد قول الشيخ ، وعليه اجماع الفرقة .

مسألة ـ ٢٦ ـ قال الشيخ : المطلقة البائن لايجب عليها حداد عندنا ، سواء كانت مطلقة بالثلاث أو بانت 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 ـ٢٧ـ قال الشيخ: المتوفى عنها زوجها اذا كانت صغيرة وجب عليها الحداد ، وينبغي لوليها أن يجتنبها مايجب 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 التكاليف الشرعية ، وهي لايجب على الصغيرة ، واختاره العلامة في المختلف[1].

مسألة ـ ٢٨ ـ 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 ـ ٢٩ ـ 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 ـ ٣٠ ـ 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 الفرقة .

مسألة ـ ٣١ ـ قال الشيخ: اذا نكحت المعتدة ووطئها الناكح ، وهما جاهلان بتحريم الوطىء أوكان الواطىء جاهلا والمرأة عالمة، فلاحد على الواطى ويلحقه النسب وتحرم عليه على التأبيد ، وبه قال مالك والشافعي في القديم . وقال في الجديد : تحل له بعد انقضاء العدة ، وبه قال أهل العراق .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٣٢ ـ قال الشيخ : المفقود الذي لايعرف خبره تصبر زوجته أربع سنين ، ثم ترفع امرها الى السلطان لينفذمن يتعرف خبره في الافاق فان عرف له خبراً لم يكن لها طريق الى التزويج وان لم يعرف له خبراً أمر وليه ينفق عليها، فان انفق عليها فلاطريق 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 ، وتعتدعدة الوفاة ، وتحل للازواج . وروي ذلك عن ابن عباس ومالك وأحمد ، وظاهر كلام الشافعي يدل على أن مدة التربص تكون

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

وقال في الجديد : انها تكون على الزوجية ابداً لاتحل للازواج الامع علم وفاته، وهو أصح القولين عندهم، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه وأهل الكوفة بأسرهم ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وغيرهم .

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

مسألة ـ٣٣ـ 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 نصروا 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 وسلار وابن ادريس : هي أملك بنفسها ، واختاره نجم الدين والعلامة ، وهو المعتمد .

مسألة ـ٣٤ـ قال الشيخ : المدبرة اذا مات عنها سيدها ، اعتدت بأربعة أشهر وعشرة أيام ، فان اعتقها في حال حياته ، ثم مات عنها بثلاثة أقراء .

وقال أبوحنيفة وأصحابه: المدبرة لاعدة عليها لموت سيدها ولااستبراء، أما ام الولد فانها تعتد بثلاثة اقراء ، سواء مات عنها سيدها أو أعتقها في حال حياته ولاتجب 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 والشرايع 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 مهذبه وقال ابن ادريس : لاعدة 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 أولا ، ولابأس بهذا لاصالة البراءة .

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

وقال الشافعي : تستبرءان بقرء واحد ، وهل هو طهر أو حيض ؟ على قولين.

والمعتمد أن الاستبراء بحيضة أو بخمسة وأربعين يوماً ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة ـ ٣٦ ـ قال الشيخ : ام الولد اذا زوجها سيدها غيره ثم مات الزوج وجب عليها ان تعتد أربعة أشهر وعشرة أيام ، سواء مات سيدها فى 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 ـ ٣٧ ـ قال الشيخ: اذا ملك أمة بابتياع ، فان وطئها البايع ، فلا تحل للمشتري وطؤها الا بعد الاستبراء اجماعاً ، وهكذا اذا أراد المشتري تزويجها،

وكذا ان أراد أن يعتقها ثم يتزوجها بعد عتقها ، فلابد من الاستبراء ، وهكذا ان استبرأها ووطئها ثم أراد تزويجها ، فلابد 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[1] والعلامة في القواعد والارشاد في باب نكاح الاماء . أما تزويجها في الغير ، فلايجوز قبل الاستبراء وان أعتقها .

مسألة ـ ٣٨ ـ 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 لايجوز الا بعد الاستبراء ، وهو الاحوط ، وبه قال الشافعي . أما جواز تزويجها ، فانه يجوز قبل الاستبراء أجماعاً .

والمعتمد الجواز ، لكن يشترط في المخبر بالاستبراء العدالة .

مسألة ـ ٣٩ ـ قال الشيخ : اذا ملك أمة بابتياع أوهبة أو ارث أو استغنام ، فلايجوزله وطؤها الا بعد الاستبراء ، صغيرة كانت أوكبيرة ، بكراً أو ثيباً ، تحبل أولا تحبل ، لايختلف الحال في ذلك الا اذا كانت في سن من لاتحيض مثلها وجب الاستبراء ، وان كانت ممن لايوطأ مثلها فلااستبراء .

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

قال الشيخ : وهذا مثل قولنا ، وذهب داود وأهل الظاهر الى أنها ان كانت ثيباً وجب الاستبراء ، وان كانت بكراً فلااستبراء .

والمعتمد أنه لافرق بين انتقالها بالبيع وغيره من وجوه الانتقالات ، فكل

---

(١) شرائع الاسلام ٣/٤١ .

من وجب استبراؤها بالبيع وجب بغيره، وكل من لايجب استبراؤها بالبيع لايجب بغيره ، فلافرق بين هذه المسألة والتي قبلها .

مسألة ـ ٤٠ ـ 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 ـ ٤١ ـ قال الشيخ : الاستبراء واجب على البايع والمشتري على ظاهر روايات أصحابنا ، وبه قال النخعي والثوري .

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

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

وقال في باب بيع الحيوان : ويجب على البايع استبرآء الامة قبل بيعها . ومثله قال في الارشاد والشرائع[1]، وهذا هو المعتمد .

مسألة ـ ٤٢ ـ قال الشيخ: اذا ثبت وجوب الاستبرآء على المشتري ، فمتى قبضها استبرأها في يده حسناء كانت أوسوءاً ، وبه قال أبوحنيفة والشافعي .

وقال مالك : ان كانت وحشة استبرأها في يده ، وان كانت فائقة استبرأها في يد عدل ثم يسلم اليه .

---

(١) شرائع الاسلام ٣/٤١ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤٣ ـ قال الشيخ: اذا ملكها جاز له التلذذ بمباشرتها ووطئها فيمادون الفرج ، سواء كانت مشتراة أو مسبية .

وقال الشافعي: ان كانت مشتراة ، فلايجوز له شيء من ذلك على حال ، لانه لايأمن أن يكون حاملا، فيكون أم ولد لغيره، وان كانت مسبية فيه وجهان: أحدهما لايجوز ، والثاني يجوز ، وهو المذهب ، فعنده على هـذا الوجه يجوز التلذذ فيما دون الوطى .

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

مسألة ـ ٤٤ ـ قال الشيخ: اذا اشترى أمة حاملا كره له وطؤها الى أن تصير لها أربعة أشهر ، فاذا مضى ذلك لايكره له وطؤها في الفرج .

وقال الشافعي : لايجوز وطؤها حتى تضع .

والمعتمد ان كانت حاملا من وطىء صحيح أو شبهة لم يجز الوطىء قبلا حتى تضع، وان جهل حاله أو كان عن زنا جاز في الحال على كراهية حتى يمضي أربعة أشهر ، ولايكره بعدها كما قاله الشيخ هنا .

مسألة ـ ٤٥ ـ قال الشيخ : اذا عجزت المكاتبة عن ادآء ثمنها ففسخ السيد وجاز له الوطىء، وكذا لو ارتد السيد أو الامة، ثم عاد الى الاسلام، جاز الوطىء 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، ولايكفي عنده عدة المطلقة عن الاستبراء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٤٦ ـ قال الشيخ : اذا اشترى مجوسية ، فأستبرأها ثم اسلمت كفى ذلك الاستبراء . وقال الشافعي : لايكفى .

والمعتمد قول الشيخ .

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

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

والمعتمد جواز وطئها عقيب الاستبراء وان لم يقض حق الغرماء ، لانها مملوكته ولايمنع المديون من وطيء مملوكته .

مسألة ـ ٤٨ ـ قال الشيخ : اذا باع جارية فظهر بها حمل ، فادعى البايع أنه منه ولم يكن أقر بوطئها عند البيع ولم يصدقه المشترى ، 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[1].

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

---

(١) شرائع الاسلام ٣٨/٣ .

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

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 وأبوحنيفة 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 ـ ١ ـ 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، كما قاله ابن ادريس، وهو المشهور بين الاصحاب .

مسألة ـ ٢ ـ 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 عبدالرحمن استاد مالك، وحماد بن سلمان[1] استاد أبي حنيفة، والاصم، وابن علية وهواستاد الاصم، وبه قال أهل الظاهرداود وسعيد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ٣ـ قال الشيخ: من أصحابنا من قال: الذي يحرم من الرضاع عشر رضعات متواليات، لم يفصل بينهما برضاع امرأة اخرى . ومنهم من قال : خمس عشرة رضعة وهو الاقوى ، أو رضاع يوم وليلة ، أو ماأنبت اللحم وسد العظم اذا لم يتخلل بينهن رضاع امرأة أخرى . وحد الرضعة مايروى الصبي دون المصة . وقال الشافعي وأحمد : لايحرم الا خمس رضعات مفترقات ودونها لايحرم . وقال أهل الظاهر : أقله ثلاث رضعات . وقال مالك والاوزاعي وأبوحنيفة وأصحابه: الرضعة الواحدة والمصة حتى لوكان 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 لايمنعه من الرضاع مانع من مرض أوغيره. ولابد أن يحصل مسمى الرضاع، ففي هذين القسمين يحصل نشر الحرمة من غير خلاف بين أصحابنا .

وانما الخلاف في العدد، والمعتمد الانتشار بعشر رضعات، وهومذهب المفيد والسيد المرتضى وابن البراج وابن حمزة وابن أبي عقيل ، واختاره العلامة في المختلف ، وابن فهد في كتابيه ، لانه أحوط ، وعليه روايات كثيرة ، واشتراط 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 أرجع فيه الى العرف، ومذهب الشيخ هنا التقدير بمايروي

(١) فى الاصل : أبى سليمان .

الصبي ، واختاره فخر الدين ، فعلى هذا يعلم ريه بأن يصدر من نفسه .

مسألة ـ ٤ ـ 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 ـ ٥ ـ 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»[1] واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ: لافرق بين أن يكون المرتضع 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 ـ ٧ ـ 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 ـ ٨ ـ 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 ـ ٩ ـ قال الشيخ : اذا حقن باللبن لم ينشر الحرمة .

وللشافعي قولان : أحدهما لاينتشر ، وهو الصحيح عندهم ، وبه قال أبو حنيفة والاخر ينشر ، وبه قال محمد ، واختاره المزني .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ : اذا شيب اللبن بغيره ثم سقى المولود ، لم ينشر الحرمة ، غالباً كان اللبن أو مغلوباً ، وسواء شيب بجامد كالدقيق والسويق والارز وشبهه ، أو بمايع كاللبن والخل والماء ، مستهلكاً أوغير 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 بمايع فان كان غالباً نشر ، وان كان مغلوباً لم ينشر .

وقال أبو يوسف ومحمد : الغالب ينشر والمغلوب لاينشر ، ولافرق بين المايع والجامد ، ولو شيب لبن امرأة بلبن امرأة أخرى وشربه مولود ، قال أبو حنيفة هو ابن التي غلب لبنها . وقال محمد : هو ابنهما . وقال أبو يوسف كقول أبي حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ .

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

والمعتمد قول الشيخ .

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

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : لبن الميتة لاينشر الحرمة ، ولو ارتضع أكثر الرضعات حال الحياة وتمامها بعد الوفاة لم ينشر الحرمة ، وبه قال الشافعي .

وقال مالك وأبوحنيفة وأصحابه : لبنها بعد وفاتها كلبنها في حياتها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٤ ـ 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 نجم‌الدين 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 فخرالدين ، وهو مذهب الشافعي .

وقال أبوحنيفة : ان قصدت الفسخ ضمنت ، وان لم يقصد لم يضمن . وقال مالك : لايضمن ، سواء قصدت أولم يقصد ، وهو اختيار الشيخ هنا .

مسألة ـ ١٥ ـ قال‌الشيخ : قدبينا أنه لايلزم المرضعة ضمان، ومن‌قال يلزمها اختلفوا ، فقال الشافعي : يلزمها نصف مهر مثلها لانصف المسمى .

وقال أبوحنيفة : يلزمها نصف المهر ، وهو المعتمد ، الا اذا سعت الصغيرة وارتضعت من الكبيرة بغيرشعورها فان المهريسقط ، ولايلزم‌الزوج ولا المرضعة شيء ، نص عليه العلامة في القواعد[1].

(١) قواعد الاحكام ٢/ ١١ .

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ : اذا كان له زوجة كبيرة لها لبن من غيره ، وله ثلاث زوجات صغار لهن دون الحولين، فارضعتهن واحدة بعد واحدة، فاذا ارضعت الاولى الرضاع المحرم انفسخ نكاحها ونكاح الكبيرة ، فاذا أرضعت الثانية ، فان كان دخل بالكبيرة انفسخ نكاح الثانية، وان لم يدخل بها فنكاحه بحاله ، لانها بنت من لم يدخل بها ، فاذا أرضعت بعد ذلك الثالثة صارت الثالثة أخت الثانية من الرضاع ، فانفسخ نكاحها ونكاح الثانية ، وبه قال أبوحنيفة 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 ـ ١٧ ـ قال الشيخ : لاتقبل شهادة النسآء عندنا في الرضاع بحال. وقال ابن أبي ليلى : لاتقبل شهادتهن منفردات الافي 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 ومنضمات، والمشهور القبول مطلقاً منفردات ومنضمات ، وهو اختيار المفيد وسلار وابن حمزة وابن أبي عقيل ونجم الدين والشهيد والعلامة وفخر الدين .

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ : قدقلنا ان شهادة النسآء لاتقبل في الرضاع لامنفردات ولامنضمات، 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 أبوحنيفة : كلما يثبت بالنساء على الانفراد يثبت بواحدة .

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

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

مسألة ـ ١٩ ـ قال الشيخ : اذا قال الرجل لمن هو أكبرمنه سناً أومثله : هذا ابنـي من الرضاع ، أوقالت المرأة ذلك ، سقط قولهما ولايقبل اقرارهما ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : يقبل لانه يقول لوقال لمن هو أكبر منه سناً هذا ابنى وكان عبده عتق عليه .

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

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ : لودر 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 ـ ١ ـ قال الشيخ : يجوز للرجل أن يتزوج أربعاً بلاخلاف، والاستحباب أنه لايزيد على من يعلم أنه يقوم بها .

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

والمعتمد كلام الشيخ .

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ : من وجب اخدامها من الزوجات لايجب عليه أكثر من خادم واحد ، وبه قال الشافعي .

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

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣ ـ 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 وثلث .

وقال مالك: نفقة الزوجة غيرمقدرة، بل عليه الكفاية والاعتبار بها لا به . 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 ـ ٤ ـ قال الشيخ : اذا كان الزوج كبيراً والزوجة صغيرة لايجامع مثلها فلا نفقة لها ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحد قولي الشافعي الصحيح عندهم ، والثاني لها النفقة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : اذا كانا صغيرين فلانفقة لها ، وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٦ ـ 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 أوغيرها ، واذا أحرمت باذنه لم تسقط نفقتها، سواء أحرم معها أو أحرمت وحدها . وللشافعي قولان في احرامها وحدها : أحدهما تسقط ، والاخر لاتسقط .

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ : اذا اعتكفت باذنه وحدها لم تسقط نفقتها . وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ : اذا صامت تطوعاً ، فان طالبها بالافطار فامتنعت كانت ناشزاً تسقط نفقتها .

وللشافعي قولان : أحدهما تسقط، والاخر لاتسقط، لانها لم يخرج عن قبضه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ : اذا نشزت سقطت نفقتها ، وبه قال جماعة الفقهاء . وقال الحكم : لاتسقط .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ : اذا اختلف الزوجان بعد أن سلمت نفسها في قبض المهر والنفقة، روى أصحابنا أن القول قول الزوج وعليها البينة، وبه قال مالك .

وقال أبو حنيفة والشافعي: القول قول الزوج مع يمينها، وهذا هو المعتمد . وكذا لو ادعى النشوز كان القول قولها، وهو فتوى القواعد. أما لو أنكر التمكين قبل تسليمها نفسها ، كان القول قوله . وكذا لو ثبت النشوز ثم ادعت العود الى الطاعة ، قال : القول قوله .

مسألة ـ ١١ ـ 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 : احدهما مثل قولنا ، وهو الصحيح عندهم ، والاخر لها النفقة في زمان الردة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : اذا كانا وثنيين أو مجوسيين ، ثم سلم اليها نفقة شهر مثلا، ثم أسلم الزوج وقف النكاح على انقضاء العدة ، فان أسلمت كانت زوجته وان لم تسلم حتى خرجت العدة بانت 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 . والاخر ليس له استرجاع شيء منها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٣ ـ 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 ـ ١٤ ـ قال الشيخ : المطلقة البائن والمختلعة لاسكنى لها ، وبه قال ابن حنبل واسحاق ، وقال باقي الفقهاء : لها السكنى .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

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

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ : البائن اذا كانت حاملا ، كان لها النفقة بلا خلاف وينبغي أن يعطي نفقة يوم فيوم .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، وهو أصحهما عندهم ، والاخر لايعطى حتى يضع .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٧ ـ 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 : لايجب على الجد ، وانما يجب على الاب لاغير .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٨ ـ 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»[1] فكان الخطاب منصرفاً الى الاباء . وقال أبويوسف ومحمد : عليها أن تنفق لكن تتحملها عن الاب ، فاذا أيسر بها رجعت عليه بما أنفقت عليه .

مسألة ـ ١٩ ـ 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 ـ ٢٠ ـ 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 ـ ٢١ ـ قال الشيخ : تجب النفقة على الاب والجد معاً، وبه قال الشافعي وأبوحنيفة . وقال مالك : لاتجب النفقة على الجد ، كما لاتجب عليه .

والمعتمد قول الشيخ .

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

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

---

(١) سورة الطلاق : ٦ .

مسألة ـ ٢٣ ـ قال الشيخ : الوالد اذا كان كامل الاحكام، مثل أن يكون عاقلا كامل الخلقة ، بأن لايكون زمناً الا أنه فقير محتاج ، وجب على ولده الانفاق عليه .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لايجب الانفاق عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ : الولد اذاكان كامل الاحكام والخلقة وكان معسراً ، وجب على والده أن ينفق عليه .

وللشافعي طريقان : أحدهما ان المسألة على قولين كالاب ، ومنهم من قال : ليس عليه أن ينفق عليه قولا واحداً ، لان حرمة الاب أقوى، لان الولد يقاد للاب، ولايقاد الاب بالولد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٥ ـ قال الشيخ: اذاكان أبواه معسرين ولايفضل عن نفقة نفسه الا نفقة أحدهماكان بينهما بالسوية .

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

والمعتمدقول الشيخ. وكذالوشاركهما الاولاد، فلولم ينتفع به مع المشاركة أقرع بينهما أو بينهم .

مسألة ـ٢٦ـ قال الشيخ : اذاكان له ابن مراهق كامل الخلقة ناقص الاحكام ، واب كامل الاحكام ناقص الخلقة ، ومعه مايفضل لنفقة أحدهما فهما سواء .

وللشافعي وجهان : أحدهما الابن أولى ، لان نفقته ثبتت بالنص ونفقة الاب بالاجتهاد ، والثاني الاب أولى ، لان حرمته أعظم من حرمة الابن .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٧ ـ قال الشيخ : اذاكان له أب وأب أب معسرين ، أو ابن وابن

ابن معسرين ، ومعه ما يكفي أحدهما ، انفـق على الاب دون الجد ، وعلى الابن دون ابـن الابن . وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر هو بينهما .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الاب أقرب من الجد ، والابن أقرب من ابنه.

مسألة ـ٢٨ـ قال الشيخ : اذاكان معسراً وله أب وابن موسرين ،كانت نفقته عليهما بالسوية . وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر نفقته على أبيه دون ابنه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٢٩ ـ 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 ولايتجاوزهما .

ويليه قول الشافعي فانه قال : يقف على العمودين الاباء وان علوا والاولاد وان سفلوا الذكور والاناث ولـم يتجاوز العمودين ، ويـليه مذهب أبي حنيفة ، فـانه أوجبها على كـل ذي رحم محرم بـالنسب ، فأوجبها للعمودين وللاخـوة وأولادهم وان نزلوا والاعمام والاخوال دون أولادهم ، وبالجملة لكل من يحرم نكاحه . والرابع مذهب عمر بن الخطاب ، فانه أوجبها لكل من يعرف بقرابته، سواء حرم نكاحه أولا .

قال الشيخ : والذي يقتضيه مذهبنا ماقاله الشافعي ، وهو المعتمد .

مسألة ـ ٣٠ ـ قال الشيخ : اذا وجبت النفقـة على الرجل أمانفقة يوم فيوم أومازاد عليه للزوجة أوغيرها من ذوي النسب وامتنع من اعطائه ، ألزمه الحاكم اعطائه ، فان لم يفعل حبسه ، فان لم يفعل ووجدله من جنس ماعليه أعطاه ، وان كان من غير جنسه باع عليه وأنفق على من يجب نفقته ، وبه قال الشافعي .

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

هو البيع ، ولايبيع عليه الا الذهب والورق ، فانه يبيع كل منهما بالاخر ويوفى ماعليه ، وأجاز في نفقة الزوجة اذاكان 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 ـ ٣١ ـ قال الشيخ: ليس للرجل أن يجبر زوجته على الرضاع لولدها منه ، شريفة كانت أو مشروفة ، ميسرة أو معسرة ، دنية كانت أو نبيلة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة .

وقال مالك: له اجبارها اذاكانت معسرة دنية، وليس له ذلك اذا كانت شريفة موسرة. وقال أبو ثور: له اجبارها على كل حال، لقوله تعالى«والوالدات يرضعن أولادهن »[1] وهذا خبر معناه الامر .

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

مسألة ـ٣٢ـ قال الشيخ : البائن اذاكان 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 ، والاخر ليس له نقله عنها ويلزمه أجرة المثل وهو اختيار أبي حامد .

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

---

(١) سورة البقرة : ٢٣٣ .

فلايجوز حينئذ الانتزاع ، وانما ينتزعه مع عدم تنزع الام ، لقوله تعالى « وان تعاسرتم فسترضع له أخرى »[1] وهذه طلبت الاجرة مع وجود متبرعة فقد تعاسرا.

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

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

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

مسألة ـ ٣٤ ـ قال الشيخ : اذا بانت المرأة من الرجل وبينهما ولد ، فان كان طفلا لايميز فهى أحق به بلاخلاف ، وان كان طفلا 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 ـ ٣٥ ـ 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

---

(١) سورة الطلاق : ٦ .

فالام أحق ، وان كانت الام متنقلة، فان انتقلت من قرية الى قرية فهى أحق به ، وان انتقلت من بلد الى قرية فالاب أحق به ، لان في السواد يسقط تعليمه وتخريجه .

ولو قيل: المقيم أحق من المسافر لكان وجهاً لان الحضانة ارفاق في حق الصبي والسفر مشتمل على المشاق ، فلا يحصل معه الارفاق ، فاذا عاد المسافر عاد حقه.

مسألة ـ ٣٦ ـ قال الشيخ : اذا تزوجت الام سقط حقها من الحضانة ، وبه قال أبو حنيفة ومالك والشافعي . وقال الحسن البصري : لايسقط .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ٣٧ـ قال الشيخ : اذا طلقها زوجها عاد حقها من الحضانة ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة . وقال مالك : لايعود ، لانه قد سقط بالتزويج .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور عند أصحابنا ، الا ابن ادريس فانه اختار مذهب مالك .

مسألة ـ ٣٨ ـ قال الشيخ : اذا طلقها طلقة رجعية لم يعد حقها ، وان طلقها بائناً عاد ، وبه قال أبو حنيفة والمزني . وقال الشافعي : يعود على كل حال .

والمعتمد قول الشيخ، فان خرجت عدة الرجعية ولم يرجع استحقت الحضانة.

مسألة ـ ٣٩ ـ قال الشيخ : الاخت للاب أولى بالحضانة من الاخت للام، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : الاخت من الام أولى ، وبه قال المزني وأبو العباس بن سريج .

وصاحب القواعد[١] حكم باولوية الاخت من الابوين، ولم يذكر الاخت من الاب خاصة . وفي التحرير[٢] حكى كلام الشيخ ساكتاً عليه . وقال في المختلف:

---

(١) قواعد الاحكام ٢/ ٥١ .

(٢) تحرير الاحكام ٢/ ٤٣ .

ونحن في هذه المسألة من المتوقفين[١]، وابن ادريس منع من حضانة غير الابوين والجد للاب خاصة ، وكلام الشيخ هنا لابأس به ، لكثرة نصيبها والتوقف من جهة التساوي في الدرج .

مسألة ـ ٤٠ ـ 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 ـ ٤١ ـ قال الشيخ : لابي الام وأم أبي الام حضانة . وقال الشافعي : لاحضانة لهماوهما بمنزلة الاجنبي .

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

مسألة ـ ٤٢ ـ قال الشيخ : اذا لم يكن أم وهناك أم أم ، أوجدة أم وهناك أب فالاب أولى . وقال الشافعي : أم الام وجداتها أولى من الاب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤٣ ـ قال الشيخ : اذاكان مع الاب أخت من أم أو خالة اسقطهما. وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر أنهما يسقطانه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤٤ ـ قال الشيخ : العمة والخالة اذا اجتمعتا تساوتا وأقرع بينهما. وقال الشافعي : الخالة أولى قولا 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 ص٢٧ كتاب النكاح .

(٢) تحرير الاحكام ٢/٤٤ .

(٣) قواعد الاحكام ٢/٥٢ .

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

والمعتمد قول الشيخ .

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

احتج الشيخ بأنهما متساويان في الدرج ، فيتساويان في الحضانة .

مسألة ـ ٤٧ ـ قال الشيخ : اخت أب وجد متساويان . وللشافعي وجهان : أحدهما الجد أولى ، والثاني الاخت أولى .

احتج الشيخ بتساويهما بالدرج .

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

احتج الشيخ بآية اولي الارحام ، ولابأس به .

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

والمعتمد قول الشيخ .

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

احتج الشيخ بآية أولي الارحام .

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

ولايلزم مولاه نفقته ، لانه ليس بعبده .

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

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٥٢ ـ قال الشيخ : لايجب 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 ـ ٥٣ ـ قال الشيخ : اذا ثبت ماقلنا من أنها تجب نفقة يوم بيوم ، فان استوفت نفقة هذا اليوم فلاكلام ، 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 ـ ٥٤ ـ قال الشيخ : اذا تزوج الرجل امة فاحبلها ثم ملكها، كان الولد حراً على كل حال وكانت ام ولده .

وقال الشافعي: اذا ملكها، فان كانت حاملا عتق ولدها ولايصير ام ولد، وان ملكها بعد الوضع لايصير ام ولد ، سواء ملكها وحدها أو مع الولد .

وقال أبو حنيفة : اذا علقت 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 لايصير ام ولد الااذا علقت منه وملكه أما الولد فهو حر مالم يشترط مولاها رقبته في عقد النكاح .

مسألة ـ ٥٥ ـ قال الشيخ : اذا أسلف زوجته نفقة شهر ثم مات أو طلقها بائنا فلها نفقة يومها ، وعليها رد مازاد 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 بانت بالموت أما بالطلاق فلا ، لان المبتوتة لها النفقة عنده .

والمعتمد قول الشيخ .

# كتاب الجنايات

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : يقتل الحر بالحرة ، واذا رد 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 ـ ٢ ـ قال الشيخ: لايقتل مسلم بكافر ، سواء كان معاهداً أو مستأمناً أو حربياً ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : يقتل بالذمي ، ولايقتل بالمستأمن ولابالحربى ، لان المستأمن عند أبي حنيفة كالحربي .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ : اذا قتل كافر كافراً ثم أسلم القاتل لم يقتل بالكافر، وبه قال الاوزاعي . وقال جميع الفقهاء : يقتل به .

والمعتمد قول الشيخ ، ويلزم الدية ان كان المقتول ذادية ، والا فلاشيء عليه.

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ: اذاقتل الحر عبداً لايقتل به، سواء كان عبد نفسه أو عبد

---

(١) تهذيب الاحكام ١٠/١٨٨ .

غيره وعليه قيمته ، وبه قال الشافعي . وقال النخعي : أقتله به سواء كان عبده أو عبد غيره . وقال أبو حنيفة : يقتل بعبد غيره ولايقتل بعبد نفسه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[١].

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : اذا جنى العبد تعلق أرش الجناية برقبته ، فاذا أراد السيد أن يفديه ، كان بالخيار بين أن يسلمه برمته ، وبين أن يفديه بأرش جنايته.

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر يفديه باقل الامرين من قيمته وأرش جنايته ، وهذا هو المشهور عند أصحابنا ، وهو المعتمد .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ : اذا قتل عبداً عشرة أعبد ، فأراد سيده أن يقتلهم ، كان له ذلك اذا رد مافضل عن قيمة عبده . وقال الشافعي : له قتلهم ولايرد شيئاً.

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ : اذا اختار قتل خمسة وعفى عن خمسة ، كان عليه أن يرد على موالي الخمسة الذين قتلهم مافضل عن نصف قيمة عبده ، وليس له على الذين عفا عنهم شيء .

وقال الشافعي : لايرد على موالي الذين قتلهم شيئاً ، وله على موالي الذين عفا عنهم نصف الدية .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ : دية العبد قيمته مالم يتجاوز دية الحر فيرد اليها ، وبه قال أبو حنيفة ومحمد ، الاأنه قال: الاعشرة دراهم من دية الحر. وقال الشافعي: قيمته بالغاً مابلغت ، وبه قال مالك والثوري وأبو يوسف وأحمد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ : لايقتل الوالد بولده ، سواء قتله حذفاً بالسيف أو

(١) تهذيب الاحكام ١٠/١٩١ .

ذبحاً أو بأي وجه كان ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والثوري والشافعي وأحمد.

وقال مالك : ان قتله حذفاً بالسيف فلاقود ، وان ذبحه أو شق بطنه فعليه القود وبه قال عثمان البتي .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[١].

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ : الام اذا قتلت ولدها قتلت به ، وكذلك امهاتها وامهات الاب وان علون، أما الاجداد فيجرون مجرى الاب لايقادون به لتناول الاسم لهم. وقال الشافعي وباقي الفقهاء: لايقاد واحد من الاجداد والجدات والام وامهاتها من الطرفين فى الولد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[٢].

مسألة ـ ١١ ـ قال الشيخ: لايرث الزوجة من القصاص شيئاً وانما يرثه الاولياء فان قبلوا الدية كان لها نصيبها من القصاص .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : اذا كان أولياء المقتول جماعة فعفى أحدهم ، لم يسقط حق الباقين من القصاص ، وكان لهم ذلك اذا ردوا بقدر نصيب العافي .

وقال الشافعي وباقي الفقهاء : اذ عفى أحدهم سقط حق الباقين من القصاص ووجب لهم الدية على قدر حقوقهم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[٣].

مسألة ـ ١٣ ـ 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 ١٠/٢٣٦ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٠/٢٣٧ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٠/١٧٦ .

والحرتين، والحروالحرة، والعبدين والامتين، والعبدوالامة، والكافرين والكافرتين والكافر والكافرة ، ويقطع أيضاً الناقص بالكامل ، ولايقطع الكامل بالناقص، وكل شخصين لايجرى بينهما القصاص في النفس لايجرى فى الطرف ، كالحر بالعبد والمسلم والكافر طرداً وعكساً ، وبه قال الشافعي الأن عندنا اذا اقتص للحرة من الحر في الاطراف ردت فاضل الدية .

وقال أبو حنيفة : الاعتبار في الاطراف بالتساوي فى الديات ، فان تساويافى الدية جرى بينهما القصاص في الاطراف ، كالحرين المسلمين والكافرين والكافر والمسلم ، فان الدية عنده واحدة ، والكافرتين والمسلمتين والكافرة والمسلمة، وان اختلفا في الدية سقط القصاص بينهما في الاطراف كالرجل والمرأة ، وكذالايقطع العبد بالحر عنده ، لان قيمته قيمة العبد لايدرى كم هي ولايتفقان أبدا في الديـة والقيمة ، ولايقطع عبد بعبد ، لان القيمة لايتفقان فيها حقيقة ، وانما هـو تقريب ، فعنده أن اطراف العبد لاتؤخذ 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 ـ١٤ـ قال الشيخ : اذا قتل جماعة واحداً قتلوا به بشرطين : أحدهما أن يكون كل واحد منهم مكافياً له ، بحيث لو انفرد بقتله قتل ، وهو أن لايكون فيهم مسلم يشارك للكفار في قتل كافر ولاوالد مشارك غيره في قتل ولده. والثانى أن يكون جناية كل واحد لو انفردت حصل بها التلف ، وبه قال مالك وأبوحنيفة وأصحابه والشافعي وأحمد .

الا أن عندنا لايقتلون بواحد الا مع رد دية مازاد عن واحد ، ومتى أرادأولياء المقتول قتل واحد منهم ، كان لهم ذلك ورد الباقون على أولياء المقتول قوداً ما

زاد على حصته ولم يعتبر ذلك أحد من الفقهاء .

وقال محمد بن الحسن : القياس ألايقتل جماعة بواحد ، ولاتقطع أيد بيد، ولكن تركنا القياس في القتل للاثر ، وتركنا الامر في القطع على القياس. وذهبت جماعة منهم ابن سيرين والزهري الى أن الجماعة لاتقتل بالواحد ، ولكن للاولياء قتل واحد ويأخذون من الباقين حصصهم من الدية . وذهبت جماعة منهم ربيعة بن عبدالرحمن وأهل الظاهر الى أن الجماعة لاتقتل بالواحد ولاواحد منهم، وتجب الدية بالحصة على عدد الجناة .

والمعتمد قول الشيخ، فان كان المشارك ممن لايقتل بالمقتول كالاب والاجنبي في قتل الولد والحر والعبد في قتل العبد، كان للولي قتل الاجنبي ويرد الاب على ولي الاجنبي بقدر حصته ، وللسيد قتل العبد ويرد الحر على مولى المقتول قوداً ما قابل ديته .

مسألة ـ ١٥ ـ قال الشيخ : اذا ثبت أنه يقتل الجماعة بواحد، فأولياء المقتول مخيرون بين العفو عنهم ، وبين أن يقتلوا الجميع ويردوا فاضل الدية ، وبين أن يقتلوا واحداً ويرد الباقون 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 الباقين من كل واحد قدر نصيبه من الدية .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ : اذا قطع واحد يد انسان وآخر رجله وأوضحه الثالث فسرى الى نفسه فهم قتلة ، فان أراد ولي الدم قتلهم قتلهم ، وليس له أن يقتص منهم ثم يقتلهم . وقال الشافعي : له ذلك .

(١) تهذيب الاحكام ١٠/١٧٧ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٧ ـ قال الشيخ : اذا اجتمع جماعة على واحد في جرح يوجب القود ، كقلع العين وقطع اليد ونحو ذلك فعليهم القود ، وبه قال الشافعي ومالك وأحمد . وقال الثوري وأبوحنيفة : لاتقطع الجماعة بالواحد .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ : اذا ضربه بمثقل يقصد بمثله القتل غالباً ، كاللت والدبوس والخشبة الثقيلة والحجر فعليه القود ، وكذا اذا قتله بكلما يقصدبه القتل غالباً، مثل أن حرقه اوغرقه ، أوغمه حتى تلف ، أوهدم عليه بيتاً ، اوطينه عليه بغير طعام حتى مات ، أو والى عليه بالخنق حتى قتله ، ففى هذاكله القود .

واذا ضربـه بعصى خفيفة فقتله ، نظرت فان كان نضو الخلقة ضعيف القوة يموت مثله منها فهو عمد ، وان كان قوي الخلقة لم يكن عمداً محضاً ، وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي .

وقال الشعبي والنخعي : اذا قتله بمثقل أي مثقل كان لاقود عليه ، وكذا بجميع ما ذكرناه ، وفصل أبوحنيفة فقال : لا قود الا اذا قتله بمحدد أو بالنار ، أو بمثقل حديد كالعمود ونحوه ، ولافود فيما عداه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٩ ـ قال الشيخ : اذا أخذ صغيراً فحبسه ظلماً، فوقع عليه حائط أوقتله سبع أولسعته حية أوعقرب فمات كان عليه ضمانه وبه قال أبوحنيفة . وقال الشافعي: لاضمان عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، وقد سبقت في كتاب الغصب ، واستدل هنا باجماع الفرقة وأخبارهم ، قال : ولومات حتف أنفه فلا ضمان بلا خلاف .

مسألة ـ ٢٠ ـ قـال الشيخ : اذا طرحه في النار على وجه لايمكنه 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 لخرج منها ، أو يقول : أنا أقدر على الخروج لكنـي 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 هـو الصحيح الذي نذهب اليه ، وهو المعتمد ، وهو اختيار العلامة في القواعد[1].

مسألة ـ ٢١ ـ قال الشيخ : اذا القاه في لجة البحر فغرق ، كان عليه القود ، سواء كان يحسن السباحة أولايحسنها ، 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 قولا واحداً ، وهو الصحيح ، وهذا هو المعتمد اذا علم أنه ترك الخروج مع قدرته عليه .

مسألة ـ ٢٢ ـ قال الشيخ : اذا ألقاه في لجة البحر ، فقبل وصوله الى الماء ابتلعته سمكة للشافعي فـي وجوب القود قولان : أحدهما عليه القود ، لانه أهلكه بنفس الالقاء ، وهو الصحيح . والثاني لاقود عليه ، لان الهلاك حصل بغيره ، كما لو رماه من شاهق فاستقبله آخر بسيف فقده نصفين ، فان القود على القاتل بالسيف دون الملقي .

والمعتمد اختيار الشيخ ، وهو اختيار العلامة في القواعد والمختلف[2] ، وقوى

---

(١) قواعد الاحكام ٢/٢٧٩ .

(٢) مختلف الشيعة ص٢٧١ ، كتاب القصاص .

صاحب الشرائع[١] عدم القود ، وهو قوي .

مسألة ـ ٢٣ ـ قال الشيخ : يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس، ويدخل دية الطرف في دية النفس ، مثل أن يقطع يده ثم يقتله ، أو يقلع عينه ثم يقتله ، فليس عليه الاقتله أو دية النفس ، ولا يجمع بينهما ، وبه قال أبوحنيفة .

وقال الشافعي : يدخل دية الطرف في دية النفس ، ولايدخل قصاص الطرف في قصاص النفس . وقال أبوسعيد الاصطخري : لايدخل دية الطرف في دية النفس أيضاً. وقال أبوحامد: يدخل قصاص الطرف في قصاص النفس، ويدخل ديته في ديتها .

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 مثلا وقتله بها، فليس له الاقتله، وهو اختيار الشيخ في النهاية[٣]، واختاره صاحب الشرائع[٤] والعلامة في التحرير ، وهو المعتمد .

مسألة ـ ٢٤ ـ 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 لاقود عليه .

---

(١) شرائع الاسلام ١٩٨/٤ .

(٢) المبسوط ٢٢/٧ .

(٣) النهاية ص٧٧٤ .

(٤) شرائع الاسلام ٢٠٢/٤ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٥ ـ 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 الجناية عمداً ، والدية كاملة ان كانت خطاء ، لان الاسلام حصل في الطرفين حال الجناية وحال استقرارها .

مسألة ـ ٢٦ ـ قال الشيخ : اذا قطع مسلم يد مسلم، فارتد ولحق بدار الحرب أوقتل في حال الردة أومات لاقصاص عليه .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا، وهو اختيار أبي العباس. والثاني عليه القصاص، وهو المذهب عندهم، وهو اختيار أبي حامد . استدل 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 ـ ٢٧ ـ قال الشيخ : اذا جنى جان على عبد غيره في حال الرق فقطع يده ، ثم أعتق فجنى عليه آخران حال الحرية ، فقطع أحدهما يده والاخر رجله فعلى الجاني حال الرق ثلث قيمة العبد حال جنايته مالم يتجاوز ثلث دية الحر ، فان تجاوزت ردت اليها .

وللشافعي قولان : أحدهما للسيد أقل الامرين من ثلث الدية وأرش الجناية ، والاخر أقل الامرين من ثلث القيمة وثلث الدية مثل ماقلناه ، وهذا هو المعتمد .

مسألة ـ ٢٨ ـ قال الشيخ : الامام عندنا لايأمر بقتل من لايجب قتله لانه معصوم

ولكن يجوز ذلك في الامير ، فمتى أمرغيره بقتل من لايجب 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 : لاقود 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 ، أوعلم بفسق الشهود ، فانه لايعذر ويجب القصاص على المباشر ، أما لوقال ان الخروج من طاعة نائب السلطان فساد وظننت ذلك مبيحاً ، فالوجه أنه شبهة يسقط بها القصاص ويثبت الدية على المباشر وهو اختيار العلامة في التحرير، وظاهر القواعد أن امر السلطان شبهة يسقط القود ولم يفصل ، وهو قوي .

مسألة ـ ٢٩ ـ قال الشيخ : اذا أكره الامير غيره على قتل من لايجب قتله ، فقال له : ان قتلته والافقلتك، لم يحل له قتله بلاخلاف ، فان خالف وقتل فان القود على المباشر دون الملجيء ، وفرض الفقهاء ذلك في الامام المتغلب مثل الخوارج وغيرهم ، والخلاف في الامام والامير واحد .

وللشافعي قولان : أحدهما يجب عليهما القود، كأنهما باشرا قتله ، وبه قال زفر قال : فان عفى الاولياء فعلى كل منهما نصف الدية والكفارة . والقول الثاني على الملجيء 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 أبوحنيفة ومحمد : القود على المكره وحده ، ولاضمان على المكره

في قود ، ولادية ولا كفارة . وقال أبو يوسف : لاقود على المكره ولاعلى الامام ، أما المكره فلانه ملجأ ، وأما الامام فلانه مباشر القتل .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٠ ـ 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 مميزاً عاقلا يعلم أن ما أمره به معصية، كان القود على العبد، وان كان صغيراً أو كبيراً لايميز ويعتقد أن جميع مايأمره سيده واجب عليه، كان القود على السيد ، ثم قال : والاقوى في نفسي ان كان العبد عالماً 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 لايعقل أو كبيراً أعجمياً جاهلا يعتقد وجوب طاعة مولاه، ولايعلم أنه لاطاعة في معصية الله تعالى، فعلى السيد القود ، لان العبد ينصرف عن رأيه ، فكان بمنزلة السكين والسيف .

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 المامور حراً صغيراً أو كبيراً جاهلا 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 مراهقاً فأمره بقتل رجل فقتله ، فالحكم يتعلق بالمأمور .

قال الشيخ : وجملة القول في هذه المسائل : أن المأمور ان كان عاقلا مميزاً فالضمان عليه، وان لم يكن عاقلا ولامميزاً اما لصغره أولجنونه،فالضمان على الامر.

ومراد الشيخ أن هذا جملة مذهب الشافعي ، وليس مذهباً له هنا ، لان مذهبه هنا قوله : ويقوى في نفسي أنه ان كان صغيراً أومجنوناً، 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[1] أوضح في الحكم وأقرب الى الادلة العقلية ، لان المجنون وغير المميز آلة محضة .

واعلم أن اختيار المبسوط هو مذهب الشافعي، وهو المعتمد .

مسألة ـ ٣١ ـ قال الشيخ : اذا جعل السم في طعام نفسه ، ثم قربه الى الغير ولم يعلم أنه مسموم فأكله فعليه القود .

وللشافعي قولان : أحدهما عليه القود ، والثاني لاقود عليه بل الدية .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٢ ـ 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 قولا واحداً والثاني حكمه كما لوجعله في طعام نفسه ، ومذهب الشيخ في المبسوط[2] كمذهبه هنا ، واستشكله نجم الدين والعلامة وفخر الدين ، ولم يفتوا بشيء .

---

(١) المبسوط ٧/٤٣ .

(٢) المبسوط ٧/٤٥ .

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 ـ ٣٣ ـ قال الشيخ : اذا قتل مرتد نصرانياً له ذمة أوعهد ، فان رجع الى الاسلام فانه لايقاد به ، وان لم يرجع قيدبه .

وللشافعي قولان: أحدهما عليه القود، وهو اختيار أبي حامد، سواء رجع الى الاسلام أولم يرجع .

والمعتمد قول الشيخ، وهو اختيار نجم الدين، والعلامة في الارشاد والتحرير[1] لان الكفر كالملة الواحدة .

مسألة ـ ٣٤ ـ قال الشيخ: اذا قتل نصراني مرتداً وجب عليه القود ، وليس للشافعي فيه نص ، ولاصحابه ثلاثة أوجه : أحدها لاقود ولادية، وبه قال اسحاق ، ومنهم من قال : عليه القود فان عفى فعليه الدية . وقال أبو الطيب بن سلمة : عليه القود فان عفى فلادية .

والمعتمد وجوب القود ، والدية لا تثبت الا صلحاً ، وذلك في كل موضع تجب فيه القود .

مسألة ـ ٣٥ ـ قال الشيخ : اذا زنا وهو محصن ، فقد وجب قتله وصار مباح الدم ، وعلى الامام قتله ، فان قتله رجل من المسلمين فلاقود .

وللشافعي قولان : أحدهما وهو المذهب مثل قولنا ، وقال بعض أصحابه :

---

(١) تحرير الاحكام ٢/٢٤٨ .

عليه القود .

والمعتمد لاقود ولادية .

مسألة ـ ٣٦ ـ قال الشيخ : روى أصحابنا أن من أمسك انساناً فجاء آخر فقتله ، أن على القاتل القود وعلى الممسك أن يحبس أبداً حتى يموت ، وبه قال ربيعة .

وقال الشافعي : ان أمسكه متلاعباً مازحاً فلاشيء عليه ، واذا أمسكه للقتل أو ليضربه، ولم يعلم أنه يقتله، فقد أثم وعليه التعزير، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه.

وقال مالك : انكان متلاعباً فلاشيء عليه ، وانكان للقتل فعليهما القود ، كما لواشتركا في قتله .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الطائفة وأخبارهم .

مسألة ـ ٣٧ ـ قال الشيخ: ولوكان معهم ردء ينظرلهم ، فانه تسمل عينه ولا يجب قتله . وقال أبوحنيفة: يجب على الردء القتل دون الممسك . وقال مالك : يجب على الممسك القتل دون الردء . وقال الشافعي : لايجب القود الا على المباشر دون الممسك والردء .

والمعتمدقول الشيخ ، واستدل باجماع الطائفة وأخبارهم .

مسألة ـ ٣٨ ـ قال الشيخ : اذا جنى على عين غيره فنخسها وقلع حدقته ، كان للمجنى عليه أن يقتص منه ، لكنه لايتولي بنفسه ، لانه لايدري كيف يستوفى، فربما فعل أكثر ممايجب بلاخلاف ، وله أن يوكل ، فاذا وكل كان للوكيل أن يقتص بأي شيء يمكن من ذلك ، سواءكان باصبعه أو بحديدة ، وان أذهب ضوءها ولم يجن على العين شيئاً، فانه يبل قطناً 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 أذهب ضوءها ، فله أن يفعل به مثل مافعل ، فان ذهب والا أمكن 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 لئلا يأخذ أكثر من حقه .

واختار صاحب القواعد أنه ليس له الاقتصاص الا بحديدة معوجة، لانه أسهل. ولابأس به . وان أذهب 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 ، ولولم يحسن وجب .

مسألة ـ ٣٩ ـ قال الشيخ : روى أصحابنا أن عمد الصبي والمجنون خطاء وهما سواء ، فعلى هذا يسقط القود عنهما ، والدية على العاقلة مخففة .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا، والاخر في قتلهما الدية مغلظة حاله في مالهما .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٤٠ ـ قال الشيخ: القتل العمد يوجب القود فقط، فان اختار الولي القصاص فعل، وان اختار العفو فعل وسقط حقه من القصاص ولايثبت 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 .

وللشافعي قولان : أحدهما أن موجب القتل أصلان القود أو الدية ، وهو اختيار أبي حامد. والثاني موجبه 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 القولين معاً ثبتت الدية بالعفو، سواء رضي الجاني أو سخط ، وبه قال سعيد ابن المسيب وعطا وأحمد واسحاق .

واختاره من أصحابنا ابن الجنيد وابن أبي عقيل من المتقدمين والعلامة في موضع من القواعد ، وابن فهد من المتأخرين . قال العلامة في القواعد : اذا عفى 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 سواه، فان طلب الدية ورضي الجاني صح ولو امتنع لم يجبر[1]. ووجه الوجوب أن ذلك يتضمن حفظ النفس ، وحفظ النفس واجب ، وهو لايتم الا ببذل المال، ومالايتم الواجب الا به، فهو واجب، وهذا حسن، وان كان المشهور قول الشيخ.

مسألة ـ ٤١ ـ قال الشيخ: الدية يرثها الاولاد ذكوراً واناثاً، للذكر مثل حظ الانثيين ، وكذا الوالدان ، ولايرث 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 النسآء ، فان عفوا على مال كان المال لمن يرث الدية . وقال ابن أبي ليلى : يرثه الانساب من الرجال والنسآء ، ولايرثه ذو سبب وهو الزوجية ، قال : لان الزوجية يزول بالوفاة ، وهذا يورث للتشفي ولاتشفي بعد زوال الزوجية .

والمعتمد أن الدية يرثها جميع من يرث المال كما قاله الشافعي ، وكل من

---

(١) قواعد الاحكام ٢/٢٩٩ .

يرث المال يرث القصاص الا الزوج والزوجة، فانهما يرثان الدية، ولا يرثان القصاص وهو مذهب الشيخ في المبسوط، واختاره ابن ادريس، والعلامة، وفخر الدين.

مسألة ـ ٤٢ ـ قال الشيخ: اذا كان أولياء المقتول جماعة لا يولى على مثلهم جاز لواحد منهم أن يستوفي القصاص وان لم يحضر شركاؤه، سواء كانوا في البلد أو كانوا غائبين، بشرط أن يضمن لمن لا يحضر نصيبه من الدية.

وقال جميع الفقهاء: ليس له ذلك حتى يستأذنه ان كان حاضراً أو يقدم ان كان غائباً، وهذا هو المشهور عند متأخري أصحابنا، وهو المعتمد، فان بادر أحدهم عزر وضمن حصص الباقين.

مسألة ـ ٤٣ ـ قال الشيخ: اذا كان بعض الاولياء رشيداً لا يولى على مثله، وبعضهم يولى عليه لصغر أو جنون، كان للكبير أن يستوفى القصاص في حق نفسه دون حق المولى عليه، بشرط أن يضمن له نصيبه من الدية، ولو كان الولي واحداً مولى عليه لصغر أو جنون وله أب أو جد لم يكن لاحد أن يستوفي له حتى يبلغ أو يفيق، سواء كان القصاص في الطرف أو في النفس أو بموت، فيقوم وارثه مقامه.

وقال الشافعي: اذا كانوا جماعة بعضهم مولى عليه، لم يكن للكبير العاقلة أن يستوفي حقه ولا حق الصغير، بل يصبر حتى يبلغ الطفل أو يفيق المجنون أو يموت، فيقوم وارثه مقامه، وبه قال أبو يوسف.

وان كان الوارث واحداً مولى عليه، لم يكن لابيه ولا لجده أن يستوفيا، بل يصبر حتى يبلغ، سواء كان القصاص في الطرف أو في النفس مثل ما قلناه.

وقال أبو حنيفة: ان كان بعضهم كباراً وبعضهم صغاراً، فللكبير أن يستوفي القصاص في حقه وحق الصغير، حتى لو قتل الزوج وله أطفال، كان للزوجة أن يستوفى حقها وحق الاطفال، ولو قتلت الزوجة ولها أطفال، كان للزوج أن يستوفي

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 طفلا، كان لوالده 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 لايولى عليه، فهل يجوز للكامل استيفاء حقه بشرط ضمان حصة الناقص من الدية؟ جوزه الشيخ بناءاً على مذهبه من جواز المبادرة لكل واحد من الشركاء ، ومنعه الشافعي بناءاً على مذهبه من عدم جواز المبادرة لاحد من الشركاء مع غيبة الباقين، وعلى القول بعدم الجواز، كما هو مذهب الشافعي وأكثر أصحابنا، فانه يلزم التأخير حتى يزول الولاية عمن هي عليه وحينئذ يحبس القاتل لوجوب حفظ حقوقهم ولايتم الا بالحبس ، واستشكله نجم الدين وجعله العلامة احتمالا .

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 ـ ٤٤ ـ 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 لايتبعض .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

(١) تهذيب الاحكام ١٠/١٧٧ .

مسألة ـ ٤٥ ـ قال الشيخ : يجوز التوكيل في استيفاء القصاص بلاخلاف، ويجوز للوكيل استيفاؤه بحضرته بلاخلاف. أمافي حال غيبته، فالذي يقتضيه مذهبنا الجواز أيضاً .

ولاصحاب الشافعي ثلاث طرق: أحدها يجوز قولا واحداً ، والثاني لايجوز قولا واحداً ، ومنهم من قال على قولين : أحدهما يجوز ، وهو الصحيح عندهم والثاني لايجوز ، وبه قال أبو حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، اذ لامانع منه .

مسألة ـ ٤٦ ـ قال الشيخ: اذا قتل واحد عشرة أنفس مثلا ، ثبت لكل واحد من أولياء المقتولين القود ، لايتعلق حقه بحق غيره ، فان قتل بالاول سقط حق الباقين ، وان بادر واحد منهم فقتله سقط حق الباقين ، 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 الباقين لاالى بدل .

وقال عثمان البتى: يقتل بجماعتهم ، فاذا قتل سقط من الديات واحدة، وكان مابقي من الديات في تركته يأخذها أولياء المقتولين بالحصص .

والمشهور قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1]، واختار فخر الدين مذهب الشافعي، ولافرق عنده بين أن يقتل بالاول أو بالاخير، ولابين أن يقتله بعض الاولياء بقرعة أو غير قرعة ، لئلا يبطل دم المسلمين ، ولابأس به .

مسألة ـ ٤٧ ـ قال الشيخ : اذا قطع يد رجل وقتل الاخر ، قطعناه باليد وقتلناه بالاخر ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : يقتل ولايقطع ، لان القصد اتلافه .

(١) تهذيب الاحكام ١٠/١٧٧ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٤٨ ـ قال الشيخ : اذاقطع يد رجل، فقطع المجني عليه يدالجانى ثم اندمل المجنى عليهوسرى القطع الى نفس الجاني كانهدراً، 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 ـ ٤٩ ـ 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 لاالى بدل .

قال الشيخ : ولو قلنا بقول أبي حنيفة لكان قوياً ، لان الدية لاتثبت عندنا الا بالتراضي وقد فات ذلك . والمعتمد الاول ، لئلا يبطل دم المسلم .

مسألة ـ ٥٠ ـ قال الشيخ : اذا قتل اثنان رجلا ، وكان أحدهما لو انفرد بقتله قتل به دون الاخر، لم يخل من أحد أمرين : اما أن يكون القود لايجب على أحدهما لمعنى فيه أو فى فعله ، فان كان لمعنى فيه مثل أن يشارك أجنبياً في قتل ولده، أو نصرانياً في قتل نصراني ، أو عبداً في قتل عبدفعلى شريكه القتل دونه ، وان كان لمعنى في فعله مثل أن يكون أحدهما متعمداً والاخر مخطأ محضاً أوعمداً لخطاء 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 الرد في صورة الخطاء من العاقلة ، فانهم يردون على

(١) شرائع الاسلام ٤/٢٠٢ .

(٢) قواعد الاحكام ٢/٢٨١ .

(٣) تحرير الاحكام ٢/٢٤٣ .

أولياء الشريك المقاد قدر حصة الخاطي من الدية .

مسألة ـ ٥١ ـ قال الشيخ : اذا قطع رجل يدرجل من الكوع ، ثم قطع آخر تلك اليد من المفصل قبل اندمال الاول ، ثم سرت الى نفسه فمات ، فهما قاتلان عليهما القود ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : الاول قاطع، والثاني هو القاتل ، يقطع الاول ويقتل الثاني لانه قطع سراية الاول ، لانه لايتجدد منه الالم بعد قطع الثاني .

والمعتمد قول الشيخ ، لان السراية حدثت عن القطعين وألمهما باق ، فالتخصيص بالثاني دون الاول ترجيح من غير مرجح .

مسألة ـ ٥٢ ـ 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 بلاخلاف ، وان أراد ديته 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 لاتؤخذ بالناقصة ، فيثبت في هذه الحكومة اذا كان القاطع كاملا ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة ـ ٥٣ ـ قال الشيخ : اذا قتل غيره بما يجب فيه القود ، من السيف والحرق والغرق والخنق ، أو منع الطعام أو الشراب أو غيرذلك ، فانه لايستقاد منه الا بحديد ، ولايقتل كما قتل .

وقال الشافعي في جميع ذلك يقتل كما قتل . وقال أبو حنيفة : لايستقاد منه الا بمثقل الحديد والنار ، وماعداهما لايستقاد منه الا بالحديد مثل ماقلناه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٥٤ ـ 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 ، والباضعة 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 ـ ٥٥ ـ 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 مابينهما .

وقال الفقهاء : وله أن يوضح ويأخذ فضل مابين الجنايتين ، فان كانت هاشمة فله أن يوضح ويأخذ خمساً ، وان كانت منقلة فله أن يوضح ويأخذ عشراً ، وكذلك في المأمومة ، وهذا هو المعتمد ، جزم به نجم الدين في الشرائع[1] ، والعلامة في كتبه .

مسألة ـ ٥٦ ـ 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 بالاخرى وان خالفت مع تعذر المماثلة .

والمعتمد مذهب الشيخ ، وهو اختيار نجم الدين ، والعلامة في القواعد [١] والارشاد والتحرير [٢] ، عملا برواية حبيب السجستاني ، واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٥٧ ـ قال الشيخ : اذا قطع يداً كاملة الاصابع ويده ناقصة اصبعاً ، فالمجني عليه بالخيار بين العفو على مال فله نصف الدية ، وبين أن يقبض في اليد الناقصة ويأخذ دية الاصبع ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : ان اختار أن يقطع اليد الناقصة ، فليس له أن يأخذ دية الاصبع المفقودة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٥٨ ـ قال الشيخ : لايؤخذ 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 ـ ٥٩ ـ قال الشيخ : اذا ثبت أنه لاقصاص فيها، ففيها ثلث الدية وقال جميع الفقهاء : فيها حكومة .

والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٦٠ ـ قال الشيخ : اذا قطع اصبع رجل ، فسرت الى كفه فذهب كفه ثم اندملت فعليه فى الاصبع والكف القصاص .

وقال الشافعي : عليه القصاص في الاصبع دون الكف . وقال أبوحنيفة : لاقصاص عليه أصلا .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٦١ ـ قال الشيخ : اذا أوضح رأسه فذهب ضوء عينه ،كان عليه القصاص في الرأس وضوء العين معاً، وهو أحد قولي الشافعي ، والاخر لاقصاص في الضوء مثل الكف ، وفي أصحابه من قال : في الضوء القصاص قولا واحداً مثل ماقلناه .

وقال أبوحنيفة : لاقصاص في الموضحة ، وانما القصاص في الضوء . وقال أبويوسف ومحمد لايسقط القصاص في الموضحة بالسراية الى ضوء العين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٦٢ ـ قال الشيخ: اذا قطع يدرجل ،كان للمجني عليه أن يقتص في الحال والدم جار ، لكن يستحب لـه أن يصبر لينظر مايكون منها من اندمال أو سراية ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة ومالك : لايجوز القصاص حتى يعلم مايكون من اندمال أو سراية، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1]، والمشهور عند أصحابنا اختياره هنا، وهو المعتمد .

---

(١) المبسوط ٣٠٣/٧ .

مسألة ـ٦٣ـ قال الشيخ: اذا قطع يدي غيره وأذنيه ورجليه ، لم يكن له أن يأخذ ديتها 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 ـ ٦٤ ـ 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 ، وماعدا 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 ، وفى الجميع حكومة .

اذا عرفت هذا ، فاعلم أن أقسام الشعر خمسة :

الاول: شعر الرأس، ولاصحابنا فيه قولان: أحدهما الدية كاملة، وهو المشهور عندهم . وقال المفيد(ره): فيه مائة دينار، هذا اذا لم ينبت ، فان نبت بعد الجناية 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 بابوية . والثاني الارش ، وهو المشهور عند أصحابنا ، وهو المعتمد.

الثالث : شعر الحاجبين ، واذا لم ينبت 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 الاهداب ، 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 ، ولاشيء حالة الانضمام الى الاجفان ، لان الاهداب 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 والاهداب 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 ، ولاشيء مع الانضمام بلاخلاف .

مسألة ـ ٦٥ ـ قال الشيخ: اذا جرح غيره، ثم ان المجروح قطع من موضع الجرح لحماً ، فان كان ميتاً فلابأس والقود على الجاني بلاخلاف ، وان كان حياً

---

(١) المبسوط ٧/١٥٣ .

(٢) المبسوط ٧/١٣٠ .

(٣) قواعد الاحكام ٢/٣٢٤ .

(٤) شرائع الاسلام ٤/٢٦٢ .

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 طريقين فيمن قطع لحماً حياً : أحدهما القود على الجاني ، والثاني لاقود عليه ، واختلفوا في شريك السبع وجارح نفسه بعد جراحة الجاني على قولين : أحدهما عليه القود ، والثاني لاقود عليه ويلزمه نصف الدية ، ومن أصحابه من قال : لاقود على الجاني قولا واحداً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٦٦ ـ 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 شيناً عند الاندمال ، لزمه مابين كونه عبداً لاشين فيه ومابين كونه عبداً به شين ، فينظر كم ذلك من القيمة ، فيلزمه مقدار ذلك من دية الحر .

وان لم يحدث شيناً بل أحدثت جمالا عند الاندمال فيه وجهان ، قال أبو العباس : لاشيء فيها. وقال أبو اسحاق: فيها الحكومة ، وكيف يقوم؟ على وجهين أحدهما يقوم والدم جار ، والثانى يقوم اذا قرب من الاندمال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٦٧ ـ قال الشيخ: اذا قطع اذن غيره قطعت اذنه ، فان أخذ الجاني أذنه ، فألصقها فالتصقت كان للمجني عليه ازالتها .

وقال الشافعي: ليس له ذلك، بل يجب على الحاكم أن يجبره على قطعها ، لانه حامل نجاسته ، لانها بالبينونة صارت ميتة، ولايصح صلاته مادامت هي معه.

---

(١) تهذيب الاحكام ١٠/٢٥٦ .

والشيخ استدل باجماع الفرقة وأخبارهم[١]،وظاهر القواعد[٢] اختيارمذهب الشافعي ، لانه قال : ولوأبان الاذن فألصقها المجني عليه بالدم الحار فالتصقت وجب القصاص ، والامر أزالتها الى المحاكم ، فان أمن هلاكه وجب أزالتها والا فلا، قال: وكذا لوألصق الجاني أذنه، لم يكن للمجني عليه أزالتها ، لان الواجب الابانة وقد حصلت ، وهذا يدل على اختيار مذهب الشافعي .

مسألة ـ ٦٨ ـ قال الشيخ : يقطع ذكر الفحل بذكر الخصي الذي سلت بيضتاه وبقي ذكره ، وبه قال أبوحنيفة والشافعي . وقال مالك : لاقود عليه لانه لامنفعة فيه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٦٩ ـ قال الشيخ: في ذكر العنين ثلث ذكرالصحيح ، وقال جميع الفقهاء : فيه حكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[٣].

مسألة ـ ٧٠ ـ قال الشيخ: في الخصيتين الدية بلاخلاف ، وفي كل واحدة منهما نصف الدية عند الفقهاء . وروى أصحابنا أن في اليسرى ثلثي الدية ، لان الولد قالوا يكون منها .

والمعتمد في كل واحدة النصف .

مسألة ـ ٧١ ـ قال الشيخ: اذا قطع طرف غيره ثم اختلفا ، فقال الجاني: كان الطرف أشل فلاقود 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 ١٠/٢٦٥ .

(٢) قواعد الاحكام ٢/٣٠٧ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٠/٢٧٠ .

أشبهها، فالقول قول الجاني مع يمينه، ويقيم المجني عليه البينة ، وان كان الطرف باطناً 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، الا 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، فان كان العضو ظاهراً قدم قول الجاني ، لامكان اقامة البينة على سلامته ، وان كان مستوراً احتمل تقديم الجاني والمجني عليه[1] .

وقال ابن ادريس: ان القول قول المجني عليه مطلقا، سواء كان العضو ظاهراً أو مستوراً ، لاصالة الصحة وقول المبسوط لابأس به .

مسألة ـ٧٢ـ قال الشيخ : اذا قلع سن مثغر كان له قلع سنه، فاذا 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 ، لانه هيئة مجددة وليس كالاذن لانها نجسة .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم، وأنكر ذلك ابن ادريس وتعجب منه.

مسألة ـ٧٣ـ قال الشيخ: اذا قلع سن مثغر وأخذ ديتها ثم نبت السن، لم يجب

---

(١) قواعد الاحكام ٢/ ٣١١ .

عليه رد الدية .

وللشافعي قولان : أحدهما لايجب ، والثاني يجب الرد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٧٤ـ قال الشيخ: السن الزائدة فيها ثلث الاصلية. وقال جميع الفقهاء: ليس فيها شيء مقدر بل فيها الحكومة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٧٥ـ قال الشيخ: اذا وجب لانسان قصاص في طرف أو نفس، لاينبغي أن يقتص بنفسه، فان ذلك للامام أو من يأمره الامام بلاخلاف، فان بادر استوفاه بنفسه وقع موقعه ولاشيء عليه .

وللشافعي قولان : أحدهما عليه التعزير ، والثاني لاشيء عليه .

والمعتمد أنه له استيفاء قصاص النفس من غير اذن الامام، أما الطرف فلابد فيه من الاذن ، فلو بادر في الطرف كان مأثوماً ووقع موقعه .

مسألة ـ٧٦ـ قال الشيخ: أجرة من يقيم الحدود ويقتص للناس من بيت المال.

وقال الشافعي: ذلك من خمس الخمس الذي كان للنبي عليه السلام، فان كان هناك ماهو أهم منه مثل تقوية المقاتلة وسد الثغور ، كان على المقتص منه الاجرة .

وقال أبو حنيفة : هي على المستوفي دون المستوفى منه .

والمعتمد أنها من بيت المال، فان لم يكن بيت مال أو كان ماهو اهم من أجرة القصاص ، كانت على المقتص منه ، هذا هو المشهور عند أصحابنا .

مسألة ـ٧٧ـ قال الشيخ : اذا قطع يد عبد ، ففيه نصف قيمته يستوفيها سيده ويمسك العبد ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : السيد بالخيار بين أن يمسكه ويأخذ نصف القيمة، وبين أن يسلمه الى الجاني ويطالب بكمال القيمة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ٧٨ـ 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 ـ ٧٩ ـ قال الشيخ : اذا قطع اصبع غيره ثم عفى المجنى عن عقلها وقودها ثم اندملت ، صح العفو عن العقل والقود معاً، وبه قال أبو حنيفة والشافعي.

وقال المزني : لايصح العفو عن دية الاصبع ، لانه عفو عما لم يجب ، لان المجني عليه لو أراد المطالبة بدية الاصبع لم يكن له ، ولانه عفى عن مجهول، لانه لايدري هل تندمل فتستقر دية الاصبع ، أو يسرى فيلزم دية النفس .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٨٠ ـ قال الشيخ : اذا قطع اصبع غيره ، فعفى عنها المجنى عليه، ثم سرت الى نفسه ، كان للولي القود بعد رد دية الاصبع التي عفى عنها المجني عليه ، وان أخذ الدية أسقط دية الاصبع .

وقال الشافعي : اذا عفى عن الاصبع سقط القصاص في النفس ، لان القصاص لايتبعض .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٨١ ـ قال الشيخ : اذا قطع اصبع غيره، صح من المجني عليه أن يعفو عنها وعن مايحدث عنها، فاذا فعل ذلك ثم سرت الى النفس، كان عفوه ماضياً

من الثلث لانه بمنزلة الوصية ، فان لم يخرج من الثلث ، كان له بمقدار مايخرج منها .

وقال الشافعي : لايخلو اما أن يقول ذلك بلفظ الوصية، أو بلفظ العفو والابراء فان قال بلفظ الوصية هل تصح الوصية للقاتل ؟ فيه قولان : أحدهما تصح، والاخر لاتصح، فاذا قال: لاتصح كانت الدية كلها للورثة ، واذا قال تصح كانت الدية له ان خرجت من الثلث، والا كان له مقدار مايخرج منه .

وان قال بلفظ العفو والابراء ، فهل العفو والابراء من المريض وصية أم لا؟ على قولين، فاذا قال وصية ، فهو كالوصية وقد مضى ، واذا قال: هو اسقاط وليس بوصية ، فعلى هذا يصح الابراء عما وجب وهو دية الاصبع ، ولايصح عما عداه لانه ابراء مما لم يجب، وهو ظاهر الشرائع[١] والارشاد والتحرير[٢]، وعلى القول بصحة العفو يكون كالوصية .

مسألة ـ ٨٢ ـ قال الشيخ: ميراث من لاوارث له لبيت المال يختص به الامام وهو يعقل عنه ، سواء كان مسلماً أو ذمياً .

وقال الشافعي: ان كان مسلماً فللمسلمين ميراثه وهم يعقلون عنه، فميراثه لبيت المال ، وان كان ذمياً لايعقلون عنه ويكون الدية في رقبته اذا وجبت عليه، وميراثه اذا لم يكن له وارث ينقل الى بيت المال على سبيل الفيء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٨٣ ـ 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 ـ ٨٤ ـ قال الشيخ : في ابهام اليد أو الرجل ثلث دية الاصابع من اليد أو الرجل فى 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 ـ ٨٥ ـ قال الشيخ : في البيضتين الدية بلاخلاف ، وفي اليسرى ثلث الدية على ماروي في بعض الروايات ، لان منها يخلق الولد، وفي الرواية الاخرى هما سواء ، وبه قال جميع الفقهاء ، وهو المعتمد .

مسألة ـ ٨٦ ـ 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 ـ ٨٧ ـ قال الشيخ (ره) : في العين القائمة اذا خسفت ثلث ديتها صحيحة وقال جميع الفقهاء : فيها الحكومة .

والمعتمد قول الشيخ .

---

(١) شرائع الاسلام ٤/٢٦٤ .

(٢) المختصر النافع ص ٣٢١ .

(٣) قواعد الاحكام ٢/٣٢٥ .

(٤) تحرير الاحكام ٢/٢٧٢ .

# كتاب الديات

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : روى أصحابنا أن قوله تعالى « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق »[1] فيه كناية عن المؤمن المتقدم ذكره في الكنايتين 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 الاية ، لان المؤمن جرى ذكره في موضعين في قوله « ومن يقتل مؤمناً خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية 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 يجز له ذكر ، فلايجوز أن يكنى عنه، وهذا هو المعتمد ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢ ـ 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 شبيه العمد جعله عمداً وأوجب فيه القود .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ : الدية المغلظة هي مايجب عن القتل العمد المحض وهي مائة من مسان الابل .

وقال الشافعي: يجب عن العمد المحض وعن شبه العمد أثلاث ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة في بطونها أولادها ، 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 ـ ٤ ـ 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 ـ ٥ ـ قال الشيخ : دية العمد شبيه الخطاء مغلظة أثلاثا ثلاث وثلاثون بنت لبون وثلاث وثلاثون حقة وأربع وثلاثون خلفة 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 : هى أرباع على مامضى عنه في العمد المحض. وقال مالك: شبه العمد يوجب القود دون الدية . وقال ابن شبرمة : دية شبيه العمد حالة في مال القاتل .

والمعتمد أن الواجب ماتضمنته الرواية الاولى، والثانية مشهورة أيضاً، وأنها يستأدى في سنتين ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ: دية الخطاء تغلظ في الشهر الحرام وفي الحرم. وقال الشافعي: تغلظ في ثلاثة مواضع ، واضاف الى ما ذكره الشيخ من قتل ذا رحم محرم .

وقال أبو حنيفة ومالك : لاتغليظ في موضع من المواضع .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ : اذا ثبت التغليظ في هذه المواضع ، فالتغليظ هو أن يلزم دية دية وثلثا من أى أجناس الديات كان . وقال من وافقنا في التغليظ انه لايغلظ الا في أسنان الابل وغيرها يؤخذ بقيمتها.

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم . واعلم أنه لاتغليظ في الطرف والزائد في موضع التغليظ للمقتول يأخذه مستحق الدية .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ: اذا قتل أوقطع في غير الحرم ، ثم لجأ الى الحرم

(١) تهذيب الاحكام ١٠/٢١٥.

لم يقتل ولم يقطع ، بل يضيق عليه في المطعم والمشرب حتى يخرج فيقام عليه الحد .

وقال الشافعي : يستقاد منه في النفس والطرف في الحرم . وقال أبو حنيفة وأصحابه: يستقاد منه في الطرف، أما في النفس فيصبر حتى يخرج ويضيق عليه حتى يخرج ، قالوا : والقياس يقتضي أنه يقتل به ، لكنا لانقتله استحسانا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ: دية قتل الخطاء أرباع، 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 أخماس عشرون بنت مخاض ، وعشرون ابن لبون ذكر وعشرون بنت لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وبه قال مالك والثوري وقال أبو حنيفة : هي أخماس أيضاً ، وخالف في فصل ، فقال في موضع : بني لبون بني مخاض ، وبه قال النخعي وأحمد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ : الدية ستة أصول على أهل الابل مائة من الابل 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 ، الا أنهم قالوا في الشاة انها ألفان .

وقال أبو حنيفة : لها ثلاثة اصول مائة من الابل أوألف دينار أوعشرة آلاف درهم ، وهو بالخيار في أي الثلاثة شاة .

وقال الشافعي في القديم : الاصل مائة من الابل ، وان اعوزت انتقلت الى أصلين 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 ـ ١١ ـ قال الشيخ : الموضحة هي التي توضح عظم الرأس حتى يظهر العظم ، أو يقرع بالمرود ان كان هناك دم لايعلم 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[1].

مسألة ـ ١٢ ـ 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 ـ ١٣ ـ قال الشيخ : في الهاشمة عشر من الابل ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : لاأعرف 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 فى ديات الشجاج الى تهذيب الاحكام ١٠ / ٢٨٩ .

مسألة ـ ١٤ ـ 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 ـ ١٥ ـ 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 ويكون هاشمة ، وفيما زاد عليها الى الفم حكومة ولاأعرف 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 ـ ١٦ ـ 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 ـ ١٧ ـ قال الشيخ : اذا جنى على اذنيه جناية فشلتا ، ففيهما ثلثا ديتهما .

وللشافعي قولان : أحدهما فيهما الدية ، مثل اليدين اذا جنا عليهما فشلتا . والثاني فيهما حكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ : في شحمة الاذن ثلث دية الاذن ، وكذلك في خرمها

وقال الشافعي : فيهما بحساب مانقص 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 ـ١٩ـ قال الشيخ : في العقل الدية كاملة ، فان جنى جناية ذهب فيها عقله ، لم يدخل أرش الجناية في دية ، سواء كان مقدراً أو حكومة ، وسواء كان أرش الجناية أقل من دية العقل أو أكثر أو مثلها .

وللشافعي قولان ، قال في الجديد مثل قولنا، وقال في القديم : ان كان أرش الجناية 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 الاقل تحت الاكثر.

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ٢٠ـ قال الشيخ: اذا ادعى ذهاب بصره بالجناية، فهذا لايمكن اقامة البينة عليه ، فروى أصحابنا أنه يستقبل به عين الشمس ، فان غمضها أو دمعتا علم كذبه ، وان بقيتا مفتوحتين زمانا علم أنه صادق ويستظهر عليه بالايمان .

وقال الشافعي : يريه رجلين عدلين ان كانت الجناية عمداً، ورجلا وامرأتين ان كانت الجناية خطاء ، فان قالا : صدق ولايرجى عود البصر أوجبنا الدية أو

---

(١) النهاية ص ٧٦٦ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٢٥٢ كتاب القصاص .

(٣) قواعد الاحكام ٢/٣٢٥ .

القصاص ، وان قالا : كذب سقط قوله ، وان لم يشهدا لم يلزمه أكثر من الدية . والمعتمد أنه يحلف القسامة ، ويحكم له بالدية أو القصاص ، وهو المشهور عند أصحابنا المتأخرين ، وبه أفتى العلامة ونجم الدين .

مسألة ـ٢١ـ قال الشيخ : اذا جنى على غيره جناية ، فادعى نقصان الضوء في احدى العينين ، قيس الى العين الاخرى باعتبار مدى مايبصر فيهما من أربع جوانب بلاخلاف، فان ادعى النقصان فيهما قيس عندنا الى من هو في ابناء سنه فما نقص عن ذلك حكم له به مع يمينه .

وقال الفقهاء : القول قول المجني عليه مع يمينه بلااعتبار ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ٢٢ـ قال الشيخ: في الاربعة الاجفان 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 ديتهما، أي: لافرق بين الجفن الاعلى والاسفل ، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1] ، وهو المعتمد ، وادعى هنا الاجماع من الفرقة .

وقال في النهاية : في الاعلى الثلث وفي الاسفل النصف[2] فعلى هذا ينقص سدس الدية وقال مالك : في الاجفان الحكومة .

مسألة ـ ٢٣ ـ قال الشيخ : في النافذة في الانف اذا لم تنسد ثلث الديـة ، فان انسدت كان فيها عشر دية الانف مائة دينار . وقال الشافعي فيهما معا الحكومة. والمعتمد أنها اذا لم تنسد كان فيها ثلث الدية، وان انسدت كان فيها خمس الدية

---

(١) المبسوط ٧/ ١٣٠ .

(٢) النهاية ص ٧٦٤ .

ولوكانت في أحد المنخريـن الى الحاجز فعشر الديـة . هذا فتوى القواعد[١] والتحرير[٢] من غير تردد .

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ: في شلل الانف ثلثا دية الانف . وللشافعي قولان: أحدهما الدية كاملة ، والاخر حكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٢٥ ـ قال الشيخ : في ذهاب الشم الدية بلاخلاف ، فان اختلفافي ذهابه روى أصحابنا أنه يقرب اليه الحراق، فان نحى أنفه علم أنه كاذب، والاعلم أنه صادق ويستظهر بالايمان .

وقال الشافعي : يعتمـل بالروايح الطيبة والكريهـة ، فان هش للطيبة وتكـره بالمنتة علم أنه كاذب ، والاكان القول قوله مع يمينه .

هذا هو المعتمد ، وهـو فتوى الشرايع والقواعد ، واليمين القسامة لايمين واحدة .

مسألة ـ ٢٦ ـ 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 ـ ٢٧ ـ قال الشيخ : في الشفتين الدية كاملة بلاخلاف ، وفي السفلى عندنا ستمائة دينار ، وفي العليا أربعمائة .

وقال أبوحنيفة ومالك والشافعي : هما سواء ، وهو المعتمد .

مسألة ـ ٢٨ ـ قال الشيخ : اذا جنى على لسانه فذهب بعض كلامه ، اعتبـر بحروف المعجم كلها وهي ثمانية وعشرون ، ولايعد « 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 اللينية دون الحلقية والشفوية ، فان الحاء والخاء من حروف الحلق والباء والواو والفاء من حروف الشفة لاحظ للسان فيها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٢٩ ـ 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 للفقهآء 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 ـ ٣٠ ـ قال الشيخ: اذا قطع لسان الاخرس كان فيه ثلث دية الصحيح وقال جميع الفقهآء : فيه الحكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٣١ ـ قال الشيخ : اذا قطع لسانه واختلفا ، فقال الجاني : لم يزل أبكم لايقدر على الكلام ، وادعى المجني عليه أنه كان ناطقاً، فالقول قول الجاني مع يمينه بلاخلاف ، لانه لايتعذر عليه أقامة 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 ١٠/ ٢٥٤ .

الاصل براءة الذمة .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو فتوى العلامة في التحرير .

مسألة ـ ٣٢ ـ 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 قولا واحداً.

وقال الشيخ في المبسوط : يستعاد الدية ، لانه لو ذهب النطق لما عاد[١]. والمعتمد قوله هنا، وهو اختيار نجم الدين في الشرائع[٢]، والعلامة في التحرير[٣] وفصل في القواعد ، قال: والاقرب الاستعادة ان علم أن الذاهب أولا 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 لايستعاد الدية لانه هبة مجددة[٤] ولابأس بهذا التفصيل ، لما فيه من الجمع بين القولين .

مسألة ـ ٣٣ ـ قال الشيخ : اذا قطع لسان ناطق، ثم ثبت وتكلم ، لم يجب رد الدية. ولاصحاب الشافعي طريقان، منهم من قال مثل قولنا قولا واحداً ومنهم من قال على قولين مثل سن المتعراذا عاد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٤ ـ قال الشيخ : الاسنان كلها فيها الدية بلاخلاف ، وعندنا أنها ثمانية وعشرون سنا الاصلية اثناعشر في مقاديم الفم ، وستة عشر في مواخيره ، ففي كل واحدة من المقاديم خمس من الابل أو خمسون ديناراً، وفي التي في مواخيره

---

(١) المبسوط ٧/١٣٦ .

(٢) شرائع الاسلام ٤/٢٦٥ .

(٣) تحرير الاحكام ٢/٢٧٠ .

(٤) قواعد الاحكام ٢/٣٢٦ .

في كل واحدة خمس وعشرون ديناراً الجميع ألف دينار .

وقال الشافعي : الاسنان الاصلية أثنان وثلاثون في كل سن خمس من الابل والمقاديم والمواخير سوآء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٣٥ ـ 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 ـ ٣٦ ـ 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 ـ ٣٧ ـ قال الشيخ : اذا اضطربت أسنانه لمرض فقلعها قالع، وجبت عليه الدية . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر الحكومة .

والمعتمد قول الشيخ ان بقيت منافعها أوبعضها ، فان ذهبت منافعها أجمع فهي كاليد الشلاء فيها ثلث دية السن ، قاله العلامة في التحرير .

مسألة ـ ٣٨ ـ 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 يتلعها ، والاجبره السلطان على قلعها ، لانها ميتة مثل الاذن .

والمعتمد قول الشيخ ، لان السن لايلحقها حكم الميتة .

مسألة ـ ٣٩ ـ 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 ـ ٤٠ ـ قال الشيخ : قد مضى أن سن الصبي اذا قلعت أنه لادية في الحال ، ويصبر الى وقت عود مثلها ، فان مات في أثناء ذلك ، أونبت 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 .

والمعتمدقول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٤١ ـ قال الشيخ: اذا ضرب سنه فاسودت ،كانعليه ثلثادية سقوطها. وقال الشافعي : الحكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٤٢ ـ قال الشيخ : اذا قلعها قالع بعد اسوادها ،كانعليه ثلث ديتها صحيحة . وقال الشافعي : عليه ديتهاكاملة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٤٣ ـ قال الشيخ : اذا اختلف النوع الواحد من الثنايا والرباعيات فكانت احدى الثنيتين أقصر من الاخرى ، أو احدى الرباعيتين أقصر من الاخرى لم ينقص من ديتها شيء .

وقال الشافعي : ينقص عن الجاني بقدر مانقصت عن قرينتها ، واعتبرت عادت الناس لان العادة أن كل نوع منها متفق ، بل يكون الثنايا أطول من الرباعيات .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بعموم الاخبار .

مسألة ـ٤٤ـ قال الشيخ : اذا قطع احدى اليدين من الكوع ، وجب فيها نصف الدية ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال أبوعبيدة بن خربوذ: لايجب فيها نصف الدية الا اذاقطعت من المنكب لان اسم اليد يقع على ذلك أجمع .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ٤٥ـ قال الشيخ : اذا ضرب يده فشلت ، كان فيها ثلث ديتها . وقال الشافعي : فيها جميع ديتها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ٤٦ـ قال الشيخ : في الخمس أصابع من يد واحدة خمسون من الابل بلاخلاف ، وفي الابهام منها ثلث ديتها . وقال الشافعي : الخمس متساوية وروي ذلك أيضاً فى أخبارنا ، وهذا هو المعتمد .

مسألة ـ ٤٧ ـ قال الشيخ: فى كل أنملة من الاصابع الاربع ثلث ديتها، وفى الابهام نصف ديتها، وبه قال أبوحنيفة. وقال الشافعى : فى أنملة الابهام ثلث ديتها مثل غيرها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٤٨ ـ قال الشيخ : اذا جنى على أصبع أو انملة فشلت ،كان فيها ثلثا ديتها . وقال الشافعى: فيها ديتها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة . وكذا الخلاف فى شلل الرجل وأصابع الرجلين ، وتفصيل دية أبهام الرجل والحكم فيه كما فى اليدين وأصابعهما وأناملهما سوآء .

مسألة ـ ٤٩ ـ قال الشيخ : اذاكسرت 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 كسر يده، ثم برأت لزمه الارش[١]. ولم يذكر كسر اليد في القواعد ولا في الشرائع ، وانما ذكروا في مصنفاتهم في كسر عظم من عضو خمس دية ذلك العضو، فان صلح على غير عيب فاربعة أخماس دية كسره.

مسألة ـ ٥٠ ـ قال الشيخ : اذا قطعت يده في الجهاد وبقيت الاخرى فقطعها انسان ،كان عليه نصف الدية، وبه قال جميع الفقهاء . وقال الاوزاعي : فيها كمال الدية .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٥١ ـ قال الشيخ : اذا قلع عين أعور ، أو من ذهبت عينه بآفة من الله ، كان بالخيار بين أن يقتص من احدى عينيه ، وبين أن يأخذ دية كاملة . وان كان أخذ دية عينه ، أو استحقها وان لم يأخذها ، فليس له الا 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 ، الا أنه اذا اقتص من احدى 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 ـ ٥٢ ـ قال الشيخ : اذا قلع الاعور احدى عيني من له عينان ، كان المجني عليه بالخيار بين أن يقلع 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 ـ ٥٣ ـ قال الشيخ : اذا كسر صلبه فشلت 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 ـ ٥٤ ـ 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 ـ ٥٥ ـ قال الشيخ: اذا كسر ظهره فاحدودب أو صار لايقدر على القعود فعليه الدية . وقال الشافعي : فيه الحكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٥٦ ـ قال الشيخ : اذا كسر رقبته فصار ، كالملتفت ولم يعد الى ما كان عليه ، كان عليه الدية . وقال الشافعي : عليه حكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٥٧ ـ 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 ـ ٥٨ ـ قال الشيخ : المرأة تعاقل الرجل الى ثلث ديتها في الاروش المقدرة ، فاذابلغتهاصارت على النصف وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم وقال الحسن البصري : تعاقله مالم يبلغ نصف الدية ، فاذا بلغتها فعلى النصف .

وقال الشافعي في الجديد: لاتعاقله في شيء بل هى معه على النصف فى 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 ـ ٥٩ ـ قال الشيخ: فى حلمتى الرجل دية ، وللشافعى قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثانى حكومة وهو أصحهما عندهم .

وابن ادريس والعلامة في المختلف[١] تابعا الشيخ في وجوب الدية ، لعموم مافي البدن منه اثنان ففيهما الدية ، واستبعد صاحب الشرائع[٢] وجوب الدية في الحلمتين .

مسألة ـ ٦٠ ـ قال الشيخ: اذا وطىء زوجته فأفضاها ، فان كان لها دون تسع سنين ، كان عليه ضمانها بديتها مع المهر الواجب بالدخول ، وبه قال الشافعي وقال ابو حنيفة : الزوجة لايضمن بالافضاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٦١ ـ قال الشيخ: اذاوطىء امرأة مكرهة فافضاها ، وجب عليه الحد لانه زان ، ووجب عليه المهر للوطىء، والدية للافضاء ، فان كان البول مستمسكاً فلازيادة على الدية ، وان كان مسترسلا ففيه حكومة .

---

(١) المختلف ص ٢٥٧ ، كتاب القصاص .

(٢) شرائع الاسلام ٤/ ٢٦٩ .

وقال أبوحنيفة : يجب الحد ولايجب المهر ، فان كان البول مستمسكاً فعليه ثلث الدية ، وان كان مسترسلا فعليه الدية ولاحكومة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٦٢ ـ قال الشيخ: اذا وطىء امرأة بشبهة فافضاها، مثل أن كان النكاح فاسداً أو وجدها على فراشه فظنها امرأته ، فالحد لايجب للشبهة عند الفقهاء وروى أصحابنا أن عليه الحد خفية ، وعليها جهرة في التي وجدها على فراشه ، فان كان البول مسترسلا فعليه الدية مع الحكومة، وان كان مستمسكاً فالدية بلاحكومة، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة: لاحد أما المهر فينظر في الافضاء ، فان كان البول مستمسكاً فعليه المهر وثلث الدية، وان كان مسترسلا وجبت الدية بلامهر .

والمعتمد قول الشيخ الا في الحد فلاحد على الرجل أما المرأة فان تعمدت بالنوم على فراشه الزنا وجب عليها الحد ، والا فلا .

مسألة ـ ٦٣ ـ 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 أبوحنيفة ومالك : اذا قطع الخصيتين ثم قطع الذكر، كان في الخصيتين الدية وفي الذكر الحكومة ، لان الخصيتين اذا قطعتا ذهبت منفعة الذكر ، فان الولد لايخلق 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، وليس ذلك بعيب في الذكر .

مسألة ـ ٦٤ ـ قال الشيخ : في الترقوتين وفي كل واحدمنهما وفي الاضلاع وفي كل واحد منها شيء مقدر عند أصحابنا. ولاصحاب الشافعي طريقان: أحدهما الحكومة قولا واحداً ، والاخرعلى قولين: أحدهما الحكومة وهو الاظهر، والاخر في كل ترقوة وكل ضلع جمل .

والمعتمد قول الشيخ، ولم يذكر المقدر ماهو. قال نجم الدين في الشرائع: لعله اشارة الى ماذكره الجماعة عن ظريف وهو في الترقوة اذا كسرت فجبرت على غير عيب أربعون ديناراً[1]. وهذا هو المعتمد ، وجزم به العلامة في القواعد .

ولم يذكر الاصحاب حكمها اذا لم تنجبر أو انجبرت على عيب، والظاهر أن فيها الدية، لعموم مافي 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 ممايلي العضد في كل ضلع اذا كسرت عشرة دنانير .

مسألة ـ ٦٥ ـ 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 ـ ٦٦ ـ 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 لأشيء عليه ، وفي الثالثة على وجهين ، والمذهب حكومة .

والمعتمد قول الشيخ، ولم يذكر المقدر. والظاهر أنه أراد ماذكره 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 ينعطل العضو ثلثا دية العضو ، فان صلح على غير عيب فأربعة أخماس دية فكه .

مسألة ـ ٦٧ ـ قال الشيخ : لكل جراحة شيئاً مقدراً اذا كان في الرأس، أما اذا كانت في الجسد ففيها بحساب ذلك من الرأس منسوبا الى العضو الذى 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 بلا خلاف.

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٦٨ ـ قال الشيخ: دية اليهودي والنصرانى مثل دية المجوسى ثمانمائة درهم ، واختلف الناس فيها على أربعة مذاهب ، فقال الشافعى : 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 خطاء فنصف دية المسلم .

قال الشيخ: والذمى والمعاهد فى هذا سواء ، أما المجوسى فسنذكر الخلاف

(١) تهذيب الاحكام ١٠/ ٢٩٠ .

فيه بين الفقهاء . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٦٩ ـ قال الشيخ : دية المجوسى ثمانمائة درهم ، وبه قال الشافعى ومالك . وقال أبو حنيفة : مثل دية المسلم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٧٠ ـ قال الشيخ : من لم تبلغه الدعوة لايجوز قتله قبل ادعائه الى الاسلام بلاخلاف، فان بادر انسان فقتله لم يجب عليه القود بلاخلاف أيضاً، وعندنا لايجب عليه الدية ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي: يلزمه الدية . وكم يلزمه ؟ فيه وجهان ، منهم من قال : يلزمه دية المسلم لانه ولد على الفطرة ، والمذهب أنه يلزمه أقل الديات دية المجوسي .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٧١ ـ قال الشيخ : كل جناية لها مقدر من دية الحر ، فهي مقدرة من قيمة العبد، فكلما 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 الشافعي .

وقال مالك: في العبد مانقص الا فيما ليس 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: أحداهما مثل قولنا، والاخرى ان كل شيء فيه من الحر ديته فيه من العبد قيمته، الا الحاجبين والشارب والعنفقة واللحية. وقال محمد بن الحسن : مانقص بكل حال كالبهيمة سواء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٧٢ ـ 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 ـ ٧٣ ـ قال الشيخ : اذا قتل عبداً عمداً أو قطع أطرافه ، فالدية في ماله خاصة ، وكذلك في شبيه العمد ، وان كان خطاء محضاً فعلى العاقلة ، سواء قتله أو قطع أطرافه .

وقال الشافعي : ان قتله عمداً أو قطع أطرافه مثل قولنا ، وان قتله خطاء أو شبيه 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 الجنيد : لايضمن العاقلة قيمة العبيد ، لان النبي صلى الله عليه وآله ألزم العاقلة الديات والعبيد أموال .

واستحسنه العلامة في المختلف[1] ، 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 الديات وجزم في القواعد أيضاً أنه على العاقلة .

ومذهب نجم الدين كمذهب ابن الجنيد ، وهو أنه لايضمن العاقلة عبداً بل الضمان في مال الجاني ولابأس به .

مسألة ـ ٧٤ ـ قال الشيخ : ما كان عمداً محضاً لايحمله العاقلة ، وان كان لاقصاص فيه كالمأمومة والجائفة وقطع اليد من نصف الساعد وقتل الوالد ولده وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : اذا كانت الجناية لاقصاص فيها بحال

(١) المختلف ص ٢٦٧ ، كتاب القصاص .

فالدية على العاقلة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٧٥ ـ قال الشيخ: الصبي اذا كان صغيراً عاقلا والبالغ اذا كان مجنوناً جنايتهما على عاقلتهما، سواء كان القتل عمداً أو خطاء، ووافقنا الشافعي في الخطأ المحض ، وقال في العمد المحض فيه قولان : أحدهما عمده في حكم الخطاء وبه قال أبو حنيفة . والثاني عمده في حكم العمد ، فاذا قال في حكم الخطاء فالدية على العاقلة مؤجلة والكفارة في ماله .

ووافقه 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 خطاء .

مسألة ـ ٧٦ ـ قال الشيخ : اذا جنت ام الولد كان جنايتها على سيدها عند جميع الفقهاء ، الا أبا ثور فانه قال : في ذمتها يتبع بها بعد العتق .

وعندنا أن جنايتها مثل جناية المملوك ، وهذا هو المعتمد ، واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٧٧ ـ قال الشيخ: اذا اصطدم فارسان فماتا ، فعلى عاقلة كل منهما نصف دية صاحبه، والباقي هدراً اذا كان ذلك خطأ محضاً، وبه قال الشافعي ومالك وزفر . وقال أبو حنيفة : على عاقلة كل منهما كمال ديته .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٧٨ ـ 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 الجناية هنا شبيه العمد فيكون على العاقلة عنده . وقال أبو حنيفة : هو خطاء والدية على عاقلتهما .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٧٩ـ قال الشيخ: لافرق بين أن يقعا مستلقيين، أومكبوبين أو أحدهما مستلقياً والاخر مكبوباً ، وبه قال أصحاب الشافعي .

وقال المزني : ان كان أحدهما مكبوباً والاخر مستلقياً، فالمكبوب هو القاتل وحده والمستلقى مقتول ، فعلى عاقلة المكبوب كمال دية المستلقي .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٨٠ـ قال الشيخ: يمكن أن يكون القتل بحجر المنجنيق عمداً محضاً يجب به القود .

وقال الشافعي : لايمكن ذلك بل يكون ذلك عمد الخطاء ، والدية مغلظة على العاقلة عنده ، وأما على مذهب أبي حنيفة لايكون الا خطاء .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه لايمتنع أن يقصد أن يصيب انساناً بعينه فيصيبه فيقتله ، فيكون عمداً محضاً .

مسألة ـ ٨١ـ قال الشيخ: اذا اصطدمت السفينتان من غير تفريط ، فهلكتا وما فيهما من المال والانفس كان ذلك هدراً . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا، والثاني عليهما الضمان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٨٢ ـ قال الشيخ : اذا قال لغيره عند خوف الغرق : ألق متاعك وعلي ضمانه، فألقاه في البحر فعليه ضمانه، وبه قال جميع الفقهاء، الا أباثور فانه قال : لاضمان عليه . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٨٣ ـ قال الشيخ : دية قتل الخطاء على العاقلة، وبه قال جميع الفقهاء

الا الاصم ، فانه قال : يلزم القاتل دون العاقلة .

والمعتمد قول الشيخ.

مسألة ـ ٨٤ ـ قال الشيخ: دية الخطأ مؤجلة ثلاث سنين كل سنة ثلثها ، وبه قال جميع الفقهآء الاربعة ، فانه قال : أجلها خمس سنين ، وفي الناس من قال : أنها حالة غير مؤجلة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٨٥ ـ قال الشيخ: العاقلة كل عصبة 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 ـ ٨٦ ـ قال الشيخ: القاتل لايدخل في العقل بحال مع وجود من يعقل عنه من العصبات وبيت المال ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : القاتل كأحد العصبات يعقل كما يعقل واحد منهم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٨٧ ـ قال الشيخ : قال الشافعي : لايحمل 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[1] 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 لان ضمان الامثلة مشروط بعدم وجود العاقلة أو عجزهم ، ومذهب الشيخ في المبسوط[2] 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 ـ ٨٨ ـ قال الشيخ : الدية لا تنتقل من العصبات 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 ـ ٨٩ ـ قال الشيخ: ابتداء مدة الدية المؤجلة من وجوب الدية ، حكم الحاكم بابتدائها أو لم 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 ١٧٩/٧ .

بتحويل الحاكم .

والمعتمد قول الشيخ ، ويجب على العاقلة ابتدآء بنفس القتل .

مسألة ـ ٩٠ ـ قال الشيخ : اذا حال الحول على موسر من أهل العقل فوجبت المطالبة فمات بعد هذا، لم تسقط بوفاته بل تتعلق بتركته كالدين . وقال أبوحنيفة: يسقط بوفاته .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٩١ ـ قال الشيخ : الدية الناقصة مثل دية المرأة والذمي والجنين يلزم أيضاً في ثلاث سنين .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني عليه في السنة الاولى ثلث الدية الكاملة ، والباقي في السنة الثانية ، فعلى هذا دية اليهودي والنصراني يحل في السنة الاولى ، لانها ثلث الكاملة عنده ، ودية المجوسي يحل أيضاً لانها أقل من الثلث .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٩٢ ـ قال الشيخ: الموسر عليه نصف دينار ، والمتوسط ربع دينار ويؤخذ من الاقرب فالاقرب حتى تنفذ العاقلة ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة: على كل واحد منهم من ثلاثة الى أربعة ، والغني والمتوسط سوآء ، ويقسم الواجب على العاقلة ، ولايبدأ بالاقرب فالاقرب فخالف في ثلاثة فصول .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٩٣ ـ قال الشيخ : القدر الذي تحمله العاقلة عن الجاني هو قدر جنايته، قليلاكان أوكثيراً ، وبه قال الشافعي، وروي في بعض أخبارنا أنهالاتحمل الانصف العشر أرش الموضحة فمافوقها، ومانقص فهو في مال الجاني ، وبه قال

سعيد بن مسيب وعطا وأحمد واسحاق . وقال الزهري : تحمل مازاد 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 فمازاد ولاتحمل مادون ذلك ، وهو مذهب الشيخ في النهاية[1]، وابن البراج ، وأبي الصلاح ، واختاره العلامة ، وفخر الدين . واختار ابن ادريس مذهب الشيخ هنا .

مسألة ـ ٩٤ ـ قال الشيخ : اذا جنى الرجل على نفسه جناية خطأ محضاً ، كانت هدراً لايلزم العاقلة، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه والشافعي ومالك .

وقال قوم منهم أحمد واسحاق: أنها تلزم العاقلة له انكان حياً كما لوقطع يده خطاء ، ولورثته انكان ميتاً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٩٥ ـ قال الشيخ : المولى من أسفل لايعقل عن المولى من أعلى وبه قال أبوحنيفة، وهو أحد قولي الشافعي ، وهو أصحهما . وقال في الام: تحمل وهو ضعيف عندهم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٩٦ ـ قال الشيخ: اذاكانت العاقلة أكثر من الدية، قسم على جميعهم بالحصة . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني للامام أن يخص منهم من شاء على الغني نصف دينار ، وعلى المتوسط ربع دينار .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، وهو اختيار العلامة ، ونجم الدين . وقال في

---

(١) النهاية ص ٧٣٧ .

المبسوط : يخص الامام من شآء ، لان التقسيط يشق[١].

مسألة ـ ٩٧ ـ قال الشيخ : اذا كانت العاقلة كثيرين متساويين فى التركة ، بعضهم غائب وبعضهم حاضر ، كانت الدية على الجميع . وللشافعى قولان: أحدهما مثل قولنا ، والثانى يخص بها الحاضر دون الغائب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٩٨ ـ قال الشيخ : الحليف لايعقل ولايعقل عنه ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى . وقال محمد بن الحسن : يعقل ، وروى ذلك عن مالك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٩٩ ـ قال الشيخ: عقد الموالات صحيح ، وهو أن يتعاقد الرجلان لايعرف نسبهما على أن يرث كل واحد منهما صاحبه ويعقل عنه ويرثه حينئذ ، وأيهما مات ورثه الاخر . وقال الشافعى : العقد باطل لايتعلق به حكم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٠٠ ـ قال الشيخ : روى أصحابنا أن الذمي اذا قتل خطاء ، 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 عصبة ، فان كان حربياً لم يكن له عاقلة للذمي، وان كان عصبة . وان كانوا مسلمين ، فكذلك لايكونون عاقلة للذمي، وان كانوا عصبة . فان لم يكن له عاقلة ، ففي ماله ، ولايعقل عنه بيت مال المسلمين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع أصحابنا على الرواية التي ذكرها.

مسألة ـ ١٠١ ـ قال الشيخ : اذا بنى حائطاً مستوياً في ملكه فمال الى الطريق أو الى دار جاره ، ثم وقع فأتلف نفساً أو مالا ، كان عليه الضمان .

---

(١) المبسوط ٧/ ١٨٠ .

وللشافعي وجهان ، ظاهر المذهب أنه لاضمان عليه ، سواء أشهر أولم 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 قواه الشيخ .

مسألة ـ ١٠٢ ـ 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 ـ ١٠٣ ـ قال الشيخ: اذا شرع جناحاً الى شارع المسلمين ، أوالى درب ، نافذ أو غير نافذ وبابه فيه ، أو أراد اصلاح ساباط على وجه لايضر بأحد من المارة لم يكن لاحد معارضته ولامنعه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : له ذلك مالم 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 ـ١٠٤ـ قال الشيخ : من أخرج ميزاباً الى الشارع، فوقع على انسان فقتله أو متاع فاتلفه كان ضامنا، وبه قال جميع الفقهاء الا بعض أصحاب الشافعي فانه قال : لاضمان عليه ، لانه محتاج اليه ، قال أصحابه : وليس هذا بشيء .

واحتج الشيخ باجماع المسلمين. ومذهب المفيد وابن ادريس عدم الضمان واختاره نجم الدين ، لانه فعل سائغ فلايتعقبه 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 ومحظور ، ومراده بالمباح ما كان من الخشب في الحائط ، وبالمحظور ماكان خارجاً من الخشب الى الطريق فعلى هذا لو انكسر الميزاب أو الجناح، فسقط ماخرج عن الحائط ضمن الجميع وانما يضمن النصف بوقوع الداخل في الحايط .

وهذا التفصيل مذهب العلامة في القواعد ، وفخر الدين في الشرح ، ولو قيل : لايضمن الامع التفريط بنصبه بأن يثبته غير محكم فيسقط كان وجهاً .

مسألة ـ ١٠٥ ـ 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 ـ ١٠٦ ـ 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 حياتها أو بعد موتها .

مسألة ـ ١٠٧ ـ قال الشيخ : اذا ألقت نطفة ،وجب على ضاربها عشرون ديناراً ، فاذا ألقت علقة وجب أربعون ديناراً ، فاذا ألقت مضغة وجب ستون ديناراً فاذا ألقت عظماً فيه عند قبل أن ينشق السمع والبصر وجب فيه ثمانون ديناراً ، فاذا تم خلقة 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 ، فلاتجب بالقاء الجنين على الضارب .

وقال الشافعي : اذا تم الخلق تعلق به أربعة أحكام : الغرة ، والكفارة، وانقضاء العدة ، ويكون أم ولد . وان شهد أربع قوابل أنه قد تصور الخلق وان خفي ذلك على الرجال قبل ذلك ، وان شهدن أنه مبدأ خلق انسان الا أنه ماخلق فيه تصوير ولاتخطيط ، فالعدة تنقضي به ، والاحكام الثلاثة فعلى قولين . وان ألقت مضغة وأشكلت على القوابل لم يتعلق بها الاحكام الثلاثة قولا 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 ولاتصير الامة ام ولد ، بل بما علم أنه مبدأ خلق انسان ، والمرجع الى قول القوابل ،كما قاله الشافعي .

مسألة ـ ١٠٨ ـ 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 ـ ١٠٩ ـ قال الشيخ : دية الجنين مائة دينار ، سواء كان ذكراً أو أنثى وقال الشافعي : يعتبر بغيره ، ففيه نصف عشر ديته 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 ديته ، وفي الانثى عشر ديتها[١].

مسألة ـ ١١٠ ـ 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 مامضى ، 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 ـ ١١١ ـ قال الشيخ : دية الجنين موروثة عنه ، ولاتكون لامه خاصة وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال الليث بن سعيد : يكون لامه ، لانه بمنزلة عضو من أعضائها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١١٢ ـ قال الشيخ: كل موضع أوجبنا فيه دية الجنين ، فانه لايجب فيه كفارة القتل ، 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 ـ ١١٣ ـ قال الشيخ : اذا قتل الانسان نفسه لايتعلق به دية بلا خلاف، ولايتعلق به الكفارة عندنا . وقال الشافعي: يجب به الكفارة ، ويخرج من تركته .

استدل الشيخ بأصالة براءة الذمة ، ثم قال : ولو قلنا يجب عليه كان قوياً ، واستقرب العلامة في القواعد الوجوب ، وفي التحرير عدمه .

مسألة ـ ١١٤ ـ 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 ـ ١١٥ ـ قال الشيخ : اذا كان الجنين مولوداً بين مجوسي ونصرانية 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 ـ ١١٦ ـ قال الشيخ : اذا ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً حراً مسلماً ، واستهل ثم مات ، فعليه الدية بلاخلاف ، وان لم يستهل بل كان حياً مثل أن تنفس أوشرب اللبن ، فالحكم كما لو استهل ، وبه قال الثوري وأبوحنيفة وأصحابه . وقال الزهري ومالك : فيه الغرة ولايجب الدية كاملة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١١٧ ـ 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 ـ ١١٨ ـ قال الشيخ: في جنين الامة عشر قيمتها، ذكراً كان أو انثى، وبه قال أهل المدينة، والشافعي. وقال أبوحنيفة: فيه عشر قيمته ان كان انثى ونصف عشر قيمته ان كان ذكراً ، فاعتبره بنفسه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١١٩ ـ قال الشيخ : في جنين الذمية عشر ديتها .

وروى السكوني عن جعفر عن علي عليه السلام عشر دية امه[1]، وظاهر الشيخ هنا العمل بهذه الرواية ، وهي ضعيفة .

مسألة ـ ١٢٠ ـ 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 ١٠ / ٢٨٩ .

مسألة ـ ١٢١ ـ 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، وهومذهب ابن ادريس، ونجم الدين، والعلامة وابن فهد .

مسألة ـ ١٢٢ ـ قال الشيخ : اذا قطع رأس ميت ، أوشيئاً 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، ولايورث ولاينتقل الى بيت المال. واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم . وقال علم الهدى رحمه الله : يكون لبيت المال .

والمعتمد قول الشيخ .

# كتاب القسامة

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : اذاكان مع المدعي للدم لوث ، وهو تهمة للمدعى عليه بامارات ظاهرة ، بدأ به في اليمين يحلف خمسين يميناً ويستحق مايذكره ، وبه قال مالك والشافعي وابن حنبل .

وقال أبو حنيفة : لاأعتبر اللوث ولاأراعيه، ولاأجعل اليمين في جانب المدعي.

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

واعلم أن قول الشيخ رحمه الله « وهو تهمة للمدعى عليه » ليس مـراده أن المدعي يتهم المدعى عليه ، لان المدعي لابد أن يكون مدعياً بصيغة الجزم ، والا لماجازله الحلف على مايدعيه، بل مراده أن التهمة يحصل للحاكم بامارات ظاهرة يغلب معها ظن الحاكم بصدق المدعي، لانهم عرفوا اللوث بانه امارة يغلب معها الظن بصدق المدعي .

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ : اذا حلف المدعون على قتل عمد ، وجب القود على المدعى عليه، وبه قال مالك وابن حنبل والشافعي في القديم. وقال في الجديد: لايشاط به الدم وانما تجب الدية مغلظة حالة في ماله .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٣ ـ 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[1]، وابن فهد في المقتصر[2] ومذهب المفيد وسلار كمذهب الشافعي ، وهو مساواة الخطاء وشبيه العمد للعمد واختاره العلامة في القواعد والارشاد والتحرير، وفخر الدين في الايضاح، وادعى ابن ادريس اجماع المسلمين على ذلك .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ: القسامة يراعى فيها خمسون من أهل المدعي يحلفون فان لم يكونوا حلف الولي خمسين يميناً . وقال من وافقنا على القسامة : لايحلف الاولي الدم خمسين يميناً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : اذا وجد قتيل بين الصفين في فتنة ، أو قتال أهل البغي والعدل ، قبل أن ينشب الحرب بينهم ، كان ديته 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 متباعدتين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٦ ـ 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 ديته في بيت المال .

وقال الشافعي : ذلك لوث عليهم ، لانه يغلب على الظن أنهم قتلوه .

---

(١) مختلف الشيعة ص٢٣٧ كتاب القصاص .

(٢) المقتصر في شرح المختصر ـ مخطوط .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٧ ـ 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 أبوحنيفة : 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 لايخرج الابخنق شديد وتعب عظيم .

والمعتمد قول الشيخ هنا . وقوى فى المبسوط[1] 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 ولايترك لذلك القسامة ، ولا ينبغى أن يحمل على النادر الابدليل ، وقد يقتل الانسان غيره بأخذ نفسه وعصر خصييه وان لم يكن هناك أثر .

واعلم أن أباحنيفة 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 ـ ٨ ـ قال الشيخ : يثبت اللوث بأشياء : بوجود القتل في دار قوم أو قريتهم التي لم يدخلها غيرهم ، ويثبت بالشاهد الواحد ، ولايثبت بقول المقتول عند موته دمي عند فلان ، وبه قال الشافعى وأبوحنيفة .

وقال مالك: لايثبت اللوث الا بأمرين شاهد عدل عند المدعى، أو بقول المقتول عند موته دمي عند فلان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ: اذا كان المقتول مشركاً والمدعى عليه مسلماً لم يثبت القتل على المسلم .

---

(١) المبسوط ٧/٢١٥ .

والمعتمد قول الشيخ هنا، وأثبتها في المبسوط[١]، غير أنه لم يثبت القتل مع قسامة الكافر بل الدية .

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ : اذا قتل عبد وهناك لوث ، فلسيده القسامة ، وبه قال الشافعي ، واختلف أصحابه على قولين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١١ ـ 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 المدعي حلف المدعى عليه ستة أيمان ، أوما يلزم بحصة ذلك فان كانوا جماعة لا نص عليهم فيه ، والذي يقتضيه المذهب أنه لا يغلظ على كل واحد منهم .

واعلم أن البحث هنا في اماكن :

الاول: في ثبوت القسامة 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 المقتصر ، وقال سلار : القسامة خمسون يميناً ، 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 يميناً كما لو انفرد لان كل واحد يتوجه عليه الدعوى بانفراده، واستقربه في التحرير[٣] أيضاً ، وهو اختيار نجم الدين ، ولا بأس به .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : اذا لم يكن لوث ، فاليمين على المدعى عليه بلا خلاف ، وهل تغلظ أم لا ؟ عندنا أنه لايلزمه أكثر من يمين واحدة . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني يلزمه خمسون يميناً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : اذا قتل رجل وهناك لوث وله وليان، فادعى أحد الوليين أن زيداً قتله ، فكذبه الاخر والثاني يقدح ، وهو الصحيح عندهم .

والمعتمد قول الشيخ ، وانما ينتفي اللوث في حق المكذب خاصة .

---

(١) قواعد الاحكام ٢/٢٩٧ .

(٢) مختلف الشيعة ص٢٣٧ كتاب القصاص .

(٣) تحرير الاحكام ٢/٢٥٢ .

مسألة ـ ١٤ ـ 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[1]. واختاره العلامة ، وهو المعتمد .

(١) المبسوط ٧/٢٤٢ .

# كتاب كفارة القتل

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : لاتجب الكفارة بقتل الذمي والمعاهـد ، وخالف جميع الفقهاء ، وقالوا : تجب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ : اذا قتل مسلماً في دار الحرب متعمداً لقتله مع العلم بكونه مؤمناً وجب القود ، سواء أسلم عندهم ولم يخرج الينا 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 الينا ، فالواجب الكفارة فقط ولاقود ولادية بحال .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ : اذا قتل مؤمناً في دار الحرب قاصداً لقتله ، ولـم يعلم أنه مؤمن وظنه كافراً ، فلادية عليه غير الكفارة .

وقال الشافعي: عليه الدية على أحد القولين، والاخر مثل قولنا . وقال مالك: عليه الدية والكفارة . وقال أبو حنيفة : لادية عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بقوله تعالى « فان كان من قوم عدو لكم وهو

مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة »[١] ولم يذكر الدية .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ: اذا قتل أسيراً في أيدي الكفار وهو مؤمن، وجبت الدية والكفارة ، سوآء قصده بعينه أولم يقصده ، وبه قال أبويوسف ومحمد .

وقال أبوحنيفة : 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 ـ ٥ ـ قال الشيخ : قتل العمد تجب فيه الكفارة ، وبه قال مالك والشافعي .

وقال أبوحنيفة وأصحابه : لاكفارة فيه ، سوآء أوجب القود أو لم يوجبه ، نحو أب قتل ولده .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ : يجب بقتل العمد ثلاث كفارات : العتق ، والصيام والاطعام وخالف جميع الفقهاء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[٢].

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ: الكفارة تجب بقتل العبد، عمداً كان أو خطاء ، وبه قال جميع الفقهآء في الخطاء ، وفي العمد على مامضى ، وحكي عن مالك أنه قال : لاكفارة بقتل العبد والصحيح عنه وفاقه للفقهآء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ : تجب الكفارة في حق الصبي والمجنون والكافر ،

---

(١) سورة النساء : ٩٢ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٠/١٦٢ .

وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لاكفارة على واحد من هؤلاء .

استدل الشيخ على الوجوب بعموم الاية، وطريقة الاحتياط ، ثم قال : ولو قلنا لايجب على هؤلاء لكان قوياً، لقوله عليه السلام « 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 ـ ٩ ـ قال الشيخ: اذا اشترك جماعة في قتل رجل ،كان على كل واحد كفارة ، وبه قال جميع الفقهآء الا عثمان البتى قال : على الجميع كفارة واحدة، وحكى ذلك عن الشافعي ، قال أصحابه : وليس بشيء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة واخبارهم[٤] .

مسألة ـ ١٠ ـ 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 ـ ١١ ـ 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) عوالى اللئالى ١/ ٢٠٩ و ٣/ ٥٢٨ .

(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 ـ١٢ـ قال الشيخ : اذاكان الرجل ملفقاً في كسآء أو في ثوب ، فشهد شاهدان على رجل أنه ضربه فقده 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 الحياةفسقطا فيرجع الى أصالة البراءة .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : السحر له حقيقة ، ويصح منه أن يعقد ويرقى ويسحر ، فيقتل ويمرض ويكوع الايدي ، ويفرق بين الرجل وزوجته ، ويتفق له أن يسحر بالعراق رجلانحو خراسان فيقتله عند أكثر أهل العلم ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه ومالك والشافعي .

وقال أبو جعفر الاسترابادي : لاحقيقة له، وانما هو تخييل وشعبدة ، وبه قال المغربي من أهل الظاهر، وهو الذي يقوى في نفسي ، ويدل على ذلك قوله تعالى « فاذاحبالهم وعصيهم يخيل اليه من سحرهم أنها تسعى »[1] والمشهور عند أصحابنا أنه لاحقيقة له .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ : من استحل عمل السحر ، فهو كافر ووجب قتله بلاخلاف ، ومن قال : هو حرام الا أني استعمله فهو فاسق لايجب قتله ، وبه قال أبوحنيفة 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 .

---

(١) سورة طه : ٦٦ .

والمعتمد قول الشيخ ، ولافرق بين القول بأن له حقيقة ، والقول بأنلاحقيقة له ، فانه على القولين من استحله فهوكافر ، ومن عمله غير مستحل فهو فاسق .

مسألة ـ ١٥ ـ قال الشيخ : اذا أقر أنه سحر فقتل بسحره متعمداً ، لايجب عليه القود ، وبه قال أبوحنيفة . وقال الشافعي : يجب القود .

استدل الشيخ بأصالةبراءة الذمة ، قال : وأيضاً فقد بينا أن الواحد منالايصح أن يقتل غيره بمالامباشرة به، الا أن يسقيه مايقتل 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، وكمالو أقر أنه قتله بالسيف عمداً[1]. 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 ماروى في الاحاديث لوسحره ، ففي القود اشكال، والاقرب الدية ، لعدم اليقين بذلك ، ثم قال : ولو أقر أنه قتله بسحره فعليه القود عملا باقراره ، ثم قال : وعلى قول الشيخ لايثبت على الساحر قصاص ولادية وان أقر أنه قتله بسحره .

وقال صاحب الشرائع قال الشيخ : لاحقيقة للسحر، وفي الاخبار مايدل على أن له حقيقة ، ولعل مـا 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 ماقلناه من الاحتمال يلزمه الاقرار .

---

(١) المبسوط ٧/ ٢٦٠ .

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ : اذا قال أنا أعرف السحر وأحسنه لكنني لاأعمله لاشيء عليه ، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة .

وقال مالك : هذا زنديق وقداعترف بذلك ، فوجب قتله ولايقبل توبته .

والمعتمد قول الشيخ .

# كتاب قتال أهل البغى

مسألة ـ ١ ـ 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 التدبر . 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 عليه السلام « حربك ياعلي حربي وسلمك سلمي »[1] وحرب النبي صلى الله عليه وآله كفر ، فيجب أن يكون حرب علي كذلك ، وقوله عليه السلام « اللهم وال من والاه ، وعاد من عاداه ، وانصر من نصره ، واخذل من خذله » والمعاداة من الله لايكون الا للكفار .

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ : اذا أتلف الباغي على العادل مالا أو نفساً والحرب قائمة ، كان عليه ضمان المال والقود في النفس ، وبه قال مالك .

---

(١) عوالى اللئالى ٢/١٠٢ و ٤/٨٧ .

وقال الشافعي : ان أتلف مالا فعلى قولين، وان كان قتلا يوجب القود، فعلى طريقين منهم من قال: لاقود قولا واحداً، والدية على قولين، لان القصاص سقط بالشبهة والمال لايسقط، ومن أصحابه من قال : القود على قولين مثل المال، والصحيح عندهم لاقود، وبه قال أبو حنيفة وان كان المتلف عادلا فلاضمان عليه بلاخلاف .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ: مانعي الزكاة في أيام أبي بكر لم يكونوا مرتدين ولايجوز 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 ـ ٤ ـ 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 : لايجوز قتالهم ولااتباعهم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : من سب الامام العادل وجب قتله. وقال الشافعي يجب تعزيره .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[2]، وقوله عليه السلام « من سب علياً فقد سبني، ومن سبني فقد سب الله، ومن سب الله فقد كفر ووجب

(١) تهذيب الاحكام ٦/١٤٤ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٠/٨٦ .

قتله »[1].

مسألة ـ٦ـ 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 فئة يرجعون اليها جاز قتل أسيرهم والاجهاز على جريحهم والا فلا .

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ: اذا أسر من أهل البغي من ليس من أهل القتل كالنساء والصبيان والشيوخ الهرمى لايحبسون ، وبه قال الشافعي في الام ، ومن أصحابه من قال : يحبسون مثل الرجال .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٨ ـ 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 : لايخرجون مطلقاً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٩ ـ 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 ـ ١٠ ـ قال الشيخ : اذا نصب أهل البغي قاضياً ، فقضى بينهم أوبين غيرهم، لم ينفذ حكمه ، سواء كان القاضي من أهل البغي أو أهل العدل ، وسواء

(١) عوالى اللئالى ٤/٨٧ .

وافق الحق أو خالفه .

وقال أبو حنيفة: ان كان القاضي من أهل العدل صح، وان كان من أهل البغي لايصح ولاينعقد 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 لايستبيح أموال أهل العدل ودمائهم، نفذت قضاياه كما ينفذ قضايا غيره، سواء كان القاضي من أهل العدل أو أهل البغى .

والشيخ استدل باجماع الفرقة ، بأن القاضي لايجوز أن يوليه غير الامام .

والمعتمد ان العادل الجامع لشرائط الفتوى اذا أكرهه الجابر ، سواء كان باغياً أوغير باغ على القضاء بين الناس، جازله ذلك ويعتمد الحق ماأمكنه، ولايقدح ذلك في عدالته ، نص عليه صاحب القواعد وغيره .

مسألة ـ ١١ ـ قال الشيخ : اذا شهد عدل من أهل البغي ردت شهادته .

وقال الشافعي وأبوحنيفة: لايرد، غيرأن أباحنيفة يقول:أهل البغي فساق، لكنه فسق على طريق التدين ، والفسق على طريق التدين لايرد به الشهادة عنده ، لانه يقبل شهادة أهل الذمة .

والمعتمد قول الشيخ، لانهم كفار ولايجتمع الكفر مع العدالة ، وان لم يكن عدلا لم يقبل شهادته اجماعاً .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ: الباغي اذا قتل غسل وصلى عليه، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يغسل ولايصلى عليه .

والمعتمد أنه لايغسل ولايصلى عليه لانه كافر .

مسألة ـ ١٣ ـ 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 ، ولايجوز أن يستسلم مع القدرة على الدفع .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني يجوز أن يستسلم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ : ماحواه عسكر البغاة يجوز أخذه والانتفاع به ويكون غنيمة يقسم في المقاتلة ، وما لم يحوه العسكر لايتعرض له .

وقال الشافعي: لايجوزلاهل العدل أنيستمتعوا بدواب أهل البغي ولابسلاحهم ولايرمون بنشابهمفي حال القتال ولا في غير حال القتال ، ومتى حصل من ذلك شيء عندهم كان محفوظاً لاربابه ، فاذا انقضت الحرب رد اليهم .

وقال أبوحنيفة: يجوز الاستمتاع بدوابهم وسلاحهم والحرب قائمة فاذاانقضت ردوا عليهم ذلك .

واستدل الشيخ هنابا جماع الفرقة وأخبارهم، وفصل في المبسوط ، فقال: ان كان لهم فئة يرجعون اليها جاز غنيمة ماحواه العسكر، وان لم يكن فلايجوز[1]، وهو المعتمد .

(١) المبسوط ٧/ ٢٨٠ .

# كتاب المرتد

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : المرأة اذا ارتدت لاتقتل ، بل تحبس وتجبر على الاسلام حتى ترجع أوتموت في الحبس، وبه قال أبوحنيفة 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[1].

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ: الزنديق هو الذي يظهر الاسلام ويبطن الكفر، فاذا تاب وقال تركت الزندقة ، روى أصحابنا أنه لاتقبل توبته ، لانه دين مكتوم ، وبه قال مالك .

وقال الشافعي: تقبل توبته، وعن أبي‌حنيفة 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 ـ٣ـ قال الشيخ: المرتد على ضربين: أحدهما ولد على فطرة الاسلام بين مسلمين، فمتى ارتدت وجب قتله ، ولاتقبل توبته . والاخر كان كافراً فأسلم ثم ارتد ، فهذا يستتاب فان تاب والا وجب قتله ، وبه قال عطا . وقال الحسن البصري : المرتد يقتل من غير استتابة .

وقال الشافعي وأبوحنيفة ومالك وعامة الفقهاء: المرتد يستتاب ، سواء ارتد عن فطرة أو عن ملة ، فان لم يتب وجب قتله .

والمعتمد أن المرتد عن فطرة لاتقبل توبته ظاهراً بالنسبة الى سقوط القتل واباحة الزوجة المسلمة ، وعدم قسمة أمواله ، وعليه اجماع الفرقة المحقة ، وهل تقبل توبته باطنا ؟ قوى الشهيد في دروسه[٢] قبولها باطناً. وقال ابن فهد في مهذبه تقبل بالنسبة الى طهارته وصحة عبادته ، وهذا هو المعتمد .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ: من أجمعنا على استتابته، متى تاب سقط عنه القتل وبه قال جميع الفقهاء، وحكى الشافعي في القديم عن قوم أنه لاتقبل توبته ويجب قتله .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٥ ـ 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 ص١٦٦ .

(٢) الدروس ص١٦٦ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٠/١٣٧ .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ : الموضع الذي قلنا يستتاب ، لم يحده أصحابنا بقدر ، والاولى أن لايكون مقدراً . وللشافعي قولان، سواء قال الاستتابة واجبة أو مستحبة: أحدهما يستتاب ثلاثاً، وبه قال أحمد، وهو ظاهر قول أبي حنيفة، والاخر يستتاب ان تاب في الحال والا قتل، وهو أصحهما عندهم. وقال الثوري: يستتاب ما دام يرجى رجوعه .

والمعتمد أنه يستتاب القدر الذي يمكن معه الرجوع ان تاب والاقتل ، واستحسن نجم الدين في الشرائع[1] الصبر ثلاثاً ، لما فيه من التأني لازالة عذره.

مسألة ـ ٧ ـ 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 طريقين ، منهم من قال : في ملكه وتصرفه ثلاثة أقوال: أحدها لايزول 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 لايزول بنفس الردة ، لكن يحجر الحاكم على أمواله ، لئلا يتصرف فيها بالاتلاف ، فان تاب دفعت اليه ، وان مات أو قتل دفعت الى ورثته المسلمين ان كان ، والا فهي للامام ، 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 مالايتعلق باموال ، قال: وهل يثبت

---

(١) شرائع الاسلام ٤/ ١٨٤ .

الحجر بمجرد الردة أو بحكم الحاكم ؟ الاقوى 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 لايقع موقوفاً ، اذ من شرط صحته التنجيز .

وقال في التحرير[٢] كقوله في القواعد ، الا أنه لم يستثن العتق كما استثناه في القواعد .

مسألة ـ ٨ ـ 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 في ء . وقال الشافعي : الكل في ء سواء اكتسبه حال اسلامه أو حال كفره .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٩ ـ 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 ولايقتل .

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 ـ ١٠ ـ قال الشيخ : المرتد الذي يستتاب اذا لحق بدار الحرب، لم يجر ذلك مجرى موته ، ولايتصرف في ماله ، ولم يعتق مدبره ، ولايحل ماعليه

---

(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 ـ ١١ ـ 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 لايجوز ، لان الولد يلحق بأبيه، فلما ثبت أن أباه لايسترق ، لانه قد ثبت له حرمة الاسلام فكذلك ولده . والاخر يسترق، ولافرق عنده بين دار الاسلام ودار الحرب .

وقال أبوحنيفة : ان كانوا في دار الحرب فانهم يسترقون ، وان كانوا في دار الاسلام فانهم لايسترقون .

والمعتمد ان كانت أم ولد المرتد مسلمة فهو مسلم وان كانت كافرة أو مرتدة فحكمه حكم أبيه ، وهو مذهب الشيخ في المبسوط[1] ، فاذا بلغ واختار الكفر استتيب ، فان تاب والا قتل .

مسألة ـ ١٢ ـ 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 لاتوارث بين الحربي والذمي . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : كلما يخص الحربي على مذهبنا ، 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 فيئاً ينقل الى بيت المال .

---

(١) المبسوط ٧/٢٨٥ .

# كتاب الحدود

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : يجب على الثيب الرجم ، وبه قال جميع الفقهآء وحكي عن الخوارج أنهم قالوا : لارجم في شرعنا ، لانه ليس في ظاهر القرآن ولافي السنة المتواترة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة ، وروى أن علياً عليه السلام جلد سراجة يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة ، وقال : جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وآله .

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ : المحصن اذا كان شيخاً أو شيخة ، 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 ، والمرتضى وابن ادريس ، والعلامة ، ونجم الدين .

مسألة ـ ٣ ـ 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 أبوحنيفة : الحد انماهو 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 الفرقة 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 أملك 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 ـ ٤ ـ قال الشيخ: لانفي على العبد ولا الامة ، 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 ـ ٥ ـ قال الشيخ : الاحصان لايثبت 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 ـ مخطوط .

ومتى لم يكن متمكناً منه لم يكن محصناً. ويحصل عدم التمكن بالسفر والحبس وعدم التخلي بينهما، واحصان المرأة كاحصان الرجل، واذا طلق المحصن وبانت منه بطل الاحصان بينهما .

وقال الفقهآء كلهم : خلاف ذلك في الحرة أنه متى عقد عليها ودخل بها ثبت الاحصان بينهما، وان فارقها بموت أو طلاق ولم يراعوا التمكين من وطئها، أما الامة فقال الشافعي: اذا أصاب أمة بنكاح صحيح أو العبد حرة، ثبت الاحصان للحرة دون المملوك ، وهو قول مالك .

وقال أبوحنيفة : لايثبت الاحصان لاحدهما ، وهكذا الصغير اذا أصاب كبيرة أو الكبيرة صغيرة ثبت الاحصان للكبير عند الشافعي . وقال أبوحنيفة ومالك : لايثبت الاحصان لاحدهما ، ويحكى عن الشافعي هذا فى القديم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ: اذا مكنت العاقلة المجنون من نفسها فوطئها لزمهما الحد، وان وطىء المجنونة عاقل لزمه الحد ولم يلزمها .

وقال الشافعي : يلزم الحد العاقل دون المجنون فى الموضعين . وقال أبو حنيفة : لايجب على العاقلة الحد اذا وطئها المجنون ، فان وطىء عاقل مجنونة لزمه الحد .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة، ووافقه المفيد، وابن البراج ، وابن بابوية على حد المجنون اذا زنا. وقال سلار وابن ادريس: لاحد على المجنون، واختاره العلامة ، وفخر الدين ، وأجمع الكل على عدم حد المجنونة .

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ : اذا وطىء بهيمة ، فان كانت مأكولة اللحم ذبحت وأحرق لحمها ولايؤكل ، فان كانت لغير الواطىء أغرم قيمتها . وان كانت غير مأكولة اللحم حملت الى بلد آخر وبيعت ولاتذبح .

وقال الشافعي : انكانت مأكولة ذبحت ، وهل يؤكل لحمها ؟ فيه قولانوان كانت غير مأكولة هل يذبح ؟ فيه قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[١].

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ: روى أصحابنا في الرجل اذا وجد مع امرأةأجنبية يقبلها أو يعانقها في أزار واحد أن عليهما مائة جلدة . وقال جميع الفقهاء : عليه التعزير ، وهو المعتمد ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة ـ ٩ ـ 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 ـ ١٠ ـ 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 وأوجبه 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 ١٠/٦٠ .

(٢) المختصر النافع ص ٢٩٥ .

واحد[١].

واختاره نجم الدين ، والعلامة وابن فهد . وقال ابن ادريس : أقلها ثلاثة ، والمعتمد مذهب النهاية .

مسألة ـ ١١ ـ قال الشيخ : يفرق حد الزاني على جميع البدن الا الوجه والفرج ، وبه قال الشافعي وأضاف أبو حنيفة الى الوجه والفرج الرأس ، وهو المعتمد .

مسألة ـ ١٢ ـ 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 لاحد عليه .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة على أن هؤلاء ينعتقون، فاذا وطىء حرة ذات محرم كان عليه الحد، والحد هنا القتل . وقال الشافعي : الحد الجلد اذا قال بوجوبه، وعلى القول الاخر فلاحد لحصول الشبهة بسبب الملك.

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ: اذا ثبت الزنا لبينة، لم يجب على الشهود حضورهم عند الرجم ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : يجب عليهم ذلك .

قال الشيخ : وروى أصحابنا أنه اذا وجب الرجم ، فأول من يرجم الشهود ثم الامام ، وان كان مقراً على نفسه فأول من يرجمه 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 ص٢١١ كتاب الحدود .

الحضور ، واختاره فخر الدين ، فعلى هذا يكون وجوب البدأة مع الحضور.

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ: اذا حضر الامام والشهود موضع الرجم ، فان كان الحد وجب بالاقرار ، وجب على الامام البدأة ثم يتبعه الناس ، وان كان بالبينة بدأ أولا الشهود ثم الامام ثم الناس، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي: لاتجب البدأة على واحد منهم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٥ ـ قال الشيخ : لايجب الحد بالزنا الا بالاقرار أربعاً في أربع مجالس فأما دفعة واحدة فلايثبت به على حال ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : اذا أقر دفعة واحدة لزمه الحد ، بكراً كان أو ثيباً ، وبه قال مالك . وقال ابن أبي ليلى : لايثبت الا بأربع مرات وان كان في مجلس واحد ، وهو المعتمد ، وهو اختيار العلامة في التحرير[1].

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ : اذا أقر بحد ثم رجع عنه سقط الحد ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي وأحد الروايتين عن مالك ، وعنه رواية أخرى أنه لايسقط ، وبه قال الحسن البصري .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٧ ـ قال الشيخ : المريض المأيوس منه اذا زنا وهو بكر ، أخذ عذق فيه مائة شمراخ أومائة عود شد بعضها الى بعض ،ويضرب به ضربة واحدة على وجه لايؤدى الى تلفه .

وقال أبو حنيفة : يضرب مجتمعاً ومتفرقاً ضرباً مولماً . وقال الشافعي: يضرب مائة باطراف الثياب والنعال ضرباً لايولم ألماً شديداً .

---

(١) تحرير الاحكام ٢/٢٢١ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[١].

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ : اذا شهد عليه أربعة شهـود بالزنا فكذبهم ، أقيم عليه الحد بلاخلاف ، وان صدقهم أقيم عليه الحد ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لايقام عليه الحـد ، لانه سقط حكم الشهادة بالاعتراف ، والاعتراف دفعة واحدة لايوجب الحد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٩ ـ قال الشيخ: اذا وجد الرجل على فراشه امرأة ، فظنها زوجته فوطئها ، لم يكن عليه حد، وبه قال الشافعي. وقال أبوحنيفة : عليه الحد، وروى ذلك أصحابنا.

والمعتمد عدم وجوب الحد ، لانه شبهة .

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ: اذا أقر الاخرس بالزنا باشارة معقولة لزمه الحد ، وكذا اذا أقر بالقتل العمد لزمه القود ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة لايلزمه الحد ولا القتل .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢١ ـ قال الشيخ : اذا لاط الرجل فاوقب ، 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 .

وللشافعي قولان : أحدهما حكمه حكم الزاني ، وبه قال محمد وأبو يوسف والاخر يقتل على كل حال ، وبه قال مالك وأحمد واسحاق الا أنهم لم يفصلوا وقال أبو حنيفة : لايجب الحد ، وانما يجب به التعزير .

---

(١) تهذيب الاحكام ١٠/٣٣ .

والمعتمد أن مع عدم الايقاب يجلد مائة جلدة، سواء كان محصناً أو غير محصن وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة ـ ٢٢ ـ 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 ـ ٢٣ ـ قال الشيخ : اذا شهد أربعة شهود على رجل انه زنا بامرأة فشهد اثنان على أنه اكرههما ، والاخران أنها طاوعته، قال الشافعي : لايجب 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[1] والمختلف[2] وقوى الشيخ في المبسوط[3] مذهب أبي حنيفة ، واختاره ابن ادريس .

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ : اذا استأجر امرأة للوطىء فوطئها لزمه الحد وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لاحد عليه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٥ ـ 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 كاملا والاخر ناقصاً، فان كان النقص بالرق فالكامل قد احصن، وان كان

(١) قواعد الاحكام ٢/٢٥١ .

(٢) مختلف الشيعة ص٢٠٣ كتاب الحدود .

(٣) المبسوط ٨/٨ .

بالصغر لايثبت فيهما الاحصان ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال مالك: انكان النقص رقألم يثبت الاحصان لاحدهما وانكان صغراً احصن الكامل .

وقال الشافعي : انكان النقص بالرق، فقد أحصن الكامل بلاخلاف على مذهبهم وان كان بالصغر ففيه قولان، قال في الام : الكامل محصن ، وفي الاملاء : لايثبت الاحصان لاحدهما . والمذهب الاول .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو فتوى العلامة في القواعد .

مسألة ـ ٢٦ ـ قال الشيخ: اذا عقد النكاح على ذات محرم له، نسباً أورضاعاً أو امرأة أبيه أو ابنه، أوتزوج بخامسة، أو امرأة لها زوج ووطئها، أو وطىء امرأة بعد ان بانت باللعان ، أو بالطلاق الثلاث مع العلم بالتحريم ، فعليه القتل في وطىء ذات الرحم، وفي وطىء الاجنبية الحد، وبه قال الشافعي الا أنه لم يفصل.

وقال أبو حنيفة : لاحد في شيء من هذا، حتى قال : لواستأجر امرأة ليزنى 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 طاوعته، قال : أما لوعقد عليها فانه باطل ، وفي الحاقه بالزاني مع جهله بالتحريم عليه اشكال .

الثالث : المكره للمرأة على الزنا .

الرابع: الزاني بامرأة أبيه على رأي، ولايعتبر في هؤلاء الاحصان ولاالحرية

ولا الشيخوخة[١] هذا هو المشهور . وما عدا هؤلاء الاربعة فحده الجلد أو الرجم باعتبار الاحصان وعدمه .

مسألة ـ ٢٧ ـ 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 ـ ٢٨ ـ 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 قذفة يحدون ، والمجلس عنده مجلس الحكم ، فلو جلس بكرة ولم يقم 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، فلو جاؤا متفرقين واحداً بعد واحد واجتمعوا في مجلس واحد ثم أقاموا الشهادة ثبت الزنا[٣]. وهذا خلاف مذهبه في القواعد .

---

(١) قواعد الاحكام ٢/٢٥٢ .

(٢) قواعد الاحكام ٢/٢٥١ .

(٣) تحرير الاحكام ٢/٢٢١ .

مسألة ـ ٢٩ ـ قال الشيخ : اذا حضر أربعة ليشهدوا بالزنا ، فشهد واحد أو ثلاثة ولم يشهد الرابع ، لم يثبت الزنا بلاخلاف ، ومن لم يشهد لاشيء عليه بلاخلاف ومن شهد فعليه حد القذف ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه والشافعي في أحد قوليه ، والقول الاخر لايجب الحد . والشيخ استدل باجماع الفرقة وأخبارهم واجماع الصحابة .

مسألة ـ ٣٠ ـ قال الشيخ : اذا شهد أربعة على رجل بالزنا ، فردت شهادة واحد منهم ، فان ردت بأمر ظاهر لاخفاء فيه على أحد ، فانه يجب على الاربعة حد القاذف ، وان ردت بأمر خفي فانه يقام الحد على مردود الشهادة دون الثلاثة .

وقال الشافعي : ان ردت بأمر ظاهر ، فعلى قولين في الاربعة : أحدهما يقام عليهم الحد ، والثاني لايقام عليهم الحد ، وان ردت بأمر خفي فمردود الشهادة لاحد عليه والثلاثة لاحد عليهم ، ومن أصحابه من قال : على قولين .

وقوى في المبسوط[1] عدم اقامة الحد على المردود أيضاً ، واختار العلامة في المختلف[2] والتحرير مذهب الخلاف ، لانه مردود الشهادة ، فيجب عليه الحد كما لورد بأمر ظاهر ، والفرق بينه وبين الثلاثة أنه يعلم بفسق نفسه وهم لايعلمون والمعتمد قول الشيخ هنا .

مسألة ـ ٣١ ـ قال الشيخ : اذا شهد أربعة ثم رجع واحد منهم ، فلاحد على المشهود عليه بلاخلاف ، وعلى الراجع الحد بلاخلاف ، 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 ، ولايختص الراجع بالحد ولابالعفو .

---

(١) المبسوط ٨/ ٩ .

(٢) مختلف الشيعة ص٢٠٣ كتاب الحدود .

مسألة ـ ٣٢ ـ قال الشيخ : اذا شهد أربعة، فرجم المشهود عليه فرجع واحد وقال : تعمدت قتلـه كان عليه الحد والقود ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لاقود عليه . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٣٣ ـ قال الشيخ: اذا استكره امرأة على الزنا، فلاحد عليها بلاخلاف وعليه الحد ولامهرلها ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي: لها المهر، وهو المعتمد، ويتكرر بتكرر الوطىء مع الاكراه واستدل الشيخ بقوله عليه السلام « لامهر لبغي » وأنكره ابـن ادريس ومن تابعه ، لان المكرهة ليست بغية .

مسألة ـ ٣٤ ـ 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 منهمانصف ماعلى الحر، وانلم 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[1]، ولافرق بين الاحصان وعدمه .

مسألة ـ ٣٥ ـ قال الشيخ : للسيد اقامة الحد على مملوكه بغير اذن الامام عبداًكان 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 ١٠/٢٨ .

فليس له ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٣٦ ـ قال الشيخ : له أن يقيم الحد على مملوكه في شرب الخمر وأن يقطعه في السرقة، ويقتله بالردة، ووافقنا الشافعي في الخمر قولا واحداً، وفي القطع في السرقة قولان : أصحهما مثل قولنا ، وفي القتل بالردة على وجهين .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم ، وقوله عليه السلام « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم» وجزم العلامة في التحرير بما قاله الشيخ، وقال في القواعد ولو كان الحد رجماً أوقتلا اختص بالامام، وكذا القطع بالسرقة، ومذهب القواعد أحوط .

مسألة ـ ٣٧ ـ قال الشيخ : يقيم السيد الحد على مملوكه باعترافه وبالبينة وبعلمه، ووافقنا الشافعي في الاعتراف قولا واحداً، وفي البينة على قولين، وكذلك في العلم .

والعلامة في التحرير تابع الشيخ من غير تردد، وقال في القواعد : هذا كله اذا شاهد الزنا أو أقر الزاني ، ولو قامت عنده البينة ، فالاقرب الافتقار الى اذن الحاكم . واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم وعموم الاخبار ، وهو قوي .

مسألة ـ ٣٨ ـ 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 أهلا للولاية ، أما العلم باقامة الحدود وقدرها وأحكامها فمجمع

على اشتراطه .

مسألة ـ ٣٩ ـ قال الشيخ : اذا وجد رجل قتيلا في دار رجل ، فقال صاحب الدار : وجدته يزني بأمرأتي ، فان كان معه بينة ، فلايجب 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 ـ ٤٠ ـ قال الشيخ : اذا شهد اثنان أنه زنا بالبصرة ، واثنان أنه زنا بالكوفة ، فلاحد عليه بلاخلاف ، وعلى الشهود الحد .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لايحدون الشهود أيضاً، وبه قال أبو حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤١ ـ قال الشيخ : اذا شهد أربعة على رجل أنه زنا في هذا البيت، وأضاف كل واحد منهم شهادته الى زاوية مخالفة للاخرى، 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 ـ ٤٢ ـ قال الشيخ: اذا شهد أربعة بالزنا قبلت شهادتهم، سواء تقادم الزنا أو لم يتقادم ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : اذا شهدوا بزنا قديم لاتقبل شهادتهم . وقال أبو يوسف : جهدنا بأبي حنيفة أن يوقت بالتقادم 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 ـ ٤٣ ـ قال الشيخ: ليس من شرط احصان الرجل[١] الاسلام، بل من شرطه الحرية والبلوغ وكمال العقل والوطىء في نكاح صحيح ، فاذا وجدت هذه الشروط فقد أحصن احصان رجم ، وهكذا اذا وطىء 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 لايحصن الكافرة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[٢].

ويشترط في النكاح أن يكون العقد دائماً ، فلو وطىء المتمتع بها لم يكن محصناً ، ولافرق في الدائم بين الحرة والامة وملك اليمين ، كالعقد الدائم في الاحصان .

---

(١) في المصدر : الرجم .

(٢) تهذيب الاحكام ١٠/١٣ .

مسألة ـ ٤٤ ـ قال الشيخ : اذا قذف العبد محصنا، 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[1] مذهب الفقهاء .

مسألة ـ ٤٥ ـ قال الشيخ : اذا قذف جماعة واحداً بعد واحد ، كل واحد بكلمة منفردة ، فعليه لكل واحد منهم الحد ، وبه قال الشافعي قولا 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[2].

مسألة ـ ٤٦ ـ 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 ، والاخر حد واحد .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[3]، وهو قول المفيد

---

(١) المبسوط ٨/١٦ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٠/٦٩ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٠/٦٧ .

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 ـ ٤٧ ـ قال الشيخ : اذا قال لرجل يابن 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 افترقا كان عليه حدان .

مسألة ـ ٤٨ ـ 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 العصبات ، 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 ـ ٤٩ ـ قال الشيخ: اذا قذف رجلا واختلفا ، فقال المقذوف : أناحر وعليك الحد ، فقال القاذف : أنت عبد فعلي التعزير ، كان القول قول القاذف .

وقال الشافعي في كتبه مثل قولنا في القاذف ، وقال في الجنايات : القول قول

(١) مختلف الشيعة ص ٢٢٨ كتاب الحدود .
(٢) شرائع الاسلام ١٦٣/٤ .
(٣) تهذيب الاحكام ٨٣/١٠ .

المجني عليه ، واختلف أصحابه على طريقين ، منهم من قال المسألتان 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 الجناية.

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 ـ ٥٠ ـ قال الشيخ: من لم يكمل فيه الحرية وقذفه قاذف، يجلد بحساب الحرية ويعزر بحساب الرق . وقال جميع الفقهاء : عليه التعزير لاغير .

استدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٥١ ـ 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 ـ ٥٢ ـ 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 بالغاً مابلغ .

والمعتمد القتل في الرابعة ، وهو المشهور عند أصحابنا ان كان حراً ، وفي التاسعة ان كان عبداً .

---

(١) شرائع الاسلام ٤/١٦٤ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٢٣٠ ، كتاب الحدود .

(٣) الايضاح ٤/٥٠٢ .

# كتاب السرقة

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : النصاب الذي يقطع به ربع دينار فصاعداً ، أوما 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 البتى : القطع بدرهم فصاعداً . وقال زياد ابن أبى زياد : القطع بدرهمين فصاعداً . وقال مالك : الذي يقطع به أصلان الذهب والفضة، فنصاب الذهب ربع دينار، ونصاب الفضة ثلاثة دراهم ، فان سرق من غيرهما قوم بالدراهم ، فاذا بلغ ثلاثة دراهم قطع .

وقال ابن أبي هريرة وأبوسعيد الخدرى : القطع بأربعة دراهم فصاعداً . وقال أبوحنيفة واصحابه : في عشرة دراهم ، فان سرق من غيرها قوم بها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ : اذا سرق ربع دينار من هذه الدراهم المعروفة المنقوشة ، وجب القطع بلا خلاف بيننا وبين الشافعي ، وان كان تبراً من ذهب

---

(١) تهذيب الاحكام ١٠/٩٩ .

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: لايقطع، لان اطلاق الدينار لايصرف اليه حتى يكون مضروباً ، ولان التقويم لايقع الابه .

والمعتمد ان كان غير المضروب ينقص قيمته عن المضروب لايقطع 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 تردده .

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ : اذا سرق ما قيمته ربع دينار وجب القطع ، سواء كان مما هو محرز بنفسه ، كالثياب والاثمان والحبوب اليابسة ونحوها ، أو غير محرز بنفسه وهو ماإذا ترك فسد ، كالفواكه الرطبة كلها من الثمار والخضراوات والقثا والبطيخ والباذنجان ونحو ذلك ، أو كان بطيخاً أو لحماً مشوياً الباب واحد ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : انما يجب القطع فيماكان محرزاً بنفسه ، أما الاشياء الرطبة والبطيخ لاقطع فيه بحال .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ : كل حبس يتمول في العادة فيه القطع ، سواء كان أصله الاباحة أوغير الاباحة، فما لم يكن على الاباحة كالثياب والاثاث والحبوب وماأصله الاباحة الصيود على اختلافها اذاكانت مباحة، وكذلك الجوارح المعلمة .

وكذلك الخشب كله الحطب وغيره ، الساج وغيره الباب واحد ، وكذلك الطين وجميع مايعمل منه الخذف والظروف والاواني والزجاج والحجر وجميع مايعمل منه، وكذلك مايخرج من المعادن كالقير والنفط والموميا والملح وجميع

الجواهر واليواقيت وغيرها ، وكذلك الذهب والفضة كل هذا فيه القطع ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة فيما لم يكن أصله الاباحة مثل قولنا ، وما كان أصله الاباحة في دار الاسلام لاقطع فيه ، فقال: لاقطع في الصيود كلها والجوارح كلها المعلمة وغير المعلمة، والخشب جميعه لاقطع فيه الا مايعمل منه انية، كالجفان والقصاع والابواب فيكون في معموله القطع الا الساج، فان فيه القطع معمولة وغير معمولة ، لانه ليس من دار الاسلام .

وله في الزجاج روايتان : أحديهما لاقطع فيه ، والثانية فيه القطع ، وكلما يعمل من الطين لاقطع فيه ، وكذلك كلما كان من المعادن الا الذهب والفضة والياقوت والفيروزج فان فيه القطع ، وما عداه كالملح والقير والنفط والزرنيخ والموميا لاقطع فيه ، قال : لان جميع ذلك على الاباحة فى دار الاسلام .

والمعتمد قول الشيخ ، للعموم .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : لاقطع الا على من سرق من حرز ، فيحتاج الى شرطين : السرقة والحرز ، فان سرق من غير حرز لايقطع ، وان انتهب من حرز فلا يقطع ، وبه قال أبوحنيفة ومالك والشافعى .

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 وديعته وعاريته ، وهو أن يجحد ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ :كل موضع كان حرز الشيء من الاشياء، فهو حرز لجميع الاشياء ، وبه قال أبوحنيفة .

---

(١) تهذيب الاحكام ١٠/٩٩ .

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 مقفلا عليه، أو مغلقاً أو مدفوناً، 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 ـ ٧ ـ قال الشيخ: الابل اذا كانت مقنطرة وكان لها سائق، فهي في حرز بلا خلاف، وان كان قائداً لها لايكون 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 شاهدها كلها، والثاني أن يكون مع الالتفات اليها مراعياً لها.

واختار العلامة في القواعد مذهب الشيخ هنا، وهو المعتمد.

---

(١) المبسوط ٨/٢٢.

(٢) تحرير الاحكام ٢/٢٢٦.

(٣) قواعد الاحكام ٢/٢٦٧ ـ ٢٦٨.

(٤) النهاية ص٧١٤.

مسألة ـ ٨ ـ 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 أوخفيفة، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه والشافعي.

وقال مالك : انكانت السرقة ثقيلة فبلغت قيمة نصاب قطعناهم كلهم، وانكانت خفيفة ففيه روايتان : أحديهما كقولنا ، والثانية كقوله في الثقيلة ، وروى أصحابنا اذا بلغت السرقة نصاباً وأخرجوها بـأجمعهم وجب عليهم القطع ولم يفصلوا ، والاول أحوط .

واحتج الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٩ ـ 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 أبوحنيفة : اجمع ما أخرجوه وأقومه وافض على الجميع ، فان أصاب كل واحد منهم نصاباً قطعته ، وان نقص لم أقطعه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ : اذا ثقب ثلاثة وكوروا المتاع ، وأخرجه واحد منهم دون الباقين، فالقطع على من أخرج دون من لم يخرج، وبه قال مالك والشافعي.

وقال أبوحنيفة : أفض السرقة على الجماعة ، فان بلغ حصة كل واحد نصاباً قطعت الجميع ، وان نقصت لم أقطع واحداً منهم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١١ ـ 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 هذه المسائل الثلاث على الداخل، وبه قال الشافعي. وقال أبوحنيفة : لايقطع

واحد منهما .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٢ ـ 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 : لاقطع على واحد منهما .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : اذا نقب وحده ودخل فأخرج ثمن دينار ، ثم عادمن ليلته أومن الليلة الثانية فأخرج ثمن دينار آخر، فقدكمل النصاب ولاقطع 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[1]، 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 : ولوقلنا انه يجب عليه القطع ، لان النبى عليه السلام قال : من سرق ربع دينار كان عليه القطع . ولم يفصل كان قوياً .

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 لايسمى سرقة واحدة ،كما لوأخرجه دفعات فالاقرب وجوب الحد ان لم يتخلل اطلاع المالك ولم يطل الزمان بحيث لا يسمى سرقة واحدة ، كما

---

(١) مختلف الشيعة ص٢٢١ كتاب الحدود .

لو أخرجه في ليلتين[1] ، وهذا هو المعتمد ، وهو قريب من تفصيل ابن خيران .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ : اذا دخل الحرز وذبح شاة ، فعليه مابين 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 أبوحنيفة ومحمد : لاقطع عليه ، بناءاً على أصله في الاشياء الرطبة أنه لاقطع فيها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٥ ـ قال الشيخ : اذا نقب ودخل الحرز، فأخذ ثوباً وشقه ، فعليه ما نقص بالشق، فأن أخرجه وبلغت قيمته نصاباً فعليه القطع ، والا فلا قطع ، وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي .

وقال أبوحنيفة : اذا شقه بحيث صار كالمستهلك، فالمالك بالخيار بين أخذه وأرش النقص ، وبين تركه عليه وأخذ كمال القيمة ، بناءاً 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 ـ ١٦ ـ قال الشيخ : اذا سرق ماقيمته نصاب، فلم يقطع حتى نقصت قيمته لنقصان السوق فعليه القطع، وبه قال الشافعي. وقال أبوحنيفة : لاقطع عليه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٧ ـ 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 ، لا لان القطع يسقط[١] لكن لانه لامطالبة بها ولاقطع بغير مطالبة بالسرقة ، وبه قال الشافعي ومالك وأبو ثور .

وقال أبوحنيفة ومحمد : متى ملكها سقط القطع ، سواء قبل الترافع أوبعده .

وقال قوم من أصحاب الحديث : ان ملكها قبل الترافع سقط القطع ، وان كان بعده قطعناه ، وهو اختيار العلامة ، وهو المعتمد .

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ : اذا سرق عبداً صغيراً لايعقل أنه لاينبغي أن يقبل الامن سيده ، وجب عليه القطع ، وبه قال أبوحنيفة ومحمد والشافعي . وقال أبو يوسف : لاقطع عليه كالكبير .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٩ ـ قال الشيخ : اذا سرق حراً صغيراً لاقطع عليه ، وبه قال أبوحنيفة 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 ـ ٢٠ ـ قال الشيخ : اذا سرق مصاحف ، أوكتب الادب ، أو كتب الفقه ، أو كتب الاشعار أو غير ذلك ، وكان قيمته نصاباً وجب القطع ، وبه قال

---

(١) في المصدر : مشروط .

(٢) النهاية ص٧٢٢ .

(٣) المختلف ص٢٢٥ كتاب الحدود .

الشافعي . وقال أبوحنيفة : لاقطع في شيء من ذلك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢١ ـ قال الشيخ : اذا سرق من ستارة الكعبة ماقيمته ربع دينار وجب قطعه ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : لا قطع عليه ، وهو اختيار ابن ادريس ، وظاهر العلامة في المختلف ، ولم يختر في القواعد والتحرير شيئاً .

مسألة ـ ٢٢ ـ قال الشيخ : اذا استعار بيتاً وجعل متاعه فيه، ثم ان المعير نقب البيت وسرق المتاع، وجب قطعه، وبه قال الشافعي. وقال بعض أصحابه : لاقطع عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو فتوى العلامة في التحرير .

مسألة ـ ٢٣ ـ قال الشيخ : اذا اكترى داراً وجعل فيها متاعه، فنقب المكري وسرق المتاع، فعليه القطع، وبه قال الشافعي وأصحابه وأبوحنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد : لا قطع عليه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ : اذا نقب المراح وحلب من الغنم ماقيمته نصاب وجب قطعه ، وبه قال الشافعي. وقال أبوحنيفة: لاقطع عليه ، بناءاً على أصله في الاشياء الرطبة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٥ ـ قال الشيخ : اذا سرق الضيف من بيت مقفل أومغلق ، وجب قطعه ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : لاقطع عليه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٦ ـ قال الشيخ : اذا سرق العبد كان عليه القطع كالحر ، سواء كان

آبقاً أو غير آبق ، وعليه اجماع الصحابة ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : لاقطع عليه ان كان آبقاً بناء أعلى أصله في القضاء على الغائب لان قطعه وهو آبق قضاء على سيده وهو غائب فلايجوز .

والمعتمد قول الشيخ ، للعموم .

مسألة ـ ٢٧ ـ 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 طعاماً فلاقطع عليه .

والمعتمد عدم القطع على سارق الطعام فى عام المجاعة ، ويقطع سارق غيره.

مسألة ـ ٢٨ ـ قال الشيخ: النباش يقطع اذا أخرج الكفن من القبر الى وجه الارض ، وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف وأحمد . وقال الثوري وأبوحنيفة ومحمد : لايقطع النباش ، لان القبر ليس بحرز .

والمعتمد القطع، ولايشترط في الكفن بلوغ النصاب على المختار من مذاهب الاصحاب .

مسألة ـ ٢٩ ـ قال الشيخ : اذا سرق نصاباً من حرز ، وجب قطع يده اليمنى فان عاد ثانياً قطعت رجله اليسرى، وبه قال جميع الفقهاء الا عطا، فانه قال: يقطع يده اليسرى .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٠ ـ 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 : لايقطع في الثالثة مثل قولنا الا أنهم لم يقولوا بتخليد الحبس .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[١].

مسألة ـ ٣١ ـ قال الشيخ : موضع القطع في اليد من أصول الاصابع دون الكف، ويترك له الابهام ، 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 ـ ٣٢ ـ قال الشيخ : قدبينا أن السارق اذا سرق رابعاً قتل ، ولايتقدر 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 ـ ٣٣ ـ قال الشيخ: الذمي اذا شرب الخمر متظاهراً وجب الحد عليه وان شربه غير متظاهر فلاحد عليه . وقال الشافعي : لاحد عليه ولم يفصل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[٣].

مسألة ـ ٣٤ ـ 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 ١٠/١٠٤ .

(٢) تهذيب الاحكام ١٠/١٠٢ .

(٣) تهذيب الاحكام ١٠/٩١ .

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 لايقطع. أما الغرم فانه يلزمه بلاخلاف .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٣٥ ـ 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 لايقطع كالصيود والاحطاب . والقول الثاني أن الوقف ينتقل الى ملك الموقوف عليه، فعلى هذا في القطع وجهان أيضاً : أحدهما يقطع وهو الصحيح عندهم ، والثاني لايقطع ، لان الملك ناقص .

والمعتمد القطع في الوقف الخاص ، لانه ينتقل الى الموقوف عليه ، وأما الوقف العام فلاقطع فيه .

مسألة ـ ٣٦ ـ 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 الباقون روى أصحابنا أنه يقطع للاخرين أيضاً .

وقال الشافعي وجميع الفقهاء : أنه لايقطع للاخرين ، لانه اذا قطع في سرقة فلايقطع 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 حد من حدود الله ، فاذا ترادفت 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 وقطع ، ثم كل من جاء بعده من القوم فطالب بما سرق منه غرمناه ولم يقطعه ، لانا قد قطعناه بالسرقة ، فلا يقطع قبل أن يسرق مرة أخرى[١] .

وتبعه ابن ادريس ، واختاره العلامة في المختلف[٢]، وهو المعتمد .

مسألة ـ ٣٧ ـ 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 : لايقطع ، لانه لامنفعة فيها ولاجمال، وان كانت شلاء رجع الى أهل المعرفة بالطب ، فان قالوا: اذا قطعت اندملت قطعت ، وان قالوا : تبقى أفواه العروق مفتحة لم يقطع .

واستدل الشيخ هنا بالاية والرواية واجماع الفرقة .

وقال في المبسوط : واذا سرق وله يمين كاملة أو ناقصة قد ذهبت 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: لايقطع ويكون كالمعدومة ، ويحول القطع الى رجله اليسرى ، لانه لامنفعة فيها ولاجمال وعندنا لايقطع ، لان القطع عندنا لايتعلق الا بالاصابع ، فمن ليس له أصابع لم يجب قطع غيرها الابدليل[٣]. واختاره العلامة في المختلف ، قال : واحتجاجه

---

(١) المبسوط ٣٨/٨ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٢٢٠ .

(٣) المبسوط ٣٨/٨ .

في الخلاف مدفوع بما قاله في المبسوط[١].

والمعتمد أن القطع لايتعدى الى الكف ولاالى الابهام بحال، كما هومذهب 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 ـ ٣٨ ـ قال الشيخ: اذا سرق ويساره مفقودة أو ناقصة، قطعت يمينه وبه قال الشافعي.

وقال أبو حنيفة: ان كانت يساره مفقودة أوناقصة نقصاً ذهب به معظم المنفعة كنقصان ابهام أو اصبعين، لم يقطع يمينه. وان كانت ناقصة أصبعاً واحدة قطعنا يمينه. وهكذا قوله اذا كانت رجله اليمنى لايطبق المشي عليها، لم يقطع رجله اليسرى.

والمعتمد قول الشيخ. وقال ابن الجنيد: لايقطع 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 ـ ٣٩.
(٦) مختلف الشيعة ص ٢٢٣.

لرواية عبدالرحمن بن الحجاج[١].

مسألة ـ٣٩ـ قال الشيخ : كل عين قطع السارق بها مرة ، فاذا سرقها مرة أخرى قطعناه بها ، حتى لو تكرر ذلك منه أربع مرات قتلناه في الرابعة، وبه قال الشافعي الا أنه لم يعتبر القتل ، بناءاً على أصله ، ولافرق بين أن يسرقها من الذي سرقها منه أولا أومن غيره .

وقال أبو حنيفة : اذا قطع السارق بالعين مرة ، لم يقطع بها مرة أخرى، الا أن يكون غزلا فيسرقه ، فاذا قطع به غزلا ثم نسج الغزل وسرقه منسوجاً قطع به مرة اخرى .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤٠ ـ قال الشيخ : لايثبت الحكم بالسرقة ولايجب القطع الا بالاقرار مرتين، ولايثبت بالمرة الواحدة، وبه قال ابن شبرمة وأبويوسف وأحمد واسحاق وقال أبوحنيفة ومالك والشافعي: يثبت بالاقرار مرة واحدة، ويجب الغرم والقطع.

والمعتمد وجوب العموم بالاقرار مرة ، أما الحد فلايجب الا بالاقرار مرتين.

مسألة ـ٤١ـ قال الشيخ : اذا ثبت القطع باعترافه ثم رجع عنه سقط برجوعه وبه قال جميع الفقهاء الا ابن أبي ليلى ، فانه قال : لايسقط ، 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 ـ ٤٢ ـ قال الشيخ : اذاقامت البينة بأنه سرق نصاباً من حرز لغائب

---

(١) تهذيب الاحكام ١٠/١٠٨ .

(٢) المبسوط ٨/٤٠ .

(٣) شرائع الاسلام ٤/١٧٦ .

وليس للغايب وكيل ، لم يقطع حتى يحضر الغائب . وكذلك ان قامت عليه بينة بانه زنا بأمة غايب ، لم يقم عليه الحد حتى يحضر ، وان أقر بالسرقة أو بالزنا أقيم عليه الحد فيهما .

وقال الشافعي نصاً: أنه لايقطع في السرقة، ويحد في الزنا . واختلف أصحابه على ثلاث طرق ، قال أبو العباس : لايحد ولايقطع. وقال أبو اسحاق : المسألة على قولين : أحدهما لايحد ولايقطع، والاخر يحد ويقطع . وقال أبو الطيب بن سلمة وابن الوكيل : لايقطع 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 بغصب أو وديعة أو غير ذلك. ويحتمل أن يكون قد أباح له وطىء الامة أو متعه اياها ، واذا احتمل ذلك لم يقطع ولم يحد للشبهة ، وأما مع الاقرار ، 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 .

والمعتمد ان ادعى بعد قيام البينة بالزنا أن المالك حللها له أو متعه اياها سقط الحد، والا وجب الحد. وأما حد السرقة، فيسقط حتى يحضر الغائب ويطالب به.

مسألة ـ ٤٣ ـ 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: لاأجمع له بين الغرم والقطع، فان غرم ماسرق سقط القطع وان قطعه السلطان سقط الغرم. وقال مالك: يغرم ان كان موسراً، ولايغرم ان كان معسراً ، ولابي حنيفة تفصيل ، قال: اذا سرق ثوباً فصبغه أسود لايرد الثوب، لان

السواد جعله كالمستهلك، وان صبغه أحمر رده، لان الحمرة لم يجعله كالمستهلك.

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ٤٤ـ 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 ـ ٤٥ ـ قال الشيخ : اذا سرق الرجل من مال ولده ، فلاقطع عليه بلاخلاف ، الا من داود فانه قال : عليه القطع . واذا سرق الولد من مال والديه أوأحدهما أو جده أو جدته أواجداده من قبل امه وان علوا، كان عليه القطع. وقال جميع الفقهاء : لاقطع عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٤٦ ـ قال الشيخ : اذا سرق أحد الزوجين من مال الاخر من حرز فعليه القطع ، وبه قال مالك .

وللشافعي قولان : أحدهما عليه القطع ، وهو اختيار المزني وأبي حامد ، والاخر لاقطع عليه، وبه قال أبوحنيفة. وهكذا الخلاف في عبد كل منهما اذا سرق من مال مولى الاخر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ٤٧ـ قال الشيخ : يقطع الام بالسرقة من مال ولدها، وبه قال داود. وقال جميع الفقهاء : لاقطع عليها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٤٨ـ قال الشيخ: من خرج من عمود الابآء والاولاد من ذوي الارحام اذا سرق من الاخر ، فهو بمنزلة الاجنبي يجب عليه القطع ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : كل شخص بينهما رحم محرم بالنسب ، فالقطع ساقط

بينهما .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ٤٩ـ 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: لاقطع عليه، واختاره العلامة في القواعد، وهو المعتمد.

مسألة ـ ٥٠ ـ قال الشيخ : اذا سرق شيئاً من الملاهي وعليه حلي قيمته نصاب وجب القطع، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة: لاقطع عليه، بناءاً على أصله .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٥١ـ قال الشيخ : من سرق من جيب غيره وكان باطناً ، بأن يكون عليه قميص آخر أو من كمه كذلك، كان عليه القطع. وان سرق من الجيب الاعلى أو الكم الاعلى فلاقطع عليه ، وسواء شده في الكم من داخل أو من خارج .

وقال جميع الفقهآء : عليه القطع ، ولم يعتبروا قميصاً فوق قميص ، الا أن أباحنيفة قال: اذا شده في كمه، فان شده من داخل وتركه من خارج فلاقطع عليه وان شده من خارج وتركه من داخل فعليه القطع .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ٥٢ـ قال الشيخ : اذا ترك الجمال والاحمال في مكان وانصرف في حاجة كانت في غير حرز ، فلاقطع على من سرق شيئاً منها ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة: ان أخذ اللص الزاملة بما فيها فلاقطع عليه، لانه أخذ الحرز وان شق الزاملة وأخذ المتاع من جوفها فعليه القطع .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٥٣ـ قال الشيخ : من سرق باب دار رجل قلعه وأخذه ، أو هدم من حائطه آجراً قيمته تبلغ نصاباً كان عليه القطع ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : لاقطع 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 فلاقطع ، وهو فتوى القواعد .

مسألة ـ٥٤ـ قال الشيخ : اذا أقر العبد على نفسه بالسرقة لايقبل اقراره . وقال جميع الفقهاء : يقبل ويقطع .

واحتج الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم ، والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٥٥ـ قال الشيخ: اذا قصده رجل فقتله دفعاً عن نفسه فلاضمان، سواء قتله بالسيف أو المثقل ، ليلا كان أو نهاراً ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ان كان بالسيف مثل قولنا، وان كان بالمثقل وكان ليلا مثل ذلك ، وان كان نهاراً كان عليه الضمان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٥٦ـ قال الشيخ : اذا سرق الغانم من أربعة أخماس الغنيمة مايزيد على نصيبه نصاباً قطع .

وللشافعي وجهان : أحدهما يقطع ، والاخر لايقطع ، لان له في كل جزء نصيباً .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة، وتبعه ابن البراج، وهو مذهب ابن الجنيد، وقال المفيد : لايقطع ، واختاره ابن ادريس وفخر الدين .

# كتاب قطاع الطريق

مسألة ـ١ـ قال الشيخ: المحارب الذي ذكره الله تعالى في آية المحاربة[1] 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 وأخبارهم[2].

مسألة ـ٢ـ 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 يقتل قطعت يده 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 قطع وقتل ، وعندنا يقتل ويصلب ، والثاني النفي عندنا ماقدمناه ، وعنده 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 : الاية 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 يخرجه 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، وسلار ، 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 لاتنفك عن ضعف في أسناد أو اضطراب في متن ، أو قصور في دلالة ، فالاولى العمل بالاول تمسكاً بظاهر الاية[٣].

---

(١) مختلف الشيعة ص ٢٢٦ كتاب الحدود .

(٢) تحرير الاحكام ٢/٢٣٣ .

(٣) شرائع الاسلام ٤/١٨١ .

مسألة ـ ٣ ـ 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 ـ ٤ ـ 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 الولي 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 كفواً ، ومع عفو الولي حد ، سواء كان المقتول كفواً أولم يكن ، ولو قتل لاطلباً للمال كان كقاتل العمد وأمره الى الولي[1]. 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 طلبا 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 ـ ٥ ـ قال الشيخ: الصلب لايكون الابعد أن يقتل ، ثم يصلب وينزل بعد ثلاثة أيام ، وبه قال الشافعي .

---

(١) شرائع الاسلام ٤/١٨١ .

وقال ابن أبي هريرة : لاينزل 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 ، ولايترك على خشبة أكثر من ثلاثة .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ: قد بينا أن المحارب اذا أخذ المال قطع، ولايجب 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 ـ ٧ ـ قال الشيخ: اذا قتل المحارب ولداً أو عبداً، أوكان مسلماً وقتل ذمياً فانه يقتل .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لايقتل وهو أصحهما عنده . والمعتمد أنه يقتل حداً لاقوداً .

مسألة ـ ٨ ـ 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، أوكان بهم كثرة فأحاطوا ببلد كبيرة فاستولوا عليهم الحكم فيهم واحد . وهكذا القول في دغار البلد اذا استولوا على أهله وأخذوا أموالهم على خيفة لاغوث 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 ـ ٩ ـ قال الشيخ : لايجب أحكام المحارب على الطليع والرد ، وانما 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 ـ ١٠ ـ قال الشيخ : اذا جرح المحارب جرحاً يجب فيه القصاص وجب القصاص بلاخلاف، ولايتحتم بل للمجروح العفو. وللشافعي قولان: أحدهما لايتحتم ، 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 ـ ١١ ـ قال الشيخ: المحارب اذا وجب عليه حد من حدود الله تعالى لاجل المحاربة، مثل القتل أو القطع 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 لايسقط ، وما يجب عليه من حدود الله التي لايتعلق بالمحاربة كحد الزنا وغيره ، فانها يسقط عندنا بالتوبة قبل القدرة عليه . وللشافعي قولان احدهما يسقط ، والاخر لايسقط .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة على أن التائب قبل اقامة الحد يسقط عنه .

---

(١) تهذيب الاحكام ١٠/١٣٢ .

(٢) المبسوط ٨/٥٠ ـ ٥١ .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : اذا اجتمع حد القذف وحد الزنا وحد السرقة ووجوب القطع 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 أولا ثم يقتل .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : أحكام المحاربين يتعلق بالرجال والنساء سواء على مافصلناه في العقوبات، وبه قال الشافعي. وقال مالك: لايتعلق أحكام المحاربين بالنساء .

والمعتمد قول الشيخ .

# كتاب الاشربة

مسألة ـ ١ ـ 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 بالغاً ما بلغ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1]، وانما اختلفوا في القتل في الثالثة والرابعة ، والمشهور في الثالثة والرابعة أحوط .

مسألة ـ ٢ ـ 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 ، ولايشترط القذف بالزبد .

---

(١) تهذيب الاحكام ١٠/ ٩٠ .

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ : كل شراب أسكر كثيره فقليله وكثيره حرام ، وكل خمر حرام نجس يحد شاربه ، سكر أو لم يسكر كالخمر سواء ، عمل من تمر أو زبيب أو عسل أو حنطة أو شعير أو ذرة الكل واحد نقيعة 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 غيرهاتين 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 معه في أربعة فصول، فكل شراب مسكر فهو خمر وعنده ليس بخمر وهو حرام وعنده ليس بحرام الا ما تعقبه السكر، فانه متى شرب عشرة قداح فسكر عقيبها فالعاشر حرام وما قبله حلال، وهو نجس وعنده طاهر، ويحد شاربه عندنا وعنده لايحد 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 فلايحرم الا اذا حصلت فيه الشدة المسكرة .

ولافرق بين الخمر وهو المتخذ من العنب، والنقيع وهو المتخذ من الزبيب والتبع وهو المتخذ من العسل ، والمزر وهو المتخذ من الحنطة والشعير والذرة

والنبيذ وهو المتخذ من التمر، وكذا المعمول من جنسين فمازاد، فاذا بلغ الشدة المسكرة وحكم بتحريمه، فلافرق حينئذ بين قليله وكثيره ولابين الاسكار وعدمه .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ: تحريم الخمر غير معلل، وانمايحرم سائر المسكرات لاشتراكها في الاسم أو لدليل آخر .

وقال الشافعي : هي معللة وعلتها الشدة المطربة، وسائر المسكرات مقيس عليها . وقال أبو حنيفة : هي محرمة، وانما حرم نقيع التمر والزبيب بدليل آخر ولانقيس عليها شيئاً من المسكرات .

قال الشيخ : وهذا الفرع ساقط عنا، لانا لانقول بالقياس، والكلام في كونها معللة وغير معللة فرع على القول بالقياس .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ: نبيذ الخليطين وهو ما عمل من نوعين: تمر وزبيب أو تمر وبسر ، اذا كان حلواً غير مسكر غير مكروه ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : هو مكروه غير محظور .

والمعتمد قول الشيخ ، لاصالة الاباحة .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ : الفقاع حرام ، لايجوز شربه بحال .

وقال أحمد بن حنبل : كان مالك يكرهه، ويكره أن يباع في الاسواق وروى أصحابنا أن على شاربه 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 ـ ٧ ـ 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 ـ ٨ ـ قال الشيخ : اذا تقيأ خمراً اقيم عليه الحد ، أما الرائحة فلايقام عليه الحد بها . وقال ابن مسعود : يقام عليه الحد بالرائحة أيضاً . وقال الشافعي وجميع الفقهاء : لايقام عليه الحد لابالقيء ولابالرائحة .

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 لوادعاه فلاحد[٢].

والمعتمد وجوب الحد، فان ادعى الاكراه على الشرب درىء عنه ، ولافرق بين أن يشهدا بقيئها، وبين أن يشهد أحدهما بالقيء والاخر بالشرب .

مسألة ـ ٩ ـ 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 ـ ١٠ ـ قال الشيخ : اذا عزر الامام من يجب تعزيره ، أو من تجوز تعزيره فمات، لم يكن عليه شيء ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي: يجب ديته، وأين يجب ؟ فيه قولان: أحدهما وهو الصحيح عندهم على عاقلته ، والثاني على بيت المال .

والمعتمد قول الشيخ هنا، وهو المشهور عند أصحابنا. واختار في المبسوط[٣]

(١) تهذيب الاحكام ١٠/ ٩١ .

(٢) شرائع الاسلام ٤/ ١٧٠ .

(٣) المبسوط ٨/ ٣٢٢ .

قول الشافعي ، الا أنه اختار ان الدية في بيت المال .

مسألة ـ ١١ ـ قال الشيخ: روى أصحابنا أن الختان سنة في الرجال ومكرمة في النساء ، الا أنهم لايجيزون تركه في الرجال ، فقالوا : لو أسلم وهو شيخ فعليه أن يختتن ، 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 ـ ١٢ ـ 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 لابالسوط .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : التعزير الى الامام بلاخلاف ، الا أنه اذا علم أنه لايردعه الاالتعزير 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 ـ ١٤ ـ قال الشيخ : لايبلغ 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 ، فلايبلغ في

تعزير حراً كثر من تسعة وثلاثين جلدة ، وأدنى الحدودفي العبيد عشرون حد الخمر فلايبلغ في حد عبد أكثر من تسعة عشر سوطاً .

وقال أبو حنيفة: لايبلغ التعزير أدنى الحدود، وأدناها عنده أربعون حد العبيد في الخمر والقذف في التعزير أبداً أربعين .

وقال مالك والاوزاعي : هو الى اجتهاد الامام ، فان رأى أن يضربه ثلاثمائة وأكثر فعل .

والمعتمد أن التقدير راجع الى رأى الامام، ولايبلغ في تعزير الحر حد الاحرار ولافي تعزير العبد حد العبيد .

مسألة ـ ١٥ ـ قال الشيخ: لاتقام الحد في المساجد، وبه قال جميع الفقهاء وقال ابن أبي ليلى : تقام فيها .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة، وقوله عليه السلام « لاتقام الحدود في المساجد »[1].

(١) عوالي اللئالي ١/٤٥٤ ، برقم : ١٩٢ .

# كتاب قتال أهل الردة

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ: اذا أتلف أهل الردة أنفساً وأموالا ، 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 قولنا ، وان كانوا في منعة، فعلى قولين : أحدهما وهو الصحيح عندهم مثل قولنا ، والاخر لايجب عليهم الضمان وبه قال أبوحنيفة . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ: اذا أكره المسلم على كلمة الكفر فقالها ، لم يحكم بكفره ولم تبن عنه زوجته ، وبه قال جميع الفقهاء الا أبا حنيفة قال : القياس أن امرأته لاتبين وانما تبين استحساناً . وقال أبويوسف : يحكم بكفره وتبين امرأته.

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة، وقوله تعالى « الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان »[1].

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ : السكران الذي لايميز اذا أسلم وكان كافراً ، أو كفر وكان مسلماً ، لايحكم باسلامه ولا ارتداده ، وبه قال أبوحنيفة . وقال الشافعي : يحكم باسلامه وارتداده .

---

(١) سورة النحل : ١٠٦ .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، واختار في المبسوط[١] قول الشافعي .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ : المرتد الذي يستتاب اذا رجع الى الاسلام ، ثم كفر ثم رجع ، ثم كفر قتل في الرابعة ولايستتاب .

وقال الشافعي : يستتاب أبداً ، 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 لايعفو لهم بعد الثالثة .

والمعتمد قتله في الرابعة ، واستدل الشيخ باجماع الفرقة على أن كل مرتكب كبيرة اذا فعل مايستحقه قتل في الرابعة .

---

(١) المبسوط ٨/ ٧٤ .

(٢) سورة النساء : ١٣٧ .

# كتاب صولة البهيمة

مسألة ـ ١ ـ 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 ـ ٢ ـ قال الشيخ : اذا عض رجل يد رجل حال الخصومة وغيرها ، فانتزع يده من العاض، فسقطت سن العاض، فلا ضمان عليه ، وبه قال جميع الفقهاء وقال ابن أبي ليلى : عليه الضمان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ : اذا اطلع الى بيت رجل فنظر الى حرمته ، فله أن يرمي عينه ، فاذا فعل ذلك فذهبت 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 أولا ، فان أصر جاز رميه حينئذ 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 ـ ٤ ـ قال الشيخ : اذا كان لانسان بهائم ، فأرسلها ليلا فأتلف زرعاً فعليه ضمانه ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لاضمان عليه .

والمعتبر اعتبار التفريط ، فاذا فرط صاحب الماشية في حفظها ان كان من عادتها الحفظ ضمن ماأتلفته ليلا ونهاراً، ومع عدم التفريط فلاضمان ليلا ، ونهاراً أيضاً.

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : اذا دخل دار قوم باذنهم فعقره كلبهم ، كان عليهم ضمانه . وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ: اذا دخل دار قوم بغير اذنهم ، فوقع في بئر لم يضمنوه وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

# كتاب السير

مسألة ـ ١ ـ 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 ـ ٢ ـ قال الشيخ : روى أصحابنا أنه يجوز للانسان أن يغزو عن غيره ويأخذ عليه اجرة ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٣ ـ 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 لايخمس عليهم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ : اذا غنم المسلمون خيل المشركين ومواشيهم ، ثم أدركهم المشركون، فخافوا أخذها منهم لم يجز عقرها وقتلها، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يجوز ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : الشيوخ الذين لا رأي لهم ولاقتال فيهم والرهبان وأصحاب الصوامع اذا وقعوا في الاسرحل قتلهم .

والشافعي قولان: أحدهما يجوز وهو الاصح ، والثاني لايجوز ، وبه قال أبو حنيفة وقوم من أصحابنا .

والظاهر أن الشيخ الفاني الذي لارأي له لايجوز قتله، ويجوز قتل أهل الصوامع والرهبان .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ : من لم تبلغه الدعوة من الكفار لايجوز قتله قبل عرض الدعوة عليه ، فان قتله فلاضمان عليه ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي: عليه الضمان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأصالة البراءة .

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ : اذا قتل المسلم أسيراً مشركاً، فلاضمان عليه، وبه قال جميع الفقهاء . وقال الاوزاعي : عليه الضمان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٨ ـ 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 ـ ٩ ـ قال الشيخ: من فعل من المسلمين مايجب عليه الحد في أرض المشركين ، وجب عليه اقامة الحد، لكنه لايقام عليه في أرض العدو بل يؤخذ الى أن يرجع الى دار الاسلام .

وقال الشافعي : يجب الحد ويقام في دار العدو ، سواء كان هناك امام أولم يكن . وقال أبو حنيفة : ان كان هناك امام وجب واقيم ، وان لم يكن هناك امام

لم يقم ، وأصحابه يقولون : أنها يجب ، ولكن لاتقام ، وهذا مثل قولنا .

والمعتمد قول الشيخ ، قالوا : لئلا تلحقه غيره فيلحق بالعدو .

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ : لايملك المشركون أموال المسلمين بالقهر والغلبة ، وان حازوها الى دار الحرب ، بل هي باقية على ملك المسلمين ، فان غنم المسلمون ذلك ووجده صاحبه أخذه بلاثمن اذاكان قبل القسمة ، وانكان بعد القسمة أخذه ودفع الامام قيمته الىمن وقع في سهمه من بيت المال ، لئلاتنتقض القسمة، وان أسلم الكافرعليه 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 الغانم على الامام مع تفرق الغانمين[٢]. وظاهره مع عدم التفرق نقض القسمة ، لاشتمالها على قسمة ماليس من الغنيمة ، فتكون باطلة .

مسألة ـ ١١ ـ 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 ـ ١٢ ـ قال الشيخ: اذا أسلم الحربي أحرز ماله ودمه وصغار أولاده ولافرق بين ماله الذي في دار الحرب أو دار الاسلام مافي يده ومالیس فی یده، وبه قال الشافعي الا أن اصحابنا قالوا: يحرز ماله الذي يمكن نقله الى دار الاسلام

وقال مالك : يحرز ماله الذي فی دار الاسلام اذا أسلم فی دار الاسلام ، أما ماله الذي فی دار الحرب فهو غنيمة، وبناء هذا على أن أهل الحرب لاملك لهم، فاذا أسلموا يجدد لهم الملك بالقهر والغلبة على مافي دار الاسلام والذي في دار الكفر لايملك .

وقال أبو حنيفة: اذا أسلم أحرز مافي يده ومافي يد ذمي ومالايد له عليه فلايحرزه، فان ظهر المسلمون عليه غنموه ، وهكذا مالاينقل ولايحول كالعقار والاراضی لايحرزها باسلامه ، لان اليد لاتثبت عليها على أصلهم ، وعند أبي حنيفة أن أملاك أهل الحرب ضعيفة لايملكون الا ماتثبت عليه اليد ، ويقول أيضاً الحربي اذا تزوج حربية فأحبلها ، ثم أسلم قبل أن يضع فالولد مسلم ، ويجوز استرقاق الام والولد، فان انفصل الولد لم يجز استرقاقه، وعند الشافعي لايجوز استرقاقه بحال وهو الذي يقتضيه مذهبنا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : مكة فتحت عنوة ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ومالك . وقال الشافعي : فتحت صلحاً ، وبه قال مجاهد .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم، وبماروي عن النبي ﷺ لمادخلها قال : من ألقى سلاحه فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن . فآمنهم بعد أن ظفر بهم ، ولوكان صلحاً لم يحتج الى ذلك ، وبقوله تعالى « انا فتحنا لك فتحاً

(١) تهذيب الاحكام ٦/١٥١ .

مبيناً »[١] وأراد مكة، والفتح لايكون الا ماأخذ بالسيف، وبقوله تعالى « وهو الذى كف أيديهم عنكم وأيديكم عنهم ببطن مكة من بعد أن أظفركم عليهم»[٢] وهذا صريح في الفتح، وبماروى أنه دخل مكة وعليه المغفر وهو علامة القتال.

مسألة ـ ١٤ ـ 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 فى النهاية : ويقام عليه الحد ويدرأ 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 الباقين[٤]. وهذا هو المعتمد .

وقال في المختلف : والوجه أن نقول ان وطىء مع الشبهة فلاحد ولاتعزير وان وطىء مع علم التحريم عزر .[٥] وهو قول المفيد ، والشيخ أسقط الحد ولم يذكر التعزير ، وتبعه ابن البراج ، وابن ادريس، وهو مذهب ابن الجنيد .

مسألة ـ ١٥ ـ قال الشيخ: اذا وطىء المسلم جارية من المغنم فحبلت، لحق به النسب وقومت عليه الجارية والولد ،ويلزم مايفضل عن نصيبه .

وقال الشافعي: يلحق به نسبه ولايملكه، وهل يقوم الجارية عليه؟ فيه طريقان أما الولد فان وضعت قبل أن تقوم عليه قوم عليه ، وان وضعت بعد التقويم عليه فلايقوم الولد ، لانها وضعت في ملكه . وقال أبو حنيفة : لايلحق به ويسترق .

---

(١) سورة الفتح : ١ .

(٢) سورة الفتح : ٢٤ .

(٣) النهاية ص٦٩٧ .

(٤) قواعد الاحكام ١٠٧/١ .

(٥) المختلف ص ٢٠٨ كتاب الحدود .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ : اذا دخل مسلم دار حرب بأمان فسرق منهاشيئاً، أو استقرض من حربي مالا وعاد الينا ، فدخل صاحب المال بأمان ، كان عليه رده عليه ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : لايلزمه رده .

والمعتمد وجوب رده الى صاحبه، سواءكان في دار الاسلام أو دار الحرب نص عليه صاحب الشرائع[١] وصاحب القواعد .

مسألة ـ ١٧ ـ قال الشيخ : اذا سبى الزوجان الحربيان واسترقا أو أحدهما انفسخ النكاح بينهما ، وبـه قال الشافعي ومالك والثورى . وقال الاوزاعي وأبو حنيفة وأصحابه : لاينفسخ النكاح .

والمعتمد قول الشيخ ، فأما اذا سبيت وحدها ، فلاخلاف أن العقد ينفسخ .

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ : اذا سبيت المرأة مع ولدها الصغير ، لم يجـز التفريق بينهما بالبيع مالم يبلغ الصبي سبع سنين .

وقال الشافعي: لايفرق بينهما حتى يبلغ الولد على أصح القولين ، وفيه قول آخر اذا بلغ حد التخيير وهـو السبع أو الثمان جاز التفريق . وقال مالك : اذا أثغر الصبي وهو أن يسقط أسنانه ويثبت جاز التفريق . وقال الليث بن سعيد : اذا بلغ حداً يأكل لنفسه ويلبس لنفسه جاز التفريق . وقال أبوحنيفة : لايجوز الا بعد البلوغ . وقال أحمد : لايجوز أبداً .

والمعتمد قول الشيخ ، وقيل: التفريق مكروه وهو مشهور أيضاً ، وهوقول 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 ـ ١٩ ـ قال الشيخ : اذا فرق بين الصغير وبين امه لم يبطل البيع ، وبه قال أبوحنيفة. وقال الشافعي: يبطل .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٠ ـ 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 الجنيد من أصحابنا .

والمعتمد الاقتصار على مورد النص ، وهو لم يرد الا بين الام وولدها .

مسألة ـ ٢١ ـ قال الشيخ: اذاسبى صبي مع أبويه أوأحدهما تبعه فى الكفر وبه قال جميع الفقهاء . وقال الاوزاعي : يتبع السابى فى 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 ـ ٢٢ ـ قال الشيخ : يجوز بيع أولاد الكفارفي 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 ـ ٢٣ ـ قال الشيخ: اذا صالح الامام قوماً من المشركين على أن يفتحوا الارض ويقرهم فيها ويضرب على أرضهم خراجاً بدلا 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 بالغ ديناراً في كل سنة . وقال أبو حنيفة : لايسقط ذلك بالاسلام .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ : اذا خلى المشركون أسيراً على مال يوجههاليهم 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 : انلم يقدرعلى المال لزمه الرجوع ، وحكى ذلك عن بعض أصحاب الشافعي .

والمعتمد قول الشيخ .

# كتاب الجزية

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : لايجوز أخذ الجزية من عبادالاوثان ، سواءكانوا من العجم أو العرب ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة: يؤخذ من العجم، ولايؤخذ من العرب . وقال مالك: يؤخذ من جميع الكفار الامشركي قريش .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم [١].

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ : يجوز أخذ الجزية من أهل الكتاب من العرب ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال أبو يوسف : لايجوز .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ : المجوس كان لهم كتاب ثم رفع عنهم ، وهو أصح قولى 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 ٦/١٥٨ .

(٢) تهذيب الاحكام ٦/١٥٩ .

مسألة ـ٤ـ قال الشيخ : الصابئة لايؤخذ منهم الجزية ولايقرون على دينهم، وبه قال أبو سعيد الاصطخرى وقال باقى الفقهاء : تؤخذ منهم الجزية .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وبالاخبار .

مسألة ـ٥ـ قال الشيخ : الصغار المذكور في آية الجزية هو التزام الجزية على مايحكم 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 ـ٦ـ قال الشيخ : المجنون المطبق لاخلاف أنه لاجزية عليه، فان كان يفيق أحيانا ويجن أحياناً حكم بحكم الاغلب ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي: يسقط حكم المجنون ولايلفق أيامه. وقال أكثر أصحابه: يلفق أيامه ، فاذا بلغت أيام الاقامة حولا أخذت الجزية .

والمعتمد مذهب الشافعي، وهو اختيار العلامة في المختلف[1] ، وفخر الدين في شرح القواعد .

مسألة ـ٧ـ قال الشيخ: الشيوخ الهرمى وأصحاب الصوامع والرهبان يؤخذ منهم الجزية .

وللشافعى قولان مبنيان: على جواز قتلهم اذا وقعوا في الاسراء، وعدمه. وفي أصحابنا من قال : لاتؤخذ 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 لاتؤخذ منه ، ولابأس به .

مسألة ـ٨ـ قال الشيخ: يجوز لاهل الذمة أن يلبسوا العمائم 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 فلا مانع من ذلك ، والمانع انما يكون مع عدم التمييز .

مسألة ـ٩ـ قال الشيخ: ليس للجزية حد محدود، بل ذلك موكول الى نظر الامام ، يأخذ منهم بحسب مايراه أصلح ومايحتمله 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 ـ١٠ـ قال الشيخ : من لاكسب له ولامال لايجب عليه الجزية ، وبه قال أبوحنيفة . وللشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا ، والاخر يجب عليه. واستدل الشيخ باجماع الفرقة .

والمعتمد أنها لاتسقط عن الفقير وينظر بها حتى يوسر، نص عليه العلامة ونجم الدين .

مسألة ـ١١ـ قال الشيخ : اذا وجبت الجزية على الذمي بحؤول الحول ثم مات أو أسلم ، قال الشافعي : لايسقط . وقال أبو حنيفة: يسقط. وقال أصحابنا : اذا أسلم سقطت ولم يذكروا الموت. والذي يقتضيه المذهب أنها لايسقط بالموت فيؤخذ من تركته ، وبه قال مالك .

وأما الدليل على سقوطها بالاسلام ، فقوله تعالى « حتى يعطوا الجزية عن

يد وهم صاغرون »[1] فشرط في اعطائها الصغار وهو لايمكن مع الاسلام.

والمعتمد سقوطها بالاسلام ، وعدم سقوطها بالموت .

مسألة ـ١٢ـ قال الشيخ: اذا دخل حربي الينا بأمان ، فقال له الامام: أخرج الى دار الحرب ان أقمت عندنا صيرت نفسك ذمياً ، فأقام سنة ثم قال : أقمت لحاجة قبل منه ولم يكن له أخذ الجزية منه، بل يرده الى مأمنه، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : اذا اقام سنة صار ذميا .

والمعتمد قول الشيخ ، لان عقد الذمة لايكون الابايجاب وقبول ولم يوجد .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : لايجوز تمكين أحد من أهل الذمة دخول الحرم بحال ، لامجتازاً ولا لحاجة ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : يجوز أن يدخله عابر سبيل ، أو محتاجاً الى أن ينقل المسيرة اليه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ : اذا دخل حربي دار الاسلام، أو أهل الذمة دخلوا الحجاز من غير شرط لمايؤخذ منهم ، فانه لايؤخذ منهم شيء ، وهوظاهرمذهب الشافعي، وفي أصحابه من قال : يؤخذ من الذمي اذا دخل بلد الحجاز سوى الحرم نصف العشر ، وفي الحربي اذا دخل بلد الاسلام العشر .

وقال أبوحنيفة : يؤخذ منهم مايأخذونهم من المسلمين اذا دخلوا دارالحرب ان عشروهم عشرناهم ، وان أخذوا نصف العشر فكذلك ، وان عفوا عنهم عفونا عنهم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٥ ـ قال الشيخ : اذا هادن الامام المشركين على أن من جاء منهم رده اليهم وينكف الحرب فيما بينهم، ثم جائت امرأة مسلمة مهاجرة الى بلد الاسلام

(١) سورة التوبة : ٢٩ .

لم يجز 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 أبوحنيفة . والمعتمد قول الشيخ، لقوله تعالى « وآتوهم ماأنفقوا » [1] وهـذا قد أنفق . وأعلم أنه انما يجب ردالمهر اذا قدمت على بلد الامام أونائبه الذي استخلفه أما لوقدمت على بلد من بلاد المسلمين غير بلد الامام وبلد خليفته منع الزوج من أخذها، ولايجب على الامام أن يدفع اليه شيئاً .

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ : يجوز للامام أن يصالح قوماً على أن يضرب الجزية على أرضهم ، فمتى أسلموا سقط ذلك عنهم وصارت الارض عشرية ، وبـه قال الشافعي الا أنه قيد ذلك بأن يضع عليها أقل ما يكون من الجزية فصاعداً .

وقال أبوحنيفة : لايجوز الاقتصار على هذا حتى يضم اليه ضرب الجزية على الرؤوس، ومتى أسلموا لايسقط عنهم، بل يكون الارض خراجية على ماوضع عليها.

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٧ ـ قال الشيخ : اذا فعل أهل الذمة مايحرم في شرعهم، فما يجب به الحد مثل الزنا واللواط والسرقة والقتل والقطع ، اقيم عليهم الحد بلا خلاف لانهم عقدوا الذمة بشرط أن يجري عليهم أحكامنا ، وان فعلوا ما يستحلونـه 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 يعزرهم على ذلك لانهم يستحلون ذلك ويعتقدون اباحته .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

---

(١) سورة الممتحنة : ١٠ .

# كتاب الصيد والذبايح

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ: لايجوز الصيد الا بالكلب، ولايجوز شيء من جوارح الطير كالصقر والبازي والباشق والعقاب، ولاشيء من سباع البهائم كالفهد والنمر الا الكلب خاصة، وبه قال مجاهد.

وقال أبوحنيفة وأصحابه ومالك والشافعي: يجوز بجميع ذلك اذا أمكن تعليمه متى تعلم. وقال الحسن البصري والنخعي وأحمد واسحاق: يجوز بكل ذلك الا بالكلب الاسود البهيم، فانه لايجوز الاصطياد به، لقوله عليه السلام «لولا أن الكلاب أمة من الامم لامرت بقتلها، فاقتلوا الاسود البهيم»[1].

والمعتمد أنه يجوز الاصطياد بجميع ماذكره، فان أدركه وحياته مستقرة وجب تذكيته، وان مات قبل ادراكه حرم الا ماقتله الكلب المعلم. ومراد الشيخ بقوله «لا يجوز الصيد الا بالكلب» أنه لا يحل مقتول غير الكلب، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم.

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ: الكلب لايكون معلماً الا بثلاث شرائط: أحدها اذا أرسله استرسل، وثانيها اذا زجره انزجر، الثالث لايأكل مايمسكه، ويتكرر

---

(١) عوالى اللئالى ١/٣٦.

هذا منه مراراً حتى يقال في العادة : انه قد تعلم،وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة: اذا فعل ذلك دفعتين كان معلماً .

والمعتمد قـول الشيخ .

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ: قدبينا أنه لايجوز الصيد بغير الكلب المعلم ، فان صيد بغيره فأدرك ذكاته حل أكله اذا ذكى ، فـان قتله الجارح ، فلا يحل أكله ، معلماً كان الجارح أو غيرمعلم ، ومايصيده 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 فسيجيء خلافه ، وان كان سبعاً فأخذ وأكل واتصل أكله بالقتل ، قال في القديم : يحل ، وأومى في الجديد الى قولين : أحدهما هذا ، وبه قال مالك . والثاني في الجديد لايحل .

وقال الشعبي والنخعي وأحمد : وما قتله قبل هذا الذي أكل منه ولم يأكل منه شيئاً فهومباح قولا واحداً . وقال أبوحنيفة وأصحابه : لايحل هذا الذي أكل منه ، وكلما كان اصطاده وقتله فيما سلف ولم يكن أكل منه ، فانه لايحل أيضاً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ : جوارح الصيد كلها لايجوز أكل ماتصطاده الا ما أدرك ذكاته .

وقال الشافعي : حكم سباع الطير حكم سباع البهائم ، فان قتلت فأكلت مما قتلت هل يحل ؟ على قولين . وقال المزني: لايحرم بالاكل منه قولا واحداً ، وبه

(١) تهذيب الاحكام ٩/٢٤ .

قال أبوحنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[١].

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : اذا شرب الكلب المعلم دم الصيد ولم يأكل منه لم يحرم ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال النخعي : يحرم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٦ ـ 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 وأبوحنيفة وأصحابه .

وقال الشعبي وداود وأبوثور 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 ـ ٧ ـ 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 أبوحنيفة : لايحل ، لانهما تعاونا على قتله ، كما لو عقراه جميعاً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ : اذا عض كلب الصيد لم ينجس موضع العضة ، ولايجب غسله .

وقال الشافعي : ينجس الموضع ، وهل يجب غسله ؟ على وجهين: أحدهما

---

(١) تهذيب الاحكام ٩/٢٩ .

(٢) تهذيب الاحكام ٩/٢٦ .

(٣) سورة الانعام : ١٢١ .

لايجب ، والاخر يجب ، وهو المعتمد .

مسألة ـ٩ـ قال الشيخ: اذا عقر الكلب المعلم الصيد عقراً لايصيره في حكم المذبوح وغاب الكلب والصيد من عينه ثم وجده ميتا لم يحل أكله .

واختلف أصحاب الشافعي على طريقين: أحدهما يحل أكله قولا واحداً، والاخر ان المسألة على قولين : أحدهما يحل ، والاخر لايحل وهو أصحهما عندهم .

وقال أبو حنيفة : ان تشاغل به وتبعه فوجده ميتا حل ، وان لم يتبعه لم يحل أكله . وقال مالك : ان وجده من يومه حل أكله ، وان وجده بعد يوم لايحل أكله.

والمعتمد قول الشيخ ، لاحتمال أن يكون الموت لابسبب عقر الكلب .

مسألة ـ١٠ـ قال الشيخ: اذا أدركه فيه حياة مستقرة ، لكنه في زمان لم يتسع لذبحه ، أو كان ممتنعاً فجعل يعد وخلفه، فوقف وقد بقي من حياته زمان لايتسع لذبحه لايحل 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] ولابأس بهذا .

مسألة ـ ١١ ـ قال الشيخ : اذا أرسل كلبه المعلم ، وسمى عند ارساله على صيد بعينه فقتل غيره حل أكله ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : لايحل أكله ، لانه أمسك غير الذي أرسل عليه ، فهو كما لو استرسل بنفسه .

---

(١) تحرير الاحكام ٢/١٥٥ .

(٢) الوسيلة ص ٣٥٦ .

(٣) قواعد الاحكام ٢/١٥١ .

(٤) شرائع الاسلام ٣/٢٠٣ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : اذا أرسل كلبه المعلم الى جهة ، فعدل الى جهة غيرها وقتل حل أكله . وللشافعي وجهان : أحدهما يحل ، والاخر لايحل .

والمعتمد أنه يحل ، كما لو أرسله على صيد فقتل غيره .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : اذا رمى سهماً أو حربة ولم يقصد شيئاً ، فوقع في صيد فقتله ، أو رمى شخصاً فوقع في صيد فقتله ، أو ذبح شيئاً غيرشاة فكانت شاة ، فكل هذا لايحل أكله .

وللشافعي في رمي السهم والسلاح وجهان : أحدهما مثل ماقلناه ، 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 ، فلايجوز أكله، وهذا هو المعتمد .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ : اذا استرسل الكلب من قبل نفسه، فقتل صيداًلم يحل ، وبه قال جميع الفقهاء الا الاصم فانه قال : لابأس بأكله .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع المسلمين ، لان الاصم لااعتبار به لانقراضه .

مسألة ـ ١٥ ـ 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 ـ ١٦ ـ قال الشيخ : اذا رمى سهماً ، فوقع على الارض ، ثم وثب فقتل صيداً حل أكله . وللشافعي وجهان : أحدهما يحل ، والاخر لايحل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٧ ـ 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 انلم يتحركا حلا، وان تحركا أو أحدهما، فانكان مع عدم استقرار الحياة حلا أيضاً ، لعدم اعتبار هذه الحركة ، لانهاكحركة المذبوح . وان كان مع استقرار الحياة حل ما فيه الرأس مع التذكية وحرم الاخر ، لانه أبين من حي فهو ميتة، ولايمكن استقرار الحياة في النصف الذي ليس فيه الرأس ، لكنه يحل مععدم استقرار الحياة فى النصف الذي فيه الرأس، ويحرم مع استقرار الحياة فيه ، أي : في النصف الذي فيه الرأس .

مسألة ـ١٨ـ قال الشيخ: اذا اصطاد المسلم بكلب علمه مجوسي حل صيده وبه قال جميع الفقهاء . وقال الحسن البصري والثوري : لايحل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ١٩ـ قال الشيخ : اذا كان المرسل كتابياً ، لايحل اكل ماقتله . وقال جميع الفقهاء : يحل . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ: اذا كان المرسل مجوسياً أو وثنياً ، لم يحل أكل مااصطاده بلاخلاف،وانكان أحدأبويهمجوسياً أو وثنياً والاخر كتابياًلم يجزعندنا.

وقال أبو حنيفة : يجوز على كل حال. وقال الشافعي : ان كان الاب مجوسياً لم يحل قولا واحداً، وان كانت الام مجوسية على قولين .والمعتمدقول الشيخ .

مسألة ـ ٢١ ـ قال الشيخ :كل حيوان مقدور على ذكاته اذا لم يقدر في أي موضع وقع منه، وبه قال الثوري وأبوحنيفة وأصحابه والشافعي . وقال سعيدبن المسيب ومالك : لايحل مالم يعقره في موضع الذبح .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢٢ ـ قال الشيخ : لاتحل الذكاة بالسن، سواء كان متصلا أو منفصلا 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 ـ ٢٣ ـ قال الشيخ: لايجوز أكل ذبائح أهل الكتاب، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[٤].

مسألة ـ ٢٤ ـ 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 ٦/٢٦٣ .

(٢) تحرير الاحكام ٢/١٥٨ .

(٣) الدروس ص٢٧٧ .

(٤) تهذيب الاحكام ٩/٦٣ .

مسألة ـ ٢٥ ـ 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 بظواهر الاخبار .

مسألة ـ٢٦ ـ قال الشيخ: اذا قتل الكلب المعلم بالعقر، حل أكله بلاخلاف وعند الفقهاء سائر الجوارح كذلك، ولافرق بين جوارح الطير وجوارح السباع .

وان قتله من غير عقر ، مثل أن صدمه فقتله ، أو غمه حتى مات ، فلايحل 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 ـ ٢٧ ـ قال الشيخ : اذا ملك صيداً فأفلت 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 وحوله فهو على ملكه، وان لحق بالبراري وعاد الى أصل التوحش زال ملكه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٨ ـ قال الشيخ : لايؤكل من حيوان الماء الا السمك ، ولايؤكل 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 لايحل أكله بحال .

وقال أبو حنيفة : لايحل الا السمك ولم يفصل ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وقال الشافعي : جميع ذلك يؤكل. قال المزني: السمك وغيره . وقال الربيع : 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 : لايؤكل 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 لايؤكل من دواب البر لايؤكل من دواب البحر .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[1].

مسألة ـ ٢٩ ـ قال الشيخ : اذا مات السمك في الماء لايحل 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 لم 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 ـ ٣٠ ـ قال الشيخ : السمك يحل أكله اذا مات حتف أنفه ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك : لايحل حتى يقطع رأسه .

والمعتمد قول الشيخ ، ومراده اذا مات بعد اخراجه من الماء حياً .

مسألة ـ ٣١ ـ قال الشيخ : لايحل ابتلاع السمك الصغار حياً قبل موته .

وقال بعض أصحاب الشافعي : يحل ابتلاعه ، وهو المشهور عند أصحابنا لانه مذكى ، وهو المعتمد .

(١) تهذيب الاحكام ٩/٢ ـ ٣ .

مسألة ـ ٣٢ ـ قال الشيخ : دم السمك طاهر ، وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر أنه نجس .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

# كتاب الضحايا

مسألة ـ١ـ 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 أبوحنيفة : يجب على من معه نصاب اذا كان مقيماً، ولايجب على المسافر، ولاعلى من ليس معه نصاب واذا فات وقتها لايجب اعادتها .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ : لايكره لمن يريد التضحية يوم العيد أوشراء أضحية وان لم تكن حاصلة، أن يحلق رأسه أويقص أظفاره من أول العشر الى يوم النحر ولايحرم ذلك عليه ، وبه قال أبوحنيفة ومالك .

وقال ابن حنبل واسحاق : يحرم عليه ذلك حتى يضحي . وقال الشافعي : يكره له ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، لاصالة الاباحة .

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ : يجزى الثني من كل شيء من الابل والبقر والغنم والجذع من الضأن ، وبه قال عامة أهل العلم .

وقال عطا والاوزاعي : يجزي الجزع من كل شيء ، أما الجزع من الماعز فلا يجزي بلا خلاف .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤ ـ 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 ـ ٥ ـ قال الشيخ : يكره من الاضاحي الجلحاء ، وهي التي لم يخلق لها قرن ، والعضباء وهي التي كسر ظاهر قرنها وباطنه ، سواء أدمى قرنها أولم يدم ، وبه قال الشافعي .

وقال النخعي: لايجزى الجلحاء . وقال مالك : العضباء ان أدمى قرنها لايجزى وان لم يدم أجزأت .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم . أما في الهدى الواجب فلا يجزيان .

مسألة ـ ٦ ـ 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 أبوحنيفة : 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 المصر ، أما أهل السواد فوقته في حقهم طلوع الفجر الثاني من يوم النحر ، لانه لاعيد لاهل السواد .

وقال مالك في أهل المصر 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 عطا : وقته طلوع الشمس من يوم النحر .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم ، على أن الاضحية يوم 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 ـ ٧ ـ قال الشيخ: الذكاة لاتقع مجزية الابقطع أربعة اشياء : الحلقوم وهو مجرى النفس ، والمري وهو تحت الحلقوم وهو مجرى الطعام والشراب ، والودجين وهما عرقان محيطان بالحلقوم ، وبه قال مالك .

وقال أبو حنيفة : قطع أكثر الاربعة شرط في الاجزاء ، قالوا : وظاهر مذهبه الاكثر من كل واحد منها . وقال أبو يوسف: أكثر الاربعة عدداً فكأنه يقطع ثلاثة من الاربعة بعد أن يكون الحلقوم والمري من الثلاثة .

وقال الشافعي : يحصل الاجزاء بقطع الحلقوم والمري وحدهما ، وقطع الاربعة من الكمال .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ: قد قدمنا أن ذبائح أهل الكتاب لا تجزيء ، وكذلك الاضحية ، وخالفنا جميع الفقهاء في الذباحة من غير كراهة . وقال الشافعي: أكره ذلك في الاضحية .

والمعتمد قول الشيخ ، وقد تقدم .

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ : اذا قلنا ان ذبائح أهل الكتاب ومن خالف الاسلام لايجوز، فقد دخل في جملتهم نصارى تغلب ، وهم تنوخ وبهرا وبنو وائل ، ووافقنا على نصارى تغلب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يحل ذبائحهم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ : لايجوز الاكل مما يذبح الى غير القبلة مع العمد والامكان . وقال جميع الفقهاء في ذلك مستحب .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١١ ـ 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 ـ ١٢ ـ قال الشيخ : اذا قطعت رقبة الذبيحة من قفاها ، فلحقت قبل قطع الحلقوم 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 : لايحل أكلها على حال .

والمعتمد أنها يحل بشرطين : الاول استقرار الحياة ، والثاني بقاء جميع أعضاء المذبح ، وظاهر الشيخ الاكتفاء ببقاء الحلقوم ، والمعتمد ما قلناه ، قال : وعلامة استقرار الحياة أن يتحرك حركة قوية .

وقال في المبسوط : ومستقر الحياة هو مايمكن أن يعيش يوماً أو نصف يوم[1] وهو المشهور بين الاصحاب ، وهو المعتمد .

---

(١) المبسوط ٦/٢٧٥ .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ: اذا اشترى شاة تجزيء في الاضحية بنية أنها أضحية ملكها بالشراء وصارت أضحية، وبه قال أبوحنيفة ومالك . وقال الشافعي : يملكها ولا يكون أضحية .

قال الشيخ : دليلنا قوله عليه السلام « انما الاعمال بالنيات »[1] وهذا قوي أن يكون أضحية، فيجب أن يكون كذلك . وقال الشافعي : عقد البيع يوجب الملك وجعلها أضحية يزيل الملك ، والشيء الواحد لايوجب الملك ويزيله في وقت واحد .

قال الشيخ : وهذا منتقض ، لانه لوقال ان ملكت عبداً فلله علي أن أعتقه لزمه عتقه ، وهذا لفظ واحد أوجب شيئين .

والمعتمد هنا قول الشافعي، لانه لايجب كونها أضحية الا بالنذر أو العهد أو اليمين ، ولاينعقد واحد منها بالنية ، بل لابد فيه من اللفظ على ماهو مشهور بين أصحابنا ، ونقضه (ره) على الشافعي غير مسلم ، لان قول الانسان ان ملكت عبداً فلله علي أن أعتقه لم يوجب شيئين ، وانما أوجب انعقاد النذر ، فاذا ملك العبد وجب عتقه بالنذر ولم يزل ملكه عنه ، ولا ينعتق بنفس الملك بل لابد من عتقه بعد الملك وكسبه قبل العتق له ، والشيخ أعلم بما قاله .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ : اذا أوجب على نفسه أضحية بالقول أو بالبينة على ما مضى من الخلاف ، زال ملكه عنها وانقطع تصرفه فيها ، وبه قال أبو يوسف وأبوثور والشافعي .

وقال أبوحنيفة ومحمد : لايزول ملكه عنها، وله أن يستبدل بها بالبيع وغيره . فأما اذا قال : لله علي أن أعتقك ، لم يزل ملكه بلا خلاف . وأما بيعه ، فلا يجوز عند الشافعي، وعند أبي حنيفة يجوز ، وهو الاقوى ، لانه يبيعه ثم يشتريه ويعتقه .

والمعتمد أن النية لايكفي في الايجاب ، ولايجب الا بالقول بالنذر أو العهد

---

(١) تهذيب الاحكام ٤/١٨٦ .

أو اليمين، فاذا أوجبها بأخذالثلاثة وكانت معينة، لم يزل ملكه عنها بذلك، وليس له الاستبدال بها ، ولايجوز 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[1]، ومنع فخر الدين من ذلك .

مسألة ـ ١٥ ـ قال الشيخ : اذا أتلف الاضحية التي أوجبها على نفسه ، كان عليه قيمتها ، وبه قال أبو حنيفة ومالك .

وقال الشافعي : عليه أكثر الامرين من مثلها أو قيمتها ، فاذا كان قيمتها يوم الاتلاف عشرة ويوم الاخراج عشرين ، فعند الشافعي عليه مثلها بعشرين، وعندنا عليه قيمتها .

والمعتمد أنه اذا أتلفها أوفرط فيها فتلفت،كان عليه قيمتها يوم التلف يتصدق به.

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ : اذا لم يكن للاضحية ولد أو كان لها ولد وفصل من لبنها ، جاز لصاحبها الانتفاع به وله أيضاً زكاتها ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لايجوز زكاتها ولا شرب لبنها .

والمعتمد قول الشيخ ، مالم يضر الركوب والحلب بها أوبولدها ، فلايجوز حينئذ ، واستدل الشيخ على ما اختاره باجماع الفرقة وأخبارهم ، وهذا يدل على أنها لم يخرج عن ملكه بالنذر ، اذلوخرجت عن ملكه لم يجز له التصرف بالركوب ولا جاز له شرب اللبن، بل كان يجب الصدقة باللبن ، والمنع من الركوب .

مسألة ـ ١٧ ـ قال الشيخ : اذا أوجب على نفسه أضحية سليمة من العيوب التي تمنع الاضحية ، ثم حدث بها عيب يمنع جواز الاضحية ، كالعور والعرج والجرب والعجاف ، نحرها على ما بها وقد أجزأه ، وهكذا ما أوجبه على نفسه

(١) المختلف ص١٣٧ كتاب الحج .

من الهدايا الباب واحد ، وبه قال الشافعي وأحمد واسحاق .

وقال أبوحنيفة : انكان الذي أوجبها من لاتجب عليه الاضحية وهو المسافر عنده ، ومن لايملك نصاباً مثل قولنا ، وان كان ممن يجب عليه ابتداء عنده فعينها في شاة بعينها فعابت فانها لاتجزىء .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ: اذا ضلت الاضحية التي أوجبها على نفسه أوغصبت أو سرقت ، لم يكن عليه البدل ، فان عادت ذبحها أي وقت شاء ، سواء كان قبل مضي وقت الذبح أوبعده ، وبه قال الشافعي الا أنه ان عادت قبل فوات وقت الذبح وهو آخر يوم التشريق كان اداءاً ، وان عادت بعد انقضائه كان قضاءاً .

وقال أبو حنيفة : ان عادت قبل انقضائه ذبحها ، وان عادت بعده لايذبحها ، بل يسلمها حية الى الفقراء .

والمعتمد قول الشافعي ، وهو فتوى صاحب الدروس[1].

مسألة ـ ١٩ ـ قال الشيخ : اذا عين أضحية بالنذر ، ثم جاء يوم النحر فذبحها أجنبي بغير اذن صاحبها، فان نوى عن صاحبها أجزأت عنه ، وان لم ينو عن صاحبها لم يجز عنه ، وكان عليه ضمان ما نقص بالذبح .

وقال الشافعي: يجزيء عن صاحبها ولم يفصل، وعلى الذابح ضمان مانقص بالذبح. وقال أبوحنيفة : تقع موقعها، ولايجب على ذابحها ضمان مانقص بالذبح وقال مالك : لاتقع موقعها وعليه أن يضحي بغيرها .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو أنه ان ذبحها عن صاحبها أجزأت عنه ولا أرش وان لم ينو عن صاحبها كان عليه الارش ان كان لحمها موجوداً ويتصدق باللحم والارش والا كان على الذابح القيمة ويتصدق بها صاحب الاضحية .

---

(١) الدروس ص١٢٨ .

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ : ذبح الاضاحي مكروه بالليل الا أنه يجزيء ، وبه قال الشافعي . وقال مالك : لا يجزيء .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢١ ـ 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 ـ ٢٢ ـ 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 ـ ٢٣ ـ قال الشيخ : لايجوز بيع جلد الاضحية ، سواء كانت تطوعاً أو نذراً الا اذا تصدق بثمنها على المساكين ، وبه قال أبوحنيفة، وزاد يجوز بيعها بآلة البيت على أن يعيرها ، مثل القدر والفاس والمنخل والميزان ونحو ذلك .

وقال الشافعي : لايجوز بيعها بحال . وقال عطا : يجوز بيعها على كل حال .

وقال الاوزاعي : يجوز بيعها بآلة البيت .

وقال الشهيد في الدروس : ويستحب الصدقة بجلودها وجلالها وقلائدها ، تأسياً بالنبي ﷺ[1] ولم يفرق بين الواجب والمندوب ، وهو الظاهر من عبارات متأخري الاصحاب ، لانهم كرهوا أخذ شيء من جلودها وأعطاؤها الجزار ولم يفصلوا ، قال الشهيد : يكره اعطاؤها الجزار أجرة لاصدقة .

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ : الهدي الواجب لايجزيء في الواجب الا عن واحد ، ويجزيء في التطوع عن سبعة اذا كانوا من أهل بيت واحد ، وان كانوا من أهل بيوت شتى لايجوز ، وبه قال مالك .

(١) الدروس ص ١٣١ .

وقال الشافعي: يجوز للسبعة أن يشتركوا في 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 ، ولافرق 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، ولايشترط كونهم أهل بيت واحد، ولا أهل خوان واحد ، ويجوز أن يكون بعضهم متقرباً وبعضهم يريد لحماً .

مسألة ـ ٢٥ ـ 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 ـ ٢٦ ـ قال الشيخ: العقيقة 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 ـ٢٧ـ قال الشيخ : اذا ثبت أنها مستحبة ، فالافضل 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 لايحصل منهما .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ٢٨ـ قال الشيخ: وقت العقيقة المستحب يوم السابع بلاخلاف، ولا يلطخ 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 ـ ١ ـ 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 ـ ٢ ـ قال الشيخ : الحيوان على ضربين : طاهر ونجس ، فالطاهر النعم بلاخلاف ، وماجرا مجراها 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 ومافي معناها، ونجس العين وهو الخنزير، ونجس نجاسة يجري مجرى ماينجس بالمجاورة وهو الكلب والذئب والسباع كلها ، ومشكوك فيه وهو الحمار .

والمعتمد مذهب الشافعي ، وهو المشهور عند متأخري أصحابنا .

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ : السباع على ضربين: ذي ناب قوي يعدو على الناس

كالاسد والذئب والنمر والفهد ، فهذا كله لايؤكل بلاخلاف . الثاني ماكان ذاناب ضعيف لايعدو على الناس وهو الضبع والثعلب ، فعندنا أنه حرام أكلهما .

وقال الشافعي : هما مباحان. وقال مالك: أكل الضبع حرام. وقال أبو حنيفة: الضبع مكروه والثعلب حرام. والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم.

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ : اليربوع حرام . وقال الشافعي : حلال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ: ابن آوى لايحل أكله ، ولاصحاب الشافعي وجهان منهم من قال مثل قولنا ، ومنهم من قال : يؤكل وهو الاشبه عندهم .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ : السنور لايجوز أكله ، أهلياً كان أو برياً ، وبه قال أبو حنيفة ، ووافقنا الشافعي على الاهلي ، وله في البري وجهان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ : لايحل أكل الوبر والقنفذ ، والوبر دويبة سوداء أكبر من ابن عرس تأكل وتجتر . وقال الشافعي : يجوز أكلهما معاً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ : الارنب حرام . وقال الشافعي : حلال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٩ ـ 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 الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٠ ـ 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 ـ ١١ ـ قال الشيخ : يجوز أكل لحوم الحمر الاهليةوالبغال، وانكان فيها بعض الكراهة ، الا أنه ليس بمحظور . وقال الفقهاء : حرام .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، مع أنأبا الصلاح وافق الفقهاء في تحريم لحوم البغال .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : القرد نجس حرام ، وحكي عن الشافعي أنه حلال قال أبو حامد : وهذا غير معروف عنه .

والمعتمد أنه طاهر حرام .

مسألة ـ ١٣ ـ 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 ـ ١٤ ـ 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 ـ ١٥ ـ 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 لاصحابنا في الغربان ثلاثة مذاهب :

الاول : تحريم الجميع ، وهو اختيار الشيخ هنا وفي المبسوط[1]، واختاره

(١) المبسوط ٦/٢٨١ .

العلامة في المختلف[١]، وفخر الدين في شرح القواعد .

الثاني : اباحة الجميع على كراهية ، وهو مذهب الشيخ في النهاية [٢] والاستبصار[٣]، واختاره نجم الدين في المختصر[٤].

الثالث : اباحة 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 المقتصر . والاول أحوط والاخير أكثر .

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ: الجلال عبارة عن البهيمة التي تأكل العذرة اليابسة أو الرطبة ، كالناقة والبقرة والشاة والدجاجة ، فان كان هذا أكثر علفها كره أكل لحمها عندنا وعند جميع الفقهاء، الا فومأ 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 ماحددناه عن بعض أهل العلم، وقالوا : لانعول على ذلك ، بل نعول على مايزول 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 ٤/ ٦٥ .

(٤) المختصر النافع ص ٢٥٣ .

التحريم، وهو مذهب ابن الجنيد 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 لايحصل الا باغتذائها عذرة الانسان محضاً، بحيث يصير مايتناوله منه العذرة مالياً لالات الغذاء وخلو الالات من الغذاء الطاهر ، فحينئذ يحكم بتحريمها .

الثالث: مايزول به حكم الجلل ، والمشهور ماذكره الشيخ هنا ، وما قدره في الناقة فهو مجمع عليه ،وقال هنا في البقرة عشرون ، وقال في المبسوط[1] فيها أربعون كالناقة ، واختاره فخر الدين ، وقال هنا في الشاة عشرة أو سبعة، وقال ابن بابوية فيها عشرون ، واختاره فخر الدين . والمعتمد عشرة في الشاة ، وعشرون في البقرة ، والبطة تستبرأ بخمسة ، والدجاجة بثلاثة ، هذا هو المشهور وعليه العمل .

مسألة ـ١٧ـ قال الشيخ: اذا نحرت 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 لم 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 ، ولايؤكل حتى يخرج حياً ويذبح فيحل بالذبح .

واعلم أن اشتراط تمامية الخلقة مع خروجه ميتاً مجمع عليه عند أصحابنا

---

(١) المبسوط ٦/ ٢٨٢ .

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 خلقته وولجته الروح في بطن أمه لايحل الااذا خرج حياً وذكى، فلوخرج 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 لايشترط أن لاتلجه 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، أماغير مستقر الحياة، فهو في حكم الميت. واختار العلامة في القواعدوابنه في الشرح مذهب الشيخ هنا ، وهو مذهب ابن الجنيد .

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ: اذا ماتت فأرة في سمن أو زيت أوشيرج أوبزر، نجس كله وجاز الاستصباح به ، ولايجوز أكله ولا الانتفاع به بغير الاستصباح ، وبه قال الشافعي .

وقال قوم من أصحاب الشافعي: لايجوز الانتفاع به بالاستصباح ولابغيره، بل يراق كالخمر . وقال أبو حنيفة : يستصبح به ويباع أيضاً . وقال داود : ان كان

---

(١) النهاية ص٥٨٤ ـ ٥٨٥ .

(٢) شرائع الاسلام ٣/٢٠٨ .

(٣) المبسوط ٦/٢٨٢ .

المايع سمناً لاينتفع به بحال، وان كان ما عداه من الادهان لاينجس بموت الفأرة فيه ويحل أكله وشربه ، لان الخبر ورد في السمن فحسب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٩ ـ قال الشيخ : اذا جاز الاستصباح به ، فان دخانه يكون طاهراً ولايكون نجساً .

وللشافعي وجهان : أحدهما طاهر ، والاخر نجس وهو الصحيح عندهم ، ثم ينظر فان كان قليلا مثل رؤوس الابر فهو معفو عنه، وان كان كثيراً وجب غسله.

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ : لايجوز للمضطر الى أكل الميتة أن يأكل أكثر من سد الرمق ، ولايحل له الشبع ، وبه قال أبوحنيفة .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، وهو اختيار المزني . والثاني يجوز الشبع ، وبه قال مالك والثوري .

والمعتمد قول الشيخ ، الا اذا اضطر الى الشبع لالتحاق الرفقة، فانه يجب قاله العلامة في القواعد[1]، ولو لم يحصل سد الرمق الا بالشبع وجب أيضاً، ويحرم الشبع اذا حصل سد الرمق بدونه .

مسألة ـ ٢١ ـ قال الشيخ: اذا اضطر الى الميتة ، وجب عليه اكلها، ولايجوز الامتناع . وللشافعي وجهان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني يجوز الامتناع .

والمعتمد الوجوب اذا خاف التلف بدون التناول ، لوجوب حفظ النفس.

مسألة ـ ٢٢ ـ قال الشيخ : اذا اضطر الى طعام الغير ، لم يجب على الغير اعطآؤه .

وقال الشافعي: يجب ثم لايخلو حال المضطر الى احد أمرين: اما أن يكون

(١) قواعد الاحكام ٢/١٥٩ .

واجداً ثمنه في الحال ، أو في بلده ، أو لم يكن واجداً. فان كان واجداً لم يجب عليه بذله الا ببدل ، وان لم يكن واجداً أصلا 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 ادريس مذهب الشيخ هنا ، وهو عدم وجوب البذل .

أما وجوب الثمن، فعلى مافصله الشيخ، وهو ان كان واجداً في الحال أو في بلده وجب الثمن، وان لم يكن واجداً أصلا وجب البذل بغير ثمن، هذا مع عدم اضطرار صاحب الطعام اليه ، ولو كان مضطراً كان أولى بطعامه .

مسألة ـ٢٣ـ 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 ـ٢٤ـ قال الشيخ: اذا اضطر الى شرب الخمر لدفع العطش أو الجوع أو للتداوي فالظاهر أنه لايستبيحها أصلا ، 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 ، ولابأس به .

مسألة ـ٢٥ـ قال الشيخ: اذا مر الرجل بحائط غيره وبثمرته، جازله أن يأكل منها ، ولايأخذ منها شيئاً يحمله معه ، وبه قال قوم من أصحاب الحديث . وقال جميع الفقهاء : لايحل الا في حال الضرورة .

واستدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

(١) شرائع الاسلام ٣/ ٢٣١ .

# كتاب السبق

مسألة ـ١ـ قال الشيخ : المسابقة على الاقدام بعوض لايجوز ، وهو مذهب الشافعي ، وقال قوم من أصحابه : انه يجوز ، وبه قال أبوحنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، لقوله عليه السلام « لاسبق الا في نصل أو خف أو حافر »[1] وليس هذا واحداً منها .

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ : المسابقة بالمصارعة بعوض لاتجوز . وقال أهل العراق : يجوز . وللشافعي وجهان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٣ـ قال الشيخ: المسابقة بالسفن لاتجوز، ولاصحاب الشافعي وجهان الذي عليه عامة أصحابه مثل قولنا ، وقال أبو العباس : يجوز .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ : يجوز لغير الامام أن يعطي السبق ، وهو مايخرج من المسابقة في الجبل، وبه قال الشافعي. وقال مالك: لايجوز الا للامام، لانه من المعاونة على الجهاد ، وليس ذلك الا للامام .

---

(١) عوالى اللئالى ٣/٢٦٥ .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : اذا قال أحدهما لصاحبه : ان سبقت فلك العشرة وان سبقت أنا فلاشيء عليك،كان جايزاً ، وبه قال الشافعي. وقال مالك : لايجوز لانه قمار . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ : اذا أخرج اثنان سبقاً وأدخلا بينهما ثالثاً لايخرج شيئاً ، وقالا : ان سبقت أنت فلك السبقان معاً كان جائزاً، وبه قال الشافعي . وقال مالك : لايجوز ، وبه قال ابن خيران من أصحاب الشافعي .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ : الاعتبار بالسبق بالهادي وهو العنق والكتد ، وبه قال الشافعي . وقال الثوري : الاعتبار بالاذن ، فمتى سبق بها فقد سبق .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ : عقد المسابقة من العقود الجائزة مثل الجعالة، وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد قولي الشافعي ، وله قول آخر أنه من العقود اللازمة كالاجارة ، وهو أصحهما عندهم، لعموم « أوفوا بالعقود »[1]وهذا عقد، واللزوم اختيار ابن ادريس ونجم‌الدين ، ولابأس به .

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ : اذا تناضلا بشرط أن يطعم السابق السبق أصحابه صح النضال وبطل الشرط ، وبه قال أبو حنيفة وأبو اسحاق المروزي .

وقال الشافعي يبطل النضال أيضاً .

---

(١) سورة المائدة : ١ .

# كتاب الايمان

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : في الايمان ما هو مكروه وما ليس بمكروه ، وبه قال الشافعي : وأكثر الفقهاء ، وقال بعضهم كلها مكروهة ، لقوله تعالى « لاتجعلوا الله عرضة لايمانكم »[1].

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 الا مع الحاجة ، ويتأكد الكراهية في الغموس[2] فان كان مراده بالحاجة الضرورة ، فقد حصل الاختلاف بين اختياره في القواعد واختياره في التحرير ، وان كان مراده بالحاجة الغرض فلااختلاف حينئذ ، لان يمين النبي ﷺ كانت لغرض ، وهو قصد ارهاب قريش ودخول الرعب في قلوبهم اذا سمعوا بذلك .

مسألة ـ ٢ ـ 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 ٢/١٣٢ .

ظاهر مذهبه ، وله وجه آخر ضعيف، وهو أنه الافضل أن يقيم عليها .

والمعتمد قول الشيخ ، لقوله تعالى « ياأيها الذين آمنوا لاتحرموا طيبات ما أحل الله لكم »[1].

مسألة ـ ٣ ـ 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 ـ ٤ ـ 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 ، ولاتجب 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 ـ ٥ ـ 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 ـ ٦ ـ 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 ـ ٧ ـ قال الشيخ : لاتنعقد اليمين على ماض ، سواء كانت على نفي أو اثبات ، ولاتجب 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 فلاشيء عليه، وان كان كاذباً فان كان عامداً فعليه الكفارة قولا واحداً ، وان كان ناسياً فعلى قولين ، وبه قال عطا وعثمان البتى .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ : اذا قال والله لاصعدن السماء ، والله لاقتلن زيداً وقد مات زيد ، لاتلزمه 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 لاتلزمه كفارة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ : لاتنعقد يمين الكافر بالله ، ولاتجب عليه الكفارة بالحنث ، ولايصح منه التكفير بوجه ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : تنعقد 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 لو مات 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 لاتفتقر الى نية القربة جاز فعله حال الكفر .

وهذا الذي اعتمدنا عليه هو مذهب العلامة في المختلف، واختيار فخر الدين 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 ـ ١٠ ـ قال الشيخ : اذا قال وقدرة الله ، أو وعلم الله ، أو وحياة الله وقصد به كونه قادراً عالماً حياً ، كان يميناً بالله . وان قصد به المعاني والصفات التي يثبتها الاشعرى لم يكن يميناً ، وبه قال أبو حنيفة . وقال أصحاب الشافعي كل ذلك يكون يميناً بالله .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١١ ـ قال الشيخ : اذا حلف بالقرآن، أوبسورة 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 ـ ١٢ ـ قال الشيخ : كلام الله تعالى فعله وهو محدث ، وامتنع أصحابنا من تسميته بأنه مخلوق ، لما فيه من الايهام بكونه متحولا . وقال أكثر المعتزلة : انه مخلوق، ومنهم من منع من تسميته بذلك .

وقال أبوحنيفة وأبويوسف ومحمد : أنه مخلوق . قال أبويوسف : 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 على مذهبه ، ومن الفقهاء من ذهب مذهبه .

وهذه المسألة ليس هذا محل البحث عنها ، وانما محلها كتب الاصول .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : اليمين لاتنعقد الابالنية ، أما قول الرجل أقسمت أو اقسم بالله متى سمع منه هذه الالفاظ ، ثم قال: لم أرد به يميناً، قبل منه في الظاهر وفيما بينه وبين الله ، لانه أعرف بمراده .

وقال الشافعي : يقبل فيما بينه وبين الله ، لانه لفظ محتمل ، وهل يقبل في الحكم ؟ فيه قولان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ : لوقال اقسم لافعلت كذا ، ولم ينطق بما حلف به ، لم يكن يميناً ، نوى اليمين أولم ينو ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يكون يميناً . وقال مالك : ان أراد يميناً فهى يمين ، والا ليست بيمين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٥ ـ قال الشيخ : اذا قال لعمر الله ، ونوى بذلك اليمين كان يميناً وقال أبو حنيفة : يكون يميناً ، سواء نوى اليمين أو أطلق . واختلف أصحاب الشافعي على وجهين : أحدهما مثل قولنا ، والاخر مثل قول أبي حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ : اذا قال وحق الله لايكون يميناً، قصد أولم يقصد وبه قال أبوحنيفة ومحمد . وقال الشافعي : يكون يميناً ان أراد يميناً 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[1]. وقال في المبسوط : ان

---

(١) شرائع الاسلام ٣/ ١٧٠ .

قصد اليمين كانت يميناً[١]، واختاره العلامة في المختلف[٢] والتحرير[٣]، وفخر الدين في شرح القواعد[٤]، وهو اختيار الشهيد .

مسألة ـ ١٧ ـ 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 يفتقر الى النية ، وما تجرد عن النية لايكون يميناً .

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ : اذا قال الله بكسر الهاء بلا حرف قسم لايكون يميناً، وبه قال الشافعي وجميع أصحابه الا أباجعفر 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 ـ ١٩ ـ 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 ٦/١٩٥ .

(٢) مختلف الشيعة ص١٠٣ كتاب الايمان .

(٣) تحرير الاحكام ٢/٩٧ .

(٤) الايضاح ٤/٤ .

والمعتمد قول الشيخ في المبسوط ، وهو أنه اذا أراد اليمين كان يميناً، واختاره نجم الدين ، والعلامة في المختلف وظاهر القواعد .

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ : اذا قال أعزم بالله لم يكن يميناً، سواء أراد اليمين أولم يرده . وقال الشافعي: ان أراد اليمين أو أطلق فهو يمين، وان لم يرده لايكون يميناً .

والمعتمد قول الشيخ ، لان هذا ليس من ألفاظ القسم .

مسألة ـ ٢١ ـ قال الشيخ : اذا قال أسألك بالله أو اقسم عليك بالله لا يكون يميناً ، سواء أطلق أو أراد اليمين أولم يرد .

وقال الشافعي: ان أطلق أولم يرد اليمين مثل قولنا، وان أراد اليمين كان يميناً 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 ـ ٢٢ ـ 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 على ميثاقه وكفالته وأمانته لم يروا فيه شيئاً ، ويجب أن يقول ليست من ألفاظ اليمين .

وقال الشافعي : اذا أطلق أولم يرد يميناً لم يكن يميناً ، وان أراد يميناً كان كذلك . وقال مالك وأبو حنيفة : يكون اطلاقه يميناً. ثم اختلفوا ، فقال الشافعي: اذا خالف بواحدة منها أو بجميعها 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 ـ ٢٣ ـ قال الشيخ : اذا قال والله كانت يميناً اذا أطلق أو أراد اليمين وان لم يرد اليمين لم يكن يميناً عندالله ، ويحكم عليه بالظاهر، ولايقبل قوله ما أردت اليمين في الحكم، وبه قال الشافعي الا أنه زاد فان لم ينو فانه يكون يميناً .

والمعتمد أن اليمين لاينعقد الامع النية ، ولايكفي الاطلاق، وهوفتوى العلامة في القواعد ، واستدلال الشيخ هنا يدل عليه أيضاً ، أما فتوى العلامة فانه اشترط القصد والنية معاً ، ثم قال : ولوحلف من غيرنية لم ينعقد ، سواء كان بصريح أو كناية فهى يمين اللغو .

واما استدلال الشيخ، فانه قال : دليلنا أصالة برآءة الذمة ، وقوله عليه السلام « انما الاعمال بالنيات » [1] وهـذا لم ينو ، وقوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان »[2] والعقد لايكون الا بالنية ، وهذا الاستدلال يدل على اشتراط النية ، واذا أطلق ولم ينو اليمين لم يتحقق النية ، فلاينعقد اليمين . واذا ثبت أن النية شرط، فاذا قال : مانويت قبل منه في الظاهر دين بنيته عندالله .

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ : اذاحلف لا أتحلي أولا ألبس الحلي، حنث بلبس الخاتم ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : لايحنث .

والمعتمد قول الشيخ، وجزم به نجم الدين في الشرائع[3]، والعلامة في القواعد

مسألة ـ ٢٥ ـ قال الشيخ : اذا حلفت المرأة لالبست حلياً ولبست الجوهر وحده حنثت، وبه قال أبويوسف ومحمد والشافعي. وقال أبوحنيفة : لاتحنث .

والمعتمد قول الشيخ .

---

(١) تهذيب الاحكام ٤/١٨٦ .

(٢) سورة البقرة : ٢٢٥ .

(٣) شرائع الاسلام ٣/١٨٠ .

مسألة ـ ٢٦ ـ قال الشيخ : لايدخل الاستثناء بمشية الله الا باليمين فحسب ، وبه قال مالك . وقال أبوحنيفة : يدخل في اليمين بالله وفي الطلاق والعتاق والنذر والاقرار .

والمعتمد قول الشيخ هنا، واختار أولا في كتاب الطلاق من هذا الكتاب مذهب أبي حنيفة ، واستدل عليه بأصالة براءة الذمة .

مسألة ـ ٢٧ ـ 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 »[1].

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٨ ـ قال الشيخ : لاحكم للاستثناء الا اذا كان منصلا بالكلام ، أو في حكم المتصل. أما المنفصل فلاحكم 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: احداهما 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 ـ ٢٩ ـ قال الشيخ: لغو اليمين هو ان يسبق اليمين الى لسانه ولم يعتقدها بقلبه، كأنه أراد أن يقول بلى والله، فسبق لسانه وقال لا والله ، ثم استدرك فقال بلى والله ، فالاولى لغو ولاكفارة فيها ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : فيها الكفارة ، والثانية معتقده . وقال مالك : لغو اليمين يمين الغموس، وهو ماذكرناه أن يحلف على ماض قاصداً للكذب . وقال أبوحنيفة:

(١) سورة الكهف : ٣٣ .

لغو اليمين ما كان على ماض ، لكنه حلف على مايعتقده ، ثم بان ضده .

والمعتمد أن لغو اليمين هى اليمين من غير نية ،كما قاله صاحب القواعد .

مسألة ـ ٣٠ ـ قال الشيخ : لايجوز تقديم الكفارة على الحنث أصلا ، وان أخرجها لايجزيه .

وقال الشافعي : يجزيه قبل الحنث الا الصوم ، فانه لايجزيه ، 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 لايجوز فيهما .

مسألة ـ ٣١ ـ قال الشيخ : اذا أعطى مسكيناً من كفارته أوفطرته أو زكاة ماله فالمستحب أن لايشتري ذلك ممن أعطاه اياه وليس بمحظور ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي . وقال مالك : لايجوز شراؤه ولا تملكه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٢ ـ قال الشيخ: يجزى في الكسوة ثوبان قميص وسراويل أوقميص ومنديل أو قميص ومقنعة، وثوب واحد لايجزيء .

وقال الشافعي يجزىء قميص واحد أوسراويل أو منديل أو مقنعة. وقال مالك ان أعطى رجلا أجزأ الثوب الواحد ، وان أعطى امرأة لايجزىء الا مايجوز لها الصلاة فيه ، وهو ثوبان قميص ومقنعة . وقال أبو يوسف : لايجزىء السراويل.

والمعتمد اجزاء الثوب الواحد، كما هو مذهب الشافعي، وهو اختيار الشيخ في المبسوط[1]، ولافرق بين الرجل والمرأة ، واختار ابن الجنيد الفرق بينهما كمذهب مالك .

(١) المبسوط ٦/٢١١ ـ ٢١٢ .

مسألة ـ٣٣ـ 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 ـ ٣٤ ـ 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 ـ٣٥ـ 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 ـ ٣٦ ـ قال الشيخ : اذا حلف لاسكنت في هذه الدار وهو فيها ، ثم خرج عقيب اليمين بلافصل برفي يمينه ولم يحنث ، وبه قال جميع الفقهاء وقال زفر : يحنث ولاطريق له الى البر ، لانه يحنث باستدامة السكنى وخروجه منها عقيب يمينه سكون فيها ، فوجب أن يحنث .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٧ ـ 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 ـ ٣٨ ـ قال الشيخ : اذا كان فيها فحلف لاسكنت هذه الدار ، ثم أقام

عقيب يمينه لالمسكنى ، لكن لنقل الرحل 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 بلافصل ، فلو عاد بعد الخروج لنقل رحله فلا بأس ، وكذا لو عاد لعيادة مريض .

مسألة ـ٣٩ـ 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 مايمكن 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 ٢/١٣٥ .

(٢) تحرير الاحكام ٢/٩٩ .

(٣) شرائع الاسلام ٣/١٧٦ .

(٤) الدروس ص ٢٠٣ .

(٥) المبسوط ٦/٢٢٠ .

قال : وقال في المبسوط ان أقام عقيب يمينه لا للسكنى، بل لنقل الرحل والعيال والمال قال بعضهم يحنث، وقال آخرون : لا يحنث، وبناؤه على أصله أن السكنى ما كان بالبدن والعيال والمال معاً ، فان أقام لنقل هذا لم يكن ساكناً ، وهو الذي يقوى في نفسي قال العلامة ، ثم قال : فيه السكنى بالبدن دون المال والعيال. وقال آخرون ببدنه وبالمال والعيال ، قال : والاول أقوى عندي .

قال العلامة: وهذا يدل على تردده. واختار صاحب المختلف أن السكنى بالبدن لا غير ، وانما أوردنا هذا الكلام ليظهر للمتأمل تحقيق المسألتين هذه والتي قبلها ويعرف وجه الخلاف فيهما .

مسألة ـ ٤٠ ـ قال الشيخ : اذا حلف لا يدخل داراً فصعد على سطحها لم يحنث وبه قال الشافعي .

واختلف أصحابه على طريقين ، 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 ـ ٤١ ـ قال الشيخ: اذا كان في دار فحلف لا أدخلها، لم يحنث باستدامة قعوده فيها . وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤٢ ـ 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 حنث قولا واحداً ، وان دخل بيوت البادية فعلى وجهين .

والمعتمد أن البدوي يحنث بدخول بيت البدوي، والحضري لايحنث بدخول بيت البدوي اذا لم يعتاد سكناه ، وهو اختيار العلامة ونجم الدين .

مسألة ـ ٤٣ ـ قال الشيخ : اذا حلف لايأكل من طعام اشتراه زيد ، فاشترى زيد وعمرو طعاماً صفقة واحدة ، فأكل منه لم يحنث عندنا وعند الشافعي .

وقال أبوحنيفة وأصحابه: يحنث لانه اذا اشترياه 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[1] مذهب أبي حنيفة .

مسألة ـ ٤٤ ـ قال الشيخ : اذا قسما هذا الطعام وأفرد كل واحد منهما نصيبه فان أكل من نصيب زيد أو نصيب عمرو ، لم يحنث أيضاً عند الشافعي . وقال أبو حنيفة : ان أكل من نصيب زيد حنث ، وان أكل من نصيب عمرو لم يحنث .

والمعتمد مذهب الشافعي ، وهو اختيار ابن ادريس والعلامة ، لان ماحصل لزيد بالقسمة لم يشتره زيد بانفراده ، وكذا ماحصل لعمرو .

مسألة ـ ٤٥ ـ قال الشيخ : اذا حلف لايأكل من طعام اشتراه زيد، فاشترى زيد طعاماً وحده واشترى عمرو طعاماً وحده وخلطاه معاً ، وأكل الحالف منه ، فيها ثلاثة أوجه، قال أبوسعيد الاصطخري: ان أكل النصف فما دونه لايحنث، لانه لايقطع على أنه أكل من طعام انفرد زيد بشرائه حتى يزيد على النصف . وقال ابن أبي هريرة : لايحنث وان أكله كله . وقال أبو اسحاق: ان أكل منه كفاً حنث،

(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 فأي شيء أكل منه علم أن فيه أجزاء مما اشتراه زيد ، وان كان متميزاً ، كالتمر والرطب والخبز لايحنث بأكل أكثر مما اشتراه زيد[٤]. وقال ابن البراج: يحنث بالقليل والكثير ولم يفصل .

والمعتمد تفصيل المختلف .

مسألة ـ ٤٦ ـ قال الشيخ : اذا حلف لادخلت دار زيد هذه، أو لاكلمت عبد زيد هذا ، أو لاكلمت 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 ماتصدق عليه هذا اللفظ، ومع القصد لااشكال في التعليق بما قصده ، وكذا ان قصد باليمين العداوة والمباينة للمضاف اليه .

---

(١) شرائع الاسلام ٣/ ١٧٣ .

(٢) قواعد الاحكام ٢/ ١٣٢ .

(٣) تحرير الاحكام ٢/ ١٠٠ .

(٤) مختلف الشيعة ص١٠٤ كتاب الايمان .

مسألة ـ ٤٧ ـ 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 لايحنث .

والمعتمد مذهب أبي حنيفة ، تغليباً لجانب الاشارة ، فاليمين تعلقت بالعين فلااعتبار بالوصف .

مسألة ـ ٤٨ ـ قال الشيخ : اذا حلف لاألبس ثوباً من عمل يد فلان، فوهب له فلان ثوباً ، فان لبسه حنث بلاخلاف وان استبدل به فباعه أو بادل به فلبسه لم يحنث . وكذا لوحلف لا ألبس من غزل أمرأته ، وكذا لوقال لغيره : أحسنت اليك اعنتك مالي ووهبت لك كذا وأعطيتك كذا فقال جواباً لهذا : والله لاشربت لك ماءاً من عطش ، تعلق الحكم 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 ـ ٤٩ ـ قال الشيخ: اذا حلف لايدخل دار زيد، فدخلها وهي ملك لزيد ، 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 ـ ٥٠ ـ قال الشيخ: اذا حلف لادخلت دار زيد أو لاكلمت زيداً، فدخل داره أوكلمه جاهلا أو ناسياً ، لايحنث . وكذا لوكان مكرهاً .

وللشافعي قولان : أحدهما لايحنث ، وهو أصح القولين عندهم . والثاني يحنث ، وبه قال أبو حنيفة ومالك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٥١ ـ قال الشيخ : اذاحلف لاأدخل على زيد بيتاً، فدخل على عمرو بيتا وزيد فيه ، وهو لايعلم بكون زيد فيه ، فانه لايحنث . وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٥٢ ـ 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 قولا 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 في مسألة الدخول فلان الدخول فعل واحد فلايجوز تخصيصه ، ولم يفرق بينهما في المبسوط كمذهب الشافعي .

مسألة ـ ٥٣ ـ قال الشيخ : اذا دخل عليه زيد بيتاً ، فاستدام الحالف القعود معه لايحنث . وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل بأنه حلف لايدخل على زيد بيتاً وهو لم يدخل عليه ، وانما الداخل زيد .

مسألة ـ ٥٤ ـ قال الشيخ: اذا حلف ليأكلن هذا الطعام غداً فأكله اليوم حنث وبه قال الشافعي . وقال مالك وأبو حنيفة : لايحنث .

والمعتمد قول الشيخ ، لتحقق المخالفة .

مسألة ـ ٥٥ ـ قال الشيخ : اذا حلف ليأكلنه 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 ـ ٥٦ ـ 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 ـ ٥٧ ـ 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 لاأعرفه . وقال الشافعي : هذه عبارات كلها لاحد لها ، فيكون على هذه مدة حياته ، فان لم يفعل حتى مات حنث بوفاته وان قال : لاأقضينه 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 ـ ٥٨ ـ 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 ، فلايتحقق الحنث الابعد الموت .

مسألة ـ ٥٩ ـ قال الشيخ: اذا حلف الى حقب فلاحد له، وبه قال الشافعي وقال مالك : الحقب أربعون سنة . وقال أبو حنيفة : الحقب 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 : الحقب ثمانون عاماً في النذر وغيره[٢].

مسألة ـ ٦٠ ـ قال الشيخ : اذا قال الخليفة أو الملك : والله لاضربت عبدي ثم أمر عبده فضربه لم يحنث . وللشافعي قولان : أحدهما لايحنث 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 حملا اللفظ على حقيقته ، وحقيقة 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 ـ ٦١ ـ قال الشيخ : اذا قال الخليفة : والله لاتزوجت ولابعت، فوكل

---

(١) سورة النبأ : ٢٣ .

(٢) الدروس ص ٢٠٤ .

(٣) المبسوط ٦/ ٢٣١ .

فيهما لم يحنث .

وقال الشافعي : لايحنث 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، ولايباشر عقد البيع، وكل ماجرت العادة أنه يفعله بنفسه، فاذا وكل به لم يحنث ، لان الايمان ينصرف الى الحقائق دون المجازات، وحقيقة الفعل انما يكون من المباشر ومالم يجر العادة بمباشرته ، فاذا وكل فيه كان فيه الاشكال .

مسألة ـ ٦٢ ـ قال الشيخ : اذا حلف لاشربت 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 : لايحنث 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 ـ ٦٣ ـ قال الشيخ: اذا حلف لافارقتك حتى استوفي حقي، فان استوفى نفس حقه بر بلاخلاف ، وان استوفى 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 ـ ٦٤ ـ قال الشيخ : اذا حلف لاآكل الرؤوس ، حنث بأكل رؤوس الغنم والبقر والابل ، ولايحنث بأكل رؤوس الطيور والحيتان والجراد، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يحنث برؤوس الغنم والبقر ، ولايحنث برؤوس الابل، لان العادة فيهما . وقال أبو يوسف ومحمد : يحنث 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 : يحنث 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 ـ٦٥ـ قال الشيخ : اذا حلف لايأكل لحماً، فأكل لحم النعم والطير والصيد ، حنث بلاخلاف ، وان أكل لحم السمك حنث ، وبه قال أبو يوسف ومالك .

وقال أبو حنيفة والشافعي : لايحنث، 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 ٣/١٧٧ .

(٣) قواعد الاحكام ٢/١٣٤ .

(٣) تحرير الاحكام ٢/١٠٠ .

(٤) الدروس ص ٢٠٢ .

(٥) مختلف الشيعة ص ١٠٠ كتاب الايمان .

(٦) سورة فاطر : ١٢ .

وقال العلامة في المختلف : يرجع الى العرف . ولابأس به ، لكن المشهور مذهب المبسوط .

مسألة ـ ٦٦ ـ قال الشيخ: اذا حلف لاذقت شيئاً ، فأخذه بفيه ومضغه ورماه ولم يزدرد منه شيئاً حنث . وللشافعي وجهان .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الذوق يحصل بالمص والمضغ وان لم يتبلعه .

مسألة ـ ٦٧ ـ قال الشيخ : اذا حلف لاأكلت سمناً ، فاكله مع الخبز حنث وبه قال أكثر أصحاب الشافعي . وقال الاصطخرى : لايحنث ، لانه ما أكله على جهته .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٦٨ ـ قال الشيخ: اذا حلف لاأكلت هذه الحنطة أو من هذه الحنطة وأشار الى حنطة بعينها ، ثم طحنها دقيقاً او سويقاً وأكلها لم يحنث ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وقال أبو يوسف ومحمد : يحنث .

وجزم نجم الدين في الشرايع والعلامة فى القواعد بمذهب المصنف هنا، واختار ابن البراج الحنث ، واختاره العلامة في المختلف، ومذهب الشيخ أشهر.

مسألة ـ ٦٩ ـ قال الشيخ : اذا حلف لاآكل هذا الدقيق ، فخبزه وأكله لم يحنث ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يحنث .

وجزم نجم الدين والعلامة فى القواعد بعدم الحنث كالحنطة ولابأس به. وقال في المختلف : يحنث ، لان الحنطة والدقيق لايؤكل غالباً الاخبزاً . وهو قوي .

مسألة ـ ٧٠ ـ قال الشيخ : اذا حلف لاأكلت 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 ـ ٧١ ـ قال الشيخ : اذا حلف لايأكل 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 ادريس الحنث بالقلب. والمعتمد عدم الحنث به ، لان له اسم خاص غير اسم اللحم .

مسألة ـ ٧٢ ـ قال الشيخ: اذا حلف لايأكل رطباً ، فأكل المنصف وهو الذي نصفه رطباً ونصفه بسراً ، أو حلف لايأكل بسراً فأكل المنصف حنث ، وبه قال الشافعي وأصحابه . وقال أبو سعيد الاصطخري : لايحنث .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو اختيار نجم الدين ، والعلامة في القواعد[1] والتحرير[2]، لانه أكل رطباً وأكل معه شيئاً آخر ، واختار ابن ادريس مذهب الاصطخري .

مسألة ـ ٧٣ ـ قال الشيخ : اذا حلف لايأكل 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 ـ ٧٤ ـ قال الشيخ : اذا حلف لا كلمت فلاناً ، فكتب اليه كتاباً ، أو أرسل اليه رسولا ، أو أومى اليه بيده أو برأسه أو رمز بعينه لم يحنث ، وبه قال

(١) قواعد الاحكام ٢/١٣٢ .

(٢) تحرير الاحكام ٢/١٠١ .

أهل العراق والشافعي في الجديد ، وقال في القديم: يحنث ، وبه قال مالك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بأنه لايسمى شيء من ذلك كلاماً .

مسألة ـ ٧٥ ـ قال الشيخ : اذا حلف لأرى منكر الارفعته الى القاضي أبى فلان ، ففاته من غير تفريط، مثل أن مات أحدهما أوحجب عنه أو اكره على المنع لايحنث . وللشافعي قولان .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٧٦ ـ قال الشيخ : اذا عزل القاضي، فقد فاته الرفع اليه ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو ظاهر قول الشافعي ، وله وجه أنه لم يفته لانه 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 ـ ٧٧ ـ قال الشيخ : اذا قال ان شفى الله مريضي فلله علي أن أتصدق بجميع مالي ، انصرف الى جميع ما يتمول ، سواء كان زكوياً أو غير زكوي ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : يصرف الى الاموال الزكوية استحساناً .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٧٨ ـ 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 أولم يؤلمه ، وبه قال الشافعي ، وهو ظاهر كلام أبي حنيفة .

وقال مالك : لايكفي الامائة سوط، ولايكفي الامايؤلمه . وهو اختيار العلامة في القواعد الامع المرض، فيكفي الضغث حينئذ ، ويكفي عليه الظن بوصول كل

شمراخ الى جسده، وهو قول صاحب الشرائع[١] أيضاً، وهو المعتمد. هذا في التعزير المأموربه . أما التأديب على المصالح الدنيوية، فالاولى العفو ولاكفارة .

مسألة ـ ٧٩ ـ قال الشيخ : اذا حلف لاوهبت له، فان الهبة عبارة عن كل عين يملكه اياها متبرعاً بغيرعوض، فانوهب له أوأهدى اليه أونحله أو أعمره أوتصدق عليه بصدقة تطوع حنث ، وقد سمى رسول الله ﷺ العمرة هبة لمن وهبت له ، وبه قال الشافعي .

ووافق أبوحنيفة في كل ذلك الاصدقة التطوع، فانه قال : لايحنث بها، لانها ليست هبة ، بل هي غير الهبة والهدية، بدليل أن النبي عليه السلام كان يحرم عليه الصدقة ويحل له الهدية، واذا كان مختلفين لم يدخلا مدخلا واحداً في باب اليمين .

وقول الشيخ في المبسوط[٢] كقوله هنا ، وزاد فيه الحنث بالوقف أيضاً . قال نجم الدين في الشرائع بعد ان ذكر كلام الشيخ : ونحن نمنع الحكم في العمرى والنحلة اذيتنا ولان المنفعة والهبة تتناول العين قال: وفي الوقف والصدقة تردد: منشأه متابعة العرف في افراد كل واحد باسم[٣]. واختار العلامة في القواعد والمختلف مذهب الشيخ ، لمساواة المنافع الاعيان في الفل 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 ـ ٨٠ ـ قال الشيخ : اذا حلف لايركب دابة العبد، وللعبد دابة قد جعلها سيده في رسمه لايحنث ، وبه قال الشافعي. وقال أبوحنيفة : يحنث لانها يضاف اليه .

---

(١) شرائع الاسلام ٣/١٧٨ ـ ١٧٩ .

(٢) المبسوط ٦/٣٥٠ .

(٣) شرائع الاسلام ٣/١٧٧ ـ ١٧٨ .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الاضافة يقتضي الملك ، والعبد لا يملك شيئاً .

مسألة ـ ٨١ ـ قال الشيخ : اذا حلف لا أستخدم عبداً ، فخدمه عبد من قبل نفسه لم يحنث ، سواء كان عبد نفسه أوعبد غيره ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : ان كان عبد نفسه حنث ، وان كان عبد غيره لايحنث ، لانه اذا كان عبد نفسه ، كان تمكينه من الخدمة استخداماً .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الاستخدام هو الامر بالخدمة ، ومع عدم الامر لايكون استخداماً لصدق السلب .

مسألة ـ ٨٢ ـ قال الشيخ : اذا حلف لايأكل فاكهة ، فأكل عنباً أو رطباً أو رماناً حنث ، وبه قال أبو يوسف ومحمد والشافعي . وقال أبوحنيفة : لايحنث .

والمعتمد قول الشيخ . قال الشهيد : الفاكهة اسم لما ينفكه به حتى الاترج والنبق واللوز ، قال : والرطب فاكهة والبطيخ بقسميه ، قال : أما القثى والقرع والباذنجان ، فانه من الخضر .

مسألة ـ ٨٣ ـ قال الشيخ : اذا حلف لايشم الورد ، فشم دهنه لم يحنث بلاخلاف وان حلف لايشم 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 ـ ٨٤ ـ قال الشيخ : اذا حلف لايضرب زوجته ، فعضها أوخنقها أونتف شعرها لم يحنث ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : يحنث بكل هذا ، وبه قال ابن الجنيد من أصحابنا .

والمعتمد قول الشيخ ، لان هذه الافعال لايسمى في اللغة ضرباً حقيقة .

مسألة ـ ٨٥ ـ قال الشيخ : اذا حلف لايأكل ادماً ، فاكل الخبز بالملح ، حنث

بلاخلاف وان أكل لحماً مشوياً أومطبوخاً أو أكل الخبز حنث ، وبه قال الشافعي.

وقال أبوحنيفة : لايحنث . وقال أبو يوسف : الادم ما يصطنع به .

والمعتمد قول الشيخ . قال الشهيد : والادم مايضاف الى الخبزمرقه أو دهناً أو جامداً ، كالخبز والعرس والتمر والملح .

مسألة ـ ٨٦ ـ قال الشيخ : اذا حلف لايدخل بيتاً، فدخل صفة دارلم يحنث وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يحنث .

والمعتمد قول الشيخ ، لان الصفة لايسمى بيتاً في اللغة .

مسألة ـ ٨٧ ـ قال الشيخ : اذا حلف لا أصلي ثم صلى لم يحنث أصلا وان فرغ منها .

وقال أبوحنيفة : لايحنث حتى يسجد . وقال أبوالعباس بن سريج: لايحنث حتى يكبر ويقرأ . وقال أبو حامد : الذي يجيء على المذهب أنه اذا أحرم فيها حنث ، قرأ أو لم يقرأ .

والمعتمد قول الشيخ ، الا أن يكون ترك الصلاة أرجح ، كما لو حلف أنه لايصلي في الاوقات المكروهة أو الاماكن المكروهة ، فانه ينعقد ، فلو فعل ذلك مختاراً حنث عند الفراغ ، ولو أبطلها لم يحنث ، 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 ـ ٨٨ ـ قال الشيخ : اذا حلف لايتكلم فقرأ القرآن لايحنث ، سواءكان في الصلاة أو في غيرها ، وبه قال الشافعي .

وقال أبوحنيفة : ان قرأ في الصلاة لايحنث ، وان قرأ في غيرها حنث .

وهو اختيار العلامة في التحرير لانه قال : لوحلف لايتكلم لاتنعقد اليمين ، ولو فرض المصلحة في المنع انعقدت ، فان قرأ حينئذ فالاقرب الحنث 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 الأوقات المكروهة والاماكن المكروهة حنث .

مسألة ـ ٨٩ ـ 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 : لايحنث، لان الهبة عبارة عن الايجاب والقبول كالبيع ، وهو قوي ، وهذا هو المعتمد .

مسألة ـ ٩٠ ـ قال الشيخ : اذا قال ان شفى الله مريضي ، فلله علي أن أمشي أو أذهب أو أمضي الى بيت الله الحرام وجب الوفاء ، ولايجوز أن يمضي الا حاجاً أو معتمراً ، وكان نذراً صحيحاً ، وبه قال الشافعي .

وقال ابو حنيفة في المشى مثل قولنا ، وقال في الذهاب والمضي : لاتنعقد . والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

---

(١) تحرير الاحكام ٢/١٠٣ .

(٢) مختلف الشيعة ص١٠٢ كتاب الايمان .

(٣) شرائع الاسلام ٣/١٨٠ .

(٤) الدروس ص٢٠٣ .

# كتاب النذور

مسألة ـ ١ ـ 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 أبوبكر الصيرفي وأبو اسحاق المروزي : لايلزمه الوفاء ، وهو مذهب السيد المرتضى رحمه الله .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة ـ٢ـ 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 ماركب ، وان ركب مع العجز لم يكن عليه شيء .

وقال الشافعي : فان ركب وقد نذر المشي مع القدرة، فعليه دم ولااعادة 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 أوالركوب أفضل من المشي؟ قيل: بأفضلية المشي مطلقاً، لانه أشق والاجر 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 لايضعفه المشي عن القيام بالفرائض ، ونذر الركوب لمن يضعفه المشي عن القيام بالفرائض .

اذا عرفت هذا ، فنقول : اذا ركب ناذر المشي مع انعقاد نذره مختاراً، فان كان معيناً بسنة ، كفر لخلف النذر ولاقضاء عليه ، وهو ظاهر القواعد والتحرير والارشاد، واختاره ابن فهد في محرره ومقتصره، وهو المعتمد، لعدم تناول النذر لغير السنة المعينة . وأوجب العلامة في المختلف[1] القضاء والكفارة ، واختاره الشهيد .

وان كان النذر مطلقاً غير معين بسنة ، وجب القضاء ولاكفارة ، فان ركب بعض الطريق ومشى بعضه ، قيل: يقضي ويمشي ماركب ويركب مامشى، ليحصل حجة ملفقة ماشياً . وقال أكثر الاصحاب تقضى ماشيا ، لاخلاله بالصفة ، وهو المعتمد. وان ركب عاجزاً فلاقضاء ولا كفارة ، ومع انعقاد نذر الركوب اذا أخل به لزمه مالزمه بالاخلال بالمشي .

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ: اذا نذر ان يمشى الى بيت الله ولم يقل الحرام، فان 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 : لايبطل ويتخير الناذر في المشي الى البيت الحرام، أو الى أي مسجد شاء[٤]. وهو قوي ، لكن مذهب المبسوط أشهر وأحوط .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ : اذا نذر أن يمشي الى بيت الله الحرام لالحج ولا لعمرة لايلزمه شيء ، وللشافعي قولان : أحدهما مثل ماقلناه ، والثاني يلزمه المشي اما بحج أو لعمرة .

والمعتمد أنه ان كان لايجوز له الدخول بغير احرام بطل نذره ، لانه نذر ترك الواجب وهو لاينعقد ، 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 ولاينعقد القيد وهو الدخول بغير حج ولاعمرة ، بل هو مخير بين الدخول محرماً بحج أو عمرة ، وبين الدخول بغير احرام ، لان نفس المشي الى البيت طاعة ، ولايجب النسك مالم يكن واجباً بأحد الاسباب الموجبة له .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ: اذا نذر أن يمشي الى مسجد النبي صلى الله عليه وآله ، أو المسجد الاقصى ، أو أحد المشاهد الذي فيها قبور الائمة عليهم السلام وجب الوفاء .

وللشافعي في مسجد النبي صلى الله عليه وآله والمسجد الاقصى قولان : أحدهما يجب ، وبه قال مالك . والاخر لايجب ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو أصح القولين عندهم أما غير المسجدين ، فلايجب 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 ـ٦ـ 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 ـ ٧ ـ 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 الموضع الذي نذره .

وللشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا ، والثاني لاينعقد. 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 مالم ينو تفرقة اللحم بتلك البقعة ، واختار نجم الدين في الشرائع[1] 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.. .[2]

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[3]. وهذا جيد مع حصول

(١) شرائع الاسلام ٣/١٩١ .

(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 : فأمااذا نذر بغير مكة كالبصرة والكوفة وغيرهما فان نذر أن ينحرويفرق اللحم بها لزمه ذلك، لانه نذره لمساكين تلك البقعة ، وان أطلق ولم يذكر تفرقة اللحم بها ، لزمه النحر ويفرق اللحم بها ، ومنهم من قال: لاينعقد نذره أصلا ، وهو الاقوى عندي لان الاصل براءة الذمة .

فقد عرفت أن الاشكال انماهو 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 ـ ٨ ـ قال الشيخ: اذا قال لله علي أن أهدي ، أو قال أهدي هدياً، لزمه مايجزيء 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 مايقع عليه الاسم من تمرة أو بيضة فما فوقها .

وقواه الشيخ في المبسوط ، واختاره العلامة في المختلف ، لاصالة البراءة قال : ويمنع تخصيص الهدي بالنعم ، واختار نجم الدين انصراف الاطلاق الى النعم وأجزأ أقل مايسمى هدياً ، واختاره العلامة في القواعد والارشاد والتحرير واختاره الشهيد أيضاً ، وهو المعتمد .

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ : اذا نذرت المرأة أن تصوم أياماً بعينها، فحاضت فيها أفطرت وكان عليها القضاء، سواء شرطت فيها التتابع أولم تشرط ، ولم ينقطع تتابعها .

وللشافعي في وجوب القضاء قولان : أحدهما يجب ، والثاني لايجب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ: اذا نذر الرجل أو المرأة صيام أيام بأعيانها ، ثم مرض فيها قضى ماأفطر ، ولايجب عليه الاستئناف، سواء شرط التتابع أولم يشرط.

وقال الشافعي : ان أطلق ولم يشرط التتابع هل عليه أن يقضي ماترك في مرضه ؟ على وجهين ، وانشرط التتابع فهل ينقطع التتابع ؟ على قولين، وهل عليه أن يقضي ماأفطر أم لا ؟ على وجهين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١١ ـ قال الشيخ : اذا نذر أن يصوم أياماً بعينها متتابعاً ، فافطرها في سفر انقطع التتابع وعليه الاستئناف .

وقال الشافعي: يبنى على القولين، فاذاقلنا المرض يقطع التتابع فالسفر أولى واذا قلنا المرض لايقطع التتابع فالسفر على قولين .

والمعتمد أن السفر الضروري عذر لاينقطع به التتابع وينقطع بالاختيارى ، وهو فتوى الشرائع[1] والتحرير .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ: اذا نذر صوم يوم الفطر ، لم ينعقد نذره ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : ينعقد نذره ويصوم يوماً غير يوم الفطر ، ولايحل له أن يصومه عن نذره ، فان صامه عن نذره صح وأجزأه عن نذره .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : اذا قال لله علي أن أصوم اليوم الذي يقدم فيه فلان ، فقدم ليلا، لايلزمه الصوم أصلا ، لانه ماوجد شرطه بلاخلاف، وانقدم في

---

(١) شرائع الاسلام ١٨٨/٣ .

بعض نهار ، فلا نص 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 الجنيد من أصحابنا.

وقال العلامة في المختلف: ان قدم قبل الزوال ولم يتناول ، وجب صوم ذلك اليوم[1]. واختاره الشهيد ، والمعتمد قول الشيخ ، وهو المشهور عند أصحابنا .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ: اذا قال لله علي أن أصوم كل خميس ، فوافق ذلك شهر رمضان ، فصامه أجزأه عن رمضان ، سواء نوى به صوم رمضان أو صوم النذر ولم يقع عن النذر بحال .

وقال الشافعي : ان نوى عن رمضان أجزأ عنه ، وان نوى عن النذر لم يجز عن أحدهما ، وهذا هو المعتمد .

مسألة ـ ١٥ ـ 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 ـ ١٦ ـ 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 ـ ١٧ ـ قال الشيخ : اذا نذر أن يصوم ولم يذكر مقداره ، لزمه صوم يوم بلا خلاف، لانه أقل ما يقع عليه الاسم، وان نذر انه يصلي لزمه صلاة ركعتين.

(١) مختلف الشيعة ص ١٠٩ .

وللشافعي قولان: أحدهما وهو المذهب مثل قولنا، والثاني يلزمه صلاة ركعة، لانها 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 البتيراء، وهو أحوط.

مسألة ـ ١٨ ـ 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 لايجزيه الامايجزي في الكفارة من كونها مؤمنة سليمة من العيوب.

والمعتمد اشتراط السلامة من العيوب التي لايوجب العتق.

مسألة ـ ١٩ ـ قال الشيخ: اذا قال ايمان البيعة لازمة لي، أو حلف بايمان البيعة لادخلت الدار لايلزمه شيء، سواء عنى بذلك حقيقة البيعة التي كانت على عهد رسول الله صلى الله عليه وآله من المصافحة وبعده الى أيام الحجاج، أو ماحدث في أيام الحجاج من اليمين بالطلاق والعتاق وغير ذلك، سواء صرح بذلك أو نواه.

وقال الشافعي: ان لم ينو بذلك شيئاً كان لاغياً، وان نوى ايمان الحجاج ونطق، فقال: ايمان البيعة لازمة لي بطلاقها وعتاقها انعقدت يمينه، لانه حلف بالطلاق، وان لم ينطق بذلك ونوى الطلاق أو العتق انعقدت يمينه أيضاً، لانها كناية عن الطلاق والعتق.

والمعتمد قول الشيخ.

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ: اذا نذر ذبح 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 يمين ، لانه نذر في معصية ، قال : وهكذا كل نذر في معصية .

والمعتمد قول الشيخ .

# كتاب آداب القضاء

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ: لايجوز أن يتولي القضاء الا من يكون عالماً بجميع ماولي ، ولايجوز أن يشذ منه شيء من ذلك ، ولايجوز أن يقلد غيره ثم يفتي به.

وقال الشافعي: ينبغي أن يكون من أهل الاجتهاد ولايكون عامياً، ويكون عالماً بجميع ماوليه. وقال في القديم مثل قولنا . وقال أبو حنيفة : يجوز أن يكون جاهلا بجميع ماوليه اذا كان ثقة ويستفتي الفقهاء ويحكم به ، ووافقنا في العامي أنه لا يجوز أن يفتي .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢ ـ 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 ـ ٣ ـ قال الشيخ: لايكره 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 كره كما هو ظاهر الدروس[1].

مسألة ـ ٤ ـ 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 لايجوز .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : من شرط القاضي أن يكون عدلا ، ولايجوز أن يكون فاسقاً ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال الاصم : يجوز أن يكون فاسقاً .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم[2].

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ: لايجوز 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 ـ٧ـ قال الشيخ: اذا قضى الحاكم بحكم فأخطاء فيه ، ثم بان له خطائه أو بان له أن حاكماً كان قبله أخطأ في حكم ، وجب نقضه ولايجوز الاقرار عليه بحال .

وقال الشافعي : ان أخطأ فيما لايسوغ فيه الاجتهاد ، بأن خالف نص كتاب أو سنة أو اجماعاً أو دليلا لايحتمل الامعنى واحداً ، وهو القياس الجلي على قول بعضهم ، والقياس الجلي والواضح على قول آخرين ، فانه ينقض حكمه ، وان أخطأ فيما يسوغ فيه الاجتهاد لم ينقض حكمه .

وقال مالك وأبو حنيفة : ان خالف نص كتاب أو سنة لم ينقض حكمه ، وان خالف الاجماع نقض حكمه ، ونـاقض 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 دليلا قطعياً، كالكتاب والسنة المتواترة والاجماع وجب نقضه ، وان خالف دليلا ظنياً لم ينقض ، كما لو حكم بالشفعة مع الكثرة وبالجملة كل حكم تعارضت فيه الاخبار أو أقوال العلماء ، وان كان بعضها أقوى من بعض ، فانه لاينقض .

مسألة ـ ٨ ـ 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 ، فلايقبل منه .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، لان الظاهر من الحكام الاستظهار في الحكم، وقوى في المبسوط مذهب أبي حنيفة .

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ : الترجمة لاتثبت 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 ـ ١٠ ـ 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 شهادتهمافي الاموال والطلاق والنكاح والنسب مثل قولنا ، وان كانت في قصاص أو حد لم يحكم حتى يبحث عن عدالتهما .

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي: لايحكم 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[1].

مسألة ـ ١١ ـ قال الشيخ: الجرح والتعديل لايقبل الامن اثنين يشهدان بذلك وبه قال مالك ومحمد والشافعي . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : يجوز الاقتصار على الواحد لانه اخبار .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : اذا شهد اثنان بالجرح ، وشهد آخران بالتعديل

(١) الاستبصار ٣/١٢ ـ 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 ونفته بينة التعديل ، كما لو شهدت بينة الجرح أنه في الوقت الفلاني في المكان الفلاني شرب خمراً، وشهدت بينة التعديل أنه في ذلك الوقت بعينه كان في مكان غير ذلك المكان ، بحيث لايمكن أن يكون في ذلك المكان الذي شهدا أنه شرب فيه خمراً، فان هنا يجب التوقف ، وهو مذهب العلامة في المختلف[1].

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ: لايقبل الجرح الا مفسراً ، وتقبل التزكية من غير تفسير ، وبه قال الشافعي. وقال أبوحنيفة : 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 الجارح ربما اعتقد ما ليس بجرح جرحاً .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ : شارب النبيذ يفسق عندنا، وبه قال مالك . وقال الشافعي : لايفسق .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٥ ـ 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 ـ ٨٣ .

وبه قال الشافعي .

وقال مالك : ان كان لهما المنظر الحسن ، توسم فيهما العدالة وحكم بشهادتهما .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ: اذا حضر خصمان عند القاضي ، وادعى أحدهما على الاخر مالا ، فأقر له بذلك فسأل المقر له القاضي أن يكتب له بذلك محضراً والقاضي لايعرفهما ، ذكر بعض أصحابنا أنه لايجوز أن يكتب ، لانه يجوز أن يكون استعارا نسباً باطلا وتواطئا على ذلك ، وبه قال ابن جرير الطبري . وقال جميع الفقهاء : انه يكتب ويحليهما بحلاهما التامة ويضبط ذلك .

والذي عندي انه لايمتنع ماقاله الفقهاء، لان الضبط بالحلية تمنع من استعارة النسب لانه لايكاد يتفق ذلك ، والذي قاله بعض أصحابنا أنه لايجوز 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 ـ ١٧ ـ 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 ـ ١٨ ـ قال الشيخ: اذا ادعى المدعي حقاً على غيره ، فأنكر المدعى 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 أبويوسف والشافعي .

وقال ابن أبي ليلى وأبوحنيفة ومحمد: يسمع الشهادة على فعل نفسه ويمضيه. واختاره العلامة في القواعد والشهيد في الدروس[١]، وهو المعتمد، لانه لو شهدا عند غيره وجب القبول فكذا عنده .

مسألة ـ ١٩ ـ 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: لايمضيه 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 لايوجب 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 لايسقط، 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 ماقواه في المبسوط[٣].

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ: لايجوز الحكم بكتاب قاض الى قاض،وخالف

---

(١) الدروس ص ١٧٧ .

(٢) المبسوط ٨/ ١٢١ .

(٣) مختلف الشيعة ٤/ ٨٦ .

جميع الفقهاء في ذلك ، وأجازوه اذا ثبت انه كتابه .

والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، ولافرق عندنا بين أن تقوم على صحته بينة وبين كونه مختوماً ، فانه لايجوز العمل به .

وقال أهل العراق والشافعي: ان قام على صحته بينة عمل به، ولايعمل به مع عدم البينة، وان كان مختوماً. وقال قضاة البصرة الحسن وسوار وعبدالله بن الحسن العنبري : يعمل به اذا كان مختوماً وان لـم تقم به بينة ، وهو أحد الروايتين عن مالك .

مسألة ـ ٢١ ـ قال الشيخ: قال الشافعي اذا كتب قاض الى قاض كتاباً واشهد على نفسه بذلك ، فتغيرت حال الكاتب لايخلو : اما أن يتغير حاله بموت أو عزل، أو بفسق، فان تغيرت بأحد الاولين، فلايقدح 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، ولايسقط ان تغيرت بعد خروجه .

قال الشيخ : وهذا الفرع يسقط عنا ، لسقوط أصله .

مسألة ـ ٢٢ ـ قال الشيخ : من أجاز كتاب قاض الى قاض اختلفوا في كيفيته تحمل الشهادة، فقال أبو حنيفة والشافعي: لايصح الا بعد أن يقرأ الحاكم الكتاب على الشهود ، وشهدهما على نفسه بما فيه ، ولايصح أن يدرجه ويقول اشهدوا علي بما فيه .

وقال أبو يوسف : اذا ختمه بختمه وعنونه ، جاز أن يشهدا بما فيه وان لم يقرأه عليهما . قال الشيخ : وهذا يسقط عنا أيضاً .

مسألة ـ ٢٣ ـ قال الشيخ: الحاكم اذا كتب وأشهد على نفسه بما كتب، فهو

أصل عند الشافعي ، والذي يحمل الشهادة على كتابه فرع له ، فهو كالاصل وان لم يكن أصلا على الحقيقة . وقال أبو حنيفة : الحاكم فرع والشاهد أصل .

قال الشيخ : وهذا غلط، لانه لوكان الحاكم فرعاً لما ثبت الحق بقوله وحده لان الفرع الواحد لايثبت بشهادته شهادة الاصل . قال : وهذا يسقط عنا .

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ: أجرة 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 جعلناها على الرؤوس ربما أفضى الى ذهاب المال ، لان القربة يمكن أن يكون بينهما لاحدهما عشر العشر سهمه من مائة والباقي للاخر ، ويحتاج الى أجرة عشرة دنانير على قسمتها ، فيلزم من له الاقل نصف العشرة، وربما لايساوي سهمه ديناراً وهذا ضرر ، والقسمة وضعت لازالة الضرر ، فلايزال بضرر أعظم منه .

مسألة ـ ٢٥ ـ قال الشيخ: كل قسمة فيها ضرر على الكل، مثل الدور والعقارات والدكاكين الضيقة، لم يجبر الممتنع ، لان هذا لايمكنه الانتفاع بما أفرد له ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال أبو حامد : الضرر يكون بذلك وبنقصان القيمة ، فاذا نقصت القيمة بالقسمة لم يجبر الممتنع على القسمة . وقال مالك : يجبر على ذلك .

وقال في المبسوط: والضرر عند قوم أن لاينتفع بمايفرد له، ولايراعى نقصان قيمته ، وهو قول الاكثر . وهو الاقوى عندي . وقال بعض المتأخرين : الضرر نقصان قيمة سهمه بالقسمة ، فمتى نقص فهو الضرر . وهو قوي أيضاً[1].

---

(١) المبسوط ١٣٥/٨ .

قال العلامة في المختلف: وهذا يدل على تردده[١]. واختار العلامة ونجم الدين أن الضرر يحصل بنقصان القيمة، واطلقا القول في ذلك . وقيده الشهيد بالنقص الفاحش ، ولابأس به جمعاً بين القولين .

مسألة ـ ٢٦ ـ قال الشيخ : اذا استضر بالقسمة البعض دون البعض ، مثل أن كانت الدار بين اثنين لواحد العشر وللاخر بالباقي، فاستضر بها صاحب القليل دون الكثير ، فان كان الطالب غير المستضر لم يجبر المستضر ، وان كان الطالب المستضر أجبر غير المستضر ، لانه لاضرر عليه ، وبه قال أهل العراق .

وقال ابن أبي ليلى : يباع لهما ويعطى كل واحد منهما بقدر حصته من الثمن وقال أبو ثور : لايقسم كالجوهرة ، وهذا مثل ما قلناه .

وقال الشافعي : ان كان الطالب يستضربها هل يجبر الممتنع؟ على وجهين: أحدهما يجبر، والاخر لايجبر وهو المذهب، لانها قسمة يستضربها طالبها ، فأشبه اذا استضر بها الاثنان .

قال العلامة في المختلف : ان فسرنا الضرر ببطلان الانتفاع بالكلية، لايجبر الممتنع عليها ولايجاب الطالب اليها ، وان فسرناه بنقصان القيمة، فالوجه اجبار الممتنع[٢]. واستحسنه الشهيد ، وهو المعتمد .

مسألة ـ٢٧ـ قال الشيخ: متى كان لهما ملك أقرحة، كل قراح مفرد عن صاحبه ولكل واحد طريق منفرد به، فطلب كل واحد منهما قسمة كل قراح على حدته، وقال الاخر : بل بعضها في بعض كالقراح الواحد ، قسمنا كل قراح على حدته ، ولم يقسم بعضها في بعض ، سواء كان الجنس واحداً ، مثل ان كان الكل نخلا أو الكل كرماً أوأجناساً الباب واحد ، وسواء تجاورت الاقرحة أو تفرقت ، وكذلك

(١) مختلف الشيعة ٤/ ٩١ .

(٢) مختلف الشيعة ٤/ ٩٢ .

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 فلايجبر الممتنع عليها ،كما لوكانت متفرقة عند مالك وأجناساً عند أبي يوسف ومحمد ، قال الشيخ : ولايلزم هذا قسمة القرية الكبيرة ، لان الكل عين واحدة .

مسألة ـ٢٨ـ 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 ولامنازع هناك ، قسم أيضاً بينهما عندنا وعند أبي يوسف ومحمد ، سواء كان مما ينقل ويحول أو لم يكن ، وسوآء قالا هو ارث أو غير ارث .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا، وهو أصحهما عنده ، والثاني لايقسم بينهما . وقال أبوحنيفة : ان كان مما ينقل ويحول قسمه بينهما ، وان كان لاينقل فان قالا : هو ميراث لم يقسم ، وان قالا : غير ميراث قسم .

واختار في المبسوط[1] أنه لايقسم 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 ، وهواختيار نجم الدين ، والعلامة وفخر الدين .

مسألة ـ ٢٩ ـ قال الشيخ : لايجوز للحاكم أن يأخذ الاجرة من الخصمين ولامن أحدهما ، سوآء ارتزق من بيت المال أولا .

---

(١) المبسوط ١٤٧/٨ ـ ١٤٨ .

وقال الشافعي : انكان له رزق من بيت المال لايجوز له ذلك ، وان لم يكن له رزق جاز له ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه رشوة ، وهي حرام .

مسألة ـ ٣٠ ـ 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 ماحكاه ابن المنذر ، فقال منهم من قال يقرع بينهما ، وهو الذي اختاره أصحاب الشافعي ، وقالوا : لايضر فيها عن الشافعي ، ومنهم من قال : يقدم الحاكم من شآء 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 ماذهب اليه أصحاب الشافعي كان قوياً .

والمعتمد مارواه أصحابنا أنه يقدم من هو على يمين صاحبه ، جزم به نجم الدين والعلامة والشهيد .

مسألة ـ ٣١ ـ 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 ـ ٣٢ ـ قال الشيخ : اذا ادعى رجل على رجل شيئاً ، وكان المدعى عليه غائباً في ولاية الحاكم في موضع ليس فيه خليفة ولافيه من يصلح للحكم ، فانه يحضره اذا تحررت دعوى خصمه ، قريباً كان أو بعيداً .

وقال أبو يوسف : انكان في مسافة منها الى وطنه ليلة أحضره ، والا لم

يحضره . وقال قوم: انكان على مسافة يوم وليلة أحضره ، والا لم يحضره . وقال قوم : انكان غائباً على مسافة لايقصر فيها الصلاة أحضره ، والا لم يحضره .

والمعتمد قول الشيخ، لان الحاكم منصوب لاستيفاء الحقوق وحفظها ، فاذا قلنا لايحضره ضاعت الحقوق .

مسألة ـ ٣٣ ـ قال الشيخ : اذا ادعى حقاً على كامل العقل حاضر غير غائب حي غير ميت ، وأقام بذلك شاهدين عدلين ، حكم له به ولايجب عليه اليمين ، وبه قال أبوحنيفة ومالك والشافعي .

وقال ابن أبي ليلى : يحلف مع بينة حتى يحكم له ، كالصبي والمجنون والميت والغائب .

والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٣٤ ـ قال الشيخ: اذا ادعى على غيره حقاً فأنكر المدعى عليه ، فقال المدعي: لي بينة لم يجب له ملازمة المدعى عليه، ولامطالبته بكفيل الى أن يحضر البينة ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : له ملازمته والمطالبة بكفيل .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٥ ـ قال الشيخ : اذا ادعى على رجل شيئاً ، فسكت المدعى عليه أو قال: لاأقرولا أنكر، فان الامام يحبسه حتى يجيبه باقرار أوانكار ولا يجعله ناكلا وبه قال أبوحنيفة .

وقال الشافعي : يقول له الحاكم ثلاثاً اما أجبت ، والا جعلتك ناكلا ورددت اليمين على خصمك . واختاره الشيخ في المبسوط ، وبه قال ابن ادريس .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، لان الواجب عليه هو الجواب ، وهو اختيار المفيد ، ونجم الدين ، والعلامة ، وفخر الدين .

مسألة ـ ٣٦ ـ قال الشيخ: القضاء على الغائب بالجملة جائز، وبه قال الشافعي

ومالك والاوزاعي وأحمد . وقال الثوري وأبوحنيفة وأصحابه : لايجوز القضاء على الغائب حتى يتعلق الحكم 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 أبوحنيفة : لوادعى على عشرة واحد حاضر وتسعة غيب وأقام البينة قضى على الحاضر وعلى غيره من الغائبين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٣٧ ـ قال الشيخ : شاهد الزور يعزر ويشهر بلا خلاف ، وكيفية الاشهار أن ينادى عليه فى قبيلته أومسجده أوسوقه أو ماشابه ذلك ، بأن هذا شاهد زور فاعرفوه ، ولايحلق رأسه ولايركب ولايطوف به ، ولاينادى هو على نفسه ، وبه قال الشافعي .

وقال شريح : يركب وينادى هوعلى نفسه هذا جزآء من شهد بالزور ، ومن الناس من قال : يحلق نصف رأسه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٨ ـ قال الشيخ : اذا تراضيا نفسان برجل من الرعية يحكم بينهما كان جائزاً بلا خلاف ، فاذا حكم بينهما نفذ الحكم ، وليس لهما بعد ذلك خيار .

وللشافعي قولان : أحدهما يلزم بنفس الحكم كما قلنا ، والثاني يقف بعد حكمه على تراضيهما ، فاذا تراضيا بعد الحكم لزم ، واختاره الشيخ في المبسوط .

والمعتمد اختياره هنا ، وهو اختيار نجم الدين ، والعلامة ، والشهيد .

مسألة ـ ٣٩ ـ قال الشيخ : للحاكم أن يحكم بعلمه في جميع الاحكام من الاموال والحدود والقصاص وغير ذلك ، وسواء كان من حقوق الله أو حقوق الادميين ، فالحكم فيه سواء . ولافرق بين أن يعلم ذلك بعدالتولية 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 أبويوسف واختاره المزنى . والقول الثاني لايقضى بعلمه بحال ، وبـه قال مالك وأحمد . وأما حقوق الله ،فانها تبنى على القولين، فاذا قال : لايقضى بعلمه في حقوق الادميين فبان لايقضى بعلمه فى حقوق الله أولى . واذا قال: يقضى بعلمه في حقوق الادميين ففي حقوق الله على قولين . ولافرق عنده بين أن يعلم ذلك قبل ولايته أوبعدها ، ولافرق بين أن يعلمه في موضع ولايته أو في غيرها .

وقال أبوحنيفة ومحمد : ان علم ذلك بعد التولية في موضع ولايته حكم ، وان علم قبل التولية أوبعد التولية في غير موضع ولايته لايحكم به ، هذا في حقوق الادميين . فأما حقوق الله ، فلا يقضى عندهم بعلمه بحال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل بـاجماع الفرقة وأخبارهم ، وهو المشهور عند أصحابنا . وقال ابن حمزة وابن ادريس : أما الامام فانه يقضي بعلمه مطلقاً ، وغيره يقضي بعلمه في حقوق الادميين دون حقوق الله ، لانها مبنية على التخفيف .

مسألة ـ ٤٠ ـ قال الشيخ : اذا قال الحاكم لحاكم آخر : قد حكمت بكذا أو أمضيت كذا ، أو أنفذت كذا ، لايقبل منه الا أن تقوم بينة يشهد على حكمه ولا يحكم بقوله ، وبه قال محمد بن الحسن ومالك .

وقال أبوحنيفة وأبو يوسف والشافعي : يقبل قوله فيما قال أو أخبر به ، وهو اختيار العلامة في القواعد والشهيد في الدروس، وهوالمعتمد ، لانه لماكان حكمه ماضياً ، كان اخباره به مقبولا .

مسألة ـ ٤١ ـ قال الشيخ : يصح أن يحكم الحاكم لوالديه وان علوا، ولاولاده وان سفلوا ، وبه قال أبو ثور . وقال باقي الفقهاء : لايصح حكمه لهم ، كما لاتصح شهادته لهم. والمعتمد قول الشيخ لانه يجوز عندنا شهادة الوالد لولده والولد لابيه.

# كتاب الشهادات

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : الشهادة ليست شرطاً في انعقاد شيء من العقود أصلا ، وبه قال جميع الفقهاء الا في النكاح ، فان أباحنيفة والشافعي قالا : شرط انعقاده الشهادة . وقال داود وسعيد بن المسيب : الشهادة على البيع واجبة .

والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ : حقوق الله تعالى كلها لاتثبت 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 : لايثبت شيء منها بشهادة النساء .

والمعتمد أنه يثبت الرجم بشهادة ثلاث رجال وامرأتين، والجلد برجلين وأربع نساء ، ولايثبت شيء بشهادة رجل وست نساء ، هذا هو المشهور عند أصحابنا .

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ : يثبت الاقرار بالزنا بشهادة رجلين .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لايثبت الا بأربعة شهود كالزنا وهذا هو المعتمد .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ : لايثبت النكاح والخلع 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 الا بشهادة 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 الثورى 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 ـ ٥ ـ 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 ـ ٦ ـ قال الشيخ : اذا ادعى رجل على رجل حقاً ، فأنكر فأقام المدعي 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 باطلا في الباطن ، سواء كان في عقد ، أو رفع عقد ، أو فسخ عقد أو كان مالا ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد والشافعي .

---

(١) المبسوط ٨/ ١٨٩ .

(٢) قواعد الاحكام ٢/ ٢٣٨ .

(٣) شرائع الاسلام ٤/ ١٣٦ .

وقال ابو حنيفة : ان حكم بعقد أو رفعه أو فسخه ، وقع حكمه صحيحاً في الظاهر والباطن معاً وأصحابه يعبرون عن هذا كل عقد صح أن يبتدياه أويفسخاه صح حكم الحاكم فيه ظاهراً وباطناً، فمن ذلك اذا ادعى أن هذه زوجتي،فأنكرت فأقام شاهدين شهدا له عند الحاكم بذلك ، حكم له وحلت في الباطن ، فان كان لها زوج بانت منه وحرمت عليه وحلت للمحكوم له بها .

وأمارفع العقد والطلاق ، فاذاادعت أن زوجها طلقها ثلاثاً وأقامت به شاهدين فحكم بذلك بانت منه ظاهراً وباطناً ، وحل لكل واحدمن الشاهدين أن يتزوجها، وان كانا يعلمان أنهما شهدا بالزور .

وأما الفسخ فكالا قالة، وقالوا في النسب: لوادعى رجل أن هذه بنته ،فشهد بذلك شاهدا زور فحكم الحاكم به، ثبت النسب ظاهراً وباطناً، وصار محرماً لها ويتوارثان ووافقنا في الاموال أنه اذا قضى له الحاكم بملك غيره أنه لايباح له في الباطن.

والمعتمد قول الشيخ وأبوحنيفة قد احل ماحرمه الله في كتابه، وحرم ماحلله الله ، فجزآؤه على الله ، قال الله تعالى « فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره»[1] وأبو حنيفة حللها من غير أن تنكح زوجاً غيره، بل بالدعوى الباطلة وشهادة الزور .

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ : تقبل شهادة النسآء على الانفراد في الولادة ، والاستهلال ، والعيوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبرص بلاخلاف ، ولاتقبل شهادتهن في الرضاع أصلا .

وقال الشافعي: تقبل شهادتهن في الرضاع أيضاً . وقال أبو حنيفة : لاتقبل شهادتهن في الرضاع والاستهلال منفردات ، وتقبل منضمات .

---

(١) سورة البقرة : ٢٣٠ .

والمعتمد قبول شهادتهن منفردات بالرضاع كما قال الشافعي ، وهو قول المفيد وسلار وابن حمزة وابن أبي عقيل ، واختاره نجم الدين والعلامة وفخر الدين والشهيد ، لانه من الامور الخفية عن الرجال .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ : كل موضع تقبل فيه شهادة النساء على الانفراد لايثبت الحكم الابشهادة أربع منهن، فان كان شهادتهن في الاستهلال أوفي 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 : لايثبت الحكم الابأربع ، ولايثبت بدون الاربع شيء على حال. وقال عثمان البتى يثبت بثلاث نسوة . وقال مالك والثوري: يثبت بأثنين. وقال الحسن البصري واحمد : يثبت الرضاع بالمرضعة وحدها. وقال ابوحنيفة : يثبت الولادة بامرأة واحدة القابلة أوغيرها ، هذا في الزوجات . أما المطلقات ، فلا يثبت ولادتهن بالواحدة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم [1].

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ :القاذف اذا تاب قبلت توبته وزال فسقه بلاخلاف، وتقبل عندنا شهادته فيما بعد ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : لاتقبل شهادته أبداً ، والكلام مع أبي حنيفة في فصلين عندنا ، وعند الشافعي يرد شهادته بمجرد القذف ، وعنده لايرد حتى يجلد فاذا جلد ردت بالجلدلابالقذف ، والثاني تقبل شهادته عندنااذا تاب ، ولاتقبل عنده ولو تاب ألف توبة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٠ ـ 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، الاأنهم اختلفوا فقال أبو اسحاق وهو الصحيح عندهم : هو أن يقول القذف باطل ولاأعود 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 ـ ١١ ـ قال الشيخ : اذا أكذب نفسه وتاب ، لاتقبل شهادته حتى يعرف منه العمل الصالح ، وهو أحد قولي الشافعي الا أنه اعتبر ذلك سنة ولانعتبره نحن

---

(١) المبسوط ٨/ ١٧٩ .

(٢) النهاية ص ٣٢٦ .

(٣) المختصر النافع ص ٢٨٦ .

(٤) شرائع الاسلام ٤/ ١٢٧ ـ ١٢٨ .

(٥) قواعد الاحكام ٢/ ٢٣٦ .

(٦) مختلف الشيعة ٤/ ١٣٩ .

لانه لادليل عليه ، والقول الاخر يكفي مجرد الاكذاب .

والمعتمد أن الاصلاح الاستمرار على التوبة . قال نجم الدين : لان بقاءه على التوبة اصلاح ولوساعة، وهو اختيار العلامة، لاصالة البراءة من الزيادة على ذلك .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : من كان في يده شيء يتصرف فيه بجميع أنواع التصرف بلادافع ولامانع ، جاز أن يشهدله بالملك ، طالت المدة أو قصرت، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : يجوز أن يشهد له باليد قولا واحداً ، فأما الملك فينظر فيه ، فان طالت مدته فعلى وجهين ، قال الاصطخري: يجوزأن يشهد له بالملك، وقال غيره : لايجوز. وانقصرت المدة مثل الشهر والشهرين ، فانه لايجوز قولاواحداً.

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ: يجوز الشهادةعلى الوقف والولاء والعتق والنكاح بالاستفاضة ، كالملك المطلق والنسب .

وللشافعي قولان: أحدهما مثل قولنا ، وبه قال الاصطخري ، والاخر لايثبت شيء من هذه بالاستفاضة ولايشهد عليها بذلك .

والمشهورعند محققي أصحابناأنه يثبت بالاستفاضة عشرة: النسب ، والملك المطلق، والوقف ، والنكاح ، والعتق ، والرق، والموت ، والولاية من قبل الامام فلونصب قاضياً ثبتت ولايته بالاستفاضة ، والولاء ، والعدالة ، وهو المعتمد .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ: مايفتقر في العلم الى المشاهدة، لاتقبل فيه شهادة الاعمى بلاخلاف ، وذلك مثل القتل والقطع والرضاع والولادة والزنا واللواط وشرب الخمر . ومايفتقر الى سماع ومشاهدة من العقود كلها ، كالبيوع 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 الاعمى على العقود.

واعلم ان كلام الشيخ هنا يعطي عدم قبول شهادة الاعمى 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 الاعمى فتقبل شهادته في العقد قطعاً، لتحقق الالة 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: لايقبل لان الاصوات تتماثل والوجه أنها تقبل ، لان الاحتمال يندفع باليقين ، لانا نتكلم على تقديره[1] . هذا آخر كلامه(ره)وهو المعتمد .

مسألة ـ١٥ـ قال الشيخ: يكون الاعمى شاهداً في الجملة بالاداء دون التحمل وفي التحمل والاداء فيما لايحتاج الى المشاهدة ، مثل النسب والموت والملك المطلق ، وبه قال أبو يوسف ومالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة ومحمد: لايصح منه التحمل ولا الاداء، فجعلا العمى كالجنون وقالا أشد من هذا قالا: 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 ٤/١٣٥ .

والموت والملك المطلق، والثالث اذا عميا بعد الاقامة وقبل الحكم، فعندهما لايقبل في شيء من هذا .

والمعتمد القبول ، واستدل الشيخ عليه باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ: يصح من الاخرس تحمل الشهادة بلاخلاف، وعندنا يصح منه الاداء ، وبه قال مالك وأبو العباس . وقال أبو حنيفة وباقي أصحاب الشافعي : لايصح .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٧ ـ قال الشيخ : العبد اذا كان مسلماً عدلا ، قبلت شهادته على كل أحد من الاحرار والعبيد الا على مولاه. وقال عثمان البتي تقبل مطلقا 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 أبوحنيفة وأصحابه والشافعي والثوري: لاتقبل مطلقا لا على العبيد ولا على الاحرار، ولافي القليل ولافي الكثير.

والمشهور عند أصحابنا قول الشيخ ، وهو اختيار السيد المرتضى والمفيد وابن ادريس والعلامة في القواعد والمختلف ، وهو المعتمد .

مسألة ـ ١٨ ـ 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 لاتقبل 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 ـ ١٩ ـ قال الشيخ : شهادة أهل الذمة لاتقبل على المسلمين ، بلا خلاف بين أصحابنا، الاأنه أجازوا شهادتهم في الوصية خاصة اذا لم يحضره مسلم،

وخالف جميع الفقهآء في ذلك ، وقالوا : لاتقبل بحال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ: قال قوم لاتقبل شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض، سواء اتفقت ملتهم كاليهود على اليهود والنصارى على النصارى ، أواختلفت كاليهود على النصارى والنصارى على اليهود ، وبه قال مالك والشافعي وأحمد.

وقال آخرون : تقبل سوآء 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 اليه أصحابنا ورووه .

والمعتمد الاول ، وهو عدم القبول مطلقا ، لان الكافر فاسق ، والفاسق لاتقبل شهادته .

مسألة ـ ٢١ ـ قال الشيخ : يقضى بالشاهد الواحد مع يمين المدعي في الاموال ، وبه قال جماعة منهم مالك والشافعي وأحمد. وقال جماعة منهم أبوحنيفة وأصحابه : لايقضى بالشاهد الواحد مع يمين المدعي في شيء .

والمعتمد الاول ، واستدل عليه باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢٢ ـ قال الشيخ : اذا كان مع المدعي شاهد واحد واختار يمين المدعى عليه كان له ، فان حلف المدعى 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 لاشاهد له، وصارت اليمين على المدعى عليه ونحن لانحكم عليه بمجرد نكوله ، بل يرد اليمين على المدعي .

مسألة ـ ٢٣ ـ قال الشيخ :لايثبت الوقف بشهادة واحد مع يمين المدعي.

وللشافعي قولان : مبنيان على انتقال الوقف ، فاذا قال: ينتقل الى الموقوف عليه، فهويثبت بالشاهد واليمين. وقال أبو العباس: يثبت بشاهد ويمين قولا واحداً.

والمعتمد تفصيل الشافعي ، وهو اختيار العلامة في القواعد ، ونجم الدين في الشرائع [1] .

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ : اذا كان معه شاهدان ، فأعرض عنهما وأراد حلف المدعى عليه ، فنكل المدعى عليه ، ردت اليمين على المدعي ، فان حلف أخذ ، وان لم يحلف لم يأخذ شيئاً .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني لايرد اليمين على المدعى ، بل يحبس المدعى عليه حتى يحلف أويعترف .

والمعتمد أن اليمين يرد على المدعي، فان حلف أوأقام البينة أخذ ، والافلا.

مسألة ـ ٢٥ ـ 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 وهوالاصح مثل قولنا ، والثاني للغريم أن يحلف لانه اذا ثبت صار له.

والمعتمد قول الشيخ ، لانه يثبت أولا للميت يرثه ورثته عنه، وان تعلق حق الغريم بها تعلق الدين بالرهن .

مسألة ـ ٢٦ ـ قال الشيخ : اذامات وعليه دين، فان كان الدين يحيط بالتركة لم ينتقل التركة الى وارثه، وكانت وقفاً 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 لاينتقل الى الورثة كما قلنا ، وان لم

(١) شرائع الاسلام ٤/١٣٤ .

يكن محيطاً انتقل الجميع اليهم. وقال الشافعي وأصحابه الا الاصطخري : ان التركة ينتقل كلها اليهم ، سواء أحاط الدين بالتركة ، أولم يحط ويتعلق الدين بها ، ولهم أن يقضوا الدين منها ومن غيرها . وهذا هو المعتمد .

مسألة ـ ٢٧ ـ 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 لايحكم له به، ويبقى في يد من هو في يده على ماكان .

وللشافعي فيه قولان : أحدهما وهوالاصح 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 ، فلوملك هذا الولد بأحد وجوه التملكات لحق نسبه به لاعترافه بذلك ، وعتقت أمه من نصيبه بعد موت السيد .

مسألة ـ ٢٨ ـ قال الشيخ : اذا كان في يد رجل عبد ، فادعى آخر أن هـذا العبد كان عبدي وأنا أعتقته وأقام شاهداً واحداً ، لم يقبل بذلك .

وقال الشافعي : أقضي له به ، واحكم بالعتق . واختلف أصحابه فمنهم من قال: يحكم له به قولاواحداً، ومنهم من قال: هذه على قولين كالمسألة التي قبلها.

والمعتمد قول الشيخ هنا ، وله قول آخر مثل قول الشافعي.

مسألة ـ ٢٩ ـ قال الشيخ:الايمان يغلظ عندنا بالمكان والزمان وهومشروع، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : لايغلظ بمكان بحال وهو بدعة.

والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم.

مسألة ـ ٣٠ ـ 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 ، وبـه قال الشافعي . وقال مالك : لاتغليظ بأقل مما يجب فيه الزكاة اذا كان في المال ، وان كان في غير المال يغلظ على كل حال . وقال ابن جرير : يغلظ بالقليل والكثير .

مسألة ـ ٣١ ـ قال الشيخ : الحالف اذا حلف على فعل نفسه حلف على القطع، نفياً كان أو اثباتاً. وان كان على فعل غيره، فان كان على الاثبات كانت على القطع ، وان كان على النفي كانت على العلم ، وبـه قال الشافعي . وقال النخعي والشعبي : كلها على العلم . وقال ابن أبي ليلى : كلها على البت .

والمعتمد قول الشيخ.

مسألة ـ ٣٢ ـ قال الشيخ : اذا شهد عنده شاهدان ظاهرهما العدالة ، ثـم تبين أنهما كانا فاسقين قبل الحكم نقض حكمه . وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر لاينقضه ، وبه قال أبو حنيفة . والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٣ ـ قال الشيخ : اذا حكم بشهادة نفسين في قتل وقتل المشهود عليه، ثم تبين أن الشهود كانوا فساقاً قبل الحكم بالقتل دفع الحاكم دية المشهود عليه من بيت المال ، لان خطأ الحكام في بيت المال .

وقال أبو حنيفة : الدية على المزكين . وقال الشافعي : الدية على الحاكم وأين تجب ؟ على قولين : أحدهما على عاقلته ، والاخر في بيت المال .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٤ ـ 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 أخرجته القرعة أقل من الثلث عتق تتمة الثلث من الاخر ، وهو اختيار العلامة ونجم الدين .

مسألة ـ ٣٥ ـ قال الشيخ : اذا ادعى رجل على رجل حقاً ولابينة له ، فعرض اليمين على المدعى عليه فلم يحلف ردت اليمين على المدعى ، فان حلف حكم له ولايجوز الحكم على المدعى عليه بنكوله ، وبه قال مالك والشافعي .

وقال أبو حنيفة وأصحابه: لاترد اليمين على المدعي بحال، فان كان التداعي في مال كرر الحاكم على المدعى عليه ثلثا ، فان حلف والاقضى عليه بنكوله .

وان كان في قصاص قال أبو حنيفة : يحبس المدعى عليه أبداً حتى يحلف أويعترف. وقال أبويوسف ومحمد: يعرض اليمين عليه ثلاثاً، فان حلف والاقضى عليه بالدية ، وان كان الدعوى في نكاح أو طلاق ، فان اليمين لايثبت في جانب المدعى عليه، ولايتصورفي هذه نكول. قال الشيخ: ونحن نفرد هذا 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 ـ ٣٦ ـ 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 ـ ٣٧ ـ 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 الفرقة 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 الفقهآء فرعوا على هذه المسألة مالو قال المدعي : ليس لي بينة وكل بينة لي فهي كاذبة، فاذا حلف المدعى عليه ثم أقام المدعي البينة، قال محمد لايحكم له ، لانه جرح بينته . وقال أبو يوسف والشافعي : يحكم له ، لانه يجوز أن يكون نسي بينته .

قال الشيخ : وهذا الفرع يسقط عنا ، لان أصل المسألة باطل .

مسألة ـ ٣٨ ـ قال الشيخ: اذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً ، أوالمرأة على زوجها طلاقاً ، أو العبد على سيده عتقاً ، ولابينة مع المدعى ، ألزم المدعى عليه اليمين ، فان حلف والاردت اليمين على المدعي ، فان حلف حكم له ، وبه قال الشافعي .

وقال ابو حنيفة: لايلزم اليمين بهذه الدعاوي بحال. وقال مالك : ان كان مع المدعي شاهد واحد الزم المدعى عليه اليمين ، وان لم يكن معه شاهد لم يلزم المدعى عليه اليمين .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٣٩ ـ قال الشيخ : اذا كان بين رجلين عداوة ظاهرة ، مثل أن يقذف أحدهما صاحبه ، أو قذف الرجل امرأة ، فانه لاتقبل شهادة أحدهما على الاخر وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : تقبل ولاتأثير للعداوة في رد الشهادة بحال .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤٠ ـ قال الشيخ : تقبل شهادة الوالد لولده والولد لوالده ، وتقبل شهادة الوالد على ولده ، 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 ـ ٤١ ـ 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[1]، واختاره ابن فهد في المقتصر ، لقوله تعالى « ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين »[2] وقال الشيخان وابنا بابوية 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 »[3] وليس من المعروف الشهادة عليه واظهار كذبه، فيكون ارتكاب ذلك معصية، ولانه نوع عقوق. وأجاب عن الاية بأن الامر بالاقامة لايستلزم وجوب قبولها .

قلت: في هذا الاستدلال نظر، لان الشهادة بالحق غير منافية للمعروف ، بل

---

(١) الدروس ص١٩٢ .

(٢) سورة النساء : ١٣٥ .

(٣) سورة لقمان : ١٥ .

ذلك هو المعروف خصوصاً مع عدم ثبوت الحق بغير شهادته .

وفي جوابه عن الاية نظر، لان ظاهر كلامه يدل على أنه يجب على الولد أن يقيم الشهادة عند الحاكم ، ويجب على الحاكم ردها ، بدليل قوله « ان الامر بالاقامة لايستلزم وجوب القبول » فأوجب الاقامة لحصول الامر بها، وأوجب على الحاكم ردها ، وذلك يستلزم العبث لخلوه عن الفائدة ، ولان لفظ الشهادة على الوالدين في الاية 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 الاية مشكل .

مسألة ـ ٤٢ ـ قال الشيخ : اذا أعتق رجل عبداً ، ثم شهد المعتق لمولاه قبلت شهادته ، وبه قال جميع الفقهاء ، وحكى عن شريح أنه قال : لاتقبل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٤٣ ـ قال الشيخ : تقبل شهادة الاخ لاخيه ، وبه قال جميع الفقهاء وقال الاوزاعي : لاتقبل .

وقال مالك : ان شهدله في غير النسب قبلت ، وان شهدله بالنسب ، فان كانا أخوين من ام ، فادعى أحدهما أخاً من أب وشهدله آخر لم تقبل ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ٤٤ ـ قال الشيخ : تقبل شهادة الصديق لصديقه ، وان كان بينهما مهاداة وملاطفة ، وبه قال جميع الفقهاء الا مالكاً ، فانه قال : ان كان بينهما مهاداة وملاطفة لاتقبل والا قبلت .

والمعتمد قول الشيخ ، لان العدالة تمنع التسامح .

مسألة ـ ٤٥ ـ قال الشيخ : تقبل شهادة احد الزوجين للاخر، وبه قال الشافعي

وقال أهل العراق : لا تقبل . وقال النخعي وابن أبـي ليلى : تقبل شهادة الزوج لزوجته ، ولا تقبل شهادة الزوجة لزوجها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤٦ ـ قال الشيخ : لايجوز قبول شهادة من لايعتقد امامة الاثنى عشر ولاتهم ولا تقبل الا شهادة من كان عدلا يعتقد العدل والتوحيد ونفي القبيح عن الله تعالى ونفي التشبيه ، ومن خالف في شيء من ذلك كان فاسقاً لاتقبل شهادته .

وقال الشافعي : أهل الاداء على ثلاثـة أضرب ، منهم من نخطيه ولا نفسقه كالمخالف في الفروع ولاترد شهادته اذا كان عدلا ، ومنهم من نفسقه ولا نكفره كالخوارج والروافض ، ومنهم من نكفره وهم القدرية الذين قالوا بخلق القران ونفي الرؤية وأضاف المشية الى نفسه ، وقالوا : انا نفعل الخير والشر معاً ، فهولاء كفار لاتقبل 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 والسرقة وشرب الخمر وأما من تدين به وأعتقده مذهباً وديناً يدين الله به لم أرد شهادته .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، قال : ولقد دلت الادلة القاطعة على صحة هذه الاصول التي أشرنا اليها ، والمخالف فيها كافر ، واذا كان كافراً لاتقبل شهادته . وفي كلامه (ره) دليل على أن اعتقاده تكفير من لايقول بامامة الاثنى عشر ، لان ذلك من جملة الاصول التي ذكرها ، بل هي أول الاصول .

مسألة ـ ٤٧ ـ 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 وقالا جميعاً : ترد شهادته .

وقال الشافعي : هو مكروه ولايرد شهادته الا اذا كان فيه قماراً وترك الصلاة

حتى فات وقتها متعمداً ، 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 ـ ٤٨ ـ قال الشيخ : من شرب نبيذاً حتى يسكر، لم تقبل شهادته وكان فاسقاً بلا خلاف، وان شرب قليلا لايسكر مثله، فعندنا لاتقبل شهادته ويحد ويحكم بفسقه ، وبه قال مالك .

وقال الشافعي : أحده ولا أفسقه ، ولا أرد شهادته اذا شرب مطبوخاً ، وان شرب نقيعاً فهو حرام ، لكنه لايفسق بشربه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، ولان حكم النبيذ حكم الخمر .

مسألة ـ ٤٩ ـ قال الشيخ : اللاعب بالنرد يفسق وترد شهادته ، وبه قال أبو حنيفة ومالك .

وقال الشافعي: أنه مكروه وليس بمحظور، ولايفسق فاعله ، وهو أشد كراهية من الشطرنج . وقال قوم من أصحابه : هو حرام وترد به الشهادة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٥٠ ـ 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 لابي حنيفة عن شهادة المغني والمغنية والنايح والنايحة قال : لاأقبل شهادتهم . وقال سعيد بن ابراهيم الزهري : هو مباح ، وبه قال عبدالله 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 ـ ٥١ ـ قال الشيخ : الغناء حرام ، سواء كان صوت المغني أو بالقصب أو بالاوتار ، مثل العيدان والطنابير والنايات والمعازف وغير ذلك . أما الضرب بالدف في الختان والاعراس ، فانه مكروه .

وقال الشافعي: صوت المغني والقصب فانه مكروه ليس بمحظور ، وصوت الاوتار محرم كله ، والضرب بالدف في الاعراس والختان مباح .

والمعتمد قول الشيخ واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٥٢ ـ قال الشيخ : انشاد الشعر مكروه . قال الشافعي : اذا لم يكن كذباً ولا هجواً ولا تشبيباً بالنساء كان مباحاً .

وهذا هو المعتمد ، وانما يكره في رمضان والجمعة وفي المساجد ، ولا يكره مدح آل محمد في مكان ولا زمان ، وكذا هجو عدوهم .

مسألة ـ ٥٣ ـ قال الشيخ : شهادة ولد الزنا لا تقبل وان كان عدلا ، وبه قال جميع الفقهاء الا مالكاً ، فانه قال : لاترد بالزنا .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٥٤ ـ قال الشيخ : من أقيم عليه حد في معصية من قذف أو شرب خمر أو زنا أو لواط ، ثم تاب وصار عدلا 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 ـ ٥٥ ـ قال الشيخ : البدوي والبلدي والقروي تقبل شهادة بعضهم على بعض ، وبه قال أهل العراق والشافعي . وقال مالك : لا أقبل شهادة البدوي على الحضري الافي الجراح .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٥٦ ـ قال الشيخ : اذا شهد صبي أوعبد أوكافر 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 : أرد الكل . وقال أهل العراق والشافعي : يقبل الكل الا الفاسق اذا تاب ، فانه اذا أعاد شهادته المردودة فانها لاتقبل .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٥٧ ـ قال الشيخ : شهادة المختبي مقبولة ، وهو اذا كان على رجل دين يعترف به سراً ويحجده جهراً ، فخبى له صاحب الدين شاهدين يريانه ولا يراهما ثم خاباه الحديث فاعترف به فسمعاه وشاهداه صحت الشهادة ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال شريح والنخعي والشعبي : انها غير مقبولة . وقال مالك : ان كان المشهود عليه جلداً قبلت وان كان مغفلا يخدع مثله لم أقبلها عليه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٥٨ ـ قال الشيخ : اذا مات وخلف تركة وابنين ، فادعى أجنبي ديناً على الميت ، فان صدقاه استوفى من حقهما ، وان اعترف أحدهما فان كان عدلا 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 حصة المقر ، وبه قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة : يأخذ من نصف المقر جميع الدين . وقال أبو عبيد بن خربوذ وأبو جعفر الاسترابادي من أصحاب الشافعي : فيها قول آخر كقول أبي حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ٥٩ـ قال الشيخ: يثبت القضاء بالشهادة على الشهادة، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لايثبت .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٦٠ـ قال الشيخ: حقوق الله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر وماأشبهه لايثبت بالشهادة على الشهادة .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني أنها يثبت ، وبه قال مالك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٦١ ـ قال الشيخ : الظاهر من المذهب أنه لاتقبل شهادة الفرع مع التمكن من حضور شاهد الاصل ، وانما يجوز ذلك مع تعذره اما بـالموت ، أو المرض المانع من الحضور أو الغيبة .

وبه قال الفقهاء ، الا أنهم اختلفوا في حد الغيبة ، فقال أبو حنيفة : مايقصر فيه الصلاة وهو ثلاثة أيام . وقال أبو يوسف : هو ما لايمكنه ان يحضر ويقيم 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[1].

مسألة ـ ٦٢ ـ قال الشيخ : لاتقبل شهادة النساء على الشهادة الا في الديون والاملاك والعقود . أما الحدود ، فلايجوز أن تقبل بها شهادة على شهادة. وقال قوم : لايجوز ان تقبل شهادة النساء على الشهادة بحال ، وبه قال الشافعي .

---

(١) قواعد الاحكام ٢/٢٤٢ .

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 ادريس عدم قبول شهادة النساء على الشهادة مطلقا، كماهو مذهب الشافعي واختاره نجم الدين في الشرائع[٢]، والعلامة في القواعد والتحرير وفخرالدين ، وهو المعتمد .

مسألة ـ ٦٣ ـ 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 لايعرف عدالة الاصل ، وقد يعدلان من هو عندهما عدل وان لم يكن عدلا .

مسألة ـ ٦٤ ـ 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 الالريبة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٦٥ ـ قال الشيخ : مايثبت بشهادة اثنين في الاصل اذا شهدشاهدان على شهادة أحدهماوشاهدان على شهادة الاخر، ثبت بلاخلاف شهادة الاصل، وان شهد شاهدعلى شهادةأحدهما وشاهدآخر على شهادةالاخر ، لم يثبت بهذه الشهادة ماشهدا به ، وبه قال أبوحنيفة 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 ـ٦٦ـ 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 لايثبت حتى يشهد آخران على شهادة الاخر، واختاره المزني من أصحابه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٦٧ ـ قال الشيخ : تثبت بالشهادة على الشهادة شهادة الاصل، ولا يقوم الفرع مقام الاصل في اثبات الحق ، بل الحق يثبت بالاصل لابالفرع .

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 ، فلايثبت به الحق.

مسألة ـ٦٨ـ 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 البينتان .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه لاتعارض هنا ، لعدم التكاذب صريحاً .

مسألة ـ ٦٩ ـ قال الشيخ : اذا شهد عدلان عند الحاكم بحق ، ثم فسقا قبل الحكم حكم بشهادتهما ، وبه قال أبو ثور والمزني. وقال باقي الفقهاء : لايحكم.

والمعتمد مذهب الشيخ، وهو اختيار العلامة في القواعد[1] والتحرير[2]، لان

(١) قواعد الاحكام ٢/٢٤٣ .

(٢) تحرير الاحكام ٢/٢١٣ .

الاعتبار بالعدالة حين الشهادة لاحين الحكم، وهو مذهب ابن ادريس أيضاً، واختار العلامة في المختلف[1] عدم الحكم واختاره الشهيد .

وفصل نجم الدين فقال : يحكم في حقوق الادميين ، ولايحكم في حق الله كحد الزنا ، لانه مبني على التخفيف قال : وفي الحكم بحد القذف والقصاص تردد أشبهه الحكم لتعلق حق الادمي به .

مسألة ـ ٧٠ ـ قال الشيخ : اذا شهدا بحق وعرف عدالتهما ، ثم رجعا عن الشهادة قبل الحكم بها لم يحكم ، وبه قال الجماعة الا أبا ثور فانه قال : يحكم بالشهادة .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٧١ ـ قال الشيخ : اذا شهد الشاهدان بحق وعرف عدالتهما 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 ـ ٧٢ ـ 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 : لاقود .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٧٣ ـ قال الشيخ: اذا شهد شاهدان على طلاق امرأة بعد الدخول بها وحكم الحاكم بذلك ، ثم رجعا عن الشهادة لم يلزمهما مهر مثلها ولاشيء 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 ـ ٧٤ ـ قال الشيخ: اذا شهدا بالطلاق قبل الدخول بها، ففرق الحاكم بينهما ثم رجعا غرما 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 ماغرم الزوج، وهو لم يغرم غير النصف ويتخرج على القول بضمان منفعة البضع ضمان الجميع كما قاله الشافعي.

مسألة ـ ٧٥ ـ قال الشيخ: اذا شهدا بدين أو بعتق وحكم بذلك عليه ثم رجعا ضمنا، واختلف أصحاب الشافعي في هذا على طريقين: منهم من قال: لا غرم عليهما قولا 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 ـ ٧٦ ـ قال الشيخ: اذا شهد رجل وعشرة نسوة بمال على رجل وحكم

---

(١) شرائع الاسلام ٤/١٤٤.

(٢) قواعد الاحكام ٢/٢٤٥.

(٣) تحرير الاحكام ٢/٢١٧.

(٤) الدروس ص ١٩٦.

(٥) مختلف الشيعة ص ١٨٧.

به الحاكم ثم رجع الجميع ، كان على الرجل سدس المال والباقي على النسوة، وبه قال أبوحنيفة والشافعي. وقال أبو يوسف ومحمد : على الرجل النصف وعلى النسوة النصف .

والمعتمد قول الشيخ ، لان المال ثبت بشهادة الجميع .

# كتاب الدعاوى والبينات

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : اذا ادعا نفسان داراً وهمافيها، أو ثوباًويدهماعليه ولابينة لاحدهما ، كانت العين بينهما نصفين، وبه قال الشافعي الا أنه قال : يحلف كل منهما لصاحبه .

وهو المعتمد، فان حلفا أو نكلا كانت بينهما ، وان حلف أحدهماونكل الاخر كانت للحالف دون الناكل .

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ: اذا تداعيا ملكاً مطلقاً ويد أحدهما على العين كانت بينته أولى ، وكذلك ان أضافاه الى سبب ، وان ادعى صاحب اليد الملك مطلقا وأضافه الخارج الى سبب ، كانت بينة الخارج أولى ، وبه قال الشافعي .

وقال أصحاب الشافعي : اذا تداعيا عينأيد أحدهما عليها ، وأقام كل منهما بينة سمعنا بينة كل واحد ، وقضينا لصاحب اليد، سواء تنازعا ملكاً مطلقاً أو ما يتكرر فالمطلق كل مالم يذكر سببه ، ومايتكرر كآنية الذهب والفضة والصفر والحديد، يقول كل واحد منهما : صيغ في ملكي ، وهذا يمكن أن يصاغ في ملك كل واحد منهما، وكذلك مايمكن نسجه مرتين كالصوف والخز، ومالايتكرر سببه ثوب القطن والابريسم ، فانه لايمكن أن ينسج دفعتين ، وكذلك الدابة فانه لايمكن أن تلد

الدابة الولدالواحدمرتين، وكل منهما يقول نتجفي ملكي، وبه قال مالكوالشافعي وهل يحلف مع البينة ؟ على قولين .

وقال أبو حنيفة وأصحابه : ان كان التداعي ملكاً مطلقاً أو مايتكرر سببه، لم يسمع بينة صاحب اليد ، وان كان ملكاً لايتكرر سببه سمعنا بينة الداخل .

قال الشيخ: وهو الذي يقتضيه مذهبنا، وقدذكرناهفي النهاية والمبسوطوكتابي الاخبار . وقال ابن حنبل : لايسمع بينة صاحب اليد بحال ، وروى ذلك أصحابنا أيضاً .

واعلم أن أصحابنا اختلفوا في هذه المسألة ، والتحقيق أن نقول : اذاتداعيا عيناً في يدأحدهما وأقام كل واحدبينة ، فلايخلو: اماأنتشهد بينة كل واحدبالملك المطلق ، أو يشهدا بالسبب ، أو يشهد احديهما بالملك المطلقوالاخرى بالسبب فالاقسام أربعة :

الاول : أن يشهد بينةكل واحد بالملكالمطلق ، قال الشيخ هنا: بينة الداخل أولى ، واستبعده صاحب الشرائع[1] وحكمأن البينة بينة الخارج ، وهوالمشهور عند أصحابنا ، وبه قال الشيخ في النهاية[2] والمبسوط[3] وكتابي الاخبار .

الثاني : ان تشهد البينتان بالسبب ، وهنا يقدم الداخل عند الشيخ أيضاً في هذا الكتاب . وقال ابن ادريس : يقضي للخارج ، واختاره نجم الدين والعلامة وفخر الدين ، وهو المعتمد .

الثالث: ان تشهد بينةالخارج بالملك المطلق وبينة الداخلبالسبب، فمذهب الشيخ هنا يقتضي الحكم لصاحب اليد ، وهو اختيار نجم الدين والعلامة وفخر

---

(١) شرائع الاسلام ٤/١١١ .

(٢) النهاية ص ٣٤٤ .

(٣) المبسوط ٨/٢٥٨ .

الدين لتأبيد اليد بالسبب . وقال ابن ادريس : يقضى للخارج مطلقاً ، لعموم البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وهو قوي ،

الرابع : ان تقيد بينة الخارج بالسبب ، ويطلق بينة الداخل ، فهنا تقدم بينة الخارج بلاخلاف بين أصحابنا .

مسألة ـ٣ـ قال الشيخ : اذا تنازعا عيناً لايد لواحدمنهما عليها، وأقام أحدهما شاهدين والاخر أربعة شهود ، فالظاهر من مذهب أصحابنا أنه يرجح بكثرة الشهود ويحلف ويحكم له بالحق . وهكذا لو تساويا في العدد وتفاوتا في العدالة، فانه يرجح بالعدالة اذا كانت احديهما 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 أولا وهو الترجيح بالعدد والعدالة ، واستدل عليه باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٤ ـ 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 ـ ٥ ـ قال الشيخ : اذا شهد للمدعي شاهدان وقال المدعى 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 ـ٦ـ 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 لابد من الكشف ، والثالث ان ادعى عقد النكاح بأن قال : تزوجت بها ، كان ذلك شرطاً ، وان ادعى الزوجية بأن قال : هذه زوجتي لم يفتقر الى الكشف .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ : اذا ادعى على المرأة الزوجية وأنكرت كان عليه البينة ، فان لم يكن بينة كان عليها اليمين ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لايمين عليها .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ : اذا ادعى بيعاً أو صلحاً أو اجارة ، ونحو ذلك من العقود التي هي سوى النكاح ، لايلزمه الكشف أيضاً . وللشافعي وجهان : أحدهما لايلزمه ، والثاني يلزمه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ٩ـ قال الشيخ: اذا تعارضت البينتان على وجه لايرجح احداهما 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 يقرع بينهما مثل قولنا، وهل يحلف ؟ على قولين . والثالث توقف أبداً. والرابع

يقسم بينهما نصفين ، وبه قال أبوحنيفة وأصحابه .

واعلم أن مع تحقق التعارض لايخلو : اما أن يكون العين في يدأحدهما، أو فى أيديهما ، أو في يد ثالث ، ففى 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 ، قضى فيها بينهما نصفين، لان يدكل واحد منهماعلى النصف وقد أقام الاخر بينة ، فيقضى له بما في يد غريمه .

وان كانت في يدثالث أقرع كما قاله الشيخ هنا، وأحلف من خرج اسمه وقضى له ، فان امتنع احلف الاخر وقضى له ، فان نكلا قضى بها بينهما نصفين ، هذا هو المعتمد .

وقال في المبسوط: يقرع ان شهدتا بالملك المطلق ، ويقسم بينهماان شهدتا بالملك المقيد ، ولو اختصت احديهما بالسبب قضي بها دون الاخرى .

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ : اذا ادعى داراً ، فقال : هذه الدار التي في يدك لي ، فأنكر المدعى عليه ، فأقام المدعي بينة انهما كانت في يده أمس أومنذ سنة لم يسمع هذه البينة .

وللشافعي قولان : أحدهما لايسمع ، والثاني يسمع ، والاول هو المذهب عندهم .

واختار فخر الدين مذهب الشيخ هنا وهو عدم السماع ، واختار الشيخ فى المبسوط[1] سماع البينة بذلك، واختاره نجم الدين في الشرائع[2]، والعلامةفى

(١) المبسوط ٨/٢٥٧ .

(٢) شرائع الاسلام ٤/١١٢ .

المختلف[1] والارشاد، لان اليد دليل ظاهر على الملكية، واذا ثبت بالبينة أو بالاقرار سبقها ، فقد ثبت دليل الملك وثبوت الدليل يقتضي ثبوت المدلول وهو الملك، ولابأس بهذا القول .

مسألة ـ ١١ ـ 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 ولانعرف 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 يصرف الى الحاكم لانه وليه ، سواء كان المدعي عيناً أو ديناً .

مسألة ـ ١٢ ـ 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 قولي 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 المزيل .

مسألة ـ ١٣ ـ 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 ترجيحين اليد وقديم الملك ، وان كانت في يد

(١) مختلف الشيعة ٤/١٠٨ .

حديث الملك فصاحب اليد أولى ، وبه قال أبو حنيفة .

وقال أبو يوسف ومحمد : البينة بينة الخارج، وهذا هو المعتمد ، وهو مذهب الشيخ فى المبسوط[١]، واختيار العلامة في المختلف[٢]، لان قديم الملك أولى من حديثه ، وبينة الخارج أولى من بينة الداخل . واحتج الشيخ هنا بالاجماع، وهو غير مسلم ، لان قوله فى المبسوط خلاف ذلك .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ : اذا قال له علي ألف قضيتها فقد اعترف بالالف، ولاتقبل دعوى القضى الا ببينة .

وللشافعي قولان : أحدهما وهو الصحيح مثل قولنا ، والثاني تقبل ذلك منه، كما لو قال له علي ألف الا تسعين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٥ ـ 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 الشافعى .

وقال أبوحنيفة : ان اعترف أنه مملوك لاحدهما كان مملوكاً لهما ، لانه ثبت أنه مملوك باعترافه ويدهما عليه وكان بينهما .

والمعتمد قول الشيخ، لانه انما صار مملوكاً باعترافه، فيكون مملوكاً لمن اعترف له ، وجزم به صاحب الشرائع[٣] وصاحب القواعد .

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ : رجل ادعى داراً فى يد رجل فأنكر فأقام المدعي بينة أنها ملكه منذ سنة ، فجاء آخر وادعى أنه اشتراها من المدعي من خمس سنين

---

(١) المبسوط ٨/٢٦٩ .

(٢) مختلف الشيعة ٤/١٠٨ .

(٣) شرائع الاسلام ٤/١١٦ .

حكمنا بزوال يد المدعى عليه ببينة المدعي بلاخلاف ، ثم ينظرفى بينة المدعي الثانى ، وهوالمشتري من المدعي الاول ، فان شهدت بأنه اشتراها من الاول وهي ملكه ، أو كان متصرفاً فيها تصرف الملاك ، فانه يحكم فيها بلاخلاف .

فان شهدت بينةالمشتري بالشراء فقط ولم تشهد بملك ولابيد، قال الشافعي : حكمنا 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 لابأس به .

مسألة ـ ١٧ ـ قال الشيخ : اذا ادعى زيد شاة في يد عمرو، فأنكر وأقام بينة أن حاكماً من الحكام حكم له بها على زيد وسلمها اليه، ولايعلم على أي وجه حكم بها لعمرو ، فانه لاينقض حكم الحاكم الاول .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والثاني ينقض حكمه ، وبه قال محمد ابن الحسن .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ : اذا اشترك اثنان في وطيء امرأة في طهر واحد وكان وطئاً يصح أن يلحق به النسب وأتت بولد يمكن أن يكون منهما ، أقرعنا 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 أبي حنيفة . 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 بـامين ، لانا نقطع أنهما لم يلداه ، وانما ولده واحدة منهما ، وأبوحنيفة الحق الولد الواحد بآباء عدة وأمهات عدة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٩ ـ قال الشيخ : اذا وطيء أحدهما في نكاح صحيح ، والاخر في نكاح فاسد ، قال مالك : ان صحيح النكاح أولى ، وحكى ذلك عن أبي حنيفة . وقال الشافعي : لافرق بينهما .

قال الشيخ : والذي يقتضيه مذهبنا أنه لافرق بينهما ، وهو المعتمد .

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ : اذا وطىء أمته ثم باعها ولم يستبرأها ، فوطئها المشتري من غير استبراء ، فأتت بولد يمكن أن يكون منهما ، فانه يلحق بالاخير وقال مالك : يلحق بالاول ، لان نكاحه صحيح ونكاح الثاني فاسد ، وحكى ذلك عن أبي حنيفة وقال الشافعي : نريه القافة .

والمعتمد قـول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

واعلم أنه لافرق في هذه المسائل بين كونهما مسلمين أو أحدهما مسلماً والاخر حربياً ، ولابين 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 ـ ٢١ ـ قال الشيخ : اذا اختلف الزوجان في متاع البيت ، فقال كل

واحد منهما : كله لي ولابينة، 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 الاخر، وسواء كانت أيديهما عليه من جهة المشاهدة أو من جهة الحكم وبه قال زفر وعثمان البتى وابن مسعود .

وقال أبو حنيفة ومحمد : ان كانت أيديهما عليه مشاهدة فهو بينهما ، كما لو تنازعا عمامة يدهما عليها ، أو خلخالا 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 المرأه فيه ، وان كان يصلح لهما ، فالقول قول الرجل.

وقال أبوحنيفة : ان كان الاختلاف بين أحدهما وورثة الاخر ، 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 الاخر .

وقال أبويوسف : القول قول المرأة فيما جرى العرف والعادة أنه قدر جهاز مثلها . قال الشيخ : وهذا مثل ماحكيناه في بعض روايات أصحابنا .

واعلم أن للشيخ في هذه المسألة ثلاثة أقوال :

الاول: قوله هنا، واستدل عليه باجماع الفرقة 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 في 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 : انكان هناك قضاء عرفي رجع اليه ، والاكان كسائر الدعاوي[٦]. واختاره الشهيد في شرح الارشاد .

والاقوى مذهب القواعد والارشاد، لالحاقه بسائر الدعاوي، ومذهب المختلف جامع بين الاقوال ، ولابأس به .

مسألة ـ ٢٢ ـ قال الشيخ: اذاكان لرجل على رجل حق ، فوجد من له الحق مالا لمن عليه الحق ، فانكان من عليه الحق باذلا ، فليس له الاخذ منه بلاخلاف وانكان مانعاً اما بأن يحجد ظاهراً وباطناً ، أو يعترف باطناً ويحجد ظاهراً ، أو يعترف باطناً وظاهراً ويمنعه لقوته ، ولايمكنه استيفاء الحق منه ، فاذاكان بهذه الصفة ،كان له أن يأخذ من ماله بقدر حقه من غير زيادة ، سواءكان من جنس ماله أو من غير الجنس الا اذاكان وديعة عنده ، فانه لايجوز له الاخذ منها ، سواءكان له بماله بينة أولم يكن ، وبه قال الشافعي، ولم يستثن الوديعة اذا لم يكن له حجة فانكان له حجة ثبتت عند الحاكم فعلى قولين .

---

(١) شرائع الاسلام ٤/١١٩ .
(٢) تحرير الاحكام ٢/٢٠٠ .
(٣) المقتصر ـ مخطوط .
(٤) المبسوط ٨/٣١٠ .
(٥) الاستبصار ٣/٤٥ .
(٦) مختلف الشيعة ٤/٤٧ .

وقال أبوحنيفة : ليس له ذلك الا في الدراهم والدنانير .

والمعتمد جواز الاخذ من الوديعة على كراهية مع الجحود أو الاقرار والمنع لكونه أقوى من صاحب القول ، ولافرق بين أن يكون له بينة ثبتت عند الحاكم أولم يكن ، هذا هو المشهور عند متأخري الاصحاب .

# كتاب العتق

مسألة ـ١ـ قال الشيخ: اذا أعتق شركاً له من عبد لايخلو من أحد أمرين : اما أن يكون موسراً أو معسراً ، فانكان معسراً لايخلو 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، وانكان موسراً ألزم قيمته ، فاذا أدى انعتق عليه ولشريكه أن يعتق نصيبه ولايأخذ القيمة ، فان فعل كان عتقه ماضياً .

وأبوحنيفة وافقنا في المعسر وخالفنا في بعض أحكام الموسر ، لانه قال : فانكان موسراً فشريكه 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 أبويوسف ومحمد : يعتق نصيب شريكه في الحال ، موسراً كان المعتق أو معسراً ، فانكان معسراً فللشريك أن يستسعي العبد ، وهو حر في قدر نصيبه ، وانكان موسراً أخذ قيمة نصيبه من المعتق .

قال الشيخ : وهذا مثل مذهبنا سوآء .

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 البتى: يستقر الرق في نصيب الشريك، سواء كان المعتق معسراً أو موسراً . وقال ربيعة: اذا أعتق أحد الشريكين نصيبه لم ينعتق نصيب نفسه بعتقه فان أرادا عتقه اتفقا عليه وعتقاه ، ولايصلح غير أحدهما دون الاخر .

وقال الشافعي: ان كان معسراً عتق نصيبه، واستقر الرق في نصيب شريكه مالم يعتقه ، وان كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه قولا 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 وحرملة: يكون مراعى، فان دفع القيمة الى الشريك تبينا أنه انعتق يوم العتق، وان لم يدفع تبينا 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 القربة والتقويم مع قصد الاضرار .

وأورد ابن ادريس عليه أن مع قصد الاضرار ينتفي العتق ، لان العتق مفتقر الى نية القربة ، وقصد الاضرار ينافي القربة، فلايتحقق العتق مع قصده ، وان كان موسراً عتقت حصة المعتق وسعى العبد فى حصة الشريك ، هذا هو المشهور ، واختار الشيخ في المبسوط [1] مذهب الشافعي ، وهو استقرار الرق في حصة

(١) المبسوط ٦/ ٥١ .

الشريك .

البحث الثاني : هـل تنعتق حصة الشريك باللفظ أو بالاداء ؟ قال الشيخ في النهاية[١] وهو ظاهره هنا : تنعتق بالادآء ، 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 قالـه الشافعي في البويطي وحرملة . وقال ابن ادريس: ينعتق جميعه حالة الاعتاق ، وهو القول الصحيح عند الشافعي .

ويتفرع على هذه الاقوال فروع ذكرنـاها في شرح الشرايع ، فمن أرادها وقف عليها من هناك ، والعمل على الاول من هذه الاقوال .

مسألة ـ٢ـ قال الشيخ:اذا أعتق عبيده عند موته ولامال له غيرهم ، استخرج ثلثهم بالقرعة واعتقوا. وان دبر عبده عندموته ولامال له غيره ، انعتق ثلثه وسعى في ثلثيه للورثة .

وقال أبوحنيفة وأصحابه : يسعى في الجميع . وقال مالك والشافعي فى العتق مثل قولنا ، وفي التدبير ينعتق ثلثه ، ويستقر الرق في الباقي للورثة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم.

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ : اذا أعتق عبده عند موته وله مال غيـره ،كان عتقه من الثلث ، وبه قال جميع الفقهاء . وقال مسروق : يكون من صلب المال .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ : الذين ينعتقون على من يملكهم الاباء وان علوا ،

---

(١) النهاية ص ٥٤٢ .

(٢) شرائع الاسلام ١١١/٣ .

(٣) مختلف الشيعة ص ٧٠ ـ ٧١ كتاب العتق .

والامهات وان علون ، والاولاد الذكور والاناث وان نزلوا ، وكل من يحرم عليه العقدعليهن من المحارم، مثل الاخت وبنتها 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 والاعمام والاخوال . وقال مالك مثل قولنا ، وزاد الاخوة والاخوات . وقال الشافعي : لاينعتق غير العمودين فقط . وقال داود : لاينعتق أحد على أحد بالملك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : يعتق عليه من الرضاع مايعتق عليه من النسب ، وخالف جميع الفقهآء في ذلك ، وذهب اليه بعض أصحابنا ، والمنصوص الاول.

والمعتمدقول الشيخ ، واختاره نجم الدين والعلامة ، ومنع منه المفيد وابن ادريس .

مسألة ـ ٦ ـ قال الشيخ : اذا عمي العبد أو أقعد أو نكل به صاحبه عتق عليه وخالف جميع الفقهآء .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم.

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ : اذا ورث شقصاً من أبيه ، قوم عليه مابقي 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 ـ ٨ ـ 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 ـ٩ ـ قال الشيخ: اذا تعاقد رجلان ، فقالا : عاقدتك على أن تنصرني

وأنصرك ، وتدفع عنـي وأدفع عنك وتعقل عني وأعقل عنك ، وترثني وأرثك ، كان ذلك صحيحاً ويتوارثان اذا لم يكن لهم ذو رحم ولانسب ، وبه قال النخعي وقال : اذا وقع العقد بينهما لزم ولاسبيل الى فسخه .

وقال أبوحنيفة : اذاكانا أو أحدهما معروف النسب لاينعقد الموالاة بينهما ، وانكانا مجهولين النسب انعقدت الموالاة، وكان العقدجائزاً لكل منهما فسخه مالم يعقل أحدهما عن صاحبه ، فاذا عقل لزمت ولاسبيل الى فسخها بوجه ويتوارثان بها .

قال الشيخ : وهذا مذهبنا ، لان بهذا التفصيل نقول وقال الشافعي ومالك : لاحكم لهذاالقول بوجه. والمعتمد قول الشيخ، واستدل باجماع الفرقةوأخبارهم.

مسألة ـ ١٠ ـ قال الشيخ : من التقط لقيطاً لم يثبت له عليه الولاء بالالتقاط وبه قال الجماعة . وقال عمر بن الخطاب : يثبت .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١١ ـ 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 : لايرثه ان مات كافراً ، فاذا أسلم ومات ورثه . استدل الشيخ باجماع الفرقة وأخبارهم .

والمعتمد عدم صحة عتق الكافر ، لانه خبيث وقال تعالى « ولاتيمموا الخبيث منه تنفقون »[1] وهو مذهب السيد المرتضى وابن الجنيد وابن زهرة وسلار وأبي الصلاح ، واختاره ابن ادريس ، والعلامة في القواعد[2]، وفخر الدين في الشرح

---

(١) سورة البقرة : ٢٦٧ .

(٢) قواعد الاحكام ٢/١٠٥ .

وقال الشيخ هنا وفى المبسوط : يصح مطلقاً[١]. وقال فى النهاية[٢]: يصح مع النذر لابدونه ، واختاره نجم الدين فى المختصر ، واختار فى الشرائع[٣] عدم الصحة مطلقا .

واعلم أنه على القول بالصحة مع النذر يشترط أن يتعلق النذر بعبد معين كقوله: لله علي أن أعتق سالما مثلا. أما لو قال: لله علي أن أعتق عبداً كافراً فانه لاينعتق قطعاً لان تعلق الحكم على الماهية مقيدة بوصف يشعر بعلية ذلك الوصف، فيصير الكفر علة للعتق ، وذلك لايجوز قطعا .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : اذا أعتق كافر مسلما ثبت له عليه الولاء ، الا أنه لايرثه مادام كافراً ، فاذا أسلم ورثه ، وبه قال جميع الامة الامالكاً، فانه قال: لايثبت الولاء لكافر على مسلم .

ومنع ابن ادريس ونجم الدين والعلامة في أكثر كتبه من عتق الكافر، لاشتراط نية القربة ، وفصل العلامة في المختلف ، وقال : ان كان الكفر باعتبار جهله بالله تعالى ، فالوجه ماقاله ابن ادريس ، وان كان باعتبار جحد النبوة أو بعض أصول الاسلام كالصلاة ، فالوجه ماقاله الشيخ ، وقواه الشهيد في شرح الارشاد ، واستقربه في الدروس . ولا بأس بـه ان اعتقد أن العتق قربة الى الله وان لم يستحق عليه ثواباً لكفره .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : اذا أعتق عبداً سائبة وهو الذي يقول له أنت حر سائبة لاولاء لي عليك، كان صحيحاً ولايكون له عليه ولاء، ويكون ولائه للمسلمين.

وقال أبو حنيفة والشافعي : يسقط قوله « سائبة » ولايكون الولاء له .

---

(١) المبسوط ٦/ ٧٠ .

(٢) النهاية ص ٥٤٤ .

(٣) المختصر النافع ص ١٠٧ .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ : لايقع العتق الابقوله أنت حر مع القصد والنية ولايقع بشيء من الكنايات ،كقوله أنت سائبة ولاسبيل عليك ، نوى العتق أولم ينو . وقال الفقهاء : اذا قال أنت حر وقع العتق . وان لم ينو ، وان قال أنت سائبة أو لاسبيل لي عليك وكلما كانصريحاً في الطلاق ، فهو كناية في العتق، فان نوى العتق عتق ، وان لم ينو لم يعتق .

والمعتمد وقوعه بلفظ التحرير ولفظ العتق أيضاً، وهو مذهب العلامةوالشهيد وابن فهد ، ولابد من النية والقصد .

مسألة ـ ١٥ ـ قال الشيخ : اذا أعتق عن غيره عبداً 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 ـ ١٦ ـ 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 ـ ١٧ ـ قال الشيخ : لايقع العتق بشرط ولابيمين ، وخالف جميع الفقهاء في ذلك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٨ ـ 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 ينعتق، وافقنا الشافعي في الاولى ، وقال في الثانية على وجهين . وقال أبو حنيفة: ينعتق اذا ملك .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

# كتاب المكاتب

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : اذا دعى العبد سيده الى مكاتبته ، فالمستحب له أن يجيبه الى ذلك ، وليس بواجب عليه ، سواء دعاه الى ذلك بقيمته أوبأقل أو بأكثر ، وبه قال مالك والثوري وأبو حنيفة وأصحابه والشافعي. وقال عطاوداود: ان دعاه الى ذلك بقيمته أو أكثر وجب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ : لاتصح مكاتبة الصبي حتى يبلغ ، وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : ان كان مميزاً صح والا فلا .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ: المراد بالخير المذكور في الاية الامانة والاكتساب وبه قال الشافعي ومالك . وقال ابن عباس وصاحباه مجاهد وعطا: هو الامانة فقط وقال الثوري والحسن البصري : المراد به الاكتساب فقط .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٤ ـ قال الشيخ: اذاعدم العبد الامرين الامانة والكسب ، كانت مكاتبة مكروهة .

والمعتمد قول الشيخ هنا ، وقوى فى المبسوط[١] مذهب ابن حنبل .

مسألة ـ ٥ ـ قال الشيخ : اذا كانت الكتابة مؤجلة صحت الى أجل واحد والى أجلين ، وبأن يقول كاتبتك الى عشر سنين يؤدى ذلك فى 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 ـ ٦ ـ 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 فى الارشاد ، وفى موضع من القواعد ، وبه قال الشهيد ، لان ما في يد العبد لسيده ، وانما تصح المعاملة على المتوقف حصوله بالتكسب ، فلابد من الاجل ، واختار ابن ادريس مذهب الشيخ هنا ، وهو اختيار العلامة في موضع من القواعد والتحرير .

مسألة ـ ٧ ـ قال الشيخ: اذا كاتبه على مال معلوم ونجوم معلومة ، وقال: اذا أديت الي هذا المال فأنت حر ونوى بذلك العتق انعتق ، وان عدما أو أحدهما لم ينعتق ، وبه قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هو صريح فلايفتقر الى نية ولاقول.

وقال الشيخ في المبسوط : الذي يقتضيه مذهبنا أنه يفتقر الى نية ولايحتاج الى القول[٢]، واختاره نجم الدين والعلامة ...[٣] وفخر الدين والشهيد ، فانهما

---

(١) المبسوط ٦/٧٣ .

(٢) المبسوط ٦/٧٤ .

(٣) بياض فى الاصل .

رجحا 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 ـ ٨ ـ قال الشيخ : اذا كاتب ثلاثة أعبد له صفقة واحدة على نجمين الى أجلين ، فقال : اذا أديتم 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 يوم الكتابة، فمن أدى قسطه عتق .

مسألة ـ ٩ ـ 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 ماعليه من مال الكتابة عتق، سواء عتق صاحباه أولم يعتقا، وبه قال عطا والشافعي على قوله بصحة الكتابة .

وقال أبو حنيفة ومالك : العقد صحيح ويلزم الكتابة الجميع ، وكل واحد منهم كفيل ضامن عن صاحبه مالزمه ، فهم كالمكاتب الواحد ، فان أدى واحد مايخصه فلا يعتق حتى يحصل الاداء عن الباقي، فان أداه هو عنهما عتق وعتقا وكان 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 التكسب ،وان كان عاجزاً اكتسبا وأديا ماعلى الكل وعتقوا، وقال: فان أعتق السيد واحداً منهم، نظرت فان كان مكتسباً لم ينفذ عتقه ، لان فيه ضرر على صاحبيه ، وان لم يكن مكتسباً نفذ عتقه .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٠ ـ 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 ما على كل واحد الى ذمة غيره ويبرأ هو ، فينعتق في الحال .

مسألة ـ ١١ ـ قال الشيخ : اذا كاتب عبده كتابة فاسدة كانت فاسدة ، سواء مات السيد أولم يمت.

وقال الشافعي : يكون جائزة من قبل السيد مادام حياً ، فان مات انفسخت الكتابة . وقال أبو حنيفة : الكتابة لازمة ولاتبطل بموت السيد .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ: اذا كان نفسان لكل واحد منهما حق على صاحبه، فان كان الحقان من جنسين مختلفين من الاثمان أوغير الاثمان ممالامثل له ، فانه لايقع القصاص بينهما من غير تراض بـلاخلاف ، وان كان الحقان من جنس واحد من الاثمان ،أو ممالـه مثل من غيرها ، فانه يقع التقاص بينهما من غير تراض.

وللشافعي اربعة اقوال : أحدها مثل قولنا ، والثاني متى رضي أحدهما بذلك برءا معاً، والثالث لايقع التقاص الا بتراضيهما، والرابع لايقع القصاص وان تراضيا للنهي في بيع الدين بالدين .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو تصريح المختلف وظاهر الشرائع[1] والقواعد والتحرير، قال في المختلف: ان كان المالان من جنس واحد تقاصا من غير اختيارهما، ولاحاجة الى أن يقبض أحدهما ماله على الاخر أو يقبضا معاً ، فان كانا من جنسين

(١) شرائع الاسلام ٣/١٢٧ .

مختلفين ، فلابد من التراضي ، فاذا رضي كل منهما باسقاط حقه على صاحبه عوضاً عماله في ذمته صح وسقط الحقان عنهما وبرءا معاً من غير حاجة الى التقابض، لانه نوع من الابراء ، فلا يفتقر الى القبض [١] . هذا اخر كلامه في المختلف . وهو صريح في عدم اعتبار تراض [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 أووصفاً لم يجز التقاص الابرضاهما ومعه يجوز ، سواء تقابضا أوقبض أحدهما ودفعه الى الاخر عوضا في ذمته، أولم يتقابضا ولا أحدهما، وسواء كان المالان أثماناً أو عروضاً أو بالتفريق وهذا حكم عام في كل غريمين [٣] .

ومثله عبارة الشرائع والتحرير، وهذه العبارات تدل على عدم جواز التراضي مع اتحاد الجنس، بدليل قولهم ولو اختلفا جنساً أووصفا لم يجز التقاص الابرضاهما ، فدل على ان مع الاتحاد جنساً ووصفاً يحصل التقاص بدون رضاهما .

مسألة ـ١٣ـ 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 ، فلايختلفون أنه ينعتق ، وهل لهما التراجع ؟.على ثلاث طرق فان عتق بالاداء عن الصحيحة فلاتراجع ، وان عتق بالاداء عن الفاسدة تراجعا وان عتق بالاداء عن كتابة كوتب عليها والعبد مجنون فعلى طريقين .

والمعتمد قول الشيخ .

---

(١) مختلف الشيعة ص٩٢ كتاب العتق .

(٢) كذا في الاصل مع علامة «ظ» على الكلمة .

(٣) قواعد الاحكام ٢/ ١٢١ .

مسألة ـ ١٤ ـ قال الشيخ : اذا ثبت أن عبداً نصفه مكاتب ونصفه قن ، كان للعبد يوم وللسيد يوم، ومتى طلب أحدهما المهاياة في ذلك أجبر الاخر عليه، وبه قال أبو حنيفة .

وقال الشافعي : لايجبر 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 ـ ١٥ ـ قال الشيخ : اذا كاتب عبده، ثم مات وخلف ابنين وأبرأ احد الابنين المكاتب من نصيبه ، صح ذلك ولايقوم عليه نصيب الاخر .

وقال أبوحنيفة: لايصح الابراء ولاالعتق 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 أبرأ من حصته من مال الكتابة والتقويم ان أعتق حصته ، ولابأس به ، وهو ظاهر فخر الدين أيضاً .

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ : الكتابة على ضربين: مشروطة ومطلقة، فالمشروطة أن يقول: كاتبتك على كذا وكذا، فاذاأديت مال الكتابة فأنت حر ، وان عجزت فأنت رد في الرق، فهذا الضرب متى أدى بعض مال الكتابة لاينعتق به شيء حتى يؤدي الجميع ، وان عجز ولو عن درهم فهو رد في الرق .

والمطلقة هو الذي يقول :كاتبتك على كذا ، فاذا أديت فأنت حر ولم يقل فان عجزت فأنت رد في الرق ، فهذا متى أدى من مال الكتابة شيئاً عتق بحسابه .

وقال الشافعي : ان أدى جميع ماعليه 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 : احداهما ان أدى نصف ماعليه عتق كله ، وطولب بعد عتقه بالباقي . والثانية يعتق منه بقدر ما أدى بالحصة ، وهذا هو الذي يروونه أصحابنا عنه عليه السلام . وقال شريح : ان أدى ثلث ماعليه عتق كله ، وادى الباقى بعد العتق .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ١٧ ـ 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 : لااجبره .

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 ـ ١٨ ـ قال الشيخ : اذا مات المشروط وخلف تركة ، 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 أولاد من مملوكة له ، كان حكمهم حكمه ، فان وفا جميعه عليه انعتقوا ، وان عجز كانوا مماليك سيد ابيهم .

وقال الشافعي : اذا مات المكاتب مطلق الكتابة وكان ما خلفه لسيده ، سواء

كان فيه وفاء أو لم يكن .

وقال أبوحنيفة: لاينفسخ الكتابة بموته، فان لم يخلف وفاء لاينفسخ الابحكم الحاكم بالفسخ ، وان خلف وفاء عتق بآخر جزء من اجزاء حياته ويؤدى عنه بعد وفاته ، فان فضل فضل كان لوارثه المناسب، فان لم يكن وارث مناسب كان لسيده بالولاء .

وقال مالك : انخلف ولداً حراً مثل قول الشافعي ، وان خلف ولداً مملوكاً ولدله حال كتابته من أمة ، اجبر على الاداء انكان تركه ، والا اجبر على التكسب ليؤدي ويعتق أبوه ويعتق هو بعتق أبيه .

والمعتمد بطلان كتابة المشروط بموته وكان ماخلفه لمولاه كما قاله الشافعي وأولاده عبيد لمولاه ، سواء خلف وفاء أو لم يخلف . ولو كان الاولاد من حرة ، فهم أحرار. هذا هوالمشهور عند متأخري أصحابنا . أما المطلق ، فلايبطل كتابته بموته بل ينعتق من أولاده بقدر ماتحرر من أبيهم ، فان خلف وفاء انعتق الجميع والاسعوا في قدر الباقي .

مسألة ـ ١٩ ـ 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 المتقررة بينهما .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ : اذا اشترى المكاتب جارية صح شراؤه بلاخلاف وله وطؤها اذا أذن سيده في ذلك ، فأما بغير اذنه فلايجوز . وللشافعي مع الاذن قولان .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢١ ـ قال الشيخ : اذا كاتب عبده وكان على السيد زكاة ، وجب أن يعطيه شيئاً من زكاته يحسب به من مال مكاتبته ، ولولم 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 ـ ٢٢ ـ قال الشيخ : لولي المولى عليه من يقيم وغيره أن يكاتب عبد المولى عليه اذا كان في ذلك حظ المولى عليه .

وقال أبوحنيفة : له ذلك ولم يقيد . وقال الشافعي : ليس له ذلك ، سواء كان الولي أباً أو جداً أو وصياً . واختاره الشيخ في المبسوط[1].

والمعتمد قوله هنا ، وهو اختيار نجم الدين ، والعلامة وفخرالدين .

مسألة ـ ٢٣ ـ 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 لايمكن .

والمعتمد أن القول قول منكر زيادة المال وزيادة المدة .

مسألة ـ ٢٤ ـ قال الشيخ : اذا كان لـه مكاتبان ، كاتبهما بقيمة واحدة فأدى أحدهما القائم ، أشكل عليه عين المؤدى منهما ، أقرع بينهما فمن خرجت قرعته حكم له بالاداء وبقي الاخر مكاتباً ، فان مات أقرع بينهما .

وقال الشافعي: لايقرع بينهما مادام حياً ، بل يلزم الذكر أبداً ، فان مات هل

---

(١) المبسوط ٦/٩٥ .

يقرع ؟ على قولين . واختار الشيخ في المبسوط[1] أنه لايقرع مادام حياً لرجآء التذكر ، فاذا 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 ـ ٢٥ ـ قال الشيخ : اذا أدى أحدهما مال الكتابة وأشكل الامر عليه فادعيا عليه أنه يعلم عين من أدى، كان القول قوله مع يمينه ، فاذا حلف أقرع بين المكاتبين ، فمن خرجت له رقعة الاداء حكم بحريته .

وقال الشافعي : اذا حلف لهما كانا جميعاً على الكتابة يوفي كل واحد منهما ألفاً .

والمعتمد قول الشيخ هنا، جزم به نجم الدين في الشرائع ، وجزم في الاولى بعدم القرعة مادام حياً .

مسألة ـ ٢٦ ـ قال الشيخ: يجوز أن يكاتب عبده على العروض من الحيوان والثياب بلا خلاف ، ويجوز عندنا أن يكاتبه على ثوب واحد الى أجل واحد . وقال الشافعي : لايجوز الا على ثوبين الى أجلين .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٧ ـ قال الشيخ : اذا كان عبد بين شريكين ، فكاتب أحدهما بأكثر من شريكه صح ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . وللشافعي قولان : أحدهما يصح ، والاخر لايصح .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٨ ـ قال الشيخ : اذا كاتب أحدهما بغير اذن شريكه صح أيضاً ،

(١) المبسوط ٦/٩٦ .

وبه قال ابن أبي ليلى . وقال أبوحنيفة ومالك والشافعي : لايصح .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٢٩ ـ قال الشيخ : اذا كاتب اثنان عبداً صحت الكتابة ، ولا يجوز له أن يخص أحدهما بمال الكتابة من دون اذن الاخر بلاخلاف ، فان أذن أحدهما بذلك جاز .

وللشافعي في صحة الاذن قولان : أحدهما مثل قولنا ، والاخر لايصح .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٠ ـ قال الشيخ : ولد المكاتبة من زوج أو زنا للشافعي فيه قولان : أحدهما هو قن عبد لسيدها ، والاخر موقوف يعتق ان عتقت ، ويسترق ان استرقت والذي يقتضيه مذهبنا أن أولادها كهيئتها الا أن يكونوا من حر، فهم احرار ، وهذا هو المعتمد ، واستدل عليه باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٣١ ـ قال الشيخ : لا يجوز للرجل وطىء أمته التي كاتبها ، سواء كانت مطلقة أومشروطة 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 أبوحنيفة ومالك والشافعي: لاحد عليه. وقال الحسن البصري: عليه الحد.

والمعتمد أنه لاحد مع حصول الشبهة وعليه المهر .

مسألة ـ ٣٢ ـ قال الشيخ : يجوز بيع مال الكتابة، فاذا أدى المكاتب المال انعتق على سيده ، وان عجز رجع رقاً الى سيده ، وكان للمشتري الدرك بما اشتراه وبه قال مالك الا أنه قال: اذا عجز رجع رقاً للمشتري. وقال أبوحنيفة والشافعي : يجوز بيع ذلك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣٣ ـ قال الشيخ : لايجوز 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 : لايجوز بيع رقبته بحال . وقال في القديم : يجوز وهو قول عطا والنخعي وأحمد .

والمعتمد قول الشيخ ، وهو جواز بيع المشروط مع العجز أما المطلق فلا يجوز بحال، سواء أدى شيئاً أولم يود، ويفك المطلق مع العجز من سهم الرقاب.

مسألة ـ ٣٤ ـ قال الشيخ : اذا زوج الرجل بنته من مكاتبة ، ثم مات وورثته بنته ، لم يفسخ عقد النكاح بينهما ، وبه قال الشافعي . وقال أبوحنيفة : لاينفسخ . والمعتمد قول الشيخ .

# كتاب التدبير

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : اذا قال لعبده : اذا مت فأنت حر أو عتيق أومحرر أو معتق كان صريحاً ، غير أنه لابد فيه من النية ، كما نقول في صريح الطلاق والعتاق فان عرى عن النية لم يكن له حكم . وقال الفقهاء: ذلك صريح لايحتاج الى نية .

والمعتمد أنه لابد من نية التدبير ، أما نية القربة، ففيها خلاف بين أصحابنا.

والمعتمد أنها لايشترط ، لان التدبير وصية ، والوصية لايفتقر الى قربة .

مسألة ـ ٢ ـ قال الشيخ: التدبير بشرط لايقع، وكذا العتق والطلاق. وقال جميع الفقهاء : يصح ذلك .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٣ ـ قال الشيخ : التدبير بصفة الوصية يجوز له الرجوع فيه بالقول بأن يقول : رجعت بهذا التدبير .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا وهو الضعيف عندهم، والاخر أنه عتق بصفة ، فلايصح الرجوع فيه ، وبه قال أبو حنيفة .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٤ ـ 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 يجز 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 يجز التصرف فيه بحال . وقال مالك : لايجوز بيع المدبر في حياة المدبر ، فاذا مات فان كان عليه دين جاز بيعه ، وان لم يكن عليه دين وخرج من ثلثه عتق جميعه والاعتق مايحتمله الثلث .

والمعتمد جواز بيعه والتصرف فيه، سواء نقض تدبيره أولم ينقض ، ويكون نفس البيع نقضاً للتدبير . وكذا سائر التصرفات ، كالهبة والوقف والوصية به للغير وكل تصرف غايته نقل الملك .

مسألة ـ ٥ ـ 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 طريقين. والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ٦ ـ 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 ـ ٧ ـ قال الشيخ : اذا ارتد المدبر ارتداداً يستتاب لم يبطل تدبيره، فان رجع الى الاسلام كان تدبيره باقياً بلاخلاف، وان لحق بدار الحرب بطل تدبيره وقال الشافعي : لايبطل تدبيره بلحوقه دار الحرب .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم ، على أن المدبر اذا ابق بطل تدبيره ، وهذا قد أبق زيادة على ارتداده .

مسألة ـ ٨ ـ قال الشيخ : اذا أبق المدبر بطل تدبيره ، وقال جميع الفقهاء:

لايبطل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٩ ـ قال الشيخ : اذا ارتد المسلم ثم دبرمملوكاً ، فان كان ممن يستتاب لم يزل ملكه عن ماله وصح تدبيره ، وان كان ممن لايستتاب زال ملكه عن ماله ووجب قتله ، فلايصح تدبيره .

وللشافعي في زوال ملكه ثلاثة أقوال : أحدها يزول ملكه ، والثاني لايزول، والثالث هو مراعاً وله في التصرف ثلاثة أقوال : أحدها صحيح ، والثاني باطل، والثالث مراعاً .

والمعتمد قول الشيخ ، لانه لو زال ملكه لما رجع اليه بعد الاسلام .

مسألة ـ ١٠ ـ 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 لايكون رجوعاً ، ويقال له انشئت ارجع واسقط الدعوى عن نفسك واليمين .

والمعتمد قول الشيخ ، فان الانكار لايكون رجوعاً في شيء غير الطلاق .

مسألة ـ ١١ ـ قال الشيخ : اذا دبر مملوكه ثم كاتبه، كان ذلك ابطالالتدبيره وللشافعي قولان اذا قال انه وصية مثل قولنا ، واذا قال انه عتق نصفه لايبطل .

وقال ابن البراج وابن الجنيد : لايبطل التدبير بالكتابة ، واختاره الشهيدوجزم العلامة في القواعد[1] بالبطلان ، وهو مذهبه في المختلف[2] أيضاً لانهما متنافيان وكل فعل ينافي التدبير فهو مبطل له .

---

(١) قواعد الاحكام ٢/١١٣ .

(٢) مختلف الشيعة ص ٨٧ كتاب العتق .

مسألة ـ ١٢ ـ قال الشيخ : للسيد وطيء أمته المدبرة بلاخلاف، فان حملت لم يبطل تدبيرها ، فان مات سيدها عتقت من ثلثه ، فان خلف غيرها قومت على ولدها وانعتقت عليه، وان لم يخلف غيرها انعتق ثلثها بالتدبير ونصيب ولدها منها ويستسعى فيما بقى للورثة .

وقال الشافعي : يبطل تدبيرها ، لان سبب عتقها أقوى من التدبير ، فاذامات سيدها عتقت من صلب ماله .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة .

مسألة ـ ١٣ ـ قال الشيخ : اذا دبر امته وحملت بمملوك بعد التدبير، كان الولد مدبراً كامه ينعتق بموت السيد ، وليس له نقض تدبيره ، وانما له نقض تدبير الأم 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 ـ ١٤ ـ 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 ـ ١٥ ـ قال الشيخ : اذا كان عبدبين شريكين ، فدبر أحدهما نصيبه، لم يقوم عليه نصيب شريكه .

وللشافعي قولان : أحدهما لايقوم ، والاخر يقوم .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٦ ـ قال الشيخ : اذا كان بينهما عبد ، فدبر أحدهما نصيبه وأعتق

الاخر نصيبه ، لم يقوم عليه هذا النصف المدبر .

وللشافعي قولان : أحدهما مثل قولنا ، والآخر يقوم وهو المعتمد .

مسألة ـ ١٧ ـ قال الشيخ : اذا كان لانسان مملوك فدبر نصفه ، كان صحيحاً ولايسرى الى النصف الاخر ، وهو منصوص الشافعي. وقال أصحابه: فيه قول آخر انه يسري .

والمعتمد قول الشيخ .

مسألة ـ ١٨ ـ قال الشيخ : اذا دبر مماليكاً جماعة واحداً بعد واحد ، بعضهم في مرضه وبعضهم في صحته ، وأوصى بعتق عبد آخر ، فان خرجوا من الثلث عتقوا كلهم ، وان لم يخرجوا بدىء بالاول فالاول ، ويسقط الاخر اذا استوفى الثلث فان اشتبه الحال فيه ولايدري بمن بدىء أقرع بينهم الى تمام الثلث.

وقال الشافعي: ان خرجوا من الثلث عتقوا كما قلناه، وان لم يخرجوا من الثلث أقرع بينهم، ولايقدم واحد منهم على صاحبه وان علم أنه بدأ به أولا كالوصية عنده.

والمعتمد قول الشيخ ، لان التدبير كالوصية، والوصية عندنا يقدم الاول فالاول .

مسألة ـ ١٩ ـ 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 لايباع عليه .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

مسألة ـ ٢٠ ـ قال الشيخ : تدبير الصبي ووصيته اذا لم يكن مميزاً باطل بلاخلاف ، فان كان مراهقاً مميزاً عاقلا كانا صحيحين، وحده أصحابنا اذا بلغ عشر سنين فصاعداً .

وللشافعي قولان : أحدهما يصح مثل ماقلناه ، غير أنه لم يحده سنة . والثاني لايصح ، وهذا هو المعتمد ، وهو المشهور عند أصحابنا ، وهو قول أبي حنيفة

ومالك، واستدل الشيخ باجماع الفرقة على صحة وصيته ، قال : والتدبير وصية.

مسألة ـ ٢١ ـ قال الشيخ : المدبر يعتبرمن الثلث ، وبه قال جميع الفقهاء .

وقال داود وسعد بن جبير : يعتبر من الاصل .

والمعتمد قول الشيخ ، واستدل باجماع الفرقة وأخبارهم .

# كتاب امهات الاولاد

مسألة ـ ١ ـ قال الشيخ : اذا استولد الرجل أمة في ملكه ، ثبت لها حرمة الاستيلاد ، ولايجوز بيعها مادامت حاملا فاذا ولدت لم يزل الملك عنها ، ولايجوز بيعها مادام ولدها حياً الا في ثمن رقبتها ، فان مات جاز بيعها على كل حال ، فان مات سيدها جعلت في نصيب ولدها وعتقت عليه ، وان لم يخلف غيرها عتق منها نصيب ولدها وسعت بالباقي لباقي الورثة وبه قال أمير المؤمنين وابن عباس وابن مسعود .

وقال أبوحنيفة والشافعي ومالك : لايجوز بيعها ولا التصرف برقبتها 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 ـ ٢ ـ 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 ، فاذامات 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 أبوحنيفة والثوري : يقوم وتسعى في قيمتها . وقال أبويوسف 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 لاينتفي الا بالبيع، واختار العلامة في المختلف[٤]، وفخر الدين في الايضاح[٥] مذهب أبي حنيفة ، وهو أنها تسعى بقيمتها .

مسألة ـ ٣ ـ 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 حكم الحرية الى الام ، فيصير أم ولده ولايجوز التصرف فيها ، وان ملكها بعد انفصال الولد، لم

---

(١) المبسوط ٦/١٨٨ .

(٢) شرائع الاسلام ٣/١٣٨ .

(٣) تحرير الاحكام ٢/٩٦ .

(٤) مختلف الشيعة ص ٩٥ .

(٥) الايضاح ٣/٦٣٤ .

يثبت لها حرية الاستيلاد .

وقال أبوحنيفة : يثبت لها حرمة الاستيلاد بكل حال .

والمعتمد أنه لايثبت لها حرمة الاستيلاد الا اذا علقت منه بملكه ، أما اذا علقت منه بملك غيره فلا ، فان شرط رق الولد ثم ملكه بعد ذلك عتق عليه ولا تصيرامه اذا ملكها ام ولد ، هذا هو المحقق عند متأخري أصحابنا .

تم تلخيص الخلاف وخلاصة الاختلاف والحمدلله رب العالمين، وكان الفراغ من تسويده اليوم السابع عشر من جمادي الاخر سنة ثلاث وستين وثمانمائة هلالية 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 الخاطىء الجاني محمد هادي الحسيني ، ووقع الفراغ منه في شهر محرم الحرام من شهور تسعين ومائة بعد الالف من الهجرة سنة ١١٩٠ .

وتم بحمدالله ومنه وتوفيقه تحقيق الكتاب وتصحيحه ومقابلته مع النسخة الفريدة المخطوطة وقدكانت 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 عفو ربه السيد مهدي الرجائي .

# فهرس الكتاب


| | |
|---|---|
| كتاب الخلع | ٥ |
| البذل في الخلع غير مقدر | ٦ |
| المختلعة لايلحقها الطلاق | ٨ |
| عدم انعقاد الطلاق قبل النكاح | ١٠ |
| عدم وقوع الخلع بشرط ولاصفة | ١١ |
| كتاب الطلاق | ١٧ |
| اشتراط حضور شاهدين عدلين في كل طلاق | ١٨ |
| ما يقع به الطلاق | ٢٠ |
| عدم وقوع الطلاق بالكنايات | ٢١ |
| حكم طلاق المكره والسكران | ٢٨ |
| الاستثناء بمشية الله يدخل في الطلاق | ٣٠ |
| كتاب الرجعة | ٣٤ |
| مالو وطأها الزوج الثاني في حال يحرم عليه وطؤها | ٣٦ |
| مالو راجعها بلفظ النكاح | ٣٧ |

| | |
|---|---|
| كتاب الايلاء | ٣٨ |
| الايلاء لايقع بشرط | ٤١ |
| اذا آلى من زوجته تربص أربعة أشهر | ٤٢ |
| كتاب الظهار | ٤٥ |
| الظهار لايقع الا اذا كانت المرأة طاهراً | ٤٨ |
| مالو ظاهرمن أربع نسوة | ٤٩ |
| أقسام الظهار | ٥٠ |
| مالو ظاهر من زوجته مدة | ٥٢ |
| مالو كان عليه كفارات من جنس واحد | ٥٦ |
| ما يشترط في الرقبة | ٥٨ |
| الاعتبار في وجوب الكفارات المرتبة حال الاداء | ٦١ |
| كتاب اللعان | ٦٧ |
| حد القذف من حقوق الادميين | ٦٩ |
| اذا قذف زوجته وهي خرساء أوصماء | ٧٠ |
| اذا قدف زوجته وهي حامل | ٧٢ |
| وجوب الترتيب في اللعان | ٧٤ |
| مايترتب على اجراء أللعان | ٧٥ |
| مالو اعترفت الزوجة بالزنا قبل الشروع باللعان | ٧٧ |
| اذا أقر الرجل بولده بعد اللعان | ٧٨ |
| عدم ثبوت اللعان بين الزوجين قبل الدخول | ٨٧ |
| كتاب العدة | ٨٨ |
| أقل مايمكن أن ينقضي به عدد ذوات الاقراء | ٨٩ |

| | |
|---|---|
| اذا طلقها واعتدت ثم أتت بولد لاكثر من ستة أشهر | ٩٣ |
| عدم وجوب العده مالو خلابها ولم يدخل بها | ٩٤ |
| عدة المتوفى عنها زوجها | ٩٧ |
| حكم عدة المفقود | ١٠٠ |
| كتاب الرضاع | ١٠٨ |
| مايتحقق به الرضاع | ١٠٩ |
| عدم قبول شهادة النساء في الرضاع | ١١٣ |
| كتاب النفقات | ١١٥ |
| سقوط النفقة عن الناشزة | ١١٧ |
| مالو أعسر الرجل | ١١٨ |
| لاحضانة لاحد من العصبة مع الام | ١٢٦ |
| كتاب الجنايات | ١٢٩ |
| دية العبد قيمته | ١٣٠ |
| اذا كان أولياء المقتول جماعة فعفى أحدهم | ١٣١ |
| اذا قتل جماعة واحداً | ١٣٢ |
| مالو ألقاه في لجة البحر فغرق | ١٣٥ |
| دخول قصاص الطرف في قصاص النفس | ١٣٦ |
| اذا أكره الامير غيره على قتل من لايجب قتله | ١٣٨ |
| مالو جعل السم فى طعام نفسه أو غيره | ١٤٠ |
| اذا جنى على عين غيره فنسخها وقلع حدقته | ١٤٢ |
| القتل العمد يوجب القود فقط | ١٤٣ |
| الدية يرثها الاولاد ذكوراً وأناثاً | ١٤٤ |

| | |
|---|---|
| مالو وجب القصاص لاثنين فعفى أحدهما | ١٤٦ |
| اذا قتل واحد عشرة أنفس مثلا | ١٤٧ |
| تقدير الديات في الجنايات على الاطراف | ١٥٠ |
| تقدير الدية في الشعر | ١٥٣ |
| اذا قطع طرف غيره ثم اختلفا | ١٥٦ |
| أجره من يقيم الحدود ويقتص للناس | ١٥٨ |
| ميراث من لاوارث له | ١٦٠ |
| كتاب الديات | ١٦٢ |
| دية قتل الخطأ | ١٦٥ |
| دية الموضحة والهاشمة | ١٦٦ |
| دية الجائفة | ١٦٧ |
| وجوب الدية الكاملة في العقل | ١٦٨ |
| الدية في ذهاب الشم | ١٧٠ |
| الدية في اللسان | ١٧١ |
| الدية في الاسنان | ١٧٢ |
| الدية في اليد والاصابع | ١٧٥ |
| الدية في العين | ١٧٦ |
| الدية في كسر الصلب والظهر | ١٧٧ |
| الدية في الذكر | ١٧٩ |
| الدية في الترقوتين | ١٨٠ |
| دية النفس على العاقلة | ١٨٢ |
| من هم العاقلة ؟ | ١٨٦ |

| | |
|---|---|
| حكم سقوط حائط داره فتلف نفساً | ١٩١ |
| مالو أخرج ميزاباً الى الشارع | ١٩٢ |
| دية الجنين | ١٩٢ |
| اذا قطع رأس ميت | ١٩٧ |
| كتاب القسامة | ١٩٨ |
| اذا وجد قتيل من ازدحام الناس | ١٩٩ |
| ثبوت اللوث بأشياء | ٢٠٠ |
| ثبوت القسامة في الاطراف | ٢٠١ |
| كتاب كفارة القتال | ٢٠٤ |
| كفارة قتل العمد | ٢٠٥ |
| الكفارة لاتجب بالاسباب | ٢٠٦ |
| أحكام السحر | ٢٠٧ |
| كتاب قتال أهل البغي | ٢١٠ |
| وجوب قتل من سب الامام العادل | ٢١١ |
| جواز أخذ ماحواه عسكر البغاة | ٢١٤ |
| كتاب المرتد | ٢١٥ |
| من ترك الصلاة معتقداً أنها غير واجبة | ٢١٨ |
| كتاب الحدود | ٢٢٠ |
| مايثبت به الاحصان | ٢٢١ |
| عدم وجوب الحد بالزنا الا بالاقرار أربعاً | ٢٢٥ |
| حد اللواط | ٢٢٦ |
| اذا عقد النكاح على ذات محرم له | ٢٢٨ |

| | |
|---|---|
| ما لو تكامل شهود الزنا | ٢٢٩ |
| حكم الشهود في الزنا | ٢٣٠ |
| حد القذف | ٢٣٥ |
| كتاب السرقة | ٢٣٨ |
| لاقطع الا على من سرق من حرز | ٢٤٠ |
| حكم النقب واخراج المتاع | ٢٤٣ |
| موضع القطع في اليد | ٢٤٨ |
| اذا سرق دفعة بعد أخرى | ٢٤٩ |
| اذاكانت يمينه ناقصة الاصابع | ٢٥٠ |
| ثبوت السرقة بالاقرار مرتين | ٢٥٢ |
| كتاب قطاع الطريق | ٢٥٧ |
| حكم المحارب | ٢٥٧ |
| حكم قطاع الطريق | ٢٦٠ |
| كتاب الاشربة | ٢٦٣ |
| حد شارب الخمر | ٢٦٥ |
| كتاب قتال أهل الردة | ٢٦٩ |
| كتاب صولة البهيمة | ٢٧١ |
| كتاب السير | ٢٧٣ |
| لايملك المشركون أموال المسلمين | ٢٧٥ |
| مكة فتحت عنوة | ٢٧٦ |
| كتاب الجزية | ٢٨١ |
| اذا دخل حربي دار الاسلام | ٢٨٤ |

| | |
|---|---|
| كتاب الصيد والذبائح | ٢٨٦ |
| حكم ارسال الكلب للصيد | ٢٨٨ |
| عدم جواز أكل ذبائح أهل الكتاب | ٢٩٢ |
| كتاب الضحايا | ٢٩٦ |
| أيام النحر والتضحية | ٣٠٤ |
| كتاب الاطعمة | ٣٠٦ |
| جوارح الطير كلها محرمة | ٣٠٨ |
| حكم الجلال | ٣٠٩ |
| مالواضطر الى أكل الميتة | ٣١٢ |
| كتاب السبق | ٣١٥ |
| عقد المسابقة من العقود الجائزة | ٣١٦ |
| كتاب الايمان | ٣١٧ |
| عدم انعقاد اليمين الا بالنية | ٣٢١ |
| حكم الاستثناء في اليمين | ٣٢٥ |
| اذا حلف لا ألبس ثوباً من عمل يد فلان | ٣٣٢ |
| اذا حلف لايأكل لحماً | ٣٣٩ |
| كتاب النذور | ٣٤٥ |
| مالونذر أن يمشي الى بيت الله الحرام | ٣٤٧ |
| اذا نذر أن ينحر بدنة | ٣٤٨ |
| اذا نذر أن يصوم ولم يذكر مقداره | ٣٥١ |
| كتاب آداب القضاء | ٣٥٤ |
| اشتراط العدالة في القاضي | ٣٥٥ |

| | |
|---|---|
| مالوقضى الحاكم بحكم فأخطأ فيه | ٣٥٦ |
| عدم جواز الحكم بكتاب قاض الى قاض | ٣٦٠ |
| أجرة القاسم على قدر الانصباء | ٣٦٢ |
| اذاكانت يد رجلين على ملك واختصما فيه | ٣٦٤ |
| جواز القضاء على الغائب | ٣٦٦ |
| شاهد الزور يعزر ويشهر | ٣٦٧ |
| للحاكم أن يحكم بعلمه في جميع الاحكام | ٣٦٧ |
| صحه حكم الحاكم لوالديه وان علوا | ٣٦٨ |
| كتاب الشهادات | ٣٦٩ |
| يحكم بالشهادة واليمين في الاموال | ٣٧٠ |
| موارد قبول شهادة النساء على الانفراد | ٣٧١ |
| مايعتبر في شهادة النساء والقاذف | ٣٧٢ |
| حكم شهاد الاعمى | ٣٧٤ |
| حكم شهادة أهل الذمة | ٣٧٦ |
| تغليظ الايمان بالمكان والزمان | ٣٧٩ |
| عدم قبول شهادة الولد على والده | ٣٨٣ |
| ماتقبل فيه الشهادة | ٣٨٤ |
| عدم قبول شهادة من لايعتقد امامة الاثنا عشر | ٣٨٥ |
| حرمة الغناء ورد شهادته | ٣٨٦ |
| قبول شهادة المختبي | ٣٨٨ |
| حكم قبول شهادة الفرع مع تمكن حضور شاهد الاصل | ٣٨٩ |
| مالوشهد عدلان عند الحاكم ثم فسقا | ٣٩١ |

| | |
|---|---|
| حكم الشهادة على الطلاق | ٣٩٢ |
| كتاب الدعاوي والبينات | ٣٩٥ |
| اذا تنازعا عيناً لايد لواحد منهما عليها | ٣٩٧ |
| مالو تعارضت البينات | ٣٩٨ |
| اذا تداعيا داراً وهي في يد أحدهما | ٤٠٠ |
| مالوادعى داراً في يدرجل فأنكر | ٤٠١ |
| مالواختلف الزوجان في متاع البيت | ٤٠٣ |
| مالوكان لرجل على رجل حق فوجد من له الحق مالا له | ٤٠٥ |
| كتاب العتق | ٤٠٧ |
| مالوأعتق عبداً كافراً | ٤١١ |
| مايقع به العتق | ٤١٣ |
| كتاب المكاتب | ٤١٥ |
| صحة الكتابة حالة ومؤجلة | ٤١٦ |
| أقسام الكتابة | ٤٢٠ |
| الكتابة لازمة من جهة السيد | ٤٢١ |
| مالواختلف السيد والمكاتب | ٤٢٣ |
| كتاب التدبير | ٤٢٧ |
| كتاب امهات الاولاد | ٤٣٣ |
| فهرس الكتاب | ٤٣٦ |

# جدول الخطأ والصواب

بالرغم من الجهود وراء تصحيح المطبعي عثرنا على أغلاط فاحشة في المجلد الاول من الكتاب لاسباب شتى ولعل فيه أغلاط أخرى لم نعثر عليها ، فالمرجو من القراء الاعزاء العفو والتصحيح بما أثبتناه .

| ص | س | الخطأ | الصواب |
|---|---|---|---|
| ١٩ | ٨ | واقتصى | واقتصر |
| ٢٣ | ٩ | كالدقتن | كالدقيق |
| ٢٤ | ٤و٥و٢٠ | 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 | ٦ و ٨ | يقرأ ولايقرأ | يقرءا ولايقرءا |
| ٣٣ | ١٨ | البينان | البنيان |

| ص | س | الخطأ | الصواب |
|---|---|---|---|
| ٣٤ | ٣ | وجوز | وجوزا |
| ٤١ | ١٥ | والعكس | أو العكس |
| ٤٣ | ٢١ | مسحه فيه | مسحه وان تطاول الزمان له فيه |
| ٤٨ | ١٦ | والمعتمد الاول قول | والمعتمد قول |
| ٥١ | ١١ | وجبب | وجبت |
| ٥٦ | ١٢ | فالطهارة | في الطهارة |
| ٥٧ | ١٢ | انا | اذا |
| ٦٣ | ٢ | موضيعين | موضعين |
| ٦٩ | ١٦ | ونفي | ونقي |
| ٧٥ | ١٣ | المزوي | المروزى |
| ٨٠ | ٧ | وكان | كان |
| ٨١ | ٧ | وتغسل | وتغتسل |
| ٨٥ | ٣ | ولاتستظر | ولاتستظهر |
| ٩٥ | ٣ | التشويب | التثويب |
| ١٠١ | ١٧ | العذر | لعذر |
| ١٠٢ | ٧ | اباء | أداء |
| ١٠٩ | ٣ | بلفظ | بلفظ |
| ١١٠ | ١٩ | لاينغبي | لاينبغي |
| ١١٣ | ٤ | القرأة | القراءة |
| ١٢٦ | ٧ | ورحمته | ورحمة |
| ١٢٨ | ١٤ | واللفظ | والغظ |

| ص | س | الخطأ | الصواب |
|---|---|---|---|
| ١٢٩ | ١ | شمال | وشمال |
| ١٣٢ | ١٤ | التفضيل | التفصيل |
| ١٣٤ | ٩ | الراحيتن | الراحتين |
| ١٤٠ | ٦ | قبال | فبال |
| ١٤٠ | ١٧ | من | عن |
| ١٤٧ | ١٨ | مسلقيا | مستلقياً |
| ١٥١ | ١٣و١٦ | صلاة | صلاته |
| ١٥٢ | ١٠ | ما يحل | مايحلل |
| ١٥٥ | ٩ | يقول | نقول |

COLUMBIA UNIVERSITY LIBRARIES
0053101090

COLUMBIA LIBRARIES OFFSITE
CU01842030